

Kravet til helsepersonell og virksomheter i helsetjenesten om forsvarlighet

Statens helsetilsyns tilnærming

Av førsteamanuensis Olav Molven

Hva legger Statens helsetilsyn i det rettslige kravet at virksomheter og helsepersonell skal handle faglig forsvarlig, og når anses kravet brutt? Hva fører til at brudd på kravet henføres til virksomheten eller til helsepersonellet? Artikkelen gjennomgår avgjørelser truffet av Statens helsetilsyn i 2007. Det varierer med mange faktorer om kravet anses tilsidesatt, og hvem dette henføres til, men avgjørelsene tegner også flere klare mønstre som beskrives nærmere.

OLAV MOLVEN er cand jur, førsteamanuensis ved Diakonhjemmet høyskole og deltidstilknyttet Statens helsetilsyn.

1 FORVENTNINGEN OM FORSVARLIGHET

En grunnleggende forventning til helsepersonellet og helsetjenesten er at de gir helsehjelp som holder god standard, herunder at pasienter skal være sikret mot å bli påført skader. I lovgivningen er denne forventningen primært uttrykt gjennom kravet om at virksomheter og helsepersonell skal drive og handle faglig forsvarlig, jf spesialisthelsetjenesteloven (sphtjl) § 2-2, kommunehelsetjenesteloven (khl) § 1-3 a, jf § 6-3, og helsepersonelloven (hlspl) § 4. Kravet om forsvarlighet regnes som en grunnpilar i helselovgivningen.¹⁾ Statens helsetilsyn har som en hovedoppgave å kontrollere at dette kravet etterleves, jf lov om statlig tilsyn med helsetjenesten (tilsynsloven) § 2.

Kravet til spesialisthelsetjenesten om forsvarlighet er formulert slik: «Helsetjenester som tilbys eller ytes etter denne loven skal være forsvarlige», jf sphtjl § 2-2. I realiteten er kravet til kommunehelsetjenesten det samme, jf khl § 6-3. Bestemmelsene betyr at de som driver virksomheter, må organisere og drifte disse på forsvarlig vis, herunder sørge for at enkeltpasientene får forsvarlig hjelp. Kort sagt innebærer det at det stilles kvalitative krav til å organisere og styre virksomheten, og kvalitative og kvantitative

1) Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2 utg, Oslo 2007 s 219.

krav til bemanningen og utstyret som brukes. Virksomheten må videre ha et internkontrollsystem, et instrument som skal bidra til å sikre at kravene til tjenesten blir ivaretatt, jf forskrift 20. desember 2002 nr 1731 om internkontroll i sosial- og helsetjenesten § 4 annet ledd bokstav a–f. Der stilles krav til rutiner og prosedyrer, bemanning og opplæring, samhandling og dokumentasjon, personellens arbeidssituasjon, risikoanalyser og -styring, til å avdekke og bruke hendelser i internt forbedringsarbeid, og til virksomhetskulturen generelt.

Kravet til helsepersonellet er uttrykt i hlspl § 4: «Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og forholdene for øvrig.» Det er den faglige siden ved kravet til forsvarlighet som tas opp i denne artikkelen. Dette omfatter måten å organisere arbeidet på (f eks hygieniske forhold, håndtering av prøvesvar og journalsystemer), den løpende hjelpen som gis pasientene (f eks utredning, behandling og kontroll) og alle enkelthandlinger (f eks en konsultasjon eller en operasjon).

Som refleks av den rettslige plikten for virksomhetene og helsepersonellet til å gi forsvarlig helsehjelp må pasientene langt på vei sies å ha en tilsvarende rett, selv om dette ikke er eksplisitt uttrykt. Kravet ligger implisitt bl a i at pasientene kan be tilsynsmyndigheten å vurdere forsvarligheten av den helsehjelpen de har fått, jf hlspl § 55, og ved at pasientene ved svikt i helsehjelpen kan kreve erstatning, jf pasientskadeloven § 2.

Kravene om forsvarlighet som stilles til virksomheter og helsepersonell, er koplet i hlspl § 16: «Virksomhet som yter helsehjelp, skal organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter.» I lovforarbeidene gjøres et poeng av at virksomhetenes plikt særlig gjelder å tilrettelegge for at kravet om forsvarlighet skal kunne ivaretas, jf Ot prp nr 23 (1998–99) s 224. Det betyr, foruten at kravet om forsvarlighet gjelder både virksomheter og personell, at virksomhetene anses å spille en avgjørende rolle for helsepersonellet. Organiseringen av virksomhetene har innflytelse på hvordan helsepersonellens handlinger vurderes, jf pkt 4 og 12.

2 TILSYNSMYNDIGHETEN

Statens helsetilsyn og helsetilsynet i fylkene har til oppgave henholdsvis overordnet og konkret å følge med i om forsvarlighetskravet oppfylles, jf tilsynslovens § 2. Flest vurderinger av dette er i praksis knyttet til legers arbeid.

Tradisjonelt har tilsynsmyndigheten hatt en individtilnærming til prøvingen av om pasienter har fått forsvarlig helsehjelp; det er helsepersonellens handlinger som er blitt vurdert. Personellet arbeider imidlertid vanligvis i virksomheter som sykehus og syke-

hjem. De er deler av et system som påvirker yrkesutøvelsen.²⁾ I forhold til pasientene er den sentrale aktøren like mye virksomheten, f.eks. sykehuset, som organisatorisk enhet. Gjennomgående er det derfor like relevant å spørre om virksomheten har drevet forsvarlig, som å avklare om det enkelte helsepersonell har handlet forsvarlig. Et hensiktsmessig tilsyn tilsier begge tilnærmingene.

Helsetilsynet i fylkene behandler årlig mer enn 1000 tilsynssaker som dreier seg om forsvarlighet. Statens helsetilsyn fullfører behandlingen av ca 15 % av de alvorligste av disse. Advokater er involvert i en økende del av sakene. Få av avgjørelsene er imidlertid omtalt i juridisk litteratur, og svært få i systematisert form. Men det finnes noen unntak der typer av tilfeller er omtalt.³⁾ Denne artikkelen er av mer generell art, men avgrenset til hvordan Statens helsetilsyns praktiserer forsvarlighetskravet i det hendelsesbaserte tilsynet.

Rettsvirkningene av at det er handlet uforsvarlig er vanligvis at helsetilsynet i fylket med hjemmel i tilsynsplikten påpeker dette overfor helsepersonell eller virksomhet. Når visse tilleggsvilkår er oppfylt, kan Statens helsetilsyn gi advarsel til helsepersonell, jf hlspl § 56, eller i ekstreme ta fra dem autorisasjonen, jf hlspl § 57 flg. Når virksomheter bryter kravet, kan de bli pålagt å endre driften, jf tilsynsl § 5, og ilegges tvangsmulkt hvis de ikke etterkommer pålegget, jf sphl § 7-2. I ekstreme tilfeller kan virksomheter stenges, jf sphl § 7-1. Formelle reaksjoner brukes bare i et lite mindretall av tilfellene der det er handlet faglig uforsvarlig.⁴⁾

3 SPØRSMÅLSSTILLING OG METODE

Forsvarlighetskravet er en rettslig standard. Innholdet bestemmes av normer utenfor loven og endrer seg med fremskritt i medisinen og endringer i verdioppfatninger, jf Ot prp nr 1 (1979–80) s 234 og Rt 1997 s 1800. Når det skal bedømmes om kravet til

- 2) Se Sven Ternov og Roland Axelsson, «System weakness as contributing to causes of accidents in health care», *International Journal of Quality in Health Care*, 2005 nr. 1 s 5–13.
- 3) Se Jørgen Holmboe, «Operasjon på feil side», *Tidsskrift for den Norske Legeforening*, 2003 s 1102–03, Grethe Hellstrøm Hoddevik og Grethe Bjørang, «Oversett subaraknoidalblødning og forsvarlighet», *Tidsskrift for Den Norske Legeforening*, 2005 s 61–2, Brynhild Braut og Jørgen Holmboe, «Oversett lungeemboli i allmennpraksis», *Tidsskrift for den Norske Legeforening*, 2005 s 317–9, Grethe Hellstrøm Hoddevik, E Arne Høiby og Gunnar Martin Hoddevik, «Forsvarlig håndtering av infeksjoner», *Tidsskrift for den Norske Legeforening*, 2006 s 345–7 og Svein Z. Bratland og Gorm Grammeltvedte, «Hyperglykemi og uforsvarlig legevirksomhet», *Tidsskrift for Den Norske Legeforening*, 2006 s 199–201.
- 4) Olav Molven, Jørgen Holmboe og Kristin Cordt-Hansen, «Bruk av advarsel ved brudd på forsvarlighetskravet», *Tidsskrift for Den Norske Legeforening*, 2006 s 943–6.

forsvarlighet er oppfylt, må det derfor tas utgangspunkt i normer knyttet til den konkrete helsefaglige sammenhengen som kravet skal prøves i forhold til.

Spørsmålet som drøftes i det følgende, er hva Statens helsetilsyn i sitt hendelsesbaserte tilsyn nærmere legger i det rettslige kravet om at virksomheter i helsetjenesten og helsepersonell skal handle faglig forsvarlig. Et tilleggsspørsmål er hva som medfører at Statens helsetilsyn henfører et brudd på kravet til virksomheten eller til helsepersonellet.

Svaret på spørsmålene baseres på en gjennomgang av sakene i det hendelsesbaserte tilsynet som er avgjort i Statens helsetilsyn første halvår 2007. For (bedre) å belyse en del elementer ved kravet vises til illustrasjon også til noen tidligere avgjørelser.

4 STATENS HELSETILSYNS TILNÆRMING – UTGANGSPUNKTER

Statens helsetilsyn tar følgende utgangspunkt når de vurderer om *virksomheter* har handlet forsvarlig, jf sak 2006/1409 og 2006/1875:

«Det ligger i forsvarlighetskravet at ledere må etablere systemer som i størst mulig grad sikrer at menneskelig svikt ikke skjer. Dersom svikt først skjer, bør systemet være av en slik art at det i størst mulig grad kan fange opp for å begrense skadevirkningene og for å unngå at tilsvarende feil skjer igjen.»

Systemene skal altså i «størst mulig grad hindre svikt». Ut fra språkbruken kan det synes som systemene må være best mulige. Men det er trolig ikke nødvendig; jf sak 2006/1646 der Statens helsetilsyn skriver at de « ... har ingen merknader til prosedyrene, men vil foreslå at blodbanken vurderer enkelte kvalitetsforbedrende tiltak for å forebygge lignende feil». Statens helsetilsyn anser dermed, så langt jeg kan se, prosedyrene ikke for optimale, men de sa heller ikke at de var mangelfulle eller kritikkverdige. De måtte oppfattes som gode.

Når det tas standpunkt til om *helsepersonell* har handlet faglig forsvarlig, sies det nesten alltid følgende innledningsvis i saksvurderingene, jf f eks sak 2006/1291:

«I kravet til faglig forsvarlig virksomhet ligger bl a at helsepersonell skal utøve sin virksomhet i tråd med faglige normer og bestemte krav for yrkesutøvelsen. Hva som for øvrig er å regne som forsvarlig virksomhet, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle.»

I enkeltsaker mot helsepersonell blir helsehjelpen vurdert å være forsvarlig også om den skiller seg fra det gode, jf f eks sak 2007/191, der Statens helsetilsyn skriver til legen at det « ... finner imidlertid at De har handlet utenfor god praksis da De ikke kartla kontraindikasjoner ... Etter en konkret vurdering finner vi imidlertid ikke at avviket er så

stort at det kan anses som uforsvarlig virksomhet». Ofte sies helsehjelpen også å være direkte kritikkverdig uten at den vurderes som uforsvarlig. Det uttrykkes i hovedsak slik: «Helsetilsynet finner det kritikkverdig at De ... Helsetilsynet finner imidlertid ikke at De derved har brutt kravet til forsvarlig legevirksomhet.»

Helsepersonell blir altså innrømmet et visst slingsmonn; det er plass for mindre god og i tillegg direkte kritikkverdig helsehjelp uten at den anses uforsvarlig. Fagutøvelsen må etter omstendighetene avvike relativt klart fra det gode før helsehjelpen anses uforsvarlig. Unntaksvis sies det også at det er handlet klart avvikende fra det man kunne forvente, uten at det konkluderes at det er handlet uforsvarlig, jf sak 2004/503.

Av virksomheter synes det imidlertid ikke på samme måte å bli godtatt at noe avviker fra det som karakteriseres som godt. Virksomhetene kan ikke organiseres, styres og bemannes på måter som skiller seg fra en god måte. Kravet til virksomhetene synes dermed i utgangspunktet, i alle fall slik det generelt verbalt kommer til uttrykk, å ligge «høyere» enn kravet til helsepersonellet om å gi forsvarlig helsehjelp.

Hvordan forsvarlighetskravet skal operasjonaliseres samtidig i forhold til personell og virksomheter, er ikke spesifikt regulert. Men virksomheter er pålagt å tilrettelegge for at kravet kan oppfylles av helsepersonellet, jf hlspl § 16. I hlspl § 4 andre ledd er dessuten sagt at kravet til helsepersonellet varierer med «arbeidets karakter og forholdene for øvrig». I dette ligger det rettslige utgangspunktet for å vurdere om det er virksomheten eller personellet som har opptrådt uforsvarlig.

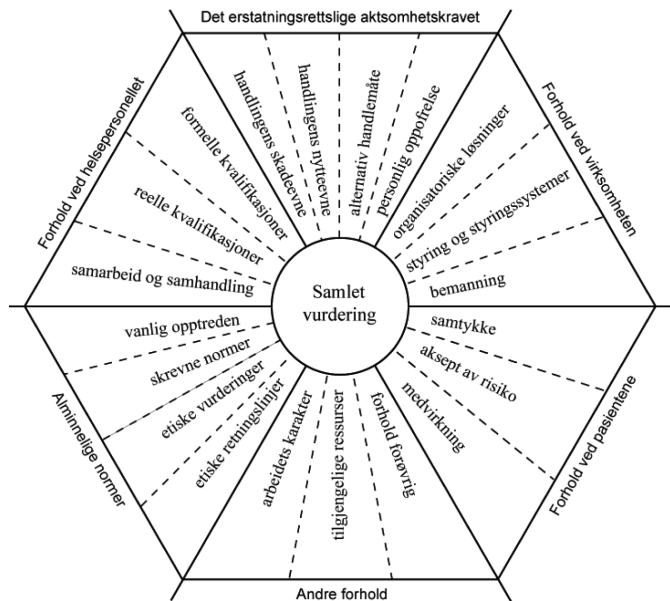
5 DELELEMENTER I FORSVARLIGHETSKRAVET

Innholdet i kravet om faglig forsvarlighet synes ut fra praksis å kunne bestemmes ut fra en helhetsvurdering av seks hovedfaktorer. Disse er 1) tradisjonelt viktige erstatningsrettslige momenter, 2) forhold ved helsepersonellet, 3) forhold ved virksomhetene, 4) forhold ved pasientene, 5) alminnelige normer og 6) andre forhold.

Innenfor hver av disse hovedgrupper finnes undergrupper av relevante momenter. Avveiningen av om det er handlet forsvarlig, skjer ut fra en samlet vurdering av disse. De er også relevante ved vurderingen av om det uforsvarlige skal tillegges helsepersonellet eller virksomheten som personellet arbeider i, eller dem begge.

De relevante momentene for avveiningen av om det er handlet uforsvarlig og hvem dette skal tillegges, er illustrert ved figur 1. Denne er inspirert av en modell som Asbjørn Kjønstad har laget for den erstatningsrettslige culpavurderingen.⁵⁾

5) Kjønstad, *op cit* s 245.



Figur 1: Hovedfaktorer og momenter i avveiningen av om det er handlet uforsvarlig

I det følgende blir det presentert i hvilken grad de ulike hovedfaktorene og undergruppene av relevante momenter synes å bli tillagt vekt av Statens helsetilsyn ved vurderingen av om det er handlet uforsvarlig eller ikke, og i forhold til hvem det er som anses å ha handlet slik.

6 ERSTATNINGSRETTSLIG RELEVANTE FORHOLD

Før helsepersonell setter i verk medisinske tiltak, stiller de spørsmålet om det er indikasjon for å intervensere. Det er i realiteten et spørsmål om det er medisinsk grunn for tiltakene, om de isolert sett er *nyttige* (antatt å ha gunstig effekt). I den grad de ikke er det, er det av mindre betydning om risikoen er stor eller liten. Unyttige tiltak skal prinsipielt ikke settes i verk. Er handlingen nyttig, må imidlertid risikoen ved tiltaket veies mot nytten. Er nytten stor, vil det tilsvarende være plass for større risiko.

I erstatningsrettslig sammenheng utenfor kontrakt tar man ved aktsomhetsvurderingen utgangspunkt i handlingens skadeevne. Den regnes vanligvis som produktet av

risikoen for at det skal inntreffe en skade, og skadens størrelse. Jo større skadeevnen er, desto større grunn er det vanligvis til å avstå fra handlingen/unnlåtelsen, jf Rt 1981 s 728, der Høyesterett drøftet behovet for «risikoreduksjon». Ved stor fare for skade stilles også spesielle krav til aktsomhet, jf Rt 1989 s 674 som gjaldt faren for stemmebåndslammelse ved en operasjon.

Når Statens helsetilsyn vurderer hendelser opp mot forsvarlighetskravet, synes også de å ta utgangspunkt i handlingenes og unnlåtelsenes nytte og skadeevne. Sak 2006/1903 er et eksempel på at det ble foretatt en avveining av nytten ved et tiltak mot dets skadeevne.

«Risikoen ved forverring av pasientens psykiske lidelse ved en utsettelse av depotinjeksjonen måtte derfor vurderes mot hensiktsmessigheten av bruk av politi til innleggelsen, noe som kunne ha vært ødeleggende for behandlingsalliansen og i seg selv en belastning for hans psykiske helse.»

I erstatningssaker er det et sentralt tema om helsepersonellet kunne eller burde handlet annerledes ut fra at det forelå *handlingsalternativer*. Et relevant spørsmål i den forbindelse er også *hvor store oppofrelser og anstrengelser det kan forlanges* av helsepersonellet for å handle annerledes. Selv om det finnes handlingsalternativer, vil man likevel ikke forlange det som er svært vanskelig, jf Rt 1960 s 429, der frikjennelse av legen ble begrunnet med «vanskeligheter som man den gang hadde» med å foreta røntgenundersøkelse.

Hvilke handlingsalternativer som finnes, blir også ofte gjort til en del av diskusjonen i avgjørelsene til Statens helsetilsyn, jf eks sak 2007/274, der det blir foretatt en avveining av dette sammen med en avveining av handlingens skadeevne i forhold til nytte:

Pasienten ble ved undersøkelse på legevakt ansett å ha en ufarlig hodelidelse (torticollis), selv om legen ved undersøkelsen også viste å ha hatt i tankene muligheten for en alvorligere lidelse (subaraknoidalblødning). Statens helsetilsyn uttalte: «Pasienten hadde ... klare symptomer på subaraknoidalblødning. ... En anmodning om å komme tilbake hvis tilstanden ikke bedrer seg, er ikke et handlingsalternativ når det er mistanke om en alvorlig livstruende sykdom.» Innleggelse av pasienten i sykehus var her m a o handlingsalternativet legen skulle benyttet.

Man vil forlange av helsepersonell at de som profesjonelle skal gå langt i å påta seg oppgaver og byrder for å sikre folk helsehjelp, også om det samtidig kan bli personlig belastende. Dette er en del av yrkesetikken. Men selv for helsepersonellet går det grenser for hvilke farer de må utsette seg for under profesjonsutøvelsen. De trenger f eks ikke risikere eget liv. Blant sakene i Statens helsetilsyn de senere årene finnes det imidlertid ingen der det spesielt er tatt stilling til hvilke personlige og belastende oppofrelser som

kan forlanges av helsepersonellet. Det kan trolig tas som en indikasjon på at pasienter og pårørende sjelden erfarer at deres forventninger blir tilsidesatt mht risiko de mener det er rimelig helsepersonellet må ta for egen del i arbeidet.

7 FORHOLD VED VIRKSOMHETENE

Tre viktige forhold (rammebetingelser) ved virksomheter som kan påvirker forsvarligheten, er

- a. organisatoriske og overordnet ledelsesmessige løsninger og kultur (økonomi, policy, målsetninger, prioriteringer, utstyr og tekniske løsninger, fordeling av ansvar og oppgaver på ledernivå, sikkerhets- og kvalitetsutviklingskultur),
- b. styring og styringssystemer rettet mer direkte mot det faglige arbeidet (ansvars- og oppgavefordeling mellom avdelinger og enheter, blant ansatte, mellom team-medlemmer og profesjoner, kommunikasjons-, opplærings-, avvikshåndterings- og supervisjonssystemer, rapporteringslinjer), og
- c. bemanning og opplæring (volum og sammensetning av personellet, formell/reell kompetanse, profesjons- og kompetansemiks, turnus- eller vaktssystem, arbeidsbelastning, oppgavemiks og -kompleksitet, opplæring, oppfølging og kontroll mv).

Selv om denne inndelingen er tilsynelatende klar, glir punktene i praksis over i hverandre. For eksempel er det ikke noen opplagt grense mellom elementer som faller inn under pkt a og pkt b.

Ad a) organisatoriske og ledelsesmessige løsninger og kultur:

I loven stilles visse krav til organiseringen av virksomheter for at de skal være forsvarlige, jf Ot prp nr 10 (1998–99) s 38. I spesialisthelsetjenesten skal f.eks hver organisatorisk enhet ha en leder som har det samlede ansvar for driften, jf sphtjl § 3-9, helseinstitusjoner skal ha et kvalitetsutvalg, jf sphtjl § 3-4, og avvikshendelser skal meldes til dette. Mange pasienter skal ha egen pasientansvarlig lege, jf sphtjl § 3-7 og forskrift om pasientansvarlig lege m m. Selv om bestemmelsene er uttrykk for selvstendige og presiserte plikter, ligger det til grunn at de skal bidra til å sikre forsvarlig tjenesteyting.

Det er meget sjelden det klages over brudd på disse konkrete bestemmelsene. Det som tas opp, er sider ved organiseringen som ikke er direkte lovregulert, men som likevel har betydning for hjelpen den enkelte pasient får. Mange sider ved organiseringen kan svikte.

Sak 2006/1875 gjaldt *organisering av samarbeid mellom spesialist- og primærhelsetjenesten* mht nødmeldetjenesten.

Statens helsetilsyn forutsatte at helseforetak skal sørge for at helsepersonell i vaktberedskap er umiddelbart tilgjengelige i et kommunikasjonsnett for helsetjenesten, jf akutforskriften § 8. Statens helsetilsyn uttalte at «for å sikre at fagalarm fungerer etter intensjonen må det etableres rutiner for jevnlig testing av systemet». At det ikke var organisert noe system for verken testing eller avvikshåndtering, ble ansett uforsvarlig.

Sak 1998/432 gjaldt *organiseringen av samarbeidet mellom to avdelinger* ved sykehus.

En pasient døde på sengeposten. Det var (vedvarende) ekstremt liten kapasitet ved intensivavdelingen. Lederen ved den medisinske avdelingen uttalte at terskelen for å legge inn pasienter på intensivavdelingen var høy pga kapasitetsmangelen, og at legene «sosialiseres» til å forholde seg til dette. Det ble konstatert uforsvarlighet ved sykehusets organisatoriske og innholdsmessige drift mht samhandling mellom medisinsk avdeling og intensivavdelingen.

Sak 2006/1684 dreide seg om *organiseringen av forskningsvirksomheten* ved et sykehus.

Bakgrunnen for saken var at det hadde forekommet fusk i forbindelse med forskning – og at dette ikke var oppdaget ved sykehuset. Det ble bl a konstatert svake kontrollrutiner og uttrykt at sykehuset har ansvar for å etablere rutiner både for opplæring, ledelse og kontroll knyttet til forskningsvirksomheten, og at sykehuset hadde opptrådt mangelfullt i så måte.

Sak 2005/1006 gjaldt *organiseringen av et behandlingstilbud*.

Saken gjaldt et ambulent hospice-team innen spesialisthelsetjenesten. Bakgrunnen for saken var en klage fra medarbeidere knyttet til den faglige delen av virksomheten. Statens helsetilsyn konkluderte bl a med at sykehuset hadde gjort lite for å organisere virksomheten, og at «det forelå mangelfulle systemer for ansvarsforholdene, vikarordninger og faglig samarbeid».

Sak 2004/50 angikk *organiseringen av lederordningen ved en sykehusavdeling*.

Avdelingsleder var samtidig avdelingsoverlege og assisterende klinikkleder med maksimal vaktbelastning. Ved en undersøkelse overså legen en misdannelse hos et barn, og viste til arbeidsbelastningen som grunn. Statens helsetilsyn uttalte at denne belastningen samlet var alt for stor for legen, og uttalte: «Da det ble kjent at arbeidsbelastningen til NN ble for stor, burde ledelsen fratatt ham noen av oppgavene».

Sak 2006/2098 dreide seg om *organiseringen av internt tilsyn i helseinstitusjon*.

Dette gjaldt en heldøgns institusjon med boenheter. En av pasientene, som led av epilepsi, fikk erfaringsmessig et alvorlig anfall ca en gang i måneden. Han brukte epilepsialarm, men i en periode på noen dager var denne ute av funksjon. Pasienten døde etter at alarmer ikke fungerte ved et anfall. Personell på vakt visste ikke om mangelen. Det ble konkludert med manglende/mangelfull intern kontroll; «... det var mangelfulle rutiner knyttet til om alarmer fungerte, rapportering og kommunikasjon av nødvendig informasjon mellom vaktene».

Sak 1998/4832 angikk *den uformelle siden ved organisering av bakvaktordning*.

Saken gjaldt terskelen for å tilkalle bakvakt ved en sykehusavdeling. Statens helsetilsyn uttalte etter at hjemmevakt ikke var tilkalt, at de fant «at det innad i avdelingen ikke har vært god nok forståelse for hva som skal til av belastning for å tilkalle overlegevakt», og at det var «grunnlag for å gi kritikk for at det ved avdelingen ikke var etablert en kultur som gjorde det naturlig å tilkalle hjemmевærende overlege i en travel og vanskelig situasjon som den aktuelle».

Sak 2004/1170 gjaldt *organisering av tekniske løsninger*.

Feiltasting i et datasystem førte til at en pasient i hjemmesykepleien som var helt avhengig av daglig bistand, falt ut av systemet. Dette førte til at hjelp uteble i mange dager, med dødelig følge. Andre pasienter hadde falt ut av systemet tidligere. Det ble oppdaget ved mer eller mindre tilfeldigheter. Hendelsene var gjentatte ganger rapportert oppover i systemet i kommunen. Det ble vurdert som uforsvarlig at ingen tiltak ble satt i verk til tross for at store deler av organisasjonen kjente til problemet. Kommunen ble også ilagt foretaksstraff.

Disse tilfellene viser at en rekke sider ved organiseringen av samhandlingen mellom ulike deler av helsetjenesten, innad i foretak og kommuner, og innen et sykehus, en avdeling eller andre mindre behandlingsenheter, kan bli bedømt som uforsvarlige. Statens helsetilsyn har i saker der det har vært påpekt fra helsetjenesten at det er økonomiske grunner til organiseringen, også lagt til grunn at forsvarlighetskravet kommer først, jf Ot prp nr 13 (1998–99) s 236, og f eks sak 2004/1163, der organiseringen og driften av en AMK-sentral som dessuten ivaretok lokale legevaktsentral, ble vurdert å være uforsvarlig. Ordningen var styrt av å skulle spare penger.

Ad b) styringssystemer og styring/ledelse av det faglige arbeidet:

Leger er i loven tillagt forholdsvis eksklusivt å rekvirere legemidler og treffe bestemmelser om bruk av tvang. Ellers følger det av arbeidsinstrukser/rutiner hva som er det enkelte (slag) helsepersonells oppgaver ved det enkelte arbeidssted. Dette er imidlertid

ikke alltid avklart. Og det er grenser for hva det skal finnes skrevne instruksjoner og prosedyrebøker for, jf Rt 2005 s 1050. Der uttalte Høyesterett følgende om jordmødres plikt når de har følgetjeneste, til å undersøke om «fødsel er i gang», og om å «ha blikket rettet mot om en mulig unormal utvikling er på gang»: Plikten er «så selvsagt at det ikke har vært noe behov for å instruksfeste den».

Alle virksomheter er pålagt å ha et internkontrollsystem, jf tilsynsloven § 3 og forskrift om internkontroll i sosial- og helsetjenesten. Hvor grensen går mellom det som må nedtegnes i et styringssystem og ikke, tas ikke opp til diskusjon i artikkelen. Det vil også være vanskelig å angi klart, jf at det vil variere med type virksomhet. Men gjennom mange avgjørelser fra Statens helsetilsyn, som ofte er knyttet opp mot internkontrollplikten, får man et inntrykk av hva kravet går ut på.

Sak 2006/1373 gjaldt *styringssystemer knyttet til samarbeidet mellom sykehus og primærhelsetjenesten.*

Ved poliklinisk undersøkelse var det gjort alvorlige funn som tilsa at «på grunn av pasientens alder, avmagring og nedsatt nyrefunksjon var det avgjørende for pasientens prognose at digitoxin ble seponert umiddelbart». Statens helsetilsyn uttalte at skriftlig melding til fastlege i form av epikrise ikke var tilstrekkelig. De uttalte videre at det i forbindelse med slik alvorlig tilstand var «uforsvarlig å ikke informere fastlegen og/eller pasienten muntlig om den forhøyede digitoxi-verdien». Det ble forventet at det var etablert instruks om muntlig formidling.

Sak 2006/1409 angikk *styringssystemer ved samarbeid mellom avdelinger innen spesialisthelsetjenesten.*

Psykiatrisk avdeling hadde fått bistand fra anesthesiavdelingen i forbindelse med ECT-behandling. Pasienten opplevde likevel bl a våkenhet, angst og lammelse ved denne. Det ble vurdert at det var «mangelfulle rutiner ved ECT behandling i forhold til generell ansvarsplassering, for preoperativ vurdering av risikopasienter, i forhold til planlegging av inngrepene og for oppfølging etter uventede hendelser/komplikasjoner etter behandlingen». Statens helsetilsyn fant at det var uklart hvem av aktørene som hadde ansvaret for dosering av anestesimidler, og at relevante notater fra én avdeling ikke ble framlagt for den andre. Det ble ansett viktig å tilrettelegge for «arenaer for samhandling og lav terskel for å samarbeide».

Sak 2007/118 dreide seg om *styringssystemer for faglig utredning ved sykehusavdeling.*

Saken gjaldt utredning og videre oppfølging av suicidalfare ved en avdeling innen psykiatrien. Avdelingshåndboken og skriv som fantes ved avdelingen, herunder for journalføring, ble omtalt som meget mangelfulle. Statens helsetilsyn ga i sin uttalelse en oversikt

over hva et «styringssystem» i forhold til dette problemet som et minimum måtte inneholde.

Sak 2006/85 gjaldt *styringssystemer knyttet til innleie av helsepersonell*.

En legevikar var gjennom leiebyrå innleid til en kvinne og barn-avdeling i sykehus. Statens helsetilsyn uttalte at sykehuset ikke hadde «en bemanning og lederstruktur som gjorde det mulig å følge opp kompetanse og kvalitet hos innleide vikarer». Statens helsetilsyn sa videre at det «i en moderne spesialisert sykehustjeneste ikke er tilstrekkelig med formell kompetanse (spesialistgodkjenning) for å kunne fylle oppgaver i en spesialavdeling». Kvalifikasjonene måtte vurderes mer nøye i forhold til oppavene som skulle fylles.

Sak 2006/1453 omhandlet *styringssystemer ved ansettelse og hospitering*.

En utenlandsk lege som hospiterte ved et sykehus uten autorisasjon, lisens eller midlertidig lisens, ble i stor grad satt til å utføre oppgaver som en assistentlege. Statens helsetilsyn uttalte at «ansvarsforholdene og arbeidsoppgavene til hospitanter» var uklare, og fant det «uforsvarlig at hospitanten fikk anledning til å påta seg diagnostikk og behandling av en alvorlig fødselsrift». Det ble forventet at hospitantens virksomhet ble styrt i samsvar med det som var hennes status.

Sak 2002/1157 gjaldt *styringssystemer i forbindelse med faglig veiledning*.

En pasient med atferdsproblemer gikk til konsultasjoner hos psykiatrisk sykepleier i barne- og ungdomspsykiatrien to ganger i måneden i syv måneder. Diagnose var ikke stilt, og veiledningen sykepleieren fikk, var ikke dokumentert. Statens helsetilsyn sa: «Vi finner at NN (virksomhet) burde hatt rutiner som sikret gjentatte vurderinger av høykompetent personell der dette er nødvendig og rutiner for å dokumentere vurderinger og konklusjoner fra veiledningssamtaler ... kan ikke se at det er sørget for at journal- og informasjonssystemene er forsvarlige».

Generelt kan det sies at Statens helsetilsyn har gått langt i å kreve at helseinstitusjoner lager retningslinjer knyttet til driften, og da forutsetningsvis skriftlige.

Ad c) bemanningens kvantitet og kvalitet:

Bemanningen ved en virksomhet må både i forhold til kvalitet og kvantitet svare til den helsehjelpen som forventes å skulle gis. Når det ytes hjelp fra spesialisthelsetjenesten, f.eks. et sykehus, forventes hjelp på spesialistnivå. Det betyr kort sagt at spesialistkompetanse skal benyttes der det fordres for å kunne yte adekvat hjelp i forhold til pasientenes problemer.

Sak 2002/1510 gjaldt *kvantitet og kvalitet ved bemanningen* ved akuttmottak.

Ved observasjonsposten i et akuttmottak var foruten sykepleiere en turnuslegevikar og en assistentlege på vakt. En overlege hadde bakvakt. Statens helsetilsyn la til grunn at det som vanlig var mye å gjøre på vekten, og at bakvakten regelmessig ikke ble tilkalt utenom «katastrofer». Statens helsetilsyn uttalte til påtalemyndigheten at «Hvis arbeidsmengden er mer enn en assistentlege i forvakt med overlege i bakvakt kan klare, så kan man ikke avhjelpe dette ved å benytte en turnuslege eller turnuslegevikar». Foretaket ble også ilagt en foretaksbot på kr 50 000 for uforsvarlig bemanning, og for mangelfulle rutiner for å tilkalle bakvakt.

Sak 2006/1453 og 2002/1157 omtalt under b omhandlet også *bemanningskvalitet*. I den første saken hadde en hospitant uten autorisasjon eller lisens utført selvstendige oppgaver som om vedkommende var en assistentlege, og pasienten ble påført skade. Sykehuset ble ansett å ha satt til side krav til kvalifikasjoner hos helsepersonellet. I den andre saken hadde pasienten gått til konsultasjon hos psykiatrisk sykepleier ca to ganger i måneden i syv måneder uten at diagnose var stilt, og veiledningen sykepleieren hadde fått var ikke dokumentert. Statens helsetilsyn sa at førstegangsvurdering av en psykiatrisk pasient bør skje ved spesialist i psykiatri eller klinisk psykolog, men at annen primærkontakt kan benyttes dersom vedkommende blir veiledet løpende.

Det første av de tre tilfellene berører et grunnproblem i spesialisthelsetjenesten. Akuttmottak ved mange sykehus er store deler av døgnet bemannet uten spesialist til stede. Foretakene har økonomiske interesser i å bemanne slik, da døgnskategorisk tilstedeværelse av spesialister er dyrt. Kombinert med at det ved en del sykehus er kultur for at det skal svært mye til å tilkalle bakvakten, utgjør dette et system som i stor grad er egnet til å true sikkerheten til pasientene.

8 FORHOLD VED HELSEPERSONELLET

Profesjonsutdannede forventes å ha et visst minimum av kunnskaper og ferdigheter. *Kvalifikasjonene* har betydning for hva som forventes av dem, jf hlspl § 4. Ut fra en erstatningsrettslig aktsomhetsvurdering ventes mer av dem som har en spesialistutdanning og dem som utgir seg for å ha det,⁶⁾ enn av dem som ikke har det, eller som er under opplæring. Også de reelle kvalifikasjonene personellet har ervervet seg i løpet av yrkesperioden, er antatt å være av betydning. Synspunktet ble understreket i sak LB-2002-223 i en oppsigelsessak av sykepleier etter bl a faglige feil. Retten uttalte at det er

6) Kjønsstad, *op cit* s 262.

«grunn til å trekke frem ... at A var utdannet intensivsykepleier med mange års erfaring ved sykehus da hun begynte ved ... Hun må således antas å ha hatt godt kjennskap til mer alminnelige rutiner ved sykehus og normene for vanlig god sykepleieropptreden. Det er tale om en spesialutdannet sykepleier med lang erfaring og ingen nyutdannet, urutinert sykepleier ...».

Statens helsetilsyn legger ved sin forsvarlighetsvurdering også til grunn at personer med en bestemt *formell kvalifikasjon* har kunnskaper til å utføre en del oppgaver uten spesiell opplæring og veiledning ved sin arbeidsplass. Sak 2006/1646 gjaldt en nyutdannet bioingeniør som hadde typet blod og feiltolket resultatet av typingen:

Statens helsetilsyn uttalte at det «... legger til grunn at autoriserte bioingeniører generelt har metodologisk og teknisk kompetanse til å utføre ABO-typinger og til å tolke og registrere disse korrekt. Videre forventer vi at de har medisinsk kompetanse til å vurdere hvilke fatale konsekvenser feiltying kan gi, spesielt ABO-typing, og at de derfor utfører blodtying med den største aktsomhet».

Sak 1998/6544 gjaldt en nyutdannet sykepleier som feilaktig hadde gitt et legemiddel ved injeksjon istedenfor ved inhalasjon.

Det ble uttalt at «Det må forventes at sykepleieren har oversikt over hovedgruppen legemidler ... Hva angår kunnskaper om det enkelte legemiddel, må det forventes at sykepleieren selv tar initiativ til å innhente nødvendig kunnskap om legemidlet før det klargjøres og administreres».

De reelle kvalifikasjonene tillegges også vekt, jf sak 2004/698. Den angikk en sykepleier som ga feil blodprodukter til en pasient. Statens helsetilsyn uttalte:

«Som anestesisykepleier med mange års klinisk erfaring finner vi derfor at kunnskap om transfusjonsmedisin og det store farepotensialet knyttet til dette burde vært innarbeidet i Deres kliniske virksomhet. Vi forutsetter videre at De på bakgrunn av denne kompetansen også burde ha forutsetning for å vurdere nye situasjoner og handle deretter.»

Helsepersonellet skal innrette seg etter kvalifikasjonene ved at *de søker bistand og samarbeid*, herunder henvise pasienter videre, jf helspl § 4 annet ledd. Det forventes søkt assistanse for å bøte på egne faglige begrensninger. Tenkemåten ligger til grunn for Høyesteretts avgjørelse i Rt 1962 s 994 (erstatningssak), der det ble vist til at operasjonen ikke hastet, og at reservelegen derfor burde overlatt operasjonen til overlegen, som var disponibel senere. Samme perspektiv anla Høyesterett også i sak referert i Rt 1994 s 588 (erstatningssak), der en turnuslege handlet på egen hånd, selv om det i dette tilfellet ut fra de konkrete omstendighetene ikke ble forventet at vedkommende søkte samarbeid.

Kravet til samarbeid kommer også jevnlig opp i tilsynssakene, jff eks sak 2005/1297:

Operatøren hadde dissekert seg fram til en kul, men da oppdaget at det ikke som antatt var en lymfekjertel, men en tumor, og som utgikk fra nervus radialis. Legen mislyktes i å fridissekere tumor og kuttet nerven med lammelse av armen som følge. Statens helsetilsyn sa at da legen ble klar over at kula var en tumor, skulle han «straks ha avsluttet operasjonen». Han måtte skjønne følgen av å kutte nerven. Tilstanden var i følge rundskriv fra Radiumhospitalet blant dem som skulle behandles ved universitetssykehus, noe legen var forutsatt å være kjent med.

Avgjørelsen ble klaget inn for, men stadfestet av Helsepersonellnemnda. Handlingen ble vurdert som grovt uforsvarlig. At kravet til samarbeid er strengt, fremgår også av en annen sak som ble behandlet i Helsepersonellnemnda etter klage, sak HPN-2003-20.

En lege mente at to kolleger ved avdelingen hadde lite å tilføre den kliniske vurderingen av en pasient da de hadde yrkeserfaring på noen uker og et par år, i motsetning til hans tretti. Derfor var deres anamnistiske opplysninger ikke lest/erkjent. Nemnda uttalte: «Det synes klart ... at det må tas hensyn til ulikhet i erfaring og at det i et sykehus er et hierarkisk system ... basert på at noen tar beslutninger som tidvis er av avgjørende betydning for angjeldende pasient. Etter nemndas flertalls syn medfører imidlertid ikke dette at man ... ikke tillegger de øvrige legers vurdering vekt og foretar undersøkelser for å redusere usikkerheten mest mulig».

Statens helsetilsyn kan samlet sett sies å legge til grunn en norm om at helsepersonell forventes ut i fra sin utdanning og eventuelle erfaring å skulle ivareta oppgaver langt på vei på selvstendig vis, og det gjelder samtidig et klart krav om å søke samarbeid framfor å ta risiko. Slik er det også om helsepersonell med ulik utdanningse opptrer ved samme hendelse; da er det sikker praksis for at det vurderes isolert hva som kan forventes av den enkelte.

9 FORHOLD VED PASIENTENE

Spørsmålet om betydningen av pasientenes opptreden kommer mest opp i forbindelse med at de unnlater å innrette seg etter faglige opplegg og anbefalinger. I erstatningsrettslig sammenheng synes Høyesterett ved vurderingen av hva som er medisinsk aktsomt, å ha gått langt i å pålegge pasientene på eget initiativ å være aktive, jf Rt 1989 s 426: En pasient var blitt sårbehandlet av en sykepleier, men denne hadde oversett en mulig nerveskade. Pasienten var senere gitt tid til legekonsultasjon etter å ha bedt om det. Høyesterett uttalte at «... sykehuset etter min oppfatning ikke kunne være forplik-

tet til selv å prøve å ta kontakt med A da han uteble fra avtalen. Ansvar for å ordne med en ny avtale måtte hvile på A, selv om han eventuelt hadde gyldig forfall ...». Høyesteretts rettslige tilnærming i saken er kritisert – etter min mening med rette – fordi retten ikke tok stilling til uaktsomhetsspørsmålet først og deretter særskilt hadde vurdert om pasienten hadde medvirket på en erstatningsbefriende måte.⁷⁾

Forsvarligheten av helsepersonellens handlinger og virksomhetenes tiltak blir av Statens helsetilsyn i utgangspunktet bedømt uavhengig av hva pasientene ønsker eller ber om. Om pasientene *samtykker* til eller ber noen om å foreta uforsvarlige handlinger, er uten betydning. Virksomhetene og helsepersonellet har en selvstendig plikt til å opptre forsvarlig. Helsehjelp forutsetter imidlertid ofte et visst samspill mellom helsepersonell og pasient. Spørsmålet er derfor om og i hvilken grad pasientenes handlinger likevel kan tenkes å påvirke vurderingen.

Statens helsetilsyn synes å legge til grunn at helsepersonell og virksomheter må kunne *forlange en viss aktiv medvirkning fra pasientens side*. Det synes benyttet en toledet tilnærming til å vurdere samspillet mellom helsepersonell og pasienter. Det kan illustreres med sak 2007/274:

Pasienten oppsøkte lege og ba om hodepinetabletter. Statens helsetilsyn uttalte at å forskrive sterke smertestillende medisiner uten forutgående undersøkelse av pasienten «avviker fra forsvarlighetsnormen», men sa videre: «Hendelsen må imidlertid ses i lys av at pasienten motsatte seg undersøkelse. Vi har dessuten lagt vekt på at De kjente pasienten godt fra tidligere. Et handlingsalternativ kunne vært å gi pasienten en ny time dagen etter for å gi adekvat oppfølging, men det at De ikke gjorde det, er ikke nok til å kunne si at De handlet uforsvarlig. Det går også fram av klagen at pasienten hadde fått tilbud om en vanlig konsultasjon senere på dagen, men at hun ikke orket å vente. Statens helsetilsyn finner ikke at manglende undersøkelse var i strid med kravet til forsvarlighet i dette tilfellet.»

Statens helsetilsyn viser likevel at det *stiller krav til helsepersonellet og virksomhetene om å gjøre forholdsvis mye for yte hjelp selv om pasienter ikke samarbeider*, jf sak 2006/1903:

Saken (som også er omtalt ovenfor i pkt 6) gjaldt en schizofren person som bodde i kommunal omsorgsbolig. Han hadde daglig tilsyn fra rus- og psykiatrienheten i kommunen i samband med bl a medisiner. Ved et tilfelle ville han ikke gi kommunetjenesten tilgang til sitt hjem. Broren, som var verge, ba gjentatte ganger kommunen om å ta seg inn til ham. Statens helsetilsyn uttalte med utgangspunkt i pasientens alminnelige problemer: «Da kommunen ikke oppnådde kontakt med pasienten over flere dager og da bror/hjelpverge klart uttrykte ønske om å låse seg inn til pasienten, forelå det forhold som tilsa at det kunne

7) Kjønstad, *op cit*s 268.

være fare for liv eller alvorlig helseskader, noe som gjorde det berettiget (nødrett) å ta seg inn til pasienten.» Pasientens måte å opptre på gjorde ikke at helsetjenesten kunne forholde seg passiv.

Helsepersonell arbeider ofte i sammenheng med støy og forstyrrelser som kan påvirke deres arbeid. Sak 2006/385 illustrerer at helsepersonell har selvstendig ansvar for selv å etablere arbeidsro rundt seg slik at arbeid som krever ekstra konsentrasjon kan gjøres uforstyrret.

Pasienten var blitt feilmedisinert. Sykepleieren viste til at pasienten sammen med annet personell hadde opptrådt støyende og avbrytende på medisinrommet i samband med klargjøringen av medisin, og at dette var grunnen til feilmedisineringen. Det ble uttalt: «Sykepleieren har selv ansvar for nødvendig arbeidsro ... kunne bedt om ro eller gitt anvisning om at pasienten og vikaren skulle fjerne seg fra medisinrommet.»

Helsepersonellet forventes altså å opptre faglig autonomt i den betydning at de må avvise uforvarlige forslag fra pasientene. Helsepersonellet og virksomhetene må gjøre mye for å avklare situasjoner der pasientene ikke er aktive eller etterlater uklarhet mht sitt behov. Dette gjelder særlig når det kan være stort behov for helsehjelp, jf også hlsp § 7 om tilfeller der hjelp kan være påtrengende nødvendig. Da har helsepersonellet en direkte lovpålagt plikt til å avklare situasjoner der det er tvil om behovet for hjelp.

10 ALMINNELIGE NORMER

Ved vurdering av om *omsorgen* har vært forsvarlig, jf pkt 2 ovenfor, vil vanlige normer for opptreden og samhandling mellom mennesker danne utgangspunktet. Dessuten vil det forventes at helsepersonellet opptre i samsvar med særlige normer for helsepersonell/pasient-relasjonen når det gjelder å utvise empati, respekt mv, jf etiske prinsipper og yrkesetiske retningslinjer.⁸⁾ Helsepersonellet tillegges i pasientrelasjonen vanligvis et særlig ansvar for at denne fungerer på en god måte. Dette går jeg ikke mer inn på.

Alminnelige normer for atferd kan imidlertid også ha relevans for å ivareta den faglig-tekniske siden ved forsvarlighetskravet. Det er særlig to forhold som kan utfordre normene for atferd. For det første kan helsepersonells holdninger over tid bli farget av stadig repeterende erfaringer om at bestemte observasjoner ikke innebærer noe farlig,

8) Norsk Sykepleierforbunds yrkesetiske retningslinjer, Oslo 2007 og Etiske regler for leger, Oslo 2002.

med den følge at personellet ikke har den nødvendige beredskapen i forhold til at det kan være helt annerledes i den konkrete hendelsen de har å gjøre med. Om dette brukes uttrykk som at det gjør seg gjeldende en «holdningssslitasje». Det har ikke særlig plass som unnskyldningsgrunn. Hver pasient og situasjon forventes å bli sett på og vurdert som unik. I en del av sakene har dessuten helsepersonell, spesielt leger, som har en helt annen kulturell bakgrunn, vist at de i liten grad involverer pasientene og pårørende som informanter og aktive deltagere for å avklare symptomer og sykdom. I avgjørelser er dette til dels blitt omtalt som mangelfull kulturell kompetanse, hvilket er sett som medvirkende til at det i konkrete tilfeller er gitt uforvarlig helsehjelp.

11 ANDRE FORHOLD

I hlspl § 4 er det forutsatt at det ved vurderingen om det er handlet forsvarlig, også skal legges vekt på «arbeidets karakter» og «forholdene for øvrig». Av lovforarbeidene følger det også at tilgjengelige ressurser, herunder økonomiske, skal vektlegges.

Arbeidets karakter kan skifte. Helsepersonellet kan f.eks. arbeide i en akutenhet hvor det må handles raskt, eller de kan arbeide i en sammenheng hvor det er mer tid til å planlegge. Uansett dette kan de arbeide under ulike forhold; f.eks. kan graden av tidspress, størrelsen på bemanningen og klarheten i ansvarsforhold variere. Disse forholdene er det riktig å la påvirke forsvarlighetsvurderingen: De som handler under tidspress, må ha større slingringsmonn for å gjøre feil enn de som har god tid; dersom det er flere pasienter som må hjelpes akutt og helst samtidig, må det være større plass for å foreta feilprioriteringer enn når det ikke er tilfelle mv. Situasjonen er ofte at flere helsepersonell eller helseinstitusjoner samarbeider om pasientenes problemer; f.eks. hvor én er bestiller og en annen er utfører. Dette kan påvirke vurderingen. Forhold som ligger helt utenfor virksomhetens og helsepersonells kontroll, kan også virke inn på det som faktisk skjer og dermed påvirke forsvarlighetsvurderingen.

12 ER DET VIRKSOMHETEN OG/ELLER

HELSEPERSONELLET SOM HAR OPPTRÅDT UFORSVARLIG?

En virksomhet som har dårlige organisatoriske løsninger, utøver svak styring i ulike ledd i organisasjonen, eller som er bemannet dårlig i forhold til de oppgavene den har, vil bli vurdert å drive kritikkverdige. Systemet kan påvirke helsepersonellet slik at de ikke klarer å oppfylle de kravene som vanligvis vil bli stilt til dem, eller det kan føre til at det ikke demmes opp for feil helsepersonell lett kan komme til å begå, men som det er rimelig at systemet sikrer mot.

Når saker avgjøres som både involverer virksomheter og konkret helsepersonell, blir det i de oppsummerende diskusjonene av sakene vanligvis tatt utgangspunkt i virksomheten, og spesielt vurdert om den er organisert, styrt og ledet eller bemannet mer eller mindre dårlig. Dersom dette vurderes å være tilfelle, er den vanlige videre tilnærmingen regelmessig å spørre om dette har påvirket helsepersonellet som har handlet slik at det er urimelig å kritisere dem.

Når virksomheten vurderes å ha handlet uforsvarlig, ser Statens helsetilsyn i en del tilfeller bort fra helsepersonellens handlemåte. I f. eks sak 2006/1409, hvor det ble konkludert med at samarbeidet mellom avdelinger i sykehus var uforsvarlig, ble det bare generelt påpekt at «flere helsepersonell ikke hadde handlet i samsvar med god praksis», uten at dette ble nærmere fulgt opp. Statens helsetilsyn lot være å skifte sol og vind mellom helsepersonell og mellom virksomhet og bestemt helsepersonell fordi sykehuset som organisasjon sviktet. Og selv om helsepersonellens handlinger utredes og det konstateres uforsvarlighet, og vilkårene ellers for å gi reaksjoner til helsepersonellet også er til stede, blir det noen ganger unnlatt å reagere fordi virksomheten er mest å kritisere. Dette siste bildet er imidlertid sammensatt.

Når en virksomhet *organiserer* sin drift på uforsvarlig måte, kan helsepersonellet oftest ikke påvirke disse løsningene i sitt daglige arbeid. Det ser ut til at det da skal mye til for å anse helsepersonellet for å ha handlet uforsvarlig ved å utføre sitt arbeid innen disse rammene. I sak 2004/1170, jf pkt 7, så Statens helsetilsyn eksempelvis bort fra at en sykepleier hadde tastet feil i datasystemet, noe som var den utløsende årsak til unnlatelser i hjemmetjenesten som hadde katastrofale følger. Det ble vurdert å være en «betydelig forsømmelse» fra ledelsen ikke å rette opp muligheten for å gjøre denne feilen til tross for at den gjentatte ganger var påpekt. Helsetilsynet så derfor bort fra sykepleierens handlemåte som «mindre klanderverdig». Men dersom helsepersonellet gjennom mangelfull organisering er gitt store friheter til å opptre autonomt, vil det stilles krav til helsepersonellet om selv å gjøre mye ved egen kontroll for å bøte på det uforsvarlige. I sak 2004/50, jf pkt 7, som gjaldt organiseringen av lederordningen ved en sykehusavdeling, ble legen som innrettet seg i samsvar med den uforsvarlige ordningen, vurdert selv å ha handlet uforsvarlig ved å gå inn på denne. Han skulle som leder ha innsett behovet for å begrense sin kliniske aktivitet. I sak 2005/1006, jf pkt 7, som gjaldt organiseringen av et behandlingstilbud (ambulent hospicevirksomhet) ved et sykehus, og hvor denne ble ansett uforsvarlig fordi det ikke var gitt noen rutiner, ble også legen som drev virksomheten, vurdert å ha handlet uforsvarlig. Legen kunne ikke la være selv å etablere rutiner for arbeidet når dette var unnlatt fra ledelsens side.

Uklare styringssystemer og uklare styring, med utydelige føringer for hvem som skal ta seg av hva (ansvarsplassering) og hvordan, vil kunne være unnskyldende for helse-

personellet. Men *konsekvenser av styringssystemer og konkret styring* (ledelse) med nær tilknytning til selve ytelsen av helsehjelp har helsepersonellet i utgangspunktet litt større muligheter til å påvirke, enn ordninger som følger av organiseringen. Særlig ved mangel på styring kan personellet påvirke det som skjer. I flere av de sakene som er omtalt i pkt. 7, ble helsepersonell ansett å ha handlet uforsvarlig selv om de arbeidet i samsvar med styringen fra virksomheten. I sak 2006/85, der foretaket ble vurdert å ha uforsvarlige *styringssystemer knyttet til innleie av helsepersonell*, og i sak 2006/1453, hvor foretaket ble ansett å ha uforsvarlige *styringssystemer ved ansettelse og hospitering*, ble helsepersonellet, inkludert leger, som hadde utført de pasientoppgavene de var satt til, ansett å ha handlet uforsvarlig ved ikke selv å ha begrenset hva de bega seg inn på, ut fra hva de selv måtte skjønne om egne kvalifikasjoner. Helsepersonellet hadde fortsatt en selvstendig plikt til å vurdere egen kompetanse i forhold til tillagte oppgaver, selv om de var satt inn i bestemte stillinger og gitt tilsvarende fullmakter gjennom uforsvarlig virksomhet (kontroll) fra sykehusets side.

De enkelte enhetene innen helsetjenesten må ha en bemanning som svarer til oppavene. Når pasienter mottar helsehjelp f eks fra spesialisthelsetjenesten, er det ofte ikke tilstrekkelig at det er lege under spesialistutdanning som gir hjelpen. Selv om legen i slike tilfeller kan tenkes å ha handlet forsvarlig ut fra hva som kan forventes av vedkommende, har pasientene likevel ikke fått forsvarlig hjelp. I sak 2002/1510, jf pkt 7, der foretaket fikk bot for *mangelfull kvalitets- og kvantitetsmessig bemanning* av akuttmottaket, ble helsepersonellet som var på vakt, ansett for å ha handlet forsvarlig, selv om pasientene ble vurdert å ha fått uforsvarlig hjelp. At helsepersonellet går klar av en vurdering av om det har handlet uforsvarlig, vil imidlertid først og fremst gjelde i akutttilfeller. Helsepersonellet forventes nok ellers selv langt på vei å måtte ta særlige forholdsregler ved for svak bemanning. Gir rammene i realiteten helsepersonellet handlingsalternativer, vil det bli forlangt at de benytter seg av disse, jf sak 2002/1157, jf pkt 7. Der ble det konstatert at *kvaliteten på bemanningen* i forhold til oppgavene var for dårlig etter det systemet som var lagt opp. Men fordi helsepersonellet hadde mulighet til å påvirke hva som skulle skje, f eks ved å henvise pasienten videre til andre og mer kompetente, var det uforsvarlig ikke å gjøre det. Slik var det også i sak 2006/1453, der det hastet å få hjelp, men hvor annen hjelp var rimelig lett tilgjengelig, jf pkt 7.

I erstatningsrettlig sammenheng opereres det med objektivt arbeidsgiveransvar for kumulative feil som hver for seg ikke er å se som uaktsomme handlinger, men som samlet må anses som uaktsomt i forhold til pasienten. Kan man tilsvarende etter tjenestelovgivningen bedømme at virksomheten har drevet uforsvarlig når kumulative feil til sammen utgjør uforsvarlig hjelp, men virksomhetsledelsen ikke har hatt mulighet til å

forebygge dette? Praksis i Statens helsetilsyn er ikke entydig. – Lovforarbeidene synes ikke å omtale denne situasjonen, selv om det sies at forsvarlighetsnormen har et «mer helhetlig utgangspunkt» enn i helsepersonelloven, jf Ot prp nr 10 (1998–99) s 36. Sett fra virksomhetens ståsted taler det mot å konstatere uforsvarlighet når virksomheten ikke kan gjøre noe for å hindre det som inntreffer. Pasientene har også mindre behov for å få denne konklusjonen, da det ikke er noe erstatningskrav som skal sikres på deres hånd av Statens helsetilsyn. Men ut fra pasientens behov for adekvat tilbakemelding på sin klage kan det også argumenteres for at sptjl § 2-2 bør kunne anvendes uavhengig av om virksomheten som sådan er å klandre. Og uansett er det relevant å følge opp det inntrufne overfor helsepersonellet ved å påpeke at deres praksis ikke har vært god, og la pasientene få vite om det. For det ville være lite tilfredsstillende for pasientene om de bare fikk slike saker avsluttet med at virksomheten ikke har opptrådt uforsvarlig.

13 DISKUSJON

I forhold til profesjonsutøvere har Høyesterett prinsipielt lagt til grunn, jf Rt 1995 s 1350, at det kan avvikes fra det faglig gode uten at dette anses erstatningsbetingende uaktsomt: Det er et visst «spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet». Mer konkret ble det sagt at «Selv om det nok hadde vært ønskelig at [A] hadde vært mer oppmerksom ..., kan jeg ... ikke se det som erstatningsbetingende uaktsomt at hun ikke undersøkte nærmere ...».

I forhold til helsepersonell konkluderer Statens helsetilsyn med at personellet kan ha handlet faglig kritikkverdig, også til dels klart kritikkverdig, uten at helsehjelpen dermed blir karakterisert som uforsvarlig. Helsetilsynet legger til grunn at det er et rom for å gi mindre god helsehjelp uten dermed å karakterisere den som uforsvarlig. Helsetilsynet kan se ut til å ha gått lenger enn domstolene i å bruke sterke negative uttalelser om det som har skjedd, uten å konkludere med at handlingen samtidig er å anse som uforsvarlig.

I forarbeidene til helsepersonelloven sies at det som er uaktsomt, alltid vil være uforsvarlig, jf Ot prp nr 13 (1998–99) s 36, og at det uforsvarlige omfatter noe mer enn uaktsomhet. I teorien antas også at noe av det som ikke fanges opp av det erstatningsrettslige uaktsomhetsansvaret, kan anses som helserettslig uforsvarlig.⁹⁾ Avgjørelsene i Statens helsetilsyn angående helsepersonell bærer så langt jeg kan se ikke

9) Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad, *Helsepersonelloven med kommentar*, Bergen 2001 s 55–56.

preg av dette. Uttryksmåten i sakene tyder på at det som kreves av kritikkverdighet for å konstatere uforsvarlighet, neppe er mindre enn det som kreves etter culpavurderingen.

Per juni 2007 er det så langt jeg kan se bare i ett tilfelle at Statens helsepersonellnemnd har overprøvd Statens helsetilsyns vurderinger av at helsepersonell har handlet uforsvarlig. Det kan indikere at Helsetilsynet stiller svakere krav til forsvarlighet enn det Helsepersonellnemnda vil gjøre. Mot dette kan innvendes at nemnda vanligvis bare blir involvert i de alvorligste sakene, og at den dermed i realiteten ikke prøver «gjennomsnittet» av tilfellene der Helsetilsynet konstaterer at det er handlet uforsvarlig. – Likevel, ut fra antallet saker som har vært til prøving, ser jeg nemndas praksis som uttrykk for at Statens helsetilsyn i alle fall ikke krever mindre enn nemnda før det konkluderes med at det er handlet uforsvarlig.

Kravet om forsvarlighet er en viktig helsepolitisk, men også klinisk og rettslig standard. At helsepersonellet innrømmes et visst slingringsmonn når det handler mindre godt, før dette blir karakterisert som uforsvarlig, er rimelig. Men det ville være forfeilet om Statens helsetilsyn skulle være tilbakeholden med å konstatere uforsvarlighet fordi det for eksempel stigmatiserer helsepersonell. Likså om Helsetilsynet ved uforsvarlighet skulle føle seg forpliktet til også å gi reaksjoner. Tilsynsmyndigheten står, og bør stå, fritt til ut fra eget skjønn å avgjøre om det skal gis administrativ reaksjon når det er handlet uforsvarlig.

Virksomheter ser ikke ut til å gis rom for å organisere og styre på en måte som omtales som mindre god, mangelfull eller kritikkverdig, uten at dette da samtidig blir karakterisert som uforsvarlig. Dermed stilles større krav til virksomhetene enn til helsepersonellet. Og slik bør det være. Dette er logisk med tanke på å forebygge at det gis dårlig helsehjelp. Mangler ved tilrettelegging fra virksomhetene organisatorisk, styrings- og bemanningsmessig, vil gjøre helsepersonellet mer utsatt for å gi mindre god helsehjelp, noe som igjen vil gå ut over pasientene. Både helse- og rettspolitisk er det derfor viktig at Statens helsetilsyn krever at virksomhetene holder god organisatorisk, styringsmessig og bemanningsmessig standard.

Når uforsvarlighet er påpekt overfor helsepersonellet eller virksomheten, er det langt fra opplagt at dette medfører adekvat endring. Dette gjelder også sykehusene, selv om de nå er eid av staten, jf f eks sak 2004/1650 om Sandviken sykehus som ikke endret på en drift som ble påpekt som uforsvarlig. Statens helsetilsyn har ingen gjennomført policy for i etterkant av saker å kreve vist at det uforsvarlige er utbedret, men i saker av nyere dato er det blitt mer vanlig å følge opp dette. Krav om tilbakemelding om hvilke tiltak som blir satt i verk, bør være en del av innholdet i avgjørelsene, også i forhold til den offentlige helsetjenesten. I f eks saken om Sandviken sykehus ble

påpekningen og pålegget overfor Helse Bergen og senere Helse Vest RHF fulgt tett opp. Deres manglende etterlevelse av direkte pålegg endte med at Statens helsetilsyn ila Helse Vest RHF en løpende tvangsbøt på kr 600 000 pr måned inntil de kunne dokumentere god praksis ved Sandviken sykehus.

Selv om helsepersonell har gjort en feil som kunne vært hindret via bedre styrings-systemer og bedre bemanning, går ikke helsepersonellet prinsipielt klar av en vurdering av om de har handlet forsvarlig. Organisatoriske og bemanningsmessige forhold som årsaksforhold kan imidlertid helsepersonellet vanligvis ikke gjøre noe med. Når helsepersonellet handler uforsvarlig pga slike forhold, bør man derfor være tilbakeholden med å si at det har handlet uforsvarlig. Men dersom styringen er mangelfull eller svak knyttet til konkret pasientbehandling, bør man (som Statens helsetilsyn gjør) i større grad forvente at det enkelte helsepersonell oppdager dette og tilsvarende justerer sin praksis. Helsepersonellet skal ut fra sin profesjonelle autonomi være kritiske til påleggene og særlig frihetene i styringen, og på egen hånd sette i verk tiltak for å redusere risikoen for pasientene.

Hendelser ved helseinstitusjoner, f.eks. sykehus, involverer ofte flere helsepersonell som kan ha opptrådt mer eller mindre kritikkverdig overfor pasienten, enten i serie over tid eller i samhandling. I slike tilfeller kan det, når også virksomheten er å kritisere, være særlig god grunn til å rette fokus mot og gi tilbakemelding til denne. En slik tilnærming kan antas å ha mest betydning med tanke på forbedring og for å hindre tilsvarende å skje i fremtiden.

Med knappere tildeling av ressurser til tilsynsmyndigheten kan det for denne være bekvemt å la være å utrede sakene med tanke på det enkelte helsepersonells svikt, fordi dette er ekstra tidkrevende. I sakene som er avgjort i Statens helsetilsyn, kan det da også, som påpekt, spores utvikling i retning av å konsentrere oppmerksomheten om virksomhetene. Det er fare ved en slik tilnærming for at man ser bort fra det enkelte helsepersonellet og hva det har gjort. Betydelig svikt som eventuelt kan føres tilbake til bestemte personer, kan forbli uavklart og ikke korrigert. For det er langt fra gitt at arbeidsgiver følger opp det som er skjedd, når ikke tilsynsmyndigheten gjør det. Statens helsetilsyn bør derfor gjøre nøye vurderinger før man utvikler en policy i retning av å se bort fra helsepersonellens handlinger. En slik policy bør ikke etableres før virksomhetene viser at hendelser blir fulgt opp gjennom et eget godt system for korrigeringsring. Uten dette vil det også kunne hevdes at den rettslige siden ved tilsynsplikten blir tilsidesatt.

Noen få av Statens helsetilsyns avgjørelser blir publisert i bladet Tilsynsinfo, på nettet, og i den årlige Tilsynsrapporten. Men det skjer ikke systematisk, slik det i noen grad

gjorde for noen år tilbake i det såkalte Helserettsinfo.¹⁰⁾ Avgjørelsene har derfor liten verdi for andre enn det helsepersonellet og den enkelte sykehusdirektør eller rådmann (virksomhet) som de direkte angår. At de ikke publiseres, er en mangel. Mange av avgjørelsene angår problemstillinger som er aktuelle for andre, og hvor det ligger et potensial for læring. Ikke minst gjelder det de sakene som berører organisering, styring og bemanning ved sykehus. Sannsynligvis ville mange sykehus ha noe å lære av og ville måtte justere egen praksis i samsvar med avgjørelsen i f.eks sak 2002/1510 om bemanningen ved akuttmottak (se pkt 7 ovenfor). Statens helsetilsyn bør derfor i større grad publisere avgjørelsene. Disse vil gi veiledning også til pasientombudene, og til advokater som i økende grad er fullmektiger for pasienter og helsepersonell.

10) Statens helsetilsyn, *Helserettsinfo*.