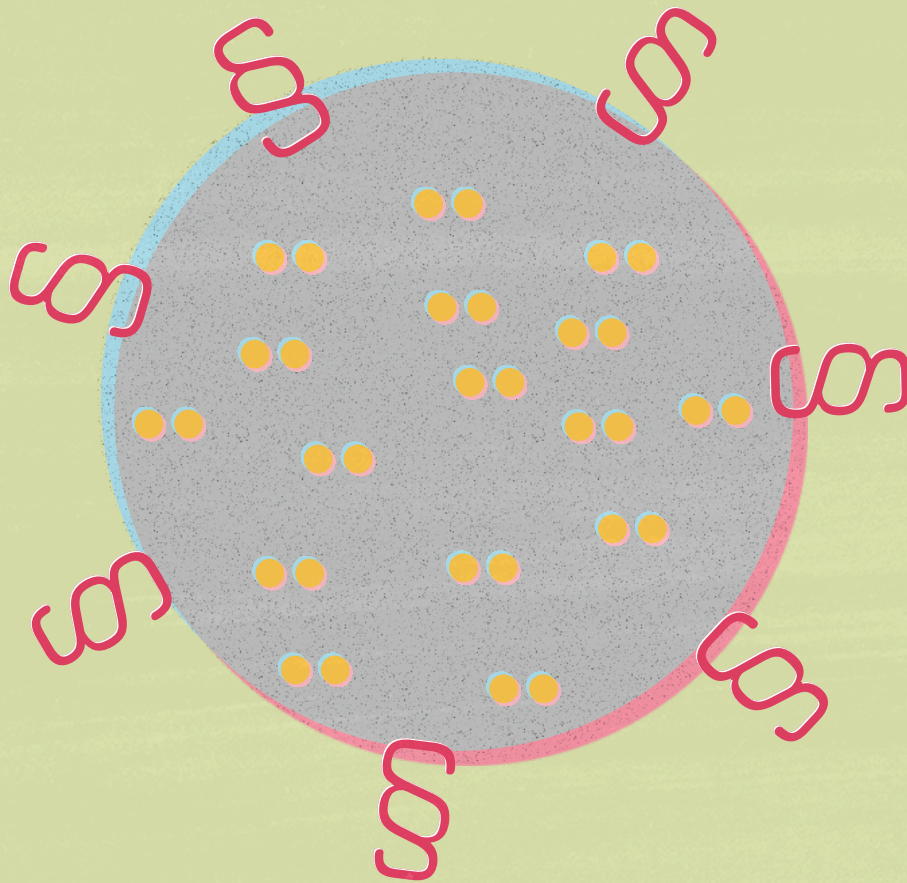




Ivaretagelsen av menneskerettighetene ved håndteringen av utbruddet av covid-19



Innhold

SAMMENDRAG	5
1. INNLEDNING.....	12
2. OVERSIKT OVER DET MENNESKERETTLIGE VERNET OG DETS FUNKSJON	14
2.1. Menneskerettighetene	14
2.2. Om retten til helse.....	17
2.3. Adgangen til å gripe inn i menneskerettighetene	18
2.3.1. Oversikt	18
2.3.2. Fravikelse av menneskerettigheter (derogasjon) i en krigs- og krisesituasjon 19	
2.3.3. Kravet til lovgrunnlag ved inngrep i menneskerettighetene	20
2.4. Hvilke offentlige myndigheter har ansvar for oppfyllelsen av menneskerettighetene.....	23
3. IVARETAKELSE AV DEMOKRATI OG RETTSSIKKERHET VED REGELVERKSPROSESSER I TILKNYTNING TIL UTBRUDET AV COVID-19	25
3.1. Innledning	25
3.2. Normalsituasjonen: Demokrati og rettssikkerhet ved vedtakelse av lover	26
3.3. Demokrati og rettssikkerhet ved vedtakelse av forskrifter	27
3.4. Forskrifter gitt med fullmakt i koronaloven	27
3.5. Smittevernloven § 7-12 om særlig fullmakt for Kongen.....	32
4. GENERELLE PÅLEGG GITT I MEDHOLD AV SMITTEVERNLOVEN PÅ STATLIG NIVÅ. 37	
4.1. Oversikt over reguleringen av isolasjon og karantene rettet mot befolkningen som helhet	37
4.2. Forholdet til bevegelsesfriheten og retten til privatliv ved isolasjon- og karantene etter covid-19-forskriften – utgangspunkter	39
4.3. Vernet mot vilkårlig frihetsberøvelse	40
4.4. Forbud mot opphold på fritidseiendom	42
4.5. Utreiseforbudet for helsepersonell	44
5. KOMMUNALE PÅLEGG OM KARANTENE.....	49
5.1. Innledning	49

5.2.	Oversikt over kommunenes myndighet etter smittevernloven § 4-1.....	51
5.3.	Hvorvidt påleggene om karantene ved innreise oppfyller lovskravet	53
5.3.1.	Oversikt over tolkningsspørsmålene	53
5.3.2.	Funksjonen til uttrykket «geografisk avgrensede områder»	54
5.3.3.	Innholdet i alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet»..	56
5.3.4.	Hvilken smittefare som må foreligge ved pålegg etter smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d	58
5.4.	Forholdsmessigheten av påleggene om karantene ved innreise til kommunen	60
5.5.	Hvorvidt smittevernloven § 4-1 første ledd gir et betryggende rammeverk for oppfyllelse av menneskerettslige krav ved kommunale vedtak.....	61
6.	KARANTENE OG ISOLASJON I SMITTEVERNØYEMED I FENGSEL	63
6.1.	Forholdet til menneskerettighetene	63
6.2.	Kommunale pålegg om karantene overfor innsatte i fengsel	64
6.3.	Kriminalomsorgens retningslinjer om isolasjon og karantene i smittevernøyemed.....	68
6.4.	Hvorvidt tiltak med virkning som isolasjon i smittevernøyemed kan fastsettes med grunnlag i straffegjennomføringsloven	70
6.5.	Hvorvidt covid-19-forskriften i noen typetilfeller kunne gi grunnlag for karantene og isolasjon	73
7.	FREMSTILLING FOR RETTEN VED FØRSTEGANGS VARETEKTSFENGSLING HOLDT SOM FJERNMØTE FREMFOR FYSISK FREMSTILLING	75
8.	OFFENTLIGHET I FOLKEVALGTE ORGANER OG DOMSTOLENE	78
8.1.	Innledning	78
8.2.	Folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner.....	78
8.3.	Rettsmøter	80
8.4.	Åpenhet og taushetsplikt.....	81
9.	FORSAMLINGS- OG DEMONSTRASJONSFRIHET	83
10.	BARNS MENNESKERETTIGHETER	86
10.1.	Innledning	86
10.2.	Retten til utdanning.....	86
10.3.	Plikten til å beskytte voldsutsatte barn	88

10.4.	Plikten til å foreta menneskerettslige vurderinger.....	90
11.	BEBOERE I HELSE- OG OMSORGSINSTITUSJONER OG TILRETTELAGTE BOLIGER ...	91
11.1.	Innledning	91
11.2.	Besøksrestriksjoner.....	91
11.3.	Forholdet til retten til privatliv (autonomi) ved tvungne tiltak i smittevernøyemed.....	94

Sammendrag

NIM har i denne rapporten kartlagt hvordan menneskerettighetene har vært ivaretatt ved myndighetenes håndtering av utbruddet og håndteringen av covid-19. Rapporten ser på hvorvidt myndighetene har respektert og sikret menneskerettighetene og ivaretatt rettssikkerheten, og dels hvordan regelverket og prosessene for å sikre oppfyllelse av menneskerettighetene har fungert. Hovedformålet med arbeidet har vært å gi Koronakommisjonen et grunnlag for sin vurdering av myndighetenes håndtering, samt å finne læringspunkter knyttet til ivaretagelse av menneskerettighetene ved videre forløp av denne pandemien, nye pandemier og andre fremtidige kriser. Gjennomgangen av forholdet til menneskerettighetene er ikke uttømmende.

Kapittel 2 gir en oversikt over det menneskerettslige vernet og dets funksjon. Menneskerettighetene har forskjellige funksjoner i vårt samfunn. De sikrer en felles internasjonal standard for statlige myndigheters forpliktelser overfor individene. De bidrar også til sunn maktfordeling og hindrer bevisst (og ubevisst) myndighetsmisbruk ved at inngrep i menneskerettighetene krever særlige begrunnelser og operasjonaliserer hvordan ulike samfunnsinteresser skal veies mot hverandre. Ivaretagelse av menneskerettigheter er også et kollektivt gode gjennom f.eks. ytringsfrihetens og diskrimineringsvernets betydning for demokrati og samfunn. Alle offentlige myndigheter er bundet av menneskerettighetene. Kommunene har eget menneskerettighetsansvar for myndighetsutøvelse i kommunal regi.

De fleste menneskerettigheter kan begrenses på visse vilkår. Man kan ha trafikkregler tross bevegelsesfriheten, forbud mot trusler tross ytringsfriheten og lovlige etterforskningsmetoder tross vernet om privatlivet. Ved inngrep i beskyttede rettigheter kreves det at begrensningen har grunnlag i lov, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig. Lovkravet innebærer at adgangen til inngrep i en rettighet skal angis så presist i loven som forholdene tillater. Hvorvidt presisjonsvilkåret er oppfylt beror på en sammensatt vurdering. Det overordnede spørsmålet er om regelverket ivaretar hensynet til forutberegnelighet og vern mot vilkårlig myndighetsutøvelse.

Forholdsmessighetsvurderingen er sammensatt. Behovet for inngrepet må vurderes opp mot ulempen for den enkelte. Det må foreligge en «fair balance» (rimelig balanse) mellom samfunnsformål og hensynet til individet. *Det minste inngreps prinsipp* står sentralt. Det innebærer at inngrepet ikke må være mer inngripende enn det som er nødvendig for å oppnå det bestemte formålet. Tiltak eller inngrep må også være egnet til å oppnå målet.

Kapittel 3 undersøker hvordan demokrati og rettssikkerhet ble ivaretatt i regelverksprosessene opp mot covid 19-håndteringen. Hvordan ble menneskerettighetene ivaretatt i disse prosessene? Vi har vurdert hvorvidt prosessene var egnet til å sikre ivaretagelse av menneskerettslige krav. Vi har også sett på om prosessene la til rette for utarbeidelse av regelverk raskt der det var nødvendig for å ivareta menneskerettighetene.

Rapporten gir en oversikt over de normale regelverksprosessene ved vedtakelsene av lover og forskrifter. Disse prosessene sammenlignes med prosedyrene for vedtakelse av forskrifter etter koronaloven og smittevernloven § 7-12 og.

NIM konkluderer med at koronaloven ivaretok viktige rettssikkerhetsprinsipper slik den ble utformet etter innspill fra det sivile samfunn og juridiske fagmiljøer og med god forankring i Stortinget. Gjennom den involveringen av Stortinget som koronaloven foreskrev, ivaretok loven bredere demokratiske og rettssikkerhetsmessige hensyn på en bedre måte enn ved bruk av regjeringens fullmakt etter smittevernloven § 7-12. Forskrifter etter koronaloven ble også langt oftere sendt på høring enn forskrifter etter smittevernloven § 7-12.

NIM mener at koronaloven burde vært brukt i flere tilfeller der det var tvilsomt om forvaltningen hadde tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for sine krisetiltak. Koronaloven gav vesentlig bedre rettssikkerhetsgarantier sammenlignet med tiltak som ble gjennomført ved instruks, retningslinjer og tidvis også nødrettslige betraktninger i forvaltningen.

I **kapittel 4** vurderer vi generelle pålegg gitt i medhold av smittevernloven på statlig nivå. Med grunnlag i krisefullmakten i smittevernloven fastsatte regjeringen regler om karanteneplikt i eget hjem eller annet egnet oppholdssted ved innreise eller nærkontakt ved bekreftet smittet person. Ved bekreftet smitte, hadde personen plikt til å oppholde seg i isolasjon i eget hjem, og skulle så langt som mulig ikke ha nærkontakt med personer i samme husstand. Pålegg om karatene og isolasjon innebærer inngrep i bevegelsesfriheten og retten til privatliv. Statens menneskerettslige plikt til å sikre liv og helse trekker likevel i retning av at tiltakene var nødvendige og forholdsmessige.

Med grunnlag i smittevernloven innførte regjeringen også et midlertidig forbud mot opphold på fritidseiendom. Formålet var å unngå svært mange personer i kommuner hvor det ikke var kapasitet i helse- og omsorgstjenesten til å håndtere svært mange syke personer samtidig. Forbudet utgjorde et inngrep i bevegelsesfriheten og eiendomsretten. Spørsmålet blir da om inngrepet var i alle tilfeller var forholdsmessig. Et sentralt moment i denne vurderingen er om forbudet var mer omfattende og langvarig enn nødvendig. NIM mener bruk av prosedyrene etter koronaloven, i stedet for etter smittevernloven, kombinert med offentlig høring kunne sikret grundigere vurderinger av disse spørsmålene.

Regjeringen innførte også forbud for helsepersonell som arbeider med pasientbehandling og i apotek å reise til utlandet. Helsedirektoratet kunne gi dispensasjon i særlige tilfeller. Forbudet gjaldt fra 27. mars 2020 til 7. mai 2020. Etter Grunnloven § 106 andre ledd første punktum kan ingen «nektes å fortale riket med mindre det er nødvendig av hensyn til en effektiv rettsforfølgelse eller for avtjening av verneplikt». Unntaksformålene omfatter ikke begrensninger for å sikre kapasitet i helsevesenet. Det kan reises spørsmål ved om helsepersonell i noen utstrekning gir avkall på retten til å reise ut ved inntreden i yrket.

Det knytter seg etter vårt syn betydelig tvil ved grunnlovsmessigheten av utreiseforbudet for helsepersonell.

I **kapittel 5** ser vi på kommunale pålegg om karantene gitt i medhold av smittevernloven. Da utbruddet kom, innførte en del kommuner lokale karantenerogler, og noen få både lokale karantene- og innreiseforbud. Disse reglene kom i tillegg til de statlige påleggene etter covid-19-forskriften. Lokale karantenerogler innebar typisk at personer fra andre kommuner eller regioner som ankom kommunen ble pålagt å oppholde seg i eget hjem eller egnet oppholdssted i fjorten eller syv dager. Innreiseforbudene innebar typisk at personer som var bosatt utenfor kommunen eller regionen ikke fikk reise inn i kommunen. Personell med samfunnskritiske funksjoner, som kunne hindre tap av store materielle verdier og de som hadde sterke personlige grunner var gjerne unntatt. Kommuner begrunnet karantene- og innreisebestemmelsene dels ut ifra hensynet om å forsinke og hindre spredning av Covid-19, og dels for å bidra til å opprettholde nødvendig kapasitet i helse- og omsorgstjenestene.

Smittevernloven gir kommunene adgang til å treffe vedtak om møteforbud, begrensninger i den sosiale omgangen mellom mennesker, stenging av virksomhet, begrensning i kommunikasjon, isolering og smittesanering. Grunnvilkåret for å kunne treffe slike pålegg er at det er «nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført». Tiltakene skal være forholdsmessige. Påleggene om karantene og innreiseforbud utgjorde inngrep i bevegelsesfriheten. Pålegg om karantene vil nokså gjennomgående være et inngrep i privatlivet, og kan etter forholdene innebære et inngrep i familielivet. Det innebærer at tiltaket må ha tilstrekkelig grunnlag i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig.

Kommunens karantenepålegg reiser flere spørsmål om rekkevidden av kommunenes myndighet etter smittevernloven. Det gjelder både hva slags type karantenepålegg en kommune kan fastsette og vilkårene for pålegg.

For det første, er det spørsmål om kommunen har en generell adgang til å fastsette begrensninger i bevegelsesfriheten overfor alle personer som oppholder seg i kommunen. NIM mener at kommuner har en generell adgang til å pålegge begrensninger i bevegelsesfriheten for personer som oppholder seg i kommunen. Slike begrensninger kan omfatte karantebestemmelser.

For det andre, er det spørsmål om hvilke holdepunkter kommunen må ha for smitte hos en person for å pålegge karantene. Kommunene påla karantene også der det bare forelå en alminnelig fare for at personen var smittet. Med utgangspunkt i de smittevernfaglige vurderingene som forelå, antar NIM at kommunene kan fastsette pålegg om begrensninger i bevegelsesfriheten uten at det gjelder noe vilkår om at en person er smittet eller antatt smittet eller har hatt nærkontakt med en slik person. Hvis det bare

foreligger en alminnelig smittefare, har det imidlertid vesentlig betydning for den menneskerettslige vurderingen av om et slikt pålegg er nødvendig og forholdsmessig.

Vi spør om smittevernlovens regulering av kommunenes myndighet gir et tilstrekkelig rammeverk for oppfyllelse av menneskerettslige krav. Vår gjennomgang i kapittel 5 og 6 viser at regelverket på noen punkter er upresist og uklart. Det er heller ikke godt tilpasset inngripende pålegg i enkeltsaker. Der karantene er særlig inngripende, slik som for beboere i institusjoner, bør det fremgå av regelverket at beslutningen skal treffes som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Da kommer saksbehandlingsreglene i loven til anvendelse og kravene til nødvendighet og forholdsmessighet i hvert enkelt tilfelle kan ivaretas på en skikkelig måte.

I **kapittel 6** vurderer vi isolasjon og karantene i fengsel i smittevernøyemed. En del grupper av innsatte i fengsel ble pålagt karantene og isolasjon i fengselet. Dette ble gjennomført gjennom vedtak om utelukkelse fra felleskapet i fengselet. Karantene virket i flere tilfeller på samme måte som isolasjon. Utelukkelse av en innsatt i smittevernøyemed betydelig utover det som må anses som normal utelukkelse i fengsel, hensyntatt det restriksjonsnivå som ellers gjelder for å begrense smittespredning i samfunnet for øvrig, vil etter NIMs syn utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Isolasjon og karantene hadde ulik smittevernfaglig begrunnelse og skjedde med grunnlag i forskjellige regelverk, nemlig covid-19 forskriften gitt etter smittevernloven § 7-12, straffegjennomføringsloven § 37 og pålegg fra kommunene etter smittevernloven § 4-1.

Smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d gir kommunene adgang til å pålegge «isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet». Vi mener at smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d ikke gir kommunene adgang til å pålegge karantene overfor innsatte i fengsel med faktiske virkninger som isolasjon. Selv om man anser bestemmelsen for å gi slik hjemmel, stilles det uansett strenge krav til vurderingen av nødvendighetsvilkåret og forholdsmessigheten. Der behovet for isolasjon av den innsatte skyldes en alminnelig fare for at den innsatte kan være smittet, krever nødvendighetsvilkåret at pålegget må bygge på en individuell vurdering av behovet og hvordan den enkelte innsatte rammes.

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd hjemler ulike grunnlag for hel eller delvis utelukkelse når det av ulike grunner er «nødvendig» som et forebyggende tiltak, herunder for å opprettholde «ro, orden og sikkerhet», jf. bokstav e. Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e gir ikke hjemmel til å utelukke innsatte fra fellesskapet bare på grunnlag av at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare.

Nødrettsbetraktninger kan etter forholdene gi grunnlag for isolasjon i smittevernøyemed i fengsel. Antagelig kunne nødrett bare gi grunnlag for isolasjonstiltak i en kort periode regjeringen trengte til å områ seg for å få på plass nødvendig regelverk.

I covid-19-forskriften var det fastsatt regler om karantene og isolasjon. Forskriftsbestemmelsene inneholdt ikke noe forbehold for personer som bor i institusjoner, og omfattet dermed også disse. Etter menneskerettighetene må adgangen til inngrep i en rettighet angis så presist i loven som forholdene tillater. Isolasjonsplikten for innsatte i fengsel i var etter vårt syn tilstrekkelig klart angitt. Karantenebestemmelsene var imidlertid ikke klare. Grensene for hva som utgjør «eget hjem eller på annet egnet oppholdssted» i et fengsel er for eksempel i en del tilfeller uklart. NIM har derfor konkludert med at lovskravet for bruk av utelukkelse ikke var oppfylt ved karantenepålegg.

I **kapittel 7** vurderer vi forskrift gitt i medhold av koronaloven som åpnet for at retten i en del tilfeller kunne beslutte fjernmøter opp mot menneskerettslige krav om domstolskontroll ved varetektsfengsling. I Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse HR-2020-972-U behandlet utvalget spørsmålet om tingretten – ved første gangs fengsling – kunne beslutte fjernmøte med hjemmel i forskriften § 2 når siktede ønsket fysisk fremstilling. Ankeutvalget mente adgangen til å gjøre unntak fra retten til fremstilling i EMK artikkel 5 nr. 3 var «meget snever», og forutsatte at retten konkret vurderer om det av smitteverngrunner er uforsvarlig å avholde fengslingsmøtet på annen måte enn ved fjernmøte i den aktuelle saken.

NIM mener at Justis- og beredskapsdepartementet ved forberedelsen av forskriften burde avklart om forskriften var ment å gi adgang til fjernmøter fremfor fysisk fremstilling ved første gangs fengsling selv om siktede ikke samtykket til dette.

I **kapittel 8** behandles offentlighet i folkevalgte organer, ved domstolene og i forvaltningen. Både møter i folkevalgte organer og rettsmøter har noen grad blitt gjennomført selv om offentligheten ikke kunne delta, heller ikke gjennom bruk av fjernteleskopi. Etter Grunnloven § 100 femte ledd har enhver rett «til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer». Retten kan begrenses ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner». Kravet til offentlighet er med andre ord ikke absolutt, men vilkåret om at det skal «tungtveiende grunner» til, er strengt.

I forskrift gitt etter kommuneloven ble det åpnet for at det kunne gjennomføres fjernmøter selv om kommunen eller fylkeskommunen ikke hadde tekniske løsninger for å sikre allmennhetens tilgang. Det innebar en begrensning i retten til å følge forhandlingene i folkevalgte organer. Etter vårt syn hadde forskriftsbestemmelsen ikke hjemmel i kommuneloven. Følgelig ble lovskravet for begrensninger av møteoffentligheten etter Grunnloven § 100 femte ledd etter vårt syn neppe oppfylt.

Det ble også gitt regler som utvidet adgangen til å holde rettsmøter som fjernmøte i sivile saker og i straffesaker. Offentlighetens adgang til å følge rettsmøtene som fjernmøter ble ikke nærmere regulert. NIM er ikke kjent med hvor langt domstolene har klart å sikre

offentligheten tilgang der rettsmøtene ble holdt som fjernmøter. Dette bør myndighetene kartlegge.

Taushetspliktsregler er også en begrensning av informasjonsfriheten i Grunnloven § 100, 5. ledd. Et spørsmål er om praktiseringen av taushetspliktregelverket i noen tilfeller ikke har vært i overenstemmelse med menneskerettighetene.

I **kapittel 9** behandles forsamlings- og demonstrasjonsfrihet. I tilknytning til utbruddet innførte sentrale og lokale myndigheter med hjemmel i smittevernloven ulike begrensninger på arrangementer og antall mennesker som kunne samles. Det ble fastsatt et arrangementsforbud i covid-19-forskriften, som utgjorde et inngrep i forsamlingsfriheten. I forbindelse med George Floyd-demonstrasjonene i juni 2020, oppsto spørsmål om demonstrasjoner var omfattet av forbudet. Myndighetene kunne er NIMs syn gjort mer i forkant for å unngå at denne usikkerheten oppsto.

I **kapittel 10** behandles barns menneskerettigheter. Fra 12. mars ble barnehager og skoler nedstengt med grunnlag i smittevernloven. Undervisning ble gjennomført digitalt ved hjemmeskole. Kommunene ble også pålagt å etablere et tilbud for barn og unge med særlige omsorgsbehov som ikke kunne ivaretas når barnehage, skole eller andre dagtilbud ble stengt. Den 20. april åpnet regjeringen for at barnehager kunne åpne. Den 27. april kunne barneskoler for 1. til 4. trinn åpne. Visse unntak fra stengingen ble også fastsatt for videregående skoler og høyere utdanning. Regjeringen åpnet deretter resten av grunnskolen samt videregående skoler fra 11. mai. Nedstengning av skolene utfordret barns menneskerettigheter særskilt, og NIM peker har vurdert to av dem, retten til utdanning og retten til beskyttelse mot vold, overgrep og omsorgssvikt.

Sentralt i retten til utdanning er at alle barn har rett og plikt til grunnskoleutdanning, og denne skal være gratis. Statene skal også arbeide for å gjøre videregående opplæring gratis. I tillegg skal retten til utdanning praktiseres uten noen form for diskriminering.

Det var forutsatt av regjeringen at den midlertidige forskriften om tilpasninger av lovgivningen om grunnopplæringen ikke skulle innskrenke barnets rett til utdanning. Det er likevel uklart om barns rett til utdanning ble ivaretatt i perioden skolen var nedstengt, der undervisningen skjedde hjemme og til dels over digitale medier. NIM noterer at det fra myndighetenes side gjennomgående har manglet vurderinger av hvilke implikasjoner nedstengningen av skolen kunne ha og har hatt for barns menneskerettslige rett til utdanning.

Staten har en menneskerettslig plikt til å forebygge, avverge, etterforske og straffe- forfølge vold og overgrep mellom privatpersoner. Plikten innebærer blant annet at dersom staten vet eller burde vite at det foreligger en reell risiko for vold og overgrep, så plikter myndighetene å iverksette alle rimelige tiltak for å forhindre risikoen. Tiltakene må gi praktisk og effektiv beskyttelse, og forpliktelsene gjelder alle deler av de offentlige tjenestene. Det foreligger også plikt til å treffe tiltak for å forebygge vold og overgrep.

Skolen og barnehagene er viktige arenaer for å fange opp barn som blir utsatt for omsorgssvikt, vold og/eller overgrep hjemme eller av andre. Det er klare indikasjoner på at nedstengingen av skolene fikk alvorlige konsekvenser for de voldsutsatte barna, og det er uklart om forebyggings- og beskyttelsestiltak som ble suspendert, ble kompensert på andre måter. NIM kan ikke se at det er foretatt noen menneskerettslig vurdering av statens plikt til å beskytte voldsutsatte barn i forbindelse med nedstengningen av skoler og barnehager.

I **kapittel 11** behandles tiltak overfor beboere i helse- og omsorgsinstitusjoner og tilrettelagte boliger. Tiltakene som behandles er besøksnekt og bruk av tvang i smittevernøyemed.

I den tidlige fasen av pandemien anbefalte Helse- og omsorgsdirektoratet restriksjoner i besøksadgangen til sykehjem, heldøgns omsorgsbolig øyeblikkelig og hjelp-døgnplasser. Når det gjaldt boliger som var å anse som privatboliger, la direktoratet til grunn at adgangskontroll og besøksstans måtte skje i dialog med beboer, pårørende og eventuelt vergen. I noen tilfeller antar NIM at full nektelse av adgangen til å motta besøk i en helseinstitusjon utgjør et inngrep i privat- og familielivet. NIM reiser spørsmål ved om lovskravet var oppfylt med svært omfattende besøksrestriksjoner, kombinert med at personen i stor grad var avhengig av helse- og omsorgstjenester.

På bakgrunn av flere henvendelser, fremholdt NIM i brev til myndighetene at en rekke kommuner hadde innført pålegg om utgangs- og besøksforbud i ulike former for kommunale boliger og bofelleskap. Det er uklart for oss på hvilket rettslig grunnlag pålegg ble gitt.

Smittesituasjonen kunne skape et behov for å gjennomføre tiltak i smittevernøyemed uten samtykke fra den som ble rammet av tiltaket. Bruk av tvang for å gjennomføre smitteverntiltak er et inngrep overfor den enkelte som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 omfatter en rett til selvbestemmelse, herunder til å nekte å ta imot behandling. Forvaltningsrettslig nødrett må antas å gi svært begrenset adgang til bruk av tvang i smittevernøyemed innenfor helse- og omsorgsinstitusjoner. Helsedirektoratets veileder til kommunene i den tidlige fasen av pandemien, tok etter vårt syn ikke tilstrekkelig høyde for det. Veilederen ble senere justert.

1. Innledning

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) viser til forespørsel fra Koronakommisjonen om en redegjørelse for menneskerettslige sider ved håndteringen av Covid-19 utbruddet i Norge.¹ Kommisjonen har bedt om følgende:

- En kort beskrivelse av det menneskerettslige rammeverket.
- Beskrivelse av hvilke menneskerettslige forpliktelser og problemstillinger som er særlig relevante for håndteringen av pandemien.
- En vurdering av hvordan disse forpliktelsene er ivaretatt under pandemien, både materielt og prosessuelt. Koronaloven og smittevernloven er de mest sentrale.
- Noen eksempler på problemstillinger/funn – både sentrale og lokale vedtak/tiltak.

NIM har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivningen, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig.² Som ledd i dette skal NIM gi råd til Stortinget, regjeringen og andre myndighetsorganer om gjennomføringen av menneskerettighetene.³ NIM uttaler seg i utgangspunktet om det rettslige handlingsrommet, og ikke om hensiktsmessigheten eller prioriteringen av virkemidler for å ivareta statens menneskerettslige forpliktelser. I hensiktsmessighetsspørsmål der vi finner grunn til å avgi vurderinger, er det særlig fordi lovverket eller forvaltningsmessige forhold kan medføre at den konkrete praktiseringen kan ende opp med å stride mot menneskerettighetene. Disse retningslinjene for vårt arbeid gjelder også for vårt bidrag til Koronakommisjonen.

Bidraget tar dels sikte på å kartlegge hvorvidt myndighetene har respektert og sikret menneskerettighetene og ivaretatt rettssikkerheten, og dels hvordan regelverket og prosessene for å sikre oppfyllelse av menneskerettighetene har fungert. Hovedformålet har vært å gi kommisjonen et grunnlag for arbeidet med kartlegging av myndighetenes håndtering. Pandemien skapte tidvis en uoversiktlig og vanskelig situasjon for myndighetene der det måtte iverksettes tiltak raskt. Vurderingen av hvordan myndighetene sikret menneskerettighetene bør ta høyde for det.

Et formål har også vært å finne læringspunkter knyttet til ivaretagelse av menneskerettighetene ved videre forløp av denne pandemien, nye pandemier og andre fremtidige kriser. Regelverk vil alltid åpne opp for skjønn og prioriteringer. For å sikre oppfyllelse av menneskerettighetene er det sentralt at de fagmiljøer som utøver dette vanskelige skjønnet, har innsikt i de menneskerettslige vurderingene som kreves.

Gitt rammene for denne rapporten, har vi i hovedsak undersøkt og vurdert regelverksendringer (lovendringer, sentrale og lokale forskrifter), rettsavgjørelser,

¹ E-post til NIM fra kommisjonens sekretariat 19. juni 2020.

² Lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 1 andre ledd.

³ Lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 3 første ledd bokstav b.

rundskriv og rapporter fra andre offentlige institusjoner fremfor å gjennomgå enkeltsaker.

Gitt den korte tidsrammen for utarbeidelsen av denne rapporten, er ikke dette noen uttømmende gjennomgang av ivaretagelsen av menneskerettighetene under koronakrisen, verken med henblikk på valg av temaer og problemstillinger eller i redegjørelsen for disse. Vi håper likevel at rapporten kan gi gode knagger for kommisjonens videre arbeid.

NIMs gjennomgang er likevel forholdsvis omfattende, gitt at koronahåndteringen har reist menneskerettsspørsmål på en rekke områder. Vi mener at en omfattende gjennomgang har vært nødvendig for å behandle de mange og til dels ulike spørsmålene som krisehåndteringen så langt har reist, på en forsvarlig måte.

Flere av de menneskerettslige spørsmålene som håndteringen reiser beror på en vurdering av hvorvidt inngrep i beskyttede menneskerettigheter var nødvendige i et demokratisk samfunn, dvs. hvorvidt de var forholdsmessige og ivaretok minste inngreps prinsipp. Den konkrete vurderingen av dette vil langt på vei bero på en helsefaglig vurdering av blant annet hvor tunge smittevernrelaterte hensyn som gjorde seg gjeldende, kapasiteten til helsetjenesten, og den kunnskap man hadde om smittesituasjonen på de tidspunkt vedtakene ble fattet.

Gjennomgående har ikke NIM tilstrekkelig oversikt, smittevernrelatert kompetanse eller kunnskap om de faktiske forholdene til å konkludere konkret i disse spørsmålene. Det har for så vidt heller ikke vært et ønske fra kommisjonens side. Det er et grunnleggende menneskerettslig krav at inngrep i menneskerettigheter har et tilstrekkelig *hjemmelsgrunnlag*, det vi omtaler som lovskravet. Videre er det et krav at inngrep i menneskerettigheter er *nødvendige og forholdsmessige*. I dette ligger et krav om det man kaller «det minste inngreps prinsipp». På flere områder reises spørsmål om hvorvidt ulike hjemler for ulike tiltak var tilstrekkelige. Videre reises spørsmål om hvorvidt prosessene som har gått forut for og etter tiltak, slik som høring av forslag og begrunnelser, har vært egnet til å kunne vurdere forholdsmessigheten og det minste inngreps prinsipp. I fremstillingen betones derfor disse hjemmelsvurderingene og vurderinger av regelverksprosesser i vesentlig grad.

2. Oversikt over det menneskerettslige vernet og dets funksjon

2.1. Menneskerettighetene

Norges menneskerettslige forpliktelser følger både av Grunnloven, menneskerettsloven, annen lovgivning og ulike internasjonale konvensjoner, slik som Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Menneskerettighetene gir blant annet vern om liv og helse, forbud mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling, de gir vern mot frihetsberøvelse, rett til privat- og familieliv og rett til en rettferdig rettergang samt rett til ytringsfrihet. Menneskerettigheter gir myndighetene både «negative» forpliktelser (plikt til å avstå fra noe), f.eks. vilkårlig frihetsberøvelse, og «positive» forpliktelser (plikt til å foreta seg noe aktivt for å beskytte menneskerettighetene), f.eks. beskytte mennesker mot vold og overgrep.

Menneskerettighetene gir uttrykk for grunnleggende verdier som vårt samfunn og det internasjonale samfunnet bygger på. De hviler på historiske erfaringer om behov for et særlig vern av visse verdier, uavhengig av det politiske flertallet.

På verdensbasis har pandemien krevd liv og helse, fått store økonomiske implikasjoner, og mange mennesker har mistet sitt levebrød. En av statens viktigste menneskerettsforpliktelser under krisen er å sikre retten til liv og helse. Samtidig gjelder alle andre menneskerettighetene også i en slik krisetid, med mindre staten har truffet en lovlig beslutning om fravikelse av menneskerettighetene (derogasjon), slik det er adgang til for en del typer menneskerettigheter.

Flere tiltak som myndighetene iverksatte under pandemien, reiste menneskerettighetsspørsmål. Et eksempel er isolasjon av innsatte i fengsel for å forebygge smittespredning.⁴ Andre tiltak, som stengning av skoler og barnehager kan ha gjort det vanskelig for staten å ivareta sin plikt til å beskytte barn mot vold, overgrep og omsorgssvikt.

Menneskerettighetene har forskjellige funksjoner i vårt samfunn. De sikrer en felles internasjonal standard for statlige myndigheters forpliktelser overfor borgerne. Menneskerettighetene bidrar også til maktfordeling og hindrer bevisst (og ubevisst) myndighetsmisbruk ved at inngrep i menneskerettighetene krever særlige begrunnelser og operasjonaliserer hvordan ulike samfunnsinteresser skal veies mot hverandre. Ivaretagelse av menneskerettigheter er også et kollektivt gode gjennom f.eks. ytringsfrihetens og diskrimineringsvernets betydning for demokrati og samfunn.

⁴ Se om det i punkt 6.

Menneskerettighetene sikrer dels rettigheter som det er liten politisk strid om, slik som retten til en rettfærdig rettergang og uskyldspresumsjonen i straffesaker. Dels gir de rammer for mindretallsvern, som i noen tilfeller kan være politisk kontroversielle. Menneskerettighetene gir utsatte og sårbare grupper, for eksempel innsatte i fengsel, asylsøkere og funksjonshemmede, rettigheter overfor myndighetene. De gir vern ved tiltak som rammer relativt få i befolkningen. Det er ellers en risiko for at det politiske flertallet ikke prioriterer slikt vern i tilstrekkelig grad. Mindretallsvern kan få særlig betydning i en krisesituasjon, når et presset flertall lettere nedprioriterer mindretallets behov for beskyttelse.

En rekke menneskerettigheter følger av Grunnlovens kapittel E.⁵ At menneskerettighetene også skal verne individet mot et politisk flertall, gjenspeiles i Grunnlovens regler om prosedyrer ved endring av Grunnloven.⁶ De fleste av Grunnlovens menneskerettsbestemmelser har sitt motstykke i menneskerettigheter som følger av ulike konvensjoner som Norge har tilsluttet seg gjennom folkerettslige avtaler.

Etter menneskerettsloven gjelder fem menneskerettighetskonvensjoner⁷ som norsk lov, med forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. loven §§ 2 og 3:

- Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)
- FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)
- FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) og
- FNs kvinnekonvensjon.

Dette betyr at både Grunnlovens menneskerettsbestemmelser og de konvensjoner som er inkorporert med forrang gjennom menneskerettsloven, ved konflikt går foran annen lovgivning og praksis. Sagt på en annen måte, menneskerettighetene innrammer det politiske handlingsrommet, også i en krise.

Norge er part til flere andre menneskerettighetskonvensjoner. FNs rasediskrimineringskonvensjon, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 5, er inntatt i norsk lovgivning og gjelder dermed som norsk lov i sin helhet. I tillegg er Norge part til flere menneskerettighetskonvensjoner som ikke er inkorporert i norsk lov. Det gjelder blant annet FNs konvensjon om funksjonshemmedes rettigheter, Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner

⁵ Ved Grunnlovsreformen i 2014 ble de vesentligste sivile og politiske rettighetene inntatt i Grunnloven. Også enkelte økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter ble inntatt, som retten til utdanning (Grunnloven § 109), og retten til arbeid (Grunnloven § 110).

⁶ Endringer i Grunnloven krever to tredjedels flertall og et mellomliggende stortingsvalg mellom fremleggelsen av forslaget og Stortingets vedtak, jf. Grunnloven § 121 første ledd. Endringer i vanlige lover krever bare simpelt flertall og to vedtak med tre dagers mellomrom, jf. Grunnloven §§ 76 til 79.

⁷ En rekke tilleggsprotokoller til disse konvensjonene gjelder også som norsk lov med forrang foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

(Istanbulkonvensjonen), FNs flyktningkonvensjon og FNs konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Disse er innarbeidet i norsk lovgivning gjennom endringer i andre lover, som f.eks. straffeloven og diskrimineringsloven. Norge er fullt ut bundet av disse konvensjonene og folkerettslig forpliktet til å oppfylle kravene de stiller.

Konvensjoner Norge er folkerettslig bundet av får dessuten betydning for innholdet av norsk rett gjennom det såkalte «presumsjonsprinsippet», som går ut på at norsk rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkeretten.⁸ I noen lover fastsettes det at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten, som i tvisteloven, straffeprosessloven og straffeloven.⁹ I utlendingsloven fastsettes det at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.¹⁰

Oppfyllelse av menneskerettigheter nødvendiggjør ofte avveininger mellom rettigheter. For eksempel kan det oppstå et motsetningsforhold mellom myndighetenes plikt til å sikre befolkningens liv og helse¹¹ og retten til bevegelsesfrihet eller retten til å forlate riket.¹² Det kan også oppstå et motsetningsforhold mellom hensynet til smittevern og andre folkehelse spørsmål som ligger innbakt i retten til helse. Da helsemyndighetene prioriterte koronasyke og smittevern, gikk det utover andre behandlingsbehov.

Individer kan bringe saker om brudd på EMK inn for Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). EMD avgir dommer som er rettslig bindende for de statene som er part i den enkelte sak.¹³ Rettspraksis fra EMD som gjelder andre land har også betydning for tolkningen av EMK generelt.¹⁴ Individer kan også bringe saker om brudd på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter inn for FNs menneskerettskomité.¹⁵ Avgjørelser fra FNs menneskerettskomité er ikke rettslig bindende for statspartene, men vil tillegges betydelig vekt av norske myndigheter. Høyesterett har dessuten fastslått at konvensjonstolking foretatt av konvensjonsorganer gjennom såkalte General Comments har vekt ved tolkningen

⁸ HR-2020-1167-A avsnitt 28; HR-2016-2591-A avsnitt 48; Rt-2010-1445 avsnitt 133 (plenumssak); Rt-2007 s. 234 avsnitt 54; Rt. 2000 s. 1811 (plenumssak) (Finanger I) romertall III nr. 5 på side 1826-1830.

⁹ Tvisteloven § 1-2, straffeloven § 2; straffeprosessloven § 4 første ledd.

¹⁰ Utlendingsloven § 3.

¹¹ EMK artikkel 2 og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 12.

¹² Grunnloven § 106.

¹³ EMK artikkel 46.

¹⁴ Rt-2005-833 (plenumssak) avsnitt 45-47.

¹⁵ Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. Resolusjon fra FNs generalforsamling Generalforsamling 2200 A (XXI) desember 1966.

menneskerettighetskonvensjoner, samtidig som det formelle grunnlag for uttalelsen har betydning for hvilken vekt den skal tillegges.¹⁶

Det finnes også individklageordninger for bl.a. FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs torturkonvensjon, FNs kvinnekonsensjon, FNs konvensjon om funksjonshemmedes rettigheter og FNs barnekonvensjon.¹⁷ Av disse er Norge tilsluttet klageordningen for torturkonvensjonen og kvinnekonsensjonen.

2.2. Om retten til helse

Staten har en plikt til å beskytte innbyggernes helse. Av FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 12 nr. 1, fremgår det at «[k]onvensjonspartene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk». ¹⁸Det følger av artikkel 12 nr. 2 at tiltak for å oppnå full virkeliggjørelse av denne rettigheten skal omfatte tiltak som er nødvendige for å *forebygge, behandle og kontrollere epidemiske, endemiske, yrkesmessige og andre sykdommer*. Dette innebærer at staten ikke bare har en plikt til å kontrollere og behandle pasienter når en epidemi først oppstår, men også må ha en tilstrekkelig beredskap for å forebygge spredning. God beredskap kan redusere behovet for å gripe inn i andre menneskerettigheter for å håndtere en krise. Mange av tiltakene som ble iverksatt i den tidlige fasen handlet om å beskytte helsetjenesten. Et spørsmål er hvorvidt bedre smittevernberedskap, kapasitet og utstyr kunne ha dempet behovet for de mange tiltak som senere måtte iverksettes for å beskytte helsetjenesten.

På samme måte som øvrige rettigheter i konvensjonen, er retten til helse underlagt forbeholdet i artikkel 2 nr. 1, som viser til at partene er forpliktet til «å sette alt inn på at de rettigheter som anerkjennes av denne konvensjon, gradvis blir gjennomført fullt ut med alle egnede midler, og da særlig ved lovgivningstiltak». Det innebærer at statene er forpliktet til å arbeide for gradvis gjennomføring av de ulike rettighetene. Omfanget av statenes konkrete forpliktelser etter artikkel 12 er dermed ikke klare, og statene vil ha betydelig spillerom med hensyn til hvordan de selv ønsker å sikre befolkningens helse. Artikkel 2 nr. 1 i konvensjonen presiserer imidlertid at hvert land også er forpliktet til å

¹⁶ Rt-2009-1261 avsn. 38-44, særlig avsnitt 44, Rt-2015-1388 avs. 151-152, og HR-2016-2591-A avsnitt 57 med videre henvisninger.

¹⁷ Tolkninger av det nærmere innholdet i disse konvensjonene finnes i praksis fra de relevante komiteene. Komiteene avgir det som kalles «General Comments» som er en generell tolkning av konvensjonen og som typisk tar for seg enkelte konvensjonsrettigheter. Videre avgir komiteene konkluderende observasjoner vedrørende det enkelte land som vedtas av komiteen etter gjennomgang av statens periodiske rapport om gjennomføring av konvensjonen. I saker som gjelder barnekonvensjonen, har Høyesterett fremholdt at komiteuttalelser har betydning ved tolkningen, avhengig av hvor klart den gir uttrykk for overvåkningsorganets forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen, se Rt-2009-1261 avsnitt 44; Rt-2012-1985 avsnitt 136; Rt-2015-1388 avsnitt 150 til 152.

¹⁸ Retten innehas av «everyone» (enhver), og det omfatter også person uten lovlig opphold på en stats territorium.

utnytte «the maximum of its available resources» for å oppfylle rettighetene i konvensjonen.

Barnekonvensjonen artikkel 24 nr. 1, angir barns rett til helsehjelp og artikkel 24 nr. 2, 3 og 4 gir mer konkrete direktiver for gjennomføringen.

2.3. Adgangen til å gripe inn i menneskerettighetene

2.3.1. Oversikt

Under de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven er det adgang til å gjøre inngrep (begrensninger) i menneskerettighetene på nærmere angitte vilkår. I visse nøds- eller krisesituasjoner er det også adgang til å fravike eller suspendere (derogere fra) enkelte menneskerettigheter. Det er viktig å understreke at derogasjon og begrensningsadgang er to ulike ting. *Derogasjon* er et unntaksregime som bare gjelder ved krig eller andre alvorlige kriser som truer, mens inngrepsadgangen i rettigheter som ikke er absolutte, gjelder alltid.

Noen menneskerettigheter etter EMK og SP er ufravikelige.¹⁹ Disse rettighetene kan aldri settes til side eller *derogeres* fra, selv om det er krig eller krisesituasjoner.²⁰

Det er adgang til å gjøre begrensninger eller inngrep i flere menneskerettigheter. Denne adgangen gjør det mulig å ha lover som griper inn i rettigheter, så som trafikkregler tross bevegelsesfriheten, forbud mot trusler tross ytringsfriheten, lovlig etterforskning tross vernet om privatlivet osv.

Noen menneskerettigheter er absolutte i sin utforming. Det betyr at det ikke kan gjøres *begrensninger* i dem, selv om de ikke faller inn i kategorien *ufravikelig*. Det betyr at med mindre det er fattet vedtak om derogasjon som følge av krig eller alvorlig krise, kan det ikke gjøres inngrep i disse rettighetene. Dette gjelder bl.a. forbudet mot dobbel straffeforfølgning,²¹ forbudet mot tvangsarbeid²² og forbudet mot vilkårlig frihetsberøvelse.²³

Men de fleste menneskerettigheter er ikke absolutte. I det følgende brukes begrepene «begrensninger» og «inngrep» som synonyme – begge betyr at det kan *gripes inn* i rettigheter på nærmere angitte vilkår. Slike begrensninger med hensyn til rekkevidden av rettighetsvernet, kan skyldes hensynet til andre viktige samfunnsformål, som f.eks. smittevern, eller hensynet til andres menneskerettigheter.

¹⁹ På engelsk: «non-derogable».

²⁰ Se nærmere om dette under punkt 2.3.2.

²¹ SP artikkel 14 nr. 7.

²² EMK artikkel 4 og SP artikkel 8.

²³ EMK artikkel 5 og SP artikkel 9.

Ved inngrep i beskyttede rettigheter kreves det at begrensningen både har tilstrekkelig grunnlag i lov, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig. Forholdsmessighetsvurderingen er sammensatt. Behovet for inngrepet må vurderes opp mot ulempen for den enkelte. Det må foreligge en «fair balance» (rimelig balanse) mellom samfunnsformål og hensynet til individet. *Det minste inngreps prinsipp* står sentralt i forholdsmessighetsvurderingen. Dette betyr at inngrepet ikke må være mer inngripende enn det som er nødvendig for å oppnå det bestemte formålet. Tiltak må også være egnet til å oppnå målet.

Samtidig kan ikke begrensningene i rettighetene være så omfattende at det i realiteten ikke blir noe igjen av rettigheten. Det innebærer at kjernen i rettighetene alltid må respekteres. Det er for eksempel ikke adgang til å begrense politiske diskusjoner om håndteringen av en krise selv om EMK artikkel 10 om ytringsfrihet åpner for inngrep i rettigheten.

2.3.2. Fravikelse av menneskerettigheter (derogasjon) i en krigs- og kritesituasjon

Som nevnt åpner SP og EMK åpner for at en del av menneskerettighetene kan fravikes i en krigs- og kritesituasjon, etter reglene om derogasjon.²⁴ Tiltakene må være strengt nødvendige ut fra den aktuelle kritesituasjonen, og de må opphøre når kritesituasjonen opphører. Derogasjonen må være i tråd med andre folkerettslige forpliktelser staten har. Det kreves også at konvensjonsorganene underrettes om derogasjonen.²⁵ Per 1. august 2020 hadde 19 stater derogert fra i bestemmelsen om forsamlingsfrihet i SP og 10 stater hadde derogert fra den tilsvarende bestemmelsen i EMK, i forbindelse med pandemien.²⁶ Norge derogerte ikke fra menneskerettighetene i tilknytning til håndteringen av utbruddet av covid-19. Menneskerettighetene gjaldt – og gjelder – derfor fullt ut i Norge.

Reglene om derogasjon i EMK og SP fastsetter at noen menneskerettigheter aldri kan fravikes, heller ikke i en krigs- og kritesituasjon. Etter EMK gjelder dette retten til liv, forbudet mot tortur og umenneskelig og inhuman behandling og straff, forbudet mot slaveri og forbudet mot straff uten grunnlag i loven da handlingen ble begått.²⁷ Til sammenligning kan det derogeres blant annet fra retten til personlig frihet og sikkerhet, retten til privatliv, retten til forsamlingsfrihet og retten til ytringsfrihet etter begge konvensjonene.

²⁴ SP artikkel 4 nr. 1 og EMK artikkel 15 nr. 1.

²⁵ EMK artikkel 15 nr. 3 og SP artikkel 4 nr. 3.

²⁶ [https://www.rightofassembly.info/assets/downloads/Derogations by States Parties from the right to assembly on the Basis of the COVID 19 Pandemic \(as of 1 August 2020\).pdf](https://www.rightofassembly.info/assets/downloads/Derogations%20by%20States%20Parties%20from%20the%20right%20to%20assembly%20on%20the%20Basis%20of%20the%20COVID%2019%20Pandemic%20(as%20of%201%20August%202020).pdf)

²⁷ Etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter kan i tillegg til forbudet mot gjeldsfengsel, retten til å anerkjennes som en person i rettslig henseende, og retten til tanke, samvittighets- og religionsfrihet ikke fravikes., se SP artikkel 4 nr. 2.

Retten til liv er som nevnt en absolutt forpliktelse for statene med de få unntakene som følger av selve bestemmelsene.²⁸ Dette må vektlegges når man balanserer ulike menneskerettigheter opp mot hverandre. Tiltak om smittevern for å beskytte retten til liv må vektes tyngre enn for eksempel retten til privatliv eller forsamlingsfrihet, som det både er anledning til å derogere fra i krisesituasjoner og begrense utenfor krisesituasjoner. Samtidig må også tiltak gitt med utgangspunkt i statens plikt til å sikre liv og helse, vurderes opp mot særlig det minste inngreps prinsipp.

Da man tok inn et eget kapittel om menneskerettigheter i Grunnloven i 2014, tok man ikke inn egne bestemmelser om begrensninger eller om derogasjon selv om Menneskerettsutvalget Stortinget nedsatte hadde foreslått det.²⁹

Når det gjelder begrensninger eller *inngrep* i menneskerettigheter, har Høyesterett innfortolket en adgang til dette i noen av de grunnlovsbestemmelser der de tilsvarende rettighetene etter menneskerettighetskonvensjonene gir adgang til dette.³⁰

Når det gjelder derogasjon, er rettstilstanden etter Grunnloven uavklart.³¹ EMK artikkel 15 gir adgang til på visse vilkår å derogere fra flere rettigheter i EMK. Denne derogasjonsadgangen gjenfinnes imidlertid ikke i Grunnloven.³² Hvis man kommer i en krisesituasjon hvor derogasjon vil være aktuelt, må man derfor falle tilbake på ulovfestet nødrett. Den oppstiller ikke tilsvarende klare rammer for derogasjon fra menneskerettigheter som menneskerettighetskonvensjonene gjør, med henblikk på når det kan derogeres, hvilke rettigheter det kan derogeres fra, på hvilke vilkår og etter hvilke prosedyrer.

2.3.3. Kravet til lovgrunnlag ved inngrep i menneskerettighetene

Grunnvilkåret for å gripe inn i eller begrense menneskerettighetene er at inngrepet må ha grunnlag i lov. Dette kalles gjerne lovskravet. Det følger også av Grunnloven § 113 at inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov. Dette kalles legalitetsprinsippet. Kjernen i prinsippet er at rettslige beslutninger og inngripende faktiske handlinger må ha grunnlag i lov der forvaltningen ikke kan bygge på et annet rettsgrunnlag. Også de enkelte menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven inneholder, etter mønster fra menneskerettighetskonvensjonene, et krav om at inngrep i menneskerettighetene skal

²⁸ EMK artikkel 2 nr. 2 og EMK artikkel 15 nr.2.

²⁹ NIM har anbefalt at man innfører både en begrensningshjemmel og en derogasjonsbestemmelse i Grunnloven, se punkt 4.5.

³⁰ Se nærmere punkt 4.5.

³¹ Se NIMs brev til Justiskomiteen om dette spørsmålet, datert 29 mai 2020. <https://www.nhri.no/2020/grunnlovfesting-av-derogasjons-og-begrensningshjemmel-i-grunnlovens-menneskerettighetskapittel/>

³² Lønning-utvalget foreslo at man innførte en derogasjonsbestemmelse i Grunnloven (jf. Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 16.6 og 16.6, men den ble av ikke vedtatt.

ha grunnlag i lov. Dette står ikke eksplisitt i grunnlovsbestemmelsene.³³ En slik inngrepsadgang følger likevel av Høyesteretts praksis.³⁴ Brudd på lovskravet er tilstrekkelig til å medføre krenkelse av menneskerettighetene.

Spørsmål knyttet til ivaretagelse av lovskravet er sentrale i vurderingen av krisehåndteringen, fordi noen tiltak som ble iverksatt enten bygget på vide tolkninger av eksisterende hjemler eller nødrett som et mulig hjemmelsgrunnlag for ulike tiltak som grep inn i menneskerettighetene. I det følgende gis det derfor en kort oversikt over lovskravet.

I lovskravet ligger det for det første et krav om at myndighetene må kunne vise til et nasjonalt rettsgrunnlag for sin myndighetsutøvelse. Videre kreves det både etter Grunnloven og EMK³⁵ at inngrep i en menneskerettighet skal baseres på regler som er så tilgjengelige og så presise som forholdene tillater.³⁶ Krisehåndteringen har aktualisert noen vanskelige hjemmelsspørsmål.

Kravet til et lovgrunnlag ved begrensninger i menneskerettighetene hviler på hensynet til at slike inngrep skal være mulig å forutberegne, slik at enkeltmennesket kan innrette seg etter regelverket og kontrollere at myndighetene ikke går utover sine fullmakter. I tillegg ivaretar legalitetsprinsippet og lovskravet demokratihensynet. Adgangen til å gi lover hører etter Grunnloven inn under Stortinget. Ordningen bygger på det demokratiske prinsippet om at lovgivningsmyndigheten er hos en folkevalgt nasjonalforsamling. Den utøvende makt (som ledes av regjeringen) kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.

Ved tvil om loven eller forskriften gitt i medhold av loven gir grunnlag for et inngrep, oppstår spørsmålet om hvor klar hjemmel som kreves for at myndighetene skal ha adgang til å foreta inngrepet. Det stilles strengere krav til klarhet jo mer tyngende inngrepet er for enkeltindividet.³⁷ Ved ileggelse av straff oppstiller Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 et krav om at den aktuelle straffebestemmelsen må være tilgjengelig for allmennheten, at den må være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes.³⁸ Etter Grunnloven § 96 må selve straffetrusselen fremgå av lov, mens

³³ Dette skyldes at inngrepsadgangen ikke ble grunnlovsfestet slik utvalget som i 2011-2012 utredet en grunnlovsfesting av sentrale menneskerettigheter (Lønning-utvalget), hadde foreslått. Se nærmere punkt 4.5.

³⁴ Se HR-2015-206-A avsnitt 60 og HR-2016-2554-P (plenum) avsnitt 81-82.

³⁵ Det uttrykkes noe forskjellige i konvensjonsbestemmelsene gjennom uttrykkene «in accordance with the law» og «prescribed by law».

³⁶ 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.

³⁷ Rt. 1995 på s. 530 på s. 537.

³⁸ HR-2020-955-A avsnitt 22 med videre henvisninger.

handlingsnormen kan fastsettes i forskrift. Mange av smittevernreglene var straffesanksjonerte, og dette skjerper generelt klarhetskravet.

Ulovfestet rett kan etter forholdene oppfylle lovskravet utenom ved illeggelse av straff.³⁹ Et eksempel på ulovfestet rett i norsk rett er nødrett. Et spørsmål som typisk kan oppstå i en krise er om nødrett gir adgang for forvaltningen til å treffe en rettslig beslutning eller foreta en faktisk handling. Det kan oppstå krisesituasjoner som krever tiltak fra statens side som ikke er regulert, men som staten mener er tvingende nødvendige å gjennomføre. Nødrett i strafferetten er regulert i straffeloven⁴⁰ der det fastslås at en handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved den straffbare handlingen. I forvaltningsrettslig teori anerkjennes nødrett også som et grunnlag for myndighetsutøvelse.⁴¹ Det gjorde også Beredskapshjemmelutvalget (NOU 2019: 13).⁴² Utvalget fremholdt imidlertid at verken innholdet eller vilkårene i en forvaltningsrettslig nødrettskompetanse er klart.⁴³ Rekkevidden av nødretten som et grunnlag for forvaltningens inngrep er i liten grad berørt i rettspraksis og teori. For rekkevidden av nødrettsadgangen, har det etter vårt syn vesentlig betydning i hvilken utstrekning lovgiver har tatt høyde for nødsituasjonen ved utformingen av regelverket, herunder ved forskriftshjemler som gir adgang til å gi regler som tar høyde for nødsituasjonen.

Et vilkår etter lovskravet er som nevnt at individet skal kunne forutse sin rettsstilling i en grad som er rimelig ut fra forholdene. Mer eller mindre vage regler grad kan være nødvendig for å ha et regelverk som ikke er for rigid.⁴⁴ EMD har fremholdt at lovgivningen ikke kan ta høyde for alle eventualiteter.⁴⁵ Der lovgivningen gir myndighet til forvaltningen, skal loven angi med tilstrekkelig klarhet både rekkevidden av myndigheten og vilkårene for utøvelsen av denne.⁴⁶ Instruksjer og retningslinjer som angir rammer og vilkår for myndighetsutøvelsen kan spille inn i vurderingen av hvorvidt loven gir tilstrekkelig forutberegnelighet.⁴⁷

³⁹ Plenumsdommen *Sunday Times v. Storbritannia* 6538/74) avsnitt 47. Et eksempel fra norsk rett er vilkår ved ellers begunstigende forvaltningsvedtak så langt disse har en saklig sammenheng med vedtaket og ellers ikke er uforholdsmessig tyngende se f.eks. Rt. 2010 s. 612 avsnitt 31.

⁴⁰ Straffeloven § 17.

⁴¹ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo 2015.

⁴² NOU 2019: 13 punkt 8.6 på s. 82.

⁴³ NOU 2019: 13 punkt 8.6 på s. 82.

⁴⁴ *Sunday Times v. Storbritannia* (6538/74) 26. april avsnitt 49; *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avsnitt 88 med videre henvisninger; *Hasan og Chaush mot Bulgaria* (30985/96) avsnitt 84.

⁴⁵ *Hasan og Chaush mot Bulgaria* (30985/96) avsnitt 84.

⁴⁶ *Hasan og Chaush mot Bulgaria* (30985/96) avsnitt 84.

⁴⁷ *Silver med flere mot Storbritannia* (5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75) avsnitt 88; *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avsnitt 94.

Hvorvidt presisjonsvilkåret er oppfylt beror etter EMDs praksis på en sammensatt vurdering der flere momenter trekkes inn.⁴⁸ Et fleksibelt regelverk kan være nødvendige for å sikre tilpasninger til endrede forhold, ta høyde for forhold det er vanskelig å overskue samt gi rom for skjønnsmessige vurderinger i enkeltsaker. Det overordnede temaet synes å være om regelverket ivaretar hensynet til forutberegnelighet og vern mot vilkårlig myndighetsutøvelse.⁴⁹

Hvilke krav som stilles til presisjon beror også på en avveining av hensyn som kan stå i et spenningsforhold. For det første har det betydning hvor tungt hensynet til individet taler for at loven er presis. Det har betydning for inngripende tiltaket er og hvordan det rammer individet, f.eks. er mentalt syke frihetsberøvede personer særlig sårbare.⁵⁰ For det andre har det betydning hvilket behov myndighetene har for et skjønnsmessig regelverk på det aktuelle saksområdet. EMD har f.eks. fremholdt at hensynet til presise regler må avveies mot behovet for å gi rom for løpende skjønnsmessige medisinske vurderinger.⁵¹ I krisefullmaktslovgivning vil det ofte være et spenningsforhold mellom å gi myndighetene tilstrekkelig handlingsrom og samtidig sikre at dette handlingsrommet er god nok innrammet for motvirke vilkårlighet og misbruk.

En betryggende sakshandling kan i noen grad også bidra til å verne individet mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Ved vurderingen av om presisjonsvilkåret er oppfylt, har derfor nasjonale krav til saksbehandlingen ved inngrepet også betydning. EMD har vektlagt hvilke rettsikkerhetsgarantier som gjelder ved inngrepet, blant annet individets adgang til forvaltningsklage, domstolskontroll og forvaltningens rutiner for internkontroll.⁵²

2.4. Hvilke offentlige myndigheter har ansvar for oppfyllelsen av menneskerettighetene

Det følger av Grunnloven § 92 at «statens myndigheter» skal «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende

⁴⁸ Munjaz v. Storbritannia (2913/06) avsnitt 88 med videre henvisninger. EMD har i en rekke saker uttalt at kravet til presisjon beror på «content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed», jf. Munjaz v. Storbritannia (2913/06) avsnitt 88 med videre henvisninger.

⁴⁹ I en sak om utelukkelse av en mentalt syk frihetsberøvet person fra fellesskapet i sykehuset basert på utagerende atferd, har EMD fremholdt at mentalt syke frihetsberøvede personer er særlig sårbare. EMD bygget på at sårbarheten talte for presise regler, jf. Munjaz v. Storbritannia (2913/06) avsnitt 90. Det kan antas at det henger sammen med at det er et særlig behov for vern mot vilkårlig myndighetsutøvelse når en person er i en sårbar situasjon.

⁵⁰ Munjaz v. Storbritannia (2913/06) avsnitt 90.

⁵¹ I en sak om utelukkelse av en frihetsberøvet mentalt syk person fra fellesskapet i sykehuset, fremholdt EMD at hensynet til presise regler måtte avveies mot behovet for å gi rom for løpende skjønnsmessige medisinske faglige vurderinger. EMD uttalte «A degree of flexibility rather than excessive rigidity will be required in such a difficult and sensitive area of public health.», jf. Munjaz v. Storbritannia (2913/06) avsnitt 90.

⁵² Se f.eks. Munjaz v. Storbritannia (2913/06) avsnitt 94 sammenholdt med avsnitt 14 og Hasan og Chaush v. Bulgaria (30985/96) avsnitt 85.

traktater om menneskerettigheter». Statens myndigheter forstås i «videste forstand», slik at også kommunale og fylkeskommunale myndigheter omfattes.⁵³

Menneskerettighetene springer som nevnt i stor grad ut av folkerettslige avtaler som binder Norge som stat, slik som Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Norges menneskerettslige forpliktelser knytter seg til handlinger og unnlater som kan tilskrives norske offentlige myndigheter, herunder kommuner og fylkeskommuner. En stat kan ikke fri seg fra ansvar etter en konvensjon gjennom å delegere myndighet til andre.

Etter norsk intern rett er kommunene selvstendige rettssubjekter, og ikke en del av staten.⁵⁴ Kommunene er dermed ikke underlagt andre statlige organer enn Stortinget som lovgiver. Regjeringen, departementene og andre statlige organer har dermed ingen generell styrings-, instruksjons- eller overprøvingsmyndighet over kommunene. Slik myndighet må ha hjemmel i lov.⁵⁵ Det kommunale selvstyret er grunnlovfestet i Grunnloven § 49 andre ledd. Spørsmålet om hvilke offentlige myndigheter som er bundet av menneskerettighetene etter norsk rett er sjelden berørt i den loven som gjennomfører de menneskerettslige forpliktelsene eller i dens forarbeider. Det gjelder også menneskerettsloven. En bør kunne anta at lovgiver har ment at de offentlige myndigheter som kan pådra staten ansvar folkerettslig, også er bundet etter norsk rett.⁵⁶

Der myndighetsutøvelse på kommunalt nivå strider mot Grunnloven eller menneskerettsforpliktelser som gjelder som norsk rett, vil menneskerettighetsbruddet kunne utgjøre en mangel ved det rettslige grunnlaget for avgjørelsen, slik at avgjørelsen vil kunne anses ugyldig. Ulovlig myndighetsutøvelse kan etter omstendighetene gi grunnlag for krav om erstatning for økonomisk tap etter ulovfestet rett. EMK pålegger også positive plikter for offentlige myndigheter til å handle for å beskytte menneskerettighetene. Det er opp til staten å fastsette hvilke offentlige myndigheter som må handle for å oppfylle disse positive forpliktelsene.⁵⁷ Et annet spørsmål er hvilke offentlige myndigheter som prosessuelt kan holdes ansvarlig av individer for konvensjonsbrudd. Nærmere bestemt om det er staten, kommunen eller begge noen må saksøke hvis de mener at deres menneskerettigheter er krenket og krever en fastsettelsesdom for dette eller erstatning etter EMK artikkel 13 om effektivt rettsmiddel. Disse spørsmålene redegjør vi ikke for i denne rapporten.⁵⁸

⁵³ NOU 1993: 18 kapittel 11.3.3.1 på s. 159.

⁵⁴ Kommuneloven § 2-1 andre ledd og Grunnloven § 49

⁵⁵ Kommuneloven § 2-1 tredje ledd annet punktum.

⁵⁶ Se Michael Reiertsen «EMK og kommunene» LOV OG RETT, vol. 54, 7, 2015 s. 414-431 punkt 2.1 på s. 418.

⁵⁷ Se nærmere om handleplikter i Michael Reiertsen «EMK og kommunene» LOV OG RETT, vol. 54, 7, 2015 s. 414-431 punkt 2.1.

⁵⁸ Se behandlingen av disse spørsmålene i Michael Reiertsen «EMK og kommunene» LOV OG RETT, vol. 54, 7, 2015 s. 414-431.

3. Ivaretagelse av demokrati og rettssikkerhet ved regelverksprosesser i tilknytning til utbruddet av Covid-19

3.1. Innledning

Vårt demokratiske system er basert på at Stortinget vedtar lovene, og at det foregår en åpen debatt i samfunnet om lovforslag i forkant av stortingsvedtak. Lovforslag fremmes typisk av regjeringen. Når regjeringen fremmer forslag har den plikt til å gi Stortinget nødvendige og riktige opplysninger for behandlingen av saken, jf. Grunnloven § 82 første punktum. En rekke lover angir at regjeringen og andre forvaltningsorganer kan gi nærmere regler om noen saklig avgrensede spørsmål. Slike forskriftshjemler overfører noe av lovgivningsmyndigheten fra Stortinget til regjeringen på et saklig avgrenset område. Lovgivningen inneholder en rekke forskriftshjemler. Disse angir spesifikt hva det kan gis forskrift om. Forskriftshjemler som er til for å brukes i krisetider, som koronaloven og smittevernloven § 7-12, gir langt videre myndighet enn det som er vanlig ved forskriftshjemler. For å balansere den vide myndigheten, gir forskriftshjemlene samtidig særlige garantier for å sikre Stortingets medvirkning og kontroll.

Tradisjonen med høringsrunder for lovforslag, og forskriftsforslag og andre forslag om tiltak med vesentlig virkninger, er en grunnmur i det norske demokratiet. I høringsprosessene får fagmiljøer, interessegrupper og det sivile samfunn anledning til å uttale seg. Generelt blir lovforslag, bredere forankret og får bedre kvalitet gjennom høringsrunden, før de fremmes for Stortinget. Under krisen har det vært et spenningsforhold mellom behovet for å få på plass regelverk raskt og behovet for en god høringsprosess.

Våren 2020 vedtok regjeringen fortløpende regelverk med grunnlag i koronaloven, smittevernloven og annen fullmaktslovgivning som medførte inngrep i enkeltindividers menneskerettigheter. Slike inngrep eller begrensninger i rettigheter utløser vilkår om lovgrunnlag, legitimt formål og forholdsmessighet.⁵⁹ De mest inngripende og omfattende tiltakene, som pålegg om isolasjon og karantenebestemmelser, ble stort sett gitt i medhold av smittevernloven.⁶⁰ Forskriftene gitt med hjemmel i koronaloven gjaldt reguleringer som i liten grad berørte menneskerettighetene,⁶¹ selv om enkelte av disse forskriftene reiste menneskerettighetsspørsmål.⁶²

⁵⁹ Se punkt 2.3.1.

⁶⁰ Se redegjørelsen i Prop. 76 L (2019-2020) punkt 3 særlig punkt 3.2.

⁶¹ Se oversikten over forskrifter gitt i medhold av koronaloven per 17. april 2020 i Prop. 76 L (2019-2020) punkt 3.1..

⁶² Det gjaldt blant annet midlertidig forskrift 3. april 2020 nr. 575 om forenklinger og tiltak for barnevernet og fylkesnemnda for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19; midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 461 om straffegjennomføring for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19; midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19.

Formålet med dette kapittelet er å gjennomgå hvordan regelverksprosessene ivaretok at menneskerettighetene ble oppfylt under krisen. Fra et menneskerettslig perspektiv, er det viktig at regelverksprosessene ivaretar hensynet til rettssikkerhet på en betryggende måte. Med rettssikkerhet sikter vi til beskyttelse mot ulovlige inngrep fra det offentlige, herunder inngrep i strid med menneskerettighetene, mulighet til å kunne forutberegne sin rettsstilling og mulighet til å kunne forsvare sine rettslige interesser. Ved håndteringen av krisen har særlig to forhold betydning.

For det første har det betydning i hvilken utstrekning regelverksprosessene var egnet til å sikre at regelverket som ble vedtatt oppfylte menneskerettslige krav. Særlig gjelder det hvorvidt lovskravet og kravet til forholdsmessighet ved begrensninger i menneskerettighetene ble oppfylt. For det andre har det betydning hvorvidt regelverksprosessene la til rette for at regelverk raskt kunne komme på plass der det var behov for det for å ivareta menneskerettighetene.

3.2. Normalsituasjonen: Demokrati og rettssikkerhet ved vedtakelse av lover

Prosedylene for å gi forskrifter etter koronaloven, og i noen grad også smittevernloven, inneholdt noen garantier for å sikre demokrati og rettssikkerhet, selv om disse var et godt stykke unna reglene for ordinær lovbehandling. For å vurdere forskjellen, er det nødvendig å kjenne til de normale prosessene ved utformingen av lover og forskrifter.

Inngrep overfor den enkelte etter Grunnloven § 113 må ha grunnlag i «lov».⁶³ I en lov gir Stortinget ofte regjeringen adgang til å gi detaljerte regler om de temaer loven regulerer i form av forskrifter. Det gjøres på spesifiserte områder, og Stortinget har dermed oversikt over hva som overlates til regjeringen. Slik tildeling av myndighet er nødvendig for at Stortinget skal kunne konsentrere seg om de viktigste sakene. På den måten ivaretar det også demokratihensynet.

Lover vedtas stort sett etter forslag fra regjeringen, selv om også stortingsrepresentanter kan fremme lovforslag, jf. Grunnloven § 76 første ledd. Som oftest fremlegger regjeringen grundige forarbeider som forklarer lovens begrunnelse og hvordan den skal forstås. Det følger av Grunnloven at når regjeringen foreslår lover, skal Stortinget få nødvendige opplysninger for å behandle saken.⁶⁴ Stortinget skal ha informasjon hvis et lovforslag reiser menneskerettslige spørsmål. Det følger ikke av Grunnloven eller lovgivningen ellers at lover skal på høring, men dette er fastsatt som hovedregel i regjeringens interne regelverk (utredningsinstruksen).⁶⁵ Ved lovgivning har man to typer offentlige høringer – en før regjeringen fremsetter sitt lovforslag og senere en forut for Stortingets lovbehandling.

⁶³ Se nærmere om legalitetsprinsippet og lovskravet i punkt 2.3.3.

⁶⁴ Grunnloven § 82 første punktum.

⁶⁵ Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen) (FOR-2016-02-19-184) § 3-3.

3.3. Demokrati og rettssikkerhet ved vedtakelse av forskrifter

Det finnes også regler for hvordan forskrifter skal behandles for å ivareta rettssikkerhet og demokrati. Forskrifter skal være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf. forvaltningsloven § 37 første ledd. Det innebærer blant annet at det skal vurderes om forskriftsforslaget oppfyller menneskerettighetene. Likevel vil det i første rekke være opp til regjeringen å vurdere hvor grundig saken skal utredes. I denne vurderingen spiller det inn hvor mye saken haster, hvor viktig den er, hvilke økonomiske og andre ressurser som står til rådighet, og hvilke andre oppgaver forvaltningen bør prioritere.

Hovedregelen etter forvaltningsloven er at forskriftsforslag skal sendes på høring før de vedtas, jf. § 37 andre ledd. Det er imidlertid flere unntak fra dette kravet. Det gjelder der høring ikke vil være praktisk gjennomførlig, eller når det kan vanskeliggjøre gjennomføring av forskriften eller svekke dens effektivitet, eller det må anses åpenbart unødvendig, jf. § 37 fjerde ledd. Gitt den situasjonen som landet befant seg i våren 2020, særlig tidlig under utbruddet, ble det lagt til grunn at forutgående høring ofte ikke var praktisk gjennomførbart.

Når forskrifter vedtas av Kongen i statsråd foreligger det et offentlig statsrådsforedrag som redegjør for forskriften. Etter regjeringens retningslinjer kan dette inneholde utdypende forklaringer om bakgrunnen for forskriften og dens innhold.⁶⁶ Det heter i retningslinjene at omfanget av forarbeidene bør tilpasses forskriftens kompleksitet og at «[f]or forskrifter av stor allmenn interesse bør det gis en mer utfyllende beskrivelse av motivene.» Statsrådsforedrag ved vedtakelse av forskrifter er offentlige, men er ofte knappe. Forskriftsforarbeid utover foredraget og eventuelt høringsnotatet vil ha varierende omfang og kvalitet. Forskriftsforarbeid er ofte ikke offentlig tilgjengelige fordi de i stor grad er interne arbeidsdokumenter for regjeringen og forvaltningen, og slike interne arbeidsdokumenter unntas ofte offentlighet, jf. offentleglova §§ 14 og 15. Dette skiller forskriftprosesser fra lovprosesser, der man som regel vil ha grundige offentlige forarbeid gjennom en lovproposisjon. Lover er derfor stort sett vesentlig grundigere forberedt enn forskrifter.

3.4. Forskrifter gitt med fullmakt i koronaloven

Koronaloven ble etter omfattende debatt vedtatt i slutten av mars 2020 for å håndtere følgene av utbruddet av covid-19.⁶⁷ Lovens formål var å legge til rette for forsvarlige,

⁶⁶ Heftet «Om statsråd Forberedelse av saker til statsråd» (ajourført juni 2017) punkt 12.3.

⁶⁷ Stortinget gjorde flere viktige endringer i lovforslaget fremmet av regjeringen i Prop. 56 L (2019–2020), blant annet på bakgrunn av innspill fra en rekke instanser og fagpersoner, se Innst.204 L (2019–2020). NIM var blant instansene som gav innspill, jf. NIMs brev til komiteen 20. mars 2020. NIM anbefalte blant annet at det skulle fremgå av merknadene i loven at der det var tid til å gjennomføre en ordinær lovgivningsprosess, skulle dette alternativet velges, jf. brevet punkt 2 side 3. Samtidig fremholdt NIM at det i denne vurderingen også må ses hen til volumet av saker. Videre anbefalte NIM en endring i formålsbestemmelsen som gikk ut på at den skulle tilrettelegge for forsvarlige og effektive tiltak såfremt det var fare ved opphold, jf. brevet punkt 2 på s. 3.

effektive og forholdsmessige tiltak som var nødvendige for å begrense forstyrrelsen av sentrale samfunnsfunksjoner som følge av utbruddet av covid-19, og for å avhjelpe negative konsekvenser for befolkningen, næringslivet, offentlig sektor eller samfunnet for øvrig, jf. koronaloven § 1 om lovens formål.⁶⁸ Loven gjenspeilet på sentrale punkter i vesentlig grad forslag fra Beredskapshjemmelutvalget, som var sendt på høring høsten 2020.⁶⁹ Loven bygget på at regjeringen for en avgrenset periode og under gitte forutsetninger, skulle gis videre rammer for å kunne håndtere krisen som følge av utbruddet av covid-19 på en effektiv måte. Koronaloven var uvanlig på den måten at den omfattet svært mange saksområder, samtidig som den gav regjeringen adgang til å fravike gjeldende lovgivning.⁷⁰ Samtidig bygget loven også på at Stortinget ikke skulle delegere mer lovgivningsmyndighet til regjeringen enn det som var nødvendig.⁷¹

Koronaloven bygget på et grunnpremiss om at alle forskrifter som gis skal være i tråd med menneskerettighetene og Grunnloven.⁷²

Etter 27. mai var loven ikke lenger i kraft. I det følgende omtales innholdet i koronaloven slik det gjaldt fra 27. mars 2020 til 24. april 2020. Den 24. april 2020 ble loven videreført⁷³ med enkelte endringer frem til 27. mai 2020.⁷⁴

Koronaloven hadde først en varighet på én måned etter ikrafttredelse og det ble bestemt at forskriftene gitt i medhold av loven automatisk skulle falle bort når loven falt bort, jf. koronaloven § 4 andre ledd. Loven ble med noen endringer forlenget til 27. mai 2020. Dermed ble også forskriftene gitt i medhold av loven videreført.

Etter koronaloven § 2 kunne regjeringen i midlertidige forskrifter «utfylle, supplere eller fravike» en rekke nærmere bestemte opplistede lover «så langt det er nødvendig for å ivareta lovens formål.» Det fulgte av koronaloven § 1 at formålet var at loven skulle «legge til rette for forsvarlige, effektive og forholdsmessige tiltak som er nødvendige for å begrense forstyrrelsen av sentrale samfunnsfunksjoner som følge av utbruddet av Covid-

⁶⁸ Se koronaloven § 1.

⁶⁹ NOU 2019: 13 «Når krisen inntreffer».

⁷⁰ Både prosessen rundt og det opprinnelige utkastet til koronalov var som kjent svært omdiskutert og behandlingen på Stortinget førte også til viktige endringer som rammet inn lovens rekkevidde på særlig følgende tre måter: formålsangivelsen ble snevret inn, det ble gitt uttømmende opplisting av lover som kunne utfylles, suppleres eller fravikes og lovens varighet ble redusert.

⁷¹ Det kom til uttrykk i formålsparagrafen der det het at loven ikke kom til anvendelse dersom «formålet kan ivaretas gjennom normal lovbehandling i Stortinget».

⁷² Koronaloven § 2 andre ledd.

⁷³ Ved lov 24. april om endringer i koronaloven ble koronaloven videreført med noen endringer. Endringene gikk ut på at tidspunktet for oversendelse av forskriftene til Stortinget ble endret fra umiddelbart etter kunngjøring til umiddelbart etter vedtak i statsråd, et tillegg om at en midlertidig forskrift ikke kunne begrense grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper eller domstolenes uavhengighet, og en utvidelse av domstolskontrollen ved at domstolen kunne prøve både tiltakets forsvarlighet og nødvendighet, herunder dets forholdsmessighet.

⁷⁴ Lov om endringer i midlertidig lov om forskriftshjemmel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 mv. (LOV-2020-04-24-34). Forarbeidene er Prop.76 L (2019–2020) og Innst. 240 (2019-2020).

19, og for å avhjelpe negative konsekvenser for befolkningen, næringslivet, offentlig sektor eller samfunnet for øvrig.» Forskriftene kunne ikke fravike regler i Grunnloven, jf. § 2 andre ledd første punktum. Innskrenking av rettigheter kunne bare gjøres så langt det er forenlig med Grunnloven, menneskerettsloven og Norges folkerettslige forpliktelser, jf. § 2 andre ledd annet punktum. Menneskerettighetene var med andre ord operative gjennom hele krisehåndteringen og koronaloven endret ikke på det.

Koronalovens vilkår for når regjeringen kunne unnlate ordinær lovgivningsprosess hang sammen med hvordan en lovgivningsprosess ivaretar demokrati og rettssikkerhet. I koronaloven § 1 annet ledd var det presisert at loven ikke kom til anvendelse dersom formålet kunne ivaretas gjennom normal lovbehandling i Stortinget. I Stortingets innstilling het det at «dette betyr at der det er tid til å gjennomføre en ordinær lovgivningsprosess, skal dette alternativet velges.⁷⁵ I denne vurderingen måtte det «sees hen til volumet av saker som skal behandles i Stortinget».⁷⁶ Siste setning pekte på de hensyn som taler for delegert lovgivning også utenfor en krisesituasjon, nemlig at Stortinget skal ha mulighet til å konsentrere seg om de viktigste sakene. I stortingsinnstillingen het det at i begrunnelsen for vedtak etter koronaloven skulle det «utdypes hvorfor det ikke var anledning til å gjøre dette vedtaket gjennom en ordinær behandling i Stortinget.»⁷⁷ Det lå også som en forutsetning i stortingsinnstillingen at det bare var nødvendig å bruke koronaloven «dersom andre gjeldende lover ikke kan fungere som hjemmel for en ny forskrift eller det haster så mye at den alminnelige lovgivningsprosessen ikke er forsvarlig.»⁷⁸

Det er viktig å peke på at koronaloven inneholdt særlige garantier for demokratisk kontroll og saksbehandling sammenlignet med vanlig forskriftsbehandling både ved behandling hos den utøvende makt – regjeringen – og knyttet til Stortingets kontroll. Det var et krav om at forskriftene vedtas i statsråd, jf. loven § 2 tredje ledd. Vanligvis er dette bare et krav ved vedtakelse av forskrifter som anses som en sak «av viktighet» etter Grunnloven § 28 første punktum. Krav om statsrådsbehandling sikret at hele regjeringen var konstitusjonelt ansvarlig for beslutningen om å bruke koronaloven.⁷⁹

Saker om bruk av forskriftsmyndigheten skulle fremmes for statsråd av Justis- og beredskapsdepartementet eller av vedkommende departement med Justis- og beredskapsdepartementets samtykke, jf. loven § 2 tredje ledd. Justis- og beredskapsdepartementet har særlig kompetanse på menneskerettigheter og lov-

⁷⁵ Innst.204 L (2019–2020) punkt 3.

⁷⁶ Innst.204 L (2019–2020) punkt 3.

⁷⁷ Innst.204 L (2019–2020) punkt 3.

⁷⁸ Innst.204 L (2019–2020) punkt 3.

⁷⁹ Se nærmere Grunnloven 30 tredje ledd.

forskriftsarbeid, og dette kravet bidro derfor til å styrke det faglige grunnlaget for ivaretagelse av menneskerettighetene.

Etter koronaloven skulle forskrifter gitt med grunnlag i denne loven umiddelbart meddeles Stortinget skriftlig, jf. loven § 5 første ledd. Forskriftene trådte i kraft én dag etter meddelelsen med mindre en tredjedel av stortingsrepresentantene sørget for oppheving, jf. koronaloven § 4 første ledd. Dersom en tredjedel av stortingsrepresentantene meddelte at de ikke kunne støtte forskriften eller deler av denne, pliktet regjeringen å sørge for oppheving, jf. koronaloven 5 andre ledd første punktum. Denne adgangen til å sørge for oppheving gjaldt både før forskriftene trådte i kraft og senere så lenge forskriften gjaldt.

Vanligvis når regjeringen fremmer et lovforslag til Stortinget, må stortingsrepresentantene ta aktivt stilling til lovforslaget og stemme dersom forslaget skal bli til lov. Ordningen etter koronaloven innebar at reglene trådte i kraft med *mindre en* tredjedel av stortingsrepresentantene *aktivt* sørget for oppheving.⁸⁰ I praksis innebar dette at stortingsrepresentanter som mente at en forskrift helt eller delvis burde oppheves, selv hadde byrden med å overbevise andre representanter – riktignok bare en tredjedel av dem – om å ta stilling til spørsmålet om opphevelse og gi sin støtte. Hver enkelt stortingsrepresentant kunne også få Stortinget til å ta stilling gjennom å fremme et lovforslag om opphevelse, men det ville det kunne ta noe tid å få stortingsbehandlet. Ingen stortingsrepresentanter fremmet et slikt forslag.

Regjeringens meddelelse til Stortinget av vedtak om forskrifter etter koronaloven måtte oppfylle de kravene som følger av regjeringens opplysningsplikt etter Grunnloven § 82 annet punktum. Der heter det at «[i]ntet medlem av statsrådet må fremlegge uriktige eller villedende opplysninger for Stortinget eller dets organer». Derimot gjaldt neppe opplysningsplikten etter Grunnloven § 82 første punktum om at «[r]egjeringen skal meddele Stortinget alle de opplysninger som er nødvendige for behandlingen av de saker den fremlegger». En meddelelse etter koronaloven er neppe en sak regjeringen fremlegger i bestemmelsens forstand.⁸¹ Det samme gjelder for regjeringens meddelelser til Stortinget om forskrifter vedtatt etter den særlige fullmakten etter smittevernloven § 7-12.

Justis- og beredskapsdepartementet synes i proposisjonen som ligger til grunn for koronaloven ut til å ha bygget på at meddelelser til Stortinget om forskrifter etter loven måtte oppfylle ganske betydelige krav til opplysningsplikt. Departementet fremholdt i proposisjonen at rekkevidden av opplysningsplikten må sees i lys av formålet med

⁸⁰ En lignende ordning er beskrevet i NOU 2019: 13 punkt 11.4.3.

⁸¹ En meddelelse av forskrifter etter koronaloven utløser ikke behandling med sikte på at Stortinget skal treffe et vedtak. Meddelelsen gir stortingsrepresentantene foranledning til å vurdere om de skal oppheves etter reglene i koronaloven. Det synes dermed bare å være plikten etter Grunnloven § 82 annet punktum til å ikke fremlegge «uriktige eller villedende opplysninger for Stortinget eller dets organer» som gjelder for meddelelsen.

meddelelsesplikten, som blant annet er å gi Stortinget anledning til å oppheve forskriften.⁸² Departementet fremholdt videre at det forutsatte at forskriften ble fremlagt med informasjon om blant annet bakgrunn, begrunnelse og behov.⁸³

Gitt koronalovens grunnpremiss om at alle forskrifter måtte være i tråd med menneskerettighetene, måtte meddelelsen etter vårt syn gi tilstrekkelig informasjon til at Stortinget faktisk kunne vurdere dette og dermed ivareta sin plikt etter Grunnloven § 92 til å sikre menneskerettighetene. Samtidig kan det antas at det neppe var like strenge krav rettslig sett til opplysninger her som ved lovbehandling, fordi regjeringen da ville miste mye av det kortsiktige handlingsrommet og fleksibiliteten som koronaloven nettopp var ment å gi for å kunne håndtere krisen.

Vår generelle vurdering er at opplysningene som ble gitt i meddelelsene til Stortinget ved forskriftsbehandling etter koronaloven var relativt grundige. Opplysningsplikten slik den ble forstått og praktisert av regjeringen, var et særlig bidrag til ivaretagelse av rettsikkerhet, herunder menneskerettigheter, ved forskrifter gitt i medhold av loven.

Prosessen frem mot regjeringen fremleggelse av forslag til koronaloven var gjenstand for mye kritikk. Loven ble etter vårt syn forbedret etter behandlingen på Stortinget. Lovens virkeområde ble klarere avgrenset, og det ble tydeliggjort at loven bare skulle benyttes når man ikke hadde tid til en alminnelig lovprosess. Et poeng som kanskje ble underkommunisert i debatten rundt loven, var hvilket alternativ som fantes til koronaloven. Uten denne loven ville resultatet i en del tilfeller fort blitt tiltak gjennom instruks og retningslinjer i forvaltningen på et tvilsomt hjemmelsgrunnlag, uten krav til involvering av Stortinget og uten et generelt lovfestet krav om høring.⁸⁴ Ved forskrifter gitt i medhold av koronaloven var det strengere krav til sakens opplysning, herunder om de menneskerettslige spørsmålene saken reiste. Krav om beslutning av Kongen i statsråd sammenholdt med at forskriftene skulle fremmes av Justis- og beredskapsdepartementet eller med Justis- og beredskapsdepartementets samtykke, sikret også bedre faglige vurderinger som er sentrale for ivaretagelse av menneskerettighetene.

Et ytterligere poeng er at koronaloven hadde innebygget bedre rettsikkerhetsgarantier enn tilfellet er etter smittevernloven § 7-12 (slik den gjaldt for forskrifter gitt i tilknytning til utbruddet av covid-19). Dette drøftes i neste punkt.

⁸² Prop.56 L (2019–2020) punkt 7 på side 16.

⁸³ Prop.56 L (2019–2020) punkt 7 på side 16. Det heter også i stortingsinnstillingen om begrunnelsen for å ta loven i bruk (jf. Innst.204 L (2019–2020) punkt 3) «I begrunnelsen som gis for vedtak gjort i medhold av denne lov, skal det utdypes hvorfor det ikke var anledning til å gjøre dette vedtaket gjennom en ordinær behandling i Stortinget. Tidspress og konsekvenser av dette presset vil være viktig å få frem i en slik begrunnelse. Slike begrunnelser må i tillegg være så fyllestgjørende at de står seg i ettertid».

⁸⁴ Etter utredningsinstruksen skal forslag til tiltak med vesentlig virkning som hovedregel legges ut på høring, jf. Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen) (FOR-2016-02-19-184) punkt 3.3. Det gjelder noen unntak fra den plikten, blant annet der ikke vil være praktisk gjennomførbart.

3.5. Smittevernloven § 7-12 om særlig fullmakt for Kongen

Mange regler som ble innført for å håndtere utbruddet, ble gitt i medhold av forskriftshjemmelen i smittevernloven § 7-12. Flere av disse tiltakene grep inn i menneskerettighetene.

Smittevernloven § 7-12 første punktum gir Kongen hjemmel til å fastsette forskrifter med lovgivningsmessig innhold for å trygge folkehelsen og sette inn tiltak til vern av befolkningen når et utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom truer folkehelsen, og det på grunn av disse forholdene er fare ved opphold. Covid-19 er en allmennfarlig smittsom sykdom.⁸⁵

Det følger i utgangspunktet av smittevernloven § 7-12 sammenholdt med beredskapsloven, at bestemmelser gitt av Kongen snarest mulig skal meddeles Stortinget.⁸⁶ Etter beredskapsloven skal forskriftene, dersom de ikke er opphevet innen 30 dager etter at de er meddelt Stortinget, snarest mulig legges fram som lovforslag. Koronaloven endret imidlertid smittevernloven § 7-12 for å gi en mer fleksibel ordning for vedtakelse av forskrifter i forbindelse med utbruddet av covid-19. Koronaloven fastsatte at regjeringens plikt til snarest mulig å fremme et lovforslag dersom forskriftene ikke ble opphevet 30 dager etter meddelelsen til Stortinget, og påbudet om innkalling av Stortinget, ikke gjaldt for forskrifter vedtatt i forbindelse med utbruddet av covid-19.⁸⁷ Justis- og beredskapsdepartementet begrunnet dette i proposisjonen med at et slikt påbud ville «gå for langt».⁸⁸ Med henblikk på regjeringens plikt til å fremme lovforslag for Stortinget, fremholdt departementet at «[d]et anses lite hensiktsmessig, både for Stortinget og for regjeringen, å utferdige og behandle lovforslag som vil bli opphevet etter

⁸⁵ Se definisjonen i smittevernloven § 1-3 nr 3. Det følger også av forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer (FOR-1995-01-01-100) § 1 gitt i medhold smittevernloven § 1-4.

⁸⁶ Det følger av smittevernloven § 7-12 annet punktum at regjeringen (Kongen) om nødvendig i slike situasjoner kan gjøre avvik fra lovgivning. Av § 7-12 tredje punktum følger at §§ 3 og 4 i beredskapsloven (lov om særlige rådgjerder under krig, krigsfare og lignende forhold) gjelder i slike tilfeller. Beredskapsloven § 3 andre ledd fastsetter at bestemmelser gitt av Kongen snarest mulig skal meddeles Stortinget. Er Stortinget ikke samlet når bestemmelsene gis, skal det øyeblikkelig sammenkalles. Videre fastslås det at bestemmelsene kan oppheves av Kongen eller Stortinget. Det følger av henvisningen til beredskapsloven § 3 tredje ledd at såfremt forskrifter gitt med hjemmel i smittevernloven § 7-12 ikke er opphevet innen 30 dager etter at de er meddelt Stortinget, skal de snarest mulig legges fram som lovforslag.

⁸⁷ Koronaloven § 8 første og andre ledd lød

«Fra den tid loven trer i kraft, skal lov 5. august 1994 om vern mot smittsomme sykdommer § 7-12 nytt fjerde punktum lyde:

Lov 15. desember 1950 nr. 7 om særlige rådgjerder under krig, krigsfare og liknende forhold § 3 andre ledd andre punktum og tredje ledd gjelder ikke for forskrifter som er fastsatt i forbindelse med utbruddet av Covid-19».

⁸⁸ Prop.56 L (2019–2020) punkt 5.2.

kort tid».⁸⁹ Endringene i smittevernloven § 7-12 er ikke omtalt i stortingskomiteens merknader i innstillingen til koronaloven.⁹⁰

Plikten til å *meddele* forskriftene snarest mulig til Stortinget gjaldt imidlertid fullt ut også for forskrifter vedtatt etter smittevernloven § 7-12 i forbindelse med utbruddet av covid-19. Imidlertid synes regjeringens opplysninger til Stortinget ved meddelelser etter koronaloven å ha vært mer omfattende enn etter *smittevernloven* § 7-12. Vi er ikke kjent med at tilsvarende ganske inngående begrunnelser som regjeringen gav til Stortinget ved forskrifter etter koronaloven, ble gitt ved meddelelser av forskrifter etter smittevernloven § 7-12.⁹¹

3.6. Oppsummering og vurderinger av rettssikkerhetsgarantiene i beslutningsprosessene

Sett fra et rettsstatlig og menneskerettslig ståsted er det et sentralt poeng at de ulike krisefullmaktslovene som ble benyttet under covid-19 krisen i ulik grad involverte Stortinget, i ulik grad sørget for opplysning av saken, og i ulik grad ivaretok høringsinstituttet. Koronaloven foreskrev involvering av Stortinget på en måte som bedre ivaretok bredere demokratiske og rettssikkerhetsmessige hensyn sammenlignet med smittevernloven. Ved forskrifter gitt etter krisefullmakten i smittevernloven § 7-12 var Stortinget i stor grad avkoblet.⁹²

Forskrifter som ble gitt i medhold av koronaloven og som berørte menneskerettighetene ble med få unntak sendt på høring.⁹³ Det var betryggende, selv om det i krisens første fase var forståelig at høringsfrister måtte bli korte. NIM finner likevel grunn til å peke på at man fremover må se vesentlig mer kritisk på bruk av korte høringsfrister slik at det ikke settes en presedens for dette ved krisehåndtering hvor behovet for raske regelendringer ikke er så presserende.

Forskrifter gitt i medhold av smittevernloven § 7-12 ble derimot ofte ikke sendt på høring, heller ikke når de berørte menneskerettighetene.⁹⁴ De mest inngripende og omfattende tiltakene ble stort sett ble fastsatt i medhold av smittevernloven, for eksempel pålegg om

⁸⁹ Prop.56 L (2019–2020) punkt 5.2.

⁹⁰ Innst.204 L (2019–2020) punkt 3 og Innst.240 L (2019–2020) punkt 4.

⁹¹ Se punkt 3.4.

⁹² Se punkt 3.5.

⁹³ Et unntak er midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 462 om endringer i helselovgivningen for å avhjelpe konsekvenser under utbruddet av Covid-19, jf. PRE-2020-03-27-462 Midlertidig forskrift om endringer i helselovgivningen for å avhjelpe konsekvenser under utbruddet av Covid-19 punkt 2.

⁹⁴ Dette gjelder forskrift 27. mars 2020 nr. 475 om digital smittesporing og epidemikontroll i anledning utbrudd av Covid-19; forskrift 27. mars 2020 nr. 470 (Covid-19-forskriften) og forskrift 15. mars nr. 294 om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19; forskrift 15. mars 2020 nr. 293 om bortvisning mv. av utlendinger uten oppholdstillatelse.

isolasjon og karantenebestemmelser.⁹⁵ Det medførte at til dels kontroversielle regler ikke ble gjenstand for høring, som forskriften om utreiseforbud for helsepersonell, forbud mot opphold på fritidseiendom, og forskrift om smittevernapp.⁹⁶ Dette var uheldig sett fra et demokratiperspektiv, men også fra et rettssikkerhetsperspektiv. Høringer kunne medført tilpasninger i reglene for å ivareta menneskerettighetene bedre.

Et annet og selvstendig poeng er at når forskrifter eller retningslinjer/instruksjoner ikke sendes på høring vil offentligheten i liten grad kjenne til hvilke vurderinger myndighetene har gjort av behovet for forskriftene og forholdet til menneskerettighetene. Menneskerettslige begrunnelser og inngrepsvurderinger er generelt sentralt for at forholdsmessighet av inngrep og oppfyllelsen av lovkravet skal kunne ettergås. Samtidig er det selvsagt viktig at saksbehandlingen disse kravene avbalanseres mot kapasitets – og tidshensyn. Men selv i situasjoner der regelverksarbeid må gå raskt, er det viktig å ivareta hensynet til åpenhet og muligheten for offentlig diskusjon så langt som mulig. Åpenhet bidrar til å synliggjøre at ulike hensyn og rettigheter faktisk er sett, det kan gi sterkere begrunnelser og bedre og mer nyanserte regler. Dette vil igjen kunne sikre bedre forankring og legitimitet for forskriftene i befolkningen.

NIM har forståelse for at en del regelverk innenfor blant annet Helse- og omsorgsdepartementets ansvarsområder måtte komme på plass så raskt at de ikke kunne sendes på høring, for eksempel enkelte strakstiltak innenfor smittevern, som stenging av næringsvirksomhet der det er særlige fare for smittespredning.⁹⁷ Vi reiser imidlertid spørsmålet om det ikke i flere tilfeller kunne vært rom for høringer med kort høringsfrist. I tilfeller der forslag ikke ble sendt på høring forut for vedtakelse, burde det kunne vært vurdert høring etter at forskriften ble vedtatt (etterskuddshøring). Høringsnotat kunne vært tilpasset kapasitetsbegrensningene og myndighetene kunne bedt om innspill på utvalgte spørsmål.

Vår generelle vurdering er at de forskriftene som ble vedtatt etter koronaloven og som reiste menneskerettslige spørsmål, hadde forholdsvis gode forarbeider sammenlignet med ordinært forskriftsarbeid.⁹⁸

⁹⁵ Se redegjørelsen i Prop. 76 L (2019-2020) punkt 3.2.

⁹⁶ I medhold av smittevernloven § 7-12 lanserte Folkehelseinstituttet smittevernsappen «smittestopp». Appen ledet til store diskusjoner om personvern. Utgangspunktet for vurderingen av appen, var at den var frivillig, men at den forutsatte en nærmere regulering fordi samtykket ikke var i tråd med samtykkekravene etter GDPR. Også menneskerettslig er det et spørsmål om en app som lastes ned frivillig, utgjør et «inngrep» i retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Dette var et av flere spørsmål som NIM drøftet i et brev til Folkehelseinstituttet i relasjon til appen. Vi går ikke nærmere inn i tematikken her utover å peke på at det var et generelt poeng fra NIMS perspektiv at de personvernspørsmålene som appen reiste, ikke kunne vurderes isolert fra de mange andre koronakrisen nødvendiggjorde. Vi viser ellers til brevet og de vurderinger som der fremgår, tilgjengelig her <https://www.nhri.no/2020/brev-til-helse-og-omsorgsdepartementet-og-folkehelseinstituttet/>

⁹⁷ Se f.eks. Covid-19-forskriften § 14 (FOR-2020-03-27-470), slik den gjaldt 27.03.2020.

⁹⁸ Dette har sammenheng med plikten til å meddele forskriftene til Stortinget etter koronaloven § 5 sammenholdt med regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget, se nærmere punkt 3.4.

Stortingskomiteen synes å ha forutsatt i stortingsinnstillingen at koronaloven bare skulle brukes dersom andre gjeldende lover ikke kunne fungere som hjemmel for en ny forskrift.⁹⁹ Som hovedregel vil dette være en hensiktsmessig forutsetning. Menneskerettslige spørsmål er ofte vurdert i den alminnelige lovgivningsprosessen som ligger til grunn for en forskriftshjemmel i lov. Likevel kan det ofte være vanskelig å fastslå hvor langt en alminnelig forskriftshjemmel rekker i konkrete tilfeller. Denne utfordringen øker gjerne under en krise covid-19 utbruddet. Her ligger forklaringen på at vurderingene i denne rapporten av de hjemmelsspørsmål krisehåndteringen har aktualisert, er ganske omfattende. I tilfeller hvor det var tvilsomt om forvaltningen hadde tilstrekkelig hjemmel for et tiltak, kunne rettsavklaring gjennom bruk av koronaloven også ivarett rettssikkerhetshensynet. Koronaloven kunne etter NIMs syn med fordel vært brukt for å avklare noen av de hjemmelsspørsmålene krisehåndteringen har aktualisert.

Det synes klart at koronaloven gav vesentlig bedre rettssikkerhetsgarantier sammenlignet med der tiltak ble gjennomført ved instruks og retningslinjer i forvaltningen.¹⁰⁰ Bruken av instruks og retningslinjer gir dårligere grunnlag enn forskriftsbehandling for å se reguleringer på ulike rettsområder i sammenheng på en måte som sikret rettsikkerhet og konsistens. Et eksempel på at koronaloven ville gitt bedre rettssikkerhetsmessig behandling enn den løsning som ble valgt, var vedtakelsen av retningslinjene om to ukers karantene som hovedregel ved nyinnsettelse i fengsel.¹⁰¹ Hadde man brukt koronaloven for å vedta dette tiltaket, kunne man avklart hvordan det virket inn på de innsattes rettsstilling fra et menneskerettslig perspektiv. Det kunne også medført mer betryggende medisinsk faglig vurdering av behovet for karantene, mulige alternative tiltak og hvordan karantenen skulle gjennomføres, og slik ivareta betryggende vurdering av forholdsmessigheten av inngrepet i de innsattes rett til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

Regjeringen vedtok viktige regelverk i tilknytning til utbruddet med hjemmel i smittevernloven § 7-12, slik som forbudet mot opphold på fritidseiendom¹⁰² og reglene som dannet grunnlag for smittevernappen.¹⁰³ Regjeringen hadde som nevnt fortsatt plikt til å meddele forskriftene gitt etter smittevernloven § 7-12 til Stortinget. En tredjedel av stortingsrepresentantene hadde imidlertid ikke, som etter koronaloven, mulighet til å sørge for oppheving av forskriftsregler gitt etter smittevernloven § 7-12. Tatt på ordet, ville stortingskomiteens forutsetning om at koronaloven bare skulle brukes hvis andre

⁹⁹ Innst.204 L (2019–2020) punkt 3. Komiteens uttalelse er ikke helt klar da den er tvetydig formulert. Den lyder «Det er kun nødvendig å benytte denne loven dersom andre gjeldende lover ikke kan fungere som hjemmel for en ny forskrift eller det haster så mye at den alminnelige lovgivningsprosessen ikke er forsvarlig».

¹⁰⁰ Se punkt 3.4 og 3.6.

¹⁰¹ Se om karantene og isolasjon i smittevernøyemed overfor innsatte i fengsel i punkt 6.

¹⁰² Forskrift 15. mars nr. 294 om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19.

¹⁰³ Forskrift 27. mars 2020 nr. 475 om digital smittesporing og epidemikontroll i anledning utbrudd av Covid-19.

gjeldende lover ikke kunne fungere som hjemmel for en ny forskrift, medføre at bruk av koronaloven ikke ville være mulig dersom reglene kunne vært hjemlet i smittevernloven § 7-12.

Et viktig læringspunkt fra krisen er etter NIMs oppfatning at en krisefullmaktslov som koronaloven, godt utformet og med forankring i Stortinget, ivaretar viktige rettssikkerhetsprinsipper. Den førte også til at det i større grad ble gitt skriftlige vurderinger av menneskerettslige implikasjoner av reglene enn tilfellet var ved regler vedtatt i medhold av annen lovgivning eller ved retningslinjer og instruksjer i forvaltningen.

4. Generelle pålegg gitt i medhold av smittevernloven på statlig nivå

4.1. Oversikt over reguleringen av isolasjon og karantene rettet mot befolkningen som helhet

I forrige kapittel gjennomgikk vi generelle sider ved forholdet mellom regler gitt i medhold av smittevernloven og koronaloven. I dette kapittelet drøftes nærmere de ulike pålegg som ble gitt i medhold av smittevernloven.

Smittevernloven ble brukt som grunnlag for en rekke pålegg om karantene og isolasjon. Slike vedtak er nokså inngripende og griper inn i bevegelsesfriheten og privatlivet. Slike pålegg ble gitt både på statlig og kommunalt nivå, og utformet både som generelle regler (som gjelder for alle) og som spesifikke pålegg (for enkeltpersoner). I dette kapitlet ser vi på de generelle reglene om karantene og isolasjon gitt på *statlig nivå*.

Ved forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften) vedtok regjeringen 27. mars regler om karantene og isolasjon rettet mot befolkningen som helhet.¹⁰⁴ Regjeringen vedtok disse forskriftsreglene med hjemmel i smittevernloven § 7-12.¹⁰⁵ Forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse av karantene- og isolasjonspliktene var straffesanksjonert med bøter eller fengsel i inntil seks måneder.¹⁰⁶

Personer som ankom Norge hadde plikt etter forskriften § 5 til å oppholde seg i karantene i ti døgn etter ankomst til Norge. Dette innebar at personen skulle oppholde seg i eget hjem eller på annet egnet oppholdssted.¹⁰⁷ Personen kunne bare oppholde seg utenfor hjemmet eller oppholdsstedet hvis nærkontakt med andre enn de personene som vedkommende bodde sammen med, ble unngått.¹⁰⁸

Etter forskriften § 8 utløste nærkontakt med en bekreftet smittet person karanteneplikt.¹⁰⁹ Karantenen etter denne bestemmelsen innebar at personen skulle oppholde seg i eget hjem eller på annet egnet oppholdssted.¹¹⁰ Personen kunne bare

¹⁰⁴ FOR-2020-03-27-470, 27. mars 2020 nr. 470 (covid-19-forskriften).

¹⁰⁵ PRE-2020-03-27-470 Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften) punkt 2. Reglene var en videreføring med noen endringer av reglene i de tidligere forskriftene om dette, som regjeringen hadde vedtatt den 15. mars. Disse var fastsatt i avr forskrift om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 og var vedtatt med hjemmel i smittevernloven § 7-12, jf. PRE-2020-03-15-294 punkt 2.

¹⁰⁶ FOR-2020-03-27-470 § 18. Etter smittevernloven § 8-1 første punktum fremgår det at forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven eller vedtak gitt med hjemmel i loven, straffes med bot eller fengsel inntil 2 år. Dersom overtredelsen har tap av menneskeliv eller betydelig skade på kropp eller helse som følge, er straffen bot eller fengsel inntil 4 år, jf. smittevernloven § 8-1 andre punktum. Departementet vurderer at forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse av bestemmelser i denne forskriften, straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder...». Forskriftsbestemmelsen § 18 må etter vårt syn forstås slik at smittevernloven § 8-1 ikke gjaldt ved overtredelser av covid-19 forskriften.

¹⁰⁷ FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars.

¹⁰⁸ FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars.

¹⁰⁹ FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars § 8 sammenholdt med § 3.

¹¹⁰ FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars § 8 tredje ledd første punktum.

oppholde seg utenfor hjemmet eller oppholdsstedet hvis nærkontakt med andre enn de personene som vedkommende bodde sammen med, ble unngått.¹¹¹ Personen kunne under karantene ikke gå på jobb eller skole, foreta lengre reiser innenlands eller reiser utenlands, ta offentlig transport eller oppsøke steder hvor det var vanskelig å holde nødvendig avstand til andre personer.¹¹²

Etter forskriften § 11 hadde personer som var bekreftet smittet av Covid-19 plikt til å oppholde seg i «isolering» fra tidspunktet symptomer inntrådte.¹¹³ Plikten til «isolering» innebar at personen skulle oppholde seg i eget hjem eller på annet egnet oppholdssted.¹¹⁴ Personen skulle være isolert fra andre personer, og skulle så langt det er mulig ikke ha nærkontakt med personer i samme husstand.¹¹⁵ Perioden for isolering skulle være i samsvar med Helsedirektoratets anbefalinger.¹¹⁶

Forskriftene inneholder ikke noe forbehold for personer som bor i institusjoner, slik som helse- og omsorgsinstitusjoner og fengsler. Innskrenkingene i bevegelsesfriheten etter forskriften §§ 8 og 11 omfatter dermed også disse. Et annet spørsmålet er hva karantenepliktene innebærer for beboere i en institusjon. Med sikte på innsatte i fengsel, behandles det i punkt 6 nedenfor.

Etter politiloven § 7 første ledd nr. 3 kan politiet «gripe inn» for å «avverge eller stanse lovbrudd». Etter politiloven § 6 fjerde ledd kan politiet «anvende makt under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig.»¹¹⁷ Politiet må antas å ha en viss adgang til bruk av makt for å avverge eller stanse brudd på smittevernloven og bestemmelser gitt i medhold av smittevernloven.¹¹⁸ Politiet skal uansett ikke ta i bruk

¹¹¹ FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars § 8 tredje ledd annet punktum.

¹¹² FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars § 8 tredje ledd tredje punktum.

¹¹³ FOR-2020-03-27-470, slik den ble vedtatt 27. mars § 11 første ledd og tredje ledd.

¹¹⁴ FOR-2020-03-27-470 § 11 første og tredje ledd.

¹¹⁵ FOR-2020-03-27-470 § 11 andre ledd.

¹¹⁶ Kommunen hadde plikt til å sørge for at personer som hadde plikt til å oppholde seg i isolering kunne «oppholde seg på hotell eller annet sted anvist av kommunen» dersom kommunen «..finner at bovilkår, familiesituasjon eller andre forhold medfører at isolering i hjemmet ikke sikrer et effektivt og forsvarlig smittevern», jf. forskriften § 11a første ledd. Kommunen pliktet da å dekke kostnadene. Kommunen kunne alternativt bestemme at personer som den bekreftet smittede bodde sammen med, kunne oppholde seg på et annet sted, se. FOR-2020-03-27-470 § 11 tredje ledd annet punktum.

¹¹⁷ Måter å gripe inn på omfatter blant annet å «regulere ferdselen, forby opphold i bestemte områder, visitere person eller kjøretøy, uskadeliggjøre eller ta farlige gjenstander i forvaring, avvise, bortvise, fjerne eller anholde personer, påby virksomhet stanset eller endret, ta seg inn på privat eiendom eller område eller påby områder evakuert».

¹¹⁸ Se om politiets adgang til bruk av fysisk makt under en forvaltningskontroll for å avverge eller stanse lovbrudd i Marius Stub «Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet» (Universitetsforslaget 2011) punkt 9.3.3.3. Det heter i forarbeidene til smittevernloven i tilknytning til bestemmelsene i kapittel 4-1 at (jf. Ot. prp. nr. 91 punkt 4.1 på s 61) «Ved isoleringstiltak etter bokstav d vil det ofte ikke være noen ansvarlig å rette pålegget til, slik at kommunestyret selv må ta initiativet, f.eks. til å leie egnede lokaler. Det kan også være aktuelt å be politiet om bistand til gjennomføringen, se § 4-10 og kommentarene til denne. Departementet vil understreke at bestemmelsene i § 4-1 ikke er tvangsbestemmelser som gir adgang til fysisk makt mot enkeltpersoner, f.eks. fysisk tilbakeholdelse ved isolering etter bokstav d. Det vises forøvrig til omtalen av

sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt, jf. politiloven § 6 andre ledd første punktum.¹¹⁹

Forskriften som gjelder karantene og isolasjon i forbindelse med covid-19 gjelder med andre ord i utgangspunktet for alle, den inneholder dels inngripende bestemmelser, og brudd på forskriften kan straffesanksjoneres. I det følgende drøfter vi hvordan forskriften forholder seg til ulike menneskerettigheter.

4.2. *Forholdet til bevegelsesfriheten og retten til privatliv ved isolasjon- og karantene etter covid-19-forskriften – utgangspunkter*

Det følger av Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter som Norge er bundet av har alle rett til bevegelsesfrihet. I Grunnloven § 106 første ledd fastsettes det at «Enhver som oppholder seg lovlig i riket, kan fritt bevege seg innenfor rikets grenser og velge sitt bosted der». Rett til bevegelsesfrihet innenfor riket følger også av EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 og SP artikkel 11. EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 nr. 1 lyder i norsk oversettelse «Enhver som lovlig befinner seg på en stats territorium, skal ha rett til bevegelsesfrihet innenfor dette territorium og til fritt å velge sitt bosted.» Det er adgang til å gripe inn i bevegelsesfriheten både etter Grunnloven og EMK der tiltaket er hjemlet i lov, er begrunnet i et legitimt formål og er forholdsmessig.¹²⁰ De hensynene som kan begrunne tiltaket etter EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2, deriblant «the protection of health», vil også kunne begrunne tiltaket etter Grunnloven § 106 første ledd.

Karantene og isolasjonsbestemmelser vil etter omstendighetene kunne gripe inn i bevegelsesfriheten. Tilsvarende vil slike tiltak etter omstendighetene kunne gripe inn i retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

Dermed gjaldt inngrepsvilkårene om at tiltakene om karantene og isolasjon måtte ha et tilstrekkelig grunnlag i lov, ivaretok et legitimt formål og være forholdsmessige. Med et forbeholdt for karantene for beboere i institusjoner, var lovskravet oppfylt gjennom covid-19-forskriften sammenholdt med smittevernloven § 7-12. Tiltaket ivaretok folkehelsen, som er et legitimt formål. Spørsmålet er om tiltaket er *forholdsmessig*. Vurderingen av dette må skje ut fra myndighetenes begrunnelse for tiltaket på den ene siden (smittevern) og hvor inngripende tiltaket er på den annen side, for å kunne avgjøre om tiltaket bygger på en rimelig balanse mellom hensynene.¹²¹

iverksettelsen under merknadene til bestemmelsen.» Vi antar at disse uttalelse neppe tilsier at politiets adgang til fysisk makt etter politiloven ikke skal gjelde, da departementet ikke uttaler seg om denne. Det kan spørres om uttalelsene har en viss betydning for rekkevidden av adgangen til maktbruk etter politiloven likevel.

¹¹⁹ De midler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene ellers, jf. politiloven § 6 andre ledd annet punktum.

¹²⁰ Se punkt 2.3.1.

¹²¹ Se punkt 2.3.

Vi kan ikke konkludere uten nærmere faktisk oversikt, men statens menneskerettslige plikt til å sikre liv og helse for befolkningen vil veie tungt i en forholdsmessighetsvurdering, noe som trekker klart i retning av at tiltakene var nødvendige og forholdsmessige. Det kan likevel ikke utelukkes at noen personer, f.eks. beboere i helseinstitusjoner og i fengsler eller andre sårbare grupper, ble rammet såpass hardt av tiltaket at det kan reises spørsmål om forholdsmessigheten.

4.3. Vernet mot vilkårlig frihetsberøvelse

Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5 gir rett til frihet og sikkerhet,¹²² som innebærer et vern mot vilkårlig frihetsberøvelse. Etter Grunnloven § 94 første ledd må ingen «fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver». Videre må frihetsberøvelsen være «nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep», jf. Grunnloven § 94 første ledd annet punktum. Etter EMK artikkel 5 skal frihetsberøvelsen ha grunnlag i lov, bygge på ett av de uttømmende angitte grunnlagene i artikkel 5, og det må være sammenheng mellom grunnlaget for frihetsberøvelsen og hvor og hvordan frihetsberøvelsen gjennomføres. Endelig må frihetsberøvelsen må være forholdsmessig.

Det kan spørres om en straffesanksjonert plikt til isolasjon, med såpass omfattende restriksjoner og i såpass lang tid som etter covid-19 forskriften § 11, vil utgjøre frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, slik at garantiene etter denne artikkelen utløses. Vi kan ikke vise til avgjørende rettspraksis for å svare på dette. Vi viser imidlertid til at gjennomføring av «husarrest» som innebærer plikt til å ikke forlate hjemmet i tilknytning til varetektsfengsling, etter EMDs praksis vil utgjøre frihetsberøvelse.¹²³ Likevel antar vi at det mest nærliggende er at når covid-19-forskriften hjemler straff for overtredelser, innebærer dette et slikt tvangselement at pålegg om isolasjon faller inn under frihetsberøvelse etter Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5.

Det aktuelle grunnlaget for frihetsberøvelse for å hindre smittefare vil være EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e, som i norsk oversettelse lyder «lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer.»¹²⁴ Bestemmelsen har i svært liten grad vært anvendt av domstolene. Vi har imidlertid en EMD-dom som gjaldt tvungen isolasjon av en HIV-positiv person i Sverige.¹²⁵ EMD ga i den saken uttrykk for at frihetsberøvelsen måtte være siste utvei for å hindre smitte, basert på en vurdering av at mindre

¹²² Det beskyttede rettsgodet etter EMK artikkel 5 er ikke den personlige friheten i sin alminnelighet. EMD har uttrykt det slik «...individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person...», jf. storkammerdommen Engel m. flere mot Nederland (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72)) avsnitt 57.

¹²³ Nikolova v. Bulgaria (no. 2) (40896/98) avsnitt 60 sammenholdt med avsnitt 53.

¹²⁴ Vi er bare kjent med en avgjørelse fra EMD om frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e med grunnlag i smittefare. Den gjaldt en HIV-smittet person.

¹²⁵ Enhorn v. Sverige (56529/00).

inngripende tiltak er vurdert som utilstrekkelige for å beskytte den offentlige interessen i smittevernet.¹²⁶

Såfremt pålegget om isolasjon utgjorde en frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, vil det som nevnt gjelde et generelt krav til sammenheng mellom grunnlaget for frihetsberøvelsen og innholdet og gjennomføringen av den. Hvordan selve frihetsberøvelsen gjennomføres, reguleres i utgangspunktet bare av EMK artikkel 3 om forbud mot umenneskelig og nedverdiggende behandling og EMK artikkel 8 om privatlivet. Ved frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e av mentalt syke innebærer kravet til sammenheng at frihetsberøvelsen gjennomføres «in a hospital, clinic, or other appropriate institution authorised for that purpose».¹²⁷ Det innebærer et krav til adekvat medisinsk behandling under frihetsberøvelsen.¹²⁸ Dette kravet gjelder også der tilstanden av ulike grunner ikke lar seg behandle.¹²⁹

Praksis fra EMD om EMK artikkel 5 har hittil ikke omhandlet en pandemisituasjon der isolasjon i første rekke skjer i eget hjem, og der medisinsk oppfølging ofte ikke er nødvendig. Vi antar imidlertid at kravet til sammenheng mellom grunnlaget for frihetsberøvelsen og gjennomføringen av denne, i en slik situasjon, overfor noen isolerte personer, innebærer visse krav til oppfølging av behandlingsbehov som følge av isolasjonen. Hvor langt det rekker er usikkert. Forholdsmessighetsvurderingen må gjøres konkret, og staten kan åpenbart gå langt i å sikre at pandemien ikke sprer seg, men isolasjonstiltakene må vurderes opp mot bl.a. om minste inngreps prinsipp er blitt fulgt.

¹²⁶ Enhorn, v. Sverige (56529/00) avsnitt 44.

¹²⁷ EMDs storkammerdom Rooman mot Belgia fra 2019 avsnitt 193 med videre henvisninger

¹²⁸ EMDs storkammerdom Rooman mot Belgia fra 2019 avsnitt 210

¹²⁹ EMDs storkammerdom Rooman mot Belgia fra 2019 avsnitt 193.

4.4. Forbud mot opphold på fritidseiendom

Ved forskriften om covid-19-tiltak som ble vedtatt 15. mars, ble det innført forbud mot at en person kunne overnatte på fritidseiendom i annen kommune enn der vedkommende var folkeregistrert, populært kalt «hytteforbudet».¹³⁰

Unntak gjaldt først bare for «[s]trengt nødvendig vedlikehold eller tilsyn som er nødvendig for å avverge store materielle skader tillates».¹³¹ Senere ble det også gjort unntak for personer som delte husstand med en person som var bekreftet smittet.¹³² Forbudet gjaldt til og med 20. april 2020.¹³³ Forsettlig eller grovt uaktsomme overtredelser av forbudet kunne straffes med bøter eller fengsel inntil seks måneder.¹³⁴

I statsrådsforedraget ble det gitt følgende begrunnelse for forbudet:

«Forbud mot opphold på fritidseiendommer i annen kommune enn hjemstedskommune bør innføres for å unngå situasjoner hvor det blir svært mange personer i kommuner som ikke har kapasitet i sin helse- og omsorgstjeneste til å håndtere svært mange syke personer samtidig.»¹³⁵

Videre uttalte statsråden i foredraget at «Tiltaket anses nødvendig både for å beskytte sårbare grupper og for å opprettholde nødvendig kapasitet i helsetjenesten.»¹³⁶ Statsråden opplyste også i foredraget at:

«Flere hyttekommuner er bekymret for om deres helse- og omsorgstjeneste er dimensjonert til å ta hånd om også hyttebeboere. Helsedirektoratet har derfor bedt folk om å bli hjemme. Telling av antall personer i enkelte kommuner viser at mange ikke følger rådet.»¹³⁷

Forbudet ble oppfattet som inngripende av mange, og det var stor oppmerksomhet rundt det. I utgangspunktet sikrer menneskerettighetene både bevegelsesfrihet og

¹³⁰ Forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 § 5 første punktum.

¹³¹ Forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 § 5 annet punktum.

¹³² Se endringsforskriftene FOR-2020-03-19-355 og forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften) (FOR-2020-03-27-470) § 21 nr. 2.

¹³³ Forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 § 9 første ledd.

¹³⁴ Forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 § 6

¹³⁵ PRE-2020-03-15-294 Forskrift om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 punkt 2.

¹³⁶ PRE-2020-03-15-294 Forskrift om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 punkt 2.

¹³⁷ PRE-2020-03-15-294 Forskrift om karantene, isolasjon og forbud mot opphold på fritidseiendommer mv. i anledning utbrudd av Covid-19 punkt 2.

eiendomsrett, så spørsmålet var om dette inngrepet var tilstrekkelig hjemlet og begrunnet. NIM er ikke kjent med noen offentlig tilgjengelig vurdering fra myndighetene av hytteforbudet opp mot menneskerettighetene.

Vi er ikke kjent med noen sammenlignbare forbud som har vært oppe til behandling i EMD. Hytteforbudet innebar ikke forbud mot å reise inn i en annen kommune. Hytteforbudet fikk som konsekvens at personer som hadde tilgang til en hytte i en annen kommune enn hjemstedskommunen, ikke fikk lov til å oppholde seg på den. Denne virkningen var i tråd med formålet med forbudet. Vi antar på denne bakgrunn at forbudet etter omstendighetene utgjorde et inngrep i bevegelsesfriheten.

Inngrep må ha hjemmel i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig. Dette inngrepet hadde hjemmel i smittevernloven. Det å sikre nødvendig kapasitet i helse- og omsorgssektoren er et legitimt formål. Spørsmålet er om forbudet var forholdsmessig.

I forholdsmessighetsvurderingen må det tas utgangspunkt i at myndighetenes plikt til å sikre retten til liv, og derigjennom til å sikre kapasitet i helse- og omsorgssektoren under utbruddet, var svært tungtveiende. Et sentralt moment blir om forbudet gikk lenger enn det som var nødvendig for å sikre kapasiteten i helse- og omsorgstjenestene. Det kan dels reises spørsmål om det var deler av landet der forbudet var unødvendig, dels om forbudet varte lenger enn nødvendig. Disse spørsmålene er vanskelig å vurdere uten konkret kunnskap om de faktiske forholdene og de konkrete kapasitetsutfordringene som lokalt helsevesen hadde. Vi mener imidlertid at regelverksprosessene burde sikret grundigere vurderinger av behovet for forbudet.

Det følger av smittevernloven av § 7-12 at forskrifter gitt i medhold av bestemmelsen som ikke er opphevet innen 30 dager etter at de er meddelt Stortinget, snarest mulig skal legges fram som lovforslag.¹³⁸ Koronaloven gjorde som nevnt at dette ikke gjaldt for forskrifter som ble fastsatt etter smittevernloven § 7-12 i forbindelse med utbruddet av covid-19.¹³⁹ Da forbudet ble vedtatt med hjemmel i smittevernloven § 7-12, var det ikke klart hvor lenge det ville opprettholdes. Forbudet ble opphevet etter litt over en måned. På grunn av den korte varigheten av hytteforbudet kunne man hevde at å fremme et lovforslag dette ville vært unødvendig tungvint.

NIM mener imidlertid at bruk av koronaloven ville vært mer hensiktsmessig enn å bruke smittevernloven som hjemmel for hytteforbudet. Prosedyrene etter koronaloven ville antakelig i tråd med hovedregelen i forvaltningsloven og praksis etter koronaloven medført en offentlig høring som, selv om den måtte foretas på veldig kort tid, kunne sikret vurderinger av forholdet til menneskerettighetene, og da særlig hytteforbudets forholdsmessighet.¹⁴⁰ Både juridiske og medisinske fagmiljøer, samt sivilt samfunn, ville

¹³⁸ Se punkt 2.3.1.

¹³⁹ Se punkt 2.6.

¹⁴⁰ Se vår vurdering av rettssikkerhetsgarantiene etter koronaloven i punkt 2.7.

kunne komme med innspill. Koronaloven var nettopp tilpasset forskrifter som skulle vare i kort tid og måtte på plass raskt, samtidig som de skulle ivareta rettsikkerhet og demokrati.

Det synes for øvrig rimelig klart at hytteforbudet var et inngrep eller begrensning i *eiendomsretten* etter i EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1. Også i eiendomsretten kan det gjøres begrensninger. Eiendomsretten behandles inne nærmere.

4.5. Utreiseforbudet for helsepersonell

Helsedirektoratet traff den 13. mars vedtak om forbud mot at helsepersonell som jobber med pasientbehandling reiste til utlandet, både privat og i tilknytning til tjenesten.¹⁴¹ Vedtaket var hjemlet i helseberedskapsloven § 4-1. Vedtaket inneholdt en dispensasjonsadgang, se nedenfor. Helsedirektoratet gav følgende begrunnelse for forbudet:

«Helsepersonell har et stort samfunnsansvar og en sentral rolle i å bidra til at koronautbruddet ikke eskalerer. Forbudet skal bidra til å forhindre smittespredning blant helsepersonell og sikre tilstrekkelig kapasitet i helsevesenet.

Helsedirektoratet finner det svært viktig å sikre så god personellkapasitet som mulig i norsk helsevesen. Vi bør derfor søke å unngå den krevende situasjonen vi står overfor med potensielt mange syke samtidig. Reiser utenlands med fly og andre offentlige transportmidler vil kunne øke risikoen for at kritisk helsepersonell blir utilgjengelig for arbeid ved hjemkomst.

Helsepersonell som har vært i land med høy smitterisiko kan risikere å bli pålagt karantene slik at de ikke lenger er tilgjengelig for å gi helsehjelp. Folkehelseinstituttets informasjon om karantene ved hjemkomst fra utenlandsreise vil kunne omfatte flere land og områder etter hvert. Et forbud mot å foreta utenlandsreiser vil bidra forebyggende.»¹⁴²

Utreiseforbudet for helsepersonell ble videreført (med enkelte endringer)¹⁴³ i forskriften (covid-19-forskriften) som ble vedtatt 27. mars.¹⁴⁴ Forskriften § 17 første ledd lød

«Helsepersonell som arbeider med pasientbehandling og i apotek i Norge kan ikke reise til utlandet. Forbudet gjelder både tjenestereiser og privatreiser.»

¹⁴¹ FOR-2020-03-13-291.

¹⁴² FOR-2020-03-13-291.

¹⁴³ Kongelig resolusjon PRE-2020-03-27-470 Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften) punkt 2.

¹⁴⁴Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften), 27 mars 2020 nr. 470, i kraft samme dag.

Det eneste unntaket gjaldt helsepersonell som pendlet mellom Norge og Sverige eller Norge og Finland¹⁴⁵ Etter forskriften kunne Helsedirektoratet i «særlige tilfeller» etter søknad gi dispensasjon fra forbudet.¹⁴⁶ Om hva som utgjorde «særlige tilfeller» het det:

«Som særlige tilfeller regnes blant annet reise som er nødvendig ut fra kritiske helse- eller samfunnsmessige forhold eller tungtveiende personlige forhold som alvorlig sykdom i nær familie.»¹⁴⁷

Senere ble det etter innspill fra humanitære organisasjoner lagt til at særlige grunner omfattet deltakelse i «administrativ eller pasientrettet virksomhet innenfor humanitært hjelpearbeid.»¹⁴⁸

Heller ikke her ble forholdet til menneskerettighetene omtalt i statsrådsforedraget.¹⁴⁹ Forbudet ble opphevet med virkning fra 7. mai 2020.¹⁵⁰

Friheten til å forlate landet supplerer den generelle bevegelsesfriheten i Grunnloven § 106, første ledd, og er nedfelt i Grunnloven § 106 *andre ledd* som lyder:

«Ingen kan nektes å forlate riket med mindre det er nødvendig av hensyn til en effektiv rettsforfølgelse eller for avtjening av verneplikt. Norske statsborgere kan ikke nektes adgang til riket.»

Etter sin ordlyd tillater denne bestemmelsen unntak fra retten til å forlate Norge bare dersom det er nødvendig av hensyn til en effektiv rettsforfølgelse eller for avtjening av verneplikt. Ordlyden åpner altså ikke for utreiseforbud begrunnet i å holde helsepersonell i beredskap for det tilfellet at det blir nødvendig å beordre dem til tjeneste. Spørsmålet er om det likevel kan gjøres andre begrensninger i bestemmelsen enn det som fremgår av ordlyden.

Det er i denne forbindelse viktig å minne om at formuleringen av de menneskerettighetene som er tatt inn i Grunnloven, ikke tilsvare fullt ut formuleringene av de menneskerettighetene de bygger på.¹⁵¹ Grunnloven har ingen alminnelig begrensningshjemmel, i motsetning til tilsvarende bestemmelser i EMK og SP selv.

Utvalget som i 2011–2012 utredet en grunnlovfesting av sentrale menneskerettigheter (Lønning-utvalget), foreslo å grunnlovfeste en generell begrensningshjemmel i

¹⁴⁵ Forskriften § 17 tredje ledd fastsatte «Unntatt fra første ledd er helsepersonell som pendler mellom arbeid i Norge og bopel i Sverige eller Finland, og helsepersonell som pendler mellom arbeid i Sverige eller Finland og bopel i Norge. Disse kan bevege seg mellom de to landene for å kunne utføre sitt arbeid, forutsatt at kollektive transportmidler ikke benyttes».

¹⁴⁶ jf. § 17 femte ledd første punktum.

¹⁴⁷ i § 17 femte ledd annet punktum.

¹⁴⁸ Forskrift om endring i forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften) FOR-2020-04-05-605

¹⁴⁹ Kongelig resolusjon PRE-2020-03-27-470 Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften).

¹⁵⁰ FOR-2020-05-07-956 del II.

¹⁵¹ Se nærmere om dette i kapittel 2.2.3.

Grunnloven.¹⁵² Utvalgets hovedbegrunnelse var at en slik bestemmelse ville «bidra til klargjøring og større trygghet mot vilkårlige beslutninger.»¹⁵³ Bestemmelsen skulle slå fast at begrensninger i Grunnlovens rettigheter måtte være fastsatt ved lov, respektere kjernen i rettighetene, være forholdsmessig og nødvendig for å ivareta allmenne interesser eller andre menneskerettigheter. Den skulle også angi hvilke bestemmelser det ikke kunne gjøres inngrep i etter den generelle begrensingshjemmelen. I den generelle begrensingshjemmelen utvalget foreslo, var ikke Grunnloven § 106 blant de rettighetene som *ikke* kunne begrenses ytterligere.¹⁵⁴

Lønning-utvalget uttalte seg imidlertid ikke eksplisitt om forholdet mellom Grunnloven § 106 andre ledd og den generelle begrensingshjemmelen utvalget foreslo.¹⁵⁵ Utvalget uttalte derimot at rettighetene etter Grunnloven § 106 *første ledd* om den generelle bevegelsesfriheten, ville det kunne gjøres inngrep i etter den generelle begrensingshjemmelen.¹⁵⁶

Før behandlingen av grunnlovsforslagene i mai 2014 ble det besluttet å utsette behandlingen av begrensingshjemmelen.¹⁵⁷ Innstilling forelå derfor først i februar 2016, og da stemte et flertall i Kontroll- og konstitusjonskomiteen – alle unntatt medlemmene fra Arbeiderpartiet – mot forslaget.¹⁵⁸ Dette ble også resultatet ved avstemmingen i Stortinget.¹⁵⁹

Grunnloven som den fremstår nå, inneholder dermed etter sin ordlyd ingen adgang til å begrense rettighetene. Høyesterett har imidlertid innfortolket en begrensingsadgang i tråd med det som opprinnelig var Lønning-utvalgets forslag. Konkret har Høyesterett innfortolket denne adgangen i Grunnloven § 101 om organisasjonsfrihet og § 102 om

¹⁵² Se Dokument 16 (2011–2012) kap. 13. Begrensingshjemmel var foreslått tatt inn som § 115. Forslaget ble formelt fremmet som grunnlovsforslag i Dokument 12:31 (2011– 2012) av Per Kristian Foss, Jette F. Christensen, Geir Jørgen Bekkevold, Martin Kolberg, Hallgeir H. Langeland, Marit Nybakk, Per Olaf Lundteigen og Trine Skei Grande.

¹⁵³ Dokument 16 (2011–2012) punkt 13.5.1 s. 73. Se nærmere om adgangen til å gripe inn i menneskerettigheter i punkt 2.3.

¹⁵⁴ Dokument 16 (2011–2012) punkt 13.5.3 særlig s. 76 sammenholdt med utvalgets forslag til bestemmelse om Grunnloven § 106, jf. dokument 16 (2011–2012) punkt 34.3 og 34.4.

¹⁵⁵ Dokument 16 (2011-2012) punkt 34.2.4.

¹⁵⁶ Dokument 16 (2011-2012) punkt 34.2.4 s. 201.

¹⁵⁷ Innstilling forelå derfor først i februar 2016, og da stemte et flertall i Kontroll- og konstitusjonskomiteen – alle unntatt medlemmene fra Arbeiderpartiet – mot forslaget.

¹⁵⁸ Innst. 165 S (2015–2016). Miljøpartiet De Grønne og SV utelukket for øvrig ikke at de på et senere tidspunkt ville kunne bifalle et forslag til en mer presist formulert hjemmel, se s. 7.

¹⁵⁹ Sak 1, 31. mars 2016. Ifølge Stortingets voteringsoversikt stemte ett medlem fra Høyre for Arbeiderpartiets mindretallsforslag. Det ble så fremmet et nytt grunnlovsforslag høsten 2016. Dette forslaget ble stemt ned av Stortinget i juni 2019, mot Arbeiderpartiet og Miljøpartiet De Grønne sine stemmer. Sak 5, 3. juni 2019. Innstillingen som lå til grunn for behandlingen er Innst. 287 S (2018–2019). Som det fremgår her mente SV at det finnes gode grunner for å grunnlovfeste en begrensingshjemmel, men at § 105 i så fall ikke burde inkluderes på listen over bestemmelser det ikke kan gjøres inngrep i. For øvrig viser voteringsoversikten fra behandlingen i plenum at to SV-representanter stemte for Arbeiderpartiets forslag, men det er uklart om dette var en inkurie eller ikke.

retten til familie- og privatliv.¹⁶⁰ Det er ikke i rettspraksis avklart hvorvidt en slik begrensingsbestemmelse skal innfortolkes i § 106 første ledd. Ut ifra Høyesteretts tilnærming til begrensninger i de nevnte rettighetene, kan det trolig legges til grunn at en slik adgang må innfortolkes. Spørsmålet er om dette også gjelder annet ledd første punktum om retten til å forlate riket.

EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 og SP artikkel 12 verner også om retten til å forlate riket. Disse bestemmelsene gir eksplisitt adgang til begrensninger i denne retten blant annet ut fra hensynet til beskyttelse av helse.

Slik Grunnloven § 106 andre ledd første punktum er utformet, er det nærliggende å forstå den slik at begrensninger bare kan gjøres ut fra det som følger direkte av ordlyden, nemlig at unntak fra retten til å forlate riket må være nødvendig av hensyn til «en effektiv rettsforfølgelse» og «avtjening av verneplikt». Hvis det var adgang til begrensninger for å ivareta allmenne interesser og andre menneskerettigheter, ville henvisningen til nødvendige begrensninger som følge av hensynet til «rettsforfølgelse» og «avtjening av verneplikt» være overflødig. Både retten til å forlate riket etter Grunnloven § 106 andre ledd første punktum og norske statsborgeres rett etter andre ledd annet punktum til å ikke nektes adgang til riket, gir uttrykk for presise og avgrensede rettigheter med tilhørende unntak. Det er dermed ikke et tilsvarende behov for en generell unntaksadgang som ved vidt utformende rettigheter, som den generelle retten til bevegelsesfriheten etter Grunnloven § 106 første ledd, til forsamlings- og demonstrasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 andre punktum og til privat- og familieliv i § 102. Alt i alt knytter det seg etter vårt syn betydelig tvil ved om de særskilte angitte unntaksformålene i Grunnloven § 106 andre ledd første punktum kan suppleres av en ulovfestet generell begrensingsadgang.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved om særlige yrkesutøvere, slik som helsepersonell, kan anses å gi avgrenset avkall på retten til å forlate riket der det har nær sammenheng med yrkesutøvelsen og er rimelig forutberegnelig ved inntreden i yrket. Et moment i denne sammenheng er at det neppe er grunn til å anta at Stortinget ved vedtakelsen av Grunnloven § 106 andre ledd første punktum mente å innskrenke adgangen til å pålegge plikter overfor yrkesutøvere med samfunnskritiske funksjoner i beredskapsøyemed. Rekkevidden av et slikt avkallssynspunkt er likevel usikkert.

NIM har fremholdt overfor Stortingets justiskomité at det er ønskelig med en grunnlovsbestemmelse som klart regulerer adgangen til å begrense de enkelte menneskerettighetene i Grunnloven. I det samme brevet etterlyser NIM en egen derogasjons hjemmel.¹⁶¹ Grunnloven bør være tilgjengelig og forståelig. De mest sentrale

¹⁶⁰ Se særlig HR-2015-206-A avsnitt 68 og HR-2016-2554-P avsnitt 81-82.

¹⁶¹ Se brev fra NIM til Stortingets justiskomité 29. mai 2020. Tilgjengelig her <https://www.nhri.no/2020/grunnlovfesting-av-derogasjons-og-begrensningshjemmel-i-grunnlovens-menneskerettighetskapittel/>

elementer i vår statsrett bør fremgå av Grunnloven selv og den bør inneholde klare rammer for begrensninger av menneskerettighetene. Gitt at det var behov for utreiseforbud for helsepersonell for å sikre beredskapen under utbruddet, er det uheldig at Grunnloven § 106 andre ledd første punktum første punktum er utformet slik at det er betydelig tvil knyttet til om det å sikre kapasitet i helsesektoren kan gi grunnlag for begrensninger i rettigheten til å forlate riket. Integriteten til Grunnloven er avhengig av at det til enhver tid foretas vurderinger av hvilke rammer den setter for ulike tiltak, og at eventuelle behov for grunnlovsendringer møtes gjennom demokratisk debatt og prosedyrer for grunnlovsendringer.

5. Kommunale pålegg om karantene

5.1. Innledning

Som omtalt nærmere under 2.4, ovenfor, har kommunene et eget menneskerettighetsansvar for utøvelse av handlinger eller unnlaterelser foretatt i kommunal regi. Det er derfor av betydning for denne rapporten hvordan covid-19-tiltak ble vedtatt og gjennomført i kommunene. Alle statlige myndigheter, inklusive kommunene, har en menneskerettslig plikt til å sikre liv og helse, samtidig som de blant annet må beskytte privat- og familieliv, bevegelsesfrihet og personlig frihet.

Smittevernloven gir kommunene fullmakter til å treffe vedtak for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført. Kommunenes og kommunelegenes ansvar fremgår av smittevernloven henholdsvis §§ 7-1 og 7-2.¹⁶² Smittevernloven § 4-1 gir både kommunen og Helsedirektoratet vidtgående fullmakt til å pålegge smitteverntiltak når det er nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført.

I tilknytning til håndteringen av utbruddet, innførte en del kommuner lokale karantenerregler, mens noen få kommuner innførte både lokale karantene- og innreiseregler.¹⁶³ Disse reglene kom i tillegg til de statlige påleggene etter covid-19-forskriften.¹⁶⁴ Lokale karantenerregler innebar typisk at personer fra andre kommuner eller regioner som ankom kommunen ble pålagt å oppholde seg i eget hjem eller egnet oppholdssted i fjorten eller syv dager.¹⁶⁵

Innreiseforbud innebar typisk at personer som var bosatt utenfor kommunen eller regionen ikke fikk reise inn i kommunen. Forskriftene hadde også bestemmelser om unntak fra lokale karantene- og innreiseregler. Typiske unntak var at innreiseforbudet ikke gjaldt for personell med samfunnskritiske funksjoner, personell som kunne hindre tap av store materielle verdier og de som hadde sterke personlige grunner.¹⁶⁶

Kommuner begrunnet karantene- og innreisebestemmelsene dels ut ifra hensynet om å forsinke og hindre spredning av covid-19, og dels for å bidra til å opprettholde nødvendig kapasitet i helse- og omsorgstjenestene.¹⁶⁷ I tilknytning til behovet for å opprettholde

¹⁶² Se om det kommunale selvstyret i punkt 2.4.

¹⁶³ Se FOR-2020-03-11-288, FOR-2020-03-18-337, FOR-2020-03-20-378, FOR-2020-03-25-419, FOR-2020-03-26-454, FOR-2020-03-30-523, FOR-2020-04-01-558, FOR-2020-04-02-592, FOR-2020-04-06-683, FOR-2020-04-08-754, FOR-2020-04-13-761. Kommunene har endret forskriftene flere ganger.

¹⁶⁴ Se om denne punkt 4.1.

¹⁶⁵ Selv der det ikke var presisert i forskriftene, må karantenebestemmelsene antagelig forstås slik at karantene skulle gjennomføres etter lignende regler som etter covid-19-forskriften. Se om disse reglene i punkt 4.1.

¹⁶⁶ Se FOR-2020-03-19-344 § 3 og § 8, FOR-2020-04-15-790 § 8, FOR-2020-04-17-821.

¹⁶⁷ Se FOR-2020-03-26-454; FOR-2020-03-29-521; FOR-2020-03-30-523; FOR-2020-04-01-558; FOR-2020-04-06-683; FOR-2020-04-08-754; FOR-2020-04-13-761 og FOR-2020-04-15-790.

nødvendig kapasitet i helse- og omsorgstjenestene, fremholdt flere kommuner at deres områder var preget av små lokalsamfunn og lange avstander slik at kritiske samfunnsfunksjoner ville være ekstra utsatt ved en omfattende epidemi.¹⁶⁸

Pålegg om karantene og innreiseforbud utgjorde inngrep i bevegelsesfriheten.¹⁶⁹ Pålegg om karantene vil også nokså gjennomgående være et inngrep i privatlivet etter Grunnloven § 102 første ledd og EMK artikkel 8, og kan etter forholdene innebære et inngrep i familielivet etter de samme rettighetene. Dette innebærer at tiltaket må ha tilstrekkelig grunnlag i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig for at myndighetene skal ha adgang til å gjennomføre det.¹⁷⁰

Det er ikke tvilsomt at smittevern utgjør et legitimt formål som kan begrunne inngrep i retten til bevegelsesfrihet, og i retten til privat- og familielivet.¹⁷¹

I kravet til lovhjemmel ligger det som nevnt for det første et krav om at myndighetene må kunne vise til et nasjonalt rettsgrunnlag for sin myndighetsutøvelse.¹⁷² Videre kreves det både etter Grunnloven og EMK at inngrep i en menneskerettighet skal baseres på regler som er tilgjengelige og så presise som forholdene tillater (presisjonsvilkåret).¹⁷³ Smittevernloven må tolkes på en måte som gjør at disse kravene til presisjon oppfylles.

Hvorvidt presisjonsvilkåret er oppfylt beror, etter EMDs praksis, på en sammensatt vurdering der hensynet til forutberegnelighet og vern mot vilkårlig myndighetsutøvelse må avveies mot hensynet til et fleksibelt regelverk. Der hvor hensynet til individet veier tungt, f.eks. hvor individet er i en særlig sårbar posisjon, er det særlig viktig at loven er presis. På den annen side må dette veies opp mot myndighetenes behov på det aktuelle saksområdet for et fleksibelt og skjønnsmessig regelverk som tar høyde for at forhold kan endre seg raskt. Det kan oppstå spørsmål som er vanskelige å overskue og dermed et behov for regler som muliggjør skjønnsmessige vurderinger i konkrete saker.

NIM antar at forvaltningen må kunne gis et betydelig rom for skjønnsmessige vurderinger om hva som er nødvendig ut fra smittevernhensyn (og plikten til å sikre retten til liv). Kravet til presisjon må fastsettes på bakgrunn av at det kan være vanskelig for lovgiver å forutse hva som vil være kommunenes behov under en pandemi. EMD har fremholdt at det ikke er et krav at lovgivningen tar høyde for enhver eventualitet.

¹⁶⁸ Se FOR-2020-03-26-454; FOR-2020-03-29-521; FOR-2020-03-30-523; FOR-2020-04-01-558; FOR-2020-04-06-683; FOR-2020-04-08-754; FOR-2020-04-13-761 og FOR-2020-04-15-790.

¹⁶⁹ Grunnloven § 106 første ledd, EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2 og SP artikkel 11.

¹⁷⁰ Se redegjørelsen i punkt 2.3.3.

¹⁷¹ Kommunene traff også i noen tilfeller med hjemmel i smittevernloven § 4-1 pålegg om karantene for nyinnsatte i fengsel som innebar utelukkelse fra fellesskapet. Disse vedtakene utgjorde inngrep i innsattes rett til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, og drøftes i denne rapporten se i punkt 6.2.

¹⁷² Det redegjøres for lovkravet i punkt 2.3.3.

¹⁷³ Se punkt 2.3.3.

Hvorvidt inngrepet skjer etter en betryggende saksbehandling med mulighet for etterprøving ved klage og domstolskontroll spiller også inn i vurderingen av om presisjonsvilkåret er oppfylt.

I dette kapittelet drøfter vi om kommunenes generelle pålegg om karantene oppfylte kravet til lovhjemmel og kravet til forholdsmessighet, punkt 5.2 til 5.4. På bakgrunn av denne gjennomgangen, vurderer vi i punkt 4.5 hvor langt utformingen av bestemmelsen i smittevernloven § 4-1 gir et betryggende rammeverk for oppfyllelsen av menneskerettighetene. Det beror særlig på om bestemmelsen har et tilstrekkelig presist innhold. Videre om det for noen vedtakstyper er rettsikkerhetsmessig forsvarlig å legge myndigheten til kommunene og om rettsikkerhetsgarantiene ved vedtak etter smittevernloven § 4-1 i slike tilfeller er tilstrekkelige.

Kommunene påla karantene også for innsatte i fengsler. Andre tiltak overfor innsatte i fengsler ble vedtatt og gjennomført på statlig nivå av kriminalomsorgen. En rekke spørsmål reiser seg i forbindelse med innsattes menneskerettigheter og pandemihåndteringen. I denne rapporten behandler vi covid-19-tiltak overfor innsatte i fengsler i ett samlet kapittel (kapittel 6). Kommunenes rolle i forbindelse med innsattes rettigheter ved pålegg om karantene i fengsel etter smittevernloven omtales derfor ikke videre i dette kapittelet.

5.2. Oversikt over kommunenes myndighet etter smittevernloven § 4-1

Formålet til smittevernloven er både å beskytte befolkningen mot smittsomme sykdommer og samtidig ivareta rettsikkerheten til de enkeltpersonene som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven.¹⁷⁴ Smittevernloven § 4-1 første ledd gir kommunestyret myndighet til å treffe vedtak om møteforbud, begrensninger i den sosiale omgangen mellom mennesker, stenging av virksomhet, begrensning i kommunikasjon, isolering og smittesanering jf. alternativene a til e i bestemmelsens første ledd. Grunnvilkåret for å kunne treffe slike pålegg er at det er «nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført».

Kommunestyret kan delegere denne myndigheten etter reglene i kommuneloven eller til et interkommunalt organ.¹⁷⁵ Kommunestyret og fylkestinget kan etter kommuneloven delegere myndighet til å treffe vedtak til andre folkevalgte organer, ordføreren eller kommunedirektøren innenfor rammene av kommuneloven eller annen lov.¹⁷⁶ Kommunedirektøren kan etter ulovfestede regler om interndelegasjon delegere internt i

¹⁷⁴ Smittevernloven 1-1.

¹⁷⁵ Smittevernloven § 7-1 sjettedde.

¹⁷⁶ Kommuneloven § 5-3. Hvis ikke kommunestyret selv har bestemt noe annet, kan et folkevalgt organ gi kommunedirektøren myndighet til å treffe vedtak i saker som ikke har prinsipiell betydning, jf. kommuneloven § 13-1 sjettedde.

administrasjonen.¹⁷⁷ I hastesaker gir smittevernloven kommuneoverlegen tilsvarende myndighet som etter § 4-1 første ledd ligger til kommunestyret.¹⁷⁸

Ved «et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom» og når det er «avgjørende å få satt tiltak i verk raskt for å motvirke overføring av sykdommen», kan Helse- og omsorgsdepartementet, etter smittevernloven § 4-1 annet ledd, treffe vedtak etter smittevernloven § 4-1 første ledd for *hele eller deler av landet*.

Den som har satt i verk tiltaket, skal straks oppheve vedtaket eller begrense omfanget av det når det ikke lenger er nødvendig.¹⁷⁹

Smittevernloven § 1-1 om lovens formål spesifiseres det som nevnt at rettssikkerheten til den enkelte som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven skal ivaretas. Dette utdypes i lovens § 1-5 om grunnleggende krav ved iverksetting av smitteverntiltak:

«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.»

I særmerknadene til denne bestemmelsen uttaler Helse- og omsorgsdepartementet at nytten av tiltaket må veies opp mot den belastning tiltaket medfører.¹⁸⁰ Videre uttaler departementet at bestemmelsens krav til en helhetsvurdering og vurdering av nødvendighet i de fleste praktiske tilfeller vil utgjøre en forholdsmessighetsvurdering.¹⁸¹

Smittevernlovens bestemmelser kan altså sies å reflektere de menneskerettslige kravene til forholdsmessighet ved inngrep, herunder det minste inngreps prinsipp. Samtidig reflekter de ikke nødvendigvis kravene fullt ut. Alle lovens bestemmelser må imidlertid, uavhengig av formuleringer i smittevernloven selv, anvendes i tråd med menneskerettslige krav.¹⁸²

Kommunene utøver myndighet bl.a. gjennom å treffe enkeltvedtak, og disse kan påklages til fylkesmannen.¹⁸³ Fylkesmannen kan da prøve alle sider av saken.¹⁸⁴ Et vedtak som er bestemmende for «rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer» utgjør et

¹⁷⁷ Jf. Prop. 46 L (2017-2018) kapittel 13 på s. 379.

¹⁷⁸ Smittevernloven § 4-1 femte ledd annet punktum.

¹⁷⁹ Smittevernloven § 4-1 femte ledd første punktum.

¹⁸⁰ Prop. 91 L (2018-2019) Endringer i smittevernloven (lovrevisjon) punkt 16 på side 45.

¹⁸¹ Prop. 91 L (2018-2019) Endringer i smittevernloven (lovrevisjon) punkt 16 på side 45.

¹⁸² Se om menneskerettighetenes stilling i norsk rett i punkt 2.1.

¹⁸³ Forvaltningsloven § 28 sammenholdt med smittevernloven § 8-3.

¹⁸⁴ Forvaltningsloven § 34 andre ledd.

enkeltvedtak.¹⁸⁵ Der vedtaket gjelder «rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer» utgjør det en forskrift i lovens forstand.¹⁸⁶ I saker som gjelder enkeltvedtak gjelder reglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI, og i saker som gjelder forskrifter gjelder reglene i forvaltningsloven kapittel VII.¹⁸⁷

Forsettlig eller uaktsom overtredelse av pålegg etter smittevernloven om isolering av personer eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet¹⁸⁸ kan straffes med bot eller fengsel inntil 2 år.¹⁸⁹ Dersom overtredelsen «har tap av menneskeliv eller betydelig skade på kropp eller helse som følge», kan den straffes med bot eller fengsel i inntil 4 år.¹⁹⁰

Politiet har antagelig etter politiloven en viss adgang til å bruke makt for å avverge eller stanse brudd på smittevernloven eller pålegg gitt i medhold av smittevernloven.¹⁹¹

5.3. Hvorvidt påleggene om karantene ved innreise oppfyller lovskravet

5.3.1. Oversikt over tolkningsspørsmålene

Som nevnt ovenfor, må pålegg om karantene etter menneskerettighetene ha grunnlag i lov og loven må oppfylle et vilkår om presisjon. Et pålegg om karantene i opptil 7 dager er et nokså inngripende tiltak som krever klar lovhjemmel. Påleggene var i tillegg straffesanksjonert, jf. smittevernloven § 8-1.

Smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d gir kommunene adgang til å pålegge «isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet». Det er et vilkår at dette er «nødvendig» for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført.¹⁹² Etter bestemmelsen kan pålegg bare gis i opptil 7 dager om gangen. Tiltakene kan forlenges med nye formelle vedtak.¹⁹³

Når disse vilkårene er oppfylt, kan kommunestyret fatte vedtak om «isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet i opptil sju dager om gangen». Etter tilsvarende vilkår kan kommunestyret etter

¹⁸⁵ Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

¹⁸⁶ Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

¹⁸⁷ Forvaltningsloven § 3 første ledd.

¹⁸⁸ Smittevernloven § 4-1 bokstav d.

¹⁸⁹ Smittevernloven § 8-1 første punktum.

¹⁹⁰ Smittevernloven § 8-1 annet punktum.

¹⁹¹ Se redegjørelsen i punkt 4.1.

¹⁹² Bestemmelsens forarbeider fremgår av Ot.prp.nr.91 (1992–1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer og NOU 1990:2 Lov om vern mot smittsomme sykdommer. Lovforslaget ble fremmet for Stortinget i Ot.prp.nr.28 (1993–1994), da av Ot.prp.nr.91 (1992–1993) ikke ble behandlet av Stortinget på grunn av arbeidsmengde. I Ot.prp.nr.91 (1992–1993) punkt 1 vises det forarbeidene i Ot.prp.nr.91 (1992–1993). Stortingskomiteen sluttet seg til departementets forslag til smittevernloven § 4-1 og hadde ingen merknader, jf. Innst.O.nr.37 (1993–1994).

¹⁹³ Ot.prp.nr.91 (1992–1993) punkt 4 på s. 144.

bestemmelsens første ledd bokstav c vedta «stans eller begrensninger i kommunikasjoner».

Kommunenes karantenepålegg i forbindelse med utbruddet av covid-19 reiser flere spørsmål om rekkevidden av smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d. Det gjelder både hva slags type pålegg kommunene kan beslutte i medhold av bestemmelsen og vilkårene for slike pålegg. Kommunenes karatenebestemmelser gjaldt personer som kom utenfra kommunen eller regionen og som det dermed knyttet seg en alminnelig smittefare til. Vi drøfter spørsmålet nokså inngående i det følgende, fordi dette var et tvistepunkt under koronakrisen.

For det første er det spørsmål om uttrykket «isolering av personer i geografisk avgrensede områder» skal forstås slik at det bare er adgang til å fastsette isolasjon for personer som oppholder seg i et bestemt geografisk avgrenset område i en kommune.¹⁹⁴

For det andre er det spørsmål om adgangen til å pålegge «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet» bare skal kunne brukes overfor personer som omfattes av bestemmelsen om «isolering av personer i geografisk avgrensede områder», eller om den gir en generell adgang til å fastsette begrensninger i bevegelsesfriheten til alle personer som oppholder seg i kommunen.¹⁹⁵

For det tredje må det klarlegges hvilke krav denne bestemmelsen stiller til holdepunkter for at personen er *smittet eller antatt smittet*.¹⁹⁶ Det har blant annet vært fremholdt at kommunenes karantenepålegg ikke hadde tilstrekkelig lovgrunnlag fordi smittevernloven § 4-1 bokstav d, slik bestemmelsen kan forstås ut fra forarbeidene, ikke gir adgang til å pålegge karantene når en person verken er smittet eller antatt smittet.¹⁹⁷ Dette spørsmålet drøftes nærmere nedenfor i romertall IV.

5.3.2. Funksjonen til uttrykket «geografisk avgrensede områder»

Der det har oppstått smitte i et område i kommunen er det behov for å hindre at smitte brer seg til andre områder. Ved å hindre personer fra å reise ut av et område der det har

¹⁹⁴ Professor Hans Petter Graver drøfter problemstillingen i «Pandemi og unntakstilstand» (Dreyers forlag) Oslo 2020 kapittel 6 på s. 120 til 123.

¹⁹⁵ Stipendiat Anne Kjersti Befring behandlet problemstillingen i sin betenkning om «Karatenebestemmelser i kommuner i Nord-Norge Smittevernloven § 4-1» 25. mars 2020 punkt 3.

¹⁹⁶ Stipendiat Anne Kjersti Befring behandlet problemstillingen i sin betenkning om «Karatenebestemmelser i kommuner i Nord-Norge Smittevernloven § 4-1» 25. mars 2020 punkt 3.

¹⁹⁷ Se uttalelsene fra jussprofessor Hans Petter Graver til NRK 21. mars 2020, der han hevder de lokale karantene-reglene er ulovlige. Uttalelsene finnes her <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/-soringkarantene-er-ulovlig-frihetsberovelse-1.14955309>, samt uttalelse til Rett24 den 23. mars, som finnes her <https://rett24.no/articles/-kommunenes-hastevedtak-er-et-rettsikkerhetsproblem>. Førsteamanuensis Anne Kjersti Befring ved juridisk fakultet i Oslo hevdet derimot det er holdepunkter for at de lokale karantene-reglene var lovlige, se hennes uttalelser til NRK den 24. mars 2020 her <https://www.nrk.no/nordland/iusekspert-gir-nordnorske-kommuner-stotte-til-soringkarantene-mot-koronavirus-1.14958067>.

oppstått smitte forebygges smittespredning. Uttalelser i smittevernlovens forarbeider trekker i retning av at departementet har sett for seg at det er isolasjon av personer i bestemte områder i kommunene som typisk skal kunne vedtas med hjemmel i smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d:

«Etter bestemmelsen er det et vilkår at det i vedtaket nærmere må fremgå en angivelse av det geografiske området det ikke er adgang til å bevege seg utenfor eller bevege seg inn i. I denne forbindelse må det tas nødvendig hensyn til «sikkerhetssoner». Som alternativ til total isolering kan det etter bestemmelsen f.eks. legges begrensninger på antall personer eller nærmere regulering av hvem som kan komme inn i eller ut av det smitteutsatte området».¹⁹⁸

Helsedirektoratet kan treffe vedtak etter denne regelen for *hele* landet eller deler av landet etter smittevernloven 4-1 andre ledd. Vilkåret er at det er «et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom» og at det er «avgjørende å få satt tiltak i verk raskt for å motvirke overføring av sykdommen».

I redegjørelsen for gjeldende rett i Prop. 130 L (2019–2020) drøftet Helse- og omsorgsdepartementet dette spørsmålet. Departementet falt ned på at bestemmelsen gir adgang til pålegg om at personer skal *holde seg* innenfor et geografisk avgrenset område, selv om forarbeidene etter departementets vurdering trekker i retning av at bestemmelsen gjelder for personer som *oppholder seg* i bestemte geografiske områder.¹⁹⁹ Departementet begrunnet standpunktet slik:

«Geografisk avgrenset område kan enten forstås som at det handler om at personer skal holde seg innenfor et geografisk avgrenset område eller for personer som oppholder seg i et geografisk avgrenset område, slik forarbeidene trekker i retning av. Etter smittevernloven § 4-1 annet ledd har Helsedirektoratet adgang til å treffe vedtak som «nevnt i første ledd for hele landet eller for deler av landet». Det følger av dette at Helsedirektoratet kan fatte vedtak etter første ledd for geografiske avgrensede områder i «hele landet».²⁰⁰

Departementet viser altså til at etter smittevernloven § 4-1 annet ledd har Helsedirektoratet adgang til å treffe vedtak som «nevnt i første ledd for hele landet eller for deler av landet». Dersom man ser for seg at man kan fatte vedtak for hvert enkelt «geografisk avgrenset område» der det er nødvendig med slike tiltak, og der disse etter omstendighetene kan ligge ved siden av hverandre, gir det liten mening at man ikke skal kunne utforme en generell bestemmelse for et stort område når det er nødvendig. Departementet viser også til at begrensningen i § 4-1 femte ledd og de grunnleggende

¹⁹⁸ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) kapittel 4 på s. 144.

¹⁹⁹ Prop.130 L (2019–2020) 4.2.5 på s. 13.

²⁰⁰ Prop.130 L (2019–2020) 4.2.5 på s. 13.

kravene til at smitteverntiltak i § 1-5 rammer inn tiltakene både når det gjelder varighet og krav til medisinskfaglig begrunnelse, nødvendighet og forholdsmessighet.²⁰¹

Helse- og omsorgsdepartementet trekker i Prop. 130 L (2019–2020) frem momenter som taler i retning av at bestemmelsen skal kunne forstås slik at den gir en generell adgang til å pålegge tiltak i et geografisk meget avgrenset område, slik som personenes hjem. En slik tolkning harmonerer imidlertid ikke godt med ordlyden og forarbeidene. Behovet for et slikt tolkningsutfall for at kommune skal kunne ivareta smittevern beror på hva slags og hvor vidtgående restriksjoner som kan ilegges etter alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet». Dette spørsmålet behandler vi i neste punkt.

5.3.3. Innholdet i alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet»

Smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d gir kommunene adgang til å pålegge «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet». Det er et vilkår om at det er «nødvendig» for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført. Hovedproblemstillingen er hvilke restriksjoner som kan ilegges etter alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet».

Spørsmålet er om alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet» bare skal kunne brukes til mindre inngripende restriksjoner for personer som allerede omfattes av bestemmelsens første alternativ om «isolering av personer i geografisk avgrensede områder», eller om det gir en generell adgang til å fastsette begrensninger i personers bevegelsesfrihet. Ordlyden i bestemmelsen synes å åpne for begge tolkninger. Dersom det foreligger en adgang til å gi slike generelle pålegg, vil typiske karantenebestemmelser være en type begrensning i bevegelsesfriheten som kan vedtas.

Uttalelser i forarbeidene²⁰² kan synes å trekke noe i retning av at alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet» tar sikte på mindre inngripende restriksjoner enn isolasjon for personer som omfattes av ordlyden «isolering av personer i geografisk avgrensede områder». I proposisjonen heter det:

«Som alternativ til total isolering kan det etter bestemmelsen f.eks. legges begrensninger på antall personer eller nærmere regulering av hvem som kan komme inn i eller ut av det smitteutsatte området».²⁰³

I NOU 1990: 2 uttalte Helsedirektoratet følgende om direktoratets forslag til bestemmelse som tilsvarte departementets forslag til § 4-1 første ledd bokstav d:²⁰⁴

²⁰¹ Prop.130 L (2019–2020) 4.2.5 på s. 13.

²⁰² Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) kapittel 4 på s. 144.

²⁰³ Ot. prp. nr. 91 (1991-1993) kapittel 4 på s. 144.

²⁰⁴ NOU 1990: 2 punkt 18.1 på s. 242-243.

«En tredje type tiltak som legger begrensninger på sosial omgang som det kan gjøres smittevernvedtak om, er isolering eller andre begrensninger av bevegelsesfriheten for personer innenfor nærmere avgrensede geografiske områder. Ved utbrudd av sykdomstilfeller vil det kunne oppstå behov for å avskjære de nærmeste smittekontaktene til den smittede (indekstilfellet) fra omgang med omverdenen. Helse- og sosialstyret må derfor kunne gjøre vedtak om at nærmere angitte personer bare gis adgang til å oppholde seg i hjemmet eventuelt på arbeidsplassen eller i transport mellom arbeidsplass og bolig. Andre isoleringsbehov kan oppstå i forbindelse med sykdomsutbrudd på et hotell, et sykehus eller i en boligkjend hvor det kan være nødvendig å avskjære personer innenfor et slikt angitt område fra nærmere kontakt med andre personer utenfor. Smittevernloven vil gi helse- og sosialstyret myndighet til også å gjøre slike vedtak.»²⁰⁵

Uttalelsene er ikke helt klare, men direktoratet synes å åpne for at ved utbrudd av smitte kan den smittede og nærkontakter pålegges å bare oppholde seg i hjemmet. Med andre ord kan det gis generelle pålegg om begrensninger i bevegelsesfriheten for personer som oppholder seg i kommunen.

Departementet sluttet seg hovedsakelig til Helsedirektoratets forslag til bestemmelse, og omtalte ikke direktoratets forutsetning om adgang til å pålegge personer å oppholde seg i hjemmet.²⁰⁶ Departementet nevnte imidlertid i sin redegjørelse for dagjeldende smittevernlovgivning at den hadde «vært brukt til å pålegge kortvarige restriksjoner i bevegelsesfriheten i form av plikt til å oppholde seg i sitt hjem eller innenfor andre begrensede områder».²⁰⁷

Formålet bak smittevernloven om å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer taler med tyngde for at kommunene har en generell adgang til å pålegge begrensninger i bevegelsesfriheten.

Som nevnt er ett av formålene med smittevernloven også å vareta rettssikkerheten til den enkelte som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven.²⁰⁸ Et pålegg om begrensninger i bevegelsesfriheten er inngripende. Samtidig begrenses myndigheten i noen grad av at pålegget bare kan vedtas for opptil 7 dager om gangen og kravet om en løpende nødvendighetsvurdering.

Alt i alt synes det mest nærliggende å komme til at smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d gjennom alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet» gir en generell adgang til å pålegge personer i kommunen begrensninger i deres

²⁰⁵ NOU 1990: 2 punkt 8.8.1 side 107-108.

²⁰⁶ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) punkt 4.1 s. 61

²⁰⁷ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) punkt 4.1 på s. 59.

²⁰⁸ Jf. smittevernloven § 1-1 tredje ledd.

bevegelsesfrihet. Spørsmålet er imidlertid ikke helt klart. Dersom det foreligger en adgang til å gi slike generelle pålegg om begrensninger i bevegelsesfriheten, vil typisk karantenebestemmelser være en type begrensning i bevegelsesfriheten som kan vedtas. Spørsmålet om hvilken smittefare som må foreligge ved slike pålegg behandles nedenfor.

5.3.4. Hvilken smittefare som må foreligge ved pålegg etter smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d

Kommunene traff vedtak om karantene også der det bare forelå en alminnelig fare for at personen var smittet og dermed kunne spre smitte i kommunen.²⁰⁹ Det som utløste karanteneplikten var at personen var tilreisende til kommunen eller regionen.

Det har vært reist spørsmål om en alminnelig smittefare uten noen konkrete holdepunkter for smitte kan gi grunnlag for isolasjon innenfor avgrensede geografiske områder eller andre begrensninger i bevegelsesfriheten etter smittevernloven.²¹⁰ Sivilombudsmannen har med henvisning til forarbeidene til smittevernloven uttalt at det er «uklart om, eller i hvilken grad» bestemmelsen gir adgang til å pålegge karantene uten at det foreligger smitte eller mistanke om smitte.²¹¹ Etter ordlyden i loven gis det imidlertid adgang til isolasjon og andre begrensninger i bevegelsesfriheten der «det er nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført». Etter denne ordlyden oppstilles det altså ikke noe vilkår at dette bare gjelder personer som er smittet eller antatt smittet eller deres nærkontakter.

For de øvrige tiltakene om begrensninger i fysisk omgang mellom mennesker etter § 4-1 første ledd (forbud mot møter og sammenkomster etter bokstav a, stengning av virksomheter som samler flere mennesker etter bokstav b og stans eller begrensninger i kommunikasjoner etter bokstav c) er det ikke angitt i forarbeidene hvilke holdepunkter for smittefare som kreves for at det skal være adgang til å vedta disse påleggene.²¹²

I proposisjonen fremgår det av særmerknadene til bestemmelsen:

²⁰⁹ Se punkt 5.1.

²¹⁰ Hans Petter Graver drøfter problemstillingen i «Pandemi og unntakstilstand» (Dreyers forlag) Oslo 2020 kapittel 6 på s. 123.

²¹¹ Sivilombudsmannen har uttalt at det er «I lys av lovforarbeidene er det for øvrig uklart om, eller i hvilken grad, bestemmelsen gir hjemmel for å ilegge karantene, uten at det foreligger smitte eller mistanke om smitte», jf. Sivilombudsmannen rapport 18. juni 2020 om «Ivaretagelse av innsatte i fengsel under covid-19-pandemien» punkt 5.2 på s. 24. I fotnoten etter den siterte setningen (fotnote 53) uttaler ombudsmannen:

«Se Ot.prp. nr. 91 (1992-1993), side 144, særmerknader til lovens § 4-1, der det fremgår at første ledd bokstav d gir «adgang til å vedta isolering av smittede eller mistenkt smittede innenfor et mindre, geografisk avgrenset område». Det ble også presisert at det ikke er «adgang til å bruke tvang ved gjennomføringen av tiltak etter bokstav d.[...]».

²¹² Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) kapittel 4 på s. 144-145 og NOU 1990: 2 punkt 8.8.1.

«Etter alternativ d vil det være adgang til å vedta isolering av smittede *eller* mistenkt smittede innenfor et mindre, geografisk avgrenset område. [...]».²¹³

I utredningen som ligger til grunn for proposisjonen omtales også bare behovet for å isolere smittede, mistenkt smittede og deres nærkontakter.²¹⁴

Det synes uklart hvordan departementets uttalelse skal forstås. En tolkning er at det bare er smittede eller mistenkt smittede og deres nærkontakter som kommunene har adgang til å pålegge isolasjon. Samtidig uttaler ikke departementet at det *bare* er i slike tilfeller det er adgang til å pålegge isolasjon. Med andre ord uttrykker departementet ikke at angivelsen av aktuelle tilfeller er uttømmende. Videre knytter uttalelsen seg ikke til alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet» i bestemmelsen.

I smittevernloven § 1-3 nr. 2 defineres innholdet av uttrykket «smittet person» i loven, som «en person som har eller etter en faglig vurdering antas å ha en smittsom sykdom». Slik smittevernloven er bygget opp, har begrepet om «smittet person» den funksjonen at hvorvidt en person er smittet eller ikke vil være bestemmende for hvilken rettslig posisjon den enkelte står i etter en rekke av bestemmelsene i loven om rettigheter og plikter.²¹⁵ Det gjelder blant annet regler om informasjon og personlig smittevernveiledning til smittede personer etter § 2-1, unntak fra legens taushetsplikt av hensyn til smittevernet etter § 2-2, forbud mot utførelse av arbeid m.m. etter § 4-2 og plikter for smittede personer etter lovens kapittel 5. Det synes å ha vært et bevisst valg fra departementets side at det ikke skulle være et vilkår for tiltakene etter smittevernloven § 4-1 at det er mulig å knytte mistanken til noen bestemt person med en slik sikkerhet at vedkommende måtte anses som en smittet person i lovens forstand. Det heter i særmerknadene til smittevernloven § 1-3 nr. 2 i proposisjonen:

«Det kan i enkelte tilfelle forekomme mistanke om at en allmennfarlig smittsom sykdom foreligger, uten at det er mulig å knytte mistanken til noen bestemt person med slik sikkerhet at vedkommende kan kalles en smittet person, og tiltak treffes med hjemmel i bestemmelser som omhandler smittede personer. En faglig begrunnet mistanke om at det i en slik situasjon foreligger en allmennfarlig smittsom sykdom som kan overføres til andre, tilsier nesten alltid at det treffes tiltak både for å motvirke at sykdommen overføres og for å finne en eventuell kilde, særlig hvis det er mistanke om at kilden kan være næringsmiddel eller drikkevann som kan bety at mange personer står i fare for å bli smittet. Det er forutsatt at smittevernloven skal omfatte også denne typen situasjoner, men

²¹³ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) kapittel 4 på s. 144.

²¹⁴ NOU 1990: 2 punkt 18.1 på s. 244.

²¹⁵ Jf. Ot.prp.nr.91 (1992–1993) del IV s. 120.

tiltak må da iverksettes med hjemmel i bestemmelser som er rettet mot større eller mindre grupper av personer eller mot miljøet, se til eksempel § 4-1.»²¹⁶

Ved utbrudd av en alvorlig allmennfarlig smittsom sykdom etter smittevernloven § 1-3 nr. 4, kan det være tilfeller der det er et vesentlig behov for at kommunen kan pålegge begrensninger i bevegelsesfriheten for å forebygge smitte. Det gjelder også overfor personer der det ikke foreligger konkrete holdepunkter for at de kan være smittet. Det gjelder særlig i tilfeller der et utbrudd er særlig utbredt i befolkningen og behovet for å forebygge stort. Formålet bak smittevernloven om å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer taler med tyngde for en adgang til å pålegge karantene også der det bare foreligger en alminnelig smittefare.

Alt i alt er det mest nærliggende å bygge på at kommunene kan fastsette pålegg om begrensninger i bevegelsesfriheten uten at det gjelder noe vilkår om at en person er smittet eller mistenkt smittet eller har hatt nærkontakt med en slik person. Det forhold at det bare gjelder en alminnelig smittefare har vesentlig betydning for om pålegget er nødvendig i bestemmelsens forstand og oppfyller menneskerettslige krav til forholdsmessighet. Dette spørsmålet behandles nedenfor.

5.4. Forholdsmessigheten av påleggene om karantene ved innreise til kommunen

Inngrep i bevegelsesfriheten, familie- og privatlivet må oppfylle kravet til forholdsmessighet. Dette vilkåret er som nevnt reflektert gjennom utformingen av smittevernlovens bestemmelser etter § 4-1 og § 1-5.

Folkehelseinstituttet anbefalte den 19. mars 2020 at kommunene ikke burde innføre egne vedtak om lokale innreiseregler og karantene mellom kommuner og landsdeler under henvisning til at dette måtte anses å ha «liten effekt på smittespredningen i Norge nå.»²¹⁷ Helse- og omsorgsdepartementet utarbeidet 29. mars 2020 en veileder til kommunene om lokale karantenerogler og innreiserestriksjoner i forbindelse med utbruddet av covid-19.²¹⁸ I veilederen fremholdt Helse- og omsorgsdepartementet at «Helse- og omsorgsdepartementet mener det ikke er behov for at kommunene innfører egne karantenerogler i tillegg til de til enhver tid gjeldende nasjonale reglene. Vi anbefaler derfor ikke kommunene å innføre egne generelle regler om karantene eller

²¹⁶ Ot.prp.nr.91 (1992–1993) del IV s. 121.

²¹⁷ Se «Folkehelseinstituttets anbefaling om lokale karantener og innreiseregler» av 19. mars 2020. Tilgjengelig her: <https://www.fhi.no/sv/smittsomme-sykdommer/corona/meldinger/folkehelseinstituttets-anbefaling-om-lokale-karantener-og-innreiseregler/>

²¹⁸ Rundskriv HOD I-4/2020 29. mars 2020 «Veileder til kommunene om lokale karantenerogler eller innreiserestriksjoner i forbindelse med utbruddet av Covid-19 Tiltak etter smittevernloven § 4-1 bokstav d» ref. 20/1504-1.

reiserestriksjoner.»²¹⁹ Departementet beskrev i veilederen hvilke restriksjoner som burde unngås for å sikre forholdsmessighet og samordning mellom nasjonale og lokale tiltak.²²⁰

Hvorvidt kommunene hadde *adgang* til å pålegge karantene, beror derfor på om det var «nødvendig» i smittevernloven § 4-1 første ledd sin forstand. Slike tiltak kan begrense den geografiske smitten og forsinke smittespredningen til nye områder. Hvilke andre handlingsalternativer kommunene hadde, risikobildet samt hvordan tiltakene rammet har betydning i vurderingen av om karantenevedtakene var nødvendige etter smittevernloven og forholdsmessige etter menneskerettslige krav.

5.5. Hvorvidt smittevernloven § 4-1 gir et betryggende rammeverk for oppfyllelse av menneskerettslige krav ved kommunale vedtak

Hvorvidt smittevernloven § 4-1 gir et betryggende rammeverk for oppfyllelse av menneskerettslige krav ved kommunale vedtak reiser tre hovedspørsmål.

(i) For det første om bestemmelsen har et tilstrekkelig presist innhold. Det beror på om det fremgår tilstrekkelig klart hvilke pålegg som kan vedtas, på hvilke vilkår og etter hvilken saksbehandling. Inn under dette spørsmålet hører det hvorvidt det er tilstrekkelig klart hvilke krav som gjelder til individuelle vurderinger av nødvendighet og forholdsmessighet.

(ii) For det andre hvorvidt det for noen vedtakstyper er rettssikkerhetsmessig forsvarlig å legge myndigheten til å treffe enkelte inngripende vedtak etter § 4-1 første ledd til kommunen og i hastesaker til kommunelegen.

(iii) For det tredje hvorvidt rettssikkerhetsgarantiene ved vedtak etter smittevernloven § 4-1 er tilstrekkelige.

Det er nær sammenheng mellom alle disse spørsmålene.

Når det gjelder spørsmålet om presisjon, reiser bestemmelsen flere vanskelige tolkningsspørsmål. Det gjelder særlig rekkevidden av adgangen til å pålegge personer som oppholder seg i kommunene karantene. Det er særlig tvilsomt hvilken adgang bestemmelsen gir kommunene til å pålegge beboere i institusjoner, som innsatte i et fengsel, karantene.²²¹

²¹⁹ Rundskriv HOD I-4/2020 29. mars 2020 «Veileder til kommunene om lokale karanteneregler eller innreiserestriksjoner i forbindelse med utbruddet av Covid-19 Tiltak etter smittevernloven § 4-1 bokstav d» ref. 20/1504-1 punkt 1 på s. 2.

²²⁰ Rundskriv HOD I-4/2020 29. mars 2020 «Veileder til kommunene om lokale karanteneregler eller innreiserestriksjoner i forbindelse med utbruddet av Covid-19 Tiltak etter smittevernloven § 4-1 bokstav d» ref. 20/1504-1 punkt 3.

²²¹ Se om innsatte i fengsel i punkt 6.2.

Med henblikk på spørsmålet om rettssikkerhetsgarantier, er § 4-1 første ledd bokstav d etter vårt syn lite tilpasset inngripende pålegg i enkeltsaker. Der karantenen er særlig inngripende, som kan være tilfellet for beboere i institusjoner, bør det fremgå av bestemmelsen at beslutningen må treffes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven, slik at saksbehandlingsreglene ved enkeltvedtak får anvendelse.²²² Videre synes det ut ifra regelverket ikke tilstrekkelig klart hvilke krav til individuelle forholdsmessighetsvurderinger som gjelder ved pålegg om karantene.

Smittevernloven bygger som nevnt på at graden av hvor inngripende et vedtak er, har betydning for hvilket myndighetsnivå som skal ha adgang til å treffe beslutningen.²²³ Noen av de vedtakene som ble truffet av kommunene, har aktualisert spørsmålet om hvor langt myndigheten etter smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d bør ligge til kommunene. Dette spørsmålet har vi ikke grunnlag for å vurdere nærmere.

²²² Se punkt 5.2.

²²³ Jf. Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) punkt 1.0 på s. 23.

6. Karantene og isolasjon i smittevernøyemed i fengsel

6.1. Forholdet til menneskerettighetene

En del grupper av innsatte i fengsel ble pålagt karantene og isolasjon i fengsel. Karantene og isolasjonen ble gjennomført gjennom utelukkelse fra felleskapet i fengselet. Tiltakene skjedde etter forskjellige rettsgrunnlag.

Det menneskerettslige utgangspunktet er at både retten til liv og helse på den ene siden, og retten til privatliv og familieliv på den andre siden, gjelder for innsatte i fengsler. EMD har uttalt at det er en presumsjon etter EMK at «detained persons continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty», og at enhver «restriction on those rights must be justified in each individual case», herunder retten til privatliv etter EMK artikkel 8.²²⁴ Retten til privatliv omfatter blant annet rett til å etablere og utvikle relasjoner med andre mennesker og omverdenen.²²⁵ Den omfatter også innsattes mulighet til å ha fellesskap med andre innsatte.²²⁶ Samtidig innebærer soning i fengsel ulike iboende begrensinger på retten til privat- og familieliv.²²⁷ EMD har bygget på at restriksjoner og byrder «which go beyond what would normally be accepted in the case of an ordinary detainee» kan utgjøre et inngrep i EMK artikkel 8.²²⁸

Høyesterett har lagt til grunn at full isolasjon i politiarrest der isolasjonen varte i fire døgn, utgjorde et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.²²⁹ I *Munjaz v. Storbritannia* behandlet EMD spørsmålet om utelukkelse av en innsatt som var innlagt på en sikkerhetsavdeling på et sykehus, utgjorde et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.²³⁰ Utelukkelse ble gjennomført fire ganger og varte i henholdsvis 4, 18, 15 dager og 7 dager, og var begrunnet i pasientens utagerende atferd. I alle utelukkelsesperiodene hadde den innsatte noe samvær med andre pasienter eller ansatte på institusjonen. I den første perioden var samværet på 6,5 timer. EMD la til grunn at utelukkelsene utgjorde

²²⁴ Se blant annet *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avs. 79 og 80 med videre henvisninger.

²²⁵ *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avsnitt 78.

²²⁶ *Khodorkovskiy og Lebedev v. Russland* (11082/06 og 13772/05) avs. 836 med henvisning til *Van der Ven v. Nederland* (50901/99) avs. 69.

²²⁷ *Khodorkovskiy og Lebedev v. Russland* (11082/06 og 13772/05) avs. 835-836.

²²⁸ *Khodorkovskiy og Lebedev v. Russland* (11082/06 og 13772/05) avs. 836.

²²⁹ Rt-2015-1142 avs. 65 sammenholdt med avs. 1. Høyesterett presiserte at EMD ikke har tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet i relasjon til samvær med andre innsatte, jf. dommens avs. 64-65. Høyesterett bygget på følgende uttalelse i EMD-dommen *Bogusław Krawczak v. Polen* (24205/06) avs. 108: «Restrictions such as limitations on the number of family visits, supervision of those visits and, if so justified by the nature of the offence, subjection of a detainee to a special prison regime or special visiting arrangements constitute an interference with his rights under Article 8 but are not, of themselves, in breach of that provision (see e.g. *Kučera v. Slovakia*, no. 48666/99, § 127-8, ECHR 2007-IX)».

²³⁰ *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avs. 6 sammenholdt med avs. 82.

inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.²³¹ I vurderingen av om det forelå et inngrep, fremholdt EMD:

«the importance of the notion of personal autonomy to Article 8 and the need for a practical and effective interpretation of private life demand that, when a person's personal autonomy is already restricted, greater scrutiny be given to measures which remove the little personal autonomy that is left».²³²

Terskelen for hva som utgjør det normale vil antagelig i noen grad påvirkes av anbefalinger om begrensninger i den sosiale omgangen rettet mot befolkningen som helhet som følge av utbruddet av covid-19. Samtidig må det også sees hen til EMDs rettssyn i *Munjaz v. Storbritannia* om behovet for etterprøving av myndighetenes tiltak som begrenser den private autonomien til personer som er frihetsberøvet. Utelukkelse fra fellesskapet er et inngripende tiltak.

Utelukkelse av en innsatt i smittevernøyemed betydelig utover det som må anses som normal utelukkelse i fengsel, hensyntatt det restriksjonsnivå som ellers gjelder for å begrense smittespredning i samfunnet for øvrig, vil etter NIMs syn utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Det innebærer at tiltaket må ha grunnlag i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig.

6.2. Kommunale pålegg om karantene overfor innsatte i fengsel

Sivilombudsmannen har opplyst at i den tidlige fasen av pandemien ble det innført karanteneordninger i flere fengsler for å bygge smitte.²³³ Videre opplyser ombudsmannen at karantenetiltakene ble innført lokalt etter beslutning fra lokale fengsler eller kommuneoverleger i den enkelte kommune.²³⁴ Karantene gikk ut på begrensninger i nyinnsattes kontakt med andre innsatte og hadde i flere tilfeller virkning som isolasjon.²³⁵

Smittevernloven § 4-1 første ledd a til e gir kommunen myndighet til å treffe vedtak om møteforbud, begrensninger i den sosiale omgangen mellom mennesker, stenging av virksomhet, begrensning i kommunikasjon, isolering og smittesanering. Grunnvilkåret for å kunne treffe slike pålegg er at det er «nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført». Vi viser til redegjørelsen for bestemmelsen ovenfor i kapittel 5.²³⁶

Som vist til ovenfor, vil pålegg om karantene som innebærer at nyinnsatte over flere dager utelukkes fra fellesskapet og oppholder seg på egen celle med bare lufting, i kombinasjon

²³¹ *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avs. 6 sammenholdt med avs. 82.

²³² *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) avs. 6 sammenholdt med avs. 80.

²³³ Sivilombudsmannens rapport 18. juni 2020 «Ivaretagelse av innsatte under covid-19-pandemien» punkt 5.2 på s. 24.

²³⁴ Sivilombudsmannens rapport 18. juni 2020 «Ivaretagelse av innsatte under covid-19-pandemien» punkt 5.2 på s. 24.

²³⁵ Sivilombudsmannens rapport 18. juni 2020 «Ivaretagelse av innsatte under covid-19-pandemien» punkt 5.2 på s. 24.

²³⁶ Se punkt 5.2 og 5.3.

med besøksforbud, kunne innebære et inngrep i den innsattes rett til privatliv etter EMK artikkel 8.²³⁷ Det innebærer at tiltaket må ha grunnlag i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig.²³⁸

Smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d gir som nevnt kommunene adgang til å pålegge «isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet». Det er et grunnvilkår for vedtak etter alle alternativer i § 4-1 første ledd at tiltaket er «nødvendig» for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført.²³⁹ Det første spørsmålet er om alternativet «andre begrensninger i den sosiale omgangen overalt der mennesker er samlet» i smittevernloven 4-1 første ledd bokstav a gir hjemmel for karantene overfor innsatte i fengsel som får hel utelukkelse fra fellesskapet som virkning.²⁴⁰

Ordlyden «begrensninger i den sosiale omgangen overalt der mennesker er samlet» dekker begrensninger i den sosiale omgangen i institusjoner som fengsler. I proposisjonen sies følgende om hvilke restriksjoner som kan pålegges etter dette alternativet:

«Bestemmelsen er også ment å gi adgang til å nedlegge forbud mot private sammenkomster hvis vilkårene for øvrig er tilstede. En privat bryllupsfest eller annen privat sammenkomst vil altså kunne forbys med hjemmel i denne bestemmelsen. Nedre grense for dette alternativets begrensning av den sosiale omgangen vil gå på at det ikke vil være adgang til å isolere nære familiemedlemmer eller andre som bor sammen. Derimot vil det kunne være adgang etter bestemmelsen til å pålegge restriksjoner på den sosiale omgangen og funksjonen i et større bofellesskap eller bokollektiv.»²⁴¹

Ut fra de ovennevnte forarbeidene er såpass inngripende tiltak som utelukkelse fra fellesskapet i fengsel neppe blant de tiltak lovgiver har sett for seg. Den forståelsen støttes også av at smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav a ikke, slik som bokstav d, inneholder en begrensning på varigheten av hvert enkelt vedtak på opptil 7 dager. Ved karantenepålegg i fengsel som i praksis får virkning som hel utelukkelse fra fellesskapet, burde en slik rettssikkerhetsgaranti gjelde. Særlig på grunn av denne manglende rettssikkerhetsgarantien gir alternativet «andre begrensninger i den sosiale omgangen overalt der mennesker er samlet» i smittevernloven neppe hjemmel for karantene

²³⁷ Se redegjørelsen for dette spørsmålet i punkt 6.1.

²³⁸ Se punkt 5.1.

²³⁹ Bestemmelsens forarbeider fremgår av Ot.prp.nr.91 (1992–1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer og NOU 1990:2 Lov om vern mot smittsomme sykdommer. Stortingskomiteen sluttet seg til departementets forslag til smittevernloven § 4-1 og hadde ingen merknader, jf. Innst.O.nr.37 (1993–1994) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om vern mot smittsomme sykdommer.

²⁴⁰ Hvor langt smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav a gir hjemmel for andre restriksjoner på fellesskapet i fengsel, behandles ikke.

²⁴¹ Ot.prp.nr.91 (1992–1993) del IV s. 144.

overfor innsatte i fengsel som i praksis har virkning som hel utelukkelse fra fellesskapet (isolasjon).

Smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d gir kommunene adgang til å pålegge «isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet».

I kapittel 5 har vi konkludert *under tvil* med at alternativet «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet» gir kommunen en generell adgang til å kunne pålegge begrensninger i bevegelsesfriheten, herunder pålegge opphold i hjemmet.²⁴² Karantene i fengsel omfattes av ordlyden om begrensninger i bevegelsesfriheten. Samtidig står karantene i et fengsel med virkning som isolasjon i en vesentlig annen stilling enn pålegg om opphold i hjemmet.

Formålet bak smittevernloven om å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer, jf. § 1 andre ledd, taler *for* en adgang for kommunene til å pålegge karantene i fengsler ved utbrudd av en alvorlig allmenfarlig smittsom sykdom. Etter forholdene kan det være et tungtveiende behov for det. Behovet for en slik adgang er likevel begrenset. Smittevernloven § 7-12 gir regjeringen adgang til å fastsette inngripende regler, inkludert regler om isolasjon og karantene i smittevernøyemed i fengsel.

Ett av formålene med smittevernloven er å vareta rettssikkerheten til den enkelte som blir omfattet av smitteverntiltak etter loven, jf. smittevernloven § 1-1 tredje ledd. Departementet fremholdt i forarbeidene til smittevernloven at loven bygger på at rettssikkerheten skal ivaretas ved at jo mer omfattende eller inngripende et tiltak er, desto høyere skal nivået være for hvor beslutning om iverksetting kan treffes.²⁴³ Særlig vidtgående eller inngripende tiltak vil bare kunne besluttes av departementet og da i egen forskrift fastsatt med hjemmel i loven.²⁴⁴ Vedtakelse av regler om isolasjon og karantene i fengsel er inngripende tiltak. De hensyn som trekkes frem i forarbeidene taler da for at regler om adgang til slike tiltak skal fastsettes av statlige myndigheter på et høyt beslutningsnivå. Vedtak etter smittevernloven § 7-12 ville ivaretatt det hensynet.

Lovskravet innebærer at inngrep i en menneskerettighet skal baseres på regler som er tilgjengelige og så presise som forholdene tillater.²⁴⁵ Der individet er i en særlig sårbar posisjon, taler det for presise regler. Innsatte i fengsel er i en slik situasjon. Hvilke krav som stilles til presisjon avhenger likevel også av hvilket behov myndighetene har på det aktuelle saksområdet for et regelverk som tar høyde for endrede forhold og spørsmål det er vanskelig å overskue. Spørsmålet om behovet for karantene for beboere i en

²⁴² Se punkt 5.3.3.

²⁴³ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) punkt 1.0 på s. 23.

²⁴⁴ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) punkt 1.0 på s. 23.

²⁴⁵ Se redegjørelsen for lovskravet i punkt 2.3.3.

institusjon, slik som innsatte i fengsel, er etter vårt syn neppe et spørsmål som kan være vanskelig å overskue eller som skyldes endrede forhold i samfunnet.

Vi mener det knytter seg betydelig tvil til om smittevernloven § 4 første ledd bokstav d gir kommunene adgang til å pålegge karantene overfor innsatte i fengsel. Vi antar at det er mest nærliggende å konkludere med at bestemmelsen ikke gir adgang til det.

Hvis lovskravet likevel skulle vise seg å være tilfredsstillende her, stilles det uansett strenge krav til vurderingen av nødvendighetsvilkåret og forholdsmessigheten.

I smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav d om adgang til «isolering av personer i geografisk avgrensede områder eller andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet», er det et vilkår at dette er «nødvendig» for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført.²⁴⁶

Nødvendighetsvilkåret må praktiseres ut fra blant annet hvor inngripende pålegget er. Jo mer inngripende pålegg, desto større grunn er det til å stille krav om at beslutningen bygger på en individuell vurdering og er nødvendig i det konkrete tilfellet. Der pålegget om isolasjon i en institusjon begrunnes i en alminnelig smittefare i befolkningen, innebærer nødvendighetsvilkåret etter NIMs vurdering at pålegget antagelig som hovedregel må bygge på en individuell vurdering av behovet og av hvordan den enkelte innsatte rammes. Det innebærer etter vårt syn antagelig at beslutningen, i hvert fall som hovedregel, må treffes som enkeltvedtak med klageadgang til fylkesmannen.²⁴⁷

Ved karantene med virkning som isolasjon ved nyinnsettelse kan det stilles spørsmål ved hvor langt påleggene oppfyller vilkåret om nødvendighet.²⁴⁸

Ved karantene med virkning som isolasjon ved nyinnsettelse kan det stilles spørsmål ved hvor langt påleggene oppfyller vilkåret om nødvendighet. I brev fra Helsedirektoratet til Kriminalomsorgsdirektoratet 26. mars 2020 vurderte Helsedirektoratet karanteneordningen ved nyinnsettelse slik:

«Helsedirektoratet finner ikke smittevernmessig indikasjon for at alle nyinnsatte eller innsatte som overflyttes skal settes i 14 dagers karantene, med mindre de har klare symptomer på luftveisinfeksjon, kommer direkte fra utlandet, hvis de er kjente nærkontakter av smittede eller overflyttes fra avdeling med kjent utbrudd. Vi anbefaler derfor at alle nyinnsatte kartlegges med tanke på symptomer, mulige nærkontakter og reise.»

²⁴⁶ Bestemmelsens forarbeider fremgår av Ot.prp.nr.91 (1992–1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer og NOU 1990:2 Lov om vern mot smittsomme sykdommer. Stortingskomiteen sluttet seg til departementets forslag til smittevernloven § 4-1 og hadde ingen merknader, jf. Innst.O.nr.37 (1993–1994) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om vern mot smittsomme sykdommer.

²⁴⁷ Se punkt 5.2 om krav til saksbehandlingen ved enkeltvedtak.

²⁴⁸ Se Sivilombudsmannens gjennomgang i rapporten 18. juni 2020 om «Ivaretagelse av innsatte under covid-19-pandemien» punkt 5.5.

Sivilombudsammen fremholder at de er kjent med at kommuneoverlegen i en kommune besluttet at alle nyinnsatte skulle settes i karantene i minimum 14 dager.²⁴⁹ Det innebærer, som Sivilombudsmannen fremholder, i så fall en myndighetsoverskrivelse, da denne bestemmelsen bare gir adgang til å pålegge begrensninger i bevegelsesfriheten i opptil 7 dager om gangen.

Oppsummeringsvis mener NIM det er mest nærliggende å komme til at kommunene ikke hadde tilstrekkelig hjemmel etter smittevernloven til å fatte vedtak om karantene som hadde virkning som isolasjon, og vi stiller spørsmål ved hvorvidt slike generelle vedtak var nødvendige og forholdsmessige.

6.3. Kriminalomsorgens retningslinjer om isolasjon og karantene i smittevernøyemed

Over drøftet vi *kommunens* tiltak rettet mot innsatte i fengsel. I dette punktet drøfter vi kriminalomsorgens tiltak.

Det rettslige utgangspunktet er at innsatte så langt det er praktisk mulig skal ha rett til fellesskap med andre under arbeid, opplæring, program eller andre tiltak, og i fritiden, jf. straffegjennomføringsloven § 17 første ledd første punktum.²⁵⁰ Både straffegjennomføringsloven og straffeprosessloven (innsatte i varetekt) gir adgang til å begrense innsattes fellesskap. Det er forutsatt i forarbeidene til straffegjennomføringsloven § 17 at fellesskapet i praksis er begrenset av bygningsmessige begrensninger.²⁵¹ Manglende fellesskapslokaler, vedlikeholdsarbeid eller nødvendig ombygging kan gjøre det nødvendig med unntak fra fellesskapet deler av døgnet.

Fra midten av mars 2020, i den tidlige fasen av krisehåndteringen, innførte kriminalomsorgen retningslinjer om karantene- og isolasjonstiltak for innsatte i fengsler

²⁴⁹ Sivilombudsmannens rapport 18. juni 2020 «Ivaretagelse av innsatte under covid-19-pandemien» punkt 5.2 på s. 24.

²⁵⁰ I merknadene til § 17 i proposisjonen fremhever departementet at innsatte så langt som praktisk mulig skal ha fellesskap, med mindre for eksempel bygningsmessige forhold, nødvendiggjør utelukkelse., jf. Ot. prp. nr. 5 (2000-2001) punkt 13.1 på side 156 hvor det fremgår at: «Første ledd regulerer adgang til fellesskap med andre innsatte. Så langt praktisk mulig skal innsatte ha fellesskap under arbeidstiden, opplæringstiden, under programdeltagelse eller deltakelse i andre tiltak, og i fritiden. Bygningsmessige begrensninger, som manglende fellesskapslokaler, vedlikeholdsarbeid eller nødvendig ombygging kan gjøre det nødvendig med unntak fra fellesskapet deler av døgnet. Begrensninger ellers må ha hjemmel i loven (utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak etter § 37, bruk av tvangsmidler i fengsel etter § 38, umiddelbar utelukkelse som følge av brudd etter § 39 og innskrenket fellesskap som reaksjon på brudd etter § 40 annet ledd bokstav d.»

²⁵¹ I merknadene til § 17 i proposisjonen fremhever departementet at innsatte så langt som praktisk mulig skal ha fellesskap, med mindre for eksempel bygningsmessige forhold, nødvendiggjør utelukkelse., jf. Ot. prp. nr. 5 (2000-2001) punkt 13.1 på side 156 hvor det fremgår at: «Første ledd regulerer adgang til fellesskap med andre innsatte. Så langt praktisk mulig skal innsatte ha fellesskap under arbeidstiden, opplæringstiden, under programdeltagelse eller deltakelse i andre tiltak, og i fritiden. Bygningsmessige begrensninger, som manglende fellesskapslokaler, vedlikeholdsarbeid eller nødvendig ombygging kan gjøre det nødvendig med unntak fra fellesskapet deler av døgnet. Begrensninger ellers må ha hjemmel i loven (utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak etter § 37, bruk av tvangsmidler i fengsel etter § 38, umiddelbar utelukkelse som følge av brudd etter § 39 og innskrenket fellesskap som reaksjon på brudd etter § 40 annet ledd bokstav d.....)»

for å forebygge smitte med hjemmel i straffegjennomføringsloven.²⁵² Kriminalomsorgen fastsatte retningslinjer om utelukkelse fra felleskapet i rundskriv 3. april om «Gjennomføring av karantene og isolasjon i forbindelse med coronavirus i kriminalomsorgen».²⁵³ Oversikten nedenfor baserer seg på dette rundskrivet.

Ved «karantene» skulle den innsatte oppholde seg på egen celle og som hovedregel utelukkes helt fra felleskapet.²⁵⁴ Innsatte som oppfylte følgende kriterier skulle i utgangspunktet settes i karantene:

- innsatte som har vært utenfor Norge siste 14 dager (reisekarantene)
- innsatte som de siste 14 dager hadde vært i nærkontakt med en person, senere enn 24 timer før vedkommende fikk de første symptomene på smitte og som siden ble bekreftet smittet av Coronavirus (smittekarantene).
- innsatte som er husstandsmedlem til en person som er isolert med bekreftet smitte av Coronavirus.
- nyinnsettelse i fengsel.
- innsatte som helsetjenesten ba om at settes i karantene²⁵⁵

Karantene opphørte etter 14 dager hvis den innsatte var symptomfri.²⁵⁶

I retningslinjene anga kriminalomsorgen en del tilfeller der delvis utelukkelse og noe fellesskap med innsatte i karantene kunne vurderes.²⁵⁷ Tilfellene som nevnes var, slik vi forstår dem, kjennetegnet av at smittevern hensyn ikke var til hinder for en viss deltakelse i fellesskap.

Innsatte som oppfylte følgende kriterier skulle settes i isolasjon:

- innsatte som er bekreftet smittet av koronaviruset.
- innsatte som etter en helsefaglig vurdering antas å være smittet av koronaviruset.
- innsatte som har symptomer på luftveisinfeksjon og som prøvetas for koronavirus.
- personer som er i smittekarantene og som utvikler symptomer på luftveisinfeksjon²⁵⁸

²⁵² Vi viser til gjennomgangen i Sivilombudsmannens rapport 18. juni 2020 «Ivaretagelse av innsatte under covid-19-pandemien» kapittel 5 om «Bruk av karantene og isolasjon som smitteverntiltak». Om vedtakene etter smittevernloven § 4-1 første ledd se rapporten punkt 5.2.

²⁵³ Rundskriv KDI 6/2020.

²⁵⁴ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 2.

²⁵⁵ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 2 på s. 1 til 2.

²⁵⁶ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 3.

²⁵⁷ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 2.

²⁵⁸ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 3 til 4.

Ved isolasjon skulle den innsatte utelukkes helt fra fellesskapet.²⁵⁹ Slik vi forstår retningslinjene, gjaldt det uten unntak. Isolasjonen varte frem til helsepersonell mente det var forsvarlig å avslutte isolasjonsregimet.²⁶⁰

Ved karantene og isolasjon skulle det tilbys situasjonstilpassende aktiviteter til innsatte.²⁶¹ Innsatte i isolasjon skulle tilbys lufting minimum en gang daglig.²⁶² For øvrig var kriminalomsorgens vurderinger av nødvendigheten eller forholdsmessigheten av isolasjon og karantene, ikke omtalt i retningslinjene. Nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderinger generelt ved utelukkelse fra fellesskapet som forebyggende tiltak er omtalt i rundskriv fra kriminalomsorgen.²⁶³

Kriminalomsorgsdirektoratet lempet ordningene fastsatt i retningslinjene i nye retningslinjer den 8. mai 2020.²⁶⁴ Nyinnsatte skulle fortsatt isoleres som karantenetiltak, men bare inntil personene var kartlagt av fengselshelsetjenesten og eventuelt testet for smitte.

6.4. Hvorvidt tiltak med virkning som isolasjon i smittevernøyemed kan fastsettes med grunnlag i straffegjennomføringsloven

Utelukkelse fra fellesskapet er et inngripende tiltak overfor den innsatte. Sårbare innsatte, slik som mindreårige og psykisk syke, kan etter forholdene rammes særlig hardt. Det må dermed stilles krav om et klart lovgrunnlag for utelukkelse fra fellesskapet.

Selv om hovedregelen er felleskap, kan kriminalomsorgen på nærmere vilkår beslutte hel eller delvis utelukkelse fra fellesskapet, jf. straffegjennomføringsloven § 17 første ledd annet punktum.

Kriminalomsorgsdirektoratet bygget i retningslinjene på at karantene og isolasjon som følge av koronakrisen var hjemlet i straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e.²⁶⁵

Straffegjennomføringsloven § 37 første ledd hjemler ulike grunnlag for hel eller delvis utelukkelse når det av ulike grunner er «nødvendig» som et forebyggende tiltak, herunder for å opprettholde «ro, orden og sikkerhet», jf. bokstav e. Utelukkelse av innsatte under 18 år kan bare besluttes «dersom det er strengt nødvendig og mindre inngripende tiltak

²⁵⁹ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 4 på side 4.

²⁶⁰ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 4 på s. 5. Det fremgår også av rundskrivet at «For innsatte som er i isolasjon i påvente av testresultat, varer isolasjonen frem til testresultat foreligger. Ved negativt testresultat skal innsatte holdes utelukket fra fellesskapet til 24 timer etter symptomfrihet.»

²⁶¹ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 2 og punkt 4 på side 4.

²⁶² Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 2 og punkt 4 på side 4.

²⁶³ KSF 2008-9001 punkt 37.6

²⁶⁴ Kriminalomsorgsdirektoratets brev 8. mai 2020 til regionene om «Lemping av iverksatte tiltak for å redusere smittefare og forsinke smittespredning i fengsel» (ref. 202004037-530) punkt 3.7.

²⁶⁵ Rundskriv KDI 6/2020 punkt 3 på s. 2 og punkt 4 på s. 4.

forgjeves har vært forsøkt eller åpenbart vil være utilstrekkelige.», jf. straffegjennomføringsloven § 37 andre ledd.

Delvis utelukkelse skal benyttes der dette er tilstrekkelig.²⁶⁶ Utelukkelse skal brukes med varsomhet, slik at ingen blir påført unødig skade eller lidelse.²⁶⁷ Innsatte som er helt utelukket fra fellesskapet, skal ha tilsyn flere ganger daglig.²⁶⁸ Lege skal varsles om utelukkelsen uten ugrunnet opphold.²⁶⁹

Spørsmålet er om alternativet «ro, orden og sikkerhet» gir hjemmel til å utelukke en innsatt fra fellesskapet bare basert på at den innsatte utgjør en mulig eller en konstatert smittefare. Utelukkelse som er begrunnet i den innsattes atferd, f.eks. at denne ikke overholder pålegg satt av hensyn til smittevern, behandles ikke nærmere her.

Lovens ordlyd – «oppretholde ro, orden og sikkerhet» – er vid. Etter sin ordlyd vil alternativene «ro» og «sikkerhet» kunne favne «nødvendig» karantene og isolasjon i smittevernsøyemed for å forebygge en situasjon med smittespredning ved et alvorlig utbrudd av en alvorlig allmennfarlig smittsom sykdom som covid-19.

Ut fra forarbeidene synes imidlertid departementet å ha tatt sikte på situasjoner der utelukkelsen skyldes behovet for å hindre handlinger og uønsket atferd *fra den innsatte*.²⁷⁰ I kriminalomsorgens retningslinjer omtales også uønsket atferd fra den innsatte som grunnlag for utelukkelse.²⁷¹ I tillegg nevnes det i retningslinjene tilfeller der den innsattes fungering av helsemessige eller andre årsaker er av en slik karakter at den innsatte ikke kan ivareta seg selv og at dette påvirker fellesskapet.²⁷² Så langt vi forstår, synes også disse typetilfellene å knytte seg til den innsattes atferd. Etter dette synes det etter vår vurdering nokså klart at straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e bare var ment å dekke tilfeller der innsattes atferd medfører et behov for utelukkelse.

Karantene og isolasjon kan være helt nødvendige tiltak for å motvirke smittespredning i fengslene ved et utbrudd av en alvorlig allmenfarlig smittsom sykdom. Så langt kommunene eller andre myndigheter kan ilegge pålegg om isolasjon og karantene etter reglene i smittevernloven eller regler gitt i medhold av denne loven, er dette hensynet

²⁶⁶ jf. straffegjennomføringsloven § 37 tredje ledd.

²⁶⁷ jf. straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd første punktum.

²⁶⁸ jf. straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd annet punktum.

²⁶⁹ jf. straffegjennomføringsloven § 37 sjuende ledd tredje punktum.

²⁷⁰ Departementet uttaler i særmerknadene i proposisjonen til straffegjennomføringsloven § 37 første ledd (Ot.prp.nr.5 (2000–2001) punkt 13.1 på side 164) «Første ledd gir en oppregning av hvilke situasjoner som kan berettige at en innsatt helt eller delvis tas ut av fellesskapet med andre innsatte i forebyggende øyemed for å hindre uønskede handlinger fra innsattes side. Oppregningen er uttømmende. Handlingen må falle inn under ett av kriteriene i bokstavene a til e. Før det besluttes utelukkelse må det vurderes om det kan være tilstrekkelig med en reaksjon etter § 40. Det kan være tilfelle ved mindre alvorlige handlinger. Utelukkelsen må ellers være nødvendig for å forebygge fortsatt uønsket atferd.»

²⁷¹ KSF 2008-9001 punkt 37.6 og punkt 37.7.5.

²⁷² KSF 2008-9001 punkt 37.7.5

imidlertid neppe avgjørende ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e. I gjennomgangen av smittevernloven ovenfor, har vi kommet til at det er betydelig tvil knyttet til om smittevernloven § 4 første ledd bokstav d gir kommunene adgang til å pålegge karantene overfor innsatte i fengsel, og vi antar at bestemmelsen ikke gir en slik adgang.²⁷³ Smittevernloven § 7-12 gir imidlertid regjeringen hjemmel til å vedta forskriftsregler om karantene og isolasjon for innsatte i fengsel.

Smittevern hensyn kan klart vektlegges ved en rekke beslutninger etter straffegjennomføringsloven. Beslutning om isolasjon og karantene krever helsefaglige vurderinger knyttet til smittevern, men også knyttet til helsemessige konsekvenser av tiltakene, slik som virkninger for de innsattes psykiske helse. Det kan oppstå et motsetningsforhold mellom hensynet til smittevern og hensynet til å unngå negative helsemessige konsekvenser av karantene og isolasjon for den enkelte. Det tilsier at det er et behov for at helsevernmyndighetene med sin særlige helsefaglige kompetanse foretar avveininger og fortløpende vurderinger av nødvendigheten av isolasjon og karantene i smittevernøyemed.

Dersom straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e skulle hjemle adgang til karantene og isolasjon bare på det grunnlag at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare ville den innsatte kunne gå glipp av smittevernlovens krav til helsefaglige vurderinger og beslutninger ved isolasjon og karantene. Dette er etter vårt syn et vesentlig moment ved tolkningen av straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e.

Alt i alt gir etter NIMs syn straffegjennomføringsloven § 37 første ledd bokstav e neppe hjemmel til å utelukke innsatte fra fellesskapet bare på grunnlag av at den innsatte utgjør en mulig eller konstatert smittefare.

Nødrettsbetraktninger kan etter forholdene gi grunnlag for isolasjon i smittevernøyemed i fengsel.²⁷⁴ Etter vårt syn har det imidlertid vesentlig betydning i vurderingen av rekkevidden av nødrettsadgangen at smittevernloven § 7-12 gir *regjeringen* adgang til å fastsette regler om isolasjon og karantene i smittevernøyemed i fengsel.²⁷⁵ Denne lovhomehlen gjør bruk av nødrett i slike situasjoner utover en kort periode som myndighetene trenger til å områ seg unødvendig. Antagelig kan nødrett bare gi grunnlag for kortvarig isolasjon.

Vi nevner at Borgarting lagmannsrett i en fengslingskjennelse av 3. april 2020²⁷⁶ kom til at karantene av nyinnsatte med virkning som faktisk isolasjon på to uker, i en overgangsperiode, hadde hjemmel i fengslingsbeslutningen supplert med

²⁷³ Se punkt 6.2.

²⁷⁴ Se om nødrett som hjemmelsgrunnlag i punkt 2.3.3.

²⁷⁵ Se om denne bestemmelsen i punkt 3.5.

²⁷⁶ LB-2020-50640.

nødrettsbetraktninger. Om straffegjennomføringsloven § 37 uttalte Borgarting lagmannsrett:

«For øvrig gir straffegjennomføringsloven § 37 en viss adgang til isolering av hensyn til ro og orden. Lagmannsretten antar at karanteneordning bidrar til å trygge de innsatte på de avdelingene der det praktiseres fellesskap for symptomfrie innsatte som har vært fengslet i mer enn 14 dager.»²⁷⁷

Borgarting lagmannsrett bygget på at karantenen utgjorde et inngrep i den innsattes privatliv etter EMK artikkel 8, men at inngrepet var i tråd med retten til privatliv. Retten uttalte at «Covid-19-forskriftens regler om karantene er ikke tilpasset innsatte».²⁷⁸ Etter lagmannsrettens syn «må hjemmelsgrunnlaget avklares av lovgiver for at bruk av karantene – som overfor den innsatte har samme virkning som isolasjon – kan opprettholdes ut over en overgangsperiode».²⁷⁹ Lagmannsretten uttalte følgende om utformingen av en slik regulering:

«Det bør også legges opp til en mer individualisert vurdering av behovet for så vidt inngripende tiltak overfor symptomfrie innsatte som faktisk isolasjon så lenge som 14 dager. Det bør settes inn avhjelpende tiltak og vurderes om det, for det tross alt begrensede antallet nyinnsatte i varetekt, bør tilbys testing som alternativ til faktisk isolasjon av smitteverngrunner.»²⁸⁰

Etter dette er det etter NIMs syn klart at regjeringen burde vurdert spørsmålet helhetlig.

6.5. Hvorvidt covid-19-forskriften i noen typetilfeller kunne gi grunnlag for karantene og isolasjon

Om innholdet av isolasjon og karantene etter covid-19-forskriften vises det til punkt 4.1 ovenfor. Forskriftene inneholdt ikke noe forbehold for personer som bor i institusjoner, slik som helse- og omsorgsinstitusjoner og fengsler. Innskrenkingene i bevegelsesfriheten etter forskriften §§ 45 og 8 om karanteneplikt og 11 om isolasjon omfattet dermed også disse.

Lovskravet etter menneskerettighetene krever at adgang til inngrep i en rettighet skal angis så presist i loven som forholdene tillater.²⁸¹ Ved isolasjonspålegg med grunnlag i covid-19-forskriften synes lovskravet å være oppfylt. Det kan reises spørsmål ved om covid-19-forskriften oppfylte lovskravet der karantene ble gjennomført som hel utelukkelse fra fellesskapet i fengsel.

²⁷⁷ LB-2020-50640 på. 4.

²⁷⁸ LB-2020-50640 på. s. 4.

²⁷⁹ LB-2020-50640 på s. 4.

²⁸⁰ LB-2020-50640 på s. 4.

²⁸¹ Se redegjørelsen for lovskravet i punkt 2.3.3.

Grensene for hva som utgjør «eget hjem eller på annet egnet oppholdssted» i et fengsel synes i en del tilfeller uklart. Det synes også i en rekke tilfeller uklart hvilke personer en innsatt i fengsel må anses å bo sammen med. Disse spørsmålene er ikke omtalt i statsrådsforedraget²⁸² eller, så langt vi kjenner til, i retningslinjer i tilknytning til forskriftsbestemmelsene.

Forskriftsbestemmelsen er altså upresis hva angår innsatte i fengsel. Det gjør det vanskelig å etterprøve om kriminalomsorgen gikk utover sin myndighet med såpass inngripende tiltak som utelukkelse fra fellesskapet.

Oppsummeringsvis mener NIM at såfremt pålegget om karantene bygget på covid-19-forskriften, var lovskravet neppe oppfylt ved karanteneplikt for innsatte som innebar hel utelukkelse fra fellesskapet.

²⁸² PRE-2020-03-27-470 Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften) punkt 2.

7. Fremstilling for retten ved førstegangs varetektsfengsling holdt som fjernmøte fremfor fysisk fremstilling

I en forskrift gitt i medhold av koronaloven ble det åpnet for at retten kunne beslutte fjernmøter i visse tilfeller, og bestemmelsens ordlyd omfattet rettsmøte ved første gangs varetektsfengsling.²⁸³ Menneskerettighetene krever – i hvert fall som klar hovedregel - at personer som påtalemyndigheten ønsker å varetektsfengsle har krav på å bli *fysisk* fremstilt for en dommer. Spørsmålet som drøftes i dette kapitlet er om menneskerettighetene ble krenket når siktede uten samtykke ved førstegangs varetektsfengsling ble fremstilt for dommer gjennom fjernmøte.

I Grunnloven § 94 første ledd første punktum fastsettes det at «[i]ngen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver.» Frihetsberøvelsen må være «nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep», jf. første ledd annet punktum. En pågrepet person skal «snarest mulig fremstilles for en domstol», mens andre frihetsberøvede «kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold», jf. Grunnloven § 94 andre ledd henholdsvis første og annet punktum. EMK artikkel 5 fastsetter at enhver har rett til personlig sikkerhet, og at frihetsberøvelse bare kan skje etter en lovbestemt fremgangsmåte og bare på de grunnlagene som er uttømmende oppstilt i artikkelen. Ett grunnlag er rimelig mistanke om at en person har begått en straffbar handling.²⁸⁴ Det følger også av EMK artikkel 5 nr. 3 første punktum at pågrepne i straffesaker skal fremstilles «shall be brought [...] before» for en dommer. Dommeren skal kontrollere frihetsberøvelsens lovlighet.²⁸⁵

Et grunnvilkår for varetektsfengsling etter straffeprosessloven er mistanke- og kriminalitetskravet. Som hovedregel går det ut på at en person bare kan fengsles der det foreligger skjellig grunn til mistanke om en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, jf. straffeprosessloven § 184 andre ledd med videre lovhensvisninger. Videre må det foreligge en fengslingsgrunn. Noen grunnlag for fengsling er risiko for unndragelse fra straffeforfølgningen, bevisforspillelsesfare, fare for ny straffbar handling og rettshåndhevelsesarrest, jf. § 184 andre ledd sammenholdt med straffeprosessloven § 171 første ledd. Etter straffeprosessloven § 170 a er det fastsatt at tvangsmidler, herunder fengsling, bare kan brukes når det er «tilstrekkelig grunn til det», og at tvangsmiddelet ikke kan brukes når det «etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.»

Domstolene beslutter varetektsfengsling basert på en begjæring fra påtalemyndigheten, jf. straffeprosessloven §§ 183 og 184. Det innebærer at retten kontrollerer at vilkårene

²⁸³ Midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 (koronaforskriften) § 2.

²⁸⁴ EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c.

²⁸⁵ Jf. blant annet EMDs storkammerdom McKay v. Storbritannia, 3. oktober 2006 (543/03) avsnitt 40.

for fengsling er oppfylt. Retten til fremstilling for en domstol ved pågrepelse og fengsling for kontroll av om frihetsberøvelsen er lovlig, er en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti. Retten er nedfelt i EMK artikkel 5 nr. 3 første punktum.²⁸⁶ Det fremgår der at enhver som blir pågrepet eller berøvet friheten «straks [skal] bli stilt for en dommer eller annen embetsmann som ved lov er bemyndiget til å utøve domsmyndighet». Etter Grunnloven § 94 andre ledd skal en person som er pågrepet «snarest mulig fremstilles for en domstol». På nærmere vilkår gjelder det unntak fra fremstillingsplikten i tilfeller der siktede samtykker til det og i tilfeller der siktede er ute av stand til å møte på grunn av sykdom.²⁸⁷

Det følger av straffeprosessloven § 183 første ledd at påtalemyndigheten, når den vil beholde en pågrepet person fengslet, «snarest mulig, og senest den tredje dagen etter pågripelsen [må] fremstille ham for tingretten på det sted der fremstilling mest hensiktsmessig kan skje, med begjæring om fengsling». Ved begjæring om forlenget varetektsfengsling følger det av straffeprosessloven § 185 fjerde ledd tredje punktum at retten på nærmere vilkår kan beslutte at rettsmøtet skal holdes som fjernmøte med bildeoverføring. Noen tilsvarende adgang gjelder imidlertid ikke ved første gangs fengsling etter straffeprosessloven § 183.

I medhold av forskriftshjemmelen i koronaloven § 2²⁸⁸ fastsatte regjeringen som nevnt midlertidig forskrift om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19.²⁸⁹ Forskriftens § 2 om fjernmøter og fjernavhør hadde følgende ordlyd:

«Retten kan beslutte at rettsmøter helt eller delvis skal holdes som fjernmøter, og avhør gjennomføres som fjernavhør, når det er nødvendig og ubetenkelig. Retten kan beslutte at tolking skal gjennomføres som fjerntolking når det er forsvarlig.

Før retten treffer beslutning om fjernmøter og fjernavhør, skal partene gis anledning til å uttale seg. I straffesaker bør det særlig legges vekt på sakens karakter og siktedes rettigheter, og siktede skal sikres adgang til fortrolig kommunikasjon med sin forsvarer under møtet.

Beslutning om fjernmøte eller fjernavhør etter første ledd kan ikke ankes.»

I kjennelsen HR-2020-972-U behandlet Høyesteretts ankeutvalg spørsmålet om tingretten – ved første gangs fengsling – kunne beslutte fjernmøte med hjemmel i forskriften § 2 når siktede motsatte seg dette og ønsket fysisk fremstilling i fengslingsmøtet. Oslo tingrett hadde besluttet fjernmøte, og lagmannsretten hadde lagt til grunn at tingretten hadde

²⁸⁶ Se også FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 9 nr. 3 første punktum.

²⁸⁷ HR-2020-972-U avsnitt 16 med videre henvisninger til rettspraksis.

²⁸⁸ Se redegjørelsen for denne i punkt 3.4.

²⁸⁹ FOR-2020-03-27-459.

anledning til dette. Høyesteretts ankeutvalg kom til at det var «noe uklart» om forskriften § 2 var ment å gi hjemmel for fjernmøte ved første gangs fengsling der siktede motsetter seg dette og ønsker fremstilling.²⁹⁰ Utvalget viste til NIMs høringsuttalelse i forskriftssaken der NIM fremholdt at siktedes rett til å fremstilles for en domstol ved frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 nr. 3 står i en særstilling, og at EMD her har lagt til grunn at personen skal fremstilles fysisk.²⁹¹ Videre viste ankeutvalget til at Justis- og beredskapsdepartementet i statsrådsforedraget som lå til grunn for forskriften § 2 redegjøre Justis- og beredskapsdepartementet hadde redegjort for hvilke saker som særlig var vurdert som egnet til behandling i fjernmøte.²⁹² Førstegangsfengslinger var, i motsetning til fengslingsforlengelser, ikke nevnt.²⁹³ I lys av høringsuttalelsen fra NIM, mente ankeutvalget at det var påfallende at forholdet til EMK artikkel 5 nr. 3 ikke var nærmere vurdert, dersom forskriften § 2 var ment å gi adgang til fjernmøte også ved første gangs fengsling.²⁹⁴

Ankeutvalget tok ikke nærmere stilling til en eventuell adgang til å gjøre unntak fra retten til fremstilling i EMK artikkel 5 nr. 3. Ut fra den foreliggende rettspraksis fra EMD, mente ankeutvalget at det var klart at en adgang til å gjøre unntak var i tilfelle «meget snever».²⁹⁵ Ankeutvalget la til grunn at en forutsetning for å gjøre unntak fra siktedes rett til fremstilling ved første gangs fengsling etter EMK artikkel 5 nr. 3 må være at retten konkret vurderer om det av smitteverngrunner er uforsvarlig å avholde fengslingsmøtet på annen måte enn ved fjernmøte i den aktuelle saken.²⁹⁶ Så langt vi forstår, tok ikke ankeutvalget endelig stilling til om det var hjemmel for å gjennomføre fjernmøtet dersom det av smitteverngrunner var uforsvarlig å avholde fengslingsmøtet på annen måte enn ved fjernmøte.

Selv med dagens teknologi kan siktedes muligheter for å kommunisere med dommeren på en god måte svekkes ved bruk av fjernteles teknologi fremfor fysisk fremstilling. Det kan lede til at dommeren ikke får et trygghetsgrunnlag for sin fengslingskjennelse.

NIM mener Justis- og beredskapsdepartementet ved utarbeidelsen av forskriften burde avklart hvorvidt forskriften var ment å gi adgang til fjernmøter fremfor fysisk fremstilling ved første gangs fengsling selv om siktede motsatte seg dette.

²⁹⁰ HR-2020-972-U avsnitt 30.

²⁹¹ HR-2020-972-U avsnitt 30.

²⁹² HR-2020-972-U avsnitt 30.

²⁹³ PRE-2020-03-27-459 punkt 2.2.

²⁹⁴ HR-2020-972-U avsnitt 30.

²⁹⁵ HR-2020-972-U avsnitt 27.

²⁹⁶ HR-2020-972-U avsnitt 31.

8. Offentlighet i folkevalgte organer og domstolene

8.1. Innledning

Koronasituasjonen har ført til noen praktiske vanskeligheter med gjennomføringen av det som kalles «offentlighetsprinsippet». Både møter i folkevalgte organer og rettsmøter har noen grad blitt gjennomført selv om offentligheten ikke kunne delta.

I henhold til Grunnloven § 100 femte ledd har enhver rett «til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer». Grunnloven § 100 femte ledd ivaretar allmennhetens interesse av offentlighet og åpenhet i denne typen prosesser og møter, og bestemmelsen omtales ofte som offentlighetsprinsippet.

Offentlighetsprinsippet skal blant annet legge til rette for pressens viktige samfunnsrolle som offentlig vaktbikkje og premissleverandør for en bred og opplyst samfunnssamtale. Åpenhet i slike møter har også en side til myndighetenes plikt til «å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale» etter Grunnloven § 100 sjette ledd. Det følger av Grunnloven § 100 femte ledd annet punktum at «[d]et kan i lov fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner».

8.2. Folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner

Kommuneloven § 11-5 første ledd oppstiller en hovedregel om at alle har rett til å være «til stede» i folkevalgte organer «dersom ikke noe annet følger av denne paragrafen.» Kommunestyret og fylkestinget kan selv beslutte at folkevalgte organer i kommunen eller fylkeskommunen skal ha adgang til å holde møter som fjernmøte, jf. kommuneloven § 11-7 første ledd. Fjernmøte i bestemmelsens forstand innebærer at deltakerne ikke sitter i samme lokale, men at de via tekniske hjelpemidler likevel kan se, høre og kommunisere med hverandre, jf. loven § 11-7 andre ledd første punktum. Kravene som ellers gjelder for møter, gjelder også for fjernmøter, jf. loven § 11-7 andre ledd annet punktum. Etter forskriftshjemmelen i loven § 11-7 fjerde ledd kan departementet «gi forskrift om krav til gjennomføring av fjernmøter, unntak fra kravet i andre ledd om at møtedeltakerne skal se hverandre og unntak fra tredje ledd».

I koronaperioden ble møteoffentligheten begrenset gjennom en midlertidig forskrift om gjennomføring av fjernmøter i folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner, som ble gitt med hjemmel i kommuneloven § 11-7 fjerde ledd.²⁹⁷ I forskriften ble det åpnet for at folkevalgte organer kan gjennomføre fjernmøter selv om kommunen eller fylkeskommunen ikke har tekniske løsninger for å sikre at allmennheten får tilgang til møtet, jf. forskriftens § 3. Forskriften må være å betrakte som en begrensning av

²⁹⁷ FOR-2020-03-13-277.

rettigheten etter Grunnloven § 100 femte ledd. Det medfører krav til lovgrunnlag og «tungtveiende grunner» for begrensninger. Lovgrunnlaget drøftes først.

I proposisjonen som ligger til grunn for kommuneloven heter det: «På samme måte som for møter i andre folkevalgte organer, gjelder alle de andre saksbehandlingsreglene i kapittel 11 for fjernmøter, herunder møteoffentlighet og kunngjøringsplikt.»²⁹⁸ Verken i proposisjonen, eller i utredningen som ligger til grunn for proposisjonen, utdypes rekkevidden av adgangen til å gi regler om krav til gjennomføring av fjernmøter.²⁹⁹

Myndigheten til å gi forskrifter som fraviker bestemmelser i loven, forutsetter at det foreligger en klar hjemmel. Forskriftsadgangen i § 11-7 fjerde ledd synes uttømmende å regulere hvilke krav til fjernmøter det kan gjøres unntak fra gjennom forskrift. Unntak kan gjøres fra kravet om at møtedeltakerne skal se hverandre (andre ledd) og fra kravet om at et lukket møte ikke kan holdes som fjernmøte (tredje ledd). Den mest nærliggende forståelsen av dette synes være at det ikke kan gjøres unntak fra de andre kravene i § 11-7 andre ledd, herunder kravet om at øvrige møtekrav gjelder for fjernmøter, slik som kravet om møteoffentlighet etter § 11-5.

NIMs mener at kommunelovens § 11-7 fjerde ledd ikke gir hjemmel til gjennom forskrift å gi flere unntak enn det som følger av bestemmelsen. NIM anser derfor at forskriftens § 3, som åpner for unntak fra møteoffentlighet ved fjernmøter (dersom tekniske løsninger mangler), neppe ligger innenfor det kommuneloven § 11-7 fjerde ledd gir departementet hjemmel til å gi forskrift om. Følgelig ble lovskravet for begrensninger av møteoffentligheten etter Grunnloven § 100 femte ledd etter vårt syn neppe oppfylt.

Når det gjelder vilkåret om «tungtveiende grunner» kan det antas at smittevern hensyn i den situasjonen Norge var i, var tilstrekkelig dersom alternativer ikke forelå. Det var derfor viktig at de folkevalgte organene i kommunene og fylkeskommunene var bevisst på at dette tiltaket utgjorde en begrensning av en grunnlovsvernet rettighet, og at de aktivt søkte å gjøre begrensningen så liten som mulig i praksis. Ved innføringen av forskriften sendte Kommunal- og moderniseringsdepartementet 13. mars 2020 et brev til kommunene og fylkeskommunene der departementet fremholdt at møteoffentligheten og allmennhetens adgang til møter i folkevalgte organer er grunnleggende for lokaldemokratiet. Videre fremholdt departementet at åpningen etter § 3 burde brukes med varsomhet.³⁰⁰ Det ble imidlertid ikke nevnt i brevet at det her dreide seg om å gjøre

²⁹⁸ Prop. 46 L (2017-2018) punkt 17.4.8.

²⁹⁹ Prop. 46 L (2017-2018) punkt 17.4.8 og punkt 30 på s. 375 til 376; NOU 2016: 4 punkt 16.4.5 og punkt 11 på s. 407.

³⁰⁰ Brev fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet av 13. mars om «Midlertidig forskrift om gjennomføring av fjernmøter i kommuner og fylkeskommuner for å begrense spredning av Covid-19» - til alle landets kommuner og fylkeskommuner 13. mars 2020. Brevet er tilgjengelig her https://www.regjeringen.no/no/dokument/dep/kmd/andre-dokumenter/brev/utvalgte_brev/2020/midlertidig-forskrift-om-gjennomforing-av-fjernmoter-i-kommuner-og-fylkeskommuner-for-a-begrense-spredning-av-covid-19/id2693469/

begrensninger i innbyggernes rettigheter etter Grunnloven 100 femte ledd.³⁰¹ Dette kunne med fordel ha blitt gjort, og det fremstår som noe usikkert om myndighetene har vært seg tilstrekkelig bevisst på at man ved en gitt regulering her griper inn i en menneskerettighet. Forskriften ble ikke sendt på høring. NIM er heller ikke kjent med noen offentlig tilgjengelige forarbeider.

8.3. Rettsmøter

Kravet til møteoffentlighet etter Grunnloven § 100 femte ledd gjelder også for rettsmøter. Retten til en offentlig rettergang i både straffesaker og sivile saker følger også av Grunnloven § 95 første ledd annet punktum, EMK artikkel 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 1. Dette er rettigheter som primært har interessene til rettsprosessens parter for øye – og offentlighetens innsyn skal bidra til partenes rett til en rettferdig rettergang.³⁰² Grunnloven § 100 femte ledd kan sies å dreie søkelyset mer mot allmennhetens generelle interesse av offentlighet i rettsprosesser.

Etter domstoloven § 124 første ledd er rettsmøter offentlige og forhandlingene og rettsavgjørelsene kan gjengis offentlig, hvis ikke annet er bestemt i lov eller av retten i medhold av lov. Domstoloven §§ 125 til 130, straffeprosessloven § 119 tredje ledd og tvisteloven § 22-12 inneholder regler om begrensninger i offentlighet. Prosesslovgivningen inneholder noen regler om gjennomføring av fjernmøte, men ikke særlige regler om offentlighet når rettsmøtet holdes som fjernmøte.

I koronaperioden ble adgangen til å holde rettsmøter som fjernmøte etter tvisteloven og straffeprosessloven utvidet. Innledningsvis ble dette gjort gjennom midlertidig forskrift om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 gitt med hjemmel i koronaloven § 2.³⁰³ Deretter ble adgangen videreført i en midlertidig lov om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv.³⁰⁴ Loven bygger på løsningene i forskriften.³⁰⁵

Verken i den midlertidige loven eller forskriften var offentlighetens rett til å følge rettsmøtene som fjernmøte regulert. I proposisjonen fremholdt departementet at

³⁰¹ NIM har merket seg at det ble vist til Grunnloven § 100 femte ledd i et senere svarbrev til Kommunesektorens organisasjon (KS), se brev av 20. mai 2020 om «Spørsmål vedrørende møteoffentlighet i kommuneloven § 11-5» fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet, tilgjengelig her: <https://www.fylkesmannen.no/contentassets/0b285b21ea194751959514749c02af03/sporsmal-vedrorende-moteoffentlighet.pdf>

³⁰² I *Malhous v. Tjekkia* (33071/96) uttaler EMD (avsnitt 55) «This public character protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial [...]».

³⁰³ FOR-2020-03-27-459.

³⁰⁴ LOV-2020-05-26-47.

³⁰⁵ Prop. 94 L (2019–2020) punkt 3.3 punktene 1 og 3.

offentlighet så langt det lot seg gjøre skulle tilstrebes ivaretatt også når det holdes fjernmøter.³⁰⁶ Spørsmålet om allmenhetens adgang til å følge fjernmøter ble bare omtalt i forarbeidene til forskriften (statsrådsforedraget) gjennom en uttalelse om at «offentlighetens mulighet til å følge saken» skulle være et moment i vurderingen av om det var «ubetenkelig» i forskriften § 2 sin forstand å holde rettsmøtet som fjernmøte.³⁰⁷

NIM er ikke kjent med hvor langt domstolene har klart å sikre offentligheten tilgang der rettsmøtene ble holdt som fjernmøter. Dette er noe som med fordel kan kartlegges av myndighetene. I fremtiden bør det legges til rette for at teknologi ikke ender opp som en bøyg for offentlighet i rettsmøter. En slik tilrettelegging vil etter NIMs mening harmonere klart best med hensynene bak Grunnloven § 100 femte ledd.

8.4. Åpenhet og taushetsplikt

Et sideliggende område knyttet til åpenhet og offentlighetsprinsippet gjelder spørsmål om innsynsrett og praktiseringen av taushetsplikt. Etter Grunnloven § 100 femte ledd følger det at «enhver har rett til innsyn i statens og kommunens dokumenter». Den europeiske menneskerettsdomstol har slått fast at en lignende innsynsrett etter forholdene også kan utledes av EMK artikkel 10, selv om det ikke fremgår eksplisitt av bestemmelsen.³⁰⁸

Innsynsretten er ikke absolutt og kan begrenses. Det følger av Grunnloven § 100 femte ledd annet punktum at «[d]et kan i lov fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner». Et typetilfelle på begrensninger er taushetspliktbestemmelser.

NIM har mottatt henvendelser om at taushetsplikten innenfor for eksempel helselovgivningen tilsynelatende har blitt praktisert noe ulikt blant forskjellige lokale og sentrale myndigheter i løpet av koronaperioden.³⁰⁹ Spørsmålet som da kan melde seg er om taushetspliktregelverket har blitt praktisert i overensstemmelse med alminnelig lovgiving og i tråd med de overordnede rammene som følger av Grunnloven § 100 femte ledd³¹⁰ og EMK artikkel 10.³¹¹

NIM har ikke tilstrekkelig oversikt til å kunne gå inn på problemstillingene nærmere her, men bemerker at dette i tilfellet vil inngå som en del av en større problemstilling om tidvis

³⁰⁶ Prop. 94 L (2019–2020) punkt 3.3 på s. 12.

³⁰⁷ PRE-2020-03-27-459 Midlertidig forskrift om forenklinger og tiltak innenfor justissektoren for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19. Kongelig resolusjon punkt 2 og særmerknoten til forskriften § 2 i punkt 7.

³⁰⁸ Jf. *Magyar Helsinki Bizottsag v. Ungarn* (18030/11) avs. 156 samt avs. 157 til 159.

³⁰⁹ Mest aktuelt er taushetspliktreguleringen som følger av helsepersonelloven kapittel 5.

³¹⁰ Der det heter at «enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter».

³¹¹ Hensynene bak denne typen innsynsrett er stikkordsmessig oppsummert i formålsbestemmelsen til offentlighetsloven (§ 1): Det må legges til rette for en offentlig virksomhet som er åpen og gjennomskiktig, for slik å styrke informasjons- og ytringsfriheten, den demokratiske deltakelsen, rettssikkerheten for den enkelte, tilliten til det offentlige og kontrollen fra allmennheten.

manglende bevissthet om åpenhet og offentlighet i forvaltningen. Det kan være nyttig om myndighetene nå benytter anledningen til å se nærmere på hvordan innsynslovgivingen (og taushetspliktlovgivingen) har blitt praktisert i løpet av koronaperioden – for å sikre en mest mulig konsistent praktisering i tråd med rammene etter Grunnloven § 100 femte ledd og EMK artikkel 10 og SP artikkel 19.

9. Forsamlings- og demonstrasjonsfrihet

I tilknytning til utbruddet innførte sentrale og lokale myndigheter med hjemmel i smittevernloven ulike begrensninger på arrangementer og på hvor mange mennesker som kunne samles. Covid-19-forskriften § 13 inneholdt et arrangementsforbud gitt med hjemmel i smittevernloven § 7-12, og er en mye medieomtalt sentral regulering som kan trekkes frem til illustrasjon. Reguleringen har blitt endret en rekke ganger.³¹² En arrangør som overtrådte forbudet kunne straffes med bøter eller fengsel i inntil 6 måneder.³¹³

I likhet med de fleste andre reguleringer av hvor mange som kan samles samtidig, utgjorde arrangementsforbudet i covid-19-forskriften et inngrep i forsamlingsfriheten. Forsamlingsfriheten er forankret i Grunnloven § 101 andre ledd, EMK artikkel 11 og SP artikkel 21, med noe ulikt innhold. Beskyttelse av meningsfrihet og ytringsfrihet gjennom demonstrasjoner og politiske forsamlinger, som et virkemiddel for deltakelse i den demokratiske prosessen, er i kjernen av forsamlingsfriheten.³¹⁴ Demonstrasjonsretten er så i kjernen at den eksplisitt er kommet til uttrykk i Grunnloven § 101 (og det kan gjerne omtales som en selvstendig grunnlovsfestet demonstrasjonsfrihet). Inngrep i forsamlingsfriheten har myndighetene bare adgang til dersom tiltaket har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål (som folkehelse) og er forholdsmessig.³¹⁵ Myndighetene må antas å ha en ganske vid skjønnsmargin i å vurdere hvilke begrensninger på forsamlinger som er nødvendig av hensyn til smittespredning under en epidemi som covid-19.³¹⁶

Forsamlingsfriheten verner i utgangspunktet alle former for fredelige forsamlinger, herunder selskapelige og dagligdagse. Noen typer forsamlinger har imidlertid et sterkere vern enn andre fordi de er så nært knyttet til andre menneskerettigheter, som særlig religionsfriheten eller ytringsfriheten. Dette innebærer at det skal mer til for å begrense eksempelvis retten til å avholde en demonstrasjon enn for eksempel en konsert.³¹⁷ Type forsamling er da noe som må vektes inn både i vurderingen av om begrensningen er forholdsmessig og når det kommer til hvor klart lovgrunnlag som kreves for begrensningen.

³¹² Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften) (FOR-2020-03-27-470) § 13, gitt med hjemmel i smittevernloven § 7-12.

³¹³ Jf. forskriften § 19 første punktum og tidligere forskriften § 18 første punktum.

³¹⁴ I avisningsavgjørelsen *Friend m.fl. v. Storbritannia* (16072/06, 27809/08) på s. 19 avsnitt 50 med videre henvisinger. Se også storkammerdommen *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Tyrkia* (23885/94) avsnitt 37.

³¹⁵ Se punkt 2.3.1.

³¹⁶ Vi ikke kjenner til noen direkte vurderinger av inngrep i forsamlingsfriheten av hensyn til smittevern e.l. fra EMD eller Høyesterett.

³¹⁷ I avisningsavgjørelsen *Friend med flere v. Storbritannia* (16072/06, 27809/08), som gjaldt et forbud på jakt på rev, uttalte EMD om forholdsmessighetsvurdering etter artikkel 11 nr. 2 (avsnitt 50) «a wider margin of appreciation must be accorded to State authorities in regulating a particular assembly the further that assembly moves from one of a political character to one of a purely social character.»

Sistnevnte problemstilling om lovgrunnlag ble aktualisert i forbindelse med George Floyd-demonstrasjonene i juni 2020, der det oppsto spørsmål om demonstrasjoner var omfattet av daværende forbud mot arrangementer med mer enn 50 personer i covid-19-forskriften § 13. Arrangementer omfattet, etter ifølge dagjeldende § 13 idrettsarrangementer, kulturarrangementer og «andre arrangementer», som blant annet omfattet «bursdager, bryllup og religiøse samlinger.»³¹⁸ Demonstrasjoner var ikke nevnt spesielt i forskriftsbestemmelsen. Selv om en demonstrasjon nok ville falle inn under en naturlig ordlydsforståelse av «andre arrangementer», så gjorde forholdet til grunnlovs- og menneskerettsbeskyttelsen av demonstrasjoner vurderingen likevel usikker. Demonstrasjoner og forsamlingsfriheten var ikke omtalt i forarbeidene (statsrådsforedraget).³¹⁹

Når det er nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført, kan kommunen etter smittevernloven § 4-1 første ledd bokstav a forby «[...] møter og sammenkomster eller påbud om andre begrensninger i den sosiale omgangen overalt der mennesker er samlet.»³²⁰ Denne bestemmelsen vil etter vår oppfatning kunne omfatte demonstrasjoner. Behovet for et generelt forbud mot demonstrasjoner etter covid-19-forskriften kan derfor fremstå som noe begrenset.³²¹

I ettertid svarte justis- og beredskapsministeren på et skriftlig spørsmål fra en stortingsrepresentant at politiet gjorde rett i sin vurdering om ikke å gripe inn mot demonstrasjonen under henvisning til blant annet grunnlovsvernet av demonstrasjoner.³²² Statsråden uttalte at «[d]ersom covid-19-forskriften skulle begrense denne retten måtte dette ha kommet klarere frem». NIM deler statsrådets vurdering av rekkevidden av covid-19-forskriften med henblikk på demonstrasjoner, og det er bra at dette ble slått fast i ettertid.

Myndighetene kunne imidlertid etter vårt syn med fordel ha gjort mer i forkant for å unngå at denne usikkerheten oppsto – både av hensyn til innbyggerne og

³¹⁸ Forskrift om endring i forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften) (FOR-2020-05-07-956) § 13.

³¹⁹ PRE-2020-03-27-470 Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (Covid-19-forskriften) punkt 2.

³²⁰ Se nærmere om denne bestemmelsen i punkt 4.2.

³²¹ Hans Petter Graver drøfter betydningen av smittevernloven § 4-1 i «Pandemi og unntakstilstand Hva covid-19 sier om den norske rettstaten» punkt 6 på s. 131 til 132.

³²² Se Dokument nr. 15:1861 (2019–2020). Svar på skriftlig spørsmål fra Jon Helgheim (Frp), besvart 16. juni 2020 av justis- og beredskapsminister Monica Mæland.

myndighetsutøverne (her politiet).³²³ En måte denne usikkerheten kanskje kunne vært unngått på er om denne forskriftsreguleringen hadde vært sendt på høring.³²⁴

Arrangementsreguleringen i covid-19-forskriften § 13 førte også til at NIM mottok henvendelser vedrørende religionsfriheten etter EMK artikkel 9 knyttet til kravet om at arrangøren hadde en oversikt over dem som var til stede for å muliggjøre smitteoppsporing ved ett utbrudd.³²⁵ EMD har bygget på at retten til å gi uttrykk for sin religion etter EMK artikkel 9 også har et negativt aspekt som gir en rett til ikke å røpe sin religiøse tilhørighet.³²⁶ NIM kom til at reguleringen på det tidspunktet neppe var i strid med menneskerettslige krav.³²⁷ Imidlertid gir reguleringen et eksempel på at offentlig tilgjengelige begrunnelser kunne vært en fordel. Det kunne synliggjort at menneskerettslige krav var sett og avveid før innføringen – og dermed rydde unna usikkerhet for de berørte religiøse samfunnene.

³²³ Se bl.a. debattinnlegg fra politiadvokat Kai Spurkland i Aftenposten 7. juni 2020, som skrev at «uklare og svakt begrunnede smittevernregler skaper usikkerhet hos publikum og stiller politiet i en vanskelig situasjon», som svar til professor Janne Haaland Matlarys innlegg i samme avis om hvorfor politiet ikke grep inn mot demonstrasjonene i Oslo. Tilgjengelig her: <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/wPaPy5/det-er-ikke-politiet-som-gir-tillatelse-til-demonstrasjoner-det-er-gr>

³²⁴ Covid-19-forskriften var på det tidspunktet endret minst 15 ganger fra den trådte i kraft 27. mars 2020. Det omdiskuterte begrensningen på «andre arrangementer» ble ikke tilføyd før 7. mai 2020. På tidspunktet var forskriften ikke blitt sendt på høring.

³²⁵ Forskriften § 13 dagjeldende tredje ledd; NIMs brev av 2. juni 2020 om «Trossamfunns plikt til å ha oversikt over deltakere i religiøse samlinger».

³²⁶ *Sinan Işık v. Tyrkia* (21924/05) avsnitt 41.

³²⁷ NIMs brev av 2. juni 2020 om «Trossamfunns plikt til å ha oversikt over deltakere i religiøse samlinger».

10. Barns menneskerettigheter

10.1. Innledning

Den 12. mars 2020 vedtok Helsedirektoratet å stenge barnehager og utdanningsinstitusjoner, herunder barneskole, ungdomsskoler, videregående skoler samt universiteter og høyskoler.³²⁸ Hjemmelen var smittevernlovens § 4-1 andre ledd, jf. første ledd bokstav a og b. Undervisning ble gjennomført digitalt ved hjemmeskole. Regjeringen videreførte stengingen.³²⁹ Det het i forskriften at kommunene skulle sørge for at ledere av barnehager og rektorer ved barneskoler etablerer et tilbud til barn til personell i helse- og omsorgstjenesten, transportsektoren eller innen andre kritiske samfunnsfunksjoner. Videre het det at kommunen og fylkeskommunen også skulle sørge for at det ble etablert et tilbud for barn og unge med særlige omsorgsbehov som ikke kan ivaretas når barnehage, skole eller andre dagtilbud er stengt. Den 16. april bestemte regjeringen at barnehager og barneskoler for 1. til 4. trinn kunne åpne.³³⁰ Visse unntak fra stengingen ble også fastsatt for videregående skole og høyere utdanning.³³¹ Regjeringen åpnet deretter resten av grunnskolen samt videregående skoler fra 11. mai.³³²

Nedstengning av skolene utfordret barns menneskerettigheter særskilt, og NIM vil her peke på to av dem, *retten til utdanning* og *retten til beskyttelse mot vold, overgrep og omsorgssvikt*.

10.2. Retten til utdanning

Retten til utdanning er nedfelt i Grunnloven § 109. Barns rett til utdanning slås fast i FNs barnekonvensjonen artikkel 28 og 29. Retten til utdanning er også nedfelt i FNs konvensjon for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 12.³³³ Begge disse konvensjonene er inkorporert i menneskerettsloven med forrang.³³⁴

Hovedtrekkene i de ulike konvensjonene er at alle barn har rett og plikt til grunnskoleutdanning, og denne skal være gratis. Statene skal også arbeide for å gjøre videregående opplæring gratis. I tillegg skal retten til utdanning praktiseres uten noen form for diskriminering, jf. FNs barnekonvensjon artikkel 2 og FNs konvensjon for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter artikkel 2 nr. 2. Retten til utdanning vil typisk

³²⁸ Vedtak etter lov om vern mot smittsomme sykdommer § 4-1 andre ledd om møteforbud og stenging av virksomhet (FOR-2020-03-12-270).

³²⁹ FOR-2020-03-27-470 § 12 av 27. mars 2020.

³³⁰ Forskrift om endring i forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (FOR-2020-04-16-802) §§ 12 og 12a siste ledd.

³³¹ Forskrift om endring i forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (FOR-2020-04-16-802) §§ 12a.

³³² Forskrift om endring i forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (FOR-2020-05-07-956) § 12a.

³³³ Retten til utdanning følger også av tilleggsprotokoll 1 til EMK artikkel 2, som ikke omtales her.

³³⁴ Se punkt 2.1.

krenkes dersom enkeltpersoner eller grupper av personer utestenges fra undervisning. Utdanningens innhold må tilfredsstillende visse minimumskrav, der kjernen er at den skal fremme respekt for fred og menneskerettigheter, ivareta enkeltindividets behov og talenter, utvikle den enkeltes evner, utvikle respekt for egne og fremmede kulturer, for foreldre, for samfunnets verdier og for det naturlige miljø, samt forberede den enkelte på et ansvarlig voksenliv i respekt og toleranse for sine medmennesker.³³⁵

FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har fremholdt at fjernbasert undervisning var et viktig tiltak for å avhjelpe betydningen for retten til utdanning når skolene stengte under covid-19 utbruddet.³³⁶ Samtidig fremholdt komiteen at «However, they also carry the risk of deepening educational inequalities between rich and poor learners due to unequal access to affordable Internet services and equipment such as computers, smart phones and tablets.»³³⁷ FNs Barnekomité har fremmet følgende anbefaling til statene i forbindelse med utbruddet:

«Ensure that online learning does not exacerbate existing inequalities or replace student-teacher interaction. Online learning is a creative alternative to classroom learning but poses challenges for children who have limited or no access to technology or the Internet or do not have adequate parental support. Alternative solutions should be available for such children to benefit from the guidance and support provided by teachers.»³³⁸

Regjeringen fastsatte den 27. mars 2020 midlertidig forskrift om tilpasningen i lovgivningen om grunnskoleopplæring og videregående opplæring som følge av utbrudd av covid-19.³³⁹ NIM har merket seg at det var forutsatt av regjeringen at den midlertidige forskriften om tilpasninger av lovgivningen om grunnsopplæringen ikke skulle innskrenke barnets rett til utdanning.³⁴⁰ Det er likevel uklart om barns rett til utdanning ble ivarettatt i perioden skolen var nedstengt, der undervisningen skjedde hjemme og til dels over digitale medier. NIM noterer at det fra myndighetenes side gjennomgående har manglet vurderinger av hvilke implikasjoner nedstengningen av skolen kunne ha og har hatt for barns menneskerettslige rett til utdanning.

³³⁵ For en nærmere redegjørelse av retten til utdanning og innholdet i denne, se Dok nr. 16 (2011-2012) kapittel 37.

³³⁶ Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights" 6. april 2020 (E/C.12/2020/1) avsnitt 7.

³³⁷ Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights" 6. april 2020 (E/C.12/2020/1) avsnitt 7.

³³⁸ "The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children" 8. april 2020. Tilgjengelig her https://www.unicef.nl/files/INT_CRC_STA_9095_E.pdf

³³⁹ FOR-2020-03-27-492.

³⁴⁰ Statsrådsforedrag PRE-2020-03-27-492 punkt 5.1.

En rapport fra ekspertgruppen som skulle vurdere tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet, gir indikasjoner på at retten til utdanning ble utfordret.³⁴¹ Ekspertgruppen pekte på at sårbare barn og unge kunne være spesielt utsatt når skolen stenger, og viste samtidig til forskning som anslo at denne gruppen utgjorde minst 20 prosent av barn og unge. Totalt utgjorde dette nesten 640 000 elever i grunnskolen fordelt på 2799 skoler, og nesten 190 000 elever i videregående opplæring fordelt på 413 skoler. Ekspertgruppen pekte på at både erfaring fra kommunene under nedstengningen samt tidligere forskning viste at nedstengning av skolen kunne ha store konsekvenser for barn, herunder at noen barn ville oppleve at de fikk redusert læringsutbytte og at noen barn også kunne bruke lengre tid på å ta igjen læringstapet i ettertid. Ekspertgruppen pekte videre på at nedstengningen kunne ha særskilte konsekvenser for elever med behov for tilpasning og tilrettelegging i undervisningen. Hva gjaldt bruken av digitale hjelpemidler i undervisningen, pekte ekspertgruppen på at den digitale infrastrukturen i norske skoler var god, men at det likevel var stor variasjon mellom kommuner og skoler.³⁴² Ekspertgruppen fastslo den gang at hensynet til barn og unge måtte veie mer enn hensynet til smittevern, slik at nedstengningen ikke kunne videreføres. Dette ble blant annet begrunnet i at det var lite evidens for den smittevernmessige effekten av nedstengningen og at konsekvensen av nedstengningen for barn og unge var alvorlig.³⁴³

Spørsmålet om hvorvidt barns rett til utdanning i henhold til menneskerettighetene ble ivaretatt på en god nok måte har, så vidt NIM kjenner til, ikke vært utredet fra myndighetenes side. Selv om det het i statsrådsforedraget³⁴⁴ at nedstengningen av skoler ikke skulle innskrenke barns rett til utdanning, kan ikke NIM se at denne rettigheten er drøftet og avveid opp mot for eksempel retten til liv og retten til helse.

10.3. Plikten til å beskytte voldsutsatte barn

Staten har en menneskerettslig plikt til å forebygge, avverge, etterforske og straffeforfølge vold og overgrep mellom privatpersoner. Denne plikten er særlig sterk overfor barn, og forpliktelsene følger både av Grunnloven § 104 og Norges internasjonale forpliktelser som FNs barnekonvensjon, EMK og Istanbulkonvensjonen.

Statens forpliktelser til å beskytte barn mot vold, overgrep og omsorgssvikt følger av barnekonvensjonen artikkel 6, 19 og 34. Lignende plikter følger også av EMK artikkel 2, 3, 8 og 14 og av Istanbulkonvensjonen.

Etter EMDs praksis innebærer dette blant annet at dersom staten vet eller burde vite at det foreligger en reell risiko for vold og overgrep, så plikter myndighetene å iverksette alle

³⁴¹ Ekspertgruppe. Tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet våren 2020, Bufdir, 03.04.2020.

³⁴² Ekspertgruppe. Tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet våren 2020, Bufdir, 03.04.2020 kapittel 2.

³⁴³ Ekspertgruppe. Tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet våren 2020, Bufdir, 03.04.2020 kapittel 5. på s. 23.

³⁴⁴ Statsrådsforedrag PRE-2020-03-27-492 punkt 5.1.

rimelige tiltak for å forhindre risikoen. Tiltakene må gi praktisk og effektiv beskyttelse, og forpliktelsene gjelder alle deler av de offentlige tjenestene. Mangelfull agering og koordinering når ulike deler av det offentlige har kunnskap om at barn utsettes for vold, overgrep eller omsorgssvikt, kan føre til at staten domfelles for brudd på forpliktelsene etter EMK.³⁴⁵

Særlig viktig på dette feltet er Istanbulkonvensjonen.³⁴⁶ Forebyggingsaspektet er sterkt fremhevet i konvensjonen og den spesifiserer også at staten, ved alle preventive tiltak, må ta hensyn til og aktivt adressere de spesielle behov som en person måtte ha på grunn av en eventuell sårbarhet, jf. konvensjonens artikkel 12 nr. 3. Barn anses som en sårbar gruppe med et spesielt vern etter konvensjonen.³⁴⁷

Skolen og barnehagene er viktige arenaer for å fange opp barn som blir utsatt for omsorgssvikt, vold og/eller overgrep hjemme eller av andre. Dette viser seg særlig ved at skolehelsetjenesten er en av tjenestene som gir flest bekymringsmeldinger til barnevernet,³⁴⁸ og den er derfor en av myndighetenes viktigste tiltak for å bekjempe vold og overgrep mot barn. Det samme gjelder for barnehagen, som er den instansen som sender inn mesteparten av bekymringsmeldingene til barnevernet for barn i aldersgruppen 3-5 år.³⁴⁹ Under nedstengningen ble altså disse viktige forebyggings- og beskyttelsesmekanismene suspendert.

Den ovennevnte ekspertgruppen peker på en rekke konsekvenser av nedstengningen av skoler for voldsutsatte barn, herunder at en nedstengning fører til at barn og unge i mindre grad blir sett av trygge voksne og at skolen utgjør en viktig kilde til å henvise eller sende bekymringsmelding til tjenestene samt er en sentral kilde til informasjon og oppfølgingskanal mellom tjenestene. Det at skolen er stengt utgjør dermed en risiko for at voldsutsatte barn ikke identifiseres og følges opp.³⁵⁰ Ekspertgruppen peker også på at nedstengningen av barnehagen fører til at det er en fare for at omsorgssvikt ikke fanges opp.³⁵¹

³⁴⁵ Se særlig Rt. 2013 s. 588 med videre henvisninger.

³⁴⁶ Full tittel er « Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner CETS 210». Istanbulkonvensjonen er en europeisk menneskerettskonvensjon, utarbeidet av Europarådet, som trådte i kraft i Norge den 1. november 2017. Hovedformålet med konvensjonen er å forebygge og bekjempe alle former for vold mot kvinner og vold i nære relasjoner. Istanbulkonvensjonen er utviklet i lys av praksis fra EMD samt andre menneskerettslige instrumenter. Konvensjonen er ikke inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og har derfor ikke forrang foran andre lover. Konvensjonen skal dermed anvendes i tråd med det såkalte presumsjonsprinsippet, jf. se om presumsjonsprinsippet i punkt 2.1.

³⁴⁷ *Explanatory Report* til konvensjonen (Council of Europe Treaty Series – No. 210) avsnitt 87. Dokumentet *Explanatory Report* forklarer nærmere hva konvensjonens forpliktelser innebærer. Rapporten er utarbeidet av Europarådet og er å anse som et viktig bidrag i forståelsen av konvensjonen.

³⁴⁸ *Gjennomgang av 106 barnevernssaker, 2019*, Statens helsetilsyn, s. 25.

³⁴⁹ *Ekspertgruppe. Tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet våren 2020*, Bufdir, 03.04.2020 kapittel 2.

³⁵⁰ *Ekspertgruppe. Tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet våren 2020*, Bufdir, 03.04.2020 kapittel 4.

³⁵¹ *Ekspertgruppe. Tiltak på skole- og barnehageområdet under koronautbruddet våren 2020*, Bufdir, 03.04.2020 kapittel 2.

Det er altså klare indikasjoner på at nedstengingen av skolen fikk alvorlige konsekvenser for de voldsutsatte barna, og det er uklart om forebyggings- og beskyttelsestiltak som ble suspendert, ble kompensert på andre måter. Myndighetenes faktiske mulighet for å avdekke og sikre barn mot slike forhold var åpenbart betydelig svekket under nedstengningen av skolen og av barnehager. NIM er ikke kjent med noen menneskerettslig vurdering av statens plikt til å beskytte voldsutsatte barn i forbindelse med nedstengningen av skolen og barnehager.

10.4. Plikten til å foreta menneskerettslige vurderinger

I alle beslutninger fra myndighetenes side som omhandler barn, skal *barnets beste* være en «primary consideration» (et grunnleggende hensyn).³⁵² NIM kan ikke se om det er gjort menneskerettslige vurderinger av barnets beste når det gjelder effektene av nedstengningen av skolen og barnehager for retten til utdanning og retten til beskyttelse for voldsutsatte barn. Hvis slike avveininger er blitt gjort, er dette ikke offentlig tilgjengelig informasjon. Dette henger sammen med, som påpekt flere steder i denne rapporten, at forskrifter etter smittevernloven ikke sendes på høringer.

Ved en eventuell ny nedstengning av skolen og barnehager må det foretas en grundig menneskerettslig vurdering av om barn og unges rett til utdanning, og barns rett til å bli beskyttet fra vold, overgrep og omsorgssvikt, blir utfordret ved et slikt tiltak. Også hvilke tiltak som i så fall må settes i verk for å ivareta disse rettighetene på en tilstrekkelig måte må utredes. Slike vurderinger bør offentliggjøres gjennom høringsinstituttet.

11. Beboere i helse- og omsorgsinstitusjoner og tilrettelagte boliger

11.1. Innledning

Statlige myndigheters plikt til å sikre liv og helse veier tungt, men plikten til å sikre folks rett til privat- og familieliv og personlig frihet må også legges på vektskålen. Vi har sett eksempler, både i Norge og i andre land, på at covid-19-smitte på institusjoner – særlig sykehjem – kan få tragiske konsekvenser. Det er svært viktig at det ble tatt grep for å redusere risikoen for smitte i slike miljøer. På samme tid vil det gjerne være slik at restriksjoner og sosial isolering kan ramme beboerne, og deres pårørende, hardt.

Vi vil ta opp to temaer i helse- og omsorgsinstitusjonene der menneskerettigheter har kommet i spill under denne krisen: besøksnekt og bruk av tvang begrunnet med smittevern. NIM har mottatt mange henvendelser som viser at pårørende var fortvilet over koronatiltakene. Henvendelsene tydet også på en ikke ubetydelig variasjon i praksis rundt omkring i landets institusjoner, både når gjaldt besøksadgang og frivillige eller tvungne smitteverntiltak overfor beboerne.

11.2. Besøksrestriksjoner

Den 6. mars 2020 anbefalte Helsedirektoratet restriksjoner i besøksadgangen til sykehjem, heldøgns omsorgsbolig og øyeblikkelig hjelp-døgnplasser.³⁵³ Det ble gitt uttrykk for at den samme risikovurderingen ville kunne omfatte personer i bofellesskap for utviklingshemming, barneboliger og BPA-ordninger, «slik at de overnevnte rådene også vil være gjeldende for dem». Anbefalingen var begrenset til å gjelde nektelse av besøkende i følgende grupper:

- personer som har vært i områder med vedvarende spredning av covid-19 siste 14 dager
- personer som siste 14 dager har vært i nærkontakt med person som er bekreftet smittet med covid-19
- personer som siste 14 dager har hatt tegn til luftveisinfeksjon

Den 14. mars 2020 skrev Helsedirektoratet til fylkesmenn, kommuner, og de regionale helseforetakene vedrørende adgangskontroll og alminnelig besøksstans i helseinstitusjoner.³⁵⁴ I brevet la Helsedirektoratet til grunn at forsvarlighetskravet i helse-

³⁵³ Brev fra Helsedirektoratet til landets kommuner 6. mars 2020 (ref. 20/6871-3). Tilgjengelig her: <https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/anbefalinger-og-beslutninger/Restriksjoner%20av%20besøkende%20til%20sykehjem,%20heldøgns%20omsorgsbolig%20og%20HD%2006.03.2020.pdf/attachment/inline/8e163db8-8379-4bcb-a42e-ead453f76ab8:750aabebfe2db9d97a427c749c259b42117809d4/Restriksjoner%20av%20besøkende%20til%20sykehjem,%20heldøgns%20omsorgsbolig%20og%20HD%2006.03.2020.pdf>

³⁵⁴ Brev fra Helsedirektoratet 14. mars 2020 (ref. 20/8237-2). Tilgjengelig her: <https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/anbefalinger-og->

og omsorgstjenesten tilsa at det måtte innføres adgangskontroll og alminnelig besøksstans i helse- og omsorgsinstitusjoner. Når det gjelder private hjem i «omsorgsboliger mv. som er å anse som beboers private hjem» ble det lagt til grunn at adgangskontroll og besøksstans måtte skje basert på dialog med beboer, pårørende og eventuelt vergen. Brevet åpner for unntak i noen tilfeller, basert på en streng vurdering av betydningen av besøket opp mot risiko for smitte. Som eksempel på unntakstilfeller nevnes pårørende til kritisk syke pasienter eller ledsager til barn og fødende. Det er lagt til grunn i brevet at «[h]jemmel for gjennomføring av tiltakene er forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesten.» Det er rimelig å forstå dette som en henvisning til helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helsepersonelloven § 4.³⁵⁵

På bakgrunn av flere henvendelser, fremholdt NIM i brev til blant annet Helse- og omsorgsdepartementet og Helsedirektoratet 6. april 2020 at en rekke kommuner hadde innført pålegg om utgangs- og besøksforbud i ulike former for kommunale boliger og bofelleskap for å hindre spredning av smitte.³⁵⁶ Det oppleves som svært inngripende for dem det gjaldt. NIM anbefalte at Helsedirektoratet klargjorde overfor kommuner og fylkesmenn at de måtte foreta individuelle menneskerettslige vurderinger av lovmessighet, nødvendighet og forholdsmessighet når de innførte tiltak som begrenset menneskers personlige frihet og integritet.

Over to måneder senere, 27. mai, ble anbefalingene fra 14. mars myket opp, gjennom nye anbefalinger fra Helsedirektoratet i kapittel 9 i den nasjonale veilederen om korona-situasjonen.³⁵⁷ Det ble fremhevet at de skulle legges til rette for besøk så langt som mulig, og at når det gjaldt rom eller leilighet som tjenestemottakeren betaler husleie for, f.eks.

[beslutninger/Adgangskontroll%20og%20besøksstans%20i%20landets%20helseinstitusjoner%20-%20covid-19.pdf](https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/anbefalinger-og-beslutninger/Adgangskontroll%20og%20besøksstans%20i%20landets%20helseinstitusjoner%20-%20covid-19.pdf) /attachment/inline/f10a4be1-9bea-4e5a-bc81-b54d069e8bac:2caf9b9b04b63802efbfb5c152bbb430105392e/Adgangskontroll%20og%20besøksstans%20i%20landets%20helseinstitusjoner%20-%20covid-19.pdf

³⁵⁵ Slik det også er lagt til grunn i Helsedirektoratets vurdering «Helsedirektoratets svar på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet om besøksstans og sosiale isolering under covid 19-pandemien» av 6. mai 2020 punkt 4.4 tilgjengelig her: <https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/anbefalinger-og-beslutninger/Helsedirektoratets%20svar%20på%20oppdrag%20fra%20Helse-%20og%20omsorgsdepartementet%20om%20besøksstans%20og%20sosial%20isolering%20under%20covid%2019-pandemien.pdf> /attachment/inline/7df4c198-78ae-4435-83c4-3a937ff2a768:ddb90898297230436ea4dbb93bcc648206a9f0e5/Helsedirektoratets%20svar%20på%20oppdrag%20fra%20Helse-%20og%20omsorgsdepartementet%20om%20besøksstans%20og%20sosial%20isolering%20under%20covid%2019-pandemien.pdf

³⁵⁶ Brev fra NIM 6. mars 2020 til Helse- og omsorgsdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartement, Helsedirektoratet og Folkehelseinstituttet på s. 4 til 5.

³⁵⁷ <https://www.helsedirektoratet.no/veiledere/koronavirus/besok-i-helse-og-omsorgsinstitusjoner-og-tiltak-mot-sosial-isolering>

i omsorgsbolig/bofellesskap eller tilsvarende, kunnebegrensning av besøk og sosial kontakt i utgangspunktet bare besluttes av tjenestemottakeren selv.

Full nektelse av å ta imot besøk i helse- og omsorgsinstitusjoner kan etter vårt syn i en del tilfeller være å betrakte som et inngrep i retten til respekt for familie- og privatliv, som er vernet av Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Det gjelder selv om helsehjelpen og omsorgen hviler på samtykke. Det gjelder særlig ved lengere opphold på helseinstitusjon der privat- og familieliv ikke kan utøves på en annen måte. Inngrep i denne retten krever derfor et tilstrekkelig klart hjemmelsgrunnlag, det må fremme et legitimt formål og være forholdsmessig. Retten til privatliv kan også innebære positive forpliktelser fra statens side til å tilrettelegge for at en person skal kunne utøve et privatliv.

Ved inngrep i menneskerettighetene må loven være så presis som forholdene tillater.³⁵⁸ I Helsedirektoratets brev av 14. mars ble det som nevnt vist til forsvarlighetskravet i helse- og omsorgstjenesten. Bestemmelsen forstås normalt som en pliktbestemmelse for tilbydere av helse- og omsorgstjenester, og den gir ikke direkte et rettslig grunnlag for inngrep overfor den enkelte. Reduksjon av smitterisiko i institusjonen vil selvsagt være en svært viktig del av det å gi et forsvarlig helsetilbud til den enkelte pasient og bruker.

Det er imidlertid på det rene at når en person samtykker til opphold i en helse- og omsorgsinstitusjon, kan det etter den forvaltningsrettslige vilkårlæren stilles vilkår om å akseptere nødvendige besøksrestriksjoner.³⁵⁹ Det kan muligens oppfylle lovskravet. Ved svært omfattende besøksrestriksjoner, kombinert med at personen i stor grad er avhengig av den helse- omsorgen som institusjonen gir, er det imidlertid mer tvilsomt om vilkårlæren gir et tilstrekkelig presist hjemmelsgrunnlag. Vi har en viss forståelse for at det ville være krevende å utarbeide et klart rettslig regelverk for besøksrestriksjoner tilpasset den aktuelle på et tidlig stadium av krisen, men dette var tiltak som rammet sårbare grupper hardt, og det tilsier en prioritering fra myndighetenes side. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved graden av klarhet i hjemmelen for disse inngrepene.

Kravet om en klar hjemmel for inngrepet ville, slik vi ser det, vært ivaretatt i større grad dersom besøksnekt av den typen som gradvis ble innført gjennom brev fra Helsedirektoratet, hadde blitt fastsatt i forskrifts form, for eksempel med hjemmel i smittevernloven § 7-12 eller koronalovent. Dette ville bidratt til en større grad av klarhet om det rettslige grunnlaget for inngrepet og skapt en klarere prosess med tanke på høring og involvering av Stortinget. En slik prosess ville nødvendigvis avstedkommet menneskerettslig begrunnede vurderinger og prioriteringer, og muligens også diskusjoner om prioriteringer av avbøtende tiltak. Det ville dessuten kunne bidratt til en større grad av forutberegnelighet for beboere og besøkende.

³⁵⁸ Se gjennomgangen av lovskravet i punkt 2.3.3.

³⁵⁹ Se om lovskravet ved vilkår i tilknytning til aksept av en plass i en helse- og omsorgsinstitusjoner i Rt-2010-612 (3-2) avsnitt 28 til 31 (flertallet) og avsnitt 41-42 (mindretallet).

Når det gjelder vurderingen av om inngrepene er forholdsmessige, har ikke NIM kompetanse til å foreta en smittevern­faglig vurdering av effekten av besøksnekt. Derimot vil det være av betydning fra et menneskerettsperspektiv om mindre inngripende tiltak er vurdert. Det var et skritt i riktig retning at det i de senere anbefalingene ble synliggjort at institusjoner så langt som mulig skulle legge til rette for besøk, og at det skulle gjøres konkrete vurderinger av smitterisikoen, altså at man gikk bort ifra en generell besøksnekt.

Det vil også kunne ha stor betydning for den enkelte, og innvirke på forholdsmessighetsvurderingen av tiltaket, om det er iverksatt kompenserende tiltak for å forhindre de negative konsekvensene av besøksnektelsen. Vi vil understreke at dette etter omstendighetene kan være en *forpliktelse* som staten har av hensyn til retten til respekt for privatliv og familieliv. Oppfyllelsen av denne plikten styrkes av at det er vist til tiltak som kan bidra til økt aktivisering og avlastning i direktoratets vurdering til HOD av 6. mai.³⁶⁰ Det samme gjelder at det i denne forbindelse, i slutten av april, ble opprettet en tilskuddsordning for aktivitetstilbud til langtidsboende ved sykehjem og beboere i omsorgsbolig med heldøgns bemanning, som også bidro til gjennomføring av retten til privat- og familieliv.³⁶¹

En rekke kommuner innførte, etter det vi har forstått, pålegg om utgangs- og besøksforbud i ulike former for kommunale boliger og bofellesskap for å hindre spredning av smitte. Helsedirektoratet på sin side anbefalte at adgangskontroll og besøksrestriksjoner måtte baseres på frivillighet og i dialog med dem det gjelder.³⁶² Det er uklart for oss på hvilke rettslige grunnlag kommunenes pålegg ble gitt.

Restriksjonene opplevdes som belastende for dem det gjaldt, og ble kritisert av brukerorganisasjoner, bl.a. av Norsk forbund for utviklingshemmede (NFU). NIM fikk en rekke henvendelser om dette, hvor det blant annet ble gitt uttrykk for forvirring over grunnlaget for påbud og forbud.³⁶³

11.3. Forholdet til retten til privatliv (autonomi) ved tvungne tiltak i smittevernøyemed

Smittesituasjonen kunne skape et behov for å gjennomføre tiltak i smittevernøyemed uten samtykke fra den som rammes av tiltaket. Det reiser spørsmål knyttet til personens

³⁶⁰ Helsedirektoratets vurdering «Helsedirektoratets svar på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet om besøksstans og sosiale isolering under covid 19-pandemien» av 6. mai 2020.

³⁶¹<https://www.helsedirektoratet.no/tilskudd/aktivitetstilbud-til-langtidsboende-ved-sykehjem-og-beboere-i-omsorgsbolig-med-heldogns-bemanning/0761.68%20870369%20Aktivitetstilbud%20til%20langtidsboende%20ved%20sykehjem%20og%20beboere%20i%20omsorgsbolig%20med%20heldogns%20bemanning.pdf> /attachment/inline/31ace1d3-642c-4511-9afb-07acc61a1376:cc30e2bb6d214854ca2d73f9e45e734c8b7c7235/0761.68%20870369%20Aktivitetstilbud%20til%20langtidsboende%20ved%20sykehjem%20og%20beboere%20i%20omsorgsbolig%20med%20heldogns%20bemanning.pdf

³⁶² Brev fra Helsedirektoratet 14. mars 2020 (ref. 20/8237-2).

autonomi. Bruk av tvang for å gjennomføre smitteverntiltak er et inngrep overfor den enkelte som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 omfatter en rett til selvbestemmelse, herunder til å nekte å ta imot behandling.³⁶⁴ Tiltak som innebærer en form for behandling uten personens samtykke i forbindelse med håndteringen av pandemien vil derfor utgjøre et inngrep i personens rettigheter etter disse bestemmelsene. Inngrep i denne retten krever derfor et tilstrekkelig klart hjemmelsgrunnlag, det må fremme et legitimt formål og være nødvendig.

Helsedirektoratet sendte den 27. mars ut en «Veileder til kommuner og fylkesmenn om ulike tiltak og rettsgrunnlag i helse- og omsorgssektoren». I det følgende sikter vi til veilederen slik den forelå på det tidspunktet. Helsedirektoratet justerte senere veilederen og presiserte da hvilken adgang *nødrett* ga som grunnlag for bruk av tvang i smittevernøyemed.³⁶⁵

Den opprinnelige veilederen viste til ulike typer personkategorier og ulike tiltak overfor disse (inklusive med tvang), samt rettsgrunnlag for tiltakene. Veilederen viste til at der det ikke var annen hjemmel for tvang kunne *nødrett* utgjøre et mulig grunnlag. *Nødrett* kunne for eksempel gjelde i en situasjon der personen utøvde en «atferd med en særlig risiko for smittespredning.» Det var nevnt i veilederen at *nødrett* kunne være et aktuelt grunnlag ved tiltak overfor samtykkekompetente personer. Det omfattet hygienetiltak, sosial distanse, karanteneplikt og isolasjon ved bekreftet smitte. For personer som ikke var samtykkekompetente og ytet motstand kunne også *nødrett* anvendes ved de nevnte tiltakene. Det var fastsatt i veilederen at ved bruk av *nødrett* skulle saken drøftes med kommunelege eller kommuneoverlege og vurderinger, beslutninger og gjennomføring av tiltak skulle dokumenteres.

Nødretten må antas å gi en svært begrenset adgang til å bruke tvang i smittevernøyemed innenfor helse- og omsorgsinstitusjoner. Vi viser til vår generelle gjennomgang av *nødretten* i punkt 2.3.3. For rekkevidden av *nødrettsadgangen* har det etter vårt syn vesentlig betydning i hvilken utstrekning lovgiver har tatt høyde for *nødsituasjonen* ved utformingen av regelverket. Vi stiller spørsmål ved om det er i tråd med *nødrettsinstituttet* at man *planla* for bruk av dette nærmest på rutinemessig grunnlag, særlig i en situasjon hvor regjeringen hadde fullmakt til å regulere dette gjennom forskrift etter smittevernloven § 7-12.³⁶⁶ Ved behov for tvangsmessige tiltak hvor det ikke finnes en lovhjemmel, burde hvis mulig, de nødvendige og relevante menneskerettslige

³⁶⁴ Jf. Rt. 2012 s. 612 avsnitt 27.

³⁶⁵ Veileder fra Helsedirektoratet «Frivillige og tvungne smitteverntiltak» først publisert 27. mars 2020 (sist oppdatert 16. juni 2020) punkt 5.

³⁶⁶ Se om smittevernloven § 7-12 i punkt 3.5. Se også om koronaloven i punkt 3.4.

avveieringer foretas nettopp i forbindelse med utarbeidelsen av en eventuell forskrift slik at de var vurdert *før* en slik hjemmel eventuelt ble vedtatt.

Det er etter NIMs oppfatning betenkelig at veilederen opprinnelig viste til nødrett som mulig rettslig grunnlag uten å angi vilkårene for det mer presist. Det er grunn til å anta at det skapte en risiko for uhjemlet tvangsbruk. Helsedirektoratets presiseringer to måneder senere bidro til å skape større klarhet rundt hjemmelsbruk ved anvendelse av tvang. Det ville bidratt til å øke rettsikkerheten hvis presiseringene kom tidligere.