



## Rett og urett

Spalten omhandler juridiske forhold av betydning for leger. Ideer og innlegg sendes [tidsskriftet@legeforeningen.no](mailto:tidsskriftet@legeforeningen.no)

# Vilkårene for advarsel ved brudd på forsvarlighetskravet

Ved brudd på kravet om forsvarlighet kan Statens helsetilsyn gi helsepersonell advarsel i henhold til helsepersonelloven § 56. Forutsetningen er at helsehjelpen er gitt uaktsomt og at helsepersonellet subjektivt kan klandres, og at hjelpen har vært egnet til å medføre fare for sikkerheten i helsetjenesten eller påføre pasienter en betydelig belastning. I tillegg må det finnes formålstjenlig å gi advarsel.

Forsvarlighetskravet er en av grunnpilarene i helselovgivningen (1). Ved brudd på dette kravet kan Helsetilsynet reagere på ulike måter. Den vanligste formelle reaksjonen er advarsel. Betingelsene for å gi helsepersonell advarsel følger av helsepersonelloven § 56, som lyder slik: «Statens helsetilsyn kan gi advarsel til helsepersonell som forsettlig eller uaktsomt overtrer plikter etter denne lov eller bestemmelser gitt i medhold av den, hvis pliktbruddet er egnet til å medføre fare for sikkerheten i helsetjenesten eller til å påføre pasienter en betydelig belastning» (2).

Når disse vilkårene for å reagere mot helsepersonell er oppfylt, er det ikke slik at advarsel *skal* gis, men det *kan* gis. Rettslig innebærer dette at advarsel skal gis når det er tjenlig ut fra formålet å reagere slik og ellers ikke. I hver sak må derfor Helsetilsynet vurdere om bruk av advarsel er mest egnet til å fremme sikkerhet og kvalitet i helsetjenesten og tillit til denne. Helsetilsynet må derfor ut over å klarlegge om vilkårene for å gi advarsel er til stede, også ta stilling til om advarsel bør eller ikke bør gis.

### Uaktsomhet

Forutsetningen for at helsepersonell skal kunne gis advarsel for brudd på forsvarlighetskravet, er at det er overtrådt «forsettlig eller uaktsomt». Den uforsvarlige handlingen må altså ledsages av subjektiv skyld. Forsettlig er handlingen dersom den er villet. Uaktsomt er handlingen dersom helsepersonellet burde ha visst bedre. Uaktsomhetsregelen omfatter både bevisst og ubevisst uaktsomhet (3), dvs. både den hensynsløse og den uoppmerksomme. Dessuten heter det at «det gjelder i utgangs-

punktet et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet» (4). Disse forutsetningene kan også overføres til uaktsomhetsvurderingen i forhold til profesjonsansvar (5).

Departementet har lagt til grunn at «forsvarlighet er mer enn (erstatningsrettslig) akt-somhet, slik at det som er uaktsomt alltid vil være uforsvarlig» (5). I dette ligger det prinsipielt at handlinger kan være å anse som uforsvarlige selv om de ikke er uaktsomme. Det enkelte helsepersonell kan ha handlet uforsvarlig, men handlingen er likevel ikke uaktsomt. Da må man samtidig kunne si at helsehjelpen har vært dårlig, men at helsepersonellet likevel ikke har handlet klanderverdig. I praksis skal det mye til å finsikte et slikt skille når helsepersonellet står alene om helsehjelpen. Helsepersonell som har vært alene om å gi helsehjelpen og gjort det uforsvarlig, vil derfor vanligvis også være å klandre.

Handlinger til helsepersonell som arbeider sammen med andre, for eksempel innenfor et sykehus, kan lett bli å bedømme på en annen måte. Det uforsvarlige kan da bestå i summen av skjønn og handlinger der flere yter sitt bidrag. Helsehjelpen som de enkelte gir hver for seg, kan ha vært mindre god, men likevel forsvarlig; det er helsehjelpen samlet sett som er uforsvarlig. Dermed kan heller ikke helsehjelpen som den enkelte har gitt, isolert sett klassifiseres som klanderverdig. I slike tilfeller er helsehjelpen uforsvarlig, men intet enkelt helsepersonell kan klandres for dette. Den uforsvarlige helsehjelpen er ikke automatisk utslag av uaktsomhet fra noen bestemt.

Er det nok for å gi advarsel at det er handlet uaktsomt, eller kreves det at uaktsomheten må være av det mer grove slaget? Når et lovkrav ikke er spesifisert utover at det kreves «uaktsomhet», er dette vanligvis å forstå slik at det ikke kreves noe mer. I forarbeidene til helsepersonelloven sies det heller ikke at det må foreligge noen form for kvalifisert uaktsomhet for å gi advarsel.

### Trussel mot sikkerheten eller fare for betydelig belastning

En videre forutsetning for at den uforsvarlige helsehjelpen skal kunne medføre advarsel, er at helsehjelpen er egnet til å medføre «fare for sikkerheten i helsetjenesten eller til å påføre pasienter en betydelig belastning». Fare for sikkerheten er det når helsehjelpen kan medføre fysisk eller psykisk skade. En belastning som følge av helsehjelpen kan tenkes være av fysisk, psykisk, sosial, økonomisk eller praktisk karakter.

Hva som er å anse som fare for sikkerheten, må bedømmes i det konkrete tilfellet. Det samme gjelder betydelig belastning på pasientene. Dette betyr at det er helsehjelpen som gis i det enkelte tilfellet, som må være egnet til å medføre sikkerhetsfaren eller belastningen. Dette innebærer at forholdet skal vurderes ut fra de omstendighetene som forelå på det tidspunktet da det konkrete pliktbruddet skjedde (6).

Faren må være av en viss størrelse for å være relevant. I lovforarbeidene heter det at «det kreves mer enn den daglige risiko eller den belastning en normalt må regne med ved undersøkelse eller behandling av sykdom eller skade» for at bestemmelsen skal kunne anvendes (6). Loven bruker uttrykket «betydelig» belastning, altså at belastningen må være klart forøkt. Det ville være inkonsekvent ikke å kreve tilsvarende også i tilknytning til sikkerheten. Helsehjelpen som er gitt må derfor være klart egnet til å øke risikoen for skade.

Av lovforarbeidene følger at «det må også være direkte årsakssammenheng mellom

helsepersonellens uaktsomme pliktbrudd og den risiko som oppstod eller den belastning som ble påført pasienten» (7). Det betyr at det må være mest sannsynlig at det er det uaktsomme pliktbruddet som har medført sikkerhetsrisikoen eller belastningen. Dersom problemene mer er en følge av andre omstendigheter ved helsehjelpen, er derfor kriteriet ikke oppfylt.

I lovteksten sies det at handlingen må være egnet til å medføre fare for sikkerheten eller gi en betydelig belastning for «pasienter». Dette innebærer at generell virksomhet som er egnet til å ramme flere, omfattes, slik som slett journalføring, dårlig hygiene, ufullstendige eller mangelfulle prosedyrer mv. I lovproposisjonen sies det så at det er belastningsfaren «på pasienten» som skal vurderes (6). Denne eksplisitte påpekningen innebærer sannsynligvis at det er tilstrekkelig at helsehjelpen er egnet til å medføre fare for den konkrete pasienten. Individuelle forhold ved denne, slik som allergier eller annen særlig sårbarhet som er eller burde være kjent for helsepersonellet, er derfor relevant ved bedømmelsen av om kravet er oppfylt. Da er det uten betydning om den samme virksomheten i tillegg er egnet til å medføre fare eller belastning for pasienter mer i sin alminnelighet.

### Forvaltningsskjønnet

Dersom vilkårene omtalt ovenfor for å gi advarsel er oppfylt, «kan» tilsynsmyndigheten gi en slik reaksjon. Dette innebærer at det er overlatt til Helsetilsynets skjønn å avgjøre om det skal gis en advarsel, og at skjønn må utvises i samsvar med visse rettslige prinsipper.

Utgangspunktet er at skjønn må bidra til å fremme formålet med bestemmelsen (7): «Reaksjoner ved brudd på plikter skal bidra til at helsepersonell innretter seg etter lovbestemte krav. Formålet med reaksjoner må ses i sammenheng med lovens hovedformål (sikkerhet, kvalitet)», «pasientene skal føle tillit til helsevesenet», reaksjonene skal «bidra til å beskytte nåværende og fremtidige pasienter», «feil og pliktbrudd skal forebygges fra helsemyndighetenes side ved tilsyn og reaksjoner», «reaksjonene skal ha en viss avskrekkende og holdnings- skapende effekt», dette skal bidra «til å effektivisere pliktreglene», og «hensynet til pasientene og ønsket om kvalitet på helsetjenestene er avgjørende med hensyn til om reaksjonene skal gis eller ei» (8).

Når det spesielt gjelder å gi advarsel, er formålene uttrykt slik: «Formålet med en advarsel vil [...] være å reagere på en alvorlig overtredelse av pliktregler og bidra til å forhindre fremtidige pliktbrudd av denne art.» (9). Videre sies det at «ved advarsel er formålet sikkerhet og kvalitet», og at «det avgjørende er at det blir reagert

på pliktbrudd som forekommer» (6). Veiledning til helsepersonellet er også fremholdt som en viktig side ved tilsynsmyndighetens tilbakemelding (10).

Målet med å reagere går her i flere retninger. Sentralt står behovet for å skape sikkerhet for pasientene, beskytte pasientene mot risiko, og bidra til kvalitet ved tjenestene og tillit til helsepersonellet. Helsepersonellet skal også veiledes, og reaksjonene og vurderingene som ligger til grunn for disse skal bidra til at helsepersonellet får syn for behovet for egen korreksjon. Det må heller ikke tas usaklige hensyn. Å legge vekt på for eksempel helsepersonellens profesjon, kjønn eller alder vil vanligvis være usaklig. Skjønn må heller ikke være ensidig, dvs. at det må legges vekt på både hensynene som taler for og mot å reagere. Videre er det ikke plass for vilkårlig skjønnutøvelse.

Hva som mer konkret skal bli tillagt vekt i forhold til om det skal gis/ikke gis advarsel, er ikke omtalt i lovforarbeidene. Helsetilsynet har i egne retningslinjer angitt en del momenter som har betydning ved avveiningen. Det taler mot å gi advarsel at forholdet ligger langt tilbake i tid, at saksbehandlingstiden har vært lang, at det er handlet ut i fra en uforsvarlig instruks, at virksomheten er å bebreide i tillegg til helsepersonellet, og at helsepersonellet klart har erkjent feil og kritikkverdige forhold og har tatt skritt til å rette opp slike mangler (11).

Helsetilsynet har ikke uttrykt seg eksplisitt i forhold til hvilken vekt det skal ha at den uforsvarlige handlingen har vært mer eller mindre grov. Det er bare generelt lagt til grunn at det må «vurderes også eventuelle andre særlige forhold som gjør seg gjeldende i saken når de ut fra formålene med reaksjonene synes å være av en slik karakter at de bør spille en rolle i forhold til om det skal gis reaksjoner» (11). I praksis synes det imidlertid ikke alltid å ha blitt tillagt utslagsgivende vekt om handlingen har vært spesielt grov eller ikke.

Helsepersonellnemnda, som er klageinstans i forhold til Helsetilsynets avgjørelser, synes derimot systematisk å ha gjort handlingens grovhet til et nærmest avgjørende moment, slik det fremgår av flere saker (12–14). Nemnden ser ut til å kreve en kvalifisert form for uforsvarlighet for at de skal gi advarsel når det dreier seg om enkeltstående handlinger. Det kan dermed synes som Statens helsetilsyn og Helsepersonellnemnda har to litt ulike tilnærminger til advarsel. At nemnden setter en mer kvalifisert form for uforsvarlighet som et minstekrav, kan gi inntrykk av at den anser graden av grovhet for å være det best egnede kriteriet for å bruke advarsel til å fremme pasientsikkerhet. Statens helse-

tilsyn stiller ikke noe spesielt grunnkrav om grovhet utover det uforsvarlige, og benytter en mer målstyrt og fleksibel innfallsvinkel i sin skjønnutøvelse. Helsetilsynet ser ut til i større grad å vektlegge omstendigheter av andre slag, slik som for eksempel tiden som er gått etter handlingen, etterfølgende atferd fra helsepersonellet mv.

Helsepersonellnemndas praksis medfører likevel at Helsetilsynet i hver sak som gjelder enkeltstående handlinger, bør ta stilling til om de mener det er handlet nærmest grovt uaktsomt, og ikke gi advarsel med mindre helsehjelpen er gitt på en slik måte. Det er likevel grunn til å spørre om det er en hensiktsmessig tilnærming til hendelsene og spørsmålet om reaksjon. Avgjørelsene og reaksjonene i tilsynssakene skal primært bidra til å fremme sikkerhet, kvalitet og tillit (15), ikke være et system som bærer preg av strafferettsstenkning og strafferettsideologi. Dette kan lett skje om det rettes for endelig oppmerksomhet på hvor grovt uforsvarlig eller uaktsom helsehjelpen er.

### Olav Molven

omo@helsetilsynet.no

### Jørgen Holmboe

### Kristin Cordt-Hansen

Statens helsetilsyn  
Postboks 8126 Dep  
0032 Oslo

*Manuskriptet ble godkjent 16.12. 2005.*

*Oppgitte interessekonflikter: Ingen*

### Litteratur

1. Molven O, Holmboe J, Cordt-Hansen K. Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven. Tidsskr Nor Lægeforen 2006; 126: 643–4.
2. Lov om helsepersonell mv (helsepersonelloven) 2.7.1999 nr. 64.
3. Høyesterett. Dom gjengitt i Norsk retstidende 1995: 486.
4. Høyesterett. Dom gjengitt i Norsk retstidende 1995: 1350.
5. Ot.prp. nr. 13 (1998–99). Om lov om helsepersonell mv (helsepersonelloven): 173.
6. Ot.prp. nr. 13 (1998–99). Om lov om helsepersonell mv (helsepersonelloven): 246.
7. Boe E. Statsrett og forvaltningsrett. Oslo: Tano, 1993.
8. Ot.prp. nr. 13 (1998–99). Om lov om helsepersonell mv (helsepersonelloven): 169–70.
9. Ot.prp. nr. 13 (1998–99). Om lov om helsepersonell mv (helsepersonelloven): 246.
10. Ot.prp. nr. 14 (2000–01). Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv (helsepersonelloven) og enkelte andre lover: 23.
11. Tilsyn med helsepersonell og helsevesen basert på informasjon om enkelthendelser mv. Policy. Oslo: Statens helsetilsyn, 2001. ([www.helsetilsynet.no/templates/ArticleWithLinks\\_2095.aspx](http://www.helsetilsynet.no/templates/ArticleWithLinks_2095.aspx) (24.10.2005).)
12. Statens helsepersonellnemnd. Avgjørelse 16.12.2003.
13. Statens helsepersonellnemnd. Avgjørelse 26.8.2003.
14. Statens helsepersonellnemnd. Avgjørelse 21.12.2004.
15. Ot.prp. nr. 13 (1998–99). Om lov om helsepersonell mv (helsepersonelloven): 173.