



Tvungen testing for allmennfarlige smittsomme sykdommer ved eksponering for mulig smitte i polititjenesten

UtreDET

av

Tor-Geir Myhrer

Professor

Politihøgskolen

1. INNLEDNING	3
1.1. PROBLEMET	3
1.2. TIDLIGERE LOVGIVNINGSINITIATIV	5
1.3. OPPDRAGET.....	6
2. GJELDENE RETT	7
2.1. OVERSIKT	7
2.2. STRAFFEPROSESSLOVEN § 157	7
2.2.1. <i>Vilkår for å beslutte undersøkelsen</i>	8
2.2.2. <i>Formelle vilkår / beslutningskompetansen</i>	10
2.2.3. <i>Formidling av resultatet</i>	12
2.3. STRAFFEPROSESSLOVEN § 157A.....	14
2.4. SMITTEVERNLOVEN § 5-2, 1. OG 2. LEDD	15
2.5. OPPSUMMERING.....	18
3. DE SENTRALE HENSYNENE.....	20
3.1. INNLEDNING.....	20
3.2. TVUNGEN UNDERSØKELSE – EN PERSONVERNKRENKELSE.....	21
3.2.1. <i>Utgangspunkter</i>	21
3.2.2. <i>Den fysiske (kroppslige) og informasjonsmessige integriteten</i>	22
3.3. HENSYN SOM KAN GJØRE TVUNGEN UNDERSØKELSE "NØDVENDIG I ET DEMOKRATISK SAMFUNN"	24
3.3.1. <i>Oversikt</i>	24
3.3.2. <i>Politiets handleplikt</i>	26
3.3.3. <i>Hensynet til de som skal vernes, hjelpes eller pågripes ved politiets innsats</i>	40
3.3.4. <i>Konsekvensene rammer privatlivet og tjenestepersonens familie og venner</i>	42
3.3.5. <i>Tjenestepersonene og deres familie som menneskerettssubjekter</i>	43
4. DE NÆRMERE VILKÅRENE	51
4.1. INNLEDENDE OVERSIKT	51
4.2. SKAL BEHOVET FOR TESTING KVALIFISERES?.....	52
4.3. HVILKE PRØVER?	54
4.4. HVEM SKAL EN BESTEMMELSE VERNE?	54
4.5. BESLUTNINGSKOMPETANSE OG RETTSSIKKERHETSGARANTIER.....	56
4.6. BRUK OG REGISTRERING.....	58
4.7. HVOR SKAL BESTEMMELSEN Plasseres?.....	58
5. FORSLAG TIL MULIG BESTEMMELSE	60

1. Innledning

1.1. Problemet

Problemet med at polititjenestepersoner i tjenesten utsettes for smitte av allmennfarlige smittsomme sykdommer har eksistert i lang tid. Selve smitteeksponeringen er langt på vei en yrkesrisiko som det er vanskelig å eliminere. Det som derimot kan gjøres noe med, er mulighetene for så raskt som mulig å avklare om eksponeringen har resultert i faktisk smitte. Ventetiden fram til dette er avklart er en psykisk belastning for tjenestepersonen, og det vil også kunne legge betydelige begrensninger på familieliv og generell livsutfoldelse. I en viss utstrekning iverksettes det profylaktisk behandling. Denne kan være belastende og ha bivirkninger, og det er derfor viktig at den gjøres kortest mulig.

Problemstillingen har blitt viet større oppmerksomhet det siste tiåret.¹ Årsaken er trolig en kombinasjon av at tilfellene har blitt flere, at kunnskapen om smitte mulighetene er blitt større, at mulighetene for å avklare om risikoen for smitte har realisert seg er blitt bedre, samt at spørsmålet om belastningen ved slik smitteoverføring har vært viet oppmerksomhet i annen sammenheng. Jf. særlig NOU 2012:17 *Om kjærlighet og kjøletårn*, og oppfølgingen gjennom Prop. 120L (2016-2017) *Endringer i straffeloven mv.* (smitteoverføring og allmennfarlig smittespredning, som bl.a. ledet fram til en ny bestemmelse i straffeprosessloven² § 157a.

Det er en rekke situasjoner hvor tjenestepersoner utsettes for smitte, men grovt sett kan de deles i tre:

- I tilfeller hvor de skal anholde eller kontrollere personer som er aggressive og biter, spytter, eller ved bruk av gjenstander (for eksempel sprøyter) skader tjenestepersonene.³
- Når de under inkvirering eller ransaking av personer skader seg på gjenstander – sprøyter eller kniver – som personen har på seg eller bærer med seg.

¹ Spørsmålet er bl.a. gitt fylldig omtale i POLITIFORUM både i mai 2013 under overskriften "Må leve med smittefare" og i desember 2018: "Politifolk etterlyser hjemmel for tvangstesting etter å ha blitt forsettlig smittet".

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

³ I en viss utstrekning rammer dette også sivilt ansatte i politiet som namsmyndigheten og stevnevitner.

- Når de ved utrykning til lovbrudd eller ulykker må forholde seg til blodige personer, personer med åpne sår, eller åsteder eller ulykkessteder med blod, urin eller oppkast, for eksempel når det gis førstehjelp til overdoseofre.

Ikke sjelden vil tjenestepersonene utsettes for en kombinasjon av disse typetilfellene, slik tilfellet gjengitt i POLITIFORUM desember 2018 er et eksempel på:

Vi rykket ut på melding om knivstikking i leilighet. Kort utrykningsvei gjorde at innsatsenhetene ankom raskt, og under innpåkørsj kunne man høre at slåssingen fortsatt pågikk inne. Patruljene ble møtt av en særdeles uoversiktlig situasjon med flere blodige involverte hvorav flere trengte førstehjelp.

Under oppdraget ble flere politibetjenter tilgriset i blod og en betjent ble også bevisst spyttet på, slik at han fikk blod i øynene og ned i svelget.

Det er under slike omstendigheter politibetjentene ønsker mulighet til å teste gjerningspersonene for eventuelle sykdommer.

Ved akutte hendelser er vi avhengige av en patruljestyrke med dedikert fokus på oppgaven. Tjenestepersonene på dette aktuelle oppdraget handlet resolutt, og sørget for nødvendig fremdrift som sikret rask bistand fra helseressursene på stedet.

I noen av disse tilfellene åpner lovgivningen for kroppslig undersøkelse av den eller de personer som tjenestepersonen har vært i kontakt med,⁴ slik at det kan avklares om vedkommende er smittebærer, jf. kapittel 2 nedenfor om gjeldende rett. I de tallmessig fleste tilfellene hvor behovet for testing oppstår, er det imidlertid ikke mulig å foreta slik undersøkelse (i praksis en blodprøve), uten at den som skal undersøkes er villig til og i stand til å samtykke. I ganske mange tilfeller gis slikt samtykke. Det er likevel en god del tilfeller hvor muligheten for smitte fremstår som en mulig risiko, men hvor vedkommende ikke ønsker å samtykke eller ikke er i stand til det. I denne gruppen vil det forekomme tilfeller hvor årsaken til det manglende samtykket, er at vedkommende er død. Et aktuelt tilfelle kan for eksempel være at smitteeksponeringen er knyttet til livreddende førstehjelp i et overdosetilfelle, men hvor livet likevel ikke sto til å redde. Det er ingen generelle regel om hvem som kan samtykke til medisinske inngrep på vegne av en avdød. Trolig må en i disse tilfellene kunne legge følgende til grunn: Hvis det ikke er grunn til å tro at avdøde ville motsatt seg testingen, vil samtykke fra de nærmeste pårørende gi tilstrekkelig grunnlag.⁵

I de tilfellene hvor samtykke ikke oppnås, vil som nevnt tjenestepersonen og dennes nære familie eller husstand ofte leve i en psykisk belastende usikkerhet opptil et halvt år. I tillegg til usikkerheten vil tjenestepersonen i noen tilfeller bli satt på profylaktisk

⁴ Jf. straffeprosessloven § 157.

⁵ Se Lasse A. Warberg: Norsk helserett (2.utg. Universitetsforlaget 2011) side 87-88.

behandling, ofte med ubehagelige bivirkninger. Viser det seg ikke å foreligge smitte, har medisineringsen både vært en unødvendig plage og en unødvendig bruk av helseressurser. I tillegg til usikkerheten og eventuelle plager ved medisineringsen, vil uklarheten om smittestatus og behovet for å forebygge mulig videre smitte, også innebære begrensninger i ordinært samliv og familieliv. Som sitatet ovenfor antyder, og som vil bli nærmere behandlet nedenfor i pkt. 3.3.3, vil manglende mulighet for tvangsmessig testing også kunne påvirke hvordan tjenestepersonene velger å angripe ulike situasjoner.

1.2. Tidligere lovgivningsinitiativ

Behovet for endringer i lovgivningen på dette området ble tatt opp i Oslo politidistrikts høringsuttalelse til NOU 2012:17.⁶ I Justis – og beredskapsdepartementets oppfølging av utredningen med forslag til endringer i straffeloven og straffeprosessloven i Prop. 120L (2016-2017) pkt. 11.4, gjengir initiativet fra Oslo politidistrikt slik:

Oslo politidistrikt (med støtte av Politidirektoratet) støtter forslaget isolert sett, men mener at den foreslåtte bestemmelsen ikke bør begrenses til seksuallovbrudd, med den følge at personer som i yrkesmessig sammenheng kan ha blitt eksponert for smitte, er stilt like dårlig som etter gjeldende rett. Dette betyr at det fremdeles vil være praktiske situasjoner hvor det ikke er hjemmel for å ta en blodprøve hos den antatt smittede uten dennes samtykke – for eksempel der polititjenestepersonen tilfeldig kommer i kontakt med sprøytespiss eller kommer i kontakt med blodsøl eller andre kroppsvæsker.

I departements merknader sies følgende:

Under høringen har Oslo politidistrikt gitt uttrykk for at bestemmelsen ikke bør begrenses til seksuallovbrudd. Departementet går ikke i denne omgang inn for at bestemmelsen gis et videre anvendelsesområde. Utvalget har ikke utredet spørsmålet, og det har ikke vært på høring. Departementet understreker at straffeprosessloven § 157 vil kunne gi grunnlag for kroppslig undersøkelse der det er konkrete holdepunkter for at mistenkte for andre typer lovbrudd er smitteførende.

Det er naturlig å forstå Justis- og beredskapsdepartementet slik at det i og for seg ikke avviser at det kan være behov for en slik lovendring som Oslo politidistrikt (med tilslutning fra Politidirektoratet) har tatt til ordet for, men at dette krever nærmere utredning og høringsbehandling. Det er imidlertid ikke senere tatt noe initiativ fra departementets side for å få dette nærmere utredet.

⁶ Høringssvar av 22. januar 2013, ref. 2012/08103- 2 500

Det er også foranledning til å nevne Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 17. desember 2018⁷ med tilhørende høringsnotat. I notatets punkt 5 fremmes forslag om "bedre vern av politiet og andre offentlige tjenestemenn samt brann- og redningspersonell". Selv om notatet omhandler lovforslag knyttet til andre utfordringer for "blålysetatene" enn det som er gjenstand for denne utredningen, er det overordnede siktemålet det samme: Nemlig å skape et rettslig grunnlag som i bidrar til den hjelpende og håndhevende innsatsen iverksettes så raskt og effektiv som mulig.

1.3. Oppdraget

Med bakgrunn i foranstående ble jeg i desember 2018 forespurt av Oslo politidistrikt om jeg, på et juridisk grunnlag, kunne foreta en utredning og vurdering av om en bestemmelse om tvungen testing kan gis, og hvordan den eventuelt kunne utformes og forankres. Siktemålet må oppdraget var å kunne presentere et rettslig begrunnet forslag til en mulig hjemmel for tvangsmessig testing, og som kan skape fortgang i arbeidet med eventuell ny lovgivning.

Denne utredningen er svaret på Oslo politidistrikts anmodning.

⁷ Ref. 18/5494 ES

2. Gjeldende rett

2.1. Oversikt

Gjeldende rett inneholder i dag fire lovbestemmelser som helt eller delvis har til formål å undersøke om en person er bærer av en allmennfarlig smittsom sykdom. De finnes i straffeprosessloven⁸ § 157 og § 157a, og i smittevernloven⁹ § 5-2, 1. og 2. ledd. Bestemmelsene inneholder naturlig nok kriterier for når undersøkelser kan iverksettes, men også hva resultatet av undersøkelsene kan benyttes til. Som allerede nevnt foran i 1.1 er oppfatningen at bestemmelsene verken enkeltvis eller samlet kan fylle det behovet som politiets tjenstepersoner har, og som utdypes nærmere i kapittel 3.

Problemstillingen for denne utredningen er adgangen til å gjennomføre tvungen undersøkelse for å avklare om overføring av allmennfarlig smittsom sykdom kan ha skjedd. I dette lys hadde det kanskje vært naturlig å begynne med bestemmelsene i smittevernloven § 5-2 som spesifikt omhandler "tvungen legeundersøkelse" for å forebygge overføring av slik sykdom. Innen politiet synes imidlertid oppmerksomheten først og fremst å ha vært konsentrert om kriteriene og begrensningen i straffeprosessloven § 157, og jeg begynner derfor gjennomgangen av gjeldende rett med den.

2.2. Straffeprosessloven § 157

Bestemmelsen lyder:

Den som med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, kan underkastes kroppslig undersøkelse når det antas å være av betydning for opplysningen av saken og ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep. Det kan tas blodprøve og foretas andre undersøkelser som kan skje uten fare eller betydelig smerte.

Disse regler gjelder selv om straff ikke kan idømmes på grunn av reglene i straffeloven § 20 første ledd. Det gjelder også når tilstanden har medført at den mistenkte ikke har utvist skyld.

Uten mistenktes samtykke kan undersøkelse bare foretas etter kjennelse av retten. Så vidt mulig og tilrådelig skal han få adgang til å uttale seg før avgjørelsen treffes.

Dersom formålet med undersøkelsen ellers kunne forspilles, kan ordre fra påtalemyndigheten tre i stedet for kjennelse av retten. Ordren skal være skriftlig og grunngitt. Er det fare ved opphold, kan ordren gis muntlig, men den skal da snarest mulig nedtegnes.

De innhentede prøvene skal bare brukes i strafferettspleien. Kongen kan i forskrift likevel bestemme at rettstoksikologiske analysedata også kan brukes i

⁸ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

⁹ Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer.

forskningsøyemed, og gi nærmere regler om slik bruk.

2.2.1. Vilkår for å beslutte undersøkelsen

Som grunnlag for å gjennomføre en undersøkelse – normalt blodprøve – for å avklare om polititjenestepersonen har blitt eksponert for smitte, har bestemmelsen flere begrensende kriterier.

For det første er bestemmelsen bare anvendelig i de tilfellene hvor den personen som skal undersøkes *med skjellig grunn mistenkes for en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff*. Selv om forarbeidene til bestemmelsen¹⁰ legger til grunn av bestemmelsen først og fremst bør benyttes i narkotikasaker, er det ikke tvilsomt at den gir adgang til og er blitt benyttet til kroppslig undersøkelse også ved andre lovbrudd.¹¹ Med det beskjedne kravet til *strafferamme* som er fastsatt, vil typen av den straffbare handlingen sjelden representere noen begrensning. Den viktigste begrensningen er knyttet til at den handlingen som foranlediger ønsket om undersøkelsen, *må være straffbar*. En kroppskrenkelse eller kroppsskade som er forvoldt ved uaktsomhet, er ikke straffbar. En arrestant som veiver rundt seg med en blodig sprøyte i pågripelsessituasjonen, og utilsiktet stikker tjenestepersonen, har derfor normalt ikke gjort noe straffbart. Først når den tilføyde kroppskrenkelsen er *betydelig*, er uaktsomme handlinger belagt med straff, jf. straffeloven¹² 280. Noe større praktisk betydning enn strafferammen kan kravet om *“skjellig grunn til mistanke”* ha. På det tidspunktet da undersøkelsen skal besluttet, må det på bakgrunn av objektive holdepunkter fremstå som mest sannsynlig at den som skal undersøkes har utført handlingen, og har utvist den nødvendige straffeskyld.^{13 14}

Den viktigste begrensningen følger likevel av at undersøkelsen bare kan foretas *“når det antas å være av betydning for opplysningen av saken”*. Av dette følger for det første at bestemmelsen ikke hjemler noen rutinemessige undersøkelser av mistenkte for å undersøke om det foreligger en mulig smitterisiko. Formuleringen *“antas å være”* krever at det foreligger objektive, konkrete holdepunkter for at det foreligger en slik smitterisiko som prøven vil avklare.¹⁵ For vår problemstilling representerer

¹⁰ Jf. Innst. O nr. 37 (1980-81) side 23.

¹¹ Se Bjerke, Keiserud og Sæther: Straffeprosessloven – Kommentartutgave (4. utg. – Universitetsforlaget 2011) side 564, og Johs. Andenæs: Norsk straffeprosess (samlet 4. utg. – Universitetsforlaget 2009) side 233.

¹² Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

¹³ Se Bjerke, Keiserud og Sæther: Straffeprosessloven – Kommentartutgave (4. utg. – Universitetsforlaget 2011) side 565.

¹⁴ Jeg ser her bort fra tilfellene omhandlet i bestemmelsens andre ledd.

¹⁵ Se Bjerke, Keiserud og Sæther: Straffeprosessloven side 565.

dette kanskje ikke den største begrensningen, siden behovet for prøvetakingen i ganske stor grad aktualiseres når tjenestepersonene er blitt eksponert for smitte fra personer eller i miljøer hvor slike konkrete holdepunkter fort vil foreligge. Men på den annen side er det heller ikke uvanlig at tjenestepersoner utsettes for mulig smitte fra personer der det (i initialfasen) er uvisst om personen har tilknytning til smittefarlige miljøer. Typiske eksempler inkluderer slåssing på byen eller trafikkulykker med blodsøl, der avgivers tilknytning til risikomiljøer er mulig, men konkrete holdepunkter for dette ikke finnes.

Større begrensning ligger i at den informasjonen som den kroppslige undersøkelsen frembringer, skal "være av betydning for opplysningen av saken". Knyttet til spørsmålet om overføring av smitte, vil det normalt kreves at konstatering av smitterisikoen har betydning enten for straffbarheten eller straffverdigheten (straffutmålingen).

I NOU 2012:17 *Om kjærlighet og kjøletårn*, som foreslo bestemmelsen i straffeprosessloven 157a, jf. 2.3 nedenfor, refereres det på side 282 til en sak fra 1988, omtalt i Svein Slettan: *HIV-testing og taushetsplikt i straffesaker*,¹⁶ hvor en polititjenesteperson var blitt bitt av en innsatt:

Det gikk rykter om at den innsatte var hivpositiv, og det ble i politiets begjæring om kroppslig undersøkelse til forhørsretten vist til den psykiske påkjenningen det ville være for fornærmede og hans familie å vente på resultatet av undersøkelsene av om fornærmede var smittet. Ifølge Slettan avsa forhørsretten kjennelse for at blodprøve kunne tas uten mistenktes samtykke og la vesentlig vekt på fornærmede ønske om rask avklaring. Lagmannsretten kom til motsatt resultat idet det ble vist til at ønsket om avklaring var forståelig, men at det ikke var av direkte betydning for opplysningen av straffesaken mot siktede.¹⁷

Utvalget synes å legge til grunn at dette fremdeles er gjeldende rett, idet det deretter fremholder:

Utvalget har ikke funnet uttalelser i forarbeidene som klargjør spørsmålet om hva som skal til for å si at det antas at undersøkelsen er av betydning i saken. Utvalget er heller ikke kjent med nyere rettspraksis verken med hensyn til seksuallovbrudd eller andre typer lovbrudd, som kaster lys over gjeldende rett med hensyn til de aktuelle spørsmål.

¹⁶ Institutt for offentlige retts skriftserie nr. 10/1993.

¹⁷ Rettsavgjørelsene det vises til er henholdsvis Oslo forhørsretts kjennelse 7. januar 1988 og Eidsivating (nå Borgarting) lagmannsretts kjennelse 14. januar 1988.

Man synes ikke å ha vært oppmerksom på bestemmelsen i straffeloven 2005 § 77 bokstav b, som på dette tidspunktet var vedtatt, men enn ikke trådt i kraft.

Bestemmelsen lyder:

Ved straffutmålingen skal det i skjerpende retning især tas i betraktning at lovbruddet:

b) har satt menneskers liv eller helse i fare eller voldt velferdstap

Når den straffbare handlingen består i en integritetskrenkelse, vil denne generelle straffutmålingsbestemmelsen etter mitt skjønn innebære at vilkåret om at undersøkelsen må "være av betydning for opplysningen av saken", som regel vil være oppfylt. Overføring av alvorlig smittsom sykdom kan gjøre en tilføydd skade betydelig, jf. straffeloven § 280, jf. § 11, og således straffbar også i uaktsom form. Men smitterisikoen vil ved integritetslovbrudd alltid tillegges vekt i skjerpende retning, fordi man derigjennom har satt den rammedes helse i fare, selv om tjenestepersonen rent faktisk ikke har blitt smittet, jf. straffeloven § 77 bokstav b.

Det vil likevel være en rekke situasjoner hvor tjenestepersoner kan bli utsatt for smitte, hvor dette vilkåret ikke er oppfylt. Politiet forfølger f.eks. et kjøretøy hvor fører har unnlatt å stanse for kontroll. Etter kort tid mister fører kontrollen, kjører av veien og blir skadd i utforkjøringen. Politiets patrulje vil her gjerne være først på ulykkesstedet, og iverksette både nødvendig førstehjelp og pågripelse. Dette kan utsette tjenestepersonen for smitte. I slike tilfeller vil det gjerne ble tatt blodprøve etter vegtrafikkloven¹⁸ § 22a hvis det er mistanke om påvirkning. For en siktelse etter vegtrafikkloven § 31, jf. § 3 (uaktsom kjøring), § 10 (ikke stanset for kontroll) og § 22 (kjørt i påvirket tilstand), vil det normalt være helt irrelevant om siktede har hepatitt eller er HIV-positiv. Å anføre i en situasjon som dette at som en følge av gjerningspersonens handling er tjenestepersonens liv og helse satt i fare eller at det er voldt velferdstap, og dette var noe gjerningspersonen(e) kunne innse,¹⁹ vil åpenbart føre for langt.²⁰ Vilkåret om at undersøkelsen etter straffeprosessloven § 157 skal være av betydning for opplysning av saken, er her følgelig ikke oppfylt.

2.2.2. Formelle vilkår / beslutningskompetansen

Det følger av bestemmelsens tredje og fjerde ledd at uten mistenktes samtykke kan undersøkelse etter § 157 bare foretas etter kjennelse fra retten, eller i hastetilfeller

¹⁸ Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk.

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) om lov om straff, side 427.

²⁰ Se også Magnus Matningsdal: Straffeloven – Alminnelige bestemmelser – Kommentartutgave, Universitetsforlaget 2015, side 689-691.

etter ordre fra påtalemyndigheten. For problemstillingen i denne utredningen gir dette foranledning til å drøfte to spørsmål nærmere:

Det første er hva mistenktes samtykke erstatter. Er det bare behovet for å innhente kjennelse fra retten eller ordre fra påtalemyndigheten, eller erstatter det også noen av vilkårene etter første ledd, jf. 2.2.1 ovenfor? I teorien er dette et noe omtvistet spørsmål, jf. Bjerke, Keiserud og Sæther: *Straffeprosessloven* side 566 med videre henvisninger. Den vanligste oppfatningen er at samtykke fra mistenkte bare fjerner behovet for rettens beslutning eller påtalemyndighetens ordre. Bjerke, Keiserud og Sæther l.c. fremholder imidlertid:

”..., og så lenge det er tale om beskjedne inngrep som f.eks. blodprøve, bør samtykke kunne gi grunnlag for undersøkelse, selv om lovens vilkår ikke er oppfylt. Det gjelder i særdeleshet dersom det er tale om en undersøkelse av en større krets av personer, og hvor mistanken ikke er rettet mot en bestemt person.”

Selv om det nettopp vil være blodprøve som er den aktuelle undersøkelsen for vår problemstilling, går jeg av to grunner ikke nærmere inn på problemstillingen om virkningen av samtykke: For det første er holdbarheten av synspunktet så vidt usikker at det er vanskelig å basere seg på det. Mer vesentlig er det likevel at i mange av de tilfellene hvor undersøkelse av smitterisikoen er ønskelig, så enten vil eller kan ikke den som skal undersøkes, gi sitt samtykke.

Det andre spørsmålet som krever en nærmere drøfting, er om påtalemyndighetens beslutningskompetanse i fjerde ledd kan anvendes for vår problemstilling. Kriteriet er at *”formålet med undersøkelsen ellers kunne forspilles”*. I praksis er det nesten alltid påtalemyndighetens ordre etter fjerde ledd som danner grunnlag for kroppslig undersøkelse. Årsaken er enten at tilstanden som skal undersøkes er forbigående (for eksempel påvirkning) eller at utsettelse av undersøkelsen kan sette personen i fare (for eksempel svelget narkotika). For vår problemstilling er imidlertid behovet for undersøkelse knyttet til om vedkommende er bærer av en smittsom sykdom. Her spiller det i utgangspunktet ikke noen rolle om undersøkelsen, normalt blodprøven, tas natt til lørdag når vedkommende pågripes, eller om man avventer tingrettens beslutning og tar blodprøven påfølgende tirsdag. Utfordringen her er imidlertid at en eventuell senere prøvetaking vil vanskeliggjøres fordi ganske mange av de det kan være aktuelt å undersøke, vil være vanskelige å finne eller få til å møte til undersøkelsen. At gjennomføringen av undersøkelsen vanskeliggjøres, er likevel noe annet enn at formålet *forspilles*. Muligens kunne det være forsvarlig å forstå bestemmelsen slik at hvis politiet neppe får tak i personen før prøve ikke lenger er relevant, kan man si at tingrettens kjennelse vil være formålsforfeilet, og at

påtalemyndighetens hastekompetanse derfor kan brukes. Det må uansett konkluderes med at det er mer enn usikkert om påtalemyndighetens hastekompetanse i fjerde ledd kan anvendes i de tilfellene som er aktuelle for vår problemstilling.

2.2.3. Formidling av resultatet

Det følger av behandlingen foran at straffeprosessloven § 157 inneholder flere materielle og formelle begrensninger og utfordringer, som begrenser muligheten for å bruke bestemmelsen som grunnlag for undersøkelse av en eventuell smitterisiko. Men også når blodprøven er tatt og undersøkelsen gjennomført, inneholder bestemmelsen kriterier for bruken av resultatet som krever en nærmere omtale. I femte ledd heter det at "[D]e innhentede prøvene skal bare brukes i strafferettspleien". Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 18. januar 2008 nr. 3, som først og fremst gjaldt utvidelse av adgangen til å sikre og registrere DNA. En tilsvarende bestemmelse er inntatt i straffeprosessloven § 160a, 6. ledd. Lovforslagene ble fremmet i Ot.prp. nr. 19 (2006-2007), men i omtalen her er oppmerksomheten først og fremst knyttet til i hvilken grad prøvematerialet kan tillates brukt utenfor strafferettspleien, særlig forskningsformål. Hva som ligger i "brukes i strafferettspleien" synes tatt for gitt, og det er nærliggende å tro at man først og fremst har hatt i tankene at resultatet av undersøkelsen brukes som bevis knyttet til skyldspørsmålet eller straffespørsmålet i saken. Men "brukes i strafferettspleien" må også omfatte at informasjonen om resultatet av blodprøven gjøres kjent for den fornærmede eller skadelidte i medhold av straffeprosessloven § 93e, 2. ledd if. og politiregisterloven²¹ § 26. Når det likevel er grunn til å dvele noe ved dette, skyldes det at resultatet av en blodprøve som viser at mistenkte for eksempel har HIV eller hepatitt, ganske klart er en "opplysning av særlig personlig art om siktede", som etter politiregisterforskriften²² § 25-3, 1. ledd, 3. punktum skal arkiveres særskilt, og som fornærmede etter § 27-1, 2. ledd som hovedregel ikke skal gis innsyn i.

Etter mitt skjønn må en imidlertid kunne legge til grunn at et negativt prøveresultat, dvs. et som viser at mistenkte *ikke* er smittet av noen farlig sykdom, ikke kan regnes som en opplysning av særlig personlig art, og at fornærmede etter straffeprosessloven § 93e, 2. ledd if. og politiregisterloven § 26 kan informeres om dette straks resultatet foreligger. Fornærmede vil som hovedregel allerede vite at prøve for analyse er tatt. Riktignok kan en praksis med å opplyse om negative

²¹ Lov 28.mai 2008 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten.

²² Forskrift 20.september 2013 nr. 1087 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten.

prøveresultater gi grunnlag for motsetningsslutninger. I den saken prøven er tatt, blir likevel ikke et negativt resultat mer sensitivt fordi underrettingspraksis kan gi grunnlag for motsetningsslutninger i andre saker.

De største rettslige utfordringene oppstår hvor prøven viser at mistenke er bærer av en farlig smittsom sykdom, men hvor opplysningen av ulike grunner ikke skal benyttes som bevis i straffesak mot mistenkte. Det kan for eksempel være at saken skal henlegges fordi påtalemyndigheten allerede er kjent med at mistenkte er strafferettslig utilregnelig, jf. straffeloven²³ § 20, og saken ikke er alvorlig nok til å fremme en sak om særreaksjoner etter straffelovens kapitel 12. Men også i disse tilfeller må både straffeprosessloven § 157, 5. ledd og § 93e, 2. ledd if. tolkes slik at ivaretagelsen av fornærmedes helt åpenbare behov for å få informasjon om dette, faller innenfor formuleringen "brukes i strafferettspleien". Ikke minst når en tar i betraktning Statens positive plikt til å sikre mulig smittede tjenstepersoners rett til privatliv, jf. EMK art. 8 og avgjørelsen i EMD 5. juni 2009 i saken Colak og Tsakiridis mot Tyskland,²⁴ som behandles nærmere nedenfor i pkt. 3.3.5.2. Det som ytterligere støtter fortolkningen ovenfor, er at en annen forståelse av bestemmelsen i 5. ledd lett ville komme i et ganske anspent forhold både til straffeloven § 287, 1. ledd bokstav a, og smittevernloven § 2-2, 1. til 3. ledd.

Etter straffeloven § 287, 1. ledd bokstav a) er enhver forpliktet til "etter evne å hjelpe en person som er i åpenbar fare for å miste livet eller bli påført betydelig skade på kropp eller helse". I den situasjonen som behandles her, er jo den mest nærliggende og adekvate hjelpen å underrette om smittefaren som kan lede til betydelig helseskade, slik at tjenstepersonen kan få riktig behandling.

Det vil være helsepersonell som tar blodprøven, og det vil det være innenfor helseetaten at prøven analyseres. Hadde den allmennfarlige smittsomme sykdommen blitt oppdaget uten tilknytning til en straffesak, hadde spørsmålet om å varsle smitteutsatte personer etter smittevernloven § 2-2, 1. til 3. ledd raskt blitt aktualisert. Bestemmelsene lyder:

(1) Når det er overveiende sannsynlig at det er eller har vært fare for overføring av en allmennfarlig smittsom sykdom fra en smittet person, og det av hensyn til smittevernet er behov for å gi opplysninger underlagt taushetsplikt, skal legen så langt råd er, søke å oppnå medvirkning eller samtykke fra den smittede slik at nødvendige opplysninger kan bli gitt.

²³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

²⁴ App. nr. 77144/01 og 35493/05.

(2) Er det ikke mulig å oppnå tilstrekkelig medvirkning eller samtykke fra den smittede, kan det gis opplysninger om smittestatus og andre helt nødvendige opplysninger uten hinder av lovbestemt taushetsplikt. Legen kan gi opplysningene til...

- d) den som med overveiende sannsynlighet har vært i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom, når opplysningene kan motvirke at sykdommen blir overført til andre, eller er avgjørende for å kunne begynne medisinsk behandling av den smitteutsatte, eller
- e) den som med overveiende sannsynlighet har vært i fare for å få overført en allmennfarlig smittsom sykdom fordi den smittede har opptrådt klanderverdig.

(3) Dersom faren for overføring etter bokstav c er overhengende og innlysende, skal opplysningene gis, med mindre legen vet at en annen lege gir opplysningene eller at opplysningene allerede er kjent for dem som skal ha dem.

Det vil være vanskelig å forsvare at tilsvarende underretning ikke skal kunne gis bare fordi informasjonen formidles via en straffesak.

2.3. Straffeprosessloven § 157a

Bestemmelsen lyder:

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

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

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

Bestemmelsen ble tilføyd ved lov 21. juni 2017 nr. 90, og er et resultat av det lovgivningsinitiativet som er omtalt foran i pkt. 1.2. Den vil ikke i detalj bli behandlet her. Bestemmelsen er bare anvendelig ved skjellig grunn til mistanke om lovbrudd²⁵ som i det alt vesentlige vil være uaktuelle for problemstillingen som er aktuell for denne utredningen. Når bestemmelsen likevel er tatt inn her, er det fordi den er et eksempel på at en person etter beslutning fra påtalemyndigheten, mot sin egen vilje, kan underkastes kroppslig undersøkelse bare for å avklare om vedkommende er smittebærer, og at det også er uttrykkelig bestemt at dette skal meddeles den fornærmede som har blitt eksponert for smitten. Sentral er også henvisningen til

²⁵ Forsettlig eller uaktsom voldtekt, misbruk av stilling mv. eller seksuell krenking av barn under 14 eller 16 år.

smittevernloven § 6-1 om rett til behandling. Som nevnt foran i pkt. 1.2 er det en slik bestemmelse Oslo politidistrikt mener også bør finnes for tjenestepersoner som i tjenesten eksponeres for mulig smitte av allmennfarlige sykdommer.

2.4.Smittevernloven § 5-2, 1. og 2. ledd

Bestemmelsene som gjelder tvungen undersøkelse, lyder:

Når det er nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller motvirke at den blir overført, skal legen eller eventuelt kommunelegen be en smittet person om å la seg undersøke av lege.

Dersom en smittet person motsetter seg undersøkelse etter første ledd, kan det gjøres vedtak om at vedkommende skal legges inn på sykehus til legeundersøkelse og eventuelt til kortvarig isolering. Slik tvungen legeundersøkelse eller kortvarig isolering kan bare gjennomføres for å klarlegge om det foreligger en allmennfarlig smittsom sykdom, og dette er nødvendig for å motvirke overføring av en slik sykdom til andre og såfremt undersøkelsen kan skje uten fare. Tvungen isolering kan vedtas for opptil sju dager.

For problemstillingen i denne utredningen, er det tre kriterier som fordrer en nærmere omtale og drøfting. For det første; hva som regnes en "allmennfarlig smittsom sykdom", dernest hvem som kan regnes som en "smittet person", og ikke minst hva det innebærer at den tvungne undersøkelsen skal være "nødvendig for å motvirke overføring av en slik sykdom til andre".

Hva som regnes som "*allmennfarlig smittsom sykdom*" er definert i smittevernloven § 1-3, 1. ledd nr. 3:

allmennfarlig smittsom sykdom: en sykdom som er særlig smittsom, eller som kan opptre hyppig, eller har høy dødelighet eller kan gi alvorlige eller varige skader, og som

- a) vanligvis fører til langvarig behandling, eventuelt sykehusinnleggelse, langvarig sykefravær eller rekonvalesens, eller
- b) kan få så stor utbredelse at sykdommen blir en vesentlig belastning for folkehelsen, eller
- c) utgjør en særlig belastning fordi det ikke fins effektive forebyggende tiltak eller helbredende behandling for den

Det er i bestemmelsens annet ledd bestemt at departementet kan gi forskrift om hvilke sykdommer som skal regnes som "allmennfarlige smittsomme sykdommer". En slik forskrift er gitt 1. januar 1995 nr. 100, og det fremgår her at bl.a. ulike former for hepatitt og HIV regnes som slike sykdommer.

Det grunnleggende spørsmålet for denne utredningen er muligheten for å avklare om den eller de personene som tjenestepersonen har vært i nærmere bestemt

kontakt med, er bærere av en allmenfarlig smittsom sykdom. Som det fremgår av smittevernloven § 5-2, gjengitt ovenfor, er det et vilkår for undersøkelsen av personen etter loven anes som "en smittet person". Hvem dette omfatter, er nærmere definert i loven § 1-3, 1. ledd nr. 2 som lyder:

en smittet person: en person som har en smittsom sykdom som nevnt i nr. 1. For kroniske infeksjonssykdommer gjelder at en person anses som en smittet person bare når vedkommende er smitteførende eller frembyr slike tegn på aktiv sykdom som medfører at personen kan være smitteførende. Som en smittet person regnes også en person som det etter en faglig vurdering er grunn til å anta er en smittet person.

For vår problemstilling er det siste setningen i definisjonen som er av interesse, siden formålet med undersøkelsen er å få fastslått om vedkommende er smittet. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen²⁶ at den bl.a. tar sikte på å undersøke personer med symptomer som *kan* være indikasjon på en farlig smittsom sykdom, men som er lite karakteristiske. Også personer med høy feber som ankommer lufthavner fra land med farlige smittsomme febersykdommer nevnes som eksempel på personer som kan testes etter alternativet "grunn til å anta er en smittet person". For de tilfeller der politiet ønsker å få undersøkt om en person er bærer av en smittsom sykdom, er det likevel følgende motivuttalelse som er av særlig interesse:

Grunnlag for å anta at en person er smittet kan også bero på kjennskap til at vedkommende har vært utsatt for farlig smitte slik at det kan fryktes at vedkommende er blitt smitteførende og kan bli en fare for andre.

Det understrekes at mistanke eller visshet om at en person tilhører en risikogruppe for en bestemt smittsom sykdom, ikke alene kan betraktes som tilstrekkelig grunnlag for å anta at personen er smittet. For å understreke at mistanken skal ha en reell begrunnelse er det satt opp som et vilkår at mistanken må være fattet ut fra en faglig vurdering. Usaklig eller løselig fundert mistanke bør følgelig kunne unngås ved denne presiseringen. (Min kursivering).

I mange tilfeller²⁷ er det jo nettopp en mistanke om at den personen som har forvoldt skade, spyttet på noen eller vært blodtilsølt, hører til en risikogruppe for visse smittsomme sykdommer som HIV eller hepatitt, som i særlig grad utløser tjenestepersonenes bekymring, og er grunnlaget for at politiet ønsker å teste vedkommende. Etter motivene synes det ikke å være nok. Skal vedkommende kunne anses som "en smittet person", må det trolig enten foreligge *konkrete opplysninger*

²⁶ Ot.prp. nr. 91 (1992-93) side 121.

²⁷ Men som utredningen viser oppstår behovet også i en rekke andre tilfeller også.

om at vedkommende faktisk er blitt utsatt for smitte, eller at vedkommende viser *symptomer* på å være smittet.

Om det tredje vilkåret om at den tvungne undersøkelsen skal være "nødvendig for å motvirke overføring av en slik sykdom til andre", sies det følgende i forarbeidene:²⁸

Bestemmelsen gir en snever adgang til å kunne vedta tvangsmessig undersøkelse av mistenkt smittede personer. Bestemmelsen er forutsatt kun å komme til anvendelse når alle rimelige muligheter for frivillig medvirkning har vært prøvet. Bestemmelsen oppstiller som vilkår at det må være nødvendig å få et resultat av en undersøkelse for å motvirke overføring av en allmennfarlig smittsom sykdom til andre. Dette betyr at det ikke er adgang til tvungen legeundersøkelse hvis resultatet av undersøkelsen har liten eller ingen betydning for å forebygge opptreden eller motvirke overføring av en allmennfarlig smittsom sykdom til andre. *På denne bakgrunn vil det vanligvis etter bestemmelsen ikke være adgang til f.eks. å foreta HIV-testing av enkeltpersoner med bruk av tvang, fordi selve prøveresultatet sjelden vil være det som er avgjørende for å motvirke at sykdommen skal bli overført til andre.* Motsatt vil situasjonen være hvis det foreligger mistanke om f.eks. difteri hvor selve prøveresultatet kan være avgjørende for bl.a om det skal iverksettes profylaktisk vaksinasjon i den smittedes omgivelser. (Min kursivering)

I Norsk lovkommentar kommenteres bestemmelsen i smittevernloven § 5-2, 2. ledd bl.a. slik:²⁹

Det vil altså ikke være adgang til tvungen legeundersøkelse hvis resultatet av undersøkelsen har liten eller ingen betydning for å forebygge opptreden eller motvirke overføring av en allmennfarlig smittsom sykdom til andre. Motivene peker på at det på denne bakgrunn vanligvis ikke vil være adgang til å foreta HIV-testing av enkeltpersoner med bruk av tvang, fordi selve prøveresultatet sjelden vil være det som er avgjørende for å motvirke at sykdommen skal bli overført til andre. I dette ligger at de aktuelle tiltakene for å avverge smittefaren kan iverksettes uavhengig av svaret.

Det er ikke helt innlysende hvordan bestemmelsen skal forstås. Etter mitt skjønn er den mest nærliggende forståelsen – basert på forarbeidene og lovkommentaren – at tvangsmessig testing bare vil være hjemlet når selve prøveresultatet er avgjørende for hvilke tiltak som må iverksettes for å hindre *videre* smitte. Å avklare usikkerhet om andre tiltak, som profylaktisk behandling er nødvendige og må iverksettes, synes å falle utenfor. Det kan med betydelig tyngde argumenteres for at denne forståelse er mindre heldig. Situasjonsbeskrivelsen nedenfor vil illustrere dette:

²⁸ Ot.prp. nr. 91 (1992-93) side 157

²⁹ Note 126 ved Kjetil Tveitan – sist revidert 05.03.2012.

HIV har relativt lav risiko for smitte (0,3% transmisjon ved stikk). I tilfelle spørsmål om overføring av HIV har man normalt fra 4 -48 timer til å igangsette et PEP(post-exposure prophylaxis) regime. I henhold til anbefalinger fra Norsk Folkehelseinstitutt anbefales PEP ved stikkskader/ blodoverføring fra kjent HIV positiv person til offer. Denne behandlingen vil kunne forhindre overføring av smitte og dermed stoppe prosessen. Man gir ikke PEP hvis avgivers smittestatus er ukjent. PEP er kostbart og har mange bivirkninger, og bør ikke igangsettes med mindre man vet at det er nødvendig.

Dette viser at et eventuelt negativ blodprøvesvar fra smittebærer vil spare både polititjenesteperson og behandlingssystem for smerte, ubehag utgifter og administrasjon.

Men selv om det skulle være grunnlag for å forstå bestemmelsen slik at den ga grunnlag for tvangsmessig testing i et tilfelle som beskrevet ovenfor, vil en fremdeles stå tilbake med utfordringen knyttet til å gjøre prøveresultatet kjent for den eller de aktuelle tjenestepersonene.

Selv om sterke reelle hensyn kan tale for en annen konklusjon, er det på bakgrunn foranstående trolig tryggest å konkludere slik: Selv om den smitten som politiet frykter kan være overført er en allmennfarlig smittsom sykdom, vil verken grunnlaget for å anse vedkommende som "en smittet person" eller behovet for testresultatet være av en slik art at tvangsbestemmelsen i smittevernloven § 5-2, 2. ledd er anvendelig.

Med denne konklusjonen finner jeg ikke grunn til å gå inn på smittevernlovens formelle regler om beslutningskompetansen for slik tvangsmessige undersøkelser, jf. lovens § 5-5 til § 5-7, og § 7-5 til § 7-8 om ordinært vedtak i smittevernemnda, og § 5-8, jf. § 7-3, 3.ledd om hastevedtak truffet av kommunelegen.

2.5.Oppsummering

Politiets ønske er en lovhjemmel som tillater tvangsmessig testing av en person for å avklare om vedkommende er smittebærer, i tilfeller hvor tjenestepersonen under tjenesten er blitt eksponert for en mulig smitte av en allmennfarlig smittsom sykdom. Gjennomgangen av gjeldende rett ovenfor viser at det i så henseende foreligger et stort udekket område. Grovt sett kan man si at slik testing bare kan foretas når vedkommende med skjellig grunn er mistenkt for en handling som kan medføre frihetsstraff, og informasjonen om hvorvidt mistenkte er bærer av en allmennfarlig smittsom sykdom er av betydning for den strafferettslige vurderingen av saken. I alle de tilfeller hvor vedkommende ikke er mistenkt for straffbart forhold, *eller* hvor siktemålet med testingen er å avklare om smitteverntiltak må iverksettes hos

tjenestepersonen eller dennes nærmeste, har lovgivningen i dag ingen adekvat hjemmel for tvangsmæssig undersøkelse.

3. De sentrale hensynene

3.1. Innledning

Den omstendighet at smitteeksponering i tjenesten er en ekstra belastning for politiet, og at man mangler hjemler for raskt å avklare om dette har resultert i overføring av sykdom, kan ikke i seg selv begrunne en bestemmelse om tvungen testing. Årsaken er selvsagt at dette vil krenke, og derfor må avveies mot den grunnleggende retten til respekt for sitt privatliv som tilkommer den som skal testes, og som er vernet i Grunnloven § 102 og EMK art. 8. Selve den tvangsmessige prøvetakingen vil krenke personvern i form av inngrep i den legemlige integriteten, og formidlingen av resultatet som kan være av meget sensitiv karakter, vil representere en krenking av personopplysningsvernet.³⁰ Men som bl.a. Personvernkommisjonen innleder sine vurderinger med, er vernet av den legemlige integriteten og kontrollen med spredningen av personlige opplysninger ikke absolutt:

Det har imidlertid vært tydelig for kommisjonen at personvern ikke er noen absolutt rettighet, og at denne retten ofte må vike for andre berettigede interesser, som for eksempel ytringsfrihet og kriminalitetsbekjempelse.³¹

For vår problemstilling blir begrensningen spesielt utfordrende, fordi den berettigede interessen som skal ivaretas ved testingen, er av samme art som den som krenkes ved inngrepet. Mens den tvangsmessige prøvetakingen og formidlingen av resultatet aktualiserer statens negative plikt til å avstå fra inngrep i borgernes privatliv, er det statens positive plikt til å sikre borgernes privatliv mot krenkelser fra andre, jf. Grunnloven § 92 og EMK art. 1, som kan begrunne at det må etableres en hjemmel til tvangsmessig testing og rett til å formidle resultatet. Det som i særlig grad aktualiserer statens sikringsplikt er at polititjenestepersonene gjennom en individuell tjenstlig handleplikt er pålagt å involvere seg i situasjoner hvor de eksponeres for smitte.³² Slikt sett har statens forpliktelse også et innslag av en negativ forpliktelse.

³⁰ Se NOU 2009:1 Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet, som innførte denne distinksjonen.

³¹ NOU 2009:1 side 53.

³² Se Ragnar L. Auglend: Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid (Gyldendal Akademisk 2016).

3.2. Tvungen undersøkelse – en personvernkrenkelse

3.2.1. Utgangspunkter

Begrepet "personvern" er et sammensatt og mangesidig, og langt på vei et særnorsk begrep. Hva vernet omfatter og hvor langt det rekker, er i en viss grad usikkert og omdiskutert. Begrepet "personvern" antas langt på vei, men ikke helt, å svare til det internasjonale begrepet "right to privacy". Om det nærmere innholdet og grunnlaget for begrepet "personvern" vises til NOU 2009:1 Individ og integritet pkt. 4.1. og 4.2., på sidene 34-39, og utredningen om revisjon av Grunnloven i Dok. 16 (2011-2012) pkt. 30.6 på sidene 171-180. For formålet med denne utredningen er det ikke behov for å inn på en nærmere drøfting og avgrensning av begrepet. Selv om det på enkelte punkter kan være diskusjon, synes det alminnelig enighet om at personvernbegrepet omfatter vern av den *personlige (fysiske og psykiske) integritet*, vern av *privatlivets fred* og vern av (kontroll med) spredning av *personopplysninger*.³³

De tiltakene som vurderes i denne utredningen er dels en blodprøvetaking ved tvang (i alle fall uten samtykke), som helt åpenbart vil være et inngrep i den personlige, fysiske integritet. Deretter vil det, avhengig av prøveresultatet, være aktuelt å formidle sterkt sensitive opplysninger til andre, som utvilsomt vil være en krenking av personopplysningsvernet.³⁴ I tillegg til at tiltakene vil gjøre inngrep i en rettighet som er sikret og vernet i Grunnloven § 102 og i EMK art. 8, er det også utvilsomt at både blodprøvetakingen og formidlingen av et "positivt" resultatet vil være et myndighetsinngrep som etter legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 krever hjemmel i lov.

Som påpekt av Personvernkommissjonen, jf. ovenfor i pkt. 3.1, er sikringen av personvernet ikke absolutt. Selv om det ikke fremgår så klart av teksten i Grunnloven, var siktemålet med revisjonen av del E å forankre i Grunnloven det vern og de rettigheter som allerede fulgte av menneskerettsloven,³⁵ særlig gjennom den Europeiske menneskerettskonvensjon med tilhørende praksis. Det følger av dette at vurderingen av om det kan innføres en slik tvungen undersøkelse, med formidling av et eventuelt sterkt sensitivt prøveresultat til andre, må vurderes på bakgrunn av EMK art. 8 (2):

³³ NOU 2009:1 side 34.

³⁴ Det kan selvsagt også forekomme at den testede selv ser det som et inngrep i privatlivet at han eller hun selv underrettes om resultatet, fordi dette vil lede til at man blir frarøvet sjelefreden. Jeg går ikke ytterligere inne på kravet på respekt for retten til "å være lykkelig uvitende".

³⁵ Lov om styrking av menneskerettighetene i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30

Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

Som nevnt følger lovkravet allerede av legalitetsprinsippet. Det sentrale spørsmålet er derfor i hvilken grad EMK art. 8 legger begrensninger på hva en lovbestemmelse kan gå ut på. Her, som i de fleste andre tilfeller, representerer de formålene som kan begrunne inngrep i personvernet i liten grad noen begrensning. På bakgrunn av drøftelsen foran er det allerede klart at alternativene "beskytte helse" og "beskytte andres rettigheter og friheter" vil være sentrale. Men som behandlingen nedenfor i pkt. 3.3.3 vil vise, vil også formålene "offentlig trygghet" og "forebygge uorden og kriminalitet" ha relevans. Det avgjørende for om et slikt inngrep i personvernet vil være konvensjonsforenlig, blir derfor om beskyttelsen av formålene kan oppnås på annen måte (nødvendigheten). Om så ikke er tilfellet, om de hensyn som begrunner inngrepet i personvernet er tungtveiende nok (forholdsmessigheten).

Det følger av foranstående at om det kan gis en lovbestemmelse om tvungen undersøkelse m.v., vil bero på en avveining av ulike hensyn. Fremstillingen nedenfor i 3.3 vil inneholde en nærmere drøfting av de hensyn som taler for et slikt inngrep i personvernet. Som grunnlag for den fremstillingen, er det imidlertid nødvendig å si noe om verdien, tyngden (eller om man vil, «motstandskraften») av de rettigheter eller vernet det er aktuelt å gjøre inngrep i.

3.2.2. Den fysiske (kroppslige) og informasjonsmessige integriteten

Den fysiske og psykiske integritet utgjør et av kjerneområdene i personvernet, og er på tilsvarende måte også ansett for å utgjøre et kjerneområde for vernet av privatlivet (private life) i EMK art. 8 (1). I Erik Møse: *Menneskerettigheter*³⁶ heter det således på side 402 at "Kjernen i art. 8 er den fysiske integritet". Og tilsvarende i Njål Høstmælingen: *Internasjonale menneskerettigheter*³⁷ side 234: "Et av kjerneområdene for EMK artikkel 8 er fysisk og psykisk integritet". Mer spesifikt knyttet til vår problemstilling uttaler Kjølbro³⁸ side 779 følgende:

At retten til privatliv omfatter en persons fysiske og psykiske integritet innebærer blandt annet, at *tvangsmæssig lægelig behandling*, selv hvor der er tale om

³⁶ Erik Møse : *Menneskerettigheter* (Cappelen Akademiske Forlag 2002)

³⁷ Njål: *Høstmælingen: Internasjonale menneskerettigheter* (2. Utg. Universitetsforlaget 2012).

³⁸ Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske menneskerettigheds konvention for praktikere* (4. Utg. Jurist- og økonomiforbundets forlag 2017).

behandling af mindre betydning, f.eks. vaccination, vil udgøre et indgreb i retten til privatliv. Udtagelse av en blodprøve under anvendelse af mekanisk tvang vil ligeledes udgøre et indgreb i retten til privatliv.

I avgjørelsen i saken YF mot Tyrkia 22. juli 2003 uttalte EMD:³⁹

The Court observes that Article 8 is clearly applicable to these complaints, which concern a matter of "private life", a concept which covers the physical and psychological integrity of a person (...). It reiterates in this connection that a person's body concerns the most intimate aspect of private life. Thus, a compulsory medical intervention, even if it is of minor importance, constitutes an interference with this right.

At dette lenge har vært konvensjonspraksis, følger av avgjørelsen X mot Nederland⁴⁰ som ligger 40 år tilbake, og hvor det bl.a. uttales:

Thus, while compulsory blood testing may be seen as constituting a violation of private life within the meaning of Article 8, paragraph 1, it may also be seen as necessary for protection of the rights of others, within the meaning of paragraph 2 of the same article.

Det er også grunn til å ta i betraktning det lovutvalget som foreslo bestemmelsen i straffeprosessloven § 157a uttalte:⁴¹

I tillegg til de nevnte kravene, må det foretas en vurdering av om inngrepet fremstår som uforholdsmessig, jf. utkastet til § 157a første ledd første punktum i.f. Etter utvalgets syn skal det relativt mye til for å anse at en blodprøve er et uforholdsmessig inngrep når vedkommende 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. Dette er ofte svært krenkende lovbrudd som medfører langvarige lidelser for fornærmede, og hvor usikkerheten om smittefare kan utgjøre en betydelig tilleggsbelastning. Utvalget mener det bør legges vekt på dette i avveiningen av om undersøkelsen er å anse som uforholdsmessig overfor mistenkte, selv om det i utgangspunktet skal sterke grunner til for å undergi individer, også mistenkte i straffesaker, tvungen undersøkelse, jf. EMK art. 8.

Selv om det også for de problemstillingene som behandles i denne utredningen, jf. foran i pkt. 1.1, kan forekomme tilfeller hvor som den skal testes er mye å bebreide for at undersøkelsesbehovet har oppstått, vil det også være situasjoner hvor det ikke er grunnlag for noen bebreidelse. Det er også grunn til å vektlegge hva som er formålet med krenkelsen av den fysiske integriteten: Siktemålet er avdekke om den som testes er smittet av en alvorlig smittsom sykdom, og dernest eventuelt formidle

³⁹ YF v. Turkey (App. 24209/94)

⁴⁰ Sak 8239/78.

⁴¹ NOU 2013:17 side 283 spalte II.

dette videre til andre. Det er heller ikke tvilsomt at denne formidlingen i seg selv utgjør en ny, selvstendig krenking av retten til privatliv. Ikke minst fordi de smittsomme sykdommene som er aktuelle, kan assosieres med en utsatt livssituasjon. Et konstruert, men ikke utenkelig eksempel, kan tjene som illustrasjon:

A er narkotikamisbruker og vanker i et miljø hvor mange er smittet både av HIV og hepatitt. A blir uten skyld utsatt for alvorlig og livstruende skade. Politipatrulje med tjenesteperson B er første enhet på åstedet og iverksetter livreddende førstehjelp, og blir dermed eksponert for mulig smitte.

Skal det i en situasjon som illustrert ovenfor være adgang til å ta blodprøve med tvang for å avdekke om A er smittet? Det ikke vanskelig å se at dette er en vanskeligere vurdering og avveining enn de tilfeller som omfattes av straffeloven § 157a. Det avgjørende blir om det finnes hensyn som er så tungtveiende at selv en slik klar krenkelse av retten til privatliv, "may also be seen as necessary" for å bruke EMDs ord fra avgjørelsen sitert ovenfor. Dette er gjenstand for drøftingen nedenfor i pkt. 3.3. At det ikke er utenkelig at en slik tvungen testing kan være konvensjonsforenlig følger bl.a. at EMDs "Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights".⁴² Under overskriften "Forced medical treatment and compulsory medical procedures" fremholdes følgende i avsnitt 76:

The Court has also addressed the implications of Article 8 for other cases involving forced medical treatment or medical injury (in addition to sterilisations). On some occasions, the Convention organs have found that relatively minor medical tests, which are compulsory (Acmanne and Others v. Belgium, Commission decision; Boffa and Others v. San Marino, Commission decision; Salvetti v. Italy (dec.)) or authorised by court order (X v. Austria, Commission decision; Peters v. the Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life European Court of Human Rights 22/115 Last update: 31.08.2018 Netherlands, Commission decision), may constitute a proportionate interference with Article 8 even without the consent of the patient.

3.3. Hensyn som kan gjøre tvungen undersøkelse "nødvendig i et demokratisk samfunn"

3.3.1. Oversikt

At en tvungen undersøkelse i form av blodprøve krever hjemmel i lov følger som nevnt av legalitetsprinsippet, som fra 2014 er inntatt i Grunnloven § 113.

Tvangsinngrep i den fysiske integriteten ligger i kjerneområdet for hva som krever

⁴² Updated on 31 August 2018.

lovhjemmel, men en slik hjemmel er også nødvendig som en *lex specialis*,⁴³ fordi handlingen uten samtykke normalt også vil være en straffbar kroppskrenkelse, jf. straffeloven⁴⁴ § 271. Vedtakelse av en slik lovhomeimel ville nok alltid blitt gjenstand for en pro et contra-vurdering. Også i tidligere tider var det lagt til grunn at privatlivet og personligheten hadde et visst generelt vern.⁴⁵ Men at det skulle foreligge en slik skranke som følger av EMK art. 8, jf. pkt. 3.2.2, for vedtakelse av lovbestemmelser som gjorde inngrep i privatlivet, var nok en fremmed tanke. Et sitat fra Arnholm: *Personretten* side 82, gir innblikk i en svunnen, og juridisk sett enklere tid:

Tanken om en "personlighetsrett" har idéhistorisk sammenheng med læren om *menneskerettighetene*, slik som de har vært proklamert i vekslende former. Vår lovgivning har vært nøktern på dette punkt – og vel er det. Menneskerettighetene har sin store verdi som ledd i et politisk program. Men i en juridisk fremstilling må man nok i første omgang stille seg den mer prosaiske oppgave å finne ut det vern våre enkelte og delvis nokså spredte lovbestemmelser gir.

Dette er skrevet syv år⁴⁶ etter at Norge ratifiserte EMK, og seks år⁴⁷ etter at konvensjonen trådte i kraft. Først da EMK ble en del av den norske juridiske hverdagen for ca. 30 år tilbake, og deretter gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 §§ 2 og 3 ble en del av norsk rett med "semi-konstitusjonell" rang, kunne man formulere tanken om at det var en grense for hvilke inngrep lovgiver kunne gjøre i privatlivet. Ved vedtakelsen av Grunnloven § 102, 1. ledd i 2014 tok man steget fullt ut, og gjorde respekten for privatlivet til en konstitusjonell skranke for lovgiveren, selv om det materielle vernet i grunnlovsbestemmelsen antas å være det samme som i EMK art. 8.⁴⁸ Som overskriften antyder, blir det sentrale om det finnes hensyn som gjør at inngrepet kan anses "nødvendig i et demokratisk samfunn". Fremstillingen nedenfor vil konsentrere seg om følgende hensyn:

- Betydningen av polititjenestepersonenes handleplikt
- Hensynet til de som skal vernes eller hjelpes ved politiets innsats

⁴³ Eckhoff / Helgesen: Rettskildelære kap 13/4

⁴⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

⁴⁵ Se bl.a. Carl Jacob Arnholm: *Personretten* (Tanum 1959) særlig kap. 13 Det almindelige personlighetsvern, og Johs. Andenæs: *Privatlivets fred i Avhandlinger og foredrag* (Universitetsforlaget 1962) side 378-407 (Fra Tidsskrift for Rettsvitenskap 1958).

⁴⁶ 15. januar 1952.

⁴⁷ 3. september 1953.

⁴⁸ Se bl.a. Høyesteretts dom 2016 -2554-P avsnitt 68-70 med henvisninger.

- Betydningen av at mulig smitte først og fremst berører tjenestepersonens liv utenfor tjenesten, og i stor grad også rammer tjenestepersonens familie, venner og kolleger.
- Statens positive menneskerettighetsforpliktelse: Tjenestepersonene og deres familier som menneskerettighetssubjekter.

3.3.2. Politiets handleplikt⁴⁹

3.3.2.1. Utgangspunkter

Politiets handleplikt er ikke nedfelt i en konkret regel, men er langt på vei en forutsatt plikt basert på politiets samfunnsoppdrag. Politiets handleplikt kan tenkes forankret i to ulike typer rettslige grunnlag: Dels kan det være bestemmelser om handleplikt som gjelder for borgerne generelt, men som kan tenkes avgrenset annerledes for polititjenestepersoner. Og dernest kan det foreligge særskilte normer om handleplikt som bare gjelder for politiet.

Den alminnelige borger har i norsk og europeisk rett en straffebelagt plikt til å hjelpe sine medmennesker i fare. I situasjoner som innebærer en fare også for hjelperen, kan det være et hensiktsmessig utgangspunkt at den øvre grense for den *alminnelige* handleplikt, også kan utgjøre den teoretiske nedre grense for politiets *særlige* handleplikt. I norsk rett har vi i dag to generelle straffebestemmelser om borgernes plikt til å handle når andre er i fare.⁵⁰ Den mest generelle finnes i straffeloven § 287,⁵¹ og stiller ingen krav til hva som er årsaken til faren. Den andre bestemmelsen finner vi i straffeloven § 196, som knytterplikten til farer som knytter seg til planlagte eller pågående kriminelle handlinger av nærmere angitte slag.

3.3.2.2. Den alminnelige handleplikten i form av hjelpe- og avvergeplikter

Bestemmelsen i straffelovens § 287 lyder:

Med bot eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som unnlater

- a) etter evne å hjelpe en person som er i åpenbar fare for å miste livet eller bli påført

⁴⁹ Fremstillingen her bygger på og gjengir, med en del endringer og tilføyelser, i stor grad drøftelsen i min artikkel "... dø om så det gjelder?" i Nordisk politiforskning 2015 side 34-74. En meget omfattende og grundig behandling av politiets handleplikt er gitt i Ragnar L. Auglend: Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid (Gyldendal Akademisk 2016).

⁵⁰ I tillegg finnes det i spesiallovgivningen flere bestemmelser om plikt til å handle og hjelpe: Vegtrafikkloven 18. juni 1965 nr 4 § 31, jf § 12, har bestemmelser om plikter ved trafikkuhell. Brannvernloven 5. juni 1987 nr 26 § 36, jf §§ 14 fjerde ledd, 15 og 16 gjelder henholdsvis varslings- og bistandsplikt i tilfelle brann. Sivilforsvarsloven 17. juli 1953 nr 9 § 2 første ledd inneholder en generell, straffesanksjonert bistandsplikt på det området loven regulerer.

⁵¹ En tilsvarende bestemmelse finnes også i den danske straffeloven § 253 nr. 1.

- betydelig skade på kropp eller helse, eller
- b) ved anmeldelse eller på annen måte etter evne å avverge brann, oversvømmelse, sprengning eller lignende ulykke som medfører fare for menneskeliv eller betydelig skade på kropp og helse.

Brudd på hjelpeplikten etter første ledd straffes ikke når plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette seg selv eller andre for særlig fare eller oppofrelse.

Bestemmelsen i § 196 lyder:

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater gjennom anmeldelse *eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling 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. Avvergingsplikten gjelder straffbare handlinger som nevnt i ...

Brudd på avvergingsplikten straffes ikke når

- ...b) plikten ikke kunne oppfylles uten å utsette ham selv, hans nærmeste eller noen uskyldig for siktelse eller tiltale eller *fare for liv, helse eller velferd*. (Min kursivering)

At bestemmelsen i straffeloven § 287 er «alminnelig», innebærer at det ikke stilles krav om noe spesielt forhold mellom hjelperen og den som er i fare. Det er heller ikke krav om at hjelperen står i noe spesielt forhold til det som forårsaker faren. Det er på dette punktet bestemmelsen skiller seg fra hjelpeplikten i straffeloven § 242.

Handlepliktens inntreden påvirkes heller ikke av hva som er årsaken til faresituasjonen. Den gjelder både når faren skyldes en ulykke, når den skyldes kriminell atferd, og den gjelder selv om den som er i fare selv har fremkalt faresituasjonen. Den alminnelige hjelpeplikten i straffeloven 2005 § § 287 1. ledd bokstav a, er imidlertid ikke absolutt. Det er tre kriterier som begrenser plikten:

Det første er kravet til *farens gjenstand og alvorlighet*. Det andre avgrensningskriteriet består i at hjelpeplikten inntreder bare hvis den kan skje *uten å utsette seg selv eller andre for særlig fare eller oppofrelse*. Det tredje begrensende kriteriet er at man bare er forpliktet til å hjelpe «etter evne». Det er ikke foranledning til å gå inn på en omfattende drøftelse av disse kriteriene her. Etter mitt skjønn kan den alminnelige handleplikten forankret i bestemmelsene sammenfattes i følgende *veiledende* norm:

Når noen står i fare for å miste livet eller påføres betydelig skade, krever den alminnelige handleplikten at det iverksettes redningshandlinger eller avvergehandlinger som etter den enkeltes evner har forutsetning for å lykkes og som ikke innebærer fare for å utsettes for kroppsskade.

Det er uten videre klart at den alminnelige handleplikten som gjelder for enhver, også vil gjelde for politiets tjenestepersoner. Dette innebærer likevel ikke at innholdet og omfanget av hjelpeplikten for den alminnelig borger og politiets tjenestepersoner blir

det samme. I mange sammenhenger vil det være en nær sammenheng med mellom «farevurderingen» og «evnevurderingen». Dess større evne man har til å takle situasjonen, dess mindre fare vil man normalt utsette seg for. Polititjenestepersoner i tjeneste som er utstyrt med lettvest, batong og pepperspray, og som har god opplæring og erfaring med bruk av pågripelsesteknikker, har både større evne til å hjelpe den som blir angrepet med kniv enn en tilfeldig publikummer, og de utsetter seg normalt også for vesentlig mindre fare når de involverer seg. Den alminnelige handleplikt vil derfor i mange tilfeller strekke seg lenger for polititjenestepersoner (i tjeneste) enn for andre.

Men i tillegg til dette er det slik at politiet har *særlig* handleplikt. Fastleggingen av denne reiser flere spørsmål: Hva er den rettslige forankringen av denne særlige handleplikten? (Pkt. 3.3.2.3.) Og dernest: hvordan skiller innholdet i politiets særlige handleplikt seg fra den alminnelige: Inntreffer handleplikten for politiet ved et lavere farenivå for "ofrene", og innebærer politiets handleplikt at tjenestepersonene plikter å utsette seg for et høyere farenivå enn sivile? (Pkt. 3.3.2.4)

3.3.2.3. Politiets særlige handleplikt – rettslig forankring

Den rettslige reguleringen av politiets *særlige* handleplikt er i norsk rett vesentlig svakere og mer fragmentert regulert, enn den alminnelige handleplikten. Til tross for dette er den åpenbart tatt for gitt. I forhold til avvergeplikten i straffeloven § 139 sier for eksempel (Skeie, 1946) følgende i bind II side 626:

"Plikt til avvergelse har en politimann i ubegrenset grad; han må, om nødvendig, sette livet på spill for å hindre en misgjerning som de her nevnte og den følger."

Men også i atskillig nyere litteratur, for eksempel i Bratholm og Matningsdal: *Straffelovkommentar*, Bind II (1995) side 199 uttrykkes det samme i kommentar til straffeloven 1902 § 139, 2. ledd:

"Enkelte – f.eks. en politimann – har en særlig rettsplikt som går lenger enn § 139 til å avverge forbrytelser, og bestemmelsen om straffrihet i annet ledd gjelder ikke. Rettsplikten kan i slike tilfeller gå så langt at vedkommende om nødvendig må utsette seg for livsfare."

Skeies utsagn er skrevet på en tid da vi bare hadde en formell og organisatorisk politilov fra 1936, og hvor politiets rettigheter og plikter i liten grad var lovfestet. Arbeidsmiljølovgivningens bestemmelser om forsvarlig arbeidsmiljø og retten og plikten til å avbryte farlig arbeid var heller ikke aksepterte standarder. Til tross for at det neppe er noen 50-års periode hvor vårt samfunn har gjennomgått større endringer enn tiden fra midten av 1940-årene til midten av 1990-årene, gjentas det uten nærmere drøftelse også i Straffelovkommentaren fra 1995 at politiet har en

rettslig forankret handleplikt til å utsette seg for livsfare. På dette tidspunkt hadde arbeidsmiljøloven av 1977 sine krav om forsvarlig arbeidsmiljø og rett og plikt til å avbryte farlig arbeid, jf. nærmere nedenfor, lenge vært gjeldende rett. En ny politilov⁵² med lovregulering av politiets rettigheter og plikter, lå dessuten til vedtakelse i Stortinget. Det er ganske åpenbart at politiets handplikt i dag både krever en mer inngående begrunnelse, og kanskje også må avgrenses annerledes enn tilfellet var for 70 år siden.

Straffeloven 1902 § 139, 2. ledd videreføres i straffeloven 2005 § 196, 3. ledd. I Magnus Matningsdal: *Straffeloven - De straffbare handlingene – Kommentaarutgave* (2017) side 258, er beskrivelsen av politiets handleplikt atskillig dempet, i det det i kommentar til tredje ledd kort og godt heter at bestemmelsen "viser at handleplikten for en privatperson ikke er så omfattende som den for en politimann."

Når politiets handleplikt tas for gitt, henger det nok, som Auglend anfører⁵³ sammen med at politimonopolet og det tilhørende maktmonopolet, som følger av politiloven § 1 og § 26, innebærer at Staten gjennom politiet er en garantist for den fysiske tryggheten. Etatens rett til å utøve makt, er også en plikt. Denne institusjonelle handleplikten må naturlig nok effektueres av etaten tjenestepersoner, og blir en plikt som de påtar seg gjennom ansettelsen og den tilhørende politimyndighet, jf. politiloven § 4 og § 20. Se nærmere og mer utfyllende Auglend (2016) side 369-376.

Selv om politiloven 4. august 1995 nr. 53 er en materiell lov som regulerer politiets rettigheter og plikter, har den ingen samlet regulering av politiets særlige handleplikt. Gjennom kombinasjon av flere av lovens bestemmelser på ulike konkretiseringsnivåer, er det likevel ingen tvil om at en slik særlig handleplikt foreligger. I politilovens § 1, 2. ledd fastsettes at målsettingen med politiet er at etaten skal "være et ledd i samfunnet samlede innsats for å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet" Som det fremgår av Auglend og Mæland: *Politirett* (2016) side 261, omfatter begrepet "rettssikkerhet" mange ulike forhold, men at

"[K]jernen i begrepet er imidlertid vernet om den personlige integritet og sikkerhet, dvs. beskyttelsen mot fysiske anslag mot den enkeltes liv, helse og eiendom. Retten til å få være i fred og ikke bli plaget av andre er også en side ved rettssikkerheten. Med sin myndighet og sitt aksjonspotensiale er politiet den offentlige etat som er best skikket til å gi en umiddelbar og effektiv beskyttelse mot slike krenkelser."

⁵² Loven ble sanksjonert 4. august 1995.

⁵³ Ragnar L. Auglend: Handleplikt, kommandomyndighet og lydhetsplikt i operativt politiarbeid (Gyldendal Akademisk 2017) side 364-366.

Eller som Henning Jakhelln uttrykker det på side 5 i utredningen til 22. juli-kommisjonen:

”Samfunnet behov for sikkerhet og beredskap er bakgrunnen for at det gjennom lovgivning er etablert etater som politi, helsevesen, brannvesen, forsvar osv. Det påhviler disse etater en aktivitetsplikt for å sikre samfunnets funksjoner, liv og helse, privat og offentlig eiendom, osv.”

Som det fremgår av politiloven § 1, 2. ledd er ikke politiet alene om å ivareta borgernes rettssikkerhet og trygghet, jf. formuleringen ”ledd i samfunnets samlede innsats for”. I loven § 2 fastsettes det imidlertid nærmere hva som er politiets oppgaver. Temaet for denne utredningen gjør at den forebyggende siden av den beskyttende og trygghetsskapende oppgave kan utelates. De sentrale bestemmelsene i politilovens § 2 er da nr. 3 og 4. Etter nr. 3 skal politiet bl.a., ”stanse kriminell virksomhet” og etter nr. 4 ”yte borgerne hjelp og tjenester i faresituasjoner”.

Mange av de tilfellene som aktualiserer politiets handleplikt består i alvorlige straffbare handlinger, og kravet om at politiet skal ”stanse kriminell virksomhet” er i slike tilfeller ytterligere konkretisert i politiinstruksen (Alminnelig tjenesteinstruks for politiet av 22.6.1990 nr. 3963) § 10-2 hvor det bestemmes at

”[H]vis en politimann treffer noen i ferd med å utføre en straffbar handling, plikter han å gripe inn uten opphold for å stanse handlingen eller hindre at den blir gjentatt.”

Oppgaven med å yte borgerne hjelp i faresituasjoner, er bl.a. konkretisert i politiloven § 27. For ulykkes- og katastrofesituasjoner bestemmer politiloven § 27, 3. ledd, 1. punktum at det ”... tilligger [...] politiet å iverksette de tiltak som er nødvendig for å avverge fare og begrense skade.” En plikt som også er inntatt i politiinstruksen § 12-2, 2. ledd. Men en må også legge til grunn at handleplikt også kan forankres direkte i politiloven § 2 nr. 4. Jf. bl.a. (Auglend & Mæland 2016) side 446, hvor det fremholdes at ”[n]ødstilfellene og de mer eller mindre akutte *faresituasjonene* representerer hjelpepliktens tradisjonelle og klare kjerneområde”, og at politiloven § 27 er en ”ytterligere presisering” av denneplikten.

Når det gjelder tilskadekomne på grunn av ulykker eller kriminelle handlinger, synes en handleplikt dessuten temmelig klart forutsatt også i politiloven § 12, 3. ledd om adgang til å ta seg inn i hus eller rom for å søke etter skadde. Også i politiinstruksen er det flere bestemmelser som fastsetter eller forutsetter en handleplikt for politiet. Instruksens § 8-3 bestemmer bl.a. at under tjenestegjøring på offentlig sted skal politiet ha sin oppmerksomhet rettet mot alt som utsetter allmennheten for fare, og hvis situasjonen tilsier det, straks gripe inn med nødvendige forholdsregler i form av vakt, avsperring e.l. Og en polititjenesteperson som oppdager eller blir gjort kjent

med brann, pålegges i instruksens § 8-4, 2. ledd å gjøre det han kan for å redde liv eller yte annen hjelp til tilskadekomne. Når en polititjenesteperson ankommer åstedet for en straffbar handling, følger det av instruksens § 10-3, 1. ledd at vedkommende først pålegges å "hjelp eller besørge hjelp til personer som har kommet til skade, og ellers sette i verk det som er mulig for å hindre at andre blir skadet».

Som man ser, er handleplikten klarest og mest konkret regulert i brann-, ulykkes og katastrofetilfellene. Årsaken er trolig at det her er størst behov for å fastsette at *også* politiet har en plikt. Dette er jo situasjoner hvor handleplikten for andre offentlige etater som brannvesenet, helsevesenet og Sivilforsvaret er like nærliggende. At man ikke har en tilsvarende klar regulering av politiets handleplikt når menneskers liv eller helbred er i fare p.g.a. pågående voldelig kriminell atferd, er nok først og fremst et uttrykk for at plikten er åpenbar og at politiet er alene om den. Det er denne handleplikten som også ligger til grunn for retningslinjen i PBS II pkt. 5.1. om «skyting pågår», hvor det heter:

«Ved melding om at skyting pågår i ett beferdet område (innendørs eller utendørs) skal politiet gjøre alt for å stoppe gjerningspersonen(-e) så raskt som mulig, slik at uskyldig tredjepart blir minst mulig skadelidende. Politiet må derfor raskest mulig gjøre [seg] klar til å gå direkte inn i aksjonsfasen ...»⁵⁴

Med bakgrunn i foran nevnte bestemmelser kan det ikke herske tvil om at politiet etter nasjonal politilovgivningen er pålagt en særlig handleplikt når borgerne er i faresituasjoner både p.g.a. kriminelle handlinger, ulykker og naturhendelser. Det reguleringen ikke sier noe om, er hvor langt handleplikten strekker seg.⁵⁵ Se nærmere om dette nedenfor i pkt. 3.3.2.4.

Gjennom lov om styrking av *menneskerettighetenes* stilling i norsk rett⁵⁶ ble bl.a. Den europeiske menneskerettskonvensjon⁵⁷ gjort til en del av intern norsk rett. I konvensjonens art. 2 (1) sikres retten til liv. Det primære formålet med konvensjonsbestemmelsen er å sette grenser for statenes rett til å ta til å ta liv (den negativ forpliktelsen). Den europeiske menneskeretts domstolen (EMD) har imidlertid lagt til grunn at bestemmelsen i art. 2, sammenhold med art. 1, som krever at statene «skal

⁵⁴ En tilsvarende plikt er fastsatt i "Nasjonale prosedyre: Nødetatenes samvirke ved pågående livstruende vold" (PLIVO) fastsatt av Helsedirektoratet, Direktoratet for sivil beredskap og Politidirektoratet 1. februar 2017.

⁵⁵ I de nasjonale retningslinjer for "Nødetatenes samvirke ved pågående livstruende vold" er det angitt hvor langt politiets handleplikt strekker seg. Dette bygger imidlertid på min utredning til Politidirektoratets evalueringsutvalg for politiets innsats 22. juli 2011 og mitt foredrag på Politihøgskolens forskningskonferanse 2013, og har derfor begrenset verdi som selvstendig rettskilde.

⁵⁶ Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30.

⁵⁷ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4.11.1950 – EMK.

sikre enhver innen sitt myndighetsområde» rettighetene og pliktene i konvensjonen, og legger visse (positive) forpliktelser på statene. De må også i en viss grad beskytte borgerens liv mot angrep som kommer fra andre sivile. Når spørsmålet om handleplikt for politiet oppstår, er det gjerne knyttet til situasjoner hvor noen utøver eller truer med å utøve vold mot en eller flere andre, eller hvor noens liv og helse er i fare p.g.a. ulykker. Et nærliggende spørsmål i slike situasjoner er om Statens menneskerettslige plikt til å beskytte borgernes liv, stiller krav til politiets handleplikt.

Ved revisjon av Grunnloven i 2014 ble de fleste av rettighetene i EMK også inntatt i Grunnloven. Materielt sett antas grunnlovsvernet å ha samme innhold og omfang som det som følger av EMK og praksis fra EMD, selv om den positive sikringsplikten klarere kommer til uttrykk i Grl. § 92 enn i EMK art 1.

Først og fremst består den positive forpliktelse etter EMK art. 2 i å ha en tilpasset lovgivning og et effektivt håndhevingsapparat. Det må være lovgivning som kriminaliserer handlingene, et politi til å etterforske krenkelsene, og domstoler til å dømme.⁵⁸ Det er imidlertid lagt til grunn at det i gitte situasjoner også foreligger en konvensjonsforankret plikt til å iverksette operative (polisære) tiltak for å beskytte borgernes liv.

I saken *Osman mot Storbritannia* i 1998⁵⁹ uttalte EMD:

“... Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual.”

Forutsetningen for at en slik plikt oppstår er at

“... that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.”

I de situasjoner som er aktuelle for problemstillingen i denne utredningen, er gjerne den helse- eller livstruende situasjonen allerede åpenbar. Da går sikringsplikten som følger av EMK art. 2, jf. art. 1 (og Grunnloven § 92), neppe lenger det som allerede følger av og er innfortolket i politilovens bestemmelser, jf. ovenfor. Utover dette er det nok begrenset hva som kan utledes og forankres i denne positive forpliktelsen etter EMK art. 2. For det første vises det til hva som er rimelig å kreve i situasjonen, jf. nedenfor. Og angående hvilket beredskapsnivå som må etableres for å takle sjeldent

⁵⁸Jf. (Møse, 2002) side 193.

⁵⁹ EMD -1994-23452

forkommende og uforutsigbare hendelser, er det også grunn til å vise til følgende uttalelse i Osman-saken (og som også er gjentatt i senere saker):

“For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.”

Men Domstolen aksepterte likevel ikke Storbritannias synspunkt om at krenkelse av den positive forpliktelse etter art. 2, jf. art. 1 bare var aktuelt når Statens med vilje har latt være å iverksette beskyttelsestiltak, eller har utvist grov uaktsomhet i så måte:

“The Court does not accept the Government’s view that the failure to perceive the risk to life in the circumstances known at the time or to take preventive measures to avoid that risk must be tantamount to gross negligence or willful disregard of the duty to protect life (...). Such a rigid standard must be considered to be incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2 (...). For the Court, and having regard to the nature of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case.”

Som det fremgår av sitatet nedenfor fra Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2013 side 588, har EMD videreført dette i flere senere avgjørelser. Om politiets og påtalemyndighetens institusjonelle handleplikt som følger av de positive forpliktelser, uttalte Høyesterett følgende i nevnte dom avsnittene 45 -49:

EMD har i en rekke avgjørelser presisert og utviklet innholdet i, og rekkevidden av, sikringsplikten. Det kan være nyanser i det som sies, blant annet ut fra sakstypen og over tid. Men noen komponenter later til å være nokså gjennomgående, og jeg har – med tanke på avgjørelsen i NNs sak – særlig festet meg ved følgende fire:

For det første: Politiarbeid er krevende og komplekst, muligheten for å forutse utviklingen er begrenset, og operative valg må skje innenfor rammen av fastsatte prioriteringer og ressursmessige rammer. Konvensjonen krever ikke det umulige eller uforholdsmessige. Og staten forventes ikke å avverge enhver fare for krenkelser begått av private. Men det må reageres mot *reell* og *umiddelbar* risiko som myndighetene *er kjent med*, eller *burde* være kjent med, med de tiltak som det ut fra situasjonen *er rimelig* å forvente. Jeg viser til *Osman mot Storbritannia* (storkammerdom 28. oktober 1998) (EMD-1994-23452) avsnitt 116, *Kontrová mot Slovakia* (dom 31. mai 2007) (EMD-2004-7510) avsnitt 50, *Milanovic mot Serbia* (dom 14. desember 2010) (EMD-2007-44614) avsnitt 84 og *Dordevic mot Kroatia* (dom 24. juli 2012) (EMD-2010-41526) avsnitt 139.

For det andre: EMD har i en rekke avgjørelser understreket at det er nasjonale myndigheter som er nærmest til å vurdere hva som er den beste måten å reagere på, jf. senest *Valiuliene mot Litauen* (dom 26. mars 2013) (EMD-2007-33234) avsnitt 76 og 85. Statene har etter den samme praksis derfor en viss *skjønnsmargin* med hensyn til valg av virkemidler, i den forstand at det ikke er tale om å etterprøve myndighetens valg ut fra ideelle kriterier – spørsmålet er om de tiltak som er iverksatt alt i alt var *adekvate og forholdsmessige*.

For det tredje: Det er under EMK en forventning om at tiltak blir gjennomført på en måte som innebærer at de bidrar til reell beskyttelse – « practical and effective protection », jf. blant annet *Valiuliene mot Litauen* (dom 26. mars 2013) (EMD-2007-33234) avsnitt 75. Tidsaspektet kan her være viktig, jf. *Kalucza mot Ungarn* (dom 24. april 2012) (EMD-2010-57693) avsnitt 64 og *Kowal mot Polen* (avvisningavgjørelse 18. september 2012) (EMD-2011-2912) avsnitt 51. At det *besluttet* beskyttelsestiltak er ikke tilstrekkelig, disse må også *settes ut i livet og håndheves*, jf. *A mot Kroatia* (dom 14. oktober 2010) (EMD-2008-55164) avsnitt 78-79.

For det fjerde: Kravene til aktivitet fra myndighetenes side vil bero på det aktuelle saksområdet. ...

I Høyesteretts oppsummering slås det fast at "det må reageres mot *reell og umiddelbar* risiko som myndighetene *er kjent med*." Hva som er det nærmere innhold i denne handleplikten, er derimot mer diffust. Det som kreves er at politiet setter inn "de tiltak som det ut fra situasjonen er *rimelig* å forvente".

3.3.2.4. Politiets særlige handleplikt – nedre og øvre grense.

Den alminnelige handleplikten inntreffer først når personen befinner seg i en situasjon som innebærer livsfare, fare for betydelig skade, eller en umiddelbar risiko for å bli utsatt for andre alvorlige integritetskrenkelser, jf. pkt. 3.3.3.2 . Det må imidlertid legges til grunn at politiets særlige *handleplikt kan inntre også ved mindre alvorlige krenkelser* og omstendigheter enn det som utløser den alminnelige handleplikten.

Men mens politiets handleplikt i "nødstilfellene og de mer eller mindre akutte faresituasjonene" anses for å være "ubetinget og umiddelbar", er den ved mindre alvorlige situasjoner og krenkelser "både skjønnsmessig og vag", jf. Auglend og Mæland : *Politirett*, (2016) side 447-448. Dette følger mer eller mindre klart også av den rettslige reguleringen. Politiet plikter å gripe inn og stanse straffbare handlinger, jf. politiloven § 2 nr. 3 og politiinstruksen § 10-2. Utenfor de kriminelle tilfeller følger

det dessuten av politiloven § 2 nr. 4 at politiet bare har plikt til å yte bistand når det er "påkrevd og naturlig".⁶⁰

Konsekvensen av foranstående er likevel ikke at politiets særlige handleplikt for de mindre alvorlige situasjonene bare utløses når den krenkede ber om det. Den sykelig sjalu mannen som banker opp samboeren i parken fordi hun har pratet med andre menn, gjør seg "bare" skyldig i kroppskrenkelse etter straffeloven § 273. Som alminnelig borgere kan vi rettslig sett rolig la kvinnen forsvare seg selv som best hun kan. En politipatrulje som observerer hendelsen, vil derimot ha en plikt til å gripe inn og stanse krenkelsen, jf. politiloven § 2 nr. 3 og politiinstruksen § 10-2.

Spørsmålet om *handlepliktens øvre grense* kan oppstå i to tjenstlige forskjellige situasjoner: Den ene situasjonen er hvor tjenstepersonen(e) opptrer helt på egenhånd i en situasjon hvor reddende innsats må iverksettes og innebærer fare for tjenstepersonen(e). Dette kan være tilfellet hvor situasjonen er så prekær at det verken er tid til eller tilrådelig å innhente forholdsordre, eller hvor patruljen befinner seg i et område uten sambandsdekning. Her oppstår spørsmålet om handlepliktens øvre grense i ren form: Hvilken helserisiko er tjenstepersonen(e) forpliktet til å utsette seg for?

Den vanligste situasjonen er likevel at tjenstepersonene opptrer i henhold til ordre gitt av en innsatsleder eller en operasjonsleder. I disse tilfeller aktualiseres også lydighetsplikten i politiinstruksen § 6-1, 2. ledd, 1. pkt. Bestemmelsen lyder:

«En politimann plikter å adlyde ordre fra en foresatt med mindre ordren klart antas ulovlig eller åpenbart ikke angår tjenesten.»

Politiinstruksen suppleres på dette punkt av Ordreinstruks for politiet⁶¹ som har som formål å redegjøre for kommandolinjene i politiets tjenstlige ordninger og tilhørende organisasjonsplaner. Ordreinstruksen fastsetter også lederens rett og plikt til å treffe beslutninger og gi bindende påbud – ordrer – til undergitte enheter innenfor lov, forskrift, reglement og stillingsinstrukser. Lydighetsplikten i politiet er en direkte konsekvens av at etaten er organisert som et hierarkisk system med kommando-myndighet og klare underordningsforhold.⁶²

Lydighetsplikten gjelder imidlertid ikke ordrer som "klart antas ulovlig". I denne begrensningen er det mest nærliggende å tenke på ordrer som er ulovlige i forhold

⁶⁰ (Auglend & Mæland 2016) side 448 fremholder at dette ofte vil aktualiseres «gjennom en henvendelse eller anmodning til politiet».

⁶¹ Fastsatt av Politidirektoratet 11.5.2010, jf. Rundskriv 2010/005.

⁶² Jf.(Mæland et al., 2004) side 353.

til omgivelsene. Det kan være i forhold til publikum, for eksempel i form av at tjenestepersonen beordres til å foreta innbrudd for å lete etter en gjenstand i et tilfelle hvor vilkårene for hemmelig ransaking helt åpenbart ikke er tilstede. Ulovligheten kan også ha retning innad, for eksempel om tjenestepersonen beordres til å skrive en uriktig rapport. For problemstillingen her, er det imidlertid en tredje type "ulovlige" ordrer som er aktuell: Nemlig hvor noen beordres til en tjenestehandling som er farligere enn det vedkommende er forpliktet til å utføre.

Fremstillingen nedenfor vil vise at normeringen av handlepliktens øvre grense ved tjenestehandlinger som innebærer fare for liv eller helse, er relativ, skjønnsmessig og må baseres på en totalvurdering av en rekke forhold. Det vil derfor sjelden være helt åpenbart på hvilken side av grensen man befinner seg. I prinsippet er imidlertid grensen den samme hva enten tjenestepersonene opptrer på egenhånd og selv må avgjøre hva handleplikten krever av dem, eller de må ta standpunkt til om de er forpliktet til å følge ordren om å aksjonere.⁶³

Det finnes i lovgivningen ingen bestemmelse som generelt hjemler retten til å nekte å utføre helsefarlig arbeid. Derimot har *arbeidsmiljøloven*⁶⁴ § 2-3, 2. ledd bokstav c en bestemmelse om at:

"Arbeidstaker skal avbryte arbeidet dersom arbeidstaker mener at det ikke kan fortsette uten å medføre fare for liv eller helse."

Bestemmelsen pålegger arbeidstakeren en *plikt* til å avbryte arbeid som vedkommende mener kan medføre fare for liv eller helse. Siktemålet med bestemmelsen er at arbeidsgiver eller den han har bemyndiget skal varsles og ta standpunkt til om det er forsvarlig å la arbeidet fortsette.⁶⁵ Den aktuelle plikten ble først fastsatt i 1977 og bestemmelsen i gjeldende lov er identisk med *arbeidsmiljøloven* av 1977 § 16 nr. 1, 4. ledd. *Retten* til ikke å utføre arbeid som kan medføre *helsefare*, er basert på ulovfestet rett, men har blitt vurdert som så selvsagt at det ikke har vært ansett nødvendig å lovfeste den. Jf. uttalelsen i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1989 side 329, hvor det på side 335-36 heter:

"Bestemmelsen i § 16 nr 1 fjerde ledd gjelder arbeidstakers plikt til å avbryte arbeidet når dette medfører fare for hans eller andres liv eller helse. Forsettlig eller uaktsom tilsidesettelse av denne plikt medfører straffansvar etter loven § 86. Arbeidstakerens rett til å nekte å utføre et arbeid som medfører helsefare er ikke lovfestet. Denne rett ble antatt å være så vidt klart anerkjent i norsk arbeidsliv at dette ble ansett overflødig, jfr. Ot. prp. nr 3 (1975-76) side 110 spalte 2. Ordlyden i § 16 nr 1 fjerde

⁶³ Slik også Henning Jakhelln i utredningen til 22. Juli-kommisjonen side 38-40.

⁶⁴ Lov 17.6.2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. – Aml.

⁶⁵ Jf. (Holo & Fougner, 2006) side 137.

ledd er derfor ikke uten videre avgjørende når innholdet av arbeidstakers nektelsesrett skal fastlegges. Den ulovfestede adgang til å nekte må, ved siden av en vurdering av hvilke plikter som kan følge av arbeidsforholdet, antas å bygge på de synspunkter som mer generelt gjelder når det skal avgjøres om en ellers rettsstridig handling kan anses rettmessig, herunder nødrettsbetraktninger.

Reglene om rett til å nekte og plikt til å nekte, må imidlertid sees i sammenheng. Retten til å nekte må under enhver omstendighet gå like langt som plikten.”

Når den ulovfestede retten til å ikke å utføre arbeid som kan innebære fare for liv og helse minst går like langt som plikten, kan bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-3, 2. ledd bokstav c, umiddelbart og ureflektert gi grunnlag for to slutninger: At arbeidsgiver – herunder politiledelsen – ikke har adgang til å iverksette arbeidsoperasjoner som innebærer en slik risiko, og at den enkelte tjenesteperson har en subjektiv forankret rett til å nekte å utføre et slikt oppdrag. Fremstillingen nedenfor vil vise at det ikke er grunnlag for noen av disse slutningene.

Utgangspunktet er at bestemmelsen i aml. § 2-3, 2. ledd bokstav c om plikten til å avbryte arbeid som antas farlig for liv og helse og den tilknyttede retten til å nekte slikt arbeid, begrenser arbeidsgivers styringsrett, og dermed også arbeidstagerens lydighetsplikt. Selv om ordlyden tyder på at nektingsretten er en absolutt og subjektiv rett, viser både teori⁶⁶ og praksis⁶⁷ at det i stor utstrekning dreier seg både om en *relativ og objektiv* forankret rettighet.

Plikten til ikke å utføre arbeid som kan innebære fare for liv eller helse er *relativ* i to sammenhenger. For det første varierer plikten med hvilket yrke. Høyesterett uttrykker det slik i avgjørelsen i Rt. 1989 side 329, på side 336:

«Tross lovens ordlyd og uttrykksmåten i lovens forarbeider når det gjelder den ulovfestede nektelsesrett, kan ikke enhver helsefare gi grunnlag for å nekte å utføre arbeidet. Det er på det rene at det i en rekke yrker kreves at arbeidstakeren i enkelte situasjoner må utsette seg for en ikke ubetydelig fare. I den offentlige sektor kan ved siden av politiet nevnes brannvesen, fengselsvesen og psykiatrisk sykepleie. En risiko som ligger innenfor det som følger av ansettelsen, gir ikke arbeidstakeren rett til å nekte å utføre arbeidet.»

Som Henning Jakhelln påpeker på side 5-6 i sin utredning til 22. juli-kommisjonen, er ”samfunnets behov for sikkerhet og beredskap [...] bakgrunnen for at det gjennom lovgivning er etablert etater som politi, helsevesen, brannvesen, forsvar osv”, og at det ”påhviler disse etater en aktivitetsplikt” bl.a. for å sikre liv og helse. I dette må ligge ”en implisitt forutsetning for etatens virksomhet at en faregrad må aksepteres,

⁶⁶ Se bl.a. (Holo & Fougner, 2006) side 137-38, og (Jakhelln, 2006) side 264-265

⁶⁷ Jf. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1989 side 329.

og at denne faregrad vil variere – og ha temmelig forskjellig nivå – avhengig av hvilke oppgaver det er tale om”.

Den siste del av sitatet overfor peker på den andre relativiteten: Også innenfor de yrker som krever at arbeidstageren utsetter seg for fare, vil størrelsen av den risikoen som må aksepteres variere med ”hvilke interesser som skal ivaretas ved arbeidstakerens innsats”. Ved en politiinnsats som settes inn for å redde andres liv eller helse, må det aksepteres en større risiko for menneskene, enn om målet er å redde endog betydelige materielle verdier.⁶⁸ Se også Auglend: *Handleplikt* mv (2016), oppsummerende avsnitt side 400-402.

Arbeidsmiljølovens bestemmelser ivaretar i stor grad samfunnets interesse i et trygt og forsvarlig arbeidsmiljø, og i mindre grad den enkelte arbeidstagers interesser.⁶⁹ En naturlig følge av dette er at avgrensningen av hvilken risiko som kan aksepteres, treffes etter en objektiv standard og ikke etter den enkelte arbeidstagers subjektive oppfatning. Om normens *objektive* karakter uttalte Høyesterett i avgjørelsen fra 1989 (side 336) ”at det etter en objektiv vurdering må foreligge en fare som ut fra arbeidsforholdet og omstendighetene for øvrig overskrider det arbeidstakeren må finne seg i”. Hvilken risiko den enkelte polititjenesteperson i situasjonen mener han eller hun er forpliktet til å utsette seg for, er derfor i utgangspunktet uten betydning for ledelses styringsrett og tjenestepersonenes lydighetsplikt.⁷⁰ Hva som i en konkret situasjon faller innenfor den faren som tjenestepersonen ut fra sin stilling må akseptere, vil som oftest måtte bero på en sammensatt og vanskelig vurdering. Den objektive siden viser seg ved at Høyesterett i avgjørelsen fra 1989 (på side 336) uttalte at denne vurderingen ”i utgangspunktet må tilligge den overordnede å foreta”.

⁶⁸ Når man både i rettspraksis og i teorien har stilt seg forholdsvis fritt til arbeidsmiljølovens forholdsvis absolutte og generelle krav, er nok årsaken todelt: Reelle hensyn eller ”sunn fornuft” om man vil, tilsier at fare og risikonivået ikke kan være det samme for alle yrker. Derneft ”lettet” det åpenbart tolkningen at arbeidsmiljølovens forarbeider ikke berører problemstillingen.

⁶⁹ Jfr. (Jakhelln, 2006) side 133.

⁷⁰ Hvis det derimot blir aktuelt å ilagge tjenestepersonen sanksjoner for ikke å ha etterkommet en ordre, kommer den subjektive side inn. Om dette uttalte Høyesterett i avgjørelsen fra 1989 på side 336: ”I subjektiv henseende har reglene imidlertid et forskjellig innhold. En straffbar overtredelse av plikten vil, som alt nevnt, bare foreligge dersom arbeidstaker forsto eller burde forstå at det forelå en fare som angitt i bestemmelsen. For retten til å nekte blir det spørsmål om nektelsen kan anses rettmessig, selv om det objektive grunnlag mangler, når arbeidstaker tror at det foreligger en fare som ville gi ham rett til å nekte. Arbeidstakerens villfarelse kan skyldes at han tar feil med hensyn til hvilken fare han er forpliktet til å utsette seg for – en normvillfarelse – eller at han feilbedømmer den konkrete faresituasjon. Slik jeg ser det, vil en normvillfarelse bare i rene unntakstilfelle kunne medføre at nektelsen kan anses rettmessig, mens utgangspunktet ved den konkrete bedømmelse av faresituasjonen må være et alminnelig aktsomhetskrav.”

I de situasjoner hvor polititjenestepersonen(e) opptrer på egenhånd, må de imidlertid selv foreta denne vurderingen. I utredningen til 22. juli-kommisjonen, side 38, sier Henning Jakhelln følgende om dette, og som jeg slutter meg til:

"I en slik situasjon må polititjenestemannen selv vurdere om situasjonen medfører en større risiko enn den som følger av hans tjenesteplikter, med utgangspunkt i den handlingsplikt som stillingen innebærer. Dermed må polititjenestemannen ha en betydelig skjønnsmarging med hensyn til om faregraden overstiger det som er forsvarlig ut fra stillingens karakter og det som situasjonen for øvrig tilsier."

Høyesteretts avgjørelse fra 1989 avklarar (side 336) også ytterligere et par punkter knyttet til handplikten og lydighetspliktens objektive forsvarlighetsstandard: At arbeidsgiveren har forsømt plikter etter arbeidsmiljøloven, gir ikke i seg selv rett til å nekte å utføre ordren, med mindre forsømmelsen fører til en risikoøkning som gir rett til nektelse. Hvis risikoen ligger innenfor det som anses forsvarlig, gir det heller ikke rett til å nekte selv om risikoen ved bruk av relativt begrensede midler kunne reduseres ytterligere (side 337).

Den handleplikten som en politiinnsats må holde seg innenfor, og som lydighetsplikten innebærer at de involverte tjenestepersoner er forpliktet til å delta i, har etter dette to grenser: Aksjonen må ikke inneholde elementer som representerer en fare som ikke under noen omstendighet er akseptabel. Og selv om aksjonen ikke overskrider denne grensen, må den ikke ut fra en bedømmelse av den konkrete situasjonen anses klart uforsvarlig. Selv om forsvarlighetsvurderingen alltid må foretas i tilknytning til den konkrete situasjonen, tror jeg det er vanskelig å tenke seg tilfeller hvor eksponering for en usikker smitterisiko på et åsted eller ulykkessted vil nå denne øvre forsvarlighetsgrensen. Normalt vil det jo både være usikkert om tjenestepersonen vil bli eksponert for smitte, og om dette igjen leder til at vedkommende rent faktisk blir smittet. I langt de fleste tilfeller hvor tjenestepersonene involveres i tjenestehandlinger som nevnt foran i pkt. 1.1, vil de verken bli smittet eller utsettes for noen smitterisiko.

Som en oppsummering kan man således legge til grunn at politiet som etat har en plikt til å handle for å verne liv og helse. For de inngrepssituasjoner som er aktuelle for denne utredningen, jf. pkt. 1.1., vil handlingene som den store hovedregel også ligge innenfor det forsvarlige. Konsekvensen av dette er at selv om de tjenestepersoner som skal effektuere den institusjonelle handleplikten er bekymret for smittefaren og føler ubehag ved tjenesteoppdraget, vil han eller hun likevel være forpliktet til å gjennomføre det. At det her er Staten som pålegger sine egne borgere å utsette seg for en risiko, må få tillegges atskillig vekt når fokus snus, og spørsmålet er: hvilke

positive forpliktelser Staten har etter EMK art. 8, jf. art. 1 for å verne tjenestepersonenes privatliv, jf. nærmere nedenfor i pkt.3.3.5.

3.3.3. Hensynet til de som skal vernes, hjelpes eller pågripes ved politiets innsats.

Noen av de tjenesteoppdragene hvor eksponering for smitte kan oppstå, vil aktualisere politiets handleplikt og ha høy prioritet etter politiets operasjonelle standard. Dette gjelder særlig de tilfellene hvor liv er direkte truet eller hvor det har oppstått eller er fare for alvorlig skade på person. I slike tilfeller er det et operasjonelt krav (og en alminnelig forventning) om at politiets innsats iverksettes umiddelbart.

De mest aktuelle situasjonene vil trolig være utrykning til åsteder hvor det pågår eller umiddelbart forut har funnet sted voldelig kriminalitet, eller til ulykker av ulike slag. Den rettslige konsekvensen av at politiets handleplikt aktualiseres, er at de sidene av den skjønnsmessige opportunitetsvurdering som gjelder *om* og *når* det skal aksjoneres, settes ut av kraft.⁷¹ Den siden av opportunitetsprinsippet som er knyttet til *hvordan* det skal gripes inn, vil imidlertid bestå. Innenfor de ytre rammene som først og fremst følger av politiloven § 6, må tjenestepersonene foreta en vurdering av hva som ut fra de gitte forutsetningene er den mest effektive og sikre måten å løse oppdraget på. For denne vurderingen krever politiloven § 6, 3. ledd at de momentene og hensynene det legges vekt på, skal være saklige.⁷²

For vår problemstilling blir spørsmålet om at det vil være *saklig* av tjenestepersonene, ved valg av konkret inngrepsstrategi for hendelser som krever umiddelbart innsats, alltid å ta i betraktning at det kan foreligge en smitterisiko. Dette må etter mitt skjønn gis et bekreftende svar. Ved valg av gjennomføringsmåte i oppdrag som aktualiserer politiets handleplikt, legges det generelt til grunn at dette "i det alt vesentlige [vil] måtte bero på en vurdering av effektivitet og sikkerhet".⁷³ Med "sikkerhet" tenkes trolig først og fremst på den fysiske sikkerheten til de inngrepet rettes mot, for omgivelsene og tjenestepersonene som er involvert i oppdraget. Når det likevel må legges til grunn at det er berettiget og saklig av tjenestepersonene alltid å vurdere egensikkerhet knyttet til smitterisiko i oppdrag hvor dette *kan* aktualiseres, er de generelle kravene til tjenesteutførelsen som følger av arbeidsmiljøloven sentrale. Ovenfor i 3.3.2 ble det drøftet og konkludert med at arbeidsmiljøloven § 3-2, 2. ledd

⁷¹ Se mer utfyllende Auglend (2016) side 473-493.

⁷² Uten bestemmelsen i politiloven § 6, 3. ledd ville for øvrig det samme fulgt av det alminnelige forvaltningsmessige saklighetsprinsipp, jf. bl.a. Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett (10. utg. Universitetsforlaget 2014) side 385 flg.

⁷³ Auglend (2016) side 491.

bokstav c om plikten til å avbryte helsefarlig arbeid verken innebar noe forbud mot eller generell rett til å nekte å utføre risikofylte oppdrag. Men dette innebærer selvsagt ikke at tjenestepersonene ikke har adgang til å vektlegge kjente risikofaktorer. Snarere følger det motsatte av arbeidsmiljøloven § 2-3, 2. ledd bokstav a), hvor arbeidstaker pålegges en plikt til å "bruke påbudt verneutstyr, *vise aktsomhet* og ellers medvirke til å *hindre* ulykker og *helseskader*". (Kursivert her) I kommentarutgavene til arbeidsmiljøloven fremholdes bl.a. følgende om bestemmelsen:⁷⁴

Arbeidstakerne har en alminnelig aktsomhetsplikt, slik at de tar nødvendige hensyn til sikkerhet og helse i arbeidet, Ansvarer vil til en viss grad stå i forhold til graden av selvbestemmelse eller selvstendighet arbeidstakerne har i arbeidet. At arbeidstakeren skal medvirke til å hindre ulykker og helseskader, hører for så vidt under hans lydhets- og aktsomhetsplikt.

Det er vanskelig å tenke seg at det som er en generell aktsomhetsplikt i arbeidslivet for øvrig, skal være et usaklig hensyn ved tjenesteutførelsen når politiets handleplikt aktualiseres. Ikke minst når en tar i betraktning at polititjenestepersonene normalt har en stor grad av frihet til å utøve et selvstendig skjønn vedrørende hvordan de taktisk sett skal løse oppdragene.

Når det anses saklig å legge vekt på helsefaren knyttet til en mulig smitterisiko ved tjenesteoppdraget, vil selvsagt konsekvensene av at risikoen aktualiseres være sentral. Her vil muligheten for raskt å få avklart om det rent faktisk har foreligget noen smitterisiko være viktig. At dette raskt kan bli bragt på det rene, holdt opp mot alternativet, som består i usikkerhet i opp mot et halvt år med kanskje helt unødvendig profylaktisk behandling med mulige bivirkninger, vil ha betydning for hvilke forsiktighetstiltak tjenestepersonene iverksetter ved gjennomføringen av tjenesteoppdraget. Dette innebærer at belastningen med en manglende adgang til tvangsmessig testing i en viss utstrekning vil bæres av de som har behov for hjelp eller vern fra politiet. Dels kan det være visse former for nærkontakt tjenestepersonene avstår fra og som gjør at kvaliteten på vernet eller hjelpen som ytes blir dårligere, og dels kan det gå lengere tid før det iverksettes, fordi tjenestepersonene bruker tid på å iføre seg tilgjengelig beskyttelsesutstyr. Til illustrasjon kan det være hensiktsmessig å gjøre en visitt tilbake til artikkelen og intervjuet i POLITIFORUM gjengitt foran i 1.1. En av de intervjuede var politioverbetjent Erik Hestvik i Oslo politidistrikt, som til problemstillingen som drøftes her, i tilknytning til en konkret hendelse, bl.a. uttalte

⁷⁴ Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen: Arbeidsmiljøloven – Lovkommentar (3. utg. Universitetsforlaget 2018) side 106.

”Ved akutte hendelser er vi avhengige av en patruljestyrke med dedikert fokus på oppgaven. Tjenestepersonene på dette aktuelle oppdraget handlet resolutt, og sørget for nødvendig fremdrift som sikret rask bistand fra helseressursene på stedet. Det er honnør til mannskapet på vakt denne natten, sier Hestvik.

Innsatsvilje og pågangsmot i krevende oppdrag som dette skal man ikke ta for gitt. Et veletablert og troverdig HMS system som ivaretar den ansatte etter uønskede hendelser, er et av flere tiltak som sikrer fortsatt motivasjon til å stå i et yrke med kalkulert risiko, sier Hestvik.”

Selv om tvangsmessig testing er et betydelig inngrep i retten til privatliv etter EMK art. 8, jf. ovenfor i 3.2., kan det også sees som et middel til å effektivisere den positive forpliktelsen til å verne borgernes liv og helse som følger av EMK art. 2, jf. art 1. En positiv forpliktelse som også understøtter polititjenestepersonenes individuelle handleplikt, jf. Auglend (2016) side 437-38.

Når målet med politiets innsats er å pågripe en person, kan hensynet til smitterisikoen og konsekvensene knyttet til dette, lede til at tjenestepersonene velger en strategi som hindrer nærkontakt med gjerningspersonen, men som også gjør pågripelsen mer smertefull for denne. I stedet for fysisk maktanvendelse i form av pågripelses- og nedleggelsesteknikker, vil gjerningspersonen bli forsøkt immobilisert ved bruk av pepperspray eller i fremtiden kanskje ved anvendelse av elektrosjokkvåpen.

3.3.4. Konsekvensene rammer privatlivet og tjenestepersonens familie og venner

Som det følger av pkt. 3.3.2 ovenfor, innebærer tjeneste i politiet at man er forpliktet til å utføre tjeneste som i de mest ekstreme situasjoner kan innebære fare for liv og helse. De fatale tilfellene, eller med meget alvorlig skader, er likevel få. Men å ha utført tjeneste hvor det har vært fare for et slik alvorlig utfall kan være en belastning i seg selv, men takles gjerne i form av ulike former for profesjonell eller kollegial ”debrief”. At tjenestepersoner påføres mindre skader i tjenesten, kanskje først og fremst ved gjennomføring arrestasjoner, forekommer oftere og kan resultere i alt fra forholdsvis enkel sårbehandling til en kortere sykmelding, f. eks. på grunn av en brukket finger. Felles for disse tilfellene er at det i ganske stor grad er symmetri mellom risiko og skade på denne ene siden, og konsekvens og ”behandling” på den andre. Den psykiske belastningen ved å bli utsatt for stor fare, takles i en tjenstlig sammenheng, og har som mål å sørge for at vedkommende fortsetter å være velfungerende i tjenesten. En fysisk skade, for eksempel i form av en brukket finger eller et kutt behandles, og en eventuell sykmelding rammer først og fremst tjenesten.

På dette punktet skiller en eksponering for smitte med mistanke om at tjenestepersonen er blitt smittet seg ut. "Skaden" har skjedd i tjenesten, men kan i liten grad lindres gjennom tjenstlige tiltak, og den påvirker også i mindre grad tjenestepersonens tjenestedyktighet. Eventuell behandling i form av post-eksposisjonsprofylakse med mulige bivirkninger, vil berøre tjenestepersonens hele livssituasjon. Viktigst er likevel at så lenge smittesituasjonen ikke er avklart med noen grad av sikkerhet, vil dette berøre tjenestepersonens samkvem med partner, barn og venner. Og dette er selvsagt ikke bare en belastning for tjenestepersonen, men også for hans eller hennes nærmeste som kanskje i opp til et halvt år må endre vanlige samværsformer med tjenestepersonen. Ved eksponering for smitte i tjenesten, foreligger det således en ganske stor grad av asymmetri mellom risikoen og skadetilføyelse på den ene siden, og hvor konsekvensene inntreffer på den andre.

I mange tilfeller er det følgelig slik at konsekvensene av den individuelle handleplikten som tjenestepersonene er pålagt til vern om viktige verdier og interesser i samfunnet, i stor grad rammer tjenestepersonen som privatperson, og ikke minst også hans eller hennes nærmeste. Dette reiser naturlig nok spørsmålet om Staten er forpliktet til å treffe tiltak for å verne tjenestepersonene og deres familier mot dette inngrep i privatlivet, jf. nedenfor i 3.3.5.

3.3.5. Tjenestepersonene og deres familie som menneskerettssubjekter

3.3.5.1. Respekt for privatlivet – en negativ og positiv rett til beskyttelse som tilkommer alle

Menneskeretten til å nyte beskyttelse av sitt privatliv er universell og tilkommer alle, herunder selvsagt også polititjenestepersoner og deres familiemedlemmer. Crawshaw mfl: *Human Rights and Policing*⁷⁵ side 27 fremholder:

Everyone is entitled to human rights, including police officials. States are required to secure the human rights of all within their jurisdiction without discrimination and, when they fail to do so, they have to provide an effective remedy for the violation."

I teorien har menneskerettsbeskyttelsen for polititjenestepersoner først og fremst blitt drøftet i forhold til EMK art. 2 om retten til liv, og da gjerne som en modifierende faktor for tjenestepersonens handleplikt ved farlige politi-

⁷⁵ Ralph Crawshaw, Stuart Cullen and Tom Williamson: *Human Rights and Policing* (Second Rev. Ed, Martinus Nijhoff Publishers 2007)

operasjoner.⁷⁶ Det er imidlertid ikke tvilsomt at dette også gjelder tilsvarende i forhold til EMK art. 8. "The European Code of Police Ethics" som Norge har sluttet seg til, er såkalt "soft law", og verken folkerettslig eller internrettslig bindende. Ved rettsanvendelsen knyttet til bindende normer er den likevel forutsatt å utgjøre et viktig tolkningsmoment. Sentrale bestemmelser i vår sammenheng er først og fremst art. 31 og 32, og de forklarende kommentarer som er knyttet til disse:

31. Police staff shall as a rule enjoy the same civil and political rights as other citizens. Restrictions to these rights may only be made when they are necessary for the exercise of the functions of the police in a democratic society, in accordance with the law, and in conformity with the European Convention on Human Rights.

I kommentaren til bestemmelsen heter det:

The paragraphs of this section are guided by the overall principle that police in an open democratic society should have the same rights as other citizens, to the fullest possible extent. This is an important element of the rule of law and of making the police organisation part of the society it serves.

The rights covered by the European Convention on Human Rights (civil and political rights) apply fully to all citizens in member states, including those employed by the police. Some of these rights are absolute in their character, whereas others may be derogated under special conditions. In this respect, reference is made to the extensive case-law developed by the European Court of Human Rights.

Paragraph 31 emphasises that member states shall not deprive their police staff of any civil and political rights, unless there are legitimate reasons directly connected to the proper performance of police duties in a democratic state governed by the rule of law.

Og i art. 32 heter det:

32. Police staff shall enjoy social and economic rights, as public servants, to the fullest extent possible. In particular, staff shall have the right to organise or to participate in representative organisations, to receive an appropriate remuneration and social security, and to be provided with special health and security measures; taking into account the particular character of police work.

I kommentaren heter det bl.a.:

Paragraph 32 refers to social and economic rights, which are covered by the European Social Charter, a complementary instrument to the European Convention on Human Rights for these particular rights.

⁷⁶ Se Crawshaw m.fl. side 119-120, Auglend: Handleplikt (2016) side 772-779, og Myhrer: "... dø om så det gjelder?", Nordisk Politiforskning 2015 side 34-72.

Police personnel have the status of public servants (or civil servants) in several member states. As this is not the case in all member states, it is recommended that police personnel, as far as possible, should enjoy social and economic rights as public servants. Such rights may be limited because of the special character of police work. The social and economic rights listed in the paragraph highlight a few crucial rights but the list is not exhaustive.

...

The rights to appropriate remuneration and social security, as well as special health and security measures have been highlighted in the recommendation because of the special character of police work. This refers, for example, to the unpredictable tasks that police personnel are facing every day, to the risks and dangers inherent in police work and to the irregular working hours. Moreover, these rights of police personnel are also crucial conditions for making the police profession attractive. This aspect is extremely important, considering the need for highly qualified staff to be recruited to, and retained within, the police. Furthermore, a well-remunerated police personnel is more likely not to be involved in undesirable activities, such as corruption.

Den menneskerettslige problemstillingen som aktualiseres og behandles her, befinner seg i flere sammenhenger i en mellomstilling: Dels beskyttelse av borgerne generelt, og dels den spesielle og reduserte beskyttelsen som gjelder for tjenestepersonen i tjeneste. Som behandlingen ovenfor i 3.3.4 har vist, rammes ikke bare privatlivet til tjenestepersonene, men i betydelig utstrekning influeres også privatlivet til familie og venner. Her må det være forholdsvis klart at noen modifikasjon i vernet p.g.a. polititjenestens spesielle karakter er lite relevant. Men også når det gjelder spørsmålet om staten her konfronteres med en negativ eller en positiv plikt, befinner problemstillingen seg i en mellomstilling. Det er selvsagt ulike «konfrontasjoner» med andre personer (skadde, forulykkede, mistenkte) som leder til inngrepet i privatlivet, og i dette perspektivet er det statens positive forpliktelse som aktualiseres. Hvis man derimot vektlegger at det statens krav til tjenesteplikt og handleplikt som innebærer at tjenestepersonene ikke kan unngå risikoen, er man nærmere den primære negative plikten.

Både i konvensjonspraksis og i teorien⁷⁷ synes det imidlertid å være enighet om at i forhold til EMK art. 8 har det lite å si om man betrakter plikten som positiv. I EMDs "*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*" fra 2018 heter det i pkt. 3-5:

3. The primary purpose of Article 8 is to protect against arbitrary interferences with private and family life, home, and correspondence. This obligation is of the classic negative kind, described by the Court as the essential object of Article 8 (Kroon and

⁷⁷ Se Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske menneskerettigheds konvention for praktikere (4. utg. Jurist- og økonomiforbundets forlag 2017) side 797.

Others v. the Netherlands, § 31). However, member States also have positive obligations to ensure that Article 8 rights are respected even as between private parties. In particular, although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life (Lozovyye v. Russia, § 36). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, for example, Evans v. the United Kingdom [GC], § 75, although the principle was first set out in Marckx v. Belgium).

4. The principles applicable to assessing a State's positive and negative obligations under the Convention are similar. Regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, the aims in the second paragraph of Article 8 being of a certain relevance (Hämäläinen v. Finland [GC], § 65; Gaskin v. the United Kingdom, § 42; Roche v. the United Kingdom [GC], § 157). Where the case concerns a negative obligation, the Court must assess whether the interference was consistent with the requirements of Article 8 paragraph 2, namely in accordance with the law, in pursuit of a legitimate aim, and necessary in a democratic society. This is analysed in more detail below.

5. In the case of a positive obligation, the Court considers whether the importance of the interest at stake requires the imposition of the positive obligation sought by the applicant. Certain factors have been considered relevant for the assessment of the content of positive obligations on States. Some of them relate to the applicant. They concern the importance of the interests at stake and whether "fundamental values" or "essential aspects" of private life are in issue or the impact on an applicant of a discordance between the social reality and the law, the coherence of the administration and legal practices within the domestic system being regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8. Other factors relate to the impact of the alleged positive obligation at stake on the State concerned. The question is whether the alleged obligation is narrow and precise or broad and indeterminate (Hämäläinen v. Finland [GC], § 66).

3.3.5.2. Er usikkerheten et "inngrep"?

Det er så langt i utredningen lagt til grunn at usikkerheten knyttet til en eventuell smitteeksponering representerer et inngrep i privatlivet. Det er imidlertid grunn til å drøfte dette noe nærmere. Situasjonen er jo at tjenestepersonen verken vet om han eller hun er blitt eksponert for en smittebærende person, og langt mindre om de selv i tilfellet er blitt smittet. Kan dette være et inngrep i privatlivet?

Med henvisning til konvensjonspraksis må dette etter mitt skjønn besvares bekreftende. I avgjørelsene i Vilnes and others v. Norway avsagt 5. desember 2013,

fremgår det i drøftelsen i av om Norge i forhold til Nordsjødykkerne hadde krenket art. 8, følgende (pkt. 235):

235. In this regard, the Court reiterates that since *Guerra and Others*, cited above, §§ 57-60; developing *López Ostra*, cited above, § 55; see moreover *McGinley and Egan*, cited above, §§ 98-104; and *Roche*, cited above, §§ 157-69), the Court has affirmed a positive obligation for States, in relation to Article 8, to provide *access* to essential information enabling individuals to assess risks to their health and lives. In the Court's view, this obligation may in certain circumstances also encompass a duty to *provide* such information, as can be inferred from the concluding paragraph 60 (concerning Article 8) in *Guerra and Others*, (cited above) and the affirmation of the "public's right to information" with reference to the latter in the context of Article 2 (see *Öneryıldız*, cited above, § 90, and *Budayeva and Others*, cited above, § 132). It does not follow from the foregoing that this right ought to be confined, as suggested by the Government, to information concerning *risks that have already materialised*. In relation to Article 2 the Court has held that "among [the] *preventive* measures [to be taken] particular emphasis should be placed on the public's right to information" (emphasis added here) (see *Kolyadenko and Others*, cited above, § 159, quoted at paragraph 220 above), and the position in relation to Article 8 can hardly be different. Nor does it follow that the right in question should not apply to occupational risks, another argument advanced by the Government which is not supported by the decision they cited (see paragraph 204 above).

Det følger av ovenstående sitat at for inngrep i privatlivet er det ikke krav om at risikoen har materialisert seg, videre at det kan kreves av staten at den tar aktive skritt for å avklare om det foreligger en risiko, og at yrkesrelatert risiko ikke står i en særstilling. Det som imidlertid gjør denne vurderingen særlig interessant og relevant for vår problemstilling, er kommentaren til flertallets vurdering av de to dissenterende dommere, dommer Bugge Nordén og dommer Lorenzen, i relasjon til avgjørelsene i henholdsvis Roche-saken og McGinley and Egan-saken. Om disse avgjørelsene sier mindretallet:

The anxiety and stress caused by the uncertainty as to what he had been exposed to had such an impact on his present private life that Article 8 was applicable.

At usikkerhet i seg selv kan være et inngrep i privatlivet, følger også av avgjørelsen i saken Colak and Tsakiridis v. Germany av 5. mars 2009. Her var Tyskland innklaget for manglende beskyttelse av retten til liv (EMK art. 2) og privatliv (EMK art. 8) fordi taushetspliktreglene for leger var slik utformet at en familielege hadde feiltolket sin taushetsplikt slik at han mente det at han ikke uten den HIV-smittede ektefellens samtykke kunne informere den andre ektefellen om smitterisikoen. Det ble ikke ansett å foreligge krenkelse verken av art. 2 eller art. 8. Flertallet foretok ikke noen selvstendig vurdering forholdet til art. 8, men mente at vurderingen av statens

positive plikt etter art. 2 og 8 var den samme. En dommer (dommer Maruste) mente dette ikke tilfredsstillende, og uttalte bl.a.:

Had there been clear rules and practice for balancing conflicting interests for the doctors the family physician could have avoided an error in interpretation of his duty. It could also have led him to give adequate information and instructions to the partner at the due time, avoiding unnecessary doubts and maybe even accusations. This would certainly have given the applicant clear grounds to determine her private, including her intimate, life, and take necessary precautions. The applicant was left in uncertainty for more than two years (from 21 January 1993 to March 1995 - see paragraph 9). It seems to me that this situation of dangerous uncertainty in which the applicant was left amounted to an unjustified interference in her private life.

3.3.5.3. Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen

Når man nå kan legge til grunn at:

- tjenestepersonene og deres familier (selvsagt) har vern for sitt privatliv etter EMK art 8, hva enten man betrakter det som negativ eller en positiv plikt for staten,
- selve den usikkerheten som en mulig smitteeksponering fører til, representerer et inngrep i EMK art 8 sin forstand,

oppstår spørsmålet om en lovbestemmelse om tvungen testing er nødvendig og forholdsmessig. Denne vurderingen har to sider: Den enkleste er om den byrden som her legges på staten er forholdsmessig. Mer komplisert er avveiningen mellom personvernkrenkelsen av den som testes mot sin vilje, og ivaretagelsen av privatlivet til tjenestepersonen som har behov for å eliminere eller redusere usikkerheten.

Å legge en positiv lovgivningsbyrde på staten er åpenbart ikke uforholdsmessig: Det er en kjent og rimelig avgrenset problemstilling som har eksistert i flere år. Praksis fra EMD har en rekke eksempler på at måten staten kan ivareta sine positive forpliktelser på i ganske stor utstrekning består i ha en relevant og klar lovgivning på plass. Selv om kriteriene i EMK art. 8(2) nødvendigvis er avgjørende for de positive forpliktelsene, er de i alle fall av veiledende karakter, jf. Kjølbros side 797.⁷⁸ Drøftelsen ovenfor 3.3.3 og 3.3.4 viser at en slik adgang til tvungen testing både vil beskytte andres rettigheter og friheter, og bidra til å øke sikkerheten i samfunnet og forebygge kriminalitet.

Det tungtveiende mothensynet er selvsagt at en slik ivaretagelse av den positive plikten til å beskytte tjenestepersonens rett til privatliv, samtidig også vil være en

⁷⁸ Den Europæiske menneskerettigheds konvention for praktikere (4.utg) side 797.

krenkelse av EMK art. 8 (1) i forhold til den som uten samtykke blir utsatt for testing. Her blir det først et spørsmål om en slik lovhjemmel er "nødvendig" i betydningen av om det er andre måter eller kilder til den samme kunnskap. Her finner jeg det i stor utstrekning tilstrekkelig å vise til den drøftelsen som er foretatt i NOU 2012:17 «Om kjærlighet og kjøletårn» side 280-284 i tilknytning til den nylig vedtatte strp. § 157a. Å basere seg på samtykke eller informasjon av opplysninger som finnes i helseregistrene, er ikke tilstrekkelig. For de situasjonene som er aktuelle for vår problemstilling, jf. pkt.1.1, vil det i en del tilfeller være slik at vedkommende som skal testes ikke er villig til å samtykke, ikke er i stand til det p.g.a. skade,⁷⁹ eller være i en tilstand hvor det ikke vil være tilrådelig (og kanskje heller ikke rettslig bindende) å innhente samtykket. For så vidt gjelder opplysninger fra helseregistrene vil dette reise en del utfordringer i forhold til taushetsplikten. Dessuten er det langt fra for alle personer det er rimelig grunn til å undersøke smittestatus, som helsevesenet vil ha opplysninger om. I snever forstand er derfor en lovhjemmel som gir adgang til tvangsmessig testing "nødvendig" for å nå den beskyttelsen som den positive plikten innebærer.

Utfordringene er selvsagt knyttet til forholdsmessighetsvurderingen som er innbakt i kriteriet "nødvendig i et demokratisk samfunn". Eller med andre ord hvordan skal den negative og den positive plikten avstemmes mot hverandre? Dette blir en vurdering hvor alle de momentene som er nevnt foran her i kapittel 3 må avveies. Et ytterligere kompliserende element er det at den skjønsmessige vurderingen påvirkes av hvor presist en eventuell bestemmelse om tvangsmessig testing utformes, og hvilke rettssikkerhetsgarantier som legges inn. Disse spørsmålene behandles nedenfor i kapittel 4.

Gitt en forsvarlig utforming, er det min vurdering at staten etter EMK art. 8, jf. art. 1, både har adgang og plikt til å gi en bestemmelse som tillater tvungen testing. Utgangspunktet for vurderingen må være at en slik tvungen testing er en klar krenkelse av den testedes rett til privatliv, og i kjernen av det EMK art. 8 (1) beskytter, jf. 3.3.2 ovenfor. Men som vist i samme punkt er det også en ganske rikholdig konvensjonspraksis som viser at mindre omfattende fysiske og medisinske inngrep ikke som sådan er forbudt. Sentralt i vurderingen må det også være at det inngrepet som skjer i forhold til tjenestepersonene og deres familier, også ligger nær et brudd på den negative forpliktelsen, jf. 3.3.5.1 ovenfor. I denne situasjonen må, som anført i

⁷⁹ Jf. lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter kap 4.

samme punkt, synspunktene og begrunnelsene for bestemmelsene i Den europeiske politietiske kodeks veie tungt. Det forhold at krenkelsen også rammer personer som ikke har akseptert noen polisiær yrkesmessig risiko må tillegges særlig vekt. Den omstendighet at yrkesmessige forhold knyttet til tjenesten får negative konsekvenser for tjenestepersonenes familie, synes å være en driver for at tjenestepersonen kanskje søker seg over i annen tjeneste, eller slutter i politiet.⁸⁰ Viktig er det også – i alle fall som en generell betraktning – at en slik adgang til tvungen testing og vil være til fordel for den som utsettes for testingen, dels i form av at det vil sikre raskere og bedre vern eller hjelp. Uten en slik ordning, vil tjenestepersonene i større grad unnlate å gi inn i situasjoner som kan lede til smitte. Og dels i form av at ved arrestasjoner vil det kunne nyttes mindre belastende maktmidler fra politiets side.

⁸⁰ Jf. om en parallell problemstilling, Tor-Geir Myhrer: *Skjernet identitet* (PHS-Forskning 2007:5) side 13-15.

4. De nærmere vilkårene

4.1. Innledende oversikt

Fastsetting av de nærmere vilkår for tvungen testing er som nevnt i pkt. 3.3.5.3 ikke bare en praktisk nødvendighet, men vil også influere på forholdsmessighetsvurderingen, og dermed konvensjonsforenligheten etter EMK art. 8.

Det mest grunnleggende spørsmålet er om det skal være tilstrekkelig at man har håndtert en situasjon hvor alvorlig smittsom sykdom *kan* overføres, eller om det også skal kreves en eller annen nærmere kvalifisert konkret grunn til undersøke dette. (4.2.).

Bestemmelsen i straffeprosessloven §157a gir adgang til kroppslig undersøkelse generelt for å avklare risikoen for seksuelt overførbart sykdom. I en bestemmelse om adgang til tvungen undersøkelse av personer som kanskje intet er å klandre, er det spørsmål om ikke typen undersøkelse må snevres inn. (4.3.).

Denne utredningen har naturlig nok tatt utgangspunkt i situasjonen for politiet. Det grunnleggende hensynet som begrunner en adgang til tvungen testing, er den hjelpe- og handleplikten som både påhviler politiet som etat og den enkelte tjenesteperson. Men en slik plikt vil i stor grad også gjelde det som gjerne omtales som de andre "blålysetatene"; brann- og redningsetaten og ambulansetjenesten. Under gitte forutsetninger har vi alle en rettslig plikt til å hjelpe, jf. 3.3.2.2. ovenfor. Dette reiser spørsmålet om regelen om testing skal være en særrett for politiet, eller om den bør ha et videre virkeområde. (4.4.)

Både medisinske og praktiske grunner tilsier at en beslutning om tvungen testing treffes raskt. Dels kan den som skal testes fort "bli borte" fordi vedkommende ikke kan eller skal holdes pågrepet, og dels er det slik at for de tilfeller hvor tjenestepersonen er blitt utsatt for smitte, bør den profylaktiske behandlingen iverksettes raskt, i noen tilfeller innen 72 timer. Dette representerer en utfordring ved fastleggingen av beslutningskompetansen, og utforming av reglene om saksbehandling og eventuell overprøving. (4.5.)

Som omhandlet i pkt. 3.2.2. representerer en tvungen testing et inngrep på både i den fysiske og den informasjonsmessige integriteten. For mange, kanskje de fleste, vil det viktigste være hvordan et eventuelt positivt prøveresultat behandles: Hvem kan det formidles til, hva kan det brukes til, og blir det registrert og lagret, og eventuelt hvor (4.6.).

Avslutningsvis må det tas standpunkt til hvor bestemmelsen skal plasseres, noe som i stor grad påvirkes av hvordan bestemmelsen utformes. Er det en bestemmelse av politisær karakter, om arbeidsmiljøet, eller om smittevern? (4.7.)

4.2. Skal behovet for testing kvalifiseres?

Både tjenestens art, men også den økte mobiliteten i befolkningen nasjonalt og globalt, gjør at politiet i forholdsvis liten grad har noen personlig kjennskap til de personene de enten må gripe inn ovenfor, eller som de må redde eller verne. Det samme vil i stor grad også gjelde tjenestepersoner i de øvrige "blålys-etatene". Samtidig er det få ytre, observerbare tegn som indikerer om vedkommende er bærer av en alvorlig smittsom sykdom. Dette taler for at adgangen til tvungen testing alene knyttes til om tjenestepersonen er blitt eksponert for blod, spytt mv på en slik måte at alvorlig smittsom sykdom kan ha blitt overført. Spørsmålet er om dette vil være forenlig med lovkravet i EMK art. 8 (2). Det sentrale er om bestemmelse gjør det mulig for befolkningen å forutberegne når de kan bli utsatt for inngrepet, jf. Jacobs, White and Ovey: *The European Convention of Human Rights*⁸¹ side 343-347 og Erik Møse: *Menneskerettigheter* side 99-101. Og i EMDs "*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*" fra 2018 fremholdes følgende i pkt. 12:

With regard to foreseeability, the phrase "in accordance with the law" thus implies, inter alia, that domestic law must be sufficiently foreseeable in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which, and the conditions on which, the authorities are entitled to resort to measures affecting their rights under the Convention (...).

I en av de grunnleggende avgjørelser om dette spørsmål, *Vogt v. Germany* fra 25. september 1995, sier domstolen følgende i pkt. 48:

The Court reiterates that the level of precision required of domestic legislation - which cannot in any case provide for every eventuality - depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.

For vårt spørsmål må det vektlegges at det dreier seg om et klart inngrep i sentrale sider av retten til privatliv – den fysiske integriteten. Dette kan komme til ramme personer som intet er å klandre, for eksempel fordi de helt uforskyldt har vært utsatt for en ulykke. På den annen side vil antallet personer dette kan komme til å bli aktuelt for, likevel være forholdsvis begrenset. Inngrepet vil bare være aktuelt etter man på en eller annen måte har vært i nærkontakt med politiet (eller andre redningsetater).

⁸¹ 7th Edition, Oxford University Press 2017.

Dertil vil inngrepet som hovedregel ikke skje uten vedkommende er klar over det. At prøven tas uten av personen er klar over det og først har blitt forespurt om samtykke, vil bare være aktuelt overfor personer som p.g.a. skade eller rus ikke kan forespørres.⁸² At inngrepet ikke vil trekke noen negative følgekonskvenser med seg, må også vektlegges. Der hvor kravet til klarhet er ansett som viktigst, er hvor inngrepet i privatlivet skjer skjult (ulike former for overvåking) og/eller trekker med seg negative konsekvenser.

Selv om det i forhold til politiet ikke legges opp til en reelt uavhengig beslutningstaker, jf. 4.5. nedenfor, er det også av betydning at det ikke er den som er rammet som selv treffer beslutningen om inngrepet.

Alternativet til kun å knytte vilkåret til at eksponering har skjedd på en slik måte at smitte kan ha blitt overført, er å innta et krav i bestemmelsen om at det må være *rimelig grunn* til å foreta testingen, dvs. en objektiv basert mulighet for at overføring av en alvorlig smittsom sykdom har skjedd. Dette vil nok begrense antall tilfeller der testing kan skje, jf. "number and status" i avgjørelsen fra 1995 ovenfor. Et slikt kvalifiserende krav kan imidlertid også ha negative konsekvenser. Det vil nødvendigvis også kreve at den som skal treffe beslutningen om testingen i sin beslutning må synliggjøre hvorfor en slik "rimelig grunn" foreligger. I og med at flere av de allmennfarlige smittsomme sykdommene i en viss utstrekning er livstilsrelaterte, er det en ganske nærliggende mulighet at de momentene som vil bli anført i en slik sammenheng kan bli oppfattet som anklagende, stigmatiserende eller nedlatende. I verste fall kan begrunnelsen for at det begrensende kvalifikasjonskravet bli en tilleggsbelastning, og et uønsket og ekstra inngrep for de som utsettes for testingen.

Trolig vil man kunne oppnå det samme ved å innta et krav om at testingen ikke må fremstå som uforholdsmessig, og gjøre det klart at i dette ligger et krav om at testing skal gjøres til gjenstand for en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle og ikke gjennomføres som en rutine ved visse typer hendelser eller oppdrag.

Forholdsmessighetsvurderinger er alltid en "vektstangsvurdering". Det sentrale blir her beskrivelsen av de omstendigheter som taler for en testing. Her vil eksponeringsmåten og –situasjonen stå sentralt. Kjerneområdet for en bestemmelse om tvungen testing vil være der hvor man basert på medisinske kriterier og vurderinger, overveier eller iverksetter profylaktisk behandling. Når disse kriteriene er oppfylt, vil det normalt være tilstrekkelig å vise at man har vurdert om det foreligger spesielle omstendigheter som gjør testingen uforholdsmessig. En mulig obligatorisk ekstern

⁸² Se foran i 1.2 om samtykke fra avdøde.

kontrollordning kunne her være å kreve at alle beslutninger om tvungen testing skal sendes i kopi til den legen som helseforetaket har utpekt etter smittevernloven § 7-3, 3.ledd, jf. 4.5. nedenfor. En slik kontroll vil sikre at det ikke etableres en praksis med tvungen testing hvor smittefaren er av rent teoretisk karakter, men den vil også bidra til en kunnskapsbase som kan danne grunnlag for veiledende retningslinjer.

4.3. Hvilke prøver?

Tvungen testing er, som nevnt, et klart inngrep i retten til respekt for privatlivet. Redegjørelsen foran for EMDs praksis etter EMK art. 8, viser likevel at dette kan være berettiget hvis det foreligger en relevant tilstrekkelig grunn til det, og inngrepet ikke er for omfattende eller belastende. Overfor personer som med skjellig grunn kan mistenkes for lovbrudd av en viss alvorlighet, hjemler straffeprosessloven § 157 og § 157a kroppslig undersøkelse generelt. Av to grunner vil en slik vid undersøkelsesadgang føre for langt i vårt tilfelle: For det første kan testingen gjennomføres på personer som intet er å klandre, men kanskje tvert imot selv er offer for et angrep eller en ulykke. For det andre er det pr. i dag vanskelig å se at behovet strekker seg ut over den type kroppslig undersøkelse som består i blodprøve, jf. påtaleinstruksen § 10-5, 1. ledd bokstav a.⁸³ I så fall vil det være spyttprøver som kan tas ved vattpinner.

Selv om det selvsagt innebærer en tilleggsbelastning at blodprøven tas mot ens vilje, og kanskje i en situasjon som allerede er belastende, er en blodprøve noe de aller fleste vil tåle, og normalt har vært utsatt for en rekke ganger tidligere. Det er derfor vanskelig å tenke seg at det fysiske omfanget av inngrepet ikke vil bestå den balansetesten som gjennomføres etter EMK art. 8.

4.4. Hvem skal en bestemmelse verne?

Denne utredningen har skjedd på anmodning fra politiet, og har hatt politiets tjeneste i fokus. Herunder også sivilt ansatte som har plikt til å utføre tjenesteoppdrag hvor de til tider møtes med motstand. En sentral premiss for konklusjonen om at en bestemmelse om tvungen testing bør gis, har vært etatens og tjenestepersonenes tjeneste- og handleplikt. Den innebærer at tjenestepersonene ikke kan unngå å komme i situasjoner hvor de kan bli eksponert for smitte av allmennfarlige sykdommer. Tenker man på utrykninger til ulykker eller åsteder for alvorlig voldelig kriminalitet, vil den samme risiko også gjøre seg gjeldende for ambulansetjenesten. Og kommer vi utenfor største byene, innebærer brann- og

⁸³ Om man likevel bør velge en mer "teknologinøytral" beskrivelse, både for å ta hensyn til nye testmuligheter og/eller nye allmennfarlige sykdommer, bør i tilfellet forelegges og vurderes av personer med en relevant medisinsk innsikt.

redningsetatens lokale stasjonering og beredskapsfokus at de gjerne er på ulykkesstedene eller åstedene før politiet, og de innenfor sin handleplikt ofte må håndtere situasjoner av polisiær karakter.⁸⁴

Selv om politiet nok involveres i flere typer situasjoner med fare for smitte-eksponering, (arrestanter som biter og spytter, stikker seg på sprøyter under visitasjon mv), vil det på bakgrunn av plikten og forventingen om umiddelbar handling som ligger på "blålysetatene", være naturlig å vurdere om det vernet om privatlivet som muligheten for rask avklaring av smittestatus innebærer, ikke bør være en særrett for politiet. Det er her nærliggende å vise til høringsbrevet av 17.desember 2018 om bedre vern av politiet og andre offentlige tjenestepersoner, samt brann- og redningspersonell, med tilhørende høringsnotat punktene 5.1.3, 5.2.3 og 5.3.3.

Lar man hjelpe- og handleplikten være styrende for hvem som skal vernes gjennom en bestemmelse om tvungen testing, oppstår naturlig nok også spørsmålet om den også bør omfatte personer som har involvert seg i henhold til den alminnelige handleplikten, jf. 3.3.2.2. ovenfor. Selv om det kan virke inkonsekvent at de som uten opplæring og aksept av yrkesrisiko involverer seg for å hjelpe andre, skal være dårligere vernet enn de som handler på bakgrunn av en yrkesmessig handleplikt, er det min vurdering at en eventuell bestemmelse – i alle fall i denne omgang – ikke bør omfatte disse tilfellene. Det er flere grunner til dette:

Trolig er tilfellene hvor behovet oppstår forholdsvis begrenset. Men selv om de faktiske tilfellene er få, vil en utvidelse til å omfatte også den alminnelige handleplikten innebære at bestemmelsen - i alle fall rent rettslig sett - får et større virkeområde og derfor også et potensielt større inngrep i retten til respekt for privatlivet, jf. ovenfor i pkt. 3.3.5.3. om nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen. Den viktigste grunnen er likevel at det å inkorporere den alminnelige handleplikten også kan skape en ganske inkonsekvent bestemmelse: Den rettslige, alminnelige handleplikten følger av straffeloven §§ 196 og 287. I en juridisk sammenheng, hvor man forholder seg til den rettslige størrelsen "handleplikt", må drøftingen basere seg på hva som omfattes av denne straffesanksjonerte plikten.⁸⁵ Skulle denne alminnelige handleplikten gi grunnlag for å utsette noen for tvungen testing, måtte man derfor først ta standpunkt til både om faren for den som skulle reddes var alvorlig nok til at handleplikten oppsto, men også om risikoen ved

⁸⁴ <https://www.politiforum.no/artikler/brannvesenet-er-oftere-forst-pa-stedet/454297>

⁸⁵ Dette selv om man skal være forsiktig med både å legge til grunn at borgerne kjenner til eksistensen av straffebestemmelsene og deres nærmere innhold, og at trusselen om straff inngår som del av motivasjonen for å hjelpe.

redningshandlingen var så stor at plikten bortfalt. I begge situasjoner kunne resultatet bli at den som trådte hjelpende til fordi man var et godt og moralsk menneske, ble dårligere vernet enn den som primært hjalp til for å unngå straff!

4.5. Beslutningskompetanse og rettssikkerhetsgarantier.

Om behovet for rask beslutning om testing skal foretas vises til vurderingene i NOU 2012:17 side 280:

Selv om undersøkelse av mistenktes smittestatus ikke vil gi svar på om fornærmede er blitt smittet, vil det gi en indikasjon på om fornærmede ble utsatt for konkret smittefare ved overgrepet. Testing av gjerningspersonen vil i mange tilfeller gi mulighet for en avklaring av om fornærmede har blitt utsatt for smittefare, før det vil foreligge resultat av undersøkelsene av fornærmede selv. For eksempel vil antistoffer mot hiv vanligvis ikke kunne påvises før etter noen uker eller måneder etter smitteoverføringen. Dersom mistenktes prøveresultat er negativt, vil det være en lettelse for fornærmede, selv om det ikke gir et helt sikkert svar på om det forelå smittefare, med tanke på at mistenkte kunne være smittet kort tid før overgrepet. Videre vil prøvesvaret være av betydning i vurderingen av om posteksposisjonsprofylakse bør iverksettes hos fornærmede. Slik profylakse bør iverksettes så raskt som mulig etter den smittefarlige situasjonen, og senest innen 72 timer. Behandling kan ha betydelige bivirkninger. Tidlig avklaring av mistenktes smittestatus vil kunne føre til at man unngår å iverksette unødvendig behandling eller eventuelt raskt kan avslutte påbegynt behandling.

I tilfellene hvor prøver tas etter straffeprosessloven § 157a vil jo mistenkte være pågrepet, og ofte også fengslet. For problemstillingen i denne utredningen vil det bare unntaksvis være tilfellet, her er det derfor i tillegg et behov for å få tatt nødvendig blodprøve mens man ennå har kontroll på, eller tilgang til den eller de som skal testes.

Smittevernutvalget løste behovet for rask beslutning ved å legge beslutningskompetansen til påtalemyndigheten, jf. NOU 2012:17 side 283:

Undersøkelsen bør av flere grunner foretas snarest mulig. Dette vil gi fornærmede raskest mulig avklaring av om det forelå konkret smittefare, og vil dessuten minimere sannsynligheten for at smittestatus har endret seg i tidsrommet mellom den straffbare handlingen og prøvetakingen. Videre vil et raskt svar kunne være av betydning for om det skal iverksettes posteksposisjonsprofylakse, eller eventuelt om igangsatt profylakse skal avsluttes eller fortsettes. Utvalget foreslår derfor at påtalemyndigheten gis hjemmel for å beslutte prøvetaking uten rettens kjennelse, også når mistenkte ikke samtykker.

Til tross for at beslutning om tvungen testing i våre tilfeller ikke vil være en påtaleavgjørelse, foreslås beslutningskompetansen også her lagt til

påtalemyndigheten, eller nærmere bestemt til påtalefunksjonen som dekker den døgntkontinuerlige vakten. Det er flere grunner til dette:

- Slik de nye store politidistriktene er organisert etter reformen i 2016, vil denne juridiske kompetansen være tilgjengelig til enhver tid.
- Dette er en juridisk beredskap som nettopp er tilstede for å treffe beslutninger som ikke kan utstå, og påtalejuristen vil i tillegg ha erfaring med rutiner og saksbehandling for beslutninger etter straffeprosessloven § 157 og § 157a som til en viss grad foreslås kopiert.
- Selv om den som treffer beslutningen ofte vil høre til samme etat som tjenestepersonene som har behov for avklaringen omkring smitteeksponeringen, vil beslutningstageren både funksjonelt og organisatorisk ha betydelig avstand til disse.⁸⁶ De kan derfor i en viss utstrekning anses som en uavhengig beslutningstaker.
- Det er også andre eksempler på at vakthavende påtalejurist er tillagt beslutningskompetanse utenfor det straffeprosessuelle området.⁸⁷

Straffeprosessloven § 157a kommer bare til anvendelse overfor personer som er med skjellig grunn er mistenkt for alvorligere seksuallovbrudd. Regelen om tvungen testing som foreslås for vårt problemområde vil ramme vesentlig videre. Dette reiser spørsmålet om det bør etableres rettssikkerhetsgarantier eller kontrollordninger.

Formålet med å ta blodprøven og analysere denne for mulige allmennfarlige smittsomme sykdommer, er i først og fremst knyttet til behovet for å få avklart om det bør iverksettes eller fortsettes med profylaktisk behandling. Vurderingen av om hjemmelen for tvungen blodprøve og testing brukes i for stor utstrekning, vil derfor først og fremst være av medisinskfaglig art. Beslutning om tvungen testing skal være skriftlig og begrunnet, og vil nødvendigvis måtte inneholde en beskrivelse av eksponeringssituasjonen. En mulig kontrollordning kan derfor være at disse beslutningene i anonymisert form sendes den legen som de regionale helseforetakene skal ha oppnevnt etter smittevernloven § 7-3, 3. ledd. Over tid vil dette trolig kunne gi innsikt i om hjemmelen for tvungen testing og påfølgende analyse, blir anvendt i for stor utstrekning, nærmest som en rutine uten vurdering av det konkrete behovet. I dialog med politidistriktene vil en slik innrapportering også

⁸⁶ At påtalemyndigheten i politiet må beslutte eller opprettholde inngrep som de politihøgskoleutdannede tjenestepersonene skal eller har foretatt, er basert på samme betraktning.

⁸⁷ F.eks. innen politiets utlendingsforvaltning.

kunne gi grunnlag for en kvalitetsforbedring og tydeliggjøring av tiltakskort eller lignende.

4.6. Bruk og registrering

Som inngrep i privatlivet og personvernet til den som blir gjenstand for tvungen testing, vil trolig spørsmålet om hvordan resultatet av analysen behandles, være av større betydning enn den uleiligheten og det fysiske ubehaget som er knyttet til innhenting av blodprøven. En lovbestemmelse bør derfor inneholde et uttrykkelig krav om at den innhentede blodprøven bare kan brukes til det formålet den er innhentet for, og at resultatet av prøven ikke skal registres i verken i polisiære registre eller helseregistre. Skal prøven og analyseresultatet kunne brukes til andre formål, for eksempel i en straffesak, må prøvetakingen *også* være beordret i medhold av straffeprosessloven § 157 eller 157a. Tilsvarende må gjelde for annen bruk eller registrering innen helsevesenet. Med den lave terskelen som foreslås for gjennomføring av tvungen testing, er det maktpåliggende at det ikke oppstår mistanke om at adgangen brukes til å skaffe informasjon for andre formål hvor de lovbestemte kravene for slik prøve ikke er oppfylt.

Analyseresultatet må naturlig nok kunne meddeles den eller de som er blitt eksponert for mulig smitte, og selvsagt også den er blitt testet.⁸⁸ At analyseresultatet er negativt, dvs. at det ikke er påvist noen allmennfarlig smittsom sykdom, vil trolig være uproblematisk å formidle. I de tilfellene hvor analyseresultatet er positivt, dvs. at allmennfarlig smittsom sykdom er påvist, bør lovbestemmelsen inneholde et krav om at dette bare skal meddeles andre i den utstrekning det er nødvendig for å gi og gjennomføre nødvendig smittevernhelp, jf. smittevernloven § 6-1. Dette vil selvsagt innebære at den eller de som er blitt eksponert for smitten må få beskjed, samt at nødvendig informasjon også kan gis til det helsepersonellet som skal gjennomføre den profylaktiske behandlingen.

For det tilfellet at en bestemmelse om tvungen testing gis, vil det være nødvendig å utarbeide saksbehandlingsregler mm som sikrer nødvendig notoritet om selve beslutningen og behandlingen av denne.

4.7. Hvor skal bestemmelsen plasseres?

Av drøftelsen foran vil det ha fremgått at bestemmelsen om tvungen testing som foreslås, ikke har karakter av å være et straffeprosessuelt eller polisiært inngrep. Plassering av bestemmelsen i straffeprosessloven eller i politiloven fremstår derfor lite

⁸⁸ Med mindre vedkommende ikke ønsker slik underretning (når lovgivningen gir anledning til det).

aktuelt. Derimot kan den foreslåtte reguleringen både ses på som et arbeidsmiljøtiltak (HMS) og smitteverntiltak, og åpner derfor for at bestemmelsen tas både i arbeidsmiljølovgivningen eller i smittevernloven. Etter mitt skjønn viser drøftingen foran og innholdet i den bestemmelsen som foreslås i kapittel 5 at det først og fremst er tale om et smitteverntiltak, og den foreslås derfor tatt inn som en ny § 5-2a i smittevernloven.

5. Forslag til mulig bestemmelse

Med bakgrunn i drøftelsene foran foreslås det vurdert å ta inne følgende bestemmelse om tvungen blodprøve som en ny § 5-2a i smittevernloven:

§ 5-2a – Tvungen blodprøve

- (1) Når tjenestepersoner i politiet, ambulansetjenesten eller brann- og redningsetaten er blitt eksponerte for situasjoner eller hendelser hvor det ut fra en medisinsk vurdering er mulig at smitte kan ha blitt overført, kan det, når dette ikke fremstår som et uforholdsmessig inngrep, tas blodprøve av involverte personer for å avklare om det foreligger fare for overføring av allmennfarlig smittsom sykdom.*
- (2) Uten personens samtykke kan blodprøve bare tas etter ordre som nevnt i straffeprosessloven § 157a, 2. ledd. Den skriftlige og begrunnede ordre skal i anonymisert form sendes sykehuslege som nevnt i § 7-3, 3. ledd.*
- (3) Resultatet av den innhentede blodprøven kan bare brukes til det formålet den er innhentet for. Resultatet skal meddeles den det er tatt prøve av og de som er blitt eksponert for mulig smitte, men skal for øvrig bare meddeles andre i den utstrekning det er påkrevde for å gi nødvendig smittehjelp, jf. § 6-1.*