



KANDIDAT

**46**

PRØVE

**JUS2005 2 Forvaltningsrett II**

Emnekode	JUS2005
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	27.05.2021 07:00
Sluttid	27.05.2021 13:00
Sensurfrist	17.06.2021 21:59
PDF opprettet	18.06.2021 10:07

**Seksjon 1**

<b>Oppgave</b>	<b>Tittel</b>	<b>Oppgavetype</b>
□	Infoside	Dokument
1	Del I	Langsvar
2	Del II	Langsvar
3	Del III	Langsvar

## 1 Del I

Marte Kirkerud bodde sammen med sin mann og to barn ytterst ved Oslofjorden. Hun var en svært pliktoppfyllende og oppofrende dame som la stor vekt på å gjøre en god jobb som sykepleier. Hun arbeidet for tiden på Sjøkanten aldershjem, som var et aldershjem med mange svært velstående pasienter.

I februar 2015 døde begge Martes foreldre i en bilulykke, og dette gikk hardt inn på henne. Under arveoppgjøret med hennes søsken ble det også svært mye krancling. Marte og hennes to søsken snakket nå bare til hverandre via sine advokater.

Marte følte denne situasjonen nokså krevende, og begynte etter hvert å drikke en del alkohol når hun hadde fri. Hun slappet godt av når hun kunne ta seg noen vinglass for å roe seg ned og koble av fra virkeligheten. Martes familie begynte etter hvert å bli litt engstelige for alkoholkonsumet som var noe i overkant, men de tenkte at det nok ville gå over når arveoppgjøret var ferdig. Det tok imidlertid lang tid med arveoppgjøret, og Marte fortsatte å drikke på fritiden.

En dag i 2020 kom Martes ektemann hjem, og fant Marte gråtende i sengen. Marte fortalte da at hun hadde tatt bilen til vinmonopolet for å kjøpe mer vin, men hadde blitt stoppet av politiet på veien. Promilletesten viste 1,5 promille og hun hadde mistet førerkortet og var anmeldt. Hun var fullstendig knust, og hun innrømmet samtidig overfor ektemannen at hun hadde underslått penger fra kassen til idrettslaget som barna var medlemmer i. Underslaget hadde pågått over flere år og var nå kommet opp i ca. 100.000 kroner.

Ektemannen til Marte mente det beste var å legge alle kortene på bordet, og ta et oppgjør for å komme seg videre i livet. Han fikk Marte til å innrømme underslaget overfor idrettslaget og tilbakebetale pengene. Hun tilsto også promillekjøringen. Marte ble på denne bakgrunn, i en tilståelsesdom en stund senere, dømt til en kortere fengselsstraff for promillekjøring og underslag fra idrettslaget. Under straffesaken fremkom det at Marte for 20 år siden også var dømt for promillekjøring.

Under arbeid på sykehjemmet en dag i januar 2021 møtte Marte en eldre pasient som tidligere hadde arbeidet på vinmonopolet. Pasienten gjenkjente Marte og visste at Marte var dømt for promillekjøring og underslag. Pasienten mente det ikke var forsvarlig å la Marte behandle og ha omsorg for henne på sykehjemmet. Hun sendte derfor et brev til Statens Helsetilsyn og påpekte at hun ikke kunne akseptere å bli behandlet av en sykepleier med dom for promillekjøring og underslag. På dette sykehjemmet hadde pasientene mange personlige eiendeler og dyre verdisaker, og det var ikke trygt og tillitsvekkende med en sykepleier som var dømt for promillekjøring og underslag. «Vi kan risikere å få sprøyter av en beruset sykepleier og at hun stjeler våre eiendeler» skrev hun til Helsetilsynet.

Statens Helsetilsyn undersøkte saken og ba om Martes uttalelse i saken. Etter svar fra Marte og en vurdering av saken, varslet Statens Helsetilsyn at de ville tilbakekalle Marte Kirkerud sin autorisasjon som sykepleier. Helsetilsynet uttalte i varselet at de hadde adgang til å tilbakekalle autorisasjonen jf. helsepersonelloven (hpl) § 57. Helsetilsynet la til grunn at Marte var «uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig på grunn av atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen». Promilledommene og underslaget var så alvorlig at tilbakekall av autorisasjonen var nødvendig. Som det fremgikk av brevet fra pasienten, så var det ikke trygt og tillitsvekkende med en sykepleier som var dømt for promillekjøring og underslag. Helsetilsynet uttalte også at når vilkårene for å tilbakekalle autorisasjonen forelå, så hadde de ingen andre alternativer enn å tilbakekalle autorisasjonen, uansett hvor hardt det ville ramme Marte.

Marte Kirkerud fikk bistand av advokat Lars Holm til å svare på varselet. Han opplyste at Marte var enig i de faktiske forhold. Hun hadde en god stund drukket en del alkohol i fritiden, men det var

på grunn av den vanskelige tiden etter foreldrenes død. Holm påpekte at promillekjøringen og underslaget var engangstilfeller. Den første promilledommen lå langt tilbake i tid. Marte ønsket også å være ærlig og ordne opp i livet sitt. Hun mente det derfor det var riktig å erkjenne dette, skrev han til Helsetilsynet.

Lars Holm påpekte i brevet at det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp stiller krav om en helt klar lovhjemmel når det er snakk om et så alvorlige vedtak som å tilbakekalle en autorisasjon. Et tilbakekall vil medføre at Marte mister jobben sin. Konsekvensene for henne ville bli dramatiske og gjøre hennes livssituasjon enda vanskeligere. Det fremgår av hpl § 57 at grunnvilkåret er at Marte må være «uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig» på grunn av atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen. Når loven bruker vilkåret «uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig» så kan ikke forhold på fritiden brukes som begrunnelse for å tilbakekalle autorisasjonen. En slik lovtolkning er i strid med legalitetsprinsippets krav til klarhet og forutberegnelighet, og kan ikke aksepteres ved så alvorlige vedtak som tilbakekall av autorisasjon som sykepleier, skrev Holm og henviste til Grunnloven § 113.

Lars Holm påpekte videre at selv om loven skulle tolkes slik Helsetilsynet gjorde, så var uansett ikke vilkårene for tilbakekall oppfylt i denne saken. Martes bruk av alkohol på fritiden hadde ikke hatt noen betydning for Marte Kirkeruds sitt arbeid som sykepleier. Hun hadde alltid utført sitt yrke forsvarlig og var godt egnet til jobben. De forhold som Helsetilsynet påpekte om alkoholmisbruk, var heller ikke en adferd som var uforenlig med yrkesutøvelsen. Hun hadde ikke fått noen klager på sitt arbeid ved sykehjemmet utover mistilliten fra denne ene pasienten. Kollegaene hennes bekreftet at hun utførte sitt arbeid på en god måte, og at de ikke hadde sett at hun var beruset på jobb. Lars Holm påpekte også at underslaget var et engangstilfelle som ikke hadde noe med jobben hennes å gjøre. Martes atferd var derved uansett ikke alvorlig nok til å kunne danne grunnlag for tilbakekall av autorisasjonen.

For det tilfelle at lovens vilkår var oppfylt, krevde Lars Holm at Helsetilsynet måtte velge andre alternativer enn å tilbakekalle autorisasjonen. Det måtte finnes andre måter å ivareta pasientene på enn å «frata Marte jobben».

**Spørsmål 1:** Kan Statens Helsetilsyn tilbakekalle Martes autorisasjon?

**Skriv ditt svar her...**

I denne oppgaven står vi overfor en tvist mellom Marte Kirkerud og Statens Helsetilsyn. I korte trekk handler tvisten om tilbakekall av Martes autorisasjon som følge av Martes bakgrunn som alkoholmisbruker samt en straffedom som følge av underslag fra en idrettsklubb på kr. 100 000 og bilkjøring i alkoholpåvirket tilstand. Oppgaven reiser forvaltningsrettslige problemstillinger som vil bli behandlet fortløpende i den rekkefølgen de oppstilles her.

Den overordnede rettslige problemstillingen er om Statens Helsetilsyn kan tilbakekalle Marte autorisasjon.

Det er på det rene at Helsepersonelloven av 1999, heretter forkortet som hpl., kommer til anvendelse på "helsepersonell og virksomheter" som yter helsehjelp i riket, jf. hpl. §2(1).

Legaldefinisjonen av "helsepersonell" følger av hpl. §3 nr. 1. Det følger av bestemmelsen at en helsepersonell er en med "autorisasjon" etter §48 a. Det er på det rene at Marte omfattes av denne bestemmelsen. Dermed kommer Helsepersonelloven til anvendelse.

Helsetilsynet har begrunnet tilbakekallet i hpl. §57(1) hvor det heter at statens helsetilsyn kan kalle tilbake "autorisasjon" dersom innehaveren er "uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig" på grunn av "atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen". Til dette har Lars Holm, som er advokaten til Marte, innvendt at "forhold på fritiden kan ikke brukes som begrunnelse for tilbakekall av autorisasjon". Dette er en anførsel som tolkes dithen at Holm mener at Helsetilsynet har foretatt en utvidende tolkning.

Vi må først tolke ordlyden "uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig" på grunn av "atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen", jf. hpl. §57(1).

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må være forhold ved helsepersonellet som gjør at vedkommende ikke er skikket til å utøve sitt yrke. Det kan ikke være hvilket som helst forhold, disse forholdene må tilknyttes "yrkesutøvelsen".

Holm har anført at det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet stiller krav om "helt klar lovhjemmel" når det er snakk om et alvorlig vedtak som å tilbakekalle autorisasjon hvor Marte risikerer å miste jobben samt ikke kunne utøve yrket sitt.

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet var lenge ulovfestet, men i dag fremgår denne av grl. §113. Det følger av denne bestemmelsen at myndighetenes «inngrep» overfor den «enkelte» «må ha grunnlag i lov». Bestemmelsen er uheldig utformet da den er for snever, men forstås dithen at forvaltningen må ha hjemmel i lov for å gjøre inngrep i borgernes rettsstilling.

Det er på det rene at tilbakekallet av autorisasjonen er et "inngrep" overfor Marte, jf. grl. §113. Legalitetsprinsippet må derfor drøftes videre som et tolkningsprinsipp.

I Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaksdommen) ble grl. §113 nyansert. Her ble det uttalt at legalitetsprinsippet er relativt, og må nyanseres ut fra hvilket område man befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammet og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Det ble også uttalt at andre rettskildedefaktorer kan trekkes inn ved vurderingen. På område for legalitetsprinsippet stilles det altså kvalifiserte krav til hjemmelsgrunnlagets klarhet.

Retts spørsmålet således blir om legalitetsprinsippet klarhetskrav utøver motstand mot Helsetilsynets utvidende tolkning.

Det skal tas utgangspunkt i momentene fra Fjordlaksdommen. Det første som vurderes er hvilket område vi befinner oss på.

På helserettens område har legalitetsprinsippet vært aktualisert i høy grad av Høyesterett med varierende styrke. Det har forekommet at Høyesterett har lagt til grunn et strengt krav til lovhjemmelen eller andre gang angitt en mer lempeligere krav til lovhjemmelen. Rettspraksis stort sett har vurdert legalitetsprinsippet i forbindelse med psykisk helsevern og barnevernsaker. Vår tvist har preg av å være mer et arbeidsrettslig forhold enn ren helserettslig hvor styrken på legalitetsprinsippet har variert. Vi må altså foreta en konkret vurdering av forholdene i faktum.

I denne tvisten befinner vi oss på helserettens område. I motsetning til straff og andre former for inngripen i borgers private rettssfære, vil ikke legalitetsprinsippet utgjøre en sterk motstand mot Helsetilsynets tolkning. Dette skyldes at helsepersonelloven skal fremme "sikkerhet for pasienter", jf. hpl. §1, hvor det er kritikkverdig at en som er tidligere dømt for underslag for jobbe i et yrke hvor det er daglig kontakt med pasienter. Helsetilsynet må altså ha en viss rom for å reagere når kritikkverdige forhold foreligger. Dette taler i retning av at legalitetsprinsippet ikke utøver noe sterk motstand mot tilbakekallet.

Det er utvilsomt at legalitetsprinsippet gjelder også ved helserettens område. På helserettens område skiller vi mellom ulike type forhold hvor legalitetsprinsippet kommer til anvendelse. For det første, vil inngrep i borgernes rettssfære aktualisere kravet om lovhjemmel i medhold av legalitetsprinsippet. For det andre vil integritetskrenkende inngrep utvilsomt aktualisere kravet. Her har vi med et inngrep i Martes rettssfære å gjøre og legalitetsprinsippet kommer til anvendelse med full kraft. I helserettens område utgjør autorisasjon svært viktig virkemiddel for å kunne utøve yrket som helsepersonell. En inndragning av autorisasjon på helserettens område vil medføre at vedkommende ikke får praktisert yrket. Dette taler for at legalitetsprinsippet utøver sterk motstand mot Helsetilsynets utvidende tolkning.

I samme retning taler også reelle hensyn. På helserettens område står hensynet til forutberegnelighet rimelig sterkt. Handlingsfriheten til forvaltningen innenfor helseretten begrenses av legalitetsprinsippet i den forstand at de ikke skal kunne foreta handlinger av inngripende karakter overfor de private uten at de har en lovhjemmel som gir adgang til dette. Dermed står også klarhetskravet til lovhjemmelen sterkt i denne tvisten. Det legges derfor til grunn at legalitetsprinsippet utøver stor motstand mot utvidende tolkning på helserettens område.

Videre må vi vurdere arten av inngrepet.

Det er her tale om et tilbakekall av en autorisasjon. Isolert sett taler dette i retning av at tilbakekall av autorisasjon på grunn av kritikkverdige forhold skal være full tillatt og innenfor Helsetilsynets handlingsfrihet. Dette trekker i retning av at legalitetsprinsippet ikke utøver en sterk motstand mot den utvidende tolkingen.

På den andre siden, vil tilbakekallet sett i sammenheng med faktum hvor Helsetilsynet har vektlagt forhold på Martes fritid, fått en pønral reaksjon. Det følger klart av ordlyden i hpl. §57 det skal legges vekt på forhold som har med yrkesutøvelsen å gjøre og ikke forhold i fritiden. Dermed har vedtaket om tilbakekall av autorisasjonen fått en form for pønral karakter. Legalitetsprinsippetets kjerneområde er straff og inngrep i borgernes rettssfære. Ved pønrale reaksjoner utøver legalitetsprinsippet en sterk motstand mot en utvidende tolkning av hjemmelen.

Jo større og mer inngrepet er, jo klarer må lovhjemmelen være. Holm har anført at tilbakekallet av autorisasjonen vil medføre til at Marte mister jobben sin og konsekvensene vil bli dramatisk noe som vil gjøre hennes livssituasjon enda vanskeligere. Dermed må det her også legges vekt på at konsekvensene for Marte er svært store og risikoen for et tilbakefall til den gamle livsstilen er høyest sannsynlig noe som gjør at tilbakekallet er av svært inngripende art. Dette taler i retning av at inngrepet er stort og at legalitetsprinsippet utøver sterk motstand.

I Rt. 2006 s. 1105 som omhandlet om forvaltningen hadde tilstrekkelig hjemmel i lov til å pålegge noen saueholdere å fjerne sauene fra sitt beite fordi det var fare for ulveangrep. Høyesterett uttalte at vedtaket hadde karakter av å være av pønalt reaksjon slik at det var større og skjerpene krav til lovhjemmelen.

Dommen bekrefter vurderingen overfor. Der et vedtak har karakter av å være en pønalt reaksjon, stilles det "større og skjerpene krav til lovhjemmelen". For vår tilfellet er dette klart og derfor stilles det strenge og skjerpene krav til lovhjemmelen.

Arten av inngrepet er å anse som svært høy. Legalitetsprinsippet utøver sterk motstand mot Helsetilsynets utvidende tolkning av ordlyden i hpl. §57.

Det neste som skal vurderes er hvor tyngende inngrepet er.

Det er på det rene at inngrepet er av stor art. Tilbakekallet av autorisasjonen vil som nevnt over medføre at Marte mister jobben sin. Ved siden av risikoen for å få et tilbakefall til den gamle livsstilen er det også et faktum Marte i tillegg mister levebrødet sitt. Gjennom jobben forsørger hun seg selv og sine behov og hun er svært avhengig av å beholde jobben. Dessuten er autorisasjonen en forutsetning for at hun får drive med yrket sitt og et tilbakekall fremstår svært tyngende for Marte. Hun vil ikke kunne jobbe som helsepersonell. Dette forholdet tilsier at inngrepet er svært tyngende for Marte.

Det legges til grunn at legalitetsprinsippet utøver en sterk motstand mot den utvidende tolkingen.

Det siste som vurderes er hvordan tilbakekallet rammer Marte.

Dette momentet har i utgangspunktet blitt drøftet gjennomgående i drøftelsen. Konsekvens av tilbakekallet er at Marte mister autorisasjonen som fører videre til at hun aldri vil kunne jobbe som helsepersonell. På grunn av at tilbakekallet rammer Marte svært hardt, vil legalitetsprinsippet utøve sterk motstand mot Helsetilsynets utvidende tolkning.

En samlet vurdering av momentene taler i retning av at legalitetsprinsippet utøver sterk motstand mot Helsetilsynets utvidende tolkning av ordlyden "uegnet til å utøve sitt yrke forsvarlig" på grunn av "atferd som anses som uforenlig med yrkesutøvelsen". Legalitetsprinsippet gjelder med høy intensitet.

Retts spørsmålet således blir om Helsetilsynets tolkning likevel kan opprettholdes i lys av den sterke motstanden legalitetsprinsippet utøver.

I Fjordlaksdommen uttalte Høyesterett at i denne vurderingen skal det også legges vekt på "andre rettskildefaktorer enn loven selv" som kan legitimere forvaltningens tolkning, se s. 538.

Et utgangspunkt er at der legalitetsprinsippet utøver sterk motstand. Dette tilsier at det skal svært mye til for at andre rettskildefaktorer skal kunne legitimere Helsetilsynets tolkning.

Det følger av §1 at lovens formål er å bidra til "sikkerhet for pasienter" og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten samt "tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjeneste".

I Rt. 2007 s. 1851 er det uttalt at vurderingen tilknytter seg til om helsepersonellet i dag utgjør en fare for pasientsikkerheten og om tilliten til helsevesenet vil bli svekket om vedkommende for beholde autorisasjonen. Dommen har stor overføringsverdi på vår sak da uttalelsene til Høyesterett er svært aktuelt for vår sak.

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden "sikkerhet for pasienter" tilsier at det må være betryggende omgivelser for pasientene samt at pasientene føler seg ivaretatt av ærlige og redelige helsepersonell.

Det følger av faktum at Marte har hatt alkoholproblemer og var dømt for promillekjøring samt underslag. Pasienten som gjenkjente Marte anfører nemlig at pasientene hadde mange personlige eiendeler og dyre verdisaker. For å fremme lovens overordnede formål vil dette momentet tale i retning av at Helsetilsynet utvidende tolkning kan opprettholdes i lys av den sterke motstanden legalitetsprinsippet utøver.

På den andre siden har pasienten på sykehjemmet uttalt at de risikerer å "få sprøyter av en beruset sykepleier". Det er ingenting i faktum som tilsier at Marte har ruset seg på jobb og denne anførselen kan klart ikke føre frem. Det fremgår ikke at Marte har drukket alkohol og vært full på jobb. Dette taler i retning at Helsetilsynet har foretatt en tolkning i strid med helsetilsynet.

Videre er det ingen relevante holdepunkter i faktum om Marte har opptrådt på en slik måte som har medført til at pasientene har følt at deres sikkerhet var under trussel. Forholdene på Martes side knytter seg til forhold som ikke har en tilknytning til arbeidsforholdet og hun har heller ikke vist til en atferd under arbeidstiden som kan tilsi at pasientenes sikkerhet har vært under trussel. Dette taler i retning av at Helsetilsynet har foretatt en tolkning i strid med legalitetsprinsippet.

Det skal også legges vekt på "tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten".

Ordlyden her er klar. Det stilles høye krav til helsepersonell i kraft av deres stilling som arbeidstaker. I helserettens område gjelder det f.eks. strenge krav til taushetsplikt noe som fastslår den høye tilliten som stilles til helsepersonell på dette punktet.

Dette momentet reiser ikke et særlig behov for en ytterligere drøftelse. Promillekjøringen og underslagene som har vart gjennom flere år er nemlig tilstrekkelige grunner til å fastslå at det foreligger et tillitsbrudd mellom Marte og Helsetilsynet. Promillekjøringen kan holdes utenfor denne vurdering, men underslagene er av såpass alvorlig karakter at dette forholdet kan ikke oversees i vurderingen. Dette trekker i retning av at Helsetilsynet har lagt til grunn en lovlig tolkning sett i lys av det strenge kravet til lovhjemmel.

En tolkning av lovens overordnede formål viser at momentene trekker i hver sin retning. Vi må vurdere hvorvidt andre forhold enn en tolkning av formålsbestemmelsen kan opprettholde lovens

Forarbeidene til hpl. §57, herunder Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 247 gir ikke særlig pekepinn på hva som skal legges til grunn. Forarbeidene indikerer heller ikke til en viss forståelse av ordlyden. Det vises kontinuerlig til forarbeidene til lov om leger og tannleger. I Ot.prp.nr. 1 (1979-1980) s. 43-44 tar forarbeidene opp tap av autorisasjonen som følge av alkoholmisbruk og uhederlig vandel. Til alkoholmisbruket uttales det i nevnte forarbeidene at det "avgjørende"



bør være om misbruket gjør vedkommende "uskikket". Angående "vandel" tilsier forarbeidene at de kritikkverdige forholdene "regelmessig" må knytte seg til yrkesutøving.

Vi ser først på om alkoholmisbruket gjør Marte "uskikket", jf. Ot.prp.nr. 1 s. 43-44.

Det følger av faktum at Marte fikk store alkoholproblemer etter at foreldrene gikk bort i en bilulykke i 2015. Imidlertid er det ingenting i faktum som tilsier at alkoholprobleme var vedvarende under arbeidstiden også. Faktum ser ut til å legge til grunn at Marte kun drakk utenfor arbeidstid. Hva en arbeidstaker gjør i sin fritid er ikke et moment som kan vektlegges i vurderingen av om vedkommende er "uskikket". Dette er ikke relevant i forbindelse med stilling med mindre forholdene er av strafferettslig karakter. Dette leder oss til momentet i faktum om promillekjøringen.

Promillekjøringen kan ikke sies å gjøre Marte "uskikket". Imidlertid er promillekjøringen strafferettslig og strafferettslige grunner er tilstrekkelige nok til å si opp en eventuell arbeidstaker. Dette taler i retning av at Helsetilsynet har foretatt en lovlig tolkning.

Det neste som må vurderes er om Martes "vandel" tilsier at de "regelmessig" knytter seg til yrkesutøving.

Det er på det rene at promillekjøringen og underslaget har forekommet utenfor yrkesutøving og har ingen form for tilknytningen til jobben som helsepersonell. Helsetilsynet har foretatt en ulovlig tilknytning.

En samlet vurdering av hensynene viser at momentene trekker i hver sin retning. Det vektlegges særlig på at tilbakekallet av autorisasjonen er av alvorlig karakter og vil få betydelige konsekvenser for Marte både nå og i fremtiden. Samtidig ligger det innenfor Helsetilsynets handlingsrom å kunne frata noen autorisasjonen når kritikkverdige forhold ligger, men da må dette i samsvar med ordlyden og uttalelsene i forarbeidene knytte seg til yrkesutøvelsen og ikke forhold på fritiden. Derfor legges det til grunn at Helsetilsynet har foretatt en tolkning i strid med lovteksten, jf. legalitetsprinsippet.

Helsetilsynets tolkning kan ikke opprettholdes i lys av legalitetsprinsippet. Helsetilsynet har foretatt en feil tolkning.

**Konklusjon: Helsetilsynet kan ikke tilbakekalle autorisasjonen som følge av en lovtolkning i strid med det strenge legalitetskravet.**

Vurderingen videre foretas subsidiær på forutsetning av at legalitetsprinsippet ikke utøver motstand mot den utvidende tolkning.

Holm har anført at vilkårene i hpl. §57 var uansett ikke oppfylt og vist til at Martes bruk av alkohol på fritiden ikke hadde hatt noen betydning for Marte som sykepleier. Videre påpekte Holm at underslaget var et engangstilfellet som ikke hadde noe med jobben hennes å gjøre.

I den videre drøftelsen, vil vurderingen deles opp i to vurdering. Det første som skal vurderes er om alkoholmisbruket til Marte er "uforenlig med yrkesutøvelsen", jf. hpl. §57(1).

Se over for ordlydstolkning. Det følger klart av ordlyden at det kritikkverdige forholdet må være uforenlig med "yrkesutøvelsen". Alkoholmisbruket har klart ikke skjedd i forbindelse med "yrkesutøvelsen". Dessuten ligger alkoholmisbruket langt bak i tid slik Holm har anført. I Rt. 2007 s. 1851 uttalte Høyesterett at forhold som ligger langt bak i tid skal ikke kunne skade omdømme til en helsepersonell. Det samme legges til grunn i vår sak.

Det legges til grunn at vilkårene i hpl. §57 ikke er oppfylt for alkoholmisbruket da de langt ifra knytter seg til "yrkesutøvelsen".

Det neste vi må vurdere er om underslagene er "uforenlig med yrkesutøvelsen", jf. hpl. §57(1).

Underslagene er heller ikke knyttet til selve "yrkesutøvelsen", men i motsetning til alkoholmisbruket er det en vesentlig forskjell som må vurderes. Marte hadde underslått penger fra kassen til idrettslaget som barna var medlemmer i. Underslaget var på kr. 100 000. Dette tilsier at det er større sannsynlighet for at Marte gjennomføre et underslag der hun jobber. Dette tilsier at underslaget er av større alvorlighetsgrad og er større sannsynlighet for å forekomme under arbeidstiden - spesielt når Marte jobber som sykepleier med svært velstående pasienter - enn alkoholmisbruket. Vilåret er altså oppfylt for underslagene.

**Subsidiær konklusjon: Vilåret er ikke oppfylt for alkoholmisbruket, men for underslagene er vilkårene oppfylt.**

**Drøftelsen videre foretas atter subsidiært på forutsetning av at vilkårene er oppfylt.**

Holm har krevd at Helsetilsynet måtte velge andre alternativer enn å tilbakekalle autorisasjonen. Det måtte finnes andre alternativer. Dette oppfattes som en anførsel om begrensning av autorisasjonen i hpl. §59.

Det følger av hpl. §59(1) at statens helsetilsyn "kan" begrense autorisasjonen til å gjelde utøvelse av bestemt virksomhet under bestemte vilkår. Det følger av annet ledd at slike begrensninger "kan" fastsettes i tilfeller der helsepersonell til tross for at vilkårene for tilbakekall er oppfylt, anses skikket til å utøve virksomhet på et begrenset felt under tilsyn og veiledning.

Det fremgår av faktum at Holm "krever" at Helsetilsynet måtte foreta seg andre alternativer. Dette reiser spørsmålet om bestemmelsen gir et uttrykk for et rettsanvendelses- eller et forvaltningsskjønn.

Det følger av Rt. 2007 s. 257 (Trallfadommen) at hjemmelsloven må tolkes for å avgjøre om det er et rettsanvendelses- eller et forvaltningsskjønn.

Rettsspørsmålet blir om ordlyden "kan" gir uttrykk for et rettsanvendelsesskjønn eller et forvaltningsskjønn.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er et forvaltningsskjønn. Det skal være opptil forvaltningen å bestemme. Forarbeidene til bestemmelsen taler i samme retning hvor det er uttalt at Helsetilsynet skal ha adgang til å bestemme. I Rt. 2012 s. 1985 ble det uttalt at ordlyden "kan" vil indikere et forvaltningsskjønn.

Da det foreligger et forvaltningsskjønn, kan ikke Holm kreve at Helsetilsynet skal velge et annet alternativ selv om de har mulighet til dette med medhold i hpl. §59.

**Atter atter subsidiær konklusjon: Holm kan ikke kreve at Helsetilsynet velger et annet alternativ.**



## 2 Del II

Statens Helsetilsyn besluttet å tilbakekalle Martes autorisasjon som sykepleier med hjemmel i hpl. § 57. Lars Holm påklaget vedtaket til Helsepersonellnemnda jf. hpl. § 68, men Helsepersonellnemnda opprettholdt vedtaket med samme begrunnelse som Statens Helsetilsyn.

Lars Holm brakte saken inn for domstolen for rettslig prøving. Vedlagt stevningen til tingretten lå en ny legeuttalelse som bekreftet at Marte for fire måneder siden hadde startet med et behandlingsopplegg for sitt alkoholmisbruk, og at resultatet av dette så langt var svært godt. I legeuttalelsen fremgikk det også at underslaget trolig var et resultat av alkoholbruken og at faren for at det skulle gjentas seg var svært liten.

**Spørsmål 2:** Hvilke deler av vedtaket om å tilbakekalle autorisasjonen kan domstolene prøve?

**Spørsmål 3:** Kan domstolen ta hensyn til legeerklæringen om behandlingsopplegget i sin prøving av vedtaket?

**Skriv ditt svar her****Oppgave 2:**

I korte trekk handler denne tvisten om domstolskontroll med forvaltningen og hvor langt domstolene kan gå i å prøve et forvaltningsvedtak.

Den overordnede rettslige problemstillingen er hvilke sider av vedtaket om å tilbakekalle autorisasjonen domstolene kan prøve.

Rettsgrunnlaget for domstolskontroll følger av grl. §89. Det er omfanget av og intensiteten av kontroll/prøvingsretten som må trekkes opp i praksis

Det klare utgangspunktet er at domstolene anvender lov og rett. De skal ikke drive med forvaltningsvirksomhet og dette skyldes maktfordelingen i samfunnet der domstolene er den dømmende makt, mens forvaltningen er den utøvende. Det er klare skille mellom deres arbeidsoppgaver og denne strukturen må respekteres.

Domstolskontrollen med forvaltningen er en etterfølgende kontroll som er begrenset til en vurdering av vedtakets gyldighet, jf. Rt. 2001 s. 995. Det beror på hva slags type skjønn vi har å gjøre med. Vi skiller mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn. For å kunne avgjøre hva slags skjønn vi har å gjøre med, må hjemmelsloven tolkes, jf. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) etter en konkret helhetsvurdering, jf. Rt. 2005 s. 117.

Dette forutsetter en tolkning av hjemmelsloven i hpl. §57. Imidlertid det ikke et behov for en ordlydstolkning i dette tilfellet da det finnes en særregulering i hpl. §71 som regulerer dette.

Det følger av hpl. §71 at vedtak i Staten helsepersonellnemnd etter "§56 til 59a" kan bringes inn for retten hvor retten prøver "alle sider av saken".

Ordlyden er klar. Domstolene har adgang til å foreta en full domstolskontroll med vedtaket. Dette innebærer at domstolene foretar en full prøving av vedtaket.

Dette bekreftes i Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) at domstolene prøver alle sider av saken, også forvaltningsskjønnet.

Imidlertid vil domstolene være tilbakeholdne med å fastsette en alternativ løsning. Dette ble bekreftet av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1851 premiss. 61.

Dermed legges det til grunn at domstolene prøver alle sider av vedtaket.

**Konklusjon: Domstolene kan prøve alle sider av vedtaket om å tilbakekalle autorisasjonen.**

**Oppgave 3:**

I korte trekk handler denne tvisten om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for prøvelsesretten.

Den rettslige overordnede problemstillingen er om domstolene kan ta hensyn til legeerklæringen om behandlingsopplegget i sin prøving av vedtaket.

Det klare utgangspunktet er at domstolene skal vektlegge forhold på vedtakstidspunktet, jf. Rt. 2012 s. 1985 (Barneasyldommen) premiss 79.

Imidlertid følger det av Rt. 2001 s. 14 på s. 19 at det er domstidspunktet som skal legges til grunn når domstolene kan prøve "alle sider av saken". Imidlertid gjaldt disse uttalelsene forståelsen av den gamle tvistemålsloven. Da ordlyden er lik den som følger av hpl. §71, må det samme legges til grunn.

I juridisk teori, har Eckhoff og Smith i "Forvaltningsrett" på s. 526 vist til uttalelsene i Rt. 2012 s. 1985 hvor det ble lagt til grunn at det var vedtakstidspunktet i foreliggende tilfellet, men dersom noe annet følger av ordlyden vil dette trekke i motsatt retning. Deretter har Eckhoff og Smith argumentert i samme retning som Høyesterett gjorde og la til grunn at i de sakene der domstolene kan prøve "alle sider av saken" blir utgangspunktet det motsatt fra Rt. 2012 s. 1985.

Uttalelsene i Rt. 2001 s. 14 og juridisk teori anvendt på vår sak får den konsekvens at det er domstidspunktet og ikke vedtakstidspunktet, som skal legges til grunn.

Dermed kan domstolene ta hensyn til legerklæringen om behandlingsopplegget i sin prøving av vedtaket.

**Konklusjon: Domstolene kan ta hensyn til legerklæringen om behandlingsopplegget i sin prøving av vedtaket.**

**Litteraturliste:**

Eckhoff, Torstein & Smith, Eivind. (2018). *Forvaltningsrett*. (11. utg). Oslo: Universitetsforlaget.

### 3 Del III

Tingretten kom under stor tvil frem til samme resultat som Helsepersonellnemnda. Det at tingretten var i tvil gjorde ledelsen i Helse- og sosialdepartementet oppbrakt. De satte derfor straks i gang med å utarbeide et rundskriv hvor det ble gitt en instruks til Statens Helsetilsyn og Helsepersonellnemnda. Helse- og sosialdepartementet er overordnet Statens Helsetilsyn som treffer vedtak om tilbakekall av autorisasjon i første instans.

I rundskrivet ble det skrevet at «en kombinasjon av underslag og promillekjøring skal alltid medføre at vilkåret «egnet til å utøve sitt yrke forsvarlig på grunn av ...atferd som anses uforenlig med yrkesutøvelsen» er oppfylt. Slike tilfeller skal for fremtiden alltid lede til tilbakekall av autorisasjon for helsepersonell, jf. hpl. § 57».

**Spørsmål 4:** Kan Helse- og sosialdepartementet gi en slik instruks, og med et slikt innhold?

**Skriv ditt svar her...**

I korte trekk handler tvisten om instruksjonsmyndigheten. Oppgaven reiser en rekke problemstillinger om Helse- og sosialdepartementet hadde adgang til å gi instruks om forståelsen av hpl. §57 til Statens Helsetilsyn.

Den overordnede rettslige problemstillingen er om Helse- og sosialdepartementet kan gi en slik instruks og med et slikt innhold.

Forvaltningens instruksjons- og organisasjonsmyndighet kommer av grl. §3 og den alminnelige sedvaneretten på dette område. Forvaltningshierarkiet er strukturert ved at Kongen er øverst og nedover i rangstigen følger departementer osv. I sin alminnelighet representerer forvaltningshierarkiet et struktur i samfunnet med et overordnet og underordnet nivå innad i et forvaltningsorgan. Det overordnede vil som regel kunne instruere det underordnede nettopp i sin kraft av å være overordnet. I instruksjonsmyndigheten kan det dog gjelde begrensninger som følger av f.eks. lov. Det er en forutsetning at forvaltningen har det riktige kompetansegrunnlaget for å instruere underordnede.

Oppgaven reiser to ulike vurderinger. Disse må vurderes hver for seg. Det første som skal vurderes er hvorvidt Helsetilsynet hadde adgang til å gi instruks. Hvis spørsmålet besvares bekreftende, vil det neste spørsmålet være om de hadde adgang til å gi instruks med det aktuelle innholdet.

Det første som må vurderes er om Helse- og sosialdepartementet hadde kompetanse til å instruere Statens Helsetilsyn og Helsepersonellnemnda.

Det klare utgangspunktet er at overordnet kan instruere underordnet. Det er derfor klart at Helse- og sosialdepartementet i utgangspunktet kan instruere Statens Helsetilsyn og Helsepersonellnemnd. Kompetansen til å gi instruks forutsetter dermed at instruksjonen er i samsvar med de materiellrettslige kravene til en instruks.

For det første, stilles det materielle krav til uavhengige forvaltningsorganer. Det følger av hpl. §69(1) at Statens Helsepersonellnemnd "skal" være et "uavhengig organ".

I Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) på s. 211 er det uttalt at Statens Helsepersonellnemnd er utvilsomt et uavhengig organ hvor det er full uavhengighet fra Statens Helsetilsyn og helse- og omsorgsdepartementet.

I vår sak har Helse- og sosialdepartementet instruert Statens Helsetilsyn og Helsepersonellnemnda. Bestemmelsen i hpl. §69(1) og forarbeidene tatt i betraktningen taler dette for at Helse- og sosialdepartementet ikke hadde kompetanse til å treffe en slik instruks overfor Statens Helsepersonellnemnd da det gjelder et klart "uavhengighet" krav etter bestemmelsen. Imidlertid rammes ikke instruksjonen av ordlyden i hpl. §69(1) overfor Statens Helsetilsyn.

Dermed er det utelukket at Helse- og sosialdepartementet kan instruere Statens Helsepersonellnemnda.

Det neste vi må vurdere er om Helse- og sosialdepartementet kunne instruere Statens Helsetilsyn med et slikt innhold som følger av vedtaket.

En forutsetning for at instruksjonen innhold skal være lovlig er at denne ikke må stride mot de rettslige rammene lovbestemmelsene trekker opp, jf. også lex-superior-prinsippet hvor et



forvaltningsvedtak og en instruks må vike ved motstrid med en lovbestemmelse. Instruksjonsmyndigheten begrenses ved lov.

Tingretten har kommet frem til at tilbakekallet var gyldig, men under tvil. Det forutsettes at instruksjonen var lovlig selv om Tingretten har reist et tvilsspørsmål til deres konklusjon. Spørsmålet er heller om instruksjonsmyndigheten kan begrenses også av lover som legger den skjønnsmessige kompetansen direkte til et forvaltningsorgan? Eckhoff og Smith i har på s. 152 i "Forvaltningsrett" uttalt at svaret er nei når kompetansen er lagt til et departement.

Tidsnød!!

**Konklusjon: Instruksjonen er ugyldig.**

**Litteraturliste:**

Eckhoff, Torstein & Smith, Eivind. (2018). *Forvaltningsrett*. (11. utg). Oslo: Universitetsforlaget.