

Et verk om »Fortrolighet i sundhedsretten« og moralfilosofi i rettsvitenskapen

ASBJØRN KJØNSTAD, professor dr. juris, Universitetet i Oslo

Confidentiality in Health law and moral philosophy in Legal science

The article represents Mette Hartlev's thesis for the doctorate concerning »Confidence in health law – from a patient's legal approach«. The author of this article characterizes the dissertation as being a very thorough, solid and important analysis of a central topic within health law. He also considers the dissertation as an important contribution to the development of this expansive part of legal science. The author of this article undertakes independent discussions about questions associated with the dissertation. He is critical to a legal-theoretical approach which uses the convincing power of the arguments in the legal communicative community as basis for evaluation legal argumentation. He is also critical to the use of moral philosophy as a central basis for legal argumentation. He emphasizes that the materialistic reality in public health service – with high technology equipment, a large number of different medicines and methods of treatment, a considerable number of well educated medical staff and an effective leadership within management and economy – has been important for the development of communication systems in hospitals and for the concept of professional secrecy. The author of this article believes that the citizens – in addition to the relative model of professional secrecy which is dominating in the Nordic welfare states – needs a more qualified professional secrecy, with a one-to-one relationship between the individual health worker and the individual patient. The model of confidentiality symbolized by the confessional box in the Catholic Churches is used as basis of comparison to the prevailing rules regarding professional secrecy in public health service.

Keywords: Fortrolighet, sundhedsrett, moralfilosofi, materiell virkelighet, argumenters overbevisningskraft, juridisk kommunikativt fellesskap, privatrettslige prinsipper, velferdsstatens taushetsplikt, relativistisk taushetspliktsmodell, kvalifisert fortrolighet.

1 Innledning

Den 27. januar 2006 disputerte Mette Hartlev ved Københavns universitet på avhandlingen »Fortrolighet i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv«. Dette er en meget grundig, solid og viktig rettsvitenskapelig avhandling, som bedømmelseskomiteen klart fant verdig til forsvar for den juridiske doktorgraden.¹ Det er en bok på 878 sider, herav 52 sider innholdsfortegnelse, registre og lignende.

1 Artikkelen bygger på min opposisjon ved Mette Hartlevs disputas. Svein Eng, Aslak Syse og Nikolai Winge har lest et utkast til denne artikkelen, og jeg takker for nyttige råd.

Forfatteren tar utgangspunkt i de opplysningene som en pasient gir til en helsearbeider eller som framkommer ved en medisinsk undersøkelse. Disse er omfattet av en fortrolighet som konstituerer en særlig rettslig relasjon mellom pasienten og helsearbeideren. Det overordnede formålet med avhandlingen er å undersøke hvilken betydning denne fortrolighetsrelasjonen har for pasientens rettigheter i forbindelse med behandling av persondata i helsevesenet.

Forfatteren foretar en dyptgående analyse av de rettslige spørsmålene om fortrolighet og taushetsplikt. Dette temaet er sentralt innen sunnhetsretten i Danmark, helseretten i Norge og medisinsk rett i Sverige/Finland. I de siste tiårene har helseretten vært en av de mest ekspansive delene av rettsvitenskapen (Kjønstad 2004, s. 385-386; Kjønstad 2005, s. 65-136).

Fortrolighet og taushetsplikt er av stor betydning for enkeltindividenes liv i familien, i vennekretsen, på arbeidsplassen, i forhold til helsevesenet og i samfunnet. Sundhetssystemene, sosialforsikringsordningene, store teknologiske systemer og en omfattende forskningsvirksomhet, er blitt dominerende og dynamiske virksomheter i de europeiske velferdsstatene. Til disse systemene knytter det seg et stort behov for kommunikasjon.

I de moderne sykehusene er det stort sett »bare« vaskehjelpen som man kan betro seg til om sine lidelser, misgjerninger, drømmer og andre forhold som man vil holde hemmelig. Hvis man meddeler seg til en helsearbeider, vil det som var en hemmelighet, bli diskutert på morgenmøter og ført inn i journaler, hvoretter det er store muligheter/risikoer for videreformidling til andre.

I de katolske kirkene derimot kan vi finne skriftestoler, hvor det er plass for den fortrolige samtalen mellom to mennesker uten at opplysningene videreformidles til andre. Jeg vil i det følgende benytte denne modellen for konfidensialitet som et sammenligningsgrunnlag i forhold til dagens taushetspliktregler i helsevesenet.

Etter min mening har forfatteren gitt et meget viktig rettsvitenskapelig bidrag til forståelsen av de gigantiske systemene og pasientrettighetenes plass i disse store normative rommene. Men de genuine aspektene ved det lille fortrolige rommet som det enkelte mennesket har behov for, blir borte i den store mengden av ord som vi presenteres for i løpet av en bok på over 800 sider. Dette store volumet – med mange gjentakelser og refrenger – er den vesentligste innvendingen som jeg har mot boka.

2 Noen rettsteoretiske utgangspunkter

I bokas kapittel 1 velger forfatteren noen rettsteoretiske utgangspunkter. Her skal jeg nevne de seks som jeg anser som mest sentrale.

(1) Når det gjelder forskningsformål, tar forfatteren avstand fra Alf Ross' prognoseteori. Hun tar ikke noe oppgjør med den mest innflytelsesrike nordiske rettsteoretikeren fra forrige århundre, men bare deklarerer at det ikke er meningsfylt å kaste seg ut i prognoser om hvilke premisser en dommer må antas å basere sin avgjørelse på (Hartlev 2005, s. 25).

(2) Avhandlingens perspektiv er pasientens synsvinkel. Hun viser her til en kvinnevertslig tradisjon (Hartlev 2005, s. 26), og hennes rettslige perspektiv framgår av avhandlingens undertittel, som er »et patientrettlig perspektiv«. Hun tar ikke opp spørsmålet om de rettslige løsningene blir forskjellige om man betrakter et problem med utgangspunkt i et pasientrettslig perspektiv eller om man betrakter et problem ut fra sunnhetssystemets perspektiv – altså fra et nedenfraperspektiv eller fra et ovenfraperspektiv.

(3) Når det gjelder det rettsteoretiske utgangspunktet, distanserer forfatteren seg både fra rettsrealismen og rettsidealismen, og hun bekjenner seg til den såkalte nynormativismen (Hartlev 2005, s. 38).

(4) Når det gjelder rettskildematerialet og det normative rommet, framhever forfatteren at hun vil gå inn i dypstrukturen ved studiene av normene. Hun viser her til den finske rettsteoretikeren Karlo Tuori (Hartlev 2005, s. 40 og 58).

(5) Forfatteren tar sikte på å analysere og beskrive det normative grunnmønsteret, som består av rettslige hovedprinsipper og andre grunnverdier. Hun bygger her på Anna Christensens arbeider (Hartlev 2005, s. 41), som etter min mening er et høydepunkt i nordisk rettsvitenskap på slutten av 1900-tallet.

(6) Når det gjelder metode, fortolkning og argumentasjon, bekjenner forfatteren seg til en norsk rettsteoretisk retning som peker på følgende evalueringsgrunnlag for juridisk argumentasjon: Hvilken overbevisningskraft har et argument innenfor det juridiske kommunikative fellesskapet? Det er særlig Jan Fridthjof Bernt og andre i Bergens-miljøet som har utformet denne teoriretningen (Hartlev 2005, s. 47-48). Dette ser ut til å bygge på Jürgen Habermas' teorier om kommunikasjon og diskurs (Se for eksempel Habermas 1999). De er trolig »importert« av rettsfilosofen David Doublet, som hadde betydelig innflytelse i det rettsvitenskapelige miljøet i Bergen. I Oslo er det nylig kommet ut en metodebok om rettsretorikk (Graver 2007).

Verdien av disse teoriene for forfatterens avhandling kan etter min mening uttestes ved å se på hennes konklusjoner i det avsluttende kapittel 17. Mitt klare inntrykk av dette er at det er Anna Christensens teori om det normative grunnmønsteret som har vært mest fruktbar for forfatteren, se punkt 12 nedenfor.

De tre teoriene om nynormativismen, det normative grunnmønsteret og den normative dypstrukturen lar seg etter min mening forene, og de kan anvendes i en fruktbar kombinasjon.

3 Argumentenes overbevisningskraft

Teorien om argumentenes overbevisningskraft i det kommunikative juridiske fellesskapet, er etter min mening av en annen karakter enn de tre sistnevnte teoriene.

Man kan tenke seg at jurister samles til »brainstorming«-seminar, og en rekke forskjellige argumenter kommer fram. Noen argumenter får stor oppslutning, andre utsettes

for kritikk, mens de fleste argumenter bare nevnes en gang for deretter å bli fortiet og glemt.

Man kan undre seg over om det er et slikt juridisk forum forfatteren sikter til. Og hvem er med i dette forumet; dommeren til Alf Ross, andre rettsanvendere og forfattere av juridiske tekster (tidsskriftsartikler fra rettsvitenskapen, lovtekster fra de folkevalgte, sirkulærer fra myndigheter, med mer)?

En rettslig metode og rettslitteratur som evaluerer argumenter etter deres overbevisningskraft i det juridiske fellesskapet, kan etter min mening være til stor nytte for advokater og dommere. De trenger gangbare og holdbare argumenter når de skal prosedere saker og begrunne dommer.

Men for rettsvitenskapen er en slik rettstenkning ikke like fruktbar. Som andre vitenskaper må rettsvitenskapen etter min mening ha sitt hovedfokus rettet mot å komme fram til mer allmenne teorier. Jeg synes også at denne avhandlingen er betydningsfull når det gjelder generaliserende rettstenkning.

Etter min mening er det fra en rettsvitenskapelig synsvinkel en avgjørende innvending mot en teori om å vurdere argumenters overbevisningskraft i et juridisk kommunikativt forum: Den er i sin natur konserverende; den vil vanskelig kunne gi plass for ny vitenskapelig erkjennelse.

Vitenskapshistorien i en rekke ulike fag – innen naturvitenskap, humaniora og samfunnsvitenskap – viser at nye ideer har trange oppvekstvilkår. På seminarer, i tidsskrifter og andre fora, vil de tanker som ellers ligger i tiden, i de fleste tilfeller få størst gjennomslagskraft. Det vil som regel først vise seg etter mange år om nye teorier og synspunkter er vitenskapelig verdifulle.

Forfatterens rettsområde kan illustrere dette: Da forskningen på helserett og pasientrettigheter startet for ca 30 år siden, var det liten begeistring å finne hos de etablerte juridiske og medisinske professorene i Norden. De hevdet at dette ikke var juss, eller de forholdt seg tause. Det var en lang og sikker tradisjon for at dette fikk legene ta seg av. Men nå kan en rettsforsker få en juridisk doktorgrad på et spørsmål fra sunnhetsvesenet.

En annen viktig innvending mot å legge avgjørende vekt på et arguments overbevisningskraft i det juridiske kommunikative fellesskapet, er at ikke alle vil være med på disse lange diskusjonene for å komme dypere inn i problemene. Legene baserer seg på empirisk forskning og tidligere erfaringer, de vet best hvilken behandling som gir resultater, og de er vant til å bestemme uten å diskutere. Menn starter krig, eller de graver seg ned i skyttergravene. Ektefeller kan skilles uten forutgående diskusjoner. Gamle professorer gjentar de synspunktene som de kom fram til for 20-30 år siden på grunnlag av det kildematerialet som de den gang studerte. Det er altså mange som ikke vil – eller ikke kan – være med i en framføring av argumenter som kan ha overbevisningskraft overfor andre.

Av disse grunner er det problemer med å opphøye det kommunikative fellesskapet til evalueringskriterium.

Dertil er det etter min mening vanskelig å bekjenne seg til både teorien om argumentenes overbevisningskraft i det kommunikative juridiske fellesskapet, og de tre teoriene om nynormativisme, det normative grunnmønsteret og den normative dypstrukturen.

4 Moralfilosofiens betydning

Etter bokas introduksjonskapittel kunne man forventet et kapittel hvor avhandlingens grunnbegrep – fortrolighet – ble drøftet, eller et kapittel hvor avhandlingens kildemateriale ble tatt opp. Men i stedet tar forfatteren i kapittel 2 opp det hun kaller »Det etiske grundlag«. Det er et omfattende kapittel som går fra s. 51 til s. 90.

Det er moralfilosofien som her er hovedtema. På denne måten gjør forfatteren et fag utenfor rettsvitenskapen til grunnlag for sin juridiske analyse. På s. 303 uttaler forfatteren til og med at de moralfilosofiske prinsippene »gælder«.

Personlig har jeg stor sans for Immanuel Kant og hans kategoriske imperativer: Menneke må aldri kun behandles som et middel, men alltid som et mål i seg selv.

Spørsmålet er imidlertid hvorfor denne tesen og andre standpunkter som man finner i moralfilosofien (Eng 2005, s. 237 flg.), ikke bare skal være relevante, men være grunnlaget for den juridiske argumentasjonen. Det ser nesten ut som om forfatteren mener at moralfilosofien er superior i forhold til rettsvitenskapen.

De fleste universiteter i Europa forvalter et mangfold av fag og kunnskapsområder. Det er kanskje hundre fag ved Københavns universitet, hvorav rettsvitenskapen og moralfilosofien selvsagt er to viktige og beslektede fag.

Andre fag som er av betydning i forhold til helserett og pasientrettigheter, er biologi, medisin, psykologi, andre helsefag, helseadministrasjon, helseøkonomi, sosialpolitikk og informatikk. Forfatteren gir ikke noen begrunnelse for hvorfor hun har valgt ut moralfilosofien til et eget kapittel innledningsvis i avhandlingen, mens hun stort sett har fortiet andre relevante fag fra naturvitenskap, humaniora og samfunnsvitenskap.

Da den nordiske sosialrettslige forskningen startet for ca. 30 år siden, stod flere danske jurister for en marxistisk rettsteori. De fokuserte på den materielle basis og ikke på den ideologiske overbyggingen. Det ser ut som om denne teoriretningen i Danmark har dødd med disse rettsvitenskapsmennene.

Etter min mening er den materielle virkeligheten viktig for kommunikasjonssystemene i helsesektoren. Det som først og fremst er bestemmende for helseforetakenes drift, er store sykehusbygninger, høyteknologisk medisinsk utstyr, en rekke legemidler og behandlingsmetoder som er utforsket av en avansert medisinsk vitenskap, et stort antall høyt utdannet faglig personell, effektive ledelses- og økonomistyringssystemer, med mer. Her er det ikke mulig å praktisere en streng taushetsplikt hvor det er et en-til-en-forhold mellom den enkelte helsearbeider og den enkelte pasient. Den materielle virkeligheten i de moderne sykehusene har etter min mening ført til at vi har fått en annen taushetsplikt og en annen

kommunikasjonsadferd enn den man kan ha i tilknytning til skriftestolene i de katolske kirkene.

I kapitlene 8 til 16 og i det avsluttende kapittel 17 om konklusjoner framhever forfatteren flere forhold som knytter seg til den materielle virkeligheten i sunnhetsvesenet. Effektivitetsprinsippet og profesjonsprinsippet inngår til og med i det normative grunnmønsteret. Etter min mening ville det gitt en klarere analyse hvis forfatteren hadde beskrevet disse og andre prinsipper samt materielle forhold i sunnhetsvesenet innledningsvis i avhandlingen. Da ville de ha framstått som temaer og faktorer som skulle undersøkes senere i avhandlingen.

5 Grunnverdier av juridisk, politisk og etisk karakter

Forfatteren drøfter 10-12 grunnleggende verdier i avhandlingens kapittel 2. Hun har gått gjennom en omfattende og vanskelig litteratur, og hun viser store kunnskaper og god forståelse. Men jeg synes at hun legger seg for »flat« for moralfilosofien og andre synspunkter fra fag utenfor rettsvitenskapen.

Jeg vil illustrere dette ved å gruppere de grunnprinsippene som hun omtaler, i tre hovedkategorier av prinsipper:

For det første har vi autonomiprinsippet (Hartlev 2005, s. 61-66 og s. 70-71), likhetsprinsippet (Hartlev 2005, s. 69-70) og prinsippet om beskyttelse mot maktmisbruk (Hartlev 2005, s. 77). Her mener jeg at jussen og rettsvitenskapen selv har minst like mye å bidra med som moralfilosofien. Autonomiprinsippet ligger til grunn for hele kontraktsretten, næringslivsrettens regler om aksjeselskap og andre selskapsdannelser, det kommunale selvstyret og suverenitetsprinsippet i statsforfatningsretten. Prinsippene om likhet og vern mot myndighetsmisbruk er helt sentrale prinsipper i den offentlige retten, og de har vært viet stor oppmerksomhet i rettsvitenskapen.

Etter min mening ville det ha vært fruktbart om forfatteren i analysen av pasientrettinghetene i større utstrekning hadde benyttet seg av begreper, teorier, prinsipper og analyser fra rettsvitenskapen.

Den andre kategorien av verdier og prinsipper som behandles i avhandlingens kapittel 2, er de som jeg vil klassifisere som rene politiske verdier. Forfatteren nevner prinsippene om et pluralistisk samfunn, et robust samfunn og en borgervennlig forvaltning (Hartlev 2005, s. 77 og 87).

Hvorvidt det er en fordel med et pluralistisk eller et homogent samfunn, er etter min mening et rent politisk spørsmål. Jeg er vokst opp i et homogent bondesamfunn i Norge, hvor enhetsskolen, den lutherske kirken, hard arbeidsmoral, beskjedne levekår, nesten ingen folkeflytting og lignende var felles plattform for alle. Man kan ikke via moralfilosofiske eller faglige analyser og vurderinger avgjøre om dette var et bedre eller dårligere samfunn å vokse opp i enn et pluralistisk moderne bysamfunn, hvor mennesker med ulike religioner, verdier, kulturbakgrunn, hudfarger og økonomisk situasjon, lever side om side.

Det samme vil jeg si om hensynet til et robust samfunn. Dette er for øvrig et uklart begrep. Hvis det er spørsmål om en sterk stat, er det klart at kommunister og liberalister har ulikt syn. En grunn til at europeerne utvandret til Amerika, var å komme seg bort fra maktutøvelser fra paven, presteskapet, keisere, konger og fyrster.

De fleste av oss vil ha en borgervennlig forvaltning. Men staten krever inn skatter, tvangsinnlegger folk i psykiatriske sykehus, og lar våre fortrolige opplysninger bli videreformidlet til skatteetaten, politiet og andre. I slike tilfeller er det etter min mening bedre med redelighet om at det dreier seg om maktutøvelse, enn med et vennlig smil.

Den tredje hovedkategorien av verdier og prinsipper som forfatteren omtaler, knytter seg til begreper som verdighet, integritet og omsorg. Når det gjelder slike begreper er moralfilosofien på hjemmebane. Problemet er – som forfatteren får klart fram – at det ikke er enighet om hvordan de etiske normene skal forstås og avveies i forhold til hverandre (Hartlev 2005, s. 90).

En siste innvending mot avhandlingens kapittel 2, er at drøftelsene ikke relateres til avhandlingens hovedtema, nemlig fortrolighet. Som illustrasjon vil jeg nevne et interessant eksempel om dvergekasting, som forfatteren benytter. Dette var en folkeforlystelse, hvor dvergene deltok frivillig, og det ga et levebrød for dem. Men det ble forbudt, fordi det av andre (bedrevitende) ble ansett som en krenkelse av deres menneskelige verdighet (Hartlev 2005, s. 83-84). Dette kan vise autonomiprinsippets begrensning, men forfatteren sier ikke noe om hvilken betydning dette eksemplet har i relasjon til fortrolighetsprinsippet.

Så vidt jeg kan se er det i kapittel 2 bare en halv side om fortrolighetsprinsippet (Hartlev 2005, s. 72). Etter min mening burde forfatteren konsekvent ha beskrevet og drøftet forholdet mellom fortrolighetsprinsippet og andre prinsipper som hun i avhandlingens kapittel 2 velger å framheve som verdigrunnlaget.

6 Pasientrettighetenes grunnlag og karakteristik

Dette spørsmålet behandler forfatteren i bokas kapittel 3 som er på over 50 sider. Så vidt jeg kan se er det her bare én side hvor prinsippet om fortrolighet er omtalt (Hartlev 2005, s. 138). Etter min mening framtrer også dette kapitlet som meget generelt i forhold til det som skal være avhandlingens tema, nemlig fortrolighet. Kapitlet ville passet bedre i en lærebok som gjaldt alle pasientrettighetene enn i en avhandling som skal ha fortrolighet som sitt tema.

Forfatteren tar i kapittel 3 opp spørsmålet om pasientrettighetene er av privatrettslig eller offentligrettslig art. Her bygger hun på sontringen til Alf Ross mellom avtaler som inngås mellom private parter ut fra deres *autonomi*, og beslutninger som treffes av offentlige organer ut fra deres *autoritet* (Hartlev 2005, s. 123-125). Konklusjonen er at pasientrettighetene inneholder både privatrettslige og offentligrettslige aspekter (Hartlev 2005, s. 142).

Etter min mening er det mange viktige trekk ved den privatrettslige tenkningen – med dens romerrettslige røtter – som kan benyttes til å beskrive hva fortrolighet er. I Roma hengte man en rose over bordet som en oppfordring til å vise diskresjon – Sub Rosa. I antikken var rosen fortrolighetens og taushetens symbol. Man kunne altså ved konkludent atferd deklare at det her skulle være fortrolighet.

7 Persondatibeskyttelsesrettens grunnlag og karakteristikk

I kapittel 4 reiser forfatteren spørsmålet om man kan ha eiendomsrett til persondata (Hartlev 2005, s. 160-163). Hun viser til omtaler av dette spørsmålet hos Peter Blume, Erik Boe og Ørnulf Rasmussen, og hun framhever at spørsmålet bare er flyktig behandlet i rettsvitenskapelig litteratur (se f. eks. Rasmussen 1997, s. 46).

Det ser ut til at både Blume og forfatteren selv mener at spørsmålet om eiendomsrett kan avhenge av om persondata har økonomisk verdi. Mot dette kan det innvendes at man også har eiendomsrett i familiebilder og andre gjenstander med affeksjonsverdi. Etter min mening kunne det i en avhandling om fortrolighet vært grunner til å gå nærmere inn i spørsmålet om »eiendomsrett« til ens »hemmeligheter«.

På s. 178 presenterer forfatteren OECD's guidelines, som tar sikte på å sikre at personopplysninger skal kunne flyte over landegrensene.

Etter min mening er det store betenkeligheter knyttet til en mer eller mindre fri flyt av helseopplysninger. Dette kan stå i kontrast til fortrolighetsprinsippet – det å tie om opplysninger. Jeg får assosiasjoner til språklæreren Friedrich Wolf, som sa om en av sine elever at han var i stand til å tie på syv språk.²

8 Avhandlingens hovedbegrep

Avhandlingens kapittel 5 heter »Fortrolighed i sundhedssektoren – interesser og utviklingstræk«. Først på s. 199 ser det ut til at vi nærmer oss avhandlingens hovedbegrep – fortrolighet.

Men heller ikke i dette store kapitlet får vi egentlig noen definisjon eller forklaring på hva fortrolighet er. Det hadde vært en fordel om forfatteren klart hadde angitt hovedinnholdet i det fortrolighetsbegrepet som hun benytter seg av når hun analyserer det store materialet som avhandlingen bygger på.

2 Friedrich Wolf (1759-1824) var en tysk filolog som sa dette om sin elev Immanuel Bekker. Det er også noen som mener at teologen Friedrich Schleiermacher er opphavsmann til denne uttalelsen.

Begrepene fortrolig, hemmelig, konfidensiell, taushetsbelagt brukes som regel om samme fenomen. Begrepet fortrolig har vært definert som det »som bare er eller skal være kjent for en innviet krets«. Man betror seg til sin gode venn i en tillitsfull og/eller intim samtale. Begrepet hemmelig er ofte mer restriktivt enn begrepet fortrolig, f.eks. militære hemmeligheter. Konfidensielle opplysninger er meddelelser som konfidenten gir til en annen person og som konfidenten stoler på at denne ikke vil videreformidle. Taushetsplikt er en »plikt til å hemmeligholde visse opplysninger som man har fått« (Se Guttu 2005, s. 227, 296, 400 og 758).

Etter min mening ville det ha vært av interesse om forfatteren av en avhandling om »Fortrolighed« hadde tatt opp disse og andre definisjoner/forklaringer til en nærmere analyse. Er det en kontrakt, en kvasikontrakt, et tillitsforhold eller lignende som er grunnlaget for at pasienten gir fra seg opplysningene om seg selv? Hva med opplysninger som helsearbeideren får ved medisinske undersøkelser og på annen måte? Hvilke forventninger kan man ha til helsearbeidere når det gjelder videreformidling av opplysninger? Hva er et hensiktsmessig kommunikasjonssystem for at helsearbeiderne skal kunne gi forsvarlig helsehjelp og helsevesenet være en effektiv samfunnsinstitusjon? Hvordan bør rettsvitenskapen avveie språklige og juridiske definisjoner mot rettspolitiske og moralfilosofiske vurderinger?

9 Kommunikasjonsstruktur og sensitivitetsgradering

Avhandlingens kapittel 6 heter »Kommunikasjonsstruktur og persondatabelhandling«. Her drøfter forfatteren begrepene pasientopplysninger og persondatabelhandling og flere andre sentrale begreper. Men stort sett framtrer dette som et heterogent kapittel, og det inneholder ingen sammenfatning.

På s. 244-249 tar forfatteren opp et viktig spørsmål om fortrolighet, nemlig klassifisering av opplysninger etter hvor sensitive de er. Et sentralt spørsmål er om man skal bygge på en objektiv vurdering, hvor den alminnelige oppfatning om hva som er følsomt blir avgjørende, eller om man skal legge en subjektiv vurdering til grunn, slik at den enkelte pasients eget syn blir avgjørende.

10 Avhandlingens rettskildegrunnlag

I det store kapitlet 7, som er på 70 sider, tar forfatteren opp »Retsgrundlag – en oversikt«. På s. 261 uttaler hun at formålet er å gi en samlet oversikt over det rettslige materialet som har betydning for pasientenes rettigheter i forhold til pasientopplysninger, herunder å skissere de enkelte rettskildenes innbyrdes relasjon og avgrensning.

Her kommer det altså en redegjørelse for avhandlingens kildemateriale. Men den kommer langt ut i avhandlingen. Når dette kapitlet er ferdigskrevet, har hun tilbakelagt 320

sider. Hun har også bygd på et kildemateriale i alle de foregående kapitlene. Det dreier seg her ikke om oppfatninger uten kildemessig grunnlag!

I kapittel 7 omtaler forfatteren praksis fra pasientklagenemnda og andre organer. Dette er en redegjørelse og drøftelse av et kildemateriale som er av stor interesse. Når det derimot gjelder forfatterens omtale av lovgivningen, har den først og fremst preg av å være en tradisjonell redegjørelse for gjeldende dansk rett, som ikke avviker vesentlig fra Alf Ross' prognoseteori. I sentrum står de to hovedlovene på dette rettsområdet: Pasientrettighetsloven og persondataloven.

På s. 299-300 har forfatteren et petitavsnitt som tar opp EU-direktivet om behandling av personopplysninger. Et viktig spørsmål er om det dreier seg om en totalharmonisering, eller om det enkelte land kan beskytte personopplysninger i større utstrekning enn det som følger av direktivet. Hun viser til at direktivets formål er å fjerne barrierer for den frie utveksling av personopplysninger, og benytter dette som et argument ved fastleggingen av gjeldende dansk rett.

Etter min mening hadde det vært viktigere å påpeke hva dette kan fortelle oss om EUs grunnholdning til spørsmålet om fortrolighet. Det ser ut til at EU-direktivet betrakter personopplysninger på samme måte som varer, kapital, arbeidskraft og tjenester, hvor det skal legges minst mulige hindringer for den frie flyt mellom medlemslandene. Hensynet til fortrolighet prioriteres altså lavt i forhold til EUs ønske om flyt av opplysninger. Som nevnt i punkt 7 står OECD for samme grunnsyn.

11 Avhandlingens spesielle deler

Avhandlingen består av to hoveddeler: I kapittel 1-7 drøfter forfatteren de allmenne og teoretiske spørsmålene. Avhandlingens kapittel 8 til 16 inneholder 450 sider hvor en rekke mer konkrete spørsmål drøftes: Innsamling, registrering og oppbevaring av pasientopplysninger, bruk av opplysninger i forbindelse med medisinsk behandling av pasientene, bruk av opplysninger til forskning, statistikkføring og administrering av helsevesenet, formidling av opplysninger til offentlige myndigheter, utlevering av opplysninger til arbeidsgivere, forsikringsselskaper og andre private virksomheter, pasientenes rett til innsyn i sykejournaler, og retting og sletting av opplysninger.

I kapittel 8 til 16 foretar forfatteren en grundig og verdifull analyse av en lang rekke meget viktige spørsmål. Samtidig er dette det empiriske grunnlaget for de konklusjoner som trekkes i kapittel 17. Her vil jeg ikke gå nærmere inn i avhandlingens spesielle deler, og går derfor direkte over til det siste kapitlet.

12 Avhandlingens konklusjon

Det viktigste og mest spennende spørsmålet er hvordan forfatteren sammenfatter sine omfattende drøftelser, særlig om begrepet fortrolighet.

I kapittel 17 søker hun å identifisere de normative grunnmønstrene som hun har funnet i det normative rommet. Noen av disse mønstrene er relatert til pasientens rettigheter; autonomiprinsippet, prinsippet om respekt for pasienten som person og omsorgsprinsippet. Andre grunnmønstre er relatert til helseetaten; hensynet til effektivitet i sunnhetsvesenet og profesjonsprinsippet/taushetspliktens interkollegiale betydning (Hartlev 2005, s. 794 flg.).

På s. 797 uttaler hun at retten til fortrolighet har en instrumentell karakter, hvor det ikke er fortroligheten i seg selv, men snarere andre hensyn som er målet. De andre hensynene er så vidt grunnleggende at de også kan identifiseres som normative mønstre i rettskildematerialet. Og på s. 808-809 uttaler forfatteren at fortrolighetsprinsippet i realiteten inneholder flere av de øvrige mønstre eller i hvert fall aspekter av disse grunnmønstre.

Dette forstår jeg slik at forfatteren mener at fortrolighetsprinsippet er sekundært og kan utledes av andre og mer grunnleggende verdier i sunnhetsretten, slik som autonomi, verdighet og integritet.

Taushetsplikten er kjent fra de vediske skrifter fra ca. 800 f. Kr. og fra den Hippokratiske legeeden fra ca. 400 f. Kr. (Se NOU 1976: 1 s. 65). Det virker da noe paradoksalt at forfatteren synes å mene at denne plikten kan utledes fra moral-filosofiske prinsipper som klarligvis er mye yngre.

Både på s. 796 og på s. 808 uttaler forfatteren at fortrolighetsprinsippet har karakter av et paraplyprinsipp. Så vidt jeg kan se, forklarer hun ikke sin bruk av paraply som metafor for fortrolighet.

Jeg har slått opp i mitt leksikon for å finne definisjonen på paraply: Det er en skjerm av spiler, overtrukket med stoff og festet til en stang, for å beskytte mot regn. Paraplyen var kjent fra oldtidens kulturfolk, kom til Europa på 1500-tallet, men ble vanlig først i løpet av 1800-tallet (Aschehoug og Gyldendal 1994, s. 656-657).

Vi har vel alle erfart at paraplyen har en viss evne til å holde våre hoder og klær tørre. Men vi må ha en ganske stor paraply og ha en betydelig autonomi når det gjelder å styre den, hvis vi vil holde oss helt tørre. Og hvis regnet blir voldsomt og vinden sterk, gir paraplyen liten eller ingen beskyttelse. Det blir som OECD's guidelines og EU-direktivet: fri flyt.

13 Framtidig reguleringsmodeller for taushetsplikten

I det helt avsluttende avsnittet i avhandlingen reiser forfatteren spørsmålet om en framtidig reguleringsmodell. Hun framhever at det er behov for å imøtekomme pasientens

grunnleggende rettigheter, og hun mener at pasientrettighetsloven er det beste instrument for å regulere dette. Etter 800 sider med fast forankring i kildematerialet, kunne forfatteren på dette stadiet av avhandlingen etter min mening ha sluppet seg noe mer løs og luftet noen dristige forslag til framtidig regulering.

Et viktig spørsmål er om helsevesenet trenger en taushetspliktmodell av den typen som synliggjøres ved skriftestolene i de katolske kirkene?

For å sammenfatte gjeldende rettstilstand har jeg i mine arbeider benyttet begrepene velferdsstatens taushetsplikt og den relativistiske taushetsplikten. Det er et system hvor det av samfunnsmessige grunner er svært mange og omfattende unntak fra taushetsplikten. Det er ikke som i de katolske skriftestolene hvor det er et en-til-en forhold mellom presten og skriftebarnet. Taushetsplikten blir da mer en ideologi enn en realitet (Kjønstad 2000, s. 348-349; Kjønstad 2001, s. 33; Kjønstad 2005, s. 300-301). Prinsippet om fortrolighet gir like bra eller like dårlig beskyttelse mot spredning av personopplysninger som paraplyen gir mot regnet.

Jeg aksepterer at man i et moderne sykehus må ha kommunikasjon mellom de ulike helsearbeiderne, at den medisinske forskningen trenger personopplysninger, at sosialforsikringen ikke kan gi folk penger uten kunnskap om deres sykdommer og liknende. Men dermed er det skapt en taushetsplikt og en lovgivning om personopplysninger som er preget av en rekke interesseavveininger. Velferdsstatens taushetsplikt er en relativistisk taushetsplikt. Etter min mening er denne modellen for fortrolighet bra for velferdsstatens funksjonsdyktighet, men ikke tilfredsstillende i forhold til menneskenes grunnleggende behov.

De reglene og prinsippene som er vokst fram i løpet av de siste hundre årene og som forfatteren beskriver, er nok brukbare ved vanlig medisinsk behandling, og den bør videreføres for normaltilfellene. Men dertil trenger vi etter min mening en kvalifisert fortrolighet, eller en fortrolighet i andre potens. Med det mener jeg et en-til-en-forhold mellom den enkelte pasient og den enkelte helsearbeider, og hvor grunnprinsippet er et *Altum silentium*; en dyp taushet.

Etter min mening er det en iboende og grunnleggende egenskap ved menneskene at man trenger noen å dele tanker, erfaringer, sykdommer, misgjerninger og triumfer med. Tradisjonelt har det vært ektefeller, familiemedlemmer og venner som har fylt denne funksjonen. Mange har også gått til prestene for å få sjelesorg.

Men ekteskap, samliv, familieband og vennskap brytes nå oftere enn tidligere. Den du har betrodd deg til, kan da bruke opplysningene mot deg, og/eller bringe dem videre til nye partnere og venner. Dertil har troen på Gud og prestene avtatt. Da kan man reise spørsmålet om velferdsstaten bør ha egne institusjoner som tilbyr fortrolighet som sitt viktigste »produkt«.

Kan man gjenreise den fortroligheten som John Wolcot³ har kalt »Between you and me and the Bedpost«. Sengestolpen er absolutt taus.

Etter min mening kan man begrunne en rett til kvalifisert fortrolighet – *Altum silentium* – med resonnementer ut fra de grunnleggende privatrettslige begrepene om eiendomsrett og kontrakter som binder partene:

Den enkelte bestemmer selv om han eller hun vil gi fra seg en sensitiv opplysning. Man har disposisjonsrett eller eiendomsrett til sine egne hemmeligheter. Man kan inngå en avtale om å gi fra seg opplysninger, og man kan knytte vilkår til avgivelsen. Jeg forteller om mine sykdomssymptomer til en lege for å få en motytelse – at han stiller en diagnose og gir en adekvat behandling. Jeg må kunne forbeholde meg at disse opplysningene ikke skal gis videre uten at vi reforhandler avtalen. De reglene som Mette Hartlev har beskrevet i boka *Fortrolighet i sundhedsretten*, kan betraktes som deklarasjonelle; de kommer bare til anvendelse når ikke annet er avtalt. Samfunnet kan ikke beslaglegge eller ekspropriere personopplysninger uten å gi full erstatning på en eller annen måte.

Forfatteren legger liten vekt på den privatrettslige tenkningen i sin avhandling. Tvert imot framhever hun for eksempel hensynet til et pluralistisk og robust samfunn og til en borgervennlig forvaltning, se punkt 5 foran. Etter min mening er de privatrettslige begrepene og prinsippene viktige ved analysen av noe så privat som fortrolighet. Det gjelder i alle fall for den kvalifiserte taushetsplikten – en fortrolighet i andre potens – som bør reserveres for spesielle situasjoner eller i spesielle institusjoner.

Til slutt vil jeg understreke at de kritiske bemerkningene og spørsmålene som jeg har tatt opp i denne anmeldelsen, ikke må overskygge at vi står overfor en både grundig og viktig avhandling. Det sunnhets- og sosialrettslige miljøet i Norden er relativt ungt, og den foreliggende avhandling er et vesentlig bidrag til utviklingen av denne store og ekspansive delen av rettsvitenskapen. Mette Hartlev har vist at hun er en viktig vitenskapskvinne innen sunnhets- og sosialretten.

Referanser

Aschehoug og Gyldendal. *Store norske leksikon*, Bind 10, Oslo, 1994.

Eng, Svein. *Rettsfilosofi*, Oslo, 2005.

Guttu, Tor (red.). *Aschehoug og Gyldendals store norske ordbok*, Oslo, 2005.

Graver, Hans Petter. *Rettsretorikk – en metodelære*, Oslo, 2007.

Habermas, Jürgen. *Kraften i de bedre argumenter*, Oslo 1999 (Ti utvalgte artikler med innledning av Ragnvald Kalleberg).

Hartlev, Mette. *Fortrolighet i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv*, København, 2005.

3 John Wolcot (1738-1819) var en britisk lege og forfatter som skrev bitende og vittige satirer under pseudonymet Peter Pindar.

- Kjønstad, Asbjørn. »Sosialarbeidernes taushetsplikt«, i Kjønstad, Bernt, Kjellevold og Hove. *Sosial trygghet og rettsikkerhet*, Bergen, 2000.
- Kjønstad, Asbjørn. *Taushetsplikt om barn*, Oslo, 2001.
- Kjønstad, Asbjørn. »Rettskapende virksomhet, velferdstjenesten og pasientrettigheter«, s. 385-386, *Lov og Rett* 2004.
- Kjønstad, Asbjørn. *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettstilling*, Oslo 2005.
- NOU 1976: 1 *Legers og tannlegers rettigheter og plikter*.
- Rasmussen, Ørnulf. *Kommunikasjonsrett og taushetsplikt*, Ålesund 1997.