

Kandidatspeciale

Thit Larsson Holmbo

Studienummer 20141774

Magtanvendelse i Sundhedsretten

Magtanvendelse i psykiatrien over for
mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15 år

Vejleder:

Line Buhne Juhl

Magtanvendelse i sundhedsretten

Magtanvendelse i psykiatrien over for mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15 år

Indholdsfortegnelse

0. Abstract	4
1. Indledning og emne	5
<i>Indledning</i>	5
<i>Emne</i>	6
Afgrænsning	8
<i>Metode</i>	9
Fejlkilder	10
2. Magtanvendelse og patientens rettigheder	12
<i>Magtanvendelse som begreb</i>	12
Det informerede samtykke	12
Indholdet af det informerede samtykke.....	13
Formkrav til det informerede samtykke	14
Mindreårige under 15 i forhold til det informerede samtykke	14
Psykiatrilovens stedlige og personelle begrænsning	15
<i>Magtanvendelsens forudsætninger og indhold</i>	16
Frihedsberøvende tvang	17
Tvangsforanstaltning efter psykiatriloven.....	18
Betingelser for magtanvendelse	19
Formelle betingelser	19
Materielle betingelser.....	19
Iværksættelse af tvangsindgreb over for mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15 år.....	21
<i>Rettigheder og klageadgang</i>	23
Rettigheder for patienter under 15 år	24
3. Den mindreårige patient under 15 års retsstilling og beskyttelse	26
<i>Den mindreåriges retstilstand og beskyttelse</i>	26
Den nuværende lovgivning	27
Rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykkekompetence.....	28
Grundlovens beskyttelse af den personlige frihed	31
Psykiatrilovens § 1 stk. 4 og grundloven	31
Kompetencen til afståelse af grundlovsfæstede rettigheder på den mindreåriges vegne	32
<i>§ 1 stk. 4. – den fornødne lovhjemmel til afståelse af en grundlovsfæstet rettighed?</i>	34
Retspraksis.....	34
Jon-sagen.....	34
Jon-sagen og moderne lovgivning	35
Kravet til det skærpede lovhjemmel.....	36
<i>Opfyldelse af det skærpede hjemmelskrav</i>	37
Servicelovens afvigelser fra 15-års grænsen	39
<i>Den mindreåriges retsstilling, delkonklusion</i>	40
4. Danmarks internationale forpligtelser	43
<i>Den Europæiske Menneskerettighedskonvention</i>	44

EMRK art. 5	45
Fortolkning af hjemmelskravet.....	46
Kvaliteten i det nationale hjemmelsgrundlag	46
Det nationale hjemmelsgrundlags klarhed og forudsigelighed.....	47
Bidrag til fortolkning – proportionalitetsprincippet	47
Det nationale hjemmelsgrundlag, psykiatrilovens § 1 stk. 4.....	48
The case of Nielsen v Denmark.....	50
Europarådets holdninger og kommentarer til barnets rettigheder	52
Nielsen v Denmark og fokus på barnets rettigheder	53
<i>Det nationale hjemmelsgrundlag og EMRK art. 5 stk. 1, delkonklusion.....</i>	<i>54</i>
5. Den mindreårige patient under 15 års rettigheder	54
<i>Konklusion</i>	<i>54</i>
Litteraturliste	56
<i>Konventioner</i>	<i>56</i>
<i>Europarådets anbefalinger og protokoller</i>	<i>56</i>
<i>Love.....</i>	<i>57</i>
<i>Lovforarbejder – Lovforslag, betænkninger og bemærkninger hertil.....</i>	<i>57</i>
<i>Bekendtgørelser</i>	<i>57</i>
<i>Vejledninger og udtalelser fra ministeriet.....</i>	<i>57</i>
<i>Høringssvar og spørgsmål til ministeren</i>	<i>58</i>
<i>Litteratur.....</i>	<i>58</i>
<i>Artikler</i>	<i>59</i>
<i>Afgørelser</i>	<i>59</i>
Dokumentation for anslag.....	60
Bilag 1	Fejl! Bogmærke er ikke defineret.

0. Abstract

In the review of the psychiatric law from 2015 a new determination was added to the law. The new determination stipulates that when a minor hasn't turned fifteen yet, the parental custody has the competence to consent to an intervention after the psychiatric law, also when the intervention deprives the minor of their right to freedom. This also applies in situations where the minor protests against the intervention. In situations where the parental custody consents to an intervention that deprives the minor's right to freedom, that decision also deprives the minor of their right to freedom, even though this right is protected by the Danish constitution, which applies to minors and adults alike.

Since the psychiatric law is a lower source in the hierarchy of the law, it is relevant to explore whether this new determination in the psychiatric law is legally able to let the parental custody deprive a minor of their right to liberty, which is ensured by the danish constitution, even though the minor may protest to the decision of the parental custody. The purpose of this thesis is to analyze if it is possible to deprive the minor of their right to liberty based on the parental custody's consense. This will be done through an analysis of the current law and the minor's current legal position, and through an analysis of the determination in the psychiatric laws § 1 no. 4 to determine whether such a decision fulfills the legal requirements to forgo the minor's protection from the Danish constitution's right to liberty.

Furthermore there will be a discussion of the international obligations which Denmark is committed to. Denmark is committed to the European Convention of Human Rights, which contains certain requirements of the member state's national determinations if these authorize the member state to violate a person's right to liberty. This thesis will also attempt to discuss whether the new determination in the psychiatric law fulfills the requirements of The European Convention on Human Rights has for the member state to be able to deprive a person of their right to liberty. It will also be analyzed if the right for the parental custody to consent to an intervention that violates the minor's right to liberty, according to the new determination in the psychiatric law, is in conflict with the European Convention on Human Rights.

Magtanvendelse i sundhedsretten

Magtanvendelse i psykiatrien over for mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15 år

1. Indledning og emne

Indledning

Når det må anses for nødvendigt at iværksætte et tvangsforanstaltning over for en psykiatrisk patient¹ er et af psykiatrilovens centrale elementer, at enhver form for tvangsanvendelse skal udøves så skånsomt som muligt og med den største hensynstagen til patienten, jf. lovens § 4. Et andet centralt element i psykiatriloven er dens formål, der udover at sikre en række betingelser for tvangsindgreb, også er at sikre den psykiatriske patients retsstilling, når patienten udsættes for et tvangsindgreb efter loven, jf. lovens § 2 stk. 1. Disse rettigheder og retssikkerhedsgarantier tildeles alle patienter, der udsættes for et tvangsindgreb efter psykiatriloven, uanset om den pågældende patient anses for at være inhabil, er mindreårig² eller blot en almindelig, habil patient med samtykkekompetence.

Visse af de tvangsindgreb der hjemles i psykiatriloven udgør et indgreb i patientens bevægelsesfrihed, der ellers er sikret som en grundlæggende ret i både Danmarks Riges Grundlov og internationale konventioner. I situationer, hvor der foretages et indgreb efter psykiatriloven, og dette indgreb udgør en frihedsberøvelse af den grundlovssikrede bevægelsesfrihed, omfattes patienten af den lette adgang til domstolskontrol, jf. grundlovens § 71 stk. 6. Da den grundlovssikrede bevægelsesfrihed gælder for alle³, er der som udgangspunkt her heller ingen begrænsning af omfanget af de patienter, der omfattes af denne,

¹ Begrebet patient defineres i afhandlingen efter sundhedslovens § 13 stk. 1. Begrebet anvendes om en patient, der modtager eller har modtaget behandling, ophold eller indlæggelse på en offentlig psykiatrisk afdeling her i landet. Begrebet omfatter desuden også kun patienter, der er indskrevet som nat- eller heldøgnspatienter, jf. F.T. 1988-89 spalte 2196-2197.

² Begrebet mindreårig defineres i efter forældreansvarslovens § 1, og defineres derfor som et individ på under 18 år, der endnu ikke har indgået ægteskab.

³ "Den personlige frihed er ukrænkelig. Ingen dansk borger ..." jf. grundlovens § 71 stk. 1, hvor det må udledes enhver der er dansk borger, er omfattet.

såfremt de er underlagt en afgørelse om frihedsberøvelse efter psykiatriloven. Betingelsen, for at en patient er omfattet af grundlovens § 71 stk. 6, er derfor, at der skal foreligge et indgreb efter psykiatriloven, som udgør en frihedsberøvelse. Dog forholder lovgivningen sig således, at børn og unge under 15 år ikke omfattes af denne af grundlovens retssikkerheds-garantier, såfremt indehaveren af forældremyndigheden⁴ samtykker til indgrebet. Dette skyldes bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4, der foreskriver, at et indgreb efter psykiatriloven ikke defineres som tvang, såfremt forældremyndighedsindehaveren giver sit samtykke til behandlingen. Med ordlyden af denne bestemmelse vægtes forældre-myndighedsindehaverens samtykkekompetence højere end barnets selvbestemmelse og grundlovsbestemte beskyttelse mod frihedsberøvelse.

Da psykiatrilovens § 1 stk. 4 i dette tilfælde fraskriver den mindreårige en grundlovsbestemt rettighed, kan man stille spørgsmålet om, hvorvidt denne bestemmelse udgør det fornødne hjemmelsgrundlag, der kræves for at der kan ske en frihedsberøvelse af den mindreårige under 15 år, uden denne er omfattet af grundlovens § 71 stk. 6. Hvorvidt opfylder bestem-melsen det skærpede hjemmelskrav, der kræves efter grundlovens § 71 stk. 2, såfremt den mindreårige patient under 15 år skal fraskrives klageadgangen i § 71 stk. 6? Kan vurderingen, at rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetencer er så vidde, at denne rækker videre end den mindreårige under 15 års ret til selvbestemmelse, være i strid med psykiatrilovens formål, når dette er at sikre patienters, herunder mindreåriges, grund-læggende rettigheder?

Det er spørgsmålene, det vil blive forsøgt at afdække i denne afhandling.

Emne

Hvilke rettigheder og retssikkerhedsgarantier er en patient under 15 år omfattet af, hvis denne udsættes for et tvangsindgreb efter psykiatriloven, som forældremyndigheds-indehaveren samtykker til, men barnet modsætter sig? Udgør psykiatrilovens § 1 stk. 4 den fornødne lovhjemmel til at fraskrive barnet grundlovens § 71 stk. 6s retssikkerhedsgarantier?

⁴ Begrebet forældremyndighedsindehaveren defineres efter reglerne i forældreansvarslovens kapitel 2.

Som et led i at kunne besvare disse to spørgsmål og dermed afdække den mindreårige patient under 15 års retsstilling, vil der i andet kapitel blive redegjort for hvad tvangsanvendelse efter psykiatriloven er, i hvilke tilfælde tvang kan anvendes og hvornår en behandling eller foranstaltning efter psykiatriloven må anses for et tvangsindgreb. Der vil løbende i denne udredning også blive redegjort for patientens, herunder også den mindreåriges, retsstilling og beskyttelse i disse situationer.

Efter det andet kapitels redegørelse af, hvornår der foreligger magtanvendelse efter psykiatriloven, vil der mere dybdegående redegøres for barnets retsstilling og beskyttelse ved tvangsforanstaltninger, herunder tvangsforanstaltninger foranlediget med samtykke fra forældremyndighedsindehaveren. Der vil her særligt være fokus på den situation, hvor barnet modsætter sig behandlingen, og hvorledes psykiatrilovens § 1 stk. 4 skal fortolkes i denne situation. Der bliver her inddraget, hvorledes barnets retsstilling var, før denne bestemmelse blev indført i psykiatriloven.

Der vil derefter i samme kapitel blive taget stilling til afhandlingens hovedspørgsmål om, hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 opfylder der skærpede hjemmelskrav til frihedsberøvelse og dermed om bestemmelsen afholder den mindreårige under 15 år fra at være omfattet af grundlovens § 71 stk. 6, såfremt den mindreårige modsætter sig indgrebet. Der vil her også blive perspektiveret til den mindreåriges klageadgange efter serviceloven og voksenansvarsloven.

Efter denne redegørelse vil der i kapitel 4 blive vurderet, hvorvidt bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4, der ikke tager højde for barnets retssikkerhedsgarantier, er stridende med Danmarks internationale forpligtelse til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Der vil her blive redegjort for redskaberne til fortolkning heraf og retspraksis. Afsluttende vil der i kapitlet blive konkluderet på, hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 strider mod Danmarks internationale forpligtelser.

I det afsluttende kapitel 5 vil delkonklusionerne blive samlet og der vil blive redegjort for, hvorledes den mindreårige under 15 års retsstilling må være, i de tilfælde der iværksættes et

frihedsberøvende tvangsindgreb efter psykiatrilovens § 1 stk. 4, og barnet modsætter sig dette.

Afgrænsning

Af afgrænsningsmæssige hensyn er visse emner ikke belyst i afhandlingen. Heriblandt er det ikke behandlet hvordan en mindreårig patient, under 15 års, retsstilling er i de tilfælde hvor der sker behandling uden samtykke fra forældremyndighedsindehaveren, herunder også nødret⁵, hverken ved psykiatrisk eller somatisk behandling. Der vil heller ikke blive behandlet, hvorledes den mindreårige under 15 års retsstilling er i de situationer, hvor der sker behandling ved magtanvendelse uden for psykiatrilovens område, herunder eksempelvis fastholdelse af et mindre barn i forbindelse med vaccinerings.

Da indehaveren af forældremyndigheden til den mindreårige patient under 15 år spiller en væsentlig rolle i forbindelse med anvendelse af psykiatrilovens § 1 stk. 4, bliver rollen som indehaver af forældremyndigheden flere gange benævnt i den resterende del af teksten. Der bliver dog, af afgrænsningsmæssige hensyn, ikke inddraget hvorledes indehaveren af forældremyndigheden bør varetage denne rolle efter forældreansvarslovens § 2, og hvordan der reageres i tilfælde hvor denne ikke varetages som den bør. Det er forudsat i den øvrige del at rollen som indehaver af forældremyndigheden forvaltes korrekt efter forældreansvarslovens § 2.

Barnets meningstilkendegivelse og inddragelse i beslutninger vedr. den forestående behandling, hvillen både hjemles i sundhedsloven og psykiatriloven, er heller ikke medtaget i fremstillingen. Det er forudsat at dette er opfyldt tilstrækkeligt.

Da der er tale om et fokus på mindreårige under 15 år er de særlige tvangsforanstaltninger ved de Retspsykiatriske afdeling på Region Sjælland ikke relevante, hvorfor de ikke er inddraget i den øvrige tekst.

⁵ Defineres som behandling ved øjeblikkeligt behandlingsbehov, hjemles i henholdsvis psykiatrilovens § 1 stk. 5 og sundhedslovens § 19.

Der vil af afgrænsningsmæssige hensyn heller ikke blive taget stilling til den mindreårige under 15 års retsstilling i forhold til grundlovens § 71 stk. 7. Der er herudover foretaget en geografisk afgrænsning, da projektets hovedformål er at beskæftige sig med den danske rets-tilstand.

Metode

Til at besvare afhandlingens hovedspørgsmål er det valgt at arbejde efter den retsdogmatiske metode⁶. Denne metodes hensigt er at afdække og systematisere gældende ret. Valget af juridisk metode er faldet på netop denne, da det ønskes at afdække den gældende retsstilling for mindreårige patienter, der endnu ikke er fyldt 15 år, men også fordi den gældende rets-stilling for de mindreårige patienter under 15 år, ønskes afklaret gennem en systematisering af forskellige retskilder.

Som et led i besvarelsen af den overordnede problemstilling og de dertilhørende del-spørgsmål bliver der anvendt nationale retskilder af forskellig art og plads i retskilde-hierarkiet⁷.

De nationale retskilder, der anvendes for at afdække den gældende ret på området, er grund-loven, der vil blive vægtet højest af de nationale retskilder i kraft af dens status som landets forfatning og lex superior. De øvrige nationale love, der anvendes til behandling af spørgsmålet, vil blive vægtet lavere i retskildehierarkiet end grundloven, men af højere retskildeværdi end de administrative forskrifter, der anvendes. De love, der vil blive anvendt med denne vægtning, er sundhedsloven, psykiatriloven, serviceloven og forældreansvars-loven. Er der behov for fortolkning af loven og lovgivers intention, vil lovens forarbejder blive inddraget hertil.

Til at afdække og systematisere gældende ret vil der herudover blive anvendt administrative forskrifter i form af bekendtgørelser og vejledninger. Bekendtgørelserne vil blive anvendt med lavere retskildeværdi end lovene, men blive tillagt vægt således, at de rettigheder og

⁶ Blume, P. (2009) Juridisk metodelære, s. 161

⁷ D. Tvarnø, C., Nielsen, R. (2014) Retskilder og retsteorier, s. 81- 115

pligter, de indeholder bør overholdes. De af ministeriets vejledninger der vil blive inddraget til at besvare afhandlingens spørgsmål vil blive vægtet med lavere retskildeværdi end bekendtgørelserne. Dette skyldes at vejledningerne ikke er bindende, men er baseret på love og bekendtgørelser, hvilke er juridisk bindende⁸. Vejledningerne vil derfor blive anvendt som fortolkningsbidrag til bekendtgørelserne. Der vil herudover blive anvendt national retspraksis, hvilken vil blive tillagt retskildeværdi efter hvilken retsinstans, der har behandlet sagen.

I Det tredje kapitel vil der blive perspektiveret til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvilket er en international retskilde. Denne vil blive anvendt i fortolkningen på traktat-niveau som hard law⁹. Som redskab til at fortolke denne internationale retskilde vil der blive anvendt retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, ligesom der vil blive anvendt soft-law i form af en rekommandation. Soft-law vil blive tillagt lavest retskildeværdi af disse, men anvendes som et fortolkningsbidrag. Ydermere vil der blive inddraget til de internationale forpligtelser Danmark har pådraget sig i form af FNs børnekonvention. Denne vil ligeledes blive anvendt på traktat-niveau i forbindelse med fortolkning.

Som supplement til retskilder og afgørelser vil juridisk teori og faglitteratur blive anvendt til at støtte op om de fortolkninger og refleksioner, der måtte være i analysen. Disse vil ikke blive behandlet som retskilder og derfor rangere væsentligt lavere i hierarkiet af de kilder, der bliver anvendt til fortolkning og besvarelse af den valgte problemstilling.

Fejlkilder

Projektets svagheder kan bunde i, at den konkrete bestemmelse i psykiatriloven der behandles, er forholdsvis ny. Bestemmelsen er indsat i psykiatriloven ved lovens sidste revidering, som fandt sted d. 29. September 2015, og derved er små to år gammel. At behandle en bestemmelse, der blot er knap to år gammel, kan have svagheder ved udsøgningen af litteratur, da den skrevne litteratur endnu ikke har nået at behandle den nye bestemmelse.

⁸ D. Tvarnø, C., Nielsen, R. (2014) Retskilder og retsteorier, s. 104

⁹ ibid. s. 136-138

Derudover kan det også være en svaghed i forbindelse med udsøgning af retspraksis, da denne endnu ikke kan have nået at behandle spørgsmålet tilstrækkeligt.

Hvad angår den retspraksis, der omhandler emnet, kan en ulempe herved være, at der er tale om en svag patientgruppe, når der er tale om en patient, som opfylder betingelserne for en tvangsforanstaltning, og som endnu ikke er fyldt 15 år. Herved kan der være en stor tilbageholdenhed med, at en patient påklager behandlingen. Da den pågældende gruppe af patienter er mindreårige under 15 år som er under behandling på psykiatrisk afdeling er der tale om en svag patientgruppe, særligt når de skal påklage en beslutning, der er truffet af forældremyndighedsindehaveren. Herved er chancerne for en prøvelse i retten af hvorvidt den mindreårige er omfattet af grundlovens § 71 stk. 6 være endnu mindre. Chancerne for dette kan yderligere mindskes af, at dette kan skade forholdet mellem barnet og forældremyndighedsindehaveren, for hvem der fortsat består en relation efter tvangsindgrebet.

Det kan i forbindelse hermed også være en svaghed, at den mindreårige ikke er omfattet af en klageadgang efter retsplejelovens kapitel 43 a til nem domstolsprøvelse, hvorfor det kan ske at den mindreårige patient under 15 år ikke har de fornødne ressourcer og midler til at påklage indgrebets legalitet for domstolene, hvormed forældremyndighedsindehaverens beslutning også påklages. Dette kan ligeledes være en svaghed ved projektet og udsøgningen af rets- og administrativ praksis, at det i sig selv kan være en begrænsning for barnets lyst og ressourcer til at klage, at der er tale om en klage over blandt andet forældremyndighedsindehaverens beslutning.

Derudover kan en svaghed i udsøgningen af administrativ og retslig praksis være, at eksemplet muligvis er en tænkt situation, således der er mulighed for at den givne situation ikke sker i den praktiske anvendelse af psykiatriloven.

2. Magtanvendelse og patientens rettigheder

Magtanvendelse som begreb

Magtanvendelse efter psykiatriloven sker i de tilfælde, hvor der anvendes en foranstaltning, der hjemles i loven. Psykiatrilovens § 1 stk. 3 definerer magtanvendelse til at være anvendelse af en foranstaltning foreskrevet i loven, i de tilfælde hvor der ikke forud for anvendelsen heraf foreligger et informeret samtykke. Det fremgår derved af bestemmelsen, at hvorvidt der overhovedet er tale om et tvangsindgreb, afhænger af, om patienten har meddelt et informeret samtykke til behandlingen. Det er derfor først relevant at afgrænse, hvad det informerede samtykke er.

Det informerede samtykke

Ovennævnte bestemmelse i psykiatriloven henviser i sin definition af tvang til sundhedslovens kapitel 5, for definitionen af det informerede samtykke.

Sundhedslovens § 15 foreskriver, at ingen behandling må finde sted uden patientens informerede samtykke, medmindre der i speciallove, herunder psykiatriloven, eller andre af lovens bestemmelser, er hjemmel til andet. Samme bestemmelses stk. 3 foreskriver, at der forud for et gyldigt informeret samtykke er krav om, at patienten har modtaget den information, der fremgår af lovens § 16.

Patienten, der har meddelt sit informerede samtykke til en behandling, kan til enhver tid tilbagekalde samtykket til behandlingen, jf. sundhedslovens § 15 stk. 2, også selvom dette må betyde at tilbagekaldelsen af samtykket medfører, at patienten kommer i livsfare. Dette må afledes ud fra princippet om, at menneskets selvbestemmelse er et grundlæggende princip efter grundlovens § 71¹⁰, ligesom det kan afledes ud af princippet om, at ethvert menneskes værdighed er ukrænkeligt og skal respekteres, hvorfor dets beslutninger om at modtage/ikke modtage behandling skal respekteres.

¹⁰ Hartlev, M., Hybel, U., Bak Mortensen, P. (2013) Sundhed og jura, s. 129

Indholdet af det informerede samtykke

Begrebet *det informerede samtykke* leder spørgsmålet videre til at afklare, hvad et informeret samtykke indeholder. I henhold til sundhedslovens § 16 stk. 1 har patienten ret til at få informationer om sin helbredelsestilstand, de behandlingsmuligheder der er, og den risiko for komplikationer og bivirkninger, der måtte være.

Før der er tale om et informeret samtykke, afgivet af en patient eller dennes samtykkekompetence, bør tre krav være opfyldt¹¹. Et af disse krav til det gyldige, informerede samtykke er, at samtykket skal være frivilligt¹². Samtykket er derfor ikke frivilligt, såfremt det er sket under trussel fra sundhedspersonen.

Det andet krav til et gyldigt, informeret samtykke er, at patienten er samtykkekompetent. Den enkelte patient er som udgangspunkt samtykkekompetent omkring sin egen behandling, herfra er visse persongrupper dog undtaget i henhold til sundhedsloven §§ 17-19. Det er dog også et krav, at der foreligger et gyldigt samtykke, når patienten er i stand til at overskue konsekvenserne af sit valg. Det fremgår af sundhedslovens § 17 at reglerne omkring samtykkekompetencen er anderledes for børn og unge, der endnu ikke er fyldt 18 år. Som udgangspunkt har en patient der er fyldt 15 år selv samtykkekompetencen, hvis det af sundhedspersonen vurderes, at patienten har den fornødne modenhed, jf. sundhedslovens § 17 stk. 2. I disse tilfælde er sundhedspersonen overladt til et skøn. Reglerne for børn og unge under 15 år er dog anderledes i henhold til sundhedslovens § 17 stk. 3, hvor samtykkekompetencen tilfalder forældremyndighedsindehaveren. Dette beskrives mere dybdegående i nedenstående afsnit.

Det tredje krav til det gyldige, informerede samtykke er, at patienten har modtaget den fornødne, fyldestgørende information, jf. sundhedslovens § 16. Det fremgår af denne bestemmelse at patienten skal oplyses om sin helbredstilstand, om behandlingsmulighederne og risici for komplikationer og bivirkninger. Det samme gør sig ligeledes gældende i de tilfælde patienten fravælger behandling. Det fremgår af samme bestemmelse at denne information

¹¹ *ibid.* s. 135

¹² Både på internationalt og nationalt niveau lægges der vægt på samtykkets frivillighed, jf. bioetikkonventionens art. 5 stk. 1 og BKG nr. 665 af 14. September 1998.

skal gives løbende og på et sprog, der for patienten er forståeligt. Derudover skal der efter samme bestemmelses stk. 5 oplyses patienten om forhold, som sundhedspersonen antager at være ukendt for patienten, men som vurderes til at influere beslutningen om samtykket. Hvad angår oplysningen omkring eventuelle bivirkninger og komplikationer, skal der informeres grundigere, desto mere alvorlige disse er, og jo hyppigere de forekommer¹³.

Et øvrigt krav til gyldigheden af det informerede samtykke er, at samtykket er konkret. Der må derfor af sundhedspersonen indhentes et nyt samtykke, såfremt der måtte forekomme ændringer, som har indflydelse på den behandlingsplan, patienten har samtykket til.

Formkrav til det informerede samtykke

Der fremgår af sundhedslovens kapitel 5 ikke noget krav til formen af det informerede samtykke, det kræves blot at patienten kan meddele det mundtligt, skriftligt eller stiltiende, jf. sundhedslovens § 15 stk. 4. Sundhedspersonen er ansvarlig for at indhente det informerede samtykke, jf. samme lovs § 21 stk. 1. Der kan dog forlanges indhentelse af et skriftligt samtykke ved situationer hvor der kan opstå tvivl om, hvorvidt der foreligger et informeret samtykke eller ved et større indgreb.

Der fremgår af sundhedsloven ingen formkrav til, hvorledes tilbagetrækning af et samtykke skal have sin form. Det må derfor antages at tilbagetrækning af et samtykke kan meddeles på flere måder, herunder både skriftligt, mundtligt eller stiltiende ved at forlade afdelingen¹⁴.

Mindreårige under 15 i forhold til det informerede samtykke

Da beslutninger om behandling, ikke behandling eller andre alternativer ikke tilkommer den mindreårige patient under 15 år, eller en umoden patient under 18 år, tilkommer denne kompetence derimod indehaveren af forældremyndigheden. Det fremgår af forældreansvarslovens § 3, at den mindreårige kan have to indehavere af forældremyndigheden. Af denne bestemmelse fremgår det ligeledes, at såfremt der træffes væsentlige beslutninger omkring barnets forhold, kræver det enighed mellem forældrene. Denne afhandling omhandler be-

¹³ Vurdering ud fra proportionalitetsprincippet

¹⁴ Bødker Madsen, H. (2014) Sundhedsret, s. 191-192.

handling efter psykiatriloven, hvilket i hyppige tilfælde må antages at være et væsentligt forhold for den mindreårige¹⁵. Foreligger der ikke et gyldigt samtykke fra begge barnets indehavere af forældremyndigheden til en behandling, der må anses at være væsentlig for barnets forhold, foreligger der derfor ikke et gyldigt samtykke efter sundhedslovens § 15. Er der derfor uenighed om samtykke blandt indehaverne af forældremyndigheden, er der ikke samtykke til at behandle en patient under 15 år, og indgreb foretaget efter psykiatriloven vil være magtanvendelse¹⁶.

I tilfælde hvor der forekommer uenighed om samtykke til en behandling mellem indehaveren af forældremyndigheden og den mindreårige patient, der ikke er samtykkekompetent, er det indehaveren af forældremyndigheden hvis meningstilkendegivelse, der bliver tillagt den afgørende vægt, jf. forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence. I disse situationer er den mindreårige patient under 15 år dog ikke uden indflydelse. Dette skyldes, at den mindreårige altid skal informeres og inddrages i behandlingen, og meningstilkendegivelser fra barnet skal inddrages i behandlingen, såfremt den mindreårige forstår behandlingssituationen. Disse meningstilkendegivelser fra den mindreårige skal af sundhedspersonen tillægges vægt i overensstemmelse med barnets alder og modenhed, jf. sundhedslovens § 20.

Sundhedslovens § 20 må dog anses for at være en minimumsbeskyttelse, da denne ikke stiller specifikke krav til, hvorledes barnet skal inddrages og informeres¹⁷. Da bestemmelsen ikke fremsætter krav om, at sundhedspersonen skal have en samtale med barnet, må sundhedspersonen vurdere, hvorledes barnet informeres og inddrages. Ved anvendelse af en foranstaltning efter psykiatriloven er der dog krav om, at sundhedspersonen skal have en samtale med patienten omkring præferencer vedr. tvangsindgreb, jf. psykiatrilovens § 3 stk. 4 og 5.

Psykiatrilovens stedlige og personelle begrænsning

I ovenstående er der redegjort for, i hvilke tilfælde der finder anvendelse af tvangsindgreb efter psykiatriloven, og hvornår der foreligger et gyldigt, informeret samtykke. Det er her-

¹⁵ Vejledning nr. 9778 af 2. august 2016, kapitel 4, afsnit 2.

¹⁶ Adolphsen, C. (2013) Mindreåriges retsstilling i relation til behandling, s. 87-88.

¹⁷ Adolphsen, C. (2013) Mindreåriges retsstilling i relation til behandling, s. 102-103

udover også redegjort for, hvem der er i stand til at meddele dette informerede samtykke. Det er i forlængelse heraf relevant at redegøre for, hvor magtanvendelse kan finde sted, og på hvilken personkreds psykiatriloven finder anvendelse.

Psykiatrilovens anvendelse er stedligt begrænset til offentlige psykiatriske afdelinger, jf. lovens § 3 stk. 4 og 5. Da loven kun finder anvendelse på psykiatriske afdelinger, er dens omfattede personkreds de patienter, der opholder sig på disse afdelinger. Ambulante- og dagpatienter anses ikke for at være at være indlagt på afdelingen, hvorfor lovens indgreb kun kan finde anvendelse på patienter, der er indlagt hele døgnet eller blot om natten på psykiatriske afdelinger.

Magtanvendelsens forudsætninger og indhold

Der er i ovenstående redegjort for, at et indgreb med hjemmel i psykiatriloven er stedligt og personelt begrænset og kun finder sted i de tilfælde, hvor der forud for behandlingen ikke er meddelt et gyldigt, informeret samtykke.

De tvangsforanstaltninger der hjemles i psykiatriloven kan inddeles i to grupper af tvangsindgreb, der i denne afhandling behandles som følgende begreber: Frihedsberøvende tvang og tvangsforanstaltning efter psykiatriloven¹⁸.

Fælles for disse to typer af indgreb efter psykiatriloven er, at de begge går ud over de behandlingsbeføjelser, der hjemles i sundhedsloven. Derudover strider begge typer af tvangsindgreb mod sundhedslovens § 2 som foreskriver, at der skal udvises respekt for det enkelte menneskes integritet og selvbestemmelse. Ved gennemførelse af et tvangsindgreb tilside sættes respekten for individets integritet og selvbestemmelse, da patientens enten verbale eller fysiske modsættelse af behandlingen ikke respekteres. Dette vil af nogle patienter opleves som krænkende og uden respekt for menneskets integritet. Ved gennemførelse af et tvangsindgreb efter psykiatriloven, ofres selvbestemmelsen for en mere tungtvejende interesse. Interessen, der vejer tungere end patientens selvbestemmelse fremgår af de enkelte

¹⁸ Ydermere kan der inddeles i en tredje undergruppe af indgreb, som kan udgøre skjult tvang. Et begreb der knytter sig til de psykiatriske afdelingers husorden og anstaltsforhold.

tvangsindgrebs betingelser for anvendelse. Et eksempel på en tungere vejende interesse end patientens selvbestemmelse ses i psykiatrilovens § 18 d, hvilken hjemler personlig skærmning, hvor patientens selvbestemmelse mht. at være alene ofres af hensynet til enten patientens eget eller en medpatients helbred. Et andet eksempel på en interesse, der kan veje tungere end individets selvbestemmelse, ses i psykiatrilovens § 18 som hjemler beskyttelsesfiksering, hvor hensynet til patientens eget helbred vægtes højere end patientens ret til selvbestemmelse.

De to ovennævnte eksempler på interesser, der kan veje tungere end patientens selvbestemmelse, udgør hver et af de to typer af tvangsindgreb, der skelnes mellem i denne afhandling. Den personlige skærmning efter lovens § 18 d udgør en tvangsforanstaltning udelukkende efter psykiatriloven, mens beskyttelsesfikseringen, jf. lovens § 18, er en frihedsberøvende magtanvendelse.

Frihedsberøvende tvang

Visse af de tvangsindgreb der hjemles i psykiatriloven udgør i forskellig grad et indgreb i patientens bevægelsesfrihed, ligesom det ovenstående eksempel vedr. beskyttelsesfiksering efter psykiatrilovens § 18. Da en fiksering af patienten medfører, at patienten ikke har frihed til at bevæge sig, krænkes bevægelsesfriheden, hvilken beskyttes af grundlovens § 71 stk. 1. Beskyttelsen af bevægelsesfriheden kan dog fraviges ved administrativt besluttede frihedsberøvelser, jf. grundlovens § 71 stk. 6, hvilket er årsagen til at frihedsberøvelser efter psykiatriloven er lovlige, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

Hvorvidt et indgreb udgør en krænkelse af den grundlovssikrede bevægelsesfrihed må vurderes ud fra en betragtning af det enkelte indgrebs indhold. Det må også vurderes ud fra det enkelte indgrebs kerne, hvilket forstås som hensigten bag, omstændighederne for indgrebet og de midler, der er benyttet. Om det enkelte indgreb udgør en krænkelse af bevægelsesfriheden, ved eksempelvis at blive fastspændt til sin seng for at undgå en utilsigtet selvskaide, jf. psykiatrilovens § 18 om beskyttelsesfiksering, må derfor vurderes ud fra hvert enkelt indgreb, essensen og hensigten i indgrebet. I det nævnte eksempel frarøves patienten muligheden for at bevæge sig fra sengen, hvorfor patientens ret til bevægelsesfrihed krænkes.

Det må opsummeret altid vurderes ud fra det enkelte konkrete indgreb, hvorvidt det udgør en krænkelse af den grundlovsbeskyttede bevægelsesfrihed¹⁹.

Såfremt et tvangsindgreb udgør en frihedsberøvelse i grundlovens forstand, jf. grundlovens § 71 stk. 6, omfattes patienten af den lette domstolsadgang efter retsplejelovens kapitel 43 a til at få prøvet frihedsberøvelsens legalitet. Dog hjemler psykiatrilovens § 37, at det for visse indgreb efter loven gør sig gældende, at Det Psykiatriske Patientklagenævn skal indbringe lovligheden af indgrebet for retten efter retsplejelovens kapitel 43 a, såfremt patienten eller patientrådgiveren anmoder herom. I disse tilfælde vil tvangsforanstaltningen dermed give ret til den lette domstolskontrol efter retsplejelovens kapitel 43 a, uden at det konkrete indhold af indgrebet anses for at være en krænkelse af den grundlovsbeskyttede bevægelsesfrihed.

I de tilfælde hvor der iværksættes et indgreb efter psykiatriloven og dette udgør et frihedsberøvende indgreb, men dette iværksættes over for et barn eller mindreårig under 15 år hvor forældremyndighedsindehaveren har samtykket til indgrebet, omfattes barnet dog ikke af beskyttelsen i Grundlovens § 71 stk. 6. Dette skyldes formuleringen i psykiatrilovens § 1 stk. 4, som foreskriver, der ikke er tale om tvang i disse tilfælde. I disse tilfælde fraskrives den mindreårige patient der endnu ikke er fyldt 15 år, retten til at få prøvet legaliteten af indgrebet efter retsplejelovens kapitel 43 a, ligesom den mindreårige patient også fraskæres retten til at rette henvendelse til § 71-tilsynet, jf. grundlovens § 71 stk. 7.

Tvangsforanstaltning efter psykiatriloven

Udover den ovenstående type af tvangsindgreb, der udgør en frihedsberøvelse af den grundlovsbestemte bevægelsesfrihed, hjemler psykiatriloven også tvangsindgreb som indskrænker patientens selvbestemmelse, men uden at udgøre en frihedsberøvelse. Tvangsindgreb af denne karakter betegnes her som tvangsforanstaltning efter psykiatriloven. Et eksempel på denne type af indgreb ses i lovens § 19 a nr. 1, vedr. åbning og kontrol af post, eller § 12 som hjemler tvangsbehandling. Disse to indgreb påklages forskelligt men udgør samtidigt ikke en begrænsning i patientens bevægelsesfrihed og medfører derfor ikke en ret for patienten til at være omfattet af retsplejelovens kapitel 43 a. Det må dog fastslås, at der

¹⁹ Bødker Madsen, H., Garde, J. (2013) Psykiatrirret, s. 188-189

altid ved hver enkelt tvangsforanstaltning må vurderes, hvorvidt det enkelte indgreb udgør en krænkelse af grundlovens § 71.

Betingelser for magtanvendelse

Muligheden for iværksættelse af et tvangsindgreb over for en patient er til stede når betingelserne for det enkelte tvangsindgreb er opfyldt, og patienten ikke frivilligt meddeler samtykke hertil, jf. psykiatrilovens § 1 stk. 1-3. De betingelser der kræves opfyldt før iværksættelse af indgreb fremgår af hjemmelen til indgrebet samt kravet om, at det mest hensigtsmæssige og mindst byrdefulde indgreb skal iværksættes, jf. lovens § 4 stk. 1-4. Før iværksættelse af tvangsindgreb er det forudsat, at psykiatrilovens stedlige og personelle begrænsning er opfyldt. Betingelserne for et lovligt tvangsindgreb kan deles op i formelle og materielle²⁰.

Formelle betingelser

Som det fremgår af nedenstående afsnit, afhænger de materielle betingelser til iværksættelse af et lovligt tvangsindgreb af patientens tilstand. De formelle betingelser er derimod betingelser, som sundhedspersonen skal opfylde, og kan steder i psykiatriloven fremgå direkte som en pligt for sundhedspersonen.

De formelle betingelser kan også fremstå som et krav til sundhedspersonen, eksempelvis som et krav om stilling eller uddannelse. De formelle betingelser fremgår således både af de generelle bestemmelser i loven, og af de enkelte bestemmelser, som hjemler et specifikt tvangsindgreb.

Materielle betingelser

De materielle betingelser for et lovligt tvangsindgreb afhænger af det indgreb, der iværksættes. De materielle betingelser for det pågældende indgreb opstilles i hjemmelen til det pågældende indgreb. Det gør sig dog gældende for de indgreb der umiddelbart har karakter af

²⁰ Hartlev, M., Hybel, U., Bak Mortensen, P. (2013) Sundhed og Jura, s. 411

at udgøre en frihedsberøvelse, at de deler fælles materielle betingelser, hvilke fremgår af lovens § 5, jf. § 10 stk. 1²¹.

For at disse materielle betingelser er opfyldt, er det efter psykiatrilovens § 5 påkrævet at "*patienten er sindssyg eller befinder sig i en tilstand, der ganske må sidestilles hermed*"²². Det er ikke et krav for opfyldelse af betingelsen, at der forud er fastsat en diagnose på sindssygdommen²³. Herudover er det en betingelse for lovlig iværksættelse af denne gruppe af tvangsindgreb, at det er uforsvarligt ikke at iværksætte behandling, jf. lovens § 5 stk. 1. Definition af uforsvarlighed fremgår ikke af psykiatriloven, men er delvist en skønsmæssig vurdering fra den indlæggende sundhedsperson og en vurdering ud fra princippet om mindste middel efter lovens § 4²⁴. Er der ikke opnået en patients samtykke til en mindre indgribende behandling, men det er uforsvarligt ikke at frihedsberøve patienten med henblik på behandling, er betingelsen opfyldt. Betingelsen er opfyldt, forudsat der er udsigt til bedring af den pågældendes tilstand, jf. lovens § 5 stk. 1.²⁵

Ydermere skal tvangsindgrebet ske på baggrund af enten behandlings- eller farlighedsindikationen. De ovenstående betingelser skal være opfyldt før et tvangsindgreb kan iværksettes lovligt, og dette kan ske med baggrund i enten behandlings- eller farlighedsindikationen, jf. lovens § 5 nr. 1 og 2.

Iværksettes et tvangsindgreb på baggrund af farlighedsindikationen er det et kriterium, at patienten udgør en nærliggende og væsentlig fare for sig selv eller andre, jf. psykiatrilovens § 5 nr. 2. Iværksettes et tvangsindgreb derimod på baggrund af behandlingsindikationen, er kriteriet at det medfører en væsentlig forringelse af udsigten til patientens helbredelse eller tilstand, såfremt indgrebet ikke iværksettes, jf. samme bestemmelses nr. 1.

²¹ *ibid.* s. 412

²² FT 1988-89 spalte 2057-258, det psykiatriske sygdomskriterium og en grundbetingelse for anvendelse af tvang

²³ *ibid.*, da det er tilstrækkeligt patienten befinder sig i en situation, der ganske må sidestilles med sindssyge.

²⁴ Bødker Madsen, H., Garde, J. (2013) Psykiatritret, s. 78-79

²⁵ FT 1988-89 spalte 2078-2079

Iværksættelse af tvangsindgreb over for mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15 år

Da psykiatriloven finder anvendelse over for både myndige og mindreårige patienter, uagtet om disse er fyldt 15 år, kan der også iværksættes tvangsindgreb over for mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15. Det er dog forudsat, at den mindreårige patient har opnået en vis alder, hvor den mindreårige må anses for habil til at modsætte sig behandlingen, for at en behandling kan anses for et tvangsindgreb²⁶. Det er forudsat at den mindreårige må anses som habil til at protestere, da betingelserne for iværksættelse af tvangsindgreb efter psykiatriloven ellers ikke er opfyldt. I dette tilfælde vil der opstå en situation, hvor behandlingen udgør en udøvelse af forældremyndigheden.

Såfremt der iværksættes behandling af en mindreårig under 15år, sker dette på baggrund af forældremyndighedsindehaverens informerede samtykke, jf. sundhedslovens § 17. Det samme forhold omkring samtykkekompetencen gør sig gældende når behandling finder sted efter psykiatriloven. Er det tilfældet, at der ikke foreligger et konkret og informeret samtykke til behandling af den mindreårige fra indehaveren af forældremyndigheden, og betingelserne for det pågældende indgreb er opfyldt, vil der være tale om et tvangsindgreb, jf. lovens § 1 stk. 3. I henhold til samme bestemmelses stk. 4 vil behandlingen ikke være et tvangsindgreb, hvis indehaveren af forældremyndigheden samtykker til behandlingen.

Når indehaveren af forældremyndigheden har samtykkekompetencen til iværksættelse af behandling, der har karakter af et tvangsindgreb, kan der opstå situationer hvor den mindreårige patient modsætter sig behandlingen. Da samtykkekompetencen påhviler indehaveren af forældremyndigheden, har den mindreåriges modsættelse så indflydelse på, hvorledes og hvorvidt indgrebet anses som anvendelse af tvang eller magt?

Det er i forarbejderne til den nyeste udgave af psykiatriloven, anerkendt, at ethvert tvangsindgreb må anses som en krænkelse af det enkelte menneske²⁷, hvilket kan anses som mod-

²⁶ Indenrigs- og sundhedsministeriet (2005) Undersøgelse af psykiatrilovsrevisionen af 1999, s. 106

²⁷ "Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien" af d. 5. februar 2015, afsnit 3.

stridende til barnets ret til ikke at blive udsat for krænkende behandling, jf. forældreansvarslovens § 2 stk. 2.

Da indehaveren af forældremyndigheden efter sundhedslovens § 17 har samtykkekompetencen til behandling af den mindreårige under 15 år, men denne efter forældreansvarslovens § 2 stk. 2 ikke må udsætte den mindreårige for krænkende behandling, kan der opstå et tvivlsspørgsmål om rækkevidden af samtykkekompetencen. Denne er dog forsøgt løst ved psykiatrilovens § 1 stk. 4, hvor forældremyndighedsindehaveren kan samtykke til en behandling, barnet kan finde krænkende. Der er i denne bestemmelse taget stilling til, hvorvidt forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence rækker så vidt, at der kan samtykkes til et indgreb efter psykiatriloven, som barnet modsætter sig.

Bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 foreskriver, at rækkevidden af forældremyndighedens samtykkekompetence rækker så bredt, at der kan træffes beslutninger der rækker længere end barnets ret til selvbestemmelse. Denne vægtning mellem barnets ret til selvbestemmelse og forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence sker ved, at bestemmelsen foreskriver, at der ikke foreligger magtanvendelse i de tilfælde, hvor forældremyndighedsindehaveren til et barn under 15 år samtykker til en behandling. Bestemmelsen foreskriver at samtykkekompetencen fra forældreansvarslovens § 2 gælder i psykiatriloven og rækker videre end barnets ret til selvbestemmelse, når der er tale om behandling af et barn under 15 år.

Efter de almindelige sundhedsretlige regler, skal en mindreårig patient inddrages og informeres i drøftelserne af den forestående behandling, såfremt patienten forstår situationen, og disse skal tillægges betydning, jf. sundhedslovens § 20. Den samme vurdering finder ikke sted ved et indgreb efter psykiatriloven, såfremt der foreligger en situation efter psykiatrilovens § 1 stk. 4. På dette punkt adskiller de sundhedsretlige regler om samtykke og inddragelse sig fra dem, der hjemles i psykiatriloven.

I de tilfælde hvor en mindreårig patient under 15 år opfylder betingelserne for et tvangsindgreb, der har karakter af en frihedsberøvelse, og forældremyndighedsindehaveren samtykker til denne behandling, mens barnet modsætter sig, er det ud fra bestemmelsens ordlyd

ikke klart, hvorvidt dette indgreb vil blive betragtet som en frihedsberøvelse af barnet eller anses som udøvelse af forældremyndigheden. Er det tilfældet at den mindreårige under 15 år udsættes for en frihedsberøvelse, omfattes patienten af beskyttelsen i grundlovens § 71 stk. 6. Foreligger der derimod ikke et tilfælde hvor den mindreårige er frihedsberøvet, men det derimod blot anses for at være ansvarlig udøvelse af forældremyndigheden efter forældreansvarslovens § 2, omfattes barnet ikke af grundlovens retssikkerhedsgaranti i § 71 stk. 6. Såfremt det sidste udfald er tilfældet, skal bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 opfylde det skærpede hjemmelskrav, som grundlovens § 71 stk. 2 hjemler. Hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 udgør den tilstrækkelige hjemmel til at tilsidesætte barnets grundlovsbeskyttede bevægelsesfrihed til fordel for forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence og ret til at bestemme barnets opholdssted, diskuteres i afhandlingens tredje kapitel.

Rettigheder og klageadgang

Når et tvangsindgreb efter psykiatriloven iværksættes, tilfalder der patienten en række rettigheder, som ikke tilfalder patienter, der behandles frivilligt. Dette på trods af, at det eneste der adskiller de to behandlinger er, at den ene patient behandles på baggrund af et konkret, frivilligt og informeret samtykke.

Alle patienter tilbydes en eller flere samtaler efter ophøret af en tvangsforanstaltning efter loven, uanset indgrebets karakter, jf. lovens § 4 stk. 5. Derudover skal patienterne i forbindelse med iværksættelse af indgrebet underrettes herom samt om klagevejledning efter lovens kapitel 9. Udover disse to grundrettigheder ved enhver form for tvangsanvendelse efter psykiatriloven, afhænger patientens rettigheder ved igangsættelse af et tvangsindgreb af, hvilket indgreb der er truffet afgørelse om. Dette skyldes at patientens rettigheder varierer afhængigt af, hvilket indgreb der er truffet afgørelse om. Disse rettigheder varierer lige fra beskikkelse af patientrådgivere, jf. lovens kapitel 8, registrering i tvangsprotokol og obligatorisk efterprøvelse efter lovens kapitel 6 eller forskellige muligheder angående klageadgang og domstolskontrol. Reglerne for klageadgang og domstolskontrol reguleres i lovens kapitel 10 og er afhængige af, hvilken indgreb der træffes afgørelse om.

Klageadgangen og domstolskontrollen for tvangsindgrebs legalitet påklages som udgangspunkt til Det Psykiatriske Patientklagenævn, dog er visse tvangsforanstaltninger efter loven ikke omfattet heraf²⁸. Klageadgangen og obligatorisk efterprøvelse beskrives i lovens kapitel 6.

Det Psykiatriske Patientklagenævns afgørelse af det pågældende tvangsindgrebs legalitet kan påklages, men hvortil afhænger af indgrebet. Indgreb efter lovens §§ 12, 13, 17, 17 a, 18 d der varer længere end 24 timer og §§ 18 a – 18 b kan påklage klagenævnets afgørelse til Det Psykiatriske Ankenævn efter lovens § 38. Ankenævnets afgørelse kan ikke bringes videre for anden administrativ myndighed. Ønsker patienten derfor yderligere at påklage legaliteten af tvangsindgrebet, kan patienten bringe sagen for retten, dog uden at være omfattet af reglerne i retsplejelovens kapitel 43 a. Er der her tale om et af disse indgreb, som ved en konkret vurdering er af sådan en karakter, at den må siges at være frihedsberøvende magtanvendelse, må denne antages at kunne bringes for retten efter reglerne i retsplejelovens kapitel 43 a, jf. grundlovens § 71 stk. 6.

De øvrige indgreb der kan påklages til Det Psykiatriske Patientklagenævn kan få klagenævnets afgørelse indbragt for retten efter retsplejelovens regler i kapitel 43 a.

Som det fremgår af ovenstående, er det kun legaliteten af det iværksatte tvangsindgreb, der kan påklages til Det Psykiatriske Patientklagenævn. Dette betyder ikke, at en patient der er underlagt et tvangsindgreb ikke kan påklage yderligere forhold. Patienten kan rette en klage over den lægelige behandling til Sundhedsstyrelsen og klager over forholdene i øvrigt til hospitalets ledelse i 1. instans og herefter den relevante sygehusmyndighed²⁹.

Rettigheder for patienter under 15 år

Opfylder den mindreårige patient, der endnu ikke er fyldt 15 år, betingelserne for anvendelse af et tvangsindgreb, og samtykker forældremyndighedens indehaver ikke til indgrebet, er der,

²⁸ Indgreb efter lovens §§ 18 g, 19 a nr. 1 og 19 a nr. 3 er undtaget fra denne klageadgang med påklages derimod til sygehusmyndigheden.

²⁹ Vejledning nr. 190 af 5. december 1983, §§ 9-10

som redegjort for i ovenstående, tale om et tvangsindgreb efter psykiatriloven. Dette er uagtet af lovens § 1 stk. 4, da der ikke foreligger et informeret samtykke til indgrebet fra barnets samtykkekompetente forældremyndighedsindehaver. I disse tilfælde omfattes den mindreårige patient af alle psykiatrilovens retssikkerhedsgarantier.

Er der derimod tale om et tilfælde, hvor den mindreårige under 15 år opfylder psykiatrilovens betingelser for det pågældende indgreb og forældremyndigheden samtykker hertil, men den mindreårige modsætter sig, forholder det sig anderledes. Da der i disse situationer ikke er tale om tvang, jf. psykiatrilovens § 1 stk. 4, er den mindreårige ikke omfattet af psykiatrilovens retssikkerhedsgarantier³⁰. På baggrund af denne bestemmelse i psykiatriloven er barnet i disse tilfælde stillet som ved en frivillig behandling, hvad angår psykiatrilovens retssikkerhedsgarantier. Dette betyder heriblandt at den mindreårige ikke vil kunne indbringe legaliteten af indgrebet for retten efter reglerne i retsplejelovens kapitel 43 a, jf. psykiatrilovens § 37, såfremt der skulle foreligge et indgreb omfattet af denne bestemmelse. Dette betyder også, at der ikke er tale om frihedsberøvende magtanvendelse, og den mindreårige derfor heller ikke kan få prøvet legaliteten af indgrebet for retten ved at være omfattet af grundlovens § 71 stk. 6, selvom situationen ville være den modsatte uden forældremyndighedsindehaverens samtykke.

Ved denne situation udvides forældremyndighedens samtykkekompetence til at fratage den mindreårige under 15 år en grundlovsbestemt rettighed. Hvorledes det er muligt, at psykiatriloven udvider forældremyndighedens samtykkekompetence til at række videre end lex superior vil blive undersøgt, gennemgået og diskuteret i afhandlingens tredje del.

På trods af, at psykiatrilovens § 1 stk. 4 fraskriver den mindreårige retssikkerhedsgarantier, hjemler psykiatriloven dog visse retssikkerhedsgarantier for den mindreårige i ovennævnte situationer. Udsættes den mindreårige for et indgreb efter lovens § 1 stk. 4, foreskriver samme lovs § 4 stk. 6, at den mindreårige og dens forældre skal tilbydes en eller flere samtaler efter indgrebets ophør, på lige fod med patienter der har været udsat for et tvangs-

³⁰ "Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien" af d. 5. februar 2015, pkt. 3.1.3

indgreb³¹. Derudover skal indgreb efter psykiatrilovens § 1 stk. 4 registreres i afdelingens tvangsprotokol, jf. psykiatrilovens § 20. Således tildeles den mindreårige under 15 år, når denne udsættes for indgreb efter psykiatrilovens § 1 stk. 4, få retssikkerhedsgarantier. Denne sikring af enkelte af psykiatrilovens retssikkerhedsgarantier sikrer dog ikke den mindreårige nogle rettigheder i forbindelse med klageadgang, heller ikke selvom den har været udsat for et indgreb, der udgør en frihedsberøvelse i grundlovens forstand.

3. Den mindreårige patient under 15 års retsstilling og beskyttelse

Den mindreåriges retstilstand og beskyttelse

Opfylder den mindreårige, der endnu ikke er fyldt 15 år betingelserne for iværksættelse af et tvangsindgreb og indehaveren af forældremyndigheden samtykker til dette indgreb, er der i henhold til psykiatrilovens § 1 stk. 4 ikke tale om et tvangsindgreb. Der forelægger i disse situationer tilfælde hvor en patient, som anses for habil til at protestere, men samtidig ikke omfattes af psykiatrilovens retssikkerhedsgarantier³². Dette er uagtet af, om den mindreårige modsætter sig indgrebet³³.

For gruppen af patienter under 15 år er indehaveren af forældremyndigheden beslutningskompetencen, når der skal træffes afgørelse om behandling. Den mindreårige patient under 15 år skal i stigende grad inddrages og dets mening lægges til vægt, jo mere modent den mindreårige er, jf. sundhedslovens § 20. Anderledes forholder det sig såfremt der behandles efter psykiatriloven, da den mindreåriges mening ikke skal tillægges vægt. Den mindreårige er derfor i disse tilfælde underlagt forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykke, jf. psykiatrilovens § 1 stk. 4.

Da forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykke efter de almindelige sundhedsretlige regler ikke udgør et tilstrækkeligt hjemmel til at iværksætte en behandling med

³¹ Bekendtgørelse nr. 1093 af d. 17. september 2015, § 4

³² "Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien" af d. 5. februar 2015, afsnit 3.1.2

³³ *ibid.* afsnit 3.1.3.

magt, som en modent og modsættelsehabil mindreårig modsætter sig³⁴, tilskriver lovens § 1 stk. 4 derfor forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykke en større betydning, end i de almindelige sundhedsretlige regler.

Da psykiatriloven blev ændret i 2015, hvor § 1 stk. 4 blev indsat, blev det præciseret at der ikke skal ske modenhedsvurdering af nogen mindreårige, for at sikre, at tvangsindgreb ikke bliver baseret på sundhedspersonens skøn og for at undgå, at afgørelser træffes ud fra lokale fortolkninger af modenhedsvurderingen³⁵.

Det fremgår af både *"Undersøgelse af psykiatrilovsrevisionen 1999"* og den nye psykiatrilovs forarbejder, at der i lovgivningen ikke er taget stilling til vægtningen og samspillet mellem sundhedsloven, psykiatriloven og serviceloven, samt at denne vægtning i stedet er blevet foretaget på de enkelte psykiatriske afdelinger³⁶. I Psykiatrilovsrevisionen fremgår det, at denne problemstilling i praksis er blevet forvaltet således, at psykiatrilovens regler om magt-anvendelse er blevet fortolket som mere tungtvejende end det stedfortrædende samtykke fra forældremyndighedsindehaveren efter forældreansvarsloven. Denne forvaltning af lovenes samspil er uens fra den vægtning, lovgiver foretager i § 1 stk. 4 i psykiatriloven, da det stedfortrædende samtykke fra forældreansvarsloven vægtes højest, også selvom den mindreårige modsætter sig³⁷.

Den nuværende lovgivning

Det kan undre, at der ved indsættelse af psykiatrilovens § 1 stk. 4 indføres en fast, ufravigelig aldersgrænse for patienterne under 15 år, når dette frarådes i *"Undersøgelse af psykiatrilov-*

³⁴ Bødker Madsen, H., Garde, J. (2013) Psykiatrirret s. 42-4

³⁵ "Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien" af d. 5. februar 2015, afsnit 3.1.2

³⁶ Indenrigs- og sundhedsministeriet (2005) "Undersøgelse af psykiatrilovsrevisionen 1999" afsnit 4.12 s. og " Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien" af d. 5. februar 2015, afsnit 3.1.2

³⁷ "Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien" af d. 5. februar 2015, afsnit 3.1.3

srevisionen 1999”³⁸. Desuden fremgår det af flere hørings svar, at dette ikke sikrer de mindreårige patienter under 15 års rettigheder, herunder den grundlovssikrede ret til at få prøvet en administrativt besluttet frihedsberøvelse efter grundlovens § 71 stk. 6, hvilket er kritisabelt³⁹.

Ved vedtagelsen af psykiatrilovens ny § 1 stk. 4 er der fremkommet flere hørings svar og spørgsmål til ministeren, som forholder sig kritisk til børn og unges rettigheder i forbindelse med indførelsen af bestemmelsen. De kritiske hørings svar til den daværende minister forholder sig til spørgsmålene og problemstillingerne omkring, at bestemmelsen giver forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykke rækkevidde til at frihedsberøve den mindreårige, uden at barnet eller den unge patient har klagemuligheder og uagtet af den mindreåriges modenhed og familiære efterspil⁴⁰. Den generelle bekymring af disse hørings svar omhandler den mindreårige under 15 års retsstilling vedr. klagemuligheder, såfremt et indgreb, som den mindreårige modsætter sig, er iværksat på foranledning af forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykke.

Rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens stedfortrædende samtykkekompetence

Ved de hørings svar, der er afgivet i forbindelse med vedtagelsen af loven hvor § 1 stk. 4 ind sættes, stilles der flere spørgsmålstegn ved, om forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence efter forældreansvarsloven rækker så vidt, at denne kan samtykke til magt anvendelse og frihedsberøvelse, når den mindreårige modsætter sig dette. Der stilles derfor spørgsmål ved, om forældreansvarsloven rækker så vidt, som det i § 1 stk. 4 er besluttet, når forældremyndighedsindehaveren samtykker til behandlingen af en sindssyg mindreårig, som modsætter sig behandlingen.

I hørings svaret fra Region Sjælland af d. 4. september 2014 kommenteres det, at det er en forudsætning for anvendelse af psykiatriloven at den mindreårige under 15 år er sindssyg, eller i

³⁸ Indenrigs- og sundhedsministeriet (2005) ”Undersøgelse af psykiatrilovsrevisionen 1999” afsnit 4.12 ,s. 107-108

³⁹ Herunder hørings svaret fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014, s. 1-2 og hørings svaret fra Bedre Psykiatri af d. 25. august 2014, afsnit 3.1.3.

⁴⁰ I hørings svaret fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014, afsnit 3.1.3 berøres både problemstillingen med det negative familiære efterspil og barnet har fundamentale rettigheder, her grundlovens § 71 stk. 6.

en tilstand der må sidestilles hermed, hvilket ikke er et kriterium, der går forud for anvendelse af forældreansvarsloven⁴¹. Pointen er her, at de to love anvendes i forskellige situationer, hvorfor beslutningskompetencen efter forældreansvarsloven ikke rækker ind i tilfælde, hvor den mindreårige patient under 15 år er sindssyg, eller befinder sig i en tilstand der må sidestilles hermed. I høringssvaret gives der yderligere begrundelse for dette ved, at der i psykiatriloven hjemles midler til at beslutte den mindreåriges opholdssted, hvilket efter Region Sjællands opfattelse, rækker videre end de midler, der kan anvendes efter forældreansvarsloven.

I høringssvaret fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014 gøres der opmærksom på, at forældreansvarslovens samtykkekompetence ikke rækker så vidt i det somatiske behandlingssystem, at der kan anvendes magt over for en modsættelseshabil mindreårig under 15 år, hvorfor den heller ikke hjemler magtanvendelse i det psykiatriske regi, når psykiatriloven i stedet hjemler dette⁴².

Den daværende minister bemærker i sit svar til Bedre Psykiatri og Landsforeningen SIND, at det er hans opfattelse at forældremyndighedsindehaverens pligt er at drage omsorg for barnet, også i situationer hvor der skal tages stilling til behandling, barnet ikke ønsker. På baggrund heraf er det hans opfattelse, at samtykkekompetencen i forældreansvarsloven rækker så vidt, at indehaveren af forældremyndigheden har kompetencen til, herunder også med magt, at beslutte hvilken behandling barnet skal gennemgå⁴³. Ministeren redegør for samme holdning i svar på spørgsmål nr. 8 fra Stine Brix, Enhedslisten, hvor der henvises til, at holdningen er, at indehaveren af forældremyndigheden både er i besiddelse af beslutnings- og klagekompetencerne for mindreårige patienter under 15 år, og at dette er en del af forældreansvaret, uagtet at den pågældende mindreårig er sindssyg eller ej⁴⁴.

Det kan give anledning til spørgsmål, hvorfor det er valgt at tolke forældreansvarslovens samtykkekompetence så vidt og dermed indskrænke den mindreårige under 15 års rettig-

⁴¹ Høringssvar fra Region Sjælland af d. 4. september 2014, s. 2

⁴² Høringssvar fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014 s. 1-2

⁴³ Ministerens svar på spørgsmål nr. 1 af d. 19. marts 2015, s. 1.

⁴⁴ Ministerens svar på spørgsmål nr. 8 af d. 10. april 2015, s. 3

heder, såfremt barnet eller den unge patient modsætter sig behandlingen og besidder den fornødne modenhed. Det kan ligeledes give anledning til undren, at forældreansvarsloven tolkes så vidt, når indholdet af indgrebet med forældresamtykke over for den sindssyge mindreårige er det samme som det, der kan iværksættes efter psykiatriloven, og forskellen her er at den mindreårige ved tvangsindgreb blot tildeles yderligere retssikkerhedsgarantier. Særligt med henblik på, at ikke alle forældremyndighedsindehaveren i lige høj grad besidder den samme forældreevne. Svaret på dette er nærmere, at der ikke ved indførelsen af psykiatrilovens § 1 stk. 4 er indført en ny retstilstand eller ændring af det daværende regelsæt, men derimod blot er præciseret en i forvejen eksisterende retstilstand. Det fremgår af et notat fra Indenrigs- og sundhedsministeriet fra år 2010⁴⁵, at forældreansvarslovens kompetence til at træffe beslutninger om den mindreåriges behandling rækker videre end psykiatri- og sundhedsloven, idet mindreårige, psykiatriske patienter på under 15 år ikke er omfattet af psykiatriloven, såfremt der foreligger et gyldigt, informeret samtykke til behandlingen fra forældremyndighedsindehaveren. Ligeledes fremgår det af Sundhedsstyrelsens Vejledning nr. 9427 af d. 20. Januar 2011, at der ikke foreligger tvang i de tilfælde, hvor et barn under 15 år modsætter sig et indgreb, som indehaveren af forældremyndigheden har samtykke til⁴⁶. Dermed må den nye bestemmelse i psykiatrilovens § 1 stk. 4 nærmere ses som en præcisering og formulering i loven af Sundhedsstyrelsens fortolkning af problemstillingen. Den samme opfattelse deles af Caroline Adolphsen i ph.d.-afhandlingen "*Mindreåriges retsstilling i relation til behandling*"⁴⁷. På baggrund heraf er lovgrundlaget for de mindreårige patienter under 15 år uændret ved den nye psykiatrilov, men det er derimod regelsættet, der er anvendt anderledes i praksis, hvor yderligere fortolkninger af anvendelsen er tilkommet.

Det må derfor konkluderes, at det i forvejen eksisterende regelgrundlag vægtede forældreansvarslovens samtykkekompetence over barnets ret til selvbestemmelse, uagtet den mindreåriges modenhed, så længe den mindreårige er under 15 år. Det må derudover konkluderes, at indehaveren af forældremyndigheden ud fra dette regelsæt kan meddele et samtykke, som rækker så vidt, at der som et led i udøvelsen af forældreansvaret kan anvendes magt, jf. "*Notat*

⁴⁵ Indenrigs- og sundhedsministeriets notat om samtykke til behandling af mindreårige, psykiatriske patienter af d. 28. september 2010

⁴⁶ Vejledning nr. 9427 af d. 20. Januar 2011, punkt 9

⁴⁷ Adolphsen, C. (2013) s. 144, afsnit 2.3

om samtykke til behandling af mindreårige, psykiatiske patienter". I ministerens svar til spørgsmål nr. 8 fra Stine Brix, Enhedslisten, redegør ministeren også for, at dette ansvar ikke rækker så langt, at der opstår en situation hvor barnet er frihedsberøvet og dermed ikke er omfattet af retssikkerhedsgarantierne i grundlovens § 71 stk. 6, når dette er på baggrund af forældremyndighedsindehaverens udøvelse af forældreansvaret. Ministeren henviser i sin redegørelse her også til, at såfremt der ikke meddeles samtykke fra forældremyndighedsindehaveren, er barnet omfattet af grundlovens retssikkerhedsgarantier, med henvisning til Henrik Zahles redegørelse for, at børn og unge er omfattet af grundloven⁴⁸.

Grundlovens beskyttelse af den personlige frihed

I hørings svarene, herunder høringsvaret fra Statsforvaltningen af d. 28. august 2014 er der sat spørgsmålstegn ved, hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 og samtykkekompetencens rækkevidde efter forældreansvarsloven udgør den fornødne, skærpede lovhjemmel til at frihedsberøve den mindreårige patient på under 15 år, uden at patienten omfattes af den grundlovs-sikrede retssikkerhedsgarantier, jf. grundlovens § 71 stk. 6.

Psykiatrilovens § 1 stk. 4 og grundloven

Grundlovens § 71 stk. 1 foreskriver, at den personlige frihed er ukrænkelig og kan kun finde sted, såfremt der er lovhjemmel herfor, jf. sammes stk. 2, hvilken fastsætter kravet om det skærpede lovhjemmel. Det skærpede lovhjemmel til at frihedsberøve de patienter, der opfylder kriterierne herfor efter psykiatriloven, findes i psykiatriloven. På baggrund af psykiatrilovens bestemmelser lovliggøres et indgreb i patientens personlige frihed, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

Frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen reguleres i grundlovens § 71 stk. 6, hvorfor frihedsberøvelser som hjemles i psykiatriloven omfattes af denne bestemmelse. Denne bestemmelse foreskriver, at den frihedsberøvede kan få legaliteten af indgrebet prøvet for de almindelige domstole, såfremt den frihedsberøvede fremsætter begæring herom.

⁴⁸ Ministerens svar på spørgsmål nr. 8 af d. 10. april 2015, s. 2

Bestemmelsen suppleres af kapitel 43 a i retsplejeloven, hvilken regulerer legalitetsprøvelsen af administrativt frihedsberøvede uden for strafferetsplejen.

Retten til at få prøvet legaliteten efter reglerne om den lette domstolskontrol i retsplejelovens kapitel 43 a hjemles i forvejen i psykiatriloven for visse indgreb, jf. psykiatrilovens § 37. Der kan dog, som beskrevet i afsnittet om tvangsindgreb i psykiatrilovens forstand, være situationer hvor et indgreb ikke er omfattet af psykiatrilovens § 37, men alligevel udgør et indgreb i den grundlovssikrede bevægelsesfrihed, jf. indgrebets karakter og indhold. I disse situationer hvor indgrebet ikke omfattes af psykiatrilovens § 37, men der foreligger en frihedsberøvelse efter grundlovens § 71 stk. 6, har patienten fortsat retten til den nemme domstolskontrol efter retsplejelovens kapitel 43 a, hvilket grundlovens bestemmelse hjemler⁴⁹.

Ligesom det gør sig gældende i forhold til psykiatriloven, så er børn og unge under 15 år også omfattet af grundloven⁵⁰, og i henhold til retskildernes hierarkiske orden danner den med sin rolle som landets forfatning udgangspunktet for al øvrig dansk lovgivning. På denne baggrund giver det anledning at stille spørgsmålet omkring, hvorvidt forældremyndighedsindehaveren efter forældreansvarslovens § 2 kan give afkald på grundlovsbestemte rettigheder, hvilket psykiatrilovens § 1 stk. 4 foreskriver. Udgør den stedfortrædende samtykkekompetence fra forældreansvarsloven og psykiatrilovens § 1 stk. 4 det tilstrækkeligt skærpede lovhjemmel til, at forældremyndighedsindehaveren kan give afkald på grundlovsbestemte rettigheder, når den mindreårige tydeligt modsætter sig dette valg?

Kompetencen til afståelse af grundlovsfæstede rettigheder på den mindreåriges vegne

Som det er redegjort for i ovenstående afsnit, fremgår det af psykiatrilovens forarbejder, at hensigten med § 1 stk. 4 er at skabe klarhed om den allerede eksisterende retstilstand, hvilket medfører at mindreårige under 15 år afskæres fra grundlovens retssikkerhedsgaranti, legalitetsprøvelsen efter § 71 stk. 6, såfremt indehaveren af forældremyndigheden samtykker til det pågældende indgreb.

⁴⁹ Bødker Madsen, H., Garde, J. (2013) Psykiatrirret, s. 188-189

⁵⁰ Elo Rytter, J. (2016) Individets grundlæggende rettigheder

I den daværende ministers svar til spørgsmål nr. 8 af d. 10. april 2015 refererer ministeren til Henrik Zahle, 2006, hvor der for redegøres at

"...børn og unges beskyttelse af grundlovsrettighederne, at man bør følge det hovedsynspunkt, at også børn og unge er omfattet, men evt. under vilkår, der følger af deres unge alder ... Der synes at være enighed i teorien om, at grl. § 71, stk. 6, som udgangspunkt finder anvendelse, når en mindreårig administrativt anbringes uden for hjemmet, mod sin vilje..."⁵¹.

Herudfra kan det konkluderes at børn og unge er omfattet af grundlovens § 71 stk. 6, under forbehold af barnets eller den unges alder. Der redegøres herefter for at der er

...fortsat en række områder, hvor serviceloven (...) fortsat opererer med et alderskrav på 15 år, fx i forbindelse med børnefaglige undersøgelser. I disse situationer er der krav om forældresamtykke med mindre barnet er fyldt 15 år..."⁵².

I disse tilfælde har en mindreårig efter serviceloven først klagemulighed, når denne er fyldt 15 år, hvilket er identisk med reglerne i psykiatriloven. På baggrund heraf kan det konkluderes, at en mindreårig patient under 15 år ikke anses for at være klageberettiget, heller ikke i tilfælde, hvor der sker frihedsberøvelse. Dette er identisk med psykiatrilovens § 1 stk. 4, hvor den mindreårig under 15 år ikke er berettiget til at påklage indgrebet, hvis indehaveren af forældremyndigheden har meddelt samtykke hertil.

Ligeledes argumenterer Jens Elo Rytter for, at det som udgangspunkt må antages, at der kan gives afkald på grundlovsbestemte rettigheder, såfremt disse er til for at beskytte individet⁵³. Visse medicinske indgreb og behandlinger vil eksempelvis udgøre en krænkelse af grundlovsbestemte rettigheder, såfremt disse ikke kunne afviges ved aftale. Samme forfatter argumenterer også for, at det er muligt for forældremyndighedsindehavere, med hjemmel i

⁵¹ Ministerens svar til spørgsmål 8 af d. 10. april 2015, s. 2, hvor Henrik Zahle her citeres

⁵² *ibid*, s. 3

⁵³ Elo Rytter, J. (2016) Individets grundlæggende rettigheder, s. 120-121

forældreansvarslovens § 2, at give afkald på grundlovsbestemte rettigheder på vegne af den mindreårige. De krav der foreligger til en rettighedsafståelse er, at samtykket er baseret på frivillighed, informeret, klarhed og utvetydighed⁵⁴. Disse forudsætninger er lig dem, der er forudsætningerne for det informerede samtykke, jf. sundhedslovens kapitel 5. Rent juridisk er det derfor muligt for indehaveren af forældremyndigheden at give afkald på grundlovsbestemte rettigheder på barnets vegne, og at forældreansvarslovens § 2 udgør den fornødne hjemmel hertil.

§ 1 stk. 4. – den fornødne lovhjemmel til afståelse af en grundlovsfæstet rettighed?

Grundlovens § 71 stk. 2 fremsætter kravet om det skærpede hjemmelskrav, såfremt en frihedsberøvelse lovligt kan iværksættes. Det skærpede hjemmelskrav opfyldes ved de enkelte tvangsindgreb i psykiatriloven, da loven utvivlsomt beskriver anvendelsesområde og anvendelsessituationer. Hvis indehaveren af forældremyndigheden efter psykiatrilovens § 2 stk. 5 kan frasige den mindreårige under 15 år de grundlovsbestemte rettigheder i tilfælde, hvor administrativ frihedsberøvelse efter psykiatriloven er muligt, må hjemlen til denne kompetence ligeledes opfylde det skærpede hjemmelskrav efter grundlovens § 71 stk. 2. Men udgør bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 og forældreansvarslovens § 2 det fornødne hjemmel i henhold til grundlovens § 71 stk. 2?

Hvorvidt indehaveren af forældremyndigheden lovligt kan beslutte om den mindreårige skal være frihedsberøvet mod sin vilje, er prøvet for domstolene i U.1984.665 Ø, den såkaldte Jon-sag.

Retspraksis

Jon-sagen

I U.1984.665 Ø, har det 12-årige barn, Jon, været frihedsberøvet på en psykiatrisk afdeling på moderens anmodning. Jon var ikke indlagt på baggrund af psykiatriloven, men udelukkende på moderens ønske om behandling. Jon giver under indlæggelsen tydeligt udtryk for, at han ikke ønsker at være der. I landsretten vurderes det, at den pågældende indlæggelse udgør et

⁵⁴ *ibid.* s. 123-14

indgreb i Jons frihed i sådan en grad, at indlæggelsen udgør en frihedsberøvelse i grundlovens forstand. Landsretten vurderer dog, at forældreansvarslovens § 2 rækker videre end den mindreåriges selvbestemmelse, hvorfor Jon ikke er omfattet af den lette klageadgang i retsplejelovens kapitel 43 a, jf. grundlovens § 71 stk. 6.

Landsretten tager i denne afgørelse stilling til vægtningen mellem barnets selvbestemmelse og rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens beslutningskompetence, og vægter denne til fordel for forældremyndighedsindehaveren. Dette er på trods af, at Jon var en 12-årig dreng, der evt. ville blive vurderet så moden, at han ville blive vurderet beslutningshabil. Denne afgørelse vedrører en indlæggelse uden for psykiatriloven, men rækkevidden af forældremyndighedsindehaveren beslutningskompetence og ret til at beslutte den mindreåriges opholdssted, må antages at være gældende, hvad enten den pågældende mindreårige er sindssyg eller befinder sig i en tilstand, der ganske må sidestilles hermed.

Jon-sagen og moderne lovgivning

Afgørelsen i Jon-sagen er afsagt i 1984, hvorfor den er af ældre dato. Den har dog fortsat relevans, da rækkevidden af forældreansvarslovens § 2 vurderes i afgørelsen, og den vurderes at udgøre det fornødne hjemmel til, at forældremyndighedsindehaveren lovligt kan frihedsberøve den mindreårige under 15 år. Den samme fortolkning af hjemmelskravet til frihedsberøvelse og rækkevidden af forældreansvarslovens § 2 er tilfældet ved den nuværende lovgivning og udformning af psykiatrilovens § 1 stk. 4, jf. forarbejderne til denne. Denne fortolkning fremgår både af Sundhedsstyrelsens **vejledning nr. 20/01/2011** og Indenrigs- og Sundhedsministeriets notat af d. 28. September 2010. Derudover deles samme opfattelse af, at forældremyndighedsindehaveren på dette grundlag kan frasige barnet sine grundlovsbestemte rettigheder i "*Sundheds og Jura*" af Mette Hartlev, Ulla Hybel og Peter Bak Mortensen⁵⁵.

⁵⁵ Hartlev, M., Hybel, U., Bak Mortensen, P. (2013) Sundhed og Jura, s. 439.

Et skærpet lovhjemmel, som det der kræves efter grundlovens § 71 stk. 2, kræver, at der er en utvetydig klarhed, ikke blot vedr. adgangen til, men også betingelserne for, hvornår den administrative frihedsberøvelse kan finde sted⁵⁶.

Helle Bødker Madsen argumenterer for, at psykiatrilovens § 1 stk. 4 ikke opfylder disse krav, da bestemmelsen ikke beskriver betingelserne og fremgangsmåden for det enkelte indgreb, ligesom det ikke fremgår, hvem beslutningstageren er⁵⁷. Denne kritik må dog ses i lyset af, at det tydeligt af lovens forarbejder fremgår, hvad hensigten med lovens § 1 stk. 4 er, og der opstilles eksempler som bidrager til fortolkningen.

Kravet til det skærpede lovhjemmel

Da forarbejder har til funktion at bidrage til fortolkningen af love, kan det antages at det med hjælp fra forarbejderne kan udledes, at psykiatrilovens § 1 stk. 4 er indsat med henblik på at udfylde det krav om lovhjemmel, som grundlovens § 71 stk. 2 fremsætter. Helle Bødker Madsen argumenterer dog for, at en udvidende fortolkning ikke er tilstrækkelig, når der er fremsat krav om skærpet lovhjemmel⁵⁸.

I Østre landsrets afgørelse i Jon-sagen findes forældreansvarslovens § 2 dog at udgøre det fornødne lovhjemmel til, at indehaveren af forældremyndigheden kan tage beslutning om en administrativ frihedsberøvelse på trods af barnets ytringer om uenighed. Med denne afgørelses høje retskildeværdi kan det anses for godtgjort, at psykiatrilovens § 1 stk. 4 udgør den fornødne lovhjemmel i henhold til grundlovens § 71 stk. 2, da forældreansvarsloven er bredere formuleret end psykiatrilovens bestemmelse. Ligeledes må det understøtte denne antagelse, at Sundhedsstyrelsen i deres vejledning nr. 20/01/2011 vejleder efter denne fortolkning, og Indenrigs- og Sundhedsministeriets notat af d. 28. September 2010, ligeledes fortolker det skærpede hjemmelskrav at være opfyldt af forældreansvarslovens § 2.

⁵⁶ Bødker Madsen, H. (2015) Mindreåriges retsstilling efter psykiatriloven, s. 2, afsnit 3.1

⁵⁷ *ibid.* s. 2, afsnit 3.1

⁵⁸ *ibid.* s. 3, afsnit 3.4

Som bidrag til en fortolkning af det skærpede hjemmelskrav i grundlovens § 71 stk. 2, må det bemærkes at det i Bekendtgørelse nr. 1068, 1986, "*Principbetænkning om tvang i psykiatrien*" konkluderes, at såfremt en mindreårig under 15 år, der opfylder betingelserne for et tvangsindgreb, modsætter sig indgrebet, udgør dette en begrænsning i beføjelsen af forældremyndigheden hvormed den mindreårige omfattes af psykiatriloven. Dette er uagtet af, at indehaveren af forældremyndigheden har samtykket til indgrebet.⁵⁹ Det bemærkes herudover, at barnets alder stadig bør tillægges større vægt⁶⁰.

Denne betænkning forekommer efter afgørelsen i Jon-sagen og kan tolkes som et udtryk for, at forældreansvarslovens § 2 ikke udgør den fornødne skærpede hjemmel til frihedsberøvelse. Psykiatrilovens § 1 stk. 4 er dog ikke en bred generalfuldmagt som forældreansvarslovens § 2, men er mere specifik og har et smallere anvendelsesområde, hvorfor det kan argumenteres for, at denne opfylder det fornødne hjemmelskrav, jf. grundlovens § 71 stk. 2.

Helle Bødker Madsen argumenterer for, at en ændring af ovenstående opfattelse af, at forældreansvarslovens § 2 ikke udgør den fornødne lovhjemmel, vil kræve en lovændring⁶¹. Denne lovhjemmel består nu i psykiatrilovens § 1 stk. 4, men indeholder udformningsmæssigt ikke samme klarheder, fremgangsmåder og stillingtagen til beslutningsprocesser, som den øvrige psykiatrilov, der opfylder det skærpede hjemmelskrav. Bestemmelsen beskriver ej heller klart, hvorledes retsstillingen er i de tilfælde, hvor barnet modsætter sig behandlingen. Dette må søges afklaret andre steder, hvorfor dette taler for at bestemmelsen ikke opfylder kravet om klarhed og utvetydighed.

Opfyldelse af det skærpede hjemmelskrav

I medfør af at det allerede, før bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 kom til, blev tolket således, at forældremyndighedsindehaverens meningstilkendegivelse blev tillagt afgørende vægt ved afgørelsen af, om der forelå et tvangsindgreb, kan bestemmelsen anses for at udgøre

⁵⁹ Betænkning nr. 1068, 1986, "*Principbetænkning om tvang i psykiatrien*" bind 2, kapitel 13, s. 388-389

⁶⁰ *ibid.* bind 2, kapitel 13, s. 399-401

⁶¹ Bødker Madsen, H., Garde, J. (2013) *Psykiatrirret*, s. 38-40

det tilstrækkeligt skærpede hjemmelskrav, da denne blot udfylder allerede eksisterende fortolkning af regler. Bestemmelsen er derfor et udtryk for en allerede eksisterende regel- fortolkning og bibringer blot til en mere ensartet administration af regelsættet.

Det fremgår af flere hørings svar i forbindelse med vedtagelsen den nye psykiatrilov, hvor § 1 stk. 4 indføres, anses det dog ikke for godtgjort fra flere af de adspurgte parter der har givet hørings svar, at bestemmelsen udgør det fornødne lovhjemmel. Dette ses heriblandt i hørings- svaret fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014, der argumenterer for, at forældre- ansvarslovens rækkevidde ikke rækker til, at forældremyndighedsindehaveren kan forlange somatisk behandling med magt⁶². Region Hovedstaden påpeger i sit hørings svar af d. 29. august 2014, at en omfattende magtanvendelse, såsom bæltefikseringer, ikke kan opfattes som forældrenes naturlige magtanvendelse⁶³. Ministerens opfattelse er dog, at udøvelse af forældremyndigheden også indebærer at tage stilling til anvendelse af tvangsforan- staltninger⁶⁴.

Landsrettens afgørelse i Jon-sagen kan dog ses som domstolenes praksis for, at forældre- myndighedsindehaveren har en så vidtrækkende beslutningskompetence, som ministeren antyder, da denne finder, at anbringelsen af det ikke psykisk syge barn er en del af forældre- ansvaret. Anvendes dette syn på rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens beslutningskompetence, er de to ovenstående argumenter fra hørings svarene overflødige, da det i Jon-afgørelsen fastslås, at indehaveren af forældremyndigheden kan søge sundheds- personernes assistance til at udføre forældreansvaret, såfremt barnet modsætter sig beslutningen. Dette er uagtet af, at denne biståelse til udførelse af forældreansvaret ikke hjemles i nogen lov.

Med ovenstående betragtninger anses det ikke for klart og utvetydigt godtgjort, at psykiatri- lovens § 1 stk. 4 opfylder det skærpede hjemmelskrav, som er krævet for at forældre- myndighedsindehaverens beslutningskompetence rækker så vidt, at denne kan fraskrive den mindreårige patient under 15 år, beskyttelsen af den grundlovssikrede bevægelsesfriheden.

⁶² Hørings svar fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014, s. 1

⁶³ Hørings svar fra Region Hovedstaden af d. 29. august 2014, s. 2

⁶⁴ Ministerens svar på spørgsmål nr. 1 af d. 19. marts 2015, s. 2

Såfremt psykiatrilovens bestemmelse må anses for at opfylde det skærpede hjemmelskrav, må lovens forarbejder og fortolkninger inddrages. Af hensynet til retssikkerheden bør det skærpede hjemmelskrav ikke være opfyldt, såfremt det anses for nødvendigt at fortolke bestemmelsen, fordi bestemmelsen i sig selv ikke er klar og utvetydig.

Ved en vurdering af hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 udgør det fornødne skærpede hjemmelskrav, strider denne konklusion mod et generelt princip om, at den mindreåriges meningstilkendegivelser skal tildeles vægt i stigende takt med barnets alder og modenhed, såfremt det er i stand til at udtrykke dem⁶⁵. Ved somatiske behandlinger skal den mindreårige patient, der er under 15 års, meningstilkendegivelser også tillægges betydning, jf. sundhedslovens § 20, hvorfor det kan anses for paradoksalt, at den mindreåriges meningstilkendegivelser ikke skal tillægges vægt ved indgreb efter psykiatriloven på foranledning af forældremyndighedens beslutningskompetence.

I Statsforvaltningens høringsvar af d. 28. august 2014 bemærkes der i forbindelse med vedtagelsen af den nye psykiatrilov, at en retstilstand hvor den mindreårige psykisk syge patients udvikling og modenhed er i overensstemmelse med udviklingen på andre retsområder⁶⁶. Dette ses eksempelvis i serviceloven, hvor børn på 12 år i særlige tilfælde er blevet tillagt selvstændig klageret til Ankestyrelsen, jf. servicelovens § 167.

Serviceovens afvigelser fra 15-års grænsen

Et af de tilfælde hvor mindreårige over 12 år er blevet tillagt klageret, er ved afgørelser truffet i medfør af voksenansvarslovens § 17, hvilken hjemler brug af særlige alarm- og pejlesystemer. I disse situationer kan mindreårige, som er fyldt 12 år, indbringe en klage over afgørelse om anvendelse af personlige alarm- og pejlesystemer, som indehaveren af forældremyndigheden har samtykket til efter voksenansvarslovens § 17 stk. 1 nr. 3, jf. samme lovs § 23.

⁶⁵ Dette fremgår blandt andet af FNs børnekonventions art. 12 stk. 1, der forlyder "*States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child*"

⁶⁶ Høringsvar fra Statsforvaltningen af d. 28. august 2014, s. 1

I disse tilfælde har mindreårige under 15 år, og som har betydelig nedsat psykisk funktions- evne, mulighed for at påklage en beslutning til Ankestyrelsen, som forældremyndigheds- indehaveren har samtykket til. Det bemærkes hertil at samme midler kan benyttes til psy- kiatrisk behandling efter psykiatrilovens § 17 a, men at den mindreårige patient under 15 år ingen klagemuligheder har, såfremt forældremyndighedsindehaveren har samtykket til ind- grebet. Ved indgreb efter denne lov har den mindreårige, som er fyldt 12 år, selvstændig klageret omkring det anvendte indgreb, selvom forældremyndighedsindehaveren har samtykket hertil. Efter voksenansvarsloven anerkendes barnets selvstændige menings- tilkendegivelse, i modsætning til ved samme indgreb efter psykiatriloven.

Visse af indgrebene efter voksenansvarsloven kan påklages i henhold til reglerne efter servicelovens §§ 168 og 169, jf. voksenansvarslovens § 23 stk. 4. Dette gør sig blandt andet gældende for indgreb efter voksenansvarslovens § 11 stk. 1 og 2, hvilken hjemler tilbage- holdelse. I henhold til servicelovens regler i § 169 kan klageren kræve, at Ankestyrelsens afgørelse indbringes for retten efter retsplejelovens kapitel 43 a, såfremt der foreligger en administrativ frihedsberøvelse. I Caroline Adolphsens ph.d. afhandling "*Mindreåriges rets- stilling i relation til behandling*" diskuteres og vurderes dette. Her vurderes det at være tilfældet, at den mindreårige patient, som er fyldt 12 år, kan kræve Ankestyrelsens afgørelse indbragt for retten, da det efter ordlyden i servicelovens § 169 stk. 1, er *klageren* som kan forlange dette⁶⁷. I dette tilfælde vil det været en mindreårig, der er fyldt 12 år. Efter denne fortolkning må en mindreårig, der er fyldt 12 år, og som modsætter sig den administrative frihedsberøvelse, være berettiget til at påklage denne, ligesom den mindreårige anses for at være omfattet af retsplejelovens kapitel 43 a. Ved denne type indgreb anerkendes den mindreåriges meningstilkendegivelse og evne til at overskue konsekvenserne, når den mindreårige er fyldt tolv år.

Den mindreåriges retsstilling, delkonklusion

Det synes ikke at fremgå klart af lovgivningen, hvordan den mindreårige patient under 15 års retsstilling er, i de situationer hvor den mindreårige udsættes for et indgreb efter psykiatri-

⁶⁷ Adolphsen, C. (2013) *Mindreåriges retsstilling i relation til behandling*, s. 125-26

loven, som udgør en frihedsberøvende tvangsforanstaltning med forældremyndighedsindehaverens samtykke, men hvor den mindreårige modsætter sig indgrebet.

Det fremgår af lovens forarbejder, at mindreårige under 15 år i denne situation ikke har nogen selvstændig klageret, ligesom det heraf også fremgår, at mindreårige i denne situation ej heller omfattes af retten til den lette domstolsadgang efter retsplejelovens kapitel 43 a.

Da der til frihedsberøvelse foreligger et skærpet hjemmelskrav, bør det af hensyn til retssikkerheden fremgå klart og direkte af psykiatrilovens § 1 stk. 4, hvorledes retsstillingen er i den givne situation. Retstilstanden bør ikke fremkomme af fortolkninger og principper, hvilket er tilfældet ved denne givne situation. Det taler heller ikke for at det skærpede hjemmelskrav er opfyldt, da Sundhedsstyrelsen ej heller er klar omkring den mindreåriges retsstilling i deres vejledninger. Denne opfattelse er dannet på baggrund af, at Sundhedsstyrelsen i vejledning nr. 20 d. 20. Januar 2011 beskriver, at der i denne givne situation ikke er tale om et tvangsindgreb⁶⁸. Efter den nye bestemmelse i psykiatrilovens § 1 st. 4 indskrives i loven, skriver Sundhedsstyrelsen vejledning nr. 9778 d. 02. August 2016, hvor det fremgår af afsnit 4, at indgrebet vil blive registreret som magtanvendelse.

Den nyeste vejledning på området skaber den retsstilling, at indgrebet som den mindreårige patient under 15 år modsætter sig, registreres som magtanvendelse, men ikke anerkendes som et tvangsindgreb⁶⁹. Denne opfattelse stemmer derfor overens med den daværende ministers, da der i forarbejderne redegøres for, at den mindreårige ved indgreb som ellers udgør en administrativ frihedsberøvelse, ikke udgør det når forældremyndighedsindehaveren samtykker til indgrebet. Den mindreårige under 15 år omfattes dermed ikke af grundlovens § 71 stk. 6. Det fremgår både af afgørelsen i Jon-sagen og senere udtalelser fra ministeren, at retsstillingen forholder sig således, at forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence rækker videre end den mindreåriges ret til selvbestemmelse.

På trods af at denne betragtning af den mindreåriges retstilstand er fastslået ved både Jon-sagen, notat fra ministeren, forarbejder til den nyeste psykiatrilov og vejledninger, er kravet

⁶⁸ Vejledning nr. 20 d. 20. Januar 2011, Vejledning om forhåndstilkendegivelser..., afsnit 9

⁶⁹ jf. bilag 1

til opfyldelsen af det skærpede hjemmelskrav i grundlovens § 71 stk. 2 stadig ikke opfyldt, da det ikke af bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 fremgår klart og utvetydigt, hvorledes retsstillingen er. Derudover strider denne betragtning af den mindreåriges rettigheder også mod den opfattelse, at mindreårige også er retssubjekter i grundlovens forstand. Desuden kan det også diskuteres, hvorvidt denne betragtning af den mindreåriges retsstilling strider mod FN's børnekonventions Art 12 stk. 1, der sikrer at den mindreåriges synspunkter tillægges passende vægt i overensstemmelse med den mindreåriges alder og modenhed⁷⁰.

Denne betragtning omkring den mindreåriges retsstilling understøttes af, at en mindreårig på 12 år efter serviceloven og vokseansvarsloven er klageberettiget, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Efter disse lovsæt anerkendes det, at den mindreårig kan have en anden opfattelse end forældremyndighedsindehaveren, som samtykker til et indgreb. Dette ses ved indgreb efter voksenansvarsloven, hvor det er en forudsætning for indgrebet at forældremyndighedsindehaveren samtykker til anvendelse af alarm- og pejlesystemer, men det i form af den mindreåriges klageret anerkendes, at den mindreårig kan være af en anden overbevisning end forældremyndighedsindehaveren.

Ved indgreb efter voksenansvarslovens § 17 er det et krav efter bestemmelsens stk. 1, at den mindreårig har "*betydelig og varigt nedsat psykisk funktion*". Den mindreårig der omfattes af et indgreb efter voksenansvarslovens § 17, er derfor ikke fuldt psykisk habil, men tildeles stadig en klageadgang til forældremyndighedsindehaverens beslutning, såfremt den mindreårig er fyldt tolv år.

Ved behandlinger efter psykiatriloven er den mindreårig patients psyke ligeledes påvirket, men da dette ikke har betydning for den mindreåriges klageret efter voksenansvarsloven, bør dette ikke indvirke på, hvorledes den mindreårig må anses for at være habil til at modsætte sig en behandling efter psykiatriloven, som indehaveren af forældremyndigheden samtykker til.

⁷⁰ Convention on the rights of the child, Art. 12 stk. 1 "*States parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.*"

Ydermere har mindreårige på 12 år mulighed for efter voksenansvarsloven samt serviceloven at påklage en administrativ frihedsberøvelse, og få den prøvet i retten efter retsplejelovens kapitel 43 a, såfremt Ankestyrelsen ikke tager deres klage til efterretning og betingelserne herfor er opfyldt.

På baggrund af ovenstående redegørelse anses det ikke for godtgjort, at bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 opfylder grundloven § 71 stk. 2s skærpede hjemmelskrav til at fratage den mindreårige patient, der endnu ikke er fyldt 15 års ret til at få prøvet legaliteten af en administrativ frihedsberøvelse efter grundlovens § 71 stk. 6. Med en sammenligning til den mindreåriges retsstilling efter service- og voksenansvarsloven, hvor en 12-årig er klageberettiget, anses aldersgrænsen på 15 år efter psykiatriloven ikke for nødvendig eller velbegrundet hvis udgangspunktet tages i den mindreåriges modenhed og ret til selvbestemmelse. Grænsen på 15 år kan dog begrundes med, at det er denne aldersgrænse der gør sig gældende i det øvrige sundhedsretlige regi.

4. Danmarks internationale forpligtelser

Danmark har som et led i det internationale samarbejde indgået visse internationale forpligtelser, som forpligter den danske stat til at overholde aftaler om menneskers rettigheder. Blandt disse internationale forpligtelser har Danmark forpligtet sig til at overholde Den Europæiske Menneskerettighedskonvention⁷¹, herefter benævnt som EMRK, ligesom landet har forpligtet sig til at overholde FN's konvention om børnerettigheder⁷², herefter blot kaldet FNs børnekonvention. Indgåelse af disse internationale forpligtelser skal sikre, at mennesker opnår en række rettigheder i forhold til den danske stat.

Det fremgår af både bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4s ordlyd, forarbejderne og ovenstående redegørelse, at den pågældende bestemmelse har til hensigt at indskrænke børn og unge patienter under 15 års rettigheder i den situation, hvor forældremyndhedsinde-

⁷¹ European Convention on Human Rights

⁷² Convention on the rights of the child

haveren samtykker til et tvangsindgreb efter psykiatriloven, som den mindreårige modsætter sig. Men da denne bestemmelse er en indskrænkning i den mindreåriges rettigheder og retssikkerhedsgarantier, er denne så til hinder for, at Danmark kan leve op til sine internationale forpligtelser i de to nævnte konventioner?

Det er i kapitel 3 redegjort for, at hverken forældreansvarslovens § 2 eller psykiatrilovens § 1 stk. 4 opfylder betingelserne for det skærpede hjemmelskrav, som grundlovens § 71 stk. 2 fremsætter krav om, såfremt der skal foreligge en lovlig frihedsberøvelse. Dette kræves også at være opfyldt, såfremt indehaveren af forældremyndigheden med sit informerede samtykke lovligt kan frihedsberøve den mindreårige under 15 år, såfremt der iværksættes behandling efter psykiatriloven, som den mindreårige modsætter sig. På baggrund af den manglende rets- og administrative praksis vedr. psykiatrilovens bestemmelse og ringe retskildeværdi i Sundhedsstyrelsens nyeste vejledning, vejledning nr. 9778 af 2. august 2016, er det endnu uvist, hvorledes bestemmelsen vil blive anvendt i praksis. Såfremt bestemmelsen anvendes således, at den findes at udgøre tilstrækkeligt hjemmel til, at grundlovens § 71 stk. 2 er opfyldt, er denne så til hinder for, at Danmark kan opfylde sine internationale forpligtelser i henhold til EMRK?

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Efter EMRK art. 8 stk. 2 a kan selvbestemmelsen kun fraviges ved et lovligt indgreb, der findes nødvendigt for at afværge en række hensyn, herunder forstyrrelse af den offentlige tryghed, forebyggelse af uro eller beskyttelse af andres frihed. Skal den danske lovgivning derfor undgå at stride mod EMRK art. 8 stk. 2, er det disse hensyn, der skal godtgøre, at patientens selvbestemmelse ofres. Disse hensyn er dog identiske med de hensyn, der efter psykiatriloven kan hjemle et frihedsberøvende tvangsindgreb, jf. lovens § 5 stk. 2.

Ved Danmarks tilslutning til EMRK forpligter Danmark sig til både effektivt at anerkende og overholde de rettigheder, der fremgår af konventionen. Derudover forpligter Danmark sig også til at respektere konventionens suverænitet som lov⁷³. Da Danmark forpligter sig til at respektere konventionens suverænitet som lov, er det ensbetydende med, at Danmark for-

⁷³ EMRKs præsambel

pligter sig til på nationalt niveau at overholde de rettigheder, som fremgår af EMRK. Såfremt Danmark ikke overholder de internationale forpligtelser, der fremgår af EMRK, kan staten blive bragt for retten og blive krævet erstatning for brud mod konventionen. Da den danske lovgivning skal overholde de rettigheder og forpligtelser, som EMRK foreskriver, er det relevant at undersøge, om udformningen af psykiatrilovens § 1 stk. 4 er stridende mod de rettigheder, som den danske stat har forpligtet sig til at overholde.

EMRK art. 5

I henhold til EMRK art. 5 stk. 1 har enhver ret til personlig frihed og sikkerhed, og bestemmelsen foreskriver endvidere, at ingen må berøves friheden, hvis ikke en af undtagelsestilfældene er opfyldt, og dette er nedfældet ved lov⁷⁴. Samme bestemmelser opregner en række udtømmende undtagelser til det ovenstående forbud mod frihedsberøvelse, hvoraf det fremgår, at der kan ske lovlig forvaring af personer, der er mentalt abnorme⁷⁵. Tilstanden mentalt abnorm rummer, at individet tydeligt er psykisk forstyrret og skal befinde sig i en så alvorlig tilstand, at et tvangsindgreb er nødvendigt⁷⁶.

EMRK art. 5 stk. 1 litra e må ses som den side af EMRK, der dækker det område, psykiatriloven vedrører. Påklages et indgreb efter artiklen til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, efterfølgende forkortet til EMD, vurderes det, om patienten befinder sig i en sådan mentalt abnorm tilstand, at der kan være tale om en undtagelse fra retten til frihed. Begrebet mentalt abnorm vurderes og fortolkes i første omgang i forhold til den danske lovgivning⁷⁷. Det vurderes her også, om det pågældende tvangsindgreb var lovligt efter nationalt ret. Vurderes dette ikke at være tilfældet, vil indgrebet ikke kunne findes lovligt i henhold til EMRK⁷⁸.

⁷⁴ European Convention on Human Rights, art. 5 stk. 1, "*Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law...*"

⁷⁵ European Convention on Human Rights, art. 5 stk. 1 litra e, "*The lawfull detention ... of persons of unsound mind*"

⁷⁶ Lorenzen, P., Christoffersen, J., Holst-Christensen, N., Vedel Kessing, P., Schaumburg-Müller, S., Vedsted-Hansen, J. (2011) Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, s. 317

⁷⁷ *ibid.* s. 317

⁷⁸ *ibid.* s. 296

Efter vurderingen af, hvorvidt det påklagede indgreb er lovligt efter national lovgivning vurderes det, hvorvidt tilfældet er omfattet af undtagelsen til beskyttelsen mod frihedsberøvelse i EMRK art. 5 stk. 1 litra e. Det vurderes her, om det er et indgreb i retten til personlig frihed, og om der overhovedet er tale om et indgreb⁷⁹. Findes det påklagede indgreb at være omfattet af art. 5 stk. 1 litra e, fortolkes der på, om indgrebet er i strid med EMRK.

Ved fortolkningen af hvorvidt indgrebet findes stridende med EMRK, fortolkes der på retsgrundlaget for indgrebet, herunder de skrevne og uskrevne retskilder, og det vurderes, hvorvidt der foreligger klarhed i det nationale retsgrundlag⁸⁰. Såfremt det vurderes, at der efter national, dansk ret er tale om et lovligt indgreb i den situation, hvor indehaveren af forældremyndigheden samtykker til et indgreb efter psykiatriloven, som barnet modsætter sig, og det herefter vurderes, at indgrebet er omfattet af EMRK art. 5 stk. 1 litra e, må der fortolkes i det danske regelgrundlag for, hvorvidt indgrebet er lovligt efter EMRK.

Fortolkning af hjemmelskravet

EMD har adskillige gange fortolket og taget stilling til hjemmelen for et indgreb i de rettigheder, EMRK beskytter. EMD fastsætter et krav om, at der forud for et indgreb i rettighederne skal være fastsat en hjemmel i national ret til indgrebet⁸¹. Derudover vurderer EMD den nationale hjemmel og kvaliteten heraf og vurderer ud fra flere faktorer, hvorvidt det er tilstrækkeligt til og at der ikke foreligger en krænkelse af EMRK.

Kvaliteten i det nationale hjemmelsgrundlag

EMD vurderer kvaliteten af den nationale hjemmel. I denne vurdering tages der stilling til, hvorvidt der foreligger en rimelig klarhed omkring hjemmelets omfang, ligesom hjemmelet skal angive på hvilken måde, der evt. vil blive udøvet et relevant skøn. EMD fremsætter disse kriterier til hjemmelsgrundlaget for at sikre en vis kvalitet af hjemmelsgrundlaget samt af

⁷⁹ Elo Rytter, J. (2016) Individets grundlæggende rettigheder, s. 94

⁸⁰ *ibid.* s. 97-98

⁸¹ *ibid.* s. 97

hensyn til at sikre en minimumsbeskyttelse af individet⁸². EMD vurderer dermed om det nationale hjemmel indeholder en kvalitet som giver borgeren klarhed om, hvornår den aktuelle bestemmelse er relevant, samt hvad der tages med i vurderingen af, hvornår den skal anvendes.

Det nationale hjemmelsgrundlags klarhed og forudsigelighed

Foruden kravet til hjemmelsgrundlagets kvalitet stiller EMD ligeledes krav til hjemmelsgrundlagets klarhed og tilgængelighed for at kunne opfylde kravet om det kvalificerede hjemmelsgrundlag. EMD har udtalt i afgørelsen *Sunday Times v The United Kingdom*, at der fremsættes to yderligere krav til hjemmelsgrundlaget, før begrebet "foreskrevet ved lov", jf. EMRK art. 5 stk. 1 kan anses for opfyldt. Disse to krav, der kræves opfyldt, er, at hjemmelsgrundlaget skal være tilstrækkeligt tilgængeligt, således borgeren har en indikation for hvilke retsregler, der gælder i hvilke tilfælde, samt der skal være en rimelig grad af forudsigelighed af følgerne for, at det pågældende hjemmelsgrundlag anvendes⁸³.

Ved vurdering af hvorvidt et hjemmelsgrundlag opfylder disse to betingelser, indgår både skreven og uskreven lov. Det er dog nødvendigt, at man ud fra disse kan se en nogenlunde sammenhæng, da retssikkerheden i at anvende disse kilder ellers ikke er tilstrækkelig⁸⁴. EMD bemærker dog i disse krav til hjemmelsgrundlaget, at det er rimeligt, at borgeren skal bruge juridisk bistand for at opnå denne kendskab og klarhed, ligesom det bemærkes, at der ikke foresættes krav om absolut sikkerhed på retsområdet, da dette ikke anses for muligt⁸⁵.

Bidrag til fortolkning – proportionalitetsprincippet

Det fremgår af flere af EMRKs bestemmelser, herunder EMRK art. 8, at der er et krav om nødvendighed, før en rettighed indskrænkes⁸⁶. Jens Elo Rytter argumenterer for, at jo mere

⁸² Radu v. The Republic of Moldova art. 28

⁸³ Sunday Times v. The United Kingdom art. 49

⁸⁴ *ibid.* art. 47

⁸⁵ *ibid.* art. 49

⁸⁶ European Convention on Human Rights, art. 8 stk. 2 "*There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary ...*"

central berøvelsen af rettigheden er, jo mere nødvendig må årsagen hertil være⁸⁷. Da bevægelsesfriheden, som er den, der krænkes i EMRK art. 5 stk. 1 litra e, vedrører et af de mest centrale begreber for mennesket, nemlig friheden til at færdes, forlade og skifte opholdssted, må en berøvelse af denne siges at kræve tungtvejende hensyn herfor. Derudover gør proportionalitetsprincippet sig også gældende ved vurderingen af, hvorvidt en rettighed efter EMRK er krænket. Dette proportionalitetsprincip er et krav efter den generelle offentlige forvaltning og fremgår desuden af psykiatrilovens § 4 stk. 2.

Det nationale hjemmelsgrundlag, psykiatrilovens § 1 stk. 4

Da bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 indskrænker den mindreårige patient, der endnu ikke er fyldt 15 års rettigheder ved frihedsberøvelse, må det undersøges, hvorvidt denne indskrænkning i rettigheder udgør en hindring i forhold til EMRK. Anses indgrebet for at være lovligt efter national ret, må det derfor fortolkes ud fra EMDs krav og betragtninger til hjemmelskravet og proportionalitetsprincippet.

Da psykiatrilovens § 1 stk. 4 hjemler det konkrete indgreb, er kravet om det nationale hjemmel, jf. EMRK art. 5 stk. 1, opfyldt. Det må vurderes, om kvaliteten af det nationale hjemmelskrav er opfyldt, jf. Radu vs. The Republic of Moldova art. 28, og dermed hvorvidt psykiatrilovens bestemmelse med en rimelig klarhed kan angive omfanget for bestemmelsen, dens vurderingsmæssige skøn og dens anvendelsesområde.

Bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 foreskriver, at bestemmelsen vedrører mindreårige under 15 år i de situationer, hvor indehaveren af forældremyndigheden samtykker til indgrebet, der ellers ville være tvang. Ud fra den beskrivelse kan det vurderes, at bestemmelsen med en rimelig klarhed angiver, hvem der er omfattet af bestemmelsen, hvilket er de mindreårige under 15 år, og at bestemmelsen netop ikke foreskriver nogen form for skønsmæssig vurdering. Bestemmelsen i psykiatriloven kan på denne baggrund anses for at opfylde betingelsen om kvaliteten af lovgrundlaget, som kræves af EMD, jf. Radu v. The Republic of Moldova art. 28. Det kan dog diskuteres hvorvidt psykiatrilovens bestemmelse udgør et minimum af beskyttelse, som kræves efter samme afgørelses art. 28, da den netop fratager

⁸⁷ Elo Rytter, J. (2016) Individets grundlæggende rettigheder, s. 100

den mindreårige patient, som ville vurderes moden, retssikkerhedsgarantier. Hvorvidt psykiatrilovens bestemmelse opfylder de forudsætninger, EMD har opstillet til hjemmets klarhed og tilgængelighed, kan derfor diskuteres.

Da det af EMD i afgørelsen vedr. *Sunday Times v The United Kingdom* art. 49 er udtalt, at borgeren blot skal have mulighed for at kunne gøre sig bekendt med retsreglerne gennem en passende rådgiver, må det anses godtgjort, at det kan kræves, der må foretages en mere dybdegående undersøgelse i forarbejder, bekendtgørelser, vejledninger og afgørelser⁸⁸. Med en undersøgelse af psykiatrilovens § 1 stk. 4s forarbejder fremgår det klart, hvilken retsstilling den mindreårige patient under 15 år har i de givne eksempler, hvilket må bidrage til opfyldelsen af EMDs krav om, at borgeren klart må have en klar indikation i hvilke situationer, det pågældende regelsæt gør sig gældende, ligesom det må give en høj grad af forudseelighed af de gældende retsregler, såfremt den mindreårige evt. reagerer på indgrebet ved at modsætte sig.

Det er vurderet i afsnit 3, at det er tvivlsomt hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 udgør den fornødne hjemmel i forhold til at afskære de mindreårige patienter under 15 år grundlovens retssikkerhedsgarantier, jf. grundlovens § 71 stk. 2, da det ikke vurderes, at bestemmelsen opfylder kravene til set skærpede hjemmelsgrundlag. Denne vurdering af, at det er tvivlsomt, hvorvidt psykiatrilovens bestemmelse opfylder kravet til det skærpede hjemmelsgrundlag, kan medtages i vurderingen af, hvorvidt hjemmelsgrundlaget for indgrebet opfylder EMDs krav om, at borgeren skal have tilstrækkelig mulighed for at kende sin retstilstand. Herunder muligheden for at vide, om og hvornår denne er omfattet af psykiatrilovens § 1 stk. 4.

I henhold til *Sunday Times v The United Kingdom* art. 49 forholder EMD sig til, at en vag og vidtfavnende formulering som i psykiatrilovens bestemmelse er acceptabel, såfremt det ud fra øvrige retskilder kan vurderes, hvorledes patientens retsstilling er. Med den meget sparsomme og ældre retspraksis på området og usikkerheden om, hvorvidt psykiatrilovens § 1 stk. 4 opfylder kravet om det skærpede hjemmelsgrundlag, er det rimeligt at antage, at denne bestemmelse ikke umiddelbart lever op til EMDs krav til hjemmelsgrundlaget. Til at bidrage

⁸⁸ *Sunday Times v. The United Kingdom* art. 47

til denne opfattelse medtages proportionalitetsprincippet i betragtningen, hvor EMDs krav til hjemmelsgrundlaget skærpes proportionalt med indgrebets karakter. Der er i ovenstående redegjort for at EMRK art. 5 beskytter de mest centrale begreber i menneskets frihed, og en inddragelse af proportionalitetsprincippet i fortolkningen af hjemmelsgrundlaget vil betyde, at der stilles større krav til bestemmelsens klarhed jo mere indgribende indgrebet er. Da psykiatrilovens § 1 stk. 4 hjemler frihedsberøvelse af den mindreårige under 15 år, må der derfor stilles større krav til bestemmelsens klarhed omkring dens omfang og omkring hvilke retsregler der gør sig gældende, når bestemmelsen anvendes. I henhold til ovenstående vurderes det, at psykiatrilovens § 1 stk. 4 ikke opfylder de forpligtelser, Danmark har forpligtet sig til i henhold til EMRK.

EMD har i sagen Nielsen vs. Denmark taget stilling til Jon-sagen. Denne omhandlede ganske vist et barn, der ikke fandtes sindssygt, men hvor EMD tog stilling til rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens beslutningskompetencer i forhold til den mindreårige, og hvorvidt der foreligger en frihedsberøvelse efter EMRK art. 5 stk. 1 litra e, når denne er besluttet af indehaveren af forældremyndigheden.

The case of Nielsen v Denmark

I Nielsen v Denmark, hvor Jon har indbragt den danske stat for EMD, vurderer EMD, at der ikke finder krænkelse af EMD art. 5, da der ikke foreligger en frihedsberøvelse, såfremt Jons mor samtykkede til dette⁸⁹. EMD bemærker i art. 61, at forældremyndighedsindehaverens ret til at tage beslutning om barnets opholdssted og begrænsninger heri ligger i familierelationen, og sådanne beslutninger derfor ikke findes at udgøre en frihedsberøvelse. Det kommenteres yderligere at forældremyndighedsindehaverens beslutning om en frihedsberøvelse af den mindreårige ikke beskyttes af EMRK art. 5, men af EMRK art. 8. Jons situation vurderes derudover efter det konkrete forhold i forhold til type af frihedsberøvelse, varighed og andre øvrige forhold⁹⁰.

⁸⁹ Nielsen v Denmark art. 63

⁹⁰ *ibid.* art. 67

Afgørelsen træffes med dissens (9/7), hvor de dissenterende dommere udtaler, at de finder Jon omfattet af EMRK art. 5, da moderens ret til at bestemme og begrænse barnet i dets frihed ikke omfatter moderens ret til frihedsberøvelse i sådan en udstrækning mod Jons vilje⁹¹. Derudover bemærker dissenterende dommer Pettiti at have fundet en krænkelse af EMRK art. 5. Pettiti finder det nødvendigt at tage med i vurderingen, at spørgsmål omkring krænkelse af EMRK art. 5 oftest omhandler sårbare individer, hvorfor det er nødvendigt, at denne beskyttelse er effektiv. På baggrund af dette finder denne dissenterende dommer det nødvendigt at undgå, at der sker lovmæssig misbrug af undtagelsesparagrafferne til frihedsberøvelse⁹². Dissenterende dommer Carrillo Salcedo bemærker herudover, at EMRK art. 5 pålægger staten en positiv forpligtelse til at beskytte individets rettigheder, og den danske stat i dette tilfælde mangler passende procedurer for domstolsprøvelse i denne situation⁹³.

Det afgøres dog, at der ikke foreligger en frihedsberøvelse efter EMRK art. 5, når indehaveren af forældremyndigheden træffer beslutning om en indgribende, begrænsning i den mindreåriges frihed. I *Nielsen v Denmark*-sagen er Jon ikke psykisk syg, men afgørelsen er et udtryk for EMDs opfattelse af forældremyndighedsindehaverens beslutningskompetence, og denne udtrykkes som et grundlæggende element i udøvelsen af forældremyndigheden, jf. afgørelsens art. 61. Af de dissenterende dommere lægges der dog vægt på den mindreåriges egne meningstilkendegivelser og EMRKs positive forpligtelse af staten til at fremme barnets rettigheder. Det tages i afgørelsen dog stilling til at børn også er omfattet af EMRKs art. 5, da denne gælder for alle, herunder mindreårige⁹⁴. Såfremt det fortsat er denne opfattelse af rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens beslutningskompetence som EMRK forvaltes efter, er det tvivlsomt, hvorvidt et tilfælde efter psykiatrilovens § 1 stk. 4 vil falde ind under anvendelsesområdet af art. 5. Til at søge afklaring herom er det derfor relevant at inddrage Europarådets anbefalinger og holdninger til barnets rettigheder.

⁹¹ *Nielsen v Denmark*, Joint dissenting opinion of judges Thór Vilhjálmsson, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo og Valticos

⁹² *Nielsen v Denmark*, Separate opinion of judge Pettiti, afsnit 3

⁹³ *Nielsen v Denmark*, Separate opinion of judge Carrillo Salcedo

⁹⁴ *Nielsen v Denmark* art. 58

Europarådets holdninger og kommentarer til barnets rettigheder

I *Nielsen v Denmark* lægger de dissenterende dommere i fællesskab vægt på, at Jon modsatte sig moderens beslutning. De seneste år er det en tendens, at børn og unges holdning bliver tillagt mere vægt samt et større fokus på tildeling af rettigheder til denne gruppe⁹⁵. Dette ses eksempelvis også ved, at der efter serviceloven og voksenansvarsloven i visse tilfælde tildeles klagerettigheder til 12-årige. Der bliver ligeledes også af Europarådet lagt vægt på, at den mindreårige skal høres og tildeles rettigheder, jf. *Reccomendation of the Committee of Ministers to member states on policy to support positive parenting*⁹⁶. I denne anbefaling henvises der også til den Europæiske konvention om børns rettigheder⁹⁷. Denne konvention har Danmark ikke forpligtet sig på, men da Europarådet i sine anbefalinger inddrager denne, må den udgøre et fundament i deres fortolkning af børns rettigheder i forhold til forældremyndighedsindehaverens beslutningskompetence.

I den Europæiske konvention om børns rettigheder fremgår det af præamblet, mindreårige bør have muligheden for at udøve deres rettigheder, særligt i familiehenseender som påvirker dem⁹⁸. Det fremgår derudover af konventionens art. 1 stk. 2, at formålet med konventionen er at fremme mindreåriges rettigheder og give dem proceduremæssige rettigheder. Som det fremgår af ovenstående, har Danmark ikke tilsluttet sig den pågældende konvention, men Europarådets ministerkomité's anbefaling er baseret på denne konvention, hvorfor konventionens ånd må tages ind i fortolkningen af, hvorledes barnets rettigheder og retstilstand evt. har ændret sig siden afgørelsen i *Nielsen v Denmark* og dermed vurderingen af hvorledes psykiatrilovens § 1 stk. 4 udgør en krænkelse af EMRK.

⁹⁵ Denne opfattelse deles ydermere af Caroline Adolphsen (2013) i "Mindreåriges retsstilling i relation til behandling", s. 149-151, afsni 3.2

⁹⁶ Rec(2006)19, "*Recognising the child as a person with rights, including the right to ... participate, to express her/his views and be heeded*".

⁹⁷ European Convention on the Exercise of Children's Rights, der henvises til denne fra præamblet

⁹⁸ European Convention on the Exercise of Children's Rights, præambel, "*...convinced that the rights and best interests of children ... should have the opportunity to exercise their rights, in particular in family proceedings affecting them*"

Nielsen v Denmark og fokus på barnets rettigheder

Siden *Nielsen v Denmark* sagen blev bragt for EMD, og der blev taget stilling til EMRKs holdning til, hvorvidt der forelå en frihedsberøvelse i *Jon*-sagen, er Europarådets konvention om barnets rettigheder kommet til. Denne konvention henviser i præamblet til FNs børnekonvention som et forbillede for børns rettigheder. Den tidligere nævnte anbefaling støtter sig til denne konvention, hvormed begge angiver, at barnets synspunkt skal inddrages, og de juridiske rettigheder styrkes. Set i lyset af, at der er øget fokus på at styrke barnets juridiske retsstilling som et selvstændigt individ, ville udfaldet af EMDs afgørelse i *Nielsen v Denmark* sagen kunne være faldet anderledes ud i dag, da allerede 7 ud af 9 dommere i 1988 ville have tildelt barnet flere juridiske rettigheder på baggrund af barnets meningstilkendegivelser. Derfor er det sandsynligt, at udfaldet af en tilsvarende sag som *Nielsen v Denmark* i dag ville blive afgjort til at være omfattet af art. 5 stk. 1.

Det blev fra dissentierende dommer Pettiti i *Nielsen v Denmark* afgørelsen kommenteret, at EMD burde sikre, at staterne ikke lovmæssigt kunne misbruge undtagelsesbestemmelserne til frihedsberøvelse. Undtagelsesbestemmelserne som fremgår af EMRK art. 5 stk. 1, bør dermed efter dissentierende dommer Pettitis overbevisning ikke kunne anvendes af staterne som hjemmel til at frihedsberøve videre end det udtømmende fremgår af EMRK art. 5 stk. 1. Med det øgede internationale fokus på barnets selvbestemmelse og rettigheder og ovenstående bemærkning i mente vil psykiatrilovens § 1 stk. 4 kunne findes at være sådan en udformning af loven, hvor staten udnytter hjemmel til frihedsberøvelse til at fratage rettigheder. I dette tilfælde er de, der fratages rettigheder de mindreårige patienter, der endnu ikke er fyldt 15 år og som opfylder betingelserne for et frihedsberøvende tvangsindgreb, såfremt forældremyndighedsindehaveren samtykker til en behandlingen. Den mindreårige patients retsstilling er i dette tilfælde efter psykiatrilovens § 1 stk. 4 upåvirket af, patienten modsætter sig behandlingen og er mentalt moden nok til at forstå den. Med statens positive forpligtigelse til at fremme individets rettigheder i mente kan det diskuteres, hvorvidt den danske stat opfylder sin positive forpligtigelse til at tildele borgerne rettigheder, når staten bevidst ved anvendelse af psykiatrilovens § 1 stk. 4 fratager en sårbar gruppe deres rettigheder.

Det nationale hjemmelsgrundlag og EMRK art. 5 stk. 1, delkonklusion

Da EMDs afgørelse i *Nielsen v Denmark* falder ud til fordel for den danske stat, og det afgøres, at rækkevidden af forældremyndighedsindehaverens samtykke er så vid, at forældremyndighedsindehaveren kan træffe beslutning om frihedsberøvelse af et barn, uden hjemmel hertil i den nationale lov, må psykiatrilovens § 1 stk. 4 ikke anses for at være stridende mod EMRK. Denne opfattelse underbygges af, at EMDs afgørelse *Sunday Times v The United Kingdom* allerede på dette tidspunkt var en ældre afgørelse, hvormed kravene til det nationale hjemmel allerede på tidspunktet for *Nielsen v Denmark* afgørelsen var etablerede, hvorfor det må antages, at forældreansvarsloven på dette tidspunkt opfyldte kravene til hjemmelet efter EMRK.

Set i lyset af den internationale udvikling siden afgørelsen i *Nielsen v Denmark* i 1988, en udvikling hvor børn tildeles flere rettigheder, og det antal af dissentierende dommere der allerede var i 1988, er det tvivlsomt om psykiatrilovens § 1 stk. 4 ville findes at være lovlige og opfylde kravene for frihedsberøvelse efter EMRK art. 5 stk. 1.

5. Den mindreårige patient under 15 års rettigheder

Konklusion

Efter psykiatrilovens § 1 stk. 4 og dens forarbejder er den mindreårige psykiatriske patient ikke omfattet af de retssikkerhedsgarantier der hjemles i grundlovens § 71 stk. 6, såfremt forældremyndighedsindehaveren samtykker til et frihedsberøvende tvangsindgreb. Dette på trods af, at børn også efter grundloven opfattes som selvstændige retssubjekter. Denne opfattelse af retstilstanden for mindreårige patienter under 15 år har myndighederne haft, inden bestemmelsen i psykiatrilovens § 1 stk. 4 blev nedskrevet, hvorfor bestemmelsen blot er en specificering af en i forvejen eksisterende retsopfattelse. En retsopfattelse, hvor forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence efter forældreansvarslovens § 2 rækker så vidt, at indehaveren af forældremyndigheden kan beslutte iværksættelse af frihedsberøvelse over for den mindreårige.

Da der kun kan ske lovlig frihedsberøvelse med hjemmel i lov, jf. grundlovens § 71 stk. 2, opstår det skærpede hjemmelskrav, hvormed det må være nedskrevet i loven, såfremt der skal foreligge gyldigt hjemmel til frihedsberøvelse. Da forældreansvarslovens § 2 stk. 1 forlyder således at *"Forældremyndighedens indehaver skal drage omsorg for barnet og kan træffe afgørelse om dets personlige forhold ud fra barnets interesse og behov"*, kan det ud af denne formulering ikke udledes, at bestemmelsen hjemler en lovlig frihedsberøvelse, såfremt kravet til det skærpede hjemmel skal anses for opfyldt.

Da hverken forældreansvarslovens § 2 eller psykiatrilovens § 1 stk. 4 kan anses at udgøre det skærpede hjemmelskrav, foreligger der ikke tilstrækkeligt hjemmel til frihedsberøvelse af en patient under 15 år som modsætter sig indgrebet, når dette sker på baggrund af samtykke fra forældremyndighedsindehaveren. I disse situationer vil der foreligge en situation, hvor den mindreårige vil være omfattet af grundlovens § 71 stk. 6 og derfor opnå retten til den lette domstolskontrol efter retsplejelovens kapitel 43 a.

Da børn og unge ned til 12 år efter service- og voksenansvarsloven har mulighed for selvstændigt at påklage indgreb til Ankestyrelsen, og såfremt de ikke får medhold her, påklage indgrebet efter retsplejelovens kapitel 43 a, må det forudsættes at børn og unge ned til 12 år kan anses for parter i klagesager. Herunder har denne gruppe af patienter i visse tilfælde også mulighed for at påklage beslutninger, hvor der forud for er indhentet samtykke hertil fra indehaveren af forældremyndigheden. Som analog heraf, og med tanke på at mindreårige også anses for retssubjekter i grundlovens forstand, må det anses for muligt, at en mindreårig under 15 år kan forlange at få prøvet legaliteten af et frihedsberøvende tvangsindgreb. Dette er uagtet af, om indgrebet er iværksat på baggrund af forældremyndighedsindehaverens samtykkekompetence. Dette er under forudsætning af, at den mindreårige anses for modsættelsehabilt og modsætter sig indgrebet. Den mindreåriges rettigheder påvirkes ikke af, at den mindreårige måtte befinde sig i en mental situation, som lovliggør frihedsberøvelse efter psykiatriloven, da mindreårige ned til 12 år som lider af *"betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne"*, har klageadgang efter voksenansvarslovens § 17 stk. 1. Det må dog være uvist, ned til hvilken aldersgrænse børn og unge må anses for at kunne påklage en frihedsberøvende tvangsforanstaltning efter psykiatriloven.

Da hverken forældreansvarslovens § 2 eller psykiatrilovens § 1 stk. 4 udgør det fornødne lov-hjemmel til at foretage et frihedsberøvende tvangsindgreb over for en mindreårig patient under 15 år, som modsætter sig indgrebet, må indgrebet foretages efter fremgangsmåden i psykiatrilovens øvrige bestemmelser. De formelle og materielle betingelser må kunne anses for værende opfyldt, før et lovligt tvangsindgreb kan iværksættes. I disse tilfælde må den mindreårige patient være stillet på samme måde som en alderssvarende patient, for hvem der ikke forud for behandlingen har været muligt at indhente et samtykke fra indehaveren af forældremyndigheden.

I forhold til Danmarks internationale forpligtelser til EMRK konkluderes det, at det er tvivl-somt, hvorvidt Danmark med sin nuværende fortolkning af forældreansvarslovens § 2 og psykiatrilovens § 1 stk. 4, lever op til sine internationale forpligtelser. Dette vurderes, da EMRK art. 5 stk. 1 er en beskyttelse mod vilkårlige frihedsberøvelser⁹⁹, hvilket kan ske, når frihedsberøvelserne efter psykiatrilovens § 1 stk. 4 sker på baggrund af beslutning fra indehaveren af forældremyndigheden, og ikke udelukkende på baggrund af et fagligt skøn.

Litteraturliste

Konventioner

- European Convention on Human Rights (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, EMRK)
- Convention on the Rights of the Child (FNs børnekonvention)
- European Convention of the Exercise of Children's Rights, treaty no. 160 (Europæisk konvention om børns rettigheder)

Europarådets anbefalinger og protokoller

- Recommendation of the Committee of Ministers to member states on policy to support positive parenting, Rec(2006)19

⁹⁹ Lorenzen, Christoffersen, Holst-Christensen, Vedel Kessing, Schaumburg-Müller og Vedsted-Hansen, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 2011, s. 286

Love

- LOV nr. 169 af 05/06/1952 Danmarks Riges Grundlov (Grundloven)
- LBK nr. 1188 af 24/09-2016, Sundhedsloven
- LBK nr. 1160 29/09-2015, Lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (psykiatriloven)
- LBK nr. 1820 af d. 23/12-2015, Forældreansvarsloven
- LBK nr. 269 af 18/04-2017, Lov om social service (Serviceloven)
- Lov nr. 619 af 08/06-2016, Lov om voksenansvar for anbragte børn og unge (Voksenansvarsloven)

Lovforarbejder – Lovforslag, betænkninger og bemærkninger hertil

- Betænkning nr. 1068/1986, Principbetænkning om tvang i psykiatrien, Bind 2, Folketingstidende 1988/1989 Tillæg A, spalte 1537-2072
- Bemærkninger til forslag til lov om ændring af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien af d. 5. februar 2015

Bekendtgørelser

- BEK nr. 665 af 14/09/1998, Bekendtgørelse om information og samtykke og om videregivelse af helbredsoplysninger mv.
- BEK nr. 1342 af 02/02/2010, Bekendtgørelse om tvangsprotokoller og optegnelser samt registrering og indberetning af tvang samt udskrivningsaftaler og koordinationsplaner på psykiatriske afdelinger
- BEK nr. 504 af 23/04/2015, Bekendtgørelse om tolkebistand efter sundhedsloven
- BEK nr. 1093 af 11/09/2015, Bekendtgørelse om samtaler efter ophør af tvangsforanstaltning og magtanvendelse på psykiatriske afdelinger

Vejledninger og udtalelser fra ministeriet

- Indenrigs- og Sundhedsministeriet, Undersøgelse af psykiatrilovsrevisionen af 1999, 2005

- Indenrigs- og Sundhedsministeriets notat om samtykke til behandling af mindreårige, psykiatriske patienter af d. 28. september 2010
- Vejledning nr. 190 af 5. december 1983, Vejledning om psykiatriske patienters retsstilling og rettigheder
- Vejledning nr. 9427 af d. 20. januar 2011, Vejledning om forhåndstilkendegivelser, behandlingsplaner, tvangsfiksering og tvungen opfølgning efter udskrivning mv. for patienter indlagt på psykiatriske afdelinger, HISTORISK
- Vejledning nr. 9778 af 2. august 2016, Vejledning om forhåndstilkendegivelser, behandlingsplaner, tvangsfiksering og tvungen opfølgning efter udskrivning m.v. for patienter indlagt på psykiatriske afdelinger

Høringssvar og spørgsmål til ministeren

- Høringssvar fra Landsforeningen SIND af d. 20. august 2014
- Høringssvar fra Bedre Psykiatri af d. 25. august 2014
- Høringssvar fra Statsforvaltningen af d. 28. august 2014
- Høringssvar fra Region Hovedstaden af d. 29. august 2014
- Høringssvar fra Region Sjælland af d. 4. september 2014
- Henvendelse af 19. februar 2015 fra Landsforeningen SIND og Bedre Psykiatri
- Spørgsmål nr. 1 fra Sundheds- og Forebyggelsesudvalget af d. 24. februar 2015
- Ministerens svar på spørgsmål nr. 1 af d. 19. marts 2015
- Spørgsmål nr. 8 fra Stine Brix, Enhedslisten, af d. 17. marts 2015
- Ministerens svar på spørgsmål nr. 8 af d. 10. april 2015

Litteratur

- Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier, 4. udgave, 2014, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Peter Blume, Juridisk metodelære, 5. udgave, 2009, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Caroline Adolphsen, Mindreåriges retsstilling i relation til behandling, 1. udgave., 2013, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

- Helle Bødker Madsen, Sundhedsret, 3. udgave, 2014, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Helle Bødker Madsen og Jens Garde, Psykiatriloven, 1. udgave, 2013, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Jens Elo Rytter, Individets grundlæggende rettigheder, 2. udgave, 2016, Karnov Group Denmark
- Mette Hartlev, Ulla Hybel, Peter Bak Mortensen, Sundhed og Jura, 1. udgave, 2013, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag
- Peer Lorenzen, Jonas Christoffersen, Nina Holst-Christensen, Peter Vedel Kessing, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted-Hansen, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 1-9, 3. udgave, 2011, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Artikler

- Helle Bødker Madsen, Mindreåriges retsstilling efter psykiatriloven, UfR 2015, nr. 36 s. 283-288

Afgørelser

- U.1984.665 Ø, Jon-sagen
- EMD 28/11/1988, Nielsen v Denmark
- EMD 26/04/1974, Sunday Times v. The United Kingdom
- EMD 15/07/2014, Radu v the Republic of Moldova

Dokumentation for anslag

Ordoptælling	
Statistik:	
Sider	60
Ord	17.944
Tegn (ingen mellemrum)	106.617
Tegn (med mellemrum)	124.200
Afsnit	447
Linjer	1.791

Medtag fodnoter og slutnoter

OK