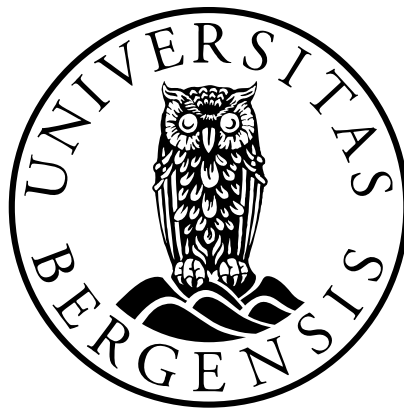


Helsepersonells plikt til å yte
øyeblikkelig hjelp, og pasienters rett til å
nekte å motta den grunnet religiøse
overbevisninger

*Særlig om pasienters rett til å nekte å motta
blodoverføring i henhold til pasient- og
brukerrettighetsloven § 4-9*

Kandidatnummer: 200090

Antall ord: 14237



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2014

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Om temaet	3
1.2 Om temaets aktualitet.....	4
1.3 Avgrensning	5
1.4 Rettskilder og metode.....	6
2 Historiske utviklingstrekk	9
2.1 Bakgrunn	9
2.2 Fra paternalisme til selvbestemmelse.....	9
2.3 Særlig om øyeblikkelig hjelp som krevde overføring av blod og blodprodukter, i tiden før 2001	11
2.3.1 Hjelpeplikten etter straffeloven § 387 nr. 1.....	12
2.3.2 Nødrett etter straffeloven § 47	13
2.3.3 Barn	14
3 Samtykke som rettslig grunnlag	16
3.1 Samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven.....	16
3.1.1 Et utslag av autonomiprinsippet og selvbestemmelsesretten	16
3.1.2 Krav til samtykkets form.....	16
3.1.3 Samtykkekompetanse.....	17
3.1.4 Samtykke på vegne av barn.....	19
4 Helsepersonells hjelpeplikt	21
4.1 Det overordnede kravet om forsvarlighet.....	21
4.2 Helsepersonells plikter i akutte tilfeller	22
4.2.1 Hjelpeplikten etter hlspl. § 7	22
4.2.2 Undersøkelsesplikten etter hlspl. § 7.....	24
5 Pasienters rett til å nekte å motta øyeblikkelig hjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9.....	26
5.1 Om bestemmelsen	26
5.2 Om retten til å nekte å motta blod og blodprodukter	27
5.2.1 Vilkåret om at pasienten har en ”alvorlig overbevisning”	27
5.2.2 Informasjon og dialog	28

5.2.3	Vilkåret om at pasienten må være ”over 18 år”	30
5.2.4	Vilkåret om at pasienten ”ikke er fratatt rettslig handleevne”	31
6	Hva skjer når pasienters rett til å nekte behandling ikke ivaretas	32
6.1	Klageadgangen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7	32
6.2	Ansvarsfordelingen etter Helsetilsynsloven	33
6.3	Reaksjoner i henhold til helsepersonelloven kapittel 11	34
6.4	Forvaltningspraksis	34
6.4.1	Manglende domstolspraksis	34
6.4.2	Statens helsetilsyn	35
6.4.3	Fylkesmannen.....	37
7	Diskusjon.....	39
7.1	Følger av lovreguleringen	39
7.2	”Alvorlig overbevisning” om andre ting enn blod, blodprodukter og sultestreik.....	39
7.3	Unge voksne.....	40
7.4	Konsekvens mellom lov og praksis?.....	41
7.5	Kan pasienter ”diktere” behandlingsregimet?.....	41
7.6	Avsluttende betraktninger	43
8	Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Om temaet

Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63 (pasient- og brukerrettighetsloven, pasbrl.) ble sammen med lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven, hlspl.), innført som en del av den såkalte helselovreformen. I tillegg til de nevnte lovene, omfattet reformen også spesialisthelsetjenesteloven¹ og psykisk helsevernloven². Noe av målet med reformen var å tydeliggjøre og styrke de rettighetene pasienter har når de mottar helsehjelp, og å harmonere disse rettighetene med de pliktene helsevesenet har til å yte hjelpen³. Lovene trådte i kraft 1. januar 2001, og er siden endret flere ganger.

En pasients rett til å si ja eller nei til behandling er et utslag av det såkalte autonomiprinsippet, og er anerkjent og beskyttet i jussen så vel som i medisinsk etikk. Dette prinsippet følger av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8 (1), og er også lagt til grunn av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, blant annet i *Pretty v Storbritannia* i 2002. I norsk rett ligger autonomiprinsippet til grunn for flere bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven, med § 4-1 som hovedregel om at all helsehjelp krever samtykke fra pasienten eller brukeren.

Samtykke er altså grunnlaget for all helsehjelp, og dermed også for helsepersonells yrkesutøvelse. Dette grunnlaget kan sette til side helsepersonellens yrkesetiske overbevisning om å gi helsehjelp, uavhengig av hvilke konsekvenser det kan medføre. Helsepersonell kan derfor bli tvunget til å la en pasient dø eller bli betydelig skadet, selv om dette kunne vært forhindret med forholdsvis enkle midler.

Som en potensiell motsetning til autonomiprinsippet har vi respekten for livet. At menneskelivet også regnes som et grunnleggende gode i rettsstaten følger blant annet av forbudene mot drap og dødsstraff. Menneskers helse har dessuten lenge vært regnet som en grunnleggende menneskerettighet⁴, og det er antatt at de aller fleste vil ønske å fremme egen

¹ Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61

² Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr. 62

³ Syse, Aslak (2009): Pasientrettighetsloven med kommentarer, s. 38

⁴ Kjønstad, Asbjørn (1987): Helsereett, s. 46

helse og hindre skader på denne.⁵ Med tiden har derfor helsemessig velferd bidratt til lovgivning og rettsregler, både nasjonalt og internasjonalt.⁶ Denne utviklingen tar utgangspunkt i viljen til å redde og opprettholde liv.

Respekten for livet er grunnlag for unntaket fra retten til selvbestemmelse i tilfeller som er regnet for ”øyeblikkelig hjelp”-tilfeller etter helsepersonelloven § 7. Her taler vi om tilfeller der rask hjelp er nødvendig, og der det vil kunne gå på bekostning av pasientens liv eller helse om man opprettholder de kravene som normalt stilles til samtykke.

Det er altså til dels motstridende hensyn og verdier som må harmoniseres på helserettens område. Lovgiver har gjort valg av hensyn til den personlige autonomi, som samtidig kan utfordre det enkelte helsepersonells yrkesetiske overbevisning om å redde liv og hindre skader. Helselovgivningen handler i stor grad om verdispørsmål, og helseområdet er dessuten et område der samfunnet raskt endrer seg. Derfor vil man ofte se at det benyttes rettslige standarder som gir rom for skjønsmessige vurderinger der man kan veie ulike hensyn mot hverandre, og som også tar hensyn til at medisinen og samfunnet er i endring.

Temaet for denne masteroppgaven er de rettslige reguleringene av helsepersonells hjelpeplikt i øyeblikkelig hjelp-situasjoner og pasienters mulighet til å nekte slik helsehjelp på grunnlag av religiøs overbevisning. Dette er et eksempel på en problemstilling der lovgiver har valgt å gi pasienter autonomi på gitte vilkår, uavhengige av helsepersonellens yrkesetiske overbevisning.

Jeg vil i oppgaven presentere den aktuelle lovgivningen på området, og i tillegg drøfte om de rettslige spørsmålene som var reist i forkant av den nye helselovgivningen, faktisk ble løst. Jeg vil også belyse eventuelle nye problemstillinger som kan ha oppstått som følge av den.

1.2 Om temaets aktualitet

Før eller siden vil vi alle få behov for å motta helsehjelp, og de aller fleste av oss vil i helserelaterte spørsmål selv oppsøke helsevesenet. Under møtet med helsevesenet vil vi som

⁵ Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 474

⁶ Se Grunnloven § 110b om rett til et miljø som ”sikrer Sundhed”, og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966 artikkel 12 nr 1: ”the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”.

regel ha et ønske om, og en vilje til, å motta den behandlingen som kreves for at vi skal ha mulighet til å bli friske, eller for at skader skal begrenses i størst mulig grad.

Noen pasienter vil imidlertid ha et ønske om ikke å motta helsehjelp, eller ha motforestillinger mot visse typer undersøkelser eller behandlinger. Det kan for eksempel bety at man helst vil slippe blodprøvetaking, eller ikke ønsker gynekologiske undersøkelser⁷.

Pasienter kan også ha ønsker som får betydning for liv og død, som for eksempel at man ikke ønsker å gjenopplives dersom den påfølgende livskvaliteten etter gjenopplivingen vil være lav, eller hvis man uansett vil ha svært korte fremtidsutsikter. Noen pasienter kan også ha ønske om ikke å motta blod og blodprodukter grunnet religiøs overbevisning.

Fra mediene kjenner vi godt til at helsepersonell kommer i etiske dilemmaer der de må handle i skjæringspunktet mellom medisin, egen samvittighet og jus. De kan måtte velge mellom egen yrkesetisk overbevisning på den ene siden, og loven på den andre siden. I tillegg skal det tas hensyn til pasientens ønsker og overbevisning. For eksempel har det de siste årene vært mye oppmerksomhet rettet mot problematikken rundt legers personlige overbevisning hva prevensjons- og abortspørsmål angår, og også om spørsmål knyttet til passiv og aktiv dødshjelp.⁸

Et typisk tilfelle som også har nådd mediens søkelys, og som er i kjernen for denne oppgaven, er når pasienten er medlem av Jehovas vitner, og grunnet sin trostilhørighet nekter å motta blod og blodprodukter⁹. På den ene siden kan blodoverføring være en behandlingsmetode som med enkelthet kan redde pasientens liv. Å la være å gi slik behandling, vil kunne gå på akkord med legens egen etikk og moral. Dersom legen likevel velger å gi pasienten blodoverføring, strider dette mot pasientens lovfestede rett, men legen vil da ha handlet i tråd med sin yrkesetiske overbevisning.

1.3 Avgrensning

Behandlingen av spenningen mellom helsepersonells plikt til å hjelpe, og pasienters rett til å nekte å motta hjelp, vil i denne oppgaven være begrenset til ”øyeblikkelig hjelp”-tilfeller.

⁷ Se for eksempel LB-1999-3100 om en kvinne som uten samtykke hadde blitt utsatt for en gynekologisk undersøkelse som hun opplevde som et overgrep.

⁸ Se for eksempel Sandsdalen-saken, Rt. 2000 s. 646

⁹ Vindslund, Steinar (2012): ”Lege reddet liv – får kritikk”

Det klare utgangspunktet for all helsehjelp er at pasienten har samtykket til den, jf. pasbrl. § 4-1, og i ordinære helsehjelp-tilfeller vil det ofte være lite problematisk å avklare om pasienten faktisk ønsker hjelp eller ikke. I ”øyeblikkelig hjelp”-tilfellene er det derimot ofte snakk om helsehjelp som kan ha betydning for liv og død. Det kan være nødvendig med svært raske beslutninger, og man kan på grunn av omstendighetene ikke alltid være sikker på om en pasient vil skjønne omfanget av situasjonen. I denne oppgaven vil jeg derfor ta for meg helsepersonells hjelpeplikt etter helsepersonelloven § 7, som er et unntak fra hovedregelen om samtykke. Denne hjelpeplikten er begrenset til nettopp øyeblikkelig hjelp-situasjoner.

Videre vil jeg ta for meg et unntak fra denne hjelpeplikten, som finnes i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9. Dette er en paragraf som gir pasienter rett til å nekte å motta hjelp i såkalte ”øyeblikkelig hjelp”-situasjoner. Innenfor rammene av denne paragrafen, vil oppgaven primært ta for seg bestemmelsen som lar pasienter nekte blodoverføring grunnet ”alvorlig overbevisning”. De andre unntakene fra helsepersonellens hjelpeplikt etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 vil således kun nevnes overfladisk der de er egnet til å belyse problematikken knyttet til bestemmelsen om blod- og blodprodukter.

Reglene for samtykkekompetanse vil kort nevnes i oppgaven, men reglene for å yte helsehjelp til de som ikke er samtykkekompetente vil utelates i denne fremstillingen, med unntak av bestemmelser om blodoverføring for barn. Grunnen til at dette vil behandles er at den overbevisningen en person har om ikke å motta blod og blodprodukter kan bli problematisk dersom det er personens barn som trenger blodoverføring. Utover foreldre og foresattes beslutningskompetanse for overføring av blod og blodprodukter til barn, vil ikke pårørendes beslutningskompetanse behandles i denne fremstillingen.

Unntak fra kravet om samtykke som faller innunder tvangsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, vil heller ikke behandles i oppgaven.

1.4 Rettskilder og metode

For å definere hva som er gjeldende rett på et gitt område, vil utgangspunktet i tråd med tradisjonell rettskildelære være lovteksten i lovbestemmelsen.¹⁰ Det er ordlyden, altså den naturlige språklige forståelsen av lovteksten, som legger grunnlaget for tolkningen av den. I

¹⁰ Se for eksempel Andenæs, Mads Henry (2009): Rettskildelære, s. 15

denne oppgaven innebærer det at ordlyden i helsepersonelloven § 7 og pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-9 vil danne utgangspunktet for tolkningen av rettsreglene.

En lovs formålsbestemmelse, og legaldefinisjoner nedfelt i lov, kan legge føringer for hvordan bestemmelser i loven skal forstås. Disse vil derfor kunne være relevante for tolkningen av bestemmelsene som diskuteres i denne oppgaven.

I noen tilfeller vil ikke loven alene være tilstrekkelig til klart og entydig å kunne avgjøre hva som er ment med en lovtekst. Da vil det være nødvendig å benytte også andre rettskildefaktorer til hjelp i tolkningen.

Bestemmelsens forarbeider i form av høringsnotater, proposisjoner, komitéinnstillinger, utredninger og andre uttalelser i prosessen før vedtakelse av loven, vil i slike tilfeller være av særlig relevans.¹¹ Årsaken til dette, er at forarbeidene ofte er mer grundige enn lovteksten alene, og sier noe om hvorfor lovgiver har formulert bestemmelsene på en gitt måte, og hva man ønsket å oppnå med denne formuleringen.

For pasient- og brukerrettighetsloven vil Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) og Innst. O. nr. 91 (1998-99) være sentrale. For helsepersonelloven er det Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) og Innst. O. nr. 58 (1998-99) som er særlig relevante. I og med at rettspraksisen på helserettens område er beskjeden og loven er forholdsvis ny, vil forarbeidene måtte ilegges større vekt enn hva som ville vært naturlig dersom det fantes mye praksis og andre rettskildefaktorer på området.

Verdt å merke seg er det at Henriette Sinding Aasen har kritisert forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven. Hun mente i tiden rundt vedtakelsen av loven at man i forarbeidene ofte ikke fikk svar som sa særlig mer enn lovteksten allerede sa.¹² I formålsbestemmelsen til pasient- og brukerrettighetsloven står det blant annet at den skal "[...] ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd." Av forarbeidene følger det også at hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelse har stått sentralt i utarbeidelsene av loven.¹³ Likevel heter det flere steder i forarbeidene at man ikke har ment å endre den gjeldende rettstilstanden. Dette anser Sinding Aasen som selvmotsigende, i og med at legeloven var preget av paternalisme, som jo står i kontrast til autonomi og

¹¹ Se blant annet Andenæs, Mads Henry (2009): Rettskildelære, s. 42

¹² Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 172

¹³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 26, 27, 65 og 69.

selvbestemmelse.¹⁴ Dette aspektet ved lovforarbeidene kan være et argument for i større grad å benytte seg av andre rettskildedefaktorer når man skal tolke bestemmelsene i denne oppgaven.

Rettspraksis og andre myndigheters praksis kan som nevnt være av betydning når man skal klargjøre hva som er gjeldende rett.¹⁵ Helserettslige problemstillinger fremmes sjelden for domstolene¹⁶, og bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 om rett til å nekte blodoverføring grunnet ”alvorlig overbevisning” har aldri vært domstolsbehandlet. Når det ikke finnes materiale fra domstolene, vil det være en god løsning å se på forvaltningspraksis for å belyse tolkningsspørsmålene. Det er en rekke offentlige instanser på helserettens område, og i denne oppgaven vil praksis fra Statens helsetilsyn benyttes. De lokale helsetilsynene ved fylkesmannen, videresender saker til Statens helsetilsyn ved behov og når loven krever det. Eventuelle saker fra fylkesmennene vil dermed kunne ha en viss relevans for å belyse oppfatningen av lovreglene i fagmiljøet.

I tillegg tjener juridisk teori i bøker og fagartikler som en rettskildedefaktor som kan benyttes til hjelp for å klarlegge innholdet i en rettsregel.¹⁷ I juridisk litteratur er problematikken knyttet til bestemmelsen om rett til å nekte blod- og blodprodukter etter pasbrl. § 4-9 kun behandlet i begrenset grad, men jeg vil trekke inn noe juridisk litteratur i tilknytning til de konkrete problemstillingene.

Artikler fra andre tidsskrifter vil benyttes for å belyse eksistensen av problemstillingen, uten at de kan ilegges for mye rettskildemessig vekt, se blant annet om ”juss og medisin på kollisjonskurs”¹⁸

Internasjonale rettskilder kan også være relevante for problemstillingene denne oppgaven reiser, men vil kun i begrenset grad benyttes, da dette er et område med til dels varierende rettsregler mellom forskjellige land.

¹⁴ Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 172-175

¹⁵ Se blant annet Andenæs, Mads Henry (2009): Rettskildelære, kap. 14, 15 og 17

¹⁶ Molven, Olav (2012): Helse og jus, s. 33

¹⁷ Se for eksempel Andenæs, Mads Henry (2009): Rettskildelære, s. 118-121

¹⁸ Bahus, Marianne K. (2012): Selvbestemmelsesrett – medisin og juss på kollisjonskurs

2 Historiske utviklingstrekk

2.1 Bakgrunn

Frem til de fire nye helselovene trådte i kraft 1. januar 2001, var mange aspekter ved helsepersonells plikter så vel som pasienters rettigheter, uklare. Det var ikke klart hvor langt helsepersonells hjelpeplikt i akutte situasjoner strakte seg, og om det også var et krav om samtykke i nødssituasjoner. Det var heller ikke klart om pasienters ønske om å nekte blodoverføring skulle respekteres, og i så fall på hvilket grunnlag.

For eksempel fantes det på dette tidspunktet ingen alminnelig uttalt lovregel om samtykke¹⁹. Riktignok fantes det regler om samtykke i særlovgivningen, men disse oppstilte bare krav om samtykke fra pasienten i bestemte situasjoner.²⁰ Da man i den nye pasient- og brukerrettighetsloven (den gang kalt pasientrettighetsloven) innførte et alminnelig krav om samtykke, ble det likevel uttalt i forarbeidene at man ikke egentlig hadde til hensikt å endre gjeldende rett.²¹ Det ble hevdet at man etter legeloven²² § 25 hadde innfortolket et krav om samtykke, og at også rettspraksis og legeetiske normer hadde lagt til grunn et samtykkekrav.²³ Imidlertid behandlet Høyesterett i 1993 en sak om en pasient som hadde samtykket til fjerning av en lungesvulst. Under operasjonen viste det seg at det var tale om en mye mer alvorlig type svulst, der konsekvensene ved operasjonen også kunne være større. Legene valgte likevel å operere, selv om pasientens samtykke begrenset seg til den mindre risikable typen operasjon. Høyesterett ga i saken ikke noe entydig svar på om man kunne innfortolke et samtykkekrav etter legeloven § 25.²⁴

2.2 Fra paternalisme til selvbestemmelse

Historisk sett har menneskeverdets ukrenkelighet en lang tradisjon, og tanken har blitt utviklet av opplysningsfilosofer som Locke, Voltaire og Montesquieu. Det ukrenkelige menneskeverdet utgjør grunnsteinen både i den norske Grunnloven, og i flere store

¹⁹ Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 279

²⁰ Se for eksempel abortloven § 4, steriliseringsloven § 4 og transplantasjonsloven § 1

²¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 69

²² Lov av 13. juni 1980 nr. 42 om leger

²³ Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 169

²⁴ Rt. 1993 s. 1169

internasjonale traktater og konvensjoner, som for eksempel FNs menneskerettighetserklæring.²⁵

En følge av forestillingen om et ukrenkelig menneskeverd, er at vi anser mennesket som kompetent til å ta egne beslutninger. Personlig autonomi sier derfor noe om menneskers rett til å ta beslutninger som angår dem selv.

Likevel sto paternalismen tidligere sterkt i helsevesenet, ikke bare i Norge, men også i andre land. Paternalismens rolle kom tydelig frem av legeloven av 1927²⁶, der legene hadde vide fullmakter til å fatte de beslutninger de selv mente var riktige.²⁷ Det var legen som besluttet hvilken behandling som skulle gis, og til hvem. Man utviklet likevel med tiden en viss forståelse for pasientenes behov, og sykehusloven av 1969 fastslo blant annet i § 6 at pasienter hadde rett på hjelp i såkalte ”øyeblikkelig hjelp”-tilfeller.²⁸

Den nye legeloven av 1980²⁹ inneholdt flere plikter for legene, hvilket også medførte flere rettigheter for pasientene. Blant annet ble retten til informasjon, retten til innsyn i journal, og retten til medvirkning under behandlingen lovfestet. Loven bar således preg av den øvrige utviklingen i samfunnet, med blant annet økt makt til forbrukerne. Imidlertid har det blitt uttalt at denne loven viste en uvilje mot å pålegge legene for tydelige plikter, og dermed også en uvilje mot å gi pasienter for tydelige rettigheter.³⁰ Noe alminnelig krav om selvbestemmelse eller informert samtykke ble for eksempel ikke lovfestet ved denne loven.

Legeloven av 1980 kom etter det viktige veiskillet som ble skapt da Høyesterett i 1977 la til grunn at pasienter skulle ha rett til innsyn i egen journal. Saken omhandlet en tannlege som ønsket innsyn i journalen sin. Da han fikk påvist hepatitt, hevdet han at opplysninger han hadde fått om sin helsetilstand på et tidligere tidspunkt, ikke kunne stemme. Innsyn i egen journal var avgjørende for tannlegen, siden han som følge av sykdommen hadde måttet avvikle sin tannlegepraksis. Det fantes ikke grunnlag i datidens lovgivning for å gi en pasient innsyn, men Høyesterett uttalte at det ” på grunn av journalens spesielle karakter og innhold vil [...] kunne være av avgjørende betydning for den enkeltes faktiske og rettslige stilling at han - hvis han ønsker det - får gjøre seg kjent med det som der er nedtegnet”. Høyesterett

²⁵ Se for eksempel NOU 2004:18 s. 51

²⁶ Lov om lægers rettigheter og plikter av 29. april 1927 nr. 1

²⁷ Heløe, Leif Arne (2012): Fra paternalisme til pasientrettigheter, s. 434

²⁸ Lov om sykehus m.v. av 19. juni 1969 nr. 57

²⁹ Lov om leger av 13. juni 1980 nr. 42

³⁰ Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 282

sluttet seg også til en fagkyndig sin uttalelse om at det i det moderne demokratiske samfunnet gikk ”klart i retning av at enhver person skal ha rett til å bli kjent med det som anføres om ham i offentlige dokumenter, registre, databanker m.v.”.³¹ Innsynsretten ble, som nevnt over, lovfestet i 1980.

Sykejournaldommen la altså grunnlaget for et endret syn på pasientens rolle og for behandlingen av pasientinformasjon. Dette kom til uttrykk i legeloven § 25, som sa at legen skulle gi pasienter de opplysninger de ”bør ha”, og at de skulle få medvirke i behandlingen ”så vidt mulig”. Dette viste en endring i forholdet mellom pasient og behandler, selv om vilkårene var noe skjønnspregede.

I 1981 holdt Asbjørn Kjønstad en innledning om pasientrettigheter på det 29. nordiske juristmøte. Med dette ble uttrykket ”pasientrettigheter” introdusert i norsk rett, og innledningen dannet grunnlag for en artikkel som senere fikk stor betydning for rettstilstanden.³² I årene som fulgte ble pasientrettigheter et sentralt begrep³³, og dette gjorde at man i mange juridiske arbeider forsøkte å se problemer fra pasientenes side.³⁴

Under revideringen av helselovgivningen i 1999 ble pasientrettighetene ytterligere utvidet, og samlet i én lov.

Man hadde altså i løpet av bare noen tiår gått fra paternalisme, der omtrent all makt lå hos legen og helsepersonellet, til å gi pasienter selvbestemmelse som hovedregel. Samtidig har fokuset på pasientenes selvbestemmelse blitt kritisert for at det også har innskrenket helsepersonellens og helsemyndighetenes myndighet³⁵. Det har blitt uttalt at man ved i for stor grad å rette søkelyset mot pasienters selvbestemmelse, lar det gå på bekostning av andre hensyn.³⁶

2.3 Særlig om øyeblikkelig hjelp som krevde overføring av blod og blodprodukter, i tiden før 2001

³¹ Rt. 1977 s. 1035

³² Kjønstad, Asbjørn (1982): Pasienters rettigheter – kontraktsrett eller forvaltningsrett?, s. 197

³³ Kjønstad, Asbjørn (1992): Pasientrettighetenes fremvekst, s. 193

³⁴ Halvorsen, Marit (1998): Rettslige grunnlag for medisinsk behandling, s. 3

³⁵ Kjønstad, Asbjørn (1992): Pasientrettighetenes fremvekst, s. 197

³⁶ Halvorsen, Marit (1998): Rettslige grunnlag for medisinsk behandling, s. 23

2.3.1 Hjelpeplikten etter straffeloven § 387 nr. 1

Før innføringen av ny helselovgivning i 2001, var det usikkert om helsepersonell kunne yte øyeblikkelig hjelp uten samtykke, og også om pasienter kunne nekte blodoverføring i øyeblikkelig hjelp-situasjoner. Riktignok fantes det bestemmelser i legeloven³⁷, tannlegeloven³⁸ og jordmorloven³⁹ om plikt til å yte øyeblikkelig hjelp, men det ble ikke sagt noe om samtykke i disse lovene.

Det ble argumentert for å bruke straffeloven § 387 nr. 1 som grunnlag for å yte øyeblikkelig hjelp uten samtykke. Der heter det at:

”Med Bøder eller med Fængsel indtil 3 Maaneder straffes den, som undlader, uagtet det var ham mulig uden særlig Fare eller Opofrelse for ham selv eller andre,

1. *efter Evne at hjælpe den, der er i øiensynlig og overhængende Livsfare”*

Bestemmelsen statuerer altså en alminnelig hjelpeplikt for alle borgere, når en person er ”i øiensynlig og overhængende Livsfare”, og det ikke vil medføre ”særlig Fare eller Opofrelse for ham selv eller andre” å hjelpe personen.

Spørsmålet er hvilken betydning forståelsen av straffelovens hjelpeplikt kunne ha for helsepersonell.

Bestemmelsen sier at man skal yte øyeblikkelig hjelp ”etter Evne”, hvilket etter ordlyden innebærer at kravet til hjelpen som gis avhenger av forutsetningene til personen som gir den. Man kan tolke vilkåret slik at en person med helsefaglig bakgrunn forventes å yte mer enn en person uten denne bakgrunnen. Det kan derfor tenkes at helsepersonell med kompetanse til å overføre blod og blodprodukter, er forventet å gjøre dette for å hjelpe, dersom det kan redde pasientens liv.

I to uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling i hhv. 1976 og 1987 ble det uttalt at strl. § 387 nr. 1 kunne brukes som grunnlag for blodoverføring i tilfeller der pasienten nektet dette. I Lovavdelingens uttalelse fra 1976 het det at utgangspunktet var at blod ikke kunne overføres uten pasientens samtykke. Imidlertid uttalte også lovavdelingen at ”Dersom blodoverføringen må anses tvingende nødvendig for å redde pasientens liv eller helse, må det [...] antas at den

³⁷ Legeloven av 1980 § 27

³⁸ Lov om tannleger av 13. juni 1980 nr. 43 § 27

³⁹ Lov om jordmødre av 26. april 1985 nr. 23 § 5

vil bli ansett som rettmessig etter straffeloven § 47.” Videre het det at ”Er pasienten i åpenbar livsfare, vil legen til og med kunne ha en uttrykkelig plikt til å gi den nødvendige blodoverføring utover pasientens samtykke eller mot pasientens vilje. Dette følger av straffeloven § 387.”⁴⁰ Lovavdelingen mente altså at selv om samtykke i utgangspunktet var grunnlaget for at blodoverføring kunne gis, kunne dette fravikes dersom det var nødvendig for å redde liv.

Denne forståelsen ble underbygget av lovavdelingen i 1987. Uttalelsen kom som en følge av at helsedirektoratet hadde mottatt et brev fra Jehovas vitner, som hevdet at strl. § 387 ikke innebar slike plikter for legen. Lovavdelingen mente man kunne innfortolke en plikt etter § 387 når ”Forutsetningen er at pasienten er i øyensynlig overhengende livsfare, og at blodoverføringen kan bidra til å redde pasienten.”⁴¹

Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp når man som helsepersonell hadde kompetanse til å redde liv, syntes altså å rekke videre enn den alminnelige hjelpeplikten. Dette taler for at helsepersonell kunne anvende straffeloven § 387 for å gi blodoverføring til pasienter, selv om de nektet slik behandling.

2.3.2 Nødrett etter straffeloven § 47

Forståelsen av at straffeloven § 387 ga direkte grunnlag for inngrep mot pasientens vilje har imidlertid blitt kritisert i juridisk teori. Flere forfattere har uttalt at hjelpeplikten etter § 387 kun kan inntreffe der det finnes grunnlag etter strl. § 47, med mindre det er gitt samtykke.⁴²

Straffeloven § 47 sier at:

”Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstædinghederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes”.

⁴⁰ Justisdepartementets lovavdeling jnr. 2476/76 E s.1-2

⁴¹ Justisdepartementets lovavdeling jnr. 1295/87 E pkt.2

⁴² Se blant annet Husabø, Erling Johannes (1994): Rett til sjølvvalt livsavslutning?, s. 364, Aasen, Henriette Rinding (2000): Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 483 og Halvorsen, Marit (1998): Rettslig grunnlag for medisinsk behandling, s. 192

Bestemmelsen fritar altså fra straff dersom man har utført en ”[h]andling [...] for at redde no gens Person [...] fra en paa andens Maade uafvendelig Fare”, hvilket etter ordlyden tilsier at man ikke skal straffes for å utføre en handling som bringer en person ut av en fare. Å redde et liv ved å gi blodoverføring til en person som ellers vil dø, må kunne regnes for å bringe en person ut av fare.

Et forbehold i paragrafen er at skaden som ”kunde forvoldes” ved redningsakten skal være mindre enn den faren personen er i. Objektivt sett må det kunne hevdes at å redde ett liv er en betraktelig mindre skade enn å la noen dø. Likevel vil man i tilfeller der en person nekter blodoverføring ikke kunne ignorere at noen faktisk kan anse det å motta blod som en så stor skade at døden er å foretrekke. Her vil personens integritet og selvbestemmelse måtte veies opp mot respekten for livet og den verdien samfunnet tillegger dette.

Adgangen til å gi blodoverføring uten samtykke etter § 47 synes noe smalere enn etter § 387. Likevel synes det å være grunnlag for at det etter begge bestemmelsene er mulig for helsepersonell å gi blodoverføring selv om pasienten måtte nekte dette.

2.3.3 Barn

I likhet med i helselovgivningen av 1999 var skillet mellom voksne og barn heller ikke tidligere like skarpt som i en del andre rettslige sammenhenger. I de fleste tilfeller antok man at en 16-åring ville kunne regnes som ”voksen”, og være i stand til å ta avgjørelser for sin egen helse, og man tillot også yngre pasienter enn dette å gi behandlingstillatelse selv.⁴³ Av legeloven § 25, tredje ledd, andre punktum, fulgte det at ”[s]å vidt mulig skal legen la pasienten selv medvirke ved behandlingen”.

Når det gjaldt tilfeller der foreldrene ville nekte å la barnet behandles, har Marit Halvorsen uttalt at foreldrenes rett til å nekte behandling ble mindre, jo mer alvorlig tilstanden var. I tillegg skulle barnets alder og modenhet tas med i betraktningen. For nødvendig blodoverføring i særdeleshet, kunne ikke foreldrene nekte dette, da de ikke kunne ha rett til å bestemme at barnet deres skulle dø dersom det kunne forhindres med rimelige midler.⁴⁴

I tiden før helselovgivningen av 1999 ble det etablert en ”praksis” i helsetjenesten og barneverntjenesten for situasjoner hvor foreldre nektet blodoverføring på vegne av sine

⁴³ Halvorsen, Marit (1998): Rettslige grunnlag for medisinsk behandling, s. 91

⁴⁴ Halvorsen, Marit (1998): Rettslige grunnlag for medisinsk behandling, s. 94

barn.⁴⁵ Dersom foreldre nektet dette, sørget helsepersonell for at foreldreansvaret ble overført til barnevernet, som kunne gi samtykke til denne typen behandling. Etter den nye barnevernloven⁴⁶ var det imidlertid ikke lenger krav til vedtak om fratakelse av foreldreansvar for å kunne behandle barn. Behandlingen ble nå utført med forankring i barnevernloven §§ 4-10 og 4-11, som gjaldt ”dersom foreldrene ikke sørger for” nødvendig undersøkelse og behandling av barnet.

Med helselovreformen i 2001 ble det gitt nye regler for barn og unges rett til selvbestemmelse etter alder og andre kriterier, herunder om foreldres myndighet til å samtykke på vegne av barn, se nedenfor 3.1.4 og 5.2.3.

⁴⁵ Syse, Aslak og Befring, Anne Kjersti (2003): Barn kan få blod uten foreldres samtykke, s. 2477

⁴⁶ Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100

3 Samtykke som rettslig grunnlag

3.1 Samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven

3.1.1 Et utslag av autonomiprinsippet og selvbestemmelsesretten

Pasient- og brukerrettighetsloven regulerer de grunnleggende rettigheter man har som pasient og bruker av helsetjenester. I tillegg finner man flere slike rettigheter i særlovgivningen.

Prinsippet om pasientens autonomi og selvbestemmelse kommer til uttrykk i loven ved at samtykke er det rettslige grunnlaget for all helsehjelp. Dette ble lovfestet ved ikrafttredelsen av pasient- og brukerrettighetsloven, som i § 4-1 sier at helsehjelp bare kan gis ved pasientens ”samtykke”.

3.1.2 Krav til samtykkets form

Det følger av pasbrl. § 4-2 at samtykket kan gis ”uttrykkelig” eller ”stilltiende”. Ordlyden av ”uttrykkelig” vitner om et uttalt samtykke, enten muntlig eller skriftlig, der det ikke er tvil om at pasienten faktisk ønsker undersøkelsen eller behandlingen. At lovgiver dessuten har tilføyet at ”stilltiende” samtykke er tilstrekkelig, innebærer etter ordlyden at samtykket ikke trenger å ha blitt eksplisitt uttalt, men at det er tilstrekkelig at man grunnet pasientens oppførsel og forholdene for øvrig, har grunn til å tro at pasienten ønsker undersøkelsen eller behandlingen.

Det heter i forarbeidene at bestemmelsen er ment å være en praktisk regel der konkludent atferd kan gi samtykke. Det nevnes også flere eksempler på når slik atferd kan tolkes som samtykke. For eksempel må man kunne anta at en pasient som oppsøker lege for å foreta en allergitest, samtykker til å få utført blodprøver, selv om han ikke sier dette uttrykkelig.⁴⁷ I helsekomiteens innstilling understrekes det at ”pasientens handlemåte [i noen tilfeller vil] være slik at en må forutsette at samtykke dermed er gitt”.⁴⁸

Dette synes å være en god regel, da det vil være unødvendig tidkrevende å innhente et formelt samtykke til ethvert tilfelle av helsehjelp. Normalt vil man kunne anta at en person som oppsøker helsepersonell med et problem, ønsker å få hjelp med dette problemet. Videre må

⁴⁷ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) s. 132

⁴⁸ Innst.O. nr.91 (1998-99) s. 35

man kunne legge til grunn at mennesker som regel ønsker å leve og være friske, og dermed også vil akseptere de undersøkelser og behandlinger som måtte kreves for å oppnå dette.⁴⁹

Man kan imidlertid tenke seg situasjoner der tiltakene helsepersonellet må iverksette er av en svært inngripende art, som stiller strengere krav til visshet om at pasienten faktisk ønsker denne typen undersøkelser eller behandlinger. Denne oppfatningen underbygges i forarbeidene, som sier at det ved undersøkelser som er ”svært smertefulle eller kan medføre risiko” er et krav om at ”helsepersonellet sikre[r] seg at samtykket omfatter slike situasjoner”.⁵⁰ Selv om det ikke er krav om at samtykket i slike alvorlige tilfeller er skriftlig, vil det kunne være viktig for ettertiden at helsepersonellet dokumenterer at samtykket er reelt.⁵¹ Noe skriftlighetskrav har vi imidlertid ikke i Norge, foruten kravet til skriftlighet i forbindelse med genetiske undersøkelser og genterapi, jf. Bioteknologiloven § 6-4.⁵²

3.1.3 Samtykkekompetanse

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd at pasienter ”over 18 år” har samtykkekompetanse med mindre ”annet følger av § 4-7 eller annen lovbestemmelse”. I tillegg har de ”mellom 16 og 18 år” samtykkekompetanse med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser eller ”tiltakets art”.

Har man nådd alminnelig myndighetsalder, anses man altså samtykkekompetent med unntak der ”annet følger av § 4-7 eller annen lovbestemmelse”. De nevnte bestemmelsene i § 4-7 innskrenker samtykkekompetansen til dem som er under verge, og vil ikke behandles ytterligere i denne fremstillingen.

At loven åpner for at de ”mellom 16 og 18 år” også har samtykkekompetanse på helserettens område, innebærer at man har satt en særlig myndighetsalder for saker som angår egen helse. Når lovgiver har valgt å sette en lavere myndighetsalder på det helserettslige området, tyder det på at man anser selvbestemmelsen over egen kropp og helse som svært viktig. Riktignok har lovgiver også tatt inn et forbehold om ”tiltakets art”, som indikerer at det finnes undersøkelser og/eller behandlinger der man ikke finner det forsvarlig at en person under alminnelige myndighetsalder tar beslutninger alene. Etter forarbeidene er typiske eksempler

⁴⁹ Halvorsen, Marit (2002): Pasienter som nekter behandling, s. 323

⁵⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 132

⁵¹ Molven, Olav (2012): Helse og jus, s. 187

⁵² Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi av 5. desember 2003

på beslutninger en person under alminnelig myndighetsalder ikke bør få ta selv, for eksempel ”deltakelse i forskningsprosjekter eller eksperimentell behandling”⁵³. Det virker fornuftig at helserelaterte beslutninger med potensielt svært alvorlige konsekvenser, er et område der man er forsiktig med å la de yngste bestemme på egen hånd.

Det følger videre av paragrafens andre ledd at pasienters samtykkekompetanse kan bortfalle helt eller delvis ved ”fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens, eller psykisk utviklingshemming, som gjør at pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”. Dersom en av de opplistede tilstandene foreligger må det være ”åpenbart” at pasienten ikke forstår hva samtykket innebærer.

Ordlyden tilsier at det ikke er tilstrekkelig at det er tvil om hvor vidt pasienten kan forstå hva samtykket omfatter. Det må være svært sannsynlig, om ikke utvilsomt, at han ikke kan forstå det. Av forarbeidene heter det at hvis ”helsepersonellet [er] i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt til å nekte å motta behandling.”⁵⁴ Forarbeidene går altså lenger enn den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, da det ikke skal være *tvil* om at pasienten ikke kan forstå hva samtykket innebærer, for at samtykkekompetansen skal falle bort.

Paragrafen inneholder dessuten et krav om årsakssammenheng, da pasientens ”åpenbart” manglende evne til å forstå hva samtykket går ut på, må foreligge ”på grunn av” en eller flere av tilstandene. Det er altså ikke tilstrekkelig at personen har én av disse tilstandene. Tilstanden må også være grunnen til at personen ikke kan forstå omfanget av samtykket. Om dette sier forarbeidene at ”mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, [ikke] er tilstrekkelig.” Av dette kan man slutte at det foreligger en høy terskel for å frata en person retten til selvbestemmelse.

Videre følger det av paragrafens tredje ledd at helsepersonellet ”ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn [skal] legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp”. Ordlyden tilsier at helsepersonellet skal strekke seg langt for at pasienten skal få presentert informasjonen slik at han forstår konsekvensene, og dermed også kan gi sitt samtykke. Dette underbygges av forarbeidene, der det heter at ”konkrete enkeltavgjørelser i undersøkelses-, behandlings-, pleie- og

⁵³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133

⁵⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133

omsorgsspørsmål for myndige pasienter med nedsatt samtykkekompetanse i så stor utstrekning som mulig [skal] tas av pasienten selv.”⁵⁵ Denne bestemmelsen henger, som presisert i forarbeidene, sammen med bestemmelsen i § 3-5 om informasjonens form.⁵⁶ Her heter det at ”[i]nformasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn. Informasjonen skal gis på en hensynsfull måte. [...] Personellet skal så langt som mulig sikre seg at mottakeren har forstått innholdet og betydningen av opplysningene”. Dette indikerer at man strekker seg langt for at pasienten skal være i stand til å gi samtykke på egen hånd.

Til sist sier paragrafens fjerde ledd at avgjørelser om at en pasient mangler samtykkekompetanse ”skal være begrunnet og skriftlig”. Bestemmelsen stiller altså strenge krav til når en pasient ikke skal ha lov til å medvirke i viktige beslutninger om eget liv og helse. I helsekomiteens innstilling heter det at ”Komiteen vil understreke betydningen av at avgjørelser som gjelder manglende samtykkekompetanse, skal være begrunnet og skriftlig.”⁵⁷ Dette tyder på at også helsekomiteen er svært opptatt av at fratakelse av selvbestemmelsesretten skal ha en omfattende begrunnelse.

Samlet sett ser vi at bestemmelsene om samtykke setter hensynet til autonomi og selvbestemmelse svært høyt. Lovgiver har vært villig til å senke myndighetsalderen til en egen ”helserettslig myndighetsalder”, og terskelen for å kunne frata en pasient samtykkekompetansen er høy.

At lovgiver har satt disse kravene, synes å være en god regel. Helsepersonell vil for eksempel ofte utføre handlinger mot en pasient som det under andre omstendigheter ville være ulovlig å utføre, som for eksempel skjæring i kroppen og vaginale undersøkelser, og man er da avhengig av at pasienten har godtatt at slike handlinger utføres. At terskelen for å begrense kravet om samtykke er høy, tyder på at den personlige autonomi har en svært sterk stilling i norsk rett og i samfunnet for øvrig.

3.1.4 Samtykke på vegne av barn

Det følger av pasbrl. § 4-4 første ledd at ”[f]oreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år.”

⁵⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133

⁵⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133

⁵⁷ Innst.O. nr. 91 (1998-99) s. 27

Som utgangspunkt er det altså foreldre som innehar samtykkekompetansen på vegne av barn, i kraft av foreldreansvaret. Likevel følger det av paragrafens fjerde ledd at "[e]tter hvert som barnet utvikles og modnes, skal barnets foreldre, andre med foreldreansvaret eller barnevernet [...] høre hva barnet har å si før samtykke gis. Når barnet er fylt 12 år, skal det få si sin mening i alle spørsmål som angår egen helse. Det skal legges økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet."

Den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsen taler for at et barn har rett til å si sin mening uansett alder, og at vekten som skal ilegges barnets mening øker i takt med barnets alder og modenhet. Ved fylte 12 år skal barnet få si sin mening, uavhengig av situasjonen.

Forarbeidene sier imidlertid ingenting om barnets rett til å si sin mening før fylte 12 år, og dette kan tyde på at intensjonen var at pasienter kun får si sin mening etter at de har nådd denne alderen. I forarbeidene uttales det at selv om bestemmelsen kan virke som den gir en slags "delt samtykkekompetanse" mellom barn og foreldre i aldersspennet 12 til 16 år, vil foreldrenes mening være avgjørende dersom det foreligger uenighet mellom foreldre og barn.

Bestemmelsene i § 4-4 viser at det legges stor vekt på autonomi og selvbestemmelsesrett fra lovgivers side. Riktignok kan man stille spørsmål ved om barn mellom tolv og seksten år har en reell samtykkekompetanse, men intensjonen er utvilsomt at pasienter i denne aldersgruppen også skal kunne medvirke. Det finnes ikke rettspraksis eller tilsynspraksis som sier noe om bestemmelsens bruk i praksis.

4 Helsepersonells hjelpeplikt

4.1 Det overordnede kravet om forsvarlighet

Helsepersonelloven omhandler virksomhet, plikter og rettigheter for helsepersonell og helsehjelpytende virksomheter. I loven finner man også bestemmelser som er ment å avhjelpe de etiske konfliktene helsepersonell kan utsettes for i tilfeller der samtykke vanskelig kan innhentes, og det står om liv og helse.

Det følger av helsepersonelloven § 4 første ledd at "[h]elsepersonell 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 situasjonen for øvrig".

Dette er en overordnet bestemmelse som gjelder all yrkesutøvelse hos helsepersonell. Begrepet "faglig forsvarlighet" vil etter naturlig språklig forståelse tilsi at man utfører arbeidet på en måte som er i tråd med de verdier som gjelder på fagfeltet. At arbeidet utøves med "faglig forsvarlighet" kan også innebære at det utøves i tråd med hva som er bestemt gjennom lov. Etter bestemmelsen tilpasses kravet også etter hva man kan forvente av den aktuelle personen i den konkrete situasjonen.

Av forarbeidene følger det at "all helsehjelp i utgangspunktet [skal] være begrunnet i hensynet til pasientens beste". Dette kan tjene som et utgangspunkt for hva som kan regnes som forsvarlig. Det heter også i forarbeidene at kravet til "faglig forsvarlighet" er en rettslig standard der det er "inntatt en differensiering ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner og situasjonen for øvrig". Videre sier forarbeidene at "[h]vordan helsepersonellet burde ha opptrådt i den konkrete situasjonen på bakgrunn av egne kvalifikasjoner står sentralt, ikke hvordan helsepersonellet burde opptrådt i en ideell situasjon.". Denne uttalelsen indikerer at vurderingen av om det er opptrådt "faglig forsvarlig" i stor grad er skjønnsmessig, der de konkrete forholdene skal ilegges vekt i vurderingen. Videre sier også forarbeidene at "[h]va den enkelte er kvalifisert til, er en objektiv vurdering, men forsvarlighetskravet tilsier at det enkelte personell vurderer om det har tilstrekkelige kvalifikasjoner til å foreta visse undersøkelser og behandlinger eller om pasienten bør viderehenvises, eventuelt at spesialistkompetanse innhentes." Igjen fremgår det at det dreier seg om en skjønnsmessig vurdering, og det virker som at helsepersonellet er gitt et bredt handlingsrom for sine

vurderinger.⁵⁸ Uttalelsene fra forarbeidene synes også å bli støttet opp om av teoretikere på fagfeltet. Befring og Ohnstad hevder at forsvarlighetskravet ”ikke [legger] til grunn ideell atferd, men bygger på hva som vanligvis kan forventes i den aktuelle situasjon ut fra gitte kvalifikasjoner”.⁵⁹ De kommenterer også at faren med forsvarlighetskravet som rettslig standard, er at man vil kunne oppleve tvil og usikkerhet om grensen mellom hva som skal regnes som forsvarlig og hva som skal regnes som uforsvarlig.⁶⁰

I 4.2 nedenfor presenteres plikten til å yte øyeblikkelig hjelp. Forsvarlighetskravet gjelder også ved øyeblikkelig hjelp, men den rettslige standarden gir med sin formulering rom for at typiske faktorer ved akutttilfeller, som knapp tid, begrenset utstyrstilgang og manglende kompetanse hos personellet, kan ha innvirkning på situasjonen.

4.2 Helsepersonells plikter i akutte tilfeller

4.2.1 Hjelpeplikten etter hlspl. § 7

Helsepersonelloven § 7 lyder:

”Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Med de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.

Ved tvil om helsehjelpen er påtrengende nødvendig, skal helsepersonell foreta nødvendige undersøkelser.

Plikten gjelder ikke i den grad annet kvalifisert helsepersonell påtar seg ansvaret for å gi helsehjelpen.”

Grunnvilkåret er at ”hjelpen er påtrengende nødvendig”. Ordlyden tilsier at det dreier seg om situasjoner der det er fare for liv eller alvorlig skade. Denne forståelsen underbygges av forarbeidene, som sier at det er rom for skjønn, men at vilkåret er ment å omfatte tilfeller med ”fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand”.⁶¹ I følge proposisjonen omfattes også situasjoner med ”et akutt behov for undersøkelse/behandling for å gjenopprette og/eller vedlikeholde vitale funksjoner”, ”for å forhindre og/eller begrense alvorlig

⁵⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 215-216

⁵⁹ Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2010): Helsepersonelloven med kommentarer, s. 59

⁶⁰ Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2010): Helsepersonelloven med kommentarer, s. 59

⁶¹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 219

funksjonsnedsettelse som følge av skade eller sykdom” og/eller ”for å gi adekvat smertebehandling ved smerter av kortvarig art”.⁶² At det er denne typen tilfeller som skal omfattes, følger også av Odelstingsinnstillingen.⁶³ Det virker altså som at ”øyeblikkelig hjelp”-tilfeller også omfatter svært sterke smerter, som hvis en kreftpasient har store smerter som krever lindring.⁶⁴

Videre er det ”helsepersonell” som omfattes av plikten til å gripe inn i øyeblikkelig hjelp-tilfeller etter hlspl. § 7. Lovens § 3 definerer uttrykket ”helsepersonell”, og legger dermed grunnlaget for hvordan uttrykket skal forstås. Det følger av § 3 første ledd at det med ”helsepersonell” menes ”personell med autorisasjon etter § 48 eller lisens etter § 49, personell i helse- og omsorgstjenesten eller i apotek som utfører handlinger som nevnt i tredje ledd, eller elever og studenter som i forbindelse med helsefaglig opplæring utfører handlinger som nevnt i tredje ledd”.

Handlingene i tredje ledd som det henvises til, er ”enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell”. Uttrykket ”helsepersonell” rammer med andre ord svært vidt.

Denne vidtrekkende forståelsen av hvem som regnes som ”helsepersonell” underbygges også i relasjon til § 7, der det i forarbeidene heter at det med ”helsepersonell” menes ”alt helsepersonell, slik at for eksempel ambulansarbeidere og andre med kvalifikasjoner til å gi øyeblikkelig hjelp vil pålegges denne plikten.”

Dette betyr at alle med autorisasjon, og andre som yter helsehjelp i helsetjenesten, skal gi øyeblikkelig hjelp når vilkårene i § 7 er oppfylt. Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp er altså ikke lenger begrenset til bare leger, tannleger og jordmødre, slik det var tidligere.

Med tillegget ”den helsehjelp de evner”, indikerer ordlyden at forventningene varierer ut fra hvilken form for helsepersonell det er tale om, og også ut fra personlige forutsetninger hos den enkelte. At vilkåret er ment å forstås slik, underbygges av forarbeidene, som sier at ”[h]va den enkelte plikter å gjøre, [vil] variere etter hva som kan forventes på bakgrunn av den enkeltes kvalifikasjoner”, og at ”[f]or noen grupper, for eksempel foterapeuter, vil ikke

⁶² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 52

⁶³ Innst.O. nr. 58 (1998-99) s. 9

⁶⁴ Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2010): Helsepersonelloven med kommentar, s. 93

plikten gå lenger enn det som følger av den alminnelige hjelpeplikten i straffeloven § 387”.⁶⁵ Når lovgiver, til tross for den alminnelige hjelpeplikten i straffeloven har valgt eksplisitt å pålegge helsepersonell en hjelpeplikt, tyder det på at plikten er ment å rekke videre enn den alminnelige hjelpeplikten. Dette synet støttes i teorien, der blant annet Befring hevder at det stilles visse krav til hjelpen som ytes, og at det dessuten indikeres en forventning om at hjelp også skal ytes utenfor helsepersonellens arbeidstid.⁶⁶

Av paragrafens første ledd, andre punktum følger det at hjelpeplikten også gjelder der ”pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen”. Helsepersonelloven § 7 statuerer altså en plikt til å yte hjelp i såkalte øyeblikkelig hjelp-tilfeller, selv når det ikke foreligger samtykke, og tjener dermed som et unntak fra hovedregelen om samtykke i pasbrl. § 4-1.

Begrunnelsen kan være at det ikke alltid er tid til å innhente samtykke. Samtykket vil i hvert fall ofte være umulig å gi på informert grunnlag. Pasienten kan i akutte situasjoner være ute av stand til å forstå hva undersøkelsene og behandlingene består i, og de mulige konsekvensene av dem.

Det følger imidlertid også av hlspl. § 7 første ledd, andre punktum at hjelpeplikten gjelder med de begrensningene som følger av pasbrl. § 4-9. Denne unntaksparagrafen vil behandles i kapittel 5 under.

4.2.2 Undersøkelsesplikten etter hlspl. § 7

Det heter i § 7 andre ledd at det ved tvil om hvor vidt hjelpen er ”påtrengende nødvendig”, skal foretas nødvendige undersøkelser. Plikten etter § 7 går således lenger enn bare å være en plikt til å hjelpe, den statuerer også en plikt til å undersøke om det er grunn til å hjelpe. Den vide undersøkelsesplikten ble blant annet fastslått i Sofienbergsaken. Her ble en mann forlatt av ambulanspersonell etter å ha blitt slått ned i en park. Ambulanspersonellet utførte begrensede undersøkelser av pasienten, og da han urinerte på vei til ambulansen, valgte de ikke å eskortere ham til legevakten. Statens helsetilsyn konkluderte med at denne

⁶⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 219

⁶⁶ Befring, Anne Kjersti (2001): Legers plikt til å hjelpe og pasienters rett til å nekte, s. 1409

beslutningen brøt med forsvarlighetskravet etter hlspl. § 7, og Statens helsepersonellnemnd stadfestet helsetilsynets vedtak.⁶⁷⁶⁸

At det er viktig å ha en regel som den i hlspl. § 7, kan man også slutte fra internasjonal rett, som for eksempel EMK art. 2. Her lovfestes retten til liv, og regelen i hlspl. § 7 ivaretar retten til å få hjelp når livet er truet, i samsvar med respekt for livet og menneskeverdet. En regel som dette kan riktignok i noen tilfeller gå på akkord med en pasients egentlige ønsker og behov, men det er ikke uten grunn at samfunnet setter respekten for livet høyt. Vi kan derfor anta at de aller fleste vil ha et ønske om å beholde livet, og få begrenset potensielle skader, selv om de ikke kan gi sitt eksplisitte samtykke til dette.

⁶⁷ Se beslutning om advarsel fra Statens helsetilsyn. Saksnr. 2008/132.

⁶⁸ Se beslutninger 08/103 og 08/104 hos Statens helsepersonellnemnd

5 Pasienters rett til å nekte å motta øyeblikkelig hjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9

5.1 Om bestemmelsen

Som nevnt i oppgavens punkt 4.2.1, begrenses rekkevidden til hlspl. § 7 av pasbrl. § 4-9. Denne paragrafen inneholder tre unntak fra helsepersonells hjelpeplikt og lyder:

”Pasienten har på grunn av alvorlig overbevisning rett til å nekte å motta blod eller blodprodukter eller til å nekte å avbryte en pågående sultestreik.

En døende pasient har rett til å motsette seg livsforlengende behandling. Er en døende pasient ute av stand til å formidle et behandlingsønske, skal helsepersonellet unnlate å gi helsehjelp dersom pasientens nærmeste pårørende tilkjennegir tilsvarende ønsker, og helsepersonellet etter en selvstendig vurdering finner at dette også er pasientens ønske og at ønsket åpenbart bør respekteres.

Helsepersonell må forsikre seg om at pasient som nevnt i første og annet ledd er over 18 år og ikke er fratatt rettslig handleevne på det personlige området, og at vedkommende er gitt tilfredsstillende informasjon og har forstått konsekvensene for egen helse ved behandlingsnektelsen.”

Bestemmelsen statuerer altså en ”rett” for pasienter. Ordlyden av ”rett” innebærer at pasienter har krav på å få sitt ønske oppfylt dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Formålet med bestemmelsen er å lage et unntak for tilfeller der selvbestemmelsen og autonomien står særlig sterkt, og dermed bør kunne sette hjelpeplikten til side.

For ”døende” innebærer unntaket at de ikke skal trenge å motta livsforlengende behandling når denne kun vil medføre begrensende fremtidsutsikter og unødvendig smerte.

Sultestreikende pasienter har på sin side selv, med viten og vilje, valgt å sette seg i den posisjon at helsehjelp er nødvendig for å overleve. Det vil ofte være politiske årsaker til sultestreik, der det å sette livet sitt i fare for å få oppmerksomhet rundt en sak, er hele formålet

med sultestreiken. Man kan i begge disse tilfellene se gode grunner til at selvbestemmelsen må stå sterkt, og disse unntakene vil ikke behandles ytterligere.

5.2 Om retten til å nekte å motta blod og blodprodukter

5.2.1 Vilkåret om at pasienten har en ”alvorlig overbevisning”

I § 4-9 er ”alvorlig overbevisning” et vilkår for at helsepersonell ikke skal kunne gi blod og blodprodukter til en pasient som nekter dette.

”[A]lvorlig overbevisning” vil etter naturlig språklig forståelse tilsi at en tilfeldig idé ikke er tilstrekkelig, men at man må ha et mer kvalifisert og absolutt syn, som gjerne har vart over en lengre periode.

Forarbeidene sier ingenting om hva tanken bak vilkåret om ”alvorlig overbevisning” er. Fremskrittspartiets komitémedlemmer mente riktignok i innstillingen til Odelstinget at det ville være svært vanskelig for helsepersonell å avgjøre om det forelå ”alvorlig overbevisning”, og ønsket derfor ikke at det skulle åpnes for å nekte behandling på et slikt grunnlag.⁶⁹ Deres syn ble ikke tatt med i den endelige utformingen av loven, og forarbeidene er altså til liten hjelp i tolkningen av vilkåret.

Imidlertid følger det av juridisk teori at ”alvorlig overbevisning” kan være politisk, moralsk eller religiøst motivert, men at det må stilles krav om en viss fasthet og varighet. I tillegg må overbevisningen fremstå som et uttrykk for en selvvalgt og rasjonell forestilling.⁷⁰ En alvorlig sinnslidelse faller altså utenfor begrepet, selv om forestillingen en pasient har som følge av sinnslidelsen, kan være fast og varig.

Spørsmålet er om det foreligger ”alvorlig overbevisning” dersom en mentalt frisk pasient objektivt sett ikke opptrer rasjonelt, men står fast ved sitt syn. Det oppstår nemlig en rettslig og etisk utfordring når pasienten nekter å motta blod på bakgrunn av religiøse overbevisninger. For helsepersonell vil blodoverføring kunne fremstå som en svært enkel løsning for å hindre alvorlige følger, og dermed virke som den eneste rasjonelle løsningen.

⁶⁹ Innst.O. nr. 91 (1998-99) s. 28

⁷⁰ Syse, Aslak (2009): Pasientrettighetsloven med kommentarer, s. 340

Det kan på bakgrunn av dette oppleves som vanskelig å avgjøre om en pasients religiøse forestillinger er ”rasjonelle”.⁷¹

Samtidig vil det undergrave bestemmelsen og dens formål dersom det oppstilles et krav om rasjonalitet. Mange vil hevde at religiøse overbevisninger ikke er forenelig med dette. Skal man stå fast ved ønsket om å respektere alvorlige overbevisninger av politisk, religiøs og moralsk art, vil det altså være vanskelig samtidig å stå ved et krav om at de skal være rasjonelle.

Vilkåret om ”alvorlig overbevisning” står imidlertid ikke alene, for i paragrafens tredje ledd er det i tillegg oppstilt et vilkår knyttet til informasjon, som behandles nedenfor.

5.2.2 Informasjon og dialog

Etter tredje ledd følger det et krav om at helsepersonell skal ”forsikre seg” om at pasienten har fått ”tilfredsstillende informasjon” og har ”forstått konsekvensene for egen helse”, for at han skal kunne nekte blodoverføring.

Vilkårene om at pasienten skal ha fått ”tilfredsstillende informasjon” og ha ”forstått konsekvensene for egen helse” er til dels avhengige av hverandre, men har ulikt innhold. Det første vilkåret er et objektivt vilkår, som handler om helsepersonellens informasjonsansvar, mens det andre er et subjektivt vilkår om pasientens forståelse av informasjonen. De kan likevel med fordel tolkes i lys av hverandre. Ordlyden tilsier at informasjonen skal være utfyllende og detaljert, og også være gitt på en slik måte at pasienten er i stand til å forstå hva de valg han måtte ta, faktisk vil innebære. Disse strenge kravene til informasjon og forståelse har sammenheng med at det å nekte blodoverføring kan få store konsekvenser. Forarbeidene sier ikke noe om hvilke krav som stilles for å oppfylle vilkåret.

At helsepersonellet skal ”forsikre seg” om at informasjonen er tilfredsstillende og at pasienten har forstått konsekvensene, oppstiller en *plikt* for helsepersonellet, både til å få kunnskap om at pasienten har fått tilfredsstillende informasjon, og til å undersøke hvordan informasjonen er oppfattet av pasienten. Helsepersonellet skal tilpasse informasjonen til pasienten og utelukke tvil om at pasienten har forstått hva nektelsen vil innebære. Det er ikke tilstrekkelig at

⁷¹ Bahus, Marianne og Førde, Reidun (2014): Når pasienter nekter blodoverføring, s. 850

helsepersonellet *tror* pasienten har forstått, det skal ikke være tvil om at dette er tilfellet. Forarbeidene sier imidlertid heller ingen ting om hvordan dette vilkåret skal forstås.

At pasienten skal ha ”forstått konsekvensene”, innebærer som nevnt at det er strenge krav til pasientens forståelse av den konkrete situasjonen for at det skal være anledning til å nekte å motta blod og blodprodukter. Spørsmålet er om helsepersonellet kan legge til grunn at en person som på forhånd har bestemt seg for å nekte å motta blod og blodprodukter, faktisk har ”forstått konsekvensene” av den konkrete situasjonen. Dette kan for eksempel være aktuelt i tilfeller der en pasient på forhånd har utarbeidet en skriftlig erklæring om at han ikke ønsker blod og blodprodukter.

Et typisk eksempel som allerede er nevnt, er at medlemmer av Jehovas vitner nekter å motta blod og blodprodukter på grunn av religiøs overbevisning. Når man plutselig befinner seg i en situasjon der man vil være avhengig av blodoverføring for å overleve, er det ikke gitt at de prinsipielle holdningene består, og det kan derfor være problematisk å sette lit til tidligere erklæringer fra pasienten. Slik bestemmelsen er utformet i dag, er det heller ikke rom for å legge tidligere erklæringer til grunn, da det må foretas en konkret vurdering i den gitte situasjonen.

I høringsnotat til pasientrettighetsloven var det i utgangspunktet foreslått en formulering om at dersom en pasient var ute av stand til å uttrykke behandlingsønsker, skulle man respektere at vedkommende i et livstestamente hadde erklært at han ikke ønsket livsforlengende behandling. Dette ble ikke tatt inn i den endelige loven, og dessuten gjaldt det kun for døende pasienter, og ikke for adgangen til å nekte blodoverføringer. Noen av uttalelsene fra forarbeidene er likevel relevante, da det blant annet ble uttalt at man ikke kan garantere at pasienten ikke har ombestemt seg siden livstestetamentet ble skrevet, og at det er en markant forskjell mellom yringer gitt i konkrete situasjoner, og yringer gitt i forkant av dem.⁷² Dette perspektivet kan antas også å ha betydning for hvordan lovbestemmelsen er utformet når det gjelder nekting av blodoverføring.

I Convention on human rights and biomedicine art.9 heter det at ”The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of the intervention, in a state to express his or her wishes shall be taken into account”. Imidlertid heter det i kommentarene til denne bestemmelsen at ”taking previously expressed wishes into

⁷² Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 89

account does not mean that they should necessarily be followed”.⁷³ Man anser altså tidligere uttalelser for relevante, men anerkjenner at det kan være problematisk å utelukkende basere en behandlingsbeslutning på disse. Dette taler ytterligere for at man bør utvise forsiktighet ved bruk av tidligere uttalelser når man skal unnlate å behandle potensielt alvorlige tilstander.

Fra et praktisk og realistisk perspektiv vil det imidlertid være vanskelig å ivareta en pasients ønske om ikke å motta blod og blodprodukter dersom man ikke samtidig skal kunne vektlegge skriftlige erklæringer. Det ligger i nødssituasjoners natur at det ofte vil være vanskelig å innhente pasientens mening, og i slike tilfeller vil skriftlige dokumenter være gode indikasjoner på pasientens mening om saken.

Samtidig kan nekting av blod og blodprodukter i ”øyeblikkelig hjelp”-tilfeller ha store konsekvenser, da liv og helse står på spill. Det vil derfor være særlig viktig med sikkerhet å kunne fastslå at vedkommende er villig til å ta den risikoen det vil kunne medføre ikke å motta blod og blodprodukter. Denne villigheten må gjelde i den konkrete situasjonen som foreligger, og ikke bare på et hypotetisk plan. At pasienten har en ”alvorlig overbevisning” uten at det samtidig kan påvises at personen har forstått konsekvensene av nektingen i den konkrete situasjonen, taler altså for at blodoverføring likevel skal gis. Dette synet underbygges også i juridisk teori, der blant annet Befring uttaler at dersom legen skulle være i tvil om hvor vidt pasienten faktisk er ”overbevist”, skal øyeblikkelig hjelp likevel gis.⁷⁴ Dette betyr at hjelpeplikten etter hlspl. § 7 kommer til anvendelse, fordi vilkårene i pasbrl. § 4-9 ikke er oppfylte.

5.2.3 Vilkåret om at pasienten må være ”over 18 år”

Lovens ordlyd er klar på at pasienten kan nekte blodoverføring grunnet ”alvorlig overbevisning”, dersom han har nådd alminnelig myndighetsalder på 18 år. Dette er altså en særregel, da den helserettslige myndighetsalderen er 16 år.

Heller ikke om dette vilkåret sier forarbeidene noe om bakgrunnen for at man har valgt en høyere aldersgrense enn ved andre helseanliggende. Man kan likevel tenke seg at det henger sammen med spørsmålets karakter, da det å nekte øyeblikkelig hjelp kan medføre tap av liv. Mens det virker rimelig at en 16-åring selv kan få ta relativt enkle beslutninger rundt

⁷³ The Explanatory Report to the Convention on human rights and biomedicine, s. 15, punkt 62

⁷⁴ Befring, Anne Kjersti (2001): Legers plikt til å hjelpe og pasienters rett til å nekte, s. 1409

undersøkelser og behandlinger, er § 4-9 en unntaksparagraf med potensial til å hindre helsepersonell i å redde liv. En slik rett kan få store konsekvenser når den blir benyttet av pasienter som grunnet sin alder er ute av stand til å forstå konsekvensene. Denne begrunnelsen vil også samsvare med bakgrunnen for pasbrl. § 4-3, der pasientens rett til å samtykke når han er under 18 år, påvirkes av ”tiltakets art”.⁷⁵

Et spørsmål som ble reist før helselovreformen, var om foreldre kunne treffe beslutninger om ikke å motta blod og blodprodukter på vegne av barnet, når pasienten var under 18 år. Pasbrl. § 4-9 statuerer et *unntak* fra hjelpeplikten etter hlspl. § 7. Er ikke vilkårene oppfylt, er det hjelpeplikten som blir gjeldende. En pasient under 18 år, oppfyller ikke vilkåret om å være ”over 18 år”, og helsepersonell kan dermed yte helsehjelp uten samtykke fra barn eller foreldre. Den tidligere praksisen med å overføre foreldre retten til barnevernet, kan altså ikke videreføres med den nye lovgivningen.⁷⁶ Det er således heller ikke grunnlag for å frata foreldre som nekter blodoverføring foreldre retten.⁷⁷

5.2.4 Vilkåret om at pasienten ”ikke er fratatt rettslig handleevne”

Naturlig språklig forståelse av vilkåret ”ikke er fratatt rettslig handleevne” tilsier at personen ikke skal være under verge, og at han skal ha selvstendig samtykkekompetanse. Paragrafen viser også til vergemålsloven, som indikerer ytterligere at det er eventuelt vergemål som ønskes omfattet her.

Forarbeidene sier ingenting ytterligere om dette vilkåret.

Et forbehold som dette er likevel fornuftig av samme grunner som myndighetsalderen på 18 år. En person som er under verge, og dermed er fratatt sin rettslige handleevne, må antas å være i en situasjon som hindrer vedkommende i å forstå konsekvensene av en eventuell behandlingsnekt.

⁷⁵ Se denne oppgavens pkt. 3.1.3

⁷⁶ Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2002): Jus for leger, s. 151

⁷⁷ Syse, Aslak og Befring, Anne Kjersti (2003): Barn kan få blod uten foreldres samtykke, s. 2477

6 Hva skjer når pasienters rett til å nekte behandling ikke ivaretas

6.1 Klageadgangen etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 at en pasient som mener bestemmelser i blant annet kapittel 4 er blitt ”brutt”, kan ”klage til Fylkesmannen”.

Ordlyden av ”brutt” tilsier at den rettigheten eller plikten som følger av bestemmelsen ikke har blitt innfridd. I vår bestemmelse i § 4-9, har en pasient ”rett” til å nekte å motta blod og blodprodukter på grunnlag av ”alvorlig overbevisning”. I tilfeller der det blir gitt blodoverføring selv om pasienten har nektet dette, bør man kunne anta at § 7-2 kan anvendes, og at pasienten kan klage.

Som et alternativ til klageadgangen i § 7-2, finnes det også en bestemmelse i pasbrl. § 7-4. Her heter det at ”[p]asienten [...] kan be tilsynsmyndigheten om en vurdering dersom vedkommende mener bestemmelser om plikter fastsatt i eller i medhold av helsepersonelloven [...] er brutt til ulempe for seg”. Dette er altså ikke tale om en direkte klage, men om en anmodning om undersøkelse av forholdene.

Ordlyden til ”i medhold av” tilsier at plikten ikke trenger å være uttrykkelig uttalt i en bestemmelse, men at den i det minste indirekte må følge av andre bestemmelser. For vår del sier ikke pasbrl. § 4-9 eksplisitt at helsepersonell har plikt til ikke å gi blod og blodprodukter dersom pasienten har en alvorlig overbevisning. Likevel sier den at pasienten har ”rett” til å nekte å motta dette. Det må da være trygt å anta at det er helsepersonellet som er adressat for denne retten, og at de ved ikke å innfri retten, har brutt en plikt. Altså er § 7-4 også anvendelig for pasienter som har mottatt blodoverføring, selv om de med grunnlag i ”alvorlig overbevisning” har nektet dette.

At vedkommende må mene plikten er brutt ”til ulempe for seg”, innebærer basert på naturlig språklig forståelse at plikten har gitt en negativ konsekvens for pasienten, som ikke ville inntruffet dersom helsepersonellet hadde innfridd plikten sin. Det virker ikke som det må være noen objektiv ulempe eller negativ konsekvens, men at det er pasientens misnøye som er

avgjørende. Denne forståelsen underbygges også av uttalelser i forarbeidene, der det heter at dersom pasienten ”mener helsepersonell har utført sine tjenester på en lite tilfredsstillende måte”, kan han henvende seg til fylkeslegen. Som eksempel på grunnlag sier også forarbeidene at ”pasienten har blitt behandlet slik at medvirkningsmulighetene for pasienten har blitt lite reell eller at informasjonsutvekslingen mellom pasient og behandlende helsepersonell har blitt dårlig”, eller ”at pasienten gjentatte ganger må be om innsyn i sin journal.”⁷⁸ Terskelen for å anmode en vurdering etter § 7-4 er altså lav, og det er bare misnøyen med hvordan man som pasient har blitt behandlet, som sier noe om hvor vidt man kan komme med en slik anmodning.

Dersom undersøkelsene som er blitt anmodet etter § 7-4 viser at en bestemmelse er brutt, kan ”[t]ilsynsmyndigheten [...] eventuelt ilegge en administrativ reaksjon etter helsepersonelloven kapittel 11, begjære påtale etter helsepersonelloven § 67 og gi pålegg til virksomhet etter helstilsynsloven § 5 og spesialisthelsetjenesteloven § 7-1”, jf. pasbrl. § 7-4 andre ledd.

Regler for saksbehandlingen når det er fremsatt en anmodning om vurdering av mulig pliktbrudd, fremgår av pasbr. § 7-4a. Etter retningslinjene for vurderingen i paragrafens første ledd, følger det av andre ledd at dersom ”Fylkesmannen mener at det bør ilegges en reaksjon som nevnt i § 7-4 andre ledd, skal saken oversendes Statens helsetilsyn”.

Forskjellene mellom §§ 7-2 og 7-4 er altså at § 7-2 handler om pliktbrudd, mens 7-4 er anvendelig også der pasienten ”bare” er misfornøyd med behandlingen. Begge synes å kunne anvendes dersom man er blitt gitt blod mot sin vilje.

Normalt vil vurderinger av om helsepersonell har brutt med sine plikter, vurderes sammen med eventuelle brudd på forsvarlighetskravet etter helsepersonelloven § 4, siden dette er et overordnet krav for all utøvelse av helsepersonells yrker. Eventuelle reaksjoner ilegges etter helsepersonelloven kapittel 11, som nevnt nedenfor.

6.2 Ansvarsfordelingen etter Helsetilsynsloven

Reglene i pasbrl. § 7-4 jf. § 7-4a, henviser til den generelle ansvarsfordelingen hos tilsynsmyndighetene. Det følger av helsetilsynsloven § 2 at ”Fylkesmannen skal informere Statens helsetilsyn om forhold som tilsier advarsel eller tilbakekall, frivillig avkall, eller

⁷⁸ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 139

suspensjon av autorisasjon, lisens, spesialistgodkjenning eller rekvireringsrett eller begrensning av autorisasjon etter helsepersonelloven kapittel 11.”

Fylkesmannen kan altså ikke ilegge advarsler eller komme med andre reaksjoner. Dette vil være opp til Statens helsetilsyn. Også klager til Fylkesmannen etter pasbrl. § 7-2 vil måtte oversendes Statens helsetilsyn dersom fylkesmannen mener forholdene tilsier reaksjoner opplistet i helsetilsynsloven § 2.

6.3 Reaksjoner i henhold til helsepersonelloven kapittel 11

I helsepersonellovens kapittel 11 finnes en rekke reaksjoner som kan ilegges når det foreligger brudd på helsepersonells plikter. Etter lovens § 56 kan det ilegges ”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 helse- og omsorgstjenesten, til å påføre pasienter eller brukere en betydelig belastning eller til i vesentlig grad å svekke tilliten til helsepersonell eller helse- og omsorgstjenesten.” En advarsel kan også gis til ”helsepersonell som har utvist en atferd som er egnet til i vesentlig grad å svekke tilliten til vedkommende yrkesgruppe”.

I de videre paragrafene i kapitlet, følger regler om når reaksjonen kan være suspensjon eller tilbakekall av autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning, begrensning av autorisasjon, pålegg om sakkyndig undersøkelse, pålegg om innlevering av pasientjournalarkiv, tap av retten til å rekvirere bestemte legemidler, suspensjon av rekvireringsrett, og også regler om straff.

6.4 Forvaltningspraksis

6.4.1 Manglende domstolspraksis

På helserettens område er rettspraksisen beskjedent, og spørsmål om mulige brudd på retten til å nekte å motta blod og blodprodukter i medhold av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 har ikke vært oppe for domstolene.

6.4.2 Statens helsetilsyn

Som nevnt tidligere, skal Fylkesmannen oversende saken til Statens helsetilsyn dersom han mener det bør ilegges reaksjon, jf. helsetilsynsloven § 2. Tilsynet har i slike tilfeller blant annet myndighet til å gi pålegg om retting av forholdene, eller frata helsepersonell deres autorisasjon, jf. hlspl. kapittel 11.

Statens helsetilsyn har behandlet én sak som omhandlet brudd på forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4, jf. retten til å nekte å motta blod og blodprodukter etter pasbrl. § 4-9. Saken kom opp for tilsynet i 2013.

Tilsynssaken var oversendt fra Fylkesmannen i Aust-Agder etter en klage fra pasient- og brukerombudet i Aust-Agder på vegne av en pasient. Saksgangen var dermed i tråd med de tidligere nevnte regler om klage⁷⁹, og sendt til Statens helsetilsyn fordi Fylkesmannen i Aust-Agder mente dette var en sak som kunne kreve reaksjoner som det tilligger helsetilsynets myndighet å gi.

Faktum i saken var at en kvinne tilhørende Jehovas vitner skulle føde for fjerde gang. Vedlagt hennes pasientjournal lå et brev hvorav det fremgikk at hun tilhørte Jehovas vitner, og heller ville fjerne livmoren enn å få blodtransfusjon. Hun godtok ikke lagring av eget blod, men tillot bruk av plasmasubstitutter som ikke inneholdt blod. Helsetilsynet la til grunn at overlegen ved fødeavdelingen kvinnen var innlagt på var kjent med denne informasjonen, både fordi den kom opp som ”kritisk informasjon” dersom man åpnet hennes journal, og også fordi legen hadde skrevet ned denne informasjonen i sine notater ved en tidligere graviditet kvinnen hadde gjennomgått.

Overlegen var til stede under fødselen, og da pasienten kun hadde en sparsom blødning, ble hun overlatt til jordmor. Siden jordmor visste at kvinnen ikke ønsket blodtransfusjon, ønsket hun en rask forløsning av morkaken. Etter dette fikk imidlertid pasienten en kraftig blødning, og overlegen ble igjen tilkalt. Det ble gjort flere forsøk på å stoppe blødningen, og pasienten gjentok under disse forsøkene at hun ikke ønsket blodtransfusjon.

Pasienten ble så flyttet til operasjonsstuen, der hun igjen gjentok for alle tilstedeværende at hun ikke ønsket blodtransfusjon, men heller ville få fjernet livmoren. Overlegen valgte på tross av dette å rekvirere fire poser blod til operasjonsstuen.

⁷⁹ Se 6.1-6.2 i denne oppgaven.

Da pasienten under operasjon fortsatte å blø, ønsket overlegen å gi blod, men anestesilegen hindret ham i dette.

Senere ble det likevel, i samråd med anestesilegen, gitt transfusjon til pasienten, fordi man anså at det var fare for pasientens liv. Pasientens blødning avtok da.

Underveis i prosessen hadde pasientens ektemann blitt holdt løpende orientert. Han uttrykte at han ønsket overflytting av pasienten til et annet sykehus, der hun kunne få spesifikke koagulasjonsfaktorer. Overlegen mente det ikke ville være forsvarlig å overføre henne på dette tidspunktet, men at hun kunne overføres når hennes tilstand ble mer stabil.

Som en følge av hendelsen fikk pasienten posttraumatisk stressyndrom.

Det fremgår av helsetilsynets saksdokumenter at sykehuset på tidspunktet hendelsen fant sted, ikke hadde styrende dokumenter for hvordan situasjoner skulle håndteres når pasienter nektet blodoverføring. Imidlertid kom slike dokumenter på plass i ettertid, og var antatt å være en kodifisering av allerede etablert praksis ved sykehuset.

Det rettslige grunnlaget for vurderingen Statens helsetilsyn gjorde, var forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4. Hva som er forsvarlig etter denne paragrafen, måtte være gjenstand for en konkret vurdering av det aktuelle tilfellet, slik det også er nevnt tidligere i vår fremstilling.⁸⁰ For øvrig viste Statens helsetilsyn også til helsepersonelloven § 7 og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9.

Siden det fantes alternative behandlingsmetoder overlegen kunne benyttet seg av før han ga blodoverføring til kvinnen, men som han likevel hadde valgt ikke å benytte, uttalte helsetilsynet i sin vurdering til overlegen at ”din handlemåte i saken [var] uforsvarlig. Du hadde flere alternativer du kunne valgt å iverksette før du ga pasienten blod. Vi har således funnet at du har brutt forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4”.

Ved vurderingen av om overlegen skulle gis advarsel etter helsepersonelloven § 56, måtte de vurdere om han hadde handlet uaktsomt og om han kunne bebreides. De fastslo at han hadde handlet uaktsomt, og at siden avgjørelsen om å gi transfusjon var gjennomtenkt og vurdert, var den også forsettlig. Videre mente de at han hadde påført pasienten en ”betydelig belastning” ved å ha overført blod.

⁸⁰ Se 4.1

Hovedvilkårene for å gi advarsel var dermed oppfylt, og det var opp til Statens helsetilsyn å gjøre en skjønnsmessig vurdering av om slik advarsel skulle gis.

I slutten av saksdokumentet heter det som følger:

”Statens helsetilsyn finner likevel ikke at du skal gis en advarsel. Ved vurderingen har vi blant annet lagt vekt på at avdelingen ikke hadde utarbeidet skriftlige retningslinjer/rutiner og/eller hadde en omforent praksis for håndtering av denne pasientgruppen i forkant og under fødsel. Du kom av den grunn i en vanskelig klinisk situasjon som du måtte løse der og da, selv om du til en viss grad kunne bidratt til å planlegge fødselen bedre”

Konklusjonen til Statens helsetilsyn ble derfor:

”Statens helsetilsyn finner at du har brutt helsepersonelloven § 4.

Tilsynssaken avsluttes uten reaksjon. Statens helsetilsyns avgjørelse er endelig og kan ikke påklages”.⁸¹

6.4.3 Fylkesmannen

Etter kontakt med de fleste fylkesmennene i Norge⁸², er det kun Aust-Agder som oppgir å ha behandlet problemstillinger relatert til mulige brudd på bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9 om rett til å nekte å motta blod og blodprodukter.⁸³ Dette er den samme saken som omtalt i denne oppgavens punkt 6.4.2.

I kontakt med to av fylkesmennene, fikk jeg imidlertid noen uformelle tilleggs kommentarer. Ved en av fylkesmennene opplyste rådgiveren at de av og til får henvendelser fra sykehusene angående denne tematikken. Sykehusene ønsker da å drøfte problemstillingen om blodoverføring på et generelt plan, fordi det har dukket opp konkrete saker som gjør problemstillingen aktuell. Likevel hadde de ikke ved denne Fylkesmannen opplevd at det faktisk hadde kommet inn en klage i ettertid. Rådgiveren antar i denne sammenheng at dette skyldes at sakene løses på sykehusnivå.

⁸¹ Statens helsetilsyn, sak 2012/729

⁸² 14 av 18 fylkesmenn har besvart mine henvendelser.

⁸³ Det varierer hvor mange år tilbake de forskjellige fylkesmennene har sine digitale registre, men felles for dem alle er at det gjelder for minst de siste fem årene.

I kontakt med Fylkesmannen i et annet fylke, fikk jeg opplyst at de visste at det hadde vært slike problemstillinger ved deres sykehus, uten at det noen gang hadde kommet inn noen klager som følge av dette.

Det er vanskelig å trekke noen konklusjon på bakgrunn av denne uformelle informasjonen, og det vil uansett ikke være akademisk forsvarlig å gjette seg frem til hva dette betyr.

Siden det å ta kontakt med alle sykehus for å undersøke hvor ofte de møter på denne problemstillingen vil bli svært omfattende, vil jeg begrense meg til å presentere to mulige årsaker til at fylkesmennene ikke mottar klager på blodoverføring. På den ene siden kan det bety at helsepersonell respekterer den retten pasienten har etter hlspl. § 4-9, og dermed ikke gir pasienten blod og blodprodukter mot vedkommendes vilje. Da vil det naturlig nok heller ikke komme noen klager. På den annen side er det også en mulighet for at pasienter mottar blod og blodprodukter mot sin vilje, men i etterkant av ulike årsaker velger ikke å klage. Dersom dette er tilfelle, er det svært vanskelig å avgjøre hvor utbredt problemet egentlig er.

7 Diskusjon

7.1 Følger av lovreguleringen

Som nevnt var det i tiden før innføringen av den nye helselovgivningen i 2001 uklart både om helsepersonell hadde en hjelpeplikt, og om Jehovas vitner kunne nekte å motta blod og blodprodukter. Noe av denne usikkerheten har vi så langt sett at er fjernet med den nye lovgivningen, men spørsmålet er hvilke rettslige spørsmål lovreguleringene foranlediger.

7.2 ”Alvorlig overbevisning” om andre ting enn blod, blodprodukter og sultestreik

Det synes klart at unntaket fra hjelpeplikten for blodoverføring er et unntak lovgiver har gitt for å ivareta behovet til medlemmer av Jehovas vitner. Medlemmer av denne trosretningen har strenge krav om ikke å motta blod- og blodprodukter, basert på sin tolkning av flere sitater i bibelen.⁸⁴

At lovgiver har valgt å ivareta denne pasientgruppen, synes fra et autonomi- og selvbestemmelsesperspektiv som en riktig regel. Vi har religionsfrihet i Norge, og dette bør åpne for at folk kan praktisere sin religion, i hvert fall så lenge det ikke går utover andre enn en selv.⁸⁵ Det finnes dessuten til dels gode rutiner for hvordan helsepersonell kan varsles om deres ønsker. Det er for eksempel utbredt å lage et testamente som sier konkret at de ikke ønsker blod og blodprodukter, og som også sier noe om holdningene de har til å motta eget blod, eller motta plasmasubstitutter som ikke er laget av blod.⁸⁶ I saken som kom til Statens helsetilsyn, kom det opp informasjon om pasientens ønske angående blod og blodprodukter under ”kritisk informasjon” når man åpnet hennes elektroniske journal. Det kan derfor argumenteres for at det sjelden vil forekomme uklarheter rundt deres faktiske ønsker, og at det derfor ikke er noe uforsvarlig ved å ivareta disse ønskene.

⁸⁴ <http://www.jw.org/no/jehovas-vitner/faq/jehovas-vitner-hvorfor-ikke-blodoverforing/>

⁸⁵ Grunnloven § 2

⁸⁶ Se for eksempel Nordlandssykehuset eksempel på fullmaktsskjema i helsespørsmål: http://www.nordlandssykehuset.no/getfile.php/NLSH_bilde%20og%20filarkiv/Pulsen/Kunnskapsbygging/Tekstfiler/Jehovas%20vitner.pdf

Et spørsmål er om man som pasient burde ha mulighet til å motsette seg andre typer behandlinger, som for eksempel kirurgiske inngrep som innebærer at det skjæres i kroppen. Grunnet dagens formulering er det ikke gitt rom for å nekte andre former for behandling med bakgrunn i ”alvorlig overbevisning”. Den potensielle problematikken dette innebærer, nevnes også kort av Henriette Sinding Aasen.⁸⁷

Ved å møte behovet Jehovas vitner har for å kunne nekte blodoverføring, har lovgiver samtidig forfordelt pasienter som kan ha andre overbevisninger. Dette kan være betenkelig i et likestillings- og diskrimineringsperspektiv.

7.3 Unge voksne

Den helserettslige myndighetsalderen er 16 år, med noen få unntak, hvorav retten til å nekte øyeblikkelig hjelp etter § 4-9 er ett av disse unntakene. Her er aldersgrensen 18 år, men spørsmålet er om oppfyllelsen av alderskriteriet egentlig er nødvendig for å ivareta bestemmelsens formål.

Det er en kjent sak at mange mennesker, kanskje spesielt i ungdomstiden, vil søke fellesskap. Slik vi kjenner mindre trossamfunn som for eksempel Jehovas vitner, står fellesskapsfølelsen svært sterkt. Dessverre kjenner vi tilfeller fra mediene der medlemmer som handler i strid med religionens grunnlinjer, kan oppleve å bli utstøtt fra fellesskapet.⁸⁸

Denne muligheten er viktig å huske på når man snakker om retten til å nekte å motta blod og blodprodukter etter § 4-9. Det kan i slike situasjoner bli vanskelig for helsepersonellet å avgjøre om nektelser fra unge trosmedlemmer som er under sterk påvirkning av voksne trosledere, familie, miljø eller lignende, er en faktisk ”alvorlig overbevisning”, eller heller går i retning av å være et utslag av frykt eller lydighet.⁸⁹ Denne problematikken adresseres også av Sinding Aasen, som sier at en ung og umoden person kan være påvirket av sitt miljø og av sosiale normer, selv om personen per definisjon er myndig. Hun mener at selv om personen har nådd myndighetsalder, må momenter som alder og modenhet tas med i vurderingen av om det virkelig foreligger en ”alvorlig overbevisning”.⁹⁰

⁸⁷ Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 510

⁸⁸ Se for eksempel om utstøtelse grunnet sex før ekteskapet http://www.rb.no/lokale_nyheter/article7044614.ece

⁸⁹ Bahun, Marianne og Førde, Reidun: Når pasienter nekter blodoverføring, s. 850

⁹⁰ Aasen, Henriette Sinding (2000): Rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, s. 511-512

Som tidligere nevnt, finnes det en ”sikkerhetsventil” i paragrafen, i form av at pasienten må ha fått tilfredsstillende informasjon, og dessuten må forstå konsekvensene av nektingen. Er ikke dette vilkåret oppfylt, kan pasienten i utgangspunktet ikke nekte blodoverføring, uansett alder. Det vil være naturlig å anta at en pasient som er å regne for et barn, uansett ikke vil oppfylle disse vilkårene, og at det ikke er sikkert en ung voksen vil oppfylle disse hvis han virker å være under streng påvirkning av andre. Det kan derfor argumenteres for at aldersbegrensningen egentlig er overflødig.

7.4 Konsekvens mellom lov og praksis?

I tilfeller som det som ble behandlet i Statens helsetilsyn, fremstår det som klart at pasienten motsatte seg behandlingen, både gjennom et brev vedlagt pasientjournalen, og også gjennom stadige påminnelser gjennom den forutgående behandlingen. Likevel ser vi at tilsynet velger ikke å gi den ansvarlige legen noen reaksjon. Man velger altså å sette lovgivers mening til side, og anerkjenner og berømmer en leges formålsrasjonelle beslutning – nettopp det at han velger å prioritere pasientens liv.

Én ting er naturligvis at det gjør det vanskelig for helsepersonell å vite hvordan de skal handle. Skal de følge lovens ordlyd, eller er det ”bedre ansett” og ”edelt” å følge sin yrkesetiske overbevisning? Denne problematikken vil være særlig aktuell dersom praksis i eventuelle fremtidige saker går ytterligere i retning av at brudd på § 4-9 ikke gir konsekvenser for videre yrkesutøvelse.

Samtidig har vi også det problemet at personer med en alvorlig overbevisning får en falsk trygghet om at de kan forutse sin egen rettsstilling. Selv om lovgivers intensjon er god når man forsøker å ivareta behovene til minoriteter i samfunnet, er det uheldig hvis lovbestemmelsen ikke følges. Dette har negative konsekvenser for rettssikkerheten.

Når lovgiver så aktivt har gått til det skritt å gi pasienter retten til å nekte blodoverføring, bør dette også ivaretas godt i praksis.

7.5 Kan pasienter ”diktere” behandlingsregimet?

Det har vært hevdet at retten til å nekte å motta blod og blodprodukter åpner for at pasienten får mulighet til å instruere måten legen skal utføre yrkesgjerningen sin på.⁹¹ Ved å samtykke til en operasjon på vilkår om ikke å ville motta blod, plasserer pasienten legen i en etisk utfordrende situasjon. Operasjonen kan komme til å være langt mer risikabel enn den ville vært dersom blodoverføring kunne gis. Skulle behandlingen gå dårlig, kan legen selv ha satt pasienten i den situasjonen som gjør at han senere må la pasienten dø. Om dette sier forarbeidene at ”kan helsepersonellet ikke godta å behandle pasienten på disse vilkår, kan pasienten henvises til annet helsepersonell”.⁹² Selv om det ikke er uttrykt ved lov, virker det altså etter forarbeidene som at legen ikke er pliktig til selv å behandle pasienter som nekter blodoverføring, dersom legen mener en slik behandling vil være uforsvarlig uten anledningen til å gi blod. Spørsmålet blir derfor hva som skjer dersom det ikke finnes noen andre å henvise pasienten til. Dette er en situasjon som kan oppstå i øyeblikkelig hjelp-situasjoner med begrenset tid tilgjengelig.

Det har i Tidsskriftet for den norske legeforening vært en større diskusjon om lovbestemmelsen i § 4-9 egentlig gir pasienter mulighet til å diktere behandlingsregimet. Marit Halvorsen mener det bør reises spørsmål om man bør forstå regelen slik at man ved å nekte blodoverføring, også gir avkall på behandlingstyper som vil kreve blodoverføring for å være legeetisk forsvarlige.⁹³

Bahus og Førde har sluttet seg til dette synet, og dessuten tilføyd at pasbrl. § 3-1 første ledd om rett til medvirkning, kun gir pasienten anledning til å medvirke ved valget mellom forskjellige forsvarlige metoder. Dersom en behandlingsmetode blir uforsvarlig uten mulighet for blodoverføring, kan pasienten ikke lenger medvirke til å velge denne metoden. De mener også at det ville stride mot forsvarlighetskravet i hlspl. § 4 dersom man tillot en slik valgfrihet for pasienten.⁹⁴

Til denne kronikken fikk Bahus og Førde flere tilbakemeldinger. Rolf Furuli svarer til dette at Bahus' og Førdes tolkning vil være i stand til å svekke pasientrettighetene. Han henviser til at blodløs behandling er standard prosedyre i mange andre land, og at pasienter derfor ikke bør risikere å miste sin rett til behandling, bare fordi den ikke er standard prosedyre i Norge.⁹⁵

⁹¹ Halvorsen, Marit (2002): Pasienter som nekter behandling, s. 324

⁹² Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 135

⁹³ Halvorsen, Marit (2002): Pasienter som nekter behandling, s. 324

⁹⁴ Bahus, Marianne og Førde, Reidun (2014): Når pasienten nekter blodoverføring, s. 50

⁹⁵ Furuli, Rolf. J. (2014): Re: Når pasienten nekter blodoverføring, s. 1728

Basert på Furulis svar uttalte også Syse seg om saken, der han mente at bestemmelsen måtte forstås slik at helsepersonell heller burde henvide pasienten videre til helsepersonell som er villige til å behandle uten å gi blodoverføring. Han uttaler også i den forbindelse at formålet med bestemmelsen i § 4-9 er nettopp det at pasienter i bestemte situasjoner ikke skal overstyres av legens personlige oppfatninger og vurderinger.⁹⁶ Det verken Furuli eller Syse sier noe om i sine svar, er hvordan situasjonen arter seg i tilfeller der det ikke er mulig å henvide pasienten videre fordi rask behandling er nødvendig.

Bahus og Førde bekrefter at pasbrl. § 4-9 åpner for at helsepersonell kan henvide pasienten videre dersom de selv ikke vil gi en viss type behandling uten samtidig å kunne gi blod. Imidlertid påpeker de at dette vanskelig kan etterleves i øyeblikkelig hjelp-situasjoner, der en lege kanskje er den eneste på vakt, og det dermed er umulig å ”delegere” ansvaret videre, fordi tiden er knapp. De står fast ved at pasienten i slike situasjoner vil risikere ikke å motta behandling dersom legen ikke mener det er forsvarlig å gjennomføre behandlingen uten å gi blodoverføring.⁹⁷

Det er altså klart at helsepersonell har en plikt til å yte forsvarlig behandling, og at denne plikten kan begrense hvilken behandling pasienten får tilbud om når han påberoper seg rett til å nekte blodoverføring etter § 4-9. Det er likevel noe uenighet i fagmiljøet om rekkevidden av dette forsvarlighetskravet.

7.6 Avsluttende betraktninger

Innledningsvis i denne oppgaven skrev jeg at jeg skulle drøfte om de rettslige spørsmålene som var reist i forkant av den nye helselovgivningen faktisk ble løst, og hvilke nye problemstillinger som eventuelt har oppstått som følge av den.

Problemene knyttet til om helsepersonell faktisk hadde plikt til å hjelpe i øyeblikkelig hjelp-tilfeller ble løst ved innføringen av helsepersonelloven § 7. At overføring av blod og blodprodukter er en type behandling man kan nekte å motta, ble bekreftet ved at man innførte bestemmelsen i pasbrl. § 4-9. Foreldres anledning til å nekte barn blodoverføring ble også avklart, ved at adgangen til nekting etter § 4-9 kun gjelder for dem over 18 år.

⁹⁶ Syse, Aslak (2014): Re: Når pasienten nekter blodoverføring, s. 2022

⁹⁷ Bahus, Marianne og Førde, Reidun (2014): M. Bahus og R. Førde svarer, s. 1822

Likevel ser vi av den ene saken helsetilsynet har behandlet i relasjon til hlspl. § 4-9, at det fortsatt foreligger spenninger mellom helseetikken på den ene siden og jussen på den andre. Lovbestemmelser som pålegger en yrkesgruppe plikter, bør i så stor grad som mulig være i tråd med det de yrkesutøvende skal kunne leve med. Lovgiver har nok forsøkt å lette den etiske byrden medisinsk personell kan komme utfor, ved å utforme bestemmelsen slik den står. Når praksis er så begrenset som den er, er det uforsvarlig å legge for mye vekt på den, men jeg bemerker likevel at vi risikerer en uthuling av regelverket dersom leger i fremtiden heller ikke får noen reaksjon i lignende tilfeller.

Når det gjelder de skjønnsmessige vilkårene som finnes i lovverket, har vi sett at disse kan tjene til pasientens ulempe. ”Alvorlig overbevisning” kan vise seg vanskelig å bevise, og pasienten kan på den måten miste en rett han antar å ha.

Det kan kanskje virke klokt å ha mer konkrete kvalitative lovbestemmelser, som ikke overlater så mye tilsynelatende til tilfeldighetene. Hadde man gjort dette, ville det kunne lettet arbeidet for helsepersonellet. Ved fastere rammer i lovverket, risikerer man imidlertid at pasientens konkrete situasjon ikke blir tatt tilstrekkelig hensyn til, og at hans rettigheter dermed innskrenkes.

I tillegg har vi problemet knyttet til mennesker som har overbevisninger knyttet til annet enn sultestreik og blodoverføringer. Selv om lovgivers intensjoner her har vært gode, utelukker man en stor gruppe mennesker som kan ønske å motsette seg andre typer behandlinger enn loven åpner for at man kan nekte å motta. I dette tilfellet kunne det kanskje være en idé å åpne for at alle pasienter kan nekte undersøkelser og behandlinger begrunnet i ”alvorlig overbevisning”.

På den annen side vil man ved å åpne for at flere kan nekte å motta øyeblikkelig hjelp, skape nye problemer. Det kan oppstå flere tilfeller der helsepersonellet er tvunget til å avgjøre om det foreligger en skjønnsmessig vurdert ”alvorlig overbevisning”, og det kan argumenteres for at dette vil være både tidkrevende og belastende for helsepersonellet å forholde seg til.

Vi ser altså at selv om man i teorien har ønsket å flytte bestemmelsesretten fra helsepersonellet, til pasientene, har det i praksis vært utfordrende å etterleve. Dette er fordi vi respekterer helsepersonellens yrkesetiske overbevisning, men også fordi det ikke alltid er forsvarlig å etterleve pasientens ønsker. Sparsommelige forarbeider gjør det vanskelig å vite

hvordan man skal forholde seg til de skjønsmessige vilkårene som preger helseretten. Her bør det komme klarere retningslinjer, for at både helsepersonell og pasienter skal være bedre i stand til å forutse sin rettsstilling.

8 Litteraturliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

Lov om lægers rettigheter og plikter av 29. april 1927 nr. 1 (opphevet)

Lov om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m. av 9. februar 1973 nr. 6

Lov om sykehus m.v. av 19. juni 1969 nr.57 (opphevet)

Lov om svangerskapsavbrudd av 13. juni 1975 nr. 50

Lov om sterilisering av 3. juni 1977 nr. 57

Lov om leger av 13. juni 1980 nr. 42 (opphevet)

Lov om tannleger av 13. juni 1980 nr. 43 (opphevet)

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

Lov om jordmødre av 26. april 1985 nr. 23 (opphevet)

Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100

Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61

Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr. 62

Lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63

Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64

Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi av 5. desember 2003 nr. 100

Forarbeider

Innst.O. nr. 58 (1998-99)

Innst.O. nr. 91 (1998-99)

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)

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

NOU 2004:18

Lovavdelingens uttalelser

Justisdepartementets lovavdeling jnr. 2476/76 E

Justisdepartementets lovavdeling jnr. 1295/87 E

Rettsavgjørelser

Rt. 1977 s. 1035

Rt. 1993 s. 1169

Rt. 2000 s. 646

LB-1999-3100

Annen praksis

Statens helsetilsyn (2008): 2008/132. Elektronisk tilgjengelig:

https://www.helsetilsynet.no/upload/tilsyn/hendelsesbaserttilsyn/advarsel_ambulanseapril2008-1.pdf og

https://www.helsetilsynet.no/upload/tilsyn/hendelsesbaserttilsyn/advarsel_ambulanseapril2008-2.pdf

Statens helsetilsyn (2012): 2012/729

Statens helsepersonellnemnd (2008): 08/13

Statens helsepersonellnemnd (2008): 08/14

Internasjonale rettskilder

Case of Pretty v The United Kingdom, The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. april 2002

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon, EMK)

The Explanatory Report to the Convention on human rights and biomedicine

Litteratur

Aasen, Henriette Sinding (2000): Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. Fagbokforlaget.

Andenæs, Mads Henry (2009): Rettskildelære. 07 Gruppen AS.

Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2002): Jus for leger. Høyskoleforlaget.

Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente (2010): Helsepersonelloven – med kommentarer. 3. utgave. Fagbokforlaget.

Halvorsen, Marit (1998): Rettslige grunnlag for medisinsk behandling. Fagbokforlaget.

Husabø, Erling Johannes (1994): Rett til sjølvvalt livsavslutning? Gyldendal.

Kjønstad, Asbjørn (1982): Pasienters rettigheter – kontraktsrett eller forvaltningsrett? I: Bratholm, Anders, Christie, Nils og Opsahl, Torkel (red.): Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs s. 587-602. Universitetsforlaget.

Kjønstad, Asbjørn (1987): Helsereitt. TANO A.S.

Kjønstad, Asbjørn (1992): Pasientrettighetenes fremvekst. I: Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak (red.): Helseprioriteringer og pasientrettigheter s.189-276. Gyldendal.

Molven, Olav (2012): Helse og jus. Gyldendal.

Syse, Aslak (2009): Pasientrettighetsloven med kommentarer. 3. utgave. Gyldendal.

Artikler fra aviser og tidsskrifter:

Bahus, Marianne K (2012): Selvbestemmelsesrett – medisin og juss på kollisjonskurs. *Dagens medisin* 04/2012 Elektronisk: <http://www.dagensmedisin.no/debatt/selvbestemmelsesrett---medisin-og-juss-pa-kollisjonskurs/>

Bahus, Marianne og Førde, Reidun (2014): Når pasienten nekter blodoverføring. *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 08/2014 s. 850-851

Bahus, Marianne og Førde, Reidun (2014): M. Bahus og R. Førde svarer: (Brev til redaktøren). *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 19/2014. s. 1822

Befring, Anne Kjersti (2001): Legers plikt til å hjelpe og pasienters rett til å nekte. *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 11/2001 s. 1408-1409

Furuli, Rolf. J. (2014): Re: Når pasienter nekter blodoverføring (Brev til redaktøren). *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 18/2014 s. 1728

Halvorsen, Marit (2002): Pasienter som nekter behandling. *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 03/2002 s. 323-324

Heløe, Leif Arne (2012): Fra paternalisme til pasientrettigheter. *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 04/2012 s. 434-436

Syse, Aslak og Befring, Anne Kjersti (2003): Barn kan få blod uten foreldres samtykke.
Tidsskrift for Den norske legeforening. 17/2003 s. 2477

Syse, Aslak (2014): Re: Når pasienter nekter blodoverføring (Brev til redaktøren). *Tidsskrift for Den norske legeforening*. 21/2014. s. 2022

Vindland, Steinar (04.01.2012): Lege reddet liv – får kritikk. Aftenposten. Elektronisk:
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Lege-reddet-liv---far-kritikk-6733779.html>

Andre kilder:

Om Jehovas vitners grunnlag for å nekte blodoverføring: <http://www.jw.org/no/jehovas-vitner/faq/jehovas-vitner-hvorfor-ikke-blodoverforing/>

Nordlandssykehusets eksempel på fullmaktsskjema i helsespørsmål:

http://www.nordlandssykehuset.no/getfile.php/NLSH_bilde%20og%20filarkiv/Pulsen/Kunns_kapsbygging/Tekstfiler/Jehovas%20vitner.pdf

Om utstøtelse fra Jehovas vitner grunnet sex før ekteskapet:

http://www.rb.no/lokale_nyheter/article7044614.ece