AARHUS UNIVERSITY

Coversheet

This is the accepted manuscript (post-print version) of the article.

Contentwise, the post-print version is identical to the final published version, but there may be differences in typography and layout.

How to cite this publication

Please cite the final published version:

Naur, E. (2017). Servicelovens magtanvendelsesregler og voksnes samtykkekompetence: Afgrænsning af personkredsen efter servicelovens § 124a. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017(2-3), 133-159. DOI: 10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-01

Publication metadata

Title:	Servicelovens magtanvendelsesregler og voksnes samtykkekompetence: Afgrænsning af personkredsen efter servicelovens § 124a
Author(s):	Naur, E.
Journal:	<i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i> , 2017(2-3), 133-159
DOI/Link:	https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2017-02-03-01
Document version:	Accepted manuscript (post-print)

General Rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognize and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Serviceovens magtanvendelsesregler og voksnes samtykkekompetence

Afgrænsning af personkredsen efter serviceovens § 124a

Af adjunkt ph.d. Eva Naur, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Artiklen analyserer spørgsmålet om samtykkekompetence ved modtagelse af pleje og omsorg samt anvendelse af hjælpemidler, der griber ind i ellers beskyttede rettigheder til privatliv, bevægelsesfrihed m.m. hos voksne med betydeligt og varigt nedsat psykisk funktionsevne. Herunder behandles spørgsmålet om, hvorvidt en person kan være kompetent til at give sit samtykke til et indgreb, som vedkommende ikke anses for at være kompetent til at sige nej til, og betydningen af fornuftsevnen og viljesdogmet på dette særlige retsområde klarlægges.

Nøgleord: socialret, personret, forvaltningsret, samtykke

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	2
2	Faktisk forvaltningsvirksomhed og spørgsmålet om retliggørelse	2
3	Behovet for samtykke	4
4	Omsorgspligten som løsning?	5
5	Personkredsen, der kan anvendes magt over for	5
5.1	Personer, der ikke samtykker – formodningen om samtykkekompetence	6
6	Samtykke- og beslutningskompetence i anden lovgivning	7
6.1	Værgemålsloven og fremtidsfuldmagter	8
6.2	Aftaleloven og Danske Lov	8
6.3	Arveloven	11
6.4	Sundhedsloven	11
6.5	Konklusion vedrørende samtykke- og beslutningskompetencen i anden lovgivning	11
7	Samtykkekompetence på serviceovens område	12
8	Betydningen af viljesdogmet og forvaltningsrettens saglighedskrav	13
8.1	Viljesdogmet og respekt for den enkeltes kognitive evner	14
8.2	Saglighedskravet	15
9	Konklusion	17
	Litteraturliste	19

1 Indledning

I takt med at stadig flere voksne lever længere og længere med nedsat psykisk funktionsevne som resultat af eksempelvis hjerneskader, demens og udviklingshæmning, udvikles der flere og flere hjælpemidler, der har overvågende, adfærdsregulerende og intervenierende karakter, og disse hjælpemidler ønskes i stigende grad anvendt i omsorgsarbejdet på grundlag af den enkelte demente, udviklingshæmmede eller hjerneskadedes samtykke.

Med servicelovens frivillighedsprincip forudsættes desuden en form for samtykke eller frivillig medvirken til levering af de ydelser, den enkelte er visiteret til. Men regelsættet i serviceloven giver ikke en klar afgrænsning mellem de personer, der kan samtykke til at modtage hjælpen, og de personer, der ikke kan. Spørgsmålet om omfanget af samtykkekompetencen må derfor besvares med udgangspunkt i reglerne for indgreb i den enkeltes beslutningskompetence kombineret med dansk rets øvrige regler om beslutningskompetence.

I nærværende artikel behandles den voksnes mulighed for frivilligt at samtykke til at modtage hjælp i hverdagen efter en bevillingsafgørelse, selvom vedkommende lider af det, der i formueretten kaldes «fornufts mangler» – her defineret som voksne, der er omfattet af personkredsen i den danske servicelovs § 124a, der primært omfatter demente, udviklingshæmmede og hjerneskadede.¹ En personkreds, hvis beslutninger i nogle tilfælde kan tilsidesættes gennem anvendelse af magtanvendelsesreglerne i servicelovens §§ 125–129, samtidig med at lovgivningen forudsætter, at de grundlæggende er beslutningskompetente.

Man har i dansk socialret gjort op med fornuftsevnen som grundlag for at skelne mellem samtykkekompetente og ikke-samtykkekompetente voksne vedrørende det, der defineres som «helt personlige forhold». Den enkelte forventes med andre ord at være samtykkekompetent vedrørende disse helt personlige forhold, selvom den hjælp eller de hjælpemidler, man ønsker at anvende på baggrund af et samtykke, ofte griber ind i så private forhold, at der normalt er et skærpet hjemmelskrav for anvendelsen.

Samtidig med denne forventning om samtykkekompetence er det indiskutabelt, at persongruppen i § 124a ofte har fornufts mangler, som vil afskære dem fra at kunne indgå formueaftaler eller skrive testamente, og de er i udpræget grad afhængige af myndighedernes hjælp og støtte.

2 Faktisk forvaltningsvirksomhed og spørgsmålet om retliggørelse

Forvaltningsretten skelner traditionelt mellem afgørelsesvirksomhed og faktisk forvaltningsvirksomhed, hvor afgørelsesvirksomheden er lovreguleret i højere grad end den faktiske forvaltningsvirksomhed.²

I den forvaltningsretlige teori har spørgsmålet om aftaler primært været behandlet i forbindelse med behandlingen af reglerne for myndighedernes afgørelsesvirksomhed, og man skelner mellem situationer, hvor myndighederne agerer som afgørelsesmyndigheder, men alligevel forsøger at lave aftaler med borgerne, og situationer, hvor myndighederne agerer på privatretligt område som lejer, udlejer, arbejdsgiver eller sælger af fast ejendom. Fokus har i den forvaltningsretlige teori været på myndighedens rolle og adgang til at agere som aftale-

1. Lovbekendtgørelse 17. november 2015 nr. 1284 om social service.

2. Jens Garde mfl., *Forvaltningsret: Almindelige emner*, 5. udg., København 2009 s. 89 ff. Se om udfordringerne ved denne opdeling bl.a. Carsten Henriksen, *Retssikkerhed og moderne forvaltning*, København 1997 s. 157 ff.

part, og man har forudsat, at borgeren på sin side var en kompetent aftalepart, som dog skulle beskyttes mod risikoen for myndighedens magtmisbrug. Dermed har spørgsmålet om borgere-ns afhængige position og de deraf afledte problemer været central for behandlingen af myndighedens adgang til at agere aftalepart, og netop den afhængige position har været årsag til, at adgangen til at erstatte forvaltningsafgørelser med aftaler opfattes som snæver, idet en række af de retssikkerhedsgarantier, der omgærder forvaltningsafgørelsen, ikke harmonerer med aftaleformatet.³

Flere af de hensyn, der har været udslagsgivende for den begrænsede adgang til at erstatte myndighedsafgørelser med aftaler, er tilsvarende relevante ved vurderingen af adgangen til at samtykke til den faktiske levering af en bestemt ydelse, men her er borgeren ikke beskyttet på samme måde som ved den indledende bevillingsafgørelse. Manglen på beskyttelse af borgere-ns retssikkerhed i forbindelse med faktisk forvaltningsvirksomhed er ikke et ukendt problem, og det har været diskuteret i den juridiske litteratur, om afgørelsesbegrebet kan fortolkes udvidende, så retssikkerhedsbeskyttelsen fra afgørelsesvirksomheden automatisk udstrækkes til at dække den faktiske forvaltningsvirksomhed.⁴ I nærværende artikel fortolkes afgørelsesbegrebet snævert i overensstemmelse med den traditionelle fortolkning. Med baggrund i den snævre forståelse af afgørelsesbegrebet er bevillingen af en omsorgs- og plejeydelse en afgørelse, og leveringen af ydelsen er i udgangspunktet faktisk forvaltningsvirksomhed. Men i det omfang, der gribes ind med magt, anses indgrebsbeslutningen som en yderligere afgørelse.⁵ Allerede af den grund påkalder leveringen af hjælp til borgere med fornuftsmangler sig interesse fra et juridisk perspektiv, idet måden, hjælpen leveres (og præsenteres) på, kan vise sig afgørende for, om borgeren accepterer at modtage ydelsen, og den derfor kan leveres som faktisk forvaltningsvirksomhed udelukkende på baggrund af bevillingsafgørelsen – eller om borgeren nægter at modtage ydelsen, hvorefter den kun kan leveres med tvang og skal leve op til et yderligere hjemmels- og afgørelseskrav.

Leveringen af ydelser i form af faktisk forvaltningsvirksomhed på det sociale område bygger på forvaltningsrettens grundlæggende forventning om, at borgeren forud for bevillingen af ydelsen har ansøgt om den, og at borgeren derfor også ønsker at modtage ydelsen – alt sammen afledt af en grundlæggende forventning om (fornuftsbaseret) stillingtagen fra borgerens side.⁶ Dette er dog ikke altid tilfældet, når man leverer omsorgs- og plejeydelser til voksne med fornuftsmangler.

Det har ofte været diskuteret, om man overhovedet skal regulere (og dermed diskutere) den faktiske forvaltningsvirksomhed retligt, eller om udførelsen af forvaltningsopgaver skal holdes uden for den retlige regulering og de facto overlades til de fagprofessionelles skøn i det omfang, der ikke træffes afgørelser om tvang.⁷ Til dette skal det her blot bemærkes, at

-
3. Sten Bønsing, *Almindelig Forvaltningsret*, 2. udg., København 2012, Garde mfl., 2009, Bettina Lemann Kristiansen, *Pantefogderne og deres retsanvendelse i retssociologisk belysning*, København 2001 s. 204 ff., Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten med særligt henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*, Skrifter fra Det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, København 1974, samt Poul Andersen, «Misbrug af Administrationens frie Skøn i det Offentliges finansielle Interesse», UfR 1934 B s. 17 ff., særligt s. 25.
 4. Se herom Helle Bødker Madsen, *Privatisering og patientrettigheder*, København 2010, særligt kap. 11.
 5. Helle Bødker Madsen sammen med Jens Garde, *Psykiatritret*, København 2013 s. 69.
 6. Kirsten Ketscher, *Socialret: Principper, rettigheder, værdier*, 3. udg., København 2008 s. 31, Mathiassen, 1974 s. 122.
 7. Diskussionen omtales eksempelvis hos Garde mfl., 2009 s. 103 ff.

området allerede *er* reguleret retligt i sit udgangspunkt gennem frivillighedskravet, og spørgsmålet bliver derfor i højere grad, hvor fintmasket den afledte regulering skal være, snarere end *om* der skal ske en regulering. Ønsket om at undgå (øget) retliggørelse er desuden tæt knyttet til forventningen om borgerens gennemgående ønske om at modtage ydelsen. Derved bygger ønsket om at friholde fra regulering i vidt omfang på den forudsætning, at borgeren er i stand til at aftale sig frem til en løsning af opgaven, som han eller hun er tilfreds med inden for de rammer, som myndighedens bevillingsafgørelse har skabt, eller er i stand til at klage eller helt fravælge ydelsen. Altså bygger leveringen af ydelser på det sociale område i sit udgangspunkt på en formodning om, at modtageren er kompetent og ligeværdig (nok) til at kunne afbalancere sine interesser over for de fagprofessionelles interesser i at levere ydelsen eller i at levere den på en bestemt måde. Formodningen er måske endda den, at der er sammenfald mellem modtagerens interesser og de fagprofessionelles interesser, som gør det unødvendigt at opstille retssikkerhedsgarantier, der skal beskytte modtageren. Dette er dog ofte langt fra at være en realitet.

For det første har denne persongruppe ikke altid evnerne eller modet til at indgå i en dialog om leveringen af ydelsen, og resultatet vil med Poul Andersens ord let komme til at bero på, «om han [borgeren] er mere eller mindre forskræmt».⁸ Dette problem er så meget desto større, når der er tale om borgere, som ud over afhængigheden af den ydelse, der forhandles om, også er omfattet af personkredsen med fornuftsmangler.

For det andet er der ikke altid sammenfald mellem myndigheders og personales interesse i at levere en professionel (og billig) ydelse og borgerens ønske om ydelsens karakter. Jo snævrere økonomiske rammer de fagprofessionelle skal arbejde inden for, desto sværere bliver det at levere en fagligt forsvarlig hjælp, der også er tilpasset den enkelte borgers individuelle ønsker.

Kort sagt: Jo mere afhængig borgeren er af den fagprofessionelles levering af hjælpen, og jo mindre borgeren selv er i stand til at træffe fornuftsbeslutninger (og eventuelt overveje alternativer eller klage over den leverede hjælp), desto mere bevæger vi os ind på et område, der er præget af de samme beskyttelsesbehov af borgeren som den svage part, som vi kender fra forvaltningsrettens afgørelsesvirksomhed.

3 Behovet for samtykke

Fremvæksten af forskellige hjælpemidler (eksempelvis overvågningsmetoder), hvis anvendelse fordrer hjemmel eller samtykke, fordi de griber ind i private forhold, der er beskyttet mod myndighedsindgreb via et hjemmelskrav, har øget behovet for en klar afgrænsning af den enkeltes samtykkekompetence, eftersom der ofte mangler hjemmelsgrundlag for anvendelsen, og myndighederne derfor må falde tilbage på samtykket som grundlag. Behovet viser sig både som et ønske om at anvende samtykke som det foretrukne grundlag for levering af hjælp i sager, hvor hjælpen ellers kan leveres med tvang, og som et ønske om merhjemmel i sager, hvor hjælpen *ikke* kan leveres med tvang, eller hvor et hjælpemiddel, der letter leveringen af ydelsen, men som griber ind i privatlivet, ikke er forudsat i lovgivningen, og anvendelse uden samtykke dermed ikke er hjemlet.

8. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret: Almindelige emner*, København 1946 s. 453, emnet er også grundigt behandlet hos Mathiassen, 1974 s. 320 ff., og Lemann Kristiansen, 2001, bl.a. kap. 8.

De opgaver, der i praksis ønskes løst på baggrund af en aftalekonstruktion, omfatter alt fra rengøring af hjemmet over fastspænding i bilen på vej til læge, kontrol med borgerens medicindosering (og deraf følgende behov for lås på medicinskabet, som borgeren ikke kan betjene) og til kontinuerlig (og billig) kameraovervågning i plejebolig over kortere eller længere perioder. Aarhus Kommune har eksempelvis med «Projekt Nattero» ønsket at overvåge beboere i kommunale plejeboliger med kameraer, mens de sov.⁹ Og et spørgsmål – til Ankestyrelsens hotline – drejede sig om familiens kameraovervågning af en dement mand og hjemmeplejens adgang til at *tænde* kameraerne på de pårørendes vegne, når de forlod boligen. Familien henviste til den dementes samtykke som grundlag for overvågningen.¹⁰

Lovligheden af sådanne aftaler må vurderes konkret. Lås på medicinskabet omfatter spørgsmål om indgreb i ejendomsretten, mens aftaler om kameraovervågning rejser spørgsmål om myndighedsovervågning og persondatasikkerhed.

Ud over den analyse af grænserne for samtykkekompetencen på et overordnet plan, som nærværende artikel beskæftiger sig med, kalder området altså på en lang række mere konkrete og detaljerede analyser og diskussioner med udgangspunkt i de særlige aftaler, man kunne ønske at indgå med borgere, der modtager hjælp og pleje efter serviceloven, herunder diskussioner om myndighedens rolle som både aftalepart og afgørelsesmyndighed, der er relevant i sager, hvor opgaven kan gennemtvinges efter magtanvendelsesreglerne.¹¹

4 Omsorgspligten som løsning?

Det var et ønske forud for indførelsen af serviceloven, at lovens bestemmelse om omsorgspligt (nu § 82) skulle gøre det overflødigt at diskutere samtykke, idet bestemmelsen klart angiver, at hjælpen kan leveres *uden* modtagerens samtykke. Ankestyrelsen har dog været tilbageholdende med at anvende bestemmelsen som hjemmelsbestemmelse til indgreb i personlige forhold over for borgere, der forholder sig passivt til hjælpen eller indgrebet. Om bestemmelsen kan opkvalificere udtryk for accept hos en borger, der ikke forstår omfanget af et samtykke, og som derfor ikke kan samtykke i klassisk forstand, er ikke prøvet ved klageinstanser eller domstole, men må antages at være mere end tvivlsomt. Hvis borgerens samtykkende adfærd i kombination med § 82 havde været nok til f.eks. at træffe en flyttebeslutning, så havde eksempelvis § 129 stk. 2 i serviceloven været unødvendig.¹² Det kan således ikke antages, at bestemmelsen har denne effekt i dansk ret.

5 Personkredsen, der kan anvendes magt over for

Det er servicelovens § 124a, der afgrænser den personkreds, som ud fra beskyttelseshensyn kan tvinges til at acceptere visse former for hjælp, pleje eller indgreb.¹³

Personkredsen og anvendelsesområdet afgrænses på tre måder. Først ved et krav om, at indgrebene kun kan udføres over for voksne «personer med betydelig og varigt nedsat psykisk funktionsevne». Dernæst fremgår det, at de skal modtage hjælp efter foruddefinerede

9. <http://www.dr.dk/nyheder/regionale/oestjylland/nattevagten-kan-tjekke-paa-mobilen-om-de-gamle-sover>.

10. Spørgsmålet findes ikke længere tilgængeligt på Ankestyrelsens hjemmeside. Dette og det tilhørende svar er behandlet i min artikel i UfR 2016 B s. 90 og blev efterfølgende slettet fra hjemmesiden med henvisning til, at det kunne misforstås.

11. Bønsing, 2012, Garde mfl., 2009, Lemann Kristiansen, 2001 s. 204 ff., og Mathiassen, 1974.

12. Se nærmere herom Eva Naur, *Magtanvendelse overfor voksne*, København 2015 kap. 11.

13. Se også om personkredsen Naur, 2015 kap. 8.

bestemmelser i serviceloven, og sidst fremgår det, at reglerne gælder for personer, der «ikke samtykker» i den foranstaltning, der er tale om. Hermed fremgår det implicit, at der forudsættes samtykkekompetence. Dette til trods for, at lovgiver med hjemmel til tvangsmæssige indgreb har vurderet, at disse personers dømmekraft kan være nedsat i så alvorlig grad, at der kan gribes ind mod deres vilje. Og til trods for, at de i anden lovgivning vil blive vurderet ude af stand til at træffe beslutninger, da de er omfattet af kredsen af personer, der pga. «sinds sygdom, herunder svær demens, hæmmet psykisk udvikling, forbigående sindsforvirring eller en lignende tilstand», som er definitionen på personer, der kan være inkompetente til at indgå aftaler, jf. eksempelvis værgemålslovens § 46 og arvelovens § 74.¹⁴

Kravet om *varig* funktionsevne nedsættelse er afgørende for afgrænsningen af den personkreds, der kan anvendes magt over for, men samtykkeproblematikken er så meget desto mere relevant for borgere, der kun periodevis er ude af stand til at træffe fornuftsbeslutninger, hvilket er mønsteret for visse psykiatriske lidelser. Samtykke til at få leveret hjælp er eneste mulige grundlag for at levere hjælpen til denne gruppe, da der ikke er hjemmel til levering af hjælp med tvang, når man som her bevæger sig uden for psykiatrilovens område.

Kravet om *betydelig* funktionsnedsættelse som betingelse for tvangsindgreb er en relativ betingelse, der er knyttet til evnen til at tage stilling til den konkrete situation, som myndighederne ønsker at gribe ind i. Det er f.eks. muligt, at den pågældendes evne til at vurdere spørgsmålet om at komme i bad ikke er nedsat, mens evnen til at forstå konsekvenserne af et samtykke om flytning er ganske betydeligt nedsat. Proportionalitets- og mindsteindgrebsprincipperne inden for forvaltningsretten tilsiger, at der ikke må gøres større indgreb i borgernes selvbestemmelse end nødvendigt for at nå målet. Derfor må det vurderes konkret og individuelt, om borgerens funktionsnedsættelse i forhold til denne beslutning må anses for at være betydeligt nedsat i en grad, der gør det muligt at gribe ind med tvang.¹⁵

5.1 Personer, der ikke samtykker – formodningen om samtykkekompetence

Det fremgår af § 124a, at magtanvendelsesbestemmelserne i serviceloven kun skal bruges i det omfang, den pågældende *ikke samtykker* i den foranstaltning, man ønsker at gennemføre.

Det gælder for en lang række af disse opgaver, at den pågældende borgers samarbejdsvilje kan variere fra dag til dag, selvom funktionsnedsættelsen er konstant. Der kan altså være tale om, at vedkommende på nogle dage yder modstand mod fastspænding, nægter at medvirke til at få skiftet ble eller forsøger at forlade boligen, men på andre dage accepterer fastspændingen, medvirker ved løsning af hygiejneopgaverne og frivilligt bliver i boligen.

Da § 124a taler om en *varig* funktionsnedsættelse, som i sagens natur vil være til stede både de dage, hvor vedkommende samarbejder, og de dage, hvor vedkommende ikke samarbejder, er personen principielt omfattet af personkredsen, der kan anvendes magt over for både på dage med samarbejdsvilje og dage uden samarbejdsvilje.

Lovens formulering «ikke samtykker» må forstås sådan, at det at være omfattet af personkredsen ikke i sig selv diskvalificerer personens kompetence til at samtykke i en foranstaltning, selvom det kan diskvalificere vedkommendes kompetence til at sige nej til en foranstaltning. En sådan tolkning betyder, at borgerens beslutningskompetence afhænger af

14. Lov 6. juni 2007 nr. 515 Arvelov.

15. Se herom Naur, 2015 s. 134–137.

udfaldet af hans eller hendes beslutning, hvilket ikke harmonerer med udgangspunktet på formuerettens område, hvor en borger enten har eller ikke har kompetence til at tage stilling til et spørgsmål, uanset hvilket udfald borgerens afvejning får. Det er en udfordring for den traditionelle opfattelse af, hvad det vil sige at være beslutningskompetent, når man peger på, at en person kan være kompetent til at acceptere et indgreb, men på samme tid kan få en beslutning om at *afvise* et tilbud omgjort og således ikke betragtes som fuldt ud kompetent.

Man kan argumentere for, at det at samtykke til at modtage hjælp altid er hensigtsmæssigt for personer, der har en dokumenteret funktionsnedsættelse og derfor har brug for hjælpen, mens det at afvise hjælpen kan være uhensigtsmæssigt, og at det derfor er uproblematisk at fastholde, at den pågældende har samtykkekompetence, men at vedkommendes afvisning af hjælp derimod kan være så problematisk, at der skal være et sikkerhedsnet bestående af muligheden for at gribe ind.

Denne tilgang bygger på forventningen om sammenfald mellem den fagprofessionelles interesser og borgerens interesser, og den har meget for sig. Men det må understreges, at myndigheden og plejepersonalet/den fagprofessionelle kan have egeninteresser i at lave aftaler med borgeren, der er til myndighedens eller personalets fordel snarere end til borgers fordel. Og der er tale om borgere, som er afhængige af hjælpen, og som desuden har nedsat psykisk funktionsevne, der kan gøre det svært for dem at overskue konsekvenserne af aftaler. Det giver et ulige styrkeforhold mellem borgeren og det personale, der beder den pågældende om at give samtykke til f.eks. anvendelsen af kameraer og alarmer, der registrerer, når en borger bevæger sig rundt i sin bolig. Mange af de foranstaltninger, som myndighederne kunne ønske at anvende, har til formål at aflaste personalets arbejde i hverdagen, hvorfor der er en (betydelig) risiko for magtmisbrug fra myndighedernes side.

At der er eksempler på usaglige hensyn bag «aftaler» med borgere, ses eksempelvis af den «aftale», som en delvist lam 72-årig kvinde blev bedt om at underskrive, og som indebar, at hun ikke måtte spise chokolade, såfremt hun ville have adgang til støtte til at ordne kontant-hævninger i banken, og såfremt hun ville anvende sin elektriske kørestol. «Aftalen» indebar, at personalet, hvis hun fortsat spiste store mængder chokolade, ville ophøre med at hjælpe hende i banken og ville inddrage hendes elektriske kørestol, hvorefter hun ville skulle anvende en manuel kørestol i stedet. Formålet var at minimere antallet af daglige afføringer i bleen, idet bleskift var en krævende opgave, der bl.a. indebar brug af lift.¹⁶ Man må derfor være forsigtig med at acceptere en udvidet samtykkekompetence hos en i forvejen svag borgergruppe med henvisning til, at det altid er i borgerens interesse at indgå en aftale med den myndighed, der skal levere en hjælp, som borgeren – uafhængigt af aftalen – har ret til.

6 Samtykke- og beslutningskompetence i anden lovgivning

I det følgende gennemgås udgangspunktet for regulering af voksnes beslutningskompetence på andre retsområder. Udgangspunktet er, at voksne selv kan træffe bindende beslutninger vedrørende egne anliggender, og reguleringen er på forskellig vis knyttet til det ideologiske udgangspunkt om et ligeværdigt møde af frivillige, fornuftsstyrede viljeserklæringer¹⁷ kom-

16. <http://nyheder.tv2.dk/samfund/2014-06-23-hvis-stella-spiser-slik-tager-plejehjemmet-hendes-k%C3%B8restol>.

17. Se om viljesdogmet i aftaleretten Lennart Lyng Andersen og Palle Bo Madsen, *Aftaler og mellemænd*, 6. udg., København 2012 kap. 1 afsnit 1.3.

bineret med muligheder for at gribe ind i beslutningskompetencen, hvis fornuftsformodningen viser sig at svigte. I værgemålsloven findes mulighed for at fratage personer handleevne i lovgivningen uden for værgemålsloven ses en række ugyldighedsregler, som kan give mulighed for at overtrumfe en persons udtrykkelige viljeserklæring, såfremt forholdene tyder på, at erklæringen ikke er udtryk for den enkeltes reelle ønsker.

6.1. Værgemålsloven og fremtidsfuldmagter

Den centrale regulering af retlig kompetence hos voksne med fornuftsmangler er at finde i værgemålsloven, hvoraf det fremgår, at en voksen pga. «sindssygdom, herunder svær demens, eller hæmmet psykisk udvikling eller anden form for alvorligt svækket helbred», kan få beskikket en værge, der så – enten sammen med den pågældende, eller på egen hånd – kan træffe beslutninger af økonomisk eller personlig karakter. Værgen kan dog ikke træffe beslutninger om rent personlige forhold, hvis disse skal gennemføres med tvang.

Værgen kan heller ikke formodes at være kompetent til at tage stilling til spørgsmål om myndigheders overvågning med kamera, gps eller lignende, idet disse spørgsmål er reguleret i magtanvendelsesreglerne i serviceloven uden henvisning til værgekompetencer.

De helt personlige beslutninger, der ligger uden for værgens kompetenceområde, er derfor heller ikke omfattet af de forhold, som man kan udpege en fremtidsfuldmægtig til at håndtere, idet en fremtidsfuldmagt vedrørende personlige forhold er tænkt til at have et snævrere anvendelsesområde end værgemål vedrørende personlige forhold.¹⁸

Ud over muligheden for værgebeskikkelse indeholder værgemålsloven også i § 46 en bestemmelse, der gælder for personer, som ikke er under værgemål, eller som træffer beslutninger, der ikke er omfattet af værgemålet. Det følger af bestemmelsen, at en aftale ikke er bindende, hvis den er indgået af en person, der pga. «sindssygdom, herunder svær demens, hæmmet psykisk udvikling, forbigående sindsforvirring eller en lignende tilstand manglede evnen til at handle fornuftmæssigt».

Når værger eller fuldmægtige efter lov om fremtidsfuldmagter ikke kan træffe beslutninger om rent personlige forhold på vegne af den person, der er under værgemål eller har udpeget en fuldmægtig, så bibeholdes beslutningskompetencen hos den pågældende selv, idet voksenområdet er karakteriseret ved, at man som udgangspunkt er kompetent til at træffe beslutninger, medmindre denne kompetence konkret er frataget én. Det forhold, at der ikke kan udpeges andre til at varetage de helt personlige spørgsmål på vegne af den pågældende, kan dog ikke svække den beskyttelse, der ligger i § 46, forstået på den måde, at aftaler, som den pågældende indgår om rent personlige forhold, stadig kan erklæres uforbindende for den pågældende med henvisning til værgemålslovens § 46.

6.2 Aftaleloven og Danske Lov

I modsætning til værgemålsloven, der omhandler voksne med fornuftsmangler, regulerer aftaleloven og Danske Lov aftaler på formuerettens område med udgangspunkt i normal-situationen, og de bygger på en forventning om, at aftaleparterne er kompetente og ligeværdige individer, der selv forhandler sig frem til en aftale, som er gensidigt fordelagtig.

18. Bemærkningerne til § 2 i Lov om fremtidsfuldmagter, 2015/1 LSF 135.

Den enkeltes frie vilje til at indgå en aftale er central i loven, hvilket bl.a. ses ved anvendelsen af begrebet viljeserklæringer samt ved en række bestemmelser, som eksempelvis beskytter en aftalepart mod at blive bundet af aftaler, som er fremkaldt ved tvang eller svig, eller som er udtryk for «fejlskrift eller anden fejltagelse». Undtagelser til hovedreglen om, at man er bundet af sine viljeserklæringer, er knyttet til viljeselementet og har til formål at sikre, at aftalen reelt er udtryk for den enkeltes ønsker og vilje, og ses allerede med ordet «frivilligen» i Danske Lov 5-1-2 fra 1683, hvori der står at «Alle Contracter, som frivilligen gøris af dennem, der ere Myndige [...] som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter [...]».

Viljesdogmet er således kombineret med et udgangspunkt om, at man er bundet af sine viljeserklæringer, og et krav om, at bindende aftaler skal holde sig inden for rammerne af lov og ærbarhed.¹⁹ Hensynet til en aftaleparts vilje til at blive forpligtet af sine erklæringer afbalanceres derved over for samfundshensyn samt hensynet til omsættningens sikkerhed og den tillid, som aftaleparter generelt må kunne have til gyldigheden af indgåede aftaler.²⁰ I relation til den sårbare persongruppe, der her er tale om, er det afgørende at være opmærksom på, at «aftaler» indgået i strid med (anden) lov og ærbarhed er nulliteter – og således slet ikke kan lægges til grund, og dermed er det underordnet, om den pågældende selv kan bede sig frigjort fra det, han eller hun formoder at have aftalt.²¹ Spørgsmålet om overensstemmelse med lov og ærbarhed må således være det første, man stiller sig ved vurderingen af, om en person kan samtykke til anvendelsen af eksempelvis kameraovervågning.

Den almindelige aftaleret bygger desuden på en forventning om, at den enkelte ved, hvad han eller hun indgår en aftale om og ønsker at indgå en aftale om dette – i UfR 2003.1381 blev en ægtepagt således tilsidesat med henvisning til aftalelovens § 31, fordi hustruen troede, hun skrev under på et testamente.

Aftaleloven gælder ifølge sin ordlyd kun på formuerettens område, men det er almindeligt anerkendt, at bestemmelserne kan anvendes analogt på aftaler uden for formuerettens område, dog sådan at de særlige hensyn, der måtte gøre sig gældende på andre retsområder, tages i betragtning ved vurderingen af, hvilke bestemmelser der kan finde analog anvendelse.²²

Bevæger man sig væk fra formuerettens kerneområde og ind på f.eks. familierettens eller arverettens område, så vejer hensynet til omsættningens sikkerhed ikke nær så tungt. Allerede i forarbejderne til aftaleloven fra 1914 pointerede man derfor, at lovens ugyldighedsregler i flere tilfælde kunne anvendes analogt på familie- og arverettens område, dog således at spørgsmålet om god tro hos modparten ikke skulle tillægges samme betydning som på formuerettens område. Dermed udvidede man området for den analoge anvendelse af disse

19. Jf. DL 5-1-1 om aftalers forpligtende karakter og om formfriheden samt 5-1-2, der uddyber, at der er tale om aftaler, der indgås frivilligt, og som ikke strider mod lov og ærbarhed.

20. Lyng Andersen og Madsen, 2012 s. 117 ff.

21. Se om nullitet og anfægtelighed Henry Ussing, *Aftaler på formuerettens område*, 3. udg., København 1950 s. 256 f., og Bernhard Gomard, Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard, *Almindelig kontraktret*, 5. udg., København 2015 s. 185 f.

22. Se om hensigten med at begrænse aftalelovens anvendelse til formuerettens område *Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler på Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger*, København 1914 s. 15, og Lyng Andersen og Madsen, 2012 s. 31–32.

bestemmelser, idet de svage ugyldighedsgrunde kan være stærke uden for formuerettens område.²³

At aftalelovens regler kan anvendes til at tilsidesætte aftaler, der ikke udelukkende har et formueretligt indhold, og at lovens ugyldighedsregler i så fald får udvidet anvendelsesområdet, må gælde i endnu højere grad, når man taler om ensidige viljeserklæringer, der vedrører *rent personlige* forhold helt uden et økonomisk aspekt, og aftalerne indgås med en offentlig myndighed – endda en offentlig myndighed, som i forvejen er forpligtet til at levere den nødvendige pleje- og omsorgsydelse, hvorfor borgeren ikke nødvendigvis får nogen «merværdi» ud af at acceptere eksempelvis kameraovervågning i forhold til den agtpågivenhed og personaledekning, som myndigheden i forvejen er forpligtet til at sikre.

For disse beslutninger er der kun sjældent – hvis nogensinde – et relevant hensyn at tage til forventningerne hos en medkontrahent, og derfor må man som minimum kunne anvende aftalelovens ugyldighedsgrunde analogt på sådanne aftaler eller erklæringer. Misforståelser hos den person, der har indgået aftalen, vil i sig selv være grund nok til at lade aftalen bortfalde. Dette hænger i øvrigt sammen med overvejelser om myndighedens oplysningspligt og begrebet informeret samtykke, som behandles nedenfor.

Tilsvarende er der heller ikke noget tungtvejende hensyn at tage til medkontrahentens interesser i at indgå aftaler *for fremtiden* vedrørende disse helt private forhold. Hvis en person, før han eller hun mister fornuftens brug, udsteder en erklæring om at ville lade sig overvåge med kamera, såfremt vedkommende bliver dement og senere som dement bestemmer sig, så vil de to primære interessenter være én og samme person, blot den yngre og den ældre udgave. I det omfang, en person klart tilbagekalder et tidligere afgivet samtykke til f.eks. fastspænding, dagligt bad, overvågning eller lignende, må tilbagekaldelsen derfor som udgangspunkt accepteres. Ligeledes må der accepteres en vid adgang til at tilbagekalde eventuelle tilsagn til aktiviteter, der har med de rent personlige forhold at gøre, således at en person, der ikke forstår konsekvenserne af at erklære sig bundet til noget over tid, bl.a. bliver beskyttet af en mulighed for at trække sit tilsagn tilbage, når han eller hun i praksis bliver konfronteret med aftalen.

Lovgiver har netop valgt ikke at ville indskrænke den enkeltes beslutningskompetence vedrørende disse spørgsmål ud over de situationer, der er beskrevet i servicelovens magt-anvendelseskapitel. Og da der ikke er tungtvejende hensyn til en medkontrahents berettigede forventninger, der kan begrunde opretholdelse af en aftale om disse forhold, må man acceptere en vid adgang til at træde tilbage fra tidligere indgåede aftaler.

Der vil desuden være grund til at være særligt opmærksom på analog anvendelse af aftalelovens § 36 om tilsidesættelse af urimelige aftaler, selvom den pågældende ikke selv forsøger at tilbagekalde samtykket, idet den manglende protest fra den pågældende kan skyldes, at han eller hun ikke forstår, hvad der er indgået aftale om. Det gælder i særlig grad forskellige typer af elektronisk overvågning, som den pågældende ikke har mulighed for at opdage, eller som vedkommende ikke kan begribe omfanget af.

23. 1914-udkastet s. 15, se også UfR 1999.1365 H (TFA 1999.303/I) og UfR 2003.1381.

6.3 Arveloven

I arvelovens regler om testamentsoprettelse kommer viljesdogmet klart til udtryk, idet der heller ikke her er samme hensyn til beskyttelse af omsættningens sikkerhed eller tredjemands berettigede forventninger, som der er på formuerettens område i øvrigt. Arvelovens regler bygger derfor i særlig høj grad på en forudsætning om, at arvelader som testator giver udtryk for ønsker, som er i overensstemmelse med den pågældendes værdier og ønsker, og som er rationelle, når den pågældendes sympatier og antipatier, værdinormer og livsindstilling tages i betragtning.

Der er også i arveloven en række ugyldighedsbestemmelser, der skal sikre, at et testamente er udtryk for testators vilje og eksempelvis ikke er fremkaldt ved svig eller tvang eller er skabt med udgangspunkt i urigtige forudsætninger eller forudsætninger, der siden er bristede. Dertil kommer en generel bestemmelse i § 74, der statuerer, at mennesker med fornuftsmangler ikke kan skrive testamente. Bestemmelsen bygger på en formodning om, at fornuftsmanglerne kan få den betydning, at testamentets indhold ikke er i overensstemmelse med vedkommendes egentlige ønsker.

6.4 Sundhedsloven

På sundhedslovens område stilles der krav om, at patienter skal kunne give et *informeret samtykke* til behandling. Dette suppleres af enkelte muligheder for at gennemføre behandling, selvom patienten ikke er i stand til at give et *informeret samtykke*. Her stilles der således ikke krav til patientens generelle beslutningskompetence. Der stilles et kvalificeret krav til patientens samtykke, mens der ikke stilles tilsvarende kvalificerede krav til patientens informerede afvisning af at modtage behandling.²⁴

6.5 Konklusion vedrørende samtykke- og beslutningskompetencen i anden lovgivning

For så vidt angår aftalelovens, værgemålslovens og arvelovens bestemmelser om beslutningskompetence, så har de alle det til fælles, at kompetencen eller kompetencemanglen hos den enkelte knytter sig til viljeserklæringer på området som helhed, uanset hvilket valg den pågældende træffer. Enten har en person selv kompetencen til at indgå retshandler, eller også har han eller hun det ikke. Man kan ikke tale om, at han eller hun har kompetence til at sige ja til at købe en bestemt computer, men ikke til at sige nej til at købe den eller til at vælge computeren ved siden af. Ej heller kan man sige, at han eller hun er kompetent til at skrive testamente til fordel for sin datter, men ikke til fordel for sin søn eller sin samlever. Enten er den pågældende kompetent til at skrive testamente, eller også er han eller hun det ikke. Dette gælder, selvom beslutningens karakter – herunder indholdet i et testamente – kan inddrages som bevismomenter ved vurderingen af den pågældendes evne til at handle fornuftsmæssigt i overensstemmelse med værgemålslovens § 46 eller arvelovens § 74.²⁵

24. Læs mere om muligheden for at behandle voksne patienter, der siger nej til behandling, i Caroline Adolphsen og Eva Naur, «Use of Force for Medical Purposes», *European Journal of Health Law*, Vol. 22, No. 4, 2015 s. 359–381. DOI: <https://doi.org/10.1163/15718093-12341367>

25. Jf. Irene Nørsgaard, *Arveret*, 6. udg., København 2013 s. 160 ff., samt f.eks. UfR 2000.1340 H, hvoraf det bl.a. fremgår af Højesterets begrundelse, at man har taget testamentets indhold i betragtning som bevismoment ved vurderingen af afdødes testamentskompetence: «Ved vurderingen af brevet må det tillægges betydning, at den testamentariske disposition nøje svarer til, hvad han havde anført i det iturevne notat fra den 25. november kl. 22.20.»

Det gælder også for situationer, hvor der er beskikket en værge, at enten er den pågældende person under værgemål kompetent til selv at råde (eventuelt på lige fod med værgen), eller også er vedkommende det ikke. Det er dog klart, at i situationer, hvor den pågældende er frataget den retlige handleevne og derfor principielt ikke kan indgå retshandler, vil værgen kun ændre retshandler, som efter værgens mening ikke er hensigtsmæssige. Men det juridiske grundlag bygger på en forudsætning om, at vedkommende enten *er* eller *ikke er* kompetent til selv at træffe beslutningen.

Det forholder sig anderledes med afgørelser om behandling på sundhedslovens område, hvor der stilles specifikke krav til vedkommendes evne til at forstå konsekvenserne af et *samtykke* til behandling, mens der som udgangspunkt ikke stilles krav til vedkommendes evne til at forstå betydningen af en beslutning om at *afvise* behandling.²⁶

7 Samtykkekompetence på servicelovens område

Kun i servicelovens § 129 om flytning uden samtykke stilles der indholdsmæssige krav til samtykket, idet der skal være tale om et «informeret samtykke». Det er ikke yderligere beskrevet, hvad der adskiller det informerede samtykke fra det samtykke, der er henvist til i servicelovens § 124a. I den almindelige aftaleret taler man da heller ikke om «informeret samtykke», men blot om «samtykke», «accept» eller «viljeserklæringer». Da udgangspunktet for den almindelige aftaleret er aftalen mellem ligeværdige, kompetente aftaleparter, forventes den enkelte aftalepart kun at ville indgå aftaler efter at have sat sig ind i vilkårene. Og såfremt den ene aftalepart er notorisk stærkere end den anden og eksempelvis præsenterer den svagere part for en række standardbetingelser, så er der fortolkningsregler, der kan kompensere for uligheden mellem de to, bl.a. ved at fortolke standardbetingelser «mod affatteren».²⁷

Det kan derfor allerede med skelen til den almindelige formueret komme på tale at stille krav til myndigheden som den stærkere aftalepart om grundig information til den borger, man ønsker at indgå aftale med, idet manglende information til borgeren vil komme myndigheden til skade.

I modsætning til formuerettens område, hvor man forventer, at aftaleparten kun indgår aftaler efter tilpas information om indholdet, anvendes begrebet «informeret samtykke» på sundhedsrettens område. Her betyder det, *både* at patienten skal have fyldestgørende information om en behandling, før han eller hun samtykker til at modtage behandlingen, *og* at det er sundhedspersonens forpligtelse at give denne information uopfordret.²⁸ Denne tilgang tager højde for, at der er uoverensstemmelse mellem sundhedspersonalets og patientens viden, og at der er et afhængighedsforhold, hvor patienten er mere afhængig af den sundhedsydelse, der kan leveres fra sundhedspersonalets side, end personalet er afhængigt af at kunne levere ydelsen.

Det giver derfor god mening at indfortolke samme forpligtelse til at videreformidle information på en forståelig måde for myndighederne og plejepersonalet på det sociale område, som er gældende for sundhedspersonalet på det sundhedsretlige område. På begge

26. Jf. Adolphsen og Naur, 2015.

27. Se om koncipistreglen Lyng Andersen og Madsen, 2012 s. 371 ff.

28. Helle Bødker Madsen, *Sundhedsret*, 2. udg., København 2010 s. 148 ff.

områder er den ene part i et afhængighedsforhold, ligesom der er ulighed mellem de to parter viden om og evne til at overskue konsekvenserne af det tilbud, myndigheden giver.

Når man anvender udtrykket «informeret samtykke», må dette således på såvel socialretten område som på sundhedsrettens område forstås sådan, at samtykket skal gives på et oplyst grundlag, og det er myndighedspersonens forpligtelse at levere den nødvendige information til borgeren.

Selvom begrebet «informeret samtykke» kun optræder i relation til § 129 om flytning, så er der intet, der taler for, at myndighederne skulle have en mindre informationspligt forud for aftaler om andre spørgsmål vedrørende anvendelse af metoder eller hjælpemidler, der griber ind i private forhold, som ellers kræver særlig hjemmel. Det må derfor gælde for alle aftaler mellem borgere omfattet af § 124a og myndighederne om sådanne forhold, at et samtykke til en foranstaltning skal være et informeret samtykke i den her beskrevne forstand.

Det er et minimumskrav, at borgeren ved, at der er tale om en aftalesituation og ikke en situation, hvor borgeren blot erklærer at have forstået de anvisninger, som han eller hun er forpligtet til at følge. Vedkommende skal endvidere kende og forstå omfanget af det, han eller hun samtykker i. Der vil eksempelvis ikke foreligge et gyldigt samtykke til at anvende overvågningskamera i hjemmet hos en borger, hvis han eller hun tror, der er tale om en pyntegenstand eller en lampe, eller hvis han eller hun tror, man som beboer i den pågældende bolig er forpligtet til at lade sig overvåge med kamera. Borgeren skal også forstå, at kameraet kan bruges til overvågning, samt hvem der vil anvende det. Borgeren skal med andre ord vide, hvad der gives samtykke til, og hvilke konsekvenser det har.

8 Betydningen af viljesdogmet og forvaltningsrettens saglighedskrav

Risikoen for urimelige aftaler kunne minimeres, hvis personer omfattet af den ydre personkredsafrænsning i § 124a fratages beslutningskompetencen helt og således heller ikke gives mulighed for at samtykke til hjælp generelt, eller i hvert fald ikke gives mulighed for at samtykke til foranstaltninger, der er omfattet af et hjemmelskrav som følge af deres karakter af indgreb i private forhold eller øvrige frihedsrettigheder.²⁹

Regelsættet er dog slet ikke gearret til en sådan indskrænkning i den pågældendes samtykkekompetence – særligt ikke med praksis fra Ankestyrelsen i tankerne, hvor omsorgspligtbestemmelsen aldrig finder anvendelse som hjemmel til indgreb. Det ville endvidere stride mod målet om at give indflydelse på eget liv og at respektere den enkeltes selvbestemmelse i videst muligt omfang. I stedet må man derfor se på andre måder at beskytte den pågældende borger på.

Som beskrevet ovenfor er det afgørende, at den enkelte ved, hvad han eller hun samtykker til, og da der dels er forskel på den enkeltes kognitive evner, dels er forskel på, hvor konkret mærkbare de forskellige indgreb vil være for den enkelte, er det ikke muligt at give et generelt svar på, hvad man kan samtykke til, og hvad man ikke kan samtykke til. Der kan være visse former for indgreb, som vil være så voldsomme, at man ikke kan forestille sig, at nogen kan samtykke dertil, eksempelvis er det svært at forestille sig, at der kan gives samtykke til konstant indespærring i et meget lille rum eller andre tiltag, der på det nærmeste har

29. Der tales ikke her om hjemmelskrav i økonomisk henseende, idet det forudsættes, at der er bevillingsmæssig hjemmel til den underliggende ydelse. Se om forskellige hjemmelskrav på det offentlige område Naur, 2015 kap. 9.

karakter af tortur, ydmygende eller nedværdigende behandling. Men såfremt man erindrer forvaltningsrettens almindelige krav om proportionalitet og mindsteindgreb, vil man ikke komme i berøring med så voldsomme indgreb i privatliv eller frihedsrettigheder, idet disse pr. definition vil være ude af proportioner med formålet om at yde omsorg og pleje til den pågældende.

Da det således ikke er muligt at lave en liste over tiltag, der altid kan samtykkes i, gives i det følgende en række eksempler på anvendelsen afvejningen af, hvad den enkelte kan give samtykke til, samt hvilke forhold der har indflydelse på samtykkekompetencen – herunder om den pågældende selv kan frigøre sig fra eksempelvis en fastspænding.

8.1 Viljesdogmet og respekt for den enkeltes kognitive evner

Nogle af de typer af hjælpemidler, aktiviteter og indgreb i de private forhold, som kan komme på tale i pleje- og omsorgsarbejdet på voksenområdet, er umiddelbart og konkret mærkbare for den enkelte, hvorfor konsekvenserne af et ja til hjælpen eller aktiviteten er enkle at overskue, mens konsekvenserne af at sige nej kan være abstrakte og uoverskuelige. Dette gælder i særlig grad for fastspænding, udførelse af hygiejneopgaver samt det at blive inden for rammerne af boligen.

Tilsvarende er der situationer, hvor status quo og konsekvenserne af at opretholde status quo er umiddelbart overskuelige og mærkbare for borgeren, mens forslag, der fører til en ændring af status quo, kan være diffuse, abstrakte og uoverskuelige. Det gælder eksempelvis ofte for spørgsmål om flytning eller overvågning. Og for nogle borgere er det uproblematisk at træffe beslutninger, der ellers betragtes som abstrakte – herunder om flytning – mens det er uoverskueligt for dem at gennemføre almindelige hygiejneopgaver.

Det stiller store krav til omgivelsernes kendskab til den enkeltes kognitive evner og til løbende, konkrete vurderinger af den enkeltes samtykkekompetencer. Det kan dog siges generelt, at der må være en formodning for, at den enkelte i højere grad kan samtykke i overskuelige og konkret mærkbare indgreb end i mindre synlige indgreb, der fordrer et højere abstraktionsniveau. Og man skal være opmærksom på, at når man fokuserer på den enkeltes evner til at forstå konsekvenserne af en beslutning, så er der mulighed for, at vedkommende kan være kompetent til at træffe afgørelse med ét udfald, men ikke til at træffe afgørelse om det samme spørgsmål med et andet udfald.

Badning, bleskift, fastspænding til kørestol eller i bil under kørsel samt anvendelse af sengeheste på plejesenge er eksempler på relativt tydelige, konkrete indgreb, som vil kunne forstås af de fleste, idet indgrebet i de private forhold eller begrænsningen af bevægelsesfriheden er umiddelbart synlig eller mærkbar. Såfremt det straks respekteres, hvis den pågældende ombestemmer sig, således at der ikke bliver tale om et samtykke til anvendelsen i en abstrakt tidsperiode, så forekommer det relativt uproblematisk at acceptere den pågældendes samtykke til disse indgreb – dog forudsat at samtykket er indhentet på basis af loyal information som beskrevet i afsnittet nedenfor.

I modsætning til de konkret mærkbare konsekvenser af at sige ja til en fastspænding kan konsekvenserne af at sige nej til samme fastspænding være diffuse og abstrakte. Det kan eksempelvis være nødvendigt at spænde en dement borger fast til kørestol eller seng, fordi den pågældende har brækket benet, og det udgør en betydelig risiko for fald og yderligere tilskadekomst, hvis den pågældende forsøger at rejse sig for at gå. Fastspænding vil være

nødvendig, såfremt den demente ikke forstår, at han eller hun faktisk udsætter sig for risiko ved at rejse sig, og derfor ligger det i sagens natur, at den demente ikke forstår konsekvensen af at afvise fastspændingen. Konsekvensen af at sige ja til fastspænding – at man ikke kan rejse sig fra stolen – er derimod umiddelbart konstaterbar og mærkbar, og den enkelte vil derfor i vidt omfang kunne anses som kompetent til at give samtykke til fastspænding, selvom vedkommende også tilhører den personkreds, der kan fastspændes mod sin vilje, jf. § 125.

Som et eksempel på et hjælpemiddel, der stiller krav om en højere grad af abstraktions- evne hos borgeren, er anvendelsen af ringemåtter eller trykfølsomme gulve, der adviserer personalet, hvis en person træder på dem. Ringemåtter (også kaldet sladremåtter) er et populært hjælpemiddel på botilbud, hvor man ønsker at anvende dem foran beboernes senge, så personalet bliver adviseret, såfremt en borger forlader sengen, og i nybyggede plejeboliger etableres i en del tilfælde trykfølsomme gulve, der har samme formål.

Anvendelsen af ringemåtter og trykfølsomme gulve stiller store krav til den information, der gives forud for anvendelsen, idet disse hjælpemidler ikke er umiddelbart mærkbare, og konsekvenserne af dem ikke er synlige for beboerne ved første øjekast. For at leve op til kravet om et informeret samtykke skal informeringen af borgeren forud for samtykket altså være grundig, loyal og tydelig, og samtykket kan kun accepteres, såfremt det er klart, at borgeren forstår både måttens (eller gulvets) funktion og klart forstår, at han eller hun har ret til at sige nej til dette element af overvågning i privatsfæren.

Også her gælder det, at personalet skal fjerne måtten eller frakoble gulvets alarmfunktion, hvis borgeren beder om det. Og det kan ikke kræves, at borgeren formår at formulere kravet klart. Det må respekteres som en tilbagekaldelse af samtykket til anvendelsen, hvis en borger begynder at give udtryk for at føle sig ubehageligt «forfulgt» eller «overvåget», når personalet dukker op. Når Odense Kommune ønskede at erstatte ringemåtterne med trykfølsomme madrasser i sengene hos demente beboere, fordi beboere, der forstod ringemåtternes funktion, begyndte at undgå at træde på måtterne, er det derfor en indlysende misforståelse af områdets samtykkekrav.³⁰

8.2 Saglighedskravet

At give en meget sårbar persongruppe adgang til selv at samtykke til forskellige typer af hjælp eller indgreb i private forhold stiller store krav til personalets evner til at give loyal og saglig information til den pågældende, sådan at man ikke misbruger borgerens særlige situation til at manipulere sig frem til et samtykke, som ikke er reelt.³¹

Dette gælder i særlig grad, når borgerens holdning til situationen kan bringe en handling ud af dækningsområdet for servicelovens §§ 125–128 eller kan bringe en flytning fra den restriktive bestemmelse i § 129 stk. 1 til den lempeligere bestemmelse i § 129 stk. 2. Derved tilskyndes personalet til at skabe en situation, som giver borgeren lyst til at medvirke til det foreslåede – hvilket også er meningen med bestemmelserne. Det er det ypperste formål med regelsættet at begrænse magtanvendelse til et minimum og i stedet skabe en situation, hvor

30. Hans Havgaard, *Alarm i madrassen*, Sund i Syd, udgivet af Region Syddanmark, juni 2009.

31. Se mere herom Naur, 2015 s. 217–227.

borgeren hele tiden er indforstået med – og gerne glad for – den hjælp, personalet leverer, og de betingelser, den leveres under.

Men når dette formål søges opnået ved at lave få og restriktive bestemmelser om gennemførelse af hjælp uden samtykke samt at omgærde disse muligheder med en række bureaukratiske ansøgnings- og indberetningskrav, så må man også have for øje, at personalet kan opleve en tilskyndelse til at søge borgerens medvirken også gennem anvendelse af usaglige metoder, som ikke er i overensstemmelse med den almindelige forvaltningsrets krav om saglig og loyal oplysning af borgeren. Socialstyrelsen har endog selv udgivet en publikation med anvisninger på, hvordan man gennem manipulation med sandheden kan opnå en borgers «frivillige» medvirken til at forlade sin bolig i en situation, hvor der ikke ville være hjemmel til at anvende magt.³² En sådan metode kan forsvares, hvis der er mulighed for indgreb i den pågældendes selvbestemmelse, idet der således kan være tale om, at lemfærdig omgåelse af sandheden er et mindre indgreb, end det ville være at anvende fysisk magt for at få den pågældendes medvirken. Men når der ikke er hjemmel til at anvende magt, må man falde tilbage på forvaltningsrettens almindelige krav om saglig og loyal information.

Da den pågældende borger desuden er i et afhængighedsforhold, må man fra personale- og ledelsesside være særligt opmærksom på, at det kan være vanskeligt for den enkelte at sige fra over for forslag fra personalet. Det er derfor afgørende, at man ikke stiller forslag om indsatser, der er ude af proportioner med formålet, eller som er særligt indgribende og/eller primært har personalets arbejdsvilkår for øje.³³

Det er her væsentligt at bemærke, at der ikke i serviceloven eller andetsteds er hjemmel til, at pleje- og omsorgspersonalet kan se bort fra almindelige forvaltningsretlige krav til en sober og ordentlig sagsbehandling og information af borgerne om deres retsstilling. Det betyder, at personalet gerne må orientere borgerne om *reelle* konsekvenser af et nej til fastspænding, såsom «du risikerer at falde ned af stolen, hvis vi ikke spænder dig fast», eller «det er ikke lovligt at køre med i en bil uden at være spændt fast, så hvis du skal med på udflugt, skal du have sikkerhedssele på». Men personalet må ikke ud fra en særlig pædagogisk linje selv skabe konsekvenser uden hjemmel, såsom «du får kun kaffe, når du er spændt fast på stolen, så du ikke forlader bordet, før kaffen er drukket», eller «hvis du ikke vil have sele på i bilen i dag, kommer du heller ikke med på udflugt i morgen». Adgangen til at få serveret kaffe eller at komme med på en anden udflugt er ikke juridisk knyttet til borgerens samarbejdsvilje med hensyn til fastspænding i urelaterede situationer. Så længe der ikke er en selvstændig hjemmel til at tvinge borgeren til f.eks. fastspænding, vil det være magtfordrejning eller usaglig forskelsbehandling, hvis personalet forsøger at få borgeren til at acceptere en fastspænding ved at tilbageholde – eller true med at tilbageholde – goder, som borgeren i øvrigt ville have krav på, eller som andre borgere i samme situation nyder godt af.

Omvendt virker det unødigt formynderisk, hvis en borger, der selv forstår konsekvenserne, og som til enhver tid kan tilkalde hjælp fra personalet til at bringe foranstaltningen til ophør, ikke må få lov til at acceptere – eller ligefrem bede om – fastspænding, hævet sengehest, ringemåtte, tremmeseng, periodevis overvågning med eksempelvis epilepsialarm eller andre foranstaltninger, som han eller hun selv ønsker og føler sig tryk ved.

32. Jan Jaap Rothuizen og Helle Krogh Hansen, *Fra jura til pædagogik*, udgivet for Socialministeriets Styrelse for Social Service, 2005 s. 12 øverst. Se kritik heraf Naur, 2015 kap. 11 s. 223 ff.

33. Se mere herom Naur, 2015 s. 217–227.

Beskyttelsen af den enkelte mod personalets utilbørlige påvirkning eller egentlige magtmisbrug må i så fald ligge i en håndhævelse af de forvaltningsretlige krav til loyalitet, information og hensyntagen til borgerens behov samt det forvaltningsretlige forbud mod magtmisbrug og grundbetingelser som saglighed og proportionalitet, således at personalet af hensyn til borgerens afhængighedsforhold til myndigheder og plejepersonale end ikke foreslår tiltag, der ikke har borgerens, men personalets interesser for øje.

Såfremt disse forvaltningsretlige krav kombineres med krav om særligt fokus på viljesdogmet med inspiration fra arveretten, hvor der lægges stor vægt på at sætte sig i testators sted ved testamentsfortolkning, bliver det muligt at respektere den enkeltes selvbestemmelse i relativt vidt omfang og at indgå aftaler om den mest hensigtsmæssige levering af omsorg og pleje for den enkelte.

9 Konklusion

Med baggrund i de beskrevne regelsæt og hensynet til videst mulig selvbestemmelse kan det konkluderes, at en række elementer er helt centrale, hvis det skal accepteres, at mennesker, der ikke anses for generelt kompetente til at varetage egne interesser, samtykker til tiltag på det sociale område, som ellers er omgivet af hjemmelskrav.

De centrale elementer er respekten for, at aftalen ikke må stride mod *(anden) lov eller ærbarhed*, respekten for *almindelige forvaltningsretlige krav* om saglighed og proportionalitet og loyal oplysning af borgeren samt *forbuddet mod magtmisbrug*. Det er endvidere respekt for, at *aftalerettens viljesdogme står alene* og uden reelle modifikationer på dette område, der ikke er præget af nødvendig hensyntagen til omsætningens sikkerhed eller aftaleparters berettigede forventninger, hvorfor også *tilbagekaldelse af samtykke straks skal respekteres*. Da lov om fremtidsfuldmagter ikke omfatter muligheden for at give fuldmagt til at træffe beslutninger om helt private forhold på grundlag af en tidligere udtrykt holdning, så må det være den pågældendes vilje «her og nu», der skal respekteres. Sidst skal det understreges, at der skal sættes fokus på spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende reelt forstår, hvad der gives samtykke til, således at der kan være tale om et *reelt, informeret samtykke med respekt for den konkrete persons kognitive evner og begrænsninger*. I den forbindelse er det vigtigt at have for øje, at der er en række tilfælde, hvor konsekvenserne af et samtykke er mere overskuelige og forståelige end konsekvenserne af en afvisning – eller omvendt.

Ved at acceptere, at personer, der normalt ikke anses for at være samtykkekompetente, kan samtykke til visse handlinger, såfremt ovenstående centrale elementer respekteres, så må man også se i øjnene, at der vil være situationer, som borgeren *ikke* giver et gyldigt samtykke til et eller flere indgreb. Såfremt man fra lovgivers side vurderer, at det er påkrævet at gribe ind alligevel, så må man – hvis ikke viljesdogmet skal udhules – sikre den relevante hjemmel til at gribe ind i selvbestemmelsesretten, og sikre de relevante retssikkerhedsgarantier, som må variere afhængig af indgrebets karakter. Dette har man gjort i den danske servicelov på enkelte, specifikke områder (§§ 125-129). Udfordringen med denne løsning er, at lovgiver skal forudse behovet for indgreb ganske præcist, såfremt man ikke ønsker at give en bred, skønsmæssigt funderet adgang til indgreb. Hvis man ikke formår at skabe hjemmel til indgreb i situationer, hvor indgreb skønnes nødvendige for at undgå omsorgssvigt, så skabes en situation, hvor myndighederne kan fristes til at lyve eller presse borgeren til at samtykke til

handlingen, og derved udviskes grænsen mellem et relevant, frivilligt samtykke og myndighedernes tvangsmæssige indgreb.

Litteraturliste

Adolphsen, Caroline og Eva Naur: «Use of Force for Medical Purposes», *European Journal of Health Law*, Vol. 22, No. 4, 2015 s. 359–381. DOI: <https://doi.org/10.1163/15718093-12341367>

Andersen, Poul: «Misbrug af Administrationens frie Skøn i det Offentliges finansielle Interesse», *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1934 B s. 17 ff.

Andersen, Poul: *Dansk Forvaltningsret: Almindelige emner*, København 1946.

Bødker Madsen, Helle: *Privatisering og patientrettigheder*, København 2010.

Bødker Madsen, Helle: *Sundhedsret*, 2. udg., København 2010.

Bødker Madsen, Helle sammen med Jens Garde: *Psykiatrirret*, København 2013.

Bønsing, Sten: *Almindelig Forvaltningsret*, 2. udg., København 2012.

Danielsen, Svend: *Værgemålsloven med kommentarer*, København 2006.

Garde, Jens mfl.: *Forvaltningsret: Almindelige emner*, 5. udg., København 2009.

Gomard, Bernhard, Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard: *Almindelig kontraktsret*, 5. udg., København 2015.

Havgaard, Hans: *Alarm i madrassen*, Sund i Syd, udgivet af Region Syddanmark, juni 2009.

Henrichsen, Carsten: *Retssikkerhed og moderne forvaltning*, København 1997.

Ketscher, Kirsten: *Socialret: Principper, rettigheder, værdier*, 3. udg., København 2008.

Lemann Kristiansen, Bettina: *Pantefogderne og deres retsanvendelse i retssociologisk belysning*, København 2001.

Lyng Andersen, Lennart og Palle Bo Madsen: *Aftaler og mellemænd*, 6. udg., København 2012.

Mathiassen, Jørgen: *Aftaler i forvaltningsretten med særligt henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private*, Skrifter fra Det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet, København 1974.

Naur, Eva: *Magtanvendelse overfor voksne*, København 2015.

Naur, Eva: «Ankestyrelsens rådgivning om magtanvendelse: Juridisk analyse af Ankestyrelses hotline-svar om magtanvendelse over for voksne», *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2016 B s. 90 ff.

Nørgaard, Irene: *Arveret*, 6. udg., København 2013.

Rothuizen, Jan Jaap og Helle Krogh Hansen: *Fra jura til pædagogik*, udgivet for Socialministeriets Styrelse for Social Service, 2005.

Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler på Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, København 1914.

Ussing, Henry: *Aftaler på formuerettens område*, 3. udg., København 1950.

<http://nyheder.tv2.dk/samfund/2014-06-23-hvis-stella-spiser-slik-tager-plejehjemmet-hendes-k%C3%B8restol>.

<http://www.dr.dk/nyheder/regionale/oestjylland/nattevagten-kan-tjekke-paa-mobilen-om-de-gamle-sover>.