



Den internasjonale juristkommisjon, avdeling Norge  
v/daglig leder Juni Solbrække  
[post@icj.no](mailto:post@icj.no) / [junisol@gmail.com](mailto:junisol@gmail.com)

Lovavdeling – enhet for offentlig rett  
Justisdepartementet

11.12.2020

## **SPØRSMÅL TILKNYTTET TILTAK UNDER KORONAPANDEMIEN**

### **1. Innledningen**

I anledning koronasituasjonen har både statlige og kommunale myndigheter innført en rekke inngripende tiltak overfor befolkningen. For å opprettholde god oppslutning i befolkningen rundt smittevernstiltakene er det etter vårt syn viktig at tiltakene ikke bare er lovlige, men også fremstår som legitime. Derfor er det viktig at den ansvarlige offentlige myndighet viser at nødvendige vurderinger opp mot både norske og internasjonale regler er gjennomført.

ICJ-Norge ønsker å stille et gjennomgående spørsmål knyttet til *begrunnelsene* for tiltakene.

ICJ er en uavhengig, internasjonal organisasjon (NGO) med sekretariat i Genève, stiftet i 1952. ICJ-Norge ble stiftet i 2008, og arbeider for å fremme ICJs formål i Norge og, i samarbeid med ICJs øvrige organisasjon, internasjonalt. Kommisjonens målsetting er å fremme og beskytte menneskerettigheter og rettsstatlige prinsipper, herunder styrke individets grunnleggende rettigheter og friheter og fremme domstolenes, påtalemyndighetens og advokatyrkets uavhengighet fra den utøvende makt og alle staters gjennomføring av internasjonale standarder.

Vi reiser spørsmål om hvordan beslutningene, i alle former, forholder seg til krav og vilkår som følger av alminnelig forvaltningsrett samt de krav til begrunnelse som gjelder ved inngrep i menneskerettigheter. ICJ-Norge stiller seg i utgangspunktet kritisk spørrende til forekomsten av manglende eller kortfattet begrunnelse, og fraværet av skriftlighet i de offentlig tilgjengelige begrunnelsene for inngrepene. Det går på bekostning av åpenhet om og etterfølgende kontroll av de vurderinger som begrunner tiltakene/inngrepene. Vi ønsker særlig å stille spørsmål om det foreligger begrunnelser som viser at et tiltak/inngrep er nødvendig og forholdsmessig.

ICJ-Norge mener at det er av stor viktighet at lovavdelingen klargjør hvilket ansvar som påhviler norske myndigheter før det iverksettes tiltak som samtidig utgjør inngrep i borgernes rettigheter og friheter. Nedenfor redegjør vi nærmere for de punktene vi anser som særlig kritiske ved norske myndigheters gjennomføring av smittevernstiltakene i Norge og hvilke konkrete spørsmål vi ønsker svar på fra lovavdelingen i justisdepartementet i den forbindelse.

### **2. Smittevernloven**

Smittevernloven er – særlig etter tillegget av ny § 4-3a, etter at de midlertidige endringene i sml. § 7-12 falt bort – den sentrale hjemmelsloven for smitteverntiltakene. Loven baserer seg på detaljerte regler om skriftlighet blant annet i lovens kapittel 5.

Spørsmålet ICJ-Norge ønsker svar på angår begrunnelsene for av hvert av de konkrete tiltakene for smittevern. Er begrunnelsene skrevet ned og gjort tilgjengelig noe sted det ikke har lyktes oss i å finne?

Smittevernloven av 5. august 1994 nr. 55 § 1-5 stiller opp et krav til vurderingen for alle smitteverntiltak:

#### **§ 1-5.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.*

Bestemmelsen stiller et krav til innholdet i enhver skjønnsvurdering som ligger til grunn for ethvert vedtak etter smittevernloven. Bestemmelsen er nøytral og omfatter derfor både enkeltvedtak og forskrifter. Første ledd, første setning, stiller opp tre vurderinger som alle er tverrfaglige, sammensatte og innebærer en kombinasjon av forskjellig faglig kunnskap og forskjellige vurderinger som skal avveies mot hverandre:

- «klar medisinskfaglig begrunnelse»: Den grunnleggende vurderingen som må gjennomføres for hvert tiltak, for at kompetanse etter smittevernloven skal kunne anvendes, er at tiltaket er begrunnet medisinfaglig. Dette er først og fremst en medisinsk vurdering.
- «nødvendig av hensyn til smittevernet». I en vurdering av nødvendighet ligger det vanligvis i jussen at alternativer til det aktuelle tiltaket er vurdert. At et tiltak er nødvendig omfatter ofte at det samme resultatet ikke kan oppnås med andre tiltak som ikke rammer like hardt.
- «fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering». Her åpnes skjønnsvurderingen opp til å kunne omfatte mange forskjellige slags momenter. For eksempel vil negative medisinske konsekvenser, økonomiske konsekvenser og prinsipielt alle andre samfunnsmessige argumenter være relevante. Dette vilkåret innebærer at selv om et tiltak både har en medisinfaglig begrunnelse og det anses som nødvendig, så må tiltaket likevel oppfylle denne helhetsvurderingen.

Dette er hver for seg tre omfattende vurderinger. Ordlyden i § 1-5 sier ikke eksplisitt at det er et krav om at vurderingen gjøres skriftlig. Omfanget og karakteren av disse vurderingene gjør at det vil være praktisk sett umulig å gjennomføre den uten å skrive ned vurderingene og avveiningene mellom dem. Kompleksiteten i disse tre vurderingene er i seg selv et sterkt argument for at vurderingene må skjje skriftlig.

Hensynet til etterprøvbarehet taler sterkt for at vurderingene bør nedskrives. Begrunnelsen for skriftlighet i forvaltningsretten er at det tvinger forvaltningen til å gjøre grundige vurderinger og gjennomføre dem på en måte som er etterprøvbare. Vi stiller spørsmål om det er mulig eller forsvarlig å gjøre så fagspesifikke og sammensatte vurderinger uten å skrive de ned?

**Spørsmålet vi ønsker å stille er hvordan Justisdepartementet ved lovavdelingen ser på spørsmålet om disse vurderingene må eller bør nedfelles skriftlig og gjøres tilgjengelig for allmennheten?**

I mars 2020, da de første tiltakene ble satt i verk, kan kanskje hensynet til en hurtig beslutningsprosess ha begrunnet at det ikke ble gjort grundige skriftlige vurderinger. Etter hvert som situasjonen var mindre preget av hastverk vil en slik begrunnelse for å ikke oppfylle lovens krav til skriftlighet ikke lenger fremstå som tilstrekkelig, slik vi ser det. Særlig er det sentralt å nedtegne vurderingene og gjøre dem tilgjengelige offentlig av hensyn til åpenhet omkring og kontroll med den helhetsvurderingen som kreves i siste del av § 1-5, slik at hvert inngrep forankres demokratisk og grundig i befolkningen.

*Forholdet til domstolsprøvelse:*

Uten skriftlige begrunnelser av disse tre vurderingene vil domstolsprøvelse praktisk sett være avskåret. Domstolene har begrenset rett til å prøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Domstolene vil ha begrenset mulighet til å overprøve tiltakene som er gjennomført; den eneste måten de kan prøves på er å undersøke om disse vurderingene er gjennomført på en forsvarlig måte. Rettsanvendelsen for vilkår som indikerer særlige faglige, smittevernsfaglige eller medisinske vurderinger, kan ikke domstolene med enkelthet prøve. I slike avveininger begrenser domstolene seg til å prøve om begrunnelsen er god nok eller ser ut til å oppfylle de kravene som loven stiller. Hvis det ikke skrives noen begrunnelse for at disse vilkårene for å kunne bruke kompetansen er oppfylt, blir det ikke mulig for domstolene å kunne vurdere om kvaliteten på forvaltningens vurderinger er tilstrekkelig god. Det kan ha flere uheldige konsekvenser, også for staten som motpart i en eventuell rettsak.

Muligheten for at domstolene skal kunne prøve bruken av kompetansen er aktuelt for vedtak (både forskrift og enkeltvedtak) fattet med hjemmel i smittevernloven siden overtredelse av dem er straffebelagt etter sml. § 8-1 og siden det er tale om potensielt svært inngripende tiltak. Siden hjemmel for straff er basert på vedtak fattet basert på delegert kompetanse, får borgeren et særlig behov for at gyldigheten av disse vedtakene skal kunne prøves av domstolene. Uten en skriftlig begrunnelse av disse tre vurderingene blir domstolsprøvingen uthulet. Å opprettholde et minimum av domstolsprøving av om regjeringen holder seg innenfor grensene i smittevernloven er viktig for å kunne opprettholde maktfordelingsprinsippet, jf. den nylig omformulerte bestemmelsen i Grunnloven § 89.

**Spørsmålet er hvordan Lovavdelingen vurderer at domstolene skal kunne prøve om regjeringen har gått utover den kompetansen som Stortinget har gitt hvis begrunnelsen for tiltak, beslutninger eller vedtak ikke skrives ned og gjøres offentlig tilgjengelig.**

### 3. Forvaltningsloven

Smittevernloven § 4-3a gir forskriftshjemler. Det er ikke noe eksplisitt krav etter forvaltningsloven (fvl) om skriftlig begrunnelse for beslutninger i form av forskrifter. Fvl. §§ 24 og 25 stiller krav til begrunnelse for «enkeltvedtak». En klassisk problemstilling i forvaltningsretten er hvordan denne grensedragningen skal gjøres. Den avhenger av om beslutningen retter seg mot «en eller flere bestemte personer» (enkeltvedtak) eller «en ubestemt krets av personer» (forskrift). Typisk reises dette som et spørsmål om forskriftsformen kan brukes med det den følge at vedtaket ikke omfattes av reglene for enkeltvedtak.

Smittevernloven har regler for isolering i sml. §§ 5-2 til 5-4. Her stilles det strenge prosessuelle regler og kortvarig maks lengde for isolasjonen. I sml. § 4-3a som ble vedtatt 23. juni 2020 gis det forskriftshjemmel til isolering og begrensninger i bevegelsesfriheten. Det presiseres i koronaforskriften at det er hjemmel for straff ved overtredelse av forskriftene.

Flere av tiltakene som etableres i forskrifts form bærer preg av å bli individualisert på et senere tidspunkt. For eksempel har de alminnelige karantene-reglene preg av forskrift, mens fra det tidspunktet bestemte individer får beskjed om å gå i karantene på grunn av en bestemt hendelse, så får denne beslutningen preg av å bli et vedtak som retter seg mot disse identifiserte, bestemte personene. Hvis en avgjørelse retter seg mot bestemte personer, blir den altså omfattet av reglene om enkeltvedtak. Et eksempel er når smittesporingsenheten i kommunen ringer og opplyser om at din nærkontakt antas å være smittet, og informerer deg om at karanteneplikten i forskriften er aktualisert for denne personen. På dette tidspunktet for pålegg om karantene, må beskjeden etter vårt syn anses som en beslutning om et pålegg og klargjøring av rettsstillingen med plikter konkret overfor denne bestemte personen og den vil dermed være et enkeltvedtak.

### **Hvordan vurderer justisdepartementet ved lovavdelingen grensedragningen mellom hvilke inngrep som kan følge her av forskrift, og når det pålegges konkrete plikter for identifiserbare individer som utgjør et enkeltvedtak?**

Systemet i smittevernloven er videre at mange av tiltakene som fremgår av forskriftene har allerede strenge regler for hvordan de skal vedtas i smittevernloven kap. 5. Det er et behov for avklaring av om departementet mener at systemet for karantene og isolasjon i kap. 5 ikke får anvendelse for tiltak og inngrep relatert til koronasituasjonen?

**På denne bakgrunn ber ICJ-Norge om svar på følgende to spørsmål:**

- **Er alle trufne beslutninger som omfatter inngrep overfor borgerne å regne som forskrifter?**
- **Gjelder det også situasjoner hvor nærkontakter er identifisert og disse er utpekt med navn?**

Hvis alle smitteverktiltakene skulle anses som forskrifter, oppstår et krav om høring etter forvaltningsloven § 37. Argumentet med at det er umulig med høring pga tidspress var kanskje gyldig i mars-april 2020, men siden regjeringen har hatt flere måneder til å tenke gjennom aktuelle smitteverntiltak kan ikke argumentet om tidspress lengre være tilstrekkelig til å se bort fra det lovfestede kravet om offentlig høring.

**Spørsmålet ICJ-Norge ønsker utdyping av er fra hvilket tidspunkt Justisdepartementet anser situasjonen slik at endringer i forskrifter med hjemmel i § 4-3a vil følge forvaltningslovens alminnelige system for høring av berørte parter?**

#### **4. Særlig om forholdet menneskerettighetene**

Norges menneskerettslige forpliktelser følger både av Grunnloven, menneskerettsloven, annen lovgivning og ulike internasjonale konvensjoner, slik som Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Disse forpliktelsene knytter seg til handlinger og unnlatelser som kan tilskrives norske offentlige myndigheter enten det er staten, kommuner eller fylkeskommuner. Alle tiltak fra norske myndigheter overfor befolkningen, enten disse er innført på statlig eller kommunalt nivå i forbindelse med koronasituasjonen, skal derfor respektere menneskerettighetene.

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. Etter det vi forstår har norske myndigheter ikke derogert fra menneskerettighetene i forbindelse med håndteringen av koronasituasjonen i Norge. Inngrepene som gjøres i menneskerettighetene av norske myndigheter må derfor være i henhold til nærmere angitte vilkår som følger av de enkelte menneskerettighetsbestemmelsene.

Tiltakene som myndighetene nå iverksetter under pandemien, reiser flere menneskerettighetsspørsmål. Et eksempel er innføringen av maksbegrensning på 5 deltakere ved private arrangementer i private hjem, hytter, hager ol i Bergen kommune. Denne lokale forskriften er et inngrep i de menneskerettslige bestemmelsene om blant annet bevegelsesfriheten, forsamlingsfriheten og retten til familieliv. Inngrep i disse rettighetene kan bare gjøres dersom tiltaket har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn, dvs. være forholdsmessig.

Spørsmålet om lovhjemmel har vært omtvistet i forbindelse med innføringen av blant annet påbud om munnbind, sett hen til ordlyden i smittevernloven § 4-1. Som påpekt under er det derfor fornuftig at lovavdelingen klargjør hva som i dag finnes av lovhjemler for de inngrep som både nasjonale og lokale myndigheter har iverksatt. Selv om et tiltak, isolert sett, har hjemmel i smittevernloven, må det ikke bryte med menneskerettighetene.

Smittvernshensyn vil ofte oppfylle kravet om et legitimt formål, for alle typer beslutninger. Dette må likevel vurderes konkret i forhold til om det aktuelle inngrepet er tilstrekkelig faglig begrunnet utfra smittvernshensyn. Inngrep i rettigheter og friheter etter EMK kan bare gjøres dersom vilkårene for inngrep i den enkelte bestemmelse er oppfylt. Det er vedkommende offentlig myndighet som har bevis- og begrunnelsesbyrden for at inngrepsvilkårene er oppfylt i det enkelte tilfellet. Det er ikke tilstrekkelig at selve lovhjemmelen i § 4-3a er vurdert opp mot menneskerettighetene, hvert konkrete tiltak må etter vårt syn også vurderes, og kunne begrunnes på en etterprøvable måte.

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. Forholdsmessighetsvurderingen skal gjøres i forhold til hvert enkelt tiltak som innføres av myndighetene. Det er derfor ikke mulig å gjøre en generell forholdsmessighetsvurdering for alle tiltakene som innføres av enten den enkelte kommune eller av statlige myndigheter.

Når det gjelder begrunnelsen for maksbegrensningen på 5 deltakere i Bergen, ble den tilsynelatende først utarbeidet *etter* at regelen var vedtatt av Bergen kommunen. Det er ikke fullt ut i samsvar med menneskerettighetene. Etter det vi har lagt merke til av andre kommunale og statlige inngrep som er gjort i forbindelse med koronasituasjonen, er det etter hva vi kan se i liten grad blitt vurdert om disse er i henhold til menneskerettighetene.

Et annet konkret eksempel er karantenereglene og andre avstandsregler med videre som er pålagt barn i barnhage- og skolealder. Etter hva vi kan se er det ikke tatt en vurdering av hensynet til barnets beste etter Barnekonvensjonen artikkel 3 i forbindelse med innføringen av dette tiltaket.

På denne bakgrunn ber ICJ-Norge om lovavdelingens svar på følgende hovedspørsmål:

- 1. Hvilke plikter mener lovavdelingen det følger av at vedkommende offentlig myndighet har bevis- og begrunnelsesbyrden for at inngrepsvilkårene er oppfylt i det enkelte tilfellet?**
- 2. Følger det et krav om skriftlighet ved at myndighetene har bevis- og begrunnelsesbyrden for at inngrepsvilkårene er oppfylt i det enkelte tilfellet?**
- 3. Vi ber videre om en – eventuelt relativt kortfattet – redegjørelse fra lovavdelingen for hvilket krav som stilles til vurderingen av forholdsmessighet og legitimt formål for inngrep i menneskerettighetene.**

Avslutningsvis nevnes at det på et senere tidspunkt kan være aktuelt for ICJ-Norge å be om innsyn i alle vurderinger departementene har gjort angående krav til begrunnelse for vedtak fattet med hjemmel i smittevernloven, herunder også de vurderinger Justisdepartementet ved lovavdelingen har gjort opp mot de enkelte vedtak som er fattet av myndighetene i forbindelse med innføring av tiltak etter smittevernloven, fra 1. januar 2019 og frem til dagens dato.

Vi imøteser et snarlig svar.

Med vennlig hilsen

ICJ-Norge v/

Helge Morset

*Medlem*

Morten Walløe Tvedt

*Medlem*

Juni Solbrække

*Daglig leder*