

Barns og ungdoms rett til selvbestemmelse og integritetsvern i møte med helsetjenesten

Kandidatnummer: 636

Leveringsfrist: 27.april 2009 kl.12.00

Til sammen 17 848 ord

26.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Rettskildebildet	3
1.1.1	Lov og lovforarbeider	3
1.1.2	Menneskerettsinstrumenter	5
1.1.3	Rettspraksis og forvaltningspraksis	7
1.1.4	Hensyn	9
<u>2</u>	<u>BARN OG UNGDOM</u>	<u>11</u>
<u>3</u>	<u>BETYDNINGEN AV FORELDREANSVARET</u>	<u>14</u>
<u>4</u>	<u>INFORMASJON</u>	<u>16</u>
4.1	Informasjon til barnet	17
4.2	Informasjon til andre, barnets krav på taushet	19
4.2.1	Informasjon til foreldre	20
4.2.2	Informasjon til tredjepersoner	25
<u>5</u>	<u>SAMTYKKE TIL HELSEHJELP</u>	<u>27</u>
5.1	Generelt om samtykke til helsehjelp	27
5.2	Barns samtykke	29
5.2.1	Annet følger av lov	30
5.2.2	Bortfall av samtykkekompetanse	31
5.2.3	Annet følger av tiltakets art	33
5.3	Andres samtykke	36
5.3.1	Hvem som kan samtykke	36
5.3.2	Grenser for samtykkeretten	38

5.3.3	Uenige foreldre	39
5.3.4	Når foreldre motsetter seg helsehjelpen	42
5.3.5	Særlig om tvang mot gravide	44
6	<u>MEDBESTEMMELSE</u>	45
6.1	Hva er medbestemmelse	45
6.2	Barnekonvensjonen artikkel 12	46
6.3	Medbestemmelse overfor foreldre	47
6.4	Medbestemmelse overfor helsepersonell	50
7	<u>SÆRLIG OM TVANG VED HELSEHJELP TIL BARN</u>	52
7.1	Generelt om tvang	52
7.2	Pasienter 0-16 år	54
7.3	Pasienter 16-18 år	57
7.4	Nødrett som tvangsgrunnlag	59
8	<u>AVSLUTNING</u>	60

1 Innledning

Tema for denne analysen er selvbestemmelse og integritetsvern for barn og ungdom i helsetjenesten. Rettslig ligger dette innenfor både helserett og barnerett. Selvbestemmelse og integritetsvern er på den ene siden viktige pasientrettigheter, i form av rettigheter om informasjon, taushetsplikt, samtykke, medbestemmelse og tvang. Samtidig inneholder barneretten generelle regler om foreldreansvar, og om det offentliges inngrep når barn ikke får helsehjelp som de trenger.

Rett til å bestemme over seg selv er en grunnleggende rettighet for enkeltmennesket i vårt samfunn. Det samme er retten til liv, nødvendig helsehjelp og vern om personlig integritet.¹ Når disse rettighetene kommer i konflikt med hverandre har vi en rekke rettsregler som avklarer forholdet mellom dem. Utfordringen med regulering av barns og ungdoms rett til selvbestemmelse og integritetsvern i helsetjenesten og ellers, er at deres umodenhet medfører at det må legges mindre vekt på deres autonomi enn på voksnes. Samtidig må reglene tilpasses at retten til selvbestemmelse veier tyngre etter hvert som barnet vokser og modnes.

Både somatisk og psykisk helsehjelp er inngrep overfor den enkelte som krever samtykke eller lovhjemmel.² Hovedregelen er gyldig informert samtykke, men pasienten er også avhengig av fagpersoners vurderinger og beslutninger om hvilken helsehjelp de skal få. Barn og ungdom står i en særstilling ved at liv og helse og den enkeltes beste, oftere enn for voksne, veier tyngre enn hensynet til selvbestemmelse.

¹ Pasientrettighetsloven § 1-1

² Enten det begrunnes med legalitetsprinsippet eller bare at visse handlinger er forbudte uten nødvendig rettsgrunnlag. Jf. Aasen (2000) s 318-324

Pasienters selvbestemmelse og integritet har også betydning i helsetjenestens behandling av sensitive opplysninger. Helsetjenesten mottar svært personlige opplysninger, som det er viktig å hindre at uvedkommende får tilgang til. Også her gjelder spesielle bestemmelser om barn og ungdom. Deres særlige behov for beskyttelse nødvendiggjør til en viss grad at informasjon gis til andre, og da særlig foreldre.³ Eller til barnevernet for å hindre at barnet utsettes for integritetskrenkelser fra foreldrene. At helsetjenesten behandler opplysninger i tråd med pasientens krav på integritetsvern, er viktig i seg selv. I tillegg er tilliten til at det skjer, en forutsetning for at personer som trenger hjelp skal oppsøke helsetjenesten, og ikke holdes borte av frykt for at personlige opplysninger skal komme på avveier.

Barns og ungdoms formelle selvbestemmelse enten det gjelder helsehjelp eller informasjon, er i stor grad et spørsmål om avgrensning mot myndigheten som tilligger foreldreansvaret. Medbestemmelse er dessuten viktig for barns og ungdoms faktiske innflytelse på egen situasjon, når de ikke har formell beslutningskompetanse. Informasjon til barnet eller ungdommen er en forutsetning for utøvelse av rettigheten i begge tilfelle.

Integritetsvern handler også om vilkår for når det er rettmessig å påtvinge pasienten helsehjelp mot sin vilje. Også her oppstår særlige spørsmål når pasienten er barn eller ungdom. Blant annet omfattes ikke personer under 16 år av like konkrete lovhjemler for tvang som de over 16 år.

Med helsetjenesten menes som sagt både somatisk og psykiatrisk. Temaet begrenser seg ellers til pasienter.⁴ Barn og ungdom som pårørende, faller utenfor. Det samme gjelder særlige problemstillinger rundt barn og medisinsk forskning. Analysen gjelder også det som er spesielt for barn og ungdom, slik at f.eks. generelle unntak fra taushetsplikt, og opplysningsplikter som ikke er spesielle for denne gruppen, ikke behandles.

³ Se punkt 4.2

⁴ Pasrl. § 1-3 bokstav a

Det har vært reist spørsmål om helselovene dekker barn som er i landet ulovlig,⁵ også denne problemstillingen ligger imidlertid utenfor temaet for denne analysen.

1.1 Rettskildebildet

1.1.1 Lov og lovforarbeider

Den mest sentrale rettskildefaktoren i spørsmål om mindreåriges rettsstilling som pasienter, er lovgivningen. Området er forholdsvis detaljert regulert. Helselovgivningen har bestemmelser om pasienter, med særlige regler om barns selvbestemmelse og integritet. Barnelovgivning angår barns rettsstilling generelt, og har enkelte særbestemmelser som gjelder barns helse.

Generelle pasientrettigheter finnes i pasientrettighetsloven av 2.juli 1999 (pasrl.). Tidligere var disse spredt i forskjellige lover.⁶ Lovene var i stor grad profesjonslover, slik at pasientens rettigheter måtte utledes av plikter for ulike kategorier helsepersonell.⁷ Samtidig med at pasientrettighetsloven kom, ble profesjonslovene avløst av helsepersonelloven av 2.juli 1999 (hpl.). Spesialbestemmelser om pasientrettigheter finnes bl.a. i psykisk helsevernloven av 2.juli 1999 (pshlvt.), abortloven av 13.juni 1975 (abl.) og transplantasjonsloven av 9.februar 1973 (tranpl.).

I psykisk helsevern gjaldt pasientrettighetsloven tidligere bare ”så langt den passet”, jf. tidligere ordlyd i pshlvt. § 1-5. Ved lovendring 8.juni 2006 ble imidlertid pasientrettighetsloven gjort gjeldende fullt ut også i det psykiske helsevernet.⁸ Dette innebærer bl.a. at hovedreglene om samtykke til psykisk helsevern nå følger pasientrettighetsloven, men med unntaksbestemmelser i psykisk helsevernloven.⁹ Et praktisk utslag i forhold til

⁵ BK art.2 nr.1., Barnekonvensjonen (2008) s 164-166

⁶ Innst.O.nr.91 (1998-1999) punkt 2.1

⁷ Legelov, jordmorlov, sykepleierlov, tannlegelov osv., jf. Syse (2004) s 33 og Kjørstad (2007)

⁸ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 1

⁹ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 1

barn, er at barneverntjenesten dermed har fått kompetanse til å samtykke også til psykisk helsehjelp for barn under 16 år, som den har overtatt omsorgen for, men hvor foreldrene ikke er fratatt foreldreansvaret.¹⁰

Plikter, f.eks. om informasjon til pasienten, og taushetsplikt, finnes i tillegg i helsepersonelloven, kommunehelsetjenesteloven av 19.november 1982 (khl.) og spesialisthelsetjenesteloven av 2.juli 1999 (sphlsl.).

Sentrale barnerettslover er barnelova av 8.april 1981 (bl.), barnevernloven av 17.juli 1992 (bvl.), vergemålsloven av 22.april 1927 (vml.) og FNs barnekonvensjon (BK) som er inntatt i menneskerettsloven av 21.mai 1999 (mnskr.).

Både helselovene og barnelovene er spesiallovgivning. Angående barn i helsetjenesten er helselovgivningen likevel stort sett mest spesialisert, og vil gå foran barnerettslige bestemmelser, ved eventuell motstrid, jf. lex specialis-prinsippet.¹¹ De er også i stor grad nyere enn barnelovene (lex posterior¹²). En annen sak er at helserettslige bestemmelser f.eks. knyttet til utøvelsen av foreldreansvar i helsespørsmål gjerne må utfylles med barnerettens generelle regulering av dette ansvaret. Tolkingsproblemer kan oppstå når det er uklart om helserettslige spesialbestemmelser gjør unntak fra generell barnerettslig regulering eller ikke, særlig hvis den generelle reguleringen er den nyeste, slik tilfellet er med barns medbestemmelsesrett.¹³

Ellers har barnekonvensjonen en spesiell stilling som norsk lov med forrang. I tilfelle motstrid går den foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. punkt 1.2.2 nedenfor.

¹⁰ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 6.3.2.4

¹¹ Eckhoff (2000) s 347

¹² Eckhoff (2000) s 347

¹³ Lov om endring av barneloven av 20.juni 2003 nr. 40

I forhold til barns og ungdoms integritetsvern i helsetjenesten, er ikke forskrifter noen fremtredende rettskildefaktor. Dette gjelder sentrale rettigheter for den enkelte, hvor rettssikkerhet er særlig viktig. Reguleringen er derfor stort sett foretatt av lovgiver direkte og ikke overlatt til forvaltningen å bestemme i forskrifter.

Lovforarbeider er derimot en sentral rettskildefaktor. Særlig på helserettssiden gir forarbeidene verdifulle bidrag til tolkningen av lovene. De er ikke alt for gamle, ganske omfattende, og viser godt hvilke hensyn som lå bak bestemmelsene.¹⁴ Pasientrettighetsloven, psykisk helsevernloven, helsepersonelloven og spesialisthelsetjenesteloven ble dessuten til som en samlet lovreform i 1999. Dermed kan forarbeidene til én lov være verdifull også for forståelsen av de andre. Dette er et område hvor lovgiver har vært ganske aktiv, også ved senere endringer bl.a. i 2006 og 2008.

På barnelovsiden kan uttalelser i de opprinnelige forarbeidene ikke nødvendigvis tillegges like stor vekt. For det første begynner de å bli noen år, barneloven er fra 1981 og barnevernloven fra 1992. For det andre er dette et område hvor holdninger i samfunnet kanskje i større grad har endret seg siden lovene ble laget.¹⁵ Det stiller seg annerledes med forarbeider til senere lovendringer. Forarbeidene til 2003-endringene i barneloven, barnevernloven og adopsjonsloven angående barns medbestemmelsesrett,¹⁶ gir f.eks. verdifulle bidrag ved tolkning av endringenes rekkevidde i forhold til andre lovbestemmelser om barns medvirkning.

1.1.2 Menneskerettsinstrumenter

Også internasjonale menneskerettighetskonvensjoner som Norge er part i spiller en rolle i rettsspørsmål om selvbestemmelse og integritetsvern. Generelle konvensjoner som FN-konvensjonene om sivile og politiske rettigheter (SP) og økonomiske, sosiale og kulturelle

¹⁴ Jf. Boe (1996) s 235

¹⁵ Kirsten Sandberg, barnerettsforelesning ved UIO 17.mars 2009

¹⁶ Endringslover av 20.juni 2003 nr 40 og av 1.august 2003 nr 86

rettigheter (ØSK), og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), gir rettigheter til alle mennesker, også barn og ungdom. FNs barnekonvensjon (BK) omfatter derimot spesielle rettigheter for barn, fordi de *”på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet har behov for spesielle beskyttelsestiltak”*, jf. fortalen.

Disse fire konvensjonene er norsk lov gjennom menneskerettsloven (mnskrl.) av 21.mai 1999, og går foran andre lovbestemmelser ved motstrid, jf. § 3. Barnekonvensjonen ble tatt inn i 2003. Tidligere hadde rettighetene vært gjennomført ved bestemmelser i alminnelige lover.

Det kan diskuteres hvorvidt forrangen etter § 3 også gjelder overfor for nyere lover.¹⁷ I praksis er det imidlertid tilstrekkelig å vise til prinsippet om at norsk lov presumeres å være i overensstemmelse med internasjonale forpliktelser, og at det skal mye til for å anta at lovgiver med en ny lov faktisk mener å sette mnskrl. § 3 til side, uten at paragrafen selv endres.¹⁸

Det kan ellers nevnes at barnekonvensjonen er undertegnet av 193 land. Ikke alle har ratifisert den, deriblant USA, og noen har ratifisert med forbehold. Barnekonvensjonen er likevel blant menneskerettighetskonvensjonene med størst utbredelse. EMK gjelder f.eks. langt færre stater.

For å kontrollere partenes oppfyllelse av sine forpliktelser, har barnekonvensjonen et rapporteringssystem. Partene rapporterer hvert femte år til FNs barnekomité om gjennomføringstiltak og hvilken effekt disse har. Ikke-statlige organisasjoner kan levere en suppleringsrapport. På bakgrunn av rapportene kommer barnekomiteen med kommentarer og anbefalinger. Disse er ikke rettslig bindende, men har verdi som argument, om ikke annet så på grunn av komiteens kompetanse på barns rettigheter. I tillegg kommer

¹⁷ Eckhoff (2000) s 325. (Om tilsvarende forrangsbestemmelse i EØS-loven på s 245 i EØS-rett (2004): ”§ 2 er, til tross for uvanlig ordlyd, en vanlig lovtekst, og kan derfor fravikes ved ny lov.”)

¹⁸ Eckhoff (2000) s 316 og 325

barnekomiteen med generelle uttalelser om tolkning av konvensjonen. Norges fjerde rapport ble levert i 2008, tilleggsrapporter har frist 1.juli i år, og komiteens merknader forventes neste sommer.¹⁹

EMK har derimot en individuell klagerett. Enkeltborgere kan få sin sak behandlet i den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), også barn. Dermed fintolkes konvensjonsrettighetene i større grad, og avgjørelser fra EMD har større rettslig betydning i den enkelte sak, enn kommentarene fra barnekomiteen, som nødvendigvis blir mer generelle. Ulempen er lang saksbehandlingstid, og særlig i saker om barn er tid viktig.

I 2006 ratifiserte Norge Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin. Den samler en del grunnprinsipper for pasientbehandling,²⁰ bl.a. kravet om informert samtykke, og at barns meninger skal vektlegges i takt med alder og modenhet.²¹

Direkte bruk av menneskerettighetskonvensjoner er mest aktuelt når vanlig lovgivning ikke gir svar, eller er tvilsom i forhold til konvensjonsrettigheter. Lovgivningen om integritetsvern og selvbestemmelse for barn i helsevesenet gir som regel bedre beskyttelse enn menneskerettighetskonvensjonene. BK art.12 om barnets rett til å bli hørt, spiller imidlertid en viktig rolle.

1.1.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis

Det er ikke mye domspraksis om integritetsvern for barn i helsevesenet. Søk i lovdata 28.februar 2009 ga ingen treff fra Høyesterett, og svært få fra underrettene på avgjørelser knyttet til relevante bestemmelser i pasientrettighetsloven om medvirkning, informasjon og samtykke.²² Det samme gjaldt psykisk helsevernlovens særlige bestemmelser om barn.

¹⁹ Kirsten Kvalø, leder i PRESS (e-post 3.mars 2009)

²⁰ Syse (2007) s 268-269, jf. Stortingets vedtak om samtykke til ratifikasjon 16.juni 2006

²¹ Art.5 og 6

²² Alle utenom §§ 4-6 og 4-7, som bare gjelder personer over 18 år

Saker om voksne pasienter kan være relevante for pasienter under 18 år dersom de omfattes av de samme bestemmelsene. Bl.a. er tvungent psykisk helsevern behandlet flere ganger i Høyesterett. Da er det imidlertid ikke snakk om forhold som er spesielle for gruppen under 18 år.

Selvbestemmelse og integritet kommer ellers inn i saker om pasientskader, hvor erstatning kan avhenge av spørsmål om informasjon og gyldig samtykke. Også i slike saker dominerer imidlertid voksne pasienter.

Helsetjenesten er i stor grad offentlig forvaltning.²³ Forvaltningspraksis er dermed en relevant rettskildefaktor. Det kan klages på manglende oppfyllelse av pasientrettigheter til Helsetilsynet i fylket, jf. pasrl. § 7-2. Vedtak i slike rettighetssaker, er imidlertid ikke allment tilgjengelige. Det er for så vidt et paradoks at slik praksis om pasientrettigheter dermed får mindre verdi som rettskildefaktor.

Praksis i klagesaker om pasientskadeerstatning, og om reaksjoner mot helsepersonell for pliktbrudd, er derimot tilgjengelig. Avgjørelser fra pasientskadenemnda og helsepersonellnemnda kan være av interesse,²⁴ særlig fordi så få saker går til domstolene. Barns og ungdoms integritetsvern og selvbestemmelse er imidlertid sjelden kjernen i disse sakene heller.

Forvaltningen kommer også med generelle tolkningsuttalelser. Rundskriv og enkeltuttalelser fra Helsedepartementet, Helsedirektoratet og Statens helsetilsyn viser hvordan disse sentrale organene oppfatter reglene, og vil som regel følges av underordnede organer.

²³ Helseforetaksloven § 2, sphsl. §§ 2-1 og 2-1-a og khl. § 1-1

²⁴ Hlpl. § 68 og passkl. § 15

1.1.4 Hensyn

Reelle hensyn er også en sentral rettskildefaktor i mange av de tolkningsspørsmålene som oppstår i tilknytning til barns og ungdoms selvbestemmelse og integritet i helsetjenesten.

Hovedbegrunnelsen for pasientrettigheter er bevaring og beskyttelse av liv og helse.²⁵

Dette gir seg bl.a. utslag i krav om at helsehjelp skal være forsvarlig, som gir helsepersonell en *rett* så vel som en plikt til å handle helsefaglig forsvarlig.²⁶ Ellers er pasientens selvbestemmelsesrett et grunnprinsipp i helseretten, så lenge det ikke fører til uforsvarlig behandling. Dette henger sammen med at frihet fra inngrep i den personlige sfære, anses som en sentral rettighet i vårt rettssystem.²⁷ Selvråderetten står så sterkt at det kreves særlig rettsgrunnlag for å omgå den.²⁸ Utgangspunktet er at helsehjelp ikke skal påtvinges noen. Pasientens selvbestemmelsesrett kan likevel i noen tilfeller måtte vike for fagpersoners vurdering ved avgjørelse om, og eventuelt hvilken helsehjelp som skal gis.

Retten til å bestemme over seg selv forutsetter imidlertid en viss selvbestemmelsesevne. Det vil si en juridisk handleevne som bl.a. forutsetter visse personlige egenskaper hos den det gjelder. Barn har som hovedregel *ikke* selvbestemmelsesevne i rettslige spørsmål, men er avhengige av representanter til å handle for seg. Vekten av hensynet til pasientens selvbestemmelse vil derfor påvirkes av om det er pasienten selv eller en representant som handler.

Hensynet til den enkeltes integritet knyttes ofte til retten til selvbestemmelse. Integritet kan imidlertid også anses som et gode som bør beskyttes uavhengig av ”innehaverens” vilje eller samtykkeevne. Det kan f.eks. gjelde utlevering av sensitive opplysninger. Barn og ungdom kan ha et særlig behov for beskyttelse mot at uvedkommende får opplysninger om dem.

²⁵ Innst.O.nr.91 (1998-1999) punkt. 3.1

²⁶ Bl.a. hlpl. § 4, jf. Kjønsstad (2007) s 219

²⁷ Bl.a. EMK art.5, SP art.9

²⁸ Syse (2007) s 236

Et særlig helserettslig hensyn er betydningen av pasientenes tillit til helsevesenet, jf. pasrl. § 1-1 andre punktum. Tillit er et selvstendig gode ved at det i mange tilfeller bidrar til et best mulig behandlingsresultat. Det er også en forutsetning for at de som trenger det skal få hjelp, at befolkningen har tillit nok til helsevesenet til å søke hjelp. Tillit både til at hjelpen er god, at en ikke vil bli utsatt for inngrep mot sin vilje, og at sensitive opplysninger ikke blir spredt til uvedkommende.

I alt som angår barn gjør dessuten generelle barnerettslige hensyn seg gjeldende. Det mest grunnleggende er hensynet til barnets beste (objektivt sett). Samfunnet erkjenner at barn ikke kan ivareta sine interesser på samme måte som voksne. Derfor er bestemmelser bl.a. om foreldreansvar, bygget på hva som normalt er best for barn. Det enkelte barnets beste er likevel relevant også ved tolkningen av slike generelt begrunnede bestemmelser. I barneretten er det også et viktig hensyn å behandle barn som selvstendige individer. Hensynet til personlig autonomi veier tyngre etter hvert som barnet utvikles, også i forhold til det helsepersonell eller andre objektivt sett mener er barnets beste.

Det er ellers viktig å huske at barn ikke er en ensartet gruppe. Både relevansen og vekten av ulike hensyn vil f.eks. være forskjellig om barnet er 0, 5, 12 eller 17 år.²⁹ Også innenfor samme aldersgruppe kan den relative vekten av hensynene være forskjellig. I spørsmål om å tillegge barnets egen mening vekt, har det f.eks. betydning både hvor modent barnet er, og hvor godt begrunnet meningen er.

²⁹ Smith (2006) s 24

2 Barn og ungdom

Når barns og ungdoms rettsstilling drøftes, er det naturligvis av betydning hvem begrepene omfatter. Det juridiske hovedskillet mellom barn og voksne går ved myndighetsalderen, 18 år, jf. vergemålsloven av 22. april 1927 nr 3 § 1. Dette er også den øvre aldersgrensen etter definisjonen av barn i FNs barnekonvensjon art. 1. Når myndighetsalderen i Norge er 18 år, gjelder konvensjonens rettigheter inntil denne alderen. Lovgivningen kan godt gi barn rettigheter som ellers er forbeholdt voksne, men må ikke frata barn rettigheter som følger av barnekonvensjonen, jf. mnskrl. § 3.

Begrepet ungdom brukes om overgangen mellom barn og voksen, men er ikke et generelt juridisk begrep på samme måte som barn. I helseretten gjelder en del egne regler for pasienter i aldersgruppen 16-18 år. De har i mange tilfeller samme stilling som voksne, men er samtidig under foreldreansvar, og generelt rettslig umyndige. For å få fram denne forskjellen mellom yngre og eldre barn, brukes begrepet ungdom i lovbestemmelser som bare gjelder aldersgruppen 16-18 år.

Det kan spørres om det også finnes en nedre grense for hvem som er barn i henhold til barne- og eller pasientrettigheter. Alle som er født er barn inntil de når de øvre aldersgrenser, men er man barn også før fødselen i forhold til helserettigheter? Hverken barne- lovene, herunder barnekonvensjonen, eller bestemmelser om barn i pasientrettighetsloven og andre helselover, sier når en person *blir* barn, dvs. hvor tidlig barnets rettigheter inntreffer.

I prosessretten er regelen at alle som er født er selvstendige rettssubjekter.³⁰ Et nyfødt barn har egne rettigheter selv om de er avhengige av foreldrene eller andre for å få dem

³⁰ Anne Robberstad, sivilprosessforelesning 13.mars 2008 ved UiO

gjennomført. Spørsmålet er om også det ufødte barnet har helserettigheter. Før fødselen kan barnet ikke være part i en sak. Helserettslig er det derimot ikke gitt at et barn skal mangle selvstendig rett til beskyttelse av liv og helse før fødselen.

I barnekonvensjonen definerte man med vilje ikke når livet begynner, av hensyn til ulik abortpraksis blant partene. Det heter riktig nok i fortalen at partene anerkjenner barns behov for *”lovfestet beskyttelse både før og etter fødselen”*³¹, men dette er ikke ment å påvirke tolkningen av art. 6 om retten til liv i forhold til abortspørsmålet.³² Uttalelsen kan eventuelt brukes som argument for at det ufødte barnet kan ha en selvstendig rett til beskyttelse i andre sammenhenger enn spørsmål om abort.

I Norge er spørsmål om svangerskapsavbrudd avgjort i abortloven (abl.) av 13.juni 1975 nr 50. Morens valgrett går ubetinget foran inntil tolvte svangerskapsuke. Etter dette kan medisinske hensyn på mors og/eller barns side begrunne abort inntil attende uke, og i særlige tilfeller enda senere. Fra det tidspunkt det er grunn til å anta at fosteret er levedyktig kan det ikke tas abort.³³ Omvendt kan dette tolkes som en nedre grense for hvem helsepersonell (og for så vidt andre) plikter å forsøke å redde livet til³⁴. Fosterets rett går likevel aldri foran morens. Ved overhengende fare for morens liv eller helse, kan svangerskapsavbrudd utføres uten hensyn til andre vilkår i abortloven, jf. § 10.

Utenfor abortspørsmålet har foreldre som regel interesse i at barnet overlever svangerskapet og fødes friskt. Det er dessuten i samfunnets interesse å beskytte denne tidlige fasen av livet slik at det fødes friske barn. På denne bakgrunn er det gitt en del rettsregler til beskyttelse av fostre utenfor aborttilfellene.

³¹ BKs fortale, niende strekpunkt

³² Barnekonvensjonen (2008) s 66

³³ Abl. § 2 (2), (3) og (6)

³⁴ Hlspl. § 7 og strl. § 242

Strafferettslig er ufødte beskyttet uavhengig av hvor langt svangerskapet har kommet. Straffeloven (strl.) av 22. mai 1902 nr 10 §§ 240, 241 og 245 nevner fostre spesielt. De to første gjelder barnefarens ansvar for at moren ikke kommer i en tilstand som kan skade barnet, direkte eller indirekte, og for å forsøke å hindre at moren begår en forbrytelse mot fosterets liv, eller som setter dets liv i fare, (i praksis ulovlig abort). I tillegg til abortlovens egen straffebestemmelse i § 13 gjelder også strl. § 245 ulovlige aborter.

Straffebud gir likevel bare beskyttelse i den grad de har den ønskede *preventive* effekten. I det de anvendes er jo skaden allerede skjedd i det aktuelle tilfellet. Det er heller ikke alt man vil forhindre som nødvendigvis er straffverdig. Svangerskapet har stor innvirkning på barnets utvikling og helse senere i livet. Fostre er særlig følsomme for alkohol eller andre skadelige stoffer. Av hensyn til barnets utvikling griper samfunnet derfor noen ganger inn overfor gravide som utgjør en trussel mot barnets helse, for å hindre at skaden skjer, jf. punkt 5.3.5 nedenfor.

Pasrl. § 2-1 (1) og (2) har ikke noen nedre aldersgrense for rett til helsehjelp, heller ikke sphlsl. § 2-1a (1) eller khl. § 1-1 (1). Ordene ”pasient”, ”personer” og ”alle”, i de tre bestemmelsene gir ikke noen indikasjon på at bare de som er født omfattes. Med dagens fostermedisin er det mulig å operere på barn mens de fremdeles er i morens mage. Det er naturlig å anse dette som helsehjelp til barnet, selv om det gjør seg særlige hensyn gjeldende hvis morens og barnets rettigheter kommer i konflikt med hverandre.

3 Betydningen av foreldreansvaret

I forhold til barns og ungdoms selvbestemmelse og integritetsvern i helsetjenesten har foreldreansvaret stor betydning. Ansvarets innhold og grenser følger først og fremst av de generelle reglene i bl. § 30 flg. Forarbeidene legger vekt på at dette handler mer om plikter for foreldrene og rettigheter for barna, enn om rettigheter for foreldrene.³⁵

Ansaret gir plikt til å bestemme i personlige spørsmål, men med økende selvbestemmelse for barnet etter hvert som det blir eldre, fram til full selvbestemmelse ved fylte 18 år.³⁶

Begrunnelsen er at barn generelt anses best tjent med at foreldrene ivaretar deres interesser. Foreldreansvarets betydning i ulike helserettslige situasjoner, er regulert i helselovgivningen. Blant disse er pasientens egen utøvelse av rettigheter, f.eks. samtykke til helsehjelp.

Hvem som har foreldreansvaret reguleres derimot av generell barnelovgivning. Hovedregelen ligger i selv ordet; det er barnets foreldre som har foreldreansvar. Dette fremgår forutsetningsvis av barneloven kapittel 5. Hvem som er foreldre følger av bl. §§ 2 til 4a, og den språklige sammenhengen med begrepene mor og far. Ved lovendring 27.juni 2008 ble ”medmor” tatt inn som alternativ til far i bestemte tilfeller.

Hun som har født barnet er mor, jf. bl. § 2. Far eller medmor er den som er gift med henne eller som vedgår farskap eller medmorskap, jf. § 4 og § 4a. Bare barn som har blitt til ved assistert befruktning kan ha medmor, jf. § 3 (2). Er foreldrene døde kan andre få foreldreansvaret, jf. bl. 38 (3) og § 63. Ved adopsjon går foreldreansvaret over på adoptivforeldrene, jf. adopsjonsloven § 13.

³⁵ Ot.prp.nr.62 (1979-1980) punkt 5.1

³⁶ Smith (2006) s 97

Barn har normalt to foreldre, og utgangspunktet er at begge har foreldreansvar, jf. bl. § 34 (1) og § 35 (2). Er foreldrene skilt og ikke bor sammen, kan en av dem ha foreldreansvaret alene. Hvis de ikke har vært gift, har mor ansvaret med mindre annet er avtalt. Felles foreldreansvar bygger på at det normalt er til barnets beste at begge har ansvaret, og innebærer at avgjørelser krever enighet. Likevel slik at hvis barnet bor hos bare den ene, kan denne ta avgjørelser om vesentlige sider ved den daglige omsorgen, uten at den andre kan sette seg imot det, jf. § 37. Hvorvidt dette også gjelder helserettslige avgjørelser beror på en tolkning av særbestemmelsene som angir foreldres myndighet når barnet er pasient, jf. nedenfor i punkt 5.3.

For å sikre barn tilstrekkelig omsorg, og at foreldreansvaret ikke medfører integritets- krenkelser i stedet for vern, har barnevernloven hjemler for å frata foreldrene ansvaret helt eller delvis. Det kan være et enkeltstående vedtak om medisinsk undersøkelse eller behandling av barnet, jf. bvl. § 4-10, eller større inngrep, som omsorgsovertakelse etter § 4-8 (2) eller § 4-12, eventuelt full fratakelse av foreldreansvaret, jf. § 4-20.

Omsorgsovertakelse får ellers den virkningen at barneverntjenesten gis samme rettigheter og plikter i helse spørsmål som foreldre, selv om foreldrene ikke er fratatt foreldreansvaret fullt ut.³⁷ Med mindre det skulle være bestemt at foreldrene likevel har avgjørelses- myndigheten i behold i det aktuelle spørsmålet, jf. § 4-18.

Hvem som har foreldreansvar er også et spørsmål om tidspunkt. Saksbehandling før vedtak om omsorgsovertakelse, foreldreansvar når foreldrene dør, eller adopsjon, tar nødvendigvis noe tid. Hvilken rett og plikt de involverte har i mellomtiden beror på den enkelte bestem- melse og hvilket helse spørsmål det gjelder. Det kan skje at ingen har foreldreansvaret på det tidspunktet når helsehjelp er aktuelt. For eksempel at barnet overlever en ulykke hvor foreldrene omkommer, og ikke har andre nære slektninger.³⁸

³⁷ Pasrl. § 3-4 (4), § 4-4 (2), § 4-5 (2)

³⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.5

En gruppe barn i en spesiell situasjon, er mindreårige flyktninger og asylsøkere som kommer til landet uten noen som har foreldreansvar for dem. Det følger av § 1-2 og § 1-3 at alle under 18 år som befinner seg i Norge har rett til barneverntjenester. I henhold til bvl. § 3-4 (2) skal kommunens barneverntjeneste i forbindelse med bosetting av disse barna undersøke om det er behov for tiltak etter kapittel 4. Slike tiltak omfatter omsorgsovertakelse og at barnevernet får foreldreansvaret, jf. § 4-18.

Før oppholdstillatelse er gitt gjelder imidlertid særlige bestemmelser om hvem som har ansvaret for disse barna. Bvl. kap. 5A gir den *statlige* barnevernmyndigheten omsorgsansvaret, inntil barna bosettes i en kommune eller returneres til hjemlandet, men bare for de under 15 år. Det kan stilles spørsmål ved rettmessigheten av denne grensen i henhold til ikke-diskrimineringsprinsippet i barnekonvensjonen art. 2.

4 Informasjon

Informasjon om helse og eventuell helsehjelp er en sentral del av integritetsvernet for pasienter, også barn og ungdom. Opplysninger til barnet selv bidrar til å skape tillit og grunnlag for medvirkning.³⁹ Gode forklaringer kan også gjøre tvang unødvendig. Det handler dessuten om å behandle barn som individer.

I rettssikkerhetssammenheng er informasjon om helsehjelp også en forutsetning for at pasienten kan ivareta egne interesser.⁴⁰ Barn er i stor grad avhengige av at andre handler på deres vegne, som regel foreldrene. For at barnets interesser skal bli ivaretatt er det derfor viktig at også foreldre eller andre representanter sikres informasjon.⁴¹

³⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.1 og 5.2.6.2

⁴⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.1

⁴¹ Vml. § 1 og bl. § 31 flg.

Angående informasjon til tredjepersoner er spørsmålet hvem av barnet og foreldrene som kan samtykke til at informasjon utleveres, og hvilke opplysningsplikter helsepersonell kan ha spesielt knyttet til barn og ungdom.

4.1 Informasjon til barnet

Pasrl. § 3-2 gir pasienten rett til ”*informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen*”. ”Pasienten” betyr her pasienten selv, ikke de som handler på vegne av ham eller henne. For barn under 16 år går det dessuten fram av ordlyden ”*både..og...*” i § 3-4 (1) at barnet har rett til informasjon, og at det ikke holder bare å informere de som har foreldreansvaret. Det samme gjelder pasienter over 16 år som ”*åpenbart ikke er i stand til å ivareta sine interesser*”, jf. § 3-3 (2). Dvs. som mangler samtykkekompetanse, jf. § 4-3 (2).

Rett til informasjon for ungdom over 16 år ellers, følger av at dette er den helserettslige myndighetsalderen, jf. § 4-3 (1) bokstav b.

Barn har rett til informasjon som er tilpasset deres forutsetninger, jf. § 3-5. Alder, modenhet og erfaring er momenter av betydning. Den som informerer har plikt til å forsikre seg om at både informasjonen og betydningen av den er forstått. Hvilke opplysninger og forklaringer som skal gis, må nødvendigvis vurderes konkret. Det er ikke nødvendig å informere barn som ikke er i stand til å oppfatte eller forstå innholdet av opplysningene. Men det må forsøkes å gi tilpasset informasjon, for eksempel ved forenklete forklaringer uten at forenkling gjør informasjonen misvisende⁴².

Pasrl. § 3-2 gjør to unntak fra retten til informasjon. Etter andre ledd skal pasienten ikke informeres mot sin vilje, med mindre det er nødvendig for å forhindre skader som følge av helsehjelpen, eller er bestemt i annen lov. Skadevirkninger omfatter ikke bare skader på

⁴² Barnekonvensjonen (2008) s 93 generelt om å informere barn

pasienten, men også skader på andre. Forarbeidene nevner at behandling kan føre til endret sinnstilstand hos pasienten, og at dette kan få konsekvenser og føre til mulig fare for andre.⁴³ Et eksempel på at informasjon skal gis i henhold til annen lov, er smittel. § 2-1 (1).

Det er gjerne mindre betenkelig å etterkomme et barns ønske om å ikke bli informert, enn en voksens. Skadevirkninger av helsehjelpen kan i en del tilfeller forhindres ved informasjon til foreldre eller andre som har ansvar for barnet. Når det er nødvendig skal likevel barnet selv informeres..

Unntaket i tredje ledd gjelder den omvendte situasjonen, at informasjon holdes tilbake uavhengig av pasientens ønske. Enten fordi det er nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade, eller av hensyn til personer som står pasienten nær. Det kan f.eks. være en for stor psykisk belastning for pasienten å få visse opplysninger.⁴⁴ En grunn til å holde informasjonen tilbake vil være hvis man frykter at bestemte opplysninger kan gjøre pasienten suicidal. Samtidig må det tas hensyn til at det å vite at det finnes opplysninger som holdes hemmelig for en, også kan være skadelig.⁴⁵

Informasjon kan også holdes tilbake hvis det er klart utilrådelig at pasienten får den, av hensyn til personer som står pasienten nær. Dette gjelder hvor det er fare for konsekvenser av et visst omfang for den nærstående. F.eks. at det er grunn til å frykte represalier fra pasienten dersom han eller hun får vite at nærstående har gitt opplysninger til helsetjenesten.⁴⁶ Også barn og ungdom kan skade andre.

En del av retten til informasjon er rett til innsyn i pasientjournal, jf. pasrl. § 5-1 og § 5-3, og pliktbestemmelsen i hlpl. § 41. Begge lovenes journalbestemmelser viser til pasientrettighetslovens regler om informasjon, når det gjelder hvem som har rett til innsyn, og kan

⁴³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.3

⁴⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.4

⁴⁵ Syse (2004) s 205

⁴⁶ Syse (2004) s 221, Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.4, jf. punkt 7.6.1

samtykke til at andre gis innsyn. Barn har med andre ord rett til innsyn i egen journal, så lenge de har forutsetninger for å få noe ut av innholdet.

Ulike helserettslige særlover har egne bestemmelser om informasjon, bl.a. abortloven, psykisk helsevernloven, transplantasjonsloven og pasientskadeloven. I den grad de ikke er i overensstemmelse med pasientrettighetsloven, må den bestemmelsen følges som gir størst rett til informasjon. Særlovene er *lex specialis*, men pasientrettighetsloven må gå foran som den grunnleggende loven om pasienters rettigheter hvis den gir størst rett.⁴⁷

Det er helsepersonell som har plikt til å informere barnet, jf. hlpl. § 10. Dette er viktig bl.a. som ekstra sikkerhet for at foreldre eller andre ikke skal hindre at barnet får opplysninger det har krav på. Helsepersonell kan anmodes om å oppfylle informasjonsplikten, og det kan klages til Helsetilsynet i fylket hvis plikten ikke oppfylles.⁴⁸ Yngre barn vil være avhengig av at foreldrene klager på deres vegne.

4.2 Informasjon til andre, barnets krav på taushet

Den andre siden av spørsmål om informasjon er hvem som skal informeres i tillegg til eller i stedet for pasienten. Pasrl. § 3-6 viser til generelle bestemmelser om taushetsplikt, og presiserer at det skal tas hensyn til integriteten til den opplysningene gjelder. Hovedregelen er at helsepersonell har taushetsplikt overfor andre enn den opplysningene gjelder, jf. hlpl. § 21. Det kreves lovhjemmel eller samtykke dersom taushetsplikten skal opphøre, jf. § 22 og § 23 nr.5. Samtykke som opphørsgrunn fremgår også direkte av pasrl. § 3-6 (2).

Fordi det tilligger foreldreansvaret å ivareta barns interesser skilles det mellom taushet overfor foreldre eller andre med ansvar for barnet, og taushet overfor utenforstående.

⁴⁷ Syse (2004) s 203-204

⁴⁸ Pasrl. § 7-1 og § 7-2

4.2.1 Informasjon til foreldre

Foreldres rett til informasjon, og barnets eller ungdommens rett til taushet overfor dem, er regulert i pasientrettighetsloven § 3-4 og § 3-3 (2). Det samme gjelder barneverntjenesten når den har overtatt omsorgen for barnet. Den motsvarende informasjonsplikten for helsepersonell følger igjen av hlpl. § 10.

Overfor foreldre eller barneverntjenesten når den har omsorgen, deles barn i tre grupper, 0-12 år, 12-16 år og 16-18 år. Barn under 12 år kan ikke selv bestemme at informasjon skal holdes tilbake. Det fremgår av hovedregelen i første ledd, og andre ledds nedre grense på 12 år for å følge barnets ønske om tilbakeholdelse av opplysninger. Barn mellom 12 og 16 år har en viss rett til å hindre at opplysninger gis foreldrene, mens ungdom over 16 år i utgangspunktet må samtykke dersom det skal gis opplysninger til foreldrene.

Informasjon til pasientens foreldre har to hovedbegrunnelser. For det første er det de som samtykker til helsehjelp når pasienten ikke har samtykkekompetanse, jf. § 4-4 og § 4-5. Informasjon til dem er derfor en forutsetning for informert samtykke, jf. § 4-1. For det andre vil opplysninger ofte være nødvendige for at foreldrene skal kunne gi barnet den omsorg som følger med foreldreansvaret, jf. bl. § 30.⁴⁹

Når to har foreldreansvaret skal begge informeres. Hvor mye som kreves av helsepersonellet for å sikre at begge mottar informasjonen, avhenger imidlertid av omstendighetene. Aktivitetsplikten beror på hva slags informasjon det er snakk om, og hvilke konsekvenser det kan få, for eksempel for samtykke, dersom ikke begge foreldrene blir informert. Det vil ofte være tilstrekkelig å informere den ene og forutsette at denne videreformidler til den andre.⁵⁰ Hvis det er grunn til å regne med at opplysninger *ikke* vil bringes videre stiller saken seg annerledes.

⁴⁹ Befring (2001) s 79-80

⁵⁰ Befring (2001) s 80

Vanskelig tilgjengelig eller omfattende informasjon kan det være nødvendig å gi begge direkte, slik at den som gir opplysningene kan forsikre seg at informasjonen blir forstått. Jo mer alvorlige medisinske inngrep, jo strengere krav må stilles til innhold og anstrengelser for å få gitt informasjonen. Når barnet bare bor hos den ene av foreldrene kan det oppstå spørsmål om den som har den daglige omsorgen kan samtykke til helsehjelp alene. Informasjonsplikten overfor den andre faller likevel ikke bort.

Tidspunktet for informasjon er ikke angitt i § 3-2, og det vil bero på formålet med informasjonen når den skal gis. Opplysninger som skal gi grunnlag for å vurdere samtykke til helsehjelp må nødvendigvis gis på forhånd, mens opplysninger om mulig grunnlag for erstatningskrav vil være aktuelle i etterkant. Ved skade eller alvorlige komplikasjoner skal det informeres om adgangen til å søke erstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning, jf. § 3-2 (4). Femte ledd gir plikt til ”om mulig” å informere når det i ettertid oppdages at helsehjelpen kan ha gitt betydelig skade.

Er pasienten er over 16 år og ikke kan ivareta sine interesser, gir § 3-3 (2) ”nærmeste pårørende” rett til informasjon. Etter definisjonen i pasrl. § 1-3 kan pasienten selv utpeke hvem som er nærmeste pårørende. Det kan tenkes at et barn utpeker noen som ikke har foreldreansvaret som sin nærmeste pårørende, for eksempel en stemor eller stefar det har et nært forhold til. Dersom dette kan godtas, er det naturlig å gi informasjon til denne, men de som har foreldreansvaret må fremdeles få de nødvendige opplysninger for å kunne ivareta sine plikter, jf. § 3-4 (3), herunder samtykke til helsehjelp, jf. § 4-5

Pasrl. § 3-4 (2) gir barn mellom 12 og 16 år likevel rett til å hindre informasjon til foreldrene dersom barnet av ”grunner som bør respekteres” ber om det av. Situasjoner hvor det kan være grunn til å følge barnets ønske, gjelder mishandling, prevensjonsveiledning, lettere psykiske problemer knyttet til mobbing eller betroelser om problemer hjemme.⁵¹ Ulike vurderinger i verdispørsmål nevnes gjerne i forhold som har med seksualitet å gjøre

⁵¹ Innst.O.nr.91 merknad til § 3-4, Befring (nr.5/2004), Syse (2004) s 208

(prevensjon, abort, kjønnssykdommer).⁵² Barnet må likevel ha en konkret og reell grunn, som etter en helhetsvurdering veier tyngre enn hensynet til å informere foreldrene.⁵³

Utgangspunktet er at foreldre skal informeres når pasienten er under 16 år, men foreligger grunner som bør respekteres, har barnet krav på taushet.

For ikke å undergrave retten til taushet, innebærer § 3-4 (2) også et visst unntak fra foreldrenes rett og plikt til å samtykke, jf. § 4-4 (1).⁵⁴ Barnets ønske om taushet kan lettere aksepteres hvis helsehjelpen gjelder f.eks. medikamentell behandling for forkjølelse eller influensa, enn hvis barnet ønsker behandling eller kirurgiske inngrep med stor risiko for skader eller bivirkninger.⁵⁵

Prevensjon antas det at barn etter omstendighetene kan samtykke til før de er 16 år.⁵⁶ Om forskrivning av p-piller uttaler f.eks. Statens helsetilsyn i brev 20.desember 2001 til Fylkesmannen i Nordland, at foreldrene som hovedregel skal informeres, men at det ”*kan tenkes*” tilfeller hvor barnet kan samtykke, og foreldrene ikke trenger å informeres.

Pasrl. § 3-4 (3) innebærer ikke at opplysninger automatisk skal holdes tilbake når barnet kan samtykke til helsehjelpen alene, og ber om at foreldrene ikke skal informeres.⁵⁷ I det nevnte brevet legger Statens helsetilsyn til grunn at helsepersonellet må foreta en konkret vurdering ut fra barnets alder og modenhet, og konsekvensene av å informere eller la være. Andre momenter kan være partnerens alder, og om det mistenkes at barnet blir utnyttet eller presset på noen måte.

⁵² Aasen (2008) s 11-12 og Syse (2004) s 227

⁵³ Befring (2005)

⁵⁴ Syse (2004) s 274, Aasen (2008) s 11

⁵⁵ Brev fra Statens Helsetilsyn til Fylkeslegen i Nordland 20.desember 2001

⁵⁶ Backer (2008) s 313-314, Aasen (2008) s 12, Syse (2004) s 227, jf. 274

⁵⁷ Backer (2008) s 314 og Aasen (2008) s 12, jf. uttalelse fra Justitieombudsmannen i Sverige om at foreldre bør informeres om p-piller gitt en 13-åring

Et annet tema er jenter som oppsøker helsehjelp for plager som følge av kjønnslemlestelse. Her kan det være gode grunner til ikke å informere foreldrene, jf. rundskriv fra Statens helsetilsyn IK-20/2001. Situasjonen er spesiell fordi de undersøkelsene og behandlingen det kan være snakk om gjerne vil være så inngripende at det normalt ville talt mot å unnlate å involvere foreldrene.

Problemstillingen er aktuell også for jenter under 12 år. De omfattes ikke av § 3-4 (2). Hvis informasjon skal holdes tilbake fra foreldrene må det evt. hjemles i pasrl. § 3-2 (3), jf. barnets beste, eller nødrett, jf. nedenfor. Hensynet til at barnet skal få nødvendig helsehjelp også når hun ikke kan samtykke selv, er ivaretatt ved at helsepersonell har opplysningsplikt til barnevernet, jf. hlpl. § 33.

Et viktig formål med tilbakeholdsregelen er å sikre at barn oppsøker, og får, nødvendig helsehjelp. Det kan diskuteres hvilken vekt dette hensynet bør ha i en konkret vurdering av om det foreligger grunner som bør respekteres. Aasen legger en del vekt på det.⁵⁸ Motargumentet vil være at også hovedregelen om opplysningsplikt er der av hensyn til best mulig ivaretagelse av barnet.

Å ikke informere foreldrene om at barnet har oppsøkt helsetjenesten får et praktisk utslag i forhold til betaling for helsehjelpen. Etter folketrygdloven § 5-3 dekker folketrygden utgifter til helsehjelp når en pasient har betalt inntil en viss sum i egenandeler på et år. Barn under 12 år er fritatt for å betale egenandeler. For barn mellom 12 og 16 år regnes imidlertid egenandelene sammen med en av foreldrenes. Folketrygden dekker utgifter for begge fra de *til sammen* har nådd taket.⁵⁹ Det er opp til pasienten, å holde oversikt over hvor mye en har brukt, og kreve frikort når taket er nådd.

⁵⁸ Aasen (2008) s 12

⁵⁹ Forskrift 18.april 1997 nr.334 om egenandelstak 1

Det arbeides imidlertid med en forskriftsendring om at pasienten skal få tilsendt frikort automatisk når beløpsgrensen er nådd.⁶⁰ Forslaget innebærer at helsepersonellet sender opplysninger om pasientens betalinger direkte til Helsedirektoratet. Så sendes frikort i posten når egenandelstaket er nådd.⁶¹ Tanken er også at brukerne skal få en "konto" hvor alle betalinger føres, og som de kan sjekke selv. Et slikt system er mer problematisk med tanke på taushet overfor foreldre. For det første vil de få informasjon om barnets helseutgifter ved at frikortet kommer. For det andre; hvis barn og foreldre registreres på samme "konto", vil foreldrene også kunne se der når og hvor helsehjelpen er gitt.⁶²

Ungdom over 16 år må samtykke før opplysninger kan gis til andre, også foreldrene, jf. hlpl. § 22. Denne gjør bare unntak fra kravet om eget samtykke når er pasienten er under 16 år, eller over 16 år, men ikke er i stand til å vurdere spørsmålet fordi de åpenbart ikke kan ivareta sine interesser, jf. pasrl. § 3-3.⁶³ En hovedregel om selvbestemmelse over informasjon til foreldre fra 16 år forutsettes ellers i pasrl. § 3-4.⁶⁴

Foreldreansvaret varer likevel til barnet er 18 år, og hvis det skal fylle sitt formål kreves et minimum av opplysninger til de som skal oppfylle det. Pasrl. § 3-4 (3) fikk derfor en særbestemmelse om at foreldre skal ha den informasjonen som er nødvendig for å ivareta foreldreansvaret. I det minste må de ha opplysninger om hvor barnet befinner seg. Andre eksempler er opplysninger om alvorlige psykiske lidelser, selvmordsfare eller alvorlige rusproblemer.⁶⁵

⁶⁰ Helse- og omsorgsdepartementet har sendt forslag til forskriftsendring er på høring.

⁶¹ Forslag til ny § 6a i forskriften.

⁶² Legeforeningens høringsuttalelse om endringsforslaget (funnet på www.legeforeningen.no. Tips fra veileder)

⁶³ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) punkt 11.7.3.1

⁶⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.7

⁶⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.7, Befring (nr.5/2004)

Helsevesenet skal gi nødvendig helsehjelp, men det er foreldrene som har hovedansvaret for barnet.⁶⁶ Det vil være i barnets (objektivt sett) beste interesse at de får tilstrekkelig informasjon.⁶⁷ Hovedregelen innebærer at opplysninger likevel må siles. Foreldrene skal bare ha det de trenger for å ivareta sine plikter. Det kan f.eks. være tilstrekkelig å oppgi hvor barnet er, uten å informere om hvilke undersøkelser eller behandling som foretas.⁶⁸

Det finnes tilfeller hvor det er andre grunner til å ikke gi informasjon til foreldrene, enn at barnet ikke ønsker det. Foreldre har ikke krav på informasjon hvis det kan være direkte skadelig for barnet, f.eks. ved mistanke om mishandling eller seksuelt misbruk.⁶⁹ Hensynet til pasienten taler for at pasrl. § 3-2 (3) om å unnlate å gi informasjon som kan føre til skade, må kunne anvendes på opplysninger til foreldre så vel som til pasienten selv. I alle fall i lys av prinsippet om at barnets beste alltid skal legges til grunn.⁷⁰

En variant av spørsmålet om å holde tilbake informasjon av hensyn til barnet, er om opplysninger kan holdes tilbake fordi *barnet* ikke bør få dem, jf. § 3-2 (3), og man vet at foreldrene vil videreformidle på tross av helsefaglige anbefalinger.

Grunner til å ikke informere kan gjøres seg gjeldende overfor begge foreldrene eller bare den ene.

4.2.2 Informasjon til tredjepersoner

Utenom opplysninger til de som har foreldreansvar (og barneverntjenesten når den har overtatt omsorgen for barnet), gjelder alminnelige taushetspliktsregler for hvem som kan få

⁶⁶ Syse, forelesning i helserett ved UiO høst 2008

⁶⁷ Befring (2001) s 80

⁶⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.2.6.7

⁶⁹ Syse (2004) s 208 med henvisning til Statens helsetilsyns brev til Sosial- og helsedirektoratet 27.juni 2001

⁷⁰ BK art.3

opplysninger om en pasient, jf. pasrl. § 3-6 (1). I første rekke helsepersonelloven kapittel 5. Forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt kan også være relevante.⁷¹

Prinsippet om at den som har krav på taushet kan suspendere taushetsplikten ved samtykke, er tatt med i pasrl. § 3-6 (2). Hvem som må samtykke til utlevering, følger av hlpl. § 22. Stort sett gjelder de samme grensene for pasientens, foreldres og andres samtykkekompetanse for informasjonssamtykke som for samtykke til helsehjelp. Disse behandles nedenfor i kapittel 5.

En forskjell er imidlertid at for alle pasienter over 16 år som ikke kan ivareta sine interesser, gir § 22 (3) samtykkekompetansen til "nærmeste pårørende". Dette er samme formulering som i § 3-3 om rett til å motta informasjon, men avviker fra pasrl. § 4-5 som legger samtykkerett til helsehjelp for aldersgruppen 16-18 år til foreldreansvaret. Vanligvis vil det gå ut på ett, fordi foreldrene også vil være nærmeste pårørende.

Definisjonen i pasrl. § 1-3 gir imidlertid pasienten rett til å selv velge sin nærmeste pårørende, og gjør ikke uttrykkelig unntak for pasienter under 18 år. Tatt på ordet innebærer derfor hlpl. § 22 (3) at hvis pasienten utpeker andre enn foreldrene som nærmeste pårørende, og valget er forholdsvis fornuftig,⁷² blir det den utpekte som får ansvaret for å vurdere om det skal samtykkes til utlevering av opplysninger. Dette bryter med det vanlige utgangspunktet om at foreldre tar avgjørelser for barn. I forarbeidene til pasrl. § 1-3 og til lovendringen som gav denne virkning også for psykisk helsevern, legges stor vekt på betydningen av pasientens selvbestemmelse på dette punktet. Spørsmålet om forholdet til foreldreansvaret tas ikke opp.

De som har foreldreansvaret vil fremdeles ha rett til informasjon som er nødvendig for å utøve ansvaret, jf. pasrl. § 3-4 (3). Den situasjonen hlpl. § 22 (3) gjelder vil omfatte opplysninger som er nødvendige for å kunne samtykke til helsehjelp etter § 4-5.

⁷¹ Khl. § 6-6, sphsl. § 6-1 og pshvl. § 1-6

⁷² Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 6.5.4

Utlevering av opplysninger på grunnlag av samtykke er ikke en plikt, jf. ”kan”. Det er opp til helsepersonellet å vurdere om det er grunner til å ikke utlevere opplysningene selv om det foreligger samtykke. At samtykket eventuelt gis av en representant og ikke barnet selv, kan være et moment i vurderingen av om samtykke bør lede til utgivelse av opplysninger. Det kan ellers nevnes at hvis utlevering av opplysninger åpenbart er i pasientens interesse kan samtykke presumeres.⁷³

Taushetsplikten for helsepersonell begrenses også av lovbestemt opplysningsplikt.⁷⁴ Av spesiell betydning for barn og ungdom, er hlpl. § 33. Den pålegger helsepersonell å bringe opplysninger videre til barnevernet når det er grunn til å tro at barn blir mishandlet, er utsatt for alvorlig omsorgssvikt eller har vist vedvarende og alvorlige adferdsvansker. Det er både en plikt til å handle uoppfordret, og til å utlevere opplysninger dersom de aktuelle ansvarlige organene ber om det. Begrunnelsen er hensynet til barns beste, og at taushetsplikt ikke skal kunne hindre nødvendige inngrep fra barnevernet.

5 Samtykke til helsehjelp

5.1 Generelt om samtykke til helsehjelp

Grunnleggende i norsk helserett er at helsehjelp så langt mulig skal bygge på samtykke, jf. pasrl. § 4-1. Samtykke gir rettsgrunnlag for handlinger som ellers ville vært integritets-krenkelser.⁷⁵ Sentrale stikkord når det gjelder samtykke og integritetsvern for barn, er foreldreansvaret, barnets selvbestemmelsesrett, barnets beste og forsvarlighetskravet i helseretten.

⁷³ Befring (2001) s 127

⁷⁴ Uttrykkelig lovfestet i hlpl. § 23 nr.5

⁷⁵ Aasen (2000) s 227

Et rettsgyldig samtykke avhenger av materiell, personell og prosessuell kompetanse. Det er spørsmål om hva, hvem, og hvordan.⁷⁶ Samtykke til helsehjelp, med tvang som motstykke, balanserer mellom retten til å bestemme over egen kropp og helse, og hensynet til liv og helse som uavhendelige rettsgoder en ikke kan disponere fritt over.⁷⁷ Problemstillingene varierer i forhold til hva det trengs samtykke til, hvem som kan gi samtykke, til betydningen av stilltiende, presumert og hypotetisk samtykke. I forhold til barn og ungdom er det spesielt interessant hvem som må avgi samtykke, barnet og/eller andre.

Prosessuelle krav er i prinsippet de samme enten samtykket gis av pasienten selv eller en representant. Som hovedregel er både muntlig, skriftlig og stilltiende samtykke gyldige, jf. pasrl. § 4-2. Stilltiende samtykke eller konkludent adferd er en svakere form enn uttrykkelig samtykke, men praktisk i helsevesenet. Oppmøte på legekantoret eller sykehuset kan være nok til å anta at det samtykkes til undersøkelse eller behandling,⁷⁸ forutsatt at vedkommende har hatt mulighet til å vurdere situasjonen og har tatt et valg.⁷⁹ Dette gjelder også foreldre som samtykker på vegne av barn.

Ved tolkning av innhold og om samtykke er gitt, er utgangspunktet hva den samtykkende mener. I helseretten er kravet om informert samtykke også sentralt, jf. § 4-1 Ved tvil plikter mottakeren å forsikre seg om at det er et samtykke som foreligger, og hva avgiveren legger i det. Hvor detaljert og/eller tydelig samtykket må være, avhenger bl.a. av hvor inngripende tiltak det gjelder. Jo mer inngripende, jo mer presist må samtykket være.

I enkelte situasjoner er ikke samtykke nødvendig før helsehjelp kan eller skal gis. Øyeblikkelig hjelp kan etter hlpl. § 7 gis uten samtykke, og etter strl. § 47 kan en handling lates straffri dersom den avverger en ”på annen måte uavvendelig” fare, og det godet som reddes, er betydelig i forhold til det man forbryter seg mot. Dette anses som uttrykk også

⁷⁶ Syse, helserettsforelesning høst 2008 om samtykke

⁷⁷ Aasen (1998) s 286

⁷⁸ Syse (2004) s 250

⁷⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.1.3

for en ulovfestet regel om at brudd mot rettsgoder i noen tilfeller kan være rettmessig når hensynet forholdsmessighet er ivaretatt.

5.2 Barns samtykke

Hovedregelen i helseretten er at pasienten selv har rett til å samtykke til helsehjelp eller la være. Dette forutsetter samtykkeevne eller – *kompetanse*. Dvs. å ha rettslig handleevne i tillegg til rent faktisk å kunne gi uttrykk for hva man ønsker. Samtykkevilje og fysisk evne er ikke nok.⁸⁰

Hovedskillet for selvbestemmelse går i helseretten ved 16 år, jf pasrl. § 4-3 (1) bokstav b). Tidligere hadde psykisk helsevernloven egne samtykkebestemmelser, men etter lovendring i 2006 viser pshvl. § 2-1 (1) til pasientrettighetsloven. Samtykke til *tvungent* psykisk helsevern er likevel særskilt regulert. Etter pshvl. § 2-2 (2) kan bare pasienter over 16 år samtykke på egen hånd til å være underlagt tvungent vern. Denne grensen er absolutt, i den forstand at en yngre person ikke alene kan samtykke til tvungent psykisk helsevern.

Aldersgrenser før myndighet ved 18 år⁸¹, er på andre områder enn helserett ofte 15 år. Det gjelder bl.a. rett til å velge utdanning, til å melde seg inn og ut av foreninger og trossamfunn, og disposisjonsrett over egne tjente midler. Ved adopsjon kreves samtykke fra barnet selv når det er fylt 12 år.⁸²

I Ot.prp. til pasientrettighetsloven drøftet departementet om også den helserettslige myndighetsalderen burde settes til 15 år. Særlig fordi barn fra 15 år allerede kunne samtykke til tiltak etter bvl. § 4-26, som også kan omfatte psykiatrisk behandling. Når 16 år likevel ble valgt, var begrunnelsen at samtykke burde bygge på mest mulig modne overveielser. Dessuten at barn ikke bare bør ha rett til selvbestemmelse, men også frihet fra

⁸⁰ Samtykkeforelesning av Syse høsten 2008

⁸¹ Jf. vml. § 1 og § 2

⁸² Hhv. bl. § 32, trdomssamfunnsl. § 3, kirkeloven § 3 nr.6, vml. § 33 og adopl. § 6 (2)

å få for tungt ansvar alene. Etter departementets mening veide dette tyngre enn hensynet til harmonisering med barnevernloven.⁸³ Et mindretall i sosialkomiteen ønsket en generell 18-årsgrense for selvbestemmelse etter 1999-lovene.⁸⁴

Pasrl. § 4-3 (1) bokstav b) inneholder to unntak fra 16-årsgrensen. Pasienter over 16 år kan samtykke med mindre annet følger av lov eller tiltakets art. På grunn av kravet om informert samtykke, forutsettes en viss evne til å ta imot og forstå informasjon, og til å forstå hva et samtykke innebærer. Det er ikke alle som har denne evnen, selv om de har fylt 16 år. Pasrl. § 4-3 inneholder derfor også bestemmelser om bortfalt samtykkekompetanse.

5.2.1 Annet følger av lov

Aldersgrenser i andre lover gjelder stort sett spesielle helsemessige inngrep hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende.

Etter abortloven er det kvinnen selv som tar avgjørelsen om svangerskapsavbrudd, jf. § 2 (2) og § 4 (1) første punktum. Her gjelder det ingen aldersgrense. Etter § 4 skal imidlertid foreldre eller verge få uttale seg dersom den gravide er under 16 år. Hvis de uttaler seg imot det, kreves fylkesmannens samtykke til svangerskapsavbrudd i tillegg til kvinnens, jf. § 9.

Hovedregelen i transplantasjonsloven av 9.februar 1973 nr 6 (transpl.) er omvendt. Bare myndige kan samtykke til levende donasjon av vev eller organer til transplantasjon. Det kan imidlertid være sterke medisinske grunner til å ville transplantere også fra personer under 18 år. Dette kan skje på særlige vilkår. (Loven ble endret på dette punktet da man begynte å transplantere beinmarg i Norge.) Transplantasjon fra en under 18 år krever tilslutning fra både verge, den som har foreldreansvaret og den som har den daglige

⁸³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.2.1

⁸⁴ Innst.O. nr.91 (1998-1999) punkt 2.5

omsorg, i tillegg til samtykke fra donoren selv⁸⁵. Dvs. at alle de nevnte personene har vetorett. Samtykket skal være skriftlig, og i tillegg må fylkesmannen godkjenne transplantasjon.

Transpl. § 1(3) forutsetter en absolutt nedre aldersgrense på 12 år for å samtykke med tilslutning som nevnt. Også personer under 12 år kan være donorer. Selv om de ikke kan samtykke, har barn under 12 år rett til å nekte, jf. § 1(3) siste punkt. Transplantasjon er utelukket dersom pasienten motsetter seg inngrepet.

Steriliseringsloven (sterill.) av 3.juni 1977 nr 57 § 2 har en så høy aldersgrense som 25 år for sterilisering etter egen begjæring. Er det medisinske grunner til det, kan sterilisering foretas uavhengig av alder.

Retten til å samtykke til helsehjelp omfatter også retten til å nekte å motta helsehjelp. Pasientrettighetsloven § 4-9 begrenser også barns samtykkekompetanse i forhold til voksnes. På grunn av de alvorlige konsekvensene nektelse kan ha, gjelder § 4-9 bare myndige pasienter, jf. tredje ledd.

5.2.2 Bortfall av samtykkekompetanse

En særlig variant av lovbestemmelsesunntaket i pasrl. § 4-3 (1) bokstav b, er ellers resten av den samme paragrafen. Etter andre ledd kan ungdom over 16 år mangle samtykkekompetanse hvis de *”på grunn av psykiske eller fysiske forstyrrelser eller psykisk utviklingshemming ... åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”*. Det gjør ingen forskjell om vedkommende er over eller under 18 år.

Kompetansen kan falle bort helt eller delvis. En og samme pasient kan ha kompetanse til samtykke i noen situasjoner og ikke andre, og det kan variere med tidspunkt. En som ikke kan samtykke til operasjon, kan være kompetent til å ta avgjørelser om medikament-

⁸⁵ Transpl. § 1 (2) 2.pkt.

behandling, eller samtalerterapi, og omvendt. Avgjørelsen treffes av helsepersonell i det enkelte tilfellet. Pasientens alder og modenhet vil være relevante vurderingsmomenter, jf. § 4-3 (3).

Forbigående kompetansemangel kan skyldes f.eks. bevisstløshet eller midlertidig mental svekkelse på grunn av sløvende medisiner. Hvis det antas at kompetansemangelen er forbigående, må det vurderes om en kan vente med helsehjelp til kompetansen er gjenopprettet. Det skal i alle tilfelle legges best mulig til rette for at pasienten skal bli i stand til å samtykke på egen hånd, jf. § 4-3 (2). Poenget er at for pasienter mellom 16 og 18 år må det avgjøres særskilt dersom samtykkekompetanse *ikke* foreligger.

”Åpenbart ikke er i stand til å forstå” er et strengt krav. Betydningen av selvbestemmelse tilsier at samtykkekompetanse ikke bør falle bort så snart det er tvil om vedkommende har forstått.⁸⁶ Det kan hevdes at vilkåret er *for* snevert, og i for stor grad kan hindre nødvendig helsehjelp. For ungdom 16-18 år vil imidlertid særbestemmelser og unntaket for ”tiltakets art” fange opp tilfeller hvor en ikke mener denne gruppen bør kunne samtykke og hvor det alminnelige kriteriet for bortfall kanskje ikke er til stede.

Ungdom mellom 16 og 18 år har samme krav på rettsikkerhet i forbindelse med avgjørelse om bortfalt samtykkekompetanse, som voksne. Det skal som sagt legges til rette for at samtykke kan avgis av pasienten selv, og bl.a. ved tilstrekkelig og tilpasset informasjon.

Er manglende samtykkeevne likevel aktuelt, tas beslutning om det av helsepersonellet og avgjørelsen med begrunnelse skal nedtegnes, jf. § 4-3 (3) og (4). Videre skal beslutningen legges fram for pasienten og dennes nærmeste pårørende, jf. § 4-3 (4). Et av formålene med fremleggelsesplikten er at den som samtykkekompetansen for den aktuelle pasienten går over på, skal få nødvendig informasjon til å ivareta samtykkeansvaret.⁸⁷ I lys av § 4-5, som gir foreldre samtykkekompetanse for ungdom over 16 år, er det naturlig å tolke

⁸⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12, Syse (2004) s 260

⁸⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12

fremleggelsesplikten i § 4-3 (4) til gjelde overfor de som har foreldreansvaret, også om de ikke skulle være utpekt som nærmeste pårørende, jf. § 1-3.

5.2.3 Annet følger av tiltakets art

Den andre reservasjonen i § 4-3 (1) bokstav b gjelder ”tiltakets art”. Unntaket begrunnes i forarbeidene med at: ”*Det kan tenkes personlige helseanliggender som bør ligge under en normalt utviklet ungdoms rådighetsfare også før fylte 16 år. Det kan også tenkes eksempler på avgjørelser som ikke bør kunne tas før myndighetsalder er oppnådd...*”⁸⁸

Dette bekrefter den språklige forståelsen av bestemmelsen, at ”tiltakets art” gjelder avvik fra 16-årsgrensen både oppover og nedover.

Et fellestrekk ved inngrep 16-17-åringene ikke bør kunne samtykke til alene, er at det gjelder alvorlige inngrep som ikke er strengt nødvendige.⁸⁹ Lovforarbeidene nevner eksperimentell behandling, og irreversible inngrep som plastisk kirurgi.⁹⁰ I rundskriv I-8/2003 legger Helsedepartementet til grunn en generell 18-årsgrense for samtykke til kosmetisk kirurgi. Dette er heller ikke alltid helsehjelp, jf. pasrl. § 1-3 bokstav c), og faller i så fall utenfor pasientrettighetslovens område. Da gjelder den alminnelige myndighetsalderen for samtykke.⁹¹ Foreldre kan derimot samtykke for barnet, men neppe mot barnets vilje.⁹²

Som eksempel på inngrep hvor barnets samtykke ikke var nok, kan nevnes en sak Statens helsetilsyn behandlet i 1993, angående fettsuging utført på en normalt slank 16-årig gutt. Også da var den generelle samtykkealderen 16 år.⁹³ Gutten led av en alvorlig spiseforstyrrelse, og tok livet av seg etter operasjonen. Kritikken mot legen var ikke først og fremst om han burde oppdaget sykdommen, men at guttens unge alder, og at han etter

⁸⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12

⁸⁹ Befring (nr.6/2004)

⁹⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.1

⁹¹ Backer (2008) s 314-315

⁹² Befring (2005)

⁹³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.2.1.

normale begreper ikke trengte operasjonen, *i seg selv* tilsa at fettsuging ikke skulle vært foretatt uten å kontakte foreldrene.⁹⁴

Når det gjelder samtykke fra yngre barn enn 16 år, angir ikke forarbeidene nærmere hvilke helsetiltak man mener barn under 16 år kan ha rådighet over. Derimot uttales i forbindelse med § 3-4 (2) at retten til å holde informasjon tilbake fra foreldrene, er et unntak fra foreldrenes fulle samtykkekompetanse.⁹⁵ I forhold til yngre barn må derfor ”tiltaket art” ses i sammenheng med retten til å holde tilbake informasjon fra de som ellers har samtykkekompetansen.

Eksempler på helsehjelp barn under 16 år etter omstendighetene kan samtykke til, er behandling for forkjølelse eller influensa, gipsing av en arm, eller å sy et kutt.⁹⁶

Prevensjon kan også være relevant.⁹⁷ Hvert tilfelle må vurderes konkret. Om forskrivning av p-piller peker Statens helsetilsyn på at en bl.a. må være oppmerksom på om barnet blir presset eller utnyttet av partneren. Men også legge vekt på hensynet til å unngå uønskede graviditeter og eventuelle abortinngrep.⁹⁸

Et annet aktuelt tema er jenter som søker helsehjelp etter å ha vært utsatt for kjønnslemlestelse. Som nevnt i punkt 4.2, kan det være grunn til å ikke involvere foreldrene i slike tilfeller. I rundskriv IK-20/2001 legger Statens helsetilsyn til grunn at jenter under 16 år kan ha samtykkekompetanse i disse tilfellene, hvis er at de er i stand til å ivareta sine interesser, og foreldrene ikke gjør det. Helsedepartementet gjentar dette i rundskriv I-5/2009, og at det må foretas en konkret vurdering av alder, modenhet, familieforhold, omfanget av behandlingen og jentas beste.

⁹⁴ Befring (nr.6/2004)

⁹⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12

⁹⁶ Statens helsetilsyns brev 20.desember 2001 til Fylkeslegen i Nordland, Backer (2008) s 312

⁹⁷ Syse (2004) s 274 jf. s 227, Aasen (2008) s 12, Backer (2008) s 313-314

⁹⁸ Brev 20.desember 2001 til Fylkeslegen i Nordland

Helsehjelpen kan gjelde fysiske og psykiske skader i større eller mindre omfang. Det spesielle er at tiltakene i stor grad vil være så inngripende at det språklig faller noe unaturlig å si at det er tiltakenes art som begrunner samtykkekompetansen. Strengt tatt er andre omstendigheter, som risikoen for reaksjoner fra jentas foreldre og familie, grunnen til å kunne godta hennes eget samtykke.

Pasrl. § 4-3 har ikke en nedre aldersgrense. Sammenhengen med § 3-4 (2) kan likevel tale for at barn under 12 år ikke bør kunne samtykke til tiltak som er så inngripende, at de isolert sett, taler mot å fravike 16-årsgrensen. IK-20/2001 tar ikke uttrykkelig stilling til samtykke fra barn under 12 år, men fremholder at dersom barnet ikke anses å kunne samtykke selv, bør helsepersonellet vurdere å koble inn barnevernet jf. hpl. § 33.

Pasientrettighetslovens samtykkeregler gjelder nå også i psykisk helsevern. Det antas at adgangen for barn under 16 år til å samtykke, er forholdsvis snever, men ikke prinsipielt snevrere enn i somatikken.⁹⁹ Unntak fra grensen kan begrunnes f.eks. hvis barnet ønsker samtalerapi, men en eller begge foreldre er en del av en alvorlig konfliktsituasjon og derfor ikke vil samtykke for barnet.¹⁰⁰ Igjen er det ikke strengt tatt tiltakets art som begrunner barnets samtykkekompetanse, men det at foreldrene ikke handler i barnets interesse.

Enten det gjelder avvik oppover eller nedover fra 16-årsgrensen, er det helsepersonellens ansvar å avgjøre om barnets samtykke gir grunnlag for helsehjelp i det enkelte tilfellet.¹⁰¹ Hvis man kan anta at foreldre ikke vil ha motforestillinger, kan barnets samtykke i en del tilfeller støttes av antatt samtykke fra foreldrene.

⁹⁹ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 6.3.2.4

¹⁰⁰ Riedl (2008) s 53, jf. Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 6.3.2.4

¹⁰¹ Syse (2004) s 253 om generelt ansvar for å bygge på gyldig rettsgrunnlag

5.3 Andres samtykke

5.3.1 Hvem som kan samtykke

Pasientrettighetsloven § 4-4 og § 4-5 angir hvem som kan samtykke til helsehjelp på vegne av barn. Den første gjelder barn under 16 år, den andre ungdom mellom 16 og 18 år som mangler samtykkekompetanse. Hovedregelen i begge tilfeller er at de som har foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for barnet.¹⁰²

Pasientrettighetsloven gir dessuten barneverntjenesten rett til å samtykke til helsehjelp når den har overtatt omsorgen for barnet etter bvl. § 4-6, § 4-8 eller § 4-12. Dette må oppfattes som et unntak, slik at barneverntjenesten ikke kan samtykke hvis foreldre har beholdt myndighet til å ta avgjørelser om helsehjelp, jf. bvl. § 4-18 (2). Når ingen har foreldreansvaret, har den oppnevnte vergen rett og plikt til å samtykke til helsehjelp for barnet, jf. vml. § 39 (1).¹⁰³

Mindreårige asylsøkere under 15 år som ingen har foreldreansvar for, har statlig barnevernmyndighet omsorgen for inntil de bosettes i en kommune eller sendes tilbake til hjemlandet, jf. bvl. kap. 5A. Dette innebærer imidlertid *ikke* foreldreansvar. Siden omsorgsovertakelse etter kap. 5A heller ikke er nevnt i pasrl. § 4-4, skal samtykke til helsehjelp for disse barna gis av den oppnevnte vergen, jf. vml. § 39 (1), jf. § 6. Da kap. 5A ble vedtatt var det foreslått å legge den helserettslige samtykkekompetansen til barnevernmyndigheten, men departementet kom til at det var bedre å legge den til en konkret person (vergen), enn til et forvaltningsorgan.¹⁰⁴

Kap. 5A gjelder ikke aldersgruppen 15-18 år, og denne gruppen kommer heller ikke under de vanlige reglene om omsorgsovertakelse.¹⁰⁵ Vergeordningen varer likevel til fylte 18 år,

¹⁰² Jf. kapittel 3 om hvem som har foreldreansvaret

¹⁰³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.1

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.28 (2007-2008) punkt 5.4

¹⁰⁵ Se kapittel 3

jf. vml. § 2. Vergen har derfor helserettslig samtykkekompetanse også i året mellom 15 og 16, og etter 16 år hvis ungdommen mangler samtykkekompetanse.

Ansatte i barnehage eller skole har et visst ansvar for barn og ungdom i det daglige, men kan ikke samtykke til helsehjelp. Det forhindrer ikke at de har plikt til å sørge for at et skadet eller sykt barn får hjelp, men helsepersonellet må innhente samtykke fra foreldrene, eller bygge på barnets eget samtykke, jf. § 4-3, for at helsehjelpen skal være rettmessig.

Det vil variere hva som kreves av anstrengelser for å nå foreldrene og få innhentet samtykke.¹⁰⁶ For enklere tiltak kan det f.eks. forutsettes enighet mellom foreldrene, slik at det er tilstrekkelig med uttrykkelig samtykke fra den ene. Jo alvorligere inngrep, eller risiko for bivirkninger eller skader, jo strengere krav må stilles til uttrykkelig samtykke, og ved felles foreldreansvar at begge samtykker. Hvis det er praktisk vanskelig å få innhentet samtykke, kan det i en del tilfeller bygges på antatt samtykke, jf. også grensen mot barnets eget samtykke.

Foreldre har ellers ikke bare rett, men også plikt til å samtykke til helsehjelp for barnet, jf. omsorgsansvaret etter bl.§ 30 og prinsippet om barnets beste. Barnevernloven hjemler inngrep fra det offentlige når foreldre ikke ivaretar barnets helse, jf. punkt 5.3.4.

I pasientrettighetslovens forarbeider nevnes også situasjoner hvor ingen har foreldreansvar, og helsehjelp er aktuelt før verge er utnevnt eller vedtak om omsorgsovertakelse foreligger, uten at nødrett gir tilstrekkelig rettsgrunnlag for hjelpen. Av rettssikkerhetshensyn ble det tatt inn en generell regel i § 4-8 om at helsepersonell som yter helsehjelp kunne samtykke til helsehjelp i samråd med annet kvalifisert helsepersonell, når pasienten manglet samtykkekompetanse, og ikke hadde noen som kunne samtykke for seg.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Backer (2008) 312 jf. Aasen (2008) s 13-14

¹⁰⁷ Ot.prp.n.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.5

Bestemmelsen ble imidlertid opphevet 19. desember 2008 med begrunnelsen at den var overflødig etter endringer i § 4-6.¹⁰⁸ Sistnevnte gjelder imidlertid bare *myndige* pasienter. Selv om en i praksis som regel enten vil ha hjemmel i nødrett eller kan vente på avgjørelse av samtykkekompetanse, er det litt uheldig at loven ikke lenger noen har klar regel om samtykke for barn som ingen (ennå) har samtykkekompetanse for, hvis situasjonen først oppstår.

For pasienter over 16 år kan for så vidt § 4-3 (4) sies å forutsette at annet kvalifisert helsepersonell må konsulteres før helsehjelp som krever samtykke, gis. Formelt er dette en plikt til fremleggelse av beslutning om manglende samtykkekompetanse, men formålet er å underrette en som skal ivareta pasientens interesser. Det taler for å innfortolke en rådføringsplikt, også når pasienten ikke direkte omfattes av § 4-6.

Dette kan imidlertid ikke anvendes på pasienter under 16 år, siden manglende samtykkekompetanse hos disse ikke krever beslutning, jf. § 3-4 (1). Gode grunner taler for at annet helsepersonell fremdeles bør konsulteres om helsehjelp også til disse, når ingen har samtykkeansvaret. Lovgiver har tydeligvis ikke ment å skape et "hull" her, jf. forutsetningen om at samme regel fulgte av andre bestemmelser, og at barns situasjon nettopp var et av eksemplene som begrunnet regelen i første omgang.¹⁰⁹

5.3.2 Grenser for samtykkeretten

Den som samtykker på vegne av barn har, som alle andre som tar avgjørelser for barn, plikt til å handle til barnets beste.¹¹⁰ Helsepersonell skal på sin side bare godta samtykke til helsehjelp som er faglig forsvarlig, jf. hlpl. § 4. I tillegg er det visse lovbestemte begrensninger i hva andre enn pasienten kan samtykke til.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.28 (2007-2008) kapittel 7

¹⁰⁹ Ot.prp.n.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.5

¹¹⁰ BK art.3 og bl. § 30

Foreldre eller andre kan f.eks. ikke samtykke til abort, jf. abl. § 4. De har uttalerett hvis den gravide er under 16 år, men avgjørelsen er hennes. Hvis hun er psykisk utviklingshemmet i betydelig grad eller alvorlig sinnslidende kan likevel vergen (som regel foreldrene) sette frem begjæring om svangerskapsavbrudd, jf. § 4 (2). Dette er unntakstilfeller hvor jenta/kvinnen forutsettes ute av stand til å forstå situasjonen, og ta et eget valg. Dersom hun i det konkrete tilfellet kan antas å *ha* evne til å forstå betydningen av inngrepet skal hennes samtykke innhentes i tillegg.

Transplantasjon av organ eller vev fra levende personer er et annet eksempel. Transpl. § 1 stiller strenge krav til samtykke, og til materielle vilkår for slike inngrep. For barn under 12 år kan bare samtykkes til transplantasjon av fornybart vev, ikke organer. Transplantasjonen må dessuten være livsnødvendig for en person i donorens nærmeste familie (søsken, foreldre, barn eller i særlige tilfeller andre med nær tilknytning til donoren). Og det kreves at ingen andre kan donere. For alle under 18 år skal transplantasjon godkjennes av fylkesmannen.

Etter pasrl. § 4-3 (5) gir samtykke heller ikke grunnlag for undersøkelse og behandling i psykiatrien når pasienten er over 16 år, mangler samtykkekompetanse og enten har en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen. Da gjelder hjemlene i pshlvt. kap.3.

5.3.3 Uenige foreldre

Dersom de som har foreldreansvaret er uenige seg imellom, kan det oppstå vanskelige spørsmål om hvilken helsehjelp barnet eller ungdommen skal gis. Pasrl. § 4-4 og § 4-5 viser at foreldre og andre med foreldreansvar har samtykkerett, men sier ikke hvordan eventuelle konflikter om utøvelsen skal løses. Koblingen til foreldreansvaret innebærer imidlertid at avgjørelser skal tas av foreldrene i fellesskap,¹¹¹ jf. at de etter bl. § 34 og § 35

¹¹¹ Smith (2006) s 99

har ”ansvaret saman”. Det vil si at dersom den ene nekter å samtykke, foreligger *ikke* gyldig samtykke.¹¹²

Barneloven § 37 gjør et unntak fra kravet til enighet når foreldrene har felles foreldreansvar, men barnet bare bor hos den ene. Da kan den som barnet bor hos ta avgjørelser om ”vesentlige sider av omsuta for barnet” i det daglige, uten at den andre kan sette seg imot det. En tilsvarende begrensning av ansvaret for den som ikke bor med barnet, er ikke tatt med i pasrl. § 4-4 og § 4-5. Det forutsettes imidlertid i forarbeidene at barnelovens regulering på dette punktet også gjelder ved samtykke til helsehjelp.¹¹³

Det bostedsforeldereren i disse tilfellene kan samtykke til er ordinær medisinsk behandling knyttet til den daglige omsorgen. Litteraturen nevner bl.a. behandling for øreverk, halsbetennelse og allergi, og kontroller for kroniske sykdommer.¹¹⁴ Alvorligere tiltak, f.eks. en operasjon, krever derimot begge samtykke.¹¹⁵ Psykiatrisk undersøkelse og behandling anses som er en type tiltak begge foreldrene må samtykke til.¹¹⁶ Dersom den foreldereren barnet ikke bor hos ikke vil ta stilling, kan muligens bostedsforelderens samtykke være tilstrekkelig også til helsehjelp som egentlig krever begge samtykke,¹¹⁷ Motsetter den andre seg slik helsehjelp foreligger derimot ikke gyldig samtykke.

Uten om tilfellene som dekkes av bl. § 37, innebærer felles foreldreansvar at den som motsetter seg helsehjelp alltid har veto. I utgangspunktet styrker det barnets integritetsvern at inngrep krever vurdering og beslutning fra to stykker, jf. hensynet til at samtykke til helsehjelp bør bygges på mest mulig veloverveide beslutninger. Den som ikke vil samtykke

¹¹² IS-12/2004 s 33 Syse (2004) s 274, Aasen (2000) s 573

¹¹³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12

¹¹⁴ Syse (2004) s 274, Aasen (2000) s 574

¹¹⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12, IS-12/2004 s 33

¹¹⁶ IS-12/2004 s 33, Syse (2007) s 214

¹¹⁷ Syse (2007) s 214

kan ha gode grunner, f.eks. at behandlingen er inngripende, risikabel eller smertefull. Eller en er skeptisk til vaksine på grunn av muligheten for alvorlige bivirkninger.¹¹⁸

På den andre siden tilsier hensynet til barnets helse¹¹⁹ ikke nødvendigvis at den forelderen som sier nei alltid bør få bestemme. Hensynet til barnets medbestemmelse kunne også tale for at det i hvert fall i noen tilfeller var tilstrekkelig at barnet, den andre forelderen og helsepersonellet var enige om at helsehjelpen burde gis. Slik er det imidlertid ikke. I forhold til psykisk helsehjelp uttalte departementet ved utvidelsen av pasientrettighetslovens virkeområde i 2006, at samtykke fra den ene av foreldrene ville ha mindre betydning enn vurderingen av selve tiltaket, dersom det skulle være aktuelt å gi helsehjelp når barnet og bare den ene forelderen samtykket.¹²⁰

I arbeidet med ny barnelov, har det kommet fram fra bl.a. Barneombudet at det er et ikke upraktisk problem at barn ikke får helsehjelp de burde ha krav på, fordi en forelder står i veien. Det gjelder særlig psykisk helsehjelp.¹²¹ I de alvorligste tilfellene kan en gå forbi motstand fra en forelder, jf. nedenfor. Kravene er imidlertid strenge, og eventuelle vedtak som kreves kan ta så lang tid at helsehjelpen forsinkes. I NOU: 2008 nr.9 ”Med barnet i fokus” konkluderes det, bl.a. på bakgrunn av Barneombudets innspill, med at det bør være større adgang til å behandle barn på grunnlag av bare den ene forelderens samtykke enn tilfellet er i dag.

I NOUen foreslås det å endre både pasientrettighetsloven og barneloven slik at nødvendig og hensiktsmessig medisinsk behandling kan påbegynnes på grunnlag av den ene forelderens samtykke, også når den andre uttrykkelig motsetter seg det.¹²²

¹¹⁸ Aasen (2000) s 572, Befring (2005)

¹¹⁹ Bl.a. BK art.24

¹²⁰ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 6.3.2.4

¹²¹ NOU:2008 nr.9 punkt 7.3.1

¹²² NOU:2008 nr.9 punkt 17.2

5.3.4 Når foreldre motsetter seg helsehjelpen

Helsehjelp som er påtrengende nødvendig skal helsepersonell gi uavhengig av samtykke, jf. hlpl. § 7. Ut over dette omfatter retten til å samtykke til helsehjelp på vegne av barn og ungdom i utgangspunktet også rett til å nekte helsehjelp.

Det kan som nevnt være ulike grunner til at foreldre ikke ønsker å samtykke, f.eks. skepsis til helsetjenesten, at de foretrekker alternativ behandling, eller at de ikke ser at barnet har behov for hjelp. Det kan også være religiøse grunner.¹²³ Nektelsen kan også skyldes forelderens egen interesse i å dekke over mishandling av barnet. For å sikre barn og ungdom nødvendig helsehjelp, er det visse begrensninger i foreldres mulighet til å motsette seg helsehjelp til barnet.

Etter bvl. § 4-10 kan fylkesnemnda for sosiale saker vedta medisinsk undersøkelse og behandling av barn når foreldrene ikke sørger for det. Vilkåret er at det er grunn til å tro at barnet har en livstruende eller alvorlig sykdom eller skade. Det skal med andre ord en del til. Bestemmelsene kom da også inn i loven for at en skulle slippe å måtte frata hele foreldreansvaret når det var nødvendig å gripe inn for å sørge for helsehjelp til barnet.¹²⁴ Bvl. § 4-11 gjelder tilsvarende når barnet ikke får dekket særlige behandlings- og opplæringsbehov. Dette er bl.a. ment å omfatte behandling for psykiske lidelser som ikke er sykdom i medisinsk forstand.¹²⁵ Ved slike vedtak fratras ikke foreldrene annen myndighet enn akkurat i det spørsmålet nemnda avgjør.¹²⁶

Bestemmelsene hjemler ikke midlertidige vedtak,¹²⁷ fordi en anså akutte tilfeller godt nok dekket av nødrett.¹²⁸

¹²³ Ofstad (2009) s 109

¹²⁴ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) punkt 4.9

¹²⁵ Ofstad (2009) s 109

¹²⁶ Ofstad (2009) s 110

¹²⁷ Lindeboe (2006) s 101

¹²⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) punkt 4.9

Dersom foreldre hindrer at barnet får helsehjelp kan det også være tegn på mer omfattende omsorgssvikt. Da kan omsorgsovertakelse etter § 4-12, eventuelt fratakelse av foreldreansvar, jf. § 4-20, være aktuelt. Grunnvilkårene er de samme, og følger av bvl. § 4-12. Bokstav b gjelder foreldre som ikke sørger for hjelp til et sykt barn. Bokstav d nevner fare for at barnets helse blir alvorlig skadd. Det er en forutsetning at vedtak etter § 4-10 eller § 4-11 ikke er tilstrekkelig. F.eks. at barnet trenger oppfølging over tid, og den vanskelig kan gis om det bor hos foreldrene.¹²⁹

Pasrl. § 4-9 om rett til å nekte blodoverføring, avbrytelse av sultestreik, og livsforlengende behandling av en døende pasient, gjelder bare myndige pasienter med samtykkekompetanse. Rettstilstanden angående foreldres rett til å nekte eller avslutte helsehjelp til barn skulle ikke endres, og forarbeidene viser til muligheten for tvangstiltak dersom foreldre ikke sørger for nødvendig helsehjelp til et barn.¹³⁰

Foreldre kan dermed ikke motsette seg blodoverføring til barnet, selv om det er i strid med deres religiøse oppfatning.¹³¹ Også her ville man tidligere fratatt foreldreansvaret for å få gjennomført behandlingen. En annen sak er at dersom foreldrene har slike motforestillinger, må det foreligge en nødssituasjon for at blodoverføring skal kunne foretas. Eventuelt overlates til fylkesnemnda å fatte vedtak etter bvl. § 4-10 dersom blodoverføring er helt nødvendig, men avgjørelsen ikke må tas der og da.¹³²

¹²⁹ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) del 4

¹³⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12

¹³¹ Syse (2004) s 284, jf. Syse (2003)

¹³² Syse (2003)

5.3.5 Særlig om tvang mot gravide

Et særlig spørsmål om tvang mot foreldre, gjelder gravide. Her kan helsehjelp til barnet bare gis ved inngrep i morens kropp. Hensynet til barnets helse står dermed ikke mot hensynet til foreldrenes bestemmelsesrett, men mot hensynet til morens integritet.

Forarbeidene til pasientrettighetsloven legger det til grunn at behandling av fostre som utgangspunkt forutsetter samtykke fra moren, men at dette området kan reguleres på annen måte i spesiallovgivningen.¹³³ Når det dreier seg om tvangsinngrep overfor moren kreves særskilt lovhjemmel.

En slik bestemmelse er sotjl. § 6-2a. Etter denne kan sosialtjenesten gripe inn med tvangstiltak overfor gravide rusmisbrukere. Hensynet til å beskytte barn mot skader som følge av morens rusmisbruk veier tyngre enn morens selvbestemmelse. Det er også i samfunnets interesse at barn fødes friske. Barnets beskyttelse styrkes av at helsepersonell har opplysningsplikt overfor sosialtjenesten ved mistanke om rusmisbruk som gjør det overveiende sannsynlig at barnet blir født med en skade, jf. hlpl. § 32 (2).

En situasjon med visse likhetspunkter er hvis moren har anoreksi, og man er bekymret for fosteret på grunn av mangel på næring. Begge tilfellene gjelder skade på fosteret som følge av hva moren inntar, eller ikke inntar, under svangerskapet, og årsaken er i begge tilfeller en sykelig tilstand. Anoreksi er en psykisk lidelse, og tvangsernæring er et lovlig tiltak etter pshlpl. § 4-4 (2) bokstav b ved behandling av alvorlige spiseforstyrrelser. Forutsetningen er at det er nødvendig for behandlingsformål. Det vil si *behandling av den gravide*.

Hjemmelen dekker ikke tilfellet hvor det først og fremst er fosteret man er bekymret for. Pshlpl. § 3-3 (1) pkt.3 bokstav b hjemler riktig nok tvungent psykisk helsevern når pasienten (moren) utgjør en fare for andres liv eller helse, men hjemler ikke konkrete tiltak, som i dette tilfellet tvangsernæring.

¹³³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.1

6 Medbestemmelse

6.1 Hva er medbestemmelse

Barns og ungdoms selvbestemmelse og integritetsvern i helsetjenesten er ikke bare spørsmål om formell selvbestemmelse angående helsehjelp eller utlevering av opplysninger. Minst like viktig er muligheten til å påvirke avgjørelser som tas av andre, også kalt medbestemmelsesrett eller rett til å bli hørt.¹³⁴ Dette omfatter alt fra at barnets mening tas i betraktning til at den legges avgjørende vekt på.

Medbestemmelse er et av barnerettens fire grunnprinsipper (de andre er rett til liv og utvikling, ikke-diskriminering og prinsippet om barnets beste).¹³⁵ Barnekonvensjonen art.12 er et eksempel på en konvensjonsbestemmelse som er konkret nok til å anvendes direkte som rettskilde. Spesialbestemmelser om barns og ungdoms påvirkningsrett finnes bl.a. i pasientrettighetsloven. Siden BK art.12 har betydning for tolkningen av spesialbestemmelsene,¹³⁶ er det imidlertid naturlig å først si litt om denne.

I helsetjenesten er medbestemmelse aktuelt overfor to beslutningstakere, foreldre eller andre som tar avgjørelser om samtykke, og helsepersonell som tar de endelige beslutningene om helsehjelp.

¹³⁴ Hhv. Aasen (2008) s 18-19 og Barnekonvensjonen (2008) kap. 5

¹³⁵ Barnekonvensjonen (2008) s 77

¹³⁶ Jf. mnskr. § 3, se punkt 1.1.2

6.2 Barnekonvensjonen artikkel 12

I offisiell norsk oversettelse lyder art.12 slik:

1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.
2. For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.

Helsehjelp er utvilsomt et forhold som vedrører/angår barnet. (Begge uttrykkene svarer til "affecting" i den engelske originalteksten.) Barn som er i stand til å danne seg synspunkter om helsehjelpen, har derfor rett til å gi uttrykk for dem. Det er ikke nødvendig at barnet har en oppfatning om et "helt" spørsmål. F.eks. er det naturlig å snakke med barnet for å finne ut hvordan det vil reagere på behandling, uavhengig av om det har evne til å velge mellom alternative behandlinger.¹³⁷

Barnet må selvsagt ikke utsettes for press om hva det skal mene eller si, jf. "fritt gi uttrykk for". Det har heller ikke plikt til å uttale seg.¹³⁸ Medbestemmelse er at barnets synspunkter ikke bare skal høres, men også tas hensyn til. Det skal legges "behørig vekt" på barnets mening i samsvar med alder og modenhet, jf. art.12 nr.1 siste del. Like viktig som økende grad av påvirkning, er at art.12 ikke har en nedre aldersgrense for retten til medbestemmelse.¹³⁹ Det eneste vilkåret er evnen til å danne seg synspunkter.

Art.12 nr.2 gjelder konkrete tilfeller hvor barn skal høres, og hvordan retten kan oppfylles. Rett til å bli hørt i "administrativ saksbehandling"¹⁴⁰ bekrefter barns rett til medbestem-

¹³⁷ Barnekonvensjonen (2008) s 84

¹³⁸ Barnekonvensjonen (2008) s 91

¹³⁹ Barnekonvensjonen (2008) s 84

¹⁴⁰ Antas å svare til det vi kaller forvaltning, jf. Barnekonvensjonen s 78

melse i den offentlige helsetjenesten,¹⁴¹ men innebærer ikke en innskrenkning av retten etter nr.1.

Begrensningen med art.12 er at bare staten er direkte forpliktet, jf. ”partene skal”. Det kan hevdes at andre del også forplikter offentlig helsepersonell, jf. ”administrativ saksbehandling”. Foreldre har derimot ikke direkte plikt etter bestemmelsen.¹⁴²

Statens ansvar utøves imidlertid gjennom lovgivning (evt. andre tiltak) for å sikre at relevante personer lar barn og ungdom være med å bestemme i saker som angår dem. De mest relevante lovbestemmelsene er pasrl. § 3-1 om medvirkning, jf. bl. § 31, og pasrl. § 4-4 (3) om rett for barn under 16 år til å bli hørt før samtykke til helsehjelp gis. Den første gjelder forholdet mellom pasient og helsepersonell. Den andre gjelder forholdet til foreldre og andre som samtykker på vegne av barn under 16 år.

6.3 Medbestemmelse overfor foreldre

Pasrl. § 4-4 gjelder som tidligere nevnt, samtykkerett for de som har foreldreansvar når pasienten er under 16 år. Etter tredje ledd skal de som skal samtykke høre hva barnet har å si før samtykke gis, barn over 12 år har rett til å si sin mening i alle spørsmål om egen helse, og det skal legges økende vekt på barnets mening i takt med alder og utvikling.

Dette ble tatt med av pedagogiske grunner, for å tydeliggjøre at reglene som allerede fulgte av bl. § 31 og § 33 også gjaldt i foreldres avgjørelser i helsespørsmål.¹⁴³ Bestemmelsen gjenspeiler også BK art.12 ved at barnets mening skal komme fram, og vektlegges ut fra alder og modenhet.

¹⁴¹ Khl. § 1-1, sphlsl. § 2-1 og § 2-1a og pshl. § 1-2

¹⁴² Selv om den er norsk lovtekst, dekker ikke ordlyden mer enn staten om de som driver rettslig eller administrativ saksbehandling.

¹⁴³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.1 og punkt 12

BK art. 12 har imidlertid ikke noen nedre aldersgrense for rett til å bli hørt. Dermed må ikke 12-årgrensen i pasrl. § 4-4 (3) tolkes som en nedre grense. Også barn *under* 12 år har rett til å si sin mening i spørsmål om egen helse, dersom de har evne til å danne seg synspunkter.¹⁴⁴ Derimot gir § 4-4 (3) barn over 12 år en *absolutt* rett til å bli hørt. Begrunnelsen for en absolutt rett fra en viss alder, er gjerne at det styrker muligheten for at barn fra denne alderen faktisk høres.¹⁴⁵ Et argument mot slike aldersgrenser er faren for at de virker mot sin hensikt ved å gi inntrykk av at det ikke er så nøye med å høre barn under 12 år.

Det kan spørres om det ligger mer i en slik absolutt rett enn at barn over 12 år er sikret å bli hørt uten at det først vurderes om de har evne til å danne seg synspunkter. Det vanskelige på dette området er at man legger en del mer i uttrykkene som brukes, enn det ordene i seg selv sier. Ut fra sammenhengen må det f.eks. innfortolkes i ”rett til å si sin mening”, at retten også omfatter det at meningen skal tillegges vekt.¹⁴⁶

Et særlig tolkningsproblem gjelder selve grensen på 12 år. I 2003 ble bl. § 31 endret slik at absolutt rett til å bli hørt inntreer fra fylte 7 år. Dette er en rett til å faktisk bli hørt, men sier ikke hvor stor påvirkning barnet skal ha.¹⁴⁷ Dermed er det ikke lenger full overensstemmelse mellom pasientrettighetsloven og barneloven angående foreldres plikt til å høre barn før det gis samtykke til helsehjelp. Spørsmålet er imidlertid hvordan de to aldersgrensene for *absolutt rett* nå skal forstås i forhold til hverandre når det gjelder helsehjelp. (Ingen av dem skal begrense retten for barn som er i stand til å danne seg synspunkter skal bli hørt, jf. BK art.12.)

¹⁴⁴ Barnekonvensjonen (2008) s 84

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) punkt 10.5

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.1

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) punkt 10.5 nest siste avsnitt.

Barneloven ble endret med tanke på barnefordelingssaker,¹⁴⁸ og det uttales i forarbeidene at spørsmål om når barn skal høres av andre offentlige myndigheter, bør overlates til særlovgivningen. Begrunnelsen er blant annet at *”På den måten kan ev. aldersgrenser tilpasses sakens art. Det kan variere hvilken alder og modenhet et barn må ha nådd for å kunne danne seg egne synspunkter på de enkelte saksfelt.”*¹⁴⁹ Siden bl. § 31 fulgte opp 7-årsregelen som var tatt inn i bvl. § 6-3 og adopl. § 6 samme år,¹⁵⁰ kan det at pasrl. § 4-4 (3) ikke ble endret, tyde på et bevisst valg fra lovgiver.¹⁵¹ Det problematiske i forhold til foreldres plikt, er at den nevnte uttalelsen ikke retter seg mot dem, men mot offentlige myndigheter. Det lille som sies om foreldre legger derimot vekt på at foreldre bør høre barn så tidlig som mulig.¹⁵²

Det kan også spørres hvor stor motstrid det i realiteten er mellom den nye bl. § 31 og pasrl. § 4-4 (3). Ved omtale av pasrl. § 4-4 (3) heter det gjerne at den gir ”delt samtykkekompetanse” mellom foreldre og barn over 12 år.¹⁵³ Dette antyder at 12-årsgrensen oppfattes å gi en rett som ligger nærmere grensen mot selvbestemmelse enn den som følger av BK art.12. Sistnevnte sier ikke hvor stor vekt barnets mening skal ha. Siden det å legge stor vekt på barns mening etter fylte 12 år også er med i den nye bl. § 31, kan det hevdes at pasrl. § 4-4 (3) er et uttrykk for det samme prinsippet, uten å være til hindrer for at en absolutt rett (uten et slikt vektkrav) kan inntre tidligere.¹⁵⁴ Den absolutte retten fra 7 år, jf. bl. § 31, er som sagt ikke en anvisning på hvor stor vekt barnets mening skal tillegges.¹⁵⁵

I juridisk teori er det tatt noe ulike standpunkter til hvorvidt bl. § 31 kan anvendes på helsespørsmål, eller om pasrl. § 4-4 (3) gjelder alene. Syse mener barnelovens 7 år bør

¹⁴⁸ Jf. navnet på endringsloven av 20.juni 2003 nr 40

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) punkt 10.5 siste avsnitt

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) punkt 10.5

¹⁵¹ Aasen (2008) s 20

¹⁵² Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) punkt 10.5

¹⁵³ IS-12/2004 s 33, Syse (2004) s 274 jf. s 263, Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.3.1

¹⁵⁴ I denne retningen Syse (2007) s 214

¹⁵⁵ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) punkt 10.5 nest siste avsnitt.

innfortolkes i pasrl. § 4-4 (3) siste punktum.¹⁵⁶ Backer antar derimot at bl. § 31 ikke kan anvendes direkte, men bør få indirekte betydning ved praktiseringen av § 4-4 (3).¹⁵⁷ Aasen legger vekt på forholdet til barnekonvensjonen, og at 12 år uansett ikke skal være avgjørende for barns medbestemmelse dersom de kan danne seg synspunkter om helsehjelpen.¹⁵⁸

Pasientrettighetsloven har ingen egen regel om medbestemmelse for ungdom over 16 år som mangler samtykkekompetanse overfor foreldre. Bortsett fra at de har rett til å motsette seg helsehjelp, jf. § 4-5, og at det skal legges best mulig til rette for selvbestemmelse, jf. § 4-3 (3). Så lenge de er under 18 år gjelder imidlertid både BK art.12 og bl. § 31.

6.4 Medbestemmelse overfor helsepersonell

Barns og ungdoms medbestemmelserett gjelder også overfor helsepersonell. Etter pasrl. § 3-1 har pasienten rett til å medvirke ved gjennomføring av helsehjelp. Medvirkningen må tilpasses den enkeltes evne til å gi og motta informasjon. Dette er en personlig rett uavhengig av alder og samtykkekompetanse, jf. ”sammen med” i andre ledd. Nærmeste pårørende trer ikke i stedet for pasienten, slik som ved samtykke.¹⁵⁹

Medvirkningsretten ble lovfestet for å styrke pasientens stilling overfor den profesjonelle parten, helsepersonellet,¹⁶⁰ og innebærer at helsepersonellet må høre på, og legge vekt på pasientens synspunkter.¹⁶¹ For barn og ungdom må medvirkningsretten også ses i lys av barns særlige rett til å bli hørt også, jf. bl. § 31 og BK art.12. Forarbeidene til pasrl. § 3-1

¹⁵⁶ Syse (2004) s 275, jf. s 263.

¹⁵⁷ Backer (2008) s 312

¹⁵⁸ Aasen (2008) s 20-21 og 26-27

¹⁵⁹ Jf. Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.1.6

¹⁶⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.1.1

¹⁶¹ Aasen (2008) s 19, Innst.O.nr.91 (1998-1999) merknad til § 3-1

viser til § 4-4 som uttrykk for prinsippet om økende vekt på hva barnet mener ut fra alder og modenhet.¹⁶²

Det er strengt tatt bare de som samtykker til helsehjelpen som omfattes av ordlyden i § 4-4 (3), ikke helsepersonell. Bestemmelsen forstås imidlertid som en regulering av barns rett til å bli hørt i spørsmål om helsehjelp generelt.¹⁶³ Litteratur om barns medbestemmelse i helsespørsmål fokuserer gjerne på når barnet skal høres av foreldrene, og mindre på helsepersonellet.¹⁶⁴

Barns og ungdoms rett til å bli hørt av helsepersonell (ikke bare foreldrene) følger også av BK art.12 og bl. § 31.¹⁶⁵ At helsepersonell er en form for offentlig myndighet kan tale for å anvende pasrl. § 4-4 framfor bl. §31, jf. forarbeidsuttalelsen til barnelovendingen i 2003. (Da ut fra at § 4-4 (3) andre og tredje punktum kan anvendes direkte på helsepersonell.) Det grunnleggende i alle tilfelle er at bestemmelsene må tolkes ut fra BK art.12 slik at barn som er i stand til å danne seg synspunkter får komme med dem også overfor helsepersonell. Som nevnt er det ellers noe ulike meninger i teorien om det formelle forholdet mellom pasrl. § 4-4 (3) og 7-årsgrensen i bl. § 31. Den praktiske forskjellen blir imidlertid mindre når bl. § 31 i alle tilfelle antas å være veiledende.¹⁶⁶

Helsepersonells plikt betyr ikke at de nødvendigvis trenger å høre alt fra pasienten selv. Det kan f.eks. være tilstrekkelig at den som samtykker videreformidler hva barnet mener. Helsepersonellet har likevel et selvstendig ansvar for at barnet får medvirke, herunder faktisk være med på avgjørelser. Også overfor helsepersonell har naturligvis ungdom over

¹⁶² Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.1.6

¹⁶³ Aasen (2008) s 19-21 Befring (2004)

¹⁶⁴ Barnekonvensjonen (2008) s 88, Aasen (2008) 20-21, Syse (2004) s 214-216 sml. s 275, Backer (2008) s 312 og Syse (2007) s 59.

¹⁶⁵ Aasen (2008) s 18-19 begynner tokningen av § 3-1 med disse, ikke med § 4-4

¹⁶⁶ Backer (2008) s 312

16 år rett til medbestemmelse, selv om de ikke har samtykkekompetanse, jf. ovenfor om foreldre.

Etter § 3-1 (2) har ”nærmeste pårørende” rett til å medvirke sammen med pasienter som ikke har samtykkekompetanse. Som regel er foreldrene nærmeste pårørende til barn og ungdom, men definisjonen i § 1-3 bokstav b åpner for at også personer uten foreldreansvar kan være nærmeste pårørende. Hvem som skal få medvirke sammen med barnet, må vurderes ut fra den enkelte situasjonen, hvilken type medvirkning det gjelder og hva som er best for pasienten. Samtykke kan bare gis av en som er samtykkekompetent jf. § 4-4 og § 4-5. Det stilles derimot ikke formelle krav til den som pasienten ønsker å ha til stede når helsehjelpen gis, jf. § 3-1 (3).

Utgangspunktet er at pasienten bestemmer, også barn og ungdom. Barnet kan f.eks. være så nært knyttet til en stemor eller stefar, at det er naturlig å la denne medvirke. På den andre siden må helsepersonellet være oppmerksom på om pasientens ønske er reelt, eller kanskje skyldes press, f.eks. i mishandlingssaker.¹⁶⁷

Som regel vil samhandlingen mellom helsepersonell, foreldre og barn gi barnet den påvirkningsretten det har krav på. Det styrker imidlertid muligheten for at barn blir hørt i praksis, at begge de andre partene har ansvar for å høre barnets mening og tillegge den vekt.

7 Særlig om tvang ved helsehjelp til barn

7.1 Generelt om tvang

Liv og helse er imidlertid rettsgoder som i noen tilfeller bør beskyttes, også om det innebærer tvang mot ”innehaveren”. Tvang overfor pasienter er definert som tiltak

¹⁶⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 5.1.6

pasienten uttrykkelig motsetter seg eller som pasienten underlegges uten at gyldig samtykke er innhentet.¹⁶⁸ Eventuell motstand fra foreldrene er behandlet ovenfor i punkt 5.3. Det følgende gjelder pasientens egen motstand.

Pasienten kan også ha krav på at tvang brukes når vilkårene er til stede. I en sak fra Borgarting lagmannsrett 30. juni 2008 ble pasienten tilkjent erstatning på grunnlag av for sent igangsatt behandling, hvor en av grunnene til utsettelsen var pasientens fysiske og verbale protester. (Behandlingen gikk ut på å bevege kne- og tåledd, og inntil fire personer måtte til for å få den gjennomført.) Vilkårene for tvang var oppfylt, og sykehuset var dermed ansvarlig for å sette i gang behandlingen.¹⁶⁹

Fordi påtvunget helsehjelp i utgangspunktet er en integritetskrenkelse,¹⁷⁰ er det av betydning å sikre riktige avgjørelser gjennom materielle vilkår, krav til saksbehandling og muligheter for overprøving. Sistnevnt har særlig betydning hvor tvangstiltaket varer over tid.

Det er ulike rettsgrunnlag for tvang når barn eller ungdom motsetter seg helsehjelp. Tvungen helsehjelp til pasienter over 16 år krever uttrykkelig lovhjemmel. Tvang mot barn under 16 år kan derimot som hovedregel bygges på foreldresamtykke, og trenger ikke særskilt hjemmel.¹⁷¹ Dette følger av at foreldreansvaret gir rett og plikt til å bestemme for barnet, jf. bl. § 30, og at pasrl. § 4-4 (samtykke for barn under 16 år) ikke inneholder samme begrensning som § 4-5 (samtykke for barn over 16 år) om at helsehjelp som pasienten motsetter seg bare kan gis når det er uttrykkelig bestemt.

For å få fram at barn under 16 år også i psykisk helsevern behandles på grunnlag av foreldresamtykke, ikke de generelle tvangsreglene, ble det i 2006 tatt inn i pshl. § 1-2 (2)

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.4.1 og pshl. § 1-2 (2) og (3)

¹⁶⁹ LB-2007-147631

¹⁷⁰ Smith (2006) s 123

¹⁷¹ Syse (2004) s 267, Innst.O.nr.66 (2005-2006) punkt 2.3.2, Smith (2006) s 123 jf. Aasen (2000) s 562-566

og (3) at tvungen helsehjelp og tvungen observasjon er det som gjennomføres ”uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasientrettighetsloven kapittel 4”.¹⁷²

Nærmere bestemmelser og konkrete tvangshjemler finnes ellers i bl.a. psykisk helsevernloven, barnevernloven (hjemler som omfatter behandling i psykisk helsevern) sosialtjenesteloven (tvangsbehandling av rusmisbrukere). Det siste tilskuddet er pasientrettighetsloven kapittel 4A som trådte i kraft 1.januar 2009.

7.2 Pasienter 0-16 år

Det rettslige grunnlaget for tvang mot pasienter under 16 år er som nevnt foreldresamtykke. I psykisk helsevern følger det av § 2-1 at foreldre kan samtykke til tvangsinnleggelse, mens det etter § 2-2 kan samtykkes til konkrete tvangstiltak, bl.a. tilbakeholdelse i institusjon, jf. § 3-5.

Når barneverntjenesten har overtatt omsorgen kan den samtykke til helsehjelp mot barnets vilje på samme måte som foreldre, jf. pasrl. § 4-4 (2). Siden tvang er så inngripende overfor barnet må det stilles visse krav til samtykket, i det minste avklares at det omfatter tvangsbruk og ikke bare helsehjelpen.

At foreldresamtykke foreligger, betyr heller ikke at barnet automatisk kan tvinges.¹⁷³ Det antas at barn har større rett til å motsette seg helsehjelp enn til å samtykke.¹⁷⁴ Hvorvidt barnet skal tvinges beror på en helhetsvurdering, jf. det generelle forsvarlighetskravet i hlpl. § 4. Helsegevinsten må veies mot hensynet til barnets integritet.¹⁷⁵ Relevante momenter er bl.a. hvor sterk motstanden er, hvor modent barnet er og hvor fornuftig motstanden begrunnes. Det kan lettere ses bort fra motstand som skyldes manglende

¹⁷² Innst.O.nr.66 (2005-2006) punkt 2.3.2

¹⁷³ Aasen (2008) s 22

¹⁷⁴ Smith (2006) s 123, Aasen (2000) s 563

¹⁷⁵ Aasen (2000) s 562

forståelse, enn veloverveide motforestillinger. Jo større grunn det er til å legge vekt på barnets motstand, jo strengere krav må det også stilles til nytten og nødvendigheten av helsehjelpen. Og omvendt; jo større sannsynlighet for helbredelse, eller risiko for død uten behandling, jo mer skal det til for å *ikke* å gripe inn.¹⁷⁶ At barnet er uenig med foreldrene trekker *i seg selv* hverken i den ene eller andre retningen.¹⁷⁷

Forholdet til nødrettssituasjonen er også relevant. Aasen mener f.eks. at det ved gjentatt motstand mot diabetesbehandling, ikke kan være nødvendig å hver gang vente til det foreligger en øyeblikkelig hjelpsituasjon, før helsehjelp gis. men at hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelse kan tilsi at en venter i alle fall første gang, dersom motstanden er stor.¹⁷⁸

Av rettsikkerhetshensyn stiller psykisk helsevernloven på sitt område visse formelle krav i tillegg til foreldrenes samtykke, når pasienten ikke er enig i et tiltak. Tiltak som det samtykkes til etter § 2-2 krever begjæring fra faglig ansvarlig og begrunnelsen og samtykket skal nedtegnes og underskrives av den faglig ansvarlige og den som samtykker.

Barn over 12 år har i tillegg fått særlige rettigheter. Når barnet er uenig i undersøkelse eller behandling med døgnopphold i institusjon, eller i samtykke til tvangstiltak etter § 2-2, skal spørsmålet alltid bringes inn for kontrollkommisjonen, jf. § 2-1 (2) og § 2-2 (4). Barnet har også rett til advokat, jf. § 1-7 (3). Dette som en ekstra sikkerhet for at barnet blir hørt.¹⁷⁹ Kontrollkommisjonen prøver ikke konkrete vilkår, men foretar en helhetsvurdering av hvorvidt barnet bør behandles.¹⁸⁰ Nærmere regler om kommisjonsbehandlingen finnes i lovens kap.6 og kontrollkommisjonsforskriften av 21.desember 2000 nr. 1408.

¹⁷⁶ Aasen (2008) s 23-25

¹⁷⁷ Aasen (2000) s 564

¹⁷⁸ Aasen (2008) s 24

¹⁷⁹ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 8.2.4 og Innst.O.nr.66 (2005-2006) punkt 2.3.4

¹⁸⁰ Syse (2007) s 61

Hvilke tvangstiltak som kan benyttes er et eget spørsmål. Pshlv. § 2-2 (1) gir bl.a. ikke hjemmel for samtykke til alvorlige inngrep, jf. § 4-4, eller til å innskrenke retten til besøk og å motta og sende post, jf. § 4-5. Videre regulerer § 4-8 bruk av tvangsmidler i institusjon for døgnopphold. Dvs. tiltak for å hindre skader, men som ikke skal brukes i behandlingsøyemed.¹⁸¹ Når pasienten er under 16 år forbyr § 4-8 (3) bruk av mekaniske tvangsmidler. Da gjenstår korttidsvirkende beroligende eller bedøvende legemidler, og kortvarig fastholding, jf. bokstavene c og d i andre ledd. I forskrift 24.november 2000 nr 1173 er ikke alternativet ”stengt dør” omfattet av forbudet slik det er formulert i § 8, jf. § 3. Dersom dette skal forstås som en presisering av loven, innebærer det at helsepersonellet i en akutt nødssituasjon kan holde døren lukket med makt¹⁸² også når pasienten er under 16 år.

Spørsmål om oppheving av forbudet mot mekaniske tvangsmidler var oppe ved lovendringen i 2006, blant annet under argumentet at fastholding etter omstendighetene kunne oppleves mer krenkende. Departementet konkluderte imidlertid med at det ikke burde endres.¹⁸³

Et tiltak som har vært diskutert er tvangsernæring til pasienter med alvorlige spiseforstyrrelser. Pshlv. § 4-4 (2) bokstav b hjemler dette uttrykkelig, men er ikke aktuell for pasienter under 16 år fordi bestemmelsen forutsetter at pasienten er under tvungent psykisk helsevern, og ikke omfattes av det det kan samtykkes til etter § 2-2.

Foreldrene kan imidlertid samtykke til innleggelse etter § 2-1 også mot barnets vilje. Dersom de også samtykker til nødvendig ernæring, kan det gjennomføres selv med pasientens motstand.¹⁸⁴ Retten for barn over 12 år til å få helsevernet prøvd av kontrollkommisjonen, omfatter også avgjørelse om tvangsernæring. Sosial- og Helsedirektoratet

¹⁸¹ Syse (2007) s 133, jf. pshlv. § 4-8 (1)

¹⁸² Syse (2007) s 134

¹⁸³ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) punkt 5.2.3.5

¹⁸⁴ Sosial- og Helsedirektoratets brev 20.februar 2008 til Helsetilsynet i Telemark, Syse (2007) s 226, jf. IK-2714 s 51

legger til grunn at dersom kontrollkommisjonen har prøvd innleggelsen, og tvangsernæring senere blir aktuelt, er et nytt forhold som tilsier at barnet får prøvd tiltaket selv om ”karantenetiden” for ny kommisjonsvurdering ikke er ute, jf. § 6-4 (8).¹⁸⁵

I somatikken er det ikke regelfestet hvilke tiltak som kan brukes. Tiltak må vurderes ut fra pasientrettighetslovens formål om respekt for pasientens integritet og menneskeverd, jf. § 1-1, og ulovfestede prinsipper om minst mulig inngripende tiltak, nødvendighet og forholdsmessighet.¹⁸⁶ Innenfor dette kan det f.eks. være akseptabelt å holde barnet fast for å få gjort nødvendig undersøkelse.

7.3 Pasienter 16-18 år

I psykiatrien kommer pasienter mellom 16 og 18 år inn under alminnelige bestemmelser om tvungent psykisk helsevern. De materielle vilkårene fremgår av § 3-3 (1) nr. 3. Hovedkriteriet er at pasienten har en alvorlig sinnslidelse, jf. § 3-3 (3) 1.pkt. Dette omfatter psykoser og ”svært manifeste avvikstilstander” der ”funksjonssvikten er like stor som (...) ved psykoser”.¹⁸⁷ Alvorlig sinnslidelse kan foreligge selv om pasienten på grunn av medisinerer er symptomfri.¹⁸⁸

I tillegg må minst ett av tilleggsvilkårene være oppfylt. Enten at behandling er nødvendig for å hindre at ”utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring blir i betydelig grad redusert”, eller fordi det er ”stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret”. Eller at pasienten på grunn av sinnslidelsen utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Dette er strenge krav, og tvang er bare aktuelt når det etter en helhetsvurdering er klart best for pasienten, med mindre vedkommende er til fare for andre, jf. § 3-3 (1) nr.6.

¹⁸⁵ Brev 20.februar 2008 til Helsetilsynet i Telemark

¹⁸⁶ Jf. bl.a. pshlv. § 3-3 og pasrl. § 4A-3 som direkte gjelder pasienter over 16 år

¹⁸⁷ Syse (2007) s 79

¹⁸⁸ Jf. Rt.2001 s 1481

Integritetsvern og rettssikkerhet sikres videre gjennom saksbehandlingsregler. Blant disse er krav til undersøkelse av to leger, at bare faglig ansvarlig kan treffe vedtak, og at vedtaket med begrunnelse skal nedtegnes, og både pasient og nærmeste pårørende er gitt klageadgang.

Utenom nødssituasjoner, jf. hlpl. § 7, kan somatisk helsehjelp ikke påtvinges ungdom mellom 16 og 18 år. Dersom det foreligger beslutning om bortfalt samtykkekompetanse, jf. § 4-3 (4) hjemler pasrl. kap. 4A tvang i bestemte tilfeller. Dette gjelder situasjoner hvor pasientens motstand gjerne bygger på manglende forståelse, og hensynet til å gi nødvendig helsehjelp derfor veier tyngre.¹⁸⁹

For det første må ”tillitskapende tiltak” være forsøkt eller åpenbart formålsløst, jf. § 4A-3 (1). Dernest må vilkårene etter § 4A-3 (2) bokstav a-c være oppfylt. Det må være en viss risiko for vesentlig helseskade. Uttrykket ”kan føre til” er ikke et strengt beviskrav, men betyr heller ikke at enhver mulighet er nok. Videre må helsehjelpen være nødvendig, og tvangen stå i forhold til den som oppnås. Endelig skal tvang bare brukes hvis det er klart best for pasienten. Det har bl.a. betydning om pasienten kan forventes å gjenvinne samtykkekompetansen i nær fremtid. Helsehjelp etter pasrl. kap. 4A kan ikke påtvinges av hensyn til andre enn pasienten.

Når vilkårene er oppfylt kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller ”andre tiltak for å omgå motstand”, jf. § 4A-4 (1). Dette siste kan være f.eks. å gjemme medisin i maten slik at pasienten tar den uten å vite om det.

Helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen, kan vedta tvang, og vedtak om ”alvorlige inngrep” må treffes i samråd med annet kvalifisert personell, jf. § 4A-5. Det skal

¹⁸⁹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) punkt 4.1.3

legges vekt på graden av motstand, og om tvangen utgjør inngrep i kroppen. Vedtak om tvang kan påklages til Helsetilsynet i fylket, jf. § 4A-7.

7.4 Nødrett som tvangsgrunnlag

I følge hlpl. § 7 skal helsehjelp som er påtrengende nødvendig gis ”selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen”. Ellers gir strl. § 387 alle, også helsepersonell, en viss plikt til å redde liv,¹⁹⁰ og nødrett etter strl. § 47 kan gjøre helsehjelp rettmessig når det godet som reddes (liv) er betydelig i forhold til det som krenkes (selvbestemmelse). Grensen mellom helsepersonells rett og plikt til å handle,¹⁹¹ tas ikke opp her. Spørsmålet er når nødrett *kan* være grunnlag for tvang.

Vilkåret i hlpl. § 7 er at helsehjelpen er påtrengende nødvendig. Forarbeidene nevner ”alvorlig livsforringende følger” og ”livstruende situasjon”.¹⁹² Skaden man vil hindre må være betydelig, og det kreves en viss sannsynlighet for skade.¹⁹³ Nødrett begrenser seg dessuten til akuttsituasjoner, hvor det er nødvendig å handle raskt.¹⁹⁴

På grunn av det alvorlige inngrepet tvang er, har tidsaspektet har betydning for nødrettpens rekkevidde. Bare tiltak som er helt nødvendige for å avverge faren der og da kan foretas mot pasientens vilje. Lengre behandlingsopplegg kan medisinsk sett være det beste middelet til å avverge livsfare eller fare for alvorlig helseskade på sikt. Dette krever imidlertid uttrykkelig lovhjemmel eller foreldresamtykke, eventuelt vedtak etter bvl. § 4-10.

¹⁹⁰ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) punkt 5.3

¹⁹¹ Aasen (2000) s 483 og 518-520, jf. Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.4.2

¹⁹² Ot.prp.nr.13 (1998-1999) punkt 5.3

¹⁹³ Aasen (2000) s 486

¹⁹⁴ Aasen (2000) s 486 og Ot.prp.nr.13 (1998-1999) punkt 26

Også fare for andres liv kan begrunne tvungen øyeblikkelig hjelp. Men tiltaket må ha en behandlingsfunksjon overfor pasienten.¹⁹⁵

Pasrl. § 4-9 som begrenser nødrettens rekkevidde når det gjelder blodoverføring, tvangs-avbrytelse av sultestreik og livsforlengende behandling av døende, gjelder ikke barn og ungdom, jf § 4-9 (3). For barn og ungdom vektlegges liv og helse tyngre enn den enkeltes religions- og tankefrihet. Som nevnt kan heller ikke foreldrene nekte slik behandling på vegne av barnet, jf. punkt 5.3.4 ovenfor.

Livsforlengende behandling av døende pasienter, er en litt annen problemstilling enn blodoverføring og sultestreik fordi helsehjelp ikke vil bety overlevelse. Pasrl. § 4-9 gir ikke nektingsrett for pasienter under 18 år her heller. Det likevel er mindre opplagt at hensynet til barnets selvbestemmelse bør vike dersom det bare er utsikt til å utsette døden en kort tid, og barnet er innforstått med det og ikke ønsker fortsatt behandling.¹⁹⁶

8 Avslutning

Barns og ungdoms rett til selvbestemmelse og integritetsvern i helsetjenesten, er forholdsvis grundig regulert gjennom både helse- og barnerettslige lovbestemmelser. Det gis økende grad av med- og selvbestemmelse, etter alder og modenhet, og helserettslig myndighet i de fleste spørsmål ved fylte 16 år. Samtidig som ulike bestemmelser skal sikre deres interesser når de ikke er i stand til, eller bør belastes med ansvaret for, å ivareta sine interesser selv. Det gjelder både beskyttelse mot urettmessige inngrep, og oppfyllelse av rett til helsehjelp.

¹⁹⁵ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) punkt 26

¹⁹⁶ Aasen (2000) s 565

Den gradvis økende medbestemmelsesretten og helserettslig myndighetsalder med åpning for unntak både oppover og nedover, gir fleksibilitet og mulighet for å tilpasse graden av selvbestemmelse til den enkeltes forutsetninger. Ulempen er at den samme fleksibiliteten kan gi svakere rettigheter enn tenkt. Det vil f.eks. variere hva foreldre eller helsepersonell mener er ”tilbørlig vekt” på barnets synspunkter. Alternativet er imidlertid mer firkantete regler, som også vil kunne slå urimelig ut for den enkelte.

Selvbestemmelse for barn og ungdom handler i stor grad om forholdet til foreldreansvaret. Et punkt hvor grensen mellom barnets og foreldrenes avgjørelseskompetanse nok kunne vært klarere i helsesammenheng, er samtykkekompetanse for barn under 16 år. For det første gir pasrl. § 4-4, isolert sett, uttrykk for en mer absolutt samtykkekompetanse for foreldre enn det de faktisk har, jf. § 4-3 (1) bokstav b og § 3-4 (2).¹⁹⁷

For det andre kan det spørres om sammenhengen mellom samtykkerett pga. tiltakets art, og rett til å holde informasjon tilbake fra foreldre, ikke burde kommet mer direkte til uttrykk i loven, i stedet for å følge av en (for så vidt logisk) formålstolkning av § 3-4 (2), jf. forarbeidene.¹⁹⁸ En ulempe med denne reguleringsmåten er dessuten at kriteriene for samtykke fra barn under 16 år kan bli uklare, særlig fordi de to bestemmelsene gjelder noe ulike situasjoner.

”Tiltakets art” i § 4-3 (1) bokstav b tilsier en mer eller mindre objektiv vurdering av tiltaket opp mot barnets alder og modenhet, jf. forarbeidenes henvisning til ”en normalt utviklet ungdoms rådighetssfære”.¹⁹⁹ Vilkåret ”grunner som bør respekteres” i § 3-4 (2) tilsier derimot en helhetsvurdering hvor bl.a. forholdet til foreldrene, og konsekvenser for barnet av at informasjon gis, er like relevante som tiltaket og barnets modenhet.

¹⁹⁷ Aasen (2008) s 11, Syse (2007) s 214

¹⁹⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 12

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) punkt 6.7.2.1

Faren med å la helhetsvurderingen etter informasjonsbestemmelsen smitte for mye over på vurderingen av barnets samtykkekompetanse, er at grensene for unntaket ”tiltakets art” i § 4-3 bokstav b kan bli noe uklare. I spørsmål om hvorvidt jenter som har vært utsatt for kjønnslemlestelse kan samtykke til helsehjelp, legger f.eks. både Statens Helsetilsyn, Sosial- og helsedirektoratet og Helse- og omsorgsdepartementet til grunn at det beror på en helhetsvurdering,²⁰⁰ og viser til ”tiltakets art” sett i sammenheng med § 3-4 (2). Det problematiske er at slike tolkninger kan føre til en relativisering av barns samtykkekompetanse, og dermed av foreldreansvaret.

Angående tvang mot barn kan det hevdes at det burde vært mer konkrete vilkår enn foreldresamtykke og helsepersonellens helhetsvurdering for tvang mot barn under 16 år. På den andre siden vil de sentrale hensynene være ivaretatt allerede av forsvarlighetskravet, jf. hpl. § 4, prinsippet om barnets beste, og ulovfestede prinsipper om nødvendighet og forholdsmessighet.

Mer problematisk med hensyn til barns rettigheter i helsetjenesten, er nok kravet til felles foreldresamtykke, og ”vetoretten” for den forelder som motsetter seg helsehjelp til barnet. Barneombudet har som nevnt, uttrykt bekymring for at barn ikke får helsehjelp de burde ha krav på, og i NOU 2008 nr 9 ”Med barnet i fokus” konkluderer utvalget med at samtykkereglene har for mye preg av foreldrerettighet, og for lite fokus på barnets rett til helsehjelp.

Det er ikke vanskelig å se urimeligheten i at en forelder med dagens regler faktisk har mulighet til å hindre helsehjelp til et barn som har behov for hjelpen på grunn av krenkelser fra den samme forelder. Også når det er andre grunner til nektelsen, f.eks. at en ikke ser barnets behov, kan barnets beste tale for at den ene forelder ikke bør kunne hindre helsehjelp som etter en faglig vurdering er nødvendig.

²⁰⁰ IK-20/2001 og I-5/2009 s 5

Litteraturliste

Lover

1902 Almindelig borgerlig straffelov (strl.) av 22. mai 1902 nr 10

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.) av 31.mai 1918 nr 4

1927 Lov om vergemål for umyndige (vml.) av 22. april 1927 nr 3

1969 Lov om trdomssamfunn og ymist anna av 13.juni 1969 nr 25

1972 Lov om arv m.m. (al.) av 3. mars 1972 nr 5

1973 Lov om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m. (transpll.) av 9. februar 1973 nr 6

1975 Lov om svangerskapsavbrudd (abl.) av 13. juni 1975 nr 50

1977 Lov om sterilisering (sterill.) av 3.juni 1977 nr 57

1981 Lov om foreldre og barn (bl.) av 8. april 1981 nr 7

1982 Lov om helsetjenesten i kommunene (khl.) av 19. november 1982 nr 66

1986 Lov om adopsjon (adopl.) av 28.februar 1986 nr 8

1988 Lov om utlendingers adgang til riket (utlendl.) av 24.juni nr 64

1991 Lov om sosiale tjenester m.v. (sotjl.) av 13.desember nr 81

1992 Lov om barneverntjenester (bvl.) av 17.juli 1992 nr 100

1996 Lov om Den norske kirke (krkl.) av 7.juni 1996 nr 31

1994 Lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittel.) av 5. august nr 55

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

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

1999 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (pshvl.) av 2. juli 1999 nr
62

1999 Lov om pasientrettigheter (pasrl.) av 2. juli 1999 nr 63

1999 Lov om helsepersonell m.v. (hlpl.) av 2. juli 1999 nr 64

2001 Lov om erstatning ved pasientskader (passkl.) av 15. juni 2001 nr 53

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

2003 Lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i
barnefordelingssaker for domstolene mv.) av 20.juni 2003 nr.40

2003 Lov om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i
norsk lov) 1.august 2003 nr 86

2006 Stortingsvedtak 16.juni 2006: Samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon
av 4. april 1997 om menneskerettigheter og biomedisin, (fra www.stortinget.no)

1997 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with
regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and
Biomedicine, of 4/4 1997

(Ratifisert av Norge 13.oktober 2006, i kraft fra 1.februar 2007, jf.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=7&DF=4/17/2009&CL=ENG>)

Forskrifter og rundskriv:

1997 Forskrift 18.april 1997 nr. 334 om egenandelstak 1, av Sosial- og helsedepartementet

2000 Forskrift 24.november nr. 1173 om bruk av tvangsmidler for å avverge skade i institusjoner innenfor det psykiske helsevernet, av Sosial- og helsedepartementet

2000 Forskrift 21.desember nr. 1408 om kontrollkomisjonens virksomhet

Rundskriv I-8/2003 KOSMETISK KIRURGI – fortolkning av relevant regelverk, av Helse- og omsorgsdepartementet

(<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rundskriv/2003/rundskriv-i-82003.html?id=109270>)

Rundskriv I-5/2009 om forebygging av kjønnslemlestelse av jenter, av Helse- og omsorgsdepartementet

Rundskriv IS-12/2004 om pasientrettighetsloven, av Sosial- og helsedirektoratet

Rundskriv IK-20/2001 Rettslige problemstillinger i forhold til kvinnelig omskjæring, av Statens helsetilsyn.

Rundskriv IK 2714 Alvorlige spiseforstyrrelser - retningslinjer for behandling i spesialisthelsetjenesten

Lovforarbeider:

Innst.O.nr.30 (1980-1981) Om lov om barn og foreldre

Innst.O.nr.91 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter

Innst.O.nr.66 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Ot.prp.nr.62 (1979-1980) Om lov om barn og foreldre (barneloven)
Ot.prp.nr.44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester
Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern
Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter
Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell mv
Ot.prp.nr.29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv.
Ot.prp.nr.45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
Ot.prp.nr.64 (2005-2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning - personar utansamtykkekompetanse)
Ot.prp.nr.65 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven
Ot.prp.nr.28 (2007-2008) Om lov om endringer i barnevernloven
Ot.prp.nr.82 (2007-2008) Om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) mv.

Rettsavgjørelser:

Rt.2001 s 1481

LB-2007-147631 (Erstatning, kontrakturer, pasient på 15-16år)

Forvaltningsuttalelser:

Sosial- og helsedirektoratet: brev til Helsetilsynet i Telemark 27.februar 2008 *Bruk av tvang i det psykiske helsevern ved behandling av pasienter under 16 år med alvorlige spiseforstyrrelser*

Statens helsetilsyn: brev til Fylkeslegen i Nordland 20. Desember 2001 *Vedrørende anmodning om sakshåndtering – Prevensjon til personer under 16 år*

Litteratur:

Aasen, Henriette Sinding *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling : om selvbestemmelsesrettens grunnlag, innhold og rekkevidde* Bergen, 1998

Aasen, Henriette Sinding *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen, 2000

Aasen, Henriette Sinding *Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp* I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008 Nr 01 s 4-27 (fra www.idunn.no)

Backer, Inge Lorange *Barneloven, kommentarutgave*, 2.utg. Oslo, 2008

Barnekonvensjonen: barns rettigheter i Norge. Redigert av Njål Høstmælingen, Kirsten Sandberg og Elin Saga Kjørholt, Oslo, 2008

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad *Helsepersonelloven med kommentarer*, 2.utg. Bergen, 2001

Befring, Anne Kjersti *Informasjon og samtykke ved behandling av barn og ungdom* I: Tidsskrift for Den Norske Lægeforening Nr. 5 / 4.mars 2004; 124:667-8 (TFDNL) (fra www.tidsskriftet.no/?seks_id=987029)

Befring, Anne Kjersti *Samtykke ved plastisk-kirurgiske tiltak hos barn og ungdom* I: Tidsskrift for Den Norske Lægeforening Nr. 6 / 18.mars 2004; 124:825 (TFDNL) (fra www.tidsskriftet.no)

Befring, Anne Kjersti *Barn er ikke rettsløse* I: Sykepleien nr. 11/2005 (fra www.sykepleien.no)

Boe, Erik *Innføring i juss*, Oslo, 1996

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5.utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2000.

Hagen, Kristin, Tore R. Riedl og Roger Østbøl *Psykisk helsevernloven med innledning og kommentarer*, Oslo, 2002

Kjønstad, Asbjørn *Helserett*, 2.utg. Oslo, 2007.

Lindeboe, Knut *Barnevernloven*, 5.utg. 2006

Ofstad, Kari og Randi Skar *Barnevernloven med kommentarer*, 5.utg. Oslo, 2009.

Riedl, Tore Roald og Wenche Dahl Elde *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, Oslo, 2008.

Smith, Lucy og Peter Lødrup *Barn og foreldre*, 7.utg. Oslo, 2006.

Syse, Aslak og Anne Kjersti Befring *Barn kan få blod uten foreldrenes samtykke*, I: Tidsskrift for Den norske lægeforsking Nr. 17 / 11.september 2003 123:2477 (fra www.tidsskriftet.no)

Syse, Aslak *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2.utg. Oslo, 2004.

Syse, Aslak *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2.rev.utg. Oslo, 2007.

Annet:

NOU 2008: nr.9 Med barnet i fokus

Høringsnotat 17. desember 2008 fra Helse- og omsorgsdepartementet om forslag til endring av forskrift om egenandelstak 1 mv. – innføring av automatisk frikortordning

Høringsuttalelse 24.februar 2009 fra Legeforeningen om forslag til innføring av automatisk frikortordning

Forelesning i sivilprosess ved UiO 10.mars 2008, Anne Robberstad

Forelesning i helserett ved UiO høsten 2008, Aslak Syse

Forelesning i barnerett ved UiO mars 2009, Kirsten Sandberg

E-post 3.mars 2009 fra Kirsten Kvalø, leder i PRESS, om neste rapport til FNs barnekomité.

Kildehjelp fra Solveig Mollnes ved Helsetilsynet i Nordland:

Statens helsetilsyns rundskriv om omskjæring,

Statens helsetilsyns brev om prevensjon til barn under 16 år,

Sosial- og helsedirektoratets brev om tvang i psykisk helsevern ved behandling av pasienter under 16 år med alvorlige spiseforstyrrelser,

