

Samtykke til helsehjelp på vegne av barn

En analyse av reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4, og samspillet mellom foreldre og barns rettigheter

Kandidatnummer: 232

Antall ord: 14084



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Problemstillingens aktualitet.....	5
1.3 Relevante avgrensninger	6
1.4 Den videre fremstilling.....	7
2 Rettskilder og hensyn	8
2.1 Rettskildene	8
2.1.1 Grunnloven.....	8
2.1.2 Barnekonvensjonen	9
2.1.3 Lovtekst.....	9
2.1.4 Forarbeider	10
2.1.5 Rettspraksis, forvaltningspraksis og utenomrettslige kilder	11
2.2 Grunnleggende barnerettslige hensyn	12
2.2.1 Barnets beste	12
2.2.2 Barnets rett til å bli hørt.....	13
3 Samtykke til helsehjelp	15
3.1 Hensyn og hovedregel.....	15
3.2 Hovedregel for barn	16
3.2.1 Samtykke fra den eller de med foreldreansvar.....	16
3.2.2 Hva innebærer foreldreansvaret?	18
4 Situasjoner hvor det er tilstrekkelig med samtykke fra én av foreldrene.....	20
4.1 Helsehjelp som del av «den daglige og ordinære omsorgen» for barnet	20
4.1.1 Utgangspunkt	20
4.1.2 Pbrl. § 4-4 annet ledd og forholdet til barnelova.....	21
4.1.3 Ulik bestemmelsesrett for foreldre som ikke lenger bor sammen?.....	23
4.2 Helsehjelp som er «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade»	26
4.2.1 Utgangspunkt	26
4.2.2 «Nødvendig for at barnet ikke skal ta skade»	27
4.2.3 Helsepersonellets skjønnsmessige vurdering	28
4.2.4 Klageadgangen i saker etter pbrl. § 4-4 (3).....	30

4.3	Barnets medbestemmelsesrett og retten til å bli hørt	32
5	Avsluttende bemerkninger	36
5.1	Ivaretagelsen av barnets beste	39
5.2	Rettspolitiske betraktninger.....	40
6	Litteraturliste	43

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er reglene for samtykke til helsehjelp på vegne av barn. Målet for denne oppgaven er å se på samspillet mellom barnelovas regler, barnets rettigheter og helsepersonellens ansvar i spørsmål om samtykke til helsehjelp på vegne av barn.

Gjennom livet vil alle mennesker oppleve hendelser av ulik alvorlighetsgrad som medfører et behov for helsehjelp. I norsk rett er helsehjelp et frivillig gode, og baserer seg på at pasienter har selvbestemmelsesrett. Selv om helsehjelp *kan* ytes, er det derfor ikke gitt at den *skal* ytes. Kjernen i pasientens selvbestemmelsesrett er nettopp muligheten til å samtykke til, eller velge bort, helsehjelp basert på egen vilje og evne,¹ innenfor visse begrensninger². Pasient- og brukerrettighetsloven³ (heretter pbrl.) regulerer pasientenes rettigheter i møte med norsk helsevesen. I disse rettsreglene er en grunnleggende forutsetning at helsehjelp skal gis på grunnlag av et informert samtykke, samtidig som hjelpen skal holde en forsvarlig faglig og menneskelig standard.⁴ Dette utgangspunktet suppleres av andre viktige prinsipper, blant annet legalitetsprinsippet og begrensningene det medfører i myndighetenes mulighet til å gripe inn i borgernes liv.⁵ Et grunnleggende rettslig vilkår for at det offentlige skal yte helsehjelp, blir således pasientens, eller andres, gyldige samtykke.

Det oppstilles enkelte krav til samtykket for at det rettslig sett skal være gyldig i helserettslige spørsmål. Et av disse kravene er at den som avgir samtykke har den personelle kompetansen som kreves; personen må ha formell rettslig handleevne, og være habil til å avgi samtykke.⁶ Myndighetsalderen i norsk rett er 18 år, jf. vergemålsloven⁷ § 2 første ledd bokstav a), jf. tredje ledd og vml. § 8. Barn er mindreårige, og er i mange tilfeller uten rettslig handleevne, med mindre annet er bestemt.

¹ Befring i *Befring (red.), Hirst (red.), Ohnstad og Paulsrud (2019)* s. 44-45

² Se f.eks. nødrettsbestemmelsen i hpl. § 7.

³ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pbrl.)

⁴ NOU 1992: 8 s. 8

⁵ *Syse (2015)* s. 382

⁶ *Ibid.*, s. 388

⁷ Lov av 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vml.)

Utgangspunktet for samtykke til helsehjelp for barn, følger derfor av pbrl. § 4-4 første ledd, og lyder som følger: «[f]oreldrene eller andre som har foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år. Dette gjelder likevel ikke for pasienter mellom 12 og 16 år som kan samtykke etter § 4-3 første ledd bokstav c.» På helserettens område gjelder dermed en «helserettslig myndighetsalder», som er 16 år, jf. pbrl. § 4-3 bokstav b, samt enkelte andre unntaksbestemmelser for barn mellom 12 og 16 år, jf. pbrl. § 4-3 bokstav c. For de yngre barna, er imidlertid hovedregelen at det er foreldre, eller andre med foreldreansvar, som skal samtykke på deres vegne, jf. pbrl. § 4-4 første ledd.

Pbrl. § 1-3 inneholder legaldefinisjoner som vil bistå i ordlydstolkningen av bestemmelsen. En «pasient» er enten en som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med ønske om helsehjelp, eller en som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp, jf. pbrl. § 1-3 bokstav a). «Helsehjelp» er definert i pbrl. § 1-3 bokstav c) som «handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, som er utført av helsepersonell». Ordlyden angir rammene for i hvilke situasjoner lovens rettigheter gjøres gjeldende.⁸ Helsepersonell er «personer som nevnt i [helsepersonelloven] § 3», jf. pbrl. § 1-3 bokstav d). Dette er blant annet «personell med autorisasjon [...] eller lisens [...]», som for eksempel en sykepleier, eller «personell i helse- og omsorgstjenesten eller i apotek» som utfører helsehjelp, jf. helsepersonelloven⁹ (heretter hpl.) § 3 punkt 1) og 2). Begrepet helsehjelp vil i denne sammenheng typisk være gjennomført hvor det har vært samhandling og direkte kontakt mellom pasienter og helsepersonell.¹⁰

Foreldrenes samtykkerett på vegne av barnet gjelder dermed i de situasjonene der det dreier seg om et barn som er «pasient» og som trenger «helsehjelp» etter lovens definisjoner. Ettersom ordlyden av disse vilkårene rommer en rekke situasjoner, vil spørsmålet om samtykke på vegne av barn ofte være aktuelt for den eller de som har foreldreansvaret.

Pasient- og brukerrettighetsloven regulerer *selve samtykkekompetansen* til helsehjelp. *Hvem* som har foreldreansvaret for et barn reguleres av barnelovas¹¹ (heretter bl.) kapittel 5. Foreldre som er gift, har foreldreansvaret sammen for felles barn, jf. bl. § 34 første ledd. Hvis foreldrene skiller seg, eller går ifra hverandre, står de fritt til å avtale at den ene skal ha

⁸ Syse (2015) s. 145

⁹ Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (hpl.)

¹⁰ Syse (2015) s. 146

¹¹ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl.)

foreldreansvaret alene, eller at de skal fortsette å ha felles foreldreansvar, jf. bl. § 34 annet ledd. Der hvor foreldrene er ugift, vil foreldreansvaret avhenge av når barnet ble født. For barn født *før* 1. januar 2020, vil reglene basere seg på samlivsformen til foreldrene.¹²

Samboere hadde, og har, felles foreldreansvar, uavhengig av barnets fødselsdato, jf. bl. § 35 annet ledd. Dersom foreldrene verken var gift eller bodde sammen, og barnet ble født *før* 1. januar 2020, hadde moren imidlertid foreldreansvaret alene. For barn født *etter* 1. januar 2020 vil også foreldre som ikke er gift ha foreldreansvar sammen for felles barn, jf. bl. § 35 første ledd. Mor eller far kan imidlertid «gje melding til folkeregistermyndigheita» om at mor skal ha foreldreansvaret alene i disse tilfellene, jf. bl. § 35 første ledd.

Endringene i barnelovas foreldreansvarsregler stemmer overens med samfunnsutviklingen, hvor man i de senere år har ønsket en likestilling av foreldreskapet. Endringsregelen i barnelova trådte i kraft fra 1. januar 2020, og vil si at i dag er hovedregelen at foreldre får *felles foreldreansvar* for barnet, jf. bl. §§ 34-35.¹³ Dette innebærer at det i dag er mange familier hvor begge foreldrene står like ansvarlige for avgjørelsene på vegne av barnet uavhengig av om de er i et forhold eller ikke, jf. bl. §§ 30, 34 og 35. Bestemmelsen i pbrl. § 4-4 første ledd forutsetter derfor et godt foreldresamarbeid. Dette formoder imidlertid samarbeidsevne og samarbeidsvilje hos foreldrene. I spørsmål om samtykke til helsehjelp for barnet, kan denne forutsetningen være en utfordring. Dersom foreldrene har felles foreldreansvar, og ikke begge samtykker til helsehjelp, vil et samtykke fra den ene som utgangspunkt ikke være gyldig, med mindre en av unntaksbestemmelsene i pbrl. § 4-4 annet eller tredje ledd kommer til anvendelse.¹⁴

1.2 Problemstillingens aktualitet

Temaet for oppgaven er hentet fra eget arbeid i rettshjelptiltaket JURK (Juridisk rådgivning for kvinner), hvor spørsmålet om samtykke til helsehjelp for barn dukket opp. Undersøkelser i tilknytning til spørsmålet ga inspirasjon til en videre utredning av temaet, da jeg fant lite tilgjengelig informasjon. Det er i tillegg gjort flere endringer både av pasient- og brukerrettighetsloven og barnelova de senere år, som gjør temaet aktuelt.

¹² Bendiksen og Haugli (2021), s. 110

¹³ Prop. 161 L (2015-2016) pkt. 11.1 til § 35

¹⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), s. 133

Barneretten og helseretten er områder som må holde tritt med samfunnsutviklingen, både for å kunne håndtere aktuelle konflikter som dukker opp, og for å stemme overens med rettsfølelsen i samfunnet. I tillegg til en analyse av gjeldende rett, vil et rettspolitisk perspektiv kunne belyse aktuelle samfunnsmessige utfordringer ved dagens lovgivning. Det er verdt å bemerke at spørsmålet om samtykke til helsehjelp på vegne av barn har vært et omdiskutert tema, og at loven i denne sammenheng har vært gjennom en rekke endringer for å bøte på tidligere mangler. Samtidig er det en kjensgjerning at loven aldri kan regulere ethvert tilfelle, og i oppgaven prøver jeg derfor å se hen til hvordan rettstilstanden har vært, er i dag, og hvordan den kan være for fremtiden, særlig med tanke på å kunne ivareta barnets beste.

1.3 Relevante avgrensninger

Oppgaven er skrevet ut fra et barnerettslig perspektiv, med det formål å beskrive og analysere barnets helserettslige stilling i samspill med foreldrenes rettigheter og plikter. Oppgaven vil derfor ta for seg det privatrettslige forholdet mellom foreldre og barn, og avgrenses mot andre problemstillinger som knytter seg til barnevernet og deres eventuelle samtykkekompetanse. Tema for oppgaven knytter seg videre mot den samtykkebaserte helsehjelpen, og andre spørsmål i sammenheng med tvungen psykisk og somatisk helsehjelp vil dermed falle utenfor. Oppgaven vil derfor også avgrenses mot bestemmelsene i barnevernloven § 4-10 og 4-11 om fylkesnemndas muligheter til å fatte vedtak.

Temaet er bredt, og det finnes en rekke interessante problemstillinger, som det ikke vil være rom for å vurdere videre i denne oppgaven. Et tema knytter seg til barnets medbestemmelsesrett, som vil nevnes i oppgaven, men det vil ikke være rom for en grundig gjennomgang av reglene. Det samme gjelder retten til å bli hørt over en viss alder. Oppgaven vil ha fokus på de yngre barna, typisk barn under 12 år, og hvordan samspillet mellom yngre barns rettigheter, foreldrenes rettigheter og helsepersonellens ansvar skal foregå i tråd med gjeldende rett.

Det finnes mange ulike familiekonstellasjoner, med både mor, far, stefar, medmor og annet. Denne oppgaven vil omtale «foreldrene» i flertall gjennomgående. Herunder ligger det at foreldrene kan være både likekjønnede, skilte og ugifte. I noen familier vil en av foreldrene ha foreldreansvaret alene, men i disse familiene vil ikke spørsmålet om samarbeid komme på

spissen. Derfor vil det i oppgaven forutsettes at det dreier seg om to foreldre med felles foreldreansvar.

1.4 Den videre fremstilling

I det videre skal jeg gjøre rede for metoden i oppgaven. Deretter vil jeg, i oppgavens tredje kapittel, ta for meg grunnleggende hensyn og regler som gjelder samtykke til helsehjelp og utgangspunktet for samtykke på vegne av barn. I kapittel fire skal jeg drøfte pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4, med spesielt fokus på annet og tredje ledd. Dette er unntakene fra hovedregelen om samtykke fra den eller de med foreldreansvaret for barnet. I oppgavens femte kapittel vil jeg forsøke å analysere samspillet mellom de ulike hensynene som gjør seg gjeldende, og trekke frem enkelte rettspolitiske betraktninger av aktualitet for oppgaven.

2 Rettskilder og hensyn

2.1 Rettskildene

2.1.1 Grunnloven

Ved markeringen av Grunnlovens 200-årsjubileum i 2014, ble Grunnlovens kapittel E om «Menneskerettigheter» vedtatt.¹⁵ Menneskerettighetsutvalget poengterte at «Grunnlovens rettsvern minst bør dekke de sentrale menneskerettighetene som ligger til grunn for de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som Norge har sluttet seg til.¹⁶» I kapittel E gis dermed en rekke internasjonale menneskerettighetskonvensjoner Grunnlovs rang i norsk rett. Barn vil ha de samme rettighetene som voksne gjennom disse bestemmelsene, men som Menneskerettighetsutvalget presiserte i sin rapport, får ikke dette frem «det poeng at barn er særlig sårbare og har særlige behov».¹⁷ Menneskerettighetsutvalget trekker frem FNs barnekonvensjon, og stiller spørsmål om blant annet barnets medbestemmelsesrett og prinsippet om barnets beste også burde komme til uttrykk i Grunnloven.¹⁸

Derfor ble det inntatt en egen bestemmelse i Grunnlovens¹⁹ (heretter Grl.) § 104 om vern av barns rettigheter. Bestemmelsen kommer som et supplement til de øvrige bestemmelsene i Grunnloven, for å illustrere barns spesielle sårbarhet og behov.²⁰ Menneskerettighetsutvalget trekker frem at en slik bestemmelse har en rettslig betydning som et tolkningsmoment i saker som gjelder barn, og som en målestokk for lovgiver ved vedtakelse av nye barnerelaterte lovbestemmelser.²¹

Av Grl. § 104 første ledd fremgår det at «[b]arn har krav på respekt for sitt menneskeverd». Barn «har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.» Det fremgår videre i bestemmelsens andre ledd at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Staten ilegges også et ansvar for å «legge forholdene til rette for

¹⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 11

¹⁶ Ibid., pkt. 1.1

¹⁷ Ibid., pkt. 32.1

¹⁸ Ibid., pkt. 31.1

¹⁹ Lov av 17. mai 1814 (GrL.)

²⁰ Innst. 169 S (2012-2013) pkt. 1.8.14

²¹ Dok. nr. 16 (2011-2012) pkt. 35.5.1

barnets utvikling», herunder «sikre» at barnet blant annet får den «nødvendige [...] helsemessige trygghet», jf. Grl. § 104 tredje ledd. Grunnloven har således stadfestet en rekke viktige barnereettslige prinsipper som fremkommer av barnekonvensjonen, blant annet barnets rett til å bli hørt, barnets medbestemmelsesrett og barnets rett til helse.

2.1.2 Barnekonvensjonen

I 1989 ble FNs konvensjon om barnets rettigheter (heretter Barnekonvensjonen) vedtatt.²² Barnekonvensjonen er rettslig bindende for alle statene som ratifiserer den.²³ Konvensjonen trådte i kraft i Norge den 7. februar 1991, før den ble inkorporert i menneskerettsloven²⁴ (heretter mrl.) § 2 nr. 4 i 2003.²⁵ Dette gir barnekonvensjonen en spesielt sterk stilling, da den i dag gjelder som norsk lov, og konvensjonen vil gå foran bestemmelser i annen lovgivning ved motstrid, jf. mrl. § 3, jf. mrl. § 2 nr. 4.

Barnekonvensjonen definerer barn som «ethvert menneske under 18 år», med mindre barnet blir «myndig tidligere» etter barnets nasjonale rett, jf. barnekonvensjonen art. 1.

Barnekonvensjonen har fire grunnprinsipper, som man også finner i norsk lovgivning som vedrører barn. Disse prinsippene er ikke-diskriminering i art. 2, barnets beste i art. 3, barnets rett til liv og utvikling i art. 6 og barnets rett til å delta og bli hørt i art. 12.²⁶ Spesielt relevante for oppgaven er hensynet til barnets beste i art. 3 og barnets rett til medbestemmelse og å bli hørt i art. 12.

2.1.3 Lovtekst

Pasient- og brukerrettighetsloven og barnelova vil være de sentrale lovene for oppgaven. Den nye pasient- og brukerrettighetsloven ble vedtatt som en del av en helserettslig reform for å styrke pasientenes rettslige stilling i Norge.²⁷ Det tidligere ulovfestede kravet til samtykke til helsehjelp ble da lovfestet.²⁸ Myndige personer, og barn over 16 år, fikk som hovedregel

²² Barnekonvensjonens innledning

²³ Smith i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)*, s. 1

²⁴ Lov av 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.)

²⁵ Smith i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)* s. 29

²⁶ Prioriteringen følger av Barnekomiteens retningslinjer for statsrapporter; <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>

²⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 1

²⁸ Ibid., pkt. 2.12.5

samtykkekompetanse, mens avgjørelser i spørsmål om helsehjelp for mindreårige under 16 år skulle tas av foreldrene eller andre med foreldreansvaret.²⁹ I utredningen til ny barnelov fra 2008, ble det stilt spørsmål ved om den daværende pasientrettighetsloven medførte at «barn i noen tilfeller ikke får den nødvendige helsehjelp fordi en av foreldrene motsetter seg dette aktivt eller passivt».³⁰ Barneombudet hadde meldt en bekymring om dette, og utvalget fikk i oppgave å undersøke de aktuelle problemstillingene.³¹ I etterkant av dette ble pbrl. § 4-4 endret i 2010, og man inntok unntakshjemler som likner på dagens bestemmelser og som ga samtykkekompetanse til én av foreldrene for visse typer helsehjelp.³² Det er nettopp disse unntakshjemlene som vil være hovedfokus for oppgaven.

Barnelova regulerer på sin side det privatrettslige forholdet mellom barn og foreldre, og vil også være av relevans for spørsmålet om samtykke til helsehjelp på vegne av barn. Det er viktig å bemerke at pasient- og brukerrettighetsloven har rang som *lex specialis* i spørsmål som gjelder helsehjelp. Pasient- og brukerrettighetsloven er spesielt innrettet mot helserettslige beslutninger, og vil være mer spesialisert for slike beslutninger, enn barnelovens mer generelle bestemmelser. Norsk helse- og sosiallovgivning er imidlertid bygget på en forutsetning om at hensynet til barnets beste «skal styre valg av helsetjenester og tiltak overfor barn».³³ Derfor vil også tolkningen av pasient- og brukerrettighetsloven også følge rettesnorene som fremkommer av Grunnloven og ratifiseringen av barnekonvensjonen, i spørsmål om rett til helsehjelp for barn.

2.1.4 Forarbeider

Lovtekst i pasient- og brukerrettighetsloven har blitt oppdatert ved flere anledninger. En rekke av disse endringene har vært lovfesting av tidligere praksis. Forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven av 1999 i Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) vil derfor fremdeles være av relevans for tolkning av den nåværende lovtekst, da forarbeidsuttalelsene gir et utgangspunkt for dagens regler. Samtidig suppleres forarbeidene av 1999 med forarbeidene til barnelova i 2008 i Ot.prp. nr. 104 (2008-2009), hvor spørsmålet om samtykke til helsehjelp for barn også

²⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 12-13

³⁰ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 9

³¹ NOU 2008: 9 pkt. 7.3.1

³² Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73

³³ Aasen og Halvorsen i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)* s. 214

drøftes grundig. Videre er det gjort en rekke endringer i pbrl. § 4-4 de senere årene, slik at også de nyere forarbeidene som Prop.75 L (2016-2018) vil være av relevans.

2.1.5 Rettspraksis, forvaltningspraksis og utenomrettslige kilder

Det finnes lite, eller ingen, rettspraksis som direkte omhandler oppgavens tema, eller spørsmål om samtykke til helsehjelp for barn. Ingen domsavgjørelser står alene som uttrykk for gjeldende rett på dette området.

I enkelte tilfeller der foreldre er uenige om samtykke til helsehjelp for barn kan Statsforvalteren være klageorgan. Statsforvalteren kan fatte vedtak i saker der bestemmelsene i pbrl. kapittel 4 er «brutt», jf. pbrl. § 7-2 første ledd. I slike saker kan det eksistere forvaltningspraksis, som kan gi en indikator på hvordan statsforvalterkontorene i Norge tolker og anvender pbrl. § 4-4. Jeg har etterspurt innsyn, men har dessverre ikke fått dette.

Det er flere norske forvaltningsorganer som jobber med helserettslige spørsmål. Helsedirektoratet har blant annet i rundskriv IS-2015-8 kommentert pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser. Helsedirektoratet har myndighet fra staten til å anvende og fortolke lov og regelverk innen helse- og omsorgssektoren³⁴, og det vil derfor også være aktuelt å anvende slike uttalelser i oppgaven, selv om disse i utgangspunktet har liten rettskildemessig verdi. Molven skriver at retningslinjene for helsetjenesten sjeldent blir prøvd, fordi det fremmes få saker om helsejus.³⁵ En fare ved anvendelsen av retningslinjer som følger av rundskriv er derfor at jussen i praksis kan være feiltolket, og at en lite pasient- og brukervennlig praksis av den grunn kan bli stående i mange år.³⁶ Den nærmere vektleggingen av slike rettskilders vekt vil derfor måtte avhenge av kvaliteten og samsvar med andre og mer tungtveiende rettskilder.

³⁴ Informasjon om Helsedirektoratet fra regjeringen.no, <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/etater-og-virksomheter-under-helse--og-omsorgsdepartementet/underliggende-etater/helsedirektoratet/id213297/>

³⁵ Molven (2015) s. 32

³⁶ Ibid., s. 32

2.2 Grunnleggende barnerettslige hensyn

2.2.1 Barnets beste

Det fremgår av GrL. § 104 annet ledd at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal *barnets beste* være et grunnleggende hensyn». Ordlyden er inspirert av barnekonvensjonen art. 3, hvor det fremgår at «[v]ed alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal *barnets beste* være et grunnleggende hensyn.» Hensynet er også lovfestet i en rekke andre nasjonale lover, eksempelvis i bl. § 48. Barn er spesielt sårbare i samfunnet. Selv om barn er selvstendige individer, er de i et avhengighetsforhold til voksne rundt seg, typisk foreldrene. At det er et overhengende prinsipp at alle avgjørelser som påvirker barn skal tas med barnets beste i tankene, vil kunne sikre at barnets interesser ikke blir overkjørt av eksempelvis foreldrenes interesser.

Hensynet gjelder i alle saker som «berører» barn. Vekten som skal legges på barnets beste vil avhenge av hvor sterkt berørt barnet blir av handlingen.³⁷ I en situasjon der barnet er pasient, vil helsemessige handlinger nødvendigvis alltid berøre barnet i stor grad. Hensynet bør derfor i utgangspunktet tillegges stor vekt i vurderingen av samtykke til helsehjelp på barnets vegne. Pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 4 inneholder ingen bestemmelser om at samtykkeavgjørelser for barn skal tas med hensyn til barnets beste. Prinsippet vil imidlertid også gjelde på helserettens område da både GrL. § 104 og barnekonvensjonen har forrang fremfor annen lovgivning, jf. mrl. § 2 nr. 4. Dette fremgår også gjennom bestemmelsen om foreldreansvaret, dersom det er foreldrene med foreldreansvaret som skal samtykke, fordi foreldrene plikter å fatte avgjørelser for barnet «ut frå barnet sine interesser og behov», jf. bl. § 30 første ledd. At hensynet til barnets beste er «*et* grunnleggende hensyn», viser imidlertid at også andre hensyn må få spillerom, og at «[barnets] interesser vil ikke nødvendigvis være avgjørende for beslutningen.»³⁸ Det må vurderes hvor viktig beslutningen er for barnet og hvor viktige de øvrige hensynene er, før det foretas en avveining.³⁹

Barne- og familiedepartementet har uttalt at det er vanskelig å gi generelle regler for hva som er til barnets beste i alle saker fordi det «bør bero på en konkret individuell vurdering i hver

³⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012), pkt. 32.5.4 og Innst. 186 S (2013-2014) pkt. 2.1.10

³⁸ Ibid.

³⁹ Bendiksen og Haugli (2020) s. 57

sak».⁴⁰ I helseerettslige spørsmål, hvor helsehjelpen gjelder et enkelt barn må vurderingen av hva som er til det beste for det bestemte barnet foretas konkret.⁴¹ Et av elementene i en vurdering av hva som er til barnets beste, vil være barnets egne synspunkter. Barnet skal få tilpasset informasjon, og mulighet til å si hva det mener. Samtidig skal barnet også ha rett til å bli hørt når det uttaler seg.⁴²

2.2.2 Barnets rett til å bli hørt

Barnets rett til å bli hørt og til å si sin mening er også nedfelt i Grl. § 104. Her fremgår det at «[barn] har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling,» jf. Grl. § 104 første ledd.

Barnekonvensjonen gir også barnet en rett til å bli hørt «i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet», og Norge som stat skal «garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet», jf. art. 12.

Barnets rett til å bli hørt, gjelder uavhengig av livsområde. Der barnets rett til å si sin mening blir vektlagt, får også barnet en rett til medbestemmelse.⁴³ Til forskjell fra hensynet til barnets beste, har barnets rett til å bli hørt en snevrere rekkevidde etter Grunnloven, da hensynet skal vektlegges «i spørsmål som gjelder [barnet] selv», og ikke alle saker som «berører» barnet. Barnekonvensjonens bestemmelse favner noe videre i sin ordlyd, i at barnet skal gis rett til å høres i alle saker som «vedrører» barnet. Grunnlovsbestemmelsen er likevel i tråd med barnekonvensjonen.⁴⁴ Menneskerettighetsutvalget uttalte at ordet «gjelder» ble brukt for å presisere at retten til å bli hørt ikke gjelder der barnet kan være berørt, men som i utgangspunktet gjelder andre personer.⁴⁵ Retten til å bli hørt er også nedfelt i annen nasjonal lovgivning⁴⁶, og vil komme til anvendelse i alle saker som angår barn.

I en helseerettslig sammenheng er barnets rett til å bli hørt svært relevant som ledd i å finne ut hva som vil være til barnets beste. Det ligger i helsehjelpens natur at det er barnet selv som vil

⁴⁰ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 28

⁴¹ Haugli i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)* s. 60

⁴² Se f.eks. barnekonvensjonen art. 12 og bl. § 31.

⁴³ Sandberg i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)* s. 99

⁴⁴ *Ibid.* s. 100

⁴⁵ *Ibid.* s. 101 og Dok. nr. 16 (2011-2012), s. 191

⁴⁶ Se f.eks. bl. § 31

føle på behandlingen det mottar, både dersom det involverer fysisk smerte, men også der det gjelder psykisk smerte eller påkjenning. Dette gjør det svært viktig å involvere barnet. Barnet er også den som opplever plagene i forkant av eventuell behandling, og er den som kan gi uttrykk for smerter, ubehag og liknende, og dermed også danne grunnlaget for helsepersonellens undersøkelser og behandling. Det er derfor vesentlig at hensynet blir tilstrekkelig ivaretatt for å sikre barnets interesser.

3 Samtykke til helsehjelp

3.1 Hensyn og hovedregel

Utgangspunktet etter pbrl. § 4-1 første ledd, første setning er at «helsehjelp» bare kan gis «med pasientens samtykke», med mindre det foreligger «lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke». Samtykke er dermed lovfestet som det alminnelige rettsgrunnlaget for å yte helsehjelp.⁴⁷ Bestemmelsen oppstiller således et generelt krav om et informert samtykke, i tilfellene hvor dette er tilstrekkelig.⁴⁸ Et av hovedhensynene bak å lovfeste pasientenes rettigheter i den nye pasient- og brukerrettighetsloven var å styrke pasientenes rettsikkerhet, og ivareta deres integritet og menneskeverd i møte med helsevesenet.⁴⁹ Pasientene skal gjennom kravet om samtykke vernes mot overgrep og uberettiget tvang.⁵⁰

Samtykkekravet som et vern mot overgrep knytter seg til med menneskets selvbestemmelsesrett. Syse trekker frem det ulovfestede legalitetsprinsippet som et uttrykk for selvbestemmelsesretten, som medfører at det kreves gyldig hjemmelsgrunnlag for å gripe inn i borgernes rettssfære.⁵¹ Som pasient i møte med helsevesenet er det mange handlinger av ulik grad som kan klassifiseres som inngrep og integritetskrenkelser. Inngrepene kan være store og alvorlige, eller mindre og dagligdagse, men uavhengig av om det er en blodprøve eller en operasjon vil det innebære at helsepersonell griper inn i den personlige sfæren til pasienten. For at den positive assosiasjonen til helsevesenet som et beskyttelsestiltak skal ivaretas, er det derfor avgjørende at helsevesenet respekterer selvbestemmelsesretten. Dette gjøres gjennom at inngrep krever et gyldig rettsgrunnlag, enten gjennom lovhjemmel eller gjennom gyldig samtykke.⁵²

Selvbestemmelsesretten må imidlertid begrenses, og «samfunnet [har] på en rekke områder funnet det nødvendig å begrense selvbestemmelsesretten bl.a for å verne om eget og andres liv, integritet og velferd».⁵³ Unntak fra selvbestemmelsesretten fremgår blant annet av

⁴⁷ Syse (2015) s. 424

⁴⁸ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 6.7.1.1

⁴⁹ Ibid. pkt. 2.16.3.2

⁵⁰ Ibid. pkt. 2.16.3.2

⁵¹ Syse (2015) s. 382, se også uttalelse i Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 6.1

⁵² Syse (2015) s. 382

⁵³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 6.1

spesiallovgivning, som smittevernloven⁵⁴ og psykisk helsevernloven⁵⁵. Unntak gjelder også i øyeblikkelig hjelp-tilfellene, hvor helsepersonell plikter å «straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig,» jf. hpl. § 7 første ledd. Bestemmelsen er ment å gjelde i en kritisk situasjon, og pasienten vil ofte ikke være i stand til å samtykke. Helsepersonellet kan da iverksette livreddende innsats, og avverge alvorlig skade, selv om samtykke ikke foreligger og selv om pasienten motsetter seg tiltaket.⁵⁶

Hovedregelen om samtykke i pbrl. § 4-1 første ledd gjelder for alle sider av helsemessig virksomhet, herunder pleie, omsorg, undersøkelse, innleggelse og behandling.⁵⁷ Samtykket kan gis «uttrykkelig eller stilltiende», jf. pbrl. § 4-2 første ledd, og norsk helserett aksepterer muntlige samtykkeformer, herunder konkludent atferd.⁵⁸ Samtykkekravet skjerpes imidlertid jo mer inngripende tiltaket er. Av forarbeidene fremgår det at det må «stilles et større krav til sannsynligheten for at pasienten har samtykket dersom tiltaket er av mer inngripende karakter.»⁵⁹ Hvis undersøkelser eller behandling kan medføre eksempelvis sterke smerter eller risiko, må helsepersonellet forsikre seg om at samtykket også dekker denne situasjonen.⁶⁰

3.2 Hovedregel for barn

3.2.1 Samtykke fra den eller de med foreldreansvar

Ikke alle personer *kan* samtykke til helsehjelp på egne vegne. For at samtykket skal være gyldig, kreves det at den som samtykker har formell rettslig handleevne, og er habil til å avgi samtykke.⁶¹ Derfor gjelder det egne representasjonsregler for pasienter som ikke kan samtykke på egenhånd, eksempelvis for barn.⁶² Utgangspunktet for samtykke til helsehjelp for barn følger som nevnt av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 første ledd første setning, hvor det fremgår at «[f]oreldrene eller andre som har foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år.»

⁵⁴ Lov av 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smvl.)

⁵⁵ Lov av 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (phvl.)

⁵⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 219

⁵⁷ *Syse (2015)* s. 424

⁵⁸ *Ibid.* s. 425

⁵⁹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 12 til § 4-2

⁶⁰ *Ibid.* pkt. 12 til § 4-2

⁶¹ *Syse (2015)* s. 388

⁶² *Ibid.* s. 388

Hvem som har foreldreansvaret, er som tidligere nevnt avhengig av både foreldrenes samlivsform og om barnet er født før eller etter 1. januar 2020, jf. bl. §§ 34 og 35.

Utgangspunktet for de fleste i dag er felles foreldreansvar. Bestemmelsen angir dermed et utgangspunkt om at *begge* foreldrene ofte må samtykke til helsehjelpen for barnet i disse tilfellene. Dette utgangspunktet må imidlertid tolkes innskrenkende i lys av unntakene i pbrl. § 4-4 annet og tredje ledd, samt barnets rett til å bli hørt i pbrl. § 4-4 femte ledd. Det fremgår også enkelte unntaksregler som gir selvstendig samtykkekompetanse til pasienter mellom 12 og 16 år, jf. pbrl. § 4-4 første ledd, jf. pbrl. § 4-3 første ledd bokstav c. Disse reglene vil ikke behandles, da de faller utenfor oppgavens avgrensing. Pbrl. § 4-4 begrenser ikke barns mulighet til å oppsøke helsetjenester eller helsepersonell på egenhånd for informasjon og råd, for eksempel helsesykepleiere, men må forstås å rette seg mot integritetskrenkende undersøkelser og behandlingstiltak.⁶³

Utgangspunktet etter ordlyden i pbrl. § 4-4 første ledd gir den eller de med foreldreansvaret en *rett* til å samtykke til helsehjelpen, men ikke nødvendigvis en plikt. Foreldrene har muligheten til å takke nei til helsehjelp, med mindre det er en spesielt kritisk situasjon som utløser helsepersonellens plikt etter hpl. § 7. Motsetningsvis tilsier også bestemmelsen at foreldre som *ikke* har del i foreldreansvaret, heller ikke kan samtykke til helsehjelp for barn. Dette er en naturlig grense å trekke, da det normalt er den eller de med foreldreansvar som er del i barnets liv og oppvekst, og derfor er mest nærliggende til å skulle treffe avgjørelser på vegne av barnet, jf. bl. § 30. Utgangspunktet om at de med foreldreansvar kan fatte «avgjerdor barnet i personlege tilhøve» følger allerede av bl. § 30 første ledd. Presiseringen av at dette også gjelder i spørsmål om helsehjelp ble tatt med i pasient- og brukerrettighetsloven «av informasjonshensyn, og for at samtykkereglene skal presenteres mest mulig helhetlig og samlet».⁶⁴ Med tanke på pasient- og brukerrettighetsloven rang som *lex specialis*, var presiseringen viktig å innta i helselovgivningen.

De tidligere nevnte hensynene bak samtykkekravet i helseretten, vil ikke ha samme styrke i situasjonen når det er snakk om foreldre som samtykker på vegne av barnet. Dette er nettopp fordi den som samtykker ikke opplever integritetskrenkelsene behandlingen innebærer.⁶⁵

Haugli og Sigurdsen trekker frem at det i spørsmålet om samtykke til barn også kan ligge en

⁶³ Syse (2015) s. 427

⁶⁴ Ot.prp. nr.12 (1998-1999), s. 133

⁶⁵ Haugli og Sigurdsen i Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020), pkt. 2.3, andre avsnitt

«fare i at de med samtykkeretten får mye av helsepersonells oppmerksomhet, især hvis det er uenighet dem imellom om helsehjelp til barnet».⁶⁶ I et barnrettslig perspektiv vil det derfor være avgjørende med unntak fra hovedregelen om felles samtykke, for å verne barnet mot foreldrenes uenighet, da det tross alt er barnet spørsmålet handler om.

3.2.2 Hva innebærer foreldreansvaret?

Fordi foreldrenes samtykkekompetanse på vegne av barnet knytter seg sammen med foreldreansvaret vil det være gunstig å se på innholdet i reglene om foreldreansvaret. Foreldreansvaret innebærer rettigheter og plikter, både for barnet og foreldrene. Foreldrene har både en omsorgsplikt, og en bestemmelsesrett og -plikt, jf. bl. § 30. Barnet har blant annet krav på «omsut og omtanke» fra de som har foreldreansvar, samtidig som de med foreldreansvar har både rett og plikt til å ta «avgjerd for barnet i personlege tilhøve» innenfor visse grenser, jf. bl. § 30 første ledd, jf. bl. §§ 31 til 33. Foreldrenes omsorgsplikt, og bestemmelsesrett og -plikt skal utøves «ut frå barnet sine interesser og behov», jf. bl. § 30 første ledd, siste setning.

Ordlyden av bl. § 30 gir barnet en *rett* til å få sine behov dekket av den eller de med foreldreansvaret, samtidig som foreldrene har en *rett* og en *plikt* til å ta visse avgjørelser på vegne av barnet. En avgjørelse om «personlege tilhøve» for barnet, gjelder blant annet «medisinsk behandling» og «samtykke til medisinske inngrep».⁶⁷ Retten til å samtykke til medisinsk behandling for de med foreldreansvar fremgår dermed også av barnelovas regler. Foreldrenes *plikt* til å ta disse avgjørelsene på vegne av barnet i bl. § 30 må sammenholdes med de viktige prinsippene i barnelova om blant annet barnets medbestemmelsesrett, selvråderett og hensynet til barnets beste, jf. bl. §§ 31, 33 og 48.⁶⁸ Plikten skal etter dette utøves med disse hensynene i fokus. Det er ikke foreldrenes personlige ønsker som skal være avgjørende når avgjørelser tas på vegne av barnet som ledd i foreldreansvaret. Snarere er det barnets rettigheter som skal ivaretas, og barnet skal høres for å sikre barnets beste.

Ordlyden i bl. § 30 skiller ikke mellom situasjoner hvor en forelder har foreldreansvaret alene, eller der foreldrene har foreldreansvaret sammen. Det felles foreldreansvaret innebærer derfor også en plikt for foreldrene til å ta avgjørelser i fellesskap dersom de har felles foreldreansvar,

⁶⁶ Haugli og Sigurdson i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, pkt. 2.3, andre avsnitt

⁶⁷ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 39 og s. 56

⁶⁸ *Bendiksen og Haugli (2021)* s. 92

jf. bl. § 30 første ledd, tredje setning. Dette gjelder både dersom foreldrene bor sammen, eller barnet bor fast hos den ene. Dersom foreldrene ikke lenger bor sammen, er siktemålet med felles foreldreansvar at foreldrene skal være sammen om de viktigste avgjørelsene i barnets liv.⁶⁹ Helsehjelp er ofte å regne som viktige avgjørelser, og der foreldrene har felles foreldreansvar, forutsetter også pbrl. § 4-4 første ledd at slike avgjørelser skal fattes i fellesskap, med mindre unntaksbestemmelsene gjør seg gjeldende.

⁶⁹ *Bendiksen og Haugli (2021)* s. 113

4 Situasjoner hvor det er tilstrekkelig med samtykke fra én av foreldrene

4.1 Helsehjelp som del av «den daglige og ordinære omsorgen» for barnet

4.1.1 Utgangspunkt

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 annet ledd lyder som følger:

«Det er tilstrekkelig at én av foreldrene, eller andre som har foreldreansvaret, samtykker til helsehjelp som regnes som del av den daglige og ordinære omsorgen for barnet, jf. barnelova §§ 37 og 42 andre ledd. For en forelder gjelder dette uavhengig av om vedkommende har foreldreansvaret for barnet. [...]»

Bestemmelsen oppstiller et unntakstilfelle hvor det er tilstrekkelig at den ene forelderen samtykker til helsehjelpen, uavhengig av om forelderen har foreldreansvar for barnet. Så lenge helsehjelpen som er aktuell kan regnes som «del av den daglige og ordinære omsorgen for barnet», kan forelderen samtykke alene. Hjemmelen åpner eksempelvis opp for at en samværsforelder, som ikke har del i foreldreansvaret, kan ta med barnet på legevakten for behandling av halsbetennelse under samvær, uten samtykke fra den andre med foreldreansvaret.⁷⁰ Fordi samværsrett og foreldreansvar ikke nødvendigvis henger sammen, er det praktisk viktig med en slik regel, slik at barnet blir ivaretatt på tilstrekkelig vis av forelderen det tilbringer tid med.

Det fremgår av forarbeidene at det ikke er «plikt til å høre begge foreldrene» i disse tilfellene.⁷¹ Helsehjelpen som er «del av den daglige og ordinære omsorgen» etter unntaket i pbrl. § 4-4 annet ledd rommer «et stort antall trivielle eller mindre alvorlige tilstander som behandles rutinemessig»,⁷² som for eksempel behandling av øreverk, halsbetennelse, influensa eller skrubbsår.⁷³ Eksemplene som nevnes i forarbeidene har til felles at de er

⁷⁰ IS-2015-8, kommentarer til pbrl. § 4-4 (2)

⁷¹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 74

⁷² Ibid., s. 74

⁷³ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73

vanlige, og oftest ufarlige, problemer som oppstår i barnets liv. Helsedirektoratet poengterer i sin lovkommentar at det «erfaringsmessig ikke oppstår uenighet om nødvendigheten av å oppsøke helsetjenesten i disse situasjonene», nettopp på grunn av helsehjelpens hverdagslige natur.⁷⁴ At det ikke er en plikt til å høre begge foreldrene i disse tilfellene, synes begrunnet i at det er lite hensiktsmessig å bringe begge foreldrenes meninger inn i de mindre alvorlige spørsmålene.

Unntaket kan sies å springe ut fra en tanke om at den forelderen som til enhver tid er med barnet, er den som vet hva barnets behov er i øyeblikket. Unntaket fremstår som hensiktsmessig, nettopp fordi det er enkelte situasjoner hvor en forelder er mer nærliggende til å fatte slike beslutninger enn den andre. Hvis et barn har hodepine er det for eksempel naturlig og hensiktsmessig at forelderen som tilbringer tid med barnet når smerten oppstår også kan avgjøre at barnet skal få smertestillende, uten at det skal kreve samtykke fra den andre.

4.1.2 Pbrl. § 4-4 annet ledd og forholdet til barnelova

En rekke spørsmål om helsehjelp til barnet kan dreie seg om avgjørelser av så stor betydning at det kreves samtykke fra begge foreldrene dersom de har felles foreldreansvar, jf. bl. § 30, jf. pbrl. § 4-4 første ledd. Pbrl. § 4-4 annet ledd gir imidlertid også samtykkekompetanse til foreldre som ikke har del i foreldreansvaret for barnet, jf. bestemmelsens andre setning. Det er derfor naturlig at beslutningene som kan kalles en «del av den daglige og ordinære omsorgen» vil være av en betraktelig mildere art enn de som det gis beslutningsmyndighet til i lys av foreldreansvaret og pbrl. § 4-4 (1).

Pbrl. § 4-4 annet ledd henviser også til barnelovens system om foreldrenes bestemmelsesrett i tilknytning til hvem barnet bor fast hos og hvem som har samværsrett, jf. bl. §§ 37 og 42 annet ledd.

Hvis foreldrene ikke bor sammen, kan barnet ha fast bosted hos den ene og samvær hos den andre. For bostedsforelderen gjelder en ulik bestemmelsesrett enn for samværsforelderen etter barnelovas utgangspunkt. Bostedsforelderen kan fatte «avgjerder som gjeld vesentlige sider av omsuta for barnet», herunder om barnet skal «vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu»

⁷⁴ IS-2015-8, kommentarer til pbrl. § 4-4

og «andre større avgjerder om dagleglivet», jf. bl. § 37. Forarbeidene nevner spørsmål om innmelding i idrettslag og skolefritidsordning som eksempler på hva som er større dagligdagse avgjørelser, men gir ingen uttømmende liste.⁷⁵ Hos samværsforelderens har barnet «krav på omsut og omtanke», og den som er sammen med barnet kan «ta avgjerder som gjeld omsuta for barnet under samværet», jf. bl. § 42 annet ledd. Bestemmelsen gir samværsforelderens rett til å ta avgjørelser for barnet under samværet, som for eksempel når barnet skal legge seg, eller hva barnet skal spise.⁷⁶ Med andre ord, de hensiktsmessige ting en forelder kan bestemme når det er sammen med barnet.

Beslutningene som forelderens med daglig omsorg kan ta etter bl. § 37, er av en viktigere art enn den som følger av samværsretten i § 42 annet ledd. Dette er imidlertid barnelovas utgangspunkt. Den tidligere tolkningen av barnelova og pasientrettighetsloven, var at den som «ikke har omsorgen for barnet» ikke kan motsette seg «at det gid helsehjelp som må regnes som ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet, for eksempel behandling av øreverk, halsbetennelse, influensa og så videre».⁷⁷ Det er dette utgangspunktet som var ment lovfestet. Det følger av forarbeidene at det er opp til «den forelder som til enhver tid er sammen med barnet å ta slike avgjørelser om den daglige og ordinære omsorgen for barnet.»⁷⁸ I og med at pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelse er avgjørende i helserettslige spørsmål, fremstår det som at foreldrenes rett til å fatte avgjørelser alene i disse tilfellene er likestilt.

Der hvor foreldrene bor sammen, kan henvisningen til reglene om fast bosted og samvær i barneloven virke noe misvisende, da disse bestemmelsene knytter seg til situasjonen der foreldrene *ikke* bor sammen. Samtidig synes det rimelig at bestemmelsen også tillater samtykke fra en av foreldrene for samboende par. Dersom en samboer er ute på reise i det barnet trenger helsehjelp, bør det ikke være grunn til at helsepersonellet skal innhente samtykke fra denne for de ordinære behandlingene, som smertelindring. Haugli og Sigurdson hevder også at etter gjeldende rett kan «den av foreldrene barnet er sammen med [...] opptre på vegne av begge i dagligdagse spørsmål».⁷⁹ De samme hensynene gjør seg gjeldende i disse situasjonene, som for foreldre med ordninger om fast bosted og samvær for barnet, og det

⁷⁵ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 55-56

⁷⁶ Ibid., s. 86 og 56

⁷⁷ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009), s. 61

⁷⁸ Ibid., s. 61

⁷⁹ Haugli og Sigurdson i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, pkt. 2.1, andre avsnitt

synes rimelig at også disse tilfellene skal omfattes av bestemmelsen, selv om lovens utforming kan synes noe upresis.

Dersom begge foreldrene er til stede og en samboende motsetter seg at barnet gis smertestillende medisin ved øreverk, synes ikke spørsmålet å løses av bestemmelsen i pbrl. Heller ikke foreldreansvarsreglene i bl. § 30 gir retningslinjer for uenigheter mellom foreldrene, og foreldre med felles foreldreansvar står selv ansvarlige for å dele ansvaret seg imellom.⁸⁰ Det synes å forutsette at foreldre i disse tilfellene internt kommer til enighet. Haugli og Sigurdsen bemerker at dette illustrerer at lovgivningen «i liten grad [har] antenner ute når det gjelder uenigheter mellom foreldre som bor sammen».⁸¹

Skillet i bestemmelsesretten må nødvendigvis basere seg på forskjellen på de hverdagslige helserettslige avgjørelsene, og de større og viktigere avgjørelsene. Det hadde vært lite hensiktsmessig å ha regler som tilsier at foreldre som ikke lenger bor sammen, må planlegge og samarbeide om mindre, dagligdagse avgjørelser som å gi barn Paracet. Utgangspunktet for helsehjelp som følger av pbrl. § 4-4 (1), knytter seg til de større helsemessige avgjørelsene som treffes som ledd i foreldreansvaret. Det samme må også sies å gjelde for foreldrene som *bor sammen*. Etter ordlyden i pbrl. § 4-4 (2) må også her én av foreldrene kunne samtykke til helsehjelp som er «del av den daglige og ordinære omsorgen» for barnet, mens større avgjørelser krever samtykke fra begge.

4.1.3 Ulik bestemmelsesrett for foreldre som ikke lenger bor sammen?

I situasjonen der foreldrene har felles foreldreansvar, men barnet bor fast hos den ene er det tre ulike «nivåer» av bestemmelsesrett etter barnelovens system, som også fremgår av pbrl. § 4-4. De største avgjørelsene må tas av foreldrene i fellesskap som følge av foreldreansvaret i bl. § 30, jf. pbrl. § 4-4 første ledd. Avgjørelsene som gjelder «vesentlige sider av omsuta for barnet», skal treffes av bostedsforelder, jf. bl. § 37, og mindre avgjørelser som «gjeld omsuta for barnet under samværet», skal treffes av samværsforelder, jf. bl. § 42 (2), jf. pbrl. § 4-4 (2).

Bestemmelsen i pbrl. § 4-4 (2) er ikke helt klar i sin henvisning til barnelovas bestemmelser, som illustrert over. Bestemmelsen kan synes å knytte innholdet av hvilken helsehjelp som er

⁸⁰ Bendiksen og Haugli (2021) s. 113

⁸¹ Haugli og Sigurdsen i Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020), pkt. 2.1, andre avsnitt

«del av den daglige og ordinære omsorgen» for et barn, sammen med beslutningsmyndigheten som følger av ordningen internt mellom foreldrene. Haugli og Sigurdsen argumenterer for det samme i sin artikkel, og skriver at pasient- og brukerrettighetslovens formulering «den daglige og ordinære omsorgen» må «tolkes i lys av de respektive bestemmelsene i barneloven». Dette vil gi større handlingsrom for å fatte beslutninger til forelderen som har bostedsmyndigheten, enn forelderen som har samværsretten. Det fremgår av forarbeidene at vedtakelsen av pbrl. § 4-4 (2) var en «[...] lovfesting av gjeldende fortolkning av barneloven og pasientrettighetsloven.»⁸² Dette underbygger at pasient- og brukerrettighetsloven ikke mener å gi en like omfattende rett til å treffe avgjørelser til samværsforelderen som bostedsforelderen.⁸³

Samtidig foreligger det ingen eksplisitt stillingtaken til hvordan pbrl. § 4-4 (2) skal tolkes i lys av barnelovas bestemmelser. Pasient- og brukerrettighetslovens stilling som *lex specialis*, kan på den ene siden tilsi at retten til å samtykke til de daglige og ordinære handlingene etter § 4-4 (2) er lik for både foreldre med samværsrett og daglig omsorg. På den andre siden, er det henvisningene til rettighetsposisjonene i barnelova som skaper uklarhet i hva som faktisk ligger i helsehjelpen som er en del av «den daglige og ordinære omsorgen». Hvorvidt innholdet i begrepet skal tolkes i snever forstand, som i bl. § 42 (2), eller i vid forstand, som i bl. § 37, er fremdeles uklart.⁸⁴

Videre er det ingen klar grense for når en avgjørelse om helsehjelp er blitt av en så omfattende art at den «overskrider» terskelen etter pbrl. § 4-4 (2), og man må falle tilbake på utgangspunktet om samtykke fra begge foreldrene etter pbrl. § 4-4 (1), jf. bl. § 30. Ordlyden av hva som er mer enn del av «den daglige og ordinære omsorgen», jf. pbrl. § 4-4 (2), tilsier noe av en mer uvanlig art. Haugli og Sigurdsen argumenterer for at faktorer ved vurderingen av om begge foreldrene må samtykke, kan være om det «gjelder sykdom eller skade som oppstår mer sjeldent, behandling som er komplisert, er av inngripende karakter, om den gir smerte, bivirkninger eller annet ubehag, om behandlingen er langvarig og krever oppfølging fra begge foreldrene».⁸⁵ Dersom et barn eksempelvis trenger en operasjon, må dette klart falle over terskelen for hva en forelder kan samtykke til alene. Et siktemål med å knytte samtykke til helsehjelp sammen med foreldreansvar må være at foreldrene skal treffe de *viktigste*

⁸² Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73

⁸³ Haugli og Sigurdsen i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, kap. 3, femte avsnitt

⁸⁴ *Ibid.*, kap. 3, sjetten avsnitt

⁸⁵ *Ibid.*, kap. 3, syvende avsnitt

avgjørelsene vedrørende barnet i fellesskap, og det kan dermed ikke være en for høy terskel for når begge foreldrene skal høres i samtykkespørsmålet.

Som illustrert over er det flere spørsmål som kan dukke opp i anvendelsen av pbrl. § 4-4 (2), og det er lite praksis som kan gi en veiledning på hvordan disse spørsmålene kan løses ved konflikt. Grensene for hva en forelder kan samtykke til alene er uklare. Haugli og Sigurdsen bruker eksempelet om en mor som tar med et sykt barn til legen, og får anbefalt en antibiotikakur, som hun godtar, selv om hun vet barnets far hadde sagt nei.⁸⁶ At moren kan ta med datteren til legen når hun blir syk under samvær med mor, må sies å være innenfor helsehjelpen som er en del av den «daglige og ordinære omsorgen» som pbrl. § 4-4 (2) retter seg mot. Det er en hverdagslig handling, som det er vanskelig å si seg uenig i at er hensiktsmessig. I det hun aksepterer en antibiotikakur, er imidlertid spørsmålet om hvorvidt dette faktisk er noe hun kan si ja til alene, eller om hun burde involvert far også, mer uklart. Fordi det ikke går en klar grense på når terskelen for når den andre må involveres, er det også vanskelig for helsepersonellet å skulle vurdere spørsmålet ved resepskriving på antibiotikabehandling. Spørsmålet har også en etisk side, da mor vet at far vil si nei, men kanskje ønsker behandlingen for barnet selv. Fordi det ikke fremgår klare retningslinjer, kan det foreligge en fare for at foreldreansvaret misbrukes som et ledd i konflikt med den andre forelderen, noe som synes svært betenkelig i et barnerettslig perspektiv.⁸⁷ Dersom mor og far i den skisserte situasjonen har et konfliktfylt forhold, kan det at mor samtykker til antibiotikabehandling være en manipulerende handling, som øker konfliktnivået. For far er det heller ikke klart hva han kan gjøre i situasjonen, spesielt der behandlingen blir gitt og han får vite det i etterkant.

I det overnevnte eksempelet er det ikke et tydelig svar på om antibiotikabehandling er en del av «den daglige og ordinære omsorgen» for et barn, jf. pbrl. § 4-4 annet ledd.

Antibiotikabehandling er på en side velutviklet og ofte en effektiv behandling av infeksjoner som har vedvart over en periode, og kan være en form for ufarlig og rutinemessig behandling som forarbeidene nevner.⁸⁸ Samtidig er det mange som mener at behandlingen ikke er nødvendig, og at det er bedre å la infeksjoner gå over av seg selv, som kan tilsi en noe høyere terskel for eksempelvis smertestillende. Fordi en antibiotikakur må følges opp over en viss

⁸⁶ Haugli og Sigurdsen i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, kap. 3

⁸⁷ *Ibid.*, kap. 3, siste avsnitt

⁸⁸ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 74

periode, kan det at barnet har fast bosted hos far trekke i retning av at mor, som har samvær, ikke kan samtykke alene til denne behandlingen. Det må imidlertid være avgjørende at det er en relativt normal behandling for infeksjonssykdommer, uten spesielt store risikofaktorer eller inngripen i barnets liv. Til tross for at far ikke er enig i behandlingsformen i dette eksempelet, må det viktigste være at barnet kan få et raskere og mildere sykdomsforløp ved behandlingen, og ikke fars eventuelle overbevisninger. Mor burde i denne situasjonen ha rett til å samtykke alene.

4.2 Helsehjelp som er «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade»

4.2.1 Utgangspunkt

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 tredje ledd lyder som følger:

«Det er tilstrekkelig at én av foreldrene, eller andre som har foreldreansvaret, samtykker til helsehjelp som kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade. Før slik helsehjelp gis, skal begge foreldrene, eller andre som har foreldreansvaret, så langt som mulig få si sin mening.»

Unntaksregelen gir samtykkekompetanse til en av foreldrene med foreldreansvar, under forutsetning av at kvalifisert helsepersonell finner det nødvendig å yte helsehjelpen for å forhindre en skade hos barnet. Til forskjell fra den daglige og ordinære helsehjelpen etter pbrl. § 4-4 annet ledd, synes tredje ledd å komme til anvendelse i de mer alvorlige tilfellene, og gir en av foreldrene mulighet til å samtykke til mer omfattende helsehjelp. At unnlattelse av helsehjelp i situasjonen etter tredje ledd må medføre en skade for barnet, gir et inntrykk av alvorlighetsgraden av situasjoner man snakker om etter denne bestemmelsen. Motsetningsvis regulerer annet ledd de situasjonene som er av så mild art at det er lite hensiktsmessig å kreve samtykke fra begge foreldrene. Etter tredje ledd er det imidlertid uforsvarlig av helsepersonellet å ikke iverksette behandling i noen tilfeller.

Både unntakene i pbrl. § 4-4 annet ledd, og tredje ledd, ble lovfestet i 2010. Unntakene kom som følge av kritikk av den den bastante utformingen av pbrl. § 4-4 første ledd som krever samtykke fra begge foreldrene. Annet ledd synes å være ment som et praktisk unntak fra hovedregelen, da det som nevnt er lite hensiktsmessig å kreve samtykke fra begge foreldrene

til helt ordinær og lite risikofylt helsehjelp. Tredje ledd har større likhetstrekk med et beskyttelsestiltak for barnet, for situasjoner hvor barnet står i fare for å bli utsatt for skader dersom foreldrene ikke kommer til enighet. Bestemmelsen ble regnet som en nyvinning, som skal sikre at barnet ikke kan nektes helsehjelp fordi den ene av foreldrene ikke vil samtykke. I forarbeidene uttales det at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse der «foreldrene er uenige om barnet skal ha helsehjelp eller ikke,» og at denne bestemmelsen er aktuell blant annet «i forbindelse med foreldrekonflikter, vold, overgrep og lignende».⁸⁹ Det samme gjelder situasjoner hvor det ikke er mulig å avklare begge foreldrenes synspunkt, for eksempel i situasjoner der den ene av foreldrene har kuttet all kontakt. Bestemmelsen er på denne måten en sikkerhetsventil. Dersom den ene forelderens eksempelvis er motsetter seg helsehjelp på bakgrunn av sin religiøse overbevisning, men barnet kan ta skade av manglende helsehjelp, vil hjemmelen åpne opp for at det er tilstrekkelig med samtykke fra en av foreldrene. Helsepersonellet vil her kunne avgjøre at helsehjelpen er nødvendig. Dersom dette er tilfellet, vil forelderens som er uenig i at helsehjelp iverksettes ha mulighet til å påklage beslutningen til statsforvalteren.

4.2.2 «Nødvendig for at barnet ikke skal ta skade»

Etter pbrl. § 4-4 tredje ledd er det tilstrekkelig at en av foreldrene samtykker til helsehjelp for barn der «kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade.» I ordlyden av at helsepersonellet må være «kvalifisert» ligger det at helsepersonellet må ha kunnskap på det aktuelle området, og ha «nødvendig faglig innsikt på området til å foreta en forsvarlig vurdering av risikobildet».⁹⁰ En øyelege er eksempelvis ikke kvalifisert til å si noe om barnets psykiske helse, og således iverksette psykisk helsehjelp bare en av foreldrene samtykker til. Helsepersonellet må også ha spesielt høy kompetanse på området, for å kunne rettferdiggjøre en overstyring av viljen til en av foreldrene med foreldreansvar for barnet.⁹¹

Helsehjelpen må være nødvendig i situasjonen for å forhindre en «skade» hos barnet. Det må være slik at en eventuell unnlattelse av behandling vil resultere i en skade. Skadebegrepet vil knytte seg til både «skader av somatisk [fysisk] og psykisk art», slik at også beslutninger om psykisk helsehjelp faller inn under bestemmelsen.⁹² Spørsmålet er dermed hvilke

⁸⁹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 73

⁹⁰ Ibid., s. 73-74

⁹¹ Haugli og Sigurdsen i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, pkt. 4.1, andre avsnitt

⁹² Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 74

konsekvenser en eventuell unnlattelse av helsehjelp vil få for det enkelte barnet. Skadebegrepet er definert i forarbeidene hvor det fremgår at «det må være risiko for noe mer enn ubetydelig skade eller ubehag for barnet», og at barnet «typisk vil kunne ta skade dersom livskvaliteten uten behandling merkbart reduseres [...]». Skadebegrepet har både en objektiv, medisinskfaglig side, men også en subjektiv side hvor «barnets egen oppfatning er et element».⁹³ Helsepersonellet må høre barnet, for å forstå dets opplevelse av egen helsetilstand, for å danne seg et bilde av om å ikke iverksette helsehjelpen vil oppfattes som en skade i barnets eget liv.⁹⁴ Dette gir helsepersonellet en særlig oppfordring til å ivareta hensynet som er lovfestet i pbrl. § 4-4 femte ledd.

Ordlyden av «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade» legger opp til en viss skjønnsmessig vurdering fra helsepersonellet sin side. Ordlydstolkningen støttes av forarbeidene, hvor det uttales at helsepersonellet må vurdere konkret om «barnet kan ta skade av å ikke få helsehjelpen», og at denne vurderingen må «til dels bero på et helsefaglig skjønn hos helsepersonellet».⁹⁵

4.2.3 Helsepersonellets skjønnsmessige vurdering

Som nevnt må vurderingen av om unntaket i pbrl. § 4-4 (3) skal komme til anvendelse, til dels bygge på et skjønn fra helsepersonellets side av hva som er «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade». Ordlyden oppstiller en noe høy terskel, fordi det er et nødvendighetskrav, altså er det ikke tilstrekkelig at barnet føler ubehag eller står i risiko for mindre skader. Foreldrene har hovedansvaret for å sikre barnets beste, jf. bl. § 30 første ledd, men helsepersonellet vil ha «særlige forutsetninger for å ta stilling til hva som vil være til det beste for et barn med sykdom eller skade».⁹⁶ Dette kan eksempelvis bety at helsehjelp skal gis til barn, selv om en eller begge av foreldrene motsetter seg dette. Samtidig skal Norge «sikre barn den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for barnets trivsel», jf. barnekonvensjonen art. 3 nr. 2, «under hensyntaken til foreldrenes [...] rett til å utøve foreldreskap».⁹⁷ Balanseringen av de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i disse situasjonene kan være utfordrende, ikke minst for helsepersonell, som kan havne i en ubehagelig konfliktsituasjon.

⁹³ Haugli og Sigurdsen i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, pkt. 4.3, andre avsnitt

⁹⁴ *Ibid.* pkt. 4.3, andre avsnitt

⁹⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 74

⁹⁶ Aasen og Halvorsen i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)* s. 214

⁹⁷ *Ibid.*, s. 214

På grunn av sin faglige bakgrunn skal helsepersonellet foreta en konkret vurdering av hva som vil være skadelig for barnet, og en vurdering av hva som vil være forsvarlig hjelp i det konkrete tilfellet. Helsepersonellet foretar en faglig vurdering av blant annet «forholdets alvorlighet, tidsaspekt, konsekvenser av å utsette helsehjelpen og eventuell risiko ved å yte helsehjelpen. Foreldrenes innsigelser og begrunnelser for disse vil også være en del av vurderingen.⁹⁸» Helsepersonellet har dermed en rekke momenter å ta i betraktning.

Dette vil si at helsepersonellet også til en viss grad er pliktig til å innhente meningene til begge foreldrene, slik at dette kan tas i betraktning når vedkommende foretar sin vurdering. I en situasjon hvor to foreldre med felles foreldreansvar er uenige, er det helsepersonellet som må velge hvilken av foreldrene hun eller han er enig med. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at det bare kreves en viss aktivitet for å forsøke å informere den andre forelderen, men det kreves ikke omfattende undersøkelser.⁹⁹ Dersom man ved bruk av vanlige kommunikasjonsmåter som for eksempel telefon eller epost ikke får tak i den andre, er dette normalt tilstrekkelig. Hvor mye arbeid man skal legge i å få kontakt må vurderes konkret, og det må sees hen til hvor mye helsehjelpen haster.¹⁰⁰ Hvis begge foreldrene er mulige å få tak i, er det opp til helsepersonellet å få frem begrunnelsen bak foreldrenes ulike meninger.¹⁰¹ Eksempelvis der foreldrenes uenighet knytter seg til om man skal behandle barnet gjennom tradisjonell vestlig medisin, eller om andre alternative metoder skal brukes, er dette momenter helsepersonellet må ta i betraktning.

Hvis foreldrene er uenige og konfliktnivået mellom foreldrene allerede er høyt, kan det tenkes at helsepersonell synes det er ubekvemt å måtte ta en avgjørelse som kan øke konfliktnivået enda mer. Haugli og Sigurdsen poengterer at i tillegg til vilkårene som følger av pbrl. § 4-4 tredje ledd må to faktorer være styrende i vurderingen: hensynet til barnets beste og forsvarlighetsnormen.¹⁰² Helsepersonellet må være en forkjemper for barnets interesser, spesielt i situasjonen der foreldrekonflikten potensielt gjør barnet skadelidende. Haugli og Sigurdsen skriver om forsvarlighetskravet at vurderingen er om det vil være forsvarlig å «utsette bruk av bestemmelsen i § 4-4 i håp om endrede forhold», eksempelvis i helsetilstanden eller standpunkt hos foreldrene. Bestemmelsen er på denne måten positiv fordi

⁹⁸ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 74

⁹⁹ Ibid., s. 74

¹⁰⁰ IS-2015-8, kommentarer til pbrl. § 4-4

¹⁰¹ *Syse (2015)* s. 432

¹⁰² Haugli og Sigurdsen i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)* pkt. 4.3, siste avsnitt

den kan beskytte barnet gjennom at foreldrekonflikten settes til side, og barnets rett til helsehjelp blir prioritert, samtidig som skjønnsmessigheten «begrenser forutsigbarheten av bestemmelsen», som får påvirkning på barnets og foreldrenes rettsstilling.¹⁰³

Dersom helsepersonellet mener barnet ikke vil ta skade av å ikke få helsehjelpen, eller at helsehjelpen kan utsettes i et forsøk på å oppnå enighet, må man falle tilbake på hovedregelen om at det kreves samtykke fra begge foreldre dersom de har felles foreldreansvar.¹⁰⁴

4.2.4 Klageadgangen i saker etter pbrl. § 4-4 (3)

Den ene av foreldrene kan påklage «beslutning om slik helsehjelp til statsforvalteren etter kapittel 7», jf. pbrl. § 4-4 (3). Av kapittel 7 fremgår det at pasienten eller representant for pasienten som «mener at bestemmelsene i [kapittel 4] er brutt, kan klage til statsforvalteren. Klagen sendes til den som har truffet enkeltvedtaket eller avgjørelsen», jf. pbrl. § 7-2 (1). Pasientens representant er blant annet den «som har samtykkekompetanse etter kapittel 4», jf. pbrl. § 7-2 (6). Statsforvalteren kan vedta at «helsehjelp skal avsluttes inntil det er fattet vedtak på grunnlag av klage fra den andre forelder [..]», jf. pbrl. § 4-4 (3).

Det er viktig å bemerke at pbrl. § 4-4 *ikke* gir klagerett i beslutninger om å yte helsehjelp som en del av daglig og ordinær omsorg for barnet. Helsehjelp som dette er så «rutinemessig og lite inngripende at det er liten grunn til å overprøve den ene av foreldrene som ønsker helsehjelpen». Det samme gjelder der helsehjelpen allerede er gjennomført.¹⁰⁵ Det fremstår hensiktsmessig å ikke gi klageadgang i slike tilfeller, fordi det vil være unødvendig å kjøre de minste sakene, eller de allerede fullførte sakene, igjennom en prosess og klagerunde. Resultatet i slike saker vil heller ikke kunne ha annet enn en symbolsk effekt.

Ordlyden i bestemmelsen er noe uklar. At beslutning om «slik helsehjelp» kan påklages kan synes å henvise tilbake til bestemmelsens første setning, nemlig at en av foreldrene kan samtykke til helsehjelp som kvalifisert helsepersonell mener er nødvendig for at barnet ikke skal ta skade. Klageadgangen synes å rette seg mot situasjonen der forelder A og helsepersonell sammen har iverksatt helsehjelp for barnet, til tross for forelder Bs innsigelser. B kan da klage over iverksettelsen, og statsforvalteren har myndighet til å avslutte pågående

¹⁰³ Haugli og Sigurdson i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)* pkt. 4.3, siste avsnitt

¹⁰⁴ IS-2015-8, kommentarer til pbrl. § 4-4

¹⁰⁵ Ibid.

behandling, jf. pbrl. § 4-4 (3) siste punktum. Det er imidlertid ikke presisert hvorvidt en forelder kan klage på manglende iverksettelse, hvor forelder Bs ønske om å ikke gi helsehjelp får medhold hos helsepersonellet.

Det fremgår av forarbeidene at «[...] at den av foreldrene som ikke får medhold hos helsepersonellet, kan anmode om å få oppfylt sin rett til å samtykke eller klage avgjørelsen inn for Helsetilsynet i fylket etter reglene i pasientrettighetsloven kapittel 7.¹⁰⁶» I etterkant av uttalelsen har statsforvalteren blitt klageinstans, men bestemmelsens innhold er fremdeles det samme. Forarbeidene gir dermed klageadgang til foreldrene i begge situasjoner, enten de ikke får medhold til å iverksette helsehjelp eller der de er misfornøyde med en eventuell iverksettelse. Helsedirektoratet har også lagt til grunn at klageadgangen gjelder «[...] både den forelder som mener barnet burde få helsehjelpen og den som mener barnet ikke bør få helsehjelpen¹⁰⁷» i sitt rundskriv. Dette synes rimelig, da foreldre også bør ha en mulighet til å påklage helsehjelp som helsepersonellet ikke mener er nødvendig, spesielt dersom det har vært diskusjon knyttet til avgjørelsen.

En forutsetning i denne typen saker er rask saksbehandling hos statsforvalteren. Det gjelder gjerne avgjørelser som må fattes fort, og barnets beste skal også her være et hensyn som får gjennomslag, og som taler for en effektiv saksbehandling. Klagen skal normalt være ferdigbehandlet før det gis helsehjelp. I tilfeller der helsepersonellet mener det vil være skadelig for barnet å vente på vedtak i klagesaken, kan helsehjelpen likevel påbegynnes eller gis.¹⁰⁸ Helsepersonellet skal også orientere foreldrene om klageadgangen i disse sakene, og foreldrene skal fremdeles ha rett til informasjon og medvirkning, selv om bare en av foreldrene har samtykket til helsehjelpen.¹⁰⁹

Statsforvalteren har etter bestemmelsen i pbrl. § 4-4 (3) adgang til å avslutte helsehjelp på grunnlag av klage fra den ene av foreldrene. Av Helsedirektoratets lovkommentar fremgår det at «avslutning av behandlingen fordrer at det er grunn til tvil om begge foreldrene må samtykke til helsehjelpen og at det ikke vil være i strid med forsvarlighetskravet å stille behandlingen i ro.»¹¹⁰ Manglende tilgjengelig praksis på området gjør det imidlertid vanskelig å vurdere hva klageadgangen reelt sett gir foreldrene. Haugli og Sigurdsen trekker frem at det

¹⁰⁶ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) s. 74

¹⁰⁷ IS-2015-8, kommentarer til pbrl. § 4-4

¹⁰⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009) s. 74

¹⁰⁹ Ibid., s. 74

¹¹⁰ IS-2015-8, kommentarer til pbrl. § 4-4

fremstår som at helsepersonellet er de som i realiteten blir rettsanvendere i sakene. Dette vil igjen kunne svekke rettssikkerheten, og de trekker frem viktigheten av å finne en balansegang mellom barn og foreldres rettigheter i helserettslige spørsmål for å skape en standard i saker som gjelder barn.¹¹¹

4.3 Barnets medbestemmelsesrett og retten til å bli hørt

Som tidligere nevnt ble endringer pbrl. § 4-4 (5) vedtatt med det formål å styrke barns rettigheter og for å samsvare med Grl. § 104, barnekonvensjonen art. 12 og bl. §§ 31 og 33.¹¹² I 2010, i forkant av lovendringen, kritiserte FNs barnekomité¹¹³ blant annet Norges praksis på helserettens område.¹¹⁴ Kritikken kom som en følge av at barnelova og barnevernloven hadde endret den nedre aldersgrensen for barnets rett til å bli hørt fra 12 år til 7 år. 12-årsgrensen ble imidlertid stående i pasient- og brukerrettighetsloven, og komiteen uttalte at de «[...] regrets that children have the right to be heard regarding health issues only *after* the age of 12.»¹¹⁵

Det tok imidlertid lang tid før pasient- og brukerrettighetsloven ble endret. I innstillingen fra helse- og omsorgskomiteen fra 2016-2017, uttales det at «[u]tviklinga dei seinare åra, både samfunnsmessig og rettsleg, tilseier at vi bør gjennomgå føresegnene i pasient- og brukarrettslova om barn og unge sin rett til medverknad og medråderett ved yting av helse- og omsorgstenester».¹¹⁶ Endringene trådte i kraft 1. januar 2018.

Endringen medførte pbrl. § 4-4 (5) som en egen bestemmelse om barns rett til informasjon, og til å bli hørt i saker som gjelder dem selv. Det fremgår nå av pbrl. § 4-4 (5) at:

«Når barnet er fylt 7 år, og når et yngre barn er i stand til å danne seg egne synspunkter på det samtykket dreier seg om, skal foreldrene, andre som har foreldreansvaret eller barneverntjenesten gi barnet informasjon og anledning til å si sin mening før de avgjør spørsmål om å samtykke til helsehjelp. Det skal legges vekt på hva barnet mener, i samsvar med barnets alder og modenhet. Er barnet fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener.»

¹¹¹ Haugli og Sigurdson i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, kap. 6, tredje avsnitt

¹¹² Prop.75 L (2016-2017) pkt. 3.5.5

¹¹³ Concluding Observations: Norway (2010)

¹¹⁴ Se også Syses kritikk i Syse (2014)

¹¹⁵ Concluding Observations: Norway (2010) avsnitt 24

¹¹⁶ Innst. 361 L (2016-2017) s. 1

Etter ordlyden er det klart at barn har krav på å bli hørt i spørsmål som gjelder egen helse, uavhengig av alder, all den tid barnet er «i stand til å danne seg egne synspunkter på det samtykket dreier seg om», jf. pbrl. § 4-4 (5). Dette er ikke et strengt krav, barnet trenger bare å «ha evnen til å mene noe som har betydning» i en helserettslig sammenheng.¹¹⁷ Dette kan være hvordan barnets smerter føles ut, eller hvor plager sitter. Voksne skal ikke anta at et barn ikke kan gi uttrykk for sine egne oppfatninger, «[t]vert imot skal partene gå ut fra at barnet har evne til å danne seg egne synspunkter, og erkjenne at hun eller han har rett til å gi uttrykk for disse synspunktene.»¹¹⁸ Det må foreligge en konkret vurdering av det enkelte barnet og dets forståelse av situasjonen, men retten til å uttale seg skal senest gjelde fra barnet «er fylt 7 år.» Fra barnet er fylt syv, har det en ubetinget rett til å få uttale seg i spørsmål om samtykke til helsehjelp.¹¹⁹

En av forutsetningene for at en pasient skal kunne høres, er imidlertid at pasienten har fått «nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen», jf. pbrl. § 4-1 første ledd andre setning. Retten til å medvirke og retten til å bli hørt henger tett sammen. Retten til å medvirke må imidlertid tilpasses den enkelte pasients «evne til å gi og motta informasjon», jf. pbrl. § 3-1 første ledd, tredje setning, og skal tilpasses blant annet mottakerens «individuelle forutsetninger, som alder [og] modenhet», jf. pbrl. § 3-5 første ledd. Der hvor barnet er pasient, og er «i stand til å danne seg egne synspunkter» skal de «gis informasjon og høres», jf. pbrl. § 3-1 (1) fjerde setning. Barn skal dermed få medvirke og høres så langt dette er mulig, men det vil også være naturlig at også pårørende trer inn i pasientens rettigheter. Dersom pasienten er under 16 år, skal både pasienten og den eller de med foreldreansvaret få informasjonen, jf. pbrl. § 3-4 (1). Barn har krav på informasjon uavhengig av sin alder, men opplysningene må gis «i samarbeid med [den eller de med foreldreansvar] og i en form som er tilpasset barnets alder og utvikling».¹²⁰ Selv om barnet skal få informasjon og har rett til medvirkning, er det fremdeles de med foreldreansvar som kan samtykke. Spesielt for de yngre barna, er det viktig at personen som har omsorgen for dem får god informasjon for å kunne følge opp barnet og ta vare på dem på tilstrekkelig vis, og gjennom dette også oppfylle pliktene som følger med foreldreansvaret.¹²¹

¹¹⁷ Sandberg i *Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020)* s. 108

¹¹⁸ Generell kommentar nr. 12 til FNs barnekonvensjon (2009) avsnitt 20

¹¹⁹ IS-2015-8, kommentar til pbrl. § 4-4

¹²⁰ IS-2015-8, kommentar til pbrl. § 4-1

¹²¹ IS-2015-8, kommentar til pbrl. § 4-1

Hvor mye vekt barnets mening skal få, vil være varierende ut fra barnets «alder og modenhet». Barn utvikler seg i ulikt tempo, og en «standard-grense» på når alle barn kan oppfatte og prosessere informasjon, er derfor ugunstig. FNs barnekomité har uttalt at ««[b]arn, også små barn, skal involveres i beslutningsprosessene, på en måte som er i samsvar med deres gradvise utvikling. De skal informeres om foreslåtte behandlinger og hvordan disse behandlingene virker, og denne informasjonen skal også gis i et format som er hensiktsmessig og tilgjengelig [...]».¹²² Altså skal alle barn, selv svært unge, få en rett til å uttale seg og få informasjon.

Ved å innta en slik hjemmel i spesiallovgivningen, har barnets rettsstilling i helserettslige saker blitt styrket. Selv om både Grunnloven, barnekonvensjonen og barneloven oppstilte prinsippet om barnets rett til å uttale seg tidligere, hang pasient- og brukerrettighetsloven etter. Lovendringen medførte dermed en samsvarende aldersgrenseregulering i de overnevnte lovene, og har blant annet styrkets barnets rettsstilling i møte med helsepersonell, som det er rimelig å anta har større kunnskap om pasient- og brukerrettighetsloven enn eksempelvis barnets rettigheter etter barnekonvensjonen.

Der hvor foreldrene er uenige om helsehjelpen til barnet, er barnets rett til å bli hørt er et særlig viktig element. Helsepersonellet har fått en særlig oppfordring til å ta barnets subjektive oppfatning av egen situasjon i betraktning ved vurdering av behandling. Fordi helsepersonellet er gitt en skjønnsmargin i sin vurdering av pbrl. § 4-4 tredje ledd, vil i alle fall denne bestemmelsen åpne opp for en større vektlegging av barnets egne meninger og behov, i den totale vurderingen. Foreldrenes oppgave er på sin side å ivareta barnets beste interesser, jf. bl. § 30 første ledd, og gi barnet omsorg og omtanke. Hvis barnet er tydelig på hvilken form for behandling det selv ønsker, og barnet i tilstrekkelig grad forstår hva valget går ut på, bør dette også være styrende for de uenige foreldrene. Dersom det er snakk om særlig inngripende helsetiltak, kan dette også tilsi at barnets mening skal vektlegges i større grad, fordi barnet vil i disse situasjonene føle enda mer på behandlingsmetodene som benyttes. Samtidig må det i hvert tilfelle vurderes hva barnet forstår i situasjonen, og om barnet har tilstrekkelig innsikt i hva ulike behandlingalternativer vil innebære. De aller yngste barna vil kanskje ikke forstå hva behandlingen innebærer. Hvis foreldrene er uenige om behandling til eksempelvis en to-åring, vil sannsynligvis barnets mening måtte tillegges mindre vekt enn dersom foreldrene er uenige om behandling til en ti-åring. Uavhengig av

¹²² Generell kommentar nr. 12 til FNs barnekonvensjon (2009) avsnitt 100

dette, skal det styrende være barnets beste interesser, og barnet skal gis de beste fremtidsutsikter gjennom behandling.

5 Avsluttende bemerkninger

Ut ifra det som er gjennomgått vil avgjørelsen om et barn skal motta helsehjelp være et samarbeidsprosjekt for foreldrene i mange tilfeller, hvor det avgjørende hensynet til enhver tid skal være hva som er til barnets beste. Den eller de som har foreldreansvaret har den reelle samtykkekompetansen for barn under 16, jf. pbrl. § 4-4 første ledd, samtidig som barnet skal få si sin mening, og høres i samsvar med alder og utvikling, jf. pbrl. § 4-4 femte ledd. Enkelte avgjørelser kan en av foreldrene fatte uten samtykke fra den andre, dersom det dreier seg om mindre inngripende tiltak, jf. pbrl. § 4-4 annet ledd. Til slutt kan også helsepersonellens profesjonelle vurdering få vekt, da med tanke på unntaket som følger av pbrl. § 4-4 tredje ledd.

Unntaksbestemmelsene i pbrl. § 4-4 annet og tredje ledd, er i utgangspunktet ønskede endringer som ble inntatt i loven. Annet ledd synes å være gitt i et praktisk øyemed. Nettopp fordi Norge ønsker likestilling av foreldreskapet og et økt foreldresamarbeid, må det tilrettelegges for slikt foreldresamarbeid på en måte som kan gjennomføres i praksis. Ved å gi en forelder anledning til å utøve sin omsorgsplikt overfor barnet uten å involvere den andre foreldrene i de mindre sakene, lettes det på mengden fellesskap som kreves. Dette vil være gunstig i manges familiesituasjon i dag, og vil være til fordel for mange foreldre og barn. Tredje ledd synes å ha funksjon som sikkerhetsventil i tilfeller hvor det eksempelvis er umulig å få foreldrene til å samarbeide, og barnet trenger helsehjelp for å ikke få varige mén. Det er viktig å anerkjenne at det i noen familier er svært krevende og konfliktfylte forhold, og hjemler som er ment å sikre barnets rett på helsehjelp i disse tilfellene, må sies å være i tråd med hensynet til barnets beste. Foreldrekonflikt skal i utgangspunktet ikke kunne stoppe barnet fra å motta helsehjelpen det har krav på. Et overhengende spørsmål er imidlertid hvorvidt pbrl. § 4-4 er utformet på en måte som gjør at barnets rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt der foreldrene ikke er enige.

En gjennomgående svakhet ved pbrl. § 4-4 kan synes å være de uklare og skjønnsmessige grensene som oppstilles for både foreldrene og helsepersonellet i spørsmålet om *når* det er tilstrekkelig med samtykke fra en av foreldrene. Det fremstår uklart hvor store beslutninger en forelder kan fatte alene i spørsmål om helsehjelp som en «del av den daglige og ordinære omsorgen for barnet», jf. pbrl. § 4-4 annet ledd. Det samme gjelder i spørsmålene om hva som er «nødvendig» for at barnet ikke tar skade etter pbrl. § 4-4 tredje ledd. Helsepersonell har

kompetanse i helsefaglige spørsmål og forsvarlig yrkesutøvelse, og har dermed et godt grunnlag for å vurdere forsvarligheten av å ikke iverksette et bestemt tiltak for barnet. Lite tilgjengelig praksis og fravær av presiserende retningslinjer gjør det imidlertid krevende å ta stilling til hvordan disse skjønnsmessige spørsmålene skal løses for både helsepersonell og foreldre, til tross for deres viktige karakter. Det er avgjørende å vite hvordan loven skal tolkes og anvendes, og hvilke rettigheter en forelder har til å samtykke alene, spesielt i konfliktsituasjon hvor den andre forelderen kan tilbakeholde sitt samtykke som et ledd i en pågående foreldrekonflikt. En måte å avhjelpe dette problemet på, hadde vært om det eksisterte tydelige veiledere for helsepersonell og deres rolle i en uenighet mellom foreldre. Dersom det hadde vært mer tilgjengelig praksis knyttet til spørsmålet, ville dette også kunnet bidra til større klarhet, eller i det minste satt en form for presedens for videre saker.

Det vil alltid finnes situasjoner der foreldre med felles foreldreansvar ikke evner å enes. Et spørsmål som også kan dukke opp, er hvordan man løser spørsmålet dersom ingen av unntakshjemplene kommer til anvendelse. Dette vil være i en situasjon hvor helsehjelpen som kreves er mer enn hva en forelder kan samtykke til alene som «del av den daglige og ordinære omsorgen» etter pbrl. § 4-4 annet ledd, men hvor helsehjelpen ikke når opp til terskelen for hva som er «nødvendig» for at ikke barnet skal ta skade etter pbrl. § 4-4 tredje ledd. Det er klart at man i disse sakene skal falle tilbake på hovedregelen om at begge foreldrene skal samtykke etter pbrl. § 4-4 første ledd.

Et eksempel kan være en situasjon hvor et barn har tilbakevendende infeksjoner i luftveiene.¹²³ En løsning på problemet kan være å fjerne barnets mandler, samtidig som infeksjonene også kan behandles mer konservativt gjennom smertelindring og et ønske om at kroppens eget immunforsvar etter hvert skal stoppe infeksjonene. En forelder vil etter pbrl. § 4-4 annet ledd kunne ta med barnet til legen for å få smertelindrende behandling, men dersom barnet skal operere, er dette typisk et tilfelle som krever samtykke fra begge foreldrene. Tilbakevendende infeksjoner virker imidlertid ikke å være nok til å utløse unntaket i pbrl. § 4-4 tredje ledd, slik at dersom en av foreldrene motsetter seg operasjon, vil ikke denne kunne gjennomføres. For forelderen som mener infeksjonene er en byrde for barnet, vil det være smertefullt å være vitne til barnets sykdom, og ikke kunne gjøre det som er mulig for å forhindre dette. Samtidig står forelderen i en posisjon hvor det vil være opp til hun eller han

¹²³ Eksempelet er hentet fra Haugli og Sigurdsen i *Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020)*, kap. 4.1

selv å få et samtykke fra den andre forelderen. At dette kan virke tyngende for både forelderen som ønsker operasjonen og barnet selv som må leve med de tilbakevendende infeksjonene, er klart. At dette videre skal være opp til foreldrene selv å diskutere, kan være krevende dersom det ikke allerede er grunnlag for et godt foreldresamarbeid.

Det fremstår ikke som at det er mange foreldre som har klaget inn beslutninger som er fattet etter pbrl. § 4-4 tredje ledd.¹²⁴ Dette kan tilsi at lovverket er utformet på en måte som fanger opp tilfellene i tråd med lovgivers intensjon. Samtidig er endringene relativt nye, og helsepersonellet har også jobben med å informere foreldrene om en potensiell klageadgang i sakene. Det er ikke nødvendigvis gitt at helsepersonell har mottatt tilstrekkelig informasjon om lovendringene. Informasjon om klageadgang vil ofte legges ved i skriftlige vedtak i annen offentlig forvaltning. Vurderinger om helsehjelp er mer typisk beslutninger som foretas på stedet. Dersom ikke helsepersonellet er klar over at foreldre skal informeres om klageadgang, er det ikke nødvendigvis slik at alle kjenner sin rett. Organer som Pasient- og brukerombudet eksisterer i disse tilfellene som en veiledende instans som kan besvare spørsmål. Samtidig er det krevende å ha spørsmål om noe man ikke vet eksisterer. Det er ikke gitt at de mer ressurssvake foreldrene forstår eller kjenner rettighetene til seg eller barnet godt nok, og kan forsøke å innhente informasjon andre steder.

Rettsikkerhetshensyn er gjennomgående understreket i forarbeidene til helselovgivningen, som har et mål om å styrke pasientenes rettsstilling. Barns rettsstilling er i samtykkespørsmålet svakere enn voksne som følge av avhengighetsforholdet barnet har til foreldrene. Samtidig er barnets rettsikkerhet styrket gjennom lovfesting av retten til å bli hørt i pbrl. § 4-4 femte ledd. I en situasjon der foreldrene er uenige om hva slags helsehjelp som skal gis til et barn, kan man stille spørsmål ved hvem som skal ta barnets side og beskytte dem. Der hvor helsehjelpen vurderes gitt etter pbrl. § 4-4 tredje ledd, har helsepersonellet fått en stor oppgave i å være forkjemperen for behandlingen som er til barnets beste. Dette må i utgangspunktet sies å være forsvarlig, da det er helsepersonellet som har den faglige bakgrunn for å vurdere risikoen ved å enten gi eller ikke gi helsehjelpen. Helsepersonell foretar stadig vurderinger i arbeidshverdagen sin, og selv om det er et visst ansvar å legge på helsepersonellet, er det en naturlig side ved jobben. Det kan imidlertid eksistere en risiko for at det foreligger ulike oppfatninger av hva som vil være «nødvendig for at barnet ikke skal ta skade», jf. pbrl. § 4-4 tredje ledd. Dette kan medføre en uforutsigbarhet for både barnet og

¹²⁴ Se eksempelvis *Syse (2015)* s. 433

foreldrene, spesielt dersom det er tvilsomt hvilken behandling som vil medføre det beste resultat.

5.1 Ivaretagelsen av barnets beste

At barnet skal bli hørt i tråd med pbrl. § 4-4 femte ledd krever at de som møter barnet også har en tilstrekkelig evne til å kommunisere med barnet på deres nivå. Barn kan være redde i møte med helsevesenet, og ofte er det behov for å tilpasse kommunikasjonsformen på en måte som gjør at det enkelte barn får anledning til å gi uttrykk for sine tanker. En del helsepersonell har spesialisert seg innenfor arbeid med barn, men det er ikke rimelig å forvente at alt helsepersonell et barn kommer i kontakt med har denne kompetansen. I eksempelvis barnevernssaker, vil et stort flertall av de barnet møter være mennesker med spesiell faglig kunnskap tilknyttet barn, som også gjør at deres evner til å kommunisere med barn kan være bedre. Den samme kompetansen er ikke å forvente hos alt helsepersonell. Barnekomiteen har uttalt at for å oppfylle forpliktelsene etter barnekonvensjonen, må medlemsstatene sørge for å gi opplæring i konvensjonens art. 12 og «dens anvendelse i praksis for alle fagpersoner som arbeider med og for barn.»¹²⁵ Dette vil også inkludere helsepersonell, og staten plikter således å gi opplæring i barnets rett til å bli hørt i helserettslige spørsmål. Hvorvidt dette er gjennomført på en tilstrekkelig måte i dag, er det vanskelig å si, men barns rett til å bli hørt i beslutninger om helsehjelp tilsier klart at helsepersonell bør få en særlig innføring i hvordan barn skal høres i helsesaker. Dersom barnet blir hørt på en god måte, vil helsepersonellet få innblikk i konsekvensene helseplagene har for barnet; Eksempelvis dersom et barn har sterke smerter over en lang periode og dette går utover barnets konsentrasjon i skolen eller at det ikke orker å være med venner, gå på fotballtrening og liknende. At barnet høres i spørsmål om helsehjelp er dermed et viktig element i å ivareta barnets beste.

Et annet perspektiv i spørsmålet om hva som er til barnets beste, er hvorvidt det er forsvarlig å tillegge barnet et for stort ansvar for egen situasjon. Det kreves en balansegang mellom hva barnet evner å oppfatte og hva barnet har godt av å oppfatte og tillegges et ansvar for i eget liv. Samtidig vil det være problematisk å anlegge en for beskyttende holdning overfor barnet, da dette igjen kan medføre at barnet mister sin rett til å medvirke. Derfor er det spesielt viktig at barnets rett til å bli hørt ivaretas på en mest mulig tilpasset måte for det enkelte barn.

¹²⁵ Generell kommentar nr. 12 til FNs barnekonvensjon (2009) avsnitt 49

Dersom et barn har foreldre som er uenige om helsehjelp, *kan* det i noen tilfeller også være skremmende for barnet å si sin mening. Dersom forelder A gir tydelig uttrykk for å ikke ønske en bestemt type behandling for barnet, og forelder B gjør det motsatte, er ikke dette en enkel situasjon for et barn å navigere, uavhengig av alder. Barn er sårbare, og vil gjerne være klar over foreldrekonflikter, uten at foreldrene nødvendigvis har ønsket at barnet skal ta del i konflikten. I denne situasjonen bør barnet vernes mot foreldrekonflikten, men ikke mot retten til å medvirke. Barnet har også en selvstendig rett til nødvendig helsehjelp etter pbrl. § 2-1 a andre ledd. Hvem som skal ta ansvaret for dette der foreldrene er oppslukt i egen konflikt, er imidlertid uklart.

Som Molven poengterer, fremmes det få saker om helsejus for domstolene.¹²⁶ I de få sakene som har vært oppe for domstolene, hvor pbrl. § 4-4 har vært inntatt i premissene, har dette vært i tvister som gjelder spørsmål om foreldreansvaret.¹²⁷ Den ytterste konsekvens av et dårlig foreldresamarbeid, vil være for en av foreldrene å ta saken til retten for å få foreldreansvaret alene, slik at ikke den andre forelder lenger må involveres i spørsmålet om samtykke. Det kan være flere underliggende faktorer i spill dersom en uenighet om samtykke til helsehjelp for barn medfører en stor og langvarig konflikt, og at dette trekker i retning av at en god løsning for alle parter er at en av foreldrene får foreldreansvaret alene. Samtidig kan dette virke som en uforholdsmessig løsning, dersom konflikten bare dreier seg om helsehjelp, og annet samarbeid går fint.

5.2 Rettspolitiske betraktninger

En pågående rettspolitisk diskusjon er hvordan foreldrekonflikter knyttet til helsehjelp for barn skal løses når foreldre som har felles foreldreansvar ikke evner å samarbeide. I og med fellesskapet som er knyttet til det felles foreldreansvaret, avhenger en rekke avgjørelser i barnets liv på hvorvidt foreldrene klarer å komme til enighet. I mange tilfeller vil dette ikke være et stort problem, foreldrene evner å se barnets behov, og finne gode løsninger. Det er imidlertid ikke en realitet for alle.

En potensiell situasjon som ikke synes løst i dag er imidlertid konflikt mellom foreldre til kronisk syke barn. Dette var også situasjonen jeg så i JURK. Eksempelvis der et barn har en

¹²⁶ Molven (2015) s. 32

¹²⁷ Se eksempelvis dommen i RG-2012-1331

autismespekterforstyrrelse. Dette krever nøye oppfølging i helsevesenet gjennom barnets liv. Helsepersonell kan foreslå justeringer i medisiner, eller forsøk på nye behandlingsmåter for å gjøre barnets liv lettere. Konflikt i utøvelsen av det felles foreldreansvar i disse sakene, kan være krevende. Medisinsk er dette et felt i utvikling, og det kan være stor uenighet både blant foreldre og helsepersonell i hvilken behandlingsform som er mest effektiv. For klientene i JURK var i tillegg situasjonen ofte preget av en skjev maktbalanse, hvor mor fortalte at eksmannen var fysisk eller psykisk voldelig, og samarbeidet ble ekstra belastende. For klientene var ofte spørsmålene knyttet til helsehjelp som var for inngripende til at mor kunne samtykke alene etter pbrl. § 4-4 annet ledd, men ikke av en så alvorlig grad at de nådde opp til terskelen etter pbrl. § 4-4 tredje ledd. Mor opplevde dette som svært tyngende, da hun til stadighet måtte forholde seg til sin tidligere voldsutøver i forbindelse med barnets behandling. For disse klientene var det ikke en reell mulighet å falle tilbake på et godt samarbeid, for å sikre barnets beste interesser. Flere av klientene hadde blitt veiledet i å ta saken til retten for å få foreldreansvaret alene. Dette stemmer overens med det som ble løsningen i dommen i RG-2012-1331, hvor flertallet kom til mor skulle ha foreldreansvaret alene, her spesielt med tanke på sønnens autismespekterforstyrrelser og dermed et større krav til samarbeid mellom foreldrene i konflikt.

Det er både økonomisk og emosjonelt belastende å gjennomgå en domstolsprosess, og det er ikke gitt at alle har ressurser eller styrke til dette. Pbrl. § 4-4 annet og tredje ledd har imidlertid gått langt i å regulere situasjoner om helsehjelp basert på et praktisk behov i samfunnet for gode løsninger. Antagelig vil det ikke være alt for mange situasjoner som oppstår hvor foreldrene er i konflikt, og dette vil gå på bekostning av barnets rett til helsehjelp. Men, all den tid dette fremdeles kan være en konflikt som oppstår, spesielt der barnet har en kronisk sykdom, er det et tomrom i dagens lovgivning. Samtykkebasert helsehjelp med like rettigheter for begge foreldrene er et godt ideal, men vil for noen være umulig å oppnå.

I tillegg kan det nevnes at hensynet til barnets beste er nedfelt som et eget prinsipp i store deler av nasjonal lovgivning som angår barn. Det er imidlertid ingen klar bestemmelse i pasient- og brukerrettighetsloven som angir at barnets beste skal legges til grunn for vurderingen. Selv om prinsippet skal komme til anvendelse som følge av både Grl. § 104 og Norges inkorporering av barnekonvensjonen i menneskerettighetsloven, jf. mrl. § 2 nr. 4, jf. § 3, er det ikke gitt at helsepersonell og foreldre kjenner til dette. Barnet har ingen formell

samtykkekompetanse, men det er også barnet som vil føle på både den fysiske og psykiske belastningen behandlingen kan medføre. Dette fordrer et sterkt fokus på barnet selv i helsehjelpsprosessen. Lovgiver burde derfor etter min oppfatning lovfeste hensynet til barnets beste i pbrl. § 4-4, for å tydeliggjøre dets vekt i de helserettslige spørsmålene. Ved praktisering av helsehjelp for barn bør det komme tydelig frem hvordan hensynet skal vektlegges, for å sikre barnets rett til nødvendig helsehjelp enda bedre.

6 Litteraturliste

Norske lover

Grunnloven	Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (GrL.)
Barnelova	Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (bl.)
Barnevernloven	Lov av 17. juli 1992 om barneverntjenester (bvl.)
Smittevernloven	Lov av 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smvl.)
Menneskerettsloven	Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.)
Psykisk helsevernloven	Lov av 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (phvl.)
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov av 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pbrl.)
Helsepersonelloven	Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (hpl.)

Vergemålsloven

Lov av 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vgml.)

Norske forarbeider

Ot.prp. nr. 62 (1979-1980)

Om lov om barn og foreldre (barneloven)

NOU 1992: 8

Lov om pasientrettigheter

Ot.prp. nr. 56 (1996-1997)

Om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)

Om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999)

Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)

Om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

NOU 2008: 9

Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær

Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)	Om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)
Dok. nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Innst. 169 S (2012-2013)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Prop. 161 L (2015-2016)	Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap)
Prop.75 L (2016-2017)	Endringer i pasient- og brukarrettslova, helsepersonellova m.m. (styrking av rettsstillinga til barn ved yting av helse- og omsorgstenester m.m.)

Internasjonale kilder

Barnekonvensjonen	Convention on the Rights of the Child, 20 november 1989 (trådt i kraft 2. september 1990)
Generell kommentar nr. 12 til FNs barnekonvensjon (2009)	Konvensjonen om barnets rettigheter, <i>Generell kommentar nr. 12</i> , 2009, CRC/C/GC/12, 20. juli 2009

Concluding Observations: Norway (2010) Convention on the Rights of the Child, *Concluding observations: Norway*, 2010, CRC/C/NOR/CO/4, 29.
Januar 2010

Domsregister

RG-2012-1331

Rundskriv

IS-2015-8 Rundskriv fra Helsedirektoratet, Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, publisert 21.04.2015, sist endret 16.11.2021

Juridisk litteratur

Befring i Befring, Hirst, Ohnstad og Paulsrud (2019) Befring, Anne Kjersti, «Grunnleggende verdier og perspektiver på helseretten» i Befring, Anne Kjersti (red.), Hirst, Marion (red.), Ohnstad, Bente og Paulsrud, Kari, *Helserett i et nøtteskall*, 1. utg., Gyldendal 2019, s. 32-56

Haugli og Sigurdsen i Schütz, Aarli og Aasen (red.) (2020) Haugli, Trude og Sigurdsen, Randi, «Om foreldreansvar og barns rett til helsehjelp» i *Likestilling, barn og velferd; Rettsfelt i utvikling: til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen*, Schütz, Sigrid,

E., Aarli, Ragna, og Aasen, Henriette, S. (red.),
Gyldendal, 2020, lest på Rettsdata.no

Haugli i Høstmælingen, Kjørholt
og Sandberg (red.) (2020)

Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste» i
Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og
Sandberg, Kirsten (red.), *Barnekonvensjonen – Barns
rettigheter i Norge*, 4. utg., Universitetsforlaget 2020,
s. 55-78

Kvalø og Köhler-Olsen (2016)

Kvalø, Kirsten, K. og Köhler-Olsen, Julia, *Barnerett
i et nøtteskall*, 1. utg., Gyldendal Juridisk 2016

Molven (2015)

Molven, Olav, *Helse og jus*, 8. utg., Gyldendal, 2015

Sandberg i Høstmælingen, Kjørholt
og Sandberg (red.) (2020)

Sandberg, Kirsten, «Barns rett til å bli hørt» i
Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge,
Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og
Sandberg, Kirsten (red.), 4. utg., Universitetsforlaget
2020 s. 98-130

Smith i Høstmælingen, Kjørholt og
Sandberg (red.) (2020)

Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnet» i
Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge,
Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og
Sandberg, Kirsten (red.), 4. utg., Universitetsforlaget
2020 s. 19-33

- Syse (2015) Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. reviderte utg., Gyldendal 2015
- Aasen og Halvorsen i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2020) Aasen, Henriette S. og Halvorsen, Marit, «Barns rett til den høyest oppnåelige helsestandard» i *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Høstmælingen, Njål, Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten (red.), 4. utg., Universitetsforlaget 2020 s. 208-230
- Aasen (2000) Aasen, Henriette, S., *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 1. utg., Fagbokforlaget 2000

Artikler i tidsskrift

- Syse (2014) Syse, Aslak, *Barns rett til medvirkning på helserettens område*, publisert i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, vol. 12 (3), 2014 s. 173-177

Nettsider

Helsedirektoratet.no, § 4-4 *Samtykke på vegne av barn*, IS-2015-8 (Helsedirektoratets rundskriv til pbrl. § 4-4), også tilgjengelig på lovdata.no
<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/pasient-og-brukerrettighetsloven-med-kommentarer/samtykke-til-helsehjelp/samtykke-pa-vegne-av-barn>

Regjeringen.no, *Helsedirektoratet*, informasjonsside om Helsedirektoratets myndighet (lest 22.04.2022)

<https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/etater-og-virksomheter-under-helse--og-omsorgsdepartementet/underliggende-etater/helsedirektoratet/id213297/>