

Helse- og omsorgsdepartementet
Postboks 8011 Dep
0030 Oslo

Deres ref.:
Vår ref.:
Saksbehandler:
Dato:

12/8607-5
Arild Johan Myrberg og Karin
Stubberud Stey
24.01.2013

NOU 2012:17 Om kjærlighet og kjøletårn - strafferettslige spørsmål ved alvorlige smittsomme sykdommer - hørings svar

Vi viser til brev av 26. oktober 2012 fra Helse- og omsorgsdepartementet. Vi viser også til avtale om fristutsettelse til mandag 28. januar 2013.

Utvalget, oppnevnt ved kongelig resolusjon 3. desember 2010 og ledet av Aslak Syse, for å utrede ulike spørsmål knyttet til straffelov og smittsomme sykdommer, kom med sin utredning 19. oktober 2012.

Helsedirektoratet vil under gi våre synspunkter og kommentarer til utvalgets arbeid og anbefalinger. Vi ønsker samtidig å gi honnør til utvalget for å ha levert en utredning som i svært stor grad bærer preg av vilje og evne til å belyse og drøfte de vanskelige spørsmålsstillingene som ble gitt i utvalgets mandat. «Om kjærlighet og kjøletårn» er et leservennlig og informativt dokument som, uavhengig av videre lovarbeid, vil bli stående som en relevant og viktig kunnskapskilde i framtiden.

Utredningen er omfattende og berører en rekke momenter som direktoratet i denne sammenhengen har valgt ikke å gå nærmere inn på i detalj i våre kommentarer. Blant annet gjelder dette flere av utvalgets konkrete forslag til forsterket innsats på forebyggingsfeltet, styrket oppfølgings- og veiledningstilbud til personer som lever med hiv, generell kunnskapsheving i den allmenne befolkning og kompetanseheving blant helsepersonell og andre fagpersoner som har oppgaver knyttet til smittevern og/eller oppfølging av personer som lever med hiv. Vi merker oss imidlertid at flere av utvalgets anbefalinger legger vekt på at en videreføring av et straffebud for smitte mellom mennesker, forutsetter kunnskap og mestringsevne hos den enkelte smittede og ikke-smittede, samt høy grad av forutsigbarhet om hvilken adferd og forholdsregler som er påkrevd for at straff ikke vil komme til anvendelse. Dette er forutsetninger som direktoratet på generelt grunnlag stiller seg bak og som, uavhengig av lovarbeidet, vil bli fulgt opp i tråd med den tverrsektorielle, nasjonale hivstrategiplanen «Aksept og mestring» som direktoratet allerede har et bredt ansvar for å implementere.

Som departementet har bedt om, har vi spesielt fokusert på kapittel 11 hvor utvalgets vurderinger, avsluttede konklusjoner og anbefalinger fremgår.

Helsedirektoratet - Divisjon folkehelse

Avdeling oppvekst og aldring

Arild Johan Myrberg, tlf.: 24163560

Postboks 7000 St. Olavs plass • Besøksadresse: Universitetsgata 2, Oslo • Tlf.: 810 20 050

Faks: 24 16 30 01 • Org.nr.: 983 544 622 • postmottak@helsedir.no • www.helsedirektoratet.no

11.2.1.2 Hovedspørsmålet om straff eller straffrihet

Det grunnleggende spørsmålet i utvalgets mandat har vært om det i det hele tatt bør være straffbelagt å smitte et annet menneske med sykdom, og eventuelt også å utsette en annen for smittefare. Flertallet i utvalget går inn for det og mener blant annet at omstendighetene i en del tilfeller, herunder mange av de sakene som er pådømt etter straffeloven 1902 § 155¹, er slik at den smittende part har handlet så klanderverdig at det fremstår som både riktig og rimelig med en straffereaksjon. Dette gjør seg særlig gjeldende der den smittede bevisst har gitt feilaktig eller misvisende informasjon om sin smittestatus, kanskje over lang tid, slik at den andre parten fratras insentiv til å sørge for beskyttelse mot smitte. Dette øker den subjektive klanderverdigheten hos den smittede, og dermed straffverdigheten.

Flertallet i utvalget peker også på at en avkriminalisering vil kunne oppfattes som et signal om at det å smitte andre eller utsette andre for smittefare ikke lenger er så alvorlig. Utvalget anfører at et økende antall nysmittede med hiv blant annet kan tyde på at det i visse miljøer råder en oppfatning om at det ikke er så viktig å unngå hivsmitte nå fordi det finnes antiretrovirale legemidler som kan hindre at utvikling av aids. Utvalgets flertall mener derfor det ville være uheldig å forsterke et slikt inntrykk gjennom en fullstendig avkriminalisering eller oppheving av de særskilte straffebedene som gjelder smitteoverføring og smittefare.

Flertallet i utvalget finner det klart mest hensiktsmessig med et eget straffebed rettet mot overføring av alvorlige smittsomme sykdommer mellom personer, herunder ved samleie. Ved å lage en bestemmelse blir det mulig i lovteksten å innføre straffrihet ved forsvarlig opptreden i et smittevernperspektiv, samt å tydeliggjøre og regelfeste når et samtykke vil være straffefritakende.

Kommentar:

Direktoratet slutter seg til at straffereguleringen bør skjer i den alminnelige straffeloven i særskilte straffebestemmelser om smitteoverføring/-spredning. Egne straffebed vil i større grad klargjøre hvilke handlinger som er straffbare og på den måten sikre forutsigbarhet, samt styrke den fornærmedes stilling.

Samtidig merker vi oss at utvalget påpeker at det ikke foreligger god dokumentasjon om strafferegulering har effekt verken med hensyn til å bidra til smitteforebygging eller utilsiktede virkninger som kunne ha motsatt effekt. Likeså påpeker et samlet utvalg at smittevernloven og folkehelseloven er sentrale for å ivareta folkehelsen, i tillegg til et mangfold av ikke-rettslige virkemidler som har stor betydning. Dette samsvarer med direktoratets kunnskap og erfaringer, noe som betyr at vi i et folkehelse- og

¹ Straffeloven 1902 § 155, som er gjeldende rett fram til straffeloven av 2005 trer i kraft lyder slik:

§ 155. Den som *med skjellig grunn* til å tro at han er smitteførende med en allmennfarlig smittsom sykdom, forsettlig eller uaktsomt overfører smitte eller utsetter en annen for fare for å bli smittet, straffes med fengsel inntil 6 år ved forsettlig overtredelse og med fengsel inntil 3 år ved uaktsom overtredelse. Medvirkning straffes på samme måte. Er fornærmede den skyldiges nærmeste, finner offentlig påtale bare sted etter fornærmedes begjæring med mindre allmenne hensyn krever det.

forebyggingsperspektiv også framover vil legge helt ubetydelig vekt på straffelovens eventuelle preventive effekt i utviklingen av tiltak for å bremse nysmitte av seksuelt overførbare infeksjoner.

Vi ser imidlertid, i likhet med utvalgets flertall, at under visse forutsetninger vil det, særlig av individualpreventive årsaker, være nødvendig at det fortsatt skal være straffebelagt å smitte eller utsette noen for smitte. Forslaget til lovtekst åpner for straff for den som utsetter «flere personer for smittefare eller gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd utsetter en annen person for slik smittefare». Helsedirektoratet støtter utvalgets flertall på dette punktet, jf kommentarer under punkt 11.2.2.4.

12.2.1.4 Separat regulering av henholdsvis smitteoverføring mellom mennesker og smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.

Utvalget har valgt å skille mellom smitteoverføring, det vil si situasjoner der smitte overføres direkte, som ved seksuell omgang, eller indirekte mellom mennesker, for eksempel via gjenstander, og smittespredning, det vil si tilfeller der sykdom framkalles ved spredning av smitte gjennom luft, vann, mat mv., for eksempel i forbindelse med næringsmiddelindustri eller legionellasmitte som spres fra kjøletårn eller andre tekniske innretninger.

Det foreslås at dette reguleres i to egne bestemmelser i straffeloven av 2005, som ennå ikke er trådt i kraft, men som utvalgets lovutkast tar utgangspunkt i, ny § 237 (smitteoverføring) og ny § 238 (smittespredning).

Kommentar:

Helsedirektoratet støtter anbefalingen om å skille mellom smitteoverføring og smittespredning i to ulike lovparagrafer.

11.2.2 Smitteoverføring mellom personer

Gjeldende straffelov(1902 § 155) og vedtatte straffelov (2005 § 237) gjelder allmennfarlige smittsomme sykdommer. Begrepet er definert i smittevernloven. Utvalget finner det ikke lenger hensiktsmessig å knytte gjerningsbeskrivelsen til begrepet allmennfarlige smittsomme sykdommer, da det vil omfatte sykdommer som utvalget ikke mener det bør være straffbart å overføre. Straffetrusselen foreslås rettet mot det å overføre en smittsom sykdom som medfører *betydelig skade på kropp eller helse*. Dette begrepet er definert i vedtatte straffelov § 11², og harmonerer med det utvalget mener bør omfattes av straffebudet.

Kommentar:

Helsedirektoratet støtter utvalgets forslag om at straffetrusselen bør rettes mot det å overføre en sykdom som medfører betydelig skade på kropp og helse. Vi mener dette vil kunne bidra til å gi et nødvendig skille mellom smittevern og straff. Det vil også gi

² Med betydelig skade på kropp og helse menes tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel, vesentlig vansirethet, livsfarlig eller langvarig sykdom, eller alvorlig psykisk skade. Betydelig skade er det også når et foster dør eller skades som følge av en straffbar handling.

den nødvendige fleksibilitet ved at det åpner for at en sykdom som i dag oppfyller vilkårene ikke nødvendigvis vil gjøre det i fremtiden gitt utvikling av nye behandlingsmetoder og vaksiner.

Forslaget innebærer en viss av- og nedkriminalisering i forhold til dagens § 155, og en tydeliggjøring av når straff ikke kommer til anvendelse. Det foreslås at straffnivået senkes noe. Dagens strafferamme (seks års fengsel) opprettholdes bare for grov smitteoverføring som i hovedsak vil foreligge når overføring av smitte har ført til tap av liv, smitten er overført til to eller flere personer, eller ved «atferd som er særlig hensynsløs»

11.2.2.4 Bør straffetrusselen også omfatte smittefare?

Flertallet i utvalget mener også at det å utsette andre personer for smittefare bør være straffbelagt når det er tale om klanderverdig opptreden («gjentatte ganger eller ved hensynsløs atferd») ut fra et smittevernperspektiv. Også bevisføringshensyn tilsier dette. Flertallet foreslår en oppmyking slik at straffetrusselen for smitteoverføring mellom mennesker bare er rettet mot forsettlig og grovt uaktsomme handlinger, i motsetning til straffeloven 1902 § 155 og straffeloven 2005 § 237 som også rammer simpel uaktsomhet. Det framgår av lovutkastet at straff ikke kommer til anvendelse når forsvarlige smitteverntiltak (for eksempel bruk av kondom ved samleie) er iaktatt. Dette er i tråd med det som er gjeldende rett i dag.

Kommentar:

Helsedirektoratet støtter utvalgets flertall i at straffebudet bør kunne ramme i tilfeller der noen utsetter andre for smittefare på en særlig klanderverdig, svært likegyldig eller hensynsløs måte. Det må foreligge en reell smittefare og vi støtter derfor utvalgets forslag om at det gis uttrykkelig straffefritak ved for eksempel konsekvent bruk av kondom eller andre sikrere sex-strategier.

11.2.2.8 Samtykke

Den vedtatte § 237 i straffeloven 2005 har en egen samtykkebestemmelse i annet ledd. Straff kommer ikke til anvendelse når den som er blitt smittet av en seksuelt overførbart sykdom eller utsatt for slik smittefare, er ektefelle eller samboer med den som har overført smitte eller utsatt vedkommende for smittefare, og ektefellen eller samboeren som er blitt utsatt for smitte(-fare), på forhånd har samtykket i å bli utsatt for slik fare. Utvalget har vurdert om rekkevidden av samtykkebestemmelsen bør utvides. Selv om partene også kan oppnå straffrihet ved forsvarlig bruk av kondom eller lignende finner utvalget allikevel at en samtykkeregulering har gode grunner for seg. I tillegg til at partene av ulike grunner kan tenkes å velge å praktisere ubeskyttet sex under visse forutsetninger, vil mulighetene for et straffriende samtykke kunne virke betryggende for den smittede personen selv om partene vanligvis praktiserer «sikrere sex». Utvalget mener denne muligheten ikke bør forbeholdes ektefeller og samboere og foreslår en samtykkeregulering som ikke er begrenset til en særskilt personkrets. Utvalget foreslår at det stilles formkrav til samtykket som bare vil være straffriende

dersom det er avgitt i nærvær av helsepersonell i forbindelse med at partene sammen er til smittevernveiledning. Utvalget foreslår at samtykket nedtegnes i begge parter pasientjournal.

Kommentar:

Hesledirektoratet mener i likhet med utvalget at informert samtykke gitt i forbindelse med smittevernveiledning må fritas for straff. Det er ikke spesifisert hva slags helsepersonell som må gi smittevernveiledningen. Det vil være mest nærliggende at dette gjøres av lege, men det kan også gjøres av annet kvalifisert helsepersonell, for eksempel sykepleier ved en infeksjonsmedisinsk avdeling eller lignende.

Forslaget til utvalget³ går lenger enn de allerede vedtatte straffebestemmelser med hensyn til hvem som skal kunne samtykke, ikke bare samboere og ektefeller, dvs. personkretsen er utvidet, kravene til samtykket, det må samtykkes i nærvær av helsepersonell for at det skal være gyldig, og hvem som skal ha ansvaret for å dokumentere samtykket.

Når det gjelder samtykke som straffritaksgrunn innebærer det at partene sammen må oppsøke helsepersonell for å få smittevernveiledning, dersom den ikke-smittede vil avgi samtykke til å bli utsatt for smittefare med straffriende virkning for den som er smittet. Det foreslås at det skal nedtegnes i journalene til de som er til smitteveiledning, hvorvidt ikke-smittet person samtykker eller ikke samtykker til å utsette seg for smittefare ved seksuell omgang med den som er smittet.

Slik direktoratet forstår dette er helsepersonell, fortrinnsvis fastlegen eller infeksjonslegen, tiltenkt en ny oppgave.

Formålet med journalføringsplikten er å sikre at opplysninger som er nødvendige og relevante for en forsvarlig behandling av pasienten, blir nedtegnet og kan gjenfinnes. Journalen skal fungere som et godt og hensiktsmessig arbeidsverktøy for helsepersonell som yter helsehjelp. Journalføringsplikten har også til formål å gi tilsynsmyndighetene og andre relevante instanser innsyn i den helsehjelpen som er gitt. Hva journalen skal inneholde er nærmere regulert i journalforskriften. Å forsikre seg om at en person har avgitt gyldig samtykke til helsehjelp omfattes av legens oppgaver. Å dokumentere i journalen hvorvidt en person har samtykket til seksuell omgang med en smittet person og dermed utsetter seg for en viss risiko har helt andre formål enn de nevnte. Legen får en form for notarialfunksjon som neppe er forenlig med rollen som for eksempel fastlege. Formålet med å få dokumentert samtykke er at den smittede parten ikke senere kan straffes for å ha smittet eller utsatt motparten for smitte.

Helsepersonell har som oppgave å yte sine pasienter forsvarlig helsehjelp jf. bl.a. helsepersonelloven § 4 og spørsmålet er om dette er forenlig med fastlegens oppgave og tillitsforholdet mellom pasient og lege på sikt. Legen har som oppgave å forsikre seg om at en pasient har avgitt gyldig samtykke til den helsehjelpen som legen skal

³ Forslag til ny § 237 andre ledd lyder slik: «Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse ved smitte som overføres ved seksuell omgang, når den som er blitt smittet eller utsatt for slik smittefare, på forhånd har samtykket i nærvær av helsepersonell i forbindelse med smittevernveiledning.»

yte, men det kan stilles spørsmål ved om det er forenlig med bl.a. fastlegens rolle og også forsikre seg om at pasienten forstår konsekvensene av å samtykke til seksuell omgang med en smittet person og dokumentere dette i journalen.

Slik direktoratet forstår forslaget legges ansvaret for om den som samtykker er tilstrekkelig informert om hva et slikt samtykke innebærer på helsepersonellet. Selv om helsepersonell har som oppgave å forsikre seg om at det foreligger et gyldig samtykke til helsehjelp, er det ikke gitt at helsepersonell skal og har tilstrekkelig kunnskap til å forsikre seg om det foreligger et gyldig samtykke til å utsette seg for smittefare. Det er også et ressurs spørsmål – da det foreslås at legen både skal registrere samtykke, ikke- samtykke og tilbaketrekking av samtykke. Ved tilbaketrekking av samtykke må helsepersonell forsikre seg om at den smittede parten er orientert om tilbakekallet. Dersom det blir straffesak vil legen kunne bli innkalt som vitne i saken.

Dersom det er ønskelig å opprettholde utvalgets forslag, det vil si kravet om at det skal være et formkrav at samtykke skjer i nærvær av helsepersonell, bør det i så fall vurderes om det bør være spesifikke smittevernveiledere eller lignende som ev. nedtegner et slikt samtykke etter at partene har fått smitteveiledning. Direktoratet gjør oppmerksom på at dersom utvalgets forslag skal gjennomføres må trolig både helsepersonelloven § 39 og journalforskriften endres.

Gjennomført smittevernveiledning og fortsatt samliv kan indikere at en part har samtykket, men dersom bedre dokumentasjon ønskes vil et samtykkeskjema som fylles ut etter smittevernveiledning kunne imøtekomme dette. Det bør imidlertid løsrives fra legens oppgaver. Et alternativ til utvalgets forslag kan derfor være å lage et samtykkeskjema som partene som har vært til smittevernveiledning kan benytte hvis de ønsker det. Partene kan selv velge hvordan de vil oppbevare skjemaet – hos seg selv eller for eksempel hos en advokat. Skjemaet kan bl.a. være tilgjengelig hos helsepersonell som driver smittevernveiledning.

11.2.3 Smittespredning gjennom luft, vann, mat mv.

Et enstemmig utvalg foreslår en bestemmelse i straffeloven 2005 § 238 om Allmennfarlig smittespredning som rammer den «som sprer smittestoffer eller smittestoffprodukter, gjennom luft, vann, næringsmidler eller andre gjenstander bestemt for alminnelig bruk eller salg, og derved volder allmenn fare for liv eller helse». Både forsettlig og uaktsomme handlinger som får slike følger, rammes, men med ulik strafferamme. Om slik smittespredning skjer med terrorhensikt, foreslås at dette rammes av straffeloven 2005 § 131 (terrorparagrafen). På tilsvarende måte foreslår utvalget at det gjøres straffbart å unnlate gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar smittespredning eller følgene av den, «på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått», se foreslått tilføyelse i straffeloven 2005 § 196. I straffeloven 2005 § 241 foreslås inntatt også et forbud mot forbund om allmennfarlig smittespredning, i tillegg til forbud mot forbund om allmennfarlig forgiftning og alvorlig miljøkriminalitet.

Kommentar:

Helsedirektoratet støtter forslaget om et eget straffebud i straffeloven som rammer smittespredning gjennom luft, vann og mat mv. I likhet med utvalget mener direktoratet at det i saker med smittespredning av alvorlig karakter er på sin plass med straffeforfølgning i tillegg til eventuelle administrative reaksjoner fra tilsynsorganer på det aktuelle feltet. Det er viktig at det settes av ressurser til å følge opp slike saker fra politi og påtalemyndighetenes side. Straffeforfølgning vil trolig kunne ha en allmennpreventiv virkning og på den måten støtte opp under folkehelsearbeidet.

11.3 Smittevernloven

Utvalget foreslår ingen endringer i smittevernloven, men peker på områder hvor økt innsats kan være av betydning for at utsatte grupper skal sikres et bedre tilgjengelig smittevern. Det dreier seg om retten til smittevernhelp, forsterket smittevernveiledning når mottatt veiledning ikke følges, og bedret smittevernhelp til asylsøkere, flyktninger og andre innvandrere.

Utvalget drøfter ulike spørsmål knyttet til helsepersonells taushetsplikt og opplysningsrett og - plikt. Utvalget redegjør bl.a. litt for hvordan helsepersonelloven §§ 25 og 45 og smittevernloven 2-2 er å forstå. Utvalget foreslår at helsemyndighetene utarbeider en veileder eller lignende om de nevnte temaene for å bidra til god og ensartet praktisering av smittevernloven.

Utvalget anbefaler at det innføres en ordning for utdeling av rent injeksjonsutstyr i fengsler. Tilgang til rent injeksjonsutstyr er å anse som smittevernhelp som også omfatter innsatte. Dette er en sak som Helse- og omsorgsdepartementet sendte på høring i 2009, men etter høringsrunden ble det ikke iverksatt ordninger for å gjøre rent injeksjonsutstyr tilgjengelig i fengsler. Departementet viste i sin begrunnelse til manglende dokumentert behov for endring av dagens praksis da det er registrert meget få smittetilfeller av hiv og hepatitt B i fengsler, hensynet til fengselsansattes sikkerhet, målet om narkotikafrie fengsler og forbudet mot bruk av narkotika, herunder frykt for at utdeling av sprøyter vil undergrave arbeidet fengselshelsetjenesten gjør for å motivere til rusfrihet.

Kommentar:

Helsedirektoratet støtter at det utarbeides en veiledningsmateriale på smittevernfeltet som blant annet skal inneholde retningslinjer for helsepersonells vurdering av taushetsplikt, opplysningsrett og opplysningsplikt overfor annet helsepersonell i tilknytning til helsehelp til pasient med hiv- infeksjon eller andre sykdommer som smitter gjennom blod. Vi ser det også som viktig at en eventuell veileder for helsepersonells oppfølging og veiledning av pasienter som lever med hiv i særlig grad vektlegger behovet for en helhetlig oppfølging av den enkelte pasient. I likhet med utvalget er vi opptatt av at det for mange kan være en stor påkjenning å bli diagnostisert med en kronisk og alvorlig, smittsom sykdom. For eksempel vil mange hivpositive kunne ha behov for psykososial bistand for å komme gjennom kriser og lære å mestre livet med sykdommen generelt og det å unngå smittefarlig adferd spesielt.

Når det gjelder forslaget om at det skal være tilgang på rent injeksjonsutstyr for innsatte i fengsler stiller Helsedirektoratet seg bak utvalgets anbefaling og viser i

denne forbindelse til våre tidligere anbefalinger om tilsvarende i brev av 4. februar 2009.

11.4 Straffeprosessloven – undersøkelse av mistenktes smittestatus

Utvalget foreslår en ny bestemmelse i straffeprosessloven, ny § 157a⁴, som fører til at det ved seksuallovbrudd skal kunne tas blodprøve av den «som med skjellig grunn mistenkes» for slike handlinger, når dette ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Påtalemyndigheten kan bestemme at slik blodprøve skal tas, uavhengig av siktedes samtykke. Resultatet av de innhentede prøvene skal meddeles fornærmede.

Kommentar:

I likhet med utvalget finner Helsedirektoratet det rimelig at fornærmede som er blitt utsatt for et seksuelt overgrep som kan innebære smittefare, får mulighet til en raskest mulig avklaring av om det seksuelle overgrepet også har medført en konkret smittefare. Direktoratet antar som utvalget at det skal relativt mye til for å anse at en blodprøve er et uforholdsmessig inngrep når den det gjelder med skjellig grunn mistenkes for en seksualforbrytelse og undersøkelsen samtidig kan bidra til en vesentlig raskere avklaring av om fornærmede ble utsatt for smittefare ved overgrepet.

Helsedirektoratet støtter forslaget som vil være et viktig tiltak for å styrke offerets stilling i overgrepssaker idet fornærmede raskere kan få en avklaring om det foreligger konkret fare for smitteoverføring i tilknytning til overgrepet. Seksuallovbrudd er svært krenkende lovbrudd som medfører langvarige lidelser for fornærmede. Usikkerheten om smittefare kan utgjøre en betydelig tilleggsbelastning, og rask avklaring vil forhåpentligvis lette situasjonen til offeret noe. Styrking av den fornærmedes stilling i overgrepssaker har lenge vært et uttalt mål.

Det foreslås at det blir en påtalemessig oppgave å besørge rutinemessige undersøkelser av mistenktes smittestatus i de aktuelle saker, med mindre fornærmede klart gir uttrykk for at han eller hun ikke ønsker det. Det er da som utvalget påpeker, viktig at en slik bestemmelse følges opp med gode rutiner og at det skjer raskt. Dette kan som utvalget foreslår, bl.a. omtales i rutinene som skal lages i politidistriktene for å sikre at initialfasen blir ivaretatt når en får kunnskap om at en voldtekt har funnet sted. (jf. tiltak 23 i Handlingsplan mot voldtekt 2012 -14). Det er mulig at også andre tiltak i nevnte plan kan anvendes for å få gode rutiner rundt et slikt forslag.

⁴ Forslag til ny § 157 a:

Den som med skjellig grunn mistenkes for handling som rammes av straffeloven §§ 291–296 eller 299–303, kan for å klarlegge om mistenkte er smittet med en seksuelt overførbar infeksjon, underkastes kroppslig undersøkelse, når det ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Bestemmelsene i § 157 første ledd andre punktum og andre ledd gjelder tilsvarende.

Uten mistenktes samtykke kan undersøkelse bare foretas etter ordre fra påtalemyndigheten. Bestemmelsene i § 157 fjerde ledd andre og tredje punktum gjelder tilsvarende.

Resultatet av de innhentede prøvene skal meddeles fornærmede. For øvrig skal de innhentede prøvene bare brukes i strafferettspleien.

Utvalget har ikke sagt noe om hvem som på anmodning av politiet, skal foreta den rutinemessige undersøkelsen av mistenktes smittestatus etter forslag til ny § 157a i straffeprosessloven. Etter helsepersonelloven § 12 andre ledd skal lege på anmodning fra påtalemyndigheten foreta kroppslige undersøkelser av mistenkte i straffesak når slik undersøkelse er besluttet etter straffeprosessloven § 157. Kravene for å foreta undersøkelser etter straffeprosessloven § 157 og forslag til ny § 157 a er forskjellige. Som hovedregel må det foreligge en rettslig kjennelse, noe det ikke er krav om etter forslag til ny § 157 a.

Etter direktoratets vurdering bør det tydeliggjøres i helsepersonelloven § 12 andre ledd at leger (og ev. annet helsepersonell) også har plikt til å foreta undersøkelser av mistenktes smittestatus som er pålagt med hjemmel i forslag til ny § 157 a i straffeprosessloven.

11.5 Bioteknologiloven – assistert befruktning

Helse- og omsorgsdepartementet⁵ har uttalt at departementet ikke finner at kravet i § 2-3 om befruktningsudyktighet er oppfylt der et par følger myndighetenes anbefalinger om alltid å benytte kondom ved samleie på grunn av fare for hivsmitte. Det ble vist til at parene ikke er befruktningsudyktige slik det er omtalt i loven og forarbeidene, hvor det er vist til medisinske indikasjoner som for eksempel dårlig sædkvalitet, tette eggledere eller uforklarlig årsak til infertilitet. Departementet sluttet seg ikke til Sosial- og helsedirektoratets tolkning⁶ der direktoratet la til grunn kravet om befruktningsudyktighet kan anses oppfylt på grunn av «funksjonell befruktningsudyktighet» som følge av kondombbruk ut fra smittevern hensyn.

Utvalget foreslår å innføre en ny bestemmelse i bioteknologiloven § 2-3 nytt andre ledd som åpner for assistert befruktning også «når mannen eller kvinnen er smitteførende med en alvorlig og kronisk seksuelt overførbart infeksjon». Bestemmelsen kan medføre at befruktning kan skje på en måte som utelukker eller reduserer smittefare for partneren. Videre er det en forutsetning at bioteknologilovens øvrige vilkår for assistert befruktning er oppfylt.

I og med at departementet har avvist en utvidende tolkning av bioteknologilovens begrep befruktningsudyktig til også å omfatte tilfeller der partene frarådes ubeskyttet samleie på grunn av smittefare, finner utvalget at det bør foretas en endring i bioteknologiloven som åpner for assistert befruktning i slike tilfeller.

Det kan etter utvalgets syn ikke være noen grunn til å opprettholde et lovforbud mot assistert befruktning når det er mannen som er hivpositiv, i og med at det etter sædvask heller ikke vil være noen smittefare for barnet (via moren) eller bivirkninger for barnet som følge av behandlingen. Utvalget foreslår en kjønnsnøytral lovbestemmelse, det vil si en lovbestemmelse som åpner for assistert befruktning uavhengig av om det er mannen eller kvinnen som er smittebærende, selv om det gjenstår en viss smittefare for barnet selv ved optimal behandling av en kvinne som er hivpositiv. Det vises til at man ikke kan se bort fra medisinske fremskritt som vil

⁵ Bl.a. i brev 24. mai 2005 til Bioteknologinemnda

⁶ I brev av 11. mars 2005 til Bioteknologinemnda

redusere smittefaren fra mor til barn ytterligere. Utvalget mener at det allerede i dag bør åpnes for assistert befruktning der det er kvinnen som er hivpositiv, når vilkårene for slik befruktning ellers er oppfylt. Det skal foretas en medisinsk og psykososial vurdering av par som ønsker assistert befruktning, hvor det legges vekt på barnets beste. Utvalget ser dilemmaet ved at det offentlige eventuelt bistår i en prosess som utsetter barnet som unnfanges, for så vel smittefare som risiko for legemiddelbivirkninger. Dette også sett i sammenheng med straffereguleringen av det å overføre smitte eller utsette andre for smittefare. En smitterisiko i den størrelsesorden som er aktuell for barnet når det gjelder hivsmitte (under en til to prosent), er tilstrekkelig til at det foreligger smittefare i straffelovens forstand.

Utvalget mener også det kan vurderes om det i tillegg bør inntas et nytt ledd i § 2-13 om at det kan foretas behandling av sæd før befruktning for å redusere eller fjerne smittefare. Utvalget skriver at en slik uttrykkelig presisering av at det er adgang til å foreta sædvask, neppe er nødvendig. Bestemmelsen i § 2-13 fastsetter foreløpig kun at behandling av sæd før befruktning for å påvirke valg av barnets kjønn, bare er tillatt dersom kvinnen er bærer av alvorlig arvelig kjønnsbundet sykdom. Annen behandling av sæd er ikke regulert. En presisering av adgangen til sædvask vil imidlertid fjerne eventuell tvil om lovforståelsen.

Utvalget forutsetter at departementet i forbindelse med gjennomgangen av bioteknologiloven også vil vurdere behovet for endringer i forskrift 7. mars 2008 nr. 222 om krav til kvalitet og sikkerhet ved håndtering av humane celler og vev, og merknadene til forskriften.

Kommentar:

Helsedirektoratet har som utvalget påpeker ment at det bør kunne foretas en utvidende fortolkning av «befruktningsudyktighet» når det foreligger «funksjonell befruktningedyktighet» som følge av kondombruk ut fra smittevern hensyn.

Direktoratet støtter derfor den endring som foreslås i bioteknologiloven § 2-3 nytt andre ledd. Som utvalget vil direktoratet peke på at det ikke er noen grunn for å opprettholde et lovforbud mot assistert befruktning når det er mannen som er hivpositiv, i og med at det etter sædvask heller ikke vil være noen smittefare for barnet (via moren) eller bivirkninger for barnet som følge av behandlingen. En endring av bestemmelsen, slik utvalget foreslår, vil medføre at disse parene også kan få tilbud om assistert befruktning med donorsæd.

Direktoratet vil også vise til at det allerede er gjort unntak fra det medisinske kravet om befruktningedyktighet, i og med at to kvinner som er gift eller er samboere i ekteskapsliknende forhold fra 1. januar 2009 kan få assistert befruktning uten medisinsk indikasjon.

Direktoratet slutter seg til at bestemmelsen gjøres kjønnsnøytral. På denne måten vil loven ta høyde for at det etter hvert utvikles så gode behandlingsmuligheter at risiko for å overføre hiv fra mor til barnet kan utelukkes eller er minimal. Direktoratet understreker at det må gjøres en grundig utredning av risiko for å overføre virus mellom mor og barn i hvert enkelt tilfelle, og at hensynet til barnets beste blir ivaretatt. Tilsvarende må risiko for bivirkninger eller skade hos barnet som følge av behandlingen vurderes. Det kan være hensiktsmessig å utarbeide nærmere

retningslinjer for assistert befruktning til hivpositive, og dette bør skje i nært samarbeid mellom de aktuelle fagmiljøene (smittevernekspertene, fagmiljø innen assistert befruktning mv). Bioteknologiloven er ikke til hinder for at hivpositive som samtidig er befruktningsudyktige, får behandling med assistert befruktning. Krav til medisinsk vurdering og vurdering av risiko for virusoverføring mv må også gjelde slike tilfeller.

Celleforskriften⁷, som implementerer EU-direktivene om celler og vev, stiller omfattende krav til laboratorier som skal behandle smittefarlig materiale. Forskriften omfatter også kriterier for testing av donor, og eksklusjonskriterier. Det er nødvendig å se nærmere på hvordan behandlingen skal innrettes for å oppfylle disse kravene. Direktoratet har omtalt problemstillingen i rapporten «Evalueringen av bioteknologien – status og utfordringer på fagområdene som reguleres av loven».

Vennlig hilsen

Henriette Øien e.f.
divisjonsdirektør

Arild Johan Myrberg
seniorrådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

⁷ Forskrift 7. mars 2008 nr. 222 om krav til kvalitet og sikkerhet ved håndtering av humane celle og vev