

Selvbestemmelse og samtykkekompetence for mindreårige i forhold til sundhedsfaglig behandling

Self-determination and Consent to Health Care Treatment in Relation to Minors

af DITTE MARIE NIELSEN

Afhandlingen omhandler mindreåriges rettigheder i forhold til sundhedsfaglig behandling, og behandler reglerne om informeret samtykke og selvbestemmelse i forhold til denne gruppe af patienter. Afhandlingen er delt op i to dele, hvoraf den første del behandler retsstillingen for børn under 15 år, og den anden del omhandler unge over 15 år.

Børn under 15 år kan ikke selv samtykke til behandling jf. sundhedslovens § 17, stk. 1, modsætningsvist, og dermed falder man tilbage på det almindelige udgangspunkt i forældreansvarslovens § 2, stk. 1, om at det er forældremyndighedsindehaveren, der kan handle på barnets vegne. Såfremt der er delt forældremyndighed mellem forældrene, skal der som udgangspunkt være enighed mellem forældrene i forhold til væsentlige beslutninger, der vedrører barnet jf. forældremyndighedslovens § 3, stk. 1, 1. pkt, og dette gælder også i forhold til sundhedsfaglig behandling. Afhandlingen behandler situationen, hvor forældremyndighedsindehaverne er uenige om samtykke til behandling, og spørgsmålet om hvordan sundhedspersonalet skal forholde sig i denne situation. På samme vis behandles situationen, hvor barnet møder op til behandling med kun den ene forældremyndighedsindehaveren eller med en forælder, der ikke har del i forældremyndigheden, og dermed ikke kan handle på barnets vegne. Her kan der være en undersøgelsespligt for sundhedspersonalet.

Selvom barnet ikke kan samtykke til behandling, er der alligevel en pligt til at inddrage og informere barnet jf. sundhedslovens § 20, såfremt dette giver mening og ikke skader barnet.

Afhandlingen behandler desuden spørgsmålet om, der findes en hjemmel for magtanvendelse over for barnet, såfremt dette ikke ønsker at medvirke til behandling, og yder modstand imod denne. Der er uenighed i teorien herom, og retstilstanden er uklar, hvilket må anses som værende uhensigtsmæssigt, når der er tale om et indgreb i barnets person og frihed.

Anden del af afhandlingen omhandler unge patienter over 15 år, der selv kan samtykke til behandling jf. sundhedslovens § 17, stk. 1. Forældremyndighedsindehaveren skal dog tillige have information og inddrages i den unges stillingtagen jf. sundhedslovens § 17, stk. 1, og afhandlingen undersøger, hvorvidt dette er gældende i alle situationer.

Udgangspunktet i sundhedslovens § 17, stk. 1, er fraveget i bestemmelsens stk. 2, hvor den unge patient kan få frataget sin samtykkekompetence, såfremt den ansvarlige sundhedsperson efter en individuel vurdering skønner, at den unge ikke er i stand til at forstå konsekvenserne af sin stillingtagen. I så fald gælder det almindelige udgangspunkt om, at det er forældremyndighedsindehaveren, der kan samtykke på den mindreåriges vegne. Der findes ikke megen litteratur eller nogen praksis om sundhedslovens § 17, stk. 2, og afhandlingen undersøger, hvem denne bestemmelse kan være rettet imod og hvordan vurderingen af den unges kompetencer skal foretages. Ligeledes behandles situationen, hvor den unge ikke ønsker at deltage i behandlingen og yder fysisk modstand herimod og om der i så fald er hjemmel til at overvinde denne modstand med magt.

Endelig behandles den unges klageadgang.

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Indledning.....	3
1.2. Problemformulering	4
1.3. Metode.....	4
1.4. Afgrænsning	4
1.5. Begrebsafklaring.....	4
2. Informeret samtykke.....	5
3. Informeret samtykke ved børn under 15 år.....	6
3.1. Fælles forældremyndighed og beslutninger.....	6
3.1.1. Forældremyndighedsindehaverne er uenige om samtykke til behandling.....	7
3.1.2. Uenighed om ikke-væsentlige beslutninger.....	7
3.1.3. Uenighed om væsentlige beslutninger.....	8
3.2. Orienteringsret for forældre uden del i forældremyndigheden.....	9
3.3. Barnet møder op til behandling med kun den ene forældremyndighedsindehaver	10
3.4. Barnet møder op til behandling med en forælder, der ikke har del i forældremyndigheden.....	11
3.5. Barnet møder op til behandling med andre end forældrene.....	12
3.6. Øjeblikkeligt behandlingsbehov jf. SL § 19.....	12
3.7. Inddragelse af barnet	12
3.8. Magtanvendelse	14
4. Informeret samtykke ved unge over 15 år.....	17
4.1. Hvor meget information skal forældremyndighedsindehaveren have efter SL § 17, stk. 1	18
4.2. Situationer hvor forældremyndighedsindehaveren ikke skal informeres	20
4.3. Umodne unge patienter over 15 år	21
4.3.1. Hvilke unge patienter er SL § 17, stk. 2, rettet imod?.....	21
4.3.2. Vurderingen af om den unge patients kompetencer	23
4.3.3. Hvis den unge patient træffer uhensigtsmæssige beslutninger.....	25
4.3.4. Hvis den unge får frataget sin samtykkekompetence, herunder magtanvendelse og inddragelse ..	25
4.3.5. Klageadgang	27
5. Konklusion og opsamling.....	28
Litteraturfortegnelse	30

Abstract

This thesis analyzes the question of who can act on the behalf of minors in relation to health care treatment. A child below the age of 15 can not consent to medical treatment, and therefore it is the custody holder, who consents on behalf of the child. If the custody is shared between the parents, they have to agree to certain decisions regarding the child. Even though the child can not consent, there is still an obligation to inform and involve the child, if this is meaningful. The health care regulation does not deal with the question of using physical force against the child, if the child does not want to participate in the treatment. There may be a legal basis for the use of force in the Parental Act, but there is a need of a clear legal basis or at least some guidelines.

Besides the children below the age of 15, this thesis also analyzes the question of consent to medical treatment in relation to minors above the age of 15. A patient above this age, can act on his own behalf and therefore consent to medical treatment. The patient is however still under custody, and therefore the custody holder is entitled to be involved in the process and to get information. However there are exceptions to this. If the young patient is not capable of understanding the consequences of his decisions, the medical professional has an opportunity to set aside the patients self – determination, and the power to give consent falls back on the parents. It is however unclear how this evaluation takes place and the legal position is too unclear. This also applies to question of whether or not there is a legal basis of using physical force, if the patient does not want to participate in the treatment. The legal status of a patient above the age of 15 is in general weak, and needs more focus and guidelines and/or regulation.

1. Indledning

Igennem de senere år har der været en tendens til at tildele mindreårige flere og flere selvstændige rettigheder, og der er således kommet mere fokus på mindreårige som et selvstændigt individ. Samtidig har mindreårige stadig et behov for omsorg og støtte, i hvert fald indtil de når myndighedsalderen. Dette spænd mellem at være et selvstændigt individ og behovet for omsorg og støtte bliver tydelig, når der er tale om sundhedsfaglig behandling af mindreårige. Hvis den mindreåriges helbred ikke varetages hensigtsmæssigt, kan dette have alvorlige og langvarige konsekvenser. Desuden kan der blive tale om indgreb i den mindreåriges frihed og integritet, hvis den mindreårige ikke ønsker behandling og yder modstand mod denne. Det er således interessant at undersøge, hvem der bestemmer i forholdet mellem den mindreårige og forældremyndighedsindehaveren og ift. de valg der skal træffes i forbindelse med den mindreåriges helbred. Det er heller ikke utænkeligt, at forældrene er uenige om hvordan den mindreåriges helbred varetages bedst, og spørgsmålet om hvem der bestemmer her, er således også relevant. Der er ligeledes også en tredje aktør inde i billedet i form af sundhedspersonalet, hvilket kan komplicere billedet. Endvidere har forældremyndighedsindehaveren omsorgspligt over for den mindreårige indtil myndighedsalderen, og dermed kan de offentlige myndigheder også komme til at spille en rolle, såfremt denne omsorgspligt ikke opfyldes. Der er således flere aktører og konkurrerende interesser at tage hensyn til.

Det er interessant, at unge fra 15 år selv kan samtykke til behandling, selvom de stadig er under forældremyndighed, og dermed i princippet selv råde over deres helbred ved både at kunne samtykke til behandling og tillige kunne afvise behandling. Herved er den unges selvbestemmelse styrket, men pga. den unge stadig er umyndig, kan dette resultere i rettighedskonflikter, da forældremyndighedsindehaveren stadig skal informeres og inddrages. Selvom den unge således har selvbestemmelse, er det dog ikke alle unge, der har kompetencerne til at håndtere denne selvbestemmelse. Det er endvidere interessant at undersøge, hvordan den unges retssikkerhed er i forskellige situationer, hvor der fx er uenighed mellem forældremyndighedsindehaveren og den unge, og om den unge er fri til at forvalte sin selvbestemmelse helt uden indblanding.

Min motivation for at undersøge dette område, er at emnet berører tre retlige områder, som jeg finder interessante; børneret, sundhedsret og socialret, og endvidere er der flere uklare problemstillinger, specielt i forhold til de unge over 15 år, som kunne være interessante at undersøge nærmere.

1.2. Problemformulering

Børn under 15 år

Jeg vil gerne undersøge, hvem der giver informeret samtykke på barnets vegne, herunder retstilstanden hvis der er fælles forældremyndighed og såfremt kun den ene forælder har forældremyndigheden over barnet. Endvidere vil jeg gerne undersøge, hvornår der skal ske inddragelse af barnet, og endelig om der kan anvendes magt over for barnet, såfremt barnet yder fysisk modstand mod behandlingen.

Unge over 15 år

Jeg vil gerne undersøge anvendelsesområdet for sundhedslovens¹ (SL) § 17. Først fremmest vil jeg gerne undersøge, hvilke rettigheder den mindreårige patient har efter SL § 17, stk. 1, og hvordan den mindreåriges samtykkekompetence efter SL § 17, stk. 1, fungerer sammen med det faktum, at den mindreårige stadig er under forældremyndighed efter forældreansvarsloven og at forældremyndighedsindehaveren dermed stadig har en omsorgspligt for den mindreårige. Dernæst vil jeg gerne se på hvilken rolle servicelovens² (SEL) § 63 spiller i forhold til SL § 17. Ligeledes vil jeg gerne undersøge SL § 17, stk. 2, og se på hvornår denne bestemmelse kan anvendes, og i så fald om der er hjemmel til magtanvendelse i bestemmelsen. Endelig vil jeg undersøge, hvordan den unges retssikkerhed er efter SL § 17, stk. 2.

1.3. Metode

Til besvarelsen af specialets problemstillinger vil jeg anvende den retsdogmatiske metode, og herved beskrive, analysere og fortolke gældende ret. Dette betyder også en systematisk fremstilling af gældende ret ved at inddrage praksis, og derved fremdrage og analysere de hensyn som de retsanvendende myndigheder benytter.³ I dette speciale har den relevante praksis været fra sundhedsvæsenets klageorganer.

Jeg har desuden enkelte steder anvendt norsk ret som sammenligningsgrundlag og for at vise eksempler på mulige alternativer. Jeg har ikke foretaget en udtømmende gennemgang af norsk ret, og jeg har således anvendt den komparativt analytiske metode, hvor man sammenligner enkelte landes holdninger på konkrete områder, for at finde ligheder og forskelligheder.⁴ Det er oplagt at bruge norsk ret som sammenligningsgrundlag, da Norge, modsat Danmark, har inkorporeret Børnekonventionen⁵ (BK) i national ret og dermed retligt forpligtet til at følge denne. Børnekonventionen har tillige forrang for national ret.⁶

Da retsstillingen på flere områder er uklar, specielt i forhold til unge over 15 år, har jeg endvidere anvendt den retspolitiske metode for at give forslag til ændringer, der kunne ændre på dette.

1.4. Afgrænsning

Specialet omhandler primært mindreårige patienter, der hører under sundhedslovens område, og jeg har dermed ikke behandlet retsstillingen for mindreårige psykiatriske patienter, der hører under psykiatrilovens⁷ (PL) område.

1.5. Begrebsafklaring

Jeg vil anvende betegnelsen *barn*, når jeg taler om patienter under 15 år, og betegnelsen *ung*, når jeg taler om patienter over 15 år. Endvidere vil jeg bruge betegnelsen *mindreårige*, når jeg taler om aldersgruppen mellem 0-18 år.

¹ Lovbekendtgørelse nr. 1188 af 24/09/2016

² Lovbekendtgørelse nr. 1270 af 24/10/2016, lov om social service

³ Jens Evald og Sten Schaumburg – Müller: "Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære" 1. udgave, 2004, s. 212 og s. 226

⁴ Jens Evald og Sten Schaumburg – Müller: "Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære" 1. udgave, 2004, s. 211

⁵ FN's konvention af 20. november 1989 om Barnets Rettigheder

⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) af 05/09/14 jf. § 2, nr. 4 jf. § 3.

⁷ Bekendtgørelse af lov nr. 1160 af 29/09/2015 om anvendelse af tvang i psykiatrien

Jeg anvender begrebet *sundhedsperson*, som det defineres i SL § 6, hvoraf det følger, at der er tale om personer, der autoriserede i henhold til særlig lovgivning til at varetage sundhedsfaglige opgaver og personer, der handler på disses ansvar.

Endvidere anvender jeg begrebet *behandling*, som det er defineret i SL § 5, hvor det fremgår, at behandling omfatter undersøgelse, diagnosticering, sygdomsbehandling, sundhedspleje mv.

2. Informeret samtykke

Inden for sundhedsretten er det et grundlæggende princip, at patienten selv bestemmer om vedkommende ønsker at modtage behandling, og dette grundlæggende princip hviler på patientens selvbestemmelsesret og respekten for individets værdighed og ukrænkelighed⁸

Dette er bl.a. udtrykt i SL § 2, hvoraf det fremgår, at loven fastsætter kravene til sundhedsvæsenet med henblik på at sikre respekt for det enkelte menneske, dets integritet og selvbestemmelse.

Selvbestemmelsesretten kommer ligeledes til udtryk i SL § 15, stk. 1, hvor det fremgår, at ingen behandling må indledes eller fortsættes uden patientens informerede samtykke, medmindre andet følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov eller af §§ 17-19. Dermed er udgangspunktet, at der ikke kan ske behandling, hvis der ikke foreligger et gyldigt samtykke, og der vil efter sundhedslovens forstand være tale om tvang, hvis der alligevel indledes behandling og der ikke foreligger et øjeblikkeligt behandlingsbehov efter SL § 19.⁹ Som det fremgår af SL § 15, stk. 1, kan andet dog følge af lov, hvor der således kan være hjemmel til at gennemføre en behandling med tvang. En sådan hjemmel findes i epidemiloven¹⁰, psykiatriloven og efter SL §§ 141 c-g om tilbageholdelse af gravide alkoholmisbrugere.

For at et patientsamtykke er gyldigt efter sundhedsloven, skal det tillige være et informeret samtykke, som det fremgår af SL § 15, stk. 1, hvorefter det uddybes i stk. 3, at der ved et informeret samtykke forstås et samtykke, der er givet på grundlag af fyldestgørende information fra sundhedspersonens side, jf. samme lovs § 16, stk. 1. Af denne bestemmelse fremgår det, at patienten har ret til at få information om sin helbredsstatus og om behandlingsmulighederne, herunder om risiko for komplikationer og bivirkninger. Dette præciseres yderligere i SL § 16, stk. 4, hvor det fremgår, at informationen skal omfatte oplysninger om relevante forebyggelses-, behandlings- og plejemuligheder, herunder oplysninger om andre, lægefagligt forsvarlige behandlingsmuligheder, samt oplysninger om konsekvenserne af, at der ingen behandling iværksættes. Desuden skal informationen tillige omfatte oplysninger om mulige konsekvenser for behandlingsmuligheder, herunder risiko for komplikationer og bivirkninger, hvis patienten frabeder sig videregivelse eller indhentning af helbredsoplysninger mv. jf. SL § 16, stk. 4, 2.pkt. Informationen skal desuden være mere omfattende, når behandlingen medfører nærliggende risiko for alvorlige komplikationer og bivirkninger jf. SL § 16, stk. 4, 3. pkt.

Et samtykke til behandling skal knytte sig til en konkret behandling, og gives i forbindelse med en aktuel sygdomssituation, og såfremt der fremkommer nye oplysninger eller sker ændringer i behandlingsplanen, skal der indhentes fornyet samtykke jf. bekendtgørelse nr. 665 § 3, stk. 1, og stk. 2.¹¹

Da patienten selv bestemmer om vedkommende ønsker behandling, følger det så således også naturligt heraf, når det fremgår af bekendtgørelse nr. 665 § 2, stk. 1, at et samtykke til behandling skal være frivilligt.¹²

Ligeledes har patienten også ret til at frabede sig informationen efter SL § 16, stk. 1, jf. § 16, stk. 2, og patienten har således ret til at holde sig i uvidenhed om behandling mv. Selvom patienten frabeder sig information, betegnes dette alligevel som et informeret samtykke, da patienten har truffet et bevidst valg ift. informationen.

⁸ Helle Bødker Madsen: "Sundhedsret" 3. udgave, 2014, s. 181

⁹ Helle Bødker Madsen: "Sundhedsret" 3. udgave, 2014, s. 411

¹⁰ Bekendtgørelse af lov nr. 814 af 27/08/2009 om foranstaltninger mod smitsomme og andre overførbare sygdomme

¹¹ Bekendtgørelse nr. 665 af 14/09/1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv.

¹² Bekendtgørelse nr. 665 af 14/09/1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv.

Det er dog udelukkende op til patienten at foretage dette valg, og den pågældende sundhedsperson kan dermed ikke tilbageholde oplysninger over for patienten, hvis denne ikke har frabedt sig information.¹³ Dette følger ligeledes af sag nr. 0233819 fra det tidligere Patientklagenævn, hvor nævnet udtalte kritik af en praktiserende læge for ikke at have oplyst en patient om et prøvesvar med en unormal værdi, da lægen var i tvivl om patienten ønskede at kende svaret på prøven. Nævnet fandt, at lægen burde have henvendt sig til patienten for at høre om denne ønskede at kende resultatet på prøven, og herefter have fulgt patientens ønske.

Samtykke til behandling skal gives af en patient, der er fyldt 15 år jf. SL § 17, stk. 1, og patienten skal være i stand til at overskue konsekvenserne af sine handlinger jf. bekendtgørelse nr. 665, § 1, stk. 2.¹⁴ For patienter, der ikke selv kan varetage deres interesser, indtræder de legale repræsentanter i patientens rettigheder jf. SL § 14, og dermed kan de legale repræsentanter samtykke på patientens vegne. For patienter, der varigt mangler evnen til at give informeret samtykke, kan de nærmeste pårørende give informeret samtykke til behandling eller såfremt patienten er under værgemål, kan værgeren meddele samtykke jf. SL § 18, stk. 1.

3. Informeret samtykke ved børn under 15 år

Børn og unge under 18 år er under forældremyndighed, medmindre de har indgået ægteskab jf. forældreansvarslovens¹⁵ (FOL) § 1. Dermed er det forældremyndighedsindehaveren, der kan træffe afgørelse om barnets personlige forhold jf. FOL § 2, stk. 1, og forældremyndighedsindehaveren har dermed en handleret på barnets vegne. Det fremgår modsætningsvist af SL § 17, stk. 1, at børn under 15 år ikke selv kan samtykke til behandling, og dermed falder man tilbage på almindelige udgangspunkt i FOL § 2, stk. 1, således at det er forældremyndighedsindehaveren, der kan samtykke til behandling og modtage information på barnets vegne. Forældremyndighedsindehaveren har tillige en omsorgspligt over for barnet jf. FOL § 2, stk. 1. Forældremyndighedsindehaveren er således forpligtet til at drage omsorg for barnet, og i forhold til sundhedsfaglig behandling betyder dette, at forældremyndighedsindehaveren er forpligtet til at sørge for at barnet får nødvendig behandling, hvis der foreligger et behandlingsbehov.

Det fremgår også af SL § 14, at for den patient, som ikke selv kan varetage sine interesser, indtræder den eller de personer, som efter lovgivningen er berettiget hertil, i patientens rettigheder efter SL §§ 15-51 i det omfang det er nødvendigt for at varetage patientens rettigheder.

3.1. Fælles forældremyndighed og beslutninger

Såfremt der er fælles forældremyndighed, følger det generelt af FOL § 3, stk. 1, 1. pkt., at væsentlige beslutninger vedrørende barnets forhold kræver enighed mellem forældrene, hvor det deraf modsætningsvist må følge, at ikke-væsentlige beslutninger ikke kræver enighed mellem forældrene og kan træffes af den ene forælder. Visse forhold som må betragtes så indgribende for barnet, at begge forældre skal være enige herom.¹⁶ I forhold til sundhedsfaglig behandling betyder dette efter forarbejderne til forældreansvarsloven, at mindre medicinske indgreb, almindelige lægelige undersøgelser og mild medicinering kan ske med samtykke fra den ene forældremyndighedsindehaver, mens beslutninger om større kirurgiske indgreb, undersøgelser, der kræver ikke ubetydelige legemsindgreb og behandling med kraftig medicin kræver derimod samtykke fra begge forældremyndighedsindehavere.¹⁷

Det må ud fra beskrivelsen i forarbejderne om hvad ”væsentlige beslutninger” dækker over, antages, at størstedelen af de behandlinger som børn uden alvorlig sygdom kommer ud for, er ikke-væsentlige.¹⁸

¹³ FT 1997-98 A, 2. samling s.525

¹⁴ Bekendtgørelse nr. 665 af 14/09/1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv.

¹⁵ Lovbekendtgørelse nr. 1820 af 23/12/2015 med senere ændringer

¹⁶ FT 2006-07 A, s. 4481

¹⁷ FT 2006-07 A, s.4441

¹⁸ Caroline Adolphsen: ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” 1. udgave, 2013, s. 89. I det følgende alene anført som ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling”

Såfremt forældrene ikke bor sammen, men har fælles forældremyndighed, har bopælsforælderen efter FOL § 3, stk. 1, 2. pkt. en særlig hjemmel til at træffe afgørelse om overordnede forhold i barnets liv. Når det fremgår af FOL § 3, stk. 1, 1. pkt., at væsentlige beslutninger kræver enighed mellem forældrene, må det være således, at bopælsforælderen, uden samtykke fra den anden forældremyndighedsindehaver, alene kan træffe beslutninger om overordnede, ikke- væsentlige beslutninger. Bopælsforælderen har således adgang til at træffe beslutning om spørgsmål af mere dagligdags karakter, og kan efter forarbejderne fx beslutte om barnet skal gå til skolepsykolog.¹⁹

Hvornår en beslutning vedrørende barnets helbred er væsentlig i FOL § 3, stk. 1, 1. pkt.'s forstand, er i udgangspunktet en konkret sundhedsfaglig vurdering, der skal foretages af den behandlingsansvarlige sundhedsperson, der efter SL § 21, nr. 1, har ansvaret for, at der er indhentet et informeret samtykke på barnets vegne.²⁰ Det må således i det enkelte tilfælde vurderes, om der er tale om en væsentlig beslutning, hvor det er nødvendigt med samtykke fra begge forældremyndighedsindehavere.

Kravet om at væsentlige beslutninger kræver samtykke fra begge forældremyndighedsindehavere kan illustreres med sag nr. 1187803 fra Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn, der drejede sig om et psykoterapeutisk forløb hos en psykolog, herunder kognitiv adfærdsterapi, omhandlende en 13-årig dreng med symptomer på OCD i middelsvær grad. Der var fælles forældremyndighed, og begge forældre havde 3 år tidligere begge samtykket til behandling, men i forbindelse med det nye forløb var der ikke indhentet samtykke fra faren til behandling. Nævnet fandt, at behandlingen ikke var af dagligdags karakter, og dermed var der tale om en væsentlig beslutning, der krævede samtykke fra begge forældremyndighedsindehavere. Det var ikke tilstrækkeligt med samtykket, der var indhentet tidligere, da samtykket efter SL § 15, stk. 1, skal være aktuelt. Nævnet udtalte derfor kritik af psykologens manglende indhentning af samtykke hos begge forældremyndighedsindehavere. Nævnet giver ligeledes udtryk for, at vurderingen af hvorvidt der er tale om en væsentlig beslutning, er en konkret sundhedsfaglig vurdering. Det fremgår ligeledes af afgørelsen, at nævnet antager, at der for så vidt angår psykologiske eller psykiatriske behandlinger og spørgsmålet om inddragelse af forældrene, så gælder de samme retningslinjer som er gældende ved somatisk behandling, således at der skal foretages en konkret vurdering.

3.1.1. Forældremyndighedsindehaverne er uenige om samtykke til behandling

3.1.2. Uenighed om ikke-væsentlige beslutninger

Hvis forældremyndighedsindehaverne er uenige om ikke-væsentlige beslutninger, er det uklart ud fra forældreansvarslovens ordlyd og forarbejder, om den ene forældremyndighedsindehaver stadig kan træffe beslutning, som det er gældende, hvis den anden forældremyndighedsindehaver ikke havde modsat sig. Dermed er det også uklart, om der foreligger et gyldigt samtykke til behandling, hvis den ene forældremyndighedsindehaver modsætter sig.

I disse situationer må man sondre imellem samlevende forældre og forældre, der bor hver for sig, da formålet med, at barnet har en bopælsforælder, er at undgå at der opstår konflikter omkring barnets dagligdag, som følge af at begge forældre vil træffe beslutninger om overordnede ting i barnets liv.²¹ Bopælsforælderen har netop en kompetence til at træffe beslutninger om overordnede forhold omkring barnets daglige liv på egen hånd, og bopælsforælderen holdning må således veje tungest i disse konflikter og uenigheder omkring behandling.²² Dermed har bopælsforælderen i disse situationer det sidste ord.

Situationen er en anden, hvor forældrene er samlevende, og dermed har de samme kompetencer i forhold til barnet. Hvis de uenige forældre begge er til stede sammen med barnet i behandlingssituationen, og er den

¹⁹ FT 2006-07 A, s. 4481

²⁰ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 86

²¹ FT 2006-07 A, s. 4481 og "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 89

²² "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 89

ansvarlige sundhedsperson klar over denne uenighed, vil sundhedspersonen ikke have ret til at igangsætte behandling efter den ene forælders ønske, selvom der er et sundhedsfagligt behov herfor.²³

Træffer den ene forælder en beslutning, som den anden er uenig i eller bliver der fx ikke indledt behandling eller undersøgelse som følge af uenigheden, er der ikke mulighed for at indbringe sådanne tvister for nogen myndighed, men der er dog mulighed for at forsøge at løse konflikten ved møder i Statsforvaltningen, herunder børnesagkyndig rådgivning eller konfliktmægling efter FOL § 32.²⁴

Efter indførelsen af forældreansvarsloven er det almindelige udgangspunkt, at det ikke længere kræves at forældrene er enige om samtlige spørgsmål vedrørende barnet for at opretholde den fælles forældremyndighed, og såfremt der er uenighed om enkelte væsentlige forhold vedrørende barnet, vil dette ikke kunne føre til en ophævelse af den fælles forældremyndighed.²⁵ Efter FOL § 11 kan retten kun ophæve den fælles forældremyndighed, hvis der er holdepunkter for at antage, at forældrene ikke kan samarbejde om barnets forhold til barnets bedste.

Den uenige forælders muligheder for at ændre på situationen er således, at vedkommende kan bede om børnesagkyndig rådgivning eller konfliktmægling efter FOL § 32 eller i yderste konsekvens søge om at blive bopælsforælder jf. FOL § 31, stk. 1.

3.1.3. Uenighed om væsentlige beslutninger

Hvis der er uenighed mellem forældremyndighedsindehaverne om en væsentlig beslutning vedrørende behandling, der kræver samtykke fra begge forældremyndighedsindehavere, foreligger der ikke det fornødne samtykke til behandling jf. SL § 15, stk. 1, og behandlingen kan ikke indledes. Hvis barnet lider af en livstruende sygdom eller en sygdom, der udsætter barnet for en betydelig og varig nedsat funktionsevne, og forældremyndighedsindehaverne ikke vil samtykke til behandling, følger det af SEL § 63, stk. 1 og 2, at børne- og ungeudvalget i den pågældende kommune, kan træffe afgørelse om at gennemføre behandling uden samtykke fra forældremyndighedsindehaverne. Hvorvidt en sygdom er livstruende eller udsætter barnet for en betydelig og varig nedsat funktionsevne, er en lægefaglig vurdering i det konkrete tilfælde, og kræver desuden tilslutning fra den behandlingsansvarlige læge.²⁶

Hvis kriterierne efter SEL § 63, stk. 1-2, ikke er opfyldt, kan der således ikke indledes behandling, og barnet må derfor tåle et forringet helbred som følge af forældrenes uenighed. Hvis der er tale om en situation hvor barnets tarv generelt ikke varetages, kan der dog i stedet blive tale om iværksættelse af andre foranstaltninger efter serviceloven.²⁷

Som nævnt ovenfor, er der mulighed for at forsøge at løse uenighederne ved møder i Statsforvaltningen jf. FOL § 32, men dette er ikke altid en brugbar løsning, hvis barnet har brug for behandlingen inden for en overskuelig tidshorison, og der er ikke nogen garanti for, at forældremyndighedsindehaverne nogensinde når til enighed om den konkrete behandling. For barnet kan dette ikke anses som værende bedste løsning, da barnet må tåle at undvære behandling eller evt. vente på behandling til forældremyndighedsindehaverne er blevet enige om hvad der skal ske. Retsstillingen synes heller ikke, at være på linje med BK art. 3, stk. 1, hvoraf det fremgår, at hensynet til barnets tarv er et hovedhensyn, der skal være tungtvejende grunde til at tilsidesætte.²⁸ Med den nuværende retsstilling kommer hensynet til forældremyndighedsindehaverne til at veje tungere, da det er tydeligt at det er barnet, der kommer til at lide under forældremyndighedsindehavernes uenighed.

²³ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 89

²⁴ FT 2006-07 A, s. 4442 og 4482

²⁵ FT 2006-07 A, s. 4482

²⁶ FT 1991-92 A, s. 4877

²⁷ Vejledning nr. 11 af 15/02/2011 om særlig støtte til børn og unge og deres familier, pkt. 360

²⁸ Modsat den danske udgave af børnekonvention fremgår det af den engelske originaltekst, at barnets tarv skal være: ”a primary consideration” hvilket indikerer, at hensynet til barnet er et tungtvejende hensyn, men at der ligeledes kan være andre tungtvejende hensyn, der evt. kunne veje tungere end hensynet til barnet. Der henvises til den engelske tekst på <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Hvis der er tale om en situation, hvor forældremyndighedsindehaveren generelt ikke varetager barnets tarv og sørger for behandling, kan der dog blive tale om foranstaltninger fra de sociale myndigheder, som kan munde ud i en anbringelse uden for hjemmet i sidste ende.²⁹

I norsk ret har man forsøgt at løse problemet med de uenige forældremyndighedsindehavere, da man har indsat en bestemmelse i pasient- og brugerrettighedslovens³⁰ (PRL) § 4-4, første led, litra b, således at det er muligt at igangsætte behandling, såfremt den ene forældremyndighedsindehaver positivt samtykker, samtidig med at kvalificeret sundhedspersonale mener, at behandlingen er nødvendig for, at barnet ikke tager skade. Begge forældremyndighedsindehavere skal inden behandlingen høres, og der er ligeledes klageadgang.

Denne regel kunne, såfremt noget lignende indføres i Danmark, sikre den bedst mulige behandling af barnet og undgå, at barnet i nogle tilfælde må undvære behandling pga. uenighed mellem forældremyndighedsindehaverne. Reglen ville i så fald kunne løse problemet med de tilfælde, der ikke er alvorlige nok til at komme under SEL § 63. En bestemmelse, som den norske, vil dog kunne skabe et retssikkerhedsmæssigt problem for den forælder, der ikke er enig i behandling og ikke ønsker at samtykke til denne, da vedkommende således må se sin samtykkekompetence tilsidesat. Ligeledes vil det også bryde det grundlæggende princip (med få undtagelser – se ovenfor) om, at behandling ikke kan indledes uden samtykke fra den samtykkekompetente person, da der i dette tilfælde er to samtykkekompetente personer. Dette kan dog opvejes ved det faktum, at der trods alt er én samtykkekompetent person, der har samtykket til behandlingen på barnets vegne. Det kunne overvejes, at indføre et krav om at en anden sundhedsperson, der har faglig indsigt på området, og som ikke tidligere har deltaget i behandlingen, giver sin tilslutning til behandling, således at afgørelsen bliver mere objektiv. Denne konstellation findes allerede i SL § 18, stk. 2, der handler om behandling af varigt inhabile.³¹ Dette kunne også være med til at sikre den anden forældremyndighedsindehavers retssikkerhed, da der således er en udenforstående, der skal tilslutte sig behandlingen, og man kunne dermed undgå risikoen ved at en enkelt sundhedsperson kunne blive påvirket af den ene forældremyndighedsindehaver, selvom det selvfølgelig altid vil være en sundhedsfaglig vurdering om behandling er nødvendig for at barnet ikke tager skade.

3.2. Orienteringsret for forældre uden del i forældremyndigheden

Forældre, der ikke har del i forældremyndigheden, kan ikke handle på barnets vegne jf. FOL § 2, stk. 1, modsætningsvist, og kan dermed heller ikke samtykke til behandling på barnets vegne eller indtræde i andre af barnets rettigheder efter sundhedsloven jf. SL § 14 modsætningsvist.

Efter FOL § 23, stk. 1, har en forælder, der ikke har del i forældremyndigheden, dog ret til efter anmodning at få orientering om barnets forhold, og herunder også ret til orientering fra sundhedsvæsenet.

Omfanget af selve orienteringen følger af forarbejderne til forældreansvarsloven, hvoraf det fremgår, at orienteringsretten omfatter de samme oplysninger, som forældremyndighedsindehaveren har ret til at få og dermed kan orienteringen heller ikke omfatte oplysninger, som forældremyndighedsindehaveren er afskåret fra at få adgang til.³² Der er dog ikke tale om ret til aktindsigt, men alene en ret til orientering.

Omfanget af orienteringsretten kan ligeledes illustreres med sag nr. 08F001 fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn, der drejede sig om en far uden del i forældremyndigheden, der ønskede at blive orienteret om sin datters forløb i et psykiatrisk ambulatorium, hvor hun var henvist for udredning for OCD. Faren blev indkaldt til et møde, hvor en overlæge og psykolog oplyste ham om, at datteren var i kontakt med ambulatoriet, fordi der var mistanke om en psykiatrisk lidelse, og at datteren var ved at blive undersøgt herfor, men at undersøgelsen endnu ikke var afsluttet. Faren klagede herefter over, at hans anmodning om orientering ikke var blevet imødekommet. Nævnet fandt ikke grundlag for at udtale kritik af omfanget af den information, som faren havde fået, og fandt ikke, at personalet havde pligt til at give en mere detaljeret information om pigens helbredstilstand, da undersøgelsen endnu ikke var afsluttet, og der desuden heller ikke forelå en præcis diagnose.

²⁹ Vejledning nr. 11 af 15/02/2011 om særlig støtte til børn og unge og deres familier, pkt. 360.

³⁰ Lov-1999-07-02 nr. 63 med senere ændringer

³¹ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 90-91

³² FT 2006-07 A, s. 4498

Nævnet udtaler desuden, at de oplysninger som sundhedspersoner skal videregive, vedrører barnets helbreds-tilstand, trivsel, udvikling samt hvad der måtte være årsagen til eller baggrunden for en behandling eller indlæggelse.³³ Modsat forældremyndighedsindehaveren ret til aktindsigt og fuldstændig information, fremgår det således, at orienteringsretten er af mindre omfang og af mere overordnet karakter, som fx årsag eller baggrund for en behandling eller indlæggelse.

Efter FOL § 23, stk. 2, kan den relevante myndighed nægte at give konkrete oplysninger og udlevere dokumenter om barnets forhold, hvis det må antages at være til skade for barnet. Det følger desuden af FOL § 23, stk. 3, at Statsforvaltningen i særlige tilfælde efter anmodning fra forældremyndighedsindehaveren helt kan fratage orienteringsretten fra en forælder.

3.3. Barnet møder op til behandling med kun den ene forældremyndighedsindehaver

Det kan forekomme, at barnet møder op til behandling med kun den ene forældremyndighedsindehaver, og der er tale om en behandling, der kræver samtykke fra begge forældremyndighedsindehavere. Spørgsmålet er således om den behandlingsansvarlige sundhedsperson er forpligtet til at undersøge, hvorledes der er tale om fælles forældremyndighed, og i så fald om parterne er enige om undersøgelsen eller behandlingen.

Hvis den behandlingsansvarlige iværksætter behandling med samtykke og ønske fra den ene forældremyndighedsindehaver, hvor begge samtykke er påkrævet, er kravet i SL § 15, stk. 1, ikke overholdt, og sundhedspersonen kan mødes med kritik fra Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn jf. klage – og erstatningslovens³⁴ (KEL) § 2, stk. 1.

I sag nr. 87 fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn, tager nævnet stilling til en situation, hvor en læge havde foretaget en omskæring på en lille dreng alene med morens samtykke, og hvor moren desuden havde misinformeret lægen, så det fremstod som om, at hun alene havde forældremyndigheden, hvilket ikke var tilfældet. Nævnet vurderer i sagen, at der forud for indgrebet burde være indhentet samtykke fra drengens far, hvilket betyder, at lægen havde pligt til at undersøge om der var fælles forældremyndighed og i så fald om den anden forældremyndighedsindehaver også samtykker til indgrebet.³⁵ Sagen er dog speciel, da moren havde misinformeret lægen om forældremyndigheden, men selv i dette tilfælde vurderer nævnet, at lægen havde pligt til at undersøge forholdene.

I sag nr. 164401 fra Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn klager en far over, at han ikke er blevet informeret eller har samtykket til udredning og medicinsk behandling af hans søn, som han har delt forældremyndighed over. Sønnen var blevet henvist til udredning af ADHD, hvilket han også blev diagnosticeret med, og lægen ordinerede dermed behandling med medicin. Da moren får besked om diagnose og behandling, bliver det samtidig noteret, at der er fælles forældremyndighed og at faren skulle til konsultationen inden behandlingens start. Af praktiske årsager var medicinen, allerede inden denne konsultation, lagt ud på receptserveren og afhentet af moren, men uden at der skete opstart af behandlingen. Nævnet vurderede, at udredningen for ADHD ikke krævede samtykke fra faren, da der var tale om almindelig lægelig undersøgelse og behandling. Derimod kunne den medicinske behandling ikke antages for at være en almindelig lægelig behandling af dagligdags karakter, og faren burde dermed forud for indledningen af behandlingen være blevet informeret og ligeledes have samtykket til behandlingen, inden der blev udskrevet en recept. Nævnet fandt på denne baggrund, at lægen havde overtrådt SL § 15, stk. 1, ved ikke at have sikret sig indhentelse af informeret samtykke fra faren forud for behandling. Nævnet udtalte endvidere, at det er nævnets opfattelse, at det er en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde om begge forældre ved fælles forældremyndighed skal informeres ved behandling af et barn under 15 år. I dette tilfælde blev det noteret, at der var fælles forældremyndighed, da moren blev oplyst om diagnose og behandling, og herefter vurderer nævnet, at lægen burde have indhentet informeret samtykke

³³ Dette følger ligeledes af sag nr. 0765710 og sag nr. 0656301

³⁴ Lovbekendtgørelse nr. 84 af 17/01/2017 om klage – og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet med senere ændringer

³⁵ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 93

fra faren. Det må således også vurderes, at såfremt at det ikke var blevet oplyst, at der var fælles forældremyndighed, så havde lægen haft pligt til at undersøge om der var fælles forældremyndighed, og i så fald om den anden part var enig i samtykke til behandling.

Dette udgangspunkt fra de nævnte sager, kommer også til udtryk i sag nr. 1187803, som er nævnt ovenfor. Her udtalte Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn kritik af en psykolog for ikke at have indhentet begge forældremyndighedsindehaveres samtykke forud for en behandling af deres søn, men her var familien dog kendt af psykologen, men der var tale om en ny behandling.

Såfremt den ansvarlige sundhedsperson ikke har kendskab til familien, må det antages, at denne vil være forpligtet til at undersøge, om der er fælles forældremyndighed og om parterne er enige i samtykke til behandling, som det også fremgår af de ovennævnte sager, men det er ligeledes en konkret vurdering, som nævnet tillige udtaler.

Der kan fx være tale om situationer, hvor kun den ene forældremyndighedsindehaver møder op til behandling, og denne tilkendegiver at pågældende handler på begges vegne og såfremt dette fx understøttes af, at der er sendt en indkaldelse til den fælles bopæl, vil sundhedspersonen ikke have grund til at foretage sig yderligere undersøgelser, og må kunne støtte sig til de givne oplysninger. Når parterne er samlevende, vil der desuden være større formodning for, at den pågældende forældremyndighedsindehaver handler på begge vegne. Situationen er anderledes, når forældrene ikke er samlevende, og sundhedspersonen vil således være forpligtet til at kontakte den anden forældremyndighedsindehaver for at klarlægge situationen, inden der indledes behandling.³⁶

3.4. Barnet møder op til behandling med en forælder, der ikke har del i forældremyndigheden

Det kan også forekomme, at barnet kommer til behandling med en forælder, der ikke har del i forældremyndigheden, og dermed ikke kan samtykke til behandling. Her er spørgsmålet ligeledes, hvor langt den ansvarlige sundhedspersons undersøgelsespligt rækker, og om sundhedspersonen har pligt til at sikre sig, at den pågældende, der møder op med barnet, også kan samtykke til behandling på barnets vegne. Der findes en række sager fra Patientklagenævnet, der kan belyse problematikken nærmere.

I sag nr. 0553008 var en 6-årig dreng mødt op til konsultation hos en speciallæge i øre- næse- halssygdomme sammen med sin far, der på dette tidspunkt ikke længere havde del i forældremyndigheden. Drengen havde gennem flere år været i behandling hos den pågældende læge, og begge forældre havde hidtil ledsaget ham til behandling. Moren klagede efterfølgende over hendes samtykke ikke blev indhentet til behandlingen. Speciallægen var ikke vidende om, at faren ikke længere havde del i forældremyndigheden, og der var ikke nogen forhold, der kunne tilsige, at situationen havde ændret sig. Nævnet finder, at SL § 15 er overtrådt, da der ikke forelå gyldigt samtykke til behandling, men nævnet finder dog, at speciallægen ikke kan kritiseres herfor, da han ikke vidste, at faren ikke længere havde del i forældremyndigheden og da der ikke var nogen nærmere anledning til at spørge faren om han fortsat havde del i forældremyndigheden. Der var således ikke nogen undersøgelsespligt i dette tilfælde. Afgørelsen er et udtryk for, at der i situationer, hvor sundhedspersonalet kender barnet og familien, ikke er en løbende pligt til at sikre sig om der fortsat er fælles forældremyndighed, medmindre der er forhold, der kunne pege på at situationen har ændret sig.

Såfremt der er tale om et nyt behandlingssted eller sundhedsperson, der ikke kender familien, er situationen anderledes.

Dette fremgår af sag nr. 0973503 fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn, der drejede sig om en far, der ringede til vagtlægen, og ønskede Ritalin udskrevet til sin 7-årige søn, da drengen var kommet på samvær uden sin medicin. Faren oplyste, at han ville være ked af at kontakte moren, og da vagtlægen kunne se, at faren et år tidligere havde fået udskrevet Ritalin i en tilsvarende situation, fandt denne ikke nogen grund til at betvivle, at drengen fik det pågældende præparat eller at der skulle være tale om en misbrugssituation. Faren fik således en recept til drengen. Efterfølgende klagede moren over dette, da faren ikke kunne samtykke til behandling.

³⁶ ”Mindreåriges rettigheder i relation til behandling” s. 93ff

Nævnet udtalte kritik af vagtlægen for ikke at have indhentet det fornødne samtykke efter SL § 15. Vagtlægen burde have mistænkt, at faren ikke havde del i forældremyndigheden, når faren udtalte, at han ikke ønskede at kontakte moren, og vagtlægen burde således have forsøgt at kontakte moren inden medicinen blev ordineret. Af denne sag fremgår det således, at der i en situation, hvor sundhedspersonen ikke kender familien og der desuden er forhold, der taler for, at der ikke er fælles forældremyndighed, vil være en undersøgelsespligt for sundhedspersonen.

Det fremgår fra afgørelserne, at det må være en konkret vurdering i hver enkelt sag om hvor langt sundhedspersonens undersøgelsespligt rækker. Det almindelige udgangspunkt i lovgivningen er, at der er fælles forældremyndighed, og dermed forekommer udgangspunktet om, at det er en konkret vurdering rigtig. Således må den ansvarlige sundhedsperson normalt kunne gå ud fra, at den forælder der møder til læge med barnet også har del i forældremyndigheden, medmindre der er forhold der taler imod dette.³⁷

3.5. Barnet møder op til behandling med andre end forældrene

Det forekommer, at barnet kommer til skade i situationer, hvor det ikke er sammen med forældrene, og hvor det er andre personer, der møder op til behandling med barnet. Det kunne fx være pædagoger, kammeraters forældre mv. I disse tilfælde vil de pågældende personer ikke kunne samtykke til behandling på barnets vegne, og dermed vil behandling i udgangspunktet heller ikke kunne indledes. Sundhedspersonalet må således enten kontakte forældremyndighedsindehaveren eller vente til denne evt. kommer frem til behandlingsstedet. Dette følger også af sag nr. 48, hvor Patientklagenævnet fandt, at en skadestuelæge havde overtrådt SL § 15, jf. § 16 ved at undersøge og røntgenfotografere en 9-årig dreng, der var kommet til skade på en spejdetur uden at kontakte forældremyndighedsindehaveren forud for undersøgelsen, hvor drengen alene var ledsaget af en spejderleder. Såfremt der er et akut behandlingsbehov, og der ikke er tid eller mulighed for at træffe forældremyndighedsindehaveren, vil der kunne iværksættes behandling efter SL § 19.³⁸

3.6. Øjeblikkeligt behandlingsbehov jf. SL § 19

Der kan i visse tilfælde indledes eller fortsættes en behandling uden samtykke fra patienten eller forældremyndighedsindehaveren, hvis patienten befinder sig i en situation, hvor øjeblikkelig behandling er påkrævet for patientens overlevelse eller for på længere sigt at forbedre patientens chance for overlevelse eller for et væsentlig bedre resultat af behandlingen jf. SL § 19. Bestemmelsen hviler på en forudsætning om, at såfremt det var muligt at indhente samtykke til behandlingen, ville patienten give samtykke hertil.³⁹ Denne bestemmelse kan være relevant, hvis der foreligger en situation som den omtalte, og hvor forældremyndighedsindehaveren ikke er til stede til at samtykke og der er ikke er tid til at indhente dette samtykke eller forældremyndighedsindehaveren ikke er i stand til at samtykke, hvis denne evt. selv er kommet til skade. Bestemmelsen hviler på en nødretsbetragtning, hvor det mindre gode (patientens selvbestemmelsesret) må vige for et større gode (patientens liv og førlighed), men der skal således også være tale om nødretslignende forhold.⁴⁰ Dette bliver også understreget i sag nr. 48, som også er nævnt ovenfor, hvor Sundhedsvæsenets Patientklagenævn fandt, at en skadestuelæge havde overtrådt SL § 15, jf. § 16 ved at undersøge og røntgenfotografere en 9-årig dreng, der var kommet til skade på en spejdetur uden at kontakte forældremyndighedsindehaveren forud for undersøgelsen. Det var en spejderleder, der havde bragt drengen til skadestuen og da det var midt om natten, ville lægen ikke forstyrre forældremyndighedsindehaveren, og desuden gik han ud fra, at de ikke ville modsætte sig undersøgelsen. Nævnet udtalte, at SL § 19 ikke kan anvendes, hvis der ikke er tale om et akut behandlingsbehov, og dermed skulle forældremyndighedsindehaveren have været kontaktet forud for undersøgelsen.⁴¹

3.7. Inddragelse af barnet

Selvom børn ikke selv kan samtykke til behandling, er det ikke helt udelukket, at de kan inddrages i forhold til forskellige spørgsmål vedrørende behandlingssituationen. Det følger således af SL § 20, at en patient, der ikke selv kan give informeret samtykke skal informeres og inddrages i drøftelserne af behandlingen, i det

³⁷ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 97

³⁸ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 100

³⁹ Kent Kristensen: "Sundhedsjura" 5. udgave, 2014, s. 60

⁴⁰ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 531

⁴¹ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 63-64

omfang de forstår behandlingssituationen, medmindre dette kan skade patienten. Det er således en konkret vurdering, om der skal ske information og inddragelse. Ligeledes følger det også af bestemmelsen, at patientens tilkendegivelser skal tillægges betydning, såfremt de er aktuelle og relevante.

Det følger af forarbejderne, at bestemmelsen bl.a. omfatter børn under 15 år, og at der er en pligt til at inddrage disse patienter mest muligt i beslutningsprocessen. I forarbejderne forudsættes det, at børn under 15 år alt afhængigt af deres modenhed og udvikling, ofte er i stand til at forstå sygdomssituationen, behandlingsmulighederne m.v. eller i hvert fald dele heraf, og at det derfor er relevant at inddrage børn i spørgsmål vedrørende behandlingen.⁴² Dette udgangspunkt følger også af Bioetikkonventionens⁴³ art. 6, stk. 2, at den mindreåriges synspunkt skal betragtes som en mere afgørende faktor jo ældre og mere moden den mindreårige er. Det samme følger også af BK art. 12, stk. 1, som har ført til indførelse af FOL § 5, der også handler om at der skal tages hensyn til barnets egne synspunkter alt efter alder og modenhed.⁴⁴ SL § 20 giver således god mening i forhold til de internationale konventioner.

Selvom SL § 20 sikrer barnets inddragelse, så ligger den endelige samtykkekompetence stadig hos forældremyndighedsindehaveren, og bestemmelsen giver dermed ikke nogen ret til at kunne afvise eller samtykke til behandling, men alene til at kunne komme til udtryk med sine synspunkter og ønsker i forhold til behandlingen. Herefter skal disse således indgå i forældremyndighedsindehaverens stillingtagen.⁴⁵

Det er den behandlingsansvarlige sundhedsperson, der har pligt til inddrage barnet i behandlingsovervejelserne jf. SL § 21, nr. 4, såfremt barnets udvikling og modenhed taler for dette og barnet ikke vil lide skade herved. Forældremyndighedsindehaveren kan ikke afskære informationen eller inddragelsen, men det må antages at forældremyndighedsindehaverens holdning til spørgsmålet kan spille en rolle, specielt i forhold til mindre børn, hvor der kan være behov for støtte fra forældremyndighedsindehaveren.⁴⁶

Det fremgår ikke, hvordan barnet skal inddrages, og det må således være op til den enkelte sundhedsperson at vurdere hvordan barnet skal inddrages, så barnets synspunkter kommer frem, mens det samtidig ikke virker belastende for barnet at blive inddraget.⁴⁷

Praksis fra det tidligere Patientklagenævn viser, at nævnet, udover en enkelt sag, ikke har forholdt sig direkte til spørgsmålet om inddragelse af barnet i en behandlingssituation. Den eneste sag hvor nævnet har forholdt sig direkte til inddragelses- og informationspligten er sag nr. 94, der drejede sig om udredning af en 10½-årig pige for migræne, hvor nævnet udtalte, at når et barn er 10½ år, er det i overensstemmelse med almindelig anerkendt faglig standard, at informationen hovedsagelig foregår til forældrene. Dette må forstås således, at nævnet mener, at man fra denne alder kan informere og inddrage barnet, og nævnet giver således udtryk for, at der i SL § 20 skulle være en aldersgrænse, således, at børn under 10½ år aldrig skal informeres og inddrages. Dette kan dog ikke være tilfældet, da vurderingen efter SL § 20 altid er en konkret vurdering om det enkelte barn et modent nok til at forstå behandlingssituationen, hvilket ikke nødvendigvis er afhængigt af alder. Det ville også være i strid med det forvaltningsretlige princip om forbud mod skøn under regel at anvende en aldersgrænse i relation til SL § 20. Udover denne sag, er det vanskeligt at udlede noget fra nævnets praksis om inddragelse af barnet.⁴⁸

Retsstillingen i Norge er ganske anderledes end i Danmark, som det også tidligere er beskrevet under afsnittet om uenighed mellem forældremyndighedsindehaveren. I pasient- og brugerrettighedsloven opererer man med tre aldersgrupper i forhold til information og inddragelse. Først og fremmest er der de mindreårige over 16 år, der selv kan samtykke til behandling jf. PRL § 3-4, første led og PRL § 4-3, første led, litra b. Dernæst er der

⁴² FT 1997-98 A, 2. samling, s. 532

⁴³ Europarådets konvention af 4. april 1997 om menneskerettigheder og biomedicin

⁴⁴ FT 2006-07 A, s.4483

⁴⁵ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 532 og s. 526

⁴⁶ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 102

⁴⁷ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 103

⁴⁸ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 103ff

12-15-årige, som endnu ikke selv er samtykkekompetente, men som har ret til at forhindre, at oplysninger gives videre til forældremyndighedsindehaveren, og desuden skal høres inden der gives samtykke jf. PRL § 3-4, andet led og PRL § 4-4, tredje led. Endelig er der børn under 12 år, der efter PRL § 4-4, tredje led har ret til at blive inddraget alt efter modenhed og udvikling.

Efter norsk ret er de 12-15-årige således stillet anderledes end i dansk ret, hvor retten for denne gruppe til at blive inddraget og informeret afhænger af en konkret vurdering efter SL § 20, mens det for de norske mindreårige er et klart lovfæstet krav, at de fra 12 år skal inddrages og høres.

Hvis man sammenligner de to landes lovgivning i forhold til information og inddragelse af ikke-samtykkekompetente mindreårige, så sker der i den norske lovgivning en gradvis selvstændiggørelse af den mindreårige, da der findes forskellige aldersgrupper, hvorimod der i sundhedsloven kun findes én aldersgruppe og derudover retten til inddragelse i § 20, der forudsætter en konkret vurdering. Dog vil SL § 20 angiveligt ligeledes føre til en gradvis selvstændiggørelse, når vurderingsgrundlaget er modenhed og udvikling. De norske regler er mere klare i forhold til de 12-15-årige, hvilket kan ses som en fordel for denne gruppe, da de har et klart lovfæstet krav, men samtidig kan pligten til inddragelse risikere at blive for mekanisk, således at der ikke tages individuelle hensyn, når der ikke skal foretages en konkret vurdering af den mindreårige. Der er således fordele og ulemper ved begge lovgivningsmodeller.⁴⁹

3.8. Magtanvendelse

Det forekommer naturligt, at børn ikke vil modtage behandling, fx fordi dette vil gøre ondt, eller fordi barnet er bange. Dette vil være naturligt ved helt små børn. Hvis barnet har brug for behandlingen, og barnet yder modstand herimod, er spørgsmålet om der er hjemmel til at anvende magt til at overvinde denne modstand, så barnet kan behandles.

Såfremt der anvendes magt til at gennemføre en behandling over for et barn, er der tale om et indgreb i barnets frihed og person, og i disse tilfælde gælder der et skærpet hjemmelskrav.⁵⁰ Desuden er tilbageholdelse i forbindelse med behandling omfattet af grundlovens⁵¹ § 71, stk. 6, om administrativ frihedsberøvelse, og det antages, at mindreårige også er beskyttet efter denne bestemmelse.⁵²

Sundhedsloven indeholder ikke nogen regler om magtanvendelse eller tvang, og udgangspunktet i sundhedslovgivningen er også netop, at den enkelte patient har selvbestemmelsesret, og dermed selv kan bestemme om vedkommende ønsker behandling eller ej.⁵³ Situationen er dog anderledes, når der er tale om børn, da de ikke selv kan samtykke til behandling. Her kan situationen være, at forældremyndighedsindehaveren har samtykket til behandling på barnets vegne, således at der foreligger et gyldigt samtykke til behandling, men at barnet af forskellige årsager ikke ønsker behandling og gør modstand mod denne. Spørgsmålet er således om samtykket fra forældremyndighedsindehaveren til at gennemføre behandlingen med magt er tilstrækkeligt til, at der kan anvendes magt over for barnet, når det erindres, at barnet stadig er et selvstændigt individ.

Til at starte med kan det afvises at bruge SEL § 63, stk. 1, som hjemmel for magtanvendelse over for børn, da denne bestemmelse alene er rettet mod forældremyndighedsindehaverens modstand mod behandling, og kan ikke anvendes i forhold til barnets modstand.⁵⁴

⁴⁹”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 109

⁵⁰ Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen m.fl. ”Forvaltningsret – Almindelige emner” 6. udgave, 2016, s. 180ff

⁵¹ Lov nr. 169 af 05/06/1953, Danmarks Riges Grundlov

⁵² Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: ”Dansk statsret” 2. udgave, 2016, s. 277ff

⁵³ Folketinget er dog i gang med at behandle et lovforslag, der skal gøre det muligt at tvangsbehandle varigt inhabile somatiske patienter over 15 år jf. forslag til lov om anvendelse af tvang ved somatisk behandling af varigt inhabile. Se nærmere: <http://www.ft.dk/samling/20161/lovforslag/L185/index.htm>

⁵⁴ FT 1991-92 A, s. 4877

Det kan overvejes, om der kan findes en hjemmel i FOL § 2, stk. 1, som et udslag af at forældremyndighedsindehaveren kan handle på barnets vegne og tillige har en omsorgspligt for barnet.⁵⁵

Det følger ikke af ordlyden af FOL § 2, stk. 1, at bestemmelsen indeholder en udtrykkelig hjemmel til magt-anvendelse. Bestemmelsen afgrænses negativt af FOL § 2, stk. 3, hvoraf det følger, at barnet ikke må udsættes for legemlig afstraffelse eller anden krænkende behandling. Udover dette må det antages, at en vis mængde magt fra forældremyndighedsindehaveren er tilladt, og at forældremyndighedsindehaveren inden for disse grænser kan udøve forældremyndigheden som det ønskes, medmindre der er tale om egentlig omsorgssvigt, således at serviceloven finder anvendelse.⁵⁶

Sundhedsvæsenets Patientklagenævn har taget stilling til spørgsmålet om hvorvidt forældremyndighedsindehaverens samtykke til behandling af et barn, kan bemyndige sundhedspersonalet til at anvende magt over for barnet i en behandlingssituation.

Dette skete i sag nr. 0654922, der omhandlede en klage fra en mor til en 6½-årig dreng, der skulle have foretaget en tyndtarmsbiopsi, og som i den forbindelse skulle sluge en lille kapsel med tilhørende slange. Forud for undersøgelsen blev det vurderet, at drengen ikke havde brug for beroligende medicin, og dette blev ligeledes aftalt med moren. Drengen kunne ikke sluge kapslen, og derfor holdt, to sundhedspersoner og drengens mor, ham fast, mens en læge forsøgte at tvinge ham til at sluge kapslen. Dette lykkes ikke, og moren klagede efterfølgende over, at der var blevet anvendt magt i forsøget på at foretage undersøgelsen. Nævnet finder ikke grundlag for, at udtale kritik af magtanvendelsen, da det var nævnets opfattelse, at drengens mor havde givet samtykke til behandlingen og at hun ligeledes havde samtykket til magtanvendelsen i forbindelse med undersøgelsen, da hun selv var med til undersøgelsen og desuden med til at holde drengen fast. I dette tilfælde finder nævnet således, at der var hjemmel til at anvende magt.

Sag nr. 83 omhandler også anvendelse af magt, og mere specifikt om, hvorvidt faren til en 2½-årig pige med Downs syndrom havde samtykket til at en undersøgelse kunne foretage uden bedøvelse. Pigen gjorde modstand under undersøgelsen, og blev derfor fastholdt. Spørgsmålet om samtykke kunne Patientklagenævnet ikke afgøre pga. bevisets stilling, men nævnet udtalte i forhold til magtanvendelsen, at det er almindeligt, at forældre og sundhedspersonalepersonale må anvende blid fastholdelse og fysisk støtte ved undersøgelse og behandling af 2-årige børn, da det ikke er muligt at opnå børns forståelse og accept af procedurer, som kan medføre ubehag og som de ikke forstår.⁵⁷

I begge sager giver Patientklagenævnet således udtryk for, at det i disse sager var ok at anvende magt, hvis forældremyndighedsindehaveren har samtykket hertil, og at det desuden er almindeligt, at man bliver nødt til at anvende magt over for små børn, da det ikke er muligt at opnå barnets forståelse og accept af ubehagelige undersøgelser og behandling. Begge sager omhandler dog forholdsvis små børn, og det er uklart om afgørelsen havde været den samme, hvis der var tale om større børn, hvor man kan tale om en mere meningsfuld modstand.

Caroline Adolphsen antager, at FOL § 2, stk. 1, er et tilstrækkeligt retligt grundlag for at anvende magt over for mindre børn, hvor modstanden ikke kan siges at være meningsfuld som følge af manglende modenhed. Derimod kan dette ikke siges, at være tilfældet hvis barnet en sådan modenhed, at barnet udviser en meningsfuld modstand. Derfor er det Caroline Adolphsens vurdering, at der skal foretages en modenhedsvurdering af barnet i den konkrete situation, for at kunne vurdere, om der er tale om en meningsfuld modstand og om barnet forstår situationen. Hvis barnet er så modent, at det er i stand til at udvise en meningsfuld modstand, vil magt-anvendelse kræve et stærkere hjemmelsgrundlag end FOL § 2, stk. 1. Se dog nedenfor, hvor Caroline Adolphsen sammen med Eva Naur Jensen i en artikel har nuanceret synspunktet. Selvom forældremyndighedsindehaveren således samtykker til magtanvendelse, og dermed bemyndiger sundhedspersonalet til at anvende magt,

⁵⁵ ”Mindreåriges rettigheder i relation til behandling” s. 148

⁵⁶ ”Mindreåriges rettigheder i relation til behandling” s. 150

⁵⁷ ”Mindreåriges rettigheder i relation til behandling” s. 151-152

så er sundhedspersonalet stadig bundet af autorisationslovens⁵⁸ (AL) § 17, der medfører, at autoriseret sundhedspersoner er forpligtede til at udvise omhu og samvittighedsfuldhed og dermed handle i overensstemmelse med den almindelige anerkendte faglige standard på det pågældende område. I forhold til magtanvendelsen betyder dette, at sundhedspersonalet er forpligtet til at foretage en selvstændig vurdering af magtanvendelsens nødvendighed, uanset barnets alder.⁵⁹ Desuden finder proportionalitetsprincippet tillige selvstændigt anvendelse, hvilket betyder at sundhedspersonalet er forpligtet til at vurdere nødvendigheden af indgrebet og desuden vurdere om der findes andre mindre indgribende tiltag.

Et lignende synspunkt anføres af Mette Hartlev, Ulla Hybel og Peter Bak Mortensen, der ligeledes mener, at der ligger en hjemmel i FOL § 2, stk. 1, til at gennemtrumfe beslutninger over for et modvilligt barn, hvis dette er i barnets bedste interesse. Det må derfor også gælde i forhold til sundhedsfaglig behandling. Endvidere anføres det, at der skal foretages en konkret vurdering i forhold til, om der skal anvendes magt, og om dette vil være i barnets bedste interesse, og at der desuden skal lægges øget vægt på barnets mening jo ældre det bliver.⁶⁰

Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen påpeger desuden i en artikel, der nuancerer brugen af magt, at det ville være et udtryk for forsømmelse, hvis forældre ikke sørgede for, at deres børn får den nødvendige behandling, selvom dette må indebære at der sker en form for magtanvendelse. Derfor må FOL § 2, stk. 1, indeholde en hjemmel for forældremyndighedsindehaveren til at kunne bruge magt eller bemyndige sundhedspersonalet til at anvende magt i forbindelse med behandling af børn, netop af hensyn til hvad der er bedst for barnet. Forfatterne påpeger desuden, at selvom der er tale om større børn, der forstår situationen vil det ikke være i overensstemmelse med formålet bag forældremyndighed eller det bedste for barnet og dets behov for beskyttelse, at barnets modstand skal respekteres, når barnet er i stand til at forstå situationen. Selvom modstanden måske er mere meningsfuld, når barnet er større og forstår situationen, vil der stadig være situationer, hvor barnet nægter behandling eller undersøgelse af frygt for hvad der skal ske, da en forståelse af situationen ikke altid er tilstrækkeligt til at også være i stand til at kunne gennemføre en behandling. Forældrene har stadig omsorgspligt for barnet, og retligt set ved forældrene som udgangspunkt bedst, og forfatterne mener således, at der også er en vis adgang til at anvende magt med forældremyndighedsindehaverens samtykke, selvom der er tale om et barn, der forstår situationen i kraft af sin alder. Der kan dog være situationer, hvor forældremyndighedsindehaveren kan være påvirket af andre interesser end barnets, fx i forhold til religion, og hvor magtanvendelse ikke nødvendigvis er den bedste løsning. Forfatterne foreslår, at anvende Henriette Sinding Aasens løsning af problemet, hvilket indebærer brug af nogle principper for at fastslå, om der kan anvendes magt i den konkrete situation. Dette betyder, at det først og fremmest er vigtigt altid at søge at få samtykke fra barnet, selvom det vil være tilladt at anvende magt. Hvis det ikke er muligt at få et samtykke, så skal beslutningen om at anvende magt træffes ud fra behandlingens karakter, prognosen uden behandling og barnets modenhed og forståelse af situationen. Hermed kan den behandlingsansvarlige sundhedsperson træffe en individuel afgørelse ud fra en afvejning af hensynene. Forfatterne påpeger ligeledes, at det desuden er relevant og nødvendigt at inddrage årsagen til at barnet yder modstand til behandlingen. Hvis modstanden skyldes, at barnet er bange for behandlingen, som typisk vil være et kortvarigt ubehag eller smerte, vil det være uproblematisk at lade forældremyndighedsindehaveren samtykke til at anvende magt, selv over for børn op til 15 år, da behandlingen eller undersøgelsen vil være det bedste for barnet på længere sigt. I disse situationer, hvor ubehaget eller smerten ved behandlingen er uproportional med udfaldet af behandlingen, mener forfatterne således, at det ikke er problematisk med magtanvendelse. Situationen kan være anderledes fx hvor et barn ikke ønsker mere kemoterapi, og hvor denne behandling blot vil forlænge barnets liv med et par måneder, men hvor kemoterapien vil give bivirkninger, således at behandlingen ikke opvejer udfaldet af behandlingen. I disse situationer bør sundhedspersonalet være mere tilbageholdende med at anvende magt, selvom forældremyndighedsindehaverens ønsker dette og samtykker hertil. Hvis Henriette Sinding Aasens tilgang anvendes, kombineret med overvejelse

⁵⁸ Lovbekendtgørelse nr. 1356 af 23/10/2016 om autorisation af sundhedspersoner og om sundhedsfaglig virksomhed

⁵⁹ "Mindreåriges rettigheder i relation til behandling" s. 152ff

⁶⁰ Mette Hartlev, Ulla Hybel og Peter Bak Mortensen: "Sundhed og jura: Sundhedsretlige perspektiver på sundhedsvæsen, sundhedspersoner og patientrettigheder" 1. udgave, 2013, s. 140ff

ser om årsagen til modstanden fra barnet, vil der tages hensyn til barnets autonomi og øget modenhed. Forfatterne mener, at man kan gøre retstilstanden klarere og desuden nemmere for sundhedspersonalet at navigere i, hvis man eksempelvis anvender de principper, som Henriette Sinding Aasen har udarbejdet, samtidig med at man har fokus på årsagen til modstanden fra barnet.⁶¹

Helle Bødker Madsen argumenterer modsat for, at der ikke er en særskilt hjemmel i FOL § 2, stk. 1, således at forældremyndighedsindehaveren kan bemyndige sundhedspersonalet til at anvende magt ved at samtykke hertil. Helle Bødker Madsen antager ikke, at SL § 14 sammenholdt med FOL § 2, stk. 1, kan udgøre den fornødne hjemmel til at anvende magt i de tilfælde, hvor barnet modsætter sig behandling, og dermed er sundhedspersonalet som udgangspunkt ikke berettiget til at anvende fysisk tvang i forbindelse med en behandling. Hjemlen, til kortvarigt at anvende fysisk magt, må i stedet findes i nødretragsgrundsætningen, og dermed kan der kun anvendes magt i ekstraordinære, akut livstruende situationer⁶²

Der er således uenighed i teorien om, hvorvidt forældremyndighedsindehaverens samtykke kan bemyndige sundhedspersonalet til at anvende magt overfor barnet. Det fremgår som nævnt heller ikke klart nogen steder, at der i disse situationer kan anvendes magt, og det er et retssikkerhedsmæssigt problem, at der ikke er en klar hjemmel, når der er tale om en situation, som må antages ofte at forekomme i praksis. Det er ikke betryggende for barnets retssikkerhed, at der ikke er klare regler, og det er ligeledes et problem for sundhedspersonalet, at de ikke ved, om de er i gang med at handle inden for lovens rammer eller om de er i færd med at udøve ulovlig tvang. Det vil derfor være hensigtsmæssigt, hvis reglerne blev ændret, så de er mere klare eller at der blev indført nogle retningslinjer som fremført af Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen, og som er nævnt ovenfor. Som nævnt i note 53, så er Folketinget i gang med at behandle et lovforslag, der vil give adgang til at tvangsbehandle varigt inhabile somatiske patienter over 15 år. Det havde været hensigtsmæssigt, hvis lovgiver havde været opmærksom på, at retstilstanden også er uklar for børn under 15 år, og inddraget denne gruppe i reguleringen. Da der er tale om et indgreb i den personlige frihed, vil det være mest hensigtsmæssigt, hvis der blev lavet en klar hjemmel, der giver sundhedspersonalet adgang til at anvende magt i fornødent omfang, såfremt der er et behandlingsbehov og det er ikke muligt at opnå accept fra barnet. Dette bliver også anført af Caroline Adolphsen.⁶³

4. Informeret samtykke ved unge over 15 år

Dette almindelige udgangspunkt om forældremyndighedsindehaverens handleret, som fremgår af FOL § 2, stk. 1, er fraveget på sundhedsrettens område, da det følger af SL § 17, stk. 1, at patienter der er fyldt 15 år, selv kan samtykke til behandling og dermed også modtage information om behandling, selvom den pågældende stadig er undergivet forældremyndighed.

Selvom den unge selv kan samtykke til behandling, skal forældremyndighedsindehaveren tillige have information efter sundhedslovens § 16 og inddrages i den unges stillingtagen jf. SL § 17, stk. 1, da forældremyndighedsindehaveren stadig har en omsorgspligt over for den unge efter FOL § 2, stk. 1, og det skal være muligt for forældremyndighedsindehaveren at varetage denne omsorgspligt, hvis der fx er behov for opfølgning i hjemmet mv. Forældremyndighedsindehaveren skal således inddrages i beslutninger vedrørende behandling, men såfremt der er uenighed mellem den unge og forældremyndighedsindehaveren, så er det den unge, der har den endelige beslutningskompetence.⁶⁴

⁶¹ Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen: "Use of Force for Medical Purposes – A Danish Perspective" European Journal of Health Law, vol. 22, no. 4, 2015, s. 369 ff. Henriette Sinding Aasens principper kan læses i hendes artikel: "Barnets ret til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjælp" Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørgsmål" nr. 1, årgang 6, 2008, s. 23ff.

⁶² Helle Bødker Madsen sammen med Jens Garde: "Psykiatritret" 1. udgave, 2013, s. 42ff

⁶³ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 154

⁶⁴ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 528

4.1. Hvor meget information skal forældremyndighedsindehaveren have efter SL § 17, stk. 1

Det fremgår af forarbejderne til patientretsstillingsloven, at forældremyndighedsindehaveren skal have samme information som den unge.⁶⁵ Anderledes følger det dog af vejledning om information og samtykke, hvor det udtrykkes, at spørgsmålet om hvorvidt forældremyndighedsindehaveren skal informeres om 15-17-årige patienter, må vurderes ud fra bl.a. behandlingens karakter, sygdommens alvor, oplysningernes art, den unges alder og modenhed og behovet for opfølgning i hjemmet, herunder udøvelsen af forældrenes omsorgspligt. Ligeledes udtrykkes det, at der også kan være tungtvejende hensyn til den unge i den konkrete situation, der taler for at undlade at informere forældremyndighedsindehaveren.⁶⁶ Vejledningen lægger således op til, at det er en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde om forældremyndighedsindehaveren skal informeres. Forældremyndighedsindehaverens ret til information skal fortolkes i lyset af forældreansvarslovens almindelige regler, hvilket betyder at handleretten og omsorgspligten efter FOL § 2, stk. 1, skal vurderes i lyset af den unges interesser og behov. Dermed antages det, at forældremyndighedsindehaveren ikke altid skal have fuld information. Ud fra denne betragtning, giver vejledningen ift. forarbejderne til patientretsstillingsloven, god mening.⁶⁷

Det fremgår endvidere af forarbejderne til patientretsstillingsloven, at forældremyndighedsindehaveren også skal inddrages i den unges stillingstagen, og dermed skal sundhedspersonen også forhøre sig om forældrenes opfattelse af behandlingsbehov og ønsker. Der lægges således op til, at beslutningen om at give samtykke til en behandling skal drøftes i fællesskab mellem den unge, forældremyndighedsindehaveren og sundhedspersonen, selvom det stadig er den unge, der har det sidste ord i forhold til at samtykke til behandling.⁶⁸

Dette udgangspunkt forudsætter dog, at den unge altid ledsages i en behandlingssituation af forældremyndighedsindehaveren, men dette er naturligvis ikke altid tilfældet, da forældremyndighedsindehaveren ikke altid er sammen med den unge på tidspunktet for behovet for behandling og der kan ligeledes være praktiske hensyn som arbejde og andre søskende, der skal passes. Spørgsmålet i disse situationer er således om forældremyndighedsindehaveren skal informeres om behandlingssituationen, og hvor meget information der i så fald skal gives. Det tidligere Patientklagenævn har taget stilling til dette i flere sager.

I sag nr. 0017414 klagede moren til en 16-årig dreng over, at hun ikke var blevet informeret om drengens besøg på skadestuen, hvor han havde henvendt sig med et håndledsbrud. På skadestuen blev der lagt en gips, som drengen to gange fik beskadiget og derefter skiftet. Efter 2. gang hvor gipsen blev skiftet, blev ungdomsskolen, hvor han boede, informeret og opfordret til at støtte drengen til at holde armen i ro. Nævnet fandt ikke grundlag for at kritisere, at moren (eller ungdomsskolen) ikke var blevet informeret, da der ikke var behov for særlig opfølgning i hjemmet, og drengen var endvidere blevet informeret om at holde armen i ro, og nævnet fandt, at det må kunne antages, at en 16-årig kan forstå denne information om at holde armen i ro. Det følger ligeledes af afgørelsen, at nævnet følger vejledningen, da nævnet udtaler, at spørgsmålet om hvorvidt forældremyndighedsindehaveren skal informeres, må vurderes ud fra behandlingens karakter, sygdommens alvor, oplysningernes art, den unges alder og modenhed og behovet for opfølgning i hjemmet, som det også fremgår af vejledningen.

I sag nr. 0230504 fandt nævnet heller ikke grundlag for at kritisere manglende information til en 17-årig drengs mor. Her drejede det sig om en dreng, der ved et tandlægebesøg havde fået boret i en forkert tand, og hvor tandlægen ikke havde informeret moderen, hvilket hun senere klagede over. Nævnet finder, at en 17-årig dreng må kunne forstå informationen om, at der var blevet boret i en forkert tand, og nævner igen vejledningens ordlyd. Denne sag ligner således meget den foregående, hvor der lægges vægt på, at den unge selv må kunne forstå den information, som der er blevet givet, og hvor der ikke er behov for at informere forældremyndighedsindehaveren. Den sidste sag er dog også lidt anderledes, da der som nævnt er blevet foretaget en fejlbehandling, hvor det kan have nogle konsekvenser efterfølgende, og der kan blive tale om et evt. erstatningskrav.

⁶⁵ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 527-528

⁶⁶ Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 3.1.1

⁶⁷ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 67-68

⁶⁸ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 528

Dette kan en 17-årig måske ikke selv overskue og forstå, og nævnet udtaler også, at det havde været hensigtsmæssigt at informere forældremyndighedsindehaveren om fejlbehandlingen, selvom de ikke udtaler kritik af den manglende information.

I sag nr. 0122529 fandt nævnet ud fra en samlet vurdering, at det havde været hensigtsmæssigt, at der som minimum var blevet søgt telefonisk kontakt til hjemmet, inden der var blevet iværksat behandling af en 16-årig dreng, der havde slået en tand ud ved styrt på knallert. Desuden havde det også været hensigtsmæssigt, hvis drengen var blevet medgivet en skriftlig orientering med henblik på orientering i hjemmet, så forældremyndighedsindehaveren kunne varetage sin omsorgspligt, da drengen havde fået besked på at han alene måtte spise blød kost og ikke måtte bide af med fortænderne. Selvom nævnet antog, at en 16-årig dreng måtte kunne forstå denne information om kosten, så finder nævnet således alligevel, at det havde været hensigtsmæssigt med information til forældremyndighedsindehaveren, netop pga. opfølgingsbehovet i hjemmet.

Ud fra disse sager ses det, at Patientklagenævnet foretager en konkret vurdering i den enkelte sag, og nævnet følger således vejledning om information og samtykke.⁶⁹ Ligeledes følger det også, at der lægges vægt på om der er et opfølgingsbehov i hjemmet, og i så fald bør forældremyndighedsindehaveren netop informeres, således at denne kan varetage sin omsorgspligt for den unge. Såfremt der er tale om mindre behandlinger, der ikke forventes at have konsekvenser fremadrettet og hvor der ikke er behov for nogen opfølgning i hjemmet, følger det således af nævnets praksis, at der ikke behøver at ske information af forældremyndighedsindehaveren.

Caroline Adolphsen mener ligeledes, at på trods af, at det klart følger af forarbejderne til SL § 17, stk. 1, at den unge og forældremyndighedsindehaveren skal have den samme information, så må udgangspunktet være, at den ansvarlige sundhedsperson ikke altid er forpligtet til at informere forældremyndighedsindehaveren, og at dette må vurderes konkret. Netop som det også følger af Patientklagenævnets praksis og vejledning om samtykke og information.⁷⁰ Forfatteren lægger ligeledes vægt på, at det følger klart af SL § 14, at en legal repræsentant alene kan indtræde i patientens rettigheder, såfremt det er nødvendigt for at varetage patientens interesser, hvilket i forhold til unge betyder, at informationen til forældremyndighedsindehaveren skal være nødvendig for at varetage omsorgsplikten efter FOL § 2, stk. 1. Hvis der ikke er behov for opfølgning i hjemmet eller yderligere behandling, må sundhedspersonen ikke være forpligtet til at informere forældremyndighedsindehaveren.⁷¹ Dette følger også af praksis fra Patientklagenævnet, hvor enkelte sager er nævnt ovenfor.

Anderledes er Mette Hartlev kritisk over for Patientklagenævnets praksis i disse sager, og mener ikke at informationsforpligtelsen over for forældremyndighedsindehaveren altid håndhæves lige effektiv af nævnet. Forfatteren synes dermed at lægge større vægt på forarbejderne til SL § 17, stk. 1, hvoraf det fremgår, at forældremyndighedsindehaveren skal have samme information som den mindreårige. Udgangspunktet er dermed, at forældremyndighedsindehaveren skal orienteres, men der kan dog være konkrete grunde til at undlade at informere dem. Herunder nævner Mette Hartlev, BK art. 16, hvoraf det følger at børn har ret til respekt for deres privatliv, og at der således kan være situationer, hvor det er berettiget at vægte hensynet til den unges privatliv højere end hensynet til at informere forældremyndighedsindehaveren.⁷² I situationer, hvor den unge møder op alene, mener forfatteren, at det må være op til sundhedspersonalets vurdering om man af egen drift skal tage initiativ til at informere forældremyndighedsindehaveren, men at der næppe kan der være tale om, at der i alle situationer er en egentlig pligt til at kontakte forældremyndighedsindehaveren. Forfatteren antager, at den relevante sundhedsperson må kunne gå ud fra at forældremyndighedsindehaveren er informeret om den

⁶⁹ Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 3.1.1

⁷⁰ Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 3.1.1

⁷¹ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 71-72

⁷² Mette Hartlev: "Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv" 1. udgave, 2005, s. 423ff

unges henvendelse til sundhedsvæsenet, og der dermed ikke er en pligt til at informere forældremyndighedsindehaveren af egen drift ⁷³

Der er således uenighed i teorien om, hvorvidt der altid er en pligt til at informere forældremyndighedsindehaveren. Udgangspunktet efter forarbejderne til SL § 17, stk. 1, stemmer overens med Mette Hartlevs synspunkt om, at der som udgangspunkt altid skal ske information af forældremyndighedsindehaveren, medmindre der er konkrete holdepunkter for andet, hvorimod Caroline Adolphsens synspunkt om, at det er en konkret vurdering støttes af Patientklagenævnets praksis og vejledning om information og samtykke.⁷⁴ Retstilstanden er således ikke hensigtsmæssig, både af hensyn til sundhedspersonalet, der ikke ved hvad de skal agere efter, når svaret ikke gives direkte i sundhedsloven, og af hensyn til den unges retssikkerhed, da det er uklart, hvad der er gældende.

Det fremgår heller ikke af sundhedsloven, om unge i forskellige situationer kan frabede sig, at forældremyndighedsindehaveren bliver informeret. Det antages, at såfremt der er et behov for at informere forældremyndighedsindehaveren, fordi der er et behov for at forældremyndighedsindehaveren skal varetage sin omsorgspligt, vil den unges ønske ikke sig selv kunne medføre, at forældremyndighedsindehaveren ikke får information.⁷⁵ Se nærmere i afsnit 4.2 hvor jeg har gennemgået nogle særlige situationer, hvor det antages, at forældremyndighedsindehaveren ikke skal informeres.

Det fremgår også af en artikel fra Ugeskrift for Læger, at unge har et klart behov for information om hvilke informationer, der kan gives fortroligt til en sundhedsperson uden at denne informere forældremyndighedsindehaveren herom, og at den manglende fortrolighed og klarhed over hvorledes reglerne er, kan være en barriere mod at søge lægehjælp. Dette kan især ramme sårbare unge, der netop kunne have behov for hjælp. Artiklen fremhæver bl.a. norsk ret, hvor det efter PRL § 3-4, tredje led, gælder at forældremyndighedsindehaveren kun har ret til at blive informeret om den unges helbredstilstand, hvis det er nødvendigt for at varetage forældreansvaret.⁷⁶ Dette gælder i forhold til unge over 16 år, der efter norsk ret har selvbestemmelse på lige fod med voksne patienter. Bestemmelsen ligger således op til en konkret vurdering. For unge mellem 12-16 år gælder der, at forældremyndigheden har ret til fuld information og aktindsigt, men denne adgang kan dog begrænses, hvis den unge ønsker dette, og ønsket er velbegrundet jf. PRL § 3-4, andet led. Det følger således klart af den norske lovgivning, at der er tale om konkret vurdering ved information af forældremyndighedsindehaveren. Den norske model virker mere hensigtsmæssig, da det fremgår klart af loven, at der skal foretages en konkret vurdering ift. nødvendigheden af at informere forældremyndighedsindehaveren, og desuden er det et mere nuanceret udgangspunkt.⁷⁷

4.2. Situationer hvor forældremyndighedsindehaveren ikke skal informeres

Udover ovenstående diskussion og det faktum, at det antages, at den unge ikke som udgangspunkt kan afskære forældremyndighedsindehaverens information, findes der nogle særlige situationer, hvor det antages, at der ikke skal ske information af forældremyndighedsindehaveren.

Det følger således af SL § 62, stk. 1, at der kan tilbydes vejledning om anvendelse af svangerskabsforebyggende metoder hos en almen praktiserende læge, og efter bestemmelsens stk. 2, kan denne vejledning tilbydes til mindreårige uden forældremyndighedsindehaverens samtykke, hvilket således må betyde, at den mindre-

⁷³ Mette Hartlev: "Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv" 1. udgave, 2005, s. 654

⁷⁴ Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 3.1.1

⁷⁵ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 74

⁷⁶ Kirsten Boisen, Caroline Adolphsen, Jannet Svensson, Rikke Jensen og Grete Teilmann: "Lægers tavshedspligt ved behandling af unge kan være et dilemma" Ugeskrift for Læger, 2016, nr. 178, s. 1991ff

⁷⁷ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 76-77 og Mette Hartlev: "Fortrolighed i sundhedsretten - et patientretligt perspektiv" 1. udgave, 2005, s. 722-723

årige har ret til vejledning uden at forældremyndighedsindehaveren informeres. Derudover har den mindreårige patient også mulighed for at anmode abortsamtalen om en svangerskabsafbrydelse uden samtykke fra forældremyndighedsindehaveren jf. SL § 99, stk. 1 og 2.

Som nævnt ovenfor følger det også af vejledning om information og samtykke, at der kan være tungtvejende hensyn til den mindreårige, som taler for at undlade at informere forældremyndighedsindehaveren.⁷⁸ Dette kan eksempelvis være oplysninger i forhold den unges seksualitet, som kunne kollidere med forældremyndighedsindehaverens religion eller kultur, hvis disse oplysninger blev givet videre og således skabe alvorlige problemer for den unge.⁷⁹

Efter SL § 37, stk. 2, kan forældremyndighedsindehaverens ret til aktindsigt i den mindreåriges patientjournal begrænses, hvis afgørende hensyn til den mindreårige taler herfor. Selvom bestemmelsen omhandler retten til aktindsigt, må den også betyde, at retten til information i visse tilfælde kan begrænses, da undtagelsen om aktindsigt ellers ville kunne risikere at blive helt udhulet, hvis der samtidig var en forpligtelse til at informere forældremyndighedsindehaveren om ting, der var undtaget fra aktindsigt. Vejledning om information og samtykke bestyrker også dette synspunkt.⁸⁰

4.3. Umodne unge patienter over 15 år

Udgangspunktet efter SL § 17, stk. 1 om, at den mindreårige patient over 15 år er samtykkekompetent og dermed sidestilles med voksne patienter, hvor der ikke kan indledes behandling uden samtykke, medmindre der er tale om en situation efter psykiatriloven, epidemiloven eller SL §§ 141 c-g, er fraveget i SL § 17, stk. 2, hvor der findes yderligere en undtagelse. Heraf fremgår det, at såfremt sundhedspersonen efter en individuel vurdering skønner, at den unge ikke er i stand til at forstå konsekvenserne af sin stillingtagen, kan forældremyndighedsindehaveren give informeret samtykke på den mindreåriges vegne. Bestemmelsen giver således mulighed for at tilsidesætte den unges samtykkekompetence.

4.3.1. Hvilke unge patienter er SL § 17, stk. 2, rettet imod?

Hvis man ser på ordlyden af bestemmelsen, fremgår det blot, at samtykkekompetencen kan fratages den unge, hvis denne ikke selv er i stand til at forstå konsekvenserne af sin stillingtagen. Dette kunne i princippet omfatte alle unge i aldersgruppen 15 – 18 år, da det må antages, at alle unge kunne komme ud i en behandlingssituation, som de ikke til fulde forstår meningen med, og dermed måske ikke forstår konsekvenserne af at undlade behandling. Disse unge er stadig under forældremyndighed, hvilket må indikere, at man fra lovgivers side mener, at der er et behov for, at unge i denne aldersgruppe stadig har brug for omsorg og for at der er en forældremyndighedsindehaver, der i et vist omfang kan træffe beslutninger for den unge eller i hvert fald hjælpe den unge på vej. Desuden fremgår det også af SL § 17, stk. 1, 2. pkt., at forældremyndighedsindehaveren stadig skal informeres og inddrages i den unges stillingtagen. Udgangspunktet er således, at det er almindeligt, at unge mellem 15-18 år kan have brug for hjælp til at træffe beslutninger i deres liv, også selv om der er tale om modne og velfungerende unge. Det vil således umiddelbart kunne fremstå som om, at bestemmelsen vil kunne omfatte enhver ung patient i aldersgruppen.

Det følger imidlertid af forarbejderne til bestemmelsen, at denne kun vil kunne anvendes i de tilfælde, hvor den unge klart frembyder tegn på umodenhed ved ikke at være i stand til at forstå konsekvenserne af sin stillingtagen.⁸¹ Forarbejderne fremhæver dermed, at vurderingen af om den unge er i stand til at forstå konsekvenserne af sin stillingtagen drejer sig om, hvorvidt den unge er umoden, og at der skal være tale om klare tegn på umodenhed. Det kan desuden ikke antages, at det har været lovgivers mening at lave en bestemmelse, som SL § 17, stk. 1, der giver unge over 15 år samtykkekompetence i behandlingssituationer, da man gerne vil tilgodese den unges selvbestemmelsesret, for derefter at lave en undtagelse i SL § 17, stk. 2, der ville fratage

⁷⁸ Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 3.1.1

⁷⁹ "Mindreåriges rettigheder i relation til behandling" s. 70

⁸⁰ "Mindreåriges rettigheder i relation til behandling" s. 70 og Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 3.1.1

⁸¹ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 527

selvbestemmelsen fra en del unge i denne aldersgruppe, der udviser tegn på almindelig ungdommelig umodenhed. Det fremgår endvidere af forarbejderne til bestemmelsen, at man i stedet kunne have valgt at videreføre retsstillingen, som den var før indførelsen af patientretsstillingsloven, hvor udgangspunktet var, at patienten skulle være 18 år for at være samtykkekompetent og derudover kunne inddrages i det omfang som den unges udvikling og sygdommens karakter begrundede dette, men at det måtte anses for at være mere rimeligt med en 15 års grænse, der klart fremgår af loven. Desuden antages det også, at unge under 18 år i vidt omfang har fuld forståelse for behandlingssituationer, afhængigt af deres udvikling og sygdommens karakter.⁸² Disse udsagn peger også i retning af, at man fra lovgivers side anser unge over 15 år til at være i stand til at kunne give informeret samtykke til behandling og undersøgelse, jf. SL § 17, stk. 1, og at SL § 17, stk. 2, er en undtagelse hertil, hvorfor bestemmelsen ikke kan være tiltænkt almindelige umodne unge over 15 år. Det fremgår da også af forarbejderne, at SL § 17, stk. 1, er en klar hovedregel, og at SL § 17, stk. 2 er en begrænset undtagelse hertil.⁸³

Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen antager også, at SL § 17, stk. 2, primært må være rettet mod unge, som pga. deres mentale tilstand, formentlig vil komme under værgemål, når de fylder 18 år eller de unge, som er mere end almindelig ungdommelig umodne, og derfor ikke kan forstå konsekvenserne af deres stillingtagen.⁸⁴ Den første gruppe, der her nævnes, vil være de patienter, der er omfattet af SL § 18, stk. 1, der omhandler varigt inhabile patienter, og hvor de nærmeste pårørende eller en evt. værge, samtykker på patientens vegne til behandling eller undersøgelse. Denne gruppe omfatter bl.a. mennesker med nedsat psykisk funktionsevne, hvad enten denne tilstand er medfødt eller først opstået senere. Dette kan fx være demente patienter eller psykisk udviklingshæmmede. Desuden må kroniske sindslidende også henregnes under denne gruppe, hvis den pågældende ikke er i stand til at forholde sig fornuftsmæssigt til en behandlingssituation, og dermed give et meningsfuldt samtykke.⁸⁵ Der kan således være tale om forskellige former for nedsat psykisk funktionsevne. De patienter, der er over 15 år, og som utvivlsomt aldrig kommer til at kunne give et informeret samtykke, antages at være omfattet af SL § 18 fra de fylder 15 år, da de betragtes som varigt inhabile.⁸⁶ Her vil SL § 17, stk. 2, ikke være gældende, da der er tale om unge, der aldrig vil være i stand til at samtykke. Dette følger også af sag nr. 0233915 fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn, der drejede sig om hvorvidt der skulle være indhentet samtykke fra forældremyndighedsindehaveren, inden der var foretaget en behandling af en 17-årig psykisk handicappet, svært retarderet og autistisk dreng, der boede på et bosted. Drengen havde været urolig og havde udvist aggressiv adfærd overfor personalet, og der var blevet tilkaldt en vagtlæge, der ordinerede en indsprøjtning med et beroligende middel. Nævnet antog, at drengen måtte anses som værende varigt inhabil efter SL § 18, stk. 1, og at der derfor skulle have været indhentet informeret samtykke fra de pårørende inden behandlingen startede. Nævnet antager således også, at patienter over 15 år, der må anses som værende varigt inhabile, hører under SL § 18, stk. 1, når de fylder 15 år og derved ellers ville have opnået selvbestemmelse. Uanset om det er SL § 17, stk. 2, eller SL § 18, stk. 1, der anvendes, vil det typisk være forældremyndighedsindehaverne, der samtykker på patientens vegne, da de typisk er de nærmeste pårørende jf. SL § 18, stk. 1.

Udover den ovenstående gruppe, kan der som nævnt også være tale om unge, der er mere end almindelig ungdommeligt umodne, og derfor ikke kan forstå konsekvenserne af deres stillingtagen. Dette kan være unge, der af den ene eller anden årsag er sent udviklede, og derfor ikke er alderssvarende i modenhed. Det kan også være unge, der har nedsat psykisk funktionsniveau, men som ikke anses som værende varigt inhabile efter SL § 18, stk. 1. Det kan endvidere være unge, der har været udsat for traumer og omsorgssvigt, da dette kan føre til et lavere funktionsniveau end det der svarer til den pågældendes alder.⁸⁷

⁸² FT 1997-98 A, 2. samling, s. 527

⁸³ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 527

⁸⁴ Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen: "Use of Force for Medical Purposes – A Danish Perspective" *European Journal of Health Law*, vol. 22, no. 4, 2015, s. 378

⁸⁵ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 529

⁸⁶ "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 65

⁸⁷ Haldor Øvreeide: "At tale med børn", 3. udgave, 2009, s. 148. Se desuden: "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling" s. 78

Uanset hvilke grupper af unge patienter, som det må antages at have været målgruppen for bestemmelsen, så er det afgørende i forhold til anvendelse af bestemmelsen stadig, om den unge må antages at være i stand til at kunne forstå konsekvenserne af sin stillingtagen.

4.3.2. *Vurderingen af om den unge patients kompetencer*

Ud fra SL § 17, stk. 2's ordlyd er der, ved vurderingen af om den unge kan forstå konsekvenserne af sin stillingtagen, tale om en konkret skønsmæssig vurdering. Desuden følger det af forarbejderne til bestemmelsen, at efter indførelsen af patientretsstillingsloven, ændrede man retsstillingen ift. mindreårige patienter. Tidligere var den pågældende sundhedsperson overladt et vidt skøn, men dette blev ændret således, at udøvelse af skøn nu udelukkende sker efter SL § 17, stk. 2.⁸⁸

Det følger af SL § 21, nr. 1, og af udvalgsarbejdet ved behandlingen af forslag til lov om patienters retsstilling, at det er den behandlingsansvarlige sundhedsperson, der har kompetencen og forpligtelsen til at vurdere, om den unge forstår konsekvenserne af sin stillingtagen. Endvidere følger det af forarbejderne, at det ikke kan beskrives generelt, hvordan sundhedspersonen i den konkrete situation, når frem til om den unge forstår konsekvenserne af sin stillingtagen. Der er tale om en konkret anvendelse af basal psykologisk og medicinsk viden og erfaring, set i relation til den pågældende lidelses alvorlighed og kompleksitet, samt af almindelig menneskekundskab og hensyntagen til den unges modenhed i øvrigt.⁸⁹

Efter vejledning om information og samtykke følger det, at sygdommens alvor og behandlingens karakter kan have betydning for vurderingen af, hvorvidt den unge kan anses at være i stand til at overskue konsekvenserne af sin stillingtagen.⁹⁰ Dette er i stil med de ovenstående bemærkninger til udvalgsarbejdet, hvor det fremgår, at det skal indgå i vurderingen af den unges kompetencer, hvor alvorlig og kompleks den pågældende lidelse er. Begge udsagn må antages at medføre, at der stilles større krav til den unges modenhed og forståelse ved alvorlige og komplekse lidelser, da det naturligvis vil kræve mere af den unge at kunne forstå omstændighederne ved en alvorlig sygdom end ved en banal og harmløs sygdom, der er lettere at kunne forstå og sætte sig ind i. Behandlingens karakter kan også spille ind ved vurderingen, og det samme må være gældende her, således at såfremt der er tale om en meget omfattende og evt. risikabel behandling, så stilles der større krav til den unges modenhed og forståelse af situationen.

Udover kriterierne om sygdommens alvor og behandlingens karakter fremgår det ikke af forarbejderne, hvornår den unge kan antages at have den fornødne modenhed. Der er også netop tale om et skøn i den konkrete situation, men bestemmelsen giver anledning til nogle problematikker, der medfører at retsstillingen er uklar. Der findes heller ikke nogen sager fra Styrelsen for Patientsikkerhed eller Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn, hvor en ung patient har fået frataget sin samtykkekompetence og klaget herover, som kunne være med til at belyse situationen. Udover det allerede beskrevne, indeholder forarbejderne ikke yderligere information om, hvordan bestemmelsen skal anvendes i praksis.

Som nævnt ovenfor, så er det den behandlingsansvarlige sundhedsperson, der skal foretage vurderingen af modenheden hos den unge. Efter SL § 6 følger det, at der ved sundhedspersoner forstås personer, der er autoriserede i henhold til særlig lovgivning til at varetage sundhedsfaglige opgaver og personer, der handler på disse vegne. Særlig lovgivning er i dette tilfælde autorisationsloven, der autoriserer særlige grupper af professioner i sundhedssystemet. Læger er autoriserede sundhedspersoner efter AL § 27, stk. 3, og derudover er der tale om en bred gruppe af professioner. De andre professioner, der er autoriserede sundhedspersoner følger af AL §§ 47-70a, og består bl.a. af tandlæger, fysioterapeuter, sygeplejersker, jordemødre, social – og sundhedsassistenter mv. Såfremt den pågældende autoriserede sundhedsperson er ansvarlig for behandlingen, kan der dermed være tale om mange forskellige faggrupper og desuden forskellige situationer, hvor den pågældende sundhedsperson skal vurdere om den unge er i stand til at forstå konsekvenserne af sin stillingtagen. Dette kan

⁸⁸ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 526-527

⁸⁹ Bilag 32 til lovforslag nr. 15 fra folketingsåret 1997-98, 2. samling. Fundet i Folketingets webarkiv: <http://webarkiv.ft.dk/doc.aspx?samling/arkiv.htm>

⁹⁰ Vejledning nr. 161 af 16. september 1998 om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv. pkt. 2.1.1.

være en vanskelig vurdering for sundhedsperson at skulle foretage, når der ikke er nogen retningslinjer at følge, udover at den unges modenhed skal vurderes. Som tidligere nævnt fremgår det af forarbejderne til SL § 17, stk. 2, at det ikke kan beskrives generelt hvordan sundhedspersonen i den konkrete situation, når frem til om den unge forstår konsekvenserne af sin stillingtagen. Det er dermed forudsat, at den enkelte sundhedsperson har en basal psykologisk og medicinsk viden, som kombineret med almindelige menneskekundskab, gør sundhedspersonen i stand til at foretage en vurdering af om den unge har den fornødne modenhed. Der lægges med andre ord op til, at sundhedsperson ud fra egenskaber, som det formodes at vedkommende er i besiddelse af, kan foretage denne vurdering, men uden at der gives retningslinjer om, hvordan denne vurdering skal foretages. Hvis det haves in mente, at denne vurdering kan fratage den unge en rettighed, som sundhedsloven giver vedkommende, så virker dette ikke hensigtsmæssigt. Som nævnt er der tale om mange forskellige professioner og desuden mange forskellige behandlingssituationer. Det kan således fx være en fysioterapeut, der møder den unge patient for første gang, og hvor fysioterapeuten skal vurdere den unges modenhed på et spinkelt grundlag og helt uden nogle retningslinjer. Det er jo netop fysioterapeuten, der skal lave et skøn over den unges modenhed, og der kan være mange ting, der kan spille ind, når vurderingen skal foretages. Det kan være, at den unge er alderssvarende moden, men har en dårlig dag pga. kærestesorger, er træt mv. og derfor kan virke umoden. Hvis fysioterapeuten ikke kender den unge, kan det være, at han vurderer, at den unges dagsform er et udtryk for umodenhed, og at den unge ikke vil være i stand til at kunne forstå konsekvenserne af sin stillingtagen, og således fratager den unge samtykkekompetencen. Den unge kan dermed få frataget sin selvbestemmelsesret ved en tilfældighed. Desuden må det også antages, at da der er tale om et skøn fra den enkelte sundhedsperson, så vil der være forskellige vurderinger af, hvor moden den unge nødvendigvis skal være og af hvor stor en forståelse af situationen, der kræves.

Det er uhensigtsmæssigt, at retstilstanden på området er så uklar, når der er tale om at unge kan miste deres ret til selvbestemmelse efter sundhedsloven. Med indførelsen af patientretsstillingsloven og dermed samtykkekompetence til unge patienter over 15 år, så var det netop for at styrke den unges selvbestemmelsesret, og desuden ændre på retsstillingen, der var meget uklar. Før patientretsstillingsloven blev mindreåriges forhold reguleret af Sundhedsstyrelsens cirkulære om information og samtykke⁹¹ sammenholdt med den dagældende forældremyndighedslov⁹², og her var der overladt et meget vidt skøn til sundhedspersonen. Efter cirkulærets § 6, stk. 1, skulle forældremyndighedsindehaveren meddele informeret samtykke på den mindreåriges vegne, hvis der var tale om mindre børn og ved alvorlige sygdomstilfælde, og der var således overladt et meget vidt skøn til den behandlingsansvarlige sundhedsperson, der skulle vurderes om der var tale om mindre børn, og om der var tale om et alvorligt sygdomstilfælde. Denne uklare retstilstand ønskede man netop at gøre op med ved indførelsen af patientretsstillingsloven, da det også fremhæves i forarbejderne, at en så uklar retsstilling er utilfredsstillende både for sundhedspersonen, forældremyndighedsindehaveren og den mindreårige.⁹³ Selvom reglen om fratagelse af den unges samtykkekompetence nu findes i en lov, nærmere bestemt SL § 17, stk. 2, og ikke i et cirkulære, som de tidlige regler om mindreåriges retsstilling, så må retstilstanden siges at være uklar, da vurderingen af om den unges samtykkekompetence skal tilsidesættes alene bygger på den behandlingsansvarlige sundhedsperson. Som forarbejderne selv fremhæver, så er en uklar retstilstand utilfredsstillende for alle parter, der er involveret.

For varigt inhabile patienter, der ikke har nogen nærmeste pårørende eller værge, kan en sundhedsperson gennemføre en påtænkt behandling, hvis en anden sundhedsperson, der har faglig indsigt på området og som ikke tidligere har deltaget i behandlingen, giver tilslutning hertil jf. SL § 18, stk. 2. En lignende model kunne overvejes at indføres ift. vurderingen af den unges kompetencer efter SL § 17, stk. 2. Hvis der udover den behandlingsansvarlige sundhedsperson, var en uafhængig sundhedsperson, der skulle vurdere den unges kompetencer, ville dette gøre vurderingen mindre tilfældig og dermed styrke den unges retssikkerhed.

⁹¹ Cirkulære nr. 163 af 22/09/1992 om information og samtykke

⁹² Lov nr. 387 af 14/06/1995 om forældremyndighed og samvær

⁹³ FT 1997-98 A, 2. samling, s. 526-527

4.3.3. Hvis den unge patient træffer uhensigtsmæssige beslutninger

Det er, som nævnt, ikke klart hvilken grad af umodenhed, der skal til før at den unge får frataget sin samtykkekompetence efter SL § 17, stk. 2, og det er ligeledes heller ikke klart om det anses som værende et udslag af umodenhed, hvis den unge træffer nogle uhensigtsmæssige beslutninger vedrørende sit helbred. Der kan være tale om flere situationer. Som nævnt i forbindelse med børn under 15 år, kan der opstå situationer, hvor den mindreårige ikke ønsker behandling eller undersøgelse, fordi vedkommende er bange for dette eller fordi behandlingen eller undersøgelsen vil gøre ondt eller være ubehagelig. Dette er naturligt ved mindre børn, men dette må også antages at kunne forekomme ved unge over 15 år. Hvis den unge således afviser en behandling eller undersøgelse på dette grundlag, må den behandlingsansvarlige sundhedsperson vurdere om den unge kan forstå konsekvenserne af sin stillingtagen jf. SL § 17, stk. 2. Hvis dette er tilfældet, kan den unge ikke fratages sin samtykkekompetence, og kan dermed bestemme om vedkommende ønsker behandling eller undersøgelse. Det samme må antages at gælde i de situationer, hvor den unge af andre årsager ikke ønsker behandling. Dette må også være klart når man ser på formålet med SL § 17, stk. 1. Lovgiver har netop ønsket at give den unge selvbestemmelse, og dermed også en selvbestemmelse til at træffe uhensigtsmæssige beslutninger for sig selv og sit helbred. Udgangspunktet er dog mere kompliceret, hvis der er tale om unge, der afviser livsnødvendig behandling og hvor konsekvensen dermed kan blive, at den unge afgår ved døden, hvis samtykkekompetencen ikke fratages den unge. Der kan fx være tale om unge, der bliver bragt ind på skadestuen efter en overdosis og med et ønske om at dø, men uden at betingelserne for tvangsindlæggelse og tvangstilbageholdelse i PL § 5 er opfyldt. Hvis den unge ikke ønsker behandling, er der dermed kun adgang til at behandle den unge, hvis det vurderes, at vedkommende ikke kan forstå konsekvenserne af sin stillingtagen jf. SL § 17, stk. 2. Den unge kan have en modenhed, der er alderssvarende, og desuden være i stand til at forstå konsekvenserne af sit valg, selvom vedkommende ønsker at begå selvmord. Der er som nævnt ingen praksis vedrørende SL § 17, stk. 2, og der er derfor svært at vurdere om den unges ønske er tilstrækkeligt til at fratage den unge samtykkekompetencen. Denne uklarhed er ikke hensigtsmæssig.

Hvis forældremyndighedsindehaveren undlader at lade et barn eller en ung undersøge eller behandle for en livstruende sygdom eller en sygdom, der udsætter barnet eller den unge for betydelig og varigt nedsat funktionsevne, følger det af SEL § 63, stk. 1, at børne- og unge-udvalget kan træffe afgørelse om at gennemføre undersøgelsen eller behandlingen, og dermed fratage samtykkekompetence fra forældremyndighedsindehaveren midlertidigt. Denne bestemmelse er dog ikke anvendelig, hvis der er tale om en ung patient over 15 år, der ikke vil lade sig behandle og opfylder kriterierne i SEL § 63, stk. 1, da bestemmelsen kun er rettet mod forældremyndighedsindehaverens modstand mod behandling.⁹⁴ En foranstaltning efter SEL § 63, stk. 1, vil således kun være relevant ift. unge patienter mellem 15-17 år, hvis de får frataget deres samtykkekompetence efter SL § 17, stk. 2, og forældremyndighedsindehaveren ikke vil samtykke til en behandling af en sygdom og kriterierne, for at iværksætte en foranstaltning efter SEL § 63, stk. 1, ellers er opfyldt.

4.3.4. Hvis den unge får frataget sin samtykkekompetence, herunder magtanvendelse og inddragelse

Hvis den unge patient får frataget sin samtykkekompetence, er det forældremyndighedsindehaveren, der skal afgive informeret samtykke på den unges vegne, og dermed er situationen den samme, som hvis patienten er under 15 år.

SL § 17, stk. 2, omhandler muligheden for at kunne fratage den unge samtykkekompetencen, men nævner ikke muligheden for, at der også er en adgang til at begrænse den unges information. Udgangspunktet er dermed, at den unge skal have fuld information, uanset at den unge eventuelt får frataget sin samtykkekompetence, medmindre at det ikke er muligt, at kommunikere med den unge på en meningsfuld måde.⁹⁵ Det følger desuden af forarbejderne til SL § 20, at denne bestemmelse også finder anvendelse på unge, der fratages samtykkekompetencen efter SL § 17, stk. 2. Den unge skal dermed inddrages mest muligt i beslutningsprocessen, og der er ligeledes pligt til at tillægge den unges tilkendegivelser betydning, hvis disse er relevante og aktuelle. Selvom

⁹⁴ FT 1991-92 A, s. 4877

⁹⁵ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s.77

den unge fratages sin samtykkekompetence, medfører dette således ikke, at den unge helt skal holdes uden for processen.

Hvis den unge har fået sin samtykkekompetence tilsidesat og yder fysisk modstand mod behandling eller undersøgelse, er spørgsmålet om der kan anvendes magt for at gennemføre behandlingen eller undersøgelsen. Som tidligere nævnt i afsnit 3.8. ift. børn under 15 år, så findes der ikke nogen hjemmel til magtanvendelse i sundhedsloven, og der er uenighed i teorien om hvorvidt FOL § 2, stk. 1, indeholder en hjemmel for forældremyndighedsindehaveren, som kan delegeres til sundhedspersonalet. Se ligeledes samme afsnit for mere information om skærpet hjemmelskrav, grundlovens § 71, stk. 6, og proportionalitetsprincippet, da det anførte ligeledes er gældende for unge over 15 år. Hvis der er tale om et barn under 15 år, kan der være en hjemmel i FOL § 2, stk. 1, men det er uklart om denne hjemmel kan anvendes, hvis en ung over 15 år, der har fået frataget sin samtykkekompetence, gør modstand mod en behandling. Hvis reglerne for voksne patienter over 18 år gælder, finder FOL § 2, stk. 1, ikke anvendelse og der er dermed ikke nogen hjemmel til magtanvendelse.

Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen skelner imellem de unge over 15 år, der er meget umodne, men som bliver samtykkekompetente senere som i livet og de unge over 15 år, som har en nedsat funktionsevne og som heller ikke som voksne, vil være i stand til at kunne samtykke. Forfatterne anfører i forhold til en første gruppe, at det vil være problematisk, hvis disse unge ikke er beskyttet mod deres manglende dømmekraft indtil de bliver tilstrækkeligt modne og/eller voksne og derfor skal disse unge stilles, som om de er under 15 år. Det forholder sig, ifølge forfatterne, anderledes med den anden gruppe, da det som udgangspunkt vil være betænkeligt at forlænge den periode, hvor forældremyndighedsindehaveren kan træffe beslutninger på deres vegne, da der her er tale om en gruppe, som aldrig bliver i stand til at kunne samtykke. En forlængelse af perioden hvor forældremyndighedsindehaveren kan samtykke på den unges vegne kan således ikke retfærdiggøres ved det faktum, at denne periode kun er midlertidig. Hvis disse patienter, i forhold til magtanvendelse, skal stilles som voksne patienter, vil der ikke være adgang til at anvende magt ved modstand. Selvom det er betænkeligt, at forlænge den periode, hvor den unge er afhængig af samtykke fra forældremyndighedsindehaveren, er det på den anden side problematisk at anse disse unge som voksne, da konsekvensen dermed vil være at nogle af de svageste patienter vil nægte behandling, og hvor det dermed ikke vil være muligt at behandle disse patienter. Forfatterne anfører, at det vil være i den bedste interesse af de unge patienter med varigt nedsat funktionsevne, at disse i forhold til magtanvendelse stilles som børn under 15 år, da det ellers kan have alvorlige konsekvenser for den unge og desuden er problematisk at behandle de to grupper af unge forskelligt.⁹⁶

Det er således uafklaret hvordan retsstillingen er ift. magtanvendelse, og der findes desuden heller ikke noget administrativ praksis på området. Den uklare retstilstand er uhensigtsmæssig, når det for det første haves in mente, at der er tale om magtanvendelse, der er et indgreb i den personlige frihed og for det andet, at den manglende regulering og retningslinjer kan betyde, at de varigt inhabile unge slet ikke får behandling.

Der er fremsat et lovforslag omhandlende magtanvendelse over for varigt inhabile somatiske patienter over 15 år, og det bliver således interessant at se hvad dette lovforslag kommer til at betyde. Uanset dette lovforslag, så ville det, som nævnt i afsnit 3.8 i forbindelse med børn, mest hensigtsmæssigt, hvis der blev indsat en klar hjemmel i loven til at sundhedspersonalet kunne anvende magt i fornødent omfang, hvis der et behandlingsbehov og det desuden ikke er muligt at opnå accept fra den unge.

Det er også en mulighed at overveje at indføre nogle af de retssikkerhedsgarantier, der gælder for patienter over 15 år efter psykiatriloven, hvis der anvendes tvang. Her kan eksempelvis nævnes PL § 31, stk. 1, hvoraf det følger, at patienten skal underrettes mundtligt og skriftligt, inden der påtænkes at anvende tvang over for patienten og endvidere PL § 32, stk. 1, om klagevejledning. Desuden er der en nem klageadgang, da det er sygehusmyndighedens ansvar at indbringe en klage for Det Psykiatriske Klagenævn ved Statsforvaltningen, såfremt patienten er blevet udsat for tvang og ønsker at klage over dette jf. PL § 35. Disse retsgarantier ville således styrke den unges retssikkerhed og position.

⁹⁶ Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen: "Use of Force for Medical Purposes – A Danish Perspective" European Journal of Health Law, vol. 22, no. 4, 2015 s. 377ff

4.3.5. Klageadgang

Styrelsen for Patientsikkerhed behandler klager fra patienter over sundhedsvæsenets sundhedsfaglige virksomhed og desuden forhold omfattet af SL kap. 4-9 jf. KEL § 1, stk. 1, 1. pkt. Hvis det derimod drejer sig om klager over autoriserede sundhedspersoners sundhedsfaglige virksomhed og desuden SL kap 4-7 og 9 samt afsnit IV, så er det Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn, der er den kompetente myndighed jf. KEL § 2, stk. 1, 1. pkt.

Det følger af KEL § 1, stk. 1, § 2, stk. 1 og § 19, stk. 1, at den klageberettigede er ”patienten”. Det følger ikke af loven, om mindreårige patienter har en selvstændig klageret. Der opstilles dog ikke nogen betingelser for at kunne klage, og det vil desuden være en naturlig følge, at unge over 15 år har en selvstændig klageret, da unge har selvbestemmelsesret og samtykkekompetence fra 15 år jf. SL § 17, stk. 1, og såfremt den unge har den fornødne modenhed til at samtykke til behandling, må den unge også kunne klage over denne behandling. Desuden antages det, at det ikke kun er unge, der er samtykkekompetente efter SL § 17, stk. 1, der kan klage til kontrolorganerne, da en sådan begrænsning af kredsen af klageberettigede ikke har støtte i de sundhedsretlige regler. Der findes heller ikke i den almindelige forvaltningsret en aldersgrænse for at være partshabil.⁹⁷

Det må således antages, at den unge kan klage over at have fået sin samtykkekompetence tilsidesat efter SL § 17, stk. 2. Dette gælder, såfremt den unge kan forstå konsekvenserne af at der indgives en klage, men vurderingen heraf er ikke den samme som ved SL § 17, stk. 2, da konsekvenserne ved at klage er langt mindre vidtrækkende end beslutninger vedrørende behandling.⁹⁸ Da der er tale om et indgreb i den unges selvbestemmelsesret, bør der desuden være en vid adgang til at klage af hensyn til unges retssikkerhed.

Det følger af KEL § 10a, stk. 1, at klager efter lovens § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, skal indgives til Styrelsen for Patientsikkerhed ved anvendelse af den digitale løsning som Styrelsen for Patientsikkerhed stiller til rådighed. På styrelsens hjemmeside fremgår det, at såfremt en patient ønsker at klage, skal der udfyldes et klageskema, som findes på hjemmesiden www.borger.dk, hvor patienten skal logge ind med NemID. Hvis den pågældende patient er fritaget fra Digital Post, er vedkommende også fritaget fra at skulle anvende det pågældende digitale klageskema og har mulighed for at få tilsendt et papirskema.⁹⁹ Alle borgere over 15 år er som udgangspunkt omfattet Digital Post, medmindre den pågældende borger er fritaget herfor jf. lov om Digital Post fra offentlige afsendere § 3, stk. 1.¹⁰⁰ Der findes forskellige fritagelseskriterier jf. § 3 i bekendtgørelse nr. 1553¹⁰¹ hvor der skal være mindst et kriterium til stede. I forhold til den unge patient over 15 år, kan dette fx være pga. den unge har en fysisk eller kognitiv funktionsnedsættelse, der hindrer den unge i at modtage Digital Post jf. bekendtgørelsens § 3, nr. 1.¹⁰² Unge med kognitiv funktionsnedsættelse vil også typisk være den gruppe af unge, der får frataget deres samtykkekompetence, og hvis den unge således er fritaget fra Digital Post, vil der være mulighed for en nemmere klageadgang gennem et papirskema. Dette må alt andet lige antages at være mere overskueligt for den unge med en funktionsnedsættelse end den digitale løsning, hvor det forudsættes, at den unge kan anvende NemID. Fritagelsen kræver dog, at den pågældende skal møde personligt op på den lokale borgerservice, hvor borgeren skal udfylde en blanket, hvor vedkommende skriver under på, at opfylde mindst ét af fritagelseskriterierne jf. bekendtgørelsens § 4, stk. 1 og 3.¹⁰³ Der kan dog gives fuldmagt til en repræsentant, der kan møde op og underskrive på den pågældendes vegne jf. bekendtgørelsens § 5, stk. 1.¹⁰⁴

Det følger også af KEL § 10a, stk. 2, at såfremt Styrelsen for Patientsikkerhed finder, at der foreligger særlige forhold, der gør at borgeren ikke må forventes at kunne anvende den digitale løsning, skal Styrelsen tilbyde, at klagen skal indgives på en anden måde end digitalt. Det følger af forarbejderne til loven, at dette er en

⁹⁷ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 285ff. Se desuden Caroline Adolphsen og Helle Bødker Madsen: ”Aktindsigt i mindreårige patientjournaler” Juristen, nr. 5, 2010, s. 131

⁹⁸ ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” s. 287

⁹⁹ <https://stps.dk/da/borgere/klage-over-sundhedsvaesenet/klage-over-brud-paa-dine-patientrettigheder/>

¹⁰⁰ Lovbekendtgørelse nr. 801 af 13/06/2016

¹⁰¹ Bekendtgørelse nr. 1553 af 18/12/2013 om fritagelse af fysiske personer fra tilslutning til Offentlig Digital Post mv.

¹⁰² Bekendtgørelse nr. 1553 af 18/12/2013 om fritagelse af fysiske personer fra tilslutning til Offentlig Digital Post mv.

¹⁰³ Bekendtgørelse nr. 1553 af 18/12/2013 om fritagelse af fysiske personer fra tilslutning til Offentlig Digital Post mv

¹⁰⁴ Bekendtgørelse nr. 1553 af 18/12/2013 om fritagelse af fysiske personer fra tilslutning til Offentlig Digital Post mv

konkret vurdering, som Styrelsen skal foretage, og nævner desuden, at bestemmelsen kan være relevant i forhold til borgere med en funktionsnedsættelse, psykiske lidelser mv.¹⁰⁵ Styrelsen for Patientsikkerhed har således mulighed for at fravige anvendelse af den digitale løsning i særlige tilfælde.

Der findes således flere muligheder for den unge for at klage, men det er ikke sikkert at, unge med en psykisk funktionsnedsættelse selv vil være i stand til at klage uanset fremgangsmåden. Hvis de forstår, hvad det vil sige at klage, og har et ønske herom, vil de sandsynligvis have brug for hjælp til at finde ud af, hvordan man klager. Dette kunne være fra forældremyndighedsindehaveren, der må formodes at være tættest på den unge, men såfremt den unge har fået tilsidesat sin samtykkekompetence, er det forældremyndighedsindehaveren, der skal samtykke til behandling jf. SL § 17, stk. 2. Forældremyndighedsindehaveren vil således typisk ikke være enig i, at der er behov for at klage og støtte op herom.

Der kan således være lang vej til at klage for disse unge. Der findes heller ingen administrativ praksis, hvor unge har klaget over at have fået frataget deres samtykkekompetence efter SL § 17, stk. 2. Det er uvist hvorfor der ingen klager har været, men det er tankevækkende, når det haves in mente, at unge over 15 år har haft samtykkekompetence siden 1998, hvor der deraf har været mulighed for at fratage samtykkekompetencen. Det vil være hensigtsmæssigt af hensyn til den unges retssikkerhed, hvis der kom mere fokus på området og på om der er behov for en nemmere klageadgang for denne gruppe. Det kunne eksempelvis være en mulighed at indføre den samme fremgangsmåde for klager, som findes i PL § 35, der gælder i forhold til psykiatriske patienter over 15 år, der ønsker at klage over anvendelse af tvang. Her er det den pågældende sygehusmyndigheds ansvar at indbringe klagen for den relevante myndighed, og dette ville gøre det meget nemmere for unge at klage, og dermed ville det styrke deres retssikkerhed.

5. Konklusion og opsamling

Dette afsnit vil være en samlet konklusion med fokus på besvarelse af problemformuleringen.

Overordnet set kan ingen behandling indledes eller fortsættes uden patientens informerede samtykke jf. SL § 15, stk. 1. Ved behandling af børn under 15 år, er det forældremyndighedsindehaveren, der samtykker på barnets vegne jf. SL § 17, stk. 1, modsætningsvist og jf. FOL § 2, stk. 1. Såfremt der er fælles forældremyndighed, følger det af FOL § 3, stk. 1, 1. pkt., at væsentlige beslutninger vedrørende barnets forhold kræver enighed mellem forældrene, og dette gælder også i forhold til sundhedsfaglig behandling. Såfremt der opstår uenighed mellem forældremyndighedsindehaverne, kan man skelne imellem om der er tale om en ikke-væsentlig beslutning eller en væsentlig beslutning. Hvis der er tale om ikke-væsentlige beslutninger, og forældrene ikke bor sammen, antages det at bopælsforælderen har det sidste ord vedrørende beslutninger om overordnede forhold i barnets liv. Hvis forældrene bor sammen, og er uenige om en behandling, kan der ikke indledes behandling, såfremt den behandlingsansvarlige sundhedsperson kender til denne uenighed. Såfremt der er tale om uenighed om en væsentlig beslutning, kan der ikke indledes behandling, hvis ikke begge forældre samtykker til behandling jf. SL § 15, stk. 1. Hvis barnet lider af en livstruende sygdom eller en sygdom, der udsætter barnet for en betydelig og varig nedsat funktionsevne, kan SEL § 63 komme på tale. I andre situationer er der ikke nogen brugbare løsningsmuligheder, og man kan med fordel overveje at indføre en lignende løsning som findes i norsk ret, hvor der kan indledes behandling, såfremt den ene forældremyndighedsindehaver positivt samtykker samtidig med, at sundhedspersonale mener, at behandlingen er nødvendig. Forældre, der ikke har del i forældremyndigheden, kan ikke handle på deres barns vegne jf. FOL § 2, stk. 1, modsætningsvist, og kan dermed ikke give samtykke til behandling på barnets vegne. Forælderen har alene en ret til orientering efter FOL § 23, stk. 1. Når barnet møder op til behandling med forskellige personer i barnets liv, kan der i visse situationer være en undersøgelsespligt for sundhedspersonalet til at undersøge om den pågældende kan samtykke til behandling på barnets vegne, og om der fx er enighed mellem forældremyndighedsindehaverne.

Efter SL § 20, er der efter en konkret vurdering, pligt til at inddrage og informere barnet i overvejelserne om behandlingen, såfremt dette giver mening og barnet forstår situationen. Ligeledes skal barnets tilkendegivelser

¹⁰⁵ Lovforslag som fremsat: FT 2014-15, 1. samling, A, L140, s. 23, pkt. 4.2.3

tillægges betydning, såfremt der er aktuelle og relevante, men den endelige samtykkekompetence ligger stadig hos forældremyndighedsindehaveren.

Såfremt barnet ikke ønsker behandling og yder fysisk modstand mod denne, er det uklart om der kan anvendes magt for at overvinde denne modstand. Der findes ikke hjemmel hertil i sundhedslovgivningen, men en eventuel hjemmel kunne findes i FOL § 2, stk. 1, således at forældremyndighedsindehaveren kunne bemyndige sundhedspersonalet til at anvende magt. Der er uenighed i teorien herom, og da der er tale om et evt. indgreb i barnets personlige frihed og person, er dette uhensigtsmæssigt.

Unge over 15 år kan samtykke til behandling jf. SL § 17, stk. 1. Forældremyndighedsindehaveren skal dog stadig informeres og inddrages i den unges stillingtagen, men det er den unge, der har den endelige samtykkekompetence. Hvis den unge ikke ledsages af forældremyndighedsindehaveren, antages det, at der er en pligt for sundhedspersonalet til at informere denne efter en behandling, såfremt dette er nødvendigt for at forældremyndighedsindehaveren kan opfylde sin omsorgspligt efter FOL § 2, stk. 1. Der er dog situationer, hvor forældremyndighedsindehaveren ikke skal informeres, som fx i forbindelse med vejledning om prævention jf. SL § 62, stk. 1 og efter vejledning om information og samtykke kan der desuden være tungtvejende hensyn til den unge, som taler for at undlade at informere forældremyndighedsindehaveren

Såfremt den unge ikke antages at kunne forstå konsekvenserne af sin stillingtagen, kan den unges samtykkekompetence tilsidesættes, hvorefter det er forældremyndighedsindehaveren, der giver samtykke til behandling jf. SL § 17, stk. 2. Bestemmelsen antages primært at være rettet mod unge, der antages at være varigt inhabile eller unge, der er mere end almindelig ungdommeligt umodne. Der er dog tale om en konkret vurdering, der skal foretages af den behandlingsansvarlige sundhedsperson. Der findes ikke nogen administrativ praksis om bestemmelsen, og sundhedspersonalet har i det hele taget ikke megen vejledning til at kunne foretage denne vurdering af den unges kompetence. Dette medfører, at den unge kan få frataget sin samtykkekompetence ved en tilfældighed, og retstilstanden virker generelt uklar. Det vil være hensigtsmæssigt med nogle retningslinjer til at foretage denne vurdering. En anden løsning kunne være indføre en lignende model, som findes i SL § 18, stk. 2, således at en anden uafhængig sundhedsperson skal komme med sin vurdering.

Situationen er ligeledes uklar, hvis den unge træffer uhensigtsmæssige beslutninger, og om dette er nok til at fratage samtykkekompetencen fra den pågældende. Dog er det klart, at SEL § 63 ikke finder anvendelse, da denne bestemmelse udelukkende er rettet mod forældremyndighedsindehaverens modstand mod behandling.

Hvis den unge får frataget sin samtykkekompetence efter SL § 17, stk. 2, er der dog stadig pligt til at informere og inddrage den unge efter SL § 20 i det omfang dette giver mening. Hvis den unge får frataget sin samtykkekompetence, og yder fysisk modstand mod behandlingen, er det uklart om der kan anvendes magt for at gennemføre behandlingen, og om dette skal behandles efter reglerne for voksne over 18 år eller for børn under 15 år. Som nævnt kan der være en hjemmel til magtanvendelse i FOL § 2, stk. 1, hvis der er tale om børn under 15 år. Det ville være hensigtsmæssigt med en klar hjemmel til magtanvendelse, såfremt der er et behandlingsbehov, og desuden kunne det overvejes, at indføre nogle af de retssikkerhedsgarantier, der gælder efter psykiatriloven for at styrke den unges position.

Det antages, at den unge over 15 år er selvstændigt klageberettiget efter klage – og erstatningsloven, såfremt den unge forstår betydningen af at klage. Det er dog usikkert, om den unge er i stand til at kunne klage selvstændigt, når klageprocessen skal ske digitalt, og om den unge i det hele taget ved hvor han skal henvende sig. Der findes ingen administrativ praksis, hvor unge har klaget over at få frataget samtykkekompetencen, og dette kunne måske vidne om, at klageadgangen ikke er nem for den unge patient. Det kunne overvejes at indføre den samme klageadgang, som findes i PL § 35, hvor det er sygehusmyndighedens ansvar at indbringe klagen for den rette myndighed.

Generelt må den unges retssikkerhed anses for at være svag, og der er behov for en styrkelse af denne og mere fokus på området.

Litteraturfortegnelse

Bøger:

Caroline Adolphsen: ”Mindreåriges retsstilling i relation til behandling” 1. udgave, 2013, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen: ”Dansk statsret” 2. udgave, 2016, Jurist – og Økonomforbundets Forlag

Jens Evald og Sten Schaumburg – Müller: ”Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære” 1. udgave, 2004, Jurist – og Økonomforbundets Forlag

Mette Hartlev: ”Fortrolighed i sundhedsretten – et patientretligt perspektiv” 1. udgave, 2005, Forlaget Thomson

Mette Hartlev, Ulla Hybel og Peter Bak Mortensen: ”Sundhed og jura” 1. udgave, 2013, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Kent Kristensen: ”Sundhedsjura” 5. udgave, 2014, Gads Forlag

Helle Bødker Madsen sammen med Jens Garde: ”Psykiatret” 1. udgave, 2013, Jurist- og Økonomforbundet

Helle Bødker Madsen: ”Sundhedsret” 3. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundet

Karsten Revsbech, Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen og Søren Højgaard Mørup: ”Forvaltningsret – Almindelige emner” 6. udgave, 2016, Jurist – og Økonomforbundets Forlag

Haldor Øvreide: ”At tale med børn” 3. udgave, 2009, Hans Reitzels Forlag

Artikler:

Caroline Adolphsen og Eva Naur Jensen: ”Use of Force for Medical Purposes – A Danish Perspective” *European Journal of Health Law*, vol. 22, no. 4, 2015, s. 369 ff

Caroline Adolphsen og Helle Bødker Madsen: ”Aktindsigt i mindreåriges patientjournaler” *Juristen* nr. 5, 2010, s. 131

Henriette Sinding Aasen: ”Barnets ret til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjælp” *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørgsmål*, nr. 1, årgang 6, 2008, s. 23ff.

Kirsten Boisen, Caroline Adolphsen, Jannet Svensson, Rikke Jensen og Grete Teilmann: ”Lægers tavshedspligt ved behandling af unge kan være et dilemma” *Ugeskrift for Læger*, 2016, nr. 178, s. 1991ff

Links:

Lovforslag om magtanvendelse - hentet d. 23/5 2017

<http://www.ft.dk/samling/20161/lovforslag/L185/index.htm>

Klagevejledning fra Styrelsen for Patientsikkerhed - hentet d. 26/5 2017

<https://stps.dk/da/borgere/klage-over-sundhedsvaesenet/klage-over-brud-paa-dine-patientrettigheder/>

Forarbejder til patientretsstillingsloven - hentet d. 6/5 2017

<http://webarkiv.ft.dk/doc.aspx?samling/arkiv.htm>

Børnekonventionen på engelsk – hentet d. 28/5 2017:

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>