

Rettslige problemstillinger i forhold til kvinnelig omskjæring IK-20/2001

Rundskriv IK-20/2001 fra Statens helsetilsyn

Til: Landets helsepersonell

20.12.2001

1. Innledning

I spenningsfeltet mellom forbudet mot omskjæring, respekten for andre kulturer og ivaretagelse av den enkelte jente eller kvinne som står i fare for å bli omskåret, eller som er omskåret, vil helsepersonell kunne møte vanskelige juridiske dilemmaer.

Vi vil i det følgende drøfte noen rettslige problemstillinger ved kvinnelig omskjæring. Dette er bl.a. ment som en presisering og utfylling av problemstillinger omtalt i *Veileder for helsepersonell i Norge om kvinnelig omskjæring (IK-2723)*.

Det vises også til handlingsplanen mot kjønnslemlestelse som ble fremlagt av et statsrådsutvalg i desember 2000, gjeldende fra 2001-2003. Opplæring av helsepersonell er et av tiltakene i handlingsplanen.

Helsetilsynet har i veilederen fremhevet viktigheten av dialog og samarbeid i arbeidet for å forebygge og følge opp omskjæring, og tillit er her en viktig forutsetning. Det understrekes samtidig at helsepersonells opptreden må støtte opp under enhver jentes utvilsomme rett til å slippe omskjæring, eller rett til nødvendig helsehjelp hvor omskjæring har skjedd.

Dette innebærer at helsepersonell i alvorlige tilfeller må vurdere om situasjonen tilsier at de har plikt (eller rett) til å bringe inn andre, som barnevern eller politi, enten for å avverge at omskjæring skjer, eller for å følge opp hvor omskjæring har skjedd og jenta/kvinnen har alvorlige skader.

Spørsmål som gjelder helsepersonells taushetsplikt, opplysningsplikt og opplysningsrett, omtales i veilederen på s. 30-33. Helsetilsynet ønsker i pkt. 2.1 nedenfor å presisere de vurderingstemaene helsepersonell står ovenfor i slike situasjoner.

Vi vil videre i pkt. 2.2 omtale særlige problemstillinger i forhold til jentas eller kvinnens rett til nødvendig helsehjelp hvor omskjæring har skjedd.

2. Helsepersonells taushetsplikt, opplysningsplikt og opplysningsrett

Det klare utgangspunkt er at helsepersonell har taushetsplikt om pasientforhold, jf. lov av 2. juli 1999 nr 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) § 21. Som nevnt er tillit en nødvendig forutsetning for dialog/samarbeid, og taushetsplikten er sentral for å bidra til et slikt tillitsforholdet mellom pasient og helsepersonell.

Dette innebærer at helsepersonell i de fleste tilfeller trygt kan gå i dialog og yte helsehjelp uten at det er påkrevet eller nødvendig å bringe inn barnevern eller politi. Generelt skal det mye til før taushetsplikten kan settes til side. Det at omskjæring har skjedd og at dette er straffbart vil ikke i seg selv gi grunnlag for å anmelde forholdet, jfr. nedenfor.

Taushetsplikten er likevel ikke absolutt.

Pasienten kan selv samtykke til at opplysninger gis. I forhold til barn som ikke har samtykkekompetanse vil normalt foreldre samtykke på barnets vegne. Når det er snakk om omskjæring er det imidlertid vanskelig å legge dette til grunn. I slike tilfeller kan det være tvil om foreldrene/familie opptrer til barnets beste.

Det er videre gjort begrensninger i taushetsplikten der lovgiver har ment at andre hensyn veier så tungt at taushetsplikten må eller bør vike.

Helsepersonell kan ha en opplysningsplikt, som innebærer at de ikke kan vente, eller velge å la være å gi opplysninger, jfr. nedenfor om straffeloven § 139 og helsepersonelloven § 33. Videre kan det foreligge en opplysningsrett, hvor helsepersonell har en adgang til å gi opplysninger, jfr. nedenfor om helsepersonelloven § 23.

Når foreligger opplysningsplikt?

Anmeldelse av straffbare forhold, jfr straffeloven § 139

Straffeloven § 139 slår fast en plikt for enhver til å forsøke å avverge at visse alvorlige forbrytelser blir begått eller gjentas.

Bestemmelsen kan være relevant ved omskjæring. Omskjæring må anses å være grov legemsbeskadigelse og rammes da av straffeloven § 231, som er blant de bestemmelser straffeloven § 139 viser til.

Plikten innebærer først og fremst at helsepersonellet skal søke å forhindre at omskjæring skjer, mest aktuelt ved å varsle barnevernet, eventuelt politiet.

Bestemmelsen angir ingen plikt til å anmelde i situasjoner hvor omskjæring har skjedd. Hvis en jente i en familie allerede er omskåret og det er flere jenter i samme familie som står i fare for å bli omskåret, vil imidlertid forholdet kunne omfattes av straffelovens § 139.

Meldeplikten inntreffer hvis helsepersonell på det tidspunkt omskjæring kan forhindres, har "fått pålitelig kunnskap" om at dette kan skje. Ved vurderingen av hva som er "pålitelig kunnskap" må helsepersonellens subjektive oppfatning legges til grunn. Det forutsettes en konkret vurdering basert på den kunnskap helsepersonellet har til den aktuelle situasjonen. Det kreves ikke at helsepersonellet må ha visshet om at omskjæring vil skje. Det må likevel kreves mer enn en løs mistanke.

Opplysningsplikt til barnevernet, jfr. helsepersonelloven § 33

Etter helsepersonelloven § 33 annet ledd har helsepersonell plikt til å gi opplysninger til barnevernet "når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt". Bestemmelsen viser til barnevernloven §§ 4-10, 4-11 og 4-12, og opplysningsplikten er knyttet opp til kriteriene i den enkelte av disse bestemmelsene. Det følger av dette at opplysningsplikten bare gjelder i alvorlige tilfeller.

Barnevernloven § 4-12 forutsettes å dekke alle former for alvorlig omsorgssvikt. Det antas at bestemmelsens første ledd litra d) vil være mest relevant i forhold til omskjæring. Den lyder "... dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet."

Etter Helsetilsynets vurdering vil opplysningsplikten omfatte de situasjoner hvor helsepersonell etter en konkret vurdering har grunn til å tro at omskjæring kan skje. Omskjæring er straffbart og et svært alvorlig inngrep overfor den jenta det gjelder. Dette innebærer at det omfattes av opplysningsplikten til barnevernet. Barnevernstjenesten kan i henhold til barnevernlovens § 4-6 treffe midlertidige vedtak i akutte situasjoner. I disse situasjonene vil det imidlertid kunne foreligge meldeplikt også etter straffeloven § 139, jfr. ovenfor.

Opplysningsplikten til barnevernet vil også være aktuell hvor omskjæring har skjedd og jenta må anses alvorlig fysisk eller psykisk skadet uten at foreldrene sørger for at hun får nødvendig helsehjelp. Det kan i henhold til barnevernlovens § 4-10 fattes vedtak om medisinsk undersøkelse og behandling.

Det stilles ikke krav til sikker viten om den alvorlige situasjonen, jfr. ordlyden ”grunn til å tro”, men det må foreligge en underbygget mistanke. Dette innebærer at det stilles krav til en viss undersøkelse og vurdering av forholdet. Gjennom sin kontakt med familien i forsøk på samarbeid og dialog forutsetts helsepersonellet å få et grunnlag for å vurdere den konkrete fare for omskjæring.

Når foreligger opplysningsrett ?

Taushetsplikten er ikke til hinder for at opplysninger kan gis videre ”når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig.”, jfr. helsepersonelloven § 23 første ledd pkt. 4.

Bestemmelsen forutsetter en avveining av ulike hensyn. Et alminnelig utgangspunkt er at hensyn som taler for å tilsidesette taushetsplikten må tale vesentlig tyngre enn hensyn som taler for å bevare taushet, normalt vil det være nødrettsbetraktninger. Det vil være tilfeller hvor videreformidling av informasjon er egnet til å motvirke skader av et visst omfang.

Bestemmelsen kan således ha relevans både i situasjoner hvor det er fare for at omskjæring vil skje, og hvor omskjæring har skjedd og jenta/kvinnen må anses alvorlig skadet. I disse situasjonene vil imidlertid helsepersonell også kunne ha opplysningsplikt, jfr. ovenfor.

Hvorvidt det foreligger en rett til å tilsidesette taushetsplikten utover de mest alvorlige situasjonene som omfattes av opplysningsplikten forutsetter en konkret vurdering fra helsepersonellet. Som nevnt skal det mye til før taushetsplikten kan settes til side. Det kan for eksempel ikke anses å foreligge adgang for helsepersonell til å gi opplysninger om at omskjæring har skjedd, hvor hensikten kun er å anmelde et lovbrudd utfra straffehensyn.

Oppsummering

fra til politi og/eller barnevern

- for å avverge at omskjæring skjer, eller
- etter at omskjæring har skjedd for å sørge for at jenta eller kvinnen får nødvendig helsehjelp.

3. Rett til nødvendig helsehjelp hvor omskjæring har skjedd

Lov av 2. juli 1999 nr. 62 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) gir alle som er bosatt i Norge rett til nødvendig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.

Rett til nødvendig helsehjelp kan for jenter/kvinner også omfatte helsehjelp som følge av at omskjæring har skjedd, herunder bl.a. deinfibulering for jenter/kvinner som har gjennomgått type III-omskjæring. Dette er et plastisk kirurgisk inngrep for å øke skjedens åpning, og hvor en etterstreber å gjenopprette tilnærmet naturlig anatomi.

Helsehjelp kan som hovedregel bare gis med pasientens samtykke. I forhold til barn under 16 år samtykker normalt foreldre på barnets vegne, noe som kan være et problem i disse tilfellene. Det er imidlertid viktig å forsøke et samarbeid med foreldrene i den grad dette er mulig.

Dette reiser spørsmål i forhold til grunnlag for behandling (samtykke) og informasjon i de tilfeller hvor jenter under 16 år oppsøker helsetjenesten med ønske om å få utført helsehjelp som følge av at omskjæring har skjedd, uten at foreldrene får kjennskap til det.

Dersom det foreligger en øyeblikkelig hjelp-situasjon, vil helsepersonelloven § 7 gi rettslig grunnlag for å iverksette behandling.

Utgangspunktet er at foreldrene har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år, jfr. pasientrettighetsloven § 4-4 første ledd. Dette følger naturlig av at avgjørelser om helsehjelp faller inn under foreldreansvaret ihht barnelovens regler. Pasientrettighetsloven § 4-3, som regulerer hvem som har samtykkekompetanse, fastsetter den "helserettslige myndighetsalder" til 16 år, med mindre unntak følger av lov eller tiltakets art, jfr. første ledd bokstav b.

Pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b) åpner altså for at 16-års grensen kan suspenderes dersom "tiltakets art" tilsier det. Det uttales i lovens forarbeider (Ot.prp.nr. 12 1998-99) s. 83 at "*det kan tenkes personlige helseanliggender som bør ligge under en normalt utviklet ungdoms rådhetsfære også før fylte 16 år.*" Dette innebærer at barnets selvbestemmelsesrett i visse tilfeller vil kunne gå foran foreldrenes rett til å samtykke på barnets vegne før fylte 16 år.

Det vises videre til pasientrettighetsloven § 3-4 annet ledd hvor det er gjort unntak fra hovedregelen om at foreldrene skal informeres når barnet er under 16 år. Dette gjelder når barnet er mellom 12 og 16 år og av grunner som bør respekteres ikke ønsker dette. Det uttales i forarbeidene s. 131 at "*Det kan være flere årsaker til at barnet ikke vil at foreldrene skal informeres om barnets kontakt med helsetjenesten, både rent personlige (for eksempel mishandlingssaker) og ulike overbevisningsgrunner. ... Dette er et unntak fra hovedregelen om at foreldrene har full samtykkekompetanse på vegne av barn under 16 år.*"

Det kan også påpekes at begrunnelsen for foreldrenes bestemmelsesrett er å ivareta barnets interesser når barnet selv ikke er i stand til det. I den utstrekning pasienten selv er i stand til å ivareta sine egne interesser på en fornuftig måte, og det kan stilles spørsmål ved om foreldrene opptrer til barnets beste, faller begrunnelsen for foreldrenes bestemmelsesrett bort.

Etter Helsetilsynets oppfatning tilsier ovennevnte at jenter etter en konkret vurdering vil kunne anses å ha samtykkekompetanse også før fylte 16 år i forhold til spørsmål om helsehjelp som følge av omskjæring.

Hvorvidt det foreligger samtykkekompetanse, dvs. rettslig grunnlag for å iverksette helsehjelp, forutsetter en konkret vurdering i det enkelte tilfelle fra den som har det faglige ansvaret for behandlingen. Det må i denne sammenheng foretas en helhetsvurdering hvor det bl.a. legges vekt på jentas alder, modenhet, omfanget av behandlingen, forhold i familien, og hva som anses å være det beste for jenta.

Dersom jenta ikke anses å ha samtykkekompetanse og foreldrene ikke ivaretar hennes behov for medisinsk hjelp må helsepersonell vurdere om barnevernet skal eller bør kontaktes. Det vises her til omtalen ovenfor om forholdet til taushetsplikten.

Med hilsen
Geir Sverre Braut
kst. ass. helsedirektør

Wenche Dahl Elde
underdirektør

Kopi:
Sosial- og helsedepartementet
Fylkeslegene
Barne- og familiedepartementet
Oslo Statsadvokatembeter

Spørsmål om innholdet rettes til Helsedirektoratet.