

Forsvarlige tjenester - rett til et seksualliv vs. vern mot overgrep

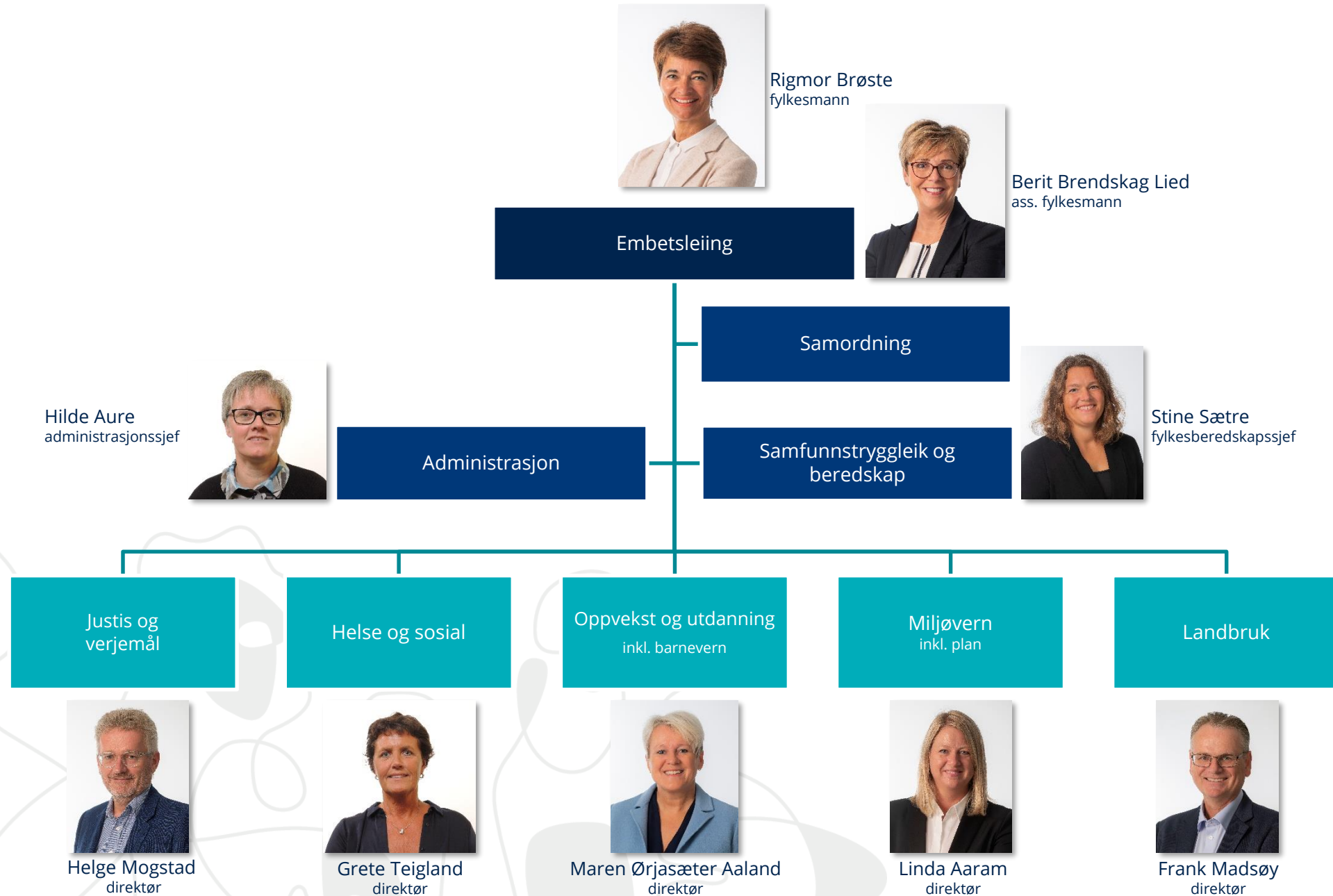
Av jurist Eilin Reinaas, Helse- og sosialavdelinga



Fylkesmannen i Møre og Romsdal



23.01.2020



- Rettssikkerheten til personer med utviklingshemming handler om å ha tilgang til det man har rett på

- Berge, Kim og Kvaal, Bjørn, 27.10.2017 (Tema – fagområde – rettssikkerhet på www.naku.no)



Hvilke rettigheter har voksne personer med utviklingshemming til å kunne ha et seksualliv?

Hvilket vern har voksne personer med utviklingshemming mot overgrep og krenkende atferd?

Hvilket vern har voksne personer med utviklingshemming mot å bli overgripere?

Hvem har plikt til å sørge for det?



Oversikt

Rett til selvbestemmelse generelt

Rett til et seksualliv

Rett til fravær av overgrep

Rettspraksis

Myndighetenes plikt til å gi forsvarlige tjenester

Eksempler fra vår praksis med bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Oversikt selvbestemmelsesretten

- Utgangspunkt
- Unntak
- Politiske føringer
- Dilemmaer i praksis

Opphavet

- Menneskerettane :
- Verdenserklæringa om menneskerettigheter av 10.12.48
- Særleg art 12:
 - Vilkårlig innblanding i privatliv

Rettskilder

Ulike konvensjoner er innlemmet i norsk lov av 21.05.1999

<http://lovdata.no/all/hl-19990521-030.html>

- Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)
- Økonomiske, sosiale og kulturelle,
- Sivile og politiske rettigheter
- Barns rettigheter
- Forbud mot diskriminering av kvinner

EMK art. 3 *Forbud mot tortur:*

Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

EMK

- **Art 5.** *Retten til frihet og sikkerhet*
- **Art 8.** *Retten til respekt for privatliv og familieliv*
 - *Unntak i 2.ledd bl.a. for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.*

Sivile og politiske rettigheter

- Art 1, 1. ledd
- «Alle folk har selvbestemmelsesrett.»

Utviklingshemmede er også folk...

derfor:

- FN konvensjonen om rettighetene for personer med nedsatt funksjonsevne
 - Ratifisert av Norge 03.06.2013

FN-konvensjonen CRPD

- Formål:
- å fremme, verne om og sikre menneske med
- nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettane og
- grunnleggande friheiter, og å fremme respekten for deira ibuande verdigheit.

Nedsatt funksjonsevne:

- Mennesker med nedsatt funksjonsevne er bl.a. mennesker som har langvarig fysisk, **mental, intellektuell** eller sensorisk **funksjonsnedsettelse** som i samspill med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre

CRPD – generelle forpliktelser

- Artikkel 4
- Norske myndigheter må bl.a. «fremme opplæring i de rettigheter som er nedfelt (i CRPD), for fagfolk og personale som arbeider med mennesker med nedsatt funksjonsevne, slik at de lettere kan sørge for den bistand og de tjenester som garanteres gjennom (konvensjonen)».
- Arbeidsgivere, utdanningsinstitusjoner osv. må sørge for opplæring

CRPD Rett til et seksualliv

- Følger av flere artikler, men utgangspunktet er at EMK også gjelder for personer med nedsatt funksjonsevne, jf. CRPD artikkel 1:
- «Denne konvensjon har som formål å fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og å fremme respekten for deres iboende verdighet.»
- Se også artikkel 3, generelle prinsipper, artikkel 12 om likhet for loven, artikkel 19 om retten til et selvstendig liv og samfunnsdeltagelse, artikkel 21 om retten til familieliv og artikkel 25 om helse

Om selvbestemmelsesrett og samtykkekompetanse

- Rundskriv IS-10/2015 til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, kap. 2:
- Den enkelte kan inngå avtaler og selv avgjøre egne gjøremål og handlinger, også nekte å samtykke til andre sine ønsker, avgjørelser og krav.
 - Avgrenses av omsyn til samfunnet, andre personer og levende vesen og av hensyn til personen selv. Lovbestemte unntak fra retten til selvbestemmelse, særlig helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er sentral.



Rett til å være seg selv

Enhver har krav på respekt og rett til å være seg selv. Dette innebærer også en rett til å være annerledes. Utforming av tjenester kan ikke ha som siktemål å gjøre enkeltpersoner like, eller å tilpasse deres framturen slik at den blir «normal».

Det må være rom for at tjenestemottakeren kan ha en avvikende atferd, eller en atferd som folk flest ikke bifaller fordi den bryter med deres egne normer.

Siktemålet må være å gi gode livsbetingelser på tjenestemottakerens egne premisser.

Unntak – se rundskriv I-10/2015 pkt. 4.5.3

NOU 2016:17 På lik linje

- Rett til et seksualliv
 - kun 12% har kjæreste (2002)
- Rett til familieliv
 - kun 3% har samboer (2002)
- Rett til å inngå ekteskap, om de har rettslig handleevne
 - siden 1969
- Forslag: øke kompetansen hos hjelpeapparatet, for at tiltaka vert tilpassa målgruppa

CRPD beskyttelse mot seksuelle overgrep

- Artikkel 16
- Man skal «treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale, opplæringsmessige og andre hensiktsmessige tiltak for å beskytte mennesker med nedsatt funksjonsevne mot alle former for utnyttning, vold og misbruk, både i og utenfor hjemmet».
- Man skal også «treffe alle hensiktsmessige tiltak for å fremme fysisk, kognitiv og psykologisk restituering, rehabilitering og sosial reintegrering» for ofre.
- For å sikre like muligheter i praksis, må det tilrettelegges og ha tiltak som tar hensyn til ulike gruppers utfordringer og behov.



Rett til ikke å bli utnyttet

Enhver har rett til ikke å bli utnyttet. Tjenesteyterne må bistå i å avverge utnytting av alle slag.

Det kan ikke igangsettes opplæringstiltak/ motivasjonssystemer der tjenestemottakerens egne eiendeler benyttes som belønning.



Kommunens ansvar i § 3-3a

«Kommunen skal ha særlig oppmerksomhet rettet mot at pasienter og brukere kan være utsatt for, eller kan stå i fare for å bli utsatt for, vold eller seksuelle overgrep. Kommunen skal legge til rette for at helse- og omsorgstjenesten blir i stand til å forebygge, avdekke og avverge vold og seksuelle overgrep.»



Ansvar for:

Sikre nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester, helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 4-1

Brukerne må sikres et verdig tjenestetilbud

Den som yter hjelpen må sikre at lovpålagte plikter blir overholdt

Tjenesteyters ansvar etter helsepersonelloven § 4

Helsedirektoratets tolkningsuttalelse om selvbestemmelsesrett og forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 i [brev av 29.09.2017](#)



Et godt tjenestetilbud

Omsorgstjenester er mer enn helse – omfatter praktisk bistand og opplæring, hjelp til å være sosialt aktiv og deltagende i samfunnslivet, friluftaktiviteter og kulturaktiviteter, jf. § 3-2 nr. 6 og formålsbestemmelsen § 1-1:

- forebygge, behandle og tilrettelegge for mestring av sykdom, skade, lidelse og nedsatt funksjonsevne,
- fremme sosial trygghet, bedre levevilkårene for vanskeligstilte, bidra til likeverd og likestilling og forebygge sosiale problemer,
- sikre at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i fellesskap med andre,
- sikre samhandling og at tjenestetilbudet blir tilgjengelig for pasient og bruker, sikre nødvendig opplæring av pasient, bruker og pårørende, samt sikre at tilbudet er tilpasset den enkeltes behov,
- sikre at tjenestetilbudet tilrettelegges med respekt for den enkeltes integritet og verdighet



Rundskriv I-9/2015

Sier en del om hva som kreves av tjenestetilbudet:

3.2.1 Et godt tjenestetilbud

4.4.2 Forebygging ved tilrettelegging av tjenestetilbudet



Spesialisthelsetjenestens ansvar

Sikre rett til nødvendig helsehjelp – pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b

- eks. tilrettelagt behandlingstilbud rusavvenning
- eks. samtykkekompetansevurderinger og kognitive utredninger
- Seksuell bistand til opplæring i bruk av seksualtekniske hjelpemidler,
- kompetansetiltak om seksualitet til utviklingshemmede, pårørende og tjenesteytere gjennom kurs, opplæring og kartlegging
- Gi uttale ved vedtak om bruk av tvang og makt etter hol. kap. 9 og veilede kommunene - § 9-13

Samtykkekompetanse

- Må vurderast konkret i relasjon til det spørsmålet saken gjeld.
- - har personen evne for å uttrykke eit valg
- - evne til å forstå informasjonen som er relevant for
- avgjerda
- - evne til å relatere informasjonen til sin eigen situasjon og moglege konsekvensar av ulike alternativ
- - evne til å resonnerer rundt dette

Moment:

- Det kognitive fungeringsnivået til personen
 - Erfaringsbasert kompetanse
 - Tilpassa informasjon er gitt i nødvendig omfang
-
- Vurderinga må gjerast av personell med relevant og tilstrekkeleg kunnskap om samtykkekompetanse, inkludert om kva utviklingshemming og eventuelle andre tilstandar personen har, som har betydning for det spørsmålet saken gjeld.

Mer om samtykkevurdering

- Se lovkommentar til [psykisk helsevernlov § 2-1](#)
- E-læringskurs om vurdering av samtykkekompetanse på www.helsedirektoratet.no
- Se også www.naku.no

Formålet i helse- og omsorgs- tjenesteloven § 9-1

- Andre ledd:

«Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett.»

Samtykkekompetanse relevant?

- Samtykkekompetanse er ikke nevnt som kriterium eller vurderingstema i helse- og omsorgstjenesteloven kap. 9
- Det må tas hensyn til menneskerettighetene og FN-konvensjoner, og de er dermed en del av vurderinga om tiltak er forholdsmessige og etisk forsvarlige – se rundskrivet punkt 4.5.6.5. Ikke avgjørende i seg selv som det er etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

Handle- og meldeplikt

- Etter helsepersonelloven
- Til kommunens helse- og omsorgstjeneste om forhold som bør føre til tiltak - § 32
- Til barnevernstjenesten om forhold som kan føre til tiltak - § 33
- Til tilsynsmyndighetene om forhold som kan medføre fare for pasienters sikkerhet - § 17
- Til nødetater for å avverge alvorlig skade på person eller eiendom - § 31
- (Til Fylkesmannen om betydelig personskaide på pasient - § 38)
- Til koordinerende enhet om behov for IP og koordinator - § 38a

- Hvor går grensa?

Fra nyhetene januar 2020

- <https://www.nrk.no/troms/mann-32-domt-til-tre-ars-fengsel-for-overgrep-mot-kvinne-med-downs-syndrom-1.14858614>
-
- Hun har forklart at han to ganger holdt henne fast mens han utsatte henne for seksuelle overgrep og at hun «ikke klarte å gjøre motstand eller å si nei». Mannen nektet straffeskyld, men ble ikke trodd.

Merknader til avgjørelsen

- **Aktor uttaler:** Heldigvis er det ikke så ofte vi kommer over saker der voksne psykisk utviklingshemmede, personer med særskilte behov, utsettes for overgrep.
- Politiet har etterforsket saken og gjort en god jobb. Det er jeg veldig glad for at vi fikk saken til retten, og med et bra resultat.
- **Det har ført til kritikk fra NFUs leder:**
- https://www.nrk.no/troms/_-gledelig-at-retten-kan-tro-pa-en-person-med-utviklingshemming-1.14859632
- **Aktor utdypet:** det er ikke ofte man har slike straffesaker som kommer til rettslig forhandling

Straffeloven § 295

- Med fengsel i inntil 6 år straffes den som skaffer seg eller en annen seksuell omgang, eller får noen til å utføre handlinger som svarer til seksuell omgang med seg selv ved
 - a) Misbruk av stilling, avhengighetsforhold eller tillitsforhold, eller
 - b) Å utnytte noens psykiske lidelse eller psykiske utviklingshemming dersom ikke rammes av § 291, eller
 - c) Å utnytte en person under 18 år i en særlig sårbar livssituasjon.
- På samme måte straffes den som ved forhold som nevnt i første ledd bokstav a- til c får noen til å ha seksuell omgang med hverandre.

- Straff når tilstanden er utnyttet, og at han/hun burde ha innsett at tilstanden er årsaken til at handlingen kan utføres/oppnås.
- § 291 gjelder voldtekt – aktuell når utviklingshemmingen har ført til at fornærmede var ute av stand til å motsette seg handlingen

Utnytting av tilstanden- Rt. 1975 side 46

- En 27 år gammel sjåfør utnyttet en åndssvak jente på 14,5 år og hadde samleie med henne. Han mente at hennes frivillige og aktive deltagelse måtte medføre lavere straff (enn 8 måneder). Fikk ikke medhold. Retten fant det bevist at han visste at hun var åndssvak.
- det kreves ikke aktiv form for påvirkning. Nok at «... fornærmedes deltagelse i den utuktige omgang er slik forankret i fornærmedes psykiske situasjon at deltakelsen ikke lar seg forklare uten denne forankring, og at gjerningsmannen innser at dette er grunnen til at han oppnår den utuktige omgang»

Utnytting - Rt. 1992 side 370

- En lensmann hadde samleie med ei jente på 24 år, som han visste hadde en psykiatrisk historie og var noe utviklingshemmet. Venn av familien hennes. Ikke noe seksuelt forspill/ forhold, kun samleie på et fabrikkgulv, mens han var i tjeneste.
- Han mistet også retten til sin stilling som lensmann. Ble dømt etter tilsvarende bokstav b.

Frifinnelse - Rt. 1988 s. 75

- Jenta var 22 år og ble med en mann hjem for å overnatte. Hans kone gikk og la seg, og de hadde samleie på sofaen i stua. Hun sa det var frivillig, og det var dokumentert i retten at hun hadde mange forhold bak seg og hadde hatt seksuelle forhold med flere menn tidligere. Brukte prevensjon.
- HR omgjorde byrettens dom, fordi den feilaktig hadde lagt en for snever lovforståelse til grunn når den ikke hadde vurdert hennes samtykkekompetanse og utnyttelsesgraden fra tiltalte.

Utdrag fra dommen:

- «Hvis et samtykke i dette tilfelle ikke skulle være straffbefriende, ville det innebære at f.eks. psykisk utviklingshemmede som i nærværende tilfelle ikke lovlig ville kunne ha kjønnslig omgang med det annet kjønn. Dette ville innebære en meget betenkelig diskriminering av den utviklingshemmede og ville i virkeligheten virke stikk i strid med lovens hensikt her som er å beskytte den utviklingshemmede. De utviklingshemmede må ha rett til såvidt mulig å leve et normalt liv, herunder også å oppleve den fullbyrdelse av kjærligheten som erotikk og kjønnsliv innebærer.»



Fra «Funksjonshemmedes menneskerettigheter»:

Retten til **selvbestemmelse** innebærer ikke at vi ikke kan bry oss om hva andre gjør, og heller ikke at alle skal få gjøre akkurat hva de ønsker til enhver tid. Retten til selvbestemmelse skal tolkes sammen med andre rettigheter – som retten til deltakelse og inkludering – og en slik tolkning krever at man både avstår fra å gripe inn i og samtidig tilrettelegger for andres frihet.

Myndighetene kan begrense retten til selvbestemmelse på generelt og legitimt grunnlag – for eksempel for å beskytte andre eller personen selv mot skade – men de kan **ikke** begrense rettigheten **kun på grunnlag av funksjonshemming**.

Kjersti Skarstad, 2019