

Juridisk betenkning knyttet til enkelte spørsmål vedrørende forståelsen av pasientrettighetsloven § 2-1 og § 2-2

1. Innledning

Denne betenkningen er avgitt etter oppdrag fra Ressursklinikken, et privat behandlingstilbud for pasienter med psykiske problemer og/eller rusmiddelrelaterte problemer.

Utgangspunktet er uavklarte spørsmål knyttet til forståelsen av retten til spesialisthelsetjenester etter pasientrettighetsloven § 2-1, og hvilke krav det kan utledes i situasjoner der det er testet ut et behandlingsopplegg som viser seg å ikke være av nytte eller hvor nytteeffekten ikke fører til et tilstrekkelig behandlingsresultat. Og hva dersom det er gjennomført et behandlingsopplegg med sluttresultat, eller forventet sluttresultat, som gjør at det fortsatt eksisterer et krav på «nødvendig helsehjelp»?

Dersom dette skjer overfor en pasient som etter pasientrettighetsloven § 2-1 har rett til «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten, i det videre kalt en «rettighetspasient», kan det da utledes et krav om nytt behandlingstilbud, og da innen en oppsatt individuell frist som tilfredsstillende krav til at ventetiden ikke blir uforsvarlig før det nye behandlingsopplegget igangsettes?

Svarene på de forannevnte spørsmålene kan være av stor interesse for så vel offentlige aktører som private aktører innenfor det helsemarked som reguleringen i pasientrettighetsloven § 2-1 legger opp til. Dersom det foreligger en slik rett, vil det offentlige (etter loven Regionalt helseforetak i pasientens bostedsregion) samtidig være betalingsforpliktet, og da enten det nye tilbudet gis av helseforetak i annen helseregion, eller av privat tjenesteutøver i Norge eller i utlandet.

Denne oppfylleelsesplikten administreres av Rikstrygdeverket, men spørsmål vedr. administrasjonen av den subsidiære rettigheten faller utenfor betenkningens ramme.

2. Rettslig grunnlag. Rettskilder

Rettssspørsmål som nevnt innledningsvis kan bare løses ved en tolkning av rettighetsbestemmelsen i pasientrettighetsloven § 2-1. Det er et begrenset antall rettskilder som kan kaste lys over spørsmålene.

Da pasientrettighetsloven ble vedtatt i 1999, hadde den en rettighetsbestemmelse i § 2-1, men oppfylleelsesplikten av denne «retten» til «nødvendig helsehjelp» var blant annet begrenset ved kapasitetsmangel. Denne begrensningen virket rettslig, og i praksis, på linje med et ordinært ressursforbehold. Spørsmålene som skal drøftes i denne betenkningen, oppsto derfor ikke.

Bestemmelsen ble foreslått og utformet i stortingskomiteen idet regjeringen frarådte å gi en rettighetsbestemmelse av materiellrettslig innhold vedrørende retten til helsehjelp, se Ot.prp. nr. 12 for 1998–99 og Innst. O. nr. 91 for 1998–99.

Bestemmelsen ble vesentlig endret ved lov 12. desember 2003 nr. 110, som trådte i kraft 1. september 2004. Stortingsvedtaket fulgte ved denne behandlingen regjeringens forslag slik det ble framlagt i Ot.prp. nr. 63 for 2002-2003. Dette er derfor det viktigste dokumentet blant lov den aktuelle bestemmelsens forarbeider. I det videre omtales dette lovforslaget som Ot.prp. nr. 63.

Det er gitt én forskrift til denne bestemmelsen, første gang som Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester og rett til nødvendig helsehjelp (prioriteringsforskriften). Fordi forskriftens virkeområde er utvidet, heter den nå *Forskrift 1. desember 2000 nr. 1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om dispensasjons- og klagenemnd*. I det videre omtales denne som «prioriteringsforskriften» når det vises til bestemmelser i denne.

Sosial- og helsedirektoratet har utgitt et *Rundskriv* kalt *Lov om pasientrettigheter*; bestillingsnummer: IS-12/2004. Bestemmelsen i pasientrettighetsloven § 2-1 er behandlet på s. 10-15. I det videre omtales dette som «rundskrivet» når det vises til uttalelser herfra.

Av juridisk litteratur kan særlig nevnes Aslak Syse: *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2. reviderte utgave, Gyldendal Akademisk 2004. Bakgrunnen for revisjonen i 2004 var nettopp de viktige nye bestemmelsene som ble innført 1. september 2004 ved lovvedtaket 12. desember 2003 nr. 110. Bestemmelsen i pasientrettighetsloven § 2-1 er behandlet på s. 116-135. I det videre omtalt som «kommentarutgaven» når det vises til uttalelser i denne.

I den grad de nevnte rettskildene ikke løser de oppstilte spørsmålene, vil ulike *reelle hensyn* kunne bidra til å finne den løsningen som alt i alt fremstår som den beste. Det er særlig formålsbetraktninger og harmoniseringshensyn som vil kunne bidra til dette.

I praksis vil enkelte klagesaker som etter pasientrettighetslovens bestemmelser kan fremmes for Helsetilsynet i fylket, kunne kaste lys over spørsmålene, men denne praksis er ikke tilgjengeliggjort.

I forarbeidene, særlig Ot.prp. nr. 12 for 1998–99 og Innst. O. nr. 91 for 1998–99, er det klargjort at tvilsomme rettsspørsmål ved tolkning av lovens bestemmelser bør kunne avklares gjennom rettspraksis, dvs. at pasienter reiser søksmål for de alminnelige domstolene i situasjoner der de mener lovet er feilaktig tolket i deres disfavør. Slike saker er imidlertid ikke reist til klargjøring av de aktuelle spørsmålene som betenkningen drøfter, og for øvrig heller ikke for andre rettsspørsmål knyttet til pasientrettighetsloven.

3. Hva sier lovteksten og forskriften om de aktuelle rettsspørsmål?

Utgangspunktet for å svare på de spørsmål som er stilt, må tas i de skrevne – og bindende – rettskilder, dvs. den aktuelle lovteksten og prioriteringsforskriften.

Pasientrettighetsloven § 2-1 *Rett til nødvendig helsehjelp* har følgende ordlyd; de enkelte leddene er av henvisningshensyn nummerert:

1. Pasienten har rett til øyeblikkelig hjelp. Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten.
2. Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten. Retten gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i rimelig forhold til tiltakets effekt. Spesialisthelsetjenesten skal fastsette en frist for når medisinsk forsvarlighet krever at en pasient som har en slik rettighet, senest skal få nødvendig helsehjelp.
3. Helsetjenesten skal gi den som søker eller trenger helsehjelp, de helse- og behandlingsmessige opplysninger vedkommende trenger for å ivareta sin rett.

4. Dersom det regionale helseforetaket ikke har sørget for at en pasient som har en rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, får den nødvendige helsehjelpen innen det tidspunktet som er fastsatt i medhold av annet ledd, har pasienten rett til å motta nødvendig helsehjelp uten opphold, om nødvendig fra privat tjenesteyter eller tjenesteyter utenfor riket.

5. Dersom det regionale helseforetaket ikke kan yte helsehjelp til en pasient som har en rett til nødvendig helsehjelp, fordi det ikke finnes et adekvat medisinsk tilbud i riket, har pasienten rett til nødvendig helsehjelp fra tjenesteyter utenfor riket innen den frist som er fastsatt etter annet ledd.

6. Kongen kan gi forskrifter om hva som skal anses som helsehjelp som pasienten kan ha rett til.

7. Departementet kan gi nærmere forskrifter for fastsettelse av og informasjon om den tidsfristen som er omtalt i annet ledd, og for organisering av og oppgjør for det tjenestetilbudet pasienten har rett til å motta fra privat tjenesteyter eller tjenesteyter utenfor riket etter fjerde ledd.

De bestemmelsene som er aktuelle for spørsmålene som skal drøftes finnes i ledd 2, 4 og 6.

Etter at Stortinget hadde vedtatt den vanskelig tolkbare bestemmelsen om rett til «nødvendig helsehjelp» i pasientrettighetsloven i 1999, ble utformingen av *prioriteringsforskriften* viktig for fastleggingen av hvilke pasienter som er gitt rett til «nødvendig helsehjelp». Et viktig spørsmål blir derfor om forskriften gir en tilstrekkelig detaljert avklaring av hvilke pasienter som omfattes av vilkårene for rett til nødvendig helsehjelp, og om retten til helsehjelp etter forskriften samtidig omfatter de pasientgruppene som stortingsflertallet mente skulle gis rettigheter gjennom sin utforming av lovbestemmelsen, selv om dette spørsmålet faller utenfor betenkningens ramme.

Forskriften består av bare seks paragrafer. Forskriften § 2 og § 3 som omhandler hvem som har rett til nødvendig helsehjelp og den frist som da skal fastsettes for iverksatt behandling, er gitt følgende ordlyd:

§ 2 Rett til nødvendig helsehjelp

Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasientrettighetsloven § 2-1 andre ledd, når:

1. pasienten har et visst prognosetap med hensyn til livslengde eller ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes og
2. pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen og
3. de forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt.

Med ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet menes at pasientens livskvalitet uten behandling merkbart reduseres som følge av smerte eller lidelse, problemer i forbindelse med vitale livsfunksjoner som for eksempel næringsinntak, eller nedsatt fysisk eller psykisk funksjonsnivå.

Med forventet nytte av helsehjelpen menes at det foreligger god dokumentasjon for at aktiv medisinsk behandling kan bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden kan forverres uten behandling eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av behandlingen.

§ 3 Frist for nødvendig helsehjelp

Pasienter som oppfyller vilkårene i § 2 har rett til helsehjelp innen den tid medisinsk forsvarlighet krever.

Det regionale helseforetaket i pasientens bostedsregion skal sørge for at pasienter som har rett til nødvendig helsehjelp etter § 2 i denne forskriften, får tilbud om helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten innen den tid som følger av første ledd. Dette gjelder bare innen offentlig finansiert institusjon i riket eller fra en annen tjenesteyter som det regionale helseforetaket har inngått avtale med om yting av slik helsehjelp.

Forskriften § 2 er et betydelig forsøk på å avgrense hvem som gjennom lov og forskrift er gitt en rett til nødvendig helsehjelp ved å operasjonalisere de ganske vage lovkriteriene, og § 2 i sin nåværende form ble gitt et innhold som skal sikre alle pasienter i Lønning-utvalgets gruppe II en rett til behandling.

Avgrensningen av «nødvendig helsehjelp» i forskriften § 2 fører, ikke unaturlig, til at behandling uten forventet nytte ikke kan anses som «nødvendig». Videre må det i utgangspunktet foreligge en alvorlig tilstand med et visst prognosetap med hensyn til enten livslengde eller livskvalitet dersom helsehjelpen utsettes, for at helsehjelpen skal anses som «nødvendig». Endelig må det aktuelle behandlingstiltaket ha et rimelig kost/nytte-forhold. Dette er helt i tråd med oppsatte behandlingsprioriteringer som har fått alminnelig tilslutning utover i 1990-årene. Behandlingstiltak overfor pasienter i prioriteringsgruppe III etter Lønning II-utvalgets kriterier vil etter denne forskriftsbestemmelsen stort sett falle utenfor de oppstilte kriteriene for «nødvendig helsehjelp» som gir rett til behandling.

Forskriften § 2 tar sikte på å sikre rett til nødvendig helsehjelp til alle pasienter i prioriteringsgruppe II, og i Ot.prp. nr. 63 er innholdet i bestemmelsen karakterisert på denne måten:

Alle de tre vilkårene i første ledd må være oppfylt for at pasienten skal ha rett til nødvendig helsehjelp.

Det første vilkåret knytter seg til tilstandens alvorlighet. Det sentrale er hvilken utvikling pasientens tilstand vil ha dersom behandlingen utsettes. For at vilkåret skal være oppfylt, må utsettelsen føre til redusert livslengde eller nedsatt livskvalitet. Det skal ikke mye til for at vilkåret om reduksjon i forventet livslengde er oppfylt, men enhver forventet reduksjon vil ikke kunne gi rett til nødvendig helsehjelp.

Hva som menes med nedsatt livskvalitet, er presisert i bestemmelsens annet ledd. Årsaken til at livskvaliteten nedsettes, må være knyttet til de konsekvenser det vil ha for pasientens helsetilstand å utsette behandlingen. De momenter som er oppregnet i bestemmelsen er ikke ment å være uttømmende, men antas å dekke de fleste situasjoner hvor vilkåret er oppfylt. Nedsettelsen av pasientens livskvalitet må være ikke ubetydelig. I vurderingen skal det tas hensyn både til nedsettelsens omfang og varighet. Livslengde og livskvalitet er i utgangspunktet alternative kriterier. Det er tilstrekkelig at ett av kriteriene er oppfylt. De kan likevel sees i sammenheng. Dersom reduksjon av livslengde og livskvalitet hver for seg ikke er tilstrekkelig, kan de to kriteriene sees i sammenheng slik at vilkåret likevel kan være oppfylt. I tvilstilfeller kan det legges vekt på begge kriteriene, slik at de til sammen oppfyller vilkåret.

Det andre vilkåret etter bestemmelsens første ledd er at pasienten må ha forventet nytte av helsehjelpen. Dette er presisert i bestemmelsens tredje ledd. Helsehjelpen skal være dokumentert effektiv. Det skal foreligge god vitenskapelig dokumentasjon innenfor norsk eller internasjonal medisin for at forholdene kan forandres til det bedre ved aktiv medisinsk behandling. Retten til nødvendig helsehjelp omfatter ikke eksperimentell eller utprøvende behandling.

Det tredje vilkåret etter bestemmelsens første ledd er at det foreligger et rimelig forhold mellom kostnadene ved behandlingen og den forbedringen av pasientens helsetilstand som behandlingen forventes å gi. Vilkårene for rett til nødvendig helsehjelp bygger altså på sammenhengen mellom tilstandens alvorlighet, muligheten for å forbedre den ved helsehjelp og helsehjelpens kostnadseffektivitet. Vilkårene er relative i forhold til hverandre. Er pasientens prognose meget dårlig, vil kravet til behandlingens forventede nytte kunne være lavere enn om prognosen er mer usikker. Tilsvarende vil det kunne kreves mindre med hensyn til tilstandens alvorlighet dersom nytten med høy grad av sikkerhet er stor i forhold til om den er moderat eller mindre sikker. Pasientens diagnose er ikke avgjørende for retten til nødvendig helsehjelp. Innenfor samme diagnose vil noen pasienter kunne ha rett til helsehjelp og andre ikke.

Selv om denne presiseringen var av en viss betydning før lovendringene i 2004, har det manglende rettighetspreget i tidligere § 2-1 medført at denne avgrensningen har hatt forholdsvis liten betydning. En pasient ville blitt registrert på venteliste, og da med rettighetsansførsel, og ville nok ha blitt prioritert, men ikke vært sikret rask behandling på tilsvarende måte som etter at endringene i § 2-1 ble satt i kraft.

I dag er imidlertid presiseringen av lovteksten gjennom forskriften § 2 det rettslige utgangspunkt for å fastslå hvem som er rettighetspasienter, og i tillegg derfor har krav på å få fastsatt en frist for forsvarlig behandling etter pasientrettighetsloven § 2-1 andre ledd.

Den begrensede betydningen av en korrekt klassifisering har nok vært en av årsakene til at bestemmelsen tidligere, og til dels også i dag, har blitt forstått svært ulikt i ulike deler av spesialisthelsetjenesten. En del av årsaken kan også være at kriterier som for eksempel «prognose» og «tap av livskvalitet» kan oppfattes som vage, og at rett til nødvendig helsehjelp ikke gjenspeiles i kliniske retningslinjer. Dette manglende rettighetspreget kan også være en av årsakene til at det har vært så få klagesaker hos Helsetilsynet i fylket vedrørende denne sentrale bestemmelsen.

Helsedepartementet påpeker derfor i Ot.prp. nr. 63 at regelverket er blitt praktisert ulikt både på regionalt nivå, mellom fylker og mellom sykehus. Det kan da heller ikke utelukkes at prioriteringen mellom pasientgrupper, og innbyrdes mellom enkeltpasienter, ikke alltid har skjedd i samsvar med de allment anerkjente prioriteringsprinsippene nedfelt i forskriften. Ulik praktisering av prioriteringsforskriften fra helseregion til helseregion, fører til at pasienter får ulik rettslig stilling overfor helsetjenesten avhengig av hvor i landet de bor, noe som ikke er tilsiktet, og for øvrig i klar strid med lovens formålsbestemmelse. Departementet understreker derfor at det vil bli en sentral utfordring å sørge for at prioriteringsforskriften praktiseres slik som forutsatt. Det krever en større grad av felles forståelse for, og oppfatning av, hvordan

prioriteringsforskriften skal vektlegges i det kliniske arbeidet. Slikt konsensusarbeid kan blant annet skje i faggrupper som uttaler seg om prinsipielle spørsmål, gjerne i tilknytning til enkeltsaker slik Lønning II-utvalget anbefalte. Dette arbeidet er kommet i gang, dels ved ulike initiativ i Regionale helseforetak, dels av nasjonale faggrupper innen den enkelte medisinske spesialitet og dels ledet av Det nasjonale prioriteringsrådet.

Avgrensningen av rettighetshaverne i forskriften § 2 fører samtidig til en klar grense for hvilke pasientgrupper – og med hvilke tilstander – som vil få en *rett* til helsehjelp etter § 2-1 andre ledd for å kunne sikre sine behandlingsbehov. Helsehjelpen må for disse pasientgruppene ytes på et tidspunkt hvor det ved aktiv medisinsk behandling kan oppnås forbedring av pasientens helsetilstand, unngås at tilstanden forverres, eller hindre at behandlingsmuligheter går til spille.

Forskriften §§ 3 flg. er, etter at lovendringene i pasientrettighetsloven § 2-1 trådte i kraft, uten selvstendig betydning. Den ubestemte fristfastsettingen etter forskriften § 3 er nå erstattet av en sterkere lovbestemmelse i pasientrettighetsloven § 2-1 andre ledd.

Etter lov og forskrift er en rettighetspasient nå samtidig gitt et rettslig krav på oppfyllelse av retten til behandling, og da senest kort tid etter den oppstilte, individuelt fastsatte og medisinske fristen er utløpt, se § 2-1 fjerde ledd. Dette kalles i Ot.prp. nr. 63 og rundskrivet en «subsidiær rettighet», og den språkbruken vil bli benyttet i det videre.

Denne fristen kan ikke settes til et senere tidspunkt enn når medisinsk forsvarlighet krever at pasienten gis nødvendig helsehjelp. Det er også understreket i Ot.prp. nr. 63 at denne fristen heller ikke kan settes så nært til en forventet sykdomsforverring, at det ikke blir mulig for Rikstrykdeverket å skaffe pasienten et meningsfylt tilbud privat eller i utlandet, jf. § 2-1 fjerde ledd, idet fristen går ut.

Det at spesialisthelsetjenesten er forpliktet til å fastsette et konkret tidspunkt for når den enkelte pasient senest skal ha mottatt nødvendig helsehjelp, forhindrer ikke at pasienten kan tilbys behandling på et (langt) tidligere tidspunkt dersom det er ledig kapasitet før fristen går ut. Videre må selvfølgelig spesialisthelsetjenesten yte nødvendig helsehjelp tidligere dersom pasientens tilstand endrer seg slik at det ikke ville være forsvarlig å vente til fristen går ut. Dette må gjelde selv om tilstanden ikke endrer seg så dramatisk at det er behov for øyeblikkelig hjelp.

Det er det regionale helseforetaket i pasientens bostedsregion som har plikt til å sørge for at retten til nødvendig helsehjelp ytes innen fristen. Det regionale helseforetaket kan oppfylle sitt ansvar ved å sørge for at helsehjelpen ytes av ett av de helseforetakene det selv eier, eller det kan kjøpe ytelsen av et helseforetak i annen helseregion eller av en privat tjenesteyter innenlands eller utenlands.

I forhold til de spørsmål som betenkningen skal besvare, kan disse imidlertid ikke løses direkte av det som kan utledes av lovteksten, supplert med prioriteringsforskriften.

Det skal også understrekes her at utformingen av lov- og forskriftstekst utvilsomt er mer tilpasset situasjonen ved subakutte somatiske lidelser, enn for tilstander av mer kronisk karakter. Dette vil også være tilfellet når bestemmelsene skal anvendes overfor pasienter med psykiske lidelser. Pasienter med hovedsakelig rusmiddelrelaterte problemer og behov for helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, ble fra 1. januar 2004 omfattet av det samme regelverket etter rusreformen. Se nærmere om forholdet mellom pasientrettigheter og personer med rusmiddelproblemer i Aslak Syse: *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk 2004; se særlig kapittel 3 *Juridiske problemer knyttet til behandlingen av rusmiddelmisbrukere*, på s. 157-181.

Dette betyr at når regelverket aldri ble utformet med sikte på personer med pasienter med psykiske problemer og/eller rusmiddelrelaterte problemer, vil dette kunne reise særlige tolkningsproblemer.

4. Noe nærmere om fristfastsetting. Konsekvenser av fristoversitting

Det egentlig nye ved regelendringene, innført ved lov 12. desember 2003 nr. 110, er bestemmelsen om at dersom en pasient er gitt rett til «nødvendig helsehjelp», skal det fastsettes en *tidsfrist* for når helsehjelpen skal ytes og at pasienten har en subsidiær rettighet ved fristoversitting. Fristfastsetting er en avgjørelse som skal tas i spesialisthelsetjenesten, på grunnlag av en skjønnsmessig medisinskfaglig vurdering av den enkelte pasienten. Pasienten har fått et rettslig krav på at det fastsettes en frist, og spesialisthelsetjenesten har fått en korresponderende plikt til å fastsette fristen.

Fristen kan ikke settes til et senere tidspunkt enn når medisinsk forsvarlighet krever at pasienten gis nødvendig helsehjelp. Fristen kan heller ikke settes så marginalt at det ikke blir mulig å skaffe pasienten et annet forsvarlig tilbud privat eller i utlandet etter bestemmelsen i § 2-1 fjerde ledd. Selv om en slik avgjørelse utvilsomt er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, ble det i ny § 2-7 fastslått at forvaltningslovens regler ikke skal gjelde ved avgjørelser etter pasientrettighetsloven kapittel 2.

Men dette betyr ikke at pasientene ikke skal orienteres om sine rettigheter, herunder den fastsatte fristen, og om retten til å klage på vurderingene, både vedr. om han eller hun er en rettighetspasient eller ikke og vedr. selve fristfastsettelsen. På samme måte forplikter bestemmelsen helsepersonell til å gi pasienter informasjon om sin helsetilstand. Fristen vil for øvrig ikke bare gjelde rett til *behandling*, men også retten til *andre former for helsehjelp* med for eksempel forebyggende, diagnostiserende og rehabiliterende formål, se pasientrettighetsloven § 1–3 bokstav c.

Denne fristfastsettelsen vil måtte bero fullt ut på en medisinskfaglig vurdering, og vil nødvendigvis måtte baseres på den enkelte leges skjønn. Når fristfastsettelsen må baseres på en individuell medisinskfaglig vurdering, er det lagt til grunn i forarbeidene at de fristene som settes, vil kunne variere noe, også for likeartede tilfeller.

Det er i oppdraget fra Ressursklinikken pekt på det som kalles «føringer fra sykehuseier og -ledelse» som, for å spare utgifter forbundet med den subsidiære retten som oppstår ved fristbrudd, gir anvisninger på spesialisthelsetjenesten kan – eller bør – foreta sine vurderinger i lys av disse bestemmelsene. Herunder skal det være gitt føringer om å videreføre tidligere praksis hvor pasienter avvises pga kapasitetsmangel, eller at pasientene ikke rutinemessig informeres om sine rettigheter slik loven forutsetter. Jeg går ikke inn på disse spørsmålene; disse er entydig løst gjennom lov og forskrift. Sykehuseier og -ledelse kan verken instruere, eller legge føringer, som er i strid med helsepersonells plikter om å etterleve helselovgivningen, herunder helsepersonelloven § 4 om krav til forsvarlig yrkesutøvelse. Etter helsepersonelloven § 55 kan den (pasient) som mener at bestemmelser om «plikter fastsatt i eller i medhold av denne lov er brutt til ulempe for seg», be Helsetilsynet i fylket om en vurdering av forholdet. Lovbrudd kan gi grunnlag for reaksjoner overfor den aktuelle legen etter helsepersonelloven kapittel 11. Helsepersonell er etter disse bestemmelsene pålagt en lojalitetsplikt i forhold til pålegg fra lovgiver, herunder om pasienters rettigheter. Denne

plikten har forrang for føringer fra arbeidsgiver som eventuelt kan føre til lovstridig praksis. En instruks som pålegger handlinger som er i strid med lov eller forskrift, vil være ugyldig.

Når den individuelle og forsvarlige fristen er fastsatt for en rettighetspasient, er pasienten samtidig gitt et rettslig krav på en subsidiær rett for å sikre oppfyllelse, og da *senest* kort tid etter fristutløpet, se § 2-1 fjerde ledd. Fristen kan ikke settes til et senere tidspunkt enn når medisinsk forsvarlighet krever at pasienten gis nødvendig helsehjelp. Det er også understreket i Ot.prp. nr. 63 at denne fristen ikke kan settes så nært til en forventet sykdomsforverring, at det ikke blir mulig å skaffe pasienten et meningsfylt tilbud privat eller i utlandet dersom fristen oversittes.

Det at spesialisthelsetjenesten er forpliktet til å fastsette et konkret tidspunkt for når den enkelte pasient senest skal ha mottatt nødvendige helsehjelp, forhindrer ikke at pasienten kan tilbys behandling på et (langt) tidligere tidspunkt dersom det er ledig kapasitet før fristen går ut. Videre må selvfølgelig spesialisthelsetjenesten yte nødvendig helsehjelp tidligere dersom pasientens tilstand endrer seg slik at det ikke ville være forsvarlig å vente til fristen går ut. Dette må gjelde selv om tilstanden ikke endrer seg så dramatisk at det er behov for øyeblikkelig hjelp.

Spesialisthelsetjenesten kan ikke uten videre endre den fastsatte fristen i pasientens disfavør, selv om det viser seg at pasienten kan vente lenger på nødvendig helsehjelp uten at forlengelse av ventetiden ville vært i strid med forsvarlighetskravet. Dette framgår både av Ot.prp. nr. 63 og rundskrivets kommentarer til § 2-1.

Av rundskrivet framgår at fristen skal settes til et konkret tidspunkt som sikrer at behandlingen både kan påbegynnes og fullføres som et medisinsk forsvarligforløp. Det er ikke tilstrekkelig at behandlingen bare er medisinsk forsvarlig når den påbegynnes. Av dette følger det at dersom pasienten er vurdert å ha behov for helsehjelp som vil strekke seg over et tidsrom, kortere eller lengre, må spesialisthelsetjenesten planlegge behandlingen og sette fristen slik at det på dette tidspunktet kan startes et behandlingsforløp som er forsvarlig på ethvert tidspunkt.

Det er det regionale helseforetaket i pasientens bostedsregion som har plikt til å sørge for at retten til nødvendig helsehjelp ytes innen fristen. Det regionale helseforetaket kan oppfylle sitt

ansvar ved å sørge for at helsehjelpen ytes av ett av de helseforetakene det selv eier, eller det kan kjøpe ytelsen av et helseforetak i annen helseregion eller av en privat tjenesteyter innenlands eller utenlands.

5. Når rettighetsstatus består etter avsluttet primærbehandling – foreligger da rett til fortsatt behandling eller et nytt behandlingsopplegg?

Det ble avslutningsvis i avsnitt 3 pekt på at utformingen av både lov- og forskriftstekst utvilsomt er mer tilpasset situasjonen ved subakutte somatiske lidelser, enn ved tilstander av mer kronisk karakter, herunder pasienter med psykiske lidelser. Fastsettelsen av den individuelle fristen overfor pasienter som er vurdert til å ha rett til tverrfagligspesialisert behandling for rusmiddelmisbruk, må baseres på en tverrfaglig vurdering av når forsvarlighet krever at behandling senest gis.

Dette betyr at det kan foreligge situasjoner der den helsehjelpen som er nødvendig og gis innen fristen, ikke nødvendigvis fører til at pasienten kommer ut av det behovet vedkommende har for nødvendig helsehjelp. Dette kan være situasjonen ved kroniske og alvorlige somatiske tilstander, psykiske lidelser og ved behov for til tverrfagligspesialisert behandling for rusmiddelmisbruk. Når den planlagte behandlingen er avsluttet, kan pasienten fremdeles være i situasjon med (fortsatt) behov for nødvendig helsehjelp. Vedkommende er altså ikke behandlet «ut av» sin status som rettighetspasient.

Selv om slike forhold – og ganske naturlig ut fra lovhistorien – ikke er nærmere omtalt verken i lovttekst, forskrift eller forarbeider, må de løses ut fra de samme rettskildene supplert med etterfølgende kommentarer og reelle hensyn, se nærmere om rettskildebildet i avsnitt 2.

Av rundskrivet er det for eksempel klargjort at dersom situasjonen er at pasienten fremdeles, dvs. etter vurdering eller igangsatt behandlingsopplegg, er å anse som rettighetspasient, vil han eller hun ha rett til ytterligere nødvendig helsehjelp. Om denne rettigheten eksisterer enten i form av videre undersøkelse eller behandling, er det verken adgang til å endre fristen til ulempe for pasienten eller til å fastsette separate frister for de enkelte elementene i behandlingsforløpet. I utgangspunktet er det derfor ikke adgang til først å sette en frist for videre undersøkelse og deretter en ny frist for behandling, se rundskrivet s. 13.

Videre uttrykkes i samme forbindelse: «I enkelte spesielle situasjoner der det er testet ut et behandlingsopplegg som viser seg ikke å føre frem, eller det av andre medisinske grunner nødvendig å gå over til et helt annet behandlingsopplegg, har pasienten på dette tidspunktet krav på at det settes en separat frist for *det nye behandlingsopplegget*, slik at pasienten totalt sett får et fagligforsvarlig behandlingsforløp regnet fra det tidspunktet helsehjelpen ble igangsatt. Det forutsettes også her at den vurderingen som er foretatt, og begrunnelsen for fastsettelse av en egen frist, dokumenteres i pasientens journal.»

Ett av hovedspørsmålene i oppdraget for betenkningen er å klargjøre hva som ligger i «det nye behandlingsopplegget» i denne sammenhengen.

I tillegg er det reist følgende to særlige problemstillinger som ønskes belyst:

1. For rettighetspasienter som går i poliklinisk behandling ved en psykiatrisk poliklinikk

Hva er den rettslige situasjonen når behandlingen ved poliklinikken viser seg ikke å være tilstrekkelig slik at pasienten trenger døgnopphold ved en DPS-institusjon og søkes for slikt opphold av poliklinikkens lege (ikke øyeblikkelig hjelp)?

2. For rettighetspasienter som er i døgnbehandling, enten søkt elektivt av fastlege for

innleggelse, eventuelt innlagt som øyeblikkelig hjelp, ved institusjon innen psykisk helsevern

Hva er den rettslige situasjonen når pasienten oppfattes å ha et oppfølgingsbehov ved psykiatrisk poliklinikk etter endt døgnopphold og ikke tidligere har vært i poliklinisk behandling?

6. Svar på de oppstilte spørsmålene

Hovedspørsmålet i oppdraget for betenkningen er å klargjøre hva som ligger i «det nye behandlingsopplegget» som en pasient vil ha krav på dersom vedkommende fortsatt er i en rettighetsposisjon, se det refererte sitatet fra rundskrivet i avsnitt 5.

Det faktiske utgangspunktet kan være at det er benyttet, eller «testet ut» som det påfallende nok står i rundskrivet, et behandlingsopplegg som viser seg ikke å føre fram til ønsket resultat. I andre situasjoner kan det av ulike medisinske grunner være nødvendig å gå over til et (helt) annet behandlingsopplegg for at helsetjenesten skal kunne gi forsvarlig helsehjelp.

Skal det i slike situasjoner foreligge en rettighetspasient, må behandlingen altså ikke ha endret situasjonen slik at vedkommende faller utenfor vilkårene for rett til nødvendig helsehjelp. Om vedkommendes helsetilstand og behandlingsbehov er så vidt mye endret til det bedre at han eller hun ikke lenger er rettighetspasient, oppstår ingen (nye) juridiske problemer knyttet til pasientrettighetsloven § 2-1. Da vil eventuelt nye problemer føre til fornyet kontakt med allmenn- eller spesialisthelsetjenesten som vil måtte foreta vurderinger ut fra lovens bestemmelser applisert på den nye situasjonen.

Men om pasienten fortsatt – etter gjennomføringen av det første behandlingsopplegget – er i behov for nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, vil han eller hun fremdeles være en rettighetspasient. Dette kan det ikke herske særlig tvil om.

Denne situasjonen krever da at det må foretas en ny faglig forsvarlig vurdering for å ta stilling til om rett til nødvendig helsehjelp er oppfylt eller ikke, se avsnitt 3. Det skal videre for rettighetspasienter fastsettes en ny forsvarlig frist for gjennomføringen av det (nye) undersøkelses- og behandlingsopplegget som nå må gjennomføres for å bedre pasientens helsetilstand, se avsnitt 4. Pasienten har altså også på dette tidspunktet krav på at det settes en ny, separat frist for det nye behandlingsopplegget, slik at pasienten totalt sett får et faglig forsvarlig behandlingsforløp regnet fra det tidspunktet den nye helsehjelpen senest kan igangsettes.

De rettslige og faglige vurderinger blir altså ganske likeartede som ved en første gangs vurdering. Det vil imidlertid foreligge et bedre faktumgrunnlag for vurderingene ved at pasienten allerede har vært gjennom et behandlingsopplegg som ikke – eller i alle fall ikke fullt ut – førte til målet. Det pålegger spesialisthelsetjenesten å foreta disse vurderingene, om så av eget tiltak, jf. forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4.

Selv om det kanskje kan virke uklart hva som egentlig framgår av de siterte utsagnene i rundskrivsteksten, vil formålsbetraktninger og harmoniseringshensyn tilsi at en pasient som etter et avsluttet behandlingsopplegg, fremdeles har rett til nødvendig helsehjelp, står i en tilsvarende rettighetsposisjon som andre rettighetspasienter. Det er en faglig forsvarlig vurdering som skal foretas, og spesialisthelsetjenesten må oppstille en ny frist for iverksetting av den aktuelle (nye) helsehjelpen ut fra dette.

Denne overordnede tilnærmingen vil samtidig gi svar på de to delspørsmålene som er reist fra Ressursklinikken.

Når en rettighetspasient går i poliklinisk behandling ved en psykiatrisk poliklinikk, må utgangspunktet for den første vurderingen ha vært at denne behandlingsformen ville være tilstrekkelig for å bedre pasientens helsetilstand. Denne behandlingsformen er altså i utgangspunktet vurdert å være et faglig forsvarlig helsetjenestetilbud som også vil imøtekomme retten til nødvendig helsehjelp. Under behandlingen ved poliklinikken kan det så vise seg å ikke være et tilstrekkelig intensivt behandlingstilbud; pasienten «trenger» døgnopphold ved en DPS-institusjon. Det må da foretas en vurdering av om pasientens tilstand fyller kravene til rett til nødvendig helsehjelp. Om så er tilfellet, og det vil jo som regel være tilfellet i en slik situasjon, må det samtidig oppstilles en faglig forsvarlig frist for seneste effektivering av denne formen for helsehjelp. Slikt opphold kan uansett søkes av poliklinikkens lege. Men det å fastslå om pasienten er i en rettighetsposisjon og å fastsette en faglig forsvarlig frist kan vedkommende bare foreta på helseforetakets vegne dersom han eller hun er tildelt personell kompetanse til å ta slike avgjørelser. Om slik kompetanse ikke foreligger, må pasientens rettighetstilstand og fristfastsettelse skje ved en lege i spesialisthelsetjenesten som har kompetanse til å binde helseforetaket gjennom sine faglige avgjørelser.

Tilsvarende vil gjelde for en pasient som er i døgnbehandling, enten vedkommende er søkt elektivt av fastlege med status som rettighetspasient eller innleggelsen er skjedd som øyeblikkelig hjelp. Med dette forstås at avslutningen av døgnoppholdet kan skje på et tidspunkt der vedkommende fremdeles tilfredsstillt kravene til å være en rettighetspasient. Det kreves også her at vedkommende som tar stilling til dette, er tillagt kompetanse (myndighet) av helseforetaket til å ta denne type avgjørelser på deres vegne.

Et forsvarlig (nytt) behandlingstilbud vil kunne være poliklinisk behandling, og det må da settes en (siste) forsvarlig frist for oppstart av denne behandlingsformen. Dersom spesialisthelsetjenesten finner at behandlingsnyttet vunnet gjennom døgnopphold kan gå til spille dersom det ikke blir kontinuitet i behandlingen, kan etterkontroller ved poliklinikken ses som en videreføring av det første behandlingsopplegget. Det vil da kunne være et brudd på forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 om ikke denne oppfølgingen etableres umiddelbart etter døgnoppholdet.

De langt fleste etterfølgende polikliniske oppfølgingen etter et døgntilbud, både i somatisk spesialisthelsetjeneste og i psykisk helsevern, etableres på denne måten som en del av ett faglig opplegg som starter ved behandlingsforhold og fortsetter gjennom etterkontroller til en naturlig behandlingsavslutning. Denne situasjonen vil da ikke føre til behov for en rettslig tydeliggjøring av situasjonen, egen ansøking mv. Men den må tydeliggjøres faglig og nedtegnes i pasientens journal.

Dersom den polikliniske oppfølgingen kan skje et stykke fram i tid, selv om det er nødvendig helsehjelp i pasientrettighetslovens forstand, skal det som vanlig klargjøres at det er en rettighetspasient samtidig som det oppstilles en (lengste) forsvarlig frist for når det polikliniske behandlingstilbudet skal være etablert, se nærmere avsnitt 3 og 4. Dette må da gjøres av en person som har personell kompetanse til å forplikte helseforetaket.

7. Spørsmålet vedrørende personell kompetanse

Ved slutføringen av betenkningen ble det stilt et nytt og eget spørsmål med tilknytning til de foregående: *Hvem* har kompetanse til å forplikte spesialisthelsetjenesten, dvs. ta avgjørelser vedrørende om vedkommende er en rettighetspasient og oppstille frist for når behandlingen senest forsvarlig kan skje, se pasientrettighetsloven § 2-2, jf. § 2-1.

Spørsmålet har to sider; en avtalerettslig side vedr. private spesialister mv. som gjennom arbeidsavtale kan bli tildelt slik avgjørelsesmyndighet til å forplikte helseforetaket på avtalebasert grunnlag. Denne siden av spørsmålet om personell kompetanse går jeg ikke nærmere inn på. Ved slike avtaler vil helseforetaket som regel samtidig sikre at den private spesialisten har tilstrekkelig fagkompetanse til å foreta slike vurderinger.

Spørsmålet blir derfor om det kan oppstilles fagkrav (for eksempel legespesialistkompetanse) overfor de arbeidstakere i spesialisthelsetjenesten som foretar avgjørelser vedrørende pasienters rettighetsstatus med samtidig fastsettelse av individuelle frister før behandlingsoppstart.

Stilles det bare krav om realkompetanse, eller kan det til spesialisthelsetjenesten også stilles krav om at vedkommende som skal ta slike – for pasienten viktige – avgjørelser, er faglig

kompetent til dette gjennom selv å være spesialist i faget? Sagt med andre ord; kan slike avgjørelser delegeres til for eksempel lege uten spesialitet, spesialsykepleier, psykologspesialist, psykolog mv.?

Gjennom forarbeidene er det tydelig at man tilsikter at det skal være en kvalifisert vurdering foretatt av en faglig kompetent person ansatt i spesialisthelsetjenesten, enten vurderingen skjer ved opphold i avdeling eller poliklinisk. I utgangspunkt er det tenkt at arbeidet skal utføres av ferdig utdannet spesialist.

Dette er tydelig lagt til grunn av Sosial- og helsedirektoratet og Statens helsetilsyn. Den autoritative avklaringen skjedde våren 2003 etter utveksling av brev mellom Helse- og omsorgsdepartementet, Statens helsetilsyn og Sosial- og helsedirektoratet. Sistnevntes brev av 14. februar 2003 til Statens helsetilsyn (som skulle vurdere praktiseringen av pasientrettighetsloven ved helseforetakene) med kopi til departementet og fylkesmenn foretar en rettslig klargjøring (se gjengivelsen i Aslak Syse: *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2004 s. 137-38). Først framstilles rent deskriptivt at den lovfestede vurderingsprosessen som regel vil foregå slik:

1. Spesialisthelsetjenesten avgjør hvilken spesialist som skal vurdere henvisningen.
2. Vedkommende spesialist vurderer henvisningen og tar standpunkt til om saken er tilstrekkelig opplyst til å vurdere hvilken helsetilstand det gjelder.
3. Hvis saken *ikke* er tilstrekkelig opplyst, må spesialisten se til at
 - a) innhentes supplerende opplysninger fra henvisende lege og/eller
 - b) pasienten innkalles til undersøkelse.
4. Det skal nå være mulig å vurdere
 - a) om tilstanden gir grunnlag for at det skal innvilges nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter pasientrettighetsloven § 2-1
 - b) hvordan man går videre for å utrede og/eller behandle tilstanden.
5. Spesialisthelsetjenesten skal gi tilbakemelding om hvilken utredning/behandling pasienten kan forvente å få og når utredning/behandling forventes å bli gitt. Er det ikke grunnlag for å yte helsehjelp, gis det tilbakemelding om dette.

Det understrekes så at det er *hele* denne prosessen som skal være gjennomført innen 30 virkedager, alternativt 15 dager (eller raskere) dersom vurderingen tilsier at det foreligger en livstruende eller alvorlig helsetilstand som krever raskere håndtering ut fra forsvarlighetskravet.

Disse vurderingene fra Sosial- og helsedirektoratet må oppfattes å være en rimelig forståelse av bestemmelsene i § 2-2 tredje og fjerde ledd.

Retten til vurdering gir ikke bare rett til å få en formell tilbakemelding fra spesialisthelsetjenesten. Den forutsetter også, ut fra ordlyden i punkt 1, 2 og 3 i de siterte retningslinjene fra Sosial- og helsedirektoratet, at det foretas en reell medisinsk vurdering av pasienten av legespesialist. Dersom det er tvil eller usikkerhet om pasientens diagnose, tilstand eller det videre opplegget for diagnostikk, utredning eller behandling, og det foreligger berettiget mistanke om alvorlig sykdom, skal pasienten undersøkes av spesialist innen 30 virkedager.

Det er utvilsomt slik at det hele tiden har vært klart at det er *medisinske spesialister* som skal foreta slike avgjørelser, og da innenfor *sin* spesialitet. Ut fra den likestilling av kliniske psykologspesialister for arbeid innen psykisk helsevern, som blant annet har skjedd ved *Forskrift 1. desember 2000 nr. 1219 om den faglig ansvarlige for vedtak i det psykiske helsevernet* vil det være rimelig at spesialist i klinisk psykologi med fordypningsområde klinisk voksenpsykologi vil kunne foreta slike avgjørelser innen psykisk helsevern for voksne, og spesialist i klinisk psykologi med fordypningsområde klinisk barne- og ungdomspsykologi vil kunne foreta slike avgjørelser innen psykisk helsevern for barn og ungdom.

Utover spesialister som her nevnt, vil det bare kunne foretas tilsvarende avgjørelser av leger som er nesten ferdige spesialister og som arbeider poliklinisk under ledelse av en avdelingsoverlege som alltid må kunne forespørres i situasjoner som byr på vurderingstvil. Ansvar for at vurderingene som foretas, er faglig forsvarlige vil da ligge på vedkommende avdelingsoverlege idet arbeid kan overlates til mindre kvalifiserte kolleger som like fullt kan foreta faglige forsvarlige vurderinger på vegne av spesialisthelsetjenesten, men ikke ansvaret for feilvurderinger som eventuelt begås. Det er også overlegens ansvar at systemet er kvalitetssikret slik at faren for vurderingsfeil minimaliseres.

Det samme synspunktet ligger til grunn for Statens helsetilsyns gjennomgang av om sentrale pasientrettigheter blir oppfylt gjennom det landsomfattende tilsynet i 2003 med somatiske poliklinikker. Resultatet av tilsynet ble oppsummert i Rapport fra Helsetilsynet 3/2004:

Oppsummering av tilsyn i 2003 med pasientrettigheter i somatiske poliklinikker, publisert februar 2004 (ISSN: 1503-4798 – elektronisk utgave). Her heter det på s. 9 under overskriften Personell med rett kompetanse:

Personell med rett kompetanse

Leger med spesialistkompetanse på de ulike fagområdene skal foreta vurderingen på grunnlag av henvisningen. Tilsynet viste at virksomhetene i all hovedsak sikrer at vurderingene ble foretatt av leger med tilstrekkelig spesialistkompetanse på det aktuelle fagområdet. Det ble gitt 4 merknader til virksomheter der det ble påpekt at systemet som skal sikre at vurderingen er i tråd med dette kravet, hadde et forbedringspotensial.

Loven åpner altså ikke for slike viktige vurderingsavgjørelser delegeres til leger som ikke er spesialister, eller til annet helsepersonell med de mulige – og forsvarlige – unntak som framgår over. Disse er tilpasset hvordan avgjørelse på somatiske og psykiatriske poliklinikker i stor utstrekning må bli foretatt, dels som et ledd i legers nødvendige spesialistutdanning og dels for å sikre at de polikliniske arbeidsoppgavene, herunder oppfyllelsen av kravet om at alle har rett til vurdering etter pasientrettighetsloven § 2-2 etter henvisning til spesialisthelsetjenesten og innen 30 virkedager, kan bli ivaretatt.

Det klare utgangspunktet er at vurderingene skal foretas av legespesialist, og i alle fall kvalitetssikres av en slik spesialist dersom en lege med tilstrekkelig erfaring, men uten spesialistkompetanse, blir satt til å foreta denne type vurderinger. For avgjørelser som gjelder psykisk helsevern, vil spesialister i klinisk psykologi på tilsvarende måte kunne foreta slike vurderinger.

Oslo, 8. mai 2006

Aslak Syse,
Professor dr. juris