



Helse- og omsorgsdepartementet

Deres referanse: 21/2330

Vår referanse: 21/96

Dato: 12/05/2021

## Høringsvar om midlertidige endringer i smittevernloven (koronasertifikat)

### 1. Innledning

Vi viser til Helse- og omsorgsdepartementets høring om midlertidige endringer i smittevernloven (koronasertifikat) av 5. mai 2021.

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) vurderer høringsnotater i lys av de rettslige rammene og føringene som følger av myndighetenes menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og andre internasjonale konvensjoner.

Departementet foreslår et midlertidig nytt kapittel 4A i smittevernloven med regler om koronasertifikat. Formålet med innføringen av et koronasertifikat er å gi lettelse til vaksinerte, personer med immunitet etter gjennomgått koronasykdom eller har negativt testresultat. Det legges opp til å etablere et system for sikker og verifisert dokumentasjon av vaksinasjonsstatus, immunitet eller testresultat. Forslaget regulerer imidlertid ikke i hvilke tilfeller det kan gjøres lettelse i smitteverntiltak.

For å slå smitteutbrudd tilbake og deretter holde smitten på et lavt nivå, har myndighetene satt inn flere smitteverntiltak som har grepet betydelig inn i borgernes menneskerettigheter. Dette er samtidig et utslag av statens menneskerettslige plikt til å sikre liv og helse.<sup>1</sup> Smittevernloven har gitt sentrale og kommunale myndigheter vide fullmakter til å sette inn tiltak, slik som begrensninger i sosial kontakt. Nå oppstår spørsmålet om myndighetene kan opprettholde smitteverntiltak overfor de som er blitt vaksinert. Når det innføres tiltak, etter smittevernloven og covid-19 forskriften, som griper inn i menneskerettighetene, stiller smittevernloven og menneskerettighetene krav om at slike tiltak skal være nødvendige og forholdsmessige. Vurderingen er sammensatt og inngrepet må vurderes opp mot ulempen for den enkelte. Smittevernloven bygger på det minste inngreps prinsipp - som også er et viktig menneskerettslig vurderingskriterium i forholdsmessighetsvurderingen - som betyr at inngrepet ikke må være mer inngripende, eller vare lenger, enn det som er nødvendig for å oppnå det bestemte formålet. I valget

---

<sup>1</sup> Jf. særlig ØSK artikkel 12, men også EMK artikkel 2 og 8 innebærer en plikt for statene til å iverksette positive tiltak for å sikre retten til liv og helse.

mellom ulike tiltak, skal det minst inngripende tiltaket velges. Fra dette perspektivet er NIM sitt utgangspunkt at innføringen av koronasertifikat vil kunne bidra til å realisere det minste inngreps prinsipp.

NIMs innspill kan i hovedsak oppsummeres som følger:

- Innføring av bruk av koronasertifikat for å gjøre unntak fra restriksjoner innebærer et inngrep i privatlivet som etter NIMs syn krever hjemmel.
- Vi har innspill til hvordan lovreguleringen i større grad kan ivareta retten til privatliv, herunder at loven inneholder en klar avgrensning mot videre bruk av opplysninger i koronasertifikatet, og at opplysningene skal slettes etter at opplysningene er avlest.
- Vi kommenterer også diskrimineringsspørsmålene og spørsmålet om usaklig forskjellsbehandling.
- Vi gir innspill til hvordan lovhjemmelen om å kunne gi forskrift om bruk av koronasertifikat mer presist kan avgrenses.

## **2. Menneskerettslige skranker – særlig om personvernspørsmål**

Departementet mener at etableringen av et koronasertifikat ikke er et inngrep som krever lovhjemmel, og viser blant annet til at det er frivillig å motta og benytte seg av et koronasertifikat, og at dette er et moment som taler for forslaget ikke innebærer et inngrep som krever hjemmel i lov.<sup>2</sup> Departementet skriver videre at det ikke er behov for lovhjemmel for å gi reguleringer som ledd i organiseringen av forvaltningens egen virksomhet. Det vises til at myndighetene ikke trenger hjemmel i lov for å utstede offentlige bekreftelser eller dokumenter. Det er ifølge departementet smittevernrestriksjonene overfor individene som utgjør et inngrep overfor den enkelte, og ikke fraværet av slike tiltak.<sup>3</sup> Departementet går likevel inn for å etablere en hjemmel for slik bruk.

Forslaget legger opp til at sertifikatet skal inneholde vaksinasjonsstatus, gjennomgått koronasykdom og testresultatet. Opplysningene i sertifikatet (vaksinasjonsstatus og testresultat) finnes i dag i hovedsak allerede gjennom på helsenorge.no. Et koronasertifikat vil også innhente dataelementer fra MSIS (Meldingssystem for smittsomme sykdommer) og SYSVAK (Nasjonalt vaksinasjonsregister).<sup>4</sup>

NIM peker på at praksis fra EMD viser at myndighetenes bruk av data som har forbindelse til enkeltpersoners privatliv, omfattes av vernet etter EMK artikkel 8.<sup>5</sup> Registrering og bruk av helseopplysninger i et system som myndighetene er ansvarlige for, vil dermed utgjøre

---

<sup>2</sup> Høringsnotatet s. 25.

<sup>3</sup> Høringsnotatet s. 25.

<sup>4</sup> Høringsnotatet s. 8.

<sup>5</sup> Se bl.a. Leander v. Sverige (9448/81) og Amann v. Sveits (27798/95), Breyer v. Tyskland (50001/12).

et inngrep i retten til privatliv. Det neste spørsmålet er om samtykket fratår tiltakets karakter av inngrep, ettersom det er frivillig å motta og benytte seg av et koronasertifikat.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har lagt til grunn at rettighetshavere har en viss adgang til å gi avkall på enkelte rettigheter etter EMK. For at et avkall skal være gyldig må det foreligge et tilstrekkelig opplyst samtykke.<sup>6</sup> Videre kan avkallet ikke stå i et motsetningsforhold til viktige offentlige interesser – det kan for eksempel ikke gis gyldig avkall på retten til å ikke bli diskriminert på grunnlag av rase eller kjønn.<sup>7</sup> Det vil være vanskelig å akseptere et samtykke som et gyldig avkall på rettigheter etter EMK artikkel 8, dersom avkallet i stor utstrekning er nødvendig for å nyte fullgodt av andre rettigheter som forsamlingsfriheten og andre elementer i retten til privatliv.

Det er myndighetene som står for etableringen og sikkerheten av systemet for koronasertifikatet. Dersom det legges opp til utstrakt bruk av koronasertifikatet slik at fremvisning av pasientopplysninger blir en forutsetning for utøvelsen av grunnleggende rettigheter, mener NIM det er tale om et inngrep som krever hjemmel i lov, til tross for at det frivillig å motta og benytte seg av et slikt sertifikat. Så langt vi er kjent med, finnes det ikke rettspraksis som avgjør spørsmålet, men vil minne om at vilkår om spesifikke biologiske markører som betingelse for alminnelig aktivitet i samfunnet representerer en ny type praksis fra myndighetenes side hvor føre var-prinsippet bør råde. Man bør derfor velge en prosess som sikrer at de relevante menneskerettslige vurderingene gjøres på en forsvarlig måte. Det er derfor bra at myndighetene legger opp til å innføre en hjemmel for innføring av et slikt tiltak.

Inngrep i retten til privatliv vil kun være tillatt dersom tre vilkår er oppfylt: (i) Inngrepet må ha hjemmel i lov, (ii) inngrepet må søke å ivareta et legitimt formål og (iii) inngrepet må være nødvendig for å ivareta formålet og er forholdsmessig.<sup>8</sup>

I lovskravet ligger det for det første et krav om at myndighetene må kunne vise til et nasjonalt rettsgrunnlag for sin myndighetsutøvelse jf. Grunnloven § 113. Også i EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 er det oppstilt et krav om at inngrep i privatlivet skal ha grunnlag i lov.<sup>9</sup> Inngrepet skal baseres på regler som er så tilgjengelige og så presise som forholdene tillater.<sup>10</sup>

Forholdsmessighetsavveiningen munner ofte ut i et spørsmål om myndighetene har funnet en «rimelig balanse» mellom formålet (behovet for inngrepet) på den ene siden og

---

<sup>6</sup> EMDs dom *Todorova v. Italia* (33932/06) avsnitt 82.

<sup>7</sup> Se *D.H. mfl. v. Tsjekkia* (57325/00) som gjaldt rasediskriminering, og *Markin v. Russland* (30078/06) som gjaldt kjønnsdiskriminering, knyttet til klagernes rett til familieliv.

<sup>8</sup> Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60. Se også Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 28. Direkte uttalt i HR-2017-1130, avsnitt 42.

<sup>9</sup> HR-2015-206-A avsnitt 60 og HR-2016-2554-P avsnitt 81-82.

<sup>10</sup> HR-2018-1907-A avsnitt 51 (flertallet 4-1), avsnitt 51 med videre henvisninger. Om innholdet i lovskravet etter EMK se blant plenumsdommen *Sunday Times v. Storbritannia* 6538/74) avsnitt 47-49 og *Silver* med flere mot Storbritannia (5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75) avsnitt 86-88.

individets rettigheter på den andre.<sup>11</sup> Inn under vurderingen om hvorvidt myndighetene har funnet en rimelig balanse og om lovkravet er oppfylt, er det av betydning at systemet og regelverket inneholder gode kontrollmekanismer og rettssikkerhetsgarantier for å minske risikoen for misbruk/vilkårlighet/formålsutglidning.

NIM mener det er positivt at lovforslaget begrenser hvilke opplysninger som skal inngå i et koronasertifikat. Den foreslåtte lovteksten stiller imidlertid ikke spesifikke krav til hvor lenge opplysningene skal lagres hos private aktører. Departementet skriver i høringsnotatet at når et koronasertifikat er avlest, vises det kun på avlesers skjerm i en kort tidsavgrenset periode som begrenser risikoen for misbruk.<sup>12</sup> NIM mener at departementet kunne vært tydeligere i hva som ligger «en kort tidsavgrenset periode», og kunne inntatt forslag til dette i lovteksten eller i forskrift. Så langt det ikke påvises et behov for at opplysningene ligger lagret hos avleseren etter at koronasertifikatet er avlest, bør det følge av loven eller forskrift at opplysningene skal slettes.

NIM mener at regelverket bør inneholde klare avgrensninger for å forhindre formålsutglidning. Tilgjengeliggjøring av helseopplysninger for private aktører øker for det første risikoen for at opplysningene kan brukes til andre formål. For det andre kan det tenkes tilfeller hvor myndighetene ønsker å hente ut opplysninger fra private aktører som har registrert den enkeltes koronasertifikat, i den hensikt å kunne gjennomføre smittesporing. I vurderingen av om koronasertifikat er lovlig og forholdsmessig er det av betydning hvordan opplysningene videre behandles i ettertid. NIM anbefaler derfor at regelverket bør inneholde et forbud mot videre bruk av opplysningene etter at disse er avlest, eventuelt med nærmere opplistede spesifikke unntak.

### **3. Diskrimineringsspørsmål og forbudet mot usaklig forskjellsbehandling**

NIM er enig med departementet i at innføringen av koronasertifikat aktualiserer diskrimineringsvernet som er vernet etter SP artikkel 26, ØSK artikkel 2, EMK artikkel 14 og Grunnloven § 98 annet ledd.

Etter EMDs praksis vil ikke all forskjellsbehandling være diskriminering. Domstolen benytter seg av en to-trinntest ved vurderingen av om forskjellsbehandling er diskriminering i konvensjonens forstand.<sup>13</sup> Det første spørsmålet er om det foreligger forskjellsbehandling mellom mennesker i tilnærmet like situasjoner. NIM er enig med departementet i at et koronasertifikat som differensierer tiltaksbyrde ut fra den biologiske markøren immunitetsstatus eller fravær av smitte, vil innebære forskjellsbehandling.

---

<sup>11</sup> Se blant annet Breyer v. Tyskland (50001/12), avsnitt 91.

<sup>12</sup> Høringsnotatet s. 36.

<sup>13</sup> EMDs dom Malla Sali v. Hellas avsnitt (20452/14), avsnitt 135. Fabris v. Frankrike (16574/08), avsnitt 56. D.H. and Others v. Tsjekkia (57325/00), avsnitt 175.

For det andre må forskjellsbehandlingen være saklig begrunnet. Herunder må forskjellsbehandlingen ha et legitimt formål og tiltak må stå i rimelig forhold til dette formålet (være proporsjonale). Departementet viser til at når immunitet eller fravær av smitte ikke lenger kan begrunne restriksjoner, må de opphøre. Dette må anses som et saklig formål. Videre viser departementet til behov for gradvis gjenåpning av samfunnet, samt medisinskfaglige vurderinger bak vaksineringsen. Når det gjelder om de foreslåtte tiltakene står i rimelig forhold til disse formålene, har departementet en grundig gjennomgang av hvilke momenter som må inngå i avveiningen. Ettersom forslaget ikke regulerer i hvilke tilfeller det kan gjøres lettelse i smitteverntiltak, blir den konkrete forholdsmessighetsvurderingen noe abstrakt.

NIM vil likevel understreke viktigheten av at negativ test sidestilles med vaksinasjon. Det vil innebære at flest mulig som ikke representerer smittefare kan omfattes av ordningen med koronasertifikat uavhengig av vaksinasjon. Dette er også i tråd med ordningens begrunnelse – å oppheve restriksjoner hvor begrunnelsen ikke lenger gjelder, samt å få samfunnets hjul i gang igjen.

### 3.1. Forholdet til religions- og trosfriheten

Et særspørsmål som departementet drøfter på side 24 er at manglende vaksineringsen kan ha sammenheng med religion eller overbevisning, ved at en person ikke vil vaksinere seg på grunn av religiøs eller livsynsmessig overbevisning. EMK artikkel 9 beskytter retten til tros- og tankefrihet, inkludert ulike former for overbevisninger, samt ritualer, undervisning og praksiser som følger med overbevisningen. Artikkel 9 dekker likevel ikke alle typer atferd som skjer med utgangspunkt i tros- eller tankefrihet. EMD har tidligere vektlagt at vaksinasjon retter seg mot alle mennesker uavhengig av tro og livssyn, og domstolen har understreket at når det gjelder vaksinasjon, sammenlignet med andre medisinske tiltak, vil akkurat religionsfriheten kunne bli tolket innskrenkende.<sup>14</sup> I Storkammeravgjørelsen *Vavříčka og andre mot Tsjekkia fra april 2021* konkluderte EMD med at vaksinemotstand uten noen ytterligere livssynsbasert begrunnelse ikke kunne anses å være en overbevisning eller tro av som var beskyttet av artikkel 9.<sup>15</sup>

## 4. Innspill til utformingen av hjemmelen

### 4.1. Innledning

I dette punktet gir vi noen innspill til endringer i lovgrunnlaget som skal sikre klare og presise regler og dermed et godt grunnlag for at menneskerettslig oppfyllelse ved regelverksutvikling gjennom forskrifter.

---

<sup>14</sup> EMDs dom *Jehovas Witnesses Moscow v. Russland (302/02)*, avsnitt 136.

<sup>15</sup> EMDs dom *Vavříčka and Others v. Tsjekkia (4762/13)*, avsnitt 335.

Som nevnt ovenfor, gir den foreslåtte hjemmelen ikke i seg selv adgang til å iverksette smitteverntiltak, men åpner for bruk av koronasertifikat som eneste mulige dokumentasjon hvis det med hjemmel i øvrige bestemmelser i smittevernloven iverksettes smitteverntiltak hvor vaksinasjonsstatus, negativt testresultat eller immunitet inngår i avgrensningen av tiltaket. Slike avgrensninger gjøres allerede, det er altså hjemmelen for en bestemt dokumentasjon på dette, som reguleres.

#### 4.2. Adgangen til å hjemle unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling

Det heter i utkastet til smittevernloven § 4A-2 første ledd:

«Ingen kan forskjellsbehandles på grunnlag av at de ikke kan fremvise koronasertifikat, med mindre bestemmelser i eller i medhold av lov gir adgang til dette.»

Hva som ligger i uttrykket «forskjellsbehandles» er ikke nærmere omtalt i særmerknadene. Men slik NIM forstår forslaget, innebærer dette et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av manglende fremvisning av koronasertifikat utover tilfeller hvor dette er særskilt hjemlet. Dette er viktig, fordi det sikrer klarhet for befolkningen i hvilke tilfeller koronasertifikat kan kreves fremvist for å bli omfattet unntak eller begrensninger i smitteverntiltak etter smittevernloven. Vi støtter et slikt forbud, men har noen innspill til hvordan det kan gjøres mer presist. Dette har betydning for rekkevidden av personverninngrepet.

Ordlyden «i eller i medhold av lov» må forstås slik at den avgrenser mot ulovfestet rett, slik som f.eks. eierrådighet over en institusjon eller arbeidsgivers styringsrett. Ordlyden avgrenser imidlertid ikke mot noen bestemt lov eller lovbestemmelse. Heller ikke særmerknadene inneholder noen avgrensning i så måte.<sup>16</sup> Etter vurderingene i høringsnotatet, synes lovhjemmelens formål å være å gi regler om sikker dokumentasjon der smittevernloven eller regler gitt i medhold av denne åpner for at vaksinestatus, testing eller gjennomført funksjon har betydning for om en smittevernregel kommer til anvendelse. Etter NIMs oppfatning bør det derfor presiseres om det er meningen at også andre lover kan gi grunnlag for forskjellsbehandling basert på at noen ikke fremviser koronasertifikat. For å sikre formålet med å gi en klar avgrensning på denne adgangen, bør det etter NIMs oppfatning fremgå klart at unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling bare kan fremkomme av positivt angitte bestemmelser i smittevernloven eller forskrifter gitt i medhold av disse.<sup>17</sup> Et sentralt poeng med å utforme

---

<sup>16</sup> Se punkt 8 på side 38 der departementet uttaler at «Dette innebærer at den som skal kunne kreve at personer fremviser koronasertifikat, må ha et grunnlag for dette i lov eller forskrift.»

<sup>17</sup> Heller ikke særmerknadene inneholder noen avgrensning i så måte, jf. punkt 8 på side 38 der departementet uttaler at «Dette innebærer at den som skal kunne kreve at personer fremviser koronasertifikat, må ha et grunnlag for dette i lov eller forskrift.»

hjemmelen på en slik måte er nettopp å skape tydelighet på i hvilke tilfeller det kan kreves fremvisning av vaksinesertifikat.

Det fremgår heller ikke tydelig av ordlyden hvorfor det særskilte hjemmelskravet åpner for at forskjellsbehandling kan skje på grunnlag av individuelle pålegg som ikke følger direkte av lov eller forskrift. Det gjelder typisk vilkår for en tillatelse. Det kan med fordel omtales i en proposisjon.

Spørsmål om hvorvidt en lovbestemmelse gir adgang til å gi forskrifter om forskjellsbehandling på grunnlag av at noen ikke kan fremvise koronasertifikat, kan i prinsippet oppstå knyttet til flere forskriftshjemler i smittevernloven.<sup>18</sup> Vi antar det er meningen at det er bare forslaget til lovbestemmelser i høringen som skal kunne gi hjemmel for bruk av koronasertifikat som eneste dokumentasjon, altså at disse skal forstås uttømmende. Hvis det er tilfellet, bør det komme tydelig frem i en eventuell proposisjon.

I forlengelse av dette, er det etter NIMs syn også behov for ytterligere avklaring med henblikk på om kommunene etter smittevernloven kan gi regler om forskjellsbehandling ved manglende fremvisning av koronasertifikat. Slik vi leser forslaget, forstår vi det som at det er departementet som alene har kompetanse til å lage regler om hvilke tilfeller vaksinepass kan brukes som eneste dokumentasjon på vaksinerings, gjennomført sykdom eller oppdatert test. Dette kan med fordel presiseres.

### 1.3 Bruk av straff

NIM bemerker for øvrig at forbudet mot forskjellsbehandling i utkastet til smittevernloven § 4A-2 oppstiller plikter for svært mange private aktører. Smittevernloven fastsetter at med unntak av overtredelse av plikter etter § 5-1 eller plikter som omfattes av helsepersonell-lovgivningen, straffes forsettlig eller uaktsom overtredelse av smittevernloven eller vedtak gitt med hjemmel i loven med bot eller fengsel inntil 2 år. Denne bestemmelsen er ikke nevnt i høringsnotatet. I en eventuell proposisjon, bør departementet klargjøre hvor langt straffebestemmelsen skal gjelde ved overtredelser av regler gitt i eller i medhold av forslaget til lovbestemmelser.

## 5. Avslutning

Som det fremgår, regulerer forslaget egentlig ikke spørsmålet om i hvilke tilfeller det er anledning til å skille mellom restriksjoner for personer som er vaksinert og ikke. Dette gjøres gjennom unntak fra lov og forskrift ellers. Dette forslaget regulerer, som nevnt flere ganger, kun spørsmålet om i hvilke tilfeller vaksinepass kan kreves som eneste grunnlag

---

<sup>18</sup> Det gjelder blant annet smittevernloven § 4-1 om møteforbud, stenging av virksomhet, begrensning i kommunikasjon, isolering og smittesaner og smittevernloven § 4-3 om forskrifter om karantenebestemmelser. Det gjelder også i prinsippet forslaget til § 4A-1 andre ledd der det fastsettes at departementet kan gi forskrift for å gjennomføre forpliktelser som følger av EØS-avtalen om EU-covid-19-sertifikat.

for å dokumentere en status som gir adgang til slike unntak. Spørsmålet om i hvilke tilfeller det kan gjøres unntak fra ulike restriksjoner på grunnlag av vaksine eller teststatus reiser imidlertid spørsmål som det er viktig at adresseres prinsipielt. Noen slike unntak reiser vesentlig mer prinsipielle spørsmål enn andre. Det er derfor viktig at slike endringer som innfører denne type unntak fra restriksjoner på grunnlag av særlig vaksinestatus, innføres via grundige og gode prosesser, som sendes på høring, ettersom det kan reise både etiske, politiske og menneskerettslige spørsmål.

Vennlig hilsen

for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad

Direktør

Anders Einar Broderstad

Rådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.