

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rettsikkerhet ved illeggelse av administrative reaksjoner mot helsepersonell

Særlig om tilbakekall av autorisasjon begrunnet med atferd på fritiden

Kandidatnummer: 669

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17 987



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og definisjoner	1
1.2	Problemstillinger og avgrensninger	2
1.3	Metode	3
2	UTVIKLINGEN AV REAKSJONSSYSTEMET	5
2.1	Fra etiske regler til rettslig regulering.....	5
2.2	Tilsyn med helsepersonell.....	5
2.3	Endringer med helsepersonelloven	6
2.3.1	En felles lov for alt helsepersonell	6
2.3.2	Styrking av helsepersonells rettssikkerhet.....	7
2.3.3	Opprettelsen av klageorgan	7
2.4	Endringene før lovens ikrafttredelse	8
2.5	Lovendringer i 2008.....	9
2.5.1	Skjønsmessig grunnlag for advarsel	9
2.5.2	Utvidet adgang til begrensning.....	10
3	AUTORISASJONSORDNINGEN OG REAKSJONER.....	11
3.1	Autorisasjonen som offentlig styringsmiddel	11
3.2	Formål og virkninger	11
3.3	Reaksjoner tilknyttet autorisasjonen	13
3.3.1	Tilbakekall	13
3.3.2	Suspensjon	14
3.3.3	Begrensning	14
3.4	Kompetanse og kompetanseoverskridelse knyttet til reaksjoner	15
4	DOBBELTSTRAFFORBUDETS BETYDNING FOR HELSEPERSONELLS RETTSSIKKERHET	17
4.1	Prosser i ulike systemer	17
4.2	EMKs dobbeltstrafforbud og straffebegrep	17
4.3	Administrativt tilbakekall som straff?	18
4.4	Generelle vurderinger med utgangspunkt i rettskildene	22
5	LEGALITETSPRINSIPPETS BETYDNING FOR REAKSJONENE I HELSEPERSONELLOVEN KAPITTEL 11	24
5.1	Legalitetsprinsippet og forutberegnelighet	24

5.1.1	Hjemmel og begrunnelse	24
5.1.2	Krav til det rettslige grunnlaget for reaksjoner	24
5.1.3	Oppfylles kravene om tydelige hjemler for inngrep?	26
5.2	Ordlyd og forarbeider	28
5.2.1	Ordlyden	28
5.2.2	Presisering av tapsgrunnen	28
5.2.3	Presisering av grunnvilkåret	31
5.2.4	Presisering av ”kan”-skjønnnet	34
5.3	Rettspraksis: Rt-2007-1851	36
5.4	Generelle vurderinger med utgangspunkt i rettskildene	41
5.5	Helsepersonellnemndas praksis	42
5.5.1	Gjennomgang av praksis	42
5.5.2	Vurdering av praksis	45
5.6	De lege ferenda: Burde lovkriteriene vært klarere?	48
6	AVSLUTNING	50
7	KILDEREGISTER	51
8	VEDLEGG 1	55

1 Innledning

1.1 Tema og definisjoner

Temaet for oppgaven er helsepersonells rettssikkerhet ved ilegging av administrative reaksjoner etter helsepersonelloven kapittel 11.¹ Myndigheten til å ilegge reaksjoner er i medhold av helsetilsynsloven tillagt Statens helsetilsyn (Helsetilsynet).²

Formålet med helsepersonelloven er å bidra til pasientsikkerhet og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten og tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten, jf. lovens § 1. For å oppnå dette formålet er det etablert en autorisasjonsordning, stilt en rekke krav til helsepersonells yrkesutøvelse og etablert et eget reaksjonssystem for helsepersonell. Som helsepersonell regnes etter lovens § 3 første ledd alt personell som yter helsehjelp i helse- og omsorgstjenesten eller apotek, personell med autorisasjon og lisens og elever og studenter som yter helsehjelp i forbindelse med helsefaglig opplæring. Definisjonen av helsepersonell ble utvidet med helsepersonelloven, se kapittel. 2.3.1.

Reaksjonene er regulert i lovens kapittel 11. Disse omfatter advarsel som kan ilegges alt helsepersonell, og tilbakekall, suspensjon og begrensning av autorisasjon, lisens og spesialistgodkjenning. Videre kan det vedtas tap og begrensning av retten til å rekvirere legemidler i gruppe A og B.

Autorisasjon, lisens og spesialistgodkjenning er benevnelser på ulike former for legitimasjon utstedt av offentlige myndigheter, og reguleres i lovens kapittel 9 og 10. Autorisasjonen kan anses som en ”bekreftelse fra offentlige myndigheter på at de formelle og faglige krav til angjeldende yrkestittel og yrkesutøvelse er oppfylt”, og er den mest fullstendig legitimasjonen.³ En lisens er en ”begrenset autorisasjon” som kan tildeles der vilkårene for å få autorisasjon ikke er oppfylt.⁴ Videre er en spesialistgodkjenning en ”godkjenning av autorisert helsepersonell som spesialister innen en avgrenset del av det helsefaglige området”.⁵ Autorisasjon er nødvendig for å kunne søke og ta arbeid som autorisert helsepersonell, og reaksjoner på autorisasjonen anses svært inngripende, se kapittel 3.3.1 nedenfor.

Reaksjoner etter lovens kapittel 11 kan representere inngrep i helsepersonells muligheter for yrkesutøvelse ved myndighetsutøvelse. Det er derfor relevant å vurdere lovgivningen og Helsetilsynets anvendelse av den i sammenheng med de krav som stilles til rettssikkerhet og til en

¹ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven)

² Lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m.

³ Befring (2010) s. 332.

⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 243 til § 49

⁵ Helsepersonelloven § 51

rettsstat. Rettstat kan omtales som statens bundethet av loven, og rettssikkerhet som borgernes beskyttelse fra overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side og muligheten til å forutberegne sin rettsstilling og beskytte sine rettslige interesser.⁶ Innledningsvis nevnes at det var et overordnet mål med helsepersonelloven å styrke helsepersonells rettssikkerhet, se kapittel 2.3.

Som det vil fremgå i oppgaven er det rettslige grunnlaget for ileggelse av flere av reaksjonene skjønnsmessig utformet. Dette innebærer vide fullmakter for tilsynsmyndigheten, og reiser i et rettssikkerhetsperspektiv spørsmål om likebehandling mellom helsepersonell og forutberegnelighet om konsekvensene av handlinger. Forutsigbarhet for borgerne om myndighetsutøvelsen er et av de sentrale hensyn bak legalitetsprinsippet, se kapittel 5.1. Legalitetsprinsippet er et rettsstatlig prinsipp som skal beskytte borgerne mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, og stiller krav om hjemmel i lov for myndighetenes inngrep, jf. Grunnloven § 113.

Når forvaltningen ilegger reaksjoner med grunnlag i straffbare handlinger oppstår det også spørsmål om dette innebærer ”straff” i flere systemer. Dobbeltstraffforbudet er et sentralt element i kravene om rettssikkerhet, og innebærer forbud mot ny straffeforfølgning i etterkant av en straffeforfølgning som har endt med en endelig avgjørelse, jf. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen Tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 (EMK TP7-4).⁷ I denne vurderingen er det sentrale hensynet belastningen på den enkelte borger, se kapittel 4.2.

1.2 Problemstillinger og avgrensninger

Hovedproblemstillingen i oppgaven er om helsepersonells rettssikkerhet er ivaretatt med dagens lovgivning og med forvaltningens anvendelse av denne. Temaet er omfattende og har nødvendiggjort avgrensninger. Oppgaven er særlig rettet mot hvilken betydning dobbeltstraffforbudet og legalitetsprinsippet kan ha for ivaretagelse av rettssikkerhet ved tilbakekall av autorisasjon begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”, jf. helsepersonelloven § 57 første ledd.

I kapittel 2 redegjøres det for utviklingen av det felles reaksjonssystemet og hvordan helsepersonells rettssikkerhet er søkt ivaretatt. Endringer i lovgivningen om reaksjoner generelt er relevant for å vise hvordan lovgiver har ment å ivareta hensynene bak legalitetsprinsippet. I kapittel 3 redegjøres det nærmere for autorisasjonsordningens formål, virkninger og reaksjoner. En forståelse av reaksjonen tilbakekall av autorisasjon forutsetter kjennskap til autorisasjonsordningens inngripende virkninger for helsepersonell og begrunnelsen for denne reguleringen. Siden temaet er rettssikkerhet har jeg avgrenset mot advarsel, som ikke har direkte

⁶ Helset (1998) s. 119, Eckhoff (2001) s. 395

⁷ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

rettsvirkninger men kan få faktiske virkninger. I kapitlene 4 og 5 redegjøres det for betydningen av henholdsvis dobbeltstraffforbudet og legalitetsprinsippet, og redegjørelsene er begrenset til tilbakekall etter tapsgrunnen ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”. Det fremgår av forarbeidene at tapsgrunnen rammer atferd på fritiden, og i oppgaven ser jeg særlig på hvordan tapsgrunnen er praktisert ved atferd på fritiden som kan gjøres gjenstand for straffeforfølgning.⁸

Avgrensningen til tilbakekall av autorisasjon er begrunnet med at tilbakekall er den mest inngripende reaksjonen etter helsepersonelloven, med den betydning det får for spørsmål om rettssikkerhet og herunder forutberegnelighet. Videre er autorisasjonen den mest fullstendige og alminnelige formen for offentlig godkjenning. Tapsgrunnen ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” er interessant av flere grunner. Ordlyden åpner for at atferden som sådan kan gi grunnlag for tilbakekall, og reiser spørsmål om hvilke faktorer som kan begrunne tilbakekall på dette grunnlaget og herunder hvor nær sammenhengen må være mellom atferden og yrkesutøvelsen. Videre er tapsgrunnen den mest skjønnsmessig formulerte, med den betydning dette får for drøftelsen av om kravene i medhold av legalitetsprinsippet er innfridd. Som det fremgår i forarbeidene er tapsgrunnen særlig ment å ramme straffbar atferd, og dette reiser spørsmål om sammenhengen med dobbeltstraffforbudet.

I drøftelsen av om administrativt tilbakekall og straff med grunnlag i samme hendelse representerer et brudd med dobbeltstraffforbudet i EMK TP7-4, er et underliggende spørsmål om tilbakekall av autorisasjon regnes som straff. For å ta stilling til spørsmålet er det relevant å vurdere lovgivers intensjoner med reaksjonene, og om loven anvendes som forutsatt av forvaltningen.

I kapittel 5 er problemstillingen om vilkårene for tilbakekall begrunnet med atferd på fritiden tilfredsstillende kravene som kan oppstilles i henhold til legalitetsprinsippet. Det reises spørsmål om ordlyden er tilstrekkelig klart utformet, i hvilken grad ordlyden presiseres gjennom forarbeidene og rettspraksis og om forvaltningen anvender vilkårene i samsvar med føringene.

1.3 Metode

I oppgaven benyttes rettsdogmatisk metode. Det rettslige grunnlaget for disiplinærreaksjoner er i helsepersonelloven og helsetilsynsloven, og ordlyden i lovteksten er sentral på legalitetsprinsippets område. Dobbeltstraffforbudet i EMK TP7-4 er gjennom menneskerettsloven inkorporert i norsk rett og gitt forrang foran annen lov.⁹ Høyesterett har lagt til grunn at ved

⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.8

⁹ Lov 21. mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3

tolkning av EMK skal det benyttes samme metode som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), det vil si at det skal ses hen til konvensjonsteksten, formålsbetraktninger og EMDs praksis.¹⁰

Forarbeidene er relevante for å fastlegge innholdet i de skjønsmessige vilkårene for tilbakekall begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”. Forarbeidene til helsepersonelloven gir veiledning om formålet med loven og autorisasjonsordningen, men er knappere om forståelsen av vilkårene for tilbakekall. Det fremgår av forarbeidene at vilkårene i det vesentlige er en videreføring av vilkårene i legeloven § 8, noe som betyr at tidligere lov og forarbeider er relevante å trekke inn i tolkningen.¹¹ Forarbeidene til legeloven er på flere punkter mer utførlige, og det henvises derfor til disse for å kunne fastlegge vilkårenes innhold. Henvisninger til forarbeidene angis i oppgaven til avsnitt fremfor sidetall, da avsnittshenvisning er mer presist enn sidehenvisning siden de fleste relevante avsnitt er korte.

Det foreligger lite rettspraksis på området. Rt-2007-1851 er den eneste høyesterettsdommen som tar stilling til vilkårene for tilbakekall begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”, og dommen analyseres i kapittel 5.3. Det er derfor i hovedsak vist til forvaltningspraksis i oppgaven. Det er i juridisk teori bred enighet om at forvaltningspraksis er en relevant kilde ved juridisk argumentasjon, selv om det ikke er regnet som en rettskilde som skal tillegges stor vekt.¹² Det vises også til at Høyesterett i Rt-2007-1851 så hen til forvaltningspraksis. Med lite rettspraksis får forvaltningspraksis større faktisk betydning som følge av hensynet til likebehandling i saksbehandlingen.

Vedtak om reaksjoner etter helsepersonelloven kapittel 11 kan påklages til Statens helsepersonellnemnd (Helsepersonellnemnda, nemnda), som reguleres i lovens kapittel 12. Mange av sakene om atferd på fritiden får endelig avgjørelse i Helsetilsynet da klageadgangen ikke benyttes. Vedtak om atferd på fritiden er ikke tilgjengelig hos Helsetilsynet på annen måte enn ved begjæring om innsyn, og Helsetilsynet avsto min innsynsbegjæring grunnet taushetsplikten og Helse- og omsorgsdepartementet tok ikke klagen på nektet innsyn til følge. Forvaltningspraksis er i oppgaven derfor begrenset til saker fra Helsepersonellnemnda. På grunn av begrenset antall saker for Helsepersonellnemnda vil den rettskildemessige vekten av praksisen være lav. Forvaltningspraksis er derfor i oppgaven hovedsakelig benyttet for å illustrere hvordan vilkårene anvendes i praksis, og for å vurdere om føringer i forarbeidene og rettspraksis overholdes. Praksisen er i oppgaven begrenset til integritetskrenkelser. Nærmere informasjon om saktypene fremgår i kapittel 5.5 og vedlegg 1.

¹⁰ Rt-2005-833 avsnitt 45

¹¹ Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger, Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3

¹² Eckhoff (2001) s. 233, Boe (2012) s. 263-275 med videre henvisninger

2 Utviklingen av reaksjonssystemet

2.1 Fra etiske regler til rettslig regulering

Profesjonsetiske retningslinjer for helsepersonell kan spores tilbake til antikken. Det kan vises til Hippokrates legeed fra 500-400 år før vår tid.¹³ Flere av dagens helsepersonellgrupper organiserte seg mot slutten av 1800-tallet og lagde godkjenningsordninger og utarbeidet krav som ble håndhevet internt i organisasjonen, inntil lovgivning og offentlige ordninger gradvis tok over ansvaret. Flere av profesjonene har også i dag skrevne etiske regelverk og organer som håndhever disse, for eksempel Den norske legeföreningen.

Den rettslige reguleringen av profesjonene begynte allerede med jordmorloven av 1898, og fortsatte gjennom 1900-tallet ved regulering av flere profesjoner som leger, tannleger, sykepleiere og psykologer. Vedtakelsen av helsepersonelloven i 1999 opphevet den tidligere profesjonslovgivningen, som da omfattet 17 helseprofesjoner regulert ved til sammen ni lover og ni forskrifter med hjemmel i lov.¹⁴

Gjennom rettspraksis er det også utviklet ”standarder” for hva som kan forventes av helsepersonell, som erstatningsansvaret for uaktsom skadeforvoldelse under yrkesutövelsen. Terskelen for slikt ansvar har imidlertid vært høy.¹⁵ Med forsøksordningen for pasientskadeerstatning (NPE) av 1988 og deretter lov av 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. har risikoen for søksmål mot helsepersonell og helsevirksomheter blitt svært lav, samtidig som pasientenes erstatningsrettslige vern er bedret.

2.2 Tilsyn med helsepersonell

Med helsetilsynsloven av 1984 ble Helsedirektoratet tillagt det overordnede faglige tilsyn med helsevesenet på landsbasis og sanksjonsmyndighet, mens tilsynet på fylkesnivå ble lagt til fylkeslegene. Helsedirektoratet ble i 1994 omgjort til Helsetilsynet.¹⁶ Helsedirektoratet ble gjenopprettet i 2002, men da med andre funksjoner enn tilsynsvirksomhet. På fylkesnivå er tilsynsmyndigheten i dag lagt til Fylkesmannen, som er direkte underlagt Helsetilsynet i saker som gjelder myndighetsutövelse overfor helsepersonell etter helsepersonelloven.¹⁷

Loven regulerer tilsyn overfor både helsepersonell og virksomheter, og har som formål å sikre vern om befolkningens helse, kvalitet på helsetjenestene og å hindre spredning av smittsomme

¹³ Ruyter (2014) s. 98

¹⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 1

¹⁵ Kjønstad (2007) s. 51

¹⁶ Lov 30. juli 1992 nr. 101 om endringer i lov av 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helsetjenesten og i enkelte andre lover

¹⁷ Helsetilsynsloven § 1 første og fjerde ledd og § 2 første ledd

sykdommer.¹⁸ Det forutsettes i forarbeidene at tilsynet også omfatter politianmeldelse av helsepersonell.¹⁹ Og etter helsepersonelloven § 67 er offentlig påtale for brudd på helsepersonelloven og dens forskrifter betinget av allmenne hensyn eller begjæring fra Helsetilsynet.

Myndighet til å ilegge reaksjoner overfor helsepersonell er tillagt Helsetilsynet alene, jf. helseilsynsloven § 2 femte ledd. Dette bidrar til å sikre en ensartet praksis på landsbasis. Fylkesmannens oppgaver på området er begrenset til å forberede og oversende til Helsetilsynet saker av en slik alvorlighet at formell reaksjon vurderes.²⁰

Helsetilsynet ila i 2012, 2013 og 2014 henholdsvis 244, 259 og 291 reaksjoner overfor helsepersonell, der henholdsvis 96, 98 og 137 var vedtak om tilbakekall av autorisasjon. Begrunnelsen var atferd utenfor tjenesten i henholdsvis 20, 13 og 24 av sakene.²¹

2.3 Endringer med helsepersonelloven

2.3.1 En felles lov for alt helsepersonell

Med helsepersonelloven ble den rettslige reguleringen av samtlige helsepersonellgrupper samlet i en lov. Under komitebehandlingen ble det fremhevet at en felles lov ville bidra til et ryddigere og mer ensartet lovverk, bedre oversikt- og styringsmuligheter for myndighetene og en styrking av pasientenes rettigheter og helsepersonells rettssikkerhet.²² Som følge av å være utformet til ulik tid og med til dels ulike begrunnelser var de tidligere profesjonslovene preget av tilsynelatende ubegrunnede forskjeller i reglens innhold og utforming.²³ Det ble lagt til grunn at et felles regelverk generelt og reaksjonssystem spesielt ville styrke helsepersonells rettssikkerhet i form av økt forutberegnelighet og likebehandling.²⁴

Den tidligere profesjonslovgivningen var begrenset til helsepersonell omfattet av ordninger med autorisasjon og offentlig godkjenning, og helsepersonelloven innebar dermed en utvidelse av helsepersonellbegrepet. Begrunnelsen var hensynet til oppfyllelse av lovens formål om pasientsikkerhet, som tilsa at alt personell som yter helsehjelp pålegges lovens plikter og underlegges tilsynsmyndighetens kontroll.²⁵ Helsepersonell uten noen form for offentlig god-

¹⁸ Ot.prp. nr. 33 (1983-1984) avsnitt 4.1

¹⁹ Ot.prp. nr. 33 (1983-1984) avsnitt 4.1

²⁰ Helsetilsynsloven § 2 fjerde ledd, jf. Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 22.1.1

²¹ Statens helsetilsyn (2015)

²² Innst. O. nr. 58 (1998-1999) avsnitt 2 Generelle merknader

²³ NOU 1993: 33 avsnitt 3.4, Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 2.3

²⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnittene 3.2, 20.2.3

²⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 214

kjenning kan likevel bare ilegges advarsel, og er dermed ikke underlagt en like inngripende regulering som profesjoner avhengig av offentlig godkjenning.

2.3.2 Styrking av helsepersonells rettssikkerhet

Formålet med helsepersonelloven er å bidra til ”sikkerhet for pasienter”, ”kvalitet i helse- og omsorgstjenesten” og ”tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten”, jf. helsepersonelloven § 1. Formålene ligger til grunn for hele loven, også reaksjonssystemet.²⁶ Helsepersonells rettssikkerhet var også et sentralt hensyn ved utformingen av reaksjonssystemet. Det ble i forarbeidene fremhevet at formålene med reaksjoner skulle synliggjøres, at vilkårene for reaksjoner skulle tydeliggjøres, at helsepersonell skulle oppleve tilsynssaken som en objektiv og saklig vurdering av yrkesutøvelsen og ikke som et overgrep eller en personforfølgning og at likebehandling og forutberegnelighet skulle styrkes.²⁷

Profesjonslovgivningen var preget av kortfattede og generelle angivelser av vilkår for reaksjoner, med unntak for vilkårene i legeloven og tannlegeloven av 1980 som i større grad var presisert.²⁸ For de fleste helsepersonellgruppene innebar derfor helsepersonelloven tydeligere vilkår for illeggelse av reaksjoner.

Som nevnt var det også et uttrykt ønske med loven å synliggjøre reaksjonenes formål, nemlig ivaretagelse av kvalitet, sikkerhet og tillit. Det fremgår av forarbeidene at reaksjonene er ment å ha en viss individual- og allmennpreventiv effekt, men det ble understreket at formålet ikke skal være å straffe helsepersonell.²⁹ Lovgivers skarpe skille mellom administrative reaksjoner og straff illustreres ved lovendringene i 2000 og departementets drøftelse av forholdet mellom straff og administrative reaksjoner, se kapitlene 2.4 og 4.3.

2.3.3 Opprettelsen av klageorgan

Etter profesjonslovgivningen hadde få helsepersonellgrupper adgang til å påklage vedtak om reaksjoner.³⁰ Med helsepersonelloven ble Helsepersonellnemnda opprettet som klageorgan for vedtak om reaksjoner, jf. helsepersonelloven § 68. Opprettelsen av klageorganet var et ledd i styrkingen av helsepersonells rettssikkerhet.³¹ Helsepersonellnemnda er et uavhengig organ,

²⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 213, avsnittene 20.2, 21.1.3

²⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 20.2.3

²⁸ Se redegjørelsen for den tidligere rettstilstanden i Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 19.2

²⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 20.2.2

³⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 23.1.1

³¹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnittene 22.5.2, 23.1.5

og sammensetningen av tre jurister, tre personer med helsefaglig bakgrunn og en lege skal bidra til høy juridisk og helsefaglig kompetanse.³²

I 2012 behandlet nemnda 32 klager på tilbakekallsvedtak hvorav ingen ble omgjort, mens av 24 klager i 2013 ble et vedtak omgjort til advarsel.³³ Dette kan tyde på at regelanvendelsen ikke er tvilsom, men kan også gi grunnlag for spørsmål om klageadgangen faktisk bidrar til å styrke helsepersonells rettssikkerhet.

2.4 Endringene før lovens ikrafttredelse

Helsepersonelloven ble endret av Stortinget i desember 2000, rett før lovens ikrafttredelse i januar 2001.

Loven var opprinnelig vedtatt med reaksjonsformen tilrettevisning som et alternativt grunnlag for ileggelse av advarsel. Tilrettevisning skulle være en formell tilbakemelding fra tilsynsmyndigheten for mindre alvorlige pliktbrudd, for å veilede helsepersonell til korrekt yrkesutøvelse i fremtiden.³⁴ I etterkant av vedtakelsen kom det frem at helsepersonell ilagt tilrettevisning opplevde reaksjonen nærmest som en straff, og departementet gjennomførte derfor en intervjuundersøkelse om helsepersonells opplevelse av ileggelse av reaksjoner etter det daværende reaksjonssystemet.³⁵ Undersøkelsen viste at tilrettevisning og advarsel i liten grad er egnet til å oppnå formålet om veiledning, fordi den avskrekkende effekten overskygger den pedagogiske.³⁶ Departementet foreslo med henvisning til undersøkelsen opphevelse av tilrettevisning, og viste til at hensynene til kvalitet og sikkerhet ville oppnås i like stor grad ved uformell veiledning som ved formell reaksjon.³⁷ Komiteen fremholdt at de avgjørende hensyn for opphevelsen var at tilrettevisningsreaksjonen ikke oppnådde formålene og ivaretagelse av helsepersonells rettssikkerhet, og presiserte at opphevelsen ikke innebar en samtidig senkning av terskelen for ileggelse av advarsel som var blitt høynet i forhold til tidligere rett.³⁸

Videre ble grunnlaget for advarsel om ”utvist atferd som er egnet til å svekke tilliten til vedkommende yrkesgruppe” opphevet. Komiteen foreslo selv opphevelse uten foregående forberedelse av departementet. Etter innspill fra Legeforeningen om at det fremstod uklart hvilke forhold som ble rammet uten representere pliktbrudd, uttrykte komiteen tvil om bestemmelsen

³² Helsepersonelloven § 68 første og annet ledd

³³ Statens helsepersonellnemnd (2014) punkt 1.3.6.1

³⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 20.5.1

³⁵ Ot.prp. nr. 14 (2000-2001) avsnitt 3.3.4

³⁶ Sosial- og helsedepartementet (2000). Intervjuobjektene var leger, tannleger, psykologer og sykepleiere. De var fra Oslo, Østfold, Rogaland, Sør-Trøndelag og Troms.

³⁷ Ot.prp. nr. 14 (2000-2001) avsnitt 3.6

³⁸ Innst. O. nr. 38 (2000-2001) avsnitt 3.2

innfridde de generelle krav til helsemyndighetene om at vilkårene for reaksjoner skulle være klare og ikke bero på fritt skjønn.³⁹

Bestemmelsen om tilrettevisning og det alternative grunnlaget for advarsel ble opphevet.⁴⁰ Som det fremgår skulle formelle reaksjoner forbeholdes mer alvorlige forhold, og lovbrudd. Endringene er i tråd med det uttrykte ønsket om tydeliggjøring av formål med og vilkår for reaksjoner.

2.5 Lovendringer i 2008

2.5.1 Skjønnsmessig grunnlag for advarsel

I 2008 ble det vedtatt nye og skjønnsmessige grunnlag for advarsel.⁴¹ Advarsel kan nå ilegges ved forsettlig eller uaktsomt pliktbrudd ”egnet til... i vesentlig grad å svekke tilliten til helsepersonell eller helse- og omsorgstjenesten”, jf. § 56 første ledd. Etter andre ledd kan advarsel ilegges dersom helsepersonellet har ”utvist en atferd som er egnet til i vesentlig grad å svekke tilliten til vedkommende yrkesgruppe”.

Lovendringene var begrunnet med hensynet til oppfyllelse av lovens formål om allmenn tillit. Det ble i forarbeidene vist til behov for ileggelse av advarsel i tillitsbruddsaker som ikke var så alvorlige at de begrunnet tilbakekall, og der forholdet heller ikke innebar fare for pasientsikkerheten.⁴² Det ble fremhevet at både helsepersonell og helsevesenet er avhengig av tillit fra en rekke ulike samfunnsaktører, deriblant pasienter, pårørende, forvaltningen og domstolene.⁴³ Bestemmelsen i andre ledd er særlig rettet mot atferd utenfor yrkesutøvelsen, og noen høringsinstanser kritiserte den uforutsigbarhet og kontroll av helsepersonells fritid som ordlyden innebærer. Departementet presiserte på denne bakgrunn at bestemmelsen kun rammer atferd egnet til å svekke den allmenne tilliten ”i vesentlig grad” og til den aktuelle yrkesgruppen, og forutsatte en restriktiv anvendelse av bestemmelsen.⁴⁴

Endringene fremstår som en fravikelse fra lovgivers tidligere ønske om tydeliggjøring av vilkår. Hensynet til oppfyllelse av lovens formål om tillit ved bruk av skjønnsmessige vilkår ble tillagt større vekt enn hensynet til forutsigbarhet for helsepersonell ved en mer presis lovtekst.

³⁹ Innst. O. nr. 38 (2000-2001) avsnitt 4.1.2

⁴⁰ Lov 21. desember 2000 nr. 127 om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) og enkelte andre lover

⁴¹ Lov 9. mai 2008 nr. 34 om endringer i helsepersonelloven og helseregisterloven

⁴² Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnittene 9.5.1, 9.5.2, Innst. O. nr. 38 (2007-2008) avsnitt 6.2.

⁴³ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 9.5.1

⁴⁴ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 9.5.2

Det gis i forarbeidene anvisning på hvordan ordlyden skal anvendes, som skal bidra til større forutsigbarhet ved at tilsynsmyndighetens tolkningsfrihet begrenses.

2.5.2 Utvidet adgang til begrensning

Med helsepersonelloven ble tilsynsmyndigheten gitt adgang til å begrense autorisasjon dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt, jf. § 59. Det fremgår av forarbeidene at reaksjonen var ment som et mildere inngrep når vilkårene for tilbakekall er oppfylt, og som en forenkling av den daværende ordningen med tilbakekall av autorisasjon etterfulgt av utstedelse av lisens.⁴⁵ Med vedtakelsen av § 59a i 2008 ble tilsynsmyndigheten gitt adgang til å begrense autorisasjon uten at vilkårene for tilbakekall er oppfylt.⁴⁶ Vilåret er at ”advarsel etter § 56 ikke fremstår som tilstrekkelig for å sikre lovens formål”, og det skal ”særlig” legges vekt på om det er ”grunn til å tro at helsepersonellet av grunner som nevnt i § 57 kan bli uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig dersom autorisasjonen ikke begrenses”.

Tilsynsmyndigheten er ved endringen gitt myndighet til å begrense autorisasjon på svært skjønsmessig grunnlag. Begrunnelsen var hensynet til oppfyllelse av lovens formål, og særlig å avverge fremtidig fare for kvaliteten og sikkerheten i helsetjenesten.⁴⁷ Også denne bestemmelsen innebærer at hensynet til forutsigbarhet for helsepersonell er tilsidesatt av hensyn til de overordnede hensyn bak loven.

Departementet la til grunn at begrensning på dette grunnlaget kan være en inngripende reaksjon, både fordi den aktuelle begrensning kan være av en art som er særlig hemmende og fordi reaksjonen ilegges på grunnlag av antagelser om fremtidig atferd. Det ble derfor inntatt et vurderingskriterium i loven selv og presisert i forarbeidene at bestemmelsen skal anvendes restriktivt.⁴⁸ Videre ble det i forarbeidene angitt momenter for anvendelsen av bestemmelsen, som begrenser tilsynsmyndighetens tolkningsfrihet.⁴⁹ Spørsmålet om vedtakelse av begrensning skal avhenge av en konkret helhetsvurdering, der det sentrale er en avveining mellom behovet for den aktuelle begrensningen og virkningen den får for helsepersonellet. Og den fremtidsrettede vurderingen skal i utgangspunktet baseres på et kvalifisert grunnlag, det vil si kritikkverdig atferd som allerede har funnet sted og som indikerer fremtidig uegnethet. Som eksempler nevnes gjentatte pliktbrudd eller tidligere tilsynssaker om lignende forhold, samt allerede dokumentert rusmisbruk eller fysisk eller psykisk lidelse.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.4.4, NOU 1993: 33 s. 189

⁴⁶ Lov 9. mai 2008 nr. 34 om endringer i helsepersonelloven og helseregisterloven

⁴⁷ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 10.5

⁴⁸ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 10.5 s. 56

⁴⁹ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 10.5 s. 57

3 Autorisasjonsordningen og reaksjoner

3.1 Autorisasjonen som offentlig styringsmiddel

Lovens formål om kvalitet, sikkerhet og tillit har også begrunnet autorisasjonsordningen, se kapittel 3.2. Ordningen innebærer en særskilt kontroll fra helsemyndighetenes side overfor bestemte helsepersonellgrupper, og omtales i forarbeidene som et offentlig styringsmiddel og en kvalifikasjonskontroll.⁵⁰ Det er i dag 456 699 personer i Norge med autorisasjon og som dermed er underlagt denne særreguleringen.

Det utøves både forhånds- og etterkontroll. Forhåndskontrollen innebærer at myndighetene avgjør hvilke helsepersonellgrupper som skal inkluderes i ordningen, og hvilket enkeltpersonell som etter søknad skal tildeles autorisasjon. Vilkårene for inkludering av grupper og for tildeling av autorisasjon fremgår av lovens § 48. 29 helsepersonellgrupper er i dag omfattet, herunder leger, tannleger, psykologer, sykepleiere og ambulansesarbeidere, jf. første ledd. Inkludering av nye grupper beror på en vurdering der det skal legges vekt på hensynet til pasientsikkerhet, utdanningens innhold og utforming, graden av selvstendighet under yrkesutøvelsen og harmonisering med andre land, jf. fjerde ledd.

Vilkårene for tildeling av autorisasjon er at helsepersonellet har ”bestått eksamen i vedkommende fag ved norsk universitet, høyskole eller videregående opplæring” og ”gjennomført praktisk tjeneste fastsatt i forskrift gitt av departementet”, er ”under 75 år” og ”ikke er uegnet for yrket”, jf. annet ledd. Vilkårene er kumulative, men i bestemmelsens tredje ledd fremgår tre alternativer til vilkåret om bestått eksamen ved norsk lærested.⁵¹ Som det fremgår i lovteksten har helsepersonell som tilhører en av de inkluderte gruppene og innfrir de fire vilkårene etter søknad rett til autorisasjon. Etter lovens § 53 er tildelingsmyndigheten tillagt Helsedirektoratet eller den det bemyndiger, som for autorisasjon er Statens Autorisasjonskontor for helsepersonell (SAK).

Etterhåndskontrollen består av tilsynsmyndighetens adgang til å tilbakekalle, suspendere eller begrense allerede tildelt autorisasjon, jf. helsepersonelloven §§ 57-59a. Etter lovens § 53 kan tildelingsmyndigheten avslå søknad om autorisasjon dersom det foreligger grunnlag for tilbakekall.

3.2 Formål og virkninger

Autorisasjonsordningen som styringsmiddel må ses i sammenheng med rettsvirkningen av tildeling av autorisasjon. Autorisert helsepersonell har enerett til å bruke yrkesbetegnelsen

⁵⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 14.4.1

⁵¹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 242

som kjennetegner helsepersonellgruppen og ingen må benytte en tittel som kan være egnet til å vildelede om at vedkommende har autorisasjon, jf. helsepersonelloven § 74. Tildeling av autorisasjon gir derfor rett til bruk av tittel, det vil si rett til å søke og ta arbeid som autorisert helsepersonell. Den rettslige virkningen av et tilbakekall er tap av denne retten, se kapittel 3.3.1. Kontroll med autorisasjonen innebærer dermed kontroll med helsepersonells adgang til utøvelse av bestemte yrker.

Den inngripende kontrollen autorisasjonsordningen medfører er i forarbeidene begrunnet med lovens formål om kvalitet, sikkerhet og tillit. Det er satt vilkår for inkludering av grupper og tildeling av autorisasjon for å sikre at autorisert helsepersonell har et minimum av faglige og personlige kvalifikasjoner for utøvelse av yrket. Tilbakekall av autorisasjon skal bidra til at helsepersonell som ikke (lenger) besitter kvalifikasjonene fjernes, se kapittel 3.3.1 Autorisasjonen blir dermed et kvalitetsstempel. At helsepersonell besitter et minimum av faglige og personlige kvalifikasjoner reduserer risikoen for skader og feil under yrkesutøvelsen, og bidrar dermed til å sikre kvalitet og sikkerhet i helse- og omsorgstjenesten. Samtidig blir autorisasjonen en garanti for at autorisert helsepersonell har visse faglige kunnskaper og personlige kvalifikasjoner. Dette bidrar til å ivareta allmenn tillit, ved at pasienter og andre kan ha trygghet om autorisert helsepersonells kvalifikasjoner.⁵²

Allmenn tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten fremheves i lovens § 1 som et selvstendig formål, og understrekes i forarbeidene som en nødvendig forutsetning for at helse-tjenesten skal fungere.⁵³ Det fremgår likevel av forarbeidene at det særlig er hensynet til pasientsikkerhet som har begrunnet autorisasjonsordningen og dens vidtrekkende virkninger for autorisert helsepersonell. Etter den tidligere profesjonslovgivningen fremstod det noe tilfeldig hvilke grupper som var inkludert i godkjenningsordninger.⁵⁴ Inkludering av grupper skulle nå bero på en vurdering av utdanningens innhold, yrkesrollens innhold og internasjonale forhold, med utgangspunkt nettopp i hensynet til pasientsikkerhet.⁵⁵

I anledning yrkesrollens innhold fremhevet departementet at yrkesgrupper med oppgaver som innebærer selvstendighet, stor risiko og/eller omfattende pasientkontakt burde underlegges den særlige kontroll autorisasjonsordningen innebærer. Som eksempler ble det nevnt selvstendig og direkte ansvar for utredning, diagnostikk og behandling samt oppgaver relatert til

⁵² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 14.4.1

⁵³ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3

⁵⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 14.1

⁵⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 14.4.2.1-14.4.2.3. Kriteriene er nå lovfestede, se kapittel 3.1

pleie og omsorg. Slik yrkesutøvelse stiller særlige krav til yrkesutøveren grunnet dens betydning for pasientenes sikkerhet og opprettholdelse av tillit til helsepersonell og helsevesenet.⁵⁶

3.3 Reaksjoner tilknyttet autorisasjonen

3.3.1 Tilbakekall

Helsepersonelloven § 57 oppstiller flere separate grunnlag for tilbakekall av autorisasjon. De vanligste grunnlagene finnes i første ledd. Tilbakekall er der avhengig av at helsepersonellet vurderes "uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig". Dette er grunnvilkåret for tilbakekall.⁵⁷ Helsepersonellet må finnes uegnet "på grunn av" et eller flere av de alternative tapsgrunnene som angis i lovteksten: "alvorlig sinnslidelse", "psykisk eller fysisk svekkelse", "langt fravær fra yrket", "bruk av alkohol, narkotika eller midler med lignende virkning", "grov mangel på faglig innsikt", "uforsvarlig virksomhet", "grove pliktbrudd" eller "atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen". Dersom vilkårene er oppfylt "kan" vedtak om tilbakekall fattes, noe som innebærer et krav om forholdsmessighet. Det redegjøres nærmere for grunnvilkåret, tapsgrunnen "atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen" og forholdsmessighetsvurderingen i kapittel 5.

Vedtak om tilbakekall kan videre fattes dersom innehaveren av godkjenningen "til tross for advarsel unnlater å innrette seg etter lovbestemte krav", "vilkår fastsatt i forskrift etter §§ 48, 49 eller 51 ikke er oppfylt" eller godkjenningen er gitt på grunnlag av tilsvarende godkjenning i annet land og denne "mister sin gyldighet", jf. bestemmelsens annet, tredje og fjerde ledd.

Den rettslige virkningen av tilbakekallsvedtak er som nevnt i kapittel 3.2 tap av retten til å søke og å ta arbeid som autorisert helsepersonell. Virkningen er ikke tidsbegrenset, men gjelder inntil helsepersonellet etter søknad innvilges ny autorisasjon, jf. helsepersonelloven § 62. Arbeidsgivere i helsevesenet er ved ansettelse av helsepersonell forpliktet til å kontrollere at vedkommende har gyldig autorisasjon eller lisens.⁵⁸ I forarbeidene legges det til grunn at tilbakekall er svært inngripende, og at vedtaket i praksis innebærer et yrkesforbud for de fleste helsepersonellgrupper.⁵⁹ Autorisasjon er for eksempel en betingelse for næringsvirksomhet som allmennlege, og tilbakekall av autorisasjonen medfører at virksomheten må nedlegges eller selges med de konsekvenser dette får for den enkelte lege. For alle helsepersonellgruppene kan et tilbakekallsvedtak få store faktiske virkninger i form av tap av økonomi, sosial status og anseelse og eventuelt psykiske påkjenninger.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 14.4.1, 14.4.2.2

⁵⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.1

⁵⁸ Helsedirektoratet (2010)

⁵⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnittene 20.2.1, 23.1.5

Formålet med tilbakekall er som nevnt i kapittel 3.2 å bidra til oppfyllelse av lovens formål om kvalitet, sikkerhet og tillit. Tilbakekall har virkning for alle arbeidssteder, mens virkningen av en oppsigelse eller avskjed fra en arbeidsgiver er begrenset til det aktuelle arbeidsstedet. I forarbeidene fremheves tilbakekall som et særlig effektivt virkemiddel i beskyttelsen av pasienter mot helsepersonell hvis yrkesutøvelse utgjør risiko, nettopp fordi rettsvirkningene gjelder generelt og således uavhengig av arbeidssted.⁶⁰ Lovgiver har dermed tillagt hensynet til en effektiv beskyttelse av pasientene forrang foran hensynet til helsepersonellet. Men det uttales i forarbeidene at tilbakekallets inngripende virkninger forutsetter strenge krav til saksbehandlingen.⁶¹ Forholdet mellom materielle vilkår og saksbehandlingskrav omtales nærmere i kapittel 3.4.

3.3.2 Suspensjon

Suspensjon av autorisasjon kan vedtas dersom det er ”grunn til å tro at vilkårene for tilbakekall er til stede” og helsepersonellet i tillegg ”antas å være til fare for sikkerheten i helse- og omsorgstjenesten”, jf. helsepersonelloven § 58 første ledd. Suspensjonen innebærer midlertidig tilbakekall av autorisasjonen inntil det er tatt endelig beslutning i saken. Varigheten kan ifølge lovteksten likevel ikke overstige en periode på seks måneder med mulighet til en gangs fornyelse for seks måneder. Suspensjon kan ikke benyttes som et alternativ til tilbakekall.⁶²

Som det fremgår av lovteksten er reaksjonen begrunnet med hensynet til pasientsikkerhet. Den dekker behovet for å kunne ta helsepersonell raskt ut av arbeid ved mistanke om at yrkesutøvelse kan medføre fare for pasientsikkerheten.⁶³ De lave beviskravene gjør reaksjonen tyngende. Virkningene er ikke like vidtrekkende som ved tilbakekall, men det er i juridisk teori lagt til grunn at suspensjon representerer et vesentlig inngrep.⁶⁴ For å ivareta helsepersonells rettssikkerhet ble det i forarbeidene forutsatt at bestemmelsen anvendes restriktivt, og det ble innført begrensninger for varigheten.⁶⁵

3.3.3 Begrensning

Begrensning av autorisasjon etter § 59 forutsetter at vilkårene for tilbakekall er oppfylt, mens dette ikke kreves for begrensning etter § 59a, se kapittel 2.5.2 ovenfor. Etter begge bestemmelsene kan autorisasjonen begrenses til å gjelde ”utøvelse av bestemt virksomhet under bestemte vilkår”, noe som innebærer stor frihet for tilsynsmyndigheten i spørsmålet om hvordan

⁶⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnittene 14.4.1, 14.4.2.2

⁶¹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnittene 20.2.1, 23.1.5

⁶² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.3.3

⁶³ Befring (2010) s. 403

⁶⁴ Befring (2010) s. 403

⁶⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.3.3

yrkesutøvelsen skal begrenses. Lovens formål vil imidlertid legge begrensninger på Helsetilsynets kompetanse, se kapittel 4.4 nedenfor. Vedtak om begrensning innebærer at det legges rettslige begrensninger i autorisasjonen og på den faktiske muligheten til yrkesutøvelse. Virkningene er ikke like inngripende som ved tilbakekall, men reaksjonen kan avhengig av den aktuelle begrensningen få stor faktisk betydning for muligheten til yrkesutøvelse.

Forutsetningen for begrensning etter § 59 er at helsepersonellet til tross for at vilkårene for tilbakekall er oppfylt ”anses skikket til å utøve virksomhet på et begrenset felt under tilsyn og veiledning”. I forarbeidene nevnes som eksempler uskikkethet begrenset til deler av yrkesutøvelsen eller til selvstendig yrkesutøvelse, forutsatt at den begrensede yrkesutøvelsen anses forsvarlig under tilsyn og veiledning.⁶⁶ Begrensning etter § 59 kan ses som en balansering av hensynet til lovens formål og helsepersonellet i den aktuelle saken. Formålet er å ivareta helsepersonells mulighet til yrkesutøvelse så langt dette ikke går på bekostning av hensynet til sikkerhet og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten.⁶⁷ Siden vilkårene for tilbakekall må foreligge, vil det avgjørende bli om forholdets alvor tilsier fullt eller begrenset tilbakekall.⁶⁸

Om § 59a henvises det til kapittel 2.5.2 ovenfor. Det fremgår der at bestemmelsen særlig er begrunnet i å hindre fremtidig fare for pasientsikkerhet og kvalitet. Selv om det i forarbeidene forutsettes en avveining mellom behovet for begrensningen og dens inngripende virkninger, er hensynet til helsepersonellet ivaretatt i mindre grad enn etter § 59.

3.4 Kompetanse og kompetanseoverskridelse knyttet til reaksjoner

Forvaltningens skal oppfylle materielle, personelle og prosessuelle krav under myndighetsutøvelsen. Kompetanseoverskridelse kan medføre ugyldighet.

Vedtak om reaksjoner må fattes av Helsetilsynet som førsteinstans, og eventuelt av Helsepersonellnemnda dersom klageadgangen benyttes. Det følger av §§ 57-59a at vedtakene regnes som enkeltvedtak, og prosessuelt må derfor saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven følges.⁶⁹ Dette innebærer for eksempel plikt til å opplyse saken og å begrunne enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven §§ 17 og 24. Saksbehandlingsfeil kan medføre ugyldighet. Etter forvaltningsloven § 41 regnes vedtaket likevel som gyldig dersom det er ”grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.”

⁶⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.4.5.

⁶⁷ Befring (2010) s. 406

⁶⁸ NOU 1993: 33 s. 189

⁶⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåter i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Materiell kompetansemangel foreligger når forvaltningen ikke hadde kompetanse til å treffe vedtak med det aktuelle innholdet, det vil si feil i rettsanvendelsen, bevisvurderingen eller skjønnsutøvelsen.⁷⁰ Feil i rettsanvendelsen vil for eksempel foreligge når vedtaket bygger på feil tolkning eller subsumsjon eller innholdet er i strid med lov. I juridisk teori er det lagt til grunn at vedtak i strid med loven medfører ubetinget ugyldighet.⁷¹

Materielle vilkår og formelle krav til saksbehandlingen må ses i sammenheng. Saksbehandlingsregler kan gi et ”subsidiært vern” for den risiko som oppstår når forvaltningen gis myndighet til å fatte inngripende vedtak på svært skjønnsmessig grunnlag.⁷² Krav til begrunnelse kan for eksempel bidra til forutsigbarhet om de avgjørende grunnene for vedtaket og dermed reglens innhold, jf. forvaltningsloven § 24. Viktige hensyn bak begrunnelseskravet er at det skal være mulig for parten og domstolene å etterprøve vedtaket og herunder at det er foretatt en forsvarlig skjønnsutøvelse, og å vise at saksbehandlingen har vært forsvarlig.⁷³

Forvaltningsloven § 25 foreskriver at begrunnelsen skal vise til reglene og nevne de faktiske forhold vedtaket bygger på, og at hensynene som har vært avgjørende for forvaltningsskjønnet bør nevnes. Etter ordlyden stilles det ikke strenge krav til begrunnelsen. Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at kravene til begrunnelse skjerpes med vedtakets inngripende virkninger for den aktuelle parten.⁷⁴ Og i juridisk teori er det lagt til grunn at det kan stilles større krav til begrunnelse dersom lovhjemmelen forutsetter en konkret og individuell vurdering.⁷⁵ Forutsigbarhetshensyn tilsier at kravene til begrunnelsen også øker med svært skjønnsmessig ordlyd, siden ordlyden der vil gi begrenset veiledning om tolkningen og dermed hvilke grunner som var avgjørende for vedtaket.

Tilbakekall og begrensnig av autorisasjon kan få svært inngripende rettslige og faktiske virkninger for helsepersonell, kan ilegges på svært skjønnsmessig grunnlag og forutsetter individuelle vurderinger. På denne bakgrunn er det holdepunkter for å hevde at det stilles høye krav til begrunnelsen av vedtak med slike kjennetegn. Begrunnelsen bør være av en kvalitet som gjør helsepersonellet i stand til å forstå hvorfor vedtaket ble fattet, både med hensyn til faktum, tolkning og subsumsjon. Der skjønnsmessige vilkår presiseres ved retningslinjer gjennom forarbeidene, må det også forutsettes at tilsynsmyndigheten gjennom begrunnelsen viser at retningslinjene er vurdert.

⁷⁰ Boe (1993) s. 824-825, Smith (2014) s. 460

⁷¹ Boe (1993) s. 827-831

⁷² Eng (2007) s. 214-215

⁷³ Rt-2008-96 avsnitt 58

⁷⁴ Rt-1981-745, Rt-2000-1056, Rt-2000-1066, Rt-2008-96

⁷⁵ Woxholth (2011) s. 458

4 Dobbeltrafforbudets betydning for helsepersonells rettssikkerhet

4.1 Prosesser i ulike systemer

Dobbeltrafforbudet har sin begrunnelse i rettssikkerhetshensyn, og får betydning der det foreligger risiko for at samme hendelse kan gjøres gjenstand for prosesser og resultere i straff i flere systemer.

Helsepersonell er ved siden av reaksjonssystemet i helsepersonelloven underlagt de generelle reglene om straffansvar, arbeidsgiveransvar og erstatningsansvar. Hjemmelsgrunnlag, håndhevingsinstans og formål varierer, og det stilles til dels ulike krav til bevis og skyld. Det forutsettes i forarbeidene til helsepersonelloven at systemene er parallelle og virker uavhengig av hverandre.⁷⁶ Et eget reaksjonssystem ble ansett hensiktsmessig for å bidra til at helsepersonells yrkesutøvelse tilknyttet andres liv og helse er av samme kvalitet og sikkerhet over hele landet.⁷⁷

Fordi systemene virker uavhengig av hverandre kan helsepersonells atferd i eller utenfor arbeidssituasjonen medføre prosesser i flere systemer, og slik aktualisere ulike rettsvirkninger. Vilkåret ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” vil kunne danne grunnlag for tilbakekall etter at helsepersonell har begått straffbare handlinger.

Dette reiser spørsmålet om prosesser i straffesystemet og reaksjonssystemet med grunnlag i samme handling innebærer et brudd med dobbeltrafforbudet. Det må da vurderes hva reaksjoner er etter lovgivers intensjoner, og hvilken betydning det kan få dersom forvaltningens anvendelse av reaksjonene ikke er i samsvar med denne intensjonen.

4.2 EMKs dobbeltrafforbud og straffebegrep

Dobbeltrafforbudet ble foreslått grunnlovfestet under den store grunnlovsreformen i 2014. Komiteen fremhevet forbudet som en sentral rettssikkerhetsgaranti. Det ble vist til dets betydning for et effektivt lovkrav på strafferettens område, og for forutsigbarhet om konsekvensene av handlinger og muligheten til å legge forhold bak seg. Behandlingen av forslaget ble likevel besluttet utsatt, som følge av usikkerhet om straffebegrepet burde samsvare med Grunnlovens eller EMKs.⁷⁸ Drøftelsen her vil derfor knyttes til EMK TP7-4. Forbudet lyder i norsk oversettelse:

⁷⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnittene 3.1, 19.1

⁷⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 13.1

⁷⁸ Innst.186 S (2013-2014) avsnitt 21.1.5

”Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.”⁷⁹

Formålet med dobbeltstraffforbudet er å forby gjentakende straffeforfølgning når det foreligger en endelig avgjørelse, og særlig av hensyn til belastningen flere prosesser påfører borgerne.⁸⁰ Forutsetningen for at dobbeltstraffforbudets rettsvirkninger utløses i denne sammenhengen er at administrativt tilbakekall anses som ”straff” i henhold til EMKs straffebegrep.⁸¹

Gjennom EMDs praksis fremgår det at spørsmålet om en reaksjon anses som straff beror på en vurdering av reaksjonen opp mot tre kriterier, benevnt Engel-kriteriene etter saken Engel v. the Netherlands der de første gang ble formulert. Kriteriene er den nasjonale klassifiseringen av reaksjonen, lovbruddets karakter (”the nature of the offence”) og den potensielle reaksjonens innhold og alvor (”the nature and degree of severity of the penalty”).⁸²

Straffebegrepet i EMK er autonomt. Med dette menes at den nasjonale klassifikasjonen kun er utgangspunktet for vurderingen og ikke avgjørende for resultatet, noe som er begrunnet i effektiviteten av menneskerettsvernet.⁸³ Lovbruddets karakter og sanksjonens alvor er alternative kriterier og derfor hver for seg tilstrekkelig til å anse reaksjonen som straff, men konklusjonen kan også nås etter en samlet vurdering av kriteriene.⁸⁴

4.3 Administrativt tilbakekall som straff?

I det følgende redegjøres det for lovgivers intensjoner med tilbakekall, og for hvordan tilbakekall begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” er forstått i rettspraksis.

Tilbakekall i medhold av helsepersonelloven § 57 er betegnet som en administrativ reaksjon, og ikke som straff. Vilkår for ileggelse, saksbehandlingsregler og håndhevingsinstans reguleres av helsepersonelloven og helsetilsynsloven, og ikke gjennom det strafferettslige og straf-

⁷⁹ EMK TP7-4 første ledd. Bestemmelsens andre og tredje ledd regulerer henholdsvis gjenopptagelsesadgang og forbud mot å derogere fra artikkelen.

⁸⁰ Haarvig v. Norway, Zolotukhin v. Russia avsnitt 107, Rui (2009) s. 136-137

⁸¹ Straffebegrepet i EMK er ens, og praksis fra EMK art 6 og 7 er derfor også relevant. Jf. Rt-2010-1121 avsnittene 41-42, Rt-2012-921 avsnitt 19, Rt-2012-1051 avsnitt 34, Skoghøy (2014) s. 303, Aall (2011) s. 463.

⁸² Engel and others v. the Netherlands avsnitt 82, Aall (2011) s. 375-378, Skoghøy (2014) s. 302

⁸³ Engel and others v. the Netherlands avsnitt 81, Zolotukhin v. Russia avsnitt 52

⁸⁴ Zolotukhin v. Russia avsnitt 53, Aall (2011) s. 302

feprosessuelle regelverket. Og det er i helsepersonelloven en egen hjemmel for straff av helsepersonell som overtrer lovens bestemmelser, jf. § 67. Videre ble det med helsepersonelloven synliggjort at formålet med reaksjoner er kvalitet, sikkerhet og tillit i helsevesenet og ikke å straffe helsepersonell, se kapittel 2.3.2. At det er andre hensyn enn straffeformål som skal begrunne myndighetsutøvelsen støttes av at helsepersonell som godtgjør skikkethet i etterkant av tilbakekall kan innvilges ny autorisasjon, jf. § 62.⁸⁵

Under arbeidet med helsepersonelloven ble loven vurdert å være i overensstemmelse med EMK art 6, mens forholdet til dobbeltrafforbudet ikke ser ut til å ha blitt særskilt vurdert.⁸⁶ Forholdet mellom straff og administrative reaksjoner generelt ble imidlertid vurdert.⁸⁷ Departementets standpunkt var at systemene løper parallelt og uavhengig av hverandre, slik at en hendelse i utgangspunktet kan resultere i både straff og administrativ reaksjon.⁸⁸ Som begrunnelse ble det vist til systemenes ulike formål, virkninger og krav til skyld og bevis. Særlig ble det fremhevet at formålene med de administrative reaksjonene er andre enn straffeformålene gjengjeldelse og prevensjon. Det ble imidlertid uttalt at tilsynsmyndigheten og påtalemyndigheten bør samarbeide der reaksjoner i begge systemer leder til et urimelig resultat for det aktuelle helsepersonellet, så langt pasientsikkerheten ikke utsettes for fare. Uttalelsen ser imidlertid ut til å angå rene unntakstilfeller.

Departementet uttalte seg også spesielt om forholdet mellom administrativt tilbakekall og idømmelse av rettighetstap etter straffeloven § 29.⁸⁹ Under henvisning til at reaksjonene tilhører to uavhengige systemer med ulike formål, fremholdt departementet at de bør kunne ilegges uavhengig av hverandre. Det ble vist til at det kan foreligge behov for administrativt tilbakekall av hensyn til sikkerhet og allmenn tillit, selv om straffeformål ikke kan begrunne rettighetstap i straffesaken. Derfor skulle ikke administrativt tilbakekall være avskåret selv om samme hendelse tidligere hadde vært gjenstand for straffesak og påstand om rettighetstap ikke var reist eller tatt til følge.

Uttalelser i forarbeidene til legeloven av 1980 går i motsatt retning. Der ble det fremholdt at straffedom var til hinder for senere administrativt tilbakekall begrunnet med samme straffbare handling, uavhengig av om påstand om rettighetstap var reist eller tatt til følge i straffesa-

⁸⁵ Befring (2010) s. 415

⁸⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.11

⁸⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.10.1

⁸⁸ Også lagt til grunn av Høyesterett i Rt-2007-1851 avsnitt 39, med henvisning til forarbeidene.

⁸⁹ Lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven). Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.10.3.

ken.⁹⁰ Administrativt tilbakekall ved siden av straff ville ifølge departementet være lite rimelig overfor legen.⁹¹ Med denne uttalelsen legges det vekt på de samme hensyn som dobbeltstraffforbudet skal ivareta. Men uttalelser flere steder om behovet for samfunnsmessig kontroll med legeyrket og at formålet med tilbakekall var beskyttelse av publikum og ikke å sanksjonere legen, viser samtidig at reaksjonen ikke var ment som straff.⁹² At uttalelsene i legelovens forarbeider var noe uklare illustreres av Rt-2004-1343, der Høyesterett delte seg angående tolkningen av forarbeidene i spørsmålet om legelovens bestemmelser var til hinder for administrativt tilbakekall i etterkant av straffedom. Uttalelsene i forarbeidene til helsepersonelloven må dermed også ses i lys av behovet for avklaring på hvilken myndighet Helsetilsynet hadde, når en lege viste seg uskikket til legeyrket uten å være idømt rettighetstap i en straffesak.⁹³

På denne bakgrunn fremgår det at lovgivers intensjon med reaksjonene ikke er å straffe helsepersonell. Det foreligger noe rettspraksis om forholdet til dobbeltstraffforbudet, og der legges det avgjørende vekt nettopp på lovgivers intensjoner med reaksjonene.

Rt-2004-1343 gjaldt spørsmålet om en lege hadde krav på erstatning som følge av ugyldig vedtak om suspensjon av lisens i medhold av legeloven § 8. Legen var straffedømt for blant annet ransforsøk, vold mot politiet og bruk av hasj og ecstasy, og vedtaket om suspensjon gjaldt i hovedsak samme forhold. Det underliggende spørsmål var om suspensjonen var avskåret etter dobbeltstraffforbudet i EMK TP7-4 eller legelovens bestemmelser fordi påstand om rettighetstap ikke var tatt til følge i straffesaken. Høyesterett konkluderte med at vedtaket ikke var ugyldig på noe grunnlag. Høyesterett konkluderte enstemmig med at suspensjonsvedtaket ikke kvalifiserte som straff etter EMK, og spørsmålet om dobbeltstraffforbudet var krenket oppstod derfor ikke. Høyesterett konkluderte under dissens 3:2 at heller ikke legelovens bestemmelser ga grunnlag for erstatning.⁹⁴ Legen brakte spørsmålet om krenkelse av dobbeltstraffforbudet inn for EMD, som i *Haarvig v. Norway* konkluderte med at suspensjonsvedtaket ikke kvalifiserte som straff og avviste saken som åpenbart grunnløs.

Både Høyesterett og EMD konkluderte først med at tilbakekall og suspensjon var klassifisert som administrative etter nasjonal rett.⁹⁵ Det ble lagt avgjørende vekt på reaksjonssystemets bakgrunn og utforming.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.3.6

⁹¹ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.3.6

⁹² Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnittene 52.1, 5.2.2

⁹³ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.10.3.2

⁹⁴ Det redegjøres ikke nærmere for begrunnelsen

⁹⁵ Rt-2004-1343 avsnitt 44, *Haarvig v. Norway* "The law", B.

Lovbruddet ble heller ikke ansett å ha strafferettslig karakter.⁹⁶ Legeloven § 9 om suspensjon viste til vurderingsnormen i legeloven § 8, der tilbakekall var avhengig av om legen var ”uskikket” til å utøve legeyrket på grunn av ”atferd uverdigg for en lege”. Domstolene viste til at normen ikke hadde strafferettslig karakter. Begge fremhevet at det avgjørende var om legen var egnet til å utøve legeyrket, det vil som om vedkommende tilfredsstilte kravene myndighetene hadde satt for utøvelse av yrket. Selv om normen ofte ville ramme straffbar atferd som i den aktuelle saken, viste forarbeidene at straffbar atferd verken var nødvendig eller tilstrekkelig for å innfri vilkårene. EMD viste også til at lovbestemmelsen ikke refererte til straffelovgivningen eller stilte krav om skyld, og at den var rettet mot en spesifikk yrkesgruppe fremfor allmennheten generelt. Høyesterett viste til at andre europeiske land hadde lignende ordninger. Videre viste begge domstolene til at formålet med reaksjonene ikke var å straffe legene, men å beskytte pasienter og den allmenne tilliten til yrkesgruppen.

Tilbakekall og suspensjon ble heller ikke funnet tilstrekkelig alvorlige til å kvalifisere som straff.⁹⁷ Høyesterett viste til at reaksjonene var å regne som disiplinærreaksjoner, som etter rettspraksis i utgangspunktet må lede til frihetsberøvelse for å anses strafferettslig. EMD viste til at legen ved suspensjonen mistet retten til å utøve turnustjenesten i 10 og ½ måned og fikk sin medisinske karriere utsatt, men ikke var forhindret i å ta annet arbeid. Det som sto på spill for legen ble ikke ansett tilstrekkelig viktig til å klassifisere suspensjonen som straff.

Høyesterett viste også til EMDs avgjørelser i *Tre Traktörer AB og Manasson mot Sverige*.⁹⁸ Tilbakekall av henholdsvis drosjebevilling og skjenkebevilling ble ikke ansett som straff under henvisning til at vedtakene var begrunnet med uegnethet for den aktuelle virksomheten. Høyesterett viste videre til at siden utstedelse av offentlig tillatelse for å drive virksomhet etter europeisk rettstradisjon ble ansett som straff, tilsa konsekvenshensyn at det samme gjaldt tilbakekall av tillatelsen når vilkårene ikke lenger ble tilfredsstilt.⁹⁹

Selv om Rt-2004-1343 og *Haarvig v. Norway* gjaldt suspensjon av lisens og etter legeloven, får avgjørelsene og drøftelsene stor betydning også for tilbakekall av autorisasjon etter helsepersonelloven. For det første er helsepersonellovens bestemmelser om tilbakekall og suspensjon i det vesentlige en videreføring av legelovens bestemmelser.¹⁰⁰ For det andre fremholdt Høyesterett at de rettslige spørsmål saken reiste var de samme ved suspensjon og tilbakekall

⁹⁶ Rt-2004-1343 avsnittene 45-47, *Haarvig v. Norway* ”The law”, B.

⁹⁷ Rt-2004-1343 avsnitt 49, *Haarvig v. Norway* ”The law”, B.

⁹⁸ Rt-2004-1343 avsnittene 50-51

⁹⁹ Rt-2004-1343 avsnitt 52

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3

av autorisasjon og lisens, og at ”den reelle problemstillingen” i saken var om dobbeltstrafforbudet var til hinder for å ”tilbakekalle en bevilling”.¹⁰¹ Og Høyesterett vurderte både tilbakekall og suspensjon opp mot Engel-kriteriene. EMD vurderte både tilbakekall og suspensjon opp mot kriteriene nasjonal klassifisering og lovbruddets karakter, men bare alvorligheten av suspensjon. Også EMDs begrunnelse og resultat er derfor relevant for tilbakekall av autorisasjon.

Et forhold egnet til å svekke begrunnelsenes holdbarhet og dermed avgjørelsens vekt er at domstolene ikke foretok selvstendige drøftelser av formålet med reaksjonene. Høyesterett viste til uttalelser i forarbeidene, jf. avsnitt 47. EMD henviste ikke engang til forarbeidene, men det må legges til grunn at disse var grunnlaget. Fra uttalelsene Høyesterett viste til fremgår det imidlertid klart hva som er formålet med administrativt tilbakekall, og mangelen på selvstendige drøftelser er derfor ikke egnet til å svekke avgjørelsens holdbarhet. Ikke minst for vedtak etter helsepersonelloven, med innebar en synliggjøring av formålet med reaksjonene.

Det foreligger også en dom fra lagmannsretten jf. LA-2003-14057. Retten konkluderte med at det ikke forelå brudd på EMK TP7-4 som følge av straffesak og tilbakekall etter helsepersonelloven § 57 begrunnet med blant annet de straffbare handlingene. Retten la avgjørende vekt på at hjemmelen og vedtaket knyttet seg til nødvendige kvalifikasjoner for utøvelse av sykepleieryrket, og at formålet ikke var pønalt.

4.4 Generelle vurderinger med utgangspunkt i rettskildene

De ovennevnte rettskildene gir grunnlag for å slutte at tilbakekall av autorisasjon ikke regnes som straff etter EMK TP7-4, ut fra lovgivers intensjoner med tilbakekall. Det er imidlertid verken i forarbeidene eller rettspraksis tatt stilling til om forvaltningens anvendelse av loven kan anses å ha straffepreg, det vil si om tilbakekallsvedtakene kan anses begrunnet med straffeformål. I LA-2003-14057 ble både hjemmelen og vedtaket vurdert, men det ble funnet i overensstemmelse med lovgivers intensjoner. Dette reiser spørsmål om tilbakekallsvedtak som bærer preg av straffereaksjon fremfor overholdelse av lovens formål og intensjoner, kan anses å være i strid med dobbeltstrafforbudet.

Den sterke forankringen fra lovgiverhold om tilbakekallets formål som kvalitet, sikkerhet og tillit og ikke straff er egnet til å gi formålsbetraktninger stor vekt i lovtolkningen.¹⁰² I tråd med alminnelig lovtolkning vil formålet kunne anføres som argument for innskrenkende fortolk-

¹⁰¹ Avsnitt 34 og 42

¹⁰² Eckhoff (2001) s. 105

ning av de skjønsmessige vilkårene for tilbakekall, og som en materiell skranke for tilsynsmyndighetens kompetanse.¹⁰³ Det er dermed holdepunkter for at tilbakekallsvedtak fattet med straffeformål vil være i strid med helsepersonelloven og anses ugyldige, som følge av materiell kompetansemangel.

Også dobbeltstrafforbudet og ovennevnte praksis legger ”føringer” på forvaltningens anvendelse av reglene. Det følger av EMDs praksis at reaksjoner med pønalt formål normalt anses strafferettslige, siden slike formål er karakteristisk for straff.¹⁰⁴ I teorien er det med grunnlag i rettspraksis hevdet at noe annet *kan* gjelde ved såkalte disiplinæravgjørelser, kjennetegnet ved å rette seg mot en avgrenset personkrets underlagt et system der hensyn til disiplin innen systemet begrunner reaksjoner.¹⁰⁵ Reaksjonssystemet i helsepersonelloven synes å skille seg fra disse systemene, nettopp fordi intensjonen er å beskytte pasienter og publikum mot ukyndig helsepersonell og ikke å opprettholde disiplin innenfor systemet. Systemet kan likevel få preg av å stille krav til disiplin og straff dersom vedtak begrunnes med krav om moralsk opptreden generelt fremfor tilknyttet yrkesutøvelsen. Nemndas gjennomgående generelle begrunnelse av vedtak kan gi et slikt inntrykk, se kapittel 5.5 nedenfor.

Uansett vises det til at det i juridisk teori er hevdet at vedtak etter helsepersonelloven § 57 begrunnet pønalt fremfor med egnethet vil kvalifisere som straff.¹⁰⁶ Og at midlertidig bortfall av registrering som kjøper av råfisk ble ansett som straff i Rt-2004-1500. Det ble vist til at *reglene* hadde karakter av offentlig tillatelse til å drive virksomhet men skilte seg ut fra lignende ordninger ved ikke å bero på en skikkethetsnorm, og til at *vedtakets* utforming ga uttrykk for at sanksjonen var begrunnet pønalt.¹⁰⁷ På denne bakgrunn vil tilbakekallsvedtak i medhold av § 57 begrunnet pønalt kunne innfri EMKs straffebegrep, og dersom dette medfører brudd på dobbeltstrafforbudet vil vedtaket anses ugyldig som følge av lovstridig innhold.

Både formålsangivelsen og dobbeltstrafforbudet innebærer dermed en begrensning av tilsynsmyndigheten ”tolkningsfrihet” ved anvendelsen av skjønsmessige bestemmelser som gir hjemmel for inngrep i den enkeltes rettssfære. I kapittel 5.5 redegjøres det for Helsepersonellnemndas anvendelse av vilkårene for tilbakekall, og det pekes på forhold egnet til å gi vedtakene straffepreg.

¹⁰³ Rt-1997-1210 s. 1214, Eckhoff (2001) s. 112-113, Smith (2014) s. 368

¹⁰⁴ Lauko v. Slovakia avsnitt 58, Zolotukhin v. Russia avsnitt 55

¹⁰⁵ Skoghøy (2014) s. 308, Aall (2011) s. 376

¹⁰⁶ Aall (2010) s. 380, s. 463-464

¹⁰⁷ Rt-2004-1500 avsnitt 45-47

5 Legalitetsprinsippets betydning for reaksjonene i helsepersonelloven kapittel 11

5.1 Legalitetsprinsippet og forutberegnelighet

5.1.1 Hjemmel og begrunnelse

Legalitetsprinsippet har vært grunnlovfestet på strafferettens område siden 1814, jf. Grunnloven § 96. På andre områder har prinsippet vært ansett som konstitusjonell sedvanerett, inntil grunnlovfesting i 2014. Begrunnelsen var synliggjøring av prinsippets grunnleggende betydning for den norske rettstaten, innholdet skulle for øvrig forbli uendret.¹⁰⁸ Utformingen er i samsvar med den tradisjonelle formuleringen: ”Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”, jf. Grunnloven § 113. I teorien er det lagt til grunn at ethvert rettslig inngrep er omfattet, stort som lite.¹⁰⁹

Prinsippet innebærer at myndighetens inngrep overfor borgerne må ha grunnlag i formell lov vedtatt av Stortinget. Kravet om hjemmel i lov beskytter borgerne mot vilkårlige inngrep fra myndighetenes side, og ivaretar hensyn til forutsigbarhet ved at borgerne gjennom loven kan forutberegne sin rettsstilling og innrette seg deretter.¹¹⁰ Som det fremgår i kapittel 2 ønsket lovgiver med helsepersonelloven og endringsloven av 2000 å styrke helsepersonells rettssikkerhet ved å tydeliggjøre vilkårene for illeggelse av reaksjoner. De samme hensyn som ligger bak legalitetsprinsippet begrunnet endringene.

Vilkårene for tilbakekall av helsepersonells autorisasjon ble gjengitt i kapittel 3.3.1 ovenfor, og som det fremgår er de fleste tapsgrunnene nå presisert i en slik grad at ordlyden gir veiledning om innholdet. Tapsgrunnen ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” skiller seg ut med den skjønnsmessige ordlyden. Videre er grunnvilkåret ”uegnet til å utøve sitt yrke forsvarelig” fremdeles svært skjønnsmessig utformet. Siden en språklig fortolkning av vilkårene gir lite veiledning om vilkårenes innhold vil forutsigbarhet bero på presisering av ordlyden ved hjelp av andre rettskilder.

5.1.2 Krav til det rettslige grunnlaget for reaksjoner

At lover er ment å regulere mange og ulike tilfeller over et lengre tidsrom nødvendiggjør en viss generell og skjønnsmessig utforming av lovtekster, og den norske lovgivningstradisjon og teknikk kan anses å bære preg av vage og skjønnsmessige ord og uttrykk.¹¹¹ Hensynene til beskyttelse mot vilkårlige inngrep og forutsigbarhet om reglens innhold forutsetter imidlertid

¹⁰⁸ Innst.186 S (2013-2014) avsnitt 2.1.12

¹⁰⁹ Aall (2011) s. 108, Helset (1998) s. 125

¹¹⁰ Dok.nr.16 (2011-2012) avsnitt 41.5 s. 248, Aall (2011) s. 104

¹¹¹ Boe (2010) s. 275

at det stilles krav til den anførte hjemmelens innhold og utforming. Det er i juridisk teori lagt til grunn at legalitetsprinsippet setter en grense for utvanning av lovhjemmelen.¹¹²

Ordlyden er den sentrale rettskilde på legalitetsprinsippet område som i kjernen stiller krav om klar hjemmel for inngrep. Lovbestemmelser må imidlertid tolkes også på legalitetsprinsippet område. I forarbeidene til Grunnloven § 113 uttales det at ved tvil om et inngrep dekkes av hjemmelen, må bestemmelsen tolkes ut fra blant annet rettspraksis, forvaltningspraksis, uttalelser i forarbeidene og forutberegnelighetsbetraktninger.¹¹³ Dette er også lagt til grunn i rettspraksis, men med større vekt på ordlydens betydning. Rt-2014-1281 gjaldt ileggelse av merverdiavgift. En samlet Høyesterett uttalte følgende om lovtolkning på legalitetsprinsippet område:

”Det innebærer at lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen. Men tolkningstvil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne”.¹¹⁴

Legalitetsprinsippet blir dermed en tolkningsfaktor som gir ordlyden stor vekt i avveiningen mot andre rettskilder ved lovtolkningen.¹¹⁵ Ved inngrep som beror på svært skjønnsmessig ordlyd fremstår spørsmålet om hvilke krav legalitetsprinsippet stiller til hjemmelens utforming viktigere. Spørsmålet kan ikke besvares generelt, men beror både på tolkning av hjemmelen og på inngrepets karakter og styrke.¹¹⁶ Det vises til Rt-1995-530 som gjaldt avgift etter råfiskloven:

”Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn”.¹¹⁷

Kravene er tradisjonelt ansett særlige strenge på strafferettens område, men også forvaltningsinngrep kan betinge klar lovhjemmel.¹¹⁸

¹¹² Skjerdal (1998) s. 56, Andenæs (2006) s. 170

¹¹³ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 246

¹¹⁴ Avsnitt 48

¹¹⁵ Boe (1993) s. 663, Skjerdal (1998) s. 54-56, Smith (2014) s. 370

¹¹⁶ Aall (2011) s. 108-110, Helset (1998) s. 128, Skjerdal (1998) s. 62, Boe (2010) s. 239

¹¹⁷ Rt-1995-530 s. 537. Se også Rt-2001-382 på s. 390 og mindretallet i Rt-1998-929 på s. 934.

¹¹⁸ Helset (1998) s. 128, Skjerdal (1998) s. 61-62

5.1.3 Oppfylles kravene om tydelige hjemler for inngrep?

Som følge av den generelle og skjønsmessige ordlyden i ”uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig” og ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” fremstår ikke spørsmål om utvidende og analogisk fortolkning aktuelt. Spørsmål som oppstår er om ordlyden er tilstrekkelig klar, i hvilken grad ordlyden presiseres gjennom forarbeider og rettspraksis og om forvaltningens anvendelse av vilkårene er i tråd med føringene.

I kapittel 5.2 foretas en tolkning av vilkårene hovedsakelig ut fra ordlyd og forarbeider, men det vises også noe til hvordan vilkårene er forstått i rettspraksis og forvaltningspraksis. For øvrig gis Rt-2007-1851 og praksis fra Helsepersonellnemnda en nærmere analyse og vurdering i henholdsvis kapitlene 5.3 og 5.5. I kapittel 5.6 drøftes om vilkårene kan anses å innfri de krav legalitetsprinsippet stiller til klarhet, eller om de bør formuleres klarere i lovteksten selv.

Det oppstår spørsmål om tilbakekall av autorisasjon begrunnet med atferd på fritiden er et inngrep som betinger klar lovhjemmel. Som det fremgår i kapittel 3.3.1 får tilbakekall inngripende rettslige og faktiske virkninger, og omtales i forarbeidene som et yrkesforbud og svært inngripende. Det er også i juridisk teori lagt til grunn at tilbakekall er en inngripende reaksjon.¹¹⁹ Videre kan lovgivers ønske med helsepersonelloven og endringsloven av 2000 om tydeliggjøring av vilkårene, ses som uttrykk for at legalitetsprinsippet stiller strenge krav til hjemmelen for reaksjoner etter helsepersonelloven.

De ovennevnte argumenter gir holdepunkter for at tilbakekall av autorisasjon er et inngrep som krever klar hjemmel. Videre fremstår reaksjonen særlig inngripende når den begrunnes med hendelser på fritiden. For det første er autorisasjonen knyttet til kvalifikasjoner for yrkesutøvelsen, slik at en regulering av helsepersonells *privatliv* tilsier klarhet om hvilken atferd som rammes. For det andre fremgår det i kapittel 5.5 at visse vedtak får *straffepreg*, og straff krever som kjent klar lovhjemmel. Momentene støtter slutningen om krav om klar lovhjemmel.

Kravene vil også variere med hvor tyngende tilbakekallsvedtaket rammer i det enkelte tilfellet, se sitatet fra Rt-1995-530 ovenfor. Og tilbakekall av autorisasjon vil kunne ramme helsepersonell med ulike styrke, avhengig av vedkommendes profesjonstilhørighet. Autorisasjon er for eksempel en betingelse for næringsvirksomhet som allmennlege, og tilbakekall av autorisasjon medfører at virksomheten må nedlegges eller selges med store økonomiske konsekvenser. Legen kan heller ikke arbeide som spesialist uten autorisasjon. Derimot vil profesjoner

¹¹⁹ Befring (2010) s. 392

som sykepleiere og hjelpepleiere med oppgaver særlig relatert til stell og pleie kunne få tilsvarende stillinger under andre titler. Dette kan tilsi at kravene til hjemmelen vil variere med profesjonene.

Høyesterett bemerket ikke noe om de skjønsmessige vilkårene for tilbakekall begrunnet med atferd på fritiden i Rt-2007-1851. Det ble imidlertid stilt krav om ”rimelig klar hjemmel” i Rt-1998-929 ved tidsbegrenset tilbakekall av kjøpergodkjenning etter den tidligere råfiskloven, som følge av tilbakekallets store økonomiske konsekvenser for adressaten og pønale preg.¹²⁰ På bakgrunn av dommen kan det hevdes at også vedtak om tilbakekall av autorisasjon som bærer preg av straff og får store økonomiske konsekvenser for det aktuelle helsepersonell krever ”rimelig klar hjemmel”.

¹²⁰ Rt-1998-929 s. 934 og 936

5.2 Ordlyd og forarbeider

5.2.1 Ordlyden

En språklig fortolkning av grunnvilkåret alene viser at det kreves en sammenheng mellom egnetheten og yrket, jf. uegnet ”til å utøve sitt yrke forsvarlig”. Videre fremgår det av vilkårenes ordlyd lest i sammenheng at det kreves årsakssammenheng mellom grunnvilkåret og tapsgrunnene, jf. at helsepersonellet må finnes uegnet ”på grunn av” tapsgrunnene. Dette viser for det første at tilbakekallsvedtak begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” krever mer enn en vurdering av og konklusjon om at slik atferd foreligger. For det andre fremgår det at tapsgrunnene er ment å presisere grunnvilkårets innhold, en slutning som støttes av uttalelser i legelovens forarbeider. Departementet uttalte at grunnvilkåret burde knyttes til årsaker i form av tapsgrunner, fordi uskikkethet alene ville skape usikkerhet i rettsanvendelsen mens opplisting av tapsgrunner ville fungere som veiledere for skjønnet.¹²¹

En språklig fortolkning av tapsgrunnene bidrar i varierende grad til presisering av grunnvilkåret. Ordlyden i for eksempel ”alvorlig sinnslidelse” og ”grov mangel på faglig innsikt” peker mot uegnet som følge av fare for pasientsikkerhet. Ordlyden i ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” tilsier at atferden må ha sammenheng med yrkesutøvelsen. Men den gir ingen veiledning om hvilken atferd som rammes, og dermed hvordan atferden kan gjøre helsepersonellet uegnet. Det fremgår for øvrig gjennom forarbeidene at tapsgrunnens generelle formulering er tilsiktet og begrunnet med behov for et tapsgrunnlag av generell art.¹²²

Når vilkårene for tilbakekall finnes oppfylt ”kan” Helsetilsynet fatte vedtak om tilbakekall, jf. helsepersonelloven § 57. En språklig fortolkning av uttrykket taler for at tilsynsmyndigheten etter at vilkårene er funnet oppfylt har frihet fremfor plikt til å fatte vedtak.

5.2.2 Presisering av tapsgrunnen

5.2.2.1 *Terskel*

Forutsetningen for å vurdere uegnet er at atferden kvalifiserer som ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”. Det fremgår av forarbeidene at tapsgrunnen særlig er ment å ramme atferd på fritiden, men at terskelen skal være høy.¹²³ Uttrykket ”atferd uverdigg for en lege” ble erstattet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” for å knytte tapsgrunnen nærmere yrkesutøvelsen. Det ble uttalt at hendelser uten forbindelse eller uten nær forbindelse med yrkesutøvelsen bare burde lede til tilbakekall ved ”svært alvorlige forhold” og ”helt spesielle unntakstilfeller”. Straffbare handlinger som tyveri, underslag, legemskren-

¹²¹ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.2.1

¹²² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.8

¹²³ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.8

kelser, legemsbeskadigelser, gjentatte tilfeller av promillekjøring, seksualforbrytelser og drap ble nevnt som eksempler på slike svært alvorlige forhold.

Eksemplene relaterer seg utelukkende til alvorlige straffbare handlinger. Siden de straffbare handlingene ble omtalt som eksempler kan det ikke slutes at bare straffbar atferd rammes. Slutningen støttes av at den tilsvarende tapsgrunnen i legeloven rammet både straffbar og annen atferd. Uttalelsen om at ”graverende uhederlighet eller usømmelig atferd kan foreligge selv om den ikke fører til straffesak” taler imidlertid for at terskelen er høy.¹²⁴ På denne bakgrunn kan det slutes at ikke-straffbar atferd sjelden vil være alvorlig nok til å rammes.

Med henvisning til forarbeidene og rettspraksis uttalte Høyesterett i Rt-2007-1851 at det ”skal en del til” før atferd på fritiden kan medføre tilbakekall.¹²⁵ Forarbeidene og dommen viser at ordlyden tolkes innskrenkende, slik at kun svært alvorlige forhold rammes.

Rt-2007-1851 avklarte også beviskravet. Det ble uttalt at alminnelig sannsynlighetsovervekt normalt er tilstrekkelig, men at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn eldre forhold av sterkt infamerende karakter og uten umiddelbar tilknytning til yrkesutøvelsen.¹²⁶ Dette er senere lagt til grunn i juridisk teori og underrettspraksis.¹²⁷ Slutningen berodde på en avveining av hensynet til det aktuelle helsepersonellet og hensynet til oppfyllelse av lovens formål. Et forhøyet beviskrav kan derfor være aktuelt også for andre saksforhold, men terskelen vil være høy.

5.2.2.2 Rettslig standard

Det fremgår av forarbeidene til legeloven og helsepersonelloven at tapsgrunnen ”atferd uverdigg for en lege” var uttrykk for en rettslig standard.¹²⁸ Siden tapsgrunnen i helsepersonelloven anses som en videreføring av legelovens er det holdepunkter for å hevde at også denne er det.¹²⁹ Med rettslig standard menes tradisjonelt en lovbestemmelse som ikke selv inneholder normen som skal overholdes, men som viser til normer for atferd utenfor lovteksten.¹³⁰

Forarbeidene til helsepersonelloven gir veiledning om den utenforliggende normen. Det uttales om tapsgrunnen at atferden skal vurderes etter en objektiv norm, som vil kunne variere

¹²⁴ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.3.6

¹²⁵ Avsnitt 42

¹²⁶ Avsnitt 31-36

¹²⁷ Mår (2008) s. 241, LB-2012-33100, LB-2008-115509

¹²⁸ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) s. 228, Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.1.8

¹²⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.8

¹³⁰ Kjønsstad (2007) s. 227

med det aktuelle helsepersonellens yrkesgruppe og funksjoner avhengig av behovet for allmenn tillit.¹³¹ Andre steder i forarbeidene uttales det at utførelsen av oppgaver som innebærer selvstendighet, risiko og/eller omfattende pasientkontakt får stor betydning for pasientsikkerheten og krever særlig tillit. Som eksempler nevnes blant annet selvstendig og direkte ansvar for utredning, diagnostikk og behandling, og stell og pleie av pasienter.¹³² Forarbeidsuttalelsene lest i sammenheng gir holdepunkter for at yrkesgrupper med oppgaver som innebærer selvstendighet, risiko og/eller omfattende pasientkontakt generelt er underlagt en strengere norm for atferd enn for eksempel helsepersonell med administrative oppgaver. Uttalelser om at tilsynsmyndigheten gjennom konkrete saker bør søke å finne frem til normen for den aktuelle profesjonen, tilsier at tilsynsmyndigheten likevel skal foreta konkrete vurderinger av den aktuelle helsepersonellgruppens behov for allmenn tillit.¹³³

Forarbeidene til helsepersonelloven yter ikke ytterligere veiledning om den rettslige standarden. Legelovens forarbeider bidrar til klargjøring:

”Man nytter en rettslig standard, som vil bero på synet til enhver tid, både blant leger og i samfunnet som helhet. Uverdigg atferd kan vises både i selve legegjerningen, og utenfor den, når atferden er slik at det virker støtende at en person med slike svikt utøver en så krevende gjerning som det er spørsmål om i det aktuelle tilfelle.”¹³⁴

Uttalelsen taler for at standarden viser til oppfatninger og holdninger i samfunnet generelt, om hvilken atferd som objektivt og berettiget kan forventes av helsepersonellet *som yrkesutøver* i lys av vedkommendes arbeidsoppgaver. Slutningen støttes av uttalelser andre steder om at det avgjørende er en objektiv og saklig vurdering av om legen er verdig til eller fortjener den tillit som er nødvendig for yrket, og ikke usikre slutninger om pasienters, kollegaers eller publikums mer eller mindre velbegrunnede tillit.¹³⁵

Et kjennetegn med rettslige standarder er den dynamiske karakteren. Det fremheves i forarbeidene til legeloven og helsepersonelloven at normens innhold og dermed hvilken atferd som rammes vil bero på samfunnsutviklingen og de til enhver tid rådende oppfatninger i samfunnet.¹³⁶ Dette er problematisk for helsepersonells mulighet til å forutse tillatt atferd og innrette seg deretter.

¹³¹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.8

¹³² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 14.4.1, 14.4.2.2

¹³³ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.8

¹³⁴ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) s. 228

¹³⁵ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.3.6

¹³⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.1.8, Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) s. 228

5.2.3 Presisering av grunnvilkåret

5.2.3.1 *En konkret helhetsvurdering*

Dersom atferden vurderes å innfri tapsgrunnen blir spørsmålet om atferden gjør helsepersonellet ”uegnet til forsvarlig yrkesutøvelse”. Forarbeidene til helsepersonelloven er knappe om grunnvilkåret. Det uttales kun at de fleste hensyn taler for videreføring av uskikkethet som grunnvilkår, og at grunnvilkåret kan vurderes oppfylt etter en samlet vurdering av flere tapsgrunner.¹³⁷

Uttalelser i legelovens forarbeider gir holdepunkter for at oppfyllelse av grunnvilkåret forutsetter en konkret helhetsvurdering. Det vises til uttalelser om at grunnvilkåret viser til skjønn, at det er grader i uskikkethet, at uskikketheten kan være begrenset til visse stillinger og at den må bero på konkrete mangler og svakheter.¹³⁸ Slutningen støttes av helsepersonelloven § 59 og forarbeidene til helsepersonelloven, som forutsetter at uegnetheten kan hefte ved bare deler av yrkesutøvelsen.¹³⁹ Om helsepersonellet er helt eller bare delvis uegnet til yrkesutøvelse vil måtte bero på en konkret vurdering av det enkelte helsepersonell. Av premissene i Rt-2007-1851 og praksis fra Helsepersonellnemnda fremgår det at egnethetsvurderingen baseres på sakens konkrete omstendigheter, se kapitlene 5.3 og 5.5 nedenfor. At det skal foretas en konkret helhetsvurdering støttes av uttalelser i underrettspraksis og juridisk teori.¹⁴⁰

Det er i juridisk teori lagt til grunn at egnethetsvurderingen skal baseres på situasjonen på vedtakstidspunktet og bakover i tilstrekkelig tid for å kunne fastslå uegnethet.¹⁴¹ Dette følger videre av formålet med tilbakekall som er å bidra til sikkerhet, kvalitet og tillit, og ikke å straffe helsepersonell for hendelser som hører fortiden til. Dette fremgår også av Rt-2007-1851, ved formuleringen av vurderingstema for egnethetsvurderingen, se kapittel 5.2.3.2.

Selv om vurderingen av uegnethet som følge av ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” skal være konkret og dermed åpen, kan det fra lovgiverhold trekkes ut forutsetninger om vurderingstema og sammenheng mellom atferden og yrkesutøvelsen. Forutsetningene er generelle og dermed relevante for alle saker om atferd på fritiden. Rt-2007-1851 bidrar til ytterligere veiledning om helhetsvurderingen, men fordi saken gjelder seksuelle overgrep er relevansen hovedsakelig begrenset til lignende saker.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.1

¹³⁸ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.2.1

¹³⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) avsnitt 21.1.3.3

¹⁴⁰ Mår (2008) s. 214, LB-1994-1447, dom ved Oslo byrett 06. juni 1999 s. 21

¹⁴¹ Befring (2010) s. 393-394, Mår (2008) s. 214. Se også uttalelser i LB-1994-1447

5.2.3.2 *Vurderingstema*

Det presiseres verken i forarbeidene til helsepersonelloven eller legeloven hvilke faktorer som vil være relevante i helhetsvurderingen. Begrunnelsen for og formålet med autorisasjonsordningen og herunder vil imidlertid være relevant for tolkningen. Som det fremgår i kapittel 3 er autorisasjonsordningen et offentlig virkemiddel som skal bidra til oppfyllelse av lovens formål om kvalitet, sikkerhet og tillit, ved å stille krav om personlige og faglige minimumskvalifikasjoner for yrkesutøvelse som autorisert helsepersonell. På denne bakgrunn vil helsepersonell anses uegnet når vedkommende ikke lenger tilfredsstillende disse kravene. Slutningen støttes av Rt-2004-1343. Høyesterett uttalte om grunnvilkåret for tilbakekall i legeloven § 8 at vurderingstemaet var ”om legen tilfredsstillende de krav som stilles for å ha tillatelse til å utøve yrket, og til fortsatt å kunne utøve det”.¹⁴² Det fremgår av legelovens forarbeider at oppfyllelse av grunnvilkåret forutsetter varighet i uskikkethet eller svikt i kvalifikasjoner.¹⁴³

Som vist i kapittel 4.4 legger lovens formål ”føringer” for tilsynsmyndighetens tolkning av reaksjonsbestemmelsene. Og i Rt-2007-1851 ble det uttalt at de to hensyn som særlig må vektlegges i vurderingen av uegnet som følge av ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”, er om helsepersonellet i dag representerer en fare for pasientsikkerheten eller om tilliten til helsevesenet vil svekkes dersom helsepersonellet får fortsette yrkesutøvelsen.¹⁴⁴ Førstvoterende vurderte deretter om pasientsikkerhet eller allmenn tillit begrunnet tilbakekall i den aktuelle saken, mens annenvoterende vurderte om allmenn tillit begrunnet tilbakekall. Formuleringen av spørsmål og premissene viser at hensynene ble anvendt som vurderingstemaer eller veiledere, ved å gi den åpne helhetsvurderingen retning, se kapittel 5.3 nedenfor.

Tilbakekall begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” er særlig begrunnet med hensynet til allmenn tillit. Forarbeidene viser til en objektiv norm som beror på allmenn tillit, mens det ikke henvises til pasientsikkerhet eller kvalitet, se kapittel 5.2.2.2. Legelovens forarbeider viser at det var legestandens behov for allmenn tillit som begrunnet den tilsvarende tapsgrunnen. Det ble blant annet uttalt at uhederlig vandel på fritiden kunne medføre at legen ble ”uverdig til å være lege, og ikke bør nyte den tillit som autorisasjon og lisens er uttrykk for”.¹⁴⁵ Og formuleringen ”atferd uverdigg for en lege” ble foretrukket fremfor ”utvist en atferd som gir grunn til å anta at han ikke har den tillit som er nødvendig i legeyrket” for bedre å få fram at det avgjørende skulle være om legen objektivt sett hadde tillit.¹⁴⁶

¹⁴² Avsnitt 45

¹⁴³ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) s. 228

¹⁴⁴ Uttalelser av førstvoterende i avsnitt 30. Annenvoterende sluttet seg i det vesentlige til førstvoterendes gjennomgang av vilkårene jf. avsnitt 65

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.3.6

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.3.6 jf. 4.2.5

Etter § 56 annet ledd kan advarsel ilegges dersom helsepersonell har ”utvist en atferd som er egnet til i vesentlig grad å svekke tilliten til vedkommende yrkesgruppe”. Det fremgår av forarbeidene at alternativet særlig rammer atferd utenfor tjenesten som ikke er så alvorlig at den begrunner tilbakekall, men der hensynet til allmenn tillit likevel tilsier reaksjon.¹⁴⁷ Bestemmelsens ordlyd og forarbeider fremhever allmenn tillit som det sentrale hensynet ved reaksjoner begrunnet i hendelser på fritiden.

I Rt-2007-1851 og samtlige av sakene fra Helsepersonellnemnda som gjennomgås nedenfor var nettopp allmenn tillit det avgjørende hensynet.¹⁴⁸ Sakene viser at det sjelden vil foreligge risiko for pasientsikkerheten i etterkant av integritetskrenkelses på fritiden, og hensynet får dermed liten faktisk betydning som vurderingstema.

5.2.3.3 *Sammenheng med yrkesutøvelsen*

Som tidligere nevnt gir vilkårenes ordlyd holdepunkter for krav om en viss sammenheng mellom atferden og yrkesutøvelsen. Forutsetningen presiseres noe ved lovens formål som vurderingstemaer for egnethetsvurderingen. Når pasientsikkerhet anføres som begrunnelse fremtrer sammenhengen med yrkesutøvelsen klart.

En slik sammenheng er også forutsatt når allmenn tillit fungerer som begrunnelse. Uegnetheten skal bero på ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”, som nettopp viser til en objektiv norm basert på graden av tillit helsepersonellet har behov for under utførelsen av yrket, se kapittel 5.2.3.3. Og autorisasjonen som offentlig virkemiddel er knyttet til om helsepersonellet tilfredsstiller kravene satt for yrkesutøvelsen, se kapittel 3.2. Videre kan det vises til at loven skal bidra til tillit til ”helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten”, jf. § 1. Ileggelse av advarsel etter § 56 annet ledd forutsetter at tilliten ”til helsepersonellgruppen” svekkes, og det uttales i forarbeidene at tilsynsmyndigheten konkret må begrunne hvorfor tilliten til vedkommende yrkesgruppe svekkes ved atferden utenfor tjenesten.¹⁴⁹

På denne bakgrunn er det holdepunkter for å hevde at tilbakekall begrunnet med allmenn tillit forutsetter at svekkelsen av tillit angår helsepersonellet som helsepersonell, helsepersonellgruppen eller helsevesenet generelt, og at en slik sammenheng må vurderes og begrunnes.

Det er uklart hva som kreves for at atferden kan svekke tilliten til vedkommende som helsepersonell i en slik grad at helsepersonellet kan anses uegnet. Forutsetningen om sammenheng tilsier at tilliten til helsepersonellet som privatperson er irrelevant. Slutningen støttes av utta-

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 9.5.2

¹⁴⁸ Slik også dom ved Oslo byrett 06. juni 1999 s. 19-21

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 9.5.2 s. 49

lelser i legelovens forarbeider om at det tilsvarende vilkåret for autorisasjon ikke retter seg mot vandel og plettfrihet i alminnelighet.¹⁵⁰ I underrettspraksis etter legeloven § 8 er det lagt til grunn at skikkethetsvurderingen ikke beror på en moralsk vurdering av handlingen.¹⁵¹ Helsepersonellnemndas praksis viser at det kan være vanskelig å vurdere og begrunne svekkelse av allmenn tillit når det ikke foreligger holdepunkter for pasientrisiko som knytter atferden til yrkesutøvelsen, se kapittel 5.5.

5.2.4 Presisering av ”kan”-skjønn

I helsepersonellovens forarbeider omtales ikke ”kan”. I legelovens forarbeider uttales det om legeloven § 8 at tilbakekall ikke er obligatorisk, men beror på skjønn som ikke skal utøves vilkårlig og som kan falle ulikt ut avhengig av den aktuelle legens virksomhet.¹⁵² Og om endringene i § 56 i 2008 ble det uttalt at ved en ”kan-bestemmelse” må tilsynsmyndigheten først vurdere om vilkårene for ileggelse av reaksjonen er oppfylt, dernest om reaksjon ”bør” ilegges i den aktuelle saken.¹⁵³ Det ble for øvrig ikke uttalt noe om hvilke hensyn som er relevante i en slik vurdering. Det ovennevnte gir grunnlag for at ”kan” i helsepersonelloven § 57 skal forstås på samme måte, det vil si at det skal foretas en vurdering av om tilbakekall bør vedtas.

Lovens system gir holdepunkter for at de sentrale hensyn er belastningen på helsepersonellet og oppfyllelse av lovens formål. Det vises til at loven innebærer en omfattende regulering av *helsepersonell* av hensyn til *kvalitet, sikkerhet og tillit* til helse- og omsorgstjenesten. Videre er det nettopp disse hensyn som vurderes i underrettspraksis og forvaltningspraksis.¹⁵⁴

Høyesterett har fortolket uttrykket i helsepersonelloven § 57 som henvisning til hensiktsmessighetsskjønn, jf. Rt-2007-1851 avsnitt 61 og Rt-2010-1613 avsnitt 54. Tilbakekallsvedtakets forholdsmessighet ble ikke drøftet eksplisitt i noen av dommene, noe som kan kritiseres sett hen til den lave domstolfrekvensen på området og dermed behovet for rettsavklaring. Fem av sakene fra Helsepersonellnemnda som gjennomgås i kapittel 5.5 gjaldt tilbakekall.¹⁵⁵ Vedtak ble ikke vurdert uforholdsmessig i noen av sakene, og vurderingene var korte og bestod hovedsakelig av henvisning til lovens formål.¹⁵⁶ Praksis viser dermed at forholdsmessighetsvurderingen anses streng og har liten betydning. Uttalelser i legelovens forarbeider som riktignok

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 4.2.5

¹⁵¹ Dom ved Oslo byrett 06. juni 1999 s. 21. Retten opphevet Helsetilsynets vedtak om tilbakekall av leges autorisasjon som følge av domfellelse for seksuell omgang med mindreårig.

¹⁵² Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) s. 228

¹⁵³ Ot.prp. nr. 25 (2007-2008) avsnitt 13.1 ”Til endringene i § 56”

¹⁵⁴ Lagmannsretten: LB-2012-33100, LF-2012-18301. Helsepersonellnemnda: Sakene 10/25, 12/44, 13/59, 13/164, 13/271

¹⁵⁵ 10/25, 12/44, 13/59, 13/164, 13/271

¹⁵⁶ Det redegjøres derfor ikke nærmere for forholdsmessighetsvurderingene i denne oppgaven

angikk bevisvurderingen kan gi uttrykk for at dette er lovgivers intensjon. Det ble fremholdt at legene må fylle kravene satt for yrkesutøvelsen, og at menneskelige hensyn som virkningene for legen, lang utdanning, skuffede forventninger og tap av levebrød ikke kan anføres for å lette på kravene.¹⁵⁷

Antydningene om at forholdsmessighetsvurderingen ikke er reell er problematisk i et rettssikkerhetsperspektiv. At domstolene har kompetanse til å prøve også hensiktsmessighetskjønnet får liten betydning, jf. helsepersonelloven § 71.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) avsnitt 5.2.6

¹⁵⁸ Rt-2007-1851 avsnitt 61

5.3 Rettspraksis: Rt-2007-1851

Vilkårenes skjønsmessige ordlyd innebærer at domstolene får en viktig rolle i anledning presisering av innholdet, og korrigerende av forvaltningens anvendelse av vilkårene. Det foreligger imidlertid lite rettspraksis på området for reaksjoner overfor helsepersonell. Rt-2007-1851 er den eneste høyesterettsdommen som tar stilling til vilkårene for tilbakekall begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”. Dommen er derfor viktig for rettsavklaring.

Saken gjaldt gyldigheten av vedtak om tilbakekall av en leges autorisasjon som følge av seksuelle overgrep overfor mindreårige over flere år på 1980-tallet. Overgrepene skjedde mens legen var medisinstudent og under turnustjeneste, men før han fikk autorisasjon. Sist kjente overgrep fant sted i 1989. Straffesak ble opprettet etter anmeldelse i 2004, men henlagt grunnet foreldelse. Flertallet på tre dommere konkluderte med begrensning av autorisasjon slik at legen ikke kunne yte helsetjenester overfor barn, mens mindretallet på to dommere mente autorisasjonen burde tilbakekalles fullt.

At atferden oppfylte tapsgrunnen ble av førstvoterende forutsetningsvis og av annenvoterende eksplisitt lagt til grunn uten nærmere vurderinger.¹⁵⁹ Egnetheten ble derimot drøftet. Førstvoterende fremholdt at pasientsikkerhet ikke kunne begrunne tilbakekall, sett hen til legens virke som allmennlege i et lite lokalsamfunn i 15 år uten holdepunkter for kritikkverdig atferd og at hans livssituasjon i dag var en annen enn da overgrepene fant sted.¹⁶⁰ Derimot begrunnet hensynet til helsevesenets omdømme begrenset tilbakekall på grunn av overgrepenes grovhet, usikkerhet om legen hadde forstått alvorligheten av overgrepene og vedtakelsen av helsepersonelloven § 20a.¹⁶¹ I motsatt retning ble det uttalt at helsevesenets omdømme ikke begrunnet fullstendig tilbakekall. Det ble lagt vekt på at handlingene ble begått uten tilknytning til yrkesutøvelsen og før legen ble autorisert, at det var 18 år siden sist kjente overgrep, at det ikke forelå klager på hans 17 år lange yrkesutøvelse og at helsepersonelloven § 20a ga grunnlag for slutningen om at helsepersonell rammet av bestemmelsen kunne yte helsetjenester til andre enn barn og funksjonshemmede.¹⁶²

Annenvoterende konkluderte med at allmenn tillit begrunnet fullstendig tilbakekall på grunn av overgrepenes alvorlighet, manglende utvist innsikt og forståelse for overgrepenes alvorlighet og skadevirkninger for ofrene og bevisst usannferdig forklaring om overgrepene i tilsyns-

¹⁵⁹ Avsnittene 42, 66

¹⁶⁰ Avsnitt 48

¹⁶¹ Avsnittene 52, 58

¹⁶² Avsnitt 59

saken. På denne bakgrunn var ikke tidsforløpet uten holdepunkter for gjentatte krenkelser tilstrekkelig til å anse tilliten gjenvunnet.¹⁶³

Dommen bidrar ikke til avklaring om forståelsen av tapsgrunnen og forholdsmessighetsvurderingen, siden dette ikke ble vurdert. Både førstvoterende og annenvoterende drøftet imidlertid grunnvilkåret. At dommen er avgitt i avdeling og under sterk dissens er egnet til å svekke dens vekt. Det var imidlertid enighet om at de to sentrale hensyn er pasientsikkerhet og allmenn tillit til helsevesenet, at det skal ”en del til” for at forhold på fritiden kan lede til tilbakekall og at betraktninger om på et visst tidspunkt å kunne legge forhold bak seg må tillegges vekt.¹⁶⁴ Videre la førstvoterende og annenvoterende vekt på flere av de samme momentene i vurderingen av om allmenn tillit begrunnet tilbakekall. Disse var forholdets alvor, tidsforløpet, manglende holdepunkter for fare for pasientsikkerheten og graden av bearbeidelse og innsikt. Førstvoterende la også vekt på innholdet i helsepersonelloven § 20a. Momentene er generelle fremfor saksspesifikke, og kan derfor være relevante for lignende saker.

Det er imidlertid uavklart hvordan momentene skal avveies mot hverandre, det vil hva som kreves for å anse tilliten til helsepersonellet svekket i en slik grad at vedkommende anses uegnet.¹⁶⁵ Dette beror dels på dissensen, som særlig gjaldt betydningen av et tidsforløp uten tilsvarende hendelser og hvor nær sammenheng som kreves mellom atferden og yrkesutøvelsen. Dels beror det på at egnethetsvurderingen er konkret og dermed avhengig av omstendighetene i den aktuelle saken, og at Rt-2007-1851 gjaldt et grensetilfelle om grove seksuelle overgrep mot mindreårige over 15 år tilbake i tid. Nedenfor redegjøres det nærmere for hva som anses uavklart.

Både førstvoterende og annenvoterende tok utgangspunkt i overgrepens alvorlighet. At momentet utgjør utgangspunktet i egnethetsvurderingen følger også av lovteksten, jf. at helsepersonellet må finnes uegnet ”på grunn av... atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen”.

Det fremgår av førstvoterendes begrunnelse for begrenset tilbakekall og annenvoterendes begrunnelse for fullt at overgrepene ble tillagt avgjørende vekt. Begrunnelsene for at tilliten ble svekket til vedkommende som helsepersonell var korte og lite konkrete. Annenvoterende uttalte at legen ikke ville ha nødvendig tillit til å diagnostisere og forholde seg til pasienter i alle aldre utsatt for seksuelt misbruk som barn. Førstvoterendes henvisning til at helsepersonelloven § 20a er ment å hindre tidligere seksualforbrytere i å yte helsetjenester overfor barn var

¹⁶³ Avsnitt 66-67

¹⁶⁴ Avsnitt 30, 41, 46. Annenvoterende sluttet seg til førstvoterendes gjennomgang av vilkårene, jf. avsnitt 65

¹⁶⁵ Siden det ikke forelå holdepunkter for pasientrisiko redegjøres det ikke nærmere for begrunnelsen om pasientsikkerhet, jf. avsnitt 48-50

eneste begrunnelse for denne sammenhengen for konklusjon om begrenset tilbakekall. I disse begrunnelsene ble det også lagt liten vekt på det lange tidsforløpet som var passert uten holdepunkter for gjentatt kritikkverdige atferd. Begrunnelsene kan dermed tyde på at det ikke kreves nær sammenheng mellom atferden og yrkesutøvelsen ved alvorlige integritetskrenkelser. At tidsforløpet ikke ble tillagt vekt berodde på usikkerheten om legen hadde bearbeidet årsakene til overgrepene og fått innsikt om alvorligheten og skadevirkningen. Dommen etterlater dermed usikkerhet om tapt tillit ved alvorlige integritetskrenkelser kan gjenvinnes dersom det foreligger usikkerhet om bearbeidelse og innsikt.

Førstvoterende la derimot for sin konklusjon om at det ikke forelå grunnlag for fullt tilbakekall stor vekt på tidsforløpet, og vurderte mer utførlig atferdens sammenheng med yrkesutøvelsen. Det ble gjengitt ovenfor lagt vekt på at overgrepene fant sted uten forbindelse med yrkesutøvelsen, før legen fikk autorisasjon, at det var passert 18 år siden siste straffbare forhold og at det i løpet av denne tidsperioden ikke forelå holdepunkter for kritikkverdige atferd. At annenvoterende vurderer tidsforløpet og sammenhengen ulikt i vurderingen av begrenset og fullstendig tilbakekall illustrerer hvor konkret og vanskelig egnethetsvurderingen er. Det fremstår uavklart i hvilken grad atferden må knyttes opp mot yrkesutøvelsen før svekkelse av tillit kan gjøre helsepersonellet uegnet. Og herunder om svekkelse av tillit i etterkant av alvorlige integritetskrenkelser kan gjenvinnes etter et tidsforløp uten tilsvarende hendelser.

Synspunktet om at et tidsforløp ikke tillegges betydning dersom helsepersonellet ikke har utvist innsikt og forståelse for handlingens alvor og skadevirkninger støttes av Helsepersonellnemndas praksis som er sammenfallende og konsekvent på dette punktet, se kapittel 5.5. Hensynet til oppfyllelse av lovens formål om allmenn tillit kan anføres i samme retning. At allmenn tillit er understreket som et selvstendig formål i helsepersonelloven § 1 og lovens forarbeider tilsier at allmenn tillit kan begrunne tilbakekall uavhengig av (manglende) holdepunkter for fare for pasientsikkerheten. Siden det sjelden vil foreligge holdepunkter for pasientrisiko i saker om integritetskrenkelser på fritiden kan hensynet til en effektiv anvendelse av tapsgrunnen anføres i samme retning.

Samtidig taler tidsbetraktninger og rimelighetshensyn for at helsepersonell etter et lengre tidsforløp uten holdepunkter for tilsvarende hendelser kan legge tidligere straffbare handlinger bak seg og ikke lenger fratras adgangen til å utøve sitt yrke. Selv om det kan fremstå usikkert om vedkommende har innsett alvoret i situasjonen. Det vises også til dom ved Oslo byrett der retten omgjorde Helsetilsynets tilbakekallsvedtak etter legeloven § 8, begrunnet med seksuell omgang med mindreårig jente. Retten mente handlingen ikke reduserte tilliten til legen i en

slik grad at han var uskikket, sett hen til at handlingen var begått utenfor legevirkosomheten og for 6 år siden og at det ikke forelå holdepunkter for gjentagelsesfare.¹⁶⁶

Førstvoterende og annenvoterende så også ut til å formulere vurderingstemaet ulikt. Førstvoterende uttalte at ”tilliten til *helsevesenet*” er et av de to sentrale hensyn, og formulerte spørsmålet som om legens fortsatte yrkesutøvelse ”ville skade *helsevesenets* omdømme” (mine uthevinger).¹⁶⁷ Annenvoterende sluttet seg som nevnt til førstvoterendes gjennomgang av vilkårene. Men annenvoterende uttalte også at begrensning av autorisasjon ikke ville være tilstrekkelig til å sikre at legen hadde ”den nødvendige tillit *som lege*”, og at problemstillingen i saken var om legen fremstod med ”den autoritet *en lege* bør ha i sitt virke” (mine uthevinger).¹⁶⁸ Det anses derfor uavklart om atferden og svekkelse av tillit skal vurderes mot helsepersonellet som helsepersonell, eller til yrkesgruppen eller helsevesenet generelt. Ulikheten i formulering kan forklare den ulike vektleggingen av tidsforløpet.

Det kan også reises spørsmål om anvendelsen av helsepersonelloven § 20a i dommen. Bestemmelsens andre ledd pålegger helsepersonell som skal yte helse- og omsorgstjenester til barn å ”fremlegge politiattest” for arbeidsgiver, og etter femte er helsepersonell som har vedtatt forelegg eller er dømt for visse opplistede seksualforbrytelser ”utelukket fra å yte helse- og omsorgstjenester til barn eller personer med utviklingshemming”. Det uttales i forarbeidene at barn som mottar helsehjelp er særlig avhengig av helsepersonellet som yter helsehjelpen, og at både barn og foreldre bør ha tillit til helsepersonellet som gir hjelpen og at vedkommende ikke er tidligere straffet, siktet eller tiltalt for seksualforbrytelser.¹⁶⁹

Førstvoterende uttalte at det måtte kunne legges ”betydelig vekt” på den grunnleggende holdningen bak bestemmelsen ved vurderingen av tillit.¹⁷⁰ Det fremgår at bestemmelsen ble brukt for på generelt grunnlag å vurdere helsepersonellet uegnet på et begrenset felt, nemlig ytelse av helsetjenester overfor barn.¹⁷¹ Helsepersonellnemnda anvender bestemmelsen på samme måte overfor tidligere seksualforbrytere, og bruker den som sperre for fullstendig autorisasjon uten å foreta konkrete vurderinger av egnethet.¹⁷²

¹⁶⁶ Oslo byretts dom av 06. juni 1999 s. 21

¹⁶⁷ Avsnittene 30, 58-59

¹⁶⁸ Avsnitt 67

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 86 (2005-2006) avsnitt 2.6.1.3

¹⁷⁰ Avsnitt 57

¹⁷¹ Avsnitt 58

¹⁷² 09/92, 09/148, 13/164

Høyesterett har ved anvendelsen av § 20a lagt større vekt på formålet om allmenn tillit til hel-sevesenet enn konkrete vurderinger av egnethet. Anvendelsen illustrerer at vage inngreps-hjemler innebærer stor tolkningsfrihet for rettsanvenderen, ved at det kan trekkes inn bestem-melser med andre og snevrere formål og på bekostning av konkrete vurderinger av egnethet.

5.4 Generelle vurderinger med utgangspunkt i rettskildene

En språklig fortolkning av ”uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig” og ”atferd som anses ufor- enlig med yrkesutøvelsen” yter ikke tilstrekkelig veiledning om hvilken atferd som rammes, og når slik atferd gjør helsepersonell uegnet. Ordlyden setter ikke helsepersonell i stand til å forutse hvilken atferd på fritiden som kan lede til uegnethet og dermed tilbakekall.

Tapsgrunnen presiseres i utgangspunktet i noen grad gjennom forarbeidene, der det gis anvis- ning på en høy terskel. At tapsgrunnen er uttrykk for en rettslig standard hvis innhold kan endres med samfunnsutviklingen medfører imidlertid uforutsigbarhet om hvilken atferd som vil rammes i fremtiden.

Grunnvilkåret presiseres i liten grad gjennom de øvrige rettskildene. Som vist kan det fra lov- giverhold utledes forutsetninger om en konkret helhetsvurdering, rettet av hensynene til pasientsikkerhet og allmenn tillit og herunder et krav om sammenheng med yrkesutøvelsen. Som følge av å være utledet delvis implisitt og fra flere og ulike rettskilder er retningslinjene vage og generelle, og utover kravet om sammenheng kan det ikke trekkes ut veiledning om relevante faktorer. Rt-2007-1851 avklarer at allmenn tillit og pasientsikkerhet er de to sentrale hensyn, og relevante momenter for helhetsvurderingen. Usikkerheten om hvor nær sammen- heng som kreves mellom atferden og yrkesutøvelsen og hvilken betydning et tidsforløp uten kritikkverdig atferd har, innebærer i liten grad avklaring om allmenn tillit som vurderingste- ma. Usikkerheten innebærer uforutsigbarhet for helsepersonell og stor tolkningsfrihet for til- synsmyndigheten, om hva som kreves for at helsepersonellet kan anses uegnet som følge av tap av allmenn tillit.

Den sterke dissensen i Rt-2007-1851 kan kanskje ses som utslag av de vage og generelle forutsetningene fra lovgiverhold som i liten grad presiserer grunnvilkåret, og i stedet åpner for stor tolkningsfrihet og frie vurderinger. Det kan reises spørsmål om dissensen nettopp berodde på ulik vektlegging av reelle hensyn: Oppfyllelse av lovens formål, og rimelighet overfor det enkelte helsepersonell. At det i den aktuelle saken var dissens om allmenn tillit begrunnet (begrenset) tilbakekall både i Høyesterett, lagmannsretten og Helsepersonellnemnda kan tyde på at de svært skjønnsmessige vilkårene er vanskelige å anvende i praksis.

På denne bakgrunn gir heller ikke en tolkning av vilkårene ut fra forarbeider og rettspraksis helsepersonell tilstrekkelig forutsigbarhet om hvilken atferd som rammes, og når den kan medføre uegnethet. Vilråene fremstår derfor i et tvilsomt forhold til hensynet til nødvendig forutsigbarhet som legalitetsprinsippet bygger på, se kapittel 5.6 nedenfor. Den begrensede veiledningen forarbeidene og rettspraksis gir for tolkningen gjør det relevant å undersøke hvordan vilkårene faktisk anvendes av forvaltningen. Både hvordan føringene overholdes, og om praksisen kan bidra til tolkningen.

5.5 Helsepersonellnemndas praksis

Gjennomgangen av praksis er begrenset til saker om integritetskrenkelser på fritiden i perioden 2008-2014, fordelt på §§ 53, 57 og 62. Sakstypen og perioden er valgt for å kunne sammenlignes med Rt-2007-1851, avsagt i desember 2007. Utvidelsen til §§ 53 og 62 følger av nemndas få vedtak om integritetskrenkelser på fritiden, og at bestemmelsene inneholder samme vurderingsgrunnlag som § 57. Etter § 53 annet ledd kan søknad om autorisasjon avslås dersom det foreligger omstendigheter som gir grunnlag for tilbakekall, og etter § 62 første kan helsepersonell innvilges ny autorisasjon dersom vedkommende godtgjør skikkethet i etterkant av et tidligere tilbakekall.

Fordelt på de ovennevnte rettslige grunnlag fattet nemnda i perioden 2008-2014 elleve saker som omhandlet drap, seksualforbrytelser, legemskrenkelser, trusler og besittelse av barnepornografi.¹⁷³ I vedlegg 1 angis sakene fordelt på hjemmel, profesjon og handling. Nedenfor redegjøres det for og foretas en vurdering av et utvalg av sakene.

5.5.1 Gjennomgang av praksis

I sak 13/164 stadfestet nemnda Helsetilsynets vedtak om tilbakekall av en leges autorisasjon. Klageren var i 1988 og 1990 domfelt for seksualforbrytelser overfor mindreårige, og det var ved klagebehandlingen ca. 25 år siden siste overgrep. Nemnda innledet med at legeyrket krevde særlig allmenn tillit, og henviste til lovens formålsangivelse og uttalelser i forarbeidene om tillit til helsevesenet som en grunnleggende forutsetning for dets virke. Det ble uttalt at det må stilles særlig strenge krav til legers atferd også i privatlivet, grunnet deres selvstendige og direkte ansvar for behandling og oppfølging av pasienter. Det ble videre uttalt at seksuell omgang med mindreårige var egnet til å svekke tilliten til klageren som lege ”i betydelig grad”. Det ble ikke begrunnet hvorfor leger har særlig behov for allmenn tillit eller hvorfor seksuell omgang med mindreårige var egnet til å svekke tilliten til klageren *som lege*.

Det ble vist til skjerpene omstendigheter ved overgrepene, som at overgrepene var begått overfor tre gutter i alderen 11-14 og strakk seg over to et halvt år, at klageren var nær 27 år da det siste overgrepet fant sted og at han begikk nye straffbare forhold i prøvetiden av den første dommen. Det ble deretter uttalt at spørsmålet om legen i dag hadde tilstrekkelig tillit berodde på en helhetsvurdering, der blant annet gjennomført behandling og omfattende endring av atferd og holdninger var relevant. Nemnda viste til at det ikke forelå holdepunkter for kritikkverdige atferd i etterkant av overgrepene, men vurderte ikke betydningen av dette. Det ble også vist til at klageren i dag beklaget og tok avstand fra overgrepene. Klagerens manglende erkjennelse av de faktiske forhold til grunn for domfellelsen ble imidlertid tatt til inntekt for

¹⁷³ 08/11, 09/92, 09/148, 10/25, 10/149, 11/82, 11/202, 12/44, 13/59, 13/164, 13/271

manglende selvinnsikt, og legen ble derfor vurdert uegnet yrkesutøvelse som lege. Det ble også lagt vekt på begrunnelsen for § 20a.

I sak 11/202 stadfestet nemnda SAKs avslag på søknad om autorisasjon som sykepleier. Klageren var dømt i 1994 for skadeforvoldelse på fotgjenger under bilkjøring, i 1997 for to tilfeller av brannstiftelse og i 2002 for forsettlig drap begått i 2000. Nemnda uttalte om forholdets alvor at det gjaldt flere meget alvorlige straffbare forhold begått over en periode på ca. 10 år, og det ble vist til at drapet og den etterfølgende skjendingen av liket og brannstiftelsen i en nabogård ga uttrykk for hensynsløs og grov brutalitet. Det ble uttalt at handlingene hadde svekket tilliten til helsepersonellet i ”betydelig grad”, og at sykepleieryrket var et yrke som i særlig grad krever allmenn tillit som følge av selvstendig ansvar for oppfølging av pasienter. Det ble ikke begrunnet hvorfor sykepleieryrket krever særlig allmenn tillit, eller hvorfor de alvorlige handlingene svekket tilliten til helsepersonellet i betydelig grad og *som helsepersonell*. Til tross for tidsforløpet siden de straffbare forhold kom nemnda frem til at tilliten ikke var gjenvunnet i en slik grad at han nå var egnet. Nemnda vektla at klageren hadde fått gode skussmål fra praksis under studiet og fra arbeidsgiver. Men det ble lagt større vekt på den sakkyndiges vurdering der det fremgikk at det forelå en moderat forhøyet risiko for nye straffbare forhold og at det var behov for ytterligere behandling.

De to sakene viser at nemnda ikke tillegger et tidsforløp i seg selv betydning. I flere av sakene der et tidsforløp er passert siden den straffbare handlingen uttales det at tidsforløpet alene ikke er tilstrekkelig til å gjenopprette tilliten som ble tapt ved hendelsen, men må vurderes særlig opp mot dokumentasjon på bearbeidelse av bakenforliggende årsaker til handlingen og innsikt om dens alvorlighet og skadevirkninger.¹⁷⁴ At det ikke er fremkommet klager på yrkesutøvelsen eller er holdepunkter for nye straffbare forhold tillegges liten vekt dersom det etter nemndas oppfatning ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon på bearbeidelse og innsikt. Dette fremgår av sak 13/164 omtalt ovenfor, og i sakene 10/149, 12/44 og 13/271.

I sak 13/271 stadfestet nemnda Helsetilsynets vedtak om tilbakekall av en ambulansearbeiders autorisasjon. Klageren var dømt for voldsutøvelse mot samboeren i perioden 2008-2014, og nemnda viste til at handlingene enkeltvis og samlet var svært alvorlige, rammes av straffeloven og hadde resultert i lang fengselsstraff. Det ble deretter vist til at ambulanserarbeidere har særlig behov for allmenn tillit som følge av selvstendig og direkte ansvar for pleie og omsorg, og at tilliten til ham som ambulansearbeider ble svekket i betydelig grad ved handlingen. Det ble for øvrig ikke begrunnet hvorfor tilliten til vedkommende *som ambulansearbeider* ble svekket ved handlingen. Nemnda uttalte videre at

¹⁷⁴ 08/11, 09/92, 10/25, 10/149, 11/82, 12/44, 13/164, 13/271

tiden som var passert uten klager på yrkesutøvelsen ikke kunne få avgjørende betydning, sett hen til at manglende dokumentasjon på behandling og benektelse av å ha foretatt de alvorligste handlingene han var straffedømt for. I sak 10/149 stadfestet nemnda Helsetilsynets avslag på søknad om ny autorisasjon som psykolog. Autorisasjonen var tidligere tilbakekalt som følge av domfellelse for voldsutøvelse, voldtekt, besittelse av barnepornografi og oppbevaring og bruk av narkotika. Det var gått ca. seks og et halvt år siden voldtekten og noe mindre tid siden de øvrige forhold, og nemnda fremholdt at dokumentasjon på bearbeidelse av årsaker og innsikt i handlingene måtte knyttes til samtlige av forholdene. Det forelå to uttalelser fra behandling hos en spesialist i klinisk psykologi, men nemnda fant at behandlingen ikke fremstod tilstrekkelig langvarig og dyptgående til at den alvorlige svekkelsen av tillit i etterkant av handlingene var gjenvunnet. At det ikke forelå holdepunkter for nye straffbare holdepunkter under tidsforløpet var da ikke tilstrekkelig for skikkethet.

Sak 09/148 illustrerer at et tidsforløp uten holdepunkter for ny kritikkverdig atferd tillegges vekt i disfavør av helsepersonellet dersom nemnda finner dokumentasjonen på bearbeidelse og innsikt tilstrekkelig. Legens autorisasjon var i 2003 tilbakekalt begrunnet med seksuelle overgrep overfor mindreårig jente, og Helsetilsynet avsto nå søknaden om ny begrenset autorisasjon. Dette er den eneste saken der nemnda omgjorde førsteinstansens vedtak. Nemnda mente tilliten til klageren var gjenvunnet i en slik grad at han nå var egnet til legevirksomhet overfor andre enn barn. Det ble lagt vekt på dokumentert bearbeidelse og innsikt om overgrepene, uttalelser fra oppnevnt psykologspesialist om at faren for nye seksuelle overgrep var minimal, at det var 7 år siden autorisasjonen ble tilbakekalt og lenger tid siden den kritikkverdige atferd og at det ikke forelå opplysninger om ytterligere kritikkverdig atferd i løpet av denne tiden. Nemnda foretok i denne saken i større grad en konkret vurdering av atferdens sammenheng med yrkesutøvelsen.

Holdepunkter for fare for pasientsikkerheten tillegges vekt i disfavør av helsepersonell, som vist i sak 11/202 ovenfor og også i sak 13/59. I denne saken var legen dømt for seks tilfeller av voldsutøvelse mot egne barn, og nemnda stadfestet Helsetilsynets tilbakekallsvedtak. Nemnda innledet med at legeyrket krever særlig allmenn tillit og at det stilles strenge krav til legers etiske holdninger og atferd. Det ble uttalt at voldsutøvelse var uforenlig med disse kravene, og at handlingene var egnet til å svekke den allmenne tilliten til klageren som lege. Som skjerpene omstendigheter ved handlingene ble det blant annet vist til at de var begått over tid overfor egne barn som var i et tillits- og avhengighetsforhold til henne, og at de var egnet til å frembringe psykiske påkjenninger som utrygghet og frykt. Nemnda hadde ikke tillit til at klageren overfor pasienter utsatt for mishandling og omsorgssvikt ville fange opp alvorligheten og evne å handle adekvat og å ivareta pasientene, og la også vekt på at hun som utdannet lege burde kjenne til faglige og etiske argumenter mot voldsutøvelse mot barn. Det ble også vist til at hun ikke hadde dokumentert noen form for behandling i etterkant av voldsutøvelsen. Også i

denne saken foretok nemnda i større grad en konkret vurdering av handlingens betydning for legens yrkesutøvelse.

5.5.2 Vurdering av praksis

Hensynet til allmenn tillit var det avgjørende hensyn i samtlige av vedtakene, og det ble i vurderingene vist til forholdets alvor, tidsforløpet, utvist bearbeidelse og innsikt, holdepunkter for fare for pasientsikkerheten og helsepersonelloven § 20a. Selv om vurderingstema og momenter er de samme som for Høyesterett, viser gjennomgangen at begrunnelsene gjennomgående er svakere.

Mens det foretas konkrete vurderinger av forholdets alvor, utvist bearbeidelse og innsikt og holdepunkter for fare for pasientsikkerheten, vurderes ikke atferdens betydning for yrkesutøvelsen eller betydningen av et tidsforløp uten holdepunkter for fare for pasientsikkerheten. Subsumsjonen under vilkårene er generell. Det gis ikke konkrete begrunnelser for yrkesgruppens særlige behov for tillit og hvorfor handlingen svekket tilliten til helsepersonellet *som helsepersonell* eller til helsevesenet. Dette reiser tvil om lovgivers forutsetninger om konkrete vurderinger av sammenhengen mellom atferden og yrket er vurdert og overholdt, se kapitlene 5.2.2.2 og 5.2.3.3.

Oppfyllelse av tapsgrunnen ser fra vedtakene ut til å bero utelukkende på en vurdering av handlingens alvorlighet, uten at den aktuelle profesjonens behov for allmenn tillit vurderes som forutsatt av lovgiver, se kapittel 5.2.2.2. I sju av de elleve sakene uttalte nemnda generelt at den aktuelle yrkesgruppen har særlig behov for allmenn tillit.¹⁷⁵ Sakene omfattet hjelpepleiere, helsesekretærer, sykepleiere, leger og ambulansarbeidere. Dette ble i tre saker utdypet med at yrket innebærer individuell og/eller betydelig pasientkontakt og/eller selvstendig og direkte ansvar for oppfølging av pasienter.¹⁷⁶ Dette er uttalelser referert fra forarbeidene, se kapittel 5.3.2.2 ovenfor. I sak 09/92 uttalte nemnda at hjelpepleiere har særlig behov for allmenn tillit fordi de utfører praktiske pleie- og omsorgsoppgaver i institusjoner og i pasientens hjem, mens nemnda i sak 13/271 uttalte at ambulansarbeidere har særlig behov for allmenn tillit fordi de ofte møter mennesker i sårbare situasjoner som er uten evne til å ta vare på seg selv. Det ble ikke foretatt vurderinger av den konkrete handlingens betydning for hjelpepleieres eller ambulansarbeideres utførelse av yrket.

På bakgrunn av vurderingen av handlingens alvor konkluderes at handlingen svekket tilliten til helsepersonellet som helsepersonell. Ved siden av de generelle bemerkningene om yrkes-

¹⁷⁵ 09/92, 10/25, 11/202, 12/44, 13/59, 13/164, 13/271

¹⁷⁶ 11/202, 12/44, 13/164

gruppens behov for allmenn tillit, vises det undertiden med henvisning til lovens formålsangivelse eller forarbeidene til betydningen av tillit til helsepersonell og helsevesenet.¹⁷⁷ Men det begrunnes sjelden *hvorfor* handlingen innebærer (betydelig) svekkelse av allmenn tillit til helsepersonell *som helsepersonell* eller til helsevesenet. Den konkrete vurderingen av forholdets alvor leder direkte til konklusjonen om svekket tillit til vedkommende helsepersonell, slik at egnethetsvurderingen kan fremstå redusert til en moralsk vurdering av atferden alene. Dette gir inntrykk av krav om moralsk atferd i alminnelighet, som er i strid med lovgivers forutsetninger, se kapittel 5.2.3.3. Nemnda vurderer undertiden svært konkret om helsepersonellet har utvist bearbeidelse og innsikt, men dette inngår i vurderingen av om tilliten er *gjenvunnet* og bidrar derfor ikke til å begrunne hvorfor tilliten ble tapt i utgangspunktet.

At nemnda fant vilkårene oppfylt i alle sakene (unntatt 09/148) som gjaldt flere og ulike helsepersonellgrupper styrker oppfatningen om at det ikke foretas konkrete vurderinger av handlingens betydning for yrkesutøvelsen. Dette kan tyde på at nemnda anser normen sammenfallende for helsepersonellgruppene ved alvorlige integritetskrenkelser. Samtlige av sakene gjaldt riktignok legemskrenkelser og seksualforbrytelser, som nevnes i forarbeidene og som de fleste mennesker vil anse ”støtende”. Lovgivers forutsetning er like fullt at atferden og egnetheten skal vurderes mer konkret enn å etablere en felles og generell norm for alt helsepersonell.

Som tidligere nevnt er det uklart hva som ligger i lovgivers forutsetning om en vurdering av allmenn tillit og herunder sammenheng med yrkesutøvelsen, se kapittel 5.2.3.3 og 5.4. Nemndas svake begrunnelser gir holdepunkter for at de skjønnsmessige og lite presiserte vilkårene er vanskelige å anvende i praksis. I sakene 11/202 og 13/59 forelå det holdepunkter for fare for pasientsikkerhet og kvalitet i helsetjenesten, og sammenhengen med yrkesutøvelsen ble da tydeligere og begrunnelsen mer konkret. I de øvrige sakene forelå det ikke slike holdepunkter, og begrunnelsen bestod da av en henvisning til allmenn tillit. De generelle begrunnelsene og den sterke vektleggingen av forholdets alvor og bearbeidelse og innsikt i motsetning til tidsforløpet alene og direkte sammenheng med yrkesutøvelsen, kan dermed ses som en følge av den tolkningsfrihet og de vanskeligheter som følger av vilkårenes skjønnsmessige utforming.

Siden begrunnelsene stort sett er begrenset til generelle bemerkninger om allmenn tillit, bidrar de i liten grad til veiledning om hvordan vilkårene skal forstås. Vedtakene blir også vanskelige å etterprøve, siden de gir lite informasjon om hva som var avgjørende for resultatet. Dette

¹⁷⁷ 10/25, 12/44, 13/164, 13/271

kan gi grunnlag for spørsmål om det foretas en reell overprøving. Mangelfulle begrunnelser av enkeltvedtak kan tyde på svikt ved selve avgjørelsen.¹⁷⁸

Tilbakekall begrunnet med ”atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen” er inngrepene vedtak som ilegges på svært skjønnsmessig grunnlag og med forutsetning om konkrete vurderinger. Det er derfor holdepunkter for skjerpede begrunnelseskrav ved tilbakekallsvedtakene som er gjennomgått ovenfor, se kapittel 3.4. Begrunnelseskravet fungerer imidlertid ikke som et ”subsidiært vern” for disse sakene. En henvisning til allmenn tillit forklarer ikke helsepersonellet hvorfor atferden svekket tilliten til ham i en slik grad at han anses uegnet. Spørsmålet om vedtakenes svake begrunnelser kan anses som en saksbehandlingsfeil og medføre ugyldighet drøftes ikke her.

De generelle og standardpregede begrunnelsene får også betydning for spørsmålet som ble reist i kapittel 4.4, om tilbakekallsvedtak kan anses å ha straffepreg. Samtlige av sakene gjelder straffbare hendelser uten tilknytning til yrkesutøvelsen. Når hendelsene i tillegg ligger langt tilbake i tid og det ikke gis annen begrunnelse enn en henvisning til allmenn tillit som i flere av sakene omtalt ovenfor, kan vedtaket av helsepersonellet oppfattes som en gjengjeldelse og slik få straffepreg. Uten en konkret vurdering av og begrunnelse for atferdens betydning for yrkesutøvelsen kan vedtaket fremstå som ”straff” for brudd på normer for moralsk oppførelse i alminnelighet. Siden det dreier seg om få vedtak og det ikke foreligger særlig konkrete vurderinger og begrunnelser, er det vanskelig å etterprøve om vedtak i realiteten begrunnes med straffeformål.

¹⁷⁸ Rt-1981-745 s. 748

5.6 De lege ferenda: Burde lovkriteriene vært klarere?

Tilbakekall av autorisasjon representerer et offentlig inngrep i det enkelte helsepersonells rettssfære, med inngripende rettslige og faktiske virkninger, se kapittel 3.3.1. At vedtak kan fattes på grunnlag av hendelser på fritiden og at de kan ha straffepreg tilsier forutberegnelighet om grensene for tillatt atferd og klar lovhjemmel, se kapittel 5.1.3.

En språklig fortolkning av ”uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig” og ”atferd som anses ufor- enlig med yrkesutøvelsen” yter ikke tilstrekkelig veiledning om hvilken atferd som rammes, og når slik atferd gjør helsepersonell uegnet. De forutsigbarhetshensyn legalitetsprinsippet skal ivareta tilsier at vilkårene for tilbakekall begrunnet med forhold i privatlivet burde vært klarere formulert i lovteksten. Konklusjonen støttes av at vilkårene i begrenset utstrekning presiseres gjennom forarbeider og rettspraksis, se oppsummeringen i kapittel 5.4. Henvisningene fra lovgiverhold om allmenn tillit ble i liten grad presisert i Rt-2007-1851, og det fremstår dermed ikke avklart hva som kreves for at allmenn tillit kan begrunne et tilbakekall. Helsepersonell er i liten grad ved ordlyden, forarbeidene og rettspraksis gitt anledning til å forutberegne når atferd på fritiden kan lede til tilbakekall.

Anvendelsen av helsepersonelloven § 20a illustrerer tolkningsfriheten de svært skjønnsmessige vilkårene innebærer, se kapittel 5.3. Det samme gjelder nemndas konkrete vurderinger og sterke vektlegging av handlingens alvorlighet og utvist bearbeidelse og innsikt, og de mindre konkrete begrunnelsene for og vektlegging av tidsforløpet og sammenhengen med yrkesutøvelsen, se kapittel 5.5.2. De generelle begrunnelsene kan undertiden gi inntrykk av at vedtakene har preg av krav til moralsk opptreden i alminnelighet fremfor tilknyttet yrkesutøvelsen, og det kan derfor oppstå tvil om myndigheten til å ilegge reaksjoner misbrukes for å oppnå andre formål enn lovens og autorisasjonsordningens. Begrunnelsene gjør det imidlertid vanskelig å etterprøve om anvendelsen av reglene er i samsvar med lovgivers forutsetninger.

Begrunnelsene gjør det også vanskelig for helsepersonellet å se hva som var de avgjørende grunnene for svekkelsen av tillit og dermed uegnethet. Begrunnelsesplikten fungerer ikke som et subsidiært vern. Dette kan være en følge av at skjønnsmessige vilkår som viser til allmenn tillit i liten grad forplikter til konkrete vurderinger. Som nemndas praksis viser kan det være vanskelig å vurdere og begrunne konkret om allmenn tillit er svekket ved en handling, se kapittel 5.5.2.

På denne bakgrunn fremstår tydeligere vilkår nødvendig. Autorisasjonsordningen skal bidra til sikkerhet og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten og at allmennheten har tillit til dette, jf. kapittel 3.2. Ordningen skal ikke regulere atferd som ikke får betydning for disse formålene. Lovgivers generelle anvisninger om allmenn tillit viser at atferden er forutsatt å ha en viss

sammenheng med yrkesutøvelsen, selv om denne sammenhengen ikke er presisert, se kapitlene 5.2.2.2 og 5.2.3.3.

Vilkårene bør endres slik at denne sammenhengen presiseres i lovteksten selv. Dette vil skape større forutsigbarhet for helsepersonell om når atferd på fritiden kan lede til tilbakekall, og for å forplikte tilsynsmyndigheten til å foreta konkrete vurderinger. Det kan vises til eksempler fra andre områder. Etter revisorloven § 9-1 tredje ledd nummer 1 kan godkjenning som revisor tilbakekalles dersom vedkommende ”anses uskikket” fordi han har ”gjort seg skyldig i straffbar handling” og dette ”må antas å svekke den tillit som er nødvendig for yrkesutøvelsen”.¹⁷⁹ Det kan også vises til grunnlaget for tilbakekall av legitimasjon i Sverige, som går enda lenger i presisjon. Etter patientsäkerhetslagen kapittel 8 3 § nummer 2 kan legitimasjon som helsepersonell tilbakekalles dersom personen ”i eller utanför yrkesutövningen har gjort sig skyldig til et allvarligt brott som er ägnat att påverka förtroendet för honom eller henne”.

Begge bestemmelsene presiserer atferden til straffbare handlinger, og i patientsäkerhetslagen endog til alvorlige straffbare handlinger. Angivelse av straffbare handlinger som tapsgrunn vil gi helsepersonell større forutberegnelighet, ved at den til enhver tid gjeldende straffelovgivning vedtatt av Stortinget dikterer tillatt atferd.

Bestemmelsene presiseres også vurderingstemaet, ved at spørsmålet om tillit knyttes til personen som yrkesutøver fremfor til yrkesgruppen eller helsevesenet generelt. En presisering av at tilliten må svekkes til personen som yrkesutøver vil kunne forplikte tilsynsmyndigheten til å foreta konkrete vurderinger av atferdens betydning for yrkesutøvelsen.

¹⁷⁹ Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer (revisorloven)

6 Avslutning

I denne oppgaven har jeg gjennom presentasjon av lovgivningen og praksis vist at helsepersonells rettssikkerhet ikke er tilstrekkelig ivaretatt med dagens lovgivning. Som det har fremgått var styrking av helsepersonells rettssikkerhet et mål med helsepersonelloven. Og på flere punkter er helsepersonells rettssikkerhet styrket. Det vises til endringene med helsepersonelloven skissert i kapittel 2, som innebar et mer tilgjengelig og ensartet regelverk og klarere formulering av flere av vilkårene for reaksjoner.

Oppgaven viser imidlertid at det gjenstår flere utfordringer, og dette gjelder særlig bruk av skjønnsmessige vilkår for å ilegge reaksjoner. Slike vilkår er en utfordring for forutsigbarhet og likebehandling. Tilsynsmyndigheten gis vide fullmakter ved anvendelsen av vilkårene. Den lave domstolfrekvensen på området innebærer at domstolene i liten grad bidrar til presisering av vilkårene, og kontroll og korrigerende av forvaltningens anvendelse av reglene.

Flere virkemidler kan i utgangspunktet bidra til å avhjelpe risikoen som oppstår når forvaltningen gis myndighet til inngripende vedtak på svært skjønnsmessig grunnlag. Det vises for det første til at lovens formålsangivelse og dobbeltstraffforbudet legger føringer på Helsetilsynets anvendelse av reaksjonsbestemmelsene, slik at reaksjoner ikke kan begrunnes med andre formål enn lovens. Den generelle angivelsen av formålene innebærer likevel at det reelle vernet er begrenset. Som illustrert i oppgaven kan det være vanskelig å avgjøre hva allmenn tillit viser til, og å etterprøve om vedtak som formelt begrunnes med "allmenn tillit" faktisk har dette formålet.

For det andre kan saksbehandlingsregler yte "subsidiært vern". Gjennom oppgaven er det imidlertid vist at kravene til begrunnelse av forvaltningsvedtak ikke nødvendigvis bidrar til å avhjelpe uforutsigbarheten som oppstår ved svært skjønnsmessige vilkår. En forutsetning synes å være at vilkårene utformes på en måte som forplikter tilsynsmyndigheten til å foreta konkrete vurderinger. Som vist i oppgaven kan skjønnsmessige vilkår som viser til allmenn tillit være vanskelige å anvende og å begrunne konkret, og lede til svake og generelle begrunnelser.

Argumentene viser at ivaretagelse av helsepersonells rettssikkerhet er avhengig av klarere vilkår for reaksjoner, som skaper forutsigbarhet om innholdet både hos helsepersonell som adressat for reaksjoner og for tilsynsmyndigheten som myndighetsutøver. Vage og skjønnsmessige vilkår for reaksjoner bør erstattes av vilkår som forplikter tilsynsmyndigheten til å foreta konkrete vurderinger som kan etterprøves.

7 Kilderegister

LOVER OG FORSKRIFTER

- 1814 Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov
- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1980 Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (opphevet)
- 1984 Lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m. (helsetilsynsloven)
- 1992 Lov 30. juli 1992 nr. 101 om endringer i lov av 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helsetjenesten og i enkelte andre lover
- 1999 Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer (revisorloven)
Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
- 2001 Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)
- 2008 Lov 9. mai 2008 nr. 34 om endringer i helsepersonelloven og helseregisterloven
- 1985 Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

FORARBEIDER

- Dok. nr. 16 (2011-2012) *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*
- Innst. O. nr. 58 (1998-1999) *Innstilling fra sosialkomiteen om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)*
Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) og enkelte andre lover
- Innst.O. nr. 38 (2000-2001) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV*
- NOU 1976: 1 *Legers og tannlegers rettigheter og plikter*

NOU 1993: 33	<i>Helsepersonells rettigheter og plikter. Utkast til lov med motiver</i>
Ot.prp. nr. 1 (1979-1980)	<i>Om lov om leger og om lov om tannleger (legeloven og tannlegeloven)</i>
Ot.prp.nr.33 (1983-1984)	<i>Om lov om statlig tilsyn med helsetjenesten</i>
Ot.prp. nr. 13 (1998-1999)	<i>Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)</i>
Ot.prp.nr. 14 (2000-2001)	<i>Om lov om endringer i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v (helsepersonelloven) og enkelte andre lover</i>
Ot.prp.nr. 25 (2007-2008)	<i>Om lov om endringer i helsepersonelloven og helseregisterloven (krav til helsepersonells attester, erklæringer o.l., administrative reaksjoner og forbud mot urettmessig tilegnelse av helseopplysninger)</i>
Ot.prp. nr. 86 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i helsepersonelloven, sosialtjenesteloven og i enkelte andre lover</i>

UTENLANDSKE OG INTERNASJONALE RETTSKILDER

Konvensjoner og lover

Europarådets konvensjon av 04. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma

Patientsäkerhetslag (2010:659) [Sverige]

Rettspraksis

Engel and others v. the Netherlands, EMD, Strasbourg, 08. juni 1976

Lauko v. Slovakia, EMD, Strasbourg, 02. september 1998

Haarvig v Norway, EMD, Strasbourg, 11. desember 2007

Zolotukhin v. Russia, EMD, Strasbourg, 10. februar 2009

RETTSPRAKSIS

Høyesterett

Rt-1981-745

Rt-1995-530

Rt-1997-1210

Rt-1998-929

Rt-2000-1056

Rt-2000-1066

Rt-2001-382

Rt-2004-1343

Rt-2004-1500

Rt-2005-833

Rt-2007-1851
Rt-2008-96
Rt-2010-1121
Rt-2010-1613
Rt-2012-921
Rt-2012-1051
Rt-2014-1281

Lagmannsretten

LA-2003-14057
LB-1994-1447
LB-2012-33100
LF-2012-18301

Tingretten

Oslo byretts dom av 06. juni 1999 (sak 99-00271)

FORVALTNINGSPRAKSIS

Helsepersonellnemnda

08/11
09/92
09/148
10/25
10/149
11/82
11/202
12/44
13/59
13/164
13/271

LITTERATUR

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 3. utg., 2011
- Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utg., 2006
- Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad, *Helsepersonelloven: med kommentarer*, 3. utg., 2010
- Boe, Erik, *Innføring i juss, Bind 2, Statsrett og forvaltningsrett*, 1993

Boe, Erik, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 2010

Bryn, Anette Wiig, kommunikasjonsrådgiver i Statens Autorisasjonskontor for Helsepersonell, personlig meddelelse ved mailkorrespondanse om antall helsepersonell med autorisasjon og lisens i Norge per 04. februar 2015, 24. februar 2015.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, 2001

Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 10. utg. ved Eivind Smith, 2014

Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, 2007

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utg., 2007

Helset, Per og Bjørn Stordrange, *Norsk statsforfatningsrett*, 1998

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

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

Mår, Nina og Barbro Andenæs, *Klagenemnder: rettsikkerhet og effektivitet*, 2008

Rui, Jon Petter, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, 2009

Ruyter, Knut W., Reidun Førde og Jan Helge Solbakk, *Medisinsk og helsefaglig etikk*, 3. utg., 2014

Skjerdal, Nicolai V., *Kvalitative hjemmelskrav: Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer*, 1998

Skoghøy, Jens Edvin A., "Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven", *Jussens Venner*, 2014 s. 297-339 (siteret fra idunn.no)

Smith, Eivind, *Stat og rett: Artikler i utvalg 1980-2001*, 2002

Woxholth, *Forvaltningsloven: Med kommentarer*, 2011

Nettsider

Helsedirektoratet, *Gode rutiner- gode tilsetninger: Veileder for arbeidsgivere i helsetjenesten ved tilsetting av helsepersonell*, 2010,
<https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/604/Gode-rutiner-gode-tilsetninger-veileder-for-arbeidsgivere-i-helsetjenesten-ved-tilsetting-av-helsepersonell-IS-1902.pdf> (siteret 31. mars 2015)

Sosial- og helsedepartementet, *Helsepersonells personlige opplevelser og erfaringer ved å motta en administrativ reaksjon*, 2000,
<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/helsepersonells-personlige-opplevelser-o/id105569/> (siteret 31. mars 2015)

Statens helsepersonellnemnd, *Årsrapport 2013: Statens helsepersonellnemnd og Apotekklagenemnda*, 2014, http://www.shpn.no/Portals/0/Filer/Arssrapporter/Arssrapport_2013.pdf (siteret 10. april 2015)

Statens helsetilsyn, *Årsrapport 2014*, 2015,
<https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/aarsrapporter/aarsrapport2014.pdf> (siteret 30. mars 2015)

8 Vedlegg 1

Sak	Hjemmel	Profesjon	Handling
08/11	§ 62	Tannlege	Drap.
09/92	§ 62	Hjelpepleier	Seksuell omgang med mindreårig. Seksuell atferd overfor mindreårige.
09/148	§ 62	Lege	Seksuelle overgrep overfor mindreårig.
10/25	§ 57	Helsesekretær	Voldsutøvelse og seksuell omgang med mindreårig. Samt overtredelser av særstraffelovgivningen.
10/149	§ 62	Psykolog	Voldsutøvelse. Voldtekt. Besittelse av barnepornografi. Oppbevaring og bruk av narkotika.
11/82	§ 62	Tannlege	Drap.
11/202	§ 53	Sykepleier	Drap. Voldt skade på fotgjenger ved bilkjøring. Promillekjøring. Brannstiftelse.
12/44	§ 57	Sykepleier	Mishandling av samboer.
13/59	§ 57	Lege	Voldsutøvelse.
13/164	§ 57	Lege	Seksuell omgang med mindreårig. Seksuell handling med mindreårige.
13/271	§ 57	Ambulansearbeider	Voldsutøvelse.