

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven

Særlig om grensedragningen mellom individansvaret etter  
helsepersonelloven § 4 og systemansvaret etter helsepersonelloven § 16

Kandidatnummer: 670

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 15 403



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Rettskilder og metode .....	3
1.3	Den videre fremstilling .....	3
<b>2</b>	<b>KRAV TIL FORSVARLIG YRKESUTØVELSE FOR HELSEPERSONELL.....</b>	<b>4</b>
2.1	Rettskildemateriale.....	4
2.1.1	Helsepersonelloven § 4.....	4
2.1.2	Erstatningsrettslig teori og rettspraksis som rettskilde.....	9
<b>3</b>	<b>VIRKSOMHETENS ANSVAR FOR FORSVARLIG YRKESUTØVELSE .....</b>	<b>16</b>
3.1	Rettskildemateriale.....	16
3.1.1	Helsepersonelloven § 16.....	16
3.1.2	Forsvarlighetskravet som begrensning for arbeidsgivers styringsrett .....	19
3.1.3	Statens ansvar etter spesialisthelsetjenesteloven av 1999 .....	21
3.1.4	Helseforetakslovens regulering av spesialisthelsetjenester .....	24
3.1.5	Kommunens ansvar etter helse og omsorgstjenesteloven av 2011.....	24
3.1.6	Rettspraksis.....	27
<b>4</b>	<b>HVEM ER JURIDISK ANSVARLIG FOR DET SOM ER INNTRUFFET? .....</b>	<b>29</b>
4.1	Hva kan utledes av rettskildematerialet? .....	29
4.2	Særlig om ressurser og politikk .....	33
4.3	Hvem har rett til å definere forsvarlighet? .....	35
<b>5</b>	<b>SIKRINGSMEKANISMER.....</b>	<b>36</b>
5.1	Lovgivningen .....	36
5.2	Internkontroll .....	36
5.3	Statens helsetilsyn .....	37
5.4	Retningslinjer .....	39
5.5	Pasientombud.....	40
<b>6</b>	<b>KONKLUSJON.....</b>	<b>41</b>
6.1	Hva er oppsummeringsvis gjeldende rett? .....	41
6.2	Er det grunner til at gjeldende rett bør komme tydeligere frem?.....	42
<b>7</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>43</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er møte mellom det personlige ansvaret og systemansvaret i henhold til kravet til forsvarlig yrkesutøvelse i helseretten.

Utgangspunktet for forsvarlighetskravet er hjemlet i helsepersonelloven § 4 i forhold til det enkelte helsepersonell, og i helsepersonelloven § 16 for virksomheter. I tillegg inneholder spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 hjemler som stiller krav til at virksomheten er forsvarlig.

Forsvarlighetskravet er et viktig prinsipp i helseretten, og som Kjøenstad<sup>1</sup> skriver er det ikke bare et meget viktig prinsipp, men også den mest generelle normen da det gjelder i alle situasjoner hvor helsepersonell opptrer. Kravet til forsvarlighet anses å være blant de rettslige bærebjelkene i helseretten<sup>2</sup>, og det er som regel overordnet andre helserettslige grunnprinsipper<sup>3</sup>.

Tidligere var det kun helselovgivning<sup>4</sup> knyttet til yrkesgruppene leger, tannleger og jordmødre. Lovgivningen ble ansett å være lovfesting av et alminnelig rettsprinsipp som gjaldt for alle grupper av helsepersonell<sup>5</sup>. Ved den nye helsepersonelloven av 1999<sup>6</sup> ble reguleringen av helsepersonell samlet i én felles lov. Lovgiver ønsket gjennom den nye loven å likestille de ulike aktørene med fellesbetegnelsen helsepersonell. Noe av hensikten var blant annet å fokusere på reell kompetanse, og ikke kun formell kompetanse<sup>7</sup>. Departementet<sup>8</sup> viser i helsepersonellovens forarbeider til uttalelser i st.meld. nr. 41<sup>9</sup>. I st.meld. <sup>10</sup> uttalte departementet at de ønsket å utrede spørsmålet om en felles helsepersonellov «*For å legge grunnlaget for mer like forhold og større fellesfølelse helsepersonellgruppene i mellom*». Det ble vist til at de sterke profesjonsinteressene man kunne finne i ulike deler av helsevesenet ofte kunne være til hinder for rasjonell bruk av personell, og at «*prinsippet er en oppmykning av den dels rigide ansvarsfordelingen som gjør det vanskelig både for pasienter og helsearbeidere*»<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Kjøenstad (2007) side 219

<sup>2</sup> Molven (2012) side 225

<sup>3</sup> Kjøenstad (2007) side 324

<sup>4</sup> Se legeloven av 1980, tannlegeloven av 1980 og jordmorloven av 1985 (ALLE OPPHEVET)

<sup>5</sup> Kjøenstad (2007) side 224

<sup>6</sup> Helsepersonelloven av 1999

<sup>7</sup> Ot.prp. nr 13 (1998-1999) side 28

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 20

<sup>9</sup> St.meld.nr. 41(1987-1988)

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 20 og St.meld. nr. 41 (1987-1988) side 105

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 20 og St. meld nr. 41 (1987-1988) side 105

Forsvarlighetskravet kan stilles i to relasjoner<sup>12</sup>. Det kan stilles i forhold til det personlige ansvaret den enkelte helsearbeider har etter helsepersonelloven § 4, og i forhold til de virksomheter som produserer helsetjenester etter helsepersonelloven § 16, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgsloven § 4-1.

Etter helsepersonelloven § 4 er det enkelte helsepersonell personlig ansvarlig for en forsvarlig yrkesutførelse. For at dette forsvarlighetskravet skal kunne oppfylles må det imidlertid også stilles krav til at virksomheten organiseres på en slik måte at helsepersonellet kan overholde sine lovpålagte plikter, herunder kravet til forsvarlighet jfr. helsepersonelloven § 4. Kravet til organisering av virksomhet er hjemlet i helsepersonelloven § 16. Det er grensedragningen mellom det personlige ansvaret som følger av helsepersonelloven § 4 og virksomhetens systemansvar som følger av helsepersonelloven § 16 som er hovedproblemstillingen i denne oppgave.

I helselovgivningens forarbeider blir det pekt på nødvendigheten av en klar og tydelig ansvarsfordeling for å kunne ivareta pasienten i størst mulig grad. Dette synes ikke å være fulgt opp videre hverken i uttalelser i forarbeidene eller i loven. Departementet<sup>13</sup> viser til høringen hvor de fleste av høringsinstansene var positive til en felles lov som likestiller helsepersonell. Legeforeningen<sup>14</sup> uttrykte imidlertid i sitt høringssvar at den prinsipielle sidestillingen mellom de ulike autorisasjoner ville føre til økte profesjonskonflikter, og at dette vil føre til en pulverisering av ansvaret for en helhetlig pasientbehandling. Legeforeningen presiserte at dette måtte ses i sammenheng med at fylkeskommunen og staten, etter legeforeningens oppfatning, hadde vist liten evne og interesse som arbeidsgiver til å skape klare ansvarsforhold i sine sykehus. Legeforeningen<sup>15</sup> mente derfor at det var et behov for å klargjøre ansvarsforholdene nærmere i helsepersonelloven.

Det er utfyllende forarbeider for de lover som er aktuelle for problemstillingen, men disse forarbeidene sier lite om den grensedragningen jeg er ute etter å belyse i oppgaven. I juridisk faglitteratur er det skrevet mye om innholdet i forsvarlighetskravet, men også her er grensedragningen mellom individansvaret og systemansvaret i mindre grad blitt behandlet. Nærmere om de aktuelle rettskilder er behandlet i oppgavens kapittel 1.2.

---

<sup>12</sup> Kjønstad (2007) side 219 og Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 34

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 35

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 36

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 28

Jeg har på bakgrunn av dette funnet det interessant å se nærmere på grensedragningen mellom individansvaret og systemansvaret med utgangspunkt i henholdsvis helsepersonelloven § 4 og helsepersonelloven § 16.

## **1.2 Rettskilder og metode**

I oppgaven er det den alminnelige rettskildelære som er lagt til grunn. Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven §§ 4 og 16 er rettslige standarder. Ordlyden i bestemmelsene gir derfor ikke mer enn et utgangspunkt for hvordan de skal tolkes. Videre er det utarbeidet utfyllende forarbeider både til helsepersonelloven og til tjenestelovgivningen. Disse omtaler forsvarlighetskravets omfang både i forhold til det enkelte helsepersonell og i forhold til virksomhetens organisering. Grensedragningen mellom individansvaret og systemansvaret er lite omtalt i lovforarbeidene.

Til nå er det ikke eksempler på høyesterettspraksis som omhandler helsepersonelloven §§ 4 eller 16 direkte, men det foreligger praksis fra erstatningssaker som har betydning for innholdet av forsvarlighetskravet både i forhold til det enkelte helsepersonell og i forhold til systemansvaret. Betydningen av den erstatningsrettslige praksisen blir nærmere omtalt i kapittel 2.1.2.

Det er avsagt et relativt begrenset antall dommer som kan sies å ha betydning for problemstillingen i denne oppgave. Jeg har gått gjennom de aktuelle dommer som finnes fra begynnelsen av 1900-tallet og frem til i dag. I denne gjennomgangen har jeg funnet ti dommer som har betydning for oppgavens problemstilling. En oversikt over hvilke ti dommer jeg har funnet interessante følger i litteraturlisten.

I den helserettslige faglitteratur er forsvarlighetskravets materielle innhold i stor grad kartlagt, men også her er grensedragningen i mindre grad blitt behandlet.

Det er med andre ord et relativt omfattende rettskildemateriale som er aktuelt for oppgavens problemstilling. Uten å belyse den direkte bidrar rettskildematerialet som et godt utgangspunkt for å kartlegge gjeldende rett for oppgavens problemstilling.

## **1.3 Den videre fremstilling**

I den videre fremstilling vil jeg først ta for meg kravet til forsvarlig yrkesutøvelse for helsepersonell i kapittel 2. Kravet til forsvarlig yrkesutøvelse er hjemlet i helsepersonelloven § 4, og lovgrunnlaget med utgangspunkt i lovens ordlyd og lovgivers uttalelser i lovforarbeidene samt juridisk litteratur om temaet er redegjort for i oppgavens kapittel 2.1.1. Videre har jeg tatt for meg erstatningsrettslig teori og rettspraksis som rettskilde i tilknytning til forsvarlig yrkesutøvelse i kapittel 2.1.2.

Virksomhetens ansvar for forsvarlig yrkesutøvelse er behandlet i kapittel 3. Også her er utgangspunktet for redegjørelsene lovgrunnlaget etter lovens ordlyd og lovgivers uttalelser i lovforarbeidene samt juridisk litteratur.

Utgangspunktet for virksomhetens ansvar er helsepersonelloven § 16, og er behandlet i oppgavens kapittel 3.1.1. Videre er det redegjort for forsvarlighetskravets begrensning for arbeidsgivers styringsrett i kapittel 3.1.2, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 i kapittel 3.1.3, helseforetaksloven i kapittel 3.1.4 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 i kapittel 3.1.4.

I kapittel 3.1.6 har jeg tatt for meg den rettspraksis som er relevant i forbindelse med virksomhetens krav til forsvarlig organisering.

I kapittel 4.1 tar jeg for meg en sammenligning av individansvaret som er behandlet i oppgavens kapittel 2 og systemansvaret som er behandlet i kapittel 3. Her forsøker jeg å skille mellom hva som skal tilegnes det enkelte helsepersonell og hva som skal tilegnes virksomheten. I kapittel 4.2 blir forholdet mellom ressurser og politikk drøftet, og i kapittel 4.3 stilles jeg spørsmål ved hvem som definerer forsvarlighet.

I kapittel 5 blir det redegjort for hvilke sikringsmekanismer som finnes på området, samt hvilken funksjon de ulike sikringsmekanismene har.

Avslutningsvis blir det foretatt en kort oppsummering av gjeldende rett i kapittel 6.1, og i kapittel 6.2 stiller jeg spørsmål ved om det er grunner til at gjeldende rett burde komme tydeligere til uttrykk.

## **2 Krav til forsvarlig yrkesutøvelse for helsepersonell**

### **2.1 Rettskildemateriale**

#### **2.1.1 Helsepersonelloven § 4**

I helsepersonelloven § 4 stilles det krav til at helsepersonell *«utfører sitt arbeid med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig»*. Det er kravet til faglig forsvarlighet som er gjenstand for redegjørelse i denne oppgave.

I lovens forarbeider<sup>16</sup> blir det redegjort for bakgrunnen for lovfestingen av et generelt forsvarlighetskrav for helsepersonell. Det blir fremholdt at det materielle innholdet i helseperso-

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999)

nelloven § 4 i hovedtrekk er en videreføring, generalisering og synliggjøring av gjeldende rett. Departementet<sup>17</sup> har lagt vekt på at forsvarlighetskravet skal komme mer direkte og klart frem enn tidligere. Videre blir det i forarbeidene<sup>18</sup> fremholdt at departementet mener en lovfesting og konkretisering av forsvarlighetskravet vil tydeliggjøre dette, samt at hensynet til forutberegnelighet for helsepersonell taler for en konkretisering. Departementet<sup>19</sup> fremholder at en egen bestemmelse vil synliggjøre plikten til forsvarlighet, og dermed også ha en signalfunksjon.

Begrepet forsvarlighet er en rettslig standard. Jfr. ordlyden i helsepersonelloven § 4 skal innholdet bestemmes ut fra en medisinskfaglig vurdering av hva som er forsvarlig. I helsepersonellovens forarbeider<sup>20</sup> blir innholdet beskrevet med at *«Det konkrete innholdet i forsvarlighetskravet kan bare fastsettes i det enkelte tilfellet vurdert på bakgrunn av de foreliggende omstendigheter. Kravet er således ikke en fast målbar enhet»*. Forsvarlighetskravet blir i forarbeidene<sup>21</sup> omtalt som en minstestandard, men at dette ikke innebærer at man skal gjøre alt som er mulig for den enkelte pasient uten å ta hensyn ressursbruk som kan gå på bekostning av andre pasienter. Kjønstad<sup>22</sup> viser til at forsvarlighetskravet er en minstestandard for det nivået som kan aksepteres, og ikke en standard for hvordan optimal helsehjelp skal gis.

At forsvarlighetskravet er en minstestandard vil si at det avgrenses nedad mot det som er uforsvarlig. Forsvarlighetskravet er oppfylt fra og med grensen som angir hva som minst kan kreves i de enkelte tilfeller. Dette utelukker likevel ikke at det kan tenkes tilfeller hvor grensen for forsvarlighet svarer til det som anses optimalt. I slike tilfeller vil det som anses for optimal helsehjelp også være det som minst kreves av forsvarlighet.

Kravet til forsvarlig yrkesutøvelse i helsepersonelloven § 4 er et selvstendig ansvar det enkelte helsepersonell har<sup>23</sup>. Det betyr ikke at dette kravet er likt for alt helsepersonell. Vurderingen av faglig forsvarlighet er relativ jfr. ordlyden i helsepersonelloven § 4. Bestemmelsen viser til at forsvarlighetskravet skal ses i sammenheng med hva som kan forventes ut fra *«helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig»*.

---

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 33

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 36

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 36

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

<sup>22</sup> Kjønstad (2007) side 230

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

Når det gjelder helsepersonellens kvalifikasjoner blir det i forarbeidene<sup>24</sup> vist til at forsvarlighetskravet er knyttet til hva som kan forventes på bakgrunn av det enkelte helsepersonellens kvalifikasjoner. Dette samsvarer med det som fremgår av lovens ordlyd. I forarbeidene<sup>25</sup> blir det videre vist til at innholdet i forsvarlighetsnormen vil være avhengig av «*den enkeltes faglige tilhørighet, kvalifikasjoner, variasjoner i personlig erfaring og kompetanse*».

I lovens forarbeider<sup>26</sup> presiseres det at «*kvalifikasjoner*» i helsepersonelloven § 4 er ment å omfatte både formelle og reelle kvalifikasjoner, og videre at dette omfatter både helsefaglig utdanning, tilleggsutdanning og erfaring.

I helsepersonelloven § 4 andre ledd fremgår det av ordlyden at «*helsepersonell skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner, og skal innhente bistand eller henvise pasienter videre der dette er nødvendig og mulig. Dersom pasientens behov tilsier det, skal yrkesutøvelsen skje ved samarbeid eller samhandling med annet kvalifisert personell.*» Dette innebærer et krav til rolleforståelse, samt forståelse for særlig egen, men også andres kompetanse.

I mange tilfeller vil typen helsepersonell angi rammen for hvilken formell kompetanse som kan tillegges det enkelte helsepersonell. Som et utgangspunkt kan man si at en lege vil ha en høyere formell kompetanse, og at det dermed skal stilles strengere krav til forsvarlig yrkesutøvelse, enn for eksempel en sykepleier. Videre vil en sykepleier i utgangspunktet ha høyere formell kompetanse enn en hjelpepleier. Den reelle kompetansen bestemmes av de konkrete omstendigheter.

Helsepersonell er jfr. helsepersonelloven underlagt en statlig autorisasjonsordning som har til formål å sikre at helsepersonell har den nødvendige kompetanse. Vilkårene for autorisasjon er hjemlet i helsepersonelloven kapittel 9. Autorisasjonen kan også trekkes tilbake ved brudd på vilkårene for å være autorisert. Hovedregelen for tilbakekallelse er helsepersonelloven § 57.

I forhold til «*arbeidets karakter*» og «*situasjonen for øvrig*» jfr. ordlyden i helsepersonelloven § 4 vil forsvarlighetskravet i stor grad variere etter de konkrete omstendigheter. Etter lovens forarbeider<sup>27</sup> er ressurser, tid, utstyr og mulige hjelpere andre momenter av betydning for å fastsette det konkrete innholdet av forsvarlighetskravet.

---

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 216

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38



Departementet fremholder<sup>28</sup> at det må kunne stilles strengere krav til et velutstyrt og høyspesialisert sykehus enn av lokalsykehusene. Her synes det å være en sammenblanding av de momenter som knytter seg til individansvaret etter helsepersonelloven § 4 og de momenter som knytter seg til systemansvaret etter helsepersonelloven § 16. Selv om forhold ved virksomheten også kan ha betydning for hva som kreves av det enkelte helsepersonell, er det kun de sider av momentene som er knyttet til den enkeltes yrkesutøvelse som må kunne sies å ha betydning for forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Dette blir nærmere behandlet i oppgavens kapittel 4.1 som tar for seg grensedragningen mellom de to ansvarsformene med utgangspunkt i lovgivningen, lovgivers uttalelser i forarbeidene og rettspraksis.

Ressurs er et moment som stort sett er knyttet til systemansvarets rammeansvar for en forsvarlig yrkesutøvelse. På den annen side vil tilgjengelige ressurser kunne ha betydning for hvor mye man kan kreve av det enkelte helsepersonell. Dersom det er ressurser tilgjengelige, men som ikke blir tatt i bruk, vil dette være en faktor som trekker i retning av at helsepersonellet ikke har utvist forsvarlig yrkesutøvelse. Også momentene tid, utstyr og mulige medhjelpere har både sider knyttet til det enkelte helsepersonell og sider knyttet til virksomhetens systemansvar. Jeg behandler dette nærmere i oppgavens kapittel 4.1.

Videre fremholder forarbeidene<sup>29</sup> at forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 innebærer en plikt til å holde seg faglig à jour. Det blir vist til at denne plikten vil avhenge av i hvilken utstrekning man har hatt mulighet og oppfordring til å gjøre seg kjent med nyere forskningsresultater. Plikten til å holde seg faglig orientert avhenger av helsepersonellens arbeidsområde, og «*Desto mer sannsynlig det er at man i praksis vil stå overfor oppgaver som krever spesiell kyndighet, desto større krav stilles det til at man setter seg inn i den faglige utviklingen på dette området*»<sup>30</sup>.

Etter reelle hensyn kan det synes rimelig å stille et strengere krav til selvstendig tilegnelse av kunnskap jo høyere kompetanse helsepersonellet i utgangspunktet har. For eksempel må det som et utgangspunkt kunne stilles strengere krav til faglig ajourhold til en kirurg enn til en hjelpepleier. Dette samsvarer med forarbeidene<sup>31</sup>, hvor det blir uttalt at det må stilles et relativt strengt krav til å være faglig oppdatert på sitt fagfelt for en spesialist. Igjen viser dette at forsvarlighetskravet er et relativt begrep som vil avhenge av de konkrete omstendigheter i det enkelte tilfellet.

---

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

Etter helsepersonelloven er alt helsepersonell i utgangspunktet likestilt. Det fremgår av forarbeidene<sup>32</sup> at Statens helsetilsyn og Legeforeningen i sine høringsuttalelser reiste flere kritiske spørsmål knyttet til om en felles forsvarlighetsbestemmelse ville «*medføre svakheter i forhold til behovet for klargjøring av legers ansvars-og fullmaktsposisjon, i forhold til helsetjenestenes generelle forsvarlighetsmålsetting*». Departementet viste i lovens forarbeider<sup>33</sup> til at det ville være lite hensiktsmessig med ulike forsvarlighetsbestemmelser for ulike profesjoner, og peker på at det både vil innebære en dobbeltbehandling, samt at man vil kunne risikere å ikke gjennomføre den likebehandling som Riksadvokaten har etterlyst. Videre fremholder departementet at flere forsvarlighetsbestemmelser vil fokusere mer på de formelle forholdene enn på den reelle kompetansen. Ved å innføre et generelt forsvarlighetskrav som også er relativt i flere henseende, kunne departementet gjennomføre en ordning som i utgangspunktet likestiller helsepersonellet, men som likevel ivaretar de ulikheter som finnes innad i denne store og til dels ulike gruppen.

Jfr. helsepersonelloven § 4 tredje ledd skal legen ta beslutning i medisinske spørsmål ved samarbeid med annet helsepersonell. Jfr. ordlyden gjelder legens beslutningsmyndighet bare ved undersøkelse og behandling av den enkelte pasient. Dette fører til at legen på tross av innføring av en felles forsvarlighetsbestemmelse har beslutningsmyndighet i de tilfeller lovgiver har funnet at det er hensiktsmessig.

I forarbeidene<sup>34</sup> presiseres det at det kun er i de konkrete situasjoner som knytter seg til det spesifikt medisinske, at legen tildeles beslutningsmyndighet. Det spesifikt medisinske er definert som den type kunnskap som forutsetter legekyndighet.

Lovfestingen av legens beslutningsmyndighet har betydning for hvordan virksomheten fritt kan organiseres. Dette blir behandlet nærmere når jeg redegjør for virksomhetens organisering med utgangspunkt i lovgivningen i oppgavens kapittel 3.1.1. Her kan det likevel presiseres at det selvstendige forsvarlighetskravet helsepersonelloven § 4 oppstiller alltid vil ha forrang. Helsepersonell har derfor ingen plikt til å følge en leges beslutning dersom helsepersonellet mener beslutningen er uforsvarlig. Helsepersonellet har her en plikt til ikke å følge den beslutning de mener er uforsvarlig. Det samme gjelder i forhold til den instruksjonsmyndighet som følger av styringsretten som er behandlet i kapittel 3.1.2. Det er også lovfestet regler om meldeplikt for helsepersonell, men det faller utenfor oppgaves problemstilling å behandle reglene for meldeplikt nærmere.

---

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 45-46

## 2.1.2 Erstatningsrettslig teori og rettspraksis som rettskilde

Som jeg allerede har nevnt, finnes det per i dag ingen eksempler på høyesterettspraksis som omhandler helsepersonelloven §§ 4 eller 16 direkte. Rettspraksis fra erstatningssaker er imidlertid ansett å være av betydning for innholdet av forsvarlighetskravet både i forhold til det enkelte helsepersonell og i forhold til virksomheten.

I følge Kjønstad<sup>35</sup> er «*det helserettslige forsvarlighetskravet noe strengere enn det erstatningsrettslige uaktsomhetskravet, men den erstatningsrettslige rettspraksis vil likevel kunne illustrere problemer og gi veiledning for helseretten*». Videre viser han til at det fra den erstatningsrettslige rettspraksis kan utledes «*ganske mye om hvilke momenter som tillegges vekt ved en uaktsomhets- og en uforsvarlighetsvurdering*».

I forarbeidene<sup>36</sup> blir det poengtert en viktig forskjell mellom den erstatningsrettslige teori og vurderingen av forsvarlighetskravet. Det blir presisert at det ikke er noe krav om inntrådt skade for at en handling eller unnlattelse skal kunne anses uforsvarlig. Forsvarlighetskravet skjerpes imidlertid ved økt skaderisiko. Det blir opplyst at skadebegrepet i denne sammenheng skal forstås vidt, og det omfatter både psykiske og fysiske skader. Departementet<sup>37</sup> fremholder at skadeevnen er et viktig moment ved forsvarlighetsvurderingen selv om den ikke er avgjørende. I vurderingen vil det tas hensyn til helsepersonellens mulighet for å forstå skaderisikoen på det gitte tidspunkt, samt hvilke handlingsalternativer vedkommende hadde.

Den erstatningsrettslige praksisen kan med andre ord si noe om hvilke momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen av forsvarlighet. Forsvarlighetsvurderingen er strengere enn den erstatningsrettslige uaktsomhetsvurderingen. Uforsvarlig praksis anses derfor å være mindre graverende enn uaktsomhet.

Kjønstad<sup>38</sup> trekker frem de erstatningsrettslige momentene handlingens skadeevne, handlingens nytteevne, alternativ handlemåte og oppofrelse for en helsearbeider ved å foreta en alternativ handling som sentrale ved vurderingen av forsvarlighetskravet.

Kjønstad<sup>39</sup> bruker det erstatningsrettslige begrepet *bonus pater familias*, og viser til hvordan Peter Lødrup har uttrykt denne standarden. Lødrup definerer *bonus pater familias*-begrepet som «*Hva ville en normal, fornuftig og samvittighetsfull borger gjort i et tilfelle som det-*

---

<sup>35</sup> Kjønstad (2007) side 234

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 40

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 40

<sup>38</sup> Kjønstad (2007) side 250 flg.

<sup>39</sup> Kjønstad (2007) side 244

*te?...Den handlemåte som fyller kravene til det forsvarlige, er ikke den perfekte handlemåte. En bonus pater familias er utrustet med menneskelige egenskaper og mangler»<sup>40</sup>.*

Videre viser Kjønstad<sup>41</sup> til at det i domspremissene ofte legges vekt på hva som er «vanlig fremgangsmåte» på det aktuelle området. Dette samsvar med det Marit Halvorsen<sup>42</sup> skriver om lege artis begrepet. Lege artis brukes for å betegne det som er i samsvar med det medisinfaglige. Ved vurderingen av det medisinfaglige er hva som anses som «vanlig praksis» sentralt. Lege artis-begrepet blir redegjort nærmere i det følgende.

Halvorsen<sup>43</sup> fremholder at lege-artis begrepet er sentralt ved forsvarlighetsvurderingen, og viser til at det finnes mange dommer som illustrerer hvordan lege artis-begrepet er forstått i rettspraksis. Selv om denne praksisen gjelder tidligere lovgivning er det ansett som gjeldende rett også i forhold til helsepersonelloven. Halvorsen<sup>44</sup> fremholder at «*Det er et gjennomgående trekk at dersom behandlingen (form eller metode) ikke er lege artis, blir ansvar idømt. Og omvendt: Er behandlingen lege artis, er det bare i unntakstilfeller at legen blir erstatningsansvarlig – selv om det foreligger andre feil, for eksempel mangelfull informasjon*». Halvorsen<sup>45</sup> fremholder at de dommer hun refererer til viser at behandlingen ikke anses lege artis dersom legen har unnlatt å gjøre det som kreves som elementære forholdsregler, det som skal gjøres etter innarbeidede rutiner, eller det som er det mest nærliggende. Så lenge legen holder seg til «vanlig praksis» anses behandlingen som regel forsvarlig, selv om det senere skulle vise seg at metoden ikke var god nok. Halvorsen<sup>46</sup> viser til at blant annet Rt.1978.482 og Lymfeknutedommen<sup>47</sup> fra 1981 illustrerer dette.

I dommen fra 1978 fikk en kvinne sårskader som følge av røntgenbehandling for kreft. Sykehuset ble ikke ansett å ha begått ansvarsbetingende uaktsomhet. Utgangspunktet i dommen er at pasienten ble behandlet for en livstruende sykdom med den metode som på tidspunktet var den anerkjente beste. Retten fant at kvinnen «*led av en livstruende sykdom som ble behandlet etter den metode som på det tidspunkt var den anerkjente beste*», og hun ble ikke tilkjent erstatning. Dette viser at lege-artis begrepet er et sentralt moment i forsvarlighetsvurderingen.

---

<sup>40</sup> Kjønstad (2007) side 244

<sup>41</sup> Kjønstad (2007) side 246

<sup>42</sup> Halvorsen (1998) side 180

<sup>43</sup> Halvorsen (1998) side 176

<sup>44</sup> Halvorsen (1998) side 176

<sup>45</sup> Halvorsen (1998) side 180

<sup>46</sup> Halvorsen (1998) side 178

<sup>47</sup> Rt.1981.728

Videre ble det lagt til grunn at det ikke var noe å utsette på den anvendte rutine som ble benyttet ved behandlingen. Hvorvidt rutinen er å regne som forsvarlig skal i utgangspunktet tillegges virksomheten, men det fremgår i dommen at «*Dersom det imidlertid kunne påvises slike feil som her er nevnt og som går på tvers av den foreskrevne behandlingsmåte, måtte sykehuset hefte for ansvarsbetingende uaktsomhet*». Den ansvarsbetingende uaktsomhet sykehuset hefter for er knyttet til helsepersonellet. Av denne dom kan det utledes at hvorvidt helsepersonellet har holdt seg innenfor den rutine virksomheten har innført er et moment av betydning for om helsepersonellet skal anses å ha handlet forsvarlig.

I Lymfeknutedommen fra 1981 frifant Høyesterett under dissens (3-2) sykehuset for erstatningsansvar. En 11 år gammel gutt fikk skadet en nerve som førte til lammelse slik at gutten fikk problemer med arm og skulder. Inngrepet ble utført i forbindelse med fjerningen av en lymfeknute i halsen, og skulle undersøke vevet. Det ble konstatert av svulsten var godartet. Retten vurderte hvorvidt legen som utførte inngrepet måtte anses å ha utvist uaktsomhet.

Det ble i dommen konkludert med at inngrepet måtte anses nødvendig. Videre ble det stilt spørsmål ved om det kunne reises innvendinger for den fremgangsmåte som ble benyttet. Retten viste til uttalelser fra de sakkyndige, hvor det fremgår at det forelå en «*ikke ubetydelig risiko*» for å skade nerven ved et slikt inngrep. Spørsmålet ble videre om det kunne og burde ha vært tatt forhåndsregler for å unngå skaden.

Inngrepet ble foretatt med lokalbedøvelse, og et sentralt spørsmål i dommen var om dette var riktig fremgangsmåte. Flertallet la her vesentlig vekt på de opplysninger som forelå om praksis for denne type inngrep. Det ble vist til at de sakkyndiges uttalelser ikke var entydige på dette punktet. Flertallet av de sakkyndige konkluderte med at det på tidspunktet for inngrepet var vanlig å foreta slike inngrep med lokalbedøvelse ved et sykehus av en slik karakter og størrelse.

Retten gikk så over til å vurdere hvorvidt det forelå særlige forhold som tilsa at inngrepet skulle ha vært foretatt med full narkose. Retten fremholdt at de sakkyndige synes å være enige om at det ved inngrep overfor små barn ofte bør brukes full narkose. Den ene sakkyndige konkluderte med at det burde vært benyttet narkose i dette tilfellet, mens de to andre sakkyndige la til grunn at en konkret vurdering måtte være avgjørende. Flertallet la til grunn at legen som utførte inngrepet gjorde en konkret vurdering av om det var grunn til å bruke narkose, og retten fant ikke at det var grunn til å si at legens vurdering var uriktig.

Mindretallet i saken la avgjørende vekt på at risikoen for skade var «*ganske betydelig*», og at denne risiko var alminnelig kjent på det tidspunkt inngrepet ble utført, samt at også legen som utførte inngrepet var klar over risikoen. Mindretallet viste til de sakkyndiges uttalelser om at

risikoen var «*meget betydelig i betraktning av at det operative ikke dreier seg om noe stort inngrep*». Mindretallet fremholdt at det må være klart at risikoen vil være mindre jo bedre legen har gjort seg kjent med de forhold han vil møte under inngrepet. Videre mente mindretallet at undersøkelsen i forkant av inngrepet var gått for raskt sett i sammenheng med den risiko som var forbundet med inngrepet. Mindretallet konkluderte med at de konkrete omstendighetene i saken samt sykehusets forhold på tidspunktet for inngrepet, gjorde at inngrepet burde vært foretatt i narkose.

På tross av dissens (3-2) var det sentrale vurderingstemaet i saken spørsmålet om inngrepet var gjort innenfor «*forsvarlig praksis*». Både flertallet og mindretallet la vekt både på risikomomentet og hva som var å anse som vanlig fremgangsmåte. Det var også uenighet blant de sakkyndige om hvordan de konkrete omstendighetene skulle bli vurdert. På tross av uenighet rundt vurderingen av de konkrete forhold i saken viser denne dommen klart at forsvarlighetsvurderingen er tett knyttet til lege-artis begrepet.

En dom<sup>48</sup> fra 1956 illustrerer også at lege-artis begrepet er sentralt ved vurderingen av forsvarlighet. I dommen ble kommunen ansett erstatningsansvarlig for at en ansatt overlege ved sykehuset hadde utvist ansvarsbetingende uforsvarlighet. Overlegen hadde behandlet en pasient som led av en hudlidelse med røntgen- og radiumbehandling. Det var oppnevnt to sakkyndige i saken, dr. med. Denstad i forbindelse med røntgen- og radiumbehandlingen, og professor dr. med. Rokstad i forbindelse med hudlidelsen.

På bakgrunn av de sakkyndiges uttalelser la retten til grunn at strålebehandlingen var den overveiende årsak til invaliditeten. I erstatningsretten er denne årsakssammenhengen en viktig forutsetning for at det skal kunne ilegges erstatningsansvar. Som allerede nevnt i kapittel 2.1.2 stiller dette seg vesentlig annerledes ved vurderingen av forsvarlighetskravet. Jfr. helsepersonellovens forarbeider<sup>49</sup> er det ikke avgjørende at det er inntrådt en skade for å kunne anse et forhold for uforsvarlig.

Det fremgår av dommen at Denstad på forhånd var blitt forelagt spørsmål om strålebehandlingen hadde vært forsvarlig på bakgrunn av de erfaringer og den kunnskap de praktiserende leger på det tidspunkt satt inne med. Denstad fremholder i sin sakkyndigerklæring at «*Nei, den anvendte røntgen-radiumbehandlingen må anses svært uforsvarlig*». Dette viser at det også i denne dommen legges avgjørende vekt på hvilke kunnskaper og erfaringer legene hadde på tidspunktet for behandlingen.

---

<sup>48</sup> RG.1956.45

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 40

I Rt.1994.588 ble en lege tilkalt om natten etter at en pasient hadde hoppet fra andre etasje i et hus. Legen satt en sprøyte med beroligende, og dro fra stedet. Senere samme natt skadet pasienten seg selv alvorlig med en kniv. Retten konkluderte med at legen ikke hadde opptrådt uaktsomt.

Retten fremholdt i dommen at det ved vurderingen av legens handlemåte var sentralt hva han visste eller burde ha visst og forstått om den alvorlige psykiske tilstand pasienten befant seg i natten pasienten først hoppet ut av et vindu og senere skadet seg selv alvorlig.

Det ble vist til et journalnotat hvor det fremgår at pasienten ved to tidligere anledninger var gitt et antidepressivt middel, og at denne behandlingen hadde hatt god effekt og var avsluttet. Det er ikke klart hvorvidt legen hadde kjennskap til dette journalnotatet. Retten la til grunn at selv om legen hadde hatt kunnskap til notatet, så ville det likevel ikke gitt legen holdepunkter for at pasienten hadde alvorlig psykiske problemer.

Retten la videre til grunn at doseringen av de beroligende medisinene pasienten fikk den aktuelle natten var relativt ordinære, og ikke av en slik størrelse at doseringen i seg selv tilsa et spesielt alvorlige psykiske problemer. Retten fremholdt at samtlige leger som hadde uttalt seg i saken, dels som sakkyndige og dels som vitner, hadde lagt til grunn at medisineren var å anse som adekvat behandling. Retten konkluderte på bakgrunn av dette med at medisineren var forsvarlig.

Retten gikk så over til å behandle spørsmålet om legen forlot stedet før det var klart om medisineren hadde hatt den tilsiktede virkning. Det ble etter en konkret vurdering lagt til grunn at legen ikke hadde handlet uaktsomt. I denne vurderingen ble det blant annet lagt vekt på at pasienten bodde hjemme hos sine foreldre, og således var under tilsyn, samt at pasienten hadde en legetime påfølgende dag.

I dommen ble det lagt avgjørende vekt på om legen hadde handlet lege artis i alle ledd av uaktsomhetsvurderingen.

Rt.1963.08 viser at ikke alle feilvurderinger begått av helsepersonell er utslagsgivende for forsvarlighetsvurderingen. I dommen hadde en 17-åring fått skader i foten etter behandling av et benbrudd. Det ble lagt til grunn at skaden oppsto som følge av sterkt nedsatt blodtilførsel. Det fremgår at dette mest sannsynlig skyldtes at bandasjen var lagt for stramt, men at dette *«meget lett kan skje og er et hendig uhell»*. Høyesterett viste til lagmannsrettens begrunnelse, som i sin vurdering la til grunn at gipsbandasjen var lagt etter vanlig metode. Videre ble det fremholdt at det var foretatt en feilvurdering, men at det likevel ikke var handlet uaktsomt.

Lagmannsretten viste til at legene ikke syntes å ha vært klar over hvor farlig tilstanden var, og at de derfor ikke handlet radikalt nok.

Også i dommen<sup>50</sup> fra 1978 blir feil og menneskelig svikt behandlet. Det fremgår i dommen at *«Hertil kommer at ikke enhver menneskelig svikt som måtte forekomme under arbeidet med å helbrede sykdommer vil overstige den terskel hvor ansvaret for uaktsomhet er på sin plass. En viss margin må det være for uhell hvor et dyktig og ansvarsbevisst personale gjør sitt beste, selv om det senere kan påvises at behandlingen ikke objektivt sett skulle ha vært gjennomført som skjedd. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelse av et skjønn»*. Det blir påpekt i dommen at man alltid vil stå overfor komplikasjoner ved alvorlige inngrep, og risikoen for slike komplikasjoner må holdes opp mot den fare selve sykdommen innebærer.

I Rt.1962.994 ble tidsfaktoren og helsepersonellens kvalifikasjoner trukket frem som sentrale momenter. I dommen ble det vurdert erstatningsansvar for en 17 år gammel gutt som hadde fått skadet en ansiktsnerve under en svulstoperasjon. Operasjonen ble utført av en reservelege, og både reservelegen og overlegen ble ansett ansvarlige for feildisponering.

I forbindelse med tidsfaktoren fremgår det i dommen at et viktig utgangspunkt for vurderingen var at det ikke hastet med operasjon. Det var ikke tale om en akutt situasjon, og de kunne ventet med operasjonen frem til overlegen hadde mulighet til å være med.

Videre viste retten til at det avgjørende i saken var hvorvidt reservelegen hadde vært tilstrekkelig kvalifisert til å utføre operasjonen på egen hånd. Det ble redegjort for reservelegens utdanning og praksis, og konklusjonen var at han ikke tilfredstilte kravene til å bli godkjent som spesialist av Den norske legeforening. Det viktigste momentet var at reservelegen kun hadde assistert ved, og ikke utført, slike operasjoner tidligere. Retten fant med støtte i uttalelser fra de sakkyndige at det var uforsvarlig av reservelegen å utføre operasjonen på egen hånd.

Retten fremholdt at det i seg selv var et ansvarsbetingende forhold dersom overlegen forlot sykehuset mens operasjonen pågikk uten å kunne nås på kort varsel. Det ble konkludert med at begge leger hadde gjort seg skyldig i ansvarsbetingende feildisponering, og sykehuset ble dømt til å betale erstatning.

---

<sup>50</sup> Rt.1978.482



I Rt.1988.244 ble det konkludert med at sykehuset ikke var erstatningsansvarlig for en skade på en nerve som hadde oppstått etter gipsing av et overarmsbrudd.

Det ble i dommen vist til at det var enighet om at et overarmsbrudd av denne typen som regel skulle behandles ved gipsing, og ikke ved operasjon. Det ble fremholdt at et overarmsbrudd alltid medfører en viss risiko for slik nerveskade, og at denne risikoen er særlig når bruddet skjer i overarmknokkelens nedre tredjedel slik som i denne sak. Det ble fremholdt at det alltid skal foretas undersøkelse av motorikk og sensibilitet. Selv om det i utgangspunktet skal foretas gipsing dersom det konstateres en lammelse, kan det foreligge særlige omstendigheter som taler for operasjon. Retten la avgjørende vekt på at det ikke var foretatt slik undersøkelse, og konkluderte med at den manglende undersøkelsen i seg selv representerte en klar forsømmelse fra legens side.

I Rt.1996.1384 ble staten frifunnet for et erstatningskrav for mangelfull oppfølging av sekundærskader under kreftbehandling. Dommen er avsagt under dissens 4-1.

Retten fremholdt at utgangspunktet var at *«Det må etter mitt syn være klart at den lege eller det sykehus som gjennomfører en medisinsk behandling, har en plikt til å være oppmerksom på mulige bivirkninger og komplikasjoner som følge av behandlingen og sørge for en forsvarlig behandling»*. I denne dommen var det avgjørende for flertallets synspunkt at de sakkyndige var enige om at det er vanskelig å stille sikre diagnoser i tilfeller som i denne sak. Flertallet konkluderte med at sykehuset ikke kunne være erstatningsrettslig ansvarlig.

Mindretallet i saken la avgjørende vekt på at smertene pasienten opplevde oppsto så nært forbundet med innstikket at sykehuset hadde en plikt til å undersøke og følge dette opp. Dette måtte gjelde selv om årsaken til smertene var uklar. Mindretallet fremholdt at sykehusets oppfølging av smertene var mangelfull, og konkluderte videre med at den manglende oppfølgingen måtte være erstatningsbetingende for sykehuset.

Selv om dommen er avsagt under dissens (4-1), gjelder dissensen vurderingen av sakens konkrete omstendigheter. Samtlige dommere i saken la til grunn at den som gjennomfører en medisinsk behandling har en plikt til å være oppmerksom på mulige bivirkninger og komplikasjoner for å oppfylle kravet til aktsomhet.

I Rt.1997.1800 ble det foretatt en generell drøfting av forsvarlighetskravet etter dagjeldende lovgivning. Det ble fremholdt at *«Det må legges til grunn at det vil bli stilt forskjellige krav til hva som er forsvarlig i ulike situasjoner, og hva som vil være «ikke akseptert» utøvelse av legevirkosomheten vil variere med de ytre omstendigheter»*. Dette viser til at forsvarlighetskra-

vet er relativt. Videre la retten til grunn at det kan konstateres brudd på forsvarlighetskravet, uten at handlingen har fremkalt fare eller skade.

En gjennomgang av denne rettspraksis viser at lege artis-begrepet er særlig sentralt, og var avgjørende i flere av dommene<sup>51</sup>. Hva som er lege artis vurderes ut fra hva som anses for å være «*vanlig praksis*»<sup>52</sup>, om behandlingen er i samsvar med den metode som på tidspunktet var den anerkjent beste<sup>53</sup>, og ut i fra hvilke kunnskaper og erfaringer legene hadde på tidspunktet for behandlingen<sup>54</sup>.

Det kan også utledes av rettspraksisen at ikke alle feilvurderinger er utslagsgivende for aktsomhetsvurderingen<sup>55</sup>, og at ikke enhver menneskelig svikt er ansvarsbetingende<sup>56</sup>. Ved noen typer behandling vil man alltid stå overfor en viss risiko for komplikasjoner, og denne risikoen må holdes opp mot den fare sykdommen i seg selv innebærer<sup>57</sup>. Selv om forsvarlighetskravet skal bedømmes strengere enn uaktsomhetskravet kan heller ikke enhver feilvurdering eller menneskelig svikt føre til uforsvarlighet.

Videre viser den gjennomgatte praksis at tidsfaktoren og helsepersonellens kvalifikasjoner er momenter av betydning<sup>58</sup>, og at helsepersonellet har en plikt til å være oppmerksom på mulige bivirkninger og komplikasjoner<sup>59</sup>.

### **3 Virksomhetens ansvar for forsvarlig yrkesutøvelse**

#### **3.1 Rettskildemateriale**

##### **3.1.1 Helsepersonelloven § 16**

For at helsepersonell skal kunne oppfylle kravet til forsvarlighet i helsepersonelloven § 4 må det også stilles krav til virksomheten. Det blir i helsepersonellovens forarbeider<sup>60</sup> vist til at forsvarlighetskravet skal stilles både i relasjon til det enkelte helsepersonell og i relasjon til de virksomheter som produserer helsetjenester. Videre fremgår det av lovens forarbeider<sup>61</sup> at «*ett element i den forsvarlighetsplikt som hviler på virksomhetseiere og virksomhetsledelsen vil*

---

<sup>51</sup> RG.1956.45, Rt.1978.1384, Rt.1981.728 og Rt.1994.588

<sup>52</sup> Jfr. Rt.1981.728, Lymfeknutedommen

<sup>53</sup> Jfr. Rt.1978.482

<sup>54</sup> Jfr. Rt.1994.588

<sup>55</sup> Jfr. Rt.1963.08

<sup>56</sup> Jfr. Rt.1978.482

<sup>57</sup> Jfr. Rt.1978.482

<sup>58</sup> Jfr. Rt.1962.994

<sup>59</sup> Jfr. Rt.1996.1384

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 33

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 33

*nødvendigvis være at det gjennom organisatoriske og andre tiltak må legges til rette for at det enkelte helsepersonell blir i stand til å oppfylle sine forsvarlighetsplikter».*

Helsepersonelloven § 16 skiller seg fra lovens øvrige bestemmelser ved at den er av organisatorisk art. Dette står i motsetning til de øvrige bestemmelsene i loven som er knyttet til det enkelte helsepersonellets plikter og ansvar. Departementet uttalte i helsepersonellovens forarbeider<sup>62</sup> at § 16 også er tatt inn av pedagogiske grunner, og at den markerer sammenhengen mellom helsepersonellets individuelle forsvarlighetsplikt og det ansvaret for tilrettelegging helseinstitusjonen har. Forarbeidene<sup>63</sup> viser til at ansatt helsepersonell i utgangspunktet er undergitt arbeidsgivers styringsrett, men at det enkelte helsepersonell samtidig har et selvstendig ansvar for å opprettholde sine lovpålagte plikter. Departementet<sup>64</sup> skriver at de *«derfor har funnet grunn til å understreke at arbeidsgiver må innrette virksomheten slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde lovpålagte plikter»*. På denne bakgrunn foreslo departementet helsepersonelloven § 16.

Jfr. ordlyden i helsepersonelloven § 16 skal en virksomhet som yter helse- og omsorgstjenester organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter. En av disse lovpålagte pliktene er kravet til forsvarlig yrkesutøvelse jfr. helsepersonelloven § 4. Det blir i forarbeidene<sup>65</sup> presisert at virksomheten kan komme i ansvar selv om det enkelte helsepersonell ikke kan bebreides.

I helsepersonellovens forarbeider<sup>66</sup> blir det vist til at forsvarlighetskravet vil være en rammebetingelse for virksomhetseier og virksomhetsledelse. Dette fører til at alle i ansvarsposisjoner må etablere organisasjons- og ansvarsstrukturer som er nødvendige for å kunne oppfylle forsvarlighetskravet.

Det blir også fremholdt<sup>67</sup> at helsepersonelloven § 16 angir en begrensning for arbeidsgivers styringsrett ved at virksomheten skal organiseres slik at helsepersonellet kan oppfylle sine lovpålagte krav. Departementet<sup>68</sup> mente dette burde komme direkte til uttrykk i § 16, men at den ytterligere reguleringen av de organisatoriske forholdene skulle skje i tjenestelovgivning-

---

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 33

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 37

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 36

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 33

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 224

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 33

en og særlovgivningen<sup>69</sup>. Departementet<sup>70</sup> fremholder at dette blir gjort for å gi mer entydige regler om organisering og ansvars plassering i tilknytning til tjenestenes ulike innhold. Tjeneste- og særlovgivningen som regulerer virksomhetens forsvarlighetskrav ytterligere blir behandlet i oppgavens kapittel 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4 og 3.1.5.

Forarbeidene<sup>71</sup> viser til at uklare ansvarsforhold kan føre til risiko, skade eller ulempe for pasienten, og drøfter videre<sup>72</sup> hvorvidt helsepersonelloven bør foreta en særskilt regulering av de ansvarsforhold som vanligvis er tillagt arbeidsgivers og virksomhetsledelsens styringsrett. Departementet<sup>73</sup> viser til at en slik regulering generelt kan «*svekke det helhetlige ansvar, og dermed også den autoritet og legitimitet, som eier og ledelse har for at virksomhetene respekterer de satte lovgivningsmessige rammene, herunder kravet til at virksomheten skal drives forsvarlig*».

Helsepersonellovens utredning resulterte i en særskilt regulering av det medisinskfaglige ansvaret i helsepersonelloven § 4 tredje ledd. Det materielle innholdet til denne bestemmelse er det redegjort for i oppgavens kapittel 2.1.1.

Kravet til forsvarlighet er overordnet legens beslutningsmyndighet, og i forarbeidene<sup>74</sup> fremholdes det at «*Under enhver omstendighet innebærer ikke bestemmelsen at kravet til forsvarlighet fravikes. Tvert i mot er den et forsøk på å operasjonalisere dette kravet i en bestemt sammenheng. Dette innebærer at instruksjonsmyndigheten er begrenset til de tilfeller der dette er forsvarlig og til forsvarlige instruksjoner*». Legens beslutningsmyndighet er med andre ord kun et organisatorisk utgangspunkt som er ment for å gi klare ansvarsforhold. Det enkelte helsepersonell har likevel et overordnet selvstendig ansvar til forsvarlig yrkesutøvelse etter helsepersonelloven § 4.

I forarbeidene<sup>75</sup> er spørsmålet om bestemte typer helsepersonell skal ha fritak fra å bli instruert drøftet. Departementet viser til at formålet med et slikt fritak eventuelt må være for å «*ivareta pasientens interesser ved at helsepersonell gis frihet til å ta nødvendige faglige hensyn uten hensyn til andre krav*». Det blir imidlertid ikke innført noe instruksjonsfritak, og departementet viser til at ethvert helsepersonell må handle innen rammene til den organisasjonen de

---

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 28

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 28

<sup>71</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 41

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 42

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 42

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 46

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 46

tilhører. Videre viser departementet<sup>76</sup> til helsepersonellets selvstendige ansvar for en forsvarlig yrkesutøvelse etter helsepersonelloven § 4, og at plikten til å følge en instruks dermed ikke er absolutt. Det blir presisert at helsepersonell i samhandlingssammenheng har både en rett og en plikt til å motsette seg en instruks som innebærer uforsvarlighet. Dette gjelder både ved vurderingen av medisinskfaglig skjønn og der det er tatt ikke-medisinske hensyn, som for eksempel profitt hensyn. Videre fremgår det at det skal mye til før retten til ikke å følge en instruks kommer til anvendelse.

Departementet<sup>77</sup> fremholder at helsepersonelloven § 16 stiller krav til organisering av virksomhet for å unngå motstrid mellom de pålegg som gis i kraft av styringsretten og kravet til forsvarlighet etter § 4. På denne måten blir forsvarlighetskravet overordnet både med hensyn til det enkelte helsepersonellets yrkesutøvelse etter helsepersonelloven § 4, og med hensyn til rammene for virksomhetens organisering etter helsepersonelloven § 16.

Ut over § 16 inneholder helsepersonelloven ingen andre bestemmelser som regulerer organisatoriske forhold. Dette er overlatt til arbeidsgivers styringsrett samt den øvrige tjenestelovgivningen og helseforetaksloven.

### 3.1.2 Forsvarlighetskravet som begrensning for arbeidsgivers styringsrett

Med arbeidsgivers styringsrett menes her *«retten til å inngå arbeidsavtaler, fordele, lede og kontrollere arbeidet og bringe arbeidsavtaler til opphør. Lovgivningen, tariffavtaler, arbeidsavtaler og allmenne saklighetsnormer setter grenser for hvilke beslutninger arbeidsgiver kan treffe»*<sup>78</sup>.

Kjønstad<sup>79</sup> fremholder at andre grunnprinsipper i helseretten som regel må vike dersom de kommer i strid med prinsippet om forsvarlighet. Dette gjelder også i utgangspunktet for prinsippet om arbeidsgivers styringsrett. Kjønstad<sup>80</sup> viser til at styringsretten gir arbeidsgiver frihet til å velge, men at forsvarlighetskravet begrenser denne valgfriheten.

Det blir i spesialisthelsetjenestens lovforarbeider<sup>81</sup> fremholdt at eier og arbeidsgiver i utgangspunktet står fritt til å organisere virksomheten innenfor de rammer lovgivningen har satt.

---

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 46

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 46

<sup>78</sup> Kjønstad (2007) side 315-316

<sup>79</sup> Kjønstad (2007) side 324

<sup>80</sup> Kjønstad (2007) side 324

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 37-38

Departementet<sup>82</sup> viser til at de legger vekt på at virksomhetenes ulike oppgaveløsning representerer et mangfold, og at regler om organisatoriske forhold ikke i tilstrekkelig grad vil kunne ta hensyn til dette mangfoldet. Videre blir det i forarbeidene<sup>83</sup> fremholdt at *«Dersom det gjennom lov på mange områder gis pålegg om organisatoriske løsninger som virksomhetene må velge, kan dette skape uklarhet om eiers og leders helhetlige ansvar, og det kan også på en uheldig måte svekke styringsautoriteten»*. Det blir i forarbeidene<sup>84</sup> også vist til at kommuneloven er basert på at kommunesektoren selv skal ha stor frihet til valg av organisering. Departementet<sup>85</sup> fremholder at de på bakgrunn av dette har søkt å begrense lovregulering av organisatoriske forhold.

Departementet<sup>86</sup> fremholder at det på visse områder likevel er et behov for lovregulering for å sikre forsvarlige helsetjenester. Det er derfor innført pålegg om at det på alle organisatoriske nivåer i sykehus skal være en ansvarlig leder og at det i visse tilfeller skal utpekes medisinfaglige rådgivere etter spesialisthelsetjenesteloven § 3-9, samt at det er innført en bestemmelse om pasientansvarlig lege etter § 3-7. Bestemmelsen om pasientansvarlig lege ble imidlertid opphevet ved lov av 24. juni 2001 nr. 30. Spesialisthelsetjenesteloven § 3-9 blir nærmere behandlet i oppgavens kapittel 3.1.3. Videre er det vist at det ved samarbeid med annet helsepersonell er legen som tar beslutninger i medisinske spørsmål ved undersøkelse og behandling av den enkelte pasient etter helsepersonelloven § 4 tredje ledd. Det materielle innholdet i helsepersonelloven § 4 tredje ledd er behandlet i oppgavens kapittel 2.1.1, og forholdet til virksomhetens organisering er behandlet i kapittel 3.1.1.

I spesialisthelsetjenestens forarbeider<sup>87</sup> blir det vist til uttalelser fra lovutredningsutvalget<sup>88</sup>. Utvalget fremholder<sup>89</sup> at ledelsen ved det enkelte sykehus har best forutsetning for å kunne bestemme den interne organiseringen, og at de *«ikke kan se at helsepolitiske styringshensyn eller hensyn til faglig styring tilsier at departement, regjering og Storting eller fylkeskommunene bruker sin styringsmulighet i forhold til organisasjonsinterne forhold i sykehusene»*.

Som et klart utgangspunkt står eier og ledelse relativt fritt til å velge organisering av virksomheten. I spesialisthelsetjenestens lovutredning<sup>90</sup> blir det fremholdt at utvalget ikke vil foreslå

---

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 38

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 38

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 38

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 38

<sup>86</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 38

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 38

<sup>88</sup> NOU 1992: 2

<sup>89</sup> NOU 1992: 2, side 14

<sup>90</sup> NOU 1992: 2, side 14

en bestemt organisasjonsform. Utvalget presiserer at dette ikke betyr at alle løsninger er like gode. Utvalget<sup>91</sup> peker på flere overordnede mål som de mener bør tillegges vekt ved valg av organisatoriske løsninger på sykehus. Utvalget viser til økt verdiskapning ved at helsepersonellens tid og ressurser i størst mulig grad bør settes inn i pasientrettet arbeid, bedre kontinuitet ved at pasientene i størst mulig grad kan beholde kontakt med samme helsepersonell, økt helhet ved at ikke bare sykdommen men også at hele pasienten, familie, pårørende og omgivelser blir påvirket av sykdommen, samt bedre arbeidsmiljø for å sikre bedre pasientbehandling. Disse overordnede målene vil være med på å bestemme hvorvidt virksomheten oppfyller kravet til forsvarlig organisering, og dermed om den handler innenfor styringsretten.

### 3.1.3 Statens ansvar etter spesialisthelsetjenesteloven av 1999

Etter spesialisthelsetjenesteloven<sup>92</sup> § 2-1 har Staten det overordnede ansvaret for at befolkningen gis nødvendig spesialisthelsetjeneste. Forsvarlighetskravet er hjemlet i spesialisthelsetjenesteloven § 2-2. Jfr. § 2-2 skal helsetjenester som tilbys eller ytes i henhold til spesialisthelsetjenesteloven være forsvarlige. Det fremgår videre av § 2-2 at det skal tilrettelegges slik at helsepersonellet som utfører tjenestene er i stand til å overholde sine lovpålagte plikter, samt at den enkelte pasient eller bruker skal tilbys et helhetlig og koordinert tjenestetilbud.

Av lovens forarbeider<sup>93</sup> fremgår det at den tidligere lovgivning ikke inneholdt noen uttrykkelig hjemmel om forsvarlighet, men at dette ble innfortolket i flere bestemmelser. Departementet<sup>94</sup> fremholdt at forsvarlighetskravet er et helt sentralt element i helsetjenestens rettslige rammebetingelser, og at det derfor bør komme direkte til uttrykk i loven. Departementet<sup>95</sup> presiserer at formålet med en egen forsvarlighetsbestemmelse ikke er å foreta vesentlige endringer av det materielle innholdet i forsvarlighetsnormen. Lovgivningen av forsvarlighetskravet må dermed anses som en videreføring av gjeldende rett.

Det fremgår av lovens forarbeider<sup>96</sup> at få av høringsinstansene uttalte seg om bestemmelsen om forsvarlighet, men at de som uttalte seg var positive til å presisere forsvarlighetskravet i en egen bestemmelse. Sanderud sykehus uttaler i sitt hørings svar<sup>97</sup> at det er viktig at plikten til forsvarlighet legges til sykehuseiere og ledelse fordi forsvarlighet ofte handler om ressurser.

---

<sup>91</sup> NOU 1992: 2, side 14

<sup>92</sup> Spesialisthelsetjenesteloven av 1999

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 34

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35

Departementet<sup>98</sup> fremholder at bestemmelsen innebærer en presisering av eier og leders ansvar for at tjenesten er forsvarlig. Videre viser departementet til at en generell forsvarlighetsbestemmelse vil innebære et krav om at visse funksjoner må innrettes på måter som gjør at forsvarlighetsnormen etterleves, og at det derfor ikke er nødvendig med et direkte pålegg om at planlegging, utbygging, organisering, drift og vedlikehold skal være forsvarlig. Den generelle forsvarlighetsbestemmelsen må dermed anses å omfatte dette, uten at det kommer direkte til uttrykk i lovteksten.

Videre fremholder departementet<sup>99</sup> at ulike komponenter må være til stede for å sikre at tjenesten er forsvarlig. Det blir vist til at eier og ledelse blant annet må sørge for at utstyret er i orden, at personellet har tilstrekkelig kompetanse, at ansvarsforholdene er avklart, og at det er etablert forsvarlige vaktordninger. Videre blir det fremholdt at «*Forsvarlighetskravet innebærer således også et krav til forsvarlig organisering av virksomheten, og vil blant annet innebære at det gjennomføres organisatoriske og systemmessige tiltak som gjør det mulig for helsepersonellet å oppfylle den plikt til forsvarlig yrkesutøvelse som påligger dem*». Det blir i forarbeidene<sup>100</sup> presisert at forsvarlighetskravet er en minimumsstandard for hvilken standard tjenestene skal ha, men at helsetjenesten bør arbeide for et høyere ambisjonsnivå enn dette.

Departementet<sup>101</sup> viser til at det ikke er mulig å gi uttømmende retningslinjer om hva som er nødvendige og riktige tiltak, og at dette må vurderes konkret. Det blir videre presisert i forarbeidene<sup>102</sup> at det er opp til virksomhetens eier og ledelse å avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes for at en tjeneste ikke lenger skal være uforsvarlig.

Det er lovfestet en begrensning i organisasjonsfriheten i spesialisthelsetjenesteloven § 3-9. Etter ordlyden i spesialisthelsetjenesteloven § 3-9 første ledd skal sykehuset organiseres slik at det er en ansvarlig leder på alle nivåer. I spesialisthelsetjenestelovens forarbeider<sup>103</sup> blir det vist til Steineutvalget<sup>104</sup> som ble nedsatt i 1996 for å utrede organisasjons- og ledelsesforhold internt i sykehus. Departementet<sup>105</sup> fremholder at et samlet utvalg anbefalte at det på alle nivåer i sykehus må være en leder. Utvalget begrunnet denne anbefaling med at et helhetlig ansvar for virksomheten best sikres når lederansvaret på en entydig måte kan relateres til en

---

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35

<sup>99</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 36

<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 37

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 36

<sup>102</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 37

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999)

<sup>104</sup> NOU 1992: 2

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 67



person. Departementet<sup>106</sup> viser til at utvalget mente det «*ved todelt (eller flerdelt) ledelse kunne oppstå gråsoner i ansvarsfordelingen, enten fordi det er vanskelig å trekke et entydig nok skille i ansvarsfordelingen, eller fordi man unngår bestemte problemstillinger som kan virke truende på forholdet mellom de som deler ledelsesansvaret*».

Videre fremholder departementet<sup>107</sup> at klare ansvarsforhold er en viktig premis for at sykehus skal oppfylle kravet til forsvarlighet. Det blir vist til at klare ansvarsforhold er særlig viktig i sykehus fordi en ansvarspulverisering vil kunne ha store konsekvenser for pasientene. Departementet mener bestemmelsen likevel ikke vil være til hinder for fleksibilitet i valg av ledelsesform. Det blir her foreslått at det blant annet kan gjøres bruk av ledergrupper, og at disse kan organiseres på ulike måter. Bestemmelsen innebærer imidlertid at det må utpekes en person som til syvende og sist bærer det helhetlige ansvaret for enheten.

Det fremgår av forarbeidene<sup>108</sup> at dette helhetlige ansvaret betegnes som et administrativt ansvar, men dette administrative ansvaret inkluderer også at det faglige arbeidet er i samsvar med myndighetenes og sykehuseiernes mål og rammer. Videre fremholder departementet<sup>109</sup> at «*Utgangspunktet om at administrativt ansvar også inkluderer de faglige elementene, har modifikasjoner. Som i alle andre organisasjoner som benytter ulike former for fagpersonell og eksperter, vil ledelsen som oftest ikke ha bredde og dybde i sin kompetanse som gjennomgående gjør det faglig forsvarlig å gripe styringsmessig inn i medarbeidernes faglige oppgaveløsning*». Den administrative lederen er med andre ord i varierende grad ut fra egen kompetanse avhengig av å hente kunnskap om det medisinfaglige fra andre for å kunne organisere virksomheten i samsvar med forsvarlighetskravet. Dette kan imidlertid synes å være et normalt utgangspunkt for de oppgaver en leder innenfor andre fagområder og bransjer også har. Lederens ansvar må bestå i å innhente tilstrekkelig kunnskap fra de som sitter på kompetansen, slik at det kan tas overveide beslutninger som i størst mulig grad oppfyller de lovpålagte krav, herunder krav til forsvarlig organisering.

I henhold til § 3-9 annet ledd skal det pekes ut medisinfaglige rådgivere dersom kravet til forsvarlighet gjør det nødvendig. Dette vil i utgangspunktet følge allerede av ordlyden til det generelle kravet til forsvarlighet etter spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helsepersonelloven § 16. Spesialisthelsetjenesteloven § 3-9 annet ledd må derfor anses som en presisering av det som ellers ville fulgt av forsvarlighetskravet.

---

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 67

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 68

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 68

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 68-69

### 3.1.4 Helseforetakslovens regulering av spesialisthelsetjenester

Helseforetaksloven<sup>110</sup> inneholder bestemmelser som regulerer organiseringen av helseforetak. Etter lovens § 1 første ledd er formålet «å bidra til å oppfylle de målsettinger som er nedfelt i spesialisthelsetjenesteloven § 1-1 og pasient og brukerrettighetsloven § 1-1».

I henhold til § 1 første ledd punkt 1 skal formålet søkes oppfylt ved at det opprettes regionale helseforetak som etter eiers retningslinjer skal planlegge og organisere spesialisthelsetjenesten. I henhold til og § 1 første ledd punkt 2 skal det legges til rette for at de regionale helseforetakene skal organisere sine sykehus og andre helseinstitusjoner som helseforetak. Helseforetakenes formål fremgår av lovens § 1 andre ledd.

Jfr. § 1 andre ledd er helseforetakenes formål å «*yte gode og likeverdige spesialisthelsetjenester til alle som trenger det når de trenger det, uavhengig av alder, kjønn, bosted, økonomi og etnisk bakgrunn*».

Helseforetaksloven inneholder med andre ord regler for hvordan helseforetak skal organiseres for å utføre spesialisthelsetjenestene. Videre er det Staten som er ansvarlig for spesialisthelsetjenesten jfr. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1.

Helseforetaksloven inneholder ingen bestemmelse om forsvarlighet. Loven regulerer helseforetakets organisering og ikke organiseringen av selve utførelsen av spesialisthelsetjenestene. Loven omhandler i hovedtrekk eier og ledelsens ansvarsforhold, og det vil falle utenfor oppgavens problemstilling å behandle disse bestemmelsene. Jeg har derfor ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på hvilke krav til organiseringen helseforetaksloven oppstiller. Selv om det i teorien kan tenkes tilfeller hvor helseforetaket er organisert på en slik måte at det bryter med helseforetakslovens bestemmelser, er det lite praktisk at helseforetaket skal bli ansvarlig for uforsvarlig organisering etter helseforetaksloven. Dette vil stort sett falle under spesialisthelsetjenesteloven, selv om svikt i organiseringen etter helseforetaksloven kan være med som et moment ved vurderingen av om eier og ledelse har organisert virksomheten forsvarlig etter spesialisthelsetjenesteloven.

### 3.1.5 Kommunens ansvar etter helse og omsorgstjenesteloven av 2011

Etter helse- og omsorgstjenesteloven<sup>111</sup> § 3-1 skal kommunen sørge for at de som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. I § 3-2 fremgår kommunens ansvar for kommunehelsetjenester, og jfr. § 3-2 punkt 4 må kommunen tilby blant annet ut-

---

<sup>110</sup> Helseforetaksloven av 2001

<sup>111</sup> Helse- og omsorgstjenesteloven av 2011

redning, diagnostisering og behandling for å oppfylle kravet til nødvendige helse- og omsorgstjenester etter § 3-1. Forsvarlighetskravet er hjemlet i helse- og omsorgsloven § 4-1.

Jfr. ordlyden i § 4-1 skal «*Helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige*». Det presiseres at kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at § 4-1 første ledd bokstav a til bokstav d er oppfylt. Etter bokstav a skal det gis et helhetlig og koordinert helse- og omsorgstilbud, og jfr. bokstav b skal tjenestetilbudet være verdig. Videre skal helse og omsorgstjenesten og personell som utfører tjenestene oppfylle sine lovpålagte plikter jfr. bokstav c, og jfr. bokstav d skal tilstrekkelig fagkompetanse sikres i tjenestene.

I helse- og omsorgstjenestelovens forarbeider<sup>112</sup> ble det pekt på at kommunens ansvar for å yte eller tilby forsvarlige tjenester var indirekte og fragmentert regulert etter den dagjeldende kommunehelsetjenesteloven<sup>113</sup>. Departementet ønsket derfor å drøfte behovet for å tydeliggjøre kommunens plikt til å yte forsvarlige helse- og omsorgstjenester. I kommunehelsetjenesteloven var det ikke hjemlet noe forsvarlighetskrav, men dette fulgte av helsepersonelloven § 16. Det er derfor tale om en videreføring av gjeldende rett, men med en presisering av forsvarlighetskravet.

De fleste høringsinstansene var positive til forslaget om en egen bestemmelse om forsvarlighet. Mange av høringsinstansene påpekte at forsvarlighetskravet i lovforslaget var ufullstendig og at det burde presiseres ytterligere<sup>114</sup>. Blant annet uttalte Midt-Troms regionråd<sup>115</sup> at de «*er usikker på om departementets forsøk på å presisere forsvarlighetsbegrepet er håndfast nok for en kommunal hverdag, hvor tilgangen på penger og kompetanse kan være med på å påvirke både kvalitetsbegrepet og hva som oppfattes som såkalte minstestandarder*». Kreftforeningen<sup>116</sup> fremholdt at en tydelig beskrivelse av forsvarlighetskravet er av stor betydning. På bakgrunn av høringsuttalelsene fremholdt departementet<sup>117</sup> at det var et behov for en mer omfattende presentasjon og presisering av innholdet i forsvarlighetskravet.

Departementet<sup>118</sup> henviser til at forsvarlighetskravet er en rettslig standard, og at dette innebærer at innholdet bestemmes av normer utenfor loven. Videre fremholder departementet<sup>119</sup> at

---

<sup>112</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 261

<sup>113</sup> Legeloven av 1980 (OPPHEVET)

<sup>114</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 262

<sup>115</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 262

<sup>116</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 262

<sup>117</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 263

<sup>118</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 263

<sup>119</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 263-264

«forsvarlighetskravet for helse- og omsorgstjenesten er forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer», og at innholdet i forsvarlighetskravet dermed endrer seg i takt med utviklingen av fagkunnskap og endringer i verdioppfatninger.

Forsvarlighetskravet har en dobbel funksjon. Det kan både vise til normer som beskriver hvordan tjenestene bør være og dermed hva som anses som god praksis, men det kan også være utgangspunkt for å fastlegge grensen mot det uforsvarlige. Departementet<sup>120</sup> fremholder at kommunens rom for å utøve skjønn avgrenses oppad mot god praksis og nedad mot forsvarlighetskravets nedre grense.

At skjønnet er avgrenset også oppad mot god praksis og ikke bare nedad mot forsvarlighetskravets nedre grense kan ses i sammenheng med at den enkelte helsetjeneste også må stå i forhold til de andre helsetjenestene kommunen tilbyr. Dersom en tjeneste får uforholdsmessige ressurser<sup>121</sup> vil dette også innebære at andre tjenester får mindre ressurser. Ressursbruken kan forsvares så lenge den holder seg innenfor det som anses som god praksis.

Departementet<sup>122</sup> viser til at Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer er et eksempel på publikasjoner som angir hvordan praksis bør være. Videre viser departementet<sup>123</sup> til at det av retningslinjene fremgår at «de er ment som et hjelpemiddel ved de avveiningene tjenesteytere må gjøre for å oppnå forsvarlighet og god kvalitet i tjenesten, og at valg av løsninger som i vesentlig grad avviker fra retningslinjene bør begrunnes og dokumenteres». Disse retningslinjene er nærmere behandlet i oppgavens kapittel 5.4.

Det blir i forarbeidene<sup>124</sup> fremholdt at plikten til å sørge for forsvarlige tjenester stiller krav til at virksomheten både planlegger og iverksetter nødvendige tiltak slik at helsetjenestene er forsvarlige. Videre må virksomheten følge opp om tiltakene fungerer og om de er tilstrekkelige. Departementet<sup>125</sup> viser til at det er kommunens øverste ledelse som er ansvarlig for dette.

Departementet<sup>126</sup> fremholder at uklarhet både mellom enheter og enkeltpersoner om organisering og fordeling av ansvar og oppgaver er en hyppig årsak til svikt i tjenestene. Eier og ledel-

---

<sup>120</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 264

<sup>121</sup> Ressurser menes her i vid forstand, og omfatter både økonomiske og personelle ressurser

<sup>122</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 264

<sup>123</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 264

<sup>124</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 264

<sup>125</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 264

<sup>126</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 265

se skal skape rammebetingelser og organisere virksomheten på en slik måte at sannsynligheten for menneskelig svikt samt eventuelt skadeomfang kan reduseres. Departementet<sup>127</sup> viser til at «*Ett sentralt element i forsvarlig virksomhetsstyring vil derfor være å etablere nødvendige rutiner for utførelse av forskjellige arbeidsoppgaver, samarbeid, informasjonsflyt og dokumentasjon*».

Ifølge Departementet<sup>128</sup> utgjør helsepersonellet en ressurs som er en avgjørende faktor for å kunne tilby forsvarlige helsetjenester. Virksomheten må derfor sørge for tilstrekkelig bemanning samt at personellet har nødvendige kvalifikasjoner til å utføre de oppgaver de blir satt til. Departementet<sup>129</sup> fremholder at nødvendig utstyr og egnede bygningsmessige forhold også vil kunne være viktige forutsetninger for å tilby forsvarlige helsetjenester.

Departementet<sup>130</sup> presiserer at forsvarlighetskravet innebærer at både helsetjenestene som tilbys skal være forsvarlige hver for seg, og at kommunens tilbud som helhet må være forsvarlig. Det er derfor tatt inn krav til et helhetlig og koordinert tjenestetilbud i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 første ledd bokstav a.

Kort oppsummer er kommunen ansvarlig for at virksomheten planlegger og iverksetter nødvendige tiltak som sikrer forsvarlighet til enhver tid, og at kommunene også har ansvar for å følge opp disse tiltakene. Videre må kommunens tilbud som helhet være forsvarlig, og kommunen må etablere nødvendige rutiner for utførelse av forskjellige arbeidsoppgaver, samarbeid, informasjonsflyt og dokumentasjon samt at helsetjenesten har tilstrekkelig bemanning og helsepersonellet har nødvendige kvalifikasjoner. Videre har kommunen ansvar for nødvendig utstyr og egnede bygningsmessige forhold.

### 3.1.6 Rettspraksis

Jeg har redegjort for hvilken betydning den erstatningsrettslige praksis har i forhold til vurderingen av forsvarlighetskravet i kapittel 2.1.2. I det følgende blir den rettspraksis som har betydning for virksomhetens ansvar for organisering behandlet.

I RG-1956-45 blir virksomhetens ansvar for overlegens uforsvarlighet behandlet. De forhold som gjelder overlegens uaktsomhet er behandlet i oppgavens kapittel 2.1.2. Retten viser til overlegens arbeidsinstruks, hvor det blant annet fremgår at «*overlegen foretar med full myndighet sykebehandlingen og den dertil hørende tjeneste ved røntgenavdelingen*». Overlegen

---

<sup>127</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 265

<sup>128</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 265

<sup>129</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 265

<sup>130</sup> Prop. 91 L (2010-2011) side 265

utfører med andre ord sitt arbeid med stor grad av selvstendighet. Retten fremholdt at kommunen etter dagjeldende lovgivning var ansvarlig for uaktsomme skadegjørende handlinger i samme utstrekning som personalet selv er ansvarlig for skaden. Videre fremholder retten at det synes lite rimelig at en annen regel skal gjelde for sykehusets overlege, på tross av at overlegen har en overordnet og selvstendig stilling.

Sett i forhold til vurderingen av forsvarlighetskravet etter gjeldende lovgivning kan denne dommen tas til inntekt for at virksomheten også etter gjeldende lovgivning har et ansvar for forsvarlig organisering selv om det aktuelle helsepersonellet i stor grad fungerer selvstendig.

I Rt.1980.1299 vurderte retten om det var noe å bebreide sykehuset i forhold til de rutiner som var innarbeidet. Det blir i dommen vist til at det har vært tale om en kjent men sjelden komplikasjon ved operasjoner. Sykehuset hadde derfor innarbeidet rutiner som tok sikte på å forebygge skader. Det ble av retten henvist til at det ikke var vanlig praksis å utarbeide skriftlig instruks til personalet om de forhold som var gjenstand i saken. Retten fremholdt at de *«ikke finner at det er fremkommet noe som viser at man ved dette sykehus har fulgt rutiner som fraviker den vanlige sikkerhetsmessige standard ved norske sykehus»*. Hva som er å anse som vanlig praksis har med andre ord også betydning ved vurderingen av om virksomhetens rutiner er forsvarlige.

Befring og Onstad<sup>131</sup> viser til Rt.1997.1800. I dommen ble det lagt avgjørende vekt på at ansvaret for skaden skyldtes manglende tilretteleggelse fra arbeidsgiver slik at legen ikke ble ansett ansvarlig. Videre blir det fremholdt at disse domspremissene er fulgt opp i helsepersonelloven § 16, og at de har betydning for hvordan forsvarlighetskravet skal tolkes. Om dommen skriver Befring og Onstad<sup>132</sup> at *«det ble lagt til grunn at manglende innhenting av informasjon fikk avgjørende betydning for at et barn døde, men at dette skyldtes mangler i organiseringen og koordineringen av pasientinformasjon ved sykehuset, ikke den enkelte leges yrkesutøvelse»*. Videre fremholdt Befring og Onstad<sup>133</sup> at denne avgjørelsen understøtter at det enkelte helsepersonellets ansvar må vurderes i forhold til virksomhetens rammebetingelser og eventuelt systemsvikt.

I dommen blir det fremholdt at uttrykket *«virksomhet»* etter dagjeldende lovgivning omfatter *«enkelstående begivenheter, og også forberedende og etterfølgende forhold som er naturlige ledd i legegjerningen»*. Retten legger til grunn at det ikke kreves mer enn én tilsidesettelse av forsvarlighetskravet. Retten viser videre til at det er *«klart at det kan være vanskelig å vurdere*

---

<sup>131</sup> Befring (2001) side 53

<sup>132</sup> Befring (2001) side 47

<sup>133</sup> Befring (2001) side 47

*om en lege har opptrådt forsvarlig uten å se hen til andre legers plikter/ansvar, når legevirk-  
somheten utøves u et sykehus hvor organiseringen og spesialiseringen forutsetter at flere skal  
samvirke om behandlingen».*

Videre viser retten til at lagmannsretten i sin dom har lagt til grunn at A var Bs «*pasientan-  
svarlig lege*» med et overordnet ansvar ved innleggelsen, og at A i følge lagmannsretten had-  
de hatt et overordnet ansvar for å påse at tilstrekkelig medisinske opplysninger forelå. Retten  
fremholder at «*Jeg finner det uklart på hvilket grunnlag lagmannsretten har tillagt A et slikt  
overordnet ansvar, da dette ikke er nærmere drøftet. Etter min mening taler mye for at en slik  
karakteristikk av As posisjon ikke gir uttrykk for den faktiske realitet med hensyn til ansvars-  
fordelingen mellom selvstendige enheter på sykehuset i april 1994*». Videre viser retten til at  
sykehuset har vedtatt foretaksstraff i saken, og at fylkeslegen i en uttalelse til sykehuset be-  
krefter at sykehuset har hatt mangelfulle rutiner og instruksjer.

En gjennomgang av den aktuelle rettspraksisen viser at hva som er ansett som «*vanlig*» også  
har betydning ved vurderingen av om virksomhetens rutiner er forsvarlige<sup>134</sup>. For helseperso-  
nell følger dette av lege artis-begrepet, og er behandlet i kapittel 2.1.2.

Det kan av rettspraksisen utledes at virksomheten også har et organiseringsansvar overfor  
helsepersonell som i stor grad opptrer selvstendig innenfor virksomhetens rammer<sup>135</sup>. Det kan  
også utledes at det som skyldes mangler i organiseringen anses helsepersonellet ikke ansvarlig  
for<sup>136</sup>. Virksomheten kan også bli ansvarlig på bakgrunn av enkeltstående hendelser<sup>137</sup>.

## **4 Hvem er juridisk ansvarlig for det som er inntruffet?**

### **4.1 Hva kan utledes av rettskildematerialet?**

Innholdet i helsepersonelloven §§ 4 og 16 er behandlet i henholdsvis kapittel 2.1.1 og 3.1.1.  
Hva som kan utledes av rettspraksis er behandlet i kapittel 2.1.1 i henhold til helsepersonellets  
yrkesutførelse, og i kapittel 3.1.6 i henhold til virksomhetens organisering.

Kort oppsummert følger det av individansvaret i helsepersonelloven § 4 at helsepersonellet  
har ansvar for følgende. Forsvarlighetsbegrepet skal etter lovens ordlyd vurderes i sammen-  
heng med hva som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og  
situasjonen for øvrig. Etter helsepersonellovens forarbeider<sup>138</sup> er ressurser, tid, utstyr og muli-

---

<sup>134</sup> Jfr. Rt.1980.1299

<sup>135</sup> Jfr. RG.1956.45

<sup>136</sup> Jfr. Rt.1997.1800

<sup>137</sup> Jfr. Rt.1997.1800

<sup>138</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

ge hjelpere momenter som skal tillegges vekt i forsvarlighetsvurderingen. Det fremgår også av lovens forarbeider<sup>139</sup> at helsepersonellet skal holde seg faglig à jour.

Av rettspraksis kan det utledes at yrkesutøvelsen skal være i samsvar med lege artis-begrepet, samt at tidsfaktoren og helsepersonellens kvalifikasjoner er momenter av betydning. Helsepersonellet har også en plikt til å være oppmerksom på mulige bivirkninger og komplikasjoner som kan oppstå.

Videre følger det av systemansvaret etter helsepersonelloven § 16 at virksomheten har ansvar for at den organiseres på en slik måte at helsepersonellet oppfyller sine lovpålagte krav, herunder kravet til forsvarlig yrkesutøvelse etter helsepersonelloven § 4.

Etter styringsretten står virksomheten i utgangspunktet fritt til å velge organisering. Denne friheten blir imidlertid begrenset av forsvarlighetskravet. I spesialisthelsetjenestelovens utredning<sup>140</sup> blir det pekt på flere overordnede mål som skal tillegges vekt i ved valg av organisasjon. Målene som nevnes er økt verdiskaping, bedre kontinuitet, økt helhet og bedre arbeidsmiljø.

Staten har etter spesialisthelsetjenestelovens forarbeider<sup>141</sup> ansvar for planlegging, utbygging, organisering, drift og vedlikehold. Videre fremgår det av forarbeidene<sup>142</sup> at eier og ledelse må sørge for at utstyret er i orden, at personellet har tilstrekkelig kompetanse, at ansvarsforholdene er avklart og at det er etablert forsvarlige vaktordninger.

Kommunen har etter helse- og omsorgstjenestelovens forarbeider<sup>143</sup> ansvar for at virksomheten må planlegge og iverksette nødvendige tiltak for å sikre forsvarlighet, samt følge opp om tiltakene fungerer og er tilstrekkelige. Videre følger det av forarbeidene<sup>144</sup> at eier og ledelse skal skape rammebetingelser og organisere virksomheten slik at risikoen for menneskelig svikt og eventuelt skadeomfang reduseres. Det skal også etableres nødvendige rutiner for utførelse av arbeidsoppgaver, samarbeid, informasjonsflyt og dokumentasjon, samt sørge for at det er tilstrekkelig bemanning, at helsepersonellet har tilstrekkelig kompetanse til å utføre de oppgaver de blir satt til og at de har nødvendig utstyr og egnede bygningsmessige forhold.

---

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>140</sup> NOU 1992: 2

<sup>141</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35

<sup>142</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 36

<sup>143</sup> Prop.91L (2010-2011) side 264

<sup>144</sup> Prop.91L (2010-2011) side 265



Selv om det blir trukket frem litt ulike hensyn og momenter i tilknytning til spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven fremgår det av begge lovers forarbeider<sup>145</sup> at forsvarlighetskravets innhold følger av gjeldende rett, og at formålet med lovgivningen har vært å presisere og ikke å endre innholdet. De momenter som blir trukket frem i forbindelse med spesialisthelsetjenesteloven kan derfor også tillegges vekt i forbindelse med helse- og omsorgstjenesteloven, og omvendt.

Av rettspraksis kan det utledes at «vanlig» praksis også har betydning ved vurderingen av om virksomhetens rutiner er forsvarlige, og at mangler i organiseringen tillegges ikke helsepersonellet.

Som det fremkommer av denne oppsummeringen har flere av momentene sider både knyttet til helsepersonellens individuelle ansvar og til virksomhetens systemansvar. Når jeg i denne oppgaven ønsker å behandle grensedragningen mellom de to ansvarsformer er det nødvendig å skille mellom de sider av faktorene som er knyttet til det enkelte helsepersonell, og de sider som er knyttet til virksomhetens systemansvar. I det følgende vil derfor de faktorer som kan knyttes til begge ansvarsformene bli drøftet.

Det fremgår av helsepersonelloven § 4 andre ledd at helsepersonell skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner. I oppgavens kapittel 2.1.1 skriver jeg at dette innebærer et krav til rolleforståelse samt en forståelse både for egen og andres kompetanse. Systemansvaret innebærer videre at eier og ledelse blant annet må sørge for at helsepersonellet har tilstrekkelig kompetanse til de oppgaver de blir satt til å utføre<sup>146</sup>. Med andre ord kan både det enkelte helsepersonell komme i ansvar på bakgrunn av manglende kompetanse, og virksomheten kan komme i ansvar for ikke å ha sørget for at helsepersonellet har tilstrekkelig kompetanse.

Spørsmålet blir videre hvilke tilfeller som skal tillegges helsepersonellet og hvilke tilfeller som skal tillegges virksomheten. Her må man kunne trekke et skille mellom hva som må sies å ligge innenfor det enkelte helsepersonellens kompetanse, og hva som må sies å være virksomhetens ansvar for å sørge for at en oppgave blir utført av noen virksomheten må kunne anta at har tilstrekkelig kompetanse. Hva som sies å ligge innenfor det enkelte helsepersonellens kompetanse er den kompetansen som det er rimelig å anta at det har ut i fra hvilken utdanning og erfaring vedkommende har. For eksempel må man kunne anta at en nyutdannet lege innehar den kompetanse det er rimelig å ha etter endt legestudium, og videre at en kirurg med ti års erfaring innehar en relativt bred kompetanse i henhold til å utføre oppgaver som

---

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 35 og Prop.91L (2010-2011) side 261

<sup>146</sup> Se Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 36 og Prop. 91L (2010-2011) side 265

vanligvis er tillagt en kirurg. Dersom vedkommende ikke innehar den kompetanse som det er rimelig å forvente er dette et forhold det enkelte helsepersonell må stå til ansvar for. I forhold til virksomhetens ansvar for å sørge for rett kompetanse innebærer dette å sette kvalifisert helsepersonell til å utføre de ulike oppgavene innen helsetjenesten. Som et eksempel vil det være virksomhetens ansvar å sørge for at det er et helsepersonell med medisinkurs som gir pasienten eller brukeren medisiner. For ordens skyld kan det her påpekes at medisinkurs inngår i noen helsefagutdannelse. En ufaglært helsearbeider kan også ta medisinkurs, og får da en kompetanse til å kunne gi medisiner.

Helsepersonellet har videre et ansvar for å holde seg faglig à jour jfr. helsepersonellovens forarbeider<sup>147</sup>. Også i forbindelse med faglig ajourhold må det skilles mellom de tilfeller som knytter seg til individansvaret og de tilfeller som knytter seg til systemansvaret. I utgangspunktet må det kunne sies at plikten til å holde seg faglig à jour er knyttet til det enkelte helsepersonell. Det kan likevel tenkes tilfeller hvor virksomheten i større grad burde tilrettelagt for og opplyst om faglig utvikling, og at den manglende kompetansetilegnelsen dermed kan tillegges virksomhetens ansvar for organisering. Det kan synes rimelig å stille strengere krav til selvstendig tilegnelse av kunnskap jo høyere kompetanse helsepersonellet i utgangspunktet har. For eksempel må det som et utgangspunkt kunne stilles strengere krav til faglig ajourhold til en legespesialist enn til en hjelpepleier. Dette samsvaret med helsepersonellovens forarbeider<sup>148</sup>, hvor det blir uttalt at det må stilles et relativt strengt krav til å være faglig oppdatert på sitt fagfelt for en spesialist. Krav om faglig ajourhold omtales også i ulike yrkesgruppers egne yrkesetiske retningslinjer.

Som det fremgår av oppgavens kapittel 2.1.1 nevner helsepersonellovens forarbeider<sup>149</sup> ressurser som en faktor av betydning. Når det gjelder ressurs<sup>150</sup> som faktor er dette stort sett knyttet til systemansvarets rammeansvar for en forsvarlig yrkesutøvelse. På den annen side vil tilgjengelige ressurser kunne ha betydning for hva som kan kreves av det enkelte helsepersonell. Dersom det er ressurser tilgjengelig, men at disse ikke blir tatt i bruk, vil dette være en faktor som trekker i retning av at helsepersonellet ikke har utvist forsvarlig yrkesutøvelse. Dersom det ikke er tilgjengelig nødvendige ressurser vil dette være en faktor som trekker i retning av at virksomheten ikke har oppfylt sitt forsvarlighetskrav. Ressursspørsmålet har imidlertid også en side opp mot hva som skal bestemmes politisk. Dette vil bli nærmere behandlet i oppgavens kapittel 4.2.

---

<sup>147</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>148</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>149</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>150</sup> Ressurs er her ment som økonomiske ressurser

Det fremkommer av helsepersonellovens forarbeider<sup>151</sup> at tid, utstyr og mulige hjelpere også er faktorer som er av betydning. Av tjenestelovgivningens forarbeider<sup>152</sup> fremgår det at virksomheten skal sørge for at utstyret er i orden samt at det er tilstrekkelig bemanning.

Ut fra dette kan man utlede at det er virksomhetens ansvar å sørge for at helsepersonellet har tilstrekkelig tid til å utføre arbeidsoppgavene forsvarlig ved å sørge for tilstrekkelig bemanning. Videre har tidsfaktoren betydning for å vurdere forsvarlighetskravet i forhold til det enkelte helsepersonell. Dersom helsepersonellet har hatt tilstrekkelig med tid må det følgelig kunne kreves mer enn om det tidsmessig har vært en presset situasjon. Mulige hjelpere er også med på å bestemme hva som må kunne forventes av det enkelte helsepersonellet i de konkrete tilfeller.

Her må det påpekes at for et helsepersonell som opptrer selvstendig uten å være del av en virksomhet må helsepersonellet også være ansvarlig for sørge for at hver arbeidsoppgave blir utført innenfor en forsvarlig tidsramme. I akutte situasjoner vil tidsfaktoren kunne fritta for ansvar i alle tilfeller. Det må likevel presiseres at virksomheten er ansvarlig for å organisere virksomheten, herunder å sørge for at det er etablert forsvarlige rutiner for situasjoner som kan oppstå akutt.

I forbindelse med utstyr vil tilgjengelig utstyr ha betydning for hvor grensen for forsvarlig yrkesutøvelse skal trekkes for det enkelte helsepersonell. Videre er virksomheten ansvarlig for at helsepersonellet har det nødvendige utstyret tilgjengelig.

## 4.2 Særlig om ressurser og politikk

Kjønstad<sup>153</sup> mener det er et viktig spørsmål hvorvidt forsvarlighetskravet har forrang i forhold til Stortingets bevilgningsmyndighet jfr. grunnloven<sup>154</sup> § 75 bokstav d, og prinsippet om det kommunale selvstyre. Kjønstad fremholder at forsvarlighetskravet ikke fører til en plikt til å stille ressurser til disposisjon, men at dette er et politisk prioriterings spørsmål. Kjønstad viser til at dette utgangspunktet har støtte i spesialisthelsetjenestens lovforarbeider<sup>155</sup>, men at det videre i forarbeidene fremheves at forsvarlighetsnormen innebærer «at tjenestene følger med i den faglige utviklingen, og at feil som skyldes at det ikke er tatt i bruk nye anerkjente metoder eller teknologi etter omstendighetene kan innebære brudd på forsvarlighetsnormen». Kjøn-

---

<sup>151</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 38

<sup>152</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 36 og Prop. 91L (2010-2011) side 265

<sup>153</sup> Kjønstad (2007) side 325

<sup>154</sup> Grunnloven av 1814

<sup>155</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 37

stad fremholder<sup>156</sup> dette i enkelte tilfeller kan innebære en plikt for Staten, de regionale helseforetakene og de enkelte helseforetakene til å bevilge penger til bestemte helseformål uten at han går nærmere inn på hvilke tilfeller det her kan være snakk om.

Marit Halvorsen skriver i sin kronikk<sup>157</sup> at kravet til forsvarlighet i helselovgivningen legger føringer for utgiftsnivået, og at politikerne dermed ikke fritt kan fastsette helsebudsjettene men er bundet av etter loven. Videre fremholder Halvorsen at «*Men loven gir selyfølgelig et spillerom, og det er fritt frem for lovgiver å presisere eller endre omfanget av tjenestetilbudet*». Halvorsen viser til de amerikanske juristene Guido Calabresi og Philip Bobbitt som i 1978 introduserte skillet mellom «first order determinations» og «second order determinations». Førsteordenbeslutninger betegnes som beslutninger om ressursbruk som definerer rammene for et visst samfunnsgode eller – ressurs, og de tilhører politikken. Annenordensbeslutninger betegnes som beslutninger om hvordan den fastsatte mengde goder eller onder skal fordeles. Disse beslutningene tas der den konkrete fordelingen finner sted, og på helsesektorens område vil dette si i klinisk praksis.

Halvorsen er i kronikken kritisk til at det kan synes at beslutninger som bør tas som førsteordenbeslutninger blir skjøvet over på de som skal ta de kliniske beslutningene. Halvorsen viser til at det er forsøkt å gi overordnede føringer gjennom Lønning-utvalget I og Lønning-utvalget II og etterfølgende arbeider. Halvorsen fremholder at «*Mengden offentlige dokumenter om prioritering er imponerende. Men effekten er ikke imponerende: For pasientene ser det ut som om klinikere stadig foretar fordelingspolitiske beslutninger som bar vanskelig kan tvinges inn i faglige begrunnelser*».

Ressursproblematikken blir også behandlet i spesialisthelsetjenestelovens forarbeider. Departementet fremholder<sup>158</sup> at utgangspunktet er at ressurstildelinger er politiske prioriterings-spørsmål, og at tilsyns- og rettssystem derfor bør være tilbakeholdne med å overprøve slike politiske beslutninger. Departementet<sup>159</sup> fremholder videre at «*Dersom den tjeneste som ytes er uforsvarlig og det er nødvendig med økt ressursinnsats for å bringe tjenesten i samsvar med forsvarlighetskravet, må imidlertid eier eller ledelse forutsettes å bevilge de nødvendige ressurser, eller foreta de nødvendige omprioriteringer, for at tilstanden skal opphøre*».

Hvilke ressurser som bevilges til helsetjenestene er med andre ord i stor grad underlagt Stortingets bevilgningsmyndighet. Dette utgangspunktet er begrenset ved at Stortinget har lovfes-

---

<sup>156</sup> Kjønstad (2007) side 325

<sup>157</sup> Marit Halvorsen, «Prioriteringer hører hjemme i politikken»

<sup>158</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 36

<sup>159</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) side 37

tet både at det skal eksistere en rekke offentlige helsetjenester samt at disse helsetjenestene skal være av en viss kvalitet. Denne lovfestingen innebærer også en plikt til å følge opp med nødvendige ressurser. Virksomheten har likevel et ansvar for å fordele de bevilgede ressurser på en forsvarlig måte. En uforsvarlig fordeling av ressursene innad i virksomheten vil derfor kunne føre til at virksomheten ikke oppfyller sine krav til organiseringen etter helsepersonelloven § 16, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 eller helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

### 4.3 Hvem har rett til å definere forsvarlighet?

I utgangspunktet er det opp til lovgiver å bestemme hvordan forsvarlighet skal defineres. Lovgiver har valgt å beholde forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 som en rettslig standard, og det fremgår av lovteksten og lovforarbeidene at det medisinfaglige skal legges til grunn. Lovgiver har imidlertid valgt å presisere virksomhetens forsvarlighetskrav i helse- og omsorgsloven av 2011, da det i følge uttalelser i denne lovs forarbeider var ulike oppfatninger av innholdet til forsvarlighetskravet etter den tidligere gjeldende kommunehelsetjenesteloven.

Lovgiver har likevel valgt å overlate en stor del av fastsettingen av forsvarlighetsnormen til det medisinfaglige. Dette gjelder både i forhold til det enkelte helsepersonellets yrkesutøvelse og i forhold til virksomhetens organisering.

Hva som medisinfaglig er å anse som forsvarlig overlates i stor grad til helsepersonellet selv, da det er de som innehar kompetansen. Dette betyr selvfølgelig ikke at det enkelte helsepersonell selv avgjør hva de mener er forsvarlig praksis. Hva som anses som forsvarlig praksis bestemmes imidlertid blant annet av hva som følger av lege artis begrepet og hva som anses som «vanlig praksis» på det aktuelle området. Dette er behandlet nærmere i oppgavens kapittel 2.1.2 for det enkelte helsepersonell og i kapittel 3.1.6 for virksomheten.

På den ene siden kan man stille spørsmål ved om fagmiljøet i større grad vil fokusere på systemansvaret enn individansvaret. Det fremgår blant annet av Fosses undersøkelse<sup>160</sup> at litt over halvparten av legene som deltok i undersøkelsen mente at fylkeslegen er for mye «*pasientens advokat*». Videre mente 57 prosent at fylkeslegen legger for stor vekt på den enkelte leges svikt i forhold til systemsvikt. På den andre siden må man kunne legge til grunn at fagmiljøet likevel stiller tilstrekkelige krav til det enkelte helsepersonellets yrkesutøvelse.

Kritikk i forbindelse med for lite ressurser, både økonomiske og i forhold til økt tidspress, er heller ingen ukjent sak i helsevesenet. I mange tilfeller vil denne kritikken være berettiget,

---

<sup>160</sup> Fosse (1998) side 5

men i noen tilfeller er det kanskje lettere å peke ansvaret oppover og skylde på manglende ressurser når helsepersonellet også har et selvstendig ansvar for å utøve på en forsvarlig måte.

Dette er spørsmål som ikke lett lar seg besvare, og kanskje er det heller ikke nødvendig. Poenget med slike spørsmål kan være en økt bevisstgjøring rundt ansvarsfordelingen, og de har dermed en funksjon på tross av at de ikke nødvendigvis kan besvares. Det er også opprettet noen sikringsmekanismer som skal bidra til å ivareta forsvarlighetskravet. Disse sikringsmekanismene blir behandlet i kapittel 5.

## 5 Sikringsmekanismer

### 5.1 Lovgivningen

Et generelt forsvarlighetskrav ble lovfestet i helselovgivningen på slutten av nittitallet. Selv om forsvarlighetskravet tidligere var lovfestet for enkelte yrkesgrupper og ellers var ansett å gjelde ulovfestet, ga den nye lovfestingen av et generelt forsvarlighetskrav et signal om at lovgiver ønsket å fremheve viktigheten av forsvarlighet i helsesektoren. I gjeldende rett er forsvarlighetskravet forankret flere steder, både i forhold til det enkelte helsepersonell og i forhold til virksomhetens organisering av helsetjenestene. At forsvarlighetskravet gjennomgående er lovfestet i helselovgivningen gjør at lovgivningen kan omtales som en sikringsmekanisme for å ivareta forsvarlig yrkesutøvelse og forsvarlig virksomhetsorganisering.

### 5.2 Internkontroll

Etter helsetilsynsloven § 3 skal enhver som yter helse- og omsorgstjenester et internkontrollsystem for virksomheten samt sørge for at *«virksomhet og tjenester planlegges, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av lover og forskrifter»*, herunder kravet til forsvarlig organisering av virksomheten.

Det fremgår av rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet<sup>161</sup> at internkontrollen *«skal bidra til at virksomheten overholder lovpålagte plikter og er et virkemiddel for at ledelsen skal kunne ivareta pasientsikkerheten og sørge for at krav til forsvarlighet og kvalitet blir ivaretatt i hele virksomheten»*, og videre at det er viktig for å *«forebygge, forhindre og avdekke uønskede hendelser»*.

Internkontrollen er nærmere regulert i forskrift<sup>162</sup>. Jfr. forskriftens § 1 er formålet å bidra til faglig forsvarlig helsetjenester samt å oppfylle helse- og omsorgslovgivningen gjennom krav til systematisk styring og kontinuerlig forbedringsarbeid. Forskriften § 4 angir innholdet i

---

<sup>161</sup> Rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet av 28. mai 2013 side 4

<sup>162</sup> Forskrift om internkontroll i helse- og omsorgstjenesten av 2002

internkontrollen. Etter forskriften § 4 bokstav a skal virksomheten beskrive virksomhetens hovedoppgaver og mål, herunder mål for forbedringsarbeidet samt hvordan virksomheten er organisert. Videre skal det fremgå klart hvordan ansvar, oppgaver og myndighet er fordelt. Etter forskriften § 4 bokstav c skal virksomheten sørge for at helsepersonellet har tilstrekkelig kunnskap og ferdighet innenfor sitt fagfelt. Videre skal virksomheten etter § 4 bokstav f skaffe oversikt over hvilke områder det er fare for svikt eller mangler, samt etter § 4 bokstav g skal virksomheten «*utvikle, iverksette, kontrollere, evaluere og forbedre nødvendige prosedyrer, instruksjoner, rutiner eller andre tiltak for å avdekke, rette opp og forebygge overtredelse av sosial- og helselovgivningen*».

Det lovfestede internkontrollen er med andre ord med på både å avdekke forhold som ikke oppfyller kravet til forsvarlighet, samt å bidra til at å forebygge uforsvarlig organisering. Internkontrollen er dermed en viktig sikringsmekanisme for forsvarlig yrkesutførelse og virksomhetsorganisering.

### **5.3 Statens helsetilsyn**

I medhold av helsepersonelloven § 56 første ledd kan Statens helsetilsyn gi advarsel til helsepersonell som forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter de har etter loven dersom «*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 tillitten til helsepersonell eller helse- og omsorgstjenesten*».

Med hjemmel i helsepersonelloven § 57 første ledd kan Statens helsetilsyn tilbakekalle autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning dersom «*innehaveren er uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig på grunn av alvorlig sinnslidelse, psykisk eller fysisk svekkelse, lang fravær fra yrket, bruk av alkohol, narkotika eller midler med lignende virkning, grov mangel på faglig innsikt, uforsvarlig virksomhet, grove pliktbrudd etter denne lov eller bestemmelser gitt i medhold av den, eller på grunn av atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen*». Etter § 57 andre ledd kan tilbakekallelse skje dersom innehaveren av autorisasjonen ikke retter seg etter lovbestemte krav til tross for advarsel.

Etter helsepersonelloven § 68 er Statens helsepersonellnemnd klageorgan for vedtak etter helsepersonelloven §§ 53, 56-59 a og 62-65 a. Jfr. helsepersonelloven § 71 kan vedtak etter Statens helsepersonellnemnd bringes inn for retten, og retten kan prøve alle sider av saken.

Etter helsetilsynsloven<sup>163</sup> § 1 første ledd har Statens helsetilsyn det overordnede faglige tilsyn med helse- og omsorgstjenesten. Det følger av helsetilsynsloven § 1 fjerde ledd at Fylkesmannen er tillagt myndighet til å føre tilsyn med helse- og omsorgstjenesten, og er direkte underlagt Statens helsetilsyn. I tillegg til at Statens helsetilsyn etter helsetilsynsloven skal holde tilsyn med helse- og omsorgstjenesten har pasientene adgang til å klage på helsetjenesten eller helsepersonellet.

Det vil falle utenfor oppgavens problemstilling å redegjøre ytterligere for de tilsynsordninger som er etablert for helsepersonell og helsetjenesten. Den forvaltningspraksis som følger av dette er relativt omfattende. Denne forvaltningspraksis blir imidlertid ikke publisert på lik linje med høyesterettspraksis gjennom Norsk Retstidende og den elektroniske databasen Lovdata. Siden denne forvaltningspraksisen ikke er tilgjengelig for allmennheten i like stor grad som høyesterettspraksis er den også i mindre grad kjent for offentligheten. På den annen side kan man stille spørsmål ved hvor stor kjennskap allmennheten har til høyesterettspraksis på tross av at den er lett tilgjengelig.

Klageordningen har til hensikt å være et lavterskeltilbud som kan benyttes før man eventuelt tar saken inn for domstolene. En lavere terskel for å klage vil være med på å øke rettsikkerheten til pasientene. Kanskje fører det også til en viss grad av skjerpet utøvelse av helsetjenester da terskelen for å klage inn saken til helsetilsynet er lavere enn å skulle igangsette et søksmål gjennom domstolen.

Fosse har i sin spesialistoppgave i folkehelsevitenskap<sup>164</sup> foretatt en undersøkelse for å kartlegge blant annet om og eventuelt hvordan erfaring med klagesaker påvirker legens praksis. Undersøkelsen Fosse har gjennomført viser at bare ca halvparten av legene som har deltatt i undersøkelsen ser på en klagesak som en nyttig tilbakemelding, og at flere av disse har kommentert at dette vil avhenge av om de er enig i utfallet av klagesaken<sup>165</sup>. Videre viser undersøkelsen at 92 prosent ville rette på feil som ble påpekt<sup>166</sup>. Av andelen med klageerfaring er det imidlertid bare 86,4 prosent som sier de vil rette opp feil<sup>167</sup>. Fosse fremholder<sup>168</sup> at «*Egen klageerfaring fører altså til at færre blir tilbøyelige til å se læringspotensialet og det kvalitetsutviklende aspekt i en klagesak*».

---

<sup>163</sup> Helsetilsynsloven av 1984

<sup>164</sup> Fosse (1998) side 16

<sup>165</sup> Fosse (1998) side 40

<sup>166</sup> Fosse (1998) side 16

<sup>167</sup> Fosse (1998) side 40

<sup>168</sup> Fosse (1998) side 41



Selv om andelen som sier de vil rette opp feil er noen prosent lavere for de som har klageerfaring er prosentandelen likevel relativt høy i begge henseende.

På bakgrunn av disse fakta som fremkommer av undersøkelsen kan det konkluderes med at klageordningen må kunne sies å ha en effekt i form av at de aller fleste av legene i undersøkelsen har svart at de vil rette feil som blir påpekt. Når bare halvparten av legene sier de ser på en klagesak som en nyttig tilbakemelding viser dette at klageordningen har mindre preventiv effekt enn man kanskje kunne ønske.

#### **5.4 Retningslinjer**

Det finnes yrkesetiske retningslinjer for henholdsvis både sykepleiere og leger. Også andre profesjonsgrupper innen helse- og omsorgssektoren har utarbeidet slike retningslinjer. Disse retningslinjene har i utgangspunktet en kollegial funksjon som skal hjelpe helsepersonellet med skjønnsutøvelsen uavhengig av lovgiver. De yrkesetiske retningslinjene forholder seg til det yrkesstanden selv mener er det etisk og medisinskfaglig forsvarlige. Retningslinjene gjelder uavhengig av hva som måtte følge av lovteksten eller lovgiverviljen.

De yrkesetiske retningslinjer for leger er utarbeidet av Legeforeningen. Pasienter kan klage inn forhold de mener strider med retningslinjene til Rådet for legeetikk. Rådet vurderer om de forhold som er klaget inn er i strid med retningslinjene, og de vurderer ikke hvordan forholdet stilles seg i henhold til det som måtte følge av loven. Enkeltpersoner, organisasjoner eller organer i Legeforeningen kan bringe saker inn for rådet. I tillegg kan rådet på selvstendig grunnlag fremme egne saker. Rådet for legeetikk kan reagere med kritikk av legen eller gi legen en irrettesettelse.

Det finnes også et Råd for sykepleieetikk. Dette rådet behandler ulike etiske problemstillinger sykepleiere støter på i sin yrkesutøvelse, men foretar i motsetning til Rådet for legeetikk ingen klagebehandling. De yrkesetiske retningslinjene fungerer både som målestokk for hva som må anses som forsvarlig yrkesutøvelse og virksomhetsorganisering, og som hjelpemiddel for det enkelte helsepersonell og virksomheten for å handle i samsvar med hva som anses som forsvarlig. Også her er det tale om forsvarlighet i henhold til de yrkesetiske retningslinjene, og ikke til det som følger av lovkravet.

Legeforeningen har også utarbeidet en veileder for tilsynssaker. Veilederen inneholder blant annet en oversikt over gangen i en tilsynssak, og generell oversikt over de hensyn tilsynsmyndigheten legger vekt på. Som det fremgår av veilederens forord er den ment som et hjelpemiddel for de leger som opplever å få reist tilsynssak mot seg. Veilederen kan imidlertid også nyttes av leger og annet helsepersonell for å få en generell innsikt i hvilke forhold som kan

føre til en tilsynssak. Denne veilederen er knyttet til de krav til helsepersonell som følger av loven.

Helsedirektoratet har også utgitt en rekke faglige retningslinjer som er knyttet til ulike fagområder. Eksempler på slike veiledere er den nasjonalfaglige retningslinje for utredning, behandling og oppfølging av ADHD/hyperkinetisk forstyrrelse, det nasjonale handlingsprogram med retningslinjer for diagnostikk, behandling og oppfølging av pasienter med brystkreft og nasjonale faglige retningslinjer for antibiotikabruk i henholdsvis primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten. Disse veiledere kan brukes både i vurderingen av forsvarlighetskravet er oppfylt, og som et virkemiddel for helsepersonellet og virksomheten for å i best mulig grad ivareta kravet til forsvarlighet i yrkesutøvelsen og organiseringen av virksomheten.

Helsedirektoratet er et statlig forvaltningsorgan som er underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. Direktoratet har ulike rollefunksjoner. For det første fungerer direktoratet som en iverksetter av vedtatt politikk, og utfører arbeid på vegne av regjering og Storting ved å for eksempel iverksette handlingsplaner og tildele tilskudd. For det andre har direktoratet også en funksjon som regelforvalter, ved at de har ansvar for å bruke og fortolke lover. I tillegg til disse funksjoner har direktoratet en rolle som selvstendig og uavhengig faglig rådgiver. Problemstillingen knyttet til den dobbeltrollen direktoratet har mellom å på den ene siden skulle iverksette politikk og forvalte regelverket, og på den andre siden fungere som en slikt uavhengig fagorgan går jeg ikke nærmere inn på i denne oppgave.

De faglige retningslinjene som er utgitt av direktoratet søker å utfylle og presisere det som allerede følger av lovgivningen på departementets område, og følger av direktoratets funksjon av å være iverksetter av politikk og regelforvalter. Disse faglige retningslinjene har et annet utgangspunkt enn de yrkesfaglige retningslinjene som er behandlet tidligere i dette kapittel. De yrkesfaglige retningslinjene er ment som et tillegg til lovgivningen, mens de faglige retningslinjene fra av direktoratet er ment som en presisering av den som følger av loven.

## 5.5 Pasientombud

Ordningen med pasientombud er lovfestet i pasient- og brukerrettighetsloven<sup>169</sup> kapittel 8. Som det fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 8-1 er pasientombudets formål å ivareta pasienten og brukerens «*behov, interesser og rettssikkerhet overfor den statlige spesialisthelsetjenesten og den kommunale helse- og omsorgstjenesten, og for å bedre kvaliteten i disse tjenestene*».

---

<sup>169</sup> Pasient- og brukerrettighetsloven av 1999

Pasientombudet har med andre ord ingen direkte innvirkning på at helsetjenestene utøves og organiseres forsvarlig, men vil likevel ha en indirekte betydning ved at de også skal arbeide for å bedre kvaliteten på helsetjenestene. Pasientombudet står i skjæringspunktet mellom pasientens oppfatning av forsvarlighet og hva som følger av det lovpålagte. Ombudets funksjon er i første rekke å veilede og rettlede pasientene i forhold til hva de etter loven har krav på, men ombudet fungerer også som varsler dersom de avdekker forhold som ikke er i samsvar med det som følger av det lovpålagte forsvarlighetskravet. Ombudets veilederfunksjon overfor pasientene er knyttet til de krav og rettigheter som er oppstilt i lovgivningen. Som varsler har ombudet en mer uavhengig rolle, og kan også peke på forhold som de mener burde følges av loven.

## **6 Konklusjon**

### **6.1 Hva er oppsummeringsvis gjeldende rett?**

Som det fremgår av oppgaven er det en rekke hensyn og momenter som kan tillegges vekt både på området for helsepersonellens yrkesutførelse og på området for virksomhetens organisering. Noen momenter tilhører klart og utelukkende den ene ansvarsformen, mens en del momenter har sider både knyttet til individansvaret og sider knyttet til systemansvaret.

De momenter som kan stilles i begge henseende har jeg søkt å redegjøre for i oppgavens kapittel 4.1. For å rendyrke forskjellen og behandle denne grensedragningen mellom de to ansvarsformene må man være oppmerksom på å skille mellom de sidene av momentene som er knyttet til det enkelte helsepersonell og de sidene som er knyttet til virksomheten. Dersom man har denne grensedragningen i bakhodet er det heller ikke særlig vanskelig å skille mellom hva som kan tilegnes henholdsvis helsepersonell og virksomhet.

At det i den erstatningsrettslige høyesterettspraksis som foreligger ikke er oppstilt et skarpt skille mellom hva som kan tilegnes det enkelte helsepersonell og hva som kan tilegnes virksomheten, har sammenheng med at rettsstilstanden på området er endret. Selv om mange av de samme momenter kan legges til grunn ved forsvarlighetsvurderingen er det i erstatningsretten oppstilt blant annet arbeidsgiveransvar, og i rettspraksis er det utviklet et objektivt ansvar. Behovet for en slik grensedragning har derfor ikke vært til stede i like stor grad i de erstatningsrettslige sakene.

I den juridiske litteraturen er heller ikke denne grensedragningen behandlet i særlig stor grad. Dette kan ha sammenheng med at fokuset har vært på å fremme pasientsikkerheten, og i denne sammenheng blir muligens denne ansvarsfordelingen ikke sett som av stor betydning. Det er grunn til å påpeke at selv om det for den enkelte pasient ikke har betydning hvem som blir stilt til ansvar så lenge noen gjør det, så vil bevisstgjøringen av denne grensedragningen gjøre at både helsepersonellet og virksomheten i større grad blir oppmerksom for hvilke forhold de

er ansvarlig for. En økt ansvarsbevissthet vil kanskje også føre til en økt skjerpelse, og en slik skjerpelse vil igjen komme pasientene til gode.

## **6.2 Er det grunner til at gjeldende rett bør komme tydeligere frem?**

Da jeg startet med denne oppgaven var mitt inntrykk at det både i lovgivningen, i rettspraksis og i juridisk litteratur i liten grad var oppstilt et klart skille mellom de to ansvarsformene. Denne antagelsen var bare til dels rett.

Lovgivningen overlater i stor grad vurderingen av hva som må anses forsvarlig til de med medisinskfaglig kunnskap. Dette gjør at man på den ene siden kan lese lite direkte ut av ordlyden, men det gjør også at lovforståelsen kan endre seg i takt med tiden og den utviklingen som skjer på fagområdet. Legevitenskapen er i konstant endring, og dette kan derfor synes som en god løsning. Lovgiver har også godt utarbeidede forarbeider som tar for seg hvordan forsvarlighet skal forstås knyttet til det enkelte helsepersonellets yrkesutførelse på den ene siden, og knyttet til virksomhetens organisering på den andre side. Grensedragningen kunne imidlertid blitt behandlet i større grad. Lovgiver har også lovfestet sikringsmekanismer for å sørge for at forsvarlighetskravet blir opprettholdt, både gjennom internsikringsordninger og gjennom Statens helsetilsyn.

At det ikke finnes høyesterettspraksis på området har sin forklaring i at det etter dagens lovgivning i stor grad er forvaltningen som tar seg av disse sakene. Selv om en gjennomgang av domstolen(e) har rettssikkerhetsmessig betydning, gjør forvaltningens klageordning at terskelen for å melde i fra om et kritikkverdig forhold mye lavere. En slik forvaltningsrettslig klageadgang kan være gunstig, da den både økonomisk og på andre måter har til hensikt å kreve mindre av pasienten som klager.

I juridisk litteratur er det heller ikke oppstilt noe klart skille mellom de to ansvarsformene. Lovgiver har i stor grad overlatt forsvarlighetsvurderingen til det medisinfaglige, og det finnes lite rettspraksis på området. Min gjennomgang av dette juridiske fagfeltet viser at det er et stort behov for en grundigere behandling av problemstillinger som gjelder forsvarlig behandling i norsk helsevesen.

## 7 Litteraturliste

### Litteratur

Andersen, Kristin, *Skadeforvoldelse og erstatning*, 1970

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

Foss, Siri Elisabeth, *Klage til fylkeslegen- trussel eller kvalitetssikring*, Spesialistoppgave i folkehelsevitenskap 1998

Befring, Anne Kjersti, og Ohnstad, Bente, *Helsepersonelloven med kommentarer*, 2. utgave, 2001

Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2. utgave, 2007

Molven, Olav, *Helse og jus*, 7. utgave, 2012

Halvorsen, Marit, *Prioriteringer hører hjemme i politikken*, kronikk

### Lovgivning

1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (grunnloven)

1969 Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

1980 Lov 13. juni 1980 nr. 42 legeloven (OPPHEVET)

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

1999 Lov 15. juni 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenester m.m (spesialisthelsetjenesteloven)

1999 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

1999 Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

2001 Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven)

2011 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

### Forskrift

2002 Forskrift 20. desember 2002 nr. 1731 om internkontroll i helse- og omsorgstjenesten

### Dommer

RG.1956.45

Rt.1962.994  
Rt.1963.08  
Rt.1978.482  
Rt.1980.1299  
Rt.1981.728  
Rt.1988.244  
Rt.1994.588  
Rt.1996.1384  
Rt.1997.1800

### **Forarbeider**

NOU 1992: 2 *Pasienten først! Ledelse og organisering i sykehus*  
Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) *Om lov om spesialisthelsetjenesten m m*  
Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) *Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)*  
Prop.91L (2010-2011) *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.(helse- og omsorgstjenesteloven)*

### **Annet**

Rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet av 28. mai 2013 *Lederansvaret i sykehus*

Veileder i tilsynssaker: <http://legeforeningen.no/Emner/Andre-emner/Publikasjoner/Veiledere/veileder-i-tilsynssaker/>

Oversikt over retningslinjer utgitt av helsedirektoratet: <https://helsedirektoratet.no/retningslinjer>

Yrkesetisk retningslinjer for leger: <http://legeforeningen.no/Om-Legeforeningen/Organisasjonen/Rad-og-utvalg/Organisasjonspolitiske-utvalg/etikk/etiske-regler-for-leger/>

Yrkesetiske retningslinjer for sykepleiere: <https://www.nsf.no/vis-artikkel/2193841/17102/Yrkesetiske-retningslinjer>

Om rådet for sykepleieretikk: <https://www.nsf.no/vis-artikkel/150623/35471/Hva-gjor-Raadet-for-sykepleieetikk?>

Om pasientombudet: <https://helsenorge.no/pasient-og-brukerombudet/om-ordningen>

Om helsedirektoratet: <https://helsedirektoratet.no/om-oss/organisasjon/ansvar-og-roller>

Om rådet for legeetikk: <http://legeforeningen.no/Om-Legeforeningen/Organisasjonen/Rad-og-utvalg/Organisasjonspolitiske-utvalg/etikk/>