

Sensorveiledning semesteroppgaven JUS2211, Høsten 2020

Om oppgaven og forventninger til en bestått semesteroppgave

Oppgaveteksten ble publisert 7. september og innleveringen er 16. november.

I oppgaveteksten redegjøres det for hvordan Norge og verdenssamfunnet ble rammet av pandemien Covid-19 i 2020, som et grunnlag for oppgaven som er delt i tre. For det første skal studenten gi en kort presentasjon (ikke lengre enn 1 000 ord) av et utvalg nasjonale og kommunale reguleringer som av hensyn til Covid-19 har medført begrensninger i borgernes bevegelsesfrihet. For det andre skal studenten drøfte i hvilken utstrekning det etter norsk rett er adgang til å fastsette reguleringer som de ovennevnte. Drøftelsen skal ta utgangspunkt i smittevernlovens bestemmelser, lest i lys av lovens forarbeider og andre rettskilder, som EØS-avtalen, Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon.

Til slutt skal studenten diskutere *de lege ferenda* i hvilken grad, og under hvilke forutsetninger, norske myndigheter bør kunne regulere borgernes bevegelser under en pandemi.

Oppgaven kan oppfattes å ha høy vanskelighetsgrad da studentene finner lite om temaet i pensumlitteraturen og for øvrig i juridisk litteratur. Studenten har gode forutsetninger for å finne aktuelle hjemler i smittevernloven og for å drøfte disse i lys av Grunnloven, internasjonale menneskerettigheter og EØS-retten, og for å drøfte spørsmål om legalitetsprinsippet og forholdsmessighetsvurderinger.

Dette innebærer at studenten kan besvare oppgaven selv om det er lite litteratur om smittevernloven og om sammenhengen mellom smittevernloven og andre rettskilder. Studenten må anvende smittevernloven og andre rettskilder. Studentene finner nasjonale og kommunale reguleringer på Lovdata. Det må tas hensyn til vanskelighetsgraden ved sensur, og at det finnes lite juridisk litteratur om smittevernloven. Kommentirutgaven fra Krogsrud, 1995, er aktuell. Videre omtales smittevernloven i Befring/Hirst, *Helserett i et nøtteskall*, 2019 og i *Helseretten*, 2020. Hans Petter Graver kom nylig med en bok om *Pandemi og unntakstilstand*, 2020. I utgangspunktet kan det ikke forventes at studentene kjenner til denne litteraturen.

De studentene som finner de to rundskrivene fra Helse- og omsorgsdepartementet, får mye veiledning om hjemlene for å begrense bevegelsesfriheten. Det første kom i slutten av mars 2020 (I-2004-1): *Veileder til kommunene om lokale karantenereregler eller*

innreiserestriksjoner i forbindelse med utbruddet av Covid-19, Tiltak etter smittevernloven § 4-1 bokstav d. Dette rundskrivet tar for seg spørsmålet om de kommunale vedtakene om karantene var lovlig. Rundskrivet har det samme innholdet som en betenkning som ble levert til Bodø kommune fra Anne Kjersti Befring, som enkelte har fått tilgang til, og kom noen dager etter at denne betenkningen var avlevert. Det andre rundskrivet kom 5. november 2020 (I-2005-2) *Informasjon om regelverk og anbefalinger – covid-19-utbruddet.*

Oppgaven skal vurderes som bestått eller ikke bestått. For å oppnå resultatet bestått må man, som opplyst på emnesiden, oppfylle kravene til læringsutbytte slik det fremgår av emnebeskrivelsen, og ha tilfredsstillende kunnskaper, ferdigheter og generell kompetanse.

For å kunne bestå må det forventes at studenten finner bestemmelser i smittevernloven som nasjonale myndigheter og kommunene kan benytte for å begrense personers bevegelsesfrihet og drøfter disse i lys av forarbeidene og andre rettskilder, som Grunnloven, internasjonale menneskerettigheter og EØS/EU-retten. Det kan ikke kreves mye av drøftelsene for å kunne bestå..

Denne sensorveiledningen er omfattende. Dette innebærer ikke at studentene skal behandle alle temaene. Omfanget skyldes at studentene kan velge å løse oppgaven på ulike måter (jf. også valgmulighetene i oppgaveteksten), og at den skal gi nødvendig veiledning om de ulike alternativene.

Beskrive reguleringer nasjonalt og kommunalt

I den første delen skal studentene skal presentere kort (maks 1000 ord) et utvalg av nasjonale og kommunale reguleringer som medførte begrensninger i borgernes bevegelsesfrihet.

Det kan forventes at studentene beskriver vedtaket, hjemmelen for vedtaket og begrunner hvorfor det innebærer en begrensning i personers bevegelsesfrihet.

Studenten skal omtale både nasjonale og kommunale reguleringer innenfor en ordbegrensning på 1000 ord. I oppgaven benyttes begrepet «reguleringene». Dette omfatter både det som i smittevernloven omtales som «vedtak» og forskrifter. Det er positivt dersom studentene får med seg at det som i smittevernloven omtales som vedtak, er forskrifter i henhold til forvaltningsloven § 2. Disse forskriftene skal kunngjøres på Lovdata.

Studenten står fritt i hvilke reguleringer de velger, forutsatt at de representerer begrensninger av borgernes bevegelsesfrihet. Det kan omfatte karantenerreguleringer (nasjonalt og kommunalt), hytteforbud (nasjonalt), lukking av skoler mv. (nasjonalt og kommunalt).

De fleste vil trolig trekke frem reguleringer som gjelder pålegg om karantene i eget hjem. De første vedtakene om karantene ble truffet av Helsedirektoratet 12. mars med hjemmel i smittevernloven § 4-1 (omfattet også vedtak om å stenge skoler, svømmehaller osv.) Siden ble karantenereregler gitt med hjemmel i Covid-19 forskriften fastsatt ved kgl. Res. 27. mars 2020 med hjemmel i smittevernloven §§ 1-2 tredje ledd, 4-1 andre og sjette ledd (og med henvisning til § 4-1 første ledd bokstavene b og d, §§ 4-3 og 4-3 a, § 7-10 andre ledd og § 7-11 første ledd, og helseberedskapsloven § 4-1 jf. § 1-5.

De kommunene som traff vedtak om karantene for personer som kom fra Oslo og andre kommuner med omfattende smitte, benyttet samme hjemmel som Helsedirektoratet, det vil si smittevernloven § 4-1 (b og d), blant annet «Søring-karantenen».

Det kan forsvares at studenter også omtaler Helsedirektoratet vedtak om å stenge skoler, barnehager, kulturelle institusjoner osv., som en begrensning i bevegelsesfriheten da formålet var å redusere samlinger av mennesker og mobilitet. Portforbud som ble benyttet i mange land, ble ikke benyttet i Norge. Studenten kan også omtale hytteforbud som en begrensning i bevegelsesfriheten.

Adgangen til å gi kommunale reguleringer som begrenser bevegelsesfriheten

Grunnvilkår og hjemmelskravet

I den andre delen skal studenten finne aktuelle lovhjemler i smittevernloven som gir nasjonale myndigheter og kommunene adgang til å begrense bevegelsesfriheten, og drøfte hvordan disse kan anvendes og vurderes i lys av Grunnloven mv. Drøftelsen gjelder reguleringer «som de ovennevnte», og kan således gå utover de eksemplene som velges her i sensorveiledningen.

I smittevernloven §§ 4-1, 4-3, 4-3 a og 7-12 er det forskriftsfullmakter som kan innebære begrensninger i bevegelsesfriheten. Covid-forskriften er gitt med hjemmel i smvl. § 4-1, og de øvrige fullmaktsbestemmelser i loven og regulerer detaljert karantenebestemmelser.

Det er positivt om studenten viser til formålet med smittevernloven: «å verne befolkningen mot smittsomme sykdommer ved å forebygge dem og motvirke at de overføres i befolkningen, samt motvirke at slike sykdommer føres inn i Norge eller føres ut av Norge til andre land.», jf. smittevernloven § 1-1. Loven skal «sikre at helsemyndighetene og andre myndigheter setter i verk nødvendige smitteverntiltak og samordner sin virksomhet i smittevernarbeidet». Dette innebærer at det skal være mulig å både forebygge smittespredning og å kunne gi helsehjelp. I en pandemi vil dette omfatte at det må opparbeides kapasitet til å

gi nødvendig helsehjelp. For å oppfylle dette formålet kreves det bredere kompetanse enn det som gjelder målrettede smitteverntiltak for å begrense smittespredning.

Studenten bør få frem at en forutsetning for myndigheten til å begrense bevegelsesfriheten er at det må være «nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført». Helsedirektoratet har den samme myndighet ved «alvorlig utbrudd» av en «allmennfarlig smittsom sykdom» og når det er «avgjørende å få satt tiltak i verk raskt».

«Allmennfarlig smittsom sykdom»

Studenten bør få frem at et grunnvilkår for å kunne benytte smittevernloven til å treffe vedtak er at Covid-19 regnes som en «allmennfarlig smittsom sykdom», jf. legaldefinisjonen i smittevernloven §§ 1-3 og 1-4. Dette vilkåret må være oppfylt uavhengig av om det er kommunen, Helsedirektoratet eller regjeringen som treffer vedtaket.

Med «allmennfarlig smittsom sykdom» i smittevernloven § 1-3 nr. 3 menes en:

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

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

Studenten bør raskt konkludere med at Covid-19 faller inn under alternativ b og c. Det er et pluss dersom studenten ser at smittevernloven § 1-4 hjemler en forskrift der allmennfarlige smittsomme sykdommer regnes opp, og der Covid-19 ble ført inn 31. januar 2020.¹

«alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom»

Dersom studenten omtaler Helsedirektoratets myndighet til å treffe vedtak, bør det vises til at denne myndigheten forutsetter at det foreligger et *alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom*, det vil si «et utbrudd eller fare for utbrudd som krever særlig omfattende tiltak, jf.

¹ Forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer, lov av 1.januar 1995 nr. 100.

smittevernloven §§ 1-3 første ledd nr. 4 og § 4-1 andre ledd. Helsedirektoratet kan i tvilstilfelle avgjøre når det foreligger et alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom.»²

Det er positivt dersom studenten ser sammenhengen mellom dette vilkåret og at WHO varsler om en pandemi, og vilkåret om et alvorlig utbrudd. WHO kategoriserte Covid-19 som en «type-A-disease».

Ved alvorlige utbrudd kan det treffes vedtak om flere og mer omfattende inngrep. Utover at helsedirektoratet har fått myndighet etter smittevernloven § 4-1 andre ledd, kan det bli aktuelt med tvangsvaksinering, jf. smittevernloven § 3-8 og å pålegge massemedier å ta inn meldinger til befolkningen, jf. smvl. § 4-8. Et slikt pålegg ble iverksatt overfor NRK.

En vanlig influensa vil normalt ikke føre til at fullmaktene som innebærer begrensninger av bevegelsesfriheten, kan benyttes. Studentene bør få frem at Covid-19 er en global pandemi og med antatt høy dødelighet dersom det ikke iverksettes tiltak. Dødeligheten skyldes at sykdommen unntaksvis kan føre til alvorlige respirasjonsproblemer, og at behovet for sykehusplasser vil være stort.

Studenten bør presisere – innledningsvis eller senere - at en «adgang» til å fastsette slike reguleringer forutsetter hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113. Det er positivt om studentene reflekterer over hjemmelskravet og at kravene til klarhet må ses i lys av inngrepets karakter, hva som skal avverges, og rettsvirkninger av å bryte loven.

Smittevernloven kan beskrives som en beredskapslov, en lov som gir rettigheter til smittevernhjelp og beskyttelse, samt en tvangslov. Den er ikke – og skal ikke – behandles som en straffelov, selv om den inneholder en straffehjemmel i smvl. § 8-1. Straffebestemmelsen har i liten grad vært benyttet, og har klare begrensninger. Kravet til klar hjemmel øker ved spørsmål om tvang og straff. Overtredelser av smvl. § 5-1 kan ikke straffes. Det samme vil gjelde vedtak eller forskriftsreguleringer som bærer preg av å være anbefalinger eller rene administrative vedtak, jf. for eksempel smvl. § 4-1 siste del om administrativ oppfølging. Legalitetsprinsippet kan i tillegg være en rettslig barriere for å benytte straff eller tvang etter loven. Det er flere lovbestemmelser som kan gi grunnlag for nasjonale reguleringer som begrenser bevegelsesfriheten.

² Tilsvarende kategoriseringer finnes i andre lands lovgivning, i Nederlandsk lovgivning: Wet publieke gezondheid (Wpg).

Kommunale reguleringer og vedtak fra Helsedirektoratet

Studenter bør få frem at kommunen har et primæransvar for smittesituasjonen i kommunen, men samtidig få hjemler til å treffe vedtak som begrenser bevegelsesfriheten, jf. smvl. §§ 7-1 og 4-1. Helsedirektoratet har en hjemmel til å treffe vedtak etter samme sistnevnte bestemmelse.

Det er smittevernloven § 4-1 som gir kommunene og Helsedirektoratets myndighet til å treffe vedtak. Studenten bør få frem at kommunenes myndighet er lagt til kommunestyret og kommunelegen (midlertidig). I smittevernlovens forarbeider vises det til at «selv om avgjørelsesmyndigheten derved legges direkte til kommunestyret, anser departementet at det vil være naturlig å delegerer kommunestyrets vedtaksmyndighet etter denne og andre paragrafer i smittevernloven til et av de faste utvalgene.»³ Det innebærer at denne myndigheten ikke er et hinder for at kommunen delegerer myndigheten.

I smvl. § 4-1 har i tillegg departementet fått fullmakt til å gi nærmere reguleringer i forskrift (for øvrig er forskriftsfullmakter lagt til «kongen», det vil si regjeringen).

Kommunene (og Helsedirektoratet ved alvorlige utbrudd) har en vid hjemmel til kommunene (som er primæransvarlig for smittearbeid) til å vedta møteforbud, stenging av virksomhet, begrensning i kommunikasjon, isolering og smittesanering.⁴ I smvl. § 4-1 a, c og d er det hjemler som kan begrense bevegelsesfriheten som følge av krav om sosial distansering.

Studenten kan drøfte flere alternativer i denne bestemmelsen, for eksempel om vedtak som forbyr møter og sammenkomster og andre begrensninger i sosial kontakt, jf. alternativ § 4-1 (1) a, også kan være en begrensning i bevegelsesfriheten. Denne bestemmelsen er dels en videreføring av sunnhetsloven § 15 fjerde ledd, selv om den «skal gi hjemmel for å nedlegge forbud mot både større og mindre møter, uansett om de er i offentlig eller privat regi», og er «ment å gi adgang til å nedlegge forbud mot private sammenkomster». Det er i forarbeidene formulert at en «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» (se NOU 1990: 2 (s. 243)). Det kan derimot benyttes til å ilegge «restriksjoner på den sosiale omgangen og funksjonen i et større bofellesskap eller bokollektiv».

³ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) s. 61.

⁴ Smittevernloven, lov 5. august 1994 nr. 55 trådte i kraft 1. januar 1995.

Videre gir smvl. § 4-1 myndighet til å stenge av skoler, svømmehaller og stanse offentlig kommunikasjon, ev stille andre vilkår som kan begrense smittespredning, jf. smvl. § 4-1 (1) b og c. Munnbind kan for eksempel være et slikt vilkår sett i lys av ordlyden og uttalelser i forarbeidene.

Hjemmekarantene etter smvl. § 4-1 (1) d

Det er særlig relevant å trekke frem vedtak om kommunale og nasjonale hjemmekarantener. Studenter som viser til disse vedtakene, bør få frem hvem som kan treffe vedtaket, og diskutere om den gir en tilstrekkelig hjemmel for karantene, og i så fall overfor hvem slike vedtak kan gjelde.

Enkelte studenter viser til de første vedtakene om «nedlukking» som ble truffet av Helsedirektoratet 12. mars 2020 i henhold til smvl. § 4-1 (1), blant annet alternativ d for å ilegge personer karantene i eget hjem når de kom fra andre land med mye smitte. Flere kommuner traff vedtak om karantene for personer som kom fra andre kommuner (omtalt som «søring-karantenen»). Disse vedtakene begrenset bevegelsesfriheten for å begrense smittespredning. I rundskrivet fra HOD datert 5. november 2020 (HOD I-5/2020) og fra mars (HOD I-4/2020) gis det veiledning om kommunale vedtak. Det første rundskrivet kom etter at det var sådd tvil om kommunenes myndighet etter loven.

Lovens ordlyd nevner at personer kan «isoleres» i «geografiske avgrensede områder», samt «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet ...». Det første alternativet viser til nærmere angitte soner som personer skal oppholde seg i, mens det andre alternativet er åpent og generelt gjennom formuleringen «andre begrensninger i deres bevegelsesfrihet».

Formålet med bestemmelsen er å hindre kontakt mellom smittede og ikke-smittede, se Børge Krogsrud, Smittevernloven kommentarutgave 1995 s. 106. Kommunen har fullmakter til å hindre slik kontakt gjennom ulike typer av vedtak, blant annet gjennom å isolere et område, det vil si å forby dem som befinner seg innenfor dette området, å forlate det, og forby andre å reise inn i området, jf. Ot.prp. nr. 91 (1992–1993) s. 144.

Det kan ikke forventes at studenten går dypt inn i forarbeidene, men at de bruker lovens ordlyd og forarbeider til å konkludere med at kommunene og Helsedirektoratet kan begrense bevegelsesfriheten på nærmere angitte vilkår. Her gis det likevel en redegjørelse for forarbeidene.

I smittevernlovens forarbeider vises det til at denne bestemmelsen bygger på sunnhetsloven § 15 (lov 16. mai 1860)⁵, og at *sosial isolasjon* og begrensninger i bevegelsesfriheten kan være nødvendig ved en epidemi som ikke kan stanses på andre måter, NOU 1990: 2 og Ot.prp. nr. 91 (1992–1993).

Slik bestemmelsen er utformet, kan det reises spørsmål om det må fremgå en nærmere angivelse av det geografiske området det ikke er adgang til å bevege seg utenfor eller bevege seg inn i, for eksempel «sikkerhetssoner». Det er utdypet i forarbeidene at kommunene kan treffe vedtak som innebærer at personer oppholder seg på et bestemt sted, og vedtak om «begrensninger på sosial omgang» – slike «smittevernvedtak» kan omfatte:

«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».⁶

Det fremgår av proposisjonen at som et «alternativ til total isolering kan det etter bestemmelsen f.eks. legges begrensninger på antall personer eller nærmere regulering av hvem som kan komme inn eller ut av det smitteutsatte området».⁷ Dette innebærer en angivelse av at mindre inngripende vedtak kan treffes med utgangspunkt i at det er fullmakt til et mer inngripende vedtak. Det er presisert i forarbeidene at vedtaket kan innebære at personer skal oppholde seg i hjemmet, osv.:

«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

⁵ Smittevernloven erstattet også sunnhetsloven. I tillegg erstattet den tuberkuloseloven (lov 8. mai 1900), rottebekjempelsesloven (lov 5. juli 1946 nr. 1), skjermbildeoven (lov 12. desember 1947 nr. 15), tuberkulosevaksinasjonsloven (lov 12. desember 1947 nr. 16), kjønnssykdomsloven (lov 12. desember 1947 nr. 4), lov om smitteoverføring fra utlandet (lov 19. desember 1952 nr. 1), og vaksinasjonsloven (lov 26. november 1954 nr. 2)

⁶ NOU 1990:2 pkt. 8.8.1

⁷ Ot. prop. 91 (1992-1993) s. 144.

adgang til å oppholde seg i hjemmet eventuelt på arbeidsplassen eller i transport mellom arbeidsplass og bolig (NOU 1990:2 (s. 107–108)).»

Uttalelser i forarbeidene kan tyde på at lovgiver ikke har hatt som intensjon å skille mellom det som i dag omtales som «karantenebestemmelser», og det som i lovens ordlyd beskrives som opphold innenfor et geografisk begrenset område. Det må ikke forveksles med internering eller generelle portforbud. Det er neppe tvil om at det er fullmakt til å kreve karantene i eget hjem i en svært begrenset tidsperiode dersom en person er antatt smittet eller kommer fra et område med mye smitte. Bestemmelsen gir ikke hjemmel for isolering i institusjon eller tvangsmessige inngrep, ei heller for et generelt portforbud i et større område da dette er for lite målrettet i henhold til lovens kriterier.

Et annet spørsmål er varigheten på karantenen etter denne bestemmelsen. Loven gir hjemmel for å begrense bevegelsesfriheten i syv dager. De første vedtakene om karantene gjaldt 14 dager. Det er forutsatt at vedtaket ikke kan gjelde utover syv dager ad gangen, men det utelukker ikke at det kan treffes nye vedtak etter hverandre. I Covid-forskriften ble det regulert ordninger for karantene som går lenger enn smvl. § 4-1 (1) d.

Hvem vedtakene rettes mot

Et spørsmål som studenter som benytter denne bestemmelsen bør ta opp, er hvem vedtaket kan gjøres gjeldende overfor. Tiltak som hjemles i denne bestemmelsen, vil være generelle befolkningsrettede tiltak. Dette vil være plikter for en ubestemt krets av personer som oppfyller kriteriene. Det kan for eksempel treffes vedtak om at personer som kommer fra bestemte geografiske destinasjoner med mye smitte, oppholder seg på et nærmere angitt sted i påvente av svar på om de er smittet. De mer målrettede tiltakene som innebærer sosial distansering (for eksempel hjemmekarantene), kan etter ordlyden og forarbeidene forutsette at det er holdepunkter for smitte (antatt smitte) dersom personer har vært i kontakt med smittede eller i et område med mye smitte og sykdommen er svært smittsom. Dersom en person ved prøvetaking får klarhet i at vedkommende ikke er smittet, vil ikke et vedtak om isolering oppfylle dette vilkåret. Det må skilles mellom personer som er smittet eller antatt smittet, og personer som skal beskyttes mot smitte etter denne bestemmelsen (og som omfattes av smvl. § 4-3 a).

Det kan ikke brukes tvang for å gjennomføre plikter etter bestemmelsen. Dersom det er nødvendig å bruke tvang, vil smittevernloven kapittel 5 forutsette at det fattes individuelt vedtak.

Vid lovhjemmel

Det kan ikke forventes at studenten ser begrunnelsen for formuleringene i loven og samtidig påpeker at uklarheter i hjemmelsgrunnlaget kan ha betydning for mulighetene for å benytte straff i henhold til smittevernloven § 8-1. Dersom noen kommer inn på dette temaet, bør det vises til at utformingen av smittevernloven § 4-1 er begrunnet i forarbeidene, blant annet med at det er vanskelig for lovgiver å forutse hva som vil være kommunenes behov under en pandemi, jf. også uttalelser i sunnhetslovens forarbeider fra 1859.⁸ Dette innebærer at lovgiver helt bevisst har valgt å gi vide fullmakter i en situasjon med epidemi og spredning av allmennfarlig smitte.

I forarbeidene vises det til at denne bestemmelsen både skal være en pekepinn på hvordan loven i de ulike situasjonene er et «smidig og framtidsrettet lovgrunnlag for både den enkelte og samfunnets innsats mot smittsomme sykdommer», og en rettesnor for å tolke lovens fullmaktsbestemmelser.⁹ Fullmaktsbestemmelsene kan benyttes ved uforutsette endringer i de epidemiologiske forhold som kan true folkehelsen, og ved nye metoder som kan beskytte befolkningen og representere et mindre inngrep enn de som er regnet opp. Stortinget har ikke ment at denne bestemmelsen skal gi en uttømmende oppregning av tiltak.

Dette kan samtidig ha betydning for om straff etter smvl. § 8-1 kan benyttes til å håndheve administrative vedtak.

Karantene og isolering etter smittevernloven §§ 4-3 og 4-3 a

Studentene kan benytte smvl. § 4-3 for å belyse *nasjonale* karantenevedtak. Denne bestemmelsen gjelder ikke for kommunene, men gir en fullmakt til «kongen» om å gi forskrifter for å hindre at smittsomme sykdommer føres inn i landet eller spres til andre land (karantenetiltak), mv. Covid-forskriften er som tidligere nevnt gitt med hjemmel i flere bestemmelser, blant annet denne. Bestemmelsen skulle i utgangspunktet erstatte karanteneloven av 1952, og bygger på de internasjonale avtalene (i dag IHR). Det er i forarbeidene forutsatt at den «usikre epidemiologiske utviklingen globalt» om hvilke sykdommer som truer folkehelsen, innebærer at fullmaktene til å bestemme relevante tiltak for å motvirke at allmennfarlige smittsomme sykdommer føres inn i eller ut av landet, må være vide.

⁸ Ot.prp.nr.34 (1859-60) s 3, 9 og 11.

⁹ Ot. prp. nr. 91 (1992-1993) s. 117.

Studenten kan også benytte smvl. § 4-3 a, som trådte i kraft i juli 2020 og varer til 1. juli 2021.¹⁰ Den gir blant annet lovhjemmel til å videreføre forskriftsbestemmelser om isolering og smittekarantene i Covid-19-forskriften §§ 8 og 11 (forskrift av 27. mars 2020 nr. 470). Denne forskriften er endret svært mange ganger siden den første gang ble vedtatt, og inneholder i dag detaljerte reguleringer av nasjonale karantenevedtak.

I smvl. § 4-3 a fremgår det at «kongen» har myndighet til å vedta reguleringer for å «forebygge eller motvirke overføring av covid-19» gjennom at det treffes vedtak om isolering og «andre begrensninger i bevegelsesfriheten for personer som har, eller etter en faglig vurdering antas å ha, covid-19». På samme måte kan friheten begrenses for personer som har «økt risiko for covid-19 etter nærkontakt med smittet eller antatt smittet person». Det er ikke nødvendig å ha utviklet symptomer for å omfattes av bestemmelsen.

Hvilke plikter personer som blir underlagt isolering eller smittekarantene, får, må konkretiseres i forskriften. For eksempel kan det være at personen skal oppholde seg i eget hjem eller på annet egnet oppholdssted. Andre begrensninger i bevegelsesfrihet vil normalt være mindre inngripende enn isolering. Innholdet i pliktene til den enkelte vil være basert på en medisinskfaglig vurdering og vil justeres etterhvert som man får ny kunnskap om sykdommen, utbredelsen og risiko.

Lovhjemmelen gir adgang til å fastsette forskrifter om isolering og andre begrensninger i bevegelsesfriheten som befolkningsrettede tiltak for covid-19. Det er videre et krav at tiltaket må oppfylle de grunnleggende kravene til smitteverntiltak i § 1-5, altså være basert på en klar medisinsk-faglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering. Tiltak etter § 4-3 a kan vedtas for hele landet, for visse deler av landet eller visse typer av områder ut fra en vurdering av for eksempel smittespredning.

I forskriftene kan det også stilles nærmere krav om undersøkelser til erstatning for, eller i forbindelse med, isolering eller begrensninger i bevegelsesfriheten. Det kan for eksempel være aktuelt å innføre testing som forutsetning for unntak fra smittekarantene. Med hjemmel i denne bestemmelsen kan det pålegges krav til hvordan undersøkelser skal innrettes. Dersom det er nødvendig med pålegg om undersøkelser, er det regler om dette i smittevernloven kapittel 3 og 5.

¹⁰ Lov 23. juni 2020 nr. 112 om midlertidige endringer i smittevernloven – § 4-3a

Studenten kan ikke forventes å se at denne bestemmelsen er mer begrenset når det gjelder hvem som kan reguleres, sammenlignet med smvl. § 4-1. På den andre siden går den lenger i å kunne treffe inngripende vedtak, jf. «isolering», og skaper uklarheter om dette innebærer tvang overfor smittede, og som etter lovens system er regulert i kap. 5. Studenten bør likevel se at denne bestemmelsen ikke omfatter kommunale reguleringer. Den kan heller ikke benyttes til å stanse spredningen av en pandemi uten kunnskap om hvem som er smittet. Videre har denne bestemmelsen begrenset varighet.

Hytteforbud, Smittevernloven § 7-12

Studenter som skriver om hytteforbudet, benytter smittevernloven § 7-12 som hjemmel for forskriften. I denne bestemmelsen er det en vid fullmakt til «kongen» om å gi forskrifter ved «utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom», jf. omtalen over vedrørende grunnvilkår, som «truer folkehelsen», eller når det er «fare for et slikt utbrudd». Hytteforbudet ble regulert i forskrift 15. mars 2020 nr. 294, og innebar et generelt forbud mot å reise til fritidseiendommer, som følge av at helsetjenesten ikke skulle belastes i en situasjon med utbrudd av en pandemi. Studenter som omtaler dette eksempelet, bør drøfte dette forbudet i lys av at det er generelt og inngripende, og derfor kan være i strid med smvl. § 1-5 og flere bestemmelser i Grunnloven.

Covid-19 forskriften får betydning for personer som har hytte i Sverige og som gå i karantene når de kommer hjem, noe som kan føre til at fritidsboligen ikke kan benyttes.

Smittevernloven § 1-5

Det er et pluss om studenter ser at selv om det foreligger hjemmel for reguleringer av tiltak, må disse tiltakene være nødvendige og forholdsmessige, jf. smvl. § 1-5 som ble tatt inn i loven i 2019 (endringene trådte i kraft 1. juli 2019).¹¹ Denne bestemmelsen, sammenholdt med legaldefinisjonene i smvl. §§ 1-3 og 1-4, tydeliggjør at det må tas stilling til den faktiske situasjonen, utbruddets karakter og medisinskfaglige vurderinger.

Inngrepet overfor den enkelte eller overfor grupper av mennesker må vurderes som *nødvendig* og *forholdsmessig* utfra situasjonen, «trusselen» og inngrepets karakter.

«Nødvendighetsvilkåret» kan både være en rettslig barriere mot å treffe vedtak som kan begrense bevegelsesfriheten, og kan begrunne behovet for slike tiltak.

¹¹ Lovendring 21. juni 2019 nr. 46

Det er grenser for hvilken belastning som kan påføres et enkeltmenneske, som må avveies mot aktuelle konsekvenser av å ikke iverksette tiltak. Bestemmelsen bygger på en forutsetning om at smitteverntiltak etter loven skal være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering. Vurderingen må bygge på kunnskap om smitterisiko og hvordan smitten kan begrenses, risikoen for smittespredning og når smitte oppstår.

Det fremgår av forarbeidene at kravet til medisinskfaglig begrunnelse skal ikke tolkes for strengt.¹² Det er ikke krav om at det må foreligge sikker kunnskap, og det må ses i sammenheng med både smittrusselen og hvor inngrepene er. Det sentrale er at tiltaket er relevant, og dersom det er rettet mot å behandle en konkret sykdom, må det kunne begrunnes faglig. Nødvendighetsvilkåret vil også innebære vurderinger av om Norge oppfyller sine forpliktelser til å beskytte befolkningens liv og helse (IHR, ØSK art. 12 og EMK art. 2 og 3), samt om tiltaket er egnet til å forebygge eller hindre smittespredning av den aktuelle sykdommen.

Når studenten anvender denne bestemmelsen for å vurdere konkrete reguleringer, må det fremgå hva det skal beskyttes mot, kunnskap om risiko og behovet for målrettede tiltak. Noen av tiltakene som ble iverksatt tidlig under Covid-19, kan oppfattes som lite målrettet da de rammet likt uten å ha nødvendig virkning, for eksempel hytteforbudet. Et spørsmål er om det er lovlig å treffe «føre-var»-vedtak. Lovens innhold, system og begrunnelse innebærer fullmakter til slike vedtak. Bestemmelsen slik den er utformet tar primært sikte på vedtak som innebærer tvang overfor enkeltpersoner etter kap. 5.

Grunnloven og menneskerettigheter

Studenten skal drøfte om kommunale og nasjonale reguleringer er i samsvar med Grunnloven, der §§ 93, 94, 102 og 106 kan være aktuelle, og internasjonale menneskerettigheter (EMK, SP og ØSK). Studenten kan drøfte flere bestemmelser enn de som her er regnet opp. Norge har sluttet seg til Det internasjonale helsereglementet (IHR, WHO), i likhet med i underkant av 200 andre land. Studenter som finner frem til forarbeidene til denne lovendringen i juni 2020 (Prop.130 L (2019–2020), Innst.385 L (2019–2020)), vil få en oversikt over disse reguleringene og sammenhengen mellom smittevernloven, IHR og menneskerettighetene.

Smittevernlovens fullmakter kan problematiseres i lys av at Helsedirektoratet og kommunene er gitt vide fullmakter i smvl. § 4-1. Det vil si at denne myndighetsutøvelsen er uten politisk kontroll fra regjeringen. Holmøyvik har hevdet at det er i strid med Grunnloven § 28 at «saker

¹² Prop. nr. 91 L (2018–2019) s. 12 og 13.

av viktighet» behandles av Helsedirektoratet og ikke av regjeringen. I denne bestemmelsen står det at:

«Innstillinger om embetsutnevnelser og andre saker av viktighet skal foredras i statsrådet av det medlem til hvis fag de hører, og sakene skal ekspederes av ham eller henne i overensstemmelse med den beslutning som er tatt i statsrådet.»

Det er ikke opplagt at Stortinget med denne bestemmelsen har ment at Helsedirektoratet ikke kan treffe slike avgjørelser det har fått myndighet til etter smvl. § 4-1. Et argument imot er at Stortinget senest i 2019 reviderte smittevernloven uten å endre denne fullmakten, og at bestemmelsen gir uttrykk for nødrett. Hastegraden kan være så høy at beslutningen skal baseres på medisinskfaglige vurderinger.

En annen påstand er at det å dele opp landet i smittesoner er grunnlovsstridig, jf. formuleringen «geografiske avgrensede områder», og Grunnlovens forutsetning om at landet er udelelig. Det er liten tvil om at dette er vurdert som et lovlig inngrep, forutsatt at det er nødvendig og forholdsmessig.

Hytteforbudet og karantenebestemmelser (nasjonalt og kommunalt) kan vurderes i lys av bevegelsesfriheten som ble tatt inn i Grunnloven § 106 i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014, og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Denne rettigheten innebærer at alle som oppholder seg lovlig i landet, skal kunne «fritt bevege seg innenfor rikets grenser og velge sitt bosted der», jf. Grunnloven § 106. Det samme prinsippet fremgår av Verdenserklæringen art. 13, SP (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966) art. 12 og EMKs tilleggsprotokoll P4-3. Selv om konvensjonene har ulik ordlyd, tolkes de i realiteten likt bortsett fra at EMK P4-3 omfatter en rett for statsborgere til ikke å bli utvist.

Studenten bør få frem at bevegelsesfriheten ikke er absolutt. Når det gjelder de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, omfatter friheten en rett til å reise ut av riket. Når det gjelder friheten til å bevege seg i og bosette seg hvor man vil i riket, er denne retten begrenset til å gjelde statsborgere og utlendinger med lovlig opphold, mens friheten til å reise inn i riket gjelder på sin side bare egne statsborgere.

Rettigheten har faktiske begrensninger da ønsker om å flytte eller bevege seg på annen måte faller utenfor vernet. Stat og kommune har ingen plikt til å sørge for at den enkelte kan bevege seg eller flytte rundt i landet. Generelle hjemler til å gjøre inngrep i menneskerettigheter vil på samme måte begrense bevegelsesfriheten, for eksempel av hensyn

til offentlig sikkerhet, orden og helse, for eksempel for å ivareta retten til liv, jf. Grunnloven § 93, og privatliv i Grunnloven § 102.

Plikten til å foreta forholdsmessighetsvurderinger følger både av Grunnloven og av smittevernloven, og er presisert i forarbeidene til smittevernloven (før § 1-5 ble vedtatt), i Ot.prp. 91 (1992–1993) s. 19: «et hovedhensyn er å sikre effektivitet uten å skape unødig ulempe for persontrafikk og varehandel. Karantenereglementet vil derved også beskytte personer som ankommer til- eller er på gjennomreise i et annet land mot overdrevne eller unødige tiltak fra landets myndigheter. Reglene omfatter såvel personer som gjenstander og inneholder forskjellige karantenetiltak som tilsyn med- og undersøkelse og isolering av smittede personer, rotteutrydding og annen skadedyrbekjempelse, samt tiltak spesielt rettet mot de enkelte karantenesykdommene som pest, kopper og kolera.»

De særlig gode oppgavene får frem at det er avveininger mellom beskyttelsen av liv og helse og bevegelsesfriheten som avgjør om inngrepet er lovlig. Smittevernlovens inngrepsregler bygger på sin side på de overordnede reglene i Grunnloven §§ 93 (retten til liv) og de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg, jf. EMK art. 2, 3, og 8 og ØSK art. 12 (FNs konvensjon fra 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter). Det fremgår av ØSK art. 12 at beskyttelse mot epidemier inngår i rettigheten. Det er positivt dersom studenten får med at denne bestemmelsen, sammenholdt med retten til liv i Grunnloven § 93 og EMK art. 2, kan forplikte staten til å iverksette beskyttelsestiltak. Det er dermed en sammenheng mellom disse overordnede rettighetene og smittevernloven når befolkningen utsettes for en pandemi som det ikke finnes behandlingsmetoder for. Det vil likevel være grenser for hvilke inngrep som kan anses hjemlet i loven, og som anses forholdsmessige og nødvendige.

ØSK art. 12 har størst betydning gjennom at den forplikter staten til å iverksette tiltak for å tilby befolkningen en minstestandard på helsehjelpen og for å iverksette tiltak som kan begrense skadevirkninger av epidemier. Rettigheter i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven tar på samme måte utgangspunkt i disse konvensjonene.¹³ Smittevernloven kan blant annet gi grunnlag for reguleringer som skal ivareta befolkningens tilgang til helsetjenester. EMK og ØSK omfattes av menneskerettsloven. Det henvises til disse konvensjonene fra Grunnloven § 92.

¹³ Helseberedskapsloven og folkehelseloven, kan også nevnes i denne sammenhengen.

EØS/EU-reguleringer

Det er positivt om studenten finner frem til EØS reguleringer som kan være relevante i vurderinger av tiltak. Karantenetiltak ved innreise kan anses som en begrensning i bevegelsesfriheten og i mulighetene til å arbeide på tvers av landegrensene i EU/EØS. Studenter kan ta for seg unionsborgerdirektivet (2004/38/EF), som sammen med direktiv 2008/115/EF er gjennomført i norsk rett. I kap. VI er det gitt en adgang til å treffe vedtak om «begrensninger i retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. I art. 27 er helse omtalt, og art. 29 dreier seg om folkehelse. Der står det:

«Sykdommer som kan gi grunnlag for å begrense den frie bevegelighet, er bare sykdommer som kan være epidemiske i henhold til Verdens helseorganisasjons gjeldende bestemmelser samt andre infeksjonssykdommer eller smittsomme parasittære sykdommer dersom de omfattes av vernetiltak som gjelder for vertsstatens egne borgere». De fleste land i EU har i likhet med Norge sluttet seg til IHR, og det er vedtatt tiltak som innebærer sosial isolasjon, portforbud og karantenetiltak. Portforbud kan være et mer inngripende tiltak enn hjemmekarantene i en begrenset periode. Studenten bør raskt slå fast at EØS-avtalen ikke innebærer rettslige barrierer til å etablere tiltak for å begrense smittespredning av Covid-19 så lenge de er nødvendige og forholdsmessige. I TEU art. 114 nr. 3 er det vist til at det ved harmonisering skal ivaretas et høyt beskyttelsesnivå av helsesituasjonen, og tas hensyn til enhver utvikling basert «på videnskabelige kendsgerninger» (dansk versjon).

Studenten kan ha funnet frem til en egen nettside for EU som beskriver hvordan EU følger opp med et eget rapporteringssystem og en oppfordring til medlemsstatene om å begrense skadevirkninger av pandemien; https://ec.europa.eu/international-partnerships/topics/eu-global-response-covid-19_en. Det er laget en oversikt over den globale responsen og med anbefalinger.

file:///C:/Users/akcbe/Downloads/EN_EU_Global_Response_Coronavirus_Pandemic.pdf.pdf

De lege ferenda

I hvilken grad norske myndigheter kan eller skal begrense innbyggers bevegelsesmuligheter, må bygge på om det er nødvendig for å ivareta grunnleggende rettigheter og et kollektivt ansvar for å begrense en epidemi eller pandemi. Det grunnleggende prinsippet om autonomi ligger til grunn for det tidligere ulovfestede – *legalitetsprinsippet* – som nå fremgår av Grunnloven § 113 og kodifiserer at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov».

Legalitetsprinsippet er særlig viktig ved inngrep i personers bevegelsesfrihet og ved administrativ frihetsberøvelse. Det er relevant å drøfte hvor klare hjemlene må være, i lys av hvor inngripende de er, og hva som skal oppnås.

Det er relevant å peke på uklarheter når det gjelder rekkevidden av fullmaktene, ved at de er skjønnsmessig formulert – med hensikt – og at fullmakter påhviler både kommune, Helsedirektoratet og regjering. Våren 2020 ble det diskutert om kommunene kunne treffe vedtak som begrenset bevegelsesfriheten, noe som er ganske klart med utgangspunkt i loven. Rekkevidden av denne fullmakten kan imidlertid være mer begrenset enn de vedtakene enkelte kommuner traff. I høst har der vært et spørsmål om staten kan overstyre kommunene. Det er klart at Helsedirektoratet, departementet og «kongen» kan treffe vedtak som i realiteten «overstyre» kommunene. Denne situasjonen kan begrunne at smittevernloven gjennomgås med sikte på fordeling av «beslutningsfullmakter» under en pandemi.

Nasjonale og kommunale reguleringer kan være i strid med Grunnloven §§ 98, 102 og 106, da de går for langt eller mangler tilstrekkelig begrunnelse. Et eksempel er at enkelte kommuner traff vedtak om at psykisk utviklingshemmede skulle underlegges total isolasjon i egen bolig, slik at de ikke kunne få besøk av nærmeste pårørende og slektninger. Tiltak overfor særlig sårbare grupper burde vært underlagt en administrativ kontroll, i likhet med tvangstiltak.

Enkelte studenter kan ta opp behovet for å grunnlovsregulere retten til ivaretagelse av helsesituasjonen, slik Lønning-utvalget foreslo i en ny § 111. Dette forslaget ble forkastet da H og Frp stemte mot forslaget og det ikke fikk 2/3 flertall. De gjelder likevel gjennom Grunnloven § 92 om myndighetenes plikt til å «respekttere og sikre menneskerettighetene ... i for Norge bindende traktater». Menneskerettsloven fastslår at både ØSK og EMK er en del av norsk rett, og at innholdet i disse konvensjonen går foran ved kollisjon med norsk rett, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

Behovet for tiltak bygger på FNs konvensjon fra 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), der art. 12 regulerer en rett til helse og til å bli beskyttet mot epidemier. ØSK er omfattet av menneskerettsloven.

I denne vurderingen bør studenten få med betydningen av hva det skal beskyttes mot, kunnskap om risiko, og behovet for å målrette tiltak. Noen av tiltakene som ble iverksatt tidlig under Covid-19, kan oppfattes som lite målrettet da de rammet likt uten å ha nødvendig virkning, for eksempel hytteforbudet. Diskusjonen den gang var om det var tillatt for kommunene å treffe vedtak som begrenset bevegelsesfriheten («Søringkarantenen»). I høst

har det vært et spørsmål om staten kan overstyre kommunene, og de fleste vedtak som treffes er kommunale.

Oslo, 17. november,

Anne Kjersti Befring
Juridisk fakultet, Oslo