

Spesialisthelsetjenestens adgang til å
forhåndsundersøke pasienter for en
smittsom sykdom etter smittevernloven
§ 3-3

*Med fokus på rutinemessig testing under
koronapandemien, og spesialisthelsetjenestens
adgang til å nekte pasienten behandling dersom
pasienten motsetter seg undersøkelsen*

Kandidatnummer: 233

Antall ord: 12931



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	3
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	3
1.2 Rettskilder og metode.....	4
1.3 Fremstillingen videre.....	6
2 Smittevernloven § 3-3	8
2.1 Generelt om smittevernloven § 3-3	8
2.2 Smittevernloven § 3-3 første ledd	9
2.2.1 Forhåndsundersøkelse	9
2.2.2 «[R]utine for alle pasienter»	10
2.3 Smittevernloven § 3-3 andre ledd.....	18
2.3.1 «[E]kstraordinære forebyggende tiltak av hensyn til faren for overføring til andre pasienter eller til personale»	18
2.3.2 «[V]esentlig større sikkerhet mot smitteoverføring».....	19
2.3.3 «[V]esentlig lettelse eller besparelse for helse- og omsorgstjenesten»	20
2.4 Smittevernloven § 3-3 tredje ledd	21
2.4.1 «[A]lvorlig forsinket», «fare» eller «urimeleg ulempe»	21
3 Spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse	23
3.1 Smittevernloven § 3-3 sin ordlyd og forarbeider m.m.	23
3.2 Menneskerettighetene i EMK og Grunnloven.....	25
3.2.1 Smittevernlovens forhold til menneskerettighetene	25
3.2.2 Statens ansvar	26
3.2.3 Retten til liv	27
3.2.4 Tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff	30
3.3 Smittevernloven § 1-5	35
3.3.1 Generelt om smittevernloven § 1-5	35
3.3.2 «[K]lar medisinskfaglig begrunnelse»	36
3.3.3 «[N]ødvendig av hensyn til smittevernet»	37
3.3.4 «[F]remstå som tjenlig etter en helhetsvurdering»	37
3.4 Smittevernloven § 1-5 og menneskerettighetenes tolkningsbidrag til problemstillingen.....	38
3.4.1 Hva kan utledes av menneskerettighetene og smittevernloven § 1-5?.....	38
3.4.2 Hva innebærer dette?.....	39
4 Kildeliste.....	42

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Avhandlingens overordnede problemstilling omhandler spesialisthelsetjenestens adgang med hjemmel i lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (heretter smittevernloven) § 3-3 til å forhåndsundersøke pasienter for en smittsom sykdom.

Avhandlingens to sentrale underordnede problemstillinger omhandler spesialisthelsetjenestens adgang til å forhåndsteste pasienter rutinemessig for korona før behandling, og i hvilken grad spesialisthelsetjenesten rettmessig kan nekte pasienten behandling dersom pasienten motsetter seg undersøkelsen.

Da koronaviruset først begynte å spre seg i Norge i 2020, oppsto det et stort behov for spesialisthelsetjenesten til å iverksette smitteverntiltak for å forhindre smitteutbrudd av korona på sykehusenes lokaler. Etersom mange pasienter tilhørte særlige sårbare grupper som var ekstra mottakelige for alvorlig sykdomsforløp, var det viktig å iverksette tiltak for å forhindre smittespredning. Videre forelå det en risiko for at sykehusene ikke ville ha tilstrekkelig kapasitet til å gi helsehjelp til alle pasienter som trengte det, dersom sykehusene skulle bli overbelastet. For å opprettholde driften av sykehusene, ble det da ansett som nødvendig å ta i bruk forhåndstesting av pasienter for korona, for å redusere risikoen for at koronasmitte ble bragt inn på sykehusene.

Sørlandet sykehus helseforetak (SSHF) er et av helseforetakene som tok i bruk en «screeningspolicy» for å avdekke smitte under koronapandemien. Screeningspolicyen gikk blant annet ut på at en rekke pasienter måtte påvise en negativ hurtigtest som ikke var mer enn 24 timer gammel, før pasientene kunne innlegges eller motta behandling ved SSHF. Dette gjaldt uavhengig av om pasientene hadde symptomer, hadde vært utsatt for smitte gjennom nærkontakter, eller om det var andre grunner til å mistenke at pasientene kunne være smittet av korona.¹

¹ Informasjon om screeningspolicyen kommer fra et elektronisk dokument jeg mottok på epost fra smittevernoverlegen ved SSHF den 16. mars 2022. Dokumentet har tittelen «Screeningspørsmål covid-19 før adgang til SSHF».

Smittevernloven § 3-3 hjemler spesialisthelsetjenestens adgang til å forhåndsundersøke en pasient før pasienten får diagnostisk utredning, behandling eller pleie. Indirekte kan dette innebære at spesialisthelsetjenesten har rett til å nekte å behandle pasienten fram til pasienten har latt seg forhåndsundersøke. Når forhåndsundersøkelse er en betingelse for å få behandling, vil det være en begrensning i pasientens rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten etter lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) § 2-1 b. andre ledd. Pasienten har også rettigheter nedfelt i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 2 og 3 og Grunnloven § 93, som kan gjøre det betenkelig å nekte pasienten behandling. Da et krav om forhåndsundersøkelse kan gå på bekostning av pasientens rettigheter, vil det være nyttig å avklare spesialisthelsetjenestens rettslige adgang til å sette et slikt krav bak et tilbud om behandling eller pleie.

En gjennomgang av spesialisthelsetjenestens rettslige adgang til å forhåndsundersøke pasienter før behandling, var en veldig dagsaktuell problemstilling under koronapandemien. Selv om smitteverntiltakene mot korona er i skrivende stund opphevet, inkludert SSHFs screeningspolicy, vil problemstillingen likevel være aktuell for mulige fremtidige epidemier eller pandemier, som skaper et tilsvarende- eller et mer omfattende behov for å avdekke og redusere smitte.

1.2 Rettskilder og metode

Problemstillingen går ut på å redegjøre for gjeldende rett. Alminnelig norsk juridisk metode vil benyttes.

Det primære rettsgrunnlaget er smittevernloven § 3-3. Vilkårene for å kreve forhåndsundersøkelse følger av smittevernloven § 3-3 første til tredje ledd, supplert av den generelle bestemmelsen i smittevernloven § 1-5.

Videre presiseringer av lovbestemmelsene finnes i forarbeidene, som vil tillegges betydelig vekt i drøftelsen. Uttalelser fra Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) vil bli mye brukt, men også uttalelser fra NOU 1990:2 og Prop.91 L (2018-2019) vil anvendes.

Det er foreløpig ingen rettspraksis knyttet til smittevernloven § 3-3. HR-2022-718-A omhandler blant annet smittevernloven § 1-5, og vil tillegges stor vekt i den grad dommen presiserer lovbestemmelsens innhold.

Videre vil formålsbetraktninger fra smittevernlovens formålsbestemmelse (smittevernloven § 1-1) trekkes inn i drøftelsen. Bestemmelsen vil særlig få betydning ved drøftelsen av spesialisthelsetjenestens adgang til å foreta rutinemessig testing av pasienter.

Juridisk teori vil også trekkes inn i redegjørelsen. Presiseringer og utdypninger av smittevernloven som ikke står i lovteksten eller forarbeidene, kommer stort sett fra lovkommentarer tilgjengelig på Lovdata eller Rettsdata. Lovkommentarer har svært liten rettskildemessig vekt i seg selv, men kan tillegges større vekt når de gir uttrykk for en logisk presisering av smittevernlovens bestemmelser.

I tillegg vil et vedtak av statsforvalteren trekkes inn ved drøftelsen av rutinemessig testing. Statsforvalteren er klageinstansen for vedtak om forhåndsundersøkelse av pasienter, jf. smittevernloven § 3-3 fjerde ledd. Praksis fra andre myndigheter enn domstolene tillegges liten rettskildemessig vekt. På samme måte som for juridisk teori, er godheten av statsforvalterens vedtak avgjørende for hvor mye vekt den skal tillegges i drøftelsen.

Til sist vil reelle hensyn tillegges vekt, herunder hensynet om å ha en praktisk og logisk regel. Dette vil særlig vektlegges i tilfeller der det ikke er noen autorative rettskilder som kan bidra til å kaste lys over problemstillingen.

Særlig om menneskerettighetene

Smittevernlovens bestemmelser «gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten [...]», jf. smittevernloven § 1-2 fjerde ledd. Retten til liv og forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff i EMK og Grunnloven, kan dermed begrense spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte en pasient helsehjelp.

Smittevernloven § 1-2 fjerde ledd bekrefter det som allerede følger av lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Etter menneskerettsloven §§ 2 og 3 skal EMK henholdsvis gjelde som norsk lov, og gis forrang ved direkte motstrid med annen lovgivning. Videre er det et anerkjent tolkningsprinsipp at norsk

rett skal så langt som mulig tolkes på en måte som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.

Ved tolkning av bestemmelsene i EMK, skal den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) metode anvendes.² EMD tillegger stor vekt på egen praksis.³ Videre anser domstolen EMK som “a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions”.⁴ Dette innebærer at innholdet av EMK-bestemmelsene kan endre seg i lys av samfunnsutviklingen i de europeiske landene. De nasjonale myndigheter har også en viss skjønnsmargin til å ta egne vurderinger av hvordan menneskerettighetene skal realiseres. Denne skjønnsmarginen er størst for realiseringen av rettigheter av politisk karakter, og mindre for fundamentale rettigheter.⁵

Ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser vil uttalelser i Dok. 16 tillegges stor vekt. Høyesterett har det avgjørende ordet ved tolkningen av Grunnloven som domstol i siste instans, jf. Grunnloven § 88. Ifølge Høyesterett, skal menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven tolkes i lys av de tilsvarende menneskerettighetsbestemmelsene i EMK. Dommer fra EMD vil dermed tillegges stor vekt ved grunnlovstolkningen, men ikke ha samme prejudikativ virkning som for tolkning av EMK.⁶

1.3 Fremstillingen videre

For å redegjøre for spesialisthelsetjenestens adgang til å kreve forhåndsundersøkelse av en pasient før behandling, vil det tas utgangspunkt i vilkårene i smittevernloven § 3-3. Det vil særlig fokuseres på vilkåret «rutine for alle pasienter» i smittevernloven § 3-3 første ledd 1. punktum, og hvordan det begrenser spesialisthelsetjenestens adgang til å forhåndsteste pasienter for korona på regelmessig basis.

Videre vil problemstillingen om i hvilken grad spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse, tas opp. Det vil først sees på hva som kan utledes av ordlyden og forarbeidene til smittevernloven § 3-3. Dernest vil det undersøkes

² Dette forutsettes i Rt. 2000 s. 996 (Bøhler-dommen) s. 1007, hvor Høyesterett uttaler at «[s]elv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen».

³ Se for eksempel *Case of Goodwin v. the United Kingdom* [GC] 2002, no. 17488/90, para. 74

⁴ *Case of Tyrer v. the United Kingdom* [J] 1978, no. 5856/72, para 31

⁵ Se Rt. 2005 s. 833 avsnitt 76

⁶ Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57

hvilke begrensninger menneskerettighetene og smittevernloven § 1-5 setter til smittevernloven § 3-3 sitt innhold. Til sist vil det trekkes en konklusjon på i hvilke tilfeller spesialisthelsetjenesten kan eller ikke kan nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse.

Testing av ansatte reguleres av smittevernloven § 3-2, og holdes utenfor denne avhandlingen. Undersøkelser ved tvang favnes av smittevernloven § 5-2, og holdes også utenfor. Det forutsettes også at det er norske statsborgere som oppsøker helsehjelp, og at det er tale om personer som ikke er holdt utenfor smittevernloven i forskrift (smittevernloven § 1-2 andre ledd). Selv om smittevernloven også gjelder for turister på kortvarig opphold, har de begrenset rett til helsehjelp, slik at det er mest hensiktsmessig å holde denne gruppen utenfor avhandlingens rekkevidde. Avslutningsvis, forutsettes det at det ikke er tale om å forhåndsundersøke barn for smittsomme sykdommer, da terskelen for å teste barn kan være noe annerledes enn for voksne.

2 Smittevernloven § 3-3

2.1 Generelt om smittevernloven § 3-3

Sykehus vil ha et behov for å avdekke smitte hos pasienter, for å forhindre at smitten sprer seg til helsepersonell og andre pasienter. Samtidig vil pasienten ha behov for beskyttelse mot vilkårlig og unødvendig bruk av krav om forhåndsundersøkelse. Av den grunn ble helseinstitusjoners rettslige adgang til å kreve forhåndsundersøkelse av pasienter tatt med da smittevernloven ble vedtatt i 1994, for å sikre at helseinstitusjoners adgang til å kreve forhåndsundersøkelse skulle komme under en strengere formell kontroll.⁷

Ifølge formålsbestemmelsen i smittevernloven § 1-1, er formålet med smittevernloven at «[l]oven skal sikre at helsemyndighetene og andre myndigheter setter i verk nødvendige smitteverntiltak [...]» (andre ledd), og å «ivareta rettssikkerheten til den enkelte som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven» (tredje ledd). Ut fra smittevernlovens generelle formål er det klart at smittevernloven § 3-3 er ment å avveie spesialisthelsetjenestens behov for å avdekke smitte, mot pasientens behov for rettslig beskyttelse.

Smittevernloven § 3-3 lyder som følgende:

En helseinstitusjon kan kreve at en pasient skal la seg forhåndsundersøke når det gjelder en smittsom sykdom, før det blir foretatt en diagnostisk utredning, og før pasienten får behandling eller pleie. En slik undersøkelse kan ikke fastsettes som rutine for alle pasienter og kan ikke omfatte endoskopi, biopsi, spinalpunksjon eller andre lignende undersøkelser/inngrep.

Forhåndsundersøkelse kan kreves bare når en slik sykdom vil forårsake ekstraordinære forebyggende tiltak av hensyn til faren for overføring til andre pasienter eller til personale, og såfremt tiltakene kan gi vesentlig større sikkerhet mot smitteoverføring eller bety en vesentlig lettelse eller besparelse for helse- og omsorgstjenesten.

Forhåndsundersøkelse etter første ledd må ikke føre til at behandlingen av pasienten blir alvorlig forsinket, eller til at han eller hun blir utsatt for fare eller urimelig ulempe.

⁷ Se Sosialdepartementets uttalelse i Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 50

Vedtak om forhåndsundersøkelse kan påklages til statsforvalteren.

2.2 Smittevernloven § 3-3 første ledd

2.2.1 Forhåndsundersøkelse

Begrepet «helseinstitusjon» sikter til virksomheter under spesialisthelsetjenesten, inkludert sykehus.⁸ «[S]mittsom sykdom» blir definert i smittevernloven § 1-3 nr. 1 som «en sykdom eller smittebærertilstand som er forårsaket av mikroorganismer eller andre smittestoff som kan overføres fra, til eller mellom mennesker».

Betydningen av «forhåndsundersøke» kan være mer usikkert. Ordlyden indikerer at pasienten undersøkes eller testes på forhånd for en smittsom sykdom, før pasienten får behandling eller pleie.

I forarbeidene uttales det at begrepet forhåndsundersøkelse sikter til «en undersøkelse som foretas for å bringe en persons smittestatus på det rene i den hensikt å hindre at vedkommende kan påføre andre en smittsom sykdom i en arbeidssituasjon eller under omstendigheter hvor mulighetene for å påføre andre personer smitte, i særlig grad er til stede».⁹ En forhåndsundersøkelse må altså være egnet til å bekrefte eller avkrefte pasientens smittestatus angående den smittsomme sykdommen han eller hun testes for.

Smittevernloven § 3-3 første ledd 2. punktum begrenser hva slags type prøver eller tester som kan kreves av pasienten, der det står at en forhåndsundersøkelse «kan ikke omfatte endoskopi, biopsi, spinalpunksjon eller andre lignende undersøkelser/inngrep.» Dette anses som for inngripende og risikofylte undersøkelser å gjennomføre på pasienter som kan bli presset av trusselen om å ikke få behandling hvis han eller hun ikke lar seg undersøkes for den smittsomme sykdommen.¹⁰ Det er forutsatt at forhåndsundersøkelser etter smittevernloven §3-3 omfatter «avgivelse av prøvemateriale til undersøkelse [og] eventuelt andre tester innenfor den ramme som er angitt for befolkningsundersøkelser» etter smittevernloven § 3-1.¹¹

⁸ Kjetil Tveitan, *Norsk lovkommentar: smittevernloven*, note 44, Rettsdata.no (lest januar 2022)

⁹ NOU 1990:2 s. 86

¹⁰ NOU 1990:2 s. 226 impliserer dette ved å kalle dem «mer omfattende inngrep».

¹¹ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 133

Kan pasienten fritt velge hvilken undersøkelse han eller hun vil ta?

Det kan stilles spørsmål ved om pasienten har rett til å velge hvilken undersøkelse vedkommende vil ta, eller om sykehuset har full valgrett. En forutsetning er at det er ulike typer undersøkelser eller tester som er i stand til å bekrefte/avkrefte pasientens smittestatus.

Det er et sentralt prinsipp i norsk forvaltningsrett at inngrep skal gjøres så minst inngripende som mulig. Når sykehuset rettmessig kan nekte behandling i en viss grad inntil pasienten lar seg undersøke for den aktuelle smittsomme sykdommen, vil dette kunne brukes som en trussel for å legge press på pasienten til å la seg undersøke. Den minst ubehagelige testen må derfor som et klart utgangspunkt benyttes. For koronatester, kan det for eksempel innebære at en test i neselgrommet ikke skal gjennomføres dersom det er tilstrekkelig å ta en test i fremre nese eller hals, eller avgi en spyttprøve.

Videre krever smittevernloven § 1-5 første ledd 2. punktum at «det skal legges vekt på frivillig medvirkning fra den eller de tiltaket gjelder». Dette gir uttrykk for at spesialisthelsetjenesten som et klart utgangspunkt skal forsøke å samarbeide med pasienten, for at pasienten frivillig medvirker til forhåndsundersøkelsen.¹² Hvis pasienten ønsker å ta en spesifikk undersøkelse framfor en annen, bør sykehuset derfor tilrettelegge for dette med mindre spesialisthelsetjenesten oppgir en god begrunnelse for hvorfor ikke det lar seg gjøre.

2.2.2 «[R]utine for alle pasienter»

Spesialisthelsetjenestens adgang til å kreve at en pasient skal la seg forhåndsundersøke før utredning, behandling eller pleie, blir begrenset av smittevernloven § 3-3 første ledd 2. punktum: «En slik undersøkelse kan ikke fastsettes som rutine for alle pasienter og kan ikke omfatte endoskopi, biopsi, spinalpunksjon eller andre lignende undersøkelser/inngrep». Undersøkelser/inngrep som anses for inngripende er allerede diskutert overfor. Her skal det redegjøres for innholdet av vilkåret «rutine for alle pasienter».

¹² Dette har støtte i Prop.91 L (2018-2019) s. 45, hvor det uttales at «[u]tgangspunktet er at smitteverntiltak skal baseres på frivillighet, men det vil likevel være adgang til å gjøre unntak dersom det er hjemmel til det».

Rutinemessig testing assosieres med testing mer enn én gang, gjerne på fast basis. Det Norske Akademis ordbok definerer «rutine» som «en (arbeids)plan man følger regelmessig eller i en bestemt situasjon; fast måte å gjøre noe på».¹³

Sett i sammenheng med at det ikke må «fastsettes [rutinemessig testing] for alle pasienter» (min understrekning), er det naturlig å forstå ordlyden slik at det ikke kan fastsettes at alle pasienter, eventuelt alle pasienter i en viss gruppe, skal testes uten at det foreligger konkrete grunner til å mistenke at den enkelte pasienten kan være smittet av en smittsom sykdom.

Forarbeidene presiserer viktigheten av at det skal tas en konkret vurdering, hvor det uttales at «[d]et må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av om vilkårene for forhåndsundersøkelse er tilstede» (min understrekning).¹⁴

Vurdering av om SSHFs screeningspolicy er rutinemessig

SSHFs screeningspolicy gikk ut på at alle pasienter som skulle innlegges på et av sykehusene måtte påvise en negativ hurtigtest som ikke var mer enn 24 timer gammel før innleggelsen, uavhengig av om pasienten hadde symptomer eller hadde vært i nærkontakt med en covid-smittet person i nær fortid. Det samme gjaldt for alle pasienter som skal til dagbehandling. Dette omfattet alle pasienter som skulle ha behandling på sykehuset over flere timer, og inkluderte pasienter som er oppsatt til dagkirurgi, dialyse, kreftbehandling, psykiatrisk gruppebehandling osv. Pasienter som skulle på vanlige polikliniske konsultasjoner, behøvde ikke teste seg før ankomst.¹⁵

Da alle pasienter ble testet, uavhengig av sannsynligheten for at den enkelte pasienten kunne være smittet, er det ikke naturlig å anse screeningspolicyen som å ha vært basert på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

¹³ Det Norske Akademis ordbok, *Rutine*, 2. alternativ, <https://naob.no/ordbok/rutine> (lest januar 2022)

¹⁴ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 50

¹⁵ Jeg fikk tilsendt på epost et elektronisk dokument kalt «Screeningspørsmål covid-19 før adgang til SSHF» fra smittevernoverlegen ved SSHF den 16. mars 2022. Jeg har ikke undersøkt om andre helseforetak har samme eller lignende screeningspolicy.

Statsforvalteren har imidlertid vurdert at bruk av forhåndstesting under koronapandemien, var i samsvar med smittevernloven.¹⁶ Statsforvalteren uttalte at:

I forbindelse med håndteringen av covid-19-pandemien har det mange steder vært en forutsetning at pasientene testes for korona før behandling. Helsedirektoratet¹⁷ legger til grunn at en slik testing kan være tillatt etter smittevernloven forutsatt at det ligger til grunn en konkret vurdering av smittespredningen i samfunnet og konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet (min understrekning).¹⁸

Statsforvalteren presiserte ikke hva som mentes med «det aktuelle behandlingsstedet».

Antagelig siktet det til sykehus i seg selv og de ulike avdelingene som finnes på sykehusene.

Spørsmålet blir om «en konkret vurdering av smittespredningen i samfunnet og konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet» er tilstrekkelig for å anse SSHFs screeningspolicy som å ha vært basert på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, slik ordlyden og forarbeidene krever.¹⁹

Det første vurderingsmomentet er smittespredningen i samfunnet. Det at det var mye smitte i et område i landet som pasient A befant seg i, gjorde det mer sannsynlig at denne pasienten var smittet av korona, enn at pasient B i et annet område i landet med lite smitte, var smittet av korona. Det ble imidlertid likevel ikke tatt hensyn til individuelle forhold ved den konkrete pasienten. En pasient som holdt seg mye isolert, som det var svært usannsynlig at var smittet av korona, var like pålagt til å teste seg som en pasient som kunne ha vært utsatt for flere smittekilder. Dette er dermed ikke i seg selv et særlig sterkt argument for at det var foretatt en tilstrekkelig konkret vurdering.

¹⁶ Statsforvalteren hadde trolig bare vurdert dette overfor dialysepasienter, da statsforvalterens vedtak omhandlet lovligheten av testing av en spesifikk dialysepasient.

¹⁷ Statsforvalteren viste til at Helsedirektoratet har vurdert bruk av forhåndstesting i forhold til smittevernloven. Jeg har forsøkt å kontakte Helsedirektoratet for å avklare hva slags vurdering som har blitt tatt, men uten hell. Av den grunn vil kun statsforvalterens uttalelse legges til grunn.

¹⁸ Statsforvalteren har vurdert lovligheten av et krav om forhåndsundersøkelse av en konkret dialysepasient, som hadde påklagd kravet etter smittevernloven § 3-3 fjerde ledd. Pasienten har gitt sitt samtykke til at generelle utsagn fra vurderingen kan brukes i denne avhandlingen. Statsforvalteren baserer vurderingen på slik forholdene var i desember 2021. Statsforvalterens brev er datert 10.02.2022.

¹⁹ Forholdene har endret seg mye i løpet av koronapandemien. Vurderingen vil basere seg på slik forholdene var i desember-februar 2021-2022.

Det neste momentet er konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet. Smitte på avdelinger der særlig utsatte pasienter får behandling, hadde potensiale til å ramme pasientene der mye hardere enn på andre avdelinger, da pasientene hadde betydelig økt risiko for å bli alvorlig syke. Å beskytte disse pasientgruppene mot smitte var da enda viktigere enn å beskytte andre pasienter som ikke nødvendigvis var like sårbare for smitte. Dette var særlig tilfelle for dialyse- og kreftpasienter, som har kraftig redusert immunforsvar.²⁰

Motsetningsvis, vil ikke dette argumentet ha tyngde for pasienter som ikke hadde kraftig redusert immunforsvar, slik som pasienter som skulle til psykiatrisk gruppebehandling. Pasienter som skulle til dagkirurgi eller innlegges, ville typisk ikke være i kontakt med andre pasienter over lengre tid, og behovet for å teste disse pasientgruppene, ville nok heller knytte seg til å beskytte helsepersonellet. Også her ville ikke konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet overstige det som var «vanlig».

Konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet må også ses i lys av pandemisituasjonen. Det er ikke tvil om at smittetrykket i samfunnet – og antall innleggelser av pasienter med korona – påvirket presset sykehuset var under for å beskytte ansatte og pasienter mot smitte. Dersom helsevesenet ble overbelastet, slik at det ville vært langt flere pasienter som trengte helsehjelp enn det sykehusene var i stand til å gi, kunne det ha store konsekvenser for pasienters liv og helse. Ved mye sykefravær blant helsepersonellet kunne det også i tur påvirke kapasiteten sykehuset hadde til å ta imot pasienter.

I desember 2021 spredte omikronvarianten av viruset seg raskt blant befolkningen i Norge. Omikronvarianten ble rapportert å være enda mer smittsom og at vaksinene ikke var like effektiv mot denne varianten som mot de andre koronavirusvariantene.²¹ Folkehelseinstituttet (FHI) rapporterte også at som en følge av svært høy smittespredning i samfunnet, opplevde sykehusene en stadig økende belastning som følge av økt antall koronasyke pasienter, økt sykefravær blant helsepersonell og redusert tilgang til vikarer fra utlandet.²²

²⁰ At dialyse- og kreftpasienter har nedsatt immunforsvar, kan bekreftes av FHI. FHI. *Personer med alvorlig svekket immunforsvar bør ta oppfriskningsdose (4. dose)*. Lest 26.04.2022. <https://www.fhi.no/nyheter/2022/personer-med-alvorlig-svekket-immunforsvar-bor-ta-oppfriskningsdose-4.-dose/> Dialysepasienter tilhører gruppe 1, og kreftpasienter tilhører gruppe 2.

²¹ NHI, *Omikron*, første avsnitt, sist oppdatert 17.12.2021. <https://nhi.no/for-helsepersonell/fra-vitenskapen/omikron/>

²² FHI, *Covid-19-epidemien og ved omikronvarianten i Norge*, side 4 om hovedpunkter, 13. desember 2021. <https://www.fhi.no/contentassets/c9e459cd7cc24991810a0d28d7803bd0/vedlegg/risikovurdering-2021-12-13.pdf>

Sett i lys av hvor fort varianter som omikron spredte seg, er det lett å forestille seg at å bare teste pasienter som det forelå konkrete grunner til å mistenke at kunne være smittet, var utilstrekkelig for å ivareta sykehusenes behov for å avdekke smitte og beskytte mot smittespredning.

Til tross for at behovet for å bruke forhåndstesting for å avdekke smitte var stort, er det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at det ble tatt en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Selv om screeningspolicyen blant annet skulle beskytte særlig sårbare pasientgrupper mot smitte, kan det ikke sees bort fra at policyen gjaldt uavhengig av om det var sannsynlig at den konkrete pasienten kunne være smittet eller ikke. I tillegg måtte pasienter som regelmessig gikk til behandling på sykehusenes lokaler, forhåndstestes i forkant av hver behandling i ubestemt tid. Dette forsterker inntrykket av at det var tale om rutinemessig forhåndstesting.

Konklusjonen er dermed at en «konkret vurdering av smittespredningen i samfunnet og konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet» ikke er tilstrekkelig for at det er tatt en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

Var det rettslig grunnlag for å tolke vilkåret «rutine for alle pasienter» innskrenkende under koronapandemien?

Det neste spørsmål som vil drøftes er om det var rettslig grunnlag for å tolke forbudet mot rutinemessig testing innskrenkende under koronapandemien.

Det er som nevnt naturlig å forstå ordlyden av «rutine for alle pasienter» slik at det ikke kan fastsettes at alle pasienter, eventuelt alle pasienter i en viss gruppe, skal testes uten at det foreligger konkrete grunner til å mistenke at den enkelte pasienten kan være smittet av en smittsom sykdom. Dersom den enkelte pasienten hadde symptomer på korona, nylig hadde vært i kontakt med noen som hadde blitt bekreftet smittet, eller eventuelt hadde reist utenlands nylig, ville det typisk være konkrete grunner til å mistenke at den enkelte pasienten kunne være smittet.²³ Screeningspolicyen baserte seg ikke på slike individuelle forhold, men heller på generelle retningslinjer.

²³ Folkehelseinstituttet, *Prøvetaking – praktisk gjennomføring*, informasjonen er basert fra undertittelen *Innsending av prøver for analyse*, <https://www.fhi.no/nettpub/coronavirus/testing/provetaking/> (lest februar 2022)

For at det skal være grunnlag for å tolke en lovtekst innskrenkende, vil ordlyden typisk ha et videre anvendelsesområde enn lovgiver har tiltenkt, eller det er andre rettskilder som tilsier at lovteksten ikke bør tas på ordet.²⁴

Som nevnt ovenfor, vil smittetrykket i samfunnet påvirke presset sykehuset er under for å avdekke og hindre smitte. Det vil være særlig viktig å unngå at helsevesenet blir overbelastet, som er en reell fare ved epidemi- og pandemiutbrudd. Dersom lovgiver ikke så for seg en fremtidig epidemi- eller pandemi ved utformingen av smittevernloven § 3-3, kan det være et argument for å tolke forbudet mot rutinemessig tolkning innskrenkende. Dette er imidlertid ikke tilfelle.

Smittevernloven § 1-1 første ledd lyder: «Denne loven har til formål å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer ved å forebygge dem og motvirke at de overføres i befolkningen, samt at slike sykdommer føres inn i Norge eller føres ut av Norge til andre land». Bestemmelsen gjør ikke forskjell på ulike smittsomme sykdommer, og er dermed ment å verne mot eksisterende og framtidige smittsomme sykdommer.

Det uttales også i forarbeidene i forbindelse med smittevernlovens formål at «[smittevernloven] tar sikte på å skape et smidig og framtidsrettet lovgrunnlag for både den enkelte og samfunnets innsats mot smittsomme sykdommer».²⁵ Slik smittevernloven er utformet er altså ment å dekke både eksisterende og smittsomme sykdommer som kan oppstå i fremtiden.

Videre kan det leses ut av ordene «å forebygge dem og motvirke at de overføres i befolkningen» at smittevernloven er ment å være rustet mot alt fra sjeldne smittsomme sykdommer til epidemier og pandemier. Hvis en smittsom sykdom ikke har fått rotfeste i befolkningen, vil det være tale om å forebygge at sykdommen sprer seg. Hvis det er tale om å forhindre at en smittsom sykdom sprer seg mer i befolkningen, er det tale om å motvirke spredning. Grensen mellom forebygging og motvirkning er uskarp. Ordlyden gir uttrykk for at «befolkningen skal være sikret at det til enhver tid blir drevet forebyggende arbeid mot smittsomme sykdommer, også når slike sykdommer ikke opptrer eller sjelden opptrer».²⁶

²⁴ Se for eksempel Rt. 2007 s. 785, der ordet «enkeltpersonsforetak» ble tolket innskrenkende på grunn av formålsbetraktninger, og Rt. 1921 s. 406 (Sterilitetsdom II), der Høyesterett kom til et annet resultat enn det lovtekst og forarbeider tilsa, begrunnet i sterk urimelighet.

²⁵ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 117

²⁶ Ibid

Smittevernloven § 3-3 hjemler forhåndsundersøkelse av pasienter «når det gjelder en smittsom sykdom», jf. smittevernloven § 3-3 første ledd 1. punktum. Når smittevernloven § 3-3 bruker begrepet «smittsom sykdom», i motsetning til «allmennfarlig smittsom sykdom» (smittevernloven § 1-3 nr. 3) og «alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom» (smittevernloven § 1-3 nr. 4), illustrerer dette at lovgiver ikke har tenkt å åpne opp for unntak fra forbudet mot rutinemessig testing ut fra den smittsomme sykdommens alvorlighetsgrad og utbredelse.

I tillegg ble det under koronapandemien innført midlertidige endringer i smittevernloven, der smittevernloven § 3-3 forble uendret.²⁷ Lovgiver har dermed hatt anledning til å tilpasse lovteksten etter behovet for rutinemessig testing. Når dette ikke er gjort, taler dette sterkt mot å tolke vilkåret «rutine for alle pasienter» innskrenkende.

Videre har lovgiver ment å balansere sykehusets behov for forhåndsundersøkelse med pasientens behov for beskyttelse ved utformingen av smittevernloven § 3-3. Som forarbeidene viser til, vil det ofte være kryssende hensyn mellom individ og samfunn som må avveies i forbindelse med tiltak mot smittsomme sykdommer.²⁸ Hensynet til effektiv gjennomføring av påbud/tvangstiltak må ikke få dominere på bekostning av rettssikkerheten for den enkelte smittede.²⁹ En innskrenkende tolkning av vilkåret «rutine for alle pasienter» setter avveiningen av de ulike hensynene i ubalanse.

Dessuten kan det påpekes at hvis pasienten har et behov for nødvendig helsehjelp, så vil pasienten ha rettskrav på dette etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b. andre ledd. Krav om forhåndstesting er en begrensning i denne rettigheten, og bør derfor tolkes strengt. En snevrere forståelse av rutinemessig testing vil gi spesialisthelsetjenesten større adgang til å kreve at pasienter lar seg forhåndsundersøke, enn det lovteksten åpner opp for. Når formålet til smittevernloven er blant annet å ivareta rettssikkerheten til den enkelte, jf. smittevernloven § 1-1 tredje ledd, vil dette være betenkelig.

Når den enkelte pasient som ble pålagt å teste seg, måtte teste seg før hver behandling i ubestemt tid, kunne dette også bli belastende for pasienten. Når det heller ikke foreligger konkrete grunner til å mistenke at den enkelte pasienten kan være smittet av korona, kan dette bidra til å

²⁷ Den eneste endringen av smittevernloven § 3-3 siden 2012 kom i mai 2021, ved Lov om endringer i lovgjevinga som følge av innføring av kjønnsnøytral tittel på fylkesmannen (se nummer 27 i loven).

²⁸ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 118

²⁹ Ibid

svekke pasientens tillit til helse- og omsorgstjenesten, da pasienten opplever at vedkommende ikke blir trodd på eller stolt på av helsevesenet. Ifølge pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1 andre ledd, er lovens formål å «bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og [...] helse- og omsorgstjenesten, fremme sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasients [...] liv, integritet og menneskeverd». Selv om tillit ikke direkte knytter seg til smittevernloven § 3-3, er det en sentral verdi i helsevesenet, slik at dette bør ha innvirkning også for vurderingen av om lovbestemmelsen bør tolkes innskrenkende.

På den andre siden, for pasienter som bare skulle ha én enkelt behandling, ville pasienten i utgangspunktet bare måtte ta én test. Dette ville ikke være like belastende som regelmessig testing. Ifølge forarbeidene var det bekymringer rundt rutinemessig testing av «HIV-mistenkelige» pasienter, som kunne bidra til stigmatisering av sykdommen.³⁰ Eventuelt stigma rundt å være koronasmittet, kan ikke sammenlignes med dette, noe som kan tale for at det ikke gjorde så mye for den enkelte pasient å bli testet.

Til tross for at spesialisthelsetjenesten hadde behov for å avdekke koronasmitte ved bruk av regelmessig testing, og at det ikke ville være til stor ulempe for enkelte grupper av pasienter, er argumentene mot en innskrenkende tolkning overveldende. Når lovgiver har sett for seg – også i nyere tid – at smittevernloven er tilstrekkelig utrustet til å takle framtidige epidemier og pandemier av alvorlige smittsomme sykdommer, og en snevrere forståelse av forbudet mot rutinemessig testing vil kunne gå på bekostning av pasientens rettigheter, er det ikke rettskildemessig grunnlag for en innskrenkende tolkning av «rutine for alle pasienter». For at helseinstitusjonen kan teste alle pasienter basert på en «konkret vurdering av smittespredningen i samfunnet og konsekvensen av smitte på det aktuelle behandlingsstedet» på en lovlig måte, må loven endres.

³⁰ I Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 51 uttaler Sosialdepartementet at «[r]utinemessig kontroll av kirurgiske pasienter slik det fryktes gjennomført er som nevnt uttrykkelig forbudt etter forslaget». Sosialdepartementet viser til Ot.prp.nr. 91 (1992-1993) s. 24-25, hvor det blir tatt opp ulike synspunkter om en generell smittevernlov åpner opp for stigmatisering av personer med HIV/AIDS.

2.3 Smittevernloven § 3-3 andre ledd

2.3.1 «[E]kstraordinære forebyggende tiltak av hensyn til faren for overføring til andre pasienter eller til personale»

Smittevernloven § 3-3 andre ledd lyder som følgende: «Forhåndsundersøkelse kan kreves bare når en slik sykdom vil forårsake ekstraordinære forebyggende tiltak av hensyn til faren for overføring til andre pasienter eller til personale, og såfremt tiltakene kan gi vesentlig større sikkerhet mot smitteoverføring eller bety en vesentlig lettelse eller besparelse for helse- og omsorgstjenesten». Det må altså «ekstraordinære forebyggende tiltak» til for å forhindre spredning av en smittsom sykdom til andre pasienter og personale.

Ordlyden av «ekstraordinære» tilsier at tiltaket må være noe mye mer enn vanlige smitteverntiltak. Fullt verneutstyr er utstyr som ikke brukes som rutine for alle pasienter, og som brukes når helsepersonell skal være i kontakt med pasienter som har eller kan ha en smittsom sykdom. Det at verneutstyr er uvanlig, er imidlertid ikke det samme som at det er ekstraordinært. Dette underbygges av forarbeidene, der det står at verneutstyr som «smittefrakk, vernehansker og lignende enkelt utstyr ikke er ekstraordinære forebyggende forholdsregler».³¹

Hva som kvalifiseres til «ekstraordinære forebyggende tiltak» har nær sammenheng med de øvrige vilkårene i smittevernloven § 3-3 andre ledd. Dette kan illustreres av bruk av isolasjonsrom, som trolig er et «ekstraordinært forebyggende tiltak». Bruk av isolasjonsrom innebærer at det er fysiske barrierer mellom den mulige smittsomme pasienten og andre pasienter, og kan da gi «vesentlig større sikkerhet mot smitteoverføring til andre pasienter» når det gjelder dråpesmitte. I tillegg er det begrenset antall rom, og hvis det er mange pasienter som må isoleres, kan det bli knapphet om rommene. Hvis pasienten ikke har den smittsomme sykdommen, er det ikke nødvendig å isolere pasienten, og isolatet kan i stedet brukes på andre pasienter. Det å slippe å bruke isolatrom kan føre til en vesentlig lettelse for sykehuset.

³¹ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 133

2.3.2 «[V]esentlig større sikkerhet mot smitteoverføring»

I tillegg til at den smittsomme sykdommen gjør at «ekstraordinære forebyggende tiltak» blir påkrevet, må tiltakene kunne «gi vesentlig større sikkerhet mot smitteoverføring».

Ordlyden av «vesentlig» tilsier at effekten av tiltakene må være betydelig. Dersom tiltakene bare i liten grad beskytter mot mulig smitteoverføring, er ikke dette å betrakte som «vesentlig».

I forarbeidene presiseres det at «nødvendig forebyggelse må innebære ekstraordinære tiltak i direkte tilknytning til den aktuelle diagnostiske utredning, behandling eller pleie for å oppnå tilfredsstillende sikkerhet mot smitteoverføring».³² Ekstraordinære smitteverntiltak som ikke har direkte tilknytning til den aktuelle diagnostiske utredningen, behandlingen eller pleien, vil altså ikke innfri vilkåret om at tiltaket må kunne gi «vesentlig større sikkerhet mot smitteoverføring». Det er imidlertid vanskelig å forestille seg et smitteverntiltak som kvalifiseres til å være ekstraordinært, og ikke blir introdusert i direkte tilknytning til utredningen, behandlingen eller pleien pasienten skal få. Denne presiseringen har derfor antageligvis liten betydning i praksis.

FHI skal ifølge smittevernloven § 7-9 andre ledd bokstav a «gi faglig bistand, råd og veiledning og informasjon til kommunale, fylkeskommunale og statlige institusjoner, helsepersonell og befolkningen om smittsomme sykdommer, smittevern og valg av smitteverntiltak. Dette skal gis i forbindelse med samordning, oppklaring og kontroll av utbrudd av smittsom sykdom i og utenfor helseinstitusjoner». Grunnet FHIs sentrale rådgivende rolle innenfor smittevern i helsevesenet, vil det være naturlig å basere vurderingen om et ekstraordinært smitteverntiltak gir «vesentlig større sikkerhet mot smitteoverføring» på relevante veiledere utviklet av FHI. Smittevernveilederen gir for eksempel forslag til rutiner som skal sørge for at helsepersonell kan forebygge og kontrollere ulike smittsomme sykdommer.³³

³² Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 133

³³ FHI, *Smittevernveilederen*, nettside besøkt i mars 2022. <https://www.fhi.no/nettpub/smittevernveilederen/>

2.3.3 «[V]esentlig lettelse eller besparelse for helse- og omsorgstjenesten»

Det andre alternativet i smittevernloven § 3-3 andre ledd er at de påkrevde ekstraordinære forebyggende tiltakene kan «bety en vesentlig lettelse eller besparelse for helse- og omsorgstjenesten». Dette knytter seg til hvordan helseinstitusjonen blir påvirket av å få avklart pasientens smittestatus.

Ordlyden av «vesentlig» tilsier at lettelsen eller besparelsen må være av stor betydning. Bare en *mindre* lettelse eller besparelse vil ikke kunne regnes som «vesentlig».

Dersom muligheten for at pasienten er smittet av en smittsom sykdom fører til at et sykehus må innføre ekstraordinære tiltak, og disse tiltakene vil bli veldig tungvinte for helsepersonellet, kan det å få avklart pasientens smittestatus være en «vesentlig lettelse» for helse- og omsorgstjenesten. Hvis det etter forhåndsundersøkelse viser seg at pasienten ikke har den smittsomme sykdommen det ble testet for, trenger ikke tiltakene å bli iverksatt.

Det samme gjelder dersom de ekstraordinære forebyggende tiltakene blir veldig kostbare. Å avklare pasientens smittestatus kan medføre en «vesentlig besparelse» for sykehuset hvis det etter forhåndsundersøkelse viser seg at pasienten ikke har den smittsomme sykdommen.

Når behandling eller pleie av en innlagt pasient medfører at ekstraordinære tiltak må innføres som rutine, vil dette kunne oppfylle vilkåret. I forarbeidene fremgår det at «[m]uligheten for at en innlagt pasient bringer med seg smittestoff som lett kan overføres til andre ved de inngrep o.l. som er aktuelle, eller ved den pleie som må ytes, kan føre til at ekstraordinære smitteforebyggende forholdsregler må innføres som rutine. Kjennskap til smittestatus hos den innlagte vil i disse spesielle tilfeller bety at ekstraordinære smitteforebyggende forholdsregler bare blir tatt når resultatet av forhåndsundersøkelsen tilsier at dette er påkrevet».³⁴

³⁴ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 133

2.4 Smittevernloven § 3-3 tredje ledd

2.4.1 «[A]lvorlig forsinket», «fare» eller «urimeleg ulempe»

Smittevernloven § 3-3 tredje ledd lyder som følgende: «Forhåndsundersøkelse etter første ledd må ikke føre til at behandlingen av pasienten blir alvorlig forsinket, eller til at han eller hun blir utsatt for fare eller urimelig ulempe». Smittevernloven § 3-3 tredje ledd begrenser «virkningene overfor pasienten av plikten til å gjennomgå forhåndsundersøkelse etter første ledd».³⁵

Ordlyden av «alvorlig» forsinkelse tilsier at forsinkelsen som følge av kravet om forhåndsundersøkelse kan ha betydelige konsekvenser for pasienten.

I pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b. andre ledd 2. og 3. punktum står det at «[s]pesialisthelsetjenesten skal [...] fastsette en frist for når pasienten senest skal få nødvendig helsehjelp», og at «[f]risten skal fastsettes med det faglig forsvarlighet krever». Forsvarlighetskravet er nedfelt i lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) § 4 og lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) § 2-2, og innebærer at fristen må fastsettes ut fra en «konkret medisinskfaglig vurdering av pasientens helsetilstand og behandlingsbehov».³⁶ Det er da logisk at «alvorlig forsinkelse» henger sammen med forsvarlighetskravet, og må vurderes ut fra en konkret vurdering av i hvilken grad behandling haster, og hvor alvorlig pasientens tilstand er. I de tilfeller hvor behovet for behandling er akutt, vil det som regel ikke være tid til å gjennomføre forhåndsundersøkelsen og dernest avvente resultatet.

Ordlyden av «fare» tilsier at pasientens helsetilstand risikerer å bli vesentlig forverret, eventuelt at pasienten risikerer å miste livet som følge av tiden det vil ta å gjennomføre selve forhåndsundersøkelsen, og avvente resultatet. Vurderingen av om pasientens liv blir satt i fare, har store likhetstrekk med om behandlingen av pasienten anses som alvorlig forsinket.

Ordlyden av «urimelig» ulempe tilsier at ulempene ved forhåndsundersøkelsen må være noe mer enn bare ulempen av å måtte gjennomføre en forhåndsundersøkelse og eventuelle

³⁵ Ibid

³⁶ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Gyldendal 2018, s. 235

ubehageligheter en slik undersøkelse ville medført. «[U]rimelig» er et vidt begrep, som er ment å fange opp tilfeller som ikke nødvendigvis favnes av «alvorlig forsinkelse» og «fare».³⁷

I forarbeidene nevnes to situasjoner som smittevernloven § 3-3 tredje ledd er ment å dekke. Den første er at «et positivt svar på undersøkelsen ikke må føre til at pasientens behandling blir vesentlig forsinket eller medføre[r] større ulemper».³⁸ Dette presiseres fordi også pasienter som har en smittsom sykdom har rett på nødvendig helsehjelp. Dette innebærer at hvis det etter forhåndsundersøkelsen viser seg at pasienten har den smittsomme sykdommen, kan ikke sykehuset nekte behandling ved å vise til at behandling av pasienten vil medføre at sykehuset må innføre ekstraordinære forebyggende tiltak som er tungvinte og/eller kostnadskrevende etter andre ledd, hvis dette fører til at «behandlingen av pasienten blir alvorlig forsinket, eller til at han eller hun blir utsatt for fare eller urimelig ulempe», jf. smittevernloven § 3-3 tredje ledd.

Den andre situasjonen som tredje ledd gjelder for er når «det vil være forbundet med en alvorlig fare, forsinkelse eller lignende å gjennomføre selve forhåndsundersøkelsen» (min understreking).³⁹ Dette vil være typisk for en rekke øyeblikkelig hjelp-situasjoner, der det haster for pasienten å få behandling.

³⁷ Dette har støtte i forarbeidenes formulering «annen» ulempe i Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 133

³⁸ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 133

³⁹ Ibid

3 Spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse

3.1 Smittevernloven § 3-3 sin ordlyd og forarbeider m.m.

I smittevernloven § 3-3 første ledd 1. punktum står det at «[e]n helseinstitusjon kan kreve at en pasient skal la seg forhåndsundersøke når det gjelder en smittsom sykdom, før det blir foretatt en diagnostisk utredning, og før pasienten får behandling eller pleie». Etter ordlyden fremstår det som at spesialisthelsetjenesten har rettslig adgang til å nekte behandling inntil pasienten har blitt undersøkt.

Forarbeidene sier at «[h]vis pasienten motsetter seg forhåndsundersøkelse og det ikke på annen måte kan utelukkes at han eller hun har den smittsomme sykdommen som undersøkelsen tar sikte på å påvise, må helsetjenesten, etter en forsvarlig vurdering, rettmessig kunne beslutte å tilby et behandlingstilbud som innebærer mindre fare for smitteoverføring. I praksis kan dette bety et begrenset tilbud».⁴⁰ Dersom det er mulig, skal pasienten altså tilbys et behandlingstilbud som innebærer en mindre smitterisiko. En forutsetning for dette er at pasienten sin smittestatus ikke kan avdekkes på en annen måte enn ved bruk av forhåndsundersøkelse.

Det er imidlertid ikke alltid det finnes noe alternativt behandlingstilbud. Dette kan være tilfelle for pasienter med behov for øyeblikkelig hjelp fra spesialisthelsetjenesten. Det kan også tenkes tilfeller der for eksempel behovet for å gjennomføre et kirurgisk inngrep ikke er akutt, men nødvendig på sikt, og at det ikke finnes et forsvarlig alternativt tilbud som innebærer en redusert fare for smitteoverføring. Ifølge forarbeidene må pasienten akseptere å la seg undersøke, eller risikere at spesialisthelsetjenesten nekter å behandle pasienten i slike tilfeller. Det uttales at «[p]asienten vil da ikke ha noe valg dersom han/hun ønsker behandling. Det forutsettes at helsepersonellet i slike situasjoner kan foreta de nødvendige undersøkelser, med mindre

⁴⁰ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 132

begrensningene i tredje ledd kommer inn f.eks ved at krav om undersøkelse ikke kan stilles fordi det fører til vesentlig forsinkelse».⁴¹

Rekkevidden av smittevernloven § 3-3 tredje ledd er altså avgjørende for spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse. Et sentralt spørsmål blir hvordan smittevernloven § 3-3 tredje ledd skal tolkes når det angår en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse.

Ifølge smittevernloven § 3-3 tredje ledd må ikke forhåndsundersøkelse etter første ledd «føre til at behandlingen av pasienten blir alvorlig forsinket, eller at han eller hun blir utsatt for fare eller urimelig ulempe» (min understrekning). Etter sin ordlyd, kreves det en årsakssammenheng mellom forhåndsundersøkelse og konsekvensene for pasienten. Dette vil innebære at konsekvenser for pasienten som ikke direkte har sammenheng med forhåndsundersøkelsen – som at tiden treneres fordi pasienten motsetter å la seg bli undersøkt – ikke er relevant for vurderingen av om et av vilkårene i smittevernloven § 3-3 tredje ledd er oppfylt. Dette vil i sin tur bety at spesialisthelsetjenesten alltid vil ha rett til å nekte pasienten behandling hvis pasienten motsetter seg forhåndsundersøkelse, uavhengig av hvordan pasienten blir rammet av å ikke få behandling.

I forarbeidene omtales det også at tredje ledd gjelder når «det vil være forbundet med en alvorlig fare, forsinkelse eller lignende å gjennomføre selve forhåndsundersøkelsen» (min understrekning).⁴² Dette forsterker inntrykket av at eventuelle konsekvenser av at pasienten motsetter seg å la seg bli forhåndsundersøkt ikke er relevant for tolkningen av smittevernloven § 3-3 tredje ledd.

Denne tolkningen har også støtte i at hensikten med smittevernloven § 3-3 tredje ledd er å «sikre at ingen går glipp av nødvendig hjelp med henvisning til at vedkommende muligens er smittet med en smittsom sykdom».⁴³ At en pasient muligens har en smittsom sykdom, skal ikke holdes mot pasienten. Mangel på tid til forhåndsundersøkelse fordi pasienten har et akutt behandlingsbehov, er heller ikke noe pasienten kan noe for. I tilfeller der pasienten aktivt motsetter seg forhåndsundersøkelse, er dette noe pasienten kan kontrollere, da pasienten vil ha rett til behandling så snart pasienten er forhåndsundersøkt.

⁴¹ Ibid

⁴² Ot.prp.nr. 91 (1992-1993) s. 133

⁴³ Ibid

Alternativt kan årsakssammenhengskravet i smittevernloven § 3-3 tredje ledd tolkes utvidende, slik at konsekvensene av at pasienten motsetter seg forhåndsundersøkelse, vil være relevant etter smittevernloven § 3-3 tredje ledd.

Til støtte for en slik tolkning, kan det pekes på menneskerettighetene i EMK og Grunnloven, og smittevernloven § 1-5. Det vil i de følgende to underkapitler undersøkes nærmere hvordan menneskerettighetene og smittevernloven § 1-5 ville ha begrenset spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse, dersom smittevernloven § 3-3 tredje ledd ikke hadde kommet til anvendelse.

3.2 Menneskerettighetene i EMK og Grunnloven

3.2.1 Smittevernlovens forhold til menneskerettighetene

Menneskerettighetene i EMK og Grunnloven setter begrensninger til smittevernloven, og kan følgelig ha innflytelse på tolkningen av smittevernlovens bestemmelser.

At EMK setter selvstendige begrensninger til smittevernlovens innhold, kommer til uttrykk i smittevernloven § 1-2 fjerde ledd, hvor det står: «Lovens bestemmelser gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». Det følger også av menneskerettsloven § 3, hvor det står at EMK «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

I forarbeidene blir det i tillegg uttalt at EMK vil «virke begrensende for hva medlemslandene kan tillate seg av tiltak mot smittsomme sykdommer. Konvensjonens krav vil også beskytte personer med smittsomme sykdommer».⁴⁴

Når det er anerkjent at EMK setter begrensninger til smittevernloven, kan dette tolkes som en forutsetning av at smittevernloven er – og skal tolkes – i samsvar med konvensjonen. En slik forutsetning følger uansett av presumsjonsprinsippet, som går ut på at norske bestemmelser så langt som mulig bør tolkes på en måte som er i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 91 (1992-1993) s. 19

Grunnloven begrenser også hva smittevernloven kan inneholde. Dette følger av lex superior-prinsippet. Indirekte kan dette også virke som et tolkningsmoment. Hadde det vært meningen at smittevernloven § 3-3 skulle ha et innhold som kan komme i konflikt med menneskerettighetene i Grunnloven, ville lovgiver ha behandlet dette nærmere. Når dette ikke er gjort, er det naturlig å gå ut fra at lovgiver har antatt at smittevernloven § 3-3 og Grunnloven er i overensstemmelse.

3.2.2 Statens ansvar

Staten har en plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene. Dette følger av Grunnloven § 92 og EMK artikkel 1. Statens plikt til å respektere menneskerettighetene betyr at staten må avstå fra å bryte rettighetene selv. Statens plikt til å sikre menneskerettighetene betyr at den også må ta aktive trinn for å beskytte menneskerettighetene til personer innenfor sin jurisdiksjon. Statens positive sikringsplikt innebærer at staten kan være ansvarlig for forhold staten ikke selv har forårsaket, hvis det kan spores tilbake til mangelfull beskyttelse fra statens side.

Spørsmålet som skal utforskes her, er om EMK artikkel 2 og 3 og Grunnloven § 93 første og andre ledd, er til hinder for at spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle en pasient som har motsatt seg forhåndsundersøkelse, uavhengig av hvordan pasienten blir rammet av å ikke få behandling. Smittevernloven § 3-3 er uklar på om begrensningene som settes i tredje ledd, også vil gjelde når pasienten motsetter seg forhåndsundersøkelse. Hvis EMK og Grunnloven setter begrensninger til smittevernloven § 3-3 sitt innhold, vil det være svært tunge argumenter for å tolke smittevernloven § 3-3 tredje ledd utvidende.

3.2.3 Retten til liv

EMK artikkel 2

EMK artikkel 2 nr. 1 lyder: «Everyone's right to life shall be protected by law».

Retten til liv er en absolutt rettighet, der unntak ikke kan rettferdiggjøres i lys av viktige samfunnsinteresser.⁴⁵ Dersom retten til liv først setter en begrensning på spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte pasienter behandling, kan ikke nasjonale myndigheter vise til at det er nødvendig for å verne mot smittsomme sykdommer, eller at det blir for kostbart eller tungvint for spesialisthelsetjenesten å introdusere ekstraordinære forebyggende smitteverntiltak.

Bestemmelsen er anvendelig selv om personen er i live. Det er tilstrekkelig at personens liv blir satt i fare.⁴⁶

EMD uttalte i Lopes-saken at “[...] the mere fact that the regulatory framework may be deficient in some respect is not sufficient in itself to raise an issue under Article 2 of the Convention. It must be shown to have operated to the patient's detriment”.⁴⁷ Uttalelsen i dommen illustrerer at det at nasjonal lovgivning muligens gir utilstrekkelig beskyttelse av retten til liv, ikke i seg selv kan være et brudd på EMK artikkel 2. For at det kan foreligge et brudd, kreves det at en konkret pasient har kommet til skade. For avhandlingens del, kan det forutsettes at en konkret pasient har kommet til skade.

Statens positive plikt til å sikre retten til liv blir nærmere presisert i Osman-saken. Osman-saken omhandlet politiets ansvar for å forhindre dødsfall, men anses som å gi uttrykk for statens positive sikringsplikt av retten til liv generelt, herunder statens plikt til å sikre personer tilstrekkelig adgang til nødvendig helsehjelp.⁴⁸

⁴⁵ EMK artikkel 2 nr. 2 anser ikke lovlig maktbruk som er strengt nødvendig, å være i strid med bestemmelsen. Dette er forhold som er holdt utenfor bestemmelsen, ikke unntak som er rettferdiggjort i lys av visse samfunnsinteresser. Den praktiske forskjellen er nok av liten betydning.

⁴⁶ *Case of Makaratzis v. Greece* [GC] 2004, no. 50385/99, para. 49

⁴⁷ *Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC] 2017, no. 56080/13, para 188

⁴⁸ Om staten har gjort hva som med rimelighet kan forventes av dem, kommer til uttrykk i EMD-avgjørelsen *Case of Mehmet Sentürk and Bekir Şentürk v. Turkey* [J] 2013, no. 13423/09, para 89, som omhandler adgang til helsehjelp.

EMD uttalte:

[...] where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life [...], it must be established to its satisfaction 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 [...] [I]t 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 (min understrekning).⁴⁹

Osman-formelen har tre sentrale komponenter. Det må foreligge “a real and immediate risk to the life”, staten må ha eller burde ha kunnskap om faren, og staten har ikke gjort alt som “could be reasonably expected of them”.

Det skal eksepsjonelle omstendigheter til for at staten blir ansvarlig etter EMK artikkel 2 for handlinger og unnlateringer begått av helsepersonell. I Lopes-saken uttalte EMD at “[t]he first type of exceptional circumstances [hvor staten kan bli holdt ansvarlig] concerns a specific situation where an individual patient’s life is knowingly put in danger by denial of access to life-saving emergency treatment [...]”.⁵⁰

Mehmet Sentürk-saken er et eksempel på at det forelå eksepsjonelle omstendigheter. Saken omhandlet en gravid kvinne som omkom etter å ha blitt nektet øyeblikkelig helsehjelp som følge av at hun ikke hadde betalt en viss avgift. EMD la stor vekt på at kvinnens behov for helsehjelp var åpenbart, og at helsepersonellet visste eller måtte vite at ved å sende henne til et annet sykehus langt unna, ville kvinnens liv bli satt i fare.⁵¹

I Mehmet Sentürk-saken, hadde kvinnen behov for øyeblikkelig helsehjelp. Vilårene i smittevernloven § 3-3 tredje ledd vil som regel sikre pasienter rett til øyeblikkelig helsehjelp, slik at kravet om forhåndsundersøkelse må frafalles. Når smittevernloven § 3-3 verner om pasientens adgang til øyeblikkelig hjelp, kan det tenkes at dette ikke når terskelen til eksepsjonelle omstendigheter, slik EMD krever. På den andre siden, hvis spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle en pasient som har behov for nødvendig helsehjelp, uavhengig av konsekvensene som mangel på helsehjelp kan få for pasienten, vil

⁴⁹ *Case of Osman v. the United Kingdom* [GC] 1998, no. 23452/94, para 116

⁵⁰ *Lopes*, para 190-191

⁵¹ *Mehmet Sentürk*, para 96

det i realiteten innebære at spesialisthelsetjenesten kan forsettlig unnlate å gi livreddende behandling, selv når det er åpenbart at pasienten har behov for dette.

I Mehmet Sentürk ble kvinnen nektet behandling, og det var ingenting hun kunne gjøre med det. Etter smittevernloven § 3-3 tredje ledd, kan pasienten «bare» akseptere å la seg forhåndsundersøke, og pasienten vil så få behandling. Dette kan også tilsi at forholdet ikke er alvorlig nok til å skape problemer i relasjon til EMK artikkel 2. Til dette kan det innvendes at hvis pasienten holder på sitt, kan jo dette innebære at pasientens liv blir satt i fare. Statens positive forpliktelse blir ikke opphevet fordi personen selv bidrar til å sette sitt liv i fare. Dette kan illustreres av statens plikt til å beskytte innsattes liv mens de er i fengsel, gjelder uavhengig av om den innsatte blir skadet av andre, eller om vedkommende begår selvmord.⁵²

Dersom pasienten i realiteten ikke får adgang til livsnødvendig helsehjelp selv om det ikke er akutt nødvendig, er det ikke gode grunner for at det ikke bør likestilles med svikt i adgangen til øyeblikkelig hjelp.

Konklusjonen blir at hvis spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle en pasient som har motsatt seg forhåndsundersøkelse, til tross for at pasientens liv blir satt i fare uten behandling, kan dette være brudd på EMK artikkel 2.

⁵² Se for eksempel *Case of Keenan v. the United Kingdom* [J] 2001, no. 27229/95, para 92, hvor EMD anerkjenner at statens forpliktelse til å treffe beskyttende tiltak rettet mot innsatte for å forhindre at innsatte begår selvmord, begrenses ut fra hensyn til individets selvbestemmelsesrett og verdighet.

Grunnloven § 93 første ledd

Grunnloven § 93 første ledd 1. punktum lyder: «Ethvert menneske har rett til liv.»

Selv om formuleringen ikke er identisk med EMK artikkel 2, er det klart at den er inspirert av bestemmelsen. Dette bekreftes i Dok. 16.⁵³

Dok. 16 kan gi uttrykk for at det ikke er ment at menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven skal gi dårligere vern enn EMK.⁵⁴ Dette taler for at Grunnloven § 93 første ledd gir like godt vern som EMK artikkel 2.

Det er ingen relevant norsk rettspraksis knyttet til Grunnloven § 93 første ledd og adgangen til helsehjelp. Da det ikke er andre norske rettskilder som indikerer en annen løsning, må det gås ut fra at innholdet i Grunnloven § 93 første ledd og EMK artikkel 2 er likt.

Konklusjonen blir dermed at hvis spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse, selv om dette fører til at pasientens liv blir satt i fare, vil dette være i strid med Grunnloven § 93 første ledd.

3.2.4 Tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff

EMK artikkel 3

EMK artikkel 3 lyder: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.

EMK artikkel 3 er en absolutt rettighet, som ikke åpner opp for unntak som kan rettferdiggjøres ved å vise til viktige samfunnsinteresser. I realiteten tolkes det imidlertid inn en forholdsmessighetsvurdering, da terskelen for hva som kvalifiseres som forhold som omfattes av EMK artikkel 3, kan økes i en viss grad ut fra at en behandling anses som strengt nødvendig.⁵⁵

⁵³ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 106

⁵⁴ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 89

⁵⁵ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018, s. 186. Et eksempel fra EMD praksis er *McFeeley et al. v. the United Kingdom* [C] 1980, no. 8317/78, hvor forhold som ellers kunne kvalifiseres som umenneskelige og nedverdiggende, ble akseptert fordi forholdene var selvforskyldte.

Det ligger i ordlyden av «umenneskelig behandling» at behandlingen må være alvorlig og uakseptabel. Ikke enhver dårlig behandling vil kvalifiseres.

Dette har støtte i EMDs praksis. I Hellas-saken uttalte Kommisjonen at begrepet umenneskelig behandling “covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which, in the particular situation, is unjustifiable”.⁵⁶

I Ireland v. the United Kingdom uttalte EMD at “ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3, and [...] the assessment of this minimum is relative, depending on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim”.⁵⁷

Lidelser som følger av sykdom vil som utgangspunkt ikke kvalifiseres til forhold staten er ansvarlig for. Dette stiller seg annerledes der staten er ansvarlig for å forverre tilstanden til vedkommende. I Pretty uttalte EMD at “[t]he suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by treatment, whether flowing from conditions or detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible” (min understrekning).⁵⁸ Pretty-saken omhandlet spørsmålet om staten hadde en plikt etter EMK artikkel 3 til å gi ektemannen til en dødssyk kvinne en erklæring på at han ikke ville bli straffeforfulgt hvis han assisterte til konens selvmord, som ville spare henne for mye lidelser. EMD kom til at staten ikke har en plikt til å sanksjonere aktiv dødshjelp. EMD viste til at statens positive plikt i et slikt tilfelle ikke gikk ut på å forhindre eller begrense skade, eller å sørge for en forbedring i helsetilstanden eller helsetilbudet til personen.⁵⁹

EMD har behandlet en rekke utvisningssaker som omhandler spørsmålet om utvisning av en alvorlig syk utlending vil innebære at personens helsetilstand kan bli forverret ved å returnere til hjemlandet i så stor grad, at dette kvalifiseres til umenneskelig behandling. Prejudikatet er saken D v. the United Kingdom, der en aids-syk person ikke ville få forsvarlig behandling

⁵⁶ *The Greek Case – Denmark v. Greece; Norway v. Greece; Sweden v. Greece; Netherlands v. Greece - Part II of V* [C] 1969, no. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, p. 186

⁵⁷ *Case of Ireland v. The United Kingdom* [J] 1978, no. 5310/71, para. 130

⁵⁸ *Case of Pretty v. the United Kingdom* [J] 2002, no. 2346/02, para 52

⁵⁹ *Pretty*, para 55

hvis han ble utvist fra Storbritannia til St. Kitts, hvor det ikke var noe effektiv behandling tilgjengelig.⁶⁰ Å utvise personen ville dermed være i strid med EMK artikkel 3.

Selv om *D v. The United Kingdom* åpnet opp for at mangel på helsetilbud kan innebære brudd på EMK artikkel 3, understreker EMD at det er reservert for «the very exceptional circumstances of this case and [...] the compelling humanitarian considerations at stake [...]».⁶¹ Pasienten fikk behandling for sin sykdom i Storbritannia, og det ville få dramatiske konsekvenser for ham å plutselig avslutte behandlingen. Han var dødssyk, og kunne ikke garanteres forsvarlig helsehjelp eller en plass på sykehjem. Videre hadde han ikke familie i St. Kitts, som var villige eller i stand til å ta vare på ham og sørge for at han fikk mat, husly eller sosial støtte.⁶²

N. v. the United Kingdom bekreftet at det skal svært eksepsjonelle omstendigheter til for at staten har en plikt til å unnlate å utvise en dødssyk person. Saken omhandlet også en aids-syk person, der livsutsiktene ville bli drastisk påvirket av utvisningen. EMD fant likevel ikke forholdene så eksepsjonelle som i *D. v. the United Kingdom*.⁶³

EMD uttalte at:

The decision to remove an alien who is suffering from a serious mental or physical illness to a country where the facilities for the treatment of that illness are inferior to those available in the Contracting State may raise an issue under Article 3, but only in a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling.

The Court does not exclude that there may be other very exceptional cases where the humanitarian considerations are equally compelling. However, it considers that it should maintain the high threshold set in *D. v. the United Kingdom* and applied in its subsequent case-law, which it regards as correct in principle, given that in such cases the alleged future harm would emanate not from the intentional acts or omissions of public authorities or non-State bodies, but instead from a naturally occurring illness and the lack of sufficient resources to deal with it in the receiving country.⁶⁴

⁶⁰ *Case of D. v. the United Kingdom* [J] 1997, no. 30240/96

⁶¹ *D. v. the United Kingdom*, para 54

⁶² *D. v. the United Kingdom*, para 52 og 53

⁶³ *Case of N. v. the United Kingdom* [GC] 2008, no. 26565/05, para 43

⁶⁴ *Case of N. v. the United Kingdom*, para. 42 og 43

I Paposhvili reviderte EMD hva som anses som svært eksepsjonelle omstendigheter til en noe lavere terskel. EMD uttalte at:

[...] the removal of a seriously ill person in which substantial grounds have been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy (min understrekning).⁶⁵

Saken omhandlet hvorvidt en alvorlig syk, georgisk statsborger kunne utvises fra Belgia. Vedkommende trengte veldig kostbar behandling, og EMD fant det ikke godtgjort at Paposhvili ville få tilstrekkelig forsvarlig behandling i Georgia for å unngå at helsen forverret seg. Utvisning ville derfor innebære et brudd på EMK artikkel 3.

Overført til kapittelets problemstilling, kan det tenkes at hvis spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle pasienten, selv om pasienten risikerer å få sin helsetilstand vesentlig forverret, kan dette kvalifiseres til «being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy».

Det kan stilles spørsmål om hvordan selvforskyldte forhold påvirker vurderingen av om en tilstand kvalifiseres som umenneskelig. I McFeeley-saken hadde en rekke IRA-fanger ødelagt møbler, nektet å vaske seg, og smurt ekskrementer og matrester rundt i cellene sine. Kommisjonen kom til at forholdene fangene levde under, ikke var i strid med EMK artikkel 3, og uttalte i den forbindelse at:

In reaching this view the Commission had regard to the fact that the protest campaign was designed and co-ordinated by the prisoners to create the maximum publicity and enlist public sympathy and support for their political aims. That such a strategy involved self-inflicted debasement and humiliation to an almost sub-human degree must be taken into account.⁶⁶

⁶⁵ *Case of Paposhvili v. Belgium* [GC] 2016, no. 41738/10, para 183

⁶⁶ *McFeeley* p. 81 para 45

Kommisjonen påpekte imidlertid at dette ikke frigjorde fengselsmyndighetene fra plikten til å sikre alle fangers helse og velvære, inkludert fangene som var engasjert i protestene.⁶⁷

Det overordnede spørsmålet i dette kapittelet er om spesialisthelsetjenesten etter smittevernloven § 3-3 kan nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse, uavhengig av konsekvensene for pasienten. Pasienten «kan jo bare» akseptere å la seg forhåndsundersøke, og vil så få behandling. Selv om ikke sykdommen og helsetilstanden sykdommen fører til er selvforskyldt, kan det at pasienten «lett» kan gjøre noe med sin egen helsetilstand være et argument for at forholdene ikke vil kvalifiseres som umenneskelig etter EMK artikkel 3. På den andre siden, når Kommisjonen i McFeeley-saken presiserer at fengselsmyndighetene likevel har en plikt til å sikre fangenes helse og velvære, vil ikke dommen være et sterkt argument for at spesialisthelsetjenesten kan unnlate å gi helsehjelp, på grunn av at pasienten selv forverrer sin helsetilstand ved å motsette seg forhåndsundersøkelse.

Konklusjonen blir at hvis spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle pasienter som motsetter seg forhåndsundersøkelse, til tross for at pasientens helsetilstand kan forverres til forhold som kvalifiseres som umenneskelig, vil dette være i strid med EMK artikkel 3.

Grunnloven § 93 andre ledd

Grunnloven § 93 andre ledd lyder: «Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff».

Ordlyden er identisk med EMK artikkel 3, og det er klart at grunnlovsbestemmelsen skal tolkes i lys av sin internasjonale motpart. Dette bekreftes også i Dok. 16, der det uttales det at Grunnloven § 93 andre ledd «vil bringe torturforbudet i Grunnloven på lik linje med forbudet i EMK artikkel 3 [og at en] utvidelse av torturforbudet i Grunnloven [ikke vil] endre den materielle rettstilstanden på området, all den tid et tilsvarende forbud i dag følger av både menneskerettsloven, straffeloven og straffeprosessloven».⁶⁸

I HR-2016-1051-A slår Høyesterett seg til EMDs oppfatning i *N. v. the United Kingdom*. Høyesterett sa at «når det gjelder personer med dårlig helse [...], har EMD fastslått at brudd på artikkel 3 bare er aktuelt i «[...] a very exceptional case, where the humanitarian grounds

⁶⁷ *McFeeley* p. 81 para 46

⁶⁸ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 109

against the removal are compelling», se for eksempel storkammerdommen 27. mai 2008 N mot Storbritannia, avsnitt 42 [...].⁶⁹ Høyesterett kom til at terskelen ikke var nådd i denne saken, da As helsesituasjon ikke i seg selv var livstruende, og visse grunnleggende helsetjenester hadde vært tilgjengelig for A i Ungarn.⁷⁰

Konklusjonen blir den samme som for EMK artikkel 3. Hvis spesialisthelsetjenesten kan nekte å behandle pasienter som motsetter seg forhåndsundersøkelse, til tross for at pasientens helsetilstand kan forverres til forhold som kvalifiseres som umenneskelig, vil dette være i strid med Grunnloven § 93 andre ledd.

3.3 Smittevernloven § 1-5

3.3.1 Generelt om smittevernloven § 1-5

Neste vurdering er hvilke begrensninger smittevernloven § 1-5 setter til smittevernloven § 3-3 og spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte å behandle en pasient som motsetter seg forhåndsundersøkelse. Det vil først omtales noe generelt om smittevernloven § 1-5, før det vil sees nærmere på vilkårene i bestemmelsen.

Smittevernloven § 1-5 er en generell bestemmelse som gjelder for alle «[s]mitteverntiltak etter loven», jf. smittevernloven § 1-5 første ledd 1. punktum. Det bekreftes i forarbeidene at bestemmelsen «oppstiller krav som skal vurderes i tillegg til de vilkår som følger av lovens ulike bestemmelser».⁷¹ Smittevernloven § 1-5 supplerer dermed vilkårene i smittevernloven § 3-3.

Bestemmelsen ble tilføyd til smittevernloven i 2019, og var ment å lovfeste hva som allerede var gjeldende rett, for å tydeliggjøre hvilke kriterier som skal vurderes ved enhver bruk av smitteverntiltak, utenom for tvangstiltak §§ 5-2 og 5-3.⁷²

⁶⁹ HR-2016-1051-A avsnitt 31

⁷⁰ HR-2016-1051-A avsnitt 46

⁷¹ Prop.91 L (2018-2019) s. 45

⁷² Prop.91 L (2018-2019) s. 12

Smittevernloven § 1-5 lyder som følgende:

«Smitteverntiltak etter loven skal være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering. Ved iverksettelse av smitteverntiltak skal det legges vekt på frivillig medvirkning fra den eller de tiltaket gjelder.

Tvangstiltak kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep».

3.3.2 «[K]lar medisinskfaglig begrunnelse»

Det første vilkåret smittevernloven § 1-5 stiller, er at smitteverntiltak etter loven skal være «basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse».

Ordlyden av «klar» kan indikere at det stilles et strengt krav til begrunnelsen. Dette blir imidlertid avkreftet i forarbeidene, der det uttales at «[k]ravet til medisinskfaglig begrunnelse skal ikke tolkes for strengt, og at det er ikke krav om vitenskapelig bevist effekt».⁷³

Det følger videre av forarbeidene at kravet til den medisinskfaglige begrunnelsen må sees i forhold til graden av smittetrussel og hvor inngripende tiltaket er, og at det kreves som et minimum at smitteverntiltaket er relevant for den aktuelle smittsomme sykdommen etter en medisinskfaglig vurdering.⁷⁴ Om den medisinskfaglige begrunnelsen er tilstrekkelig for tiltaket, vil bero på konkret skjønn i den aktuelle situasjonen.⁷⁵ En mindre smittetrussel kan tilsa at kravet til begrunnelsens klarhet skjerpes, særlig dersom det vurderes implementering av svært inngripende smitteverntiltak.

Vilkårene i smittevernloven § 1-5 henger sammen. Hvis det kompetente organet ikke har vurdert smitteverntiltaket basert på en «klar medisinskfaglig begrunnelse», vil det antageligvis ikke være godtgjort at tiltaket er «nødvendig av hensyn til smittevernet» og at det «fremstå[r] som tjenlig etter en helhetsvurdering».

⁷³ Prop.91 L (2018-2019) s. 45

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Prop.91 L (2018-2019) s. 12

3.3.3 «[N]ødvendig av hensyn til smittevernet»

Det neste vilkåret i smittevernloven § 1-5 innebærer at smitteverntiltaket må være «nødvendig av hensyn til smittevernet». Ordlyden av «nødvendig» tilsier at smitteverntiltaket må være egnet til å forebygge eller redusere smittespredning av den aktuelle smittsomme sykdommen, og at tiltaket heller ikke må gå lenger enn det som er påkrevet for å oppnå dette målet. At smitteverntiltaket må være egnet til å forebygge eller hindre smittespredning, bekreftes i forarbeidene.⁷⁶

Forarbeidene bruker som eksempel at et smitteverntiltak ikke vil være nødvendig i situasjoner der det kan være en åpenbar fare for smitteoverføring, men der omstendighetene likevel tilsier at tiltaket ikke har noen hensikt.⁷⁷ Dette kan gjelde for tilfeller hvor smitteverntiltaket har liten nytte, og medfører store skadevirkninger.⁷⁸

3.3.4 «[F]remstå som tjenlig etter en helhetsvurdering»

Videre må smitteverntiltaket «fremstå som tjenlig etter en helhetsvurdering». Ordlyden tilsier at det skal foretas en helhetlig vurdering av om fordelene ved å forebygge, hindre eller redusere smittespredning, overstiger ulempene smitteverntiltaket medfører for dem som blir rammet av tiltaket.

Videre tilsier ordlyden av «fremstår som» at det ikke må bevises at smitteverntiltaket vil være tjenlig. Det kompetente organet som vil iverksette smitteverntiltaket vil dermed tilkjennes en viss grad av skjønn i sin vurdering.

I forarbeidene uttales det at vilkåret innebærer at «tiltaket ikke skal medføre unødvendig ulempe eller skade for den eller de tiltaket retter seg mot».⁷⁹ «Nytten må veies mot eventuell ulempe, skade eller integritetskrenkelse som tiltaket kan medføre. Dersom nytten er liten eller tvilsom og belastningene ved tiltaket er store, bør tiltaket ikke gjennomføres».⁸⁰

At smitteverntiltaket må være «nødvendig av hensyn til smittevernet» og at det må «fremstå som tjenlig etter en helhetsvurdering, har nær sammenheng. I forarbeidene sies det at

⁷⁶ Prop.91 L (2018-2019) s. 45

⁷⁷ Prop.91 L (2018-2019) s. 10

⁷⁸ Anne Kjersti Befring, *Lovkommentar Karnov: smittevernloven § 1-5*, punkt 2 9. avsnitt, Lovdata.no (sist endret 09.03.2022)

⁷⁹ Prop.91 L (2018-2019) s. 45

⁸⁰ Prop.91 L (2018-2019) s. 10

«[k]ravene til helhetsvurdering og vurdering av nødvendighet vil i de fleste praktiske tilfeller utgjøre en forholdsmessighetsvurdering».⁸¹

Vilkåret om tjenlighet kan imidlertid ha selvstendig betydning. I HR-2022-718-A uttalte Høyesterett at «[s]pørsmålet om tjenlighet vil [også] kunne omfatte vurderinger av hva som er mest hensiktsmessig, for eksempel ved at flere aktuelle smitteverntiltak, som alle vurderes å oppfylle krav til medisinskfaglig begrunnelse og forholdsmessighet, holdes opp mot hverandre. Valg av tiltak kan blant annet bero på sammensatte samfunnsmessige prioriteringer. Når det gjelder overprøving av denne typen vurderinger, som vil være av politisk karakter, bør domstolene være tilbakeholdne».⁸²

I samme sak uttaler Høyesterett også at forholdsmessighetskravet etter smittevernloven § 1-5 har «nær sammenheng med de forholdsmessighetskravene som stilles for å gjennomføre inngrep i rettigheter etter Grunnloven og EMK».⁸³ Dette innebærer at domstolen må foreta en full overprøving av forholdsmessighetsvurderingen, på samme måte som ved forholdsmessighetsvurderinger etter Grunnloven, EMK og EØS-avtalen.⁸⁴

3.4 Smittevernloven § 1-5 og menneskerettighetenes tolkningsbidrag til problemstillingen

3.4.1 Hva kan utledes av menneskerettighetene og smittevernloven § 1-5?

Redegjørelsen av retten til liv i EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 første ledd viste at spesialisthelsetjenesten ikke kan tolkes på en slik måte at det er en stor fare for at pasienten kan dø uten behandling. Hensynet til smittevern, alternativt at det vil være kostbart eller tungvint for spesialisthelsetjenesten å tilrettelegge for å gi behandling av en pasient som mulig er smittet av en smittsom sykdom, kan ikke vektlegges.

Redegjørelsen av EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 andre ledd, viste at smittevernloven § 3-3 kan ikke ha et innhold som innebærer at pasienter risikerer å bli utsatt for umenneskelig behandling. Siden det innfortolkes en forholdsmessighetsvurdering i kartleggingen av den

⁸¹ Prop.91 L (2018-2019) s. 45

⁸² HR-2022-718-A avsnitt 78

⁸³ HR-2022-718-A avsnitt 73

⁸⁴ HR-2022-718-A avsnitt 77

nedre terskelen for umenneskelig behandling, må det foretas en forholdsmessighetsvurdering av spesialisthelsetjenestens behov for å avdekke smitte mot konsekvensene for pasienten av å bli nektet behandling.

Etter redegjørelsen av smittevernloven § 1-5, er det særlig to krav bestemmelsen stiller til tolkningen av smittevernloven § 3-3. Det stilles et strengere krav til den medisinskfaglige begrunnelsen jo mer inngripende og alvorlig smitteverntiltaket vil ramme den enkelte, og at fordelene med smitteverntiltaket må etter en avveining være større enn ulempene.

Smitteverntiltaket må være forholdsmessig.

HR-2022-718-A viser at det er den samme forholdsmessighetsvurderingen som tas etter EMK, Grunnloven og smittevernloven § 1-5.

3.4.2 Hva innebærer dette?

For det første stiller vilkåret «klar medisinskfaglig begrunnelse» i smittevernloven § 1-5 et skjerpet krav til begrunnelsens klarhet, ut fra hvor alvorlig pasienten blir rammet av å ikke få behandling. I utgangspunktet vil det antageligvis være tilstrekkelig at spesialisthelsetjenesten viser til at det er et behov for å teste den konkrete pasienten, og at å nekte pasienten behandling er en logisk følge av at pasienten ikke har latt seg forhåndsundersøke, da det ikke fins alternative behandlingsformer som innebærer en mindre risiko for smitteoverføring.

For det andre medfører forholdsmessighetskravet innfortolket i EMK og Grunnloven, og forholdsmessighetskravet i smittevernloven § 1-5, at spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte pasienten behandling beror på en gradsskala. Spesialisthelsetjenestens adgang til å nekte å behandle en pasient som har motsatt seg forhåndsundersøkelse, begrenses av hvor hardt dette rammer pasienten, på samme måte som om konsekvensene for pasienten hadde fulgt av kravet om forhåndsundersøkelse etter smittevernloven § 3-3 tredje ledd. Det avgjørende spørsmålet er altså når vilkårene i tredje ledd blir innfridd, og dette vil variere.

For situasjoner der pasienten ikke har behov for nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, har ikke pasienten rettskrav på behandling. Her er det ikke betenkelig at pasienten enten må la seg undersøke eller akseptere at spesialisthelsetjenesten trekker tilbake tilbudet om behandling eller pleie. I forarbeidene blir det uttalt at «[e]t hovedprinsipp i norsk helserett er at det er opp til den enkelte om han vil oppsøke helsevesenet, underkaste seg

undersøkelse, motta behandling og legge seg inn på sykehus. Som den store hovedregel har samfunnets borgere intet rettskrav på å få behandling».⁸⁵ I slike tilfeller kan altså spesialisthelsetjenesten nekte å behandle pasienten, med mindre pasientens helsetilstand forverres til å kvalifisere seg til at vilkårene i smittevernloven § 3-3 tredje ledd blir innfridd.

På den andre siden av skalaen, kan vilkårene i smittevernloven § 3-3 tredje ledd bli innfridd med en gang pasienten oppsøker helsehjelp, slik at et eventuelt krav om forhåndsundersøkelse ikke på noe tidspunkt kan stilles. Dette vil ofte være tilfelle i situasjoner der pasienten har behov for øyeblikkelig hjelp. Det er imidlertid ikke gitt at det aldri er tilstrekkelig tid til å undersøke pasienten på forhånd ved øyeblikkelig hjelp-situasjoner. Helsepersonellet må vurdere den konkrete situasjonen, der de må ta stilling til hvor lenge de kan vente med å iverksette behandling før det vil bli uforsvarlig, sett mot hvor lang tid det må påregnes at selve forhåndsundersøkelsen vil ta og at resultatene av prøven er klare.

Situasjoner der pasienten har behov for nødvendig helsehjelp havner et sted imellom disse ytterpunktene. Hvor alvorlig pasientens helsetilstand er, og behandlingens hastegrad, vil her som ellers være avgjørende for om behandling av pasienten risikerer å bli «alvorlig forsinket» eller om pasienten blir «utsatt for fare» eller «urimelig ulempe».

Pasientens behov for hurtig behandling, må avveies mot spesialisthelsetjenestens behov for å avdekke og forhindre smitte. Hvilken smittsom sykdom det er tale om, hvor smittsom og alvorlig sykdommen er, og hvorfor det er grunn til å mistenke at den aktuelle pasienten kan være smittet, vil være sentrale momenter. Videre vil situasjonen under en epidemi eller pandemi påvirke behovet for å avdekke smitte, samt hvor utstyrt spesialisthelsetjenesten er til å takle smitteutbrudd av den aktuelle smittsomme sykdommen.

Avslutningsvis kan det påpekes at den konkrete pasienten som må la seg forhåndsundersøke, vil typisk ha symptomer eller ha vært utsatt for en smitterisiko som gjør det sannsynlig at pasienten vil utvikle symptomer i løpet av et kort tidsrom, hvis pasienten har den smittsomme sykdommen. Dersom vilkårene i smittevernloven § 3-3 tredje ledd ikke er oppfylt, er det ikke problematisk at spesialisthelsetjenesten velger å utsette behandling til pasienten er symptomfri – og på den måten får bekreftet eller avkreftet pasientens smittestatus. Dette vil gjerne være tilfellet med korona. For personer med mildt sykdomsforløp er det vanlig å bli frisk etter et

⁸⁵ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 10

par uker, men det vil variere fra person til person.⁸⁶ Hvis en pasient oppsøker helsehjelp for ikke-akutte helseplager, vil det typisk være uproblematisk å utsette behandlingen, for eksempel en operasjon, til pasienten er smittefri igjen.

⁸⁶ NHI, *Covid-19 – varighet*, <https://nhi.no/livsstil/egenomsorg/covid-19-varighet/> (lest 07.05.2022)

4 Kildeliste

Lov- og konvensjonsregister

17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK)

Forarbeider

NOU 1990:2 Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smittevernloven)

Ot.prp.nr. 91 (1992-1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Prop.91 L (2018-2019) Endringer i smittevernloven (lovrevisjon)

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1921 s. 406 (Sterilitetsdom II)

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2007 s. 785

Rt. 2015 s. 93

HR-2016-1051-A

HR-2022-718-A

EMD avgjørelser

The Greek Case – Denmark v. Greece; Norway v. Greece; Sweden v. Greece; Netherlands v. Greece – Part II of V [C] 1969, no. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67

Case of Ireland v. the United Kingdom [J] 1978, no. 5310/71

Case of Tyrer v. the United Kingdom [J] 1978, no. 5856/72

McFeeley et al. v. the United Kingdom [C] 1980, no. 8317/78

Case of D. v. the United Kingdom [J] 1997, no. 30240/96

Case of Osman v. the United Kingdom [GC] 1998, no. 23452/94

Case of Keenan v. the United Kingdom [J] 2001, no. 27229/95

Case of Pretty v. the United Kingdom [J] 2002, no. 2346/02

Case of Goodwin v. the United Kingdom [GC] 2002, no. 17488/90

Case of Makaratzis v. Greece [GC] 2004, no. 50385/99

Case of N. v. the United Kingdom [GC] 2008, no. 26565/05

Case of Mehmet Sentürk and Bekir Şentürk v. Turkey [J] 2013, no. 13423/09

Case of Paposhvili v. Belgium [GC] 2016, no. 41738/10

Case of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal [GC] 2017, no. 56080/13

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.

Befring, Anne Kjersti, *Lovkommentar Karnov: smittevernloven § 1-5*, Lovdata.no (sist endret 09.03.2022).

Det Norske Akademis ordbok, *Rutine*, 2. alternativ, <https://naob.no/ordbok/rutine> (lest januar 2022).

FHI, *Prøvetaking – praktisk gjennomføring*,
<https://www.fhi.no/nettpub/coronavirus/testing/provetaking/> (lest februar 2022).

FHI, *Personer med alvorlig svekket immunforsvar bør ta oppfriskningsdose (4. dose)*
<https://www.fhi.no/nyheter/2022/personer-med-alvorlig-svekket-immunforsvar-bor-ta-oppfriskningsdose-4.-dose/> (lest 26.04.2022).

FHI, *Covid-19-epidemien og ved omikronvarianten i Norge*,
<https://www.fhi.no/contentassets/c9e459cd7cc24991810a0d28d7803bd0/vedlegg/risikouvurdering-2021-12-13.pdf> (publisert 13.12.2021).

FHI, *Smittevernveilederen*, <https://www.fhi.no/nettpub/smittevernveilederen/> (lest mars 2022).

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Gyldendal 2018.

NHI, *Covid-19 – varighet*, <https://nhi.no/livsstil/egenomsorg/covid-19-varighet/> (lest 07.05.2022).

NHI, *Omikron*, <https://nhi.no/for-helsepersonell/fra-vitenskapen/omikron/> (sist oppdatert 17.12.2021).

Tveitan, Kjetil, *Norsk lovkommentar: smittevernloven*, note 44, Rettsdata.no (lest januar 2022).