



Justis- og beredskapsdepartementet

Deres referanse: 22/590

Vår referanse: 2022/44

Dato: 02/03/2022

Høringsuttalelse – forslag til midlertidig hjemmel for pålegg om undersøkelse og tvangstesting for covid-19 mv

1. Innledning

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 7. februar 2022 om forslag til midlertidig hjemmel for pålegg om undersøkelse og tvangstesting for covid-19 mv. NIM har fått utsatt høringsfrist til 2. mars 2022.

For å oppfylle NIM sitt mandat om å fremme og beskytte menneskerettighetene¹, er en av NIMs oppgaver å gi råd til regjeringen om gjennomføringen av menneskerettighetene.² Det er som utgangspunkt ikke NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten eller prioriteringen av virkemidler for å oppfylle nevnte forpliktelser. NIM uttaler seg imidlertid om hvordan oppfyllelsen av menneskerettighetene kan sikres i praksis gjennom ulike virkemidler, slik som gjennom presise lov- og forskriftsregler.

Våre innspill kan oppsummeres slik:

- **Rammene for og innholdet i forholdsmessighetskravet ved bruk av tvangstesting bør presiseres ytterligere.**
- **Det bør ikke åpnes for adgang til bruk av tvang overfor barn under 16 år.**
- **Domstolskontrollen bør så langt som mulig legges opp slik at retten tar stilling til om vilkårene for bruk av tvang er oppfylt i den aktuelle situasjonen, og i liten grad ut ifra hypoteser om en fremtidig utvikling.**

2. Menneskerettslige sider

Departementet legger til grunn med henvisning til EMDs praksis at et pålegg om å la seg teste for covid-19 i forbindelse med uttransportering etter utlendingsloven,

¹ Lov av 22. mai 2015 nr. 33 om Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM-loven) § 1 annet ledd.

² NIM-loven § 3 første ledd bokstav b.

utleveringsloven eller arrestordreloven, eller eventuell tvangstesting, vil utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.³ Vi slutter oss til dette standpunktet.

Med henblikk på kravet til legitimt formål for tiltaket, bygger departementet på at nødvendige tiltak for uttransportering av utlendinger som ellers vil ha ulovlig opphold i Norge, i utgangspunktet faller inn under formålet i EMK artikkel 8 om «prevention of disorder».⁴ Videre bygger departementet på at det å pålegge eller tvangsgjennomføre en covid-19-test før uttransportering i utleverings- og overleveringssakene, kan sikre at en ettersøkt blir utlevert eller overlevert til begjærende stat for strafforfølgning eller soning. Inngrepet vil da være et ledd i bekjempelsen av straffrihet, og følgelig være nødvendig «for å forebygge [...] kriminalitet». Vi antar pålegg og tvangstesting etter forslaget til lovendringer kan ivareta de overnevnte formålene etter EMK artikkel 8. Vi tar ikke stilling til om det også kan ivareta det legitime formålet «beskytte helse», som også departementet nevner.

Om innholdet i den foreslåtte adgangen til å bruke fysisk tvang, uttaler departementet:

«Bruk av tvang vil gjøre tiltaket ekstra inngripende fordi det i utgangspunktet vil innebære behov for bruk av fysisk makt for å bringe den det gjelder til undersøkelsesstedet, og for å holde eller stroppe vedkommende fast og gjennomføre undersøkelsen.»⁵

Vi er ikke kjent med rettspraksis som gjelder myndighetenes adgang til å pålegg og gjennomføre medisinske undersøkelser ved tvang for å legge til rette for uttransportering i utlendingssaker, og ved utlevering og overlevering. EMD og Kommisjonen har vurdert forholdsmessigheten av pålegg om lite omfattende medisinske undersøkelser, slik som pålegg om vaksine og testing for sykdom.⁶ Det er imidlertid få saker om adgang til gjennomføring av mindre medisinske undersøkelser gjennom tvang i form av fysisk makt utenfor straffesaker.

Det finnes noen saker om fysisk makt ved kroppsundersøkelser i tilknytning til opplysningen av straffesaker.⁷ *Caruana v. Malta* gjaldt kroppsundersøkelse av et vitne i straffesak. EMD kom til at det var forholdsmessig å gjennomføre undersøkelsen. EMD vektla særlig forutgående prøving av en domstol, at inngrep normalt ikke medføre fysisk skade, eller psykisk smerte, at det ikke ville bli tatt gjennom bruk av overdreven makt, og de tungtveiende hensynene til straffeforfølgning som gjorde seg gjeldende i den

³ Høringsnotatet punkt 2.3 på s. 8-9.

⁴ Høringsnotatet punkt 2.3 på s. 9.

⁵ Høringsnotatet punkt 2.3 på s. 9.

⁶ Se henholdsvis Storkammerdommen *Vavrička* med flere v. Tjekkia, 8. april 2021 (47621/13) og Kommisjonsavgjørelsen *Acmanne* med flere v. Belgia (10435/83).

⁷ Se blant annet Storkammerdommen *Jalloh v. Tyskland*, 11. juli 2006 (54810/00) avsn. 67-82, avvisningsavgjørelsen *Schmidt v. Tyskland*, 16. august 2002 (32352/02) og avvisningsavgjørelsen *Caruana v. Malta*, 15. mai 2018 (41079/16).

aktuelle straffesaken.⁸ I én sak kom Kommisjonen til at bruk av makt i den aktuelle saken var forholdsmessig for å ta en blodprøve for å avklare farskap.⁹ I én annen sak kom Kommisjonen til at pålegg til en innsatt i fengsel om å undergå urinundersøkelse kombinert med en reaksjon på 5 dager i isolasjon ved manglende etterlevelse, utgjorde et forholdsmessig inngrep.¹⁰

I alle unntatt én (Jalloh v. Tyskland) av de overnevnte sakene fra Kommisjonen og EMD, der selve den medisinske undersøkelsen kunne skje med en viss fysisk makt, var det, så langt vi kan forstå, i nasjonal rett krav om forutgående domstolskontroll.¹¹ I Jalloh v. Tyskland, der EMD konstaterte krenkelse av EMK artikkel 3, var momentet om forutgående domstolskontroll ikke nevnt i EMDs premisser.¹² Tysk rett åpnet for å unnlate forutgående domstolskontroll hvis formålet med undersøkelsen ellers kunne bortfalle.¹³ Vi antar at forutgående domstolskontroll kan stille seg annerledes der tiden som går med til innhenting av godkjenning fra retten kan medføre at formålet med undersøkelsen ellers vil forspilles, sml. løøsningen i straffeprosessloven § 157.

Vi har ikke vurdert inngående hvor langt det følger et krav om forhåndskontroll av en domstol ved gjennomføring av covid-19 test gjennom tvang i form av fysisk makt i forbindelse med uttransportering. Uansett antar vi at en slik ordning vil inngå som et tungtveiende moment i forholdsmessighetsvurderingen i mange saker og dermed bidra til å redusere risikoen for krenkelser. Vi mener departementet i en eventuell proposisjon bør omtale menneskerettslige forpliktelser om domstolskontroll forut for bruk av tvangstesting mer inngående enn det som fremgår av høringsnotatet.¹⁴ Forpliktelsene på dette punktet har betydning for hvordan en ordning med domstolskontroll bør legges opp.

3. Lovenes varighet

Etter lovutkastet oppheves lovene 1. juni 2023.¹⁵ Departementet fremholder av lovene bør gjøres midlertidige, da det er den pågående covid-19 pandemien som begrunner behovet for hjemmelsgrunnlag.¹⁶ Uten at vi har vurdert spørsmålet inngående, fremstår

⁸ Avvisningsavgjørelsen Caruna v. Malta, 15. mai 2018 (41079/16) avsn. 40-41.

⁹ Kommisjonsavgjørelsen X mot Østerrike, 13. desember 1979 (8278/78) på s. 155.

¹⁰ Kommisjonsavgjørelsen Peters v. Netherlands, 6. april 1994 (21132/93).

¹¹ Avvisningsavgjørelsen Caruna v. Malta, 15. mai 2018 (41079/16) avsn. 16 og 40-41; Kommisjonsavgjørelsen X mot Østerrike, 13. desember 1979 (8278/78) på s. 155 og avvisningsavgjørelsen Schmidt v. Tyskland, 16. august 2002 (32352/02) på s. 3 og 4.

¹² Storkammerdommen Jalloh v. Tyskland, 11. juli 2006 (54810/00) avsn. 67-82.

¹³ Jalloh v. Tyskland, 11. juli 2006 (54810/00) avsn. 33.

¹⁴ Høringsnotatet punkt 2.3.

¹⁵ Forslag til utlendingsloven romertall II nr. 2 og forslag til ny midlertidig lov om tilpasninger i regelverket om internasjonalt rettslig samarbeid som følge av utbruddet av covid-19 III nr. 2.

¹⁶ Høringsnotatet punkt 2.6 på s. 15.

lovens varighet som ganske lang. Høringsnotatet inneholder ingen begrunnelse av hvorfor lovene skal vare såpass lenge. En begrunnelse for lengden bør fremgå i en eventuell proposisjon.

4. Utlendingsloven

Grunnvilkårene etter utkastet til endringene i både utlendingsloven for å pålegge testing for å avdekke mulig covid-19 er at testmetoden kan «gjennomføres på medisinskfaglig forsvarlig måte uten å påføre fare», jf. utkastet til utlendingsloven § 103 a første ledd. Om innholdet i denne formuleringen uttaler departementet følgende i utkastet til særmerknader:

«Formuleringen om at testmetodene må gjennomføres på medisinskfaglig forsvarlig måte uten å påføre fare, har en parallell i smittevernloven § 3-1 første ledd.»¹⁷

I proposisjonen som ligger til grunn for smittevernloven § § 3-1 heter det:

«Det er en forutsetning at undersøkelsene lar seg gjennomføre uten vesentlig ulempe eller fare for dem det gjelder – det vil si at de ikke medfører større ulempe eller fare enn hva som er alminnelig akseptert i forbindelse med undersøkelser av presumtivt friske individer som f.eks. ved bedriftshelseundersøkelser o.l.»¹⁸

Testmetodene for covid-19 vil, så langt vi kan overskue, neppe objektivt medføre en vesentlig ulempe annet enn i spesielle tilfeller. Opplevelsen av smerte eller ubehag er imidlertid subjektivt, og kan variere betydelig fra individ til individ. Det bør lovbestemmelsen i en eventuell proposisjon i større grad ta høyde for. Vi viser til at i straffeprosessloven § 157 første ledd er det et grunnvilkår for kroppslig undersøkelse at det kan skje «uten fare eller betydelig smerte». I utkastet til utlendingsloven § 103 a, bør departementet vurdere en lignende presisering i lovteksten eller i motivene. Det bør også presiseres at reguleringen innebærer en utredningsplikt for å avklare om det foreligger forhold som er til hinder for undersøkelse. Dette kan ha den konsekvens at dersom fysiske eller psykiske forhold tilsier at det ikke bør gjøres undersøkelse, eller personen selv eller andre gjør oppmerksom på slike forhold, må det gjøres nærmere vurderinger.

Det heter i utkastet til utlendingsloven § 103 a annet ledd:

«Dersom utlendingen ikke medvirker til å følge opp et pålegg etter første ledd om å la seg undersøke, kan politimesteren eller den politimesteren gir fullmakt, avgjøre at undersøkelse skal tas med tvang når dette er nødvendig.»

¹⁷ Høringsnotatet punkt 5.1 på s. 18.

¹⁸ Ot. prp.nr. 91 (1992-1993) punkt 3 på s. 131.

Det vil i også, som departementet nevner i særmerknadene, gjelde et krav til proporsjonalitet etter utlendingsloven § 99 første ledd. Departementet uttaler videre i særmerknadene om forholdsmessighet:

«Det klare utgangspunktet er imidlertid at det vil være forholdsmessig å beslutte tvangsmessig undersøkelse dersom utlendingen ikke medvirker frivillig og undersøkelse er helt nødvendig for å kunne gjennomføre uttransportering.»¹⁹

Samtidig fremholder departementet at det må tas hensyn til om vedkommende er særlig sårbar, både i vurderingen av om en covid-19 test skal pålegges og eventuelt tvangsgjennomføres.²⁰ Videre at det i tråd med Grunnloven § 104 og Barnekonvensjonen artikkel 3 må tas hensyn til at barn kan være særlig sårbare, særlig mot maktbruk.

Vi etterlyser noe utdypning fra departementet av innholdet i og rammene for forholdsmessighetsvurderingen ved tvangsbruken. Det er viktig for å bidra til betryggende vurderinger hos politijuristen og retten slik at risikoen for uforholdsmessig inngrep reduseres så langt som mulig. Departementet bør redegjøre for hvilken betydning det får i forholdsmessighetsvurderingen at tvangsbruken kombinert med motstand hos personen kan medføre betydelig smerte eller ubehag. Det bør også redegjøres for betydningen av årsaken til mulig motstand fra personer, f.eks. der det skyldes frykt for undersøkelsen. Selv om det departementet legger til grunn at det i normaltilfeller vil foreligge gode grunner for inngrep, er det viktig at forarbeidene ikke etterlater inntrykk av at individuelle vurderinger kan erstattes av standardløsninger.

Departementet uttaler i høringsnotatet at «det klare utgangspunktet [bør] være at tvang må unngås» overfor barn under 16 år og at det forutsettes at tvang i slike tilfeller i liten grad blir et praktisk behov.²¹ Rådet for Legeetikk fremholder i sin høringsuttalelse at tvang for å teste barn vil «kunne være helt ødeleggende for disse unge menneskenes tillit til helsetjenester og leger.»²²

NIM mener at departementet bør angi klarere rammer for tvangsbruk overfor barn for å redusere risikoen for uforholdsmessige inngrep i barns rett til privatliv. Disse rammene bør fremgå særskilt i loven. Det bør vurderes å stenge for tvang overfor barn under 16 år.

I utkastet til § utlendingsloven § 103 tredje ledd står det:

«En beslutning etter annet ledd om å gjennomføre undersøkelse med tvang kan bringes inn for retten.»

¹⁹ Høringsnotatet punkt 5.1 på s. 17.

²⁰ Høringsnotatet punkt 2.3 på s. 10.

²¹ Høringsnotatet punkt 2.3 på s. 10.

²² Høringssvar fra Rådet for legeetikk av 23. februar 2022.

Slik vi forstår høringsnotatet, er det meningen at utlendingen skal ha rett på oppsettende virkning når saken bringes inn for retten.²³ NIM mener departementet her oppstiller en nødvendig rettsikkerhetsgaranti. Denne rettsikkerhetsgarantien bør fremgå av utkastet til lovbestemmelse og ikke bare av særmerknadene.

5. Forslag til ny midlertidig lov om tilpasninger i regelverket om internasjonalt rettslig samarbeid som følge av utbruddet av covid-19

Departementet foreslår i utkastet til § 2 første ledd første punktum at retten, på begjæring fra påtalemyndigheten, skal avgjøre om pålegg om testing skal gjennomføres med tvang. Påtalemyndigheten skal kunne fremsette slik begjæring der det er grunn til å tro at personen ikke vil la seg teste frivillig eller følge opp et pålegg, jf. utkastet til § 2 første ledd siste punktum. Disse bestemmelsene er gjengitt, men ikke utdypet i særmerknadene.²⁴ Hvilket formål og funksjon vilkårene om at det er grunn til å tro at personen ikke vil la seg teste frivillig eller følge opp et pålegg, skal ha, er heller ikke omtalt i høringsnotatet. Det fremgår ikke hvorvidt vilkårene er materielle vilkår for at retten kan behandle begjæringen og ta den til følge.

Når det gjelder forholdsmessighetsvilkåret²⁵, viser vi til våre merknader i tilknytning til utlendingsloven ovenfor. Disse gjør seg tilsvarende gjeldende ved pålegg og tvangstesting som ledd i utlevering og overlevering.

Departementet legger altså opp til en ordning med forhåndssamtykke til bruk av tvang i fremtiden. Vi mener en slik ordning er betenkelig ut fra rettsikkerhetshensyn. En forholdsmessighetsvurdering bør knytte seg tett til den aktuelle situasjonen. Det vil f.eks. være vanskelig å overskue en persons psykiske tilstand når pålegg om testing og mulig tvang blir aktuelt. Det kan også være aktuelt å vurdere hvordan gjennomføring skal skje mest mulig skånsomt for å ivareta personen. Det ligger derfor en rettsikkerhetsgaranti i at domstolene på deres avgjørelsestidspunkt skal ta stilling til om vilkårene for begjæring om tvang er oppfylt. Et forhåndssamtykke til tvang på et uvisst fremtidig tidspunkt, gir ikke samme rettsikkerhet knyttet til domstolskontrollen. En viss hypotese om fremtidig utviklingen ligger imidlertid allerede i at det tale om en forhåndskontroll av retten. Vi anbefaler at domstolskontrollen så langt som mulig bør legges opp slik at retten tar stilling til om vilkårene for bruk av tvang er oppfylt i den aktuelle situasjonen, og i liten grad ut ifra hypoteser om en fremtidig utvikling.

Departementet begrunner løsningen med at påtalemyndighetens beslutning om bruk av tvang ikke kan bringes inn for retten for etterfølgende prøving med at det gjelder korte

²³ Høringsnotatet punkt 5.1 på s. 18.

²⁴ Høringsnotatet punkt 5.2 på s. 20.

²⁵ Høringsnotatet punkt 2.6 på s. 14.

frister for å effektivere et endelig vedtak.²⁶ Departementet viser til at et endelig overleveringsvedtak må effektiviseres senest innen ti dager dersom det gjelder en nordisk-europeisk arrestordre og senest innen fem dager dersom det gjelder en nordisk arrestordre, jf. arrestordreloven § 30 første ledd. Et utleveringsvedtak må på sin side iverksettes «så snart råd er», jf. utleveringsloven § 19 nr. 1. Videre at det er begrensede muligheter til å holde den ettersøkte varetektsfengslet ut over de fastsatte fristene.

Den norske Dommerforening stiller seg i sin høringsuttalelse spørrende til om en ordning med forhåndssamtykke er nødvendig. Det vises blant annet til at sakene vil være påbegynt i påtalemyndigheten før disse fristene begynner å løpe, og at den ettersøkte da normalt allerede vil være varetektsfengslet. Det gir påtalemyndigheten grunnlag for å forberede uttransport før fristene begynner å løpe. Den norske Dommerforeningen etterlyser en nærmere redegjørelse for omfanget av de problemene fristene reelt sett vil skape for en ordning der domstolene på vanlig måte tar stilling til om administrative vedtak som er truffet på grunnlag av et aktualisert behov. NIM slutter oss her til Den norske Dommerforening.

NIM bidrar gjerne til avklaringer eller diskusjoner om ønskelig.

Vennlig hilsen
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Vidar Strømme
Fagdirektør

Thomas Malmer Berge
Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.

²⁶ Høringsnotatet punkt 2.6 på s. 14.