



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Forsvarlig organisering av helsetjenestene i lys av EMK.

Økt risiko for menneskerettsbrudd ved nedlegging av fødestuer i distriktene?

Kristian Johan Fjeld Hanssen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 vår 2024

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Metode og tilnærming	3
2	Nasjonal rett	8
2.1	Innledende bemerkninger	8
2.2	Begrepsavklaringer og definisjoner	8
2.2.1	Pasient og helsehjelp	8
2.2.2	Forsvarlighet.....	10
2.2.3	Spesialisthelsetjenesten	10
2.2.4	Er et foster en person etter Grunnloven?.....	11
2.3	Helseforetak	13
2.4	Retten til nødvendig helsehjelp	15
2.5	Forsvarlighetskravet.....	19
3	Menneskerettigheter	23
3.1	Innledning.....	23
3.2	Hva sier grunnloven?	23
3.3	Generelt om Menneskerettigheters forhold til nasjonal lovgivning.....	25
3.4	Betydning og relevans for helseforetakenes virksomhet.....	25
4	EMK artikkel 2 retten til liv	26
4.1	Innledning.....	26
4.2	Tolkning av EMK artikkel 2	26
4.3	Medlemsstatenes forpliktelser	28
4.4	Rettighetssubjekt	29
4.4.1	Innledning.....	29
4.4.2	Fosters rett til liv etter EMK artikkel 2?	29

4.5	Beskyttelse av retten til liv	35
4.5.1	Innledning.....	35
4.5.2	Plikt til å ha nasjonale regler	37
4.5.3	Rekkevidden av statens plikt til å beskytte retten til liv.....	40
4.5.4	Ikke en absolutt garanti	40
5	EMK artikkel 2 i helserettslig kontekst.....	41
5.1	Innledning.....	41
5.2	Medical negligence – medisinsk uaktsomhet.....	43
5.3	Denial of healthcare – Nektet adgang til helsehjelp.....	45
5.4	Spesifisering/Avklaring.....	48
5.4.1	Generelt	48
5.4.2	Særlige tilfeller av handlinger og unnlatelser	50
6	Oppsummering EMK / EMK rettslig norm.....	52
7	Avsluttende bemerkninger	53
7.1	Oppsummering av funn	53
7.2	Konklusjon	54
7.3	Tverrfaglig vurdering	55
8	Referanseliste	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er rettslig forsvarlig organisering av helsetjenestene, i lys av EMK. Den overordnede problemstillingen er om man øker risikoen for krenkelse av retten til liv dersom Helse-Nord legger ned fødestuer i distriktene.

Retten til nødvendig helsehjelp vil være sentral i vurderingene. En utfordring ved dette temaet er at retten til nødvendig helsehjelp er formulert som en individuell pasientrettighet, mens oppgaven handler om den bakenforliggende organiseringen og reguleringen som kan få betydning for hvordan denne retten sikres. Disse henger sammen; der organiseringen er uforsvarlig, eller reguleringen mangelfull, vil den individuelle retten til hjelp kunne krenkes. Dermed er utgangspunktet for vurderingen den individuelle retten til helsehjelp.

Slik dagens helsevesen er lagt opp er beslutningene til helseforetakene sentrale i håndteringen og behandling av pasienter, og allokering av ressurser. Helseforetakene skal ikke bare sikre effektivitet, men skal også ivareta grunnleggende rettigheter både etter nasjonal og internasjonal rett. Jeg søker med denne masteroppgaven å finne ut om og i hvilken utstrekning helseforetakenes handlingsrom begrenses eller styres av EMK. Spesielt i tilknytning til de rettigheter og plikter som følger av EMK artikkel 2.

1.2 Aktualitet

Bakgrunnen for oppgaven er Helse-Nords tidligere foreslåtte endringer i helsetilbudet i Nord-Norge. Herunder mer spesifikt nedleggelse av fødestuer i distriktene.

Hovedoppgaven til Helse-Nord er å sørge for gode spesialisthelsetjenester til innbyggerne i Nord-Norge.¹ Denne oppgaven skal de løse gjennom effektiv forvaltning av midler, material og kompetanse.

¹ <https://www.helse-nord.no/> (Forsiden) Hentet 20/02/2024

På nettsiden til Helse-Nord skriver de at spesialisthelsetjenesten i Nord-Norge ikke lenger kan drives på samme måte som den har vært drevet til nå. Her skal de arbeide med endring og omstilling i to parallelle spor, der driften skal forbedres og funksjons- og oppgavedelingen i hele regionen skal utredes. De skriver videre at hovedgrunnen til at endring kreves er mangel på fagfolk, den medisinske spesialiseringen som krever mer fagfolk, og utviklingen i befolkningen.²

I forbindelse med endrings og omstillingsarbeidet ble det på et punkt i 2023 foreslått nedleggelse av flere fødestuer som lå i distriktene, herunder fødestua på Finnsnes. Denne mulige nedleggelsen fikk stor samfunnsmessig kritikk og ble raskt et emne for debatt i lokalpolitisk sammenheng. Et av momentene som ble omtalt i lokale medier er den ekstra lange reiseveien enkelte hadde fått dersom nedleggelse ble vedtatt, her er det snakk om minimum 3 timer reisevei med bil på en godværsdag med fine åpne veier.

Etter norsk lovgivning som jeg skal gå nærmere inn på, har pasient- og brukere en rettighet til nødvendig helsehjelp. Denne rettigheten skal møtes av det offentliges plikt til å yte forsvarlig helsehjelp, som følger av forskjellige lovbestemmelser for forskjellige typer helsehjelp. Et eventuelt vedtak om nedleggelse av fødestuene i distriktene kan tenkes å hindre pasienters utnyttelse av retten til den nødvendige helsehjelpen ved å gjøre den unødvendig vanskelig å få, så vel som å potensielt bryte med det offentliges plikt til å yte forsvarlig helsehjelp.

Videre har vi gjennom menneskerettsloven ratifisert og inkorporert EMK med forrang. I EMK artikkel 2 møter vi på en bestemmelse som omhandler retten til liv. Jeg skal komme nærmere inn på denne artikkelen senere, men innledningsvis kan det nevnes at EMK artikkel 2 pålegger medlemsstatene en plikt til å, gjennom lov, sikre beskyttelse for innbyggernes rett til liv. Det kan tenkes at nedleggelse av fødestuer i distriktene medfører økt risiko for både mor og barn, og i ytterste konsekvens kan føre til høyere mortalitetsrate for barn, så vel som mødre, under en fødsel. Dette vil i så fall harmonisere dårlig med våre folkerettslige forpliktelser til å beskytte individers rett til liv.

² <https://www.helse-nord.no/ending-og-omstilling-i-helse-nord> - Hentet 20/02/2024

1.3 Metode og tilnærming

Jeg vil i denne masteravhandlingen først gjøre rede for de nasjonale reglene om helseretten. Deretter vil jeg gjøre rede for hva som følger av menneskerettighetene, spesifikt EMK artikkel 2. Det vil følgelig ikke være snakk om tradisjonell juridisk metode hvor man finner rettskilder, vokter dem, for så å anvende dem på et konkret spørsmål. Oppgaven går inn på et tema som i stor grad er berørt av politikk, men jeg vil ikke drøfte rettspolitisk. Denne oppgaven går ut på å fremstille gjeldende rett om det aktuelle politiske temaet. Jeg har ingen pretensjoner om å gi rettspolitiske avklaringer eller vurderinger. Jeg har pretensjoner om å fremstille gjeldende rett slik den er, og slik jeg antar at det er relevant for aktuelle tematikker.

Sentrale regelverk for oppgaven er Grunnloven³, helseforetaksloven⁴, menneskerettsloven⁵, spesialisthelsetjenesteloven⁶ og pasient- og brukerrettighetsloven⁷, , Abortloven⁸, Helsepersonelloven⁹ og EMK gjennom menneskerettsloven.¹⁰

³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

⁴ LOV 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (Helseforetaksloven)

⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

⁶ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven)

⁷ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

⁸ Lov 13. Juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven)

⁹ Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

¹⁰ Den europeiske menneskerettskonvensjon

Et kjennetegn ved disse kildene er at det er svært lite relevant rettspraksis tilknyttet helselovgivningen som sådan.¹¹ Det meste av rettspraksis innenfor helseretten dreier seg om pasienters erstatningsrettslige vern eller om enkeltsaker mot helsepersonell.¹²

Dette reiser enkelte særlige metodiske utfordringer ved den nærmere tolkningen og anvendelsen av lovverket. Dette får likevel litt mindre betydning for hovedvekten i oppgaven som omhandler den EMK rettslige terskelen. Men også når det kommer til EMK er det metodiske vanskeligheter. Det er eksempelvis ikke forarbeider til EMK.

Forståelsen av, og anvendelsen av konvensjonens bestemmelser er i stor grad preget av EMD praksis, og det er svært lite relevant litteratur om det helserettslige aspektet ved EMK artikkel 2.

Et sentralt metodisk poeng ved oppgaven er forholdet til statens skjønnsmargin. EMD tar stilling til krenkelser i konkrete saker, og overlater til statens skjønnsmargin hvordan de ønsker å organisere seg, herunder organiseringen av helsetjenesten. Det stilles dermed i utgangspunktet ikke i selve konvensjonsteksten krav til hvordan staten organiserer helsetjenestetilbudet. Men etter EMD's avgjørelser vil det likevel gjennom et korpus av rettspraksis kunne pekes på at det faktisk stilles et viss krav til statens organisering.

Om statens skjønnsmargin har Andenæs og Bjørge skrevet at læren om statens skjønnsmargin i forbindelse med EMK omhandler intensiviteten i EMD's overprøvelse av «konvensjonsmessigheten» av hva statene gjør. Når en sak kommer inn for EMD, gir domstolen statene en viss skjønnsmargin i forbindelse med statens implementering av konvensjonsbestemmelsene. Det dette betyr er at når EMD ikke finner at nasjonale regler eller

¹¹ Dersom man eksempelvis gjør et søk i lovdata på avgjørelser i forbindelse med pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b foreligger det ingen dommer fra Høyesterett. Det som ligger der, er et fåtall dommer fra lagmannsrett og tingrett. Søker man på dommer tilknyttet forsvarlighetskravet i helse- og omsorgsloven § 4-1 kommer det bare én dom fra Høyesterett, men denne dommen handler om arbeidsrett.

¹² Se for eksempel HR-2023-1108-A om erstatning, og HR-2014-2398-A om æreskrenkelse av en lege.

praksis ligger utenfor skjønnsmarginen, vil de som regel ikke finne noe brudd på EMK som de vil sanksjonere gjennom å dømme staten for traktatbrudd.¹³

Tematikken og problemstillingen i oppgaven befinner seg i et vanskelig skjæringspunkt mellom en aktuell politisk styrt omorganisering som staten må kunne gjøre som den selv vil, og som dermed faller utenfor oppgavens tematikk, og menneskerettslige krav til resultatet av omstillingen som i konkrete tilfeller kan krenke menneskerettigheter.

Oppgaven må dermed fastslå hvilke konkrete menneskerettigheter som borgerne i Helse-Nords ansvarsregion besitter, og vise hvilke krav som da stilles til organiseringen av helsetjenestetilbudet.

For at en menneskerettighet skal krenkes, kreves det bestemte handlinger i et konkret tilfelle. Det er ikke noe som kan fastslås her. Det som kan fastslås her er hva som kan gi risiko for krenkelse av menneskerettigheter.

Altså, dersom helsetjenestene er organisert slik at pasienter står i unødvendig fare for alvorlig skade eller død ved fødsler, og dette viser seg å stride med rettighetene etter EMK artikkel 2, vil det normalt ikke kunne konstateres en krenkelse uten et konkret tilfelle å knytte det til. Dermed reiser oppgaven hypotetiske spørsmål om Menneskerettighetskrenkelser. Formålet er derfor å peke på elementene som inngår i vurderingen av Menneskerettighetsbrudd etter EMK.

EMK er inkorporert med forrang i norsk lovgivning gjennom menneskerettsloven og det gjelder et presumsjonsprinsipp om at man, så vidt mulig, skal tolke norsk lov og rett i tråd med de internasjonale forpliktelser, jf. Bl.a. Finanger I¹⁴ Dette gjelder spesielt på Menneskerettighetenes områder. Dette medfører at man må gjøre seg kjent med, og få en

¹³ Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge. 2012 *Menneskerettene og oss*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. s. 83-84

¹⁴ Rt-2000-1811, Del III under førstvoterende

forståelse for hva som følger av diverse menneskerettighetsbestemmelser, og hvordan de skal praktiseres når man skal behandle tema som berører menneskerettigheter.

Høyesterett har uttalt om tolkning av EMK at «Ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD».¹⁵

I Maria dommen uttales det i avsnitt 57 om grunnlovens § 102 som grunnlovsfester retten til privatliv i tråd med EMK artikkel 2, at bestemmelsen;

«skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvar for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.»¹⁶

Det domstolen uttaler her handler om hvordan man skal forstå og tolke grunnlovsbestemmelser om menneskerettigheter i forhold til de parallelle konvensjonsbestemmelsene, og er relevant for det jeg skal komme til lengere ned om grunnlovens §§ 92 og 93. Men mister sin relevans for hovedvekten etter EMK, da det som hovedregel etter EMK er EMD som skal legge føringer for hvordan man skal forstå EMK's bestemmelser.

Når en skal tolke folkerettslige bestemmelser, er disse basert på avtaler mellom flere stater. Dermed er det flere forskjellige verdigrunnlag som ligger bak avtalemedlemmenes egne tolkninger av traktatens innhold. For å få en mer samkjørt forståelse av traktatene har Wien-konvensjonen, som for øvrig også er avtale mellom flere stater, fastsatt regler for traktatstolking.¹⁷

¹⁵ Rt-2005-883, avsnitt 45

¹⁶ Rt-2015-93, avsnitt 57

¹⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969

Norge har ikke skrevet under eller ratifisert konvensjonen. Men de fleste av konvensjonens bestemmelser er imidlertid ansett som folkerettslig sedvanerett, som Norge er bundet av.¹⁸ I Wien konvensjonen artikkel 31 om tolkning av traktater står det:

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in the context and in the light of its object and purpose”¹⁹

Det dette betyr er at traktater skal tolkes i god tro i samsvar med den ordinære betydningen av traktatens vilkår i kontekst og i lys av traktatens formål og målsetting. Det slås altså fast at man skal være streng med tolkningen av traktater, og at traktaten ikke skal tolkes innsnevrende for å ikke dekke forhold den var ment til å dekke, så vel som at den ikke skal tolkes utvidende for å anvendes på forhold den ikke var ment til å anvendes på.

Det er også viktig å nevne at et særlig betydningsfullt trekk ved EMK er at det er EMD's dynamiske tolkninger av konvensjonen som skal gi uttrykk for gjeldende rett. Dette følger av EMD selv. Det har blant annet vært uttrykt i den eldre dommen *Tyrer v. The United Kingdom*, hvor det ble uttalt at

“The court must also recall that the convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of the present-day conditions.”²⁰

Konvensjonen er altså et “levende instrument” som må tolkes i lys av samtiden. Andenæs og Bjørge, med videre henvisning til Karin M. Bruzelius. Sammenligner og likestiller, til en viss grad, EMD's dynamiske tolkningsmetode med den metoden som brukes i norsk rett. Det påpekes at de norske lovtekstene ofte er «korte og åpent formulert», noe som

¹⁸ https://snl.no/Wien-konvensjonen_om_traktatretten

¹⁹ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, artikkel 31.

²⁰ 5856/72 *Tyrer v. The United Kingdom* court, 25.04.1978, avsnitt 31

gjør det mulig for domstolene å tolke og anvende en bestemmelse på forhold som lovgiver ikke kunne forutse da loven ble vedtatt.²¹

2 Nasjonal rett

2.1 Innledende bemerkninger

Helseforetakene fatter sine avgjørelser og vedtak først og fremst i tråd med nasjonal rett. Det er derfor nødvendig å se til de nasjonale bestemmelsene først. For å lettere navigere innenfor temaet vil jeg først komme med avklaringer på sentrale begrep innenfor helseretten, før jeg tar for meg de sentrale bestemmelsene innenfor de nevnte lovverkene. Jeg vil under begrepsavklaringen gå ekstra i dybden på avklaring av hvem som er en person etter grunnloven, da dette vil ha betydning for hovedvekten av oppgaven som omhandler EMK artikkel 2.

2.2 Begrepsavklaringer og definisjoner

2.2.1 Pasient og helsehjelp

Pasient er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3. Av bokstav a følger det at med pasient menes en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp til i det enkelte tilfellet. Helsehjelp er etter bokstav c handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell.

I forarbeidene fra 1992 er det gjort en utdyping av definisjonen som følger av § 1-3. For det første er det slik at hva som er helsehjelp beror dels på en vurdering av årsaken til hjelpebehovet, herunder sykdom, skade, funksjonshemming eller graviditet, og dels om det er «helsevesenet» som er nærmest å gi hjelpen. Begge deler av vurderingen kan ofte være tvilsomme og må avgjøres i hvert konkrete tilfelle. Her vil helsevesenets egen oppfatning av deres oppgaver til enhver tid i praksis ofte være avgjørende. For det andre krever ikke

²¹ Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge. 2012 *Menneskerettene og oss*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. s. 91

lovtekstens pasientdefinisjon at vedkommende faktisk er syk, skadet, funksjonshemmet eller gravid. Det avgjørende her er at det etableres kontakt mellom pasienten og helsevesenet, og at denne kontakten er begrunnet i et antatt behov for helsehjelp. Etter loven blir en person bare ansett som pasient dersom kontakten etableres på individuell basis.²²

Forarbeidene fra 1998-1999 utvider og supplerer definisjonen. Forarbeidene presiserer, som det også står i forarbeidet fra 1992, at også friske personer kan være pasienter dersom de har bruk for eksempelvis helsestasjon eller prevensjonsveiledning. Også personer med kroniske lidelser eller funksjonshemminger er pasienter siden de er brukere av helsetjenesten. Et element forarbeidet fra 1992 ikke omtaler er at også der helsehjelp tilbys uoppfordret eller eventuelt mot personens vilje, vil personen være definert som pasient.

Videre om hva som er helsehjelp er det også her fremstilt som en vurdering i flere deler, men annerledes enn i forarbeidet fra 92. det er et medisinsk element og et institusjonelt element. Med det medisinske elementet menes handlingene som utføres og formålet med dem. Med handling menes undersøkelse, behandling, utredning, vurdering og pleie- og omsorg. Med pleie og omsorg menes hjelp til opprettholdelse av et best mulig liv på tross av eventuell sykdom, funksjonssvikt eller alderdom. Det nevnes også at abortinngrep og uttak av organer i forbindelse med transplantasjon og blodgivning omfattes. formålet med handlingene som gjøres kan være ulike, for eksempel terapeutiske (sikte på endring, helbredende), forebyggende, diagnostiserende eller lindrende/assisterende formål. Det vil derfor være slik at også handlinger som har helsebevarende formål skal anses som helsehjelp. Det institusjonelle elementet handler om hvem som yter helsehjelpen. Helsepersonell defineres i helsepersonelloven § 3 og hjelp som gis i tråd med det medisinske elementet vil da være helsehjelp. Men det vil også være helsehjelp dersom en pasient selv, eller andre parter som f.eks. familiemedlemmer, utfører handlinger etter instruksjon fra helsepersonell. Et eksempel

²² NOU 1992:8. Lov om pasientrettigheter. s. 81

på dette kan være pasienter som administrerer insulin selv for å ha kontroll på eget blodsukkernivå.²³

Med å være regnet som pasient får man egne spesifikke rettigheter i forbindelse med helsehjelp, herunder retten til nødvendig helsehjelp som jeg skal komme inn på senere i oppgaven.

2.2.2 Forsvarlighet

Begrepet forsvarlighet finnes i flere av helserettens rettskilder, herunder helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helsepersonelloven § 4. Hva som ligger i begrepet «forsvarlig» har ingen legaldefinisjon, men kan sies å referere til kvaliteten og standarden av helseomsorgen og praksis i helsevesenet. Hvilket innebærer at helsepersonell og institusjoner skal praktisere og yte omsorg på en måte som samsvarer med faglige normer, retningslinjer og aktuell kunnskap, med et overordnet mål om å sikre pasienters sikkerhet.

Forsvarlighet kan derfor sies å være en form for rettslig standard, denne rettslige standarden kan vi videre omtale som forsvarlighetsbegrepet.

2.2.3 Spesialisthelsetjenesten

I det norske helserettslige bildet skiller man gjerne det offentlige helsevesen i to områder, allmennhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten. Den allmenne delen er det kommunene som har ansvar for, og den reguleres av helse- og omsorgsloven.²⁴ Den allmenne delen består primært av hvilke typer tjenester og tilbud om helsehjelp kommunene er pliktige å tilby sine innbyggere, men inneholder få bestemmelser om hvordan helsehjelpen skal gjennomføres.

Den spesielle delen er det staten som er ansvarlig for, og den reguleres av spesialisthelsetjenesteloven. Spesialisthelsetjenesten omfatter den delen av helsevesenet som gjennomfører behandlinger og driver diagnostikk og oppfølging, herunder kan nevnes

²³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter s. 126-127

²⁴ Kjøenstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 223

psykiske og somatiske sykehustjenester, medisinske laboratorietjenester, radiologiske tjenester, akuttmedisinsk beredskap osv. I grove trekk omhandler begrepet spesialisthelsetjenesten alt av helsetjenester som ikke faller innenfor annen lovgivning. Som f.eks. kommunale helse- og omsorgstjenester, tannhelse og barnevern.²⁵

I forbindelse med fødsel er det ikke et skarpt skille mellom det kommunales ansvar og statens ansvar gjennom spesialisthelsetjenesten. Gangen i en fødsel er i dag – i alle fall i Senja kommune opp mot UNN – ganske sømløs. I all hovedsak er det de kommunale jordmødrene driver oppfølgingen av kvinnen og barnet under svangerskapet, foruten ultralydene man skal ha underveis (denne er underlagt spesialisthelsetjenesten) og i etterkant under barseltiden.

Når det kommer til selve fødselen, er gjennomføringen et område for spesialisthelsetjenesten. Pr. I dag er det slik at spesialisthelsetjenesten når det kommer til fødsel deles inn i forskjellige type avdelinger, hvor den «beste» og mest innholdsrike er fødselsklinikker. Den neste under der er fødeavdelinger på sykehus, og den siste er fødestuer. Hva som skiller de forskjellige, er hvilken type personell og kompetanse de innehar.²⁶

2.2.4 Er et foster en person etter Grunnloven?

I utgangspunktet er det ikke vanskelig å definere hva som er en person eller ikke. Men i tråd med oppgavens overordnede tematikk og problemstilling er det nødvendig å fastslå hva som er et menneske eller en person, i relasjon til grunnloven § 93 og EMK artikkel 2 som jeg skal komme inn på lengere ut i oppgaven. Det foreligger ingen konkret uttalelse fra staten for når et foster er å anse som et menneske, eller en person, etter norsk rett. Men basert på at selvbestemt abort ikke lenger er mulig etter uke 12, og at man deretter må søke til en nemd dersom man vil ta abort, vil det trolig ikke være feil å anse et foster som et menneske / en person et tidsmessig sted etter uke 12.²⁷

²⁵ Kjøenstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 224

²⁶ Ref: Telefonsamtale med virksomhetsleder Fødestua Finnsnes 05.02.2024

²⁷ Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd. § 2

Tidspunktet et foster reelt og formelt blir et barn er ifølge Aslak Syse ved fødsel. Men han påpeker at det er uavklart nøyaktig når i fødselsforløpet den juridiske overgangen skjer. Syse skriver også at når fosteret har passert en viss modningsgrad, satt til ca. 28 uker, vil en spontan utstøtelse av fosteret ikke lenger ansees som en abort, men en fødsel av et levende eller eventuelt dødfødt barn. I den anledning er det rundt dette tidspunktet i fosterets utvikling abortloven § 2 (6) setter en absolutt øvre tidsgrense for muligheten av legalt abortinngrep.²⁸

Boken til Syse er fra 1993 og gjenspeiler ikke nødvendigvis dagens rett. Om det er en skrivefeil hos Syse eller om lovverket han baserte sin studie på sa uke 28 på det tidspunktet kan jeg ikke slå fast, da den historiske varianten av abortlovens § 2 mellom vedtakelsen i 75 og endring i 2000 ikke er tilgjengelig på lovdata. Men det han knytter resonnementet til er dog fortsatt relevant.

Jeg antar at han utleder synspunktet med modning som grunnlag for den absolutte grensen fra lovtekstens bruk av ordet levedyktig. Hvis en legger til grunn at loven sa 28 uker da Syse skrev boken i 1993, men nå sier 18 uker, kan det være på grunn av utvikling i medisin som gjør at en vurderer fosteret som levedyktig på et tidligere tidspunkt i dag enn man ville gjort på den tiden.

Videre skriver Syse at abortloven etter hans syn må forstås slik at hensynet til fosterets rettsvern skal tillegges stadig økende vekt fra uke 12 i svangerskapet til fosteret anses som levedyktig.²⁹ Dette er i tråd med antagelsen jeg gjorde ovenfor.

I denne sammenheng kan det nevnes at det i slutten av 2023 ble levert en utredning med forslag til ny abortlov. I denne utredningen blir det foreslått at adgangen til selvbestemt abort økes til 18 uker.:

«§ 4 rett til abort. Gravide har rett til abort til utgangen av 18. svangerskapsuke.»³⁰

²⁸ Syse Aslak. 1993 *Abortloven; juss og verdier*. 1. utgave s. 29-30

²⁹ Syse Aslak. 1993 *Abortloven; juss og verdier*. 1. utgave s. 153

³⁰ NOU 2023: 29 Abort i Norge, Ny lov og bedre tjenester. s. 249

Siden dette bare er et forslag til ny lov kan den ikke ilegges stor vekt. Men utredningen gir uttrykk for rettspolitisk utvikling innenfor abortfeltet. For oppgavematikkens del kan en slik lovendring bety at man må endre synet litt, slik at man anser at fosteret får økende rettsvern fra uke 18 i stedet for fra uke 12.

I forlengelse av resonnementet rundt barn og deres rettigheter kan det her nevnes at et barns rett til å få sin rett til liv sikret er omfattet av barnekonvensjonen.³¹ I boken Barnekonvensjonen i norsk rett, skrives det om barns rett til liv, helse og utvikling etter barnekonvensjonen artikkel 6:

«Etter barnekonvensjonen artikkel 6 plikter staten å anerkjenne at et hvert barn har en iboende rett til liv, og plikter så langt det er mulig å sikre at barnet overlever og vokser opp. Dette ansvaret innebærer en plikt til å avstå fra beslutninger og handlinger som truer barns liv og utviklingsmuligheter, og er en positiv plikt til å beskytte barn mot død både på kort og lang sikt. En viktig forutsetning for å verne om barns liv er å sikre dem livreddende helsetjenester.»³²

Dette virker ikke direkte inn på oppgaven, men er en relevant kilde som kan være med på å si noe om når man skal regne et foster som en person. Ordlyden «overlever» og «vokser opp» kan etter min mening tale i favør av at fosteret tillegges rettigheter på et tidlig stadium.

2.3 Helseforetak

I lovteksten skiller det mellom regionale helseforetak og helseforetak. Det følger av helseforetaksloven § 2 annet ledd at regionalt helseforetak er virksomhet som eies av staten alene og som er opprettet i medhold av helseforetaksloven § 8. Regionalt helseforetak legger til rette for spesialisthelsetjenester, forskning, undervisning og andre tjenester som står i

³¹ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

³² Fornes, Ingun, Anna Nylund, og Anneken K. Sperr. 2023. *Barnekonvensjonen I Norsk Rett, Prinsipper Og Praksis*. 1 utgave. Oslo: Gyldendal. s. 143

naturlig sammenheng med dette eller er pålagt i lov. I helseforetaksloven § 8 står det at Kongen i statsråd treffer vedtak om å opprette regionalt helseforetak.

Vedtaket skal uttrykkelig benevnte foretaket som regionalt helseforetak og skal inneholde foretakets vedtekter. Vedtaket skal også inneholde bestemmelser om hvem som er medlemmer av styret, herunder leder og nestleder, hvem som skal være foretakets revisor, statens innskudd, herunder hvilke sykehus og andre institusjoner foretaket skal overta ved opprettelsen. Til slutt følger det av annet ledd i § 8 at det regionale helseforetaket er stiftet når Kongen har truffet vedtak etter førte ledd.

Videre følger det av § 2 tredje ledd at et helseforetak er virksomhet som eies av ett eller flere regionale helseforetak eller helseforetak og som er opprettet i medhold av helseforetaksloven. § 9. Helseforetak yter spesialisthelsetjenester, forskning og undervisning samt andre tjenester som står i naturlig sammenheng med dette, eller som er pålagt i lov eller avtalt med den kommunale helse- og omsorgstjenesten.

Av § 9 følger det at utøvende virksomhet skal organiseres som helseforetak. Styret selv i regionale helseforetak eller helseforetak treffer vedtak om å opprette helseforetak. Vedtaket skal uttrykkelig benevne foretaket som helseforetak og inneholde foretakets vedtekter. Ellers er ordlyden lik som i § 8 foruten at det er eierens innskudd det skal foreligge bestemmelser om. av annet ledd i § 9 fremgår det at helseforetaket er stiftet når styret i eiende foretak har truffet vedtak etter første ledd. Dersom flere foretak stifter et helseforetak for å eie det sammen, må styret dessuten inngå en skriftlig selskapsavtale.

Det sentrale her er at Helse-nord, som er et regionalt helseforetak, er et statlig organ. Det kan dermed stilles krav til at de, i større grad enn organisasjonsmessig lavere organer, har en større og bedre forståelse av de plikter og forbud som påhviler staten i forbindelse med eksempelvis menneskerettslige traktater, som jeg skal komme inn på lengere ned.

2.4 Retten til nødvendig helsehjelp

Innledningsvis kan det nevnes at det, i tråd med kapittel 1.3 er stor mangel på rettspraksis for å hjelpe med tolkning og avklaring. En eldre dom som omhandler pasienters rett til helsehjelp er Fusa dommen.³³ Kjørstad og Syse omtaler den i sin bok; *helserettslige emner*. Om dommen sier de at det på tidspunktet boken var skrevet (1994) var den eneste høyesterettsdommen som direkte angikk retten til helsehjelp.³⁴ Dommen handlet om tilgangen til spesialiserte helsetjenester etter den gamle sykehusloven, hvor det bare var åpnet for «øyeblikkelig hjelp når det var påtrengende nødvendig».³⁵ Dette stiller seg annerledes i dag da vilkårene etter spesialisthelsetjenesteloven ikke lenger stiller krav til påtrengende nødvendighet, men er greit å nevne for å vise utvikling i pasienters rett til helsehjelp.

Som nevnt i kapittel 1 har pasienter etter nasjonal lovgivning rett på nødvendig helsehjelp. Det er hovedsakelig to bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl) som brukes til å hjemle denne retten; § 2-1 a gjelder for helsehjelp fra kommunen, mens § 2-1 b gjelder hjelp fra spesialisthelsetjenesten. I denne oppgaven tas det utgangspunkt i at den som søker hjelp er en fødende kvinne. Følgelig vil det være § 2-1 b som er aktuelt hjemmelsgrunnlag.

Det følger av § 2-1 b første ledd at pasienter har rett til øyeblikkelig helsehjelp, jf. Spesialisthelsetjenesteloven § 3-1. Jeg behandler ikke øyeblikkelig helsehjelp. Av andre ledd følger det at «Pasienten har rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten». Videre gjelder retten til nødvendig helsehjelp de tjenestene som spesialisthelsetjenesten har ansvaret for å yte og finansiere jf. Spesialisthelsetjenesteloven §§ 2-1 a og 4-4.

Det første en må se på er hva som ligger i begrepet «nødvendig helsehjelp» Loven inneholder ikke noe legaldefinisjon angående hva som utgjør nødvendig helsehjelp, men ut fra en naturlig språklig forståelse er det et krav om nødvendighet, altså at en ikke har «krav» på

³³ Rt.1990.874

³⁴ Kjørstad, Asbjørn, og Aslak Syse. 1994. *Helserettslige emner*. 1 utgave. Oslo: Ad Notam Gyldendal. s. 69

³⁵ Kjørstad, Asbjørn, og Aslak Syse. 1994. *Helserettslige emner*. 1 utgave. Oslo: Ad Notam Gyldendal. s. 76

helsehjelp som ikke er nødvendig. Det er kanskje lettere å negativt avgrense begrepet i den forstand. Slik at mindre og frivillige eksempelvis kosmetiske inngrep ikke vil nære noe en kan ha «krav» på, med mindre de er av en slik karakter at de anse som nødvendige allikevel.

I forarbeidene står det om bestemmelsens annet ledd at begrepet «*nødvendig helsehjelp*» skal tolkes slik at det gir krav på nødvendig helsehjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig vurdering av behov»³⁶

Videre står det at det er vanskelig å presist angi hva som er nødvendig helsehjelp. Omfanget og nivået på hjelpen må derfor vurderes konkret, hvor det avgjørende vil være en helsefaglig vurdering av pasientens behov.

At forarbeidene bruker ordene helsefaglig vurderings harmonerer med ordlydsfortolkningen ovenfor, da det taler for at pasientens egen oppfatning ikke er av avgjørende betydning for når det foreligger en rett til helsehjelp, men at det skal gjøres en konkret helsefaglig vurdering. Dette står også videre i forarbeidene.

Ut fra forarbeidene kan man se at det skal foretas en konkret faglig vurdering av helsehjelpens nødvendighet i hvert enkelt tilfelle, da det som ellers innenfor helserett er vanskelig å fastsette en rettslig minstestandard, siden hvert enkelt tilfelle ofte kan være nokså unikt.

Ifølge juridisk teori er det tre elementer som inngår i vurderingen av om helsehjelp er nødvendig.³⁷ Reglene hvor man kan finne disse elementene er, grunnet oppbygningen og endringer i loven, fragmentariske og hentes fra forskjellige kilder, deriblant pasient- og brukerrettighetsloven og prioriteringsforskriften.³⁸

Det første vilkårene for at en pasient skal få helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten er at pasienten må ha et behov for det, jf. ovenfor. Videre følger det av prioriteringsforskriften § 2

³⁶ Prop. 118 L (2012-2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. s. 102

³⁷ Kjøenstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal s. 229. Se også Kjøenstad, Asbjørn. 2007 *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 176

³⁸ FOR-2000-12-01-1208 (Prioriteringsforskriften)

at pasienten må ha forventet nytte av helsehjelpen, og at kostnadene med å gi helsehjelpen må stå i et rimelig forhold til effekten av tiltaket. Her må det gjøres en helsefaglig vurdering der avveining av ulike hensyn kreves.³⁹

Ved vurderingen av om pasienten vil ha forventet nytte av helsehjelpen legges det opp til en differansebetraktning, altså en sammenligning av pasientens situasjon med og uten behandling. Er det ingen eller svært liten differanse anses det at behandling vil ha svært liten eller ingen nytte. Da vil ikke pasienten ha rett til behandling fra spesialisthelsetjenesten.⁴⁰ Vurderingen av hvorvidt pasienten kan ha forventet nytte av behandlingen skal gjøres ut fra om kunnskapsbasert praksis tilsier at helsehjelpen kan øke pasientens livslengde og/eller livskvalitet gjennom å gi økt sannsynlighet for: *overlevelse eller redusert funksjonstap, fysisk eller psykisk funksjonsbedring, reduksjon av smerter, fysisk eller psykisk ubehag.*⁴¹

Når det kommer til vurderingen av ressursbrukens rimelige stand i forhold til forventet nytte er det snakk om en kost-nytte vurdering. I denne vurderingen er det nødvendig å stille medisinfaglige spørsmål, gjøre økonomiske avveininger og etiske betraktninger. Disse faktorene lar seg ikke nødvendigvis lett vurderes mot hverandre, og reiser dermed vanskelige problemstillinger.⁴²

Utformingen av vilkårene, sammenholdt med hvordan retten til nødvendig helsehjelp er omtalt i forarbeidene fremmer spørsmålet om det er snakk om adskilte vilkår og vurderinger, eller om alt inngår i en helhetlig vurdering.

Ifølge juridisk teori henger vurderingsmomentene nært sammen og inngår i en slags helhetsvurdering der også livslengde og livskvalitet må ses i sammenheng. Dog er det viktig å

³⁹ Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 229

⁴⁰ Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 231. Se også Kjønstad, Asbjørn. 2007 *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal s. 177

⁴¹ FOR-2000-12-01-1208 (Prioriteringsforskriften) § 2 annet ledd.

⁴² Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 232. Se også Kjønstad, Asbjørn. 2007 *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal s. 177

holde vilkårene adskilt slik de er formulert i forskriften. Dersom alt blir en stor skjønnsmessig helhetsvurdering vil «retten» til den nødvendige helsehjelpen ikke lenger fremstå som en rettighet.⁴³ Et videre poeng er at det vil være svært vanskelig å overprøve en slik samlet helhetsvurdering uten adskilte vurderinger av vilkårene.

Dersom en helsefaglig vurdering tilsier at en pasient har et behov for hjelp fra spesialisthelsetjenesten, pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og ressursbruken står i et rimelig forhold til den forventede nytten, «tildeles» man en «rett» til denne hjelpen. Man befinner seg altså i en rettighetsposisjon, hvilket følgelig pålegger noen andre, staten v/ det respektive RHF i dette tilfellet, en plikt til å yte. Tidsaspektet for når pasienter med rett til nødvendig helsehjelp skal få denne hjelpen reguleres av prioriteringsforskriften. § 2a, men denne vurderingen avgrenser jeg mot å gå inn på.

Etter at man har fastlagt at en pasient oppfylder vilkårene for å ha rett til helsehjelp må man gå over på fastsettelsen av den konkrete helsehjelpen. Herunder må man se på hjelpens art, omfang og kvalitet, samt hvor hjelpen skal gis.

Helsehjelpens art og omfang styres rettslig av kriteriet «nødvendig helsehjelp» i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b annet ledd første punktum. Nødvendighetsbegrepet har to funksjoner; vilkår og utmåling. Det angir vilkårene for å ha rett til nødvendig helsehjelp, så vel som å legge rammene for arten og omfanget av hjelpen som skal gis, basert på medisinskfaglige vurderinger. Pasienten har rett til å få behovene sine dekket i en grad som oppfyller kravene til en *minstestandard* for helsehjelp etter tilsvarende prinsipp som i *Fusa dommen*.⁴⁴

⁴³ Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 233. Se også Kjønstad, Asbjørn. 2007 *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal s. 178

⁴⁴ Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 233-234. Se også Kjønstad, Asbjørn. 2007 *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 179-180. *Fusa dommen Rt-1990-874*

Når det kommer til helsehjelpens kvalitet henger spørsmålet nært sammen med art og omfang, men utgjør samtidig et eget spørsmål. Først og fremst er det det helserettslige forsvarlighetskravet som setter krav til kvalitet. Forsvarlighetskravet er som nevnt et lovfestet krav som fremkommer i flere forskjellige felt, blant annet i spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, som jeg skal komme nærmere inn på under. Men forsvarlighetsstandarder gjelder også utenfor de konkrete lovene og feltene i kraft av å være et ulovfestet grunnprinsipp i helseretten.⁴⁵

2.5 Forsvarlighetskravet.

Forsvarlighetskravet gjelder som nevnt over som et grunnleggende prinsipp i helseretten. Her skal jeg se nærmere på forsvarlighetskravet i de forskjellige helserettslige lovverkene, men spesielt på forsvarlighetskravet i spesialisthelsetjenesteloven siden fødsler er, som allerede etablert, et anliggende som faller inn under spesialisthelsetjenesten.

Av spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 om plikt til forsvarlighet følger det at:

«Helsetjenester som tilbys eller ytes i henhold til denne loven skal være forsvarlige. Spesialisthelsetjenesten skal tilrettelegge sine tjenester slik at personell som utfører tjenestene, blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter, og slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert tjenestetilbud.»

Ordlyden er klar, men gir ingen konkretisering for hva som ligger i forsvarlighetsvurderingen annet enn at lovpålagte plikter skal overholdes, og at pasienten skal få et helhetlig og koordinert tjenestetilbud. Angående de lovpålagte pliktene skal vi se senere i oppgaven at dette kan ha en side til menneskerettigheter.

I forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven står det at bestemmelsen motsvarer lov om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgsloven) § 4-1 første ledd bokstav a, og det vises til de spesielle merknader til denne bestemmelsen, samt de generelle merknadene

⁴⁵ Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, 2019. *Velferdsrett I*. 6. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 234. Se også Kjønstad, Asbjørn. 2007 *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal s. 180

til forsvarlighet i kapittel 20.⁴⁶ Det er derfor naturlig å se på denne bestemmelsen for å prøve å forstå hva som ligger i forsvarlighetskravet.

I helse- og omsorgsloven § 4-1 a om forsvarlighet står det:

«helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige. Kommunen skal tilrettelegge tjenesten slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert helse- og omsorgstilbud.

Man kan se stor likhet mellom forsvarlighetsbestemmelsen i spesialisthelsetjenesten og i helse- og omsorgstjenesten. I tillegg bærer de begge likhetstrekk med eksempelvis forsvarlighetsbestemmelsen i helsepersonelloven.⁴⁷

Det er gis heller ikke i helse- og omsorgstjenesteloven noe konkret avklaring av hva som er å regne som forsvarlig. Men man ser de samme momenter som kan inngå i en helhetlig vurdering. Blant annet står det både i spesialisthelsetjenesteloven og i helse- og omsorgsloven at tjenester som tilbys skal være helhetlig og koordinert, noe som taler for tverrfaglig skjønn.

Videre står det i begge bestemmelsene at tjenestene skal tilrettelegges slik at personell som utfører tjenestene blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter, med dette kan det menes at det kreves at kommunen/helseforetaket bevilger nok midler slik at ikke helse- og omsorgstjenesten/spesialisthelsetjenesten blir så begrenset i utførelsen av arbeidet sitt at det går på bekostning av plikten til å gi helsehjelp til de som trenger og har krav på det. Dette kan muligens også ha en side til et sentralt menneskerettslig moment som jeg skal gjøre rede for senere i oppgaven.

I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven står det i kapittel 20 at kravet til forsvarlighet *«innebærer en overordnet plikt til systematisk styring av virksomhetene i helse- og omsorgstjenesten, plikter for utøvende personell om forsvarlig yrkesutøvelse og et kvalitativt og kvantitativt krav til de tjenester som ytes til den enkelte pasient eller bruker»*

⁴⁶ Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. side 509.

⁴⁷ Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.

under høring ble det fremmet mange forskjellige formuleringer og pekt på tvetydighet og utydelighet.⁴⁸

Departementet kom i sin vurdering og forslag med en uttalelse om at forsvarlighetskravet er en rettslig standard. *«det innebærer at innholdet bestemmes av normer utenfor loven. Forsvarlighetskravet for helse- og omsorgstjenesten er forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer. Innholdet i forsvarlighetskravet endrer seg dermed også i takt med utviklingen av fagkunnskap og endringer i verdioppfatninger.»*⁴⁹

Videre har forsvarlighetskravet en dobbel funksjon. For det første er kravet retningsgivende for helsetjenesten og viser til normer som beskriver hvordan tjenestene bør være. Det er disse normene som utgjør kjernen i forsvarlighetskravet og som kan betegnes som god praksis. For det andre danner normene utgangspunkt for fastleggelsen av grensen mot det uforsvarlige. Altså de konkrete vurderingene av størrelsen på avvik fra, det som er ansett som, god praksis som kan aksepteres før avvikene medfører uforsvarlighet i tjenester. I rommet mellom god praksis og den nedre grensen for hva som er forsvarlig, vil det være åpent for skjønnsutøvelse. Forsvarlighetskravet forlanger imidlertid at tjenestene som tilbys må være kvalitativt tilstrekkelige, og ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.⁵⁰

Videre omtales helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer som eksempel på publikasjoner som beskriver god praksis. Helsedirektoratets publikasjon beskriver tiltak og løsninger basert på oppdatert og anerkjent faglig kunnskap, og angir hvordan praksisen bør være.⁵¹

I kapitlet om spesielle merknader står det at plikten til å sørge for forsvarlige tjenester stiller krav til at virksomheten planlegger og iverksetter nødvendige tiltak for å sikre at ulike

⁴⁸ Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. kapittel 20. punkt 20.2

⁴⁹ Prop. 91 L (2010-2011) kapittel 20. punkt 20.5

⁵⁰ Prop. 91 L (2010-2011) kapittel 20. punkt 20.5

⁵¹ Prop. 91 L (2010-2011) kapittel 20. punkt 20.5

tjenester som ytes til enhver tid er forsvarlige. Virksomheten må også se til at de implementerte tiltakene fungerer og er tilstrekkelige. Det er i stor grad sammenfall mellom kravene til forsvarlig virksomhetsstyring og kravene til internkontroll.

Om kravet til et helhetlig og koordinert tilbud står det i forarbeidene at forsvarlighetskravet ikke bare innebærer at deltjenester hver for seg skal være forsvarlige, men at tilbudet som helhet må være forsvarlig.

Når det kommer til kravet om at tjenestene skal tilrettelegges slik at personell som utfører tjenestene, blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter refererer forarbeidet til helsepersonelloven § 16 hvor det står at *«virksomheter som yter helse- og omsorgstjenester, skal organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter.»*

Bestemmelsen i helsepersonelloven § 16 har lik ordlyd som i spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgsloven, og gir ikke noe mer klarhet. Men i forarbeidene til helsepersonelloven står det om kravet at virksomheter som yter helsehjelp må organisere seg slik at helsepersonellet har handlefrihet i forbindelse med å overholde plikter de er pålagt i helsepersonelloven eller annen lovgivning.⁵²

Videre står det eksplisitt at plikten korresponderer med den tilsvarende plikten i det da foreliggende forslaget til spesialisthelsetjenesteloven § 2-3. Bestemmelsen var ment for å videreføre den daværende legelovens § 16 tredje ledd, som var å sikre uavhengighet for legen i faglige spørsmål. Det viktigste elementet i dette er at helsepersonell, uavhengig av arbeidssted eller form for organisering, først og fremst skal ta faglige hensyn under ytelse av helsehjelp. Helsepersonell vil gjennom utdanning og kvalifikasjoner inneha en viss «autonomi» til å oppfylle de plikter loven pålegger dem. Slik det fremgår av forarbeidene ser det ut som bestemmelsen er ment for å begrense arbeidsgivers styringsrett ved at virksomheten skal organiseres slik at helsepersonell har frihet til å oppfylle lovpålagte plikter, og da i første rekke plikten til å forsvarlig utøve sitt yrke.

⁵² Ot.prp.nr.13 (1998-1999) om lov om helsepersonell punkt 26, kapittel 10

Om forsvarlighetskravet hos helsepersonell skriver Befring og Ohnstad i boken helsepersonelloven at hovedhensynet bak helsevesenets krav til forsvarlighet er beskyttelse for pasienten og samfunnet mot handlinger og unnlater som innebærer en unødvendig risiko for skade eller likegyldig/ignorerende atferd.⁵³ Dette er riktignok hentet fra en bok om helsepersonelloven spesifikt, men i konteksten det var skrevet, og som jeg leser det forøvrig kan man se på det som et hensyn bak forsvarlighetskravet i hele den helserettslige arenaen.

3 Menneskerettigheter

3.1 Innledning

Det har gjennom årene kommet et større og større fokus på menneskerettigheter. Menneskerettigheter er rettigheter ethvert individ har i kraft av å være menneske, uavhengig av lovverk.⁵⁴ Disse rettighetene omtales som menneskerettigheter, og er sentrale i velferdsstaten. Når en snakker om menneskerettigheter så er det som regel rettigheter som følger av store overnasjonale traktater og konvensjoner. I den anledning er det viktig å være klar over hvordan man skal forholde seg til konvensjonene og traktatene i forbindelse med nasjonal rett. Som jeg nevner allerede i innledningen i kapittel 1 skal jeg gjøre rede for EMK artikkel 2 som er en av de mest sentrale menneskerettslige rettighetene. Men i sammenheng med EMK artikkel 2 som grunnlag for hovedvekten av oppgaven kan jeg også nevne EMK artikkel 8 i forbindelse med helseretten. Andenæs og Bjørge skriver i en av sine bøker, med videre henvisning til EMD, at: «EMD har fremholdt at helse er en rett som kan komme inn under artikkel 8 i EMK om retten til privatliv og familieliv»⁵⁵

3.2 Hva sier grunnloven?

I Grunnloven har vi et eget kapittel om menneskerettigheter med flere sentrale bestemmelser.

⁵³ Befring, Anne K, og Bente Ohnstad. 2010 *Helsepersonelloven – med kommentarer*. 3. utgave. Bergen: Fagbokforlaget. s. 56

⁵⁴ Hanski, Raija, og Markku Suski, 1999. *An introduction to the international protection of human rights*. 2nd ed. Turku/Åbo: Insitute for human rights Åbo Akademi University s. 3

⁵⁵ Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge. 2012 *Menneskerettene og oss*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. s. 53

Av Grunnlovens § 92 følger det at «*Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.*»

Etter ordlyden er myndighetene pliktet til å, gjennom lovgivning og utøvelse, respektere og sikre gjennomføring av Menneskerettighetene, både slik disse rettighetene er nedfelt i Grunnloven, men også retten som følger av bindende Menneskerettighetstraktater Norge er medlem av.

Retten til liv har, som nevnt over, en bestemmelse i EMK som skal jeg komme nærmere inn på senere. Men vi har også en bestemmelse i Grunnloven om retten til liv. Det følger av Grl. § 93 at «*Ethvert menneske har rett til liv. Ingen kan dømmes til døden.*»

Ordlyden i denne bestemmelsen er klar, ethvert menneske har en rett til å leve. Videre forbyr bestemmelsen bruk av dødsstraff i Norge.

Ikdahl og Strand skriver om slike rettighetsbestemmelser at denne typen regler er ment for å komme hele befolkningen til gode. Under videre henvisning til Kjørstad og Syse peker de på at slike rettigheter i boken Velferdsrett er omtalt som universelle rettigheter.⁵⁶ Om rekkevidden av bestemmelsen kan det nevnes at de kun gjelder der Norge har jurisdiksjon. Altså i første omgang er det en territoriell begrensning. En Nordmann kan i utgangspunktet ikke påberope seg grunnloven § 93 i et annet land.⁵⁷

Høyesterett har tatt stilling til grunnlovstolkning i forhold til deres menneskerettslige speilbestemmelse. I disse dommene var det riktignok snakk om EMK artikkel 3, som har samme ordlyd som Grl. § 93 annet ledd. Men jeg ser ingen grunn til at det samme prinsippet om å tolke grunnloven basert på dens speilbestemmelse i EMK, ikke skal gjelde for forholdet i denne oppgaven.

⁵⁶ Ikdahl, Ingunn og Vibeke B. Strand. 2016. *Rettigheter i velferdsstaten: Begreper, Trender, Teorier*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 39

⁵⁷ Ikdahl, Ingunn og Vibeke B. Strand. 2016. *Rettigheter i velferdsstaten: Begreper, Trender, Teorier*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 130

Høyesterett nøyter seg i HR-2024-551-S med å videre henvide til HR-2021-1155-A under utredningen av grunnloven § 93. I sistnevnte dom avsnitt 40 uttaler Høyesterett at EMDs praksis vil være avgjørende ved tolkningen av grunnloven § 93, og at saken skal vurderes med utgangspunkt i EMK og foreliggende praksis fra EMD. Altså tillegges EMD's tolkning av EMK vekt ved tolkning av grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

3.3 Generelt om Menneskerettigheters forhold til nasjonal lovgivning.

Menneskerettighet er en samlebetegnelse på internasjonale regler om rettigheter man har i kraft av å være menneske. Disse internasjonale reglene har gjerne egne bestemmelser i nasjonal rett, men har som sagt ofte opphav i internasjonale avtaler som traktater og konvensjoner, som videre er ratifisert og inkorporert av avtalenes medlemsland. Et eksempel som jeg skal se nærmere på her er Den europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK). EMK er ratifisert av Norge, altså har vi sluttet oss til konvensjonen, og den er inkorporert i norsk lov med forrang. Dette betyr at den har trinnhøyde over annen formell lovgivning som er under grunnlovens rang, jf. Menneskerettsloven § 3. Asbjørn Kjønstad skriver i boken; Helserett, at dersom det er motstrid mellom bestemmelser i menneskerettighetskonvensjoner, herunder EMK, og norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran.⁵⁸

Befring m.fl. går litt mer i dybden på dette punktet. EMK omfattes av menneskerettsloven og inneholder enkelte bestemmelser som er av betydning for helseretten. Videre presiseres det at dommer fra EMD er en rettskilde som tillegges stor vekt ved tolkning av EMK.

Medlemsstatene i konvensjonen er forpliktet til å respektere avgjørelser fra EMD. Uttalelser fra ulike FN komiteer kan også være rettslig relevant.⁵⁹

3.4 Betydning og relevans for helseforetakenes virksomhet

Som jeg nevner i kapittel 2 er de regionale helseforetakene, som f.eks. Helse-nord en statlig utøver/myndighet. Dette betyr at de regionale helseforetakene etter GrL § 92 må respektere og

⁵⁸ Kjønstad, Asbjørn. 2007. *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 56

⁵⁹ Befring, A. K., Hirst, M., Ohnstad, B. og Paulsrud, K. 2019 *Helserett i et nøtteskall*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 33

sikre menneskerettighetene, slik de er nedfelt i grunnloven og i traktater som er bindende for Norge.

Siden praksisen blant annet skal samsvare med hva som følger av menneskerettslige forpliktelser vil menneskerettighetene ha relativt stor innvirkning på hvordan helseforetakene kan drive sin virksomhet, da de må ta høyde for at det nasjonale lovverket ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med hva som følger av EMK på alle punkter, men at man heller må tolke de nasjonale reglene i samsvar med, og med hensyn til, hva som følger av menneskerettslige bestemmelser. Dette skyldes at EMD's praksis og lovforståelse ikke alltid er i overensstemmelse med den nasjonale forståelsen av rettighetene, og er på mange måter mer dynamisk da den utvikler seg og tilpasser seg nye problemstillinger som oppstår i tråd med utviklingen i samfunnet.⁶⁰

I tillegg er EMD's forståelse preget av et verdigrunnlag som er mer «sammensatt» der man kanskje ilegger diverse aspekter ved menneskerettigheter forskjellig vekt fra hva medlemslandene ville gjort alene.

4 EMK artikkel 2 retten til liv

4.1 Innledning

Retten til livet er den viktigste menneskerettigheten vi har. EMK artikkel 2 traktatfester denne menneskerettigheten, og jeg skal i dette kapitlet gjøre rede for innholdet i bestemmelsen. Jeg vil først gjøre rede for EMK artikkel 2 generelt, før jeg deretter går nærmere inn på hvilken innvirkning den har på helseretten i neste kapittel.

4.2 Tolkning av EMK artikkel 2

Det følger av EMK artikkel 2 at

“Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law»

⁶⁰ Se kapittel 1.3

Ut fra en tolkning av ordlyden pålegges stater som har ratifisert konvensjonen å ha egne lovbestemmelser som beskytter retten til liv. Videre av andre ledd følger det et forbud mot å med hensikt berøve en person for livet, med unntak av tilfeller hvor vedkommende av en domstol er dømt til døden for en forbrytelse. Ut fra dette kan man se at det foreligger en positiv, en negativ og en relativ forpliktelse. Den positive forpliktelsen går ut på at staten skal beskytte retten til liv, den negative går ut på at staten ikke skal frarøve noen livet, mens den relative går ut på at statens frarøvelse av et liv i noen tilfeller er tillatt, dersom det gjøres for å oppnå et legitimert formål.

EMD's tilnærming til artikkel 2 må styres av det faktum at målet og hensikten med konvensjonen som instrument for beskyttelse av individuelle mennesker, krever at bestemmelsene tolkes og anvendes slik at beskyttelsen er praktisk og effektiv.⁶¹

Artikkel 2 er rangert som en av de mest fundamentale bestemmelser i konvensjonen. Sammen med artikkel 3 belyser den ett av de mest sentrale verdigrunnlagene av det demokratiske samfunnet Europa bygger på. Dette kommer til uttrykk blant annet i *Calvelli and Ciglo v. Italy* og *Giuliani and Gaggigo v. Italy*⁶². På grunn av bestemmelsens fundamentale karakter må det stilles strenge krav til tolkning og anvendelse av innholdet. Dette fremkommer i *McCann and others v. the United Kingdom*.⁶³

Kjølbros skriver innledningsvis om EMK artikkel 2 at bestemmelsen har et bredt anvendelsesområde. Den får anvendelse når myndighetene er direkte ansvarlig for et dødsfall, enten det skyldes myndighetenes forsettlig eller uaktsomme handlinger eller unnlater. Den er også anvendelig selv når myndighetene ikke er direkte ansvarlig, men et dødsfall er forvoldt av privates forsettlig eller uaktsomme handlinger eller unnlater. Dette kommer av

⁶¹ *McCann and others v. The United Kingdom*, 18984/91, GC, 27.09.1995, avsnitt 146

⁶² *Calvelli and Ciglo v. Italy* 32967/96 GC 17.01.2002, avsnitt 48 ; *Giuliani and Gaggio v. Italy* 23458/02 GC 24.03.2011, avsnitt 174

⁶³ *McCann and others v. The United Kingdom*, 18984/91, GC, 27.09.1995, avsnitt 147

statens plikt til å beskytte liv. Videre er bestemmelsen også anvendelig der en persons liv utsettes for alvorlig fare, slik at det er risiko for dødsfall.⁶⁴

Om retten til liv skriver blant andre Janusz Symonides:

*“The right to life is the supreme human right from which no derogation is permitted, even in time of war or public emergency. Nevertheless, it is not an absolute right.”*⁶⁵

Dette oversettes til: “Retten til livet er den øverste menneskeretten som det ikke kan vikes fra, selv i krise eller krig. Likevel er den ikke en absolutt rett.» Jeg har med sitatet fordi jeg synes det er deskriptivt, og godt oppsummerer den menneskerettslige retten til liv.

4.3 Medlemsstatenes forpliktelser

*“Article 2 contains two fundamental elements: the general obligation to protect by law the right to life, and the prohibition of intentional deprivation of life, delimited by a list of exceptions”*⁶⁶

Artikkel 2 inneholder hovedsakelig to substansielle plikter: den generelle plikten til å beskytte retten til liv, og plikten til å ikke med hensikt å frata noen livet, begrenset av noen få unntak.

Med hensyn til dens fundamentale karakter har domstolen også innfortolket en prosessuell plikt til å undersøke anførte brudd på den substansielle siden av bestemmelsen.⁶⁷

Andenæs og Bjørge skriver om medlemsstatenes forpliktelser at retten til liv pålegger statene å etablere rettsstatlige rammeverk som skal legge til rette for individets livsutfoldelse.⁶⁸

⁶⁴ Kjølbros, J. F. 2020. *Den europeiske menneskerettighedskonvention, for praktikanter*. 5. utgave. Jurist- og økonomiforbundets Forlag. s. 237

⁶⁵ Symonides, Janusz. 2000. *Human rights: concept and standards*. 1. Ed. Aldershot, England and Burlington USA: Unesco publishing. s. 75.

⁶⁶ Boso v. Italy, 50490/99, 05.09.2002, avsnitt 1 under “the law”

⁶⁷ Armadi da Silva v. The United Kingdom, 5878/08, Grand Chamber, 30.03.2016, avsnitt 229

⁶⁸ Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge. 2012 *Menneskerettene og oss*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. s. 22

Jeg vil ikke gå dypere inn på plikten til å ikke frate noen livet enn en generell klargjøring av innholdet, da det ellers faller utenfor hva som er sentralt for å svare på spørsmålet oppgaven stiller. Jeg vil heller ikke gå særlig inn på undersøkelsesplikten, da heller ikke dette elementet utgjør hovedpunktet for oppgaven.

4.4 Rettighetssubjekt

4.4.1 Innledning

EMK artikkel 2 gjelder etter ordlyden «everyone» enhver person i medlemsstaten. Det som kan være vanskelig i relasjon til problemstillingen i oppgaven er hvem som regnes som personer. Det er klart at et barn på 2 år, eller en voksen på 18 – 100 år er person, men det er uklart når et foster er å regne som en person, og dermed omfattes av EMK artikkel 2's vern om retten til liv. Det er for oppgavens skyld viktig å ta stilling til om et foster har en egen rett til å få sitt liv beskyttet, da det i de fleste tilfeller vil være fosteret det går hardest ut over dersom det oppstår komplikasjoner ved en fødsel. Dersom man ikke klart kan si at fosteret har egne rettigheter vil en mulig krenkelse av EMK artikkel 2 kunne «falle mellom sprekkene» dersom ikke kvinnen har fått sin rettighet krenket.

4.4.2 Fosters rett til liv etter EMK artikkel 2?

Et sentralt spørsmål for oppgaven er når retten til liv etter EMK artikkel 2 begynner, i relasjon til fosterets utvikling fra befruktning til fødsel. Dette er relevant fordi dersom fosteret har en egen rett til liv adskilt fra morens kan eventuell svikt som fører til at fosteret ikke får sin rett til liv beskyttet, konstatere brudd på barnets menneskerettigheter.

EMD har i omtalt dette blant annet i *Vo v. France*.⁶⁹ Faktum i saken var at saksøkeren opplevde en tragisk hendelse i sin sjettede graviditetsmåned. Hun skulle ha en undersøkelse på sykehuset, men grunnet en forveksling av navn med en annen pasient, endte legen med å feilaktig prøve å fjerne en prevansjonsspiral. Under inngrepet ble fostersekken perforert, og saksøkeren mistet betydelige mengder fostervann. Feilen ble oppdaget etter en ultralydundersøkelse og saksøkeren ble umiddelbart innlagt. En ytterligere feil skjedde når

⁶⁹ *Vo v. France*. 53924/00 GC, 08.07.2004

saksøkeren nesten endte opp med å bli operert som en videre følge av navneforvekslingen. På grunn av komplikasjoner som oppstod etter tapet av fostervannet måtte saksøker avbryte graviditeten rundt en uke senere. Saksøker og hennes partner anmeldte legen for å uaktsomt ha påført saksøker skade, og uaktsomt drap på hennes ufødte barn. Etter gjennomgangen av rettsmedisinske rapporter og juridiske vurderinger, blant dem spørsmålet om fosterets levedyktighet og rettslige status, ble legen i første instans frikjent for anklagene om uaktsomt drap grunnet mangel av klarhet i loven angående fosterets status som en «levende person».

Saksøker anket, og legen ble senere i ankeinstansen dømt for uaktsomt drap, og idømt fengselsstraff, men dette ble omgjort av Frankrikes Høyesterett basert på en streng tolkning av straffeloven.

Vurderingen for EMD var om myndighetenes vilje mot å klassifisere drapet på saksøkers ufødte barn som uaktsomt drap, og manglende lovgivning og adgang i det nasjonale rettsapparatet til å idømme straff i slike tilfeller, var et brudd på EMK artikkel 2. Det sentrale spørsmålet saksøkeren reiste for domstolen var om fraværet av «Criminal remedy» i det franske rettssystemet for å straffe uaktsom ødeleggelse av et foster, utgjør en mangel hos staten, til å forsvare retten til liv i den forstand den forstås etter EMK artikkel 2.

Ulikt den amerikanske konvensjonen om menneskerettigheter, som sier at retten til liv generelt må beskyttes fra øyeblikket det har skjedd befruktning, er EMK artikkel 2 taus om når det eksisterer et menneskeliv.⁷⁰ Det foreligger ikke noe definisjon på «everyone». Domstolen har enda til overs å komme med noen konkrete retningslinjer for «starten» på retten til liv innenfor betydningen av artikkelen, og dermed om et ufødt barn har en slik rett.

Den tid dommen fant sted var problemstillingen utelukkende reist for EMD i sammenheng med abortlover. Abort konstituerer ikke noen av unntakene fra retten til liv som uttrykkelig er nevnt i EMK artikkel 2, men kommisjonen har uttrykt at abort er forenelig med den første setningen (everyones right to life shall be protected) i artikkelen, i interesse av å beskytte

⁷⁰ Bertelsen, Tor E. 2010. *EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal. s. 51

mors liv og helse fordi dersom rettigheten skulle gjelde på de tidligste stadier av en graviditet, vil aborten være dekket av en implisitt begrensning som beskytter morens liv og helse fremfor fosterets «rett til liv» på det stadiet.⁷¹

Avslutningsvis i sammendraget av «case law» i dommen, uttrykker EMD at per 08/07/2004 er ikke et ufødt barn å regne som en «person» hvis rett til liv er beskyttet under EMK artikkel 2, og dersom det ufødte barnet skulle anses å være under artikkel 2's beskyttelse, er den implisitt begrenset av mors rettigheter og interesser. Konvensjonens institusjoner har dog ikke avvist muligheten for at det i visse tilfeller kan konstateres rettigheter for det ufødte barnet. Denne betraktningen kommer på bakgrunn av at kommisjonen i en tidligere uttalelse har sagt at EMK artikkel 8 ikke kan tolkes som at en graviditet og dens eventuelle terminering er, prinsipielt, utelukkende et privat anliggende for mor og hennes liv.⁷²

Under prøvingen av det konkrete forholdet står domstolen ovenfor en ny problemstilling, da det i den foreliggende saken er snakk om en kvinne som hadde til intensjon å fullføre svangerskapet. Problemstillingen blir følgelig, i motsetning til saker der mor har et ønske om abort, om det å skade et foster skal anses som en kriminell handling i lys av artikkel 2, med hensyn til beskyttelse av fosteret under artikkelen. Denne problemstillingen krever en vurdering av hvorvidt domstolen burde blande seg inn i debatten angående hvem som er en person og når livet begynner, siden artikkel 2 krever at lovverk skal beskytte enhver rett til liv.⁷³ Den kriminelle delen er ikke så relevant for oppgaven, og jeg går derfor ikke nærmere inn på det enn å konstatere at det har sammenheng med plikten til å ha reguleringer som beskytter retten til liv, som jeg kommer inn på senere i kapitlet.

Tolkningen av artikkel 2 har vært preget av et ønske om å finne balanse, og at tilnærmingen til de juridiske, medisinske, filosofiske, etiske eller religiøse dimensjonene av å definere et menneske har tatt hensyn til de forskjellige tilnærmingene på nasjonalt nivå. Dette reflekteres i vurderingen av mangfoldet av synspunkt på når livet begynner, juridiske kulturer og

⁷¹ Vo v. France, 53924/00, GC, 08.07.2004, avsnitt 75

⁷² Vo v. France, 53924/00, GC, 08.07.2004, avsnitt 80

⁷³ Vo v. France, 53924/00, GC, 08.07.2004, avsnitt 81

nasjonale beskyttelsesstandarder, og statene gis betydelig skjønnsrett på dette området. I argumentasjonen har EMD tatt med en uttalelse fra the European group on ethics in science and new technologies;

*“The community authorities have to address these ethical questions taking into account the moral and philosophical differences, reflected by the extreme diversity of legal rules applicable to human embryo research... it is not only legally difficult to seek harmonization of national laws at community level, but because of the lack of consensus, it would be inappropriate to impose one exclusive moral code”*⁷⁴

Det jeg forstår av dette sitatet er at det europeiske storsamfunnets forskjellige autoriteter må ta stilling til det etiske spørsmålet om når et foster er et menneske. Med i betraktningen må de ha de moralske og filosofiske forskjellene mellom aktørene som inngår i storsamfunnet. Disse forskjellene er særlig fremtredende i lovgivningen om forskning på embryo. Det er ikke bare juridisk vanskelig å komme frem til en harmonisering av nasjonale lovverk på tvers av storsamfunnet, men på grunn av manglende konsensus på området vil det være upassende å påtvinge en ekskluderende moralsk kode som skal gjelde for alle.

Domstolen er overbevist om at det verken er ønskelig eller mulig som tingene er, å svare abstrakt på spørsmålet om et ufødt barn er en person i forbindelse med artikkel 2. I forhold til den konkrete saken anser domstolen det unødvendig å undersøke hvorvidt den brå slutten på saksøkers graviditet faller innenfor rekkevidden av artikkel 2, siden det, selv om man anser at artikkelen er anvendelig, ikke forelå noe feil hos staten i forbindelse med plikten til å beskytte retten til liv i den offentlige helsesektoren.⁷⁵

I sammenheng med resonnementet i avsnittet over uttaler domstolen at det ufødte barnets mangel på en klar juridisk status ikke nødvendigvis frarøver det enhver form for beskyttelse under fransk lov. Men at det under forutsetningene i denne konkrete saken var slik at fosterets liv var intimt forbundet med morens, og kunne derfor beskyttes gjennom henne. Spesielt

⁷⁴ Vo v. France, 53924/00, GC, 08.07.2004, avsnitt 82

⁷⁵ Vo v. France, 53924/00, GC, 08.07.2004, avsnitt 85

siden det ikke var noen konflikt mellom rettighetene til mor og far eller det ufødte barnet og foreldrene, siden tapet av fosteret var forårsaket av en tredjepart.⁷⁶

I saken *Boso v. Italy* uttrykker EMD

“The Court considers that it is not required to determine whether the foetus may qualify for protection under the first sentence of Article 2 [...] Even supposing that, in certain circumstances, the foetus might be considered to have rights protected by Article 2 of the convention, the Court notes that in the instant case, although the applicant did not state the number of weeks that had elapsed before the abortion or the precise grounds on which it had been carried out, it appears from the evidence that his wife’s pregnancy was terminated in conformity with section 5 of law...”⁷⁷

EMD vurderer ikke hvorvidt fosteret i saken kvalifiserer for beskyttelse under artikkel 2’s første setning. De utelukker ikke at et foster kan anses å ha rettigheter som beskyttes av artikkel 2 men tar ikke mer stilling til det da det i den konkrete saken var tatt abort i samsvar med de nasjonale reglene i Italia. Det man kan ta med seg fra *Boso* dommen er at EMD ikke uttrykkelig har sagt at foster ikke nyter rettighetsvern under artikkel 2.⁷⁸

Ut fra *Vo* dommen kan en se at EMD trår varsomt med tanke på uttalelser om når et liv begynner, og dermed er omfattet av beskyttelsen artikkel 2 gir, og heller overlater det til statenes lovverk. Men EMD utelukker ikke at et ufødt barn kan ha krav på en viss form for beskyttelse, men at denne avhenger av mors ønsker. Slik sett kan man se for seg et scenario der mor ønsker å føde barnet, og at et fravær av rettighetskollisjon kan tale for at det ufødte barnet har visse rettigheter som staten må forholde seg til.

⁷⁶ *Vo v. France*, 53924/00, GC, 08.07.2004, avsnitt 86

⁷⁷ *Boso v. Italy*, 50490/99, 05.09.2002, avsnitt 1 under “the law”

⁷⁸ EMD sa praktisk talt det samme i *H v. Norway* 17004/90 19.05.1992 Commission

Her kan det også nevnes at barn har en egen særskilt rett til liv etter barnekonvensjonen, slik jeg nevnte i punkt 2.2. Barnekonvensjonen og EMK henger ikke sammen, men Norge har ratifisert begge og vil følgelig påvirkes av innholdet i begge konvensjonene.

Barnekonvensjonen sier ikke noe spesifikt om begynnelsen på livet. Men innledningsvis i konvensjonen står det at barnets behov for særlig beskyttelse gjelder både før og etter fødsel. Det ble ikke gitt noen føringer om tolkningen av barnekonvensjonens artikkel 1. Også i barnekonvensjonen blir det overlatt til den enkelte medlemsstat å definere når man antar at livet begynner.⁷⁹

Oppsummert kan man se at EMD ikke uttrykkelig sier at foster ikke har rettighetsvern under artikkel 2, men at eventuelle rettigheter fosteret vil ha avhenger av mors rettigheter og ønsker. Det levnes til nasjonale myndigheter å regulere og definere en tidsmessig avgrensning for når man er å regne som en person under ordlyden «everyone».

Det sentrale her er at grunnen til at EMD ikke konstaterte brudd på artikkel 2 i Vo dommen, var fordi fosteret ikke etter nasjonal lovgivning var å regne som en person. En antitetisk tolkning vil etter min mening tilsi at et foster som etter nasjonal lovgivning er å anse som en person vil være beskyttet av artikkel 2.

For min oppgave vil det jf. kapittel 2.2.4 bety at et foster som er så utviklet at det er klart til å fødes vil være å anse som et liv. Dermed vil det ha en selvstendig rettighet til å få sin rett til liv beskyttet etter EMK artikkel 2.

Marit Halvorsen skriver under utredning av foreldres bestemmelsesrett overfor et foster, i forbindelse med abortloven i denne settingen, at på bakgrunn av reglene som etter uke 12 krever nemds avgjørelse om abort kan man

⁷⁹ Høstmølingen, Njål, Elin S. Kjørkholt, og Kirsten Sandberg. 2016. *Barnekonvensjonen: Barns Rettigheter i Norge*. 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. s. 77

«*antydde en prosess der kvinnen og fosteret først regnes som ett i forhold til kvinnens privatautonomi, og så gradvis blir adskilte subjekter [...] dette blir også uttrykt som at fosterets rettsvern gradvis øker*»⁸⁰

Boken jeg siterte er gammel og som nevnt tidligere finner jeg ikke abortloven fra 1978. Men det som står supplerer og styrker det synspunktet jeg har redegjort for hittil.

4.5 Beskyttelse av retten til liv

4.5.1 Innledning

Beskyttelse av retten til liv er som nevnt over en av de to substansielle pliktene EMK artikkel 2 pålegger medlemsstatene. Det er denne plikten som er mest sentral for oppgaven. Dog kan man med hensyn til den negative plikten til ikke å ta liv, utlede tilleggsmomenter som også er relevante. Man må derfor se bestemmelsen helhetlig.

Den positive plikten kan man lese ut fra bestemmelsens krav om at retten til liv må være «protected by law», men måten artikkel 2 er tolket i praksis indikerer at forpliktelsen strekker seg lenger enn å bare kreve regulering som beskytter retten til livet. Staten må ikke bare beskytte retten til liv med lovverk, men den må også «*pursue policy measures aimed at its respect and fulfilment*». ⁸¹ Altså må staten etterstrebe å ha normative virkemidler med sikte på å respektere og fullbyrde beskyttelsen av retten til liv.

Videre skal jeg peke på noen sentrale momenter ved den positive plikten som følger av EMK artikkel 2. Momentene jeg behandler er ikke uttømmende for innholdet i den positive plikten da man teoretisk sett kan drøfte artikkel 2's betydning dypt inne i økonomiske og sosiale rettighetslige aspekter⁸²

⁸⁰ Halvorsen, Marit. 1998. *Rettsgrunnlag for medisinsk behandling*. 1. utgave. Bergen: Fagbokforlaget. s. 103

⁸¹ Schabas, W. A. 2015. *The European Convention on human rights. A commentary* 1.ed. Oxford University press. s. 126.

⁸² Schabas, W. A. 2015. *The European Convention on human rights. A commentary* 1.ed. Oxford University press. s. 127

En sak som godt illustrerer noen av momentene som følger av statens plikt til å beskytte individers rett til liv er *Center for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania*.⁸³

Saken handlet om Valentin Câmpeanu, en ung man med alvorlige helseproblemer som døde mens han var under statens omsorg. Spørsmålet for domstolen var om staten hadde brutt EMK artikkel 2.

Campeanu ble flyttet rundt imellom institusjoner, og fikk ikke rett medisin eller behandling, noe som resulterte i hans død. Flyttingen bar preg av at ingen visste helt hva de skulle gjøre med han, samt dårlig samarbeid mellom aktørene. Campeanu hadde flere diagnoser, blant dem var HIV og ekstremt lavt intelligensnivå, noe som gjorde han veldig hjelpetrengende. Aktørene og institusjonene som var involvert i ivaretagelsen ga ufullstendige opplysninger om diagnoser og behov, noe som førte til ny kartlegging og nye diagnoser fra plass til plass, etterfulgt av en formening om at vedkommende institusjon ikke var rett aktør for å ta vare på han på grunn av manglende behandlingsfasilitet. Den siste tiden før Valentin døde ble det gjennomført en inspeksjon. Ifølge rapporten var han alene på et isolert, kaldt og låst rom, som bare hadde en seng uten noe sengetøy. Han var ikke påkledd annet enn en pysjamastopp. På dette tidspunktet kunne han ikke spise eller gå på do uten assistanse, men de ansatte på institusjonen nektet å hjelpe han, angivelig av frykt for at de skulle smittes med HIV.

Artikkel 2 pålegger staten ikke bare å avstå fra å med vilje, og ulovlig ta menneskers liv, men også å gjennomføre egnede tiltak for å beskytte livene til innbyggerne innenfor statens jurisdiksjon. Dette følger av langvarig praksis fra EMD, blant annet den overnevnte Campeanu saken,⁸⁴ men også andre dommer som eksempelvis *Prilutskiy v. Ukraine*.⁸⁵

⁸³ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, 47848/08, GC, 17.07.2014

⁸⁴ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, 47848/08, GC, 17.07.2014, avsnitt 130

⁸⁵ Prilutskiy v. Ukraine, 40429/08, Court, 26.02.2015, avsnitt 30

I dommen Osman v. The United Kingdom uttrykker EMD om artikkel 2:

“The court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the state not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction [...]. It is common ground that the state’s obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against a person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the court that Article 2 of the convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from criminal acts of another individual.”⁸⁶

Det man kan se i utdraget fra Osman dommen er at i tillegg til det som nevnes over, kan det også under spesielle vel-definerte omstendigheter foreligge en plikt hos staten til å iverksette tiltak for å beskytte et konkret individ hvis liv er i fare for kriminelle handlinger.

I Boso v. Italy brukes dette utdraget fra Osman saken, men domstolen nøyer seg med å uttale «*positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect and individual whose life is at risk*»⁸⁷. De åpner altså for at den positive plikten ikke bare gjelder der individets liv er i fare for kriminelle handlinger, men gjelder generelt.

Et viktig moment med EMD’s tilnærming til Artikkel 2, er at det skilles mellom materielle («*substantive*») og prosessuelle («*procedural*») elementer av den positive plikten til å beskytte retten til liv. Dette ser man gjennomgående i EMD praksis.

4.5.2 Plikt til å ha nasjonale regler

Et sentralt moment som inngår i plikten til å beskytte retten til liv etter EMK artikkel 2 er plikten til å ha nasjonale regelverk. I den overnevnte Compeanu dommen uttaler EMD:

⁸⁶ Osman v. The United Kingdom, 23452/94, GC 28.10.1998, avsnitt 115

⁸⁷ Boso v. Italy, 50490/99, 05.09.2002, avsnitt 1 under “the law”

“States being required to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patient’s lives. This applies especially where patients’ capacity to look after themselves is limited.”⁸⁸

Med dette menes at medlemsstatene pålegges å utarbeide regulerende rammeverk som pålegger sykehus, både offentlige og private, å treffe passende tiltak for å sikre pasientens liv. Dette er noe som gjelder spesielt når pasienten mangler kapasitet til å passe på seg selv, slik som i Compeanu dommen der det var snakk om en pasient med særdeles lav intelligens.

Plikten til å utarbeide regulerende rammeverk som skal sikre pasientens rett til liv er også uttalt i andre dommer som f.eks. Arskaya v. Ukraine⁸⁹

Men det holder ikke at det bare finnes et regelverk:

“the state’s duty to safeguard the right to life must be considered to involve not only the taking of reasonable measures to ensure the safety of individuals in public places but also, in the event of serious injury or death, having in place an effective independent judicial system securing the availability of legal means capable of promptly establishing the facts, holding accountable those at fault and providing appropriate redress to the victim. [...] However, Article 2 of the convention will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate effectively in practice.”⁹⁰

Dette er også nevnt i andre dommer, deriblant Calvelli and Ciglio v. Italy. Her sa domstolen under redegjørelse for italiensk rett.

⁸⁸ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, 47848/08, GC, 17.07.2014, avsnitt 130

⁸⁹ Arskaya v. Ukraine, 45076/05, court. 05.12.2013, avsnitt 84

⁹⁰ Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, 47848/08, GC, 17.07.2014, avsnitt 132

“The Italian system offers litigants remedies which, in theory meets the requirements of article 2. However, that provision will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory: above all, it must also operate efficiently in practice within a time-span such that the courts can complete their examination of the merits of each individual case.”⁹¹

Uten å gå for mye over på plikten til å ha et effektivt rettsvesen, må det nevnes i forbindelse med kravet til nasjonalt regelverk. Det man kan se i sitatene fra dommene er at plikten til å ha et effektivt rettsvesen også er en viktig del av plikten til å ha nasjonale regelverk. Artikkel 2 vil ikke anses overholdt dersom beskyttelsen som tilbys etter nasjonal lovgivning kun eksisterer i teorien. Det må først og fremst fungere effektivt i praksis.

I Compeanu saken ble det, under domstolens anvendelse av EMK artikkel 2, blant annet pekt på at beslutningene om å overføre Campeanu mellom forskjellige institusjoner synes å være basert mer på hvor det var plass til han, enn på hvor han kunne motta mest passende medisinsk omsorg. Dette inkluderer overføring til enheter som er uegnet for pasienter med hans tilstand, og viser at det var tatt manglende hensyn til hans grunnleggende behov for riktig diagnose, og påfølgende medisinsk behandling.

Domstolen konkluderer i saken med at myndighetene i dette tilfellet ikke har oppfylt de materielle kravene artikkel 2 fremstiller, ved å ikke tilby det nødvendige nivået av beskyttelse for Campeanus liv, og peker på at myndighetene har en utilstrekkelig respons til den generelt vanskelige situasjonen ved sykehuset, hvor mangel på oppvarming, passende mat, medisinsk personell og ressurser førte til en økning i antall dødsfall vinteren 2003. ved å plassere Campeanu i det konkrete sykehusets omsorg, satte myndighetene hans liv i urimelig fare.

⁹¹ Calvelli and Ciglio v. Italy, 32967/96, GC 17.01.2002, avsnitt 53

4.5.3 Rekkevidden av statens plikt til å beskytte retten til liv.

De positive forpliktelser staten pålegges gjennom artikkel 2 må tolkes slik at de gjelder under enhver aktivitet, enten offentlig eller privat, der retten til liv kan være truet. Dette kommer til uttrykk i flere EMD dommer. Blant dem er *Campeanu v. Romania* som er inntatt ovenfor.⁹² Dette gjelder eksempelvis i helsesektoren, som jeg skal komme nærmere inn på senere, når det gjelder handlinger eller forsømmelser gjort av helsepersonell.

Videre kan en se i EMD dommen *Cienchonska v. Poland*, hvor saksøkers ektemann døde etter å ha blitt truffet av et tre på et kurbad, at statens plikt til å beskytte retten til liv også omfatter å treffe rimelige tiltak for å sikre individers sikkerhet på offentlige steder.

“For the court, and having regards to its case-law, the state’s duty to safeguard the right to life must also be considered to involve the taking of reasonable measures to ensure the safety of individuals in public places”⁹³

Domstolen går ikke noe videre med å klarlegge hva som ligger i den konkrete rimelighetsvurderingen, men viser til plikten til å ha et regelverk, og et organ for å sikre regelverkets effektivitet, jf. blant annet *Calvelli* dommen jeg tidligere har nevnt. Domstolen går i *Cienchonska* dommen videre og undersøker om det fantes et regelverk, noe det gjorde. I dommen ble det funnet brudd på EMK artikkel 2, men med grunnlag i fraværet av mulighet for oppklaring. Det fantes et regelverk, men ikke en effektiv måte å håndheve det på.

4.5.4 Ikke en absolutt garanti

Retten har understreket flere ganger at artikkel 2 i konvensjonen ikke kan tolkes som en garanti for at ethvert individ har et absolutt nivå av sikkerhet under utførelsen av enhver aktivitet, der retten til liv kan være truet, spesielt dersom vedkommende selv bærer en grad av ansvar for en eventuell ulykke, ved å utsette seg selv for unødvendig fare.⁹⁴

⁹² Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, 47848/08, GC, 17.07.2014, Avsnitt 130.

⁹³ *Cienchonska v. Poland*, 19776/4, Court, 14.06.2011, avsnitt 67

⁹⁴ *Gokdemir v. Turkey*, 66309/09, 19.05.2015, avsnitt 17.

5 EMK artikkel 2 i helseerettslig kontekst

5.1 Innledning

De positive forpliktelsene som følger av EMK artikkel 2 har betydning i helseerettslig kontekst. Dette er blant annet uttalt i *Calvelli* dommen. Saken handler et nyfødt barns dødsfall. Saksøkerens nyfødte barn ble innlagt på intensivavdelingen ved Cosenza sykehuset like etter fødselen på den private klinikken «La Madonnina». Den 9 februar, 1987. Barnet led av alvorlige respiratoriske og nevrologiske plager som følge av en posisjon barnet hadde kommet i under fødselen, og døde to dager senere.

I *Calvelli* saken var det snakk om straffeforfølgning, noe jeg ikke skal gå inn på her. Men noen av momentene som redegjøres for i forbindelse med det helseerettslige aspektet av EMK artikkel 2 er fortsatt relevant.

I avsnitt 49 i *Calvelli* saken uttales det etter en redegjørelse av artikkel 2's positive forpliktelser:

“Those principles apply in the public-health sphere too. The aforementioned positive obligations therefore require states to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients lives.”⁹⁵

Dette er akkurat det samme som sies i *Compeanu* dommen som er nevnt ovenfor.

Det som menes med uttalelsen er at plikten til å ha regelverk som skal sikre individers rett til liv også gjelder når det kommer til helse-sektoren. Grunnen til denne spesifiseringen er etter mitt syn at EMK artikkel 2 i mange tilfeller assosieres mer med den negative forpliktelsen til at staten ikke skal ta livene til innbyggerne. Slik det formuleres vil altså plikten til å ha regelverk som skal sikre individers rett til liv ikke bare gjelde bestemmelser som skal sikre individer mot skadelige handlinger fra andre private individer, eller staten, men som også skal

⁹⁵ *Calvelli and Ciglo v. Italy*, 32967/96, GC 17.01.2002, avsnitt 49

sikre individers rett til helsehjelp. Og at helsehjelpen som gis skal være adekvat i forhold til at den skal berge liv.

Når man skal anvende EMK artikkel 2 på helserettslige problemstillinger er det flere andre momenter som også må vurderes. EMD har i rettspraksis, herunder Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal (heretter Fernandes).⁹⁶ Gått lengere enn de overnevnte dommene, og gjort rede for spesifikke retningslinjer som gjelder i forbindelse med helsehjelp. Disse retningslinjene er momenter av betydning for vurderingen av om det har skjedd et brudd på EMK artikkel 2.

Faktum i Fernandes saken er at en mann med navn Antonio Fernandes ble operert ved et sykehus, og utskrevet dagen etter. Han returnerte senere til sykehuset med alvorlige plager, hvorpå han feilaktig ble diagnostisert med psykologiske problemer, når han i realiteten hadde hjernehinnebetennelse. Etter hvert forverret tilstanden hans seg, noe som krevde flere sykehusopphold for ulike alvorlige symptomer og plager. Til tross for at han fikk behandling døde han noen måneder etter operasjonen.

Spørsmålet i saken dreier seg om påstått krenkelse av Antonio Fernandes' rett til liv, i henhold til EMK artikkel 2. Saksøker hevder at hennes ektemann hadde vært utsatt for en infeksjon han pådro seg på sykehuset, og at helsepersonellet hadde utvist uforsiktighet og uaktsomhet i diagnostiseringen og behandlingen, samt i beslutningen om å skrive Antonio ut av sykehusene. Hun pekte spesielt på forsinkelsene i forbindelse med å starte nødvendig behandling, og administreringen av medikamenter i massive doser. Hun uttrykte bekymring over at myndighetenes manglende evne til å fastslå den eksakte årsaken til ektemannens helsemessige forverring.

Når det kommer til domstolens vurdering gjør de først rede for de tidligere nevnte prinsipper for statens forpliktelser som følger av artikkel 2, spesielt i forhold til helseomsorg. Disse prinsippene er gjennomgående nevnt ovenfor og kan i grove trekk oppsummeres som

⁹⁶ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017.

Omfattende beskyttelse av individers rett til liv, anvendelse på helsevesenet, og reguleringsplikten innen helseomsorgen.

Det er også verdt å nevne noe om EMD`s innstilling til helsepolitiske vurderinger. Dette momentet har ikke kommet frem i de tidligere nevnte dommene. EMD har ikke utelukket muligheten for at myndigheters handlingsunnløstelse i sammenheng med offentlig helsepolitikk, i noen tilfeller kan aktualisere statens substansielle plikter som følger av EMK artikkel 2.⁹⁷

Videre blir det i gjennomgangen av gjeldende rett/praksis gjort et skille mellom saker der det er snakk om påstått medisinsk uaktsomhet i utøvelsen av helsehjelp, enten som følge av enkeltpersoners handlinger og unnløstelser, eller som følge av statens manglende regelverk, og saker der det er snakk om at staten har satt en enkeltpersons liv i fare ved å gjennom reguleringer eller mangler på regulering, nekte dem helsehjelp som staten har forpliktet seg til å gjøre tilgjengelig for den generelle befolkning.

5.2 Medical negligence – medisinsk uaktsomhet

Domstolen uttaler i avsnitt 168 i Fernandes saken:

“In cases where allegations of medical negligence were made in the context of the treatment of a patient, the court has consistently emphasised that, where a contracting state has made adequate provision for securing high professional standards among health professionals and the protection of the lives of patients, matters such as an error of judgement on the part of a health professional or negligent coordination among health professionals in the treatment of a particular patient are not sufficient of themselves to call a contracting state to account from the standpoint of its positive obligations under Article 2 of the convention to protect life.”⁹⁸

⁹⁷ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, Avsnitt 167

⁹⁸ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, Avsnitt 168

Det en kan se her er at så lenge staten har sørget for at helsehjelp er tilstrekkelig regulert med sikt på å sikre høy profesjonell standard blant helsepersonellet, og beskyttelse av pasientens liv, vil ikke enkeltstående feilvurderinger fra helsepersonell eller uaktsom samordning blant dem i behandlingen av en spesifikk pasient, i seg selv være tilstrekkelig til at staten holdes ansvarlig under den positive forpliktelsen til å beskytte liv som følger av EMK artikkel 2. det er altså ikke nødvendigvis den konkrete utøvelsen av helsehjelp som er i fokus for EMD, men heller statens reguleringer for feltet. Dette har også vært uttalt i annen EMD praksis, deriblant *Elena Cojocaru v. Romania*.⁹⁹

Det er verd å nevne at EMD ifølge domstolen i *Fernandes* saken, sjelden har funnet mangler i lovverket hos medlemsstater i saker om medisinsk uaktsomhet.¹⁰⁰

Et eksempel på en sak hvor det ble funnet mangler i lovverket som medførte brudd på Artikkel 2 er *Arskaya v. Ukraine*¹⁰¹. I denne saken ble det konstatert at staten ikke hadde overholdt sin plikt til regulering av helsevesenet på grunn av manglende regler angående pasienters beslutningsevne og informert samtykke til behandling.

I avsnitt 171 og 172 i *Fernandes* dommen uttales det:

*“In a number of cases the court has also addressed the substances of the applicants` medical negligence claims. However in all those cases, such claims were considered unfounded on the facts because no medical negligence had been established at the domestic level, notably by medical experts [...] The court reiterates that it is not for it to speculate, on the basis of medical information submitted to it, on whether the conclusions of medical experts on which domestic court decisions were found were correct.”*¹⁰² *“The court usually reviewed such factual issues under the procedural limb”*¹⁰³

⁹⁹ *Elena Cojocaru v. Romania*, 74114/12, 22.03.2016, avsnitt 100

¹⁰⁰ *Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal*, 56080/13, GC, 19.12.2017, Avsnitt 169 med videre henvisning til blant annet *Z v. Poland*, 46132/08, 03.11.2012, avsnitt 110-112

¹⁰¹ *Arskaya v. Ukraine*, 45076/05, Court. 05.12.2013, avsnitt 90 og 91

¹⁰² *Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal*, 56080/13, GC, 19.12.2017, Avsnitt 171

¹⁰³ *Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal*, 56080/13, GC, 19.12.2017, Avsnitt 172

Det en kan se i disse avsnittene er at EMD i en del saker har adressert substansen i klagerens påstand om medisinsk uaktsomhet. Men fant påstandene faktisk grunnløse fordi de respektive nasjonale domstolene ikke hadde konstatert medisinsk uaktsomhet, basert på nasjonale medisinske eksperter. Videre presiserer EMD at de ikke skal spekulere i hvorvidt de nasjonale domstolenes avgjørelser, basert på konklusjonen til ekspertene, er korrekt.

Dette taler igjen for at EMD, og EMK artikkel 2, retter seg mer mot det rent organisatoriske, altså hvorvidt adekvat regulering foreligger, fremfor å ta stilling til substansielle spørsmål om fakta, og overprøve nasjonale domstolers avgjørelser angående medisinsk uaktsomhet. Retten behandler som regel slike faktuelle problemer under den prosessuelle delen av artikkel 2, som jeg ikke går nærmere inn på her.

5.3 Denial of healthcare – Nektet adgang til helsehjelp

EMD har også løftet frem et annet problem som kan oppstå under artikkel 2 der det viser seg at myndighetene i et medlemsland har satt enkeltindividers liv i fare gjennom å nekte adgang til den helsehjelpen staten er forpliktet til å gjøre generelt tilgjengelig for borgerne.¹⁰⁴

Tidligere var sakstypene under dette temaet preget av saker hvor søkere har krevd at staten skal dekke kostnader for spesifikke konvensjonelle behandlinger som saksøkerne selv ikke har råd til, eller å gi tilgang til å bruke alternative medisinske produkter for behandling. I disse sakene har ikke EMD funnet brudd på EMK artikkel 2, enten fordi det ble ansett at tilstrekkelige medisinske behandlinger og fasiliteter var blitt gjort tilgjengelige for søkerne på lik linje med andre i liknende situasjoner, eller fordi søkerne ikke kunne bevise at deres liv var blitt satt i fare.¹⁰⁵

I saken *Hristozov and others v. Bulgaria* fant ikke domstolen feil ved reguleringen som styrer tilgangen til alternativ behandling i situasjoner der konvensjonelle behandlingsformer viser seg å være utilstrekkelige. Domstolen vurderer her at artikkel 2 ikke kan tolkes til å kreve at

¹⁰⁴ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 173

¹⁰⁵ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 174

tilgang til «*unauthorised medical products*» for dødssyke pasienter må reguleres på en spesiell måte.¹⁰⁶

I denne sammenhengen har domstolen understreket at spørsmål angående tildelingen av offentlige midler i helsevesenet er noe domstolen ikke skal ta stilling til, og at det er opp til myndighetene i medlemsstatene å vurdere og beslutte hvordan de begrensede ressurser skal fordeles, siden disse myndighetene er i en bedre posisjon for å vurdere de relevante krav i lys av ressursknapphet, og ta ansvar for de vanskelige valgene som må gjøres mellom forskjellige verdige behov.¹⁰⁷

I saken *Panaitescu v. Romania* fant domstolen et prosessuelt brudd da den konkluderte med at staten hadde feilet i å sørge for at saksøkers liv ikke ble satt i unødvendig fare ved å ikke gi han riktig helsehjelp som beordret av nasjonale domstoler.¹⁰⁸ Dette var en svært spesiell og ensartet sak som omhandlet myndighetenes nektelse av å tilby en spesifikk, kostbar kreftmedisin gratis, under omstendighetene at de nasjonale domstolene hadde fastslått at saksøker hadde rett på slik behandling.¹⁰⁹

Denne saken kan minne om problemet med Helse-nord. Borgerne har rett til helsehjelp. Helse-Nord skal sørge for at denne hjelpen er tilgjengelig. Dersom Helse-nord ikke sikrer tilgjengeligheten av helsehjelp grunnet manglende midler til medikamenter, eller manglende helsepersonell, vil dette kunne utgjøre en krenkelse av artikkel 2.

En annen side er dersom det er helseprofesjonelle enkeltindivider som aktivt eller passivt sørger for at pasienten de facto nektes adgang til nødvendig helsehjelp. I avsnitt 183 i Fernandes dommen, under redegjørelse for nyere rettspraksis angående helsepersonell som går over terskelen for hva som er feil eller medisinsk neglekt, henvist til av partene, henvises det blant annet til *Mehmet Senturk and Bekir Senturk v. Turkey*, hvor det i avsnitt 104 til 106

¹⁰⁶ Hristozov and others v. Bulgaria, 47039/11, 13.11.2012, avsnitt 108

¹⁰⁷ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 175

¹⁰⁸ Panaitescu v. Romania, 30909/06, 10.04.2012, avsnitt 37

¹⁰⁹ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 176

fremkommer at dersom helsepersonell krysser terskelen for hva som er feil eller medisinsk neglekt, vil det utgjøre et brudd på artikkel 2 dersom de ansvarlige helsepersonell ikke straffeforfølges.¹¹⁰

*«Consequently, and in view of the findings concerning the shortcomings in the criminal proceedings in question [...] the Court concludes that there as been a procedural violation of Article 2 of the convention.»*¹¹¹

Dette vil være et brudd på artikkel 2 under den prosessuelle delen som jeg ikke skal gå nærmere inn på, men som er nevneverdig for å se det helhetlige bildet av artikkel 2.

Videre uttaler EMD om den henviste rettspraksisen at sakene, etter rettens syn, er eksepsjonelle i at de peker på feil hos helsepersonell. Forholdene i sakene var at helsepersonell, gjennom brudd på sine profesjonelle plikter, ikke gav nødvendig behandling til tross for klarheten om at personens liv var i fare dersom behandling ikke ble gitt.¹¹²

En annen dom som henvises til av partene er *Aydogdu v. Turkey*, som står i en litt annen stilling enn de andre dommene som nevnes.¹¹³ Om denne dommen uttaler EMD i avsnitt 184 etter å ha gjentatt plikten til å gjennomføre preventive tiltak for å beskytte individer hvis liv er i umiddelbar fare:

«In Aydogdu the failure to provide emergency medical treatment resulted from a dysfunction in the hospital service in that particular region, a situation of which the authorities were or ought to have been aware but which they had failed to address by undertaking the necessary measures to prevent the lives of patients being put at risk. In this regard the court emphasizes that the dysfunctioning of the hospital services referred to [...] did not concern negligent coordination between different hospital services or between different hospitals vis-à-vis a

¹¹⁰ Mehmet Senturk and Bekir Senturk v. Turkey, 13423/09, Court. 09.04.2013

¹¹¹ Mehmet Senturk and Bekir Senturk v. Turkey, 13423/09, Court. 09.04.2013, avsnitt 106

¹¹² Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 183

¹¹³ Aydogdu v. Turkey, 40448/06, Court, 30.08.2016

particular patient. It concerned a structural issue linked to the deficiencies in the regulatory framework.”¹¹⁴

Det domstolen sier her er at når en pasients liv blir satt i fare på grunn av noe som kan se ut som neglekt hos helsepersonell eller neglisjerende koordinasjon mellom sykehustjenester, men i realiteten skyldes strukturelle mangler i et område som staten er eller burde ha vært klar over, og dermed skulle ha iverksatt forebyggende tiltak mot for å forhindre at pasienters liv settes i fare, vil det være å anse som en strukturell svikt relatert til manglende regelverk. Altså at nektelsen av den nødvendige helsehjelpen skyldes en strukturell svikt som igjen skyldes manglende krav i regelverket.

5.4 Spesifisering/Avklaring

5.4.1 Generelt

Når det kommer til EMD’s konkrete tilnærming til Fernandes sakens problemstilling i henhold til tidligere praksis understreker de først og fremst at når det gjelder påstander om medisinsk uaktsomhet, er medlemsstatenes grunnleggende positive plikter knyttet til medisinsk behandling begrenset til en plikt til å regulere. Altså en plikt til å etablere et effektivt regelverk som forplikter sykehusene, offentlige så vel som private, å iverksette adekvate tiltak for å sikre pasienters rett til liv.¹¹⁵

Selv i tilfeller der medisinsk uaktsomhet er konstatert, vil domstolen vanligvis bare finne en substansiell/materiell krenkelse av artikkel 2 dersom det relevante regelverket ikke klarer å tilby adekvat beskyttelse for pasientens liv. Så lenge staten på sin side har gjort sitt for å sørge for høy profesjonell standart blant helsepersonell og beskyttelse av en pasients liv, skal ikke saker som en feilvurdering eller mangelfull koordinering fra helsepersonellets side ved behandling av en spesifikk pasient alene være grunnlag for å stille staten ansvarlig i henhold til artikkel 2’s forpliktelser.¹¹⁶

¹¹⁴ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 184

¹¹⁵ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 186

¹¹⁶ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 187

*“For the court’s examination of a particular case, the question whether there has been a failure by the state in its regulatory duties calls for a concrete assessment of the alleged deficiencies rather than an abstract one. In this regard, the court reiterates that its task is not normally to review the relevant law and practice in abstracto, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected the applicant gave rise to a violation of the convention. Therefore, the mere fact that the regulatory framework may be deficient in some respect is not sufficient in itself to raise an issue under article 2 of the convention. It must be shown to have operated to the patients detriment”*¹¹⁷

Det man kan se her er at i domstolens vurdering av hvorvidt staten har sviktet eller overholdt sine regulatoriske plikter, kreves det en konkret vurdering av de påståtte manglene i hver enkelt sak, i stedet for en objektiv vurdering. Domstolen påpeker at deres oppgave ikke er å vurdere relevant lov og praksis objektivt, men å avgjøre om måten loven og praksisen anvendes overfor, eller påvirker saksøkeren, innebærer en krenkelse av artikkel 2. Det at et lovverk er mangelfullt eller inadekvat til en viss grad er altså ikke i seg selv nok til å utgjøre pliktbrudd. Mangelen må ha realisert seg i form av å virke negativt overfor en pasient.

*“It must, moreover, be emphasised that the states’ obligation to regulate must be understood in a broader sense which includes the duty to ensure the effective functioning of that regulatory framework. The regulatory duties thus encompasses necessary measures to ensure implementation, including supervision and enforcement.”*¹¹⁸

Dette sikter til det jeg har nevnt over med at plikten til å regulere må forstås i en større sammenheng, og at det også innebærer at det må foreligge nødvendige virkemidler for å sørge for at reguleringene er effektive.

¹¹⁷ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 188

¹¹⁸ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 189

5.4.2 Særlige tilfeller av handlinger og unnlater

I det følgende omtaler EMD akuttmedisinsk behandling. Selv om man gjerne har en viss formening eller forventning om når en fødsel skal starte, vil det som regel være akutt, og kunne kreve potensielt livsnødvendig behandling for både mor og barn. Et foster eller et nyfødt barn vil ha langt større sjanse for å overleve dersom det blir født på en fødestue med helsepersonell som er spesialisert på fødsler, enn i en privatbil eller ambulanse på vei til en fødeavdeling. Viktigheten av å ha rett helsepersonell til stede blir større dersom det forekommer eller utvikler seg komplikasjoner.

Basert på den overnevnte forståelsen av statens forpliktelse til å sørge for regulering, anerkjenner domstolen at statens ansvar under EMK artikkel 2, i særlig spesielle tilfeller kan omfatte handlinger og unnlater hos helsepersonell.¹¹⁹

Den første typen tilfeller er der en pasients liv bevisst settes i fare ved å nekte vedkommende tilgang til livsnødvendig akuttbehandling. Dette gjelder ikke i tilfeller der pasienten kan anses å ha mottatt utilstrekkelig, forsinket eller feil behandling.¹²⁰

Det andre typen tilfeller oppstår når en systematisk eller strukturell funksjonssvikt i sykehuset fører til at pasienten blir fratatt/nekter tilgang til livsnødvendig behandling, og myndigheten visste eller burde vist om risikoen, men mislyktes i å iverksette nødvendige tiltak for å forhindre at risikoen realiserte seg, og på den måten sette pasientens og/eller den konkrete pasientens liv i fare.¹²¹

I praksis kan det ofte basert på sakenes faktiske sider være vanskelig å skille mellom tilfeller av ren medisinsk uaktsomhet og tilfeller der tilgang til livsnødvendig akuttbehandling blir nektet. Dette særlig fordi det ofte er flere faktorer som spiller inn og bidrar til at en pasient mister livet.¹²²

¹¹⁹ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 190

¹²⁰ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 191

¹²¹ Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 192

¹²² Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 193

For at et tilfelle skal falle inn under den siste kategorien, altså nektelse av livsnødvendig behandling, må følgende kumulative vilkår oppfylles:

For det første må handlingene og unnlattelsene fra helsepersonellet gå ut over en ren feilvurdering eller medisinsk uaktsomhet, i den forstand at helsepersonellet ved å bryte de profesjonelle pliktene sine, nekter en pasient akuttmedisinsk behandling til tross for å være fullstendig klar over at vedkommende står overfor livstruende fare dersom slik behandling ikke gis.¹²³

For det andre må den konkrete dysfunksjonen kunne objektivt og faktisk identifiseres som systematisk eller strukturell for at ansvar skal kunne tilskrives statlige myndigheter, og ikke bare omfatte enkelte tilfeller der noe kan være dysfunksjonelt i betydningen av å feile eller å fungere dårlig.¹²⁴

For det tredje må det være en direkte sammenheng mellom den påklagde dysfunksjonen og den skaden pasienten har lidt.¹²⁵

Til slutt må den konkrete dysfunksjonen ha oppstått som følge av statens svikt i å oppfylle sin forpliktelse til å stille med et regulerende rammeverk i den utvidede forstanden nevnt tidligere.¹²⁶

Sett i kontekst av tematikken for oppgaven vil det være det første vilkåret som byr på størst problematikk. Problemet oppstår hovedsakelig som en følge av at det blir lang reisevei mellom hjemplassen til den fødende kvinnen, og sykehuset som eneste fødetilbud. Det er vanskelig å peke på at det er konkret helsepersonell som bryter sine profesjonelle plikter og nekter pasienten behandling når tilbudet om slik hjelp fjernes, slik at det ikke er noe konkret helsepersonell som bryter sine profesjonelle plikter ved å nekte behandling. I forhold til det

¹²³ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 194

¹²⁴ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 195

¹²⁵ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 196

¹²⁶ Lopes De Sousa Fernades v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017, avsnitt 196

konkrete problemet må man i så fall etter min mening se på helseforetakene som helsepersonell i denne sammenhengen.

Hvis man ser på helseforetakene som helsepersonell vil man kunne se at resultatet av det endrede fødetilbudet medfører nektet adgang til helsehjelp i form av fødselshjelp fra jordmor eller fødselslege, da man må kunne forvente at helseforetakene er klar over farene mor og foster potensielt utsettes for ved å forlenge reiseveien. Denne dysfunksjonen kan identifiseres som strukturell ettersom den følger av et vedtak om å permanent legge ned en tilbyder av den konkrete helsehjelpen. Dersom mor eller barn skulle lide en alvorlig skade eller død som følge av den unødvendig lange reiseveien til nærmeste fødested vil det være en direkte sammenheng mellom dysfunksjonen og den lidte skaden. Denne dysfunksjonen vil ha oppstått som følge av at staten ikke har regelverk som begrenser maksimal distanse til nærmeste fødested.

6 Oppsummering EMK / EMK rettslig norm.

Staten har en plikt til å, gjennom lov, beskytte alles rett til liv etter EMK artikkel 2. Det er her snakk om en positiv plikt til å beskytte individer, og en negativ plikt til ikke å ta liv. Det er også en prosessuell plikt til å ha virkemidler for å realisere effektiv oppfyllelse av de positive og negative pliktene. I den positive plikten ligger det et krav om å ha reguleringer, men det er også et krav om å i enkelte individuelle tilfeller gjennomføre konkrete forebyggende tiltak. Statens positive forpliktelser gjelder under enhver aktivitet, både offentlig og privat, der retten til liv kan være truet. Dog kan ikke artikkel 2 tolkes som at enhver har rett på et absolutt nivå av sikkerhet under enhver aktivitet der retten til liv kan være truet. Dette gjelder spesielt der vedkommende individ selv bærer en grad av skyld for en hendelse, eksempelvis med å utsette seg selv for unødvendig fare.

Man kan ikke utelukke at et foster vil ha rett til å få sitt liv vernet etter EMK artikkel 2, men EMD setter ikke en objektiv standard for når denne retten trer i kraft. De levner det til nasjonale myndigheter å definere når det er et liv, som har rett til vern etter EMK artikkel 2. Etter norske rettskilder har et foster fra uke 12 gradvis større grad av egne rettigheter, og et foster som er fødeklart vil etter min oppfatning ha sin rett til liv vernet under EMK artikkel 2.

I Fernandes dommen kan man se en klargjøring og presisering av plikten til å sikre individers rett til liv i helserettslig kontekst. Det skilles mellom medisinsk uaktsomhet og nektet adgang til helsehjelp. Når det er snakk om medisinsk uaktsomhet understrekes det at statens plikt først og fremst er begrenset til en reguleringsplikt, og at denne plikten må ses i en større sammenheng der man også stiller krav til effektive virkemidler for å realisere reguleringen. Selv der det konstateres medisinsk uaktsomhet utvist av helsepersonell, blir det oftest bare konstatert krenkelse av artikkel 2 dersom den medisinske uaktsomheten skjer på grunn av mangelfullt regelverk.

Når det kommer til nektet adgang til helsehjelp eller medisinsk neglekt/forsømmelighet er det vanskelig å fastslå noe konkret, da det, som med helseretten for øvrig, men også etter EMK, vil variere fra sak til sak. Men man kan utlede at det er en viss terskel for når medisinsk neglekt kan konstateres. For eksempel dersom reguleringen ikke i tilstrekkelig grad stiller krav til utbyggingen og plasseringen av helsemessig infrastruktur i en landsdel, som igjen fører med seg at innbyggerne i denne landsdelen får dårligere tilgang til helsehjelp. I slike tilfeller er det etter EMD praksis snakk om nektet adgang til helsehjelp, med grunnlag i mangelfull regulering av krav til utbygging av helsemessig infrastruktur.

7 Avsluttende bemerkninger

7.1 Oppsummering av funn

Tematikken for oppgaven er rettslig forsvarlig organisering av helsetjenesten. Den konkrete problemstillingen om man øker risikoen for krenkelse av retten til liv dersom Helse-Nord legger ned fødestuene i distriktene. I forbindelse med tematikken og problemstillingen uttrykte jeg at for å svare på problemstillingen måtte jeg finne ut om og i hvilken grad helseforetakenes handlingsrom begrenses eller styres av EMK artikkel 2.

Hva som er rettslig forsvarlig organisering av helsetjenesten beror på en vurdering ikke bare av det nasjonale regelverket alene, men også av hvordan de folkerettslige forpliktelsene spiller inn på, og styrer den nasjonale rettsanvendelsen. En kan se i oppgavens kapittel 3 til 6

at EMK begrenser og styrer helseforetakenes handlingsrom gjennom plikter og forbud som pålegges staten.

Den tidligere foreslåtte omstruktureringen av dagens fødetilbud vil etter nasjonal lovgivning, isolert sett, avhenge av hvorvidt det er medisinsk forsvarlig jf. kapittel 2. Men etter EMK vil det også være andre faktorer som gjør seg gjeldende, og som tillegges varierende vekt. Et sentralt vurderingstema for EMD er hvorvidt staten har tilstrekkelig regulering for å sikre individenes rett til liv.

En tilspisning av spørsmålet er hvorvidt helsetjenesten er organisert på en slik måte at en unngår alvorlig skade eller død. Her er det et viktig moment at vi i Norge har mangelfullt regelverk når det kommer til fødsler. I Norge er den konkrete organiseringen av utøvelse og tilbud av helsetjenester i stor grad lagt til de regionale helseforetakene. For eksempel er det ikke lovfestet en begrensning på maksimal distanse til nærmeste fødetilbud, eller hvilken type hjelp en fødende kvinne skal få. I ytterste konsekvens kan det under en fødsel forekomme større komplikasjoner som krever en type akutthjelp man ikke har tilgang på i ambulanse eller på legevakten i distriktene, og som fører til at fosteret eller moren mister livet.

Det er umulig å si hvordan dette ville utspilt seg i en eventuell sak for EMD, men det kan tenkes at den foreslåtte endringen i fødetilbudet vil kunne medføre unødvendig risiko for alvorlig skade eller død, for både mor og foster. Hvis endringen anses å være i overensstemmelse med norsk lov, vil det i så tilfelle trolig tale for at det norske regelverket ikke i tilstrekkelig grad sikrer individers rett til liv, og dermed utgjøre en krenkelse av retten til liv etter EMK artikkel 2.

7.2 Konklusjon

Som nevnt innledningsvis i oppgaven er det vanskelig i dette emnet å slå fast noen konkrete holdepunkter eller statuere et absolutt klart svar på problemstillingen da det vil være opp til EMD å avgjøre hvorvidt det har skjedd en krenkelse i hver enkelt sak. Helseforetakene kan ikke åpent erkjenne at omorganisering av helsetjenestene øker mortaliteten. Dersom det likevel kan legges til grunn, tilsier EMD's praksis at nedleggelse av fødestuene i distriktene av Helse-Nord, øker risikoen for krenkelse av retten til liv.

7.3 Tverrfaglig vurdering

Problemstillingen for oppgaven, så vel som helseretten forøvrig er svært kompleks. Medisinfaglige vurderinger har stor betydning for tilbudet av helsetjenester og utøvelsen av helsehjelp. Også økonomi spiller en stor rolle for både tilbud og utøvelse. Ser man for eksempel i kapittel 2.4 i oppgaven er det snakk om en kost-nytte vurdering i forbindelse med retten til nødvendig helsehjelp. Politikk kan også innvirke på helseretten, eksempelvis med tanke på abortlovgivningen som politisk vurdering, men også med tanke på omstruktureringen som en politisk prioritering . Men her er det viktig at man også ser det rettslige aspektet i stedet for å ta avgjørelser på bakgrunn av bare medisinsk, politisk eller økonomiske vurderinger. Både nasjonale og internasjonale rettskilder gir borgerne rettigheter til helsehjelp. Det burde derfor stilles krav til at helseforetakenes, og andre statlige organers, interne prosess kvalitetssikres med at de må dokumentere at de faktisk har vurdert det juridiske aspektet, før de fatter vedtak. På den måten kan man i større grad ha tiltro til at vedtak ikke utelukkende fattes på grunn av økonomi.

8 Referanseliste

Kildene er først delt gruppevis etter rettskildemessig vekt, deretter kronologisk etter når de først er brukt.

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m (helseforetaksloven)

Lov. 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov. 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven)

Lov. 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven)

Lov. 2. juli 199 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon.

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20 november 1989

Vienna Convention on the law of treaties 1969

Forskrifter

FOR-2000-12-01-1208 (Prioriteringsforskriften)

Rettspraksis

HR-2023-1108-A

HR-2014-2398-A

Rt-2000-1811

Rt-2005-883

Rt-2015-93

Rt.1990.874

HR-2024-551-S

HR-2021-1155-A

EMD

Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978

McCann and others v. The United Kingdom, 18984/91, GC, 27.09.1995.

Calvelli and Ciglio v. Italy, 32967/96, GC, 17.01.2002

Giuliani and Gaggio v. Italy, 23458/02, GC, 24.03.2011

Boso v. Italy, 50490/99, 05.09.2002.

Armadi da Silva v. The United Kingdom, 5878/08, GC, 30.03.2016.

Vo v. France 53924/00, GC, 08.07.2004

H v. Norway 17004/90 19.05.1992, Commission

Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania, 47848/08, GC,
17.07.2014

Prilutskiy v. Ukraine, 40429/08, 26.02.2015.

Osman v. The United Kingdom, 23452/94, GC, 28.10.1998.

Arskaya v. Ukraine, 45076/05, 05.12.201

Cienchonska v. Poland, 19776/04, 14.06.2011

Gokdemir v. Turkey, 66309/09, 19.05.2015

Lopes De Sousa Fernandes v. Portugal, 56080/13, GC, 19.12.2017.

Elena Cojocaru v. Romania, 74114/12, 22.03.2016

Z v. Poland, 46132/08, 13.11.2012

Hristozov and others v. Bulgaria, 47039/11, 13.11.2012

Panaitescu v. Romania, 30909/06, 10/04/2012

Aydogdu v. Turkey, 40448/06, 30.08.2016

Forarbeider

NOU 1992:8. Lov om pasientrettigheter

Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter

NOU 2023: 29 Abort i Norge, Ny lov og bedre tjenester.

Prop. 118 L (2012-2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv.

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Lov om helsepersonell

Litteratur

Andenæs, Mads, og Eirik Bjørge. 2012 *Menneskerettene og oss*. 1. utgave. Oslo:

Universitetsforlaget

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland. 2019. *Velferdsrett 1*, 6 utgave. Oslo:

Gyldendal

Syse, Aslak. 1993. *Abortloven; Juss Og Verdier*. 1 utgave. Oslo: Ad Notam Gyldendal 1993.

Fornes, Ingun, Anna Nylund, and Anneken K. Sperr. 2023. *Barnekonvensjonen I Norsk Rett, Prinsipper Og Praksis*. 1 utgave. Oslo: Gyldendal.

Kjønstad, Asbjørn, og Aslak Syse. 1994. *Helserettslige Emner*. 1 utgave. Oslo: Ad Notam

Gyldendal.

Kjønstad, Asbjørn. 2007. *Helserett*. 2. utgave. Oslo: Gyldendal.

Befring, Anne K, og Bente Ohnstad. 2010 *Helsepersonelloven – med kommentarer*. 3. utgave.

Bergen: Fagbokforlaget.

Hanski, Raija, og Markku Suski, 1999. *An introduction to the international protection of human rights*. 2nd ed. Turku/Åbo: Insitute foir human rights Åbo Akademi University

Ikdahl, Ingunn og Vibeke B. Strand. 2016. *Rettigheter i velferdsstaten: Begreper, Trender, Teorier*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal.

Befring. A. K., Hirst, M., Ohnstad, B. og Paulsrud, K. 2019 *Helserett i et nøtteskall*. 1.

utgave. Oslo: Gyldendal.

Kjølbros, J. F. (2020). *Den europeiske menneskerettighedskonvention - for praktikere* 5th ed.

Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Symonides, Janusz. 2000. *Human rights: concept and standards*. 1. Ed. Aldershot, England and Burtlington USA: Unesco publishing

Bertelsen, Tor E. 2010. *EMK, kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal

Høstmælingen, Njål, Elin S. Kjørholt, and Kirsten Sandberg. 2016. *Barnekonvensjonen: Barns Rettigheter I Norge*. 3rd ed. Oslo: Universitetsforlaget.

Halvorsen, Marit. 1998. *Rettsgrunnlag for medisinsk behandling*. 1. utgave. Bergen: Fagbokforlaget.

Schabas, W. A. (2015). *The European Convention on human rights. A commentary* 1st ed.. Oxford University Press.

Artikler/Nettsider

Helse-Nord forside (Hentet 20/02/2024): <https://www.helse-nord.no/>

Helse-Nord, Endring og omstilling i helse-nord (Hentet 20/02/2024): <https://www.helse-nord.no/ending-og-omstilling-i-helse-nord>

SNL artikkel om traktater (Hentet 24/04/2024): https://snl.no/Wien-konvensjonen_om_traktatretten

ECHR Guide on Article 2 (Sist sett 09/05/2024): https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_2_ENG

