

Handlingsalternativer, plikter og adgang til beordring

Helsepersonellressurser under pandemier

Erfaringer med Covid-19 og gjeldende lovgivning

Utredningen er utarbeidet i løpet av desember 2020 og januar 2021 etter anmodning fra Koronakommisjonen.

Anne Kjersti Befring

Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo

28. januar 2021

Innhold

| | |
|---|----|
| <i>Kap. 1: Innledning</i> | 3 |
| 1.1 Oppdraget og mandatet | 3 |
| 1.2 Om problemstillingene og utredningen | 5 |
| <i>Kap. 2: Sammendrag og forslag til lovendringer</i> | 9 |
| 2.1 Noen hovedpunkter i utredningen..... | 9 |
| 2.2 Endringer av Grunnloven | 11 |
| 2.3 Endringer av smittevernloven og helsepersonelloven § 49..... | 11 |
| 2.4 Endringer i helseberedskapsloven | 13 |
| 2.5 Beordring, kriseavtaler og legaldefinisjon og kategorisering av kriser..... | 15 |
| 2.6 Pålegg om avtaler med private helsetilbydere om beredskap | 19 |
| <i>Kap. 3: Lovgivningen og internasjonale reguleringer</i> | 20 |
| 3.1 Myndighet, begrunnelser og reguleringer | 20 |
| 3.2 Arbeidsgivers styringsrett i helse- og omsorgstjenesten | 21 |
| 3.3 Reguleringer av helsepersonell og om autorisasjonsordningen | 26 |
| 3.4 Helseberedskapsloven og smittevernloven | 27 |
| 3.5 Lovgivning i Norden og andre land | 28 |
| 3.6 Det internasjonale helsereglementet (IHR)..... | 35 |
| 3.7 ILO bestemmelser om kriser og arbeidsgivers styringsrett..... | 36 |
| 3.8 EU-rettslige reguleringer under en krise | 38 |
| <i>Kap. 4: Rettstaten og menneskerettigheter</i> | 40 |
| 4.1 Grunnloven og krisereguleringer | 40 |
| 4.2 Sammenhenger mellom personellsituasjonen og smitteverntiltak | 46 |
| 4.3 Behovet for grunnlovsregulering av ivaretagelse av helse | 53 |
| <i>Kap. 5: Styringsretten og begrensninger i helsetjeneste</i> | 54 |
| 5.1 Lovanvendelsen basert på faktiske vurderinger | 54 |
| 5.2 Personellsituasjonen helsetjenesten under pandemien | 56 |
| 5.3 Styringsplikter under en pandemi | 62 |
| 5.4 Adgangen til omdisponeringer og begrensninger..... | 67 |
| 5.5 Rettslige rammer for arbeidstid..... | 70 |
| 5.6 Helsepersonellovens §§ 7 og 14..... | 76 |
| 5.7 Om kontroll av helsepersonell og inngrep i helsepersonells fritid | 79 |
| 5.8 Inngrep i helsepersonells fritid og bevegelsesfrihet..... | 82 |
| 5.9 Autorisasjons som en begrensning i styringsretten..... | 87 |
| 5.10 Begrensninger i adgangen til delegasjon..... | 90 |
| 5.11 Behovet for å utvide lisensordningen | 93 |
| <i>Kap. 6 Adgangen til beordring og faktiske/rettslige utfordringer</i> | 95 |
| 6.1 Helselovgivningens påleggsordninger | 95 |

| | |
|--|------------|
| 6.2 Helseforetaksloven og spesialisthelsetjenestelovens ordninger..... | 97 |
| 6.3 Næringsdrivende helsepersonell med avtale og andre avtalepartnere..... | 100 |
| 6.4 Styringsretten og nødrett..... | 103 |
| 6.5 Smittevernloven § 4-9: kommunal beordringsadgang..... | 108 |
| 6.6 Helseberedskapslovens beordringsystem | 111 |
| 6.7 Nærmere om innholdet i beordringsbestemmelsen | 114 |
| 6.8. Påleggsmyndighet overfor helsevirksomheter | 121 |
| 6.9 Avtaler om beredskap og arbeid under krisen | 123 |
| 6.10 Legaldefinisjon av begrepet «krise» som grunnlag for avtaler og beordring | 130 |
| <i>Kap. 7. Plikter til å beskytte helsepersonell og reservasjonsadgang</i> | <i>134</i> |
| 7.1 Smitte blant helsepersonell og tap av personellressurser..... | 134 |
| 7.2 Reservasjonsplikt og reservasjonsrett mot instruksjoner | 137 |
| 7.3 Beskyttelsesplikter som gjelder helsepersonell..... | 142 |
| 7.4 Vaksineringslogistikk, flere land..... | 146 |
| 7.5 Sammenhenger mellom arbeidsplikt, beordring og beskyttelse..... | 150 |
| <i>Kap. 8: Vurderinger og konklusjoner</i> | <i>152</i> |

Kap. 1: Innledning

1.1 Oppdraget og mandatet

I en henvendelse fra Koronakommisjonen 16. november 2020 ble jeg bedt om å utrede hvordan det kan sørges for tilstrekkelig personell i en situasjon med pandemi, og handlingsalternativer i denne situasjonen.

Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB) hadde varslet om ulike kriser som kunne ramme landet i 2019, og at risikoen var stor for at Norge ville rammes av pandemi.¹ Det var på denne bakgrunnen god grunn til å være forberedt. Verdens helseorganisasjon (WHO) erklærte 30. januar 2020 at utbruddet av sykdommen covid-19, forårsaket av det nyoppdagede koronaviruset SARS-CoV-2, utgjør en internasjonal helsekrise. WHO varslet om at spredningen av koronaviruset SARS-CoV-2 (covid-19) var en pandemi, 11. mars 2020. WHO har offentligjort at 1,8 millioner mennesker har mistet livet som følge av Covid-19, per begynnelsen av januar 2021.

Da pandemien traff Norge hadde vi ingen sivil beredskapslov. Høgbergutvalget hadde foreslått at det skulle utarbeides en ny sivil beredskapslov i NOU 2019: 13. *Når krisen inntreffer*. Dette forslaget ble ikke gjennomført.² Da de norske myndighetene «lukket ned» samfunnet 12. mars 2020, var det basert på fullmakter gitt i statsråd i februar og av Stortinget i smittevernloven og helseberedskapsloven.³ Etter at Danmark stenge ned 11. mars 2020 ble det nærmest et krav fra flere grupper om å stenge skoler osv. Bilder fra andre steder der de ikke tidsnok hadde iverksatt smitteverntiltak gjorde inntrykk.

For å ha en beredskap i tilfeller hvor det likevel ikke vil være mulig å tilby forsvarlige helsetjenester til befolkningen, mente Helse- og omsorgsdepartementets at kravene for iverksetting av fullmaktsbestemmelsene i lov av 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap er oppfylt. Fra den første nedlukkingen har myndighetene prøvd ut ulike typer av smitteverntiltak for å beskytte befolkningen mot smittespredning. Avgjørelsene er i stor grad basert på «føre var» vurderinger.

1 Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB): Analyser av krisescenarioer, januar (2019), s. 13.

2 Utredningens forslag om forankring når fullmakter benyttes, ble imidlertid benyttet som modell i forbindelse med «koronaloven», se punkt 6.8.3.

3 Lov om helsemessig og sosial beredskap 23. juni 2000 nr. 56. Lov om vern mot smittsomme sykdommer 5. august 1994 nr. 55.

Helseberedskapsloven er en videreføring og utvidelse av helseberedskapsloven fra 1955, da den også omfatter kriser (ikke bare krig). Stortinget har gjennom denne loven og smittevernloven gitt vide fullmakter til kommunene, Helsedirektoratet og regjeringen for å iverksette ulike typer av inngrep som skal kunne begrense skadevirkningene av en pandemi. Helseberedskapsloven og smittevernloven bygger på retten til liv i Grunnloven § 93, og retten til ivaretagelse av helsesituasjonen i ØSK art. 12.⁴

Pandemien har ført til nye erfaringer med anvendelse og produksjon av lovgivning. Evnen til å håndtere en krise som oppstår dreier seg dels om en *forståelse* av når det er nødvendig å handle, at det har oppstått en krise, og at det finnes planer, lovgivning og avtaler som kan benyttes for å begrense skadevirkningene av en krise. Det ble skapt en forståelse i befolkningen om at en umiddelbar nedlukning kunne begrense den ekspansive smittespredningen. Daglige pressekonferanser og omfattende informasjon har trolig vært en viktig grunn til at nedlukningen fra 12. mars 2000, i stor grad fikk oppslutning i befolkningen, noe som viser seg gjennom spørreundersøkelser.

Det er store likheter i hvilke virkemidler ulike land benytter under pandemien, uavhengig av hvilken historisk bakgrunn landet har. Mange av virkemidlene er utenkelige å benytte i et demokrati under en normal situasjon og må vurderes på bakgrunn av pandemiens skadevirkninger. Dette gjelder inngrep i den enkeltes bevegelsesfrihet, forbud om forsamlinger, utgangsforbud og reguleringer av antallet mennesker man kan ha sosial kontakt med.

Et utviklingstrekk under pandemien er at land som rammes hardt av smittespredning innfører de sterkeste virkemidlene. Det er for eksempel innført forbud mot å gå ut av eget hjem i deler av England, Tyskland, Frankrike, Belgia, Spania, Nederland, California, mfl. De fleste land har fått på plass en beredskap i form av fullmaktsbestemmelser som kan benyttes til å hindre forsamlinger og opphold på bestemte steder, for eksempel den danske epidemiloven § 6 og den svenske ordningslagen kap. 2 § 10. I Norge diskuteres nå et høringsnotat med frist 31. januar, der det er foreslått en midlertidig hjemmel i smittevernloven for å kunne forby opphold/forsamlinger på bestemte steder i likhet med den svenske og danske ordningen, og utgang fra hjemmet, i likhet med den engelske og nederlandske ordningen. Begrepet portforbud er benyttes som en felles betegnelse på de to ulike reguleringsformene.

⁴ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og økonomiske rettigheter av 1966 (ØSK). Denne konvensjonen er inntatt i menneskerettsloven, lov om styrking av menneskerettigheter i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30.

Mandatet fra Koronakommisjonen er omfattende og gjelder både handlingsalternativer for å styrke bemanningssituasjonen i helse- og omsorgstjenesten og beordring. Helse- og omsorgstjenesten (heretter omtalt som helsetjenesten) skal sørge for nødvendige og forsvarlige helsetjenester til befolkningen og er i all hovedsak inndelt i en primærhelsetjeneste, regulert av helse- og omsorgstjenesteloven og en spesialisthelsetjeneste, regulert av spesialisthelsetjenesten og helseforetaksloven.⁵ Adgangen til beordring til å arbeide med biologisk smitte og utover arbeidsmiljølovens regler, kan i likhet med de ovennevnte tiltak anses som et alvorlig inngrep som kun kan benyttes i ekstraordinære situasjoner. Et kjennetegn ved pandemier er at det oppstår en krevende personellsituasjon over tid og som kan ha varighet utover en ekstraordinær situasjon som følge av en konkret og alvorlig hendelse, som for eksempel personellsituasjonen i forbindelse med terrorangrepet 22. juli 2011.

Etter samtaler med sekretariatet for Koronakommisjonen ble vi enige om at et utvalg av arbeidslivets parter skulle inviteres til å gi innspill. Totalt seks organisasjoner ble invitert til å gi bidrag, invitasjon ble sendt 23. og 24. november 2000, til NHO, Spekter og KS som arbeidsgiverorganisasjoner og til Fagforbundet, Sykepleierforbundet og Legeforeningen. Den 21. desember 2000 leverte Sykepleierforbundet og Legeforeningen sine bidrag. Spekter og KS leverte sine innspill i januar 2021. Innspillene fra organisasjonene ligger vedlagt denne utredningen og er innarbeidet i utredningen. NHO og Fagforbundet har valgt å ikke gi innspill. Det tas for øvrig forbehold om at utredningen er utarbeidet i løpet av noen få uker. Dette innebærer en tydelig prioritering av hvilke temaer som behandles og utdypes, og et forbehold om at noen temaer kunne vært behandlet mer i dybden.⁶

1.2 Om problemsstillingene og utredningen

Under pandemien har det oppstått nye behov for helsepersonell og for dimensjonering av kapasiteten i kommunene og i spesialisthelsetjenesten, for eksempel når det gjelder testing for smitte, smittesporing, og behandling av personer som blir syke av covid-19. Dette har påvirket behovet for helsepersonell. I sykehus og sykehjem har det i tillegg vært flere situasjoner med smitte blant helsepersonell og som fører til at annet personell må gå i karantene, smitte blant pasienter, og at helsepersonell blir alvorlig syke. Disse utbruddene har hatt stor betydning for bemanningssituasjonen i perioder.

⁵ Lov om spesialisthelsetjenesten 2. juli 1999 nr. 61. Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24. juni 2011 nr. 30.

⁶ Takk til vit. ass. Thea Edell og Øystein Røhnebæk Stikbakke for innspill.

I denne utredningen undersøkes aktuelle problemsstillinger og rettsregler som har betydning for personellsituasjonen. Formålet er å få en oversikt over hvilke handlingsalternativer arbeidsgivere, eiere og helsemyndighetene har når det gjelder bemanningssituasjonen, samt behovet for lovendringer, ev. kombinasjoner lovgivning og avtaler. Kriselovgivningen er kjennetegnet av å være beredskaps- og fullmaktslovgivning. Når målet er å øke personellressurser er det nødvendig å vurdere faktiske og rettslige virkninger i sammenheng, for eksempel hvordan rettslige reguleringer påvirker muligheter for rekruttering og å beholde arbeidskraft.

Et sentralt tema er hvordan lovgivning beregnet på «kriser» skal anvendes. De rettslige virkemidlene forutsetter vurderinger av den faktiske situasjonen. Denne forståelse bygger både på kunnskap om hvilken trussel pandemien representerer og tiltakene, og danner et viktig utgangspunkt for avveining av grunnleggende rettigheter. For eksempel om det foreligger en situasjon der hensynet til liv og helse må veie tyngre enn hensynet til den enkeltes frihet fra å bli beordret. Adgangen til å regulere og kontrollere helsepersonell, og deres bevegelsesfrihet, tas opp i denne utredningen.

Et viktig utgangspunkt i utredningen er arbeidsgivers styringsrett og hvordan denne påvirkes av en pandemi.⁷ Arbeidsgivers styringsrett innenfor helsetjenesten må vurderes i lys av de arbeidsrettslige tilnærmingene og helselovenes pålegg overfor eier og ledelse om hvordan helsetilbudet skal organiseres og innrettes.⁸ Det omfatter forsvarlighetsplikter, reguleringer av arbeidstid, omdisponeringer, arbeidsrettslig nødrett og betydningen av EU arbeidstidsdirektiv under en krise.⁹ Det finnes lite juridisk litteratur om styringsretten under kriser som når landet rammet av en dødelig pandemi.¹⁰ Litteraturen og rettspraksis gir imidlertid holdepunkter for at styringsretten er dynamisk.

I denne utredningen analyseres flere regler i helselovene som har betydning for handlingsalternativene til både arbeidsgivere og helsemyndighetene, og som dreier seg konsekvenser av helsetjenestens plikter for personellsituasjonen, særskilte plikter for helsepersonell og autorisasjonsordningen. Dette er begrensninger i arbeidsgivers styringsrett i den forstand at det stilles krav til hvem som kan utføre enkelte oppgaver,

7 Styringsretten beskrives som en dynamisk størrelse i Christel Søreide og Tor Olav Carlsen, Styringsretten som ramme for utvelgelse ved nedbemanning, *Arbeidsrett*, 2020, s. 58-61 (punkt 2).

8 Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

9 Arbeidstidsdirektivet 2003/88/EF av 4. november 2003.

10 Det finnes litteratur om styringsretten, se Thorkildsen og Tonje Drevland, *Arbeidsgivers styringsrett – en restkompetanse?* *Arbeidsrett* 2010 side 30-48. Stein Evju, *Styringsrett og restkompetanse*, *Tidsskriftet Arbeidsrett* 2010 s. 49-65. Jan Fougner, *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, 2019, Marianne Jenum Hotvedt og Terese Smith Ulseth, *Arbeidsavtalen og styringsrett: harmoni i en domstoltett*, *Tidsskriftet Arbeidsrett*, 2013 s. 112-138.

autonomi og tilrettelegging, og til delegasjoner. De mest sentrale reglene undersøkes, blant annet innholdet i delegasjonsbestemmelsen i helsepersonelloven § 5.

Adgangen til beordring og mulighetene for å sørge for tilstrekkelige personellressurser under en pandemi må vurderes i lys av flere perspektiver og lover. Rettslige spørsmål om beordring av helsepersonell strekker seg på tvers av flere rettslige fagområder, helserett og arbeidsrett, statsrett og menneskerettigheter. Adgangen til beordring må ha utgangspunkt i et rettsgrunnlag, jf. Grunnloven § 113, avtaler, lov eller nødrett. Det undersøkes nærmere hva som ligger i beordringsadgangene.

Under en «krise» i helseberedskapslovens forstand er det en adgang til å beordre helsepersonell mellom arbeidsgivere (helsemyndighetene) og av den enkelte arbeidsgiver. Begrepet *beordring* er ikke legaldefinert. Det dreier seg i all hovedsak om at arbeidsavtalen kan fravikes. Omfanget av beordring når det gjelder arbeidsoppgaver, arbeidssted og arbeidstid undersøkes i utredning. Det kan være midlertidige endringer av oppgaver, arbeidssted og arbeidstid i et arbeidsforhold. Beordring kan også omfatte personer utenfor arbeidsforholdet.

Situasjonen i helsetjenesten og mulighetene for å opprettholde og å øke kapasiteten når det gjelder personellressurser, har sammenheng med hvordan helsetjenesten og personell beskyttes av smitteverntiltak, for eksempel generelle tiltak for å hindre «importsmitte», karantene, testing, smittesporing og kontroll med situasjonen i helsetjenesten. En godt organisert smittevernberedskap og helseberedskap kan redusere risikoen for smittespredning og dødelighet, blant annet fordi det minsker belastningen på helsetjenesten og behovet for personellressurser. Det avgrenses likevel mot å gi en inngående behandling av smittevernloven.

Det foreligger kunnskap om at helsepersonell ble smittet i arbeid og at beredskapen var lav når det gjaldt beskyttelsesutstyr, legemidler og respiratorer. Beskyttelsen av helsepersonell i denne situasjonen har betydning for personellsituasjonen og for helsepersonells arbeidsplikt under en pandemi og vurderes nærmere i denne utredningen. Plikten til å beskytte helsepersonell ligger på flere nivåer. Rammene for virksomhetsledelsen styres av de prioriteringer som gjøres av eier og av helsemyndighetene når det gjelder tilgang til utstyr, prioriteringer av pasienter, vaksineologistikken osv.¹¹ De legale kravene til reguleringer av beordring og smitteverntiltak har enkelte fellestrekk som er aktuelt å belyse, samt metodiske

¹¹ WHO har anbefalt at helsepersonell skal prioriteres i vaksineringskøen.

spørsmål. Det oppstår flere rettslige vurderingstemaer enn de som behandles i denne utredningen.

Kap. 2: Sammendrag og forslag til lovendringer

2.1 Noen hovedpunkter i utredningen

I en situasjon med pandemi som har rammet kloden pålegges de ulike statene å iverksette tiltak som skal beskytte befolkningen og samfunnet. Dette omfatter beskyttelse av helsetjenestens kapasitet. I Norge har regjeringen, Helsedirektoratet og kommunene myndighet til å iverksette tiltak etter smittevernloven. Eier av helsetjenesten og ledelsen i helsevirksomheter har myndighet og plikt til å iverksette endringer i helselovene og arbeidsmiljøloven. I utredningen diskuteres innholdet i denne myndigheten.

En generell utfordring vil være å oppnå tillit og legitimitet. Dette er avgjørende for at arbeidstakere og befolkningen tilpasser seg, og for å begrense skadevirkninger av pandemien, samt å opprettholde helsetjenestetilbudet.

Lovreguleringer av beordring kan «angripes» på samme måte uten større klarhet om hva som ligger i grunnlovsvernet, og uten at jurister klargjør hvilke faktiske vurderinger det bygges på, for eksempel hvilken trussel en pandemi representerer. Uenighet om den faktiske situasjonen vil gi ulik lovforståelse. Med klarhet om grunnlovsvernet menes at fullmaktene i helseberedskapsloven og smittevernloven må ha tilstrekkelig forankring i Grunnloven. Beskyttelse av helsesituasjonen er en grunnleggende rettighet som må avveies mot den enkeltes frihet. Dette er et argument for å se nærmere på forslaget til grunnlovsregulering av retten til helse (ev. som en plikt for staten) slik det var foreslått i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014. Dette forslaget fikk ikke 2/3 flertall den gang, men erfaringer med pandemien viser behovet for en grunnlovsforankring.

Personellsituasjonen ble endret med covid-19 i dimensjonering og behov. Som det fremgår viser både sykehusene og kommunehelsetjenesten til at det ble mangel på noen kritiske ressurser. I sykehus ble det mangel på grupper med høy kompetanse innenfor intensiv medisin som var vanskeligere å erstatte. I forbindelse med omdisponeringer må det vurderes konsekvenser for andre grupper enn personer som blir alvorlig syke.

Det ble et omfattende behov for personellressurser i kommunene for å teste for smitte, smitteoppsporing og i å beskytte pasienter i helseinstitusjoner. Noe kunne løses med omdisponeringer og ved rekruttering av personell. Det ble i liten grad tatt i bruk legespesialister og helsepersonell i rehabiliteringsvirksomheter og helsevirksomheter med lav aktivitet.

Legeressurssituasjonen skapte store utfordringer, blant annet som følge av det omfattende arbeidspresset på kommuneleger. Denne gruppen har oppgaver i henhold til

smittevernloven. I utredningen vises det til hvordan autorisasjonsordningen kan være en rettslig hindring for oppgavefordeling, og behovet for å formulere en lisensordning som kan benyttes i denne sammenhengen. Bestemmelsen i helsepersonelloven § 5 kan neppe benyttes i denne sammenhengen da den som delegerer ikke er til stede. Dersom oppgaven er forbeholdt personer med autorisasjon kan lisensordningen benyttes, forutsatt at loven endres da den i dag ikke gir hjemmel for å gjøre unntak under en pandemi.

Styringsretten og ulike lovers regulering av beordring analyseres med utgangspunkt i Covid-19 og andre pandemier som kan gi personellmangel. Arbeidsgivers styringsrett i krisesituasjoner gir en viss adgang for arbeidsgivere til å omdisponere/beordre arbeidstakerne, men rammene for dette vil i mange krisesituasjoner ikke være tilstrekkelig for å sikre nødvendig fleksibilitet og arbeidskraft mv. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstid har begrensninger når det gjelder plassering av arbeidstid, det vil si når arbeidstiden skal være, som kan variere under en pandemi. Det ble inngått særskilte tariffavtaler/arbeidstidsavtaler under pandemien, noe som både Spekter, KS og Sykepleierforbundet oppfattet som utfordrende. Det knyttet seg spesielt til krav til hurtig prosess og tolkning av nye bestemmelser som måtte forhandles på et grunnlag partene ikke kjente konsekvensene av på lang sikt. Det er uklarerheter knyttet til disse bestemmelsene og om rekkevidden av nødretten når pandemien har lang varighet.

I utredningen foreslås det at personellsituasjonen skal tas inn i beredskapsloven som en del av beredskapen, samt opplæring, og at det føyes til et ledd i helsepersonelloven § 49 om lisens, og at det åpnes for å benytte studenter og elever som medhjelpere utover begrensningen i helsepersonelloven § 5. Videre foreslås det at loven skal tilrettelegge for en nasjonal *Kriseavtale* som må suppleres lokalt. Avtalen må foreligge før krisen bryter ut. Det er uforutsigbarhet knyttet til rammeverket for kriseavtaler ikke foreligger før krisen bryter ut. Til tross for at det finnes mekanismer for å sørge for raske endringer ved behov for dette, og at det må er erfaringer med at partene i arbeidslivet har funnet frem til frivillige løsninger som ivaretar grunnleggende krav til nødvendighet og forholdsmessighet. Selv om rammeverket foreligger må det likevel foretas nasjonale og lokale tilpasninger under den konkrete krisen. Dette skyldes at det er vanskelig å vite hvordan situasjonen vil arte seg og hvilke behov det er for omdisponeringer.

Det å bygge på partssamarbeid, dialog og bruk av frivillighet i krisetid kan være viktig for å oppnå tilpassede løsninger og for å opprettholde tillit og oppslutning om

nødvendige tiltak. Det kan redusere risikoen for turnover og at helsepersonell søker seg til annet arbeid underveis eller i etterkant av krisen.

Det foreslås i denne utredningen at begrepet «krise» legaldefineres og deles i ulike nivåer, for eksempel i tre faser.

Det er en klar sammenheng mellom arbeidsplikter og personellkapasitet, og beskyttelsen av helsepersonell med nødvendig beskyttelsesutstyr og metoder, for eksempel vaksinasjon. Dette bør fremgå tydeligere av helseberedskapsloven.

2.2 Endringer av Grunnloven

Den grunnleggende retten til beskyttelse av liv og helse er i liten grad blitt omtalt i forbindelse med kritikken av fullmaktsbestemmelser og krisereguleringer. Påstanden om at disse reguleringene er grunnlovsstridig begrunnes i at de representerer inngrep i den enkeltes frihet. Helseberedskapsloven og smittevernlovens fullmakter oppfattes dermed som grunnlovsstridig. Retten til ivaretagelse av helse bør derfor fremgå av Grunnloven, slik Lønningsutvalget foreslo i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014.

En grunnlovsendring bør bygge på ØSK art. 12 og 2. I denne bestemmelsen ligger det en *rett til beskyttelse mot epidemier*, og «føre var» vurderinger, noe som er ivaretatt i smittevernloven og helseberedskapsloven. Retten til beskyttelse mot epidemier omfatter da en del av helseberedskapsloven omtale av kriser. I Grunnloven bør sammenhengen med helseberedskapsloven og smittevernloven tydeliggjøres, i en egen bestemmelse, eller for eksempel i Grunnloven § 112:

«Enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten. [...]

Enhver har rett til ivaretagelse av sin helsesituasjon. Det skal etableres beredskap mot krig og kriser for å begrense skadevirkninger på samfunnet.

Det kan ev. nedsettes et utvalg for å vurdere en slik endring av Grunnloven.

2.3 Endringer av smittevernloven og helsepersonelloven § 49

2.3.1 Endring av helsepersonelloven § 5 og § 49

Studenter og elever kan ikke benyttes som medhjelpere bortsett fra når det er nødvendig av hensyn til egen opplæring, jf. helsepersonelloven § 5. Under en pandemi er det av avgjørende betydning å benytte denne gruppen til avlastning. Denne tilføyelsen i helsepersonelloven § 5 bør fjernes. Den henger ikke godt sammen med

resten av bestemmelsen som i utgangspunktet innebærer en konkretisering av forsvarlighetsplikten når medhjelper benyttes.

I denne utredningen konkluderes det med at delegasjonsbestemmelsen i helsepersonelloven § 5 ikke kan benyttes dersom ikke helsepersonellet selv fører tilsyn med utførelsen. Under en pandemi er det nødvendig at andre enn de oppgitte profesjonene kan utføre oppgaver og at det er helsevirksomheten eller eier som har ansvar for at dette gjøres på en forsvarlig måte, det vil si at det må tilbys nødvendig opplæring og føres tilsyn. Dette bør tydeliggjøres som et unntak fra profesjonskravene i smittevernloven, og at unntaket kommer til anvendelse ved «alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom». Det er få oppgaver som er forbeholdt personell med autorisasjon etter helsepersonelloven. Denne loven regulerer alt personell, også elever og studenter, som gir helsehjelp i helse- og omsorgstjenesten. Under en krise i henhold til helseberedskapsloven § 1-5 kan det være behov for å utstede lisens til flere enn det som følger av dagens lov for å løse oppgaver som er forbeholdt autorisert helsepersonell. Dette bør kombineres med et opplæringsprogram. I dagens lov er det ikke en slik hjemmel. En utvidet adgang til å utstede lisens kan tas inn i helseberedskapsloven § 4-1 eller i helsepersonelloven § 49:

Departementet kan utstede lisens på andre vilkår enn det som fremgår av denne bestemmelsen ved krig og kriser i henhold til helseberedskapsloven § 1-5.

2.3.2 Sammenhengen mellom smittevernloven og helseberedskapsloven

Sammenhengen mellom helseberedskapslovens regler som blant annet skal beskytte helsetjenesten og personellsituasjonen, og smittevernloven, bør fremgå av begge lover. Risikoen for personellmangel og behovet for beordring kan reduseres gjennom tiltak etter smittevernloven. De erfaringer som blant annet ble opparbeidet i forbindelse med hytteforbudet, illustrerer et behov for å tydelig regulere at smitteverntiltak kan benyttes for å beskytte helsetjenesten. En utfordring var at dette forbudet var for generelt da det omfattet alle kommuner med utgangspunkt i grunnvilkårene i smittevernloven § 1-5. Beskyttelsen av helsetjenesten bør også tas inn som et formål i smittevernloven § 1-1 og i avveiningsregelen etter § 1-5. Det bør også fremgå av helseberedskapsloven § 1-5 at smitteverntiltak etter smittevernloven kan iverksettes for å beskytte helsetjenesten.

2.3.3 Tydeliggjøring av avveiningsregelen i smittevernloven § 1-5

Forholdsmessighetsvurderinger i forbindelse med befolkningsrettede – generelle reguleringer – bør tydeliggjøres i smittevernloven § 1-5. Bestemmelsen bør både vise til at grunnlaget for slike vurderinger under en pandemi er sammensatte, for eksempel må kontroll på import av smitte ses i sammenheng med risikoen for nedlukning av

samfunnet. Når det gjøres unntak fra karantenepålegget for innreisende til Norge foretas det for eksempel prioriteringer, der barn og unge, og næringslivet prioriteres foran for eksempel personer med fritidseiendommer.

Disse reguleringene skal være et grunnlag for å beskytte befolkningen og helsetjenesten. Situasjonen i helsetjenesten har vært avgjørende for smitteverntiltak i Norge og i de fleste andre land, og bør fremgå av vurderingsgrunnlaget i smittevernloven, sammen med overordnede prioriteringer som skal hindre smittespredning uten for stor tiltaksbyrde.

Avveiningsregelen bør endres slik at den er bedre tilpasset befolkningsrettede reguleringer etter smittevernloven §§ 4-1 flg. Disse reguleringene kjennetegnes av at det ikke foretas individuelle vurderinger, noe som ikke er tydelig i smittevernloven § 1-5. Begrepet «frivillig» i § 1-5 sikter primært til fravær av tvang og enkeltvedtak, og ikke til fravær av forskrifter som retter seg mot befolkningen og ev. en styringsrett for arbeidsgivere utledet av smittevernloven.

2.4 Endringer i helseberedskapsloven

2.4.1 Unntaket for arbeidstidsbestemmelser i helseberedskapsloven § 4-1

Unntaket for arbeidstidsbestemmelser i arbeidsmiljøloven som ledd i beordringsadgangen for arbeidsgiver, kan tolkes slik at tariffavtaler som inngås med utgangspunktet i de samme bestemmelsene også kan settes til side.

Dette begrunner at det kan være nødvendig med en klargjøring i helseberedskapsloven om at partene i arbeidslivet kan inngå egne kriseavtaler for situasjoner som gir adgang til beordring, jf. også forslaget om at departementet kaller inn partene, ev. at det etableres et eget forum for å samarbeide om løsningene.

2.4.2 Beredskapen må inneholde beskyttelsestiltak når det gjelder helsepersonell

Helseforetakslovens bestemmelser bør suppleres slik at det tydeliggjøres at helsepersonellet må beskyttes mot smitte. Mangel på beskyttelsesutstyr har stor betydning for personellsituasjonen. Den erfaringen som er opparbeidet bør benyttes til nye systemer og reguleringer.

Dette kan for eksempel gjøres gjennom et tillegg i helseberedskapsloven § 2-2 (4) som pålegger kommuner, fylkeskommuner og regionale helseforetak konkrete beredskapstiltak i tillegg til beredskapsplaner, der det kan føyes til «og beskyttelse av helsepersonell», slik:

«Departementet kan gi forskrift om krav til beredskapsforberedelsene og beredskapsarbeidet, herunder sette krav til driftssikkerhet, lagring av materiell og utstyr, og til øvelser og opplæring- og beskyttelse av personell.»

Personellsituasjonen planlegges som om det kan bli personellmangel, og med utgangspunkt i omdisponeringer og rekruttering.

Reguleringer av adgangen til å beordre helsepersonell utover dagens ordning må baseres på at helsetjenesten sørger for bedre beredskap i fredstid, beskyttelsesutstyr og iverksetter tiltak for å redusere sårbarheten i en normalsituasjon som kan gi utfordringer når det oppstår en unntakssituasjon. Dette skyldes at deler av helsetjenesten baseres på «import» av helsepersonell, deltidsstillinger og liten grad av restkapasitet. Beskyttelse av helsepersonell ved utstyr og tilgjengelige metoder, for eksempel vaksine, bør tydeliggjøres i loven. Dette skyldes blant annet erfaringer med det prioriteringsarbeidet FHI gjorde vedrørende vaksiner og vaksinelogistikken, og der helsepersonell i første omgang lå langt ned på prioriteringsoversikten.¹² Det ble ikke foretatt noen vurderinger i lys av formålet med helseberedskapsloven og adgangen til beordring. Beskyttelse av helsepersonell er en forutsetning for å kunne beordre uten at helsepersonell kan reservere seg mot å utføre oppgaver med risiko for smitte.

Forslag til tillegg i helseberedskapslovens § 4-1 siste ledd:

Departementet og arbeidsgiver skal benytte tilgjengelige kunnskaper og metoder for å gi personell som beordres tilstrekkelig beskyttelse.

I kommentaren til loven bør det presiseres: Kravet til beskyttelse av personell som beordres til å behandle personer med allmennfarlig smittsom sykdom innebærer at det samme personell må prioriteres høyt ved utvikling av en vaksine. Dette begrunnes i at vaksiner av helsepersonell vil beskytte flere enn den enkelte som mottar vaksinen, og minske risikoen for frafall av helsepersonell. Det bør iverksettes flere tiltak for å redusere sårbarhet som følge av import av personell og omfattende bruk av deltidsstillinger.

2.4.3 Personellplanlegging og registrering

Det bør utarbeides en forskrift om personellplanlegging og om beskyttelse av personell i helsetjenesten, jf. helseberedskapsloven § 1-1. Nærmere regulering i forskrift er hensiktsmessig ved at denne kan tilpasses de faktiske behovene og endres under en krise. Det er nødvendig med en tilstrekkelig tydelig lovhjemmel for å pålegge plikter og lagre et register, for eksempel gjennom revisjon av helseberedskapsloven § 2-2 (4), slik:

¹² <https://tidsskriftet.no/2020/11/debatt/etikkekspert-pa-villspor>

Departementet kan gi forskrift om krav til beredskapsforberedelser og arbeid, og et personellregister over personer i beredskap. Forskriften kan sette krav til planer for å ha tilstrekkelig personell, opplæring av personell, og til å lage nødvendig beskyttelsesutstyr, legemidler og annet medisinsk utstyr som det kan bli knapphet på.

Planene bør inneholde bruk av studenter og personer som har sluttet som helsepersonell.

2.4.4 Registrering av personell som slutter i helsetjenesten og opplæring

Personellmessig beredskap inkluderer at det etableres et register over helsepersonell i og utenfor tjeneste som er i beredskap. Flere helsepersonell går over i administrative og andre stillinger. Det bør være en oversikt over det totale antallet helsepersonell i landet, og med ev. muligheter for omdisponeringer under en krise. Ved å opprette et register kan arbeidsgiver ved oppsigelse forespørre helsepersonell om de kan være i beredskap for en krise. Det bør etableres et register med helsepersonell som er i beredskap uten å være i arbeid som helsepersonell og over helsepersonell i arbeid.

Det bør lages digitale utdanningsprogram som kan gjennomføres av personer som stiller seg i beredskap og som ikke har nødvendig helsefaglig kompetanse, for eksempel til smittesporingsarbeid.

2.5 Beordring, kriseavtaler og legaldefinisjon og kategorisering av kriser

2.5.1 Krisers ulike karakter og behovet for definisjoner

Beordringsadgangen etter helseberedskapsloven gjelder ved krig og ved kriser eller katastrofer i fredstid. Dette vil omfatte tilfeller der en allmennfarlig smittsom sykdom truer befolkningens liv og helse. Begrepet beordring sier lite om innholdet i fullmakten og bør revurderes eller legaldefineres, for eksempel med utvidet arbeidsplikt under en krise.

I smittevernloven er det legaldefinisjoner av allmennfarlige smittsomme sykdommer og av alvorlig utbrudd av allmennfarlige smittsomme sykdommer, i smittevernloven §§ 1-3 og 1-4. En tilsvarende legaldefinisjon finnes ikke av begrepet «krise» i helseberedskapsloven § 1-5 og som danner et utgangspunkt for adgangen til å beordre helsepersonell i henhold til samme lov § 4-1. Legaldefinisjoner av kriser kan bidra til større klarhet om «koblinger» mellom den faktiske situasjonen og påleggskompetansen. Behovet for en slik legaldefinisjon vurderes derfor nærmere.

Til sammenligning er det i Irland laget fem ulike kategorier av kriser. Per 22. januar 2021 er de i den høyeste kategorien (5) som gir en rekke fullmakter til å iverksette tiltak. En slik tilnærming kan gi større klarhet om når beordringsbestemmelser eller kriseavtaler

kommer til anvendelse. For å ha større grad av forutsigbarhet, også rettslig, om hva som gjelder under en krise, bør «krise»-begrepet i helseberedskapsloven § 1-5 defineres, og deretter deles inn i tre kategorier, og det bør knyttes tariffavtaler og lovgivning til de tre fasene. I fase/nivå 3 er det personellmangel og helsetjenesten bryter sammen uten at det er forberedt hvordan denne fasen skal håndteres med adgangen til beordring og kriseavtaler. Forslaget er at kriser kategoriseres i tre ulike nivåer (faser) – slik at plikter til beredskap og aktivisering av kriseavtaler kan knyttes til de ulike fasene. Det bør innledes dialoger mellom de nasjonale hovedsammenslutningene for å utforme en nasjonal kriseavtale som gir et grunnlag for kriseavtaler på flere nivåer, og som dels supplerer og dels erstatter tariffavtaler som er beregnet på «fredstid».

Det bør formuleres som en plikt til å inngå kriseavtaler med helse- og omsorgstjenesten som inneholder arbeidsplaner under krise på nivå 3. Dette dreier seg både om nasjonale avtaler som relateres til den myndigheten som er lagt til departementet, og lokale avtaler på det enkelte arbeidssted.

2.5.2 Planer og prosess vedrørende kriseavtaler

Helsepersonelloven og smittevernloven gir hjemmel for å pålegge helsepersonell visse typer arbeid, men disse er svært begrenset. Den viktigste bestemmelsen i smittevernloven henviser dessuten kun til helseberedskapsloven som inneholder hjemler til å beordre helsepersonell. Beordringsadgangen omfatter pålegg om arbeidstid, arbeidssted og hva slags type arbeid som skal utføres. Loven angir et vidt spekter av personell som kan beordres etter loven, og dette omfatter både personell som tradisjonelt regnes som helsepersonell, og personell som ikke er omfattet av dette begrepet. Beordringskompetansen ligger dels hos arbeidsgiver og dels hos Helse- og omsorgsdepartementet. Som ledd i beredskapen bør det vurderes om arbeidsgivere og departementet bør pålegges en plikt til å inngå kriseavtaler, ev. en plikt til å vurdere mulighetene for å inngå slike avtaler.

Kommuner og helseforetak bør pålegges å sørge for planer som gjelder utdannings- og bemanningssituasjonen under kriser. Helseberedskapsloven bør inneholde et pålegg om at kommuner og regionale helseforetak kartlegger mulighetene for og benytter seg av ekstra kapasitet blant helsepersonell, i form av avtaler med private helsetilbydere, innleie av vikarer, bruk av studenter, pensjonister med mer.

Departementet bør invitere partene i arbeidslivet (fagforeningene og arbeidsgiverorganisasjonene) til et samarbeid for synspunkter og innspill. I denne sammenhengen bør det drøftes hvilken rolle departementet skal ha, for eksempel når det

gjelder sammenhengen mellom lovgivning og avtaler. Departementet og arbeidslivets parter kan på denne måten bli enige om en struktur for å regulere kriseordninger og avtaler. På samme måte bør det være dialog om fastlegeordningen og avtalespesialistordningen og med andre privatpraktiserende med offentlig finansiering for å planlegge en krise:

To nivåer: Inngås mellom aktuelle arbeidstakerorganisasjoner og arbeidsgiverorganisasjoner, om utvidelse av rammeavtaler for næringsdrivende fastleger og avtalespesialister med offentlig finansiering. Avtalene kan knyttes til reguleringer av «krise» i helseberedskapsloven og «aktiviseres» av regjeringen. Temaer for dialog om avtaler og regulering kan være:

1. Beredskapslovgivning, beredskapsavtaler og kriseavtaler
 - a. Helsetjenestens plikter til beredskap må omfatte personellsituasjonen, kompetanseplaner og avtaler som kan gjelde under kriser.
 - b. Avtaler om å endre arbeidsplaner ved en krise inngås før krisen utløses.
2. Avtaler med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven om fastlegeordningen, legespesialister og andre næringsdrivende med offentlig refusjon. Rammeavtalene bør inneholde reguleringer av både beredskap og av omdisponeringer, og sammenhenger med Statsavtalen (Normaltariffen).
3. Beredskapslister over personell som kan benyttes i en krise:
 - a. Planer for hvordan studenter, pensjonister og annet personell kan benyttes
 - b. Register over helsepersonell som har meldt seg til å være frivillige etter å ha sluttet som helsepersonell. Ordning for systematiske forespørsler når helsepersonell slutter i helsetjenesten.
4. Opplæringsvirksomhet
 - a. Plassering av ansvar for opplæring i klinikken
 - b. Utarbeidelse av digitale kurs som skal gjennomføres som ledd i beredskap og kurs som kan benyttes overfor personell som ikke er i helsetjenesten
5. Kriseavtaler og eget tvisteløsningssystem
 - a. Legaldefinisjon av kriser i helseberedskapslovens og inndeling
 - b. Lovgivning som tilrettelegger for avtaler og for å styrke personellsituasjonen
 - c. Rask tvisteløsning ved tvist om avtaler gjennom frivillig nemnd eller voldgift

Det bør lages et system for rekruttering av personell utenfor helsetjenesten og opplæringsvirksomhet, blant annet digitale kurs.

2.5.3 Pålegg om Kriseavtaler, og etablering av eget voldgiftssystem

Det bør i lov stilles krav om at det inngås avtaler for kriser som er nærmere definert i lov, og at det opprettes eget voldgiftssystem som effektivt kan ta stilling til konflikter i kriser. Det bør innhentes erfaringer fra Sverige med tanke på de svenske kriselågeavtalene.

Det må skilles mellom avtaler som inngås med private avtaleparter, fastleger, legespesialister og private virksomheter som rehabiliteringsvirksomheter ol., se neste punkt, og avtaler som inngås mellom arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden i offentlige helsevirksomheter. Pålegget bør omfatte planer som gjelder utdannings- og bemanningssituasjonen under kriser. Planene bør, i tråd med arbeidslivets spilleregler, drøftes og utvikles gjennom partssamarbeidet.

Voldgiftssystemet for disse avtalene kan forankres i arbeidstvistloven/tjenestetvistloven, ev. i form av en frivillig nemnd i henhold til lønnsnemndsloven (særlig aktuelt for private avtaleparter, jf. neste punkt). Voldgiftssystemet skal ta stilling til uenighet om kriseavtaler og beordring under en krise.

Generelle, overordnede avtaler for krisesituasjoner bør inngås på sentralt overordnet nivå, og på foreningsnivå for best mulig tilpassede løsninger for ulike helsepersonellgrupper. De overordnede avtalene på nasjonalt nivå mellom eier/arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakerorganisasjoner, bør deretter utfylles med avtaler mellom partene lokalt – tilpasset de lokale forholdene og den enkelte krise. I tillegg bør det inngås avtaler med enkeltpersoner som tilbyr sin hjelp under kriser og registreres i et register.

Virksomhetsledere bør pålegges å ha beredskap når det gjelder personell og avtaler. De lokale avtalene skal ta høyde for at det kan oppstå ulike situasjoner under en krise, blant annet med store nasjonale variasjoner.

2.5.4 Kriseavtaler med private avtaleparter

Departementet bør benytte trepartsrelasjonen med de regionale helseforetak/KS og Legeforeningen (ev. også Psykologforeningen), til dialog og avtalereguleringer av kriseordninger, samt refusjon. Helseberedskapsloven bør pålegge kommunene og de regionale helseforetakene å inngå avtaler med private helsetilbydere om arbeid under kriser.

2.6 Pålegg om avtaler med private helsetilbydere om beredskap

Helseberedskapslovens pålegg om beredskap bør omfatte en plikt til å ha «reservekapasitet» gjennom blant annet avtaler med private helsetilbydere.

Dagens rammeavtaler bør videreutvikles slik at de inneholder plikter til beredskap, og krisereguleringer. Dette vil omfatte rammeavtalene mellom KS/Oslo kommune og Legeforeningen om fastlegeordningen, og mellom RHF og Legeforeningen om legespesialister. Under pandemien var det ledig kapasitet blant avtalespesialister som ikke ble benyttet. I tillegg bør det inngås avtaler med private sykehus og rehabiliteringsvirksomheter om både beredskap og kriseregulering.

Departementet bør ta initiativ til dialog om denne avtaleutviklingen, blant annet for å diskutere hvordan refusjonssystemet i statsavtalen (Normaltariffen) skal kunne utvikles raskt under en krise og for å knytte reguleringene i rammeavtalene til denne refusjonen. Det kan være aktuelt med generelle tilskudd og aktivitetstilskudd.

Kap. 3: Lovgivningen og internasjonale reguleringer

3.1 Myndighet, begrunnelser og reguleringer

3.1.2 Myndighet etter lovgivningen og begrunnelser

I lovgivningen har kommunene, Helsedirektoratet, Helse- og omsorgsdepartementet og regjeringen fått fullmakter til å iverksette nødvendige tiltak. Krisehjemmelen i helseberedskapsloven er aktivisert og ligger til grunn for beordringsadgangen i helseberedskapsloven § 4-1. I henhold til smittevernloven § 7-10 skal Helsedirektoratet utrede grunnlaget for reguleringer etter å ha innhentet råd fra Folkehelseinstituttet.

Helsedirektoratet skal gjennom råd, veiledning, opplysning og vedtak etter denne loven medvirke til at befolkningens behov for tjenester og tiltak blir dekket i forbindelse med smittsomme sykdommer.¹ Helsedirektoratet skal innhente kunnskap fra Folkehelseinstituttet og legge denne kunnskapen til grunn for sine vurderinger

I dette ligger at begrunnelsen for reguleringer og endringer i reguleringer finnes i nummerte utredninger fra Helsedirektoratet.¹³ I disse utredningene er det gjort vurderinger av nødvendigheten av reguleringer og forholdsmessighet.¹⁴

Smittevernloven har tilrettelagt for at fortløpende reguleringer under en pandemi – og som ikke alltid sendes på høring – skal baseres på levering av utredninger fra Helsedirektoratet, og veiledere som rettes mot befolkningen.¹⁵

Smittevernreguleringen er avgjørende for kapasitetssituasjonen i helsetjenesten. Under en pandemi med stor grad av usikkerhet kan det forventes lovrevisjoner underveis. Erfaringer så langt er at det er en omfattende produksjon av lovgivning, noe som både skyldes usikkerhet om pandemiens virkninger og hvordan tiltak virker, samt kommunal og nasjonal myndighetsutøvelse. Kriselovgivning bør være så klar som mulig, med de begrensninger som ligger i at den må omfatte ulike typer av kriser. I helselovene er det flere grunnlag for tvang både i behandlingen av mennesket og av helseopplysninger.

¹³ <https://www.fhi.no/sv/smittsomme-sykdommer/corona/dags--og-ukerapporter/dags--og-ukerapporter-om-koronavirus/>.

¹⁴ Se covid-19-oppdrag fra HOD nr. 286, og svar på covid-19-oppdrag fra HOD nr. 329. [https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/faglig-grunnlag-til-helse-og-omsorgsdepartementet-covid-19/Oppdrag%20329%20-%20Vurdering%20av%20smittesituasjonen%20opp%20mot%20de%20forsterkede%20tiltak%20mot%20enkelte%20kommuner%20-%20svar%20fra%20Helsedirektoratet%20og%20Folkehelseinstituttet.pdf](https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/faglig-grunnlag-til-helse-og-omsorgsdepartementet-covid-19/Oppdrag%20329%20-%20Vurdering%20av%20smittesituasjonen%20opp%20mot%20de%20forsterkede%20tiltak%20mot%20enkelte%20kommuner%20-%20svar%20fra%20Helsedirektoratet%20og%20Folkehelseinstituttet.pdf/_/attachment/inline/e39c342b-f9d6-4f08-93fb-c7567dd6597b:6c4ccc5e276dfd2b136b12ce153b501c59c10cb6/Oppdrag%20329%20-%20Vurdering%20av%20smittesituasjonen%20opp%20mot%20de%20forsterkede%20tiltak%20mot%20enkelte%20kommuner%20-%20svar%20fra%20Helsedirektoratet%20og%20Folkehelseinstituttet.pdf)

¹⁵ Se for eks: [Hjemmekontor og arbeidsplasser \(covid-19\) - Helsedirektoratet](#)

Det er lagt vekt på å begrense bruken av tvang, for eksempel isolering etter smittevernloven kap. 5. Under en epidemi meldes det videre om smitte for smitteoppsporing og til et register uten samtykke.

Befolkningsrettede tiltak etter smittevernloven er basert på generelle – og ikke individuelle tiltak og vurderinger, og oppfyllelsen baseres i stor grad på tillit. Sammenhengen mellom de befolkningsrettede reguleringsfullmaktene i smittevernloven kap. 4, og helseberedskapsloven, samt avveiningsvilkårene i smittevernloven § 1-5, bør være tydeligere. Lovgiver bør bruke erfaringene til å klargjøre lovgivningen så langt det er mulig, uten at det fører til for sterke begrensninger i mulighetene for å handle, jf. klarhetskrav og oppregninger i loven som utelukker variasjon av situasjoner og tiltak.

3.2 Arbeidsgivers styringsrett i helse- og omsorgstjenesten

3.2.1 Styringsretten og begrensninger

Begrepet *styring* benyttes om *politisk styring*, *administrativ styring*, styring gjennom forskrifter og enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2, og om arbeidsgivers styringsrett.¹⁶ Forvaltningsloven og offentleglova har betydning for hvordan helsetjenesten styres, for eksempel i forbindelse med systemer for varsling om brudd på forsvarlighetsplikter og offentlig innsyn i helsetjenesten.¹⁷ Staten har et ansvar for å oppfylle internasjonale og nasjonale forpliktelser til å «sørge for» en helse- og omsorgstjenesten som kan ivareta befolkningens helsesituasjon og beskytte befolkningen mot smitte og skader som følge av manglende helsehjelp. Dette er et overordnet ansvar som innebærer plikter til å organisere, finansiere og å regulere nødvendige helse- og omsorgstjenester og beredskap. Staten skal som eier av helseforetakene, og de regionale helseforetakene tilby spesialisthelsetjenester regulert av spesialisthelsetjenesteloven og helseforetaksloven.

Arbeidsgiveres handlingsalternativer defineres gjerne innenfor begrepet styringsretten. Arbeidsrettslige spørsmål oppstår når arbeidsgiver har behov for å omdisponere helsepersonell i større grad enn det styringsretten gir adgang til, for eksempel på grunn av begrensninger i ansettelsesavtalen. I henhold til rettspraksis er styringsretten beskrevet som en rett og plikt for arbeidsgiver til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.», jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), se s. 1609. Styringsretten må «skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått», jf. Rt. 2009 s. 1465 (Seinvaktdommen).

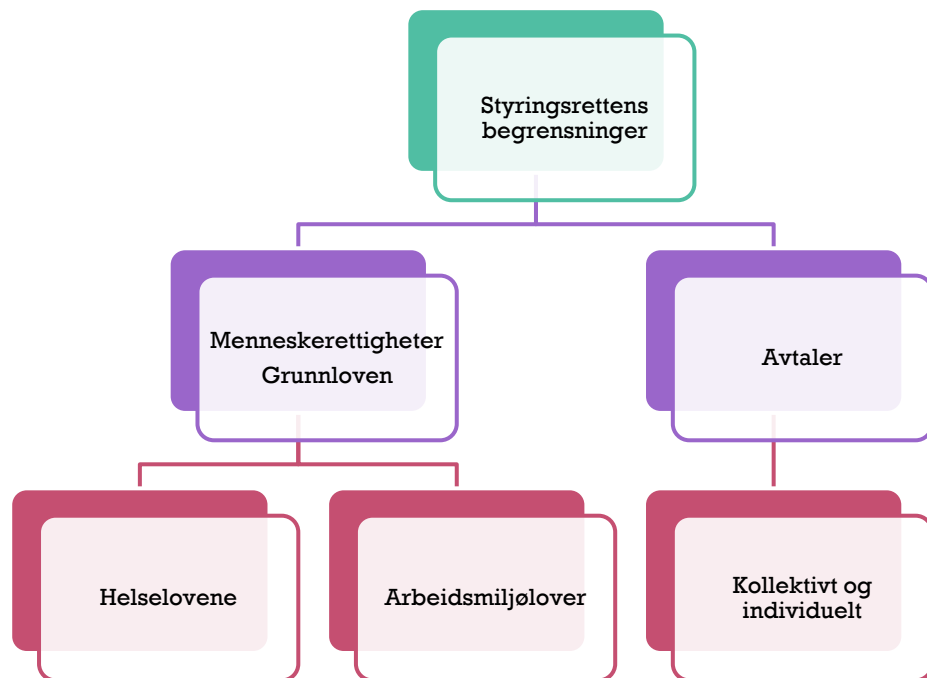
¹⁶ Anne Kjersti Befring, Bente Ohnstad og Nils Grytten, Jus for leger, Høyskoleforlaget, 2002, s. 355, og s. 277 flg. Bente Ohnstad. Rettssikkerhet i helse- og sosialtjenesten sett i lys av den rettslige regulering av tjenesteyternes posisjon som henholdsvis myndighets- og profesjonsutøvere. Kritisk Juss 2004 s. 118–142.

¹⁷ Forvaltningsloven, lov 10. februar 1967 (forkortes fvl.). Offentleglova, lov 19. mai 2006 nr. 16.

Styringsretten utgjør et selvstendig rettsgrunnlag for arbeidsgivers beslutninger.¹⁸ I Seinvaktdommen uttaler Høyesterett følgende:

[d]ersom ikke arbeidsgiveren har gitt særskilt avkall på styringsretten, må arbeidsgiver i kraft av styringsretten innenfor de begrensninger som følger av lovgivning og tariffavtaler kunne endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet.

I tillegg til det alminnelige saklighetskravet er det mange begrensninger i helselovene som får betydning for arbeidsgivers styringsrett, og avtaler (kollektive og individuelle), og kan illustreres slik:



Plikter i helselovene som begrenser arbeidsgivers styringsrett ligger på flere nivåer. Helsetjenesten skal tilby nødvendige og forsvarlige helsetjenester til befolkningen, gjennom å ha tilstrekkelig personell med nødvendig kompetanse, utstyr, systemer og rutiner. Kommunene og de regionale helseforetakene skal i kraft av eieransvaret «sørge for» helsetjenesten og kan inngå avtaler med privatpraktiserende for å få utført

¹⁸ Se Stein Evju, «Styringsrett og restkompetanse», *Arbeidsrett*, 2010, s. 49–65, hvor følgende klargjøres: «Det var ikke tanken å antyde at styringsretten ikke er et selvstendig rettsgrunnlag» (s. 58).

oppgaver. Kommunene har inngått avtaler med næringsdrivende fastleger som er regulert av helse- og omsorgstjenesteloven og av en egen fastlegeforskrift. Staten, KS og Legeforeningen har inngått en nasjonal avtale (statsavtale, Normaltariffen) for å regulere privatpraktiserende leger med avtale med kommunen eller de regionale helseforetakene i henhold til folketrygdloven § 5-4. I tillegg er det nasjonale rammeavtaler mellom henholdsvis KS/Oslo kommune og Legeforeningen når det gjelder fastleger og mellom De regionale helseforetakene og Legeforeningen når det gjelder avtalespesialister. Lignende avtaler finnes for psykologer.

Felles for forpliktelsene er at det omfatter et bredt spekter av oppgaver og tjenester, samt tilstrekkelig kapasitet, og beredskap, som i lovene omtales som et «sørge for»-ansvar. For å kunne oppfylle lovkravet må ledelsen i kommunene og det regionale helseforetaket ha oversikt over situasjonen i helse- og omsorgstjenesten for å treffe opplyste beslutninger og for å kunne tilrettelegge for tjenester. Dette er avhengig av at det gis informasjon fra nivået for pasientbehandlingen og oppover i styringssystemet om utfordringer i å oppfylle plikter og ivareta pasienters rettigheter. Dette følger både av systemer for varsling og av forpliktelser for eier og i styringslinjen. Befolkningens behov for forsvarlige tjenester er et grunnlag for hva som er tilstrekkelig kapasitet og tjenester. Det stilles krav om nødvendig bemanning, hensiktsmessige lokaler, tilstrekkelig antall senger, medisinsk og digitalt utstyr og en hensiktsmessig fordeling av tjenestene etter behov, omtalt som prioriteringer.

Stortingets vedtak og intensjoner skal følges opp i «styringslinjen» og av ledelsen. De overordnede pliktene dreier seg om å ha et tilstrekkelig tilbud og omfatter både kapasitet og ulike tjenester, samt oversikt over utviklingen og beredskap.

I henhold til helselovgivningen skal virksomhetsledelsen sørge for at helsetilbudet er forsvarlig. Virksomhetsledelsen er pålagt et *systemansvar* for å oppfylle plikter i helselovene – og et dataansvar.¹⁹ Dataansvaret er i stor grad regulert av helselovene og må ses i sammenheng med plikter til forsvarlighet og til å beholde taushet, ev. unntak fra taushetsplikten.

3.2.2 Forskjeller mellom plikter i arbeidsmiljøloven og helselovene

En viktig forskjell mellom plikter i henholdsvis arbeidsmiljøloven og helselovene, er at det i førstnevnte lov er hensynet til arbeidstakere (og virksomheten) som er det sentrale. I helselovene er det hensynet til forsvarlig pasientbehandling som begrunner

¹⁹ I personvernforordningen (GDPR) er dette betegnet som et behandlingsansvar. For å unngå misforståelser mht behandling av pasienter har man valgt å kalle det dataansvar i helsetjenesten.

tilretteleggingsplikten. Det er likevel nær sammenheng mellom plikter til forsvarlig arbeidsmiljø og forsvarlig pasientbehandling. Mangel på kvalifisert helsepersonell vil for eksempel både føre til risiko for overbelastning av arbeidstakere og i pasienttilbudet. Under en pandemi vil manglende beskyttelse av helsepersonell føre til personellmangel og at pasienter smittes av helsepersonell.

Plikter i arbeidsmiljøloven § 4-1 om at arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig med hensyn til arbeidstakeres fysiske og psykiske helse, vil være vanskelig å oppfylle under en pandemi. Det må vurderes hvordan arbeidstakere kan beskyttes best mulig under en pandemi, et ansvar som påhviler arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 2-1, eier og helsemyndighetene, og hvilken adgang det er til beordring. I dette ligger blant annet krav til å ivareta arbeidstakere gjennom nødvendig og mulig arbeidsplanlegging, blant annet for å motvirke sykdom og risiko.

I helselovgivningen pålegges helsevirksomheter og helsepersonell plikter som skal bidra til at befolkningen får et nødvendig og forsvarlig helsetilbud. Et forsvarlig arbeidsmiljø vil være et fundament for å kunne gi et forsvarlig pasienttilbud. Dersom ressursituasjonen ikke gir grunnlag for å oppfylle økte forventninger fra befolkningen om et bedre helsetilbud og kortere ventetid, kan dette være en faktor som påvirker arbeidsmiljøet. Lang ventetid på behandling, arbeidspress og utfordringer med medisinsk utstyr kan også skape utfordringer i arbeidsmiljøet, noe som igjen kan medføre en forhøyet risiko for pasienter. Det finnes få undersøkelser av arbeidsmiljøet i helsetjenesten. Arbeidstilsynet gjennomførte i 2005- 2007 den landsomfattende kampanjen «God vakt!», for å finne ut hvilke spesielle arbeidsmiljøutfordringer ansatte i norske sykehus opplever.²⁰ Funnene er knyttet til fem hovedområder: 1) organisering, kultur og teknologi 2) omstilling 3) psykiske og sosiale belastninger 4) ergonomiske belastninger, og 5) kjemisk og biologisk helsefare. Kampanjen avdekket et uforsvarlig tidspress hos de ansatte i sykehusene, noe som kan medføre risiko for både ansatte og pasienter. Dette ble forklart med ubalanse mellom tildelte ressurser og pålagte oppgaver. I NOU 2016: 1 (Arbeidstidsutvalget) vises det til arbeidsmiljøutfordringer og utfordringer med døgnbemanning i helsevirksomheter. Det er et spenningsforhold mellom hensynene til arbeidstakere og hensynet til å kunne tilby døgn tjenester.²¹

²⁰ <https://www.arbeidsmiljo.no/god-vakt/>

²¹ Legeforeningen har for eksempel avtalt vidtgående unntak fra det vernet arbeidsmiljøloven skal gi. Sykepleiere har ikke de samme generelle unntakene, men har begrensninger i sine tariffavtaler som innebærer at de skal arbeide maksimalt hver tredje helg. Det kan ved avtaler gjøres unntak fra 11-timers hviletid og gjennomsnittsberegning, NOU 2016:1, punkt 2.11 og 13.

Pliktene som påhviler arbeidsgivere i helsevirksomheter begrunnes i at befolkningen skal ha et likt tilbud med høy kvalitet, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1, der det står: «[1]ovens formål er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten».²² Denne lovgivningen begrenser arbeidsgivers ulovfestede rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, omtalt som *styringsretten*.²³ Asbjørn Kjønstad ga i 2005 en systematisk oversikt over «styringssystemet» i helsetjenesten som begrenser arbeidsgiveres styringsrett.²⁴ Kjønstad avsluttet med å reise spørsmål om det i større grad burde være opp til ledelsen i helsevirksomheter å fordele oppgaver mellom helsepersonell. Utviklingen siden Kjønstad skrev denne artikkelen har gått i motsatt retning, med flere lovreguleringer. Det foreligger forøvrig lite annen juridisk teori om styringsretten sett i lys av forsvarlighetsplikter i helselovene.

Arbeidsgivere i helsetjenesten må forholde seg til stadig flere plikter som skal bidra til forsvarlige tjenester, noe som kan skape uklarheter om styringsretten.

Forsvarlighetsplikter påhviler både eier, virksomhetsledelse og helsepersonell og bygger på et ikke-skadep prinsipp, retten til liv og ivaretagelse av menneskeverdet, se punkt 4.3.²⁵ Plikter til å ivareta befolkningen og forsvarligheten i helsetjenesten har dermed betydning for arbeidsgivers styringsrett.²⁶ Det foreligger en rekke lovbestemte plikter som påvirker tilretteleggingsplikten, blant annet for at helsepersonell skal ha nødvendig autonomi til å opptre i henhold til sine lovbestemte plikter, jf. helsepersonelloven § 16.²⁷ ²⁸ Dette kommer i tillegg til bestemmelser i helse- og

22 Pasient- og brukerrettighetsloven 2. juli 1999 nr. 63. Begrepet pasient er definert vidt til å omfatte flere enn de som mottar helsehjelp, også en person som ber om helsehjelp regnes som pasient, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 a. Begrepet bruker benyttes om personer som «anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter bokstav c», jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 f.

23 Flere avgjørelser fra Høyesterett legger til grunn denne styringsretten, se for eks. Nøkk (Rt. 2000 s. 1602) og Theatercafeen (Rt. 2008 s. 856). Begrepet styring kan oppfattes som en sekkebetegnelse for plikter og kompetanse for arbeidsgiver til å instruere og til å treffe formelle beslutninger.

24 Asbjørn Kjønstad, *Styringsretten i helsevesenet*. Arbeidsrett, volum 2, nr. 1, 2005.

25 Henriette Sinding Aasen, kap. 2 i Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red). *Sentrale helserettslige emner*, 2016, og kap. 1 i samme bok.

26 Begrepet helsetjenesten benyttes her som kortform for helse- og omsorgstjenester definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 d, og omfatter i all hovedsak den kommunale helse- og omsorgstjenesten, spesialisthelsetjenesten og private helsevirksomheter. Apotek er regulert av apotekloven, jf. apotekloven, lov av 2. juni 2000 nr. 39. Apotek regnes som en helsevirksomhet, uten å være en del av styringskjeden som gjelder de regionale helseforetakene og kommunene. Apotekloven skal primært «sikre forsvarlig utlevering av legemidler til sluttbruker» og bidra til «riktig legemiddelbruk i befolkningen og til god tilgjengelighet i alle deler av landet til legemidler og farmasøytiske tjenester som har god kvalitet og rimelig pris.», jf. apotekloven § 1.

27 Helsepersonelloven 2. juli 1999 nr. 64.

28 Arbeidsmiljøloven, lov 17. juni 2005 nr. 62.

omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven, som retter seg mot arbeidsgivere i de to nivåene i helsetjenesten: primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.²⁹

Helseberedskapsloven har blant annet som formål å beskytte kapasiteten i helsetjenesten og kan også være et grunnlag for å stille krav om beskyttelse av helsepersonell mot smitte. Staten har en rolle både når det gjelder å påse at det er tilstrekkelig beskyttelsesutstyr med nødvendig kvalitet, legemidler og utstyr. I dette ligger at helsepersonell som behandler smittede personer må prioriteres høyt dersom det utvikles metoder for å begrense risikoen for at helsepersonell blir smittet og syke. Det sistnevnte bør tydeliggjøres for å unngå at det gis råd uavhengig av de rettslige forpliktelsene, samt at fullmaktslovgivning under en krise kan være nødvendig for å sikre befolkningens rettigheter.

Sammenhenger mellom ansvarsnivåene og pliktene til forsvarlighet, har dessuten betydning for hvem som kan utøve myndighet og treffe beslutninger, og dermed for styringsretten. Helselovens plikter kan beskrives som *styringsplikter* pålagt arbeidsgivere i helsetjenesten. En konsekvens av at arbeidsgivere i helsetjenesten er regulert både av generelle plikter som arbeidsgivere og særskilte plikter i helselovene, er at det kan oppstå ulike plikt-kollisjoner. Det som kjennetegner de beslutninger som er omfattet av forsvarlighetsplikter er at de treffes i faktiske situasjoner, muntlig eller gjennom handling. Ledelsesbeslutninger kan være skriftlig dokumentert og komme til uttrykk gjennom rutiner og vedtak fra ulike møter.

3.3 Reguleringer av helsepersonell og om autorisasjonsordningen

Helsepersonell er direkte regulert i helsepersonelloven, og omfatter personell med autorisasjon og personell uten autorisasjon, samt studenter/elever, som gir helsehjelp i helsetjenesten eller apotek, jf. helsepersonelloven § 3. Det er ikke et alminnelig krav om at enhver som arbeider med pasientbehandling skal ha autorisasjon, men retten til ansettelser er betinget av at helselovens uttrykkelige kompetansekrav og pliktene til forsvarlighet kan overholdes. Helsepersonelloven regulerer autorisasjonsordningen, spesialistgodkjenning, og lisens.³⁰

Formålet med autorisasjonsordningen er å gi arbeidsgivere og befolkningen forutsigbarhet når det gjelder hvilken formell kompetanse som følger av bestemte titler. Arbeidsgivere må undersøke om personer har nødvendig autorisasjon når det lyses ut

²⁹ Disse lovene omtales som tjenestelover: Helse- og omsorgstjenesteloven, lov av 24. juni 2011 nr. 30 og spesialisthelsetjenesteloven, lov 2. juli 1999 nr. 61.

³⁰ Lisens er en begrenset autorisasjon.

stillinger som er omfattet av tittelvernet i helsepersonelloven § 74, og at autorisasjonen ikke er tilbakekalt eller begrenset.³¹ De beskyttede titlene gjelder alle grupper med autorisasjon og spesialistgodkjenning, jf. oppregningen i helsepersonelloven § 48. Overfor personell uten autorisasjon kan brudd på loven eller uegnethet føre til straff, jf. helsepersonelloven § 67 eller advarsel etter helsepersonelloven § 56. Overfor personell med autorisasjon kan flere reaksjoner benyttes. Tilbakekall av autorisasjon er den mest inngripende reaksjonen da et slikt vedtak fører til et forbud mot å benytte tittelen og å arbeide i stillinger som forutsetter en autorisasjon i Norge, Norden og andre land.

3.4 Helseberedskapsloven og smittevernloven

Med Stortingets vedtakelse av folkehelseloven, helseberedskapsloven og smittevernloven, er det gitt vide fullmakter til kommunene, Helsedirektoratet, departementene, og regjeringen til å ivareta befolkningens liv og helse under en pandemi. Arbeidsgivere har noen utvidelser av sin myndighet forutsatt at denne ordningen i helseforetaksloven aktiveres av helsemyndighetene. I tillegg er det myndighet i tjenestelover og i smittevernloven som omtales i utredningen.

Helseberedskapsloven er en fullmaktslovgivning beregnet på krig og kriser for å beskytte befolkningen og helsetjenesten. Smittevernloven inneholder en rekke ulike typer av reguleringer basert på legaldefinisjoner av situasjonen som oppstår. Det skiller mellom befolkningsrettede smitteverntiltak i henhold til kap.4 som retter seg mot flere enn de som er smittet, og tvang overfor smittede med grunnlag i kap. 5, samt tilsidesettelse av taushetsplikten.

Helseberedskapslovens fullmaktsbestemmelser gjelder kun i ekstraordinære situasjoner, og gir adgang til å fravike vesentlige rettigheter. Grunnloven inneholder rettslige barrierer når det gjelder inngrep i helsepersonells privatliv og familieliv gjennom beordring. Også det øvrige regelverket, herunder smittevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven, gir adgang til å beordre leger til å utføre særskilte oppgaver. Behovet for personellressurser har sammenhengen med hvordan smitten begrenses gjennom tiltak etter smittevernloven, og hvordan pandemien rammer helsetjenesten og helsepersonell. Adgangen til beordring må ses i sammenheng med mulighetene for å beskytte helsetjenestens ressurser og der personell er av særskilt betydning, se punkt. 7. Ved utbruddet av Covid-19 ble det klart at det ble mangel på

31 Helsedirektoratet: IS 2290, Gode rutiner – gode tilsetninger. Veileder i gode tilsetninger av helsepersonell, 04/2015.

beskyttelsesutstyr som skal benyttes i helsetjenesten, i tillegg til respiratorer og legemidler.³²

3.5 Lovgivning i Norden og andre land

3.5.1 Likheter og ulikheter når det gjelder beordring

Det har vist seg vanskelig å sammenligne ulike lands lovgivning under pandemien. Dette skyldes blant annet at det benyttes ulike begreper. Ved en nærmere gjennomgang er inntrykket at andre land i stor grad har benyttet personell som ikke er autorisert helsepersonell til å utføre oppgaver. Noen land har også vedtatt reguleringer som gjør det mulig å benytte frivillige i håndteringen av pandemien. Storbritannia har for eksempel vedtatt en omfattende liberalisering av autorisasjonsregelverket som gjør det mulig å benytte frivillige i helsetjenestene. Få land har reguleringer som gir myndighetene kompetanse til å beordre helsepersonell eller annet personell i tjeneste i forbindelse med pandemihåndtering.³³ De mest tydelige eksemplene på beordring finner man i USA, Canada og India. I enkelte delstater i USA kan en lege risikere å miste autorisasjonen dersom vedkommende nekter å behandle pasienter under en krise. I en del canadiske delstater har leger en straffesanksjonert plikt til å bistå under en krise på forespørsel fra myndighetene.

Så langt er det lite erfaringer med beordring av helsepersonell og knapphet på personellressurser slik vi har sett i mange andre land. Under pandemien har det blitt vedtatt flere lovendringer, men få av disse dreier seg om personell. Det foreligger en oversikt over hvordan legeressurser er benyttet i status rapport fra paraplyorganisasjonen for legeforeninger i europeiske legeforeninger (av CPME).³⁴

Det ble inngått avtaler med blant annet Sykepleierforbundet og Legeforeningen, og som hadde kort varighet, se punkt 6.10. De største utfordringene med bemanningssituasjonen har så langt vært i Sverige. På nyåret skriver media at barneintensiven i Skåne er full.³⁵ I Sverige ble det tidlig inngått en avtale mellom arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden som innebar utvidet arbeidstid og kompensasjon.

³² Vi hadde en lav generell beredskap med mangel på beskyttelsesutstyr, legemidler og utstyr, til tross for at det var sannsynlig at vi kom til å bli rammet av en pandemi.

³³ Dette inntrykket skyldes søk i ulike lands rettskilder.

³⁴ [index.php \(cpme.eu\)](http://index.php(cpme.eu))

³⁵ Espressen 4. januar 2021. <https://www.expressen.se/kvallsposten/larmet-fler-barn-svart-sjuka-finns-inte-plats/>

3.5.2 Danske unntaksregler

Danmark vedtok en ny epidemilov i oktober 2020.³⁶ Den danske helseministeren («Sundheds- og ældreministeren») er gjennom loven gitt omfattende fullmakter for å hindre og bekjempe spredning av en nærmere opplistet rekke smittsomme sykdommer. Den gjør det mulig å fravike autorisasjonsregler og gir omfattende kompetanse til å fastsette regler som fraviker privates rettigheter og det offentliges forpliktelser, noe som har betydning for eksempel arbeidsgivers styringsrett.

I den danske epidemilov § 26 står det:

Sundhedsstyrelsen kan fastsætte regler om lægers og andre autoriserede sundhedspersoners medvirken i bekæmpelse af smittsomme og andre overførbare sygdomme.

Bestemmelsen innebærer at den danske «sundhedsstyrelsen» kan fastsette regler om «autoriserede sundhedspersoners medvirken i bekæmpelse af smittsomme og andre overførbare sygdomme». Den kan også fravike vanlige regler, for eksempel knyttet til overtid og andre regler knyttet til arbeidet.

Bestemmelsen gir trolig ikke hjemmel for en generell beordring, for eksempel av personell som ikke på nåværende tidspunkt er i et arbeidsforhold. Den danske sykepleierforeningen skriver på sine sider at bestemmelsen konkret betyr at en sykepleier vil kunne pålegges å jobbe, så lenge det er faglig forsvarlig.³⁷

Våren 2020 avtalte arbeidstaker- og arbeidsgiversiden i det danske helsevesenet at gjeldende tariffavtaler om arbeidstid, arbeidssted og varslingsfrister midlertidig ble satt ut av kraft. Enkelte leger har blitt omdisponert til arbeidsoppgaver tilknyttet koronasmittede pasienter.

For de danske legenes del har behovet for omdisponering blitt ivaretatt gjennom bruk av frivillige løsninger og det har ikke vært behov for å ta i bruk lovhjemmelen som gir grunnlag for regler om tvungen deltagelse/beordring.

Epidemilovens kapittel 3a gjelder fravikelse av det offentliges forpliktelser og privates rettigheter etter annen lovgivning, samt sikring av forsyningen. Enkelte av disse bestemmelsene kan nok antas å være relevante for en mulig beordring. Etter § 12 d første ledd kan for eksempel den danske helseministeren fastsette regler som fraviker det offentliges forpliktelser overfor private og privates forpliktelser overfor det offentlige, «når det er nødvendig for at sikre kapasitet til behandling og pleje af

³⁶ <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2020/1444>.

³⁷ <https://dsr.dk/sygeplejersken/arkiv/sy-nr-2020-4/epidemiloven-hvad-kan-den-betyde-for-dig>.

personer, der er smittet med en alment farlig sygdom, og de pågjældende forpligtelser og rettigheder må anses for at være af mere underordnet betydning i forhold til det nævnte kapacitetsbehov». Bestemmelsen gir helseministeren kompetanse til å begrense de rettigheter og plikter som gjelder innenfor helseministerens ansvarsområde for å sikre helsevesenets kapasitet til å bekjempe pandemien.

Etter § 12 d andre ledd kan helseministeren også fastsette regler om «fravigelse af betingelser fastsatt i anden lovgivning eller i medfør af anden lovgivning», når det er «nødvendig for at sikre patientsikkerheten eller patienters og borgeres behandling, pleje og andre rettigheter m.v. i anden lovgivning eller i medfør af anden lovgivning og disse betingelser ikke vil kunne oppfylles som følge af ekstraordinært ressourcetræk hos sundhetsmyndighetene eller tiltag eller foranstaltninger, der er truffet med henblik på at forebygge eller inndæmme udbredelsen af en alment farlig sygdom her i landet». Bestemmelsen omfatter situasjoner der andre pasientrettigheter ikke kan oppfylles som følge av kapasitetsproblemer i helsevesenet i forbindelse med pandemihåndteringen. I Karnovs lovkommentar til bestemmelsen påpekes det at bestemmelsen også hjemler fravikelse av de normale autorisasjonsreglene for helsepersonell. Etter § 12 d tredje ledd kan også vedkommende minister fastsette regler om fravikelse av «forpligtelser for det offentlige og privates rettigheder over for det offentlig fastsatt i anden lovgivning, i medfør af anden lovgivning eller i avgjørelse truffet af det offentlige i medfør af anden lovgivning» etter forhandling med helseministeren, dersom vilkårene i tredje ledd nr. 1, 2 eller 3 er oppfylt. Dette muliggjør i utgangspunktet at de aller fleste rettigheter private har gjennom annen lovgivning kan fravikes når vilkårene er oppfylt. Det tilsier at for eksempel normale arbeiderrettigheter i medhold av annen lovgivning kan fravikes i en alvorlig situasjon. Dette vil kunne føre til at det faktiske handlingsrommet til en arbeidsgiver blir større.

I Danmark er det i lov vedtatt regler om arbeidsfordeling under covid-19 (lov nr 1964 af 15/12/2020, om ændring af lov om adgang til iværksættelse af midlertidig arbeidsfordeling som led i håndteringen af covid-19 og lov om arbejdsløshedsforsikring m.v.). Lov nr. 1336 af 11. september 2020 endres i § 1 slik at «en arbeidsfordeling, der iværksættes i henhold til 1. pkt., kan være i kraft indtil udgangen af 2021.» Beskæftigelsesministeren har fått fullmakt til å fastsette nærmere regler om betingelser og rammer, som er gjeldende for midlertidig arbeidsfordeling, og om adgangen til at fastlegge rammene for midlertidig arbeidsfordeling ved «kollektiv overenskomst og lokale aftaler». Det fremgår at arbeidstid kan legges mer fleksibelt i § 2.

3.5.3 Sverige

I Sverige er det kommunala nämnder som skal sørge for miljø og helsebeskyttelse og som skal utøve tilsyn. Ved behov skal «smittskyddsläkaren» konsulteres. Det forutsettes at länsstyrelsen ska gi råd og veiledning til kommunene. Regjeringen eller den myndighet som regjeringen bestemmer kunne vedta smitteverntiltak i henhold til en lov som hadde varighet ut 2020 (SFS 2020:526). I Sverige er det foreslått en ny covid-19 lov som skal gjelde fra 10. januar til utløpet av september 2021, primært for å hindre sammenstillinger av mennesker på offentlige og private steder for å begrense smittespredning. Det dreier seg om begrensninger i bevegelsesfriheten i forbindelse med «allmänna sammankomster och offentliga tillställningar • platser för fritids- eller kulturverksamhet • handelsplatser • kollektivtrafik och inrikes flygtrafik • platser för privata sammankomster». Den gir hjemler for å ilegge forbud mot å samles både privat og offentlig. Loven gjelder i tillegg til smittskyddslagen (2004:168) og ordningslagen (1993:1617), og gjør endringer i sistnevnte lov.

I Sverige har det blitt vedtatt endringer i *lagen om utstationering av arbetstagare* og *lagen om uthyrning av arbetstagare* (SFS 2020:594 og 596). Denne endringen gjennomfører ett EU-direktiv og kan ha betydning for bruken av svensk helsepersonell i Norge. Den innebærer en utvidelse av grunnlaget for tariffavtaler, blant annet ved å fjerne begrensninger ved avlønning og andre vilkår. Lovendringen skal styrke beskyttelse av «uthyrda utstationerade arbetstagare» gjennom et likebehandlingsprinsipp, noe som har betydning for krav på beskyttelsesutstyr og vaksinasjon. Loven innebærer at arbeidstakere ved langvarig utstasjonering i all hovedsak skal ha de samme arbeidsvilkår som andre.

Når det gjelder helsepersonell har det blitt inngått nasjonale og kommunale tariffavtaler. I *patientsäkerhetslagen* har regionene fått større rett til å treffe beslutninger om hvem som skal arbeide innenfor hälso- og sjukvården, for eksempel til å utøve yrker (SFS 2020:40).³⁸

Det finnes ikke egne regler i «regeringsformen (RF)» om ekstraordinære hendelser eller alvorlige kriser i fredstid eller om unntakstilstand i Grunnloven. I RF kap. 15 er det noen særskilte reguleringer knyttet til «*Krig och krigsfara*». Det vinnes noen regler i lovgivningen som gir muligheter for raske beslutninger og delegasjonsmuligheter i RF

38 Endringer i bl.a. *lagen om nasjonell läkemedelslista*, *lagen om ändring i patientsäkerhetslagen* og *lagen om ändring i hälso- och sjukvårdslagen*, *lagen om psykiatrisk tvångsvård* og *lagen om rättspsykiatrisk vård* (SFS 2020:354 f.) og reformen *bastjänstgöring för läkare* senareläggs er en konsekvens av coronaviruset. De regler som gjelder «*bastjänstgöring för läkare*» trer i kraft den 1 juli 2021 (SFS 2020:305 m.fl.).

kap. 8 kan anvendes ved uforutsette hendelser. I april 2020 ble det blant annet vedtatt fullmakter i smittskyddslagen (2004:168) som skulle gjelde under kort tid. Selv om det ikke finnes en generell fullmaktslov kan den konstitusjonelle nødretten innebære at Grunnloven og andre lover settes til side.³⁹

Sverige har ikke de samme tradisjonene som Danmark, Norge og Finland. Dette kan forklares med nøytralitetsprinsippet under de siste krigene og at landet ikke opplevde behov for kriselovgivning. En annen forklaring kan være kultur. Under byllepesten i 1710-1713 døde halvparten av befolkningen i Stockholm som følge av manglende tiltak, se punkt 4.4.

3.5.4 Finland

I Finland er det en unntaksordning i Grunnloven og en beredskapslov. Beredskapsloven bygger på et normalitetsprinsipp, noe som innebærer at den ikke kan anvendes dersom normale konstitusjonelle og styringssystemer kan anvendes for å håndtere en krise. I dette ligger at den kommer til anvendelse når det er nødvendig for at myndighetene skal kunne få kontroll på krisen. Den har dermed likhetstrekk med den norske koronaloven som skulle gjøre det mulig med en raskt håndtering av krisen. Et annet felles trekk er at begge lovene har tidsbegrensninger og gir vide fullmakter for å begrense en krise når den oppstår. I Finland kan Helse- og sosialdepartementet pålegge helsetjenesten å utvide eller legge om sin virksomhet, flytte virksomheten og sette i verk andre tiltak. Dette følger blant annet av den finske beredskapslagen § 86.

Myndighetene tok ikke i bruk adgangen til å pålegge helsepersonell i privat sektor å arbeide i offentlig sektor. Helsepersonell i offentlig sektor har likevel måttet utføre andre oppgaver eller endre tjenestested. Myndigheten som følger av beredskapslovgivningen har imidlertid ikke blitt benyttet etter våren 2020.

3.5.5 Andre land

Storbritannia: Storbritannia vedtok en ny lov 25 mars 2020 (Coronavirus Act 2020). Denne loven regulerer en rekke forhold knyttet til bruk av helsepersonell og andre grupper i forbindelse med koronapandemien.⁴⁰ Deler av loven knytter seg til

³⁹ Erik Wennerström, Inget undantag utan regel — den konstitutionella nödrätten och Sverige, Vänbok till Sten Heckscher, 2012 s. 359. Claes Eklundh og Nils Stjernquist, Krissituationerna och regelverket i När krisen kommer, Kungliga Krigsvetenskapsakademien, 1994, s. 28 flg. Dag Michalsen (red.), Unntakstilstand og forfatning — Brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett, 2013, Jan-Olof Sundell, The Destruction of Democracy and of Civil Rights in Germany 1933, Scandinavian Studies in Law.

⁴⁰ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/contents/enacted>.

registrering og autorisering av helsepersonell og frivillige i forbindelse med pandemihåndteringen.

Part 1, Section 2 til 5 gjelder «[e]mergency registration of health professionals». Disse bestemmelsene gjør endringer i lovene som gjelder registrering og autorisering av helsepersonell i England, Wales, Skottland og Nord-Irland.

Etter Part 1, Section 2, som viser til Schedule 1, kan myndighetene registrere en person eller en gruppe personer som er «fit, proper and suitably experienced person to be registered as a nurse, midwife or nursing associate with regard to the emergency». Dette forutsetter at en statsråd har gitt råd til registreringsmyndigheten om at en krise har inntruffet og registreringsmyndigheten anser at dette vilkåret er oppfylt. De samme reglene gjelder også for registrering av sosialarbeidere etter Part 1, Section 6 og 7, som viser til Schedule 5 og 6. I tillegg er reglene for autorisering av leger i Skottland og Wales noe forenklet etter Schedule 2.

Part 1, Section 8 og 9, som viser til Schedule 7, gjelder «[e]mergency volunteering leave». Frivillige som blir godkjent som «emergency volunteer in health or social care» får utstedt et bevis, som gjør at de rettmessig kan være fraværende fra sitt normale arbeid i den perioden som er spesifisert på frivillighetsbeviset.

Ifølge en kommentar til Coronavirus Act 2020, er det anslått at omtrent 750 000 har meldt seg som frivillige til Storbritannias nasjonale helsetjeneste.⁴¹ De nye autoriseringsreglene vil gjøre det lettere for Storbritannia å utnytte den frivillige håndteringen av pandemien. Loven inneholder tilsynelatende ingen regulering av beordring.

USA: I kjølvannet av terrorangrepet mot USA 9. september 2001, med påfølgende «Anthrax»-brev, utviklet det amerikanske Centres for Disease Control modelloven «Model State Emergency Health Powers Act». Denne loven har siden blitt vedtatt med visse endringer i omtrent 40 amerikanske delstater. Etter Section 608(a) i denne modelloven kan delstatene – under en pågående og erklært helsekrise – kreve at helsepersonell behandler pasienter som et vilkår for å få beholde lisensen i den aktuelle staten. Noen delstater har vedtatt en strengere bestemmelse: I Maryland kan for eksempel helsepersonell som ikke følger en ordre fra guvernøren om å «participate in

⁴¹ https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0025817220926914#_i2.

disease surveillance, treatment and suppression efforts» risikere straffansvar.⁴² Denne reguleringen skiller seg fra helseberedskapsloven § 4-1 ved at den ikke hjemler beordring som sådan. Samtidig vil den kunne oppnå samme effekt ettersom det aktuelle helsepersonellet risikerer å miste et rettsgode ved å ikke etterkomme kravet fra myndighetene om å behandle pasienter.

Canada: Ifølge Pelkas og Boisseau har de fleste delstatene i Canada lovgivning som gjør at myndighetene kan kreve at leger behandler pasienter under en krise. Brudd på behandlingsplikten kan medføre bøter eller fengsel.⁴³ Det er imidlertid ikke klart hvor langt disse lovene rekker hvis handlingen innebærer risiko for legene.

India: Den indiske delstaten Karnataka har beordret viderekomne medisinstudenter til å delta i et ettårig obligatorisk program etter at de har avlagt deres siste medisineksamen. Bare kandidater som består de siste eksamenene på medisinstudiet pålegges å delta i programmet. Beordringen bygger på en lov fra 2012: «The Karnataka Compulsory Service by Candidates Completed Medical Courses (Amendment) Act 2012, Section (4) for postgraduates».⁴⁴ Kandidater som ikke utfører plikten kan bøtelegges.⁴⁵ Før koronapandemien hadde nyutdannede leger en tilsvarende plikt til å gjøre tjeneste i ett års tid etter fulførte studier. Det er altså denne loven den nåværende beordringen bygger på. Den indiske høyesteretten kom til at loven ikke stred mot den indiske grunnloven i 2019.⁴⁶

⁴² Pelkas, Cristina, and Matthew Boisseau. Unmasked: A Comparative Analysis of the Physician's Ethical and Legal Duty to Treat during a Pandemic. *Medical Law International* 20, no. 3 (September 2020): 211–29. <https://doi.org/10.1177/0968533220967976>.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ [http://dpal.kar.nic.in/pdf_files/26%20of%202015%20\(E\).pdf](http://dpal.kar.nic.in/pdf_files/26%20of%202015%20(E).pdf).

⁴⁵ <https://www.livemint.com/companies/news/karnataka-s-medical-students-join-covid-19-duty-11595843302723.html>.

⁴⁶ <https://www.thehindu.com/news/national/karnataka/hc-upholds-law-on-one-year-compulsory-public-service-after-medical-courses/article29511601.ece>.

3.6 Det internasjonale helsereglementet (IHR)

Pandemien har gitt ny kunnskap om hvilken betydning det internasjonale samarbeidet og WHO og EU har. Det innebærer at internasjonale forpliktelser til å begrense skadevirkningene av pandemien kommer til anvendelse i samsvar med FNs (WHO) Internasjonale helsereglementet (IHR). Norge har sluttet seg til denne avtalen i likhet med i underkant av 200 andre land, og avtalen er tatt inn i lovgivningen. IHR bygger på internasjonale avtaler tilbake til karanteneavtalen i Paris 1851. Det fremgår av foralepunkt 5 at medlemsstater skal implementere avtalepunktene og at de forpliktes til å ha kapasitet til å begrense skadevirkninger av epidemier:

(1) to build, strengthen and maintain the capacities required under the International Health Regulations (2005), and to mobilize the resources necessary for that purpose; (2) to collaborate actively with each other and WHO in accordance with the relevant provisions of the International Health Regulations (2005), so as to ensure their effective implementation....

IHR skal implementeres og anvendes i samsvar med menneskerettigheter, se art. 3, og medlemsstatene skal i samsvar med art. 43 tilpasse tiltakene etter hva som er nødvendig:

These Regulations shall not preclude States Parties from implementing health measures, in accordance with their relevant national law and obligations under international law, in response to specific public health risks or public health emergencies of international concern, which: (a) achieve the same or greater level of health protection than WHO recommendations; or (b) are otherwise prohibited under Article 25, Article 26, paragraphs 1 and 2 of Article 28, Article 30, paragraph 1(c) of Article 31 and Article 33, provided such measures are otherwise consistent with these Regulations.

Det fremgår klart av denne bestemmelsen at tiltakene skal vurderes og avveies:

Such measures shall not be more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection.

Helseberedskapsloven og smittevernloven bygger på denne avtalen og det er utarbeidet en egen IHR-forskrift.⁴⁷ I forskriften § 2 (3) er formuleringen «en alvorlig hendelse av betydning for internasjonal folkehelse» definert som en «folkehelseisriko som kan spres over landegrensene, og som kan kreve en internasjonalt koordinert bekjemping». Covid-19 er kategorisert som en slik hendelse.

47 Forskrift av 21. desember 2007 nr. 1573.

3.7 ILO bestemmelser om kriser og arbeidsgivers styringsrett

3.7.1 Ikke skranker for beordring og pålegg om overtid i en krise

Internasjonale standarder fra «The International Labour Organization» omtales som ILO og har fra 1919 utviklet generelle standarder for arbeidslivet. ILO er en særorganisasjon for arbeidslivsspørsmål i FN-systemet og har et mandat om å arbeide for anstendige arbeidsforhold gjennom å utarbeide internasjonale standarder og reguleringer. Norge har ratifisert totalt 110 ILO konvensjoner og tre tilhørende protokoller.⁴⁸ ILO er sammensatt av både regjeringer, arbeidstakere og arbeidsgivere og har utviklet en rekke standarder som regulerer arbeidslivet. Disse standardene kommer enten som konvensjoner, som er rettslig bindende for de statene som har ratifisert dem, eller som anbefalinger i form av ikke-bindende retningslinjer for statene.⁴⁹ ILO har utarbeidet en oversikt over aktuelle International Labour Standards og konvensjonsbestemmelser i forbindelse med pandemien⁵⁰

Det fremgår at arbeid eller tjeneste i forbindelse med en krise ikke skal omfattes ikke av definisjonen av tvangsarbeid i ILO-konvensjon nr. 29 om tvangsarbeid fra 1930, art. 2 (2) bokstav d.⁵¹ Etter art. 2 (1) i denne konvensjon utgjør «forced» eller «compulsory labour» all form for arbeid eller tjeneste som forlanges av noen under trussel om straff og som personen ikke frivillig har tilbudt seg å utføre. ILO påpeker at «[t]he duration and extent of compulsory service, as well as the purpose for which it is used, should be limited to what is strictly required by the exigencies of the situation», Av konvensjonens art. 2 (2) bokstav d følger det imidlertid at «any work or service exacted in cases of emergency», herunder «violent epidemic or epizootic diseases», som «would endanger the existence or the well-being of the whole or part of the population» ikke anses som «forced» eller «compulsory labour».

Det innebærer at beordring i utgangspunktet ville blitt ansett som tvangsarbeid etter art. 2 (1) i konvensjon nr. 29 om tvangsarbeid. Dette gjelder obligatorisk tjeneste/arbeid i forbindelse med en krise. Koronapandemien oppfyller tilleggsvilkåret etter art. 2 (2)

48 ILO-konvensjoner ratifisert av Norge:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102785

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102785

49 Samlet oversikt over ILO-konvensjoner: <https://www.fn.no/om-fn/avtaler/Arbeidsliv/ilo-konvensjoner> <<https://www.fn.no/om-fn/avtaler/Arbeidsliv/ilo-konvensjoner>> Conventions and Recommendations.

50 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_739937.pdf.)

51 ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) FAQ, s. 29.

bokstav d, slik også ILO legger til grunn. ILO påpeker imidlertid i oversikten at varigheten og omfanget av en beordring, samt formålet, bør begrenses til det som er «strictly required by the exigencies of the situation.»⁵²

Dette innebærer dessuten at dersom en arbeidstaker ikke etterkommer en beordring etter helseberedskapsloven § 4-1, kan vedkommende straffes etter helseberedskapsloven § 6-5.

Regulering av overtid er overlatt til statene selv. I henhold til art. 14 bokstav b (iii) til (vi) i anbefaling nr. 116 av 1962 skal «[t]he competent authority or body» i hver enkelt stat avgjøre under hvilke omstendigheter og i hvilket omfang det kan gjøres unntak fra normal arbeidstid i blant annet «force majeure»-situasjoner (iii) og under nasjonale kriser (vi).⁵³ ILO er dermed ingen begrensning for staters mulighet til å fastsette unntak fra ordinære arbeidstidsregler, for eksempel i forbindelse med beordring av helsepersonell eller annet personell i en krisesituasjon.

3.7.2 Vernet av arbeidstakere under pandemier

En krise kan også innebære begrensninger i retten til å gå fra en arbeidssituasjon på grunn av overhengende og alvorlig fare (art. 13 ILO-konvensjon nr. 155 fra 1983). Samtidig må denne retten ses i sammenheng med noen indirekte plikter for myndighetene til å beskytte arbeidstakere, se ILO-konvensjon nr. 155 (art. 11(f), 5(a) og 12(b)). Se også beskyttelse av helsepersonell: ILO-konvensjon nr. 149 om sysselsettings-, arbeids- og levevilkår for sykepleiepersonell fra 1977.

Etter art. 13 i ILO-konvensjon nr. 155 om sikkerhet og helse i arbeidsmiljøet av 1983 skal en arbeidstaker vernes mot «undue consequences» dersom han har gått fra en «work situation» som han hadde «reasonable cause to believe presents an imminent and serious danger to his life or health».⁵⁴ Denne rettigheten gjelder etter ordlyden en «work situation», og ikke arbeidet som sådan. Retten kan med andre ord ikke påberopes i forbindelse med at arbeidet generelt medfører risiko for helsen, men må være knyttet opp mot en konkret og farlig situasjon. Det vil slik sett neppe være aktuelt for en arbeidstaker å påberope seg denne rettigheten dersom vedkommende blir beordret av arbeidsgiver til å jobbe med koronapasienter, under forutsetning av at denne beordringen for øvrig er rettmessig.

⁵² Ibid, s. 30.

⁵³ R116 – Reduction of Hours of Work Recommendation, 1962 (No. 116).

⁵⁴ C155 – Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155).

ILO bemerker i oversikten at denne retten må ses i sammenheng med arbeidets art. Denne retten kan for eksempel ikke utøves hvis den aktuelle faren må ses på som en normal del av arbeidet. I et slikt tilfelle kan retten bare utøves dersom risikoen for alvorlig skade for liv og helse har økt betraktelig sammenlignet med normalsituasjonen.⁵⁵ Slik sett kan det argumenteres at det er en relativt høy terskel for at helsepersonell kan påberope seg denne rettigheten, for eksempel i en situasjon som medfører fare for å bli smittet av korona. På den andre siden, hvis arbeidsgiver ikke har sørget for nødvendig beskyttelsesutstyr og opplæring, slik at risikoen for helsearbeideren forhøyes betraktelig, vil vedkommende antakelig kunne rettmessig gå fra arbeidssituasjonen etter art. 13 i ILO-konvensjon nr. 155.

ILO konvensjonene har blitt kritisert for at de i for liten grad er tilpasset endringer i arbeidslivet som følge av globalisering og teknologi.⁵⁶ Det samme kan gjelde pandemier og behovet for å øke kapasiteten og å omdisponere ansatte. Helseberedskapsloven og smittevernloven må anvendes i lys av de internasjonale forpliktelsene.

3.8 EU-rettslige reguleringer under en krise

3.8.1 Unntak fra friheten til å reise mellom land under en krise

I EU-retten er det åpnet for at bevegelsesfriheten og mulighetene til å arbeide på tvers av landegrensene i EU/EØS, kan begrenses under en pandemi i unionsborgerdirektivet (2004/38/EF), jf. også direktiv 2008/115/EF, som er gjennomført i norsk rett. Der 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 og art. 29 dreier seg om helse og folkehelse, og der det i sistnevnte bestemmelse står det:

Sykdommer som kan gi grunnlag for å begrense den frie bevegelse, 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.

Dette er bakgrunnen for at også land i EU har regulert adgangen til innreise, for eksempel har Sverige innreiseforbud fra Norge i januar 2021.

55 ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) FAQ, s. 15 note 38.

56 Guy Standing. The ILO: An Agency for Globalization? 29 July 2008.

<https://doi.org/10.1111/j.1467-7660.2008.00484.x>

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:9071598309303::NO::P12100_SHOW_TEXT:Y

3.8.2 Arbeidstidsdirektivet

Arbeidstidsdirektivet er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven, og gjennom at det er tatt inn i arbeidsmiljølovens kapittel 10.⁵⁷ I dette direktivet er det fastsatt flere minimumsregler som skal gi alle arbeidstakere det samme vernet uavhengig av nasjonal lov når det gjelder arbeidstid. Disse bestemmelsene begrenser den nasjonale handlefriheten. Det er satt grenser for gjennomsnittlig ukentlig samlet arbeidstid (med henvisning til referanseperioder) og det er krav til minimum daglig og ukentlige hviletid. Fra disse utgangspunktene inneholder direktivet enkelte unntak som, på nærmere angitte vilkår, gir medlemsstaten en adgang til å gjøre unntak fra minimumsreglene. Eventuelle lov- eller forskriftsfestede unntak fra arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven må holde seg innenfor rammene arbeidstidsdirektivet oppstiller.

Etter arbeidstidsdirektivet artikkel 17 nr. 3 bokstav f kan medlemsstatene gjøre unntak fra direktivets regler om daglig og ukentlig hvile, pauser, nattarbeid og referanseperioder når det foreligger:

unusual and unforeseeable circumstances, beyond the employers' control, or to exceptional events, the consequences of which could not have been avoided despite the exercise of all due care." Se Directive 89/391/EEC art. 5 (4).

Kravet om at hendelsen må være «unforeseeable» eller at konsekvensene av den inntrådte hendelsen (behovet for arbeidskraft) ikke kunne vært unngått med «all due care», tilsier at unntaket ikke er generelt anvendelig når en pandemi eller lignende krisesituasjon har pågått over lengre tid. Denne direktivbestemmelsen gir imidlertid grunnlag for bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 10-12 (3), jf. ovenfor. Det kan med hjemmel i art. 17 nr. 3 bokstav c (i) gjøres unntak i nasjonal lov for visse typetilfeller hvor det er nødvendig for å sikre «continuity of service or production, particularly:

- (i) services relating to the reception, treatment and/or care provided by hospitals or similar establishments, including the activities of doctors in training, residential institutions and prisons;
- (ii) dock or airport workers;
- (iii) press, radio, television, cinematographic production, postal and telecommunications services, ambulance, fire and civil protection services;
- (iv) gas, water and electricity production, transmission and distribution, household refuse collection and incineration plants;

57 Arbeidstidsdirektivet 2003/88/EF av 4. november 2003.

(v) industries in which work cannot be interrupted on technical grounds; (vi) research and development activities;

(vii) agriculture;

(viii) workers concerned with the carriage of passengers on regular urban transport services;"

Denne oppregningen er vid og innebærer i henhold til (i) at helsetjenester kan være omfattet dersom det er nødvendig for å sikre forsvarlighet og kontinuitet, for eksempel ved å ha nødvendig kompetent personell og bemanning over tid under en krise for å unngå at personellsituasjonen svekker pasienttilbudet. Det innebærer likevel ikke at grensen på 48 timer arbeidstid per uke i gjennomsnitt, jf. art. 6, kan fravikes. Det bør vurderes om det kan etableres en referanseperiode for gjennomsnittsberegningen på inntil 6 måneder for å kunne øke bemanningen underveis i en pandemi, blant annet for å håndtere smittetopper med nødvendig og kompetent personell, jf. art. 19. Det må uansett forutsettes at helsepersonell får tilstrekkelig hvile og tilstrekkelig beskyttelse.

Kap. 4: Rettstaten og menneskerettigheter

4.1 Grunnloven og krisereguleringer

4.1.1 Rettstaten og nasjonale, samt internasjonale menneskerettigheter

Personellsituasjonen i helsetjenesten vil i stor grad avhenge av smitteverntiltak og hvordan smitteverntiltak vurderes i lys av Grunnloven og menneskerettigheter. En utfordring under en pandemi er statens plikter til å beskytte befolkningen og mulighetene for å begrense smittespredning, slik smittevernloven regulerer, forutsetter generelle inngrep i individuelle friheter. I dette kapittelet knyttes det noen kommentarer til hvordan rettstaten kan forstås, de fullmaktene Stortinget har gitt i helseberedskapsloven og smittevernloven, og avveininger av grunnleggende rettigheter i Grunnloven. En grunnleggende forutsetning for å vurdere hjemmelsspørsmål er vurderinger av den faktiske situasjonen som oppstår når landet rammes av en pandemi. Dette behandles i et eget punkt.

Rettstaten som er regulert av Grunnloven og maktfordelingen mellom Storting, regjering og domstoler har vært i kontinuerlig utvikling siden 1814. Rettstaten kan defineres på ulike måter, blant annet i lys av utviklingen av menneskerettigheter og fullmaktslovgivning. Denne utviklingen innebærer at myndigheten til å treffe beslutninger er fordelt på flere og at temaene for lovgivning er langt mer mangfoldige.

Fullmaktslovgivning har blitt en sentral del av styringsvirkemidlene Stortinget benytter, jf. punkt 3.1.1. Stortinget har gitt sin tilslutning til at reguleringer i EU (gjennom EØS-avtalen), og ved konvensjoner fra Europarådets og FN, skal gjelde som norsk lov, jf. Grunnloven § 92 og menneskerettsloven. Et viktig kjennetegn ved utviklingen av rettstaten er dels en økning i fullmaktslovgivning og dels en utvidelse av oppgaver, blant annet å beskytte befolkningen som sådan mot klimaendringer, epidemier, og kriser.

Et kjennetegn ved internasjonaliseringen og utviklingen av forvaltningen er fullmaktslover. Tilknytningen til internasjonale organisasjoner innebærer fullmakter til andre enn Stortinget om å treffe bindende beslutninger, herunder internasjonale domstoler. I dette ligger at Stortinget som lovgivende myndighet har tatt stilling til overføring av myndighet gjennom tilknytningen til EU (EØS-avtalen) og ratifisering av internasjonale konvensjoner som kan ha forrang i norsk lovgivning.

Stortinget har også gitt omfattende fullmakter til regjeringen og departementene. Regjeringen, departementer, direktorater, tilsyn og kommuner ivaretar langt flere oppgaver og funksjoner på vegne av felleskapet, sammenlignet med da Grunnloven ble vedtatt. Stortinget har vedtatt helseberedskapsloven og smittevernloven som begge er beredskapslover og fullmaktslover som kan anvendes under en pandemi.

Velferdslovgivningen har videreutviklet rettstaten gjennom nye og omfattende oppgaver. Statlige og kommunale myndighetsorganer har fått et bredt spekter av oppgaver som er regulert gjennom fullmaktslovgivning. Dette dreier seg for eksempel om reguleringer av arbeidsforhold, velferdstjenester og økonomiske ytelser, miljøvern og helsevern. Et annet viktig kjennetegn er omfanget av fullmakter til å treffe administrative vedtak om inngrep som tvang osv. I dette ligger at domstolskontrollen vil variere og at det er flere deler av statsmakten som må ivareta rettssikkerhet og legalitet. Oppgaver som sysselsetting, og lovgivning som skal ivareta gode arbeidsforhold og utdanning, sosial og økonomisk trygghet, og helse tilhører den moderne rettsstat, sammen med blant annet ivaretagelse av miljø. Fellesinteressene baseres på skattesystemer, lovgivning, herunder omfattende fullmaktslovgivning, og organisering av samfunnsetater med tilsvarende myndighet.

Fullmaktslovgivningen kan anses som et resultat av det internasjonale samarbeidet og utviklingen av en moderne stat, og er ikke i seg selv en trussel mot rettsstaten. Under en pandemi må det imidlertid vurderes hvilke inngrep som kan gjøres på bakgrunn av avveininger av grunnleggende rettigheter.

4.1.2 Karanteneordningen ved epidemier

Karanteneordninger er avgjørende for å begrense smittespredning under en epidemi og har vært regulert og benyttet i flere århundre. Karanteneordningen er ingen rettslig nyvinning, slik flere har påstått. Luftfarten har ført til at epidemier spres langt raskere enn tidligere. Karantenehotell ble innført i november 2020 da det ble avdekket omfattende importsmitte. Før luftfarten ble innført ble båter lagt i karantene for å unngå smittespredning. Den internasjonale Paris-avtalen i 1851 dreide seg om karantenetiltak, noe sunnhetsloven regulerte med § 15, i tillegg til karantene-loven.⁵⁸ Dersom innreisesmitte ikke begrenses øker risikoen for smittespredning som kommer ut av kontroll og behovet for mer inngripende tiltak.

Det ble utstedt en forordning om karantene av danskekongen under byllepesten fra 1710-1713.⁵⁹ Smitteverntiltakene var langt mer inngripende og omfattet blant annet at svensker som forsøkte å ta seg over norskegrensen skulle skytes.⁶⁰ De svenskene som ble skutt skulle gravlegges uten berøring av legemet eller klærne. De norske som valgte å gå over grensen for deretter å vende tilbake skulle også miste livet. Dette inngripende smittetiltaket førte til at byllepesten aldri kom til Norge.

Det er nær sammenheng mellom begrensninger i «importsmitte» og situasjonen i helsetjenesten (og behovet for nedlukning). Kommunale karantenerereguleringer (søringekarantenen) ble diskutert i mars 2020, blant annet fordi noen kommuner stengte kommunegrensene. I min betenkning til Bodø kommune 25. mars 2020, konkluderte jeg med at kommunen hadde vide fullmakter blant annet til å regulere karantene, forutsatt at det var nødvendig og forholdsmessig, i den forstand at det måtte gjøres en del unntak. Helse- og omsorgsdepartementet sendte ut et rundskriv

58 Lov 19. desember 1952 nr. 1. Forordning 8 feb og instruks 1 mars 1805, lover 12 juli 1848, 7 april 1879, 17 juni 1880 nr. 2, 1 juli 1887 nr. 1, 26 juni 1893 nr. 2, 17 juni 1909 (med tilleggslov 1 juni 1928 nr. 6) samt lov 1 juni 1934 nr. 9.

59 Jørgen H. Berner, En historisk fremstilling av lovgivningen mot de smittsomme sykdommer i Norge, Tidsskrift for Den Norske Lægeforening, 1924 s. 388-394, 430-437, 467-484, 518-525, 565-585 og 427-442. I forbindelse med byllepesten i 1710-1713, ble det innført karantenetiltak i Danmark og Norge ble stengt for innreise fra Sverige. Fra danskekongen ble det bestemt at enhver svenske som prøvde å komme seg over grensen skulle skytes, noe som ble gjort. Dette dramatiske smitteverntiltaket må ses i lys av at Sverige ikke hadde innført tiltak og halve befolkningen i Stockholm døde, og i lys av hvordan en pest ble vurdert. Det fantes slike reguleringer før sunnhetsloven av 1860 gjennom forordninger, og Parisavtalen i 1851 innebærer internasjonal oppslutning om hvordan det kunne benyttes.

60 Reichborn-Kjennerud, Vår gamle trolldomsmedisin III, Skrifter utgitt av Det Norske Videnskaps-Akademi, Oslo 1940 s. 89, Jørgen H. Berner, En historisk fremstilling av lovgivningen mot de smittsomme sykdommer i Norge, Tidsskrift for Den Norske Lægeforening, 1924, s. 574. G. E. Bentzen, Den norske karantænelovgivnings utvikling, trykt som Bilag 1 til Udkast til lov og reglement om foranstaltninger mod indførsel af smittsomme sygdomme, Kristiania 1904, s. 1.

28. mars som hadde likelydende innhold og der unntakene var regnet opp.⁶¹ Da regjeringen la sin strategi 7. mai 2020 ble det lagt stor vekt på det kommunale ansvaret for å få kontroll på smittespredningen i Norge uten for generelle tiltak.

Viggo Hagstrøm uttalte på 80-tallet at det var ulovlig med kommunale befolkningsrettede «vedtak» som gjaldt karantene etter sunnhetsloven § 15 (som er videreført i smittevernloven § 4-1). Den gang hadde ikke loven en egen straffebestemmelse. Begrunnelsen til Hagstrøm var at ethvert tiltak må baseres på *individuelle vurderinger*. Dette spørsmålet ble behandlet av Høyesterett i 1971 i forbindelse med at en person hadde brudd et kommunalt vedtak i henhold til sunnhetsloven § 15. Høyesterett mente at kommunen hadde denne myndigheten og at brudd på bestemmelsen kunne gi grunnlag for straffesanksjoner etter straffeloven av 1902, se RT. 1971 s. 854.⁶²

I dag er straffebestemmelsen tatt inn i smittevernloven § 8-1. Kjønstad kommenterte påstandene fra Hagstrøm med å vise til at smittevernlovgivningen har «blitt til etter grundige overveielser og politisk kamp, og der hensynet til den enkeltes frihet har stått mot samfunnets interesse i å begrense epidemiene».⁶³

4.1.3 Avveininger av grunnleggende rettigheter under en pandemi

Beslutninger som pålegger karantene ved innreise til landet og som innebærer beordring av helsepersonell i deres fritid, er inngrep i grunnleggende friheter med formål om å oppfylle menneskerettigheter til ivaretagelse av liv og helse.

FNs verdenserklæring art. 25 (1) inneholder en grunnleggende rett til ivaretagelse av helse:

Enhver har rett til en levestandard som er tilstrekkelig for hans og hans families helse og velvære, og som omfatter mat, klær, bolig og helseomsorg og nødvendige sosiale ytelser, og rett til trygghet i tilfelle av arbeidsløshet, sykdom, arbeidsuførhet, enkestand, alderdom eller annen mangel på eksistensmuligheter som skyldes forhold han ikke er herre over.

Plikter til å organisere og tilby helse- og omsorgstjenester basert på ny kunnskap følger av FNs Verdenserklæring art. 27 (1) gjennom formuleringen «Enhver har rett til fritt å delta i samfunnets kulturelle liv, til å nyte kunst og til å få del i den vitenskapelige fremgang og dens goder». Under en pandemi innebærer dette blant annet at helsetjenestene videreutvikles på bakgrunn av ny kunnskap som gradvis opparbeides

61 Betenkning til Bodø kommune 25. mars 2020. Helse- og omsorgsdepartementet sendte ut et rundskriv 28. mars.

62 Statsadvokat Elg Elgesem førte saken på vegne av staten, mot advokat Hjort.

63 Asbjørn Kjønstad. Det 31. nordiske Juristmøte 1987 s 309-344 – (KONF-1987-njm-309), s. 317.

gjennom systematisering og organisering av klinisk utprøving (som følge av manglende kunnskap om covid-19 da den brøt ut) og som deles mellom land.

Retten til fri bevegelse innenfor riket, jf. Grunnloven § 106, ble tatt inn i Grunnloven i 2014. I henhold til Grunnloven § 106 (2) ivaretas norske statsborgere rettighet til adgang til riket.⁶⁴ Etter EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 2 nr. 3 kan det gjøres inngrep i bevegelsesfriheten når dette er i samsvar med lov og «er nødvendig i et demokratisk samfunn [...] for å beskytte helse». Rettspraksis fra EMD er relevant ved fastleggelsen av bestemmelsenes innhold og rekkevidde.⁶⁵

Grunnloven § 106 første ledd har ikke noen tilsvarende regulering av adgangen til å gjøre inngrep i bevegelsesfriheten. Høyesterett har imidlertid innfortolket en tilsvarende inngrepsadgang i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, se bl.a. HR-2016-2554-P avsnitt 81 og 82. Det følger av Grunnloven § 102 at «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon».⁶⁶ Verken rettigheten i Grunnloven § 106 eller retten til privatliv og beskyttelse mot inngrep i familieliv i Grunnloven § 102, er absolutte. Høyesterett har lagt til grunn at grunnlovsvernet ikke er absolutt, men at inngrep må ha tilstrekkelig hjemmel, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig. Ved forholdsmessighetsvurderingen må man avveie de beskyttede individuelle interessene mot de legitime samfunnsbehovene som begrunner inngrepet.⁶⁷ Menneskerettigheter innebærer vurderinger av lovgivningen, hjemmelskrav og prosess. Inngrep i den enkeltes frihet – også helsepersonell – må bygge på et rettsgrunnlag og skal ikke lenger enn nødvendig, jf. Grunnloven § 113.

Det kan ikke gjøres inngrep uten at dette er i samsvar med lov, jf. legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113. Det kan også oppstilles et krav om at det nasjonale rettsgrunnlaget må oppfylle krav til tilgjengelighet for den det retter seg mot, og det må være tilstrekkelig klart utformet. Disse kravene må ta utgangspunkt i hva som er nødvendig og forholdsmessig under en pandemi. Forholdsmessighetsvurderinger er i denne situasjonen sammensatt, da de ikke kan vurderes isolert sett og ikke uten å ha med de overordnede prioriteringer som ligger til grunn for inngrepet, for eksempel at det aksepteres høyere risiko for å unngå inngrep overfor barn og unge.

64 EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 3 nr. 2 at «ingen skal bli berøvet retten til adgang til territoriet til den stat han er borger av», noe som er formulert mer absolutt enn art. 2 nr. 3.

65 Se HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81 og AR-2017-29 avsnitt 96

66 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8, jf. Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

67 Se Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57-60 og Rt-2014-1105 avsnitt 28.

Forholdsmessighetsvurderinger er avgitt fra Helsedirektoratet i henhold til smittevernloven § 7-10, slik at forarbeidene til forskriftsreguleringer følger loven system med risiko- og konsekvensanalyser fra Helsedirektoratet (og som innhenter vurderinger fra Folkehelseinstituttet). For øvrig er det sparsomt med forarbeider til reguleringer, noe som har flere forklaringer.

Under en pandemi må de grunnleggende menneskerettigheter avveies. Frihet for noen til bevegelse under en pandemi kan føre til ufrihet for andre, og at personer blir alvorlig syke og dør, samt at personer mister sine nærmeste. Retten til liv i Grunnloven § 93 og EMK art. 2, samt retten til helse i ØSK art. 12, er grunnleggende menneskerettigheter som har stor betydning under en pandemi, og ellers, blant annet da det stilles krav om hvordan befolkningen beskyttes mot pandemiens skadevirkninger og ved at det ikke gis et tilstrekkelig helsetilbud.⁶⁸ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 1966, har betydning gjennom at den forplikter staten til å beskytte befolkningen mot epidemier og gjennom å sørge for tilstrekkelig kapasitet og behandlingsmetoder i helsetjenesten, jf. art. 12 og 2. I art. 12 er det vist til statens plikter til å ivareta befolkningen gjennom beskyttelse mot «epidemiske» sykdommer. Norge sluttet seg til ØSK-konvensjonen 13. september 1972 og den har bred tilslutning blant FNs i underkant av 200 medlemsland. Det ble vedtatt en tilleggsprotokoll til konvensjonen i 2008 «Optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights» (CESCR-OP). Denne protokollen gir ØSK-komiteen økt kompetanse både til å uttale seg om brudd på konvensjonen i enkeltilfeller og trådte i kraft 5. mai 2013. Norge har så langt ikke sluttet seg til denne protokollen, se se stortingsmelding nr. 39 (2015-2016), ei heller til individklageordningene under FNs Barnekonvensjon og FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD).

Under en epidemi som kan gi alvorlig og langvarige skadevirkninger på samfunnet skal det iverksettes iverksette tiltak dersom det er mulig. Det omfatter både forebyggende tiltak som testing for smitte, karantene og smitteoppsporing, behandlingstiltak, og beredskap for å unngå at helsetjenesten bryter sammen. Helsetjenesten skal gjøres i stand til å gi nødvendig og forsvarlig helsehjelp, i tråd med den kunnskapen som opparbeides om viruset og ny teknologi. Smitteverntiltak under en pandemi har avgjørende betydning for kapasiteten i helsetjenesten og personellsituasjonen.

⁶⁸ Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen av 1950 (EMK). FNs konvensjon om rettigheter til økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966 (ØSK). EMK og ØSK omfattes av menneskerettsloven §§ 2 og 3, og går foran norsk lov ved kollisjon.

Overordnede plikter til å beskytte befolkningen følger av flere bestemmelser.⁶⁹ Internasjonale avtaler skal respekteres, jf. Grunnloven § 92, og enkelte er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven. Retten til liv i Grunnloven § 93 innebærer et grunnlovsværn for å beskytte befolkningen i likhet med Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) art. 2. Staten har med dette utgangspunktet en plikt til å beskytte befolkningen mot spredning av allmennfarlige sykdommer og død som følge av at det ikke gis helsehjelp. Under en pandemi vil det omfatte rettigheter til helsehjelp for å avklare smittesituasjonen og helsehjelp til syke av covid-19 og av annen sykdom. Både ØSK og EMK omfattes av menneskerettsloven og har forrang ved kollisjon med norsk lov, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

Statens forpliktelser ligger til grunn for smittevernloven og helseberedskapsloven, lovgivningen som regulerer kommunenes og de regionale helseforetakenes ansvar for helsetilbudet, utøvelse av eierskap, og for arbeidsgiveres handlingsrom i helsetjenesten. Det innebærer plikter til å beskytte helsetjenesten og helsepersonell og å sørge for lovgivning som kan ivareta dette formålet.

Det fremgår av EMDs praksis at forpliktelsen til å ivareta befolkningens helsesituasjon står sterkt. Denne forpliktelsen går for eksempel foran privatrettslige rettigheter som beskyttelse av egen eiendom, se Budayeva m.fl. mot Russland (20. mars.2008).

Norge har – sammen med mange andre land – til en viss grad gitt innholdet i retten til helse grunnlovsværn gjennom Grunnloven § 92 og sammenheng med Grunnloven § 93. På bakgrunn av erfaringer med pandemien bør det imidlertid vurderes om grunnlovsforslaget fra Lønningsutvalget bør diskuteres igjen. Beskyttelse mot epidemier ble ikke drøftet i denne sammenhengen, se punkt 4.3.

4.2 Sammenhenger mellom personellsituasjonen og smitteverntiltak

4.2.1 Personellsituasjonen, faktiske vurderinger og strategier

Covid-19 viruset representerer en ekstrem situasjon globalt med svært høy dødelighet og sammenbrudd i mange lands helsetjenester. Virusets oppførsel seg annerledes enn for eksempel spanskesyken. Dette forklarer hvorfor WHO har kategorisert dette viruset som en betydelig trussel mot menneskeheten. Det endrer seg gjennom mutasjoner og det er vanskelig å oppnå immunitet.

⁶⁹ Det er flere menneskerettigheter og bestemmelser i lov som gir uttrykk for et beskyttelsesprinsipp, se Befring kap. 2 i Kunstig intelligens og big data i helsesektoren (Gyldendal, 2020).

Personellsituasjonen i helsetjenesten blir dramatisk svekket dersom det ikke iverksettes smitteverntiltak i tide. Importsmitte av det svært smittsomme muterte viruset kan i løpet av kort tid føre til en smittetsunami slik som i Irland. Irland gikk fra å være landet med lavest smittetall i Europa til det høyeste på grunn av tidlig gjenåpning, og i løpet av 14 dager var landets helsetjeneste i en alvorlig situasjon.

I flere land foreligger det nå dokumentasjon på at personer med behov for helsehjelp ikke har fått (eller får) slik helsehjelp, blant annet i Sverige. Den svenske Coronakommisjonen konkluderte med at befolkningen ikke hadde blitt tilstrekkelig beskyttet i sin første delutredning som ble lagt frem i november 2020.⁷⁰ I Norge, i likhet med Danmark, Finland og Island, ble viruset effektivt bremset våren 2020 gjennom umiddelbar nedlukking. Da ble de fullmaktene Stortinget tidligere har gitt i smittevernloven og helseberedskapsloven benyttet, uten prosess for øvrig. En generell kritikk er fraværet av høringsrunder. Lovendringer bør sendes på høring dersom tiden tillater dette. Kravene til høring må imidlertid også vurderes med utgangspunkt i hvor akutt situasjonen er, det vil si om høringstiden vil begrense mulighetene for å bremse en eksplosiv smittespredning, og situasjonen i departementene under en pandemi.

4.2.2 Strategier for å begrense skadevirkninger av pandemien og tiltaksbyrde

Vurderinger av den *faktiske situasjonen* er en forutsetning for å kunne anvende smittevernloven og helseberedskapsloven, og for å kunne avveie grunnleggende menneskerettigheter. Faktiske vurderinger omfatter både vurderinger av smitten, faktiske konsekvenser av smitteverntiltak og av at det ikke innføres smitteverntiltak. I Norge som i de fleste andre land, er det en overordnet strategi som baseres på hvordan pandemien vurderes fra WHO og vitenskapelige miljøer. Norge har vært i en situasjon der det har vært mulig å lære av erfaringer fra andre land. Per januar 2021 har de fleste land samme strategi og det er store likhetstrekk mellom smitteverntiltak. Strategien innebærer at viruset ikke skal «slippes løs» i befolkningen da dette fører til sammenbrudd i helsetjenesten, og som en konsekvens av at det ikke er mulig å beskytte de som med stor sannsynlighet vil dø av viruset. Enkelte medisinske miljøer tok i starten av pandemien til orde for at smitten burde spres for å opparbeide immunitet. På den andre siden har medisinske miljøer tatt til orde for at langt strengere inngrep bør innføres.

Det foreligger etter hvert omfattende dokumentasjon om hva som fører til krise i helsetjenesten og til økonomiske kriser som følge av pandemien. Det er flere eksempler

⁷⁰ <https://coronakommissionen.com/>

på at når smitten brer seg eksplosivt har dette alvorlige virkninger for helsetjenesten. Kunnskapen om hvordan helsetjenesten påvirkes innhentes kontinuerlig. I januar ble det opparbeidet kunnskap om konsekvensene av å «slippe opp» smitteverntiltak fra Irland, Nederland, England og Portugal, og der krisen i helsetjenesten ble omfattende. Videre viser erfaringer at det ikke på forhånd er mulig å fastslå hvem som blir alvorlig syke og dør, og at det ikke er mulig å beskytte disse personene, jf. kritikken fra første delutredning fra Coronakommisjonen i Sverige. Erfaringer fra andre land viser også at når kontrollen over smittespredningen tapes, og helsetjenesten knekker sammen, innføres det omfattende nedstengninger.

Det er nedsatt et eget utvalg (Holdeutvalget) som skal vurdere økonomiske konsekvenser av å holde smitten under kontroll og alternativene. Så langt tyder tallgrunnlaget på at land som har maktet å holde smitten under kontroll kommer best ut økonomisk. Erfaringene viser imidlertid at land som innførte innreisekarantene kombinert med smitteverntiltak til viruset ble eliminert, reddet vesentlig flere fra lidelse og død, samtidig som de økonomiske tapene ikke har vært større enn i land som lot smitten bre seg (Financial Times 14. oktober). Taiwan har opplevd en vekst i økonomien på tre prosent til tross for svært strenge koronatiltak og har mistet svært få av sine 24 millioner innbyggere. Vietnam hadde en vekst i bnp på 2,8 prosent, selv om landet innførte svært strenge tiltak. Taiwan, Vietnam og New Zealand reagerte tidlig og hardt, før det forelå tallgrunnlag og dokumentasjon. Alle innreisende ble ilagt karantene og viruset er nå eliminert. I USA, et land som har akseptert mer smitte enn mange europeiske land, er over 460.000 døde av korona, mens bnp falt med 3,5 prosent i fjor, som er nesten seks prosentpoeng lavere enn normal vekst.

I en nytte-kostnadsanalyse av ulike smittevernstrategier i april fra flere forskere i SSB (Samfunnsøkonomen 2/2020) ble det anbefalt eliminering av viruset ved hjelp av strenge smitteverntiltak kombinert med karantene for alle innreisende. Det var tilbakeholdenhet i Norge når det gjelder innreisekarantene som kreves for å eliminere viruset.

I ettertid har flere vist til at det var avgjørende at myndighetene handlet raskt og at befolkningen har tillit til – og innretter seg etter tiltakene. De landene som ikke maktet å bremse smittespredning i tidlig fase fikk større skadevirkninger gjennom en helsetjeneste som ikke makter å gi alle helsehjelp, og gjennom en langvarig negativ situasjon for samfunnsøkonomien. De faktiske virkningene av den første nedlukningen av Norge, og smitteverntiltak, kan ha reddet flere tusen liv ifølge en artikkel i Nature 8. juni

2020, blant annet fordi helsetjenesten ikke ble overbelastet.⁷¹ I denne artikkelen vises det til at denne handlemåten kan ha spart samfunnet for langvarige økonomiske virkninger. Selve nedstengningen kan ha gitt andre negative virkninger, for eksempel psykososiale effekter, i likhet med virkningene av et høyt antall dødsfall.

I en artikkel i CNN fremheves Norge, Finland og Danmark for å være de som har maktet å beskytte befolkningens best.⁷² I den samme artikkelen vises det til at Sverige ikke lykkes med det samme da tiltakene ble basert på anbefalinger som i varierende grad ble fulgt. Den langt tregere responsen i Sverige i vår og i høst, har så langt ført til at i underkant av 12.000 liv har gått tapt, og at et stort antall mennesker har blitt påført lidelser.⁷³ Denne faktiske kunnskapen har betydning når lovlighetene av smitteverntiltak skal vurderes.

I tilknytning til helseberedskap benyttes begrepet *kriseforståelse* om evnen til å forstå hva situasjonen innebærer, konsekvenser av krisen dersom det ikke iverksettes tiltak og av tiltak, samt hastegrad når det gjelder iverksettelse av beskyttelsestiltak.

Strengt smittevernreguleringer kan dermed både spare befolkningens liv og helse, og samfunnsøkonomien.⁷⁴

4.2.3 Behovet for å isolere smittede uten symptomer, og vurderinger av viruset

De fleste land er enige om hvordan covid-19 som pandemi skal kategoriseres, at det er nødvendig å begrense eller slå ned smitten, og at smittede skal isoleres for å motvirke spredning av smitte. Hans Petter Graver reiser imidlertid tvil om det er nødvendig at smittede skal holde seg unna andre mennesker og legger avgjørende vekt på om de har symptomer:

Hvor nødvendig det er å isolere symptomfrie personer, selv om de er smittebærere, kan diskuteres. Daværende stadsfysikus i Oslo, Fredrik Mellbye, som da var blant dem i Norge med bredest erfaring med epidemiske sykdommer, skrev i 1987 at det ikke vil «oppstå noen katastrofe om en eller annen basillbærer går løs, forutsatt at vedkommende er et alminnelig menneske», og at han la denne holdningen til grunn i sin langvarige praksis som offentlig smittevernlege. Gjennom 40 års praksis så han ikke uheldige konsekvenser av denne tilnærmingen. Han mente derfor at bestemmelser i

71 Hsiang, S., Allen, D., Annan-Phan, S. et al. The effect of large-scale anti-contagion policies on the COVID-19 pandemic. *Nature* 584, 262–267 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41586-020-2404-8>
<https://www.nature.com/articles/s41586-020-2404-8>.

72 <https://edition.cnn.com/2020/12/20/europe/europe-covid-restrictions/index.html>;

73 Rapporten fra den svenske Coronakommisjonen, november 2020 viser at befolkningen ikke ble tilstrekkelig beskyttet og at et stort antall eldre ikke fikk nødvendig hjelp, kun morfin.

74 Holden-utvalgets rapport 22. mai 2020 utredet ikke elimineringsstrategien, men konkluderte med at smitten burde slås ned og holdes nede. Flere forskningsartikler anbefaler eliminering og/eller en tidlig og hard respons på bakgrunn av erfaringer under pandemien.

smittevernlovgivningen som ga hjemmel for å treffe tiltak utenom behandling overfor personer som er smittefarlige i kortere eller lengre tid, hadde mistet sin praktiske betydning.⁷⁵

Mellbye er trolig misforstått i denne sammenhengen da det gis et inntrykk av at covid-19 dreier seg om bakterier. Mellbye har aldri uttalt at smittevernlovens fullmakter har mistet sin praktiske betydning når det gjelder epidemier. Dette sitatet er ment for en annen kontekst enn en epidemi/pandemi. Mellbye har understreket hvordan smittevernloven kan demme opp for misforståelser om hvordan epidemiske sykdommer spres, noe som er en trussel selv «innenfor presumtivt mer sakkyndige kretser» (1987).⁷⁶

Dersom de faktiske vurderingene ikke tydeliggjøres er det uklart hva som ligger til grunn for vurderingene av lovanvendelsen, om det for eksempel er tatt hensyn til at det dreier seg om et nytt *virus* som smitter *eksponentielt* og som det for øvrig måtte opparbeides gradvis kunnskap om, utover kunnskapen om at det kunne føre til høy dødelighet gjennom at helsetjenesten overbelastes, og langvarige negative økonomiske virkninger.

4.2.4 Juristers rolle under pandemien

Det er utfordrende for jurister å forholde seg til kriselover som forutsetter innsikt i faktiske vurderinger av pandemien, og mulige scenarier, og lovgivning som innebærer avveininger med dette utgangspunktet. Forholdsmessighetsvurderinger innebærer vurderinger av flere tiltak og prioriteringer, enn det enkelte inngrep, for eksempel hvordan et inngrep kan begrense behovet for andre inngrep. I et rettslig perspektiv er det ikke klart om inngripende tiltak slik det har vært innført i Australia, New Zealand, og Taiwan for å slå ned smitten, er mer inngripende enn inngrep som hver for seg er mindre inngripende, men som fører til en langvarig situasjon.

I mange land er det innført langt strengere tiltak enn i Norge. Den raske nedlukkingen – og utprøving av ulike tiltak hver for seg og sammen – slik norske, danske og finske myndigheter har handlet, kan være en forklaring på at det er gjennomgående større belastning på helsetjenesten og strengere tiltak i andre land enn i de nordiske land. Finland og Danmark har innført mer inngripende tiltak enn i Norge gjennom at deler av

75 Graver. Pandemi og unntakstilstand, Dreyer forlag, 2020, s. 116-117. Se også <https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/Opv993/dramatisk-forslag-om-isolering-av-smittede-personer-hans-petter-grav>

76 Asbjørn Kjønstad og Fredrik Mellbye: Aids og juss – kampen mot smittsomme sykdommer – fra svartedauen til hiv-epidemien, Oslo, 1987, s. 77 flg.

landet er stengt for inn- og utreise (Helsinki). I Danmark er det dessuten gjennomført masseavlivninger av dyr (mink).

Flere har kritisert koronaloven, bruken av hjemmekarantene, forslaget om karantenehotell for å begrense importsmitte. Hvert tiltak vurderes da hver for seg. I januar 2021 er et forslag om hjemmel for portforbud på høring. Også dette forslaget vurderes isolert sett som et alvorlig inngrep, hvilket det er. I forslaget ligger det en hjemmel for å regulere et oppholdsforbud, i likhet med den danske epidemiloven § 6, samt den svenske ordningslagen kap.2 § 10, og et utgangsforbud. Utgangsforbudet er mest kontroversielt.

Kritikk av – og diskusjoner om lovligheten av myndighetsutøvelse er nødvendig. Uriktig retorikk, for eksempel at karantene er en rettslig nyvinning, at karantene i hjemmet og i hotell var «ulovlig frihetsberøvelse» og internering, bidrar til å villedde befolkningen.⁷⁷ Effekten av smitteverntiltak, for eksempel karantene, er avhengig av tilliten til at det er nødvendig. Hvilken form kritikken har og om den er legitim under en truende situasjon, kan være avgjørende for at smitteverntiltak får nødvendig legitimitet og følges, og at smittevernmyndighetene opprettholder tillit. Ytringsansvar har betydning i denne sammenhengen for å oppnå saklige diskusjoner om smittevern. Det må derfor kunne stilles høye krav til saklighet under en pågående pandemi for å unngå at mulighetene for å beskytte befolkningen – og rettstaten svekkes under en pandemi. Debatten rundt smitteverntiltakene bør evalueres som ledd i beredskapen fremover.

I mange land har befolkningen vist lite tillit til smitteverntiltak, noe som har skapt utfordringer i smittevernarbeidet. I flere land har det vært opposisjon mot smitteverntiltak og demonstrasjoner med utgangspunkt i at man ikke tror at det er en pandemi eller behov for tiltak, også i Norge. I Norge er det stor oppslutning om smitteverntiltak i befolkningen. Det er samtidig forståelig at det var liten kunnskap om de fullmaktene Stortinget hadde vedtatt i helseberedskapsloven og smittevernloven da pandemien brøt ut, og om prosessen knyttet til reguleringer av inngripende reguleringer med hjemmel i disse lovene. Land vi betegner som autoritære har i mindre grad iverksatt tiltak for å beskytte befolkningen og har forsøkt å underkommunisere smittesituasjonen.

Under pandemien har de fleste velfungerende demokratier benyttet tiltak for å beskytte befolkningen og som ville vært uakseptable i en normal situasjon. Det er store likheter mellom demokratiske land når det gjelder tiltakene som innføres. De fleste benytter

⁷⁷ Hans Petter Graver i Dagsavisen 21. mars 2020. Det kan tenkes at han i ettertid har endret meninger om dette.

tiltak som munnbind og sosial isolering og distansering. Utviklingen under pandemien tyder på at det er smittesituasjonen som langt på vei avgjør hvilke inngrep som innføres – og ikke det enkeltes lands historie. I Nederland er det innført portforbud på bestemte tidspunkter. Tilsvarende ordninger er innført i Tyskland, Belgia, California, mfl. I Storbritannia er det innført et pålegg om «Stay at home» (i en del av landet, og med noen unntak) som kan være en modell for nordiske land. Flere land som omtalt under punkt 4.2.2 eliminerte viruset gjennom svært inngripende tiltak i løpet av kort tid. Om dette er mer uforholdsmessig enn en lang periode med tiltak er ikke klart.

Hvordan jurister omtaler smitteverntiltak under en pandemi kan ha flere forklaringer og som bør undersøkes nærmere. Debatten blant jurister internasjonalt har i stor grad dreid seg om forpliktelsene til å gi tilstrekkelig helsehjelp gjennom å sørge for personellressurser og til beskyttelse, og om grupper har blitt utsatt for krenkelser.

Under en pandemi er det derfor vanskelig å vurdere hvert tiltak isolert sett uten å kjenne ulike scenarier. Om smittevernreguleringer er forholdsmessige bygger på komplekse vurderinger. Grunnvilkårene om at inngrep skal være nødvendige og forholdsmessige, grunnvilkår som fremgår av Grunnloven og av smittevernloven § 1-5, bygger på en helhetlig vurdering av smitteverntiltak i sammenheng, på bakgrunn av faktisk kunnskap om hvordan smittespredning kan begrenses. Dersom det aksepteres unntak for barn og unge kan det for eksempel være nødvendig med begrensninger overfor andre grupper. Det kan for eksempel ikke innføres et oppholdsforbud eller utgangsforbud dersom det ikke er nødvendig eller effektivt, selv om det er en hjemmel i smittevernloven. Samtidig har denne bestemmelsen ulike anvendelsesområder som får betydning for hvordan den skal anvendes da den både gjelder for befolkningsrettede og generelle tiltak som regulert i kap. 4 og individuelle tvangsinngrep som følger av kap. 5. Når det gjelder befolkningsrettede tiltak er det nødvendig å se tiltak i sammenheng og på gruppenivå, for eksempel må forholdsmessighetsvurderinger av smittestoppappen inneholde vurderinger av om appen kan begrense behovet for andre tiltak og om hvordan appen kan opparbeides i perioder med lav og høy smitte. Pålegg om karantenehotell skal vurderes i lys av konsekvensene av manglende kontroll på importsmitte. Av dette følger at det er sammensatte vurderinger basert på faktiske omstendigheter som kan endre seg raskt under en pandemi.

En forklaring på jurister motstand mot tradisjonelle virkemidler under en pandemi (karantene) kan være andre vurderinger av den faktiske situasjonen, jf. Gravers syn på smittede, og at pandemien ikke vurderes som like truende som myndighetene og Stortinget.

Den viktigste forklaring på juristers rolle er antakelig at jurister skal være beskyttere av enkeltmenneskets frihet. Det kan være vanskelig å se rollen som beskyttere av liv og helse (og miljø) under en pandemi og at det blir for snevert å ta utgangspunkt i den enkeltes bevegelsesfrihet uten å vurdere trusselen pandemien, samt frihelselementet som ligger i retten til ikke å alvorlig syk av viruset som følge av at smitten spres, og hensynet til kapasiteten i helsetjenesten. Dette kan illustreres ved at retten til liv i Grunnloven § 93 og ivaretagelse av helse i liten grad har blitt trukket frem av jurister og at tiltak som skal beskytte befolkningen (og helsetjenesten) blir beskrevet som en trussel mot rettsstaten. Jurister skal være et korrektiv og påse at ulike krav overholdes. Under en pandemi kan det være tidsknapphet som begrunner andre typer av prosesser.

Kunnskapen om den rollen mange jurister tok under pandemien bør evalueres som grunnlag for beredskapen fremover, blant annet som innspill til utdanningen av jurister. Den viser at det er nødvendig å ha *juridisk kriseberedskap*, det vil si jurister som har kunnskap om krisereguleringer og hvordan den faktiske situasjonen som ligger til grunn for lovanvendelsen skal vurderes, under en krise. I dette ligger behovet for å avveie menneskerettigheter som kan kollidere.

4.3 Behovet for grunnlovsregulering av ivaretagelse av helse

Tvil om lovligheten av smitteverntiltak under en krise kan dels svekke mulighetene for oppslutning om tiltakene og føre til at oppmerksomheten om forekomsten av faktisk myndighetsmisbruk, svekkes. Retten til beskyttelse av helse bør derfor klart fremgå av Grunnloven slik det var foreslått i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014.⁷⁸ Dette forslaget oppnådde ikke å få nødvendig 2/3 flertall da Fremskrittpartiet og Høyre stemte mot. I forslaget fra Lønningutvalget til grunnlovsbestemmelse i § 111, sto det:

«Det påligger statens myndigheter å respektere og sikre retten til en tilfredsstillende levestandard. Likeledes påligger det statens myndigheter å fremme befolkningens helse og sikre retten til nødvendig helsehjelp.»

Den situasjonen som oppsto under pandemien og som er omtalt over viser at det var uklart for mange hvordan helseberedskapsloven og smittevernloven henger sammen, og sammenhengen mellom disse lovene og de grunnleggende rettighetene i Grunnloven. Hytteforbudet som et smitteverntiltak hadde for eksempel som formål å beskytte helsetjenestens kapasitet. En alvorlig situasjon med personellmangel kan gi grunnlag for

⁷⁸ Lønningutvalget: Dokument 16 (2011-2012). Grunnlovsforslag 31 (2011-2012): fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande Dokument 12:31 (2011-2012).

tiltak basert på nødrett utover fullmakter til beordring i lovene og som også forutsetter en ekstraordinær situasjon i helsetjenesten.

En tydelig grunnlovsforankring vil samtidig føre til mer realistiske vurderinger av materielle og prosessuelle krav til lovgivningen som må ses i lys av hastegraden under en pandemi. Evne til å handle raskt har vist seg avgjørende for å begrense skadevirkningene av covid-19. Det må uansett stilles visse minimumskrav til prosessen – og ved høy hastegrad – til etterkontroll av prosessen, ev. forankring i Stortinget. Helseberedskapsloven og smittevernloven var allerede vedtatt av Stortinget som fullmaktslover. Under en pandemi bør det legges opp til en forankring av reguleringer i Stortinget slik Høgbergutvalget foreslo (NOU 2019:13). Dette kan reflekteres tydeligere i helseberedskapsloven.

Dette innebærer at begge kriselovene – og adgangen til beordring – bør ha en tydelig forankring i Grunnloven. Under grunnlovsrevisjonen ble ikke denne problemsstillingen vurdert. De erfaringer som nå er opparbeidet bør benyttes i denne sammenhengen og dette gjelder hvilke utfordringer som kan oppstå under en pandemi, og der beskyttelse av folkehelse og helse er av særlig stor betydning. De «føre var» vurderinger som ligger til grunn for både helseberedskapsloven og smittevernloven bør reflekteres i bestemmelsen, se forslaget i punkt 2.

Kap. 5: Styringsretten og begrensinger i helsetjeneste

5.1 Lovanvendelsen basert på faktiske vurderinger

Virksomhetsledelsens handlingsrom kan tolkes som alternativer under en krise og innenfor rammene av den lovgivningen som da gjelder og avtaler, samt mulighetene for å inngå nye avtaler. Hvordan dette handlingsrommet kan benyttes til beordring av ansatte helsepersonell, helsepersonell med avtale med kommunene eller regionale helseforetak, eller andre som ikke er ansatt, undersøkes nærmere i kap. 5 og 6.

Både helseberedskapsloven og smittevernloven er formulert slik at kompetansen til å beordre og å iverksette smitteverntiltak skal kunne baseres på ulike typer av faktiske situasjoner, og at det på denne bakgrunnen må vurderes hvor langt den *statlige og kommunale myndigheten* rekker, samt arbeidsgivers kompetanse, se punkt 4.4.2 og 4.1. Forståelsen av beredskap, når det oppstår en krise og hvordan den kan begrenses i tidlig fase, kan ha avgjørende betydning for skadeomfanget. Krisens omfang har betydning for behovet for beredskap og omdisponeringer av personell. Dette kan dreie

seg om en annen dimensjonering av oppgaver enn normalt, for eksempel til testing for smitte og smittesporing, eller behandling av alvorlig syke av covid-19. Dette kan innebære økt innsats innenfor noen områder på bekostning av andre oppgaver, nye oppgaver og en omprioritering av pasientbehandling som fører til økt ventetid og etterslep.

Medisinsk ideologi kan få stor betydning i de faktiske vurderinger når et virus er ukjent. En teori kan være at alle virus oppfører seg omtrent likt og at det er nødvendig å forsøke å oppnå immunitet i befolkningen. Det ble tidlig reist tvil om det mulig å opparbeide immunitet når det er et RNA-virus som endrer seg kontinuerlig gjennom mutasjoner. Det er blant annet påvist at det i Brasil der viruset fikk spre seg uten særlig inngripende tiltak oppsto det en langvarig situasjon med massedød og sammenbrudd i helsetjenesten. I Brasil er det dessuten påvist at den byen som ble hardt rammet i den første bølgen ikke hadde opparbeidet immunitet til andre bølge.⁷⁹ Mennesker som hadde fått covid-19 fikk smitten en gang til. Covid-19 har vist seg å være annerledes enn de virus som så langt er kjente og har blitt kategorisert slik at befolkningen må beskyttes mot smitte, blant annet for å unngå sammenbrudd i helsetjenesten. Det ble opparbeidet kunnskap gradvis, da det ikke forelå vitenskapelig kunnskap om covid-19. Med stor grad av usikkerhet stilles det ikke krav om at tiltak baseres på vitenskapelig kunnskap, selv om vitenskapelige prinsipper er et utgangspunkt, slik det fremgår av IHR art. 43 (2):

States Parties shall base their determinations upon: (a) scientific principles; (b) available scientific evidence of a risk to human health, or where such evidence is insufficient, the available information including from WHO and other relevant intergovernmental organizations and international bodies; and (c) any available specific guidance or advice from WHO.

Dersom det er foretatt slike krevende avveininger vil EMD være tilbakeholden med å hevde at det er brudd på menneskerettigheter, også på grunn av den skjønnsmarginen statene har til å vurdere lokale forhold.⁸⁰

Både smittevernloven og helseberedskapsloven baseres på «føre var» vurderinger, jf. formuleringer om å «forebygge» og at inngrep kan være nødvendige og forholdsmessig selv om de ikke baseres på sikker medisinsk kunnskap (kommentarene til smittevernloven § 1-5). De juridiske vurderingene må dermed baseres på de samme

79 [https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600\(20\)30560-9/fulltext#tb12](https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600(20)30560-9/fulltext#tb12)

80 Jørgen Aall. Rettsstat og Menneskerettigheter, s. 157.

faktiske vurderinger og «føre var» vurderinger for å kunne ta stilling til hva som nødvendige og forholdsmessige inngrep, blant annet i helsetjenesten.

5.2 Personellsituasjonen helsetjenesten under pandemien

5.2.1 Situasjonen i noen sykehus og tallgrunnlag

I mange sykehus var det behov for å omdisponere personell for å bemanne akuttmottak, covid-sengeområder, intensiv- og overvåkingsenheter. Omdisponeringer må bygge på vurderinger av kompetanse- og kapasitetsbehov og kontinuitet i pasientbehandlingen. Flere sykehus la vekt på å etablere midlertidige arbeidsteam.

Sykehuset Østfold mente tidlig at sykehusets ordinære bemanning innenfor enkelte fagområder ikke var tilstrekkelig for mottak og behandling av pasienter med mistenkt og bekreftet covid-19 sykdom. Sykehuset gjennomførte en kartlegging av kompetansen i helsevirksomheten og om det var personell med kompetanse til å kunne gå inn i kliniske funksjoner utover de oppgavene som lå innenfor arbeidsavtalen. Det pågikk flere parallelle kartlegginger initiert av ulike ledere. Bemanningsavdelingen utarbeidet et eget verktøy til hjelp i kartlegging av kompetanse for sykehusets medarbeidere. Beredskapsledelsen etablerte ressurscenter organisert i bemanningsavdelingen. Hensikten var å øke ekstern rekruttering slik at bemanningsutfordringer og omdisponering av personale bedre kunne håndteres. Bemanningsavdelingen bisto i betydelig grad lederne med hjelp til utarbeidelse av arbeidsplaner, men lederne hadde behov for mer hjelp enn det bemanningsavdelingen kunne bidra med. Dette gjaldt særlig veiledning i forhold til arbeidstidsbestemmelser og søknader om utvidet arbeidstid. I risikovurdering av den overordnede plan for beredskapsrelatert personellforvaltning gjennomført i august 20, kom det frem at man manglet avtaler utover lovfestede grenser for arbeidstiden, manglende forhåndsavtaler med tillitsvalgte ved kort varslingsperiode og manglende avtale for overtid og forskjøvet arbeidstid. Det ble enighet om å iverksette tiltak for å «drøfte muligheten med tillitsvalgte for overordnede avtaler (arbeidstidsordninger) til bruk i beredskapssituasjoner».

Universitetssykehuset i Nord-Norge (UNN, Tromsø) hadde en særlig utfordrende situasjon som følge av store rekrutteringsutfordringer på spesielt intensivsykepleiere (og enkelte legespesialiteter som radiologer, psykiatere, anestesileger o.a.) før covid-19. Sårbarheten var knyttet til avhengighet av vikarer fra andre land. Tilgangen på vikarer avtok med økte behov for personell som følge av flere innlagte. Dette skyldes både . Enkelte valgte å ikke komme, andre har slitt med å komme seg til Nord-Norge pga reduserte eller kansellerte flyavganger. Avhengigheten av mange vikarer har også generert mye ekstra arbeid med håndtering av stadig endrede karantene- og

testbestemmelser. Usikker eller manglende tilgang på vikarer har generert ekstra behov for opplæring av egne ansatte til omdisponering. Når en i hovedsak må basere seg på å klare seg med de ansatte en allerede har, er alle tiltak som gir økt- eller raskere tilgang på disse, positive.

De nasjonale avtalene som ble inngått for avlønning for pensjonister og det å kunne fravike ordinære varslingsfrister på turnusplaner er eksempler på tiltak som bidro svært positivt i UNN. Det er viktig å ha tilstrekkelig utdanningskapasitet i regionen, spesielt på intensivsykepleiere slik at en ikke gjør seg avhengig av vikarbruk.

St. Olavs hospital mener at de sentrale avtalene knyttet til arbeidstidsplanlegging var viktige i forbindelse med gjennomføring av sommerferien i denne pandemiperioden. Dersom det blir behov for å iverksette eskaleringsplanene, forventer vi at slike avtaler kommer på plass igjen. Smittevern hensyn gjorde det nødvendig å mobilisere eget personell da de ikke kan bruke vikarer som før. Ressurser til å bruke lokale stimulerings tiltak og hjemmel for bruk av midlertidige vikariater er derfor avgjørende. Annonsering etter personell som ikke arbeider på sykehuset kan benyttes, det ga god respons. Mange ønsker å bidra i en slik stund. Det ble tilrettelagt for bruk av sykepleier- og medisinerstudenter.

Helse Bergen mente det ble en skjevfordeling av belastningen blant medarbeiderne i sykehuset i starten av pandemien. Noen opplevde at belastningen ble for stor, mens det i andre deler av sykehuset var mindre å gjøre under den første smittebølgen. Dette har etter hvert jevnet seg ut ettersom den elektive aktiviteten er tatt opp til et mer normalt nivå. Ny personellturnus/vaktordninger ble utarbeidet for mange ansatte, blant annet innenfor prehospitale tjenester, intensivheten og på de aktuelle pandemipostene. Det har fra de tillitsvalgte og en del ansatte i etterkant vært etterlyst en bedre involvering i dette arbeidet. Foretakets bemanningssenter hadde en nøkkelrolle i å rekruttere studenter og andre aktuelle vikarer og kartlegge tilgang på personell i permisjon/i stab/i bistillinger som kunne mobiliseres ved behov. Bemanningssenteret bidro til planlegging av omdisponering av personell mellom avdelingene, noe som krevde involvering av mange avdelinger. Vedlikehold av ny kunnskap hos rekruttert «reservepersonell» er en hovedutfordring. Det er vanskelig å komme utenom en intensiv opplæringsperiode i tiden forut for at behovet er der. I tillegg ble det etablert et samarbeid mellom Helse Bergen, Haraldsplass Diakonale sykehus og de 18 samarbeidskommunene, om å rekruttere personell gjennom felles annonse. Over 1100 søkere som ønsket å delta i arbeidet, noe som sier noe om engasjementet og innsatsviljen.

Tidligere ansatte ble kontaktet, rekruttert og ansatt i stillinger de var kvalifisert til. Pensjonister var en viktig gruppe, men på grunn av alder og risiko for smitte ble de satt til «ikke pasientnære oppgaver». I etterkant er samarbeidet evaluert, konklusjonen har vært at det i en tilsvarende situasjon vil bli rekruttert per kommune, mens Helse Bergen og Haraldsplass Diakonale Sykehus vil samarbeide rundt rekruttering. I evalueringen var det bred enighet om å fortsette samarbeidet ved jevnlig møter mellom aktørene. Der utveksles erfaringer og rutiner som kan brukes på tvers. Samtidig som partene bistår hverandre med personell, dersom det er behov utover det som kan skaffes i rekruttering.

Studenter som under utdanning ble vurdert å være en viktig ressurs under pandemien. Flere av dem har arbeidsavtaler med sykehus eller kommuner og kan bidra på sin studiefrie tid. Når studiesteder stengte ned var tilgangen på personell stor, mens det ikke er tilgang på denne type personell når studiestedene nå holder åpent.

Finnmarkssykehuset lagde planer og kjøpte inn mer utstyr, men skaffet ikke ekstra personellressurser. Det ble laget bemanningsplaner for å håndtere av flere pasienter på intensiv samt utarbeidet intensivopplæringsplaner. I tillegg ble det igangsatt reopplæring innen smittevern.

Akershus universitetssykehus HF (Ahus) har et etablert driftsutvalg med representanter fra alle divisjoner/klinikker/sentrale staber og ansattes representanter. Utvalget arbeider til vanlig med å sikre et planmessig arbeid med kapasitetsmessige tiltak med særlig fokus på lav- og høyaktivitetsperioder hvor tiltak/samarbeidsstrukturer berører flere divisjoner/klinikker/enheter. Fra 09.03.20 fikk driftsutvalget et koordineringsansvar for å forberede organisasjonen på å håndtere et stort antall pasienter med covid-19 herunder driftsmessige endringer med tilhørende bemanningsløsninger. Arbeidet med planlegging for tilstrekkelig kapasitet og bemanning innen intensiv og overvåkingsområdet ble valgt håndtert i linjeorganisasjonen ved Kirurgisk divisjon og arbeidet innen sengeområder og Akuttmottaket har vært håndtert av driftsutvalget. Etter hvert var det daglige møter mellom arbeidsgrupelederne, med deltakelse fra tillitsvalgte og verneombud. Det ble også etablert en praksis med å sende daglige statusrapporter til viseadministrerende direktør, HR-direktør og fagdirektør, slik at disse kunne informere sykehusledelsen løpende. Utvalget forberedte saker med anbefalte forslag til tiltak til behandling i sykehusledelse. Planlegging av bemanningen var en sentral oppgave for driftsutvalget. Dette innebar både omdisponering, rekruttering og opplæring av personell. Parallelt med planlegging av kapasiteten til å ta imot covid-19-pasienter i akuttmottak, på

sengeområder og intensivenheter, ble det lagt en trinnvis plan for bemanning av disse funksjonene.

5.2.2 Personellsituasjonen i kommunene. Mangelen på kommuneleger

I kommunene er det nye oppgaver og dimensjonering av oppgaver, blant annet gjennom omfattende testing og smittesporingsarbeidet. Dette begrunnet blant annet «hytteforbudet», selv om denne sammenhengen i for liten grad er tydeliggjort i loven. Kommunene skal beskytte befolkningen gjennom kommunale vedtak og anbefaling, samt pasienter i helsevirksomheter. Mangelen på beskyttelsesutstyr satte kommunene i en vanskelig situasjon. I Bergen ble det lagt opp til et omfattende samarbeid mellom virksomheter i spesialisthelsetjenesten og kommunene, noe som førte til god tilgang til personellressurser. Det store omfanget av deltidsstillinger skapte utfordringer i kommunene og førte til at personell som ble smittet overførte smitten mellom flere arbeidsplasser, for eksempel flere sykehjem.

Mangelen på kommuneleger kunne føre til en kritisk situasjon i smittevernarbeidet. Kommuneleger har en sentral rolle under en pandemi regulert i helse- og omsorgstjenesteloven § 5-5, folkehelseloven § 27 og smittevernloven § 7-2. Kapasiteten var dårlig i en normalsituasjon, og ble kritisk under pandemien. I tillegg er det underskudd på fastleger mange steder i landet. Disse utfordringene med legerressurser i kommunene kan ikke avhjelpes gjennom styring og beordring under pandemien. I Innlandet førte situasjonen til et opprør blant kommunelegene – og at noen sluttet.⁸¹

Kommunelegefunksjonen er imidlertid gjennomgående organisert på en lite hensiktsmessig måte i brøker som skal supplere en fastlegerolle. Det er derfor ingen tvil om at kommunelegerollen må styrkes og at det må inngås avtaler om vaktordninger og beredskap, og annen planlegging fra kommunenes side.

5.2.3 Rapport fra Helsedirektoratet om kommuneleger

Helsedirektoratet foretok en kartlegging av kommunelegeressursene etter anmodning fra Helse- og omsorgsdepartementet.⁸² Rapporten baseres på svar fra alle fylkesrapporter og datagrunnlag fra 314 av 356 kommuner. Kommunelegefunksjonen beskrives som «ein svært kritisk og sårbar ressurs for ei vellukka kommunal og nasjonal handtering av smittevern- og beredskapsarbeidet under koronapandemien». I rapporten vises det til at det tidligere ikke har vært noen totaloversikt over denne kapasiteten, og at

81 <https://www.nrk.no/innlandet/korona-oppror-blant-kommuneoverlegene-1.15242711>

82 Helsedirektoratet, 18.september 2020. Rapport - Nasjonal kartlegging av kommunelegefunksjonen.

det erfarer at det i all hovedsak er deltidsstillinger.⁸³ To tredjedeler av kommunene har ansatt en person i kommunelegestilling. Kommuner med inntil 2000 innbyggere i gruppen, har rett over snittet med en lege i 68% av kommunene.⁸⁴ Resultatet kan leses slik at kommunelegefunksjonen er for lite robust til å kunne håndtere en langvarig pandemi. Over halvparten av kommunene mener at kapasiteten er for dårlig. De innrapporterte tallene inkluderer styrking av funksjonen etter at pandemien brøt ut. Det nasjonale snittet for de 314 kommunene ligger på 92,2% kommunelegestilling. På fylkesnivå ligger snittet fra 57,8% (Agder) til 132,2% (Viken). Helsedirektoratets vurdering er at stillingsstørrelsene i de fleste kommune størrelsesgrupper er marginale for å ivareta smittevernet under en pandemi, og raskt bør økes for at ressursen skal kunne bistå kommunene over tid uten å bli overbelastet.

I Helsedirektoratets rapport er det holdpunkter for at stillingsstørrelsen ikke er tilstrekkelig til at kommunelegene kan ivareta samfunns-medisinske oppgaver i beredskapsplanlegging og krisehåndtering. Mange kommuner har ikke avtaler om beredskapsvakt med kommunelegen og det er ikke tilstrekkelig samarbeid mellom kommunene. Kun halvparten av kommunene har en «vara»-løsning hvis kommunelegen slutter eller blir syk. Direktoratet mener at det ikke er tilstrekkelig at 61% av kommunene har økt kommunelegeressursene under pandemien da rollen er sentral for å kunne håndtere pandemien. I tillegg til å håndtere testing, smittesporingsarbeid skal kommunelegen treffe avgjørelser og gi kommunene råd om hvordan pandemien skal håndteres. Dette omfatter å samhandle med kommunens kriseledelse og operative virksomheter, samarbeide med nabokommuner, helseforetak, frivillige organisasjoner og fylkesmannen. Helsedirektoratet har pekt på at det er viktig å sørge for robuste løsninger for å dekke akutte og lovpålagte oppgaver.

5.2.4 Risikoen for personellmangel og muligheter for registrering

I tillegg til mangelen på leger i kommunehelsetjenesten og sykepleiere, blant annet intensivsykepleiere, er det et stort antall helsepersonell som har sluttet og som bør registreres som mulige personer i beredskap. Det viser seg at mange sykepleiere forlater yrket før naturlig avgang grunnet pensjon, og i SSB analyse i 2017, avdekkes det

83 <https://forms.office.com/Pages/ShareFormPage.aspx?id=jqVvilNR-kuailc9mFpBhjnDgfwUoqpBlxVA0VtmneRUQUwyQTRUTThXSDBBOEIRMFVXSjRWVFFOWS4u&sharetoken=BrB9FmoctCEO7AQBqqvZ>

84 I de andre gruppene, fra 2 til 6, ligg denne prosenten på 72, 83, 64, 45 og 8. 40 kommuner har tre eller flere kommuneleger. 15 av 314 kommuner har fire eller flere kommuneleger. Inndelingen av kommunene etter størrelse bygger på Standard for klassifisering av kommuner etter innbyggertall <https://www.ssb.no/klasse/klassifikasjoner/115>. Kommunegruppene nummereres i rapporten fra 1 til 6, der gruppen med nummer 1 er gruppen med færrest innbyggere osv. til gruppe 6, som er gruppen med flest innbyggere.

at 1 av 5 velger å gå av helsetjenesten etter 10 år.⁸⁵ Dette innebærer dels at det er utfordringer med frafall av sykepleierressurser og dels at det finnes en betydelig personellressurser utenfor helsetjenesten, som bør kunne benyttes i en krise, forutsatt at det lages et opplegg for faglig oppdatering for de som ikke har arbeidet i helsetjenesten de senere år.

Når det gjelder sykepleiere i arbeid og tiltak for å utnytte deres arbeidskapasitet i større grad over tid, så eksisterer det etter NSF's oppfatning allerede tilstrekkelig adgang til å sørge for dette. Lovverket har virkemidler for å håndtere akutte situasjoner og hjemler også adgang til å inngå avtaler med fagforeninger med innstillingsrett som ivaretar behovet for perioder utover det akutte.

Etter NSF's vurdering er det helt avgjørende at en økt helsepersonelltilgang sikres gjennom avtaler i den konkrete situasjon, og ikke ved å utvide eksisterende lovverk for å få helsepersonell til å arbeide mer. Dette kommer vi tilbake til under.

Endringer som medfører en utvidet lovregulert adgang til å pålegge helsepersonell økt arbeidsmengde, endret arbeidstid og/eller endring av arbeidsoppgaver, vil også kunne føre til et større frafall enn det vi allerede har i dag. NSF vil i den sammenheng vise til en nylig utgitt rapport ⁸⁶ fra Sintef, utarbeidet på oppdrag fra NSF, som blant annet peker på hvordan arbeidet under covid-19 utbruddet har påvirket sykepleierne, og der det også fremgår at 6% av de spurte vurderer å slutte i yrket etter pandemien.

I tillegg til mangelen på leger i kommunehelsetjenesten og sykepleiere, blant annet intensivsykepleiere, er det et stort antall helsepersonell som har sluttet og som bør registreres som mulige personer i beredskap. Det viser seg at mange sykepleiere forlater yrket før naturlig avgang grunnet pensjon, og i SSB analyse i 2017, avdekkes det at 1 av 5 velger å gå av helsetjenesten etter 10 år.⁸⁷ Dette innebærer dels at det er utfordringer med frafall av sykepleierressurser og dels at det finnes en betydelig personellressurser utenfor helsetjenesten. Dette kan være personellressurser som bør benyttes i en krise, forutsatt at det lages et opplegg for faglig oppdatering for de som ikke har arbeidet i helsetjenesten de senere år.

85 <https://www.ssb.no/helse/artikler-og-publikasjoner/1-av-5-nyutdanna-sykepleiere-jobber-ikke-i-helsetjenesten>

86 <https://www.nsf.no/sites/default/files/inline-images/sKH8UPyCe0Ja8acd5TKYOFcgykeFgXtDdlsNr6yPSSikR17Nls.PDF>

87 <https://www.ssb.no/helse/artikler-og-publikasjoner/1-av-5-nyutdanna-sykepleiere-jobber-ikke-i-helsetjenesten>

Når det gjelder sykepleiere i arbeid og tiltak for å utnytte deres arbeidskapasitet i større grad over tid, så eksisterer det etter NSF's oppfatning allerede tilstrekkelig adgang til å sørge for dette. Lovverket har virkemidler for å håndtere akutte situasjoner og hjemler også adgang til å inngå avtaler med fagforeninger med innstillingsrett som ivaretar behovet for perioder utover det akutte.

Endringer som medfører en utvidet lovregulert adgang til å pålegge helsepersonell økt arbeidsmengde, endret arbeidstid og/eller endring av arbeidsoppgaver, vil også kunne føre til et større frafall enn det vi allerede har i dag. NSF vil i den sammenheng vise til en nylig utgitt rapport fra Sintef, utarbeidet på oppdrag fra NSF, som blant annet peker på hvordan arbeidet under covid-19 utbruddet har påvirket sykepleierne, og der det også fremgår at 6% av de spurte vurderer å slutte i yrket etter pandemien.⁸⁸ Innenfor spesialisthelsetjenesten har pandemien vist at det er mangel på spesialsykepleiere. I likhet med situasjonen for kommuneoverleger forelå det ikke en nasjonal oversikt over spesialsykepleiere, noe som ført til usikkerhet om intensivkapasiteten. I tillegg førte til personellmangel og bruk av personell som ikke var utdannet for oppgaver, eller som ikke hadde autorisasjon eller lisens. Dette gir grunnlag for flere problemsstillinger som behandles i punkt 5 og 6.

5.3 Styringsplikter under en pandemi

5.3.1 «Sørge for»-ansvaret: eieransvaret

I helsetjenesten er det helsepersonell som er ansatt i kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten, og som har avtaler med kommunen og det regionale helseforetaket. Forøvrig er det helprivate virksomheter med helsepersonell ansatt.

I den offentlige helsetjeneste har eiernivået (de regionale helseforetakene og kommunene) et ansvar som omtales som et «sørge for»-ansvar, regulert i spesialisthelsetjenesteloven §§ 2-1 og 2-1 a og helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 flg. Eiernivået skal ha oversikt over situasjonen i helsetjenesten og behovene og skal tilrettelegge på et overordnet nivå.

Helse- og omsorgstjenesteloven regulerer primærhelsetjenesten i kommunene, som blant annet omfatter ulike typer av kommunale tjenester. Kommunen skal «sørge for» at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helsetjenester, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1. Dette omfatter tilbud til alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse,

⁸⁸ <https://www.nsf.no/sites/default/files/inline-images/sKH8UPyCe0Ja8acd5TKYOFcqykeFgXtDdIsNr6yPSSikR17Nls.PDF>

rusmiddelproblemer, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne. Det omfatter videre forebyggende tjenester, helsetjenester i skoler, helsestasjoner, sykehjem, svangerskapstjenester, legevakt og fastlegeordning, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2. Kommunene skal enten eie tjenester selv eller inngå avtaler med fastleger og andre.

Det kommunale «sørge for» ansvaret innebærer at kommunene må ha nødvendige tjenester skissert i loven og som må oppdateres med ny kunnskap, teknologi og nye metoder, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 (3). Helsetjenesten må blant annet ha tilstrekkelig bemanning og fagkompetanse, hensiktsmessige lokaler, tilstrekkelig antall senger, forsvarlig medisinsk teknisk utstyr.

Slik «sørge for»-ansvaret er formulert i loven kan det utledes en forpliktelse til å etablere kommunikasjonslinjer mellom nivåene i styringslinjen for å kunne treffe beslutninger på et opplyst grunnlag, for eksempel skal avdelinger som gir pasientbehandling sørge for at informasjon om kapasiteten og eventuelle utfordringer med å gi forsvarlig helsehjelp, kommuniseres i styringslinjen.⁸⁹ Slik «sørge for»-ansvaret er formulert i loven kan det utledes en forpliktelse til å etablere kommunikasjonslinjer mellom nivåene i styringslinjen for å kunne treffe beslutninger på et opplyst grunnlag. Under en pandemi vil det blant annet innebære at avdelinger som gir pasientbehandling gi informasjon om kapasiteten og eventuelle utfordringer med å gi forsvarlig helsehjelp.

Pliktene for kommunene og de regionale helseforetakene kan på denne bakgrunnen deles i tre: For det første skal det sørges for oversikt over situasjonen i helsetjenesten, samt beredskap, og kommunikasjon, slik at det kan iverksettes tiltak for å beskytte befolkningen. For det andre skal det sørges for nødvendig kapasitet i helsetjenesten. For det tredje skal helsetjenesten organiseres slik at forsvarlighet i helsetilbudet kan oppnås gjennom bemanning, utstyr, funksjoner og spesialiteter. Dette ansvaret legger et viktig grunnlag for pliktene til forsvarlighet som påhviler helsevirksomhetene og helsepersonell. De lovbestemte pliktene skal bidra til at befolkningen mottar et likt helsetilbud under en pandemi og ellers, det vil si med samme kvalitet, uavhengig av den enkelte arbeidsgiver.

5.3.2 Virksomhetsledelsens plikter

Arbeidsgivere i helsetjenesten må innrette seg etter et mangfold av beslutninger i «styringslinjen» som begrenser styringsretten.⁹⁰ De lovbestemte pliktene skal bidra til at befolkningen mottar et likt helsetilbud med samme kvalitet, uavhengig av den enkelte

⁸⁹ Befring (2015) s. 56 flg. (Befring, Helsepolitikk og ledelse, Cappelen Damm, 2015).

⁹⁰ Styringslinjen benyttes her som felles betegnelse på beslutningsnivåene i kommunen og staten når det gjelder helsetjenester.

arbeidsgiver. Ved omtale av arbeidsgivers styringsrett er det vanlig å skille mellom virksomhetsledelse og arbeidsledelse. En forutsetning for overholdelse av helselovenes forsvarlighetsplikter er at ledelsen og arbeidsgivere i helsetjenesten sørger for å ha klare ansvarsforhold, jf. spesialisthelsetjenesteloven §§ 2-2 og 3-9. Med dette menes at det er klart hvor beslutninger treffes og av hvem, og at den som utøver beslutningsmyndighet har nødvendige forutsetninger for å treffe beslutninger uten at dette fører til uforsvarlighet.

Styringsforskriften gjelder både for helsevirksomheter i kommunene og i spesialisthelsetjenesten (regionale helseforetak) og utdyper kravene om klare ansvarsforhold og forsvarlighet.⁹¹ I styringsforskriften § 1 slås det fast at ledelsen skal sørge for systematisk oppfølging av kravene i forskriften. Styringsforskriften stiller krav om at det skal være klart hvem som har beslutningsmyndighet på de ulike nivåene i helsevirksomheten, blant annet skal det være klart hvordan ansvar, oppgaver og myndighet er fordelt og hvordan det skal arbeides systematisk for kvalitetsforbedring og pasient- og brukersikkerhet i virksomheten. I dette ligger et krav om at det skal være klart hva som er beslutningsmyndigheten. Styringsforskriftens krav om at det skal være klare ansvarsforhold i alle helsevirksomheter er en begrensning i adgangen til å delegere oppgaver og beslutningsmyndighet. Det stilles krav om at ledelsen skal ha oversikt over hvor det er risiko for svikt eller mangel på etterlevelse av myndighetskrav, jf. styringsforskriften § 6 d. Dette kan være uklare rettslige ansvarsforhold og risiko forbundet med behandling av pasienter eller pasientinformasjon.

Ledelsens overordnede ansvar for at virksomheten styres i samsvar med lovgivningen, herunder hvordan virksomhetens aktiviteter planlegges, gjennomføres, evalueres og korrigeres, jf. styringsforskriften §§ 3 og 4, og innebærer krav til å planlegge for kriser. Det er «[d]en som har det overordnede ansvaret for virksomheten skal sørge for at det etableres og gjennomføres systematisk styring av virksomhetens aktiviteter i tråd med denne forskriften og at medarbeiderne i virksomheten medvirker til dette», jf. styringsforskriften § 3. Styringsforskriften angir også begrensninger i styringsretten, gjennom et krav om målrettede og dokumenterte oppfølgingstiltak og krav om styring av virksomhetens aktiviteter. Ledelsen i helsevirksomheter har likeledes et ansvar for å dokumentere denne aktiviteten, jf. § 5. Styringsforskriften kommer i tillegg til plikten til internkontroll i helsetilsynsloven § 5, der «[e]nhver som yter helse- og omsorgstjenester, skal etablere et internkontrollsystem for virksomheten og sørge for at virksomhet og

91 Forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring i helse- og omsorgstjenesten, av 28. oktober 2016 nr. 1250.

tjenester planlegges, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av lover og forskrifter» og internkontrollforskrifter.⁹² Kravene til organisering av sykehus er utdypet i et rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet om ledelse i sykehus: I-2/2013 *Lederansvaret i sykehus*.⁹³

5.3.3 Tilretteleggingsplikten, plikten til beredskap og gjennomføring av omstillinger under en krise

Ledelsen har en plikt til å tilrettelegge for at helsepersonell skal kunne oppfylle sine forpliktelser, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 og helsepersonelloven § 16, der det står: «Virksomhet som yter helse- og omsorgstjenester, skal organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter».⁹⁴ I dette ligger en plikt til å bidra slik at helsepersonellet kan oppfylle sine plikter. Pasienters rettigheter er i stor grad er rettet mot helsepersonell, omtalt som behandlerrelasjonen, og at tilrettelegging fra arbeidsgiver er nødvendig for at disse rettighetene skal kunne oppfylles.⁹⁵

Beredskapsforberedelser og gjennomføring av nødvendige omstillinger ligger på flere nivåer i helsetjenesten. Tilretteleggingsplikten innebærer at det må være dialog mellom ledelsen og helsepersonell om behovene for forberedelser og gjennomføringen slik at dette skjer i samsvar med lovkravene.

De ordinære ansvars- og ledelsesforhold endres normalt ikke under en krise med unntak for når det er besluttet funksjonsfordelinger på overordnet nivå. Dessuten vil kriseledelsen innebære økte krav til klarhet i kommunikasjonslinjer. Kommunene fortsatt

92 Helsetilsynsloven, lov av 15. desember 2017 nr. 107. Se også Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter, gjelder for alle virksomheter, jf. forskrift 6. desember 1996 nr. 1127.

93 HOD: Ledelse i sykehus, 28. mai 2013. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/rundskriv-i-2013/id728043/>

94 Befring, Anne Kjersti. Helseforetakets ansvar for forsvarlig organisering. Tidsskrift for Den norske legeförening nr. 15, 2002, s. 1508. Det er flere avgjørelser fra Helsetilsynet som dreier seg om manglende oppfyllelse av tilretteleggingsplikten. Helsetilsynet vedtok 1. oktober 2018, å kritisere Sykehuset Innlandet som følge av mangler i organiseringen av tjenesten som førte til at en 14 år gammel jente kunne ta sitt eget liv under innleggelsen. Helsetilsynet la til grunn at Sykehuset Innlandet HF ikke hadde lagt til rette for at helsepersonellet kunne oppfylle plikten til å gi forsvarlig helsehjelp. Det ble konkludert med at dette var brudd på spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, jf. helsepersonelloven §§ 4 og 16. Som et argument for systemkritikken ble det vist til at risikoreduserende tiltak ikke ble etterlevd. Ved befarung fra tilsynet ble det observert gjenstander som kunne brukes til å skade seg selv eller andre, og det ble også vist til at driften ikke var slik at personalet var i stand til å utføre sine arbeidsoppgaver på en forsvarlig måte.

95 Befring (2019) kap. 1.

har primæransvaret for å gi nødvendig helsehjelp og de regionale helseforetak skal sørge for spesialisthelsetjenester.

En krise eller katastrofer kan føre til behov for sentral samordning for å ivareta en forsvarlig og hensiktsmessig håndtering av situasjonen og at sentrale helsemyndigheter har nødvendige fullmakter fra Stortinget, jf. Grunnloven § 3 og lovgivningen.

Informasjonsstrømmen må være koordinert slik at informasjonen er forståelig og når frem. Fullmaktsbestemmelsene kan derfor gå på tvers av ordinær utøvelse av myndighet innenfor helsetjenesten, og det kan delegeres oppgaver til bestemte enheter.

Samhandling mellom helsepersonell, virksomheter og tjenestenivåer har betydning for om lovkrav er oppfylt. I et vedtak 25. april 2019, kritiserte Helsetilsynet en helsevirksomhet for manglende tilrettelegging og samhandling i forbindelse med en fødsel slik at barnet ikke ble forløst i tide med keisersnitt.⁹⁶ Svikten ble knyttet til at helseforetaket ikke hadde sikret forsvarlig helsehjelp til denne gruppen og heller ikke nødvendige rutiner implementert i avdelingen. Flere av avgjørelsene viser betydningen av at helsetjenesten er forberedt på en situasjon det ikke er omfattende praksis på å håndtere som en pandemi, og at det finnes interne rutiner.

5.3.4 Begrensninger av handlingsrommet for arbeidsgivere som følge av pasientrettigheter

Under en pandemi må konsekvensene av omdisponering av personell og omlegging av helsevirksomheter vurderes på bakgrunn av plikter overfor alle pasientgrupper, også andre enn de som blir alvorlig syke av covid-19. Nye oppgaver skal utføres og pasientbehov skal ivaretas. På denne bakgrunnen kan det være nødvendig å både omdisponere og rekruttere personell. Kommunene, de regionale helseforetakene og helsevirksomhetens ledelse skal bidra til at helsetilbudet er forsvarlig og opprettholdes i den grad det er nødvendig for å dekke helsebehovene for befolkningen.

En pandemi kan påvirke prioriteringer av pasientgrupper og ventetid. I forbindelse med omstilling av virksomheten i forbindelse med en pandemi må beslutninger treffes på et opplyst grunnlag, og med kunnskap om virkninger av at personell omdisponeres, for eksempel hva som blir konsekvensene av en omdisponering for andre pasientgrupper. Pasienters rettigheter begrenser mulighetene for å legge ned helsetilbud og for å dra for mye ned på kapasiteten, for eksempel ved å flytte personell.

96

https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/tilsyn/varsel_enhet/foedsel_hf_sviikt_samhandling2019.pdf

Helsetjenesten og helsevirksomheter skal sørge for å oppdatere det medisinske tilbudet i behandlingen av pasienter som blir alvorlig syke av covid-19. Ved avansert medisinsk behandling er det aktuelt å organisere kliniske studier for å kunne gi forsvarlig behandling i kontrollerte former og for opparbeidelse av kunnskap som deles. Utviklingen av behandlingstilbudet og i behandlingen av den enkelte pasient må det treffes komplekse beslutninger av personer med nødvendige kvalifikasjoner. Den medisinske teknologiske utviklingen fører til økt spesialiseringen, til at det er store forskjeller i kompetanse innenfor de nevnte gruppene og til at nye yrkesgrupper, for eksempel teknologer, bioinformatikere og farmasøyter, benyttes som helsepersonell eller som ekspertkompetanse i enkelte spørsmål knyttet til pasientbehandlingen. Disse nye gruppene kan omfattes av den vide definisjonen av helsepersonell, jf. helsepersonelloven § 3, og at det påhviler en plikt til å innrette seg forsvarlig. Plikten til å følge instruksjoner må uansett vurderes i lys av helsepersonelloven § 4 (1), og om beslutningen innebærer forsvarlig yrkesutøvelse.⁹⁷ Helsepersonellet og pasienter må beskyttes mot smitte, gjennom beskyttelsesutstyr, testing, isolasjon, smittesporing. Helsepersonell må ha nødvendig kompetanse og opplæring.

Mulighetene for omstillingen under en pandemi henger sammen med virksomhetens kompetanse, kapasitet, bemanning, rutiner og systemer, oppgavefordeling og faglig opplæring.

5.4 Adgangen til omdisponeringer og begrensninger

5.4.1 Utvidet styringsrett under en pandemi utover arbeidsavtalen

De arbeidsrettslige spørsmål oppstår i forbindelse med adgangen til å omdisponere helsepersonell i strid med det vernet hver enkelt har gjennom arbeidsavtalen. Arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori skal følge av arbeidsavtalen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 (1) c. Rettspraksis om saklighetskravet som et vern mot endringer av arbeidsforhold gjelder varige endringer av arbeidsforhold og situasjoner som ikke omfatter kriser. Høyesterett har utdypet at arbeidsavtalen og situasjonen rundt ansettelsen er et naturlig utgangspunkt for å tolke hva stillingen innebærer sammen med stillingsbetegnelsen, samt «hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen», jf. Rt. 2000 side 1602 (Nøkk).⁹⁸ Høyesterett mente at kommunene hadde en adgang til å gjøre betydelige endringer i arbeidsforholdet på grunn av behov. Mannskapet fra kommunens

⁹⁷ Befring og Ohnstad (2019) kommentarene til § 4.

⁹⁸ Kristin Alsos, Åsmund Arup Seip, Pål Nygaard, I arbeidsfredens tjeneste, Arbeidsretten gjennom 100 år, s. 222-223.

brannbåt ble overført til kommunens hovedbrannstyrke og med den konsekvensen at arbeidsoppgavene økte og ble endret.

Arbeidsgiveres styringsrett påvirkes av pandemiens virkninger gjennom at det skjer faktiske endringer og at det rettslige innholdet i styringsretten må justeres. I tillegg til regler om beordring av helsepersonell, må personellressurser benyttes slik at pliktene overfor befolkningen som sådan og pasienter overholdes. En arbeidstaker må finne seg i enkelte endringer, så lenge stillingens grunnpreg ikke endres vesentlig.⁹⁹

Innenfor styringsretten vil arbeidsgiver ha en relativt stor adgang til å foreta omdisponeringer og andre endringer av arbeidsforholdet. Høyesterett har, blant annet i Rt. 2000 s. 1602, lagt til grunn at man ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene, må legge vekt på stillingsbetegnelsen og hva som finnes *rimelig i lys av* samfunnsutviklingen. Utbruddet av en pandemi fører til faktiske endringer som gir en videre styringsrett. Helsepersonells arbeidsforhold må samtidig vurderes i lys av de særskilte pliktene som følger av lov og autorisasjonsordningen. Lovgiver har regulert plikter for helsepersonell som korresponderer med rettigheter for pasienter og brukere, og et tilretteleggingsansvar for ledelsen.

Arbeidsgivers behov for å omdisponere personell er et utgangspunkt for å vurdere saklighetskravet under en pandemi.¹⁰⁰ Det skal ikke tas utenforliggende hensyn, og kravene til saksbehandling kan variere med situasjonen, jf. også uttalelser fra Høyesterett om at det ikke kan foretas en overprøving av om «arbeidsgivers beslutninger ... er påkrevde eller optimale».¹⁰¹ Det som er Høyesteretts rolle er å undersøke om endringen fremstår som forholdsmessig.

Under en pandemi blir det truffet generelle vedtak som omfatter flere og med umiddelbare virkninger. For å unngå at disse er uforholdsmessige må det enten gjøres unntak eller inngås avtaler som er tilpasset den enkelte virksomhet. I noen eldre rettsavgjørelser er temaet berørt, se Rt. 1927 s. 297 (Streik) og Rt. 1964 s. 1345 (Fødeavdelingen). Begge dommene fastslår det generelle utgangspunkt at arbeidsplikten midlertidig kan utvides i ekstraordinære situasjoner og begge dommene fastslår at de konkrete situasjonene som var til bedømmelse ikke var av en slik ekstraordinær karakter. Dommen fra 1927 ble avgjort under dissens 4-3 og

99 Jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen), Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe-dommen) og HR 2009-2181 A. 100 Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

101 Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør) avsnitt 58. Se Jan Fougner, "Arbeidsgivers frie skjønn – Arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll" i: Sui Guneris - Festskrift til Stein Evju 2016, s. 211-223.

høyesterettsdommer Paal Berg som tilhørte flertallet uttalte: «Det er klart, at der kan indtræffe ekstraordinære forhold, som kan medføre en midlertidig utvidelse av den ordinære arbeidspligt. Sygdomstilfælde blandt det øvrige mandskap, ulykker og lign.»

Det er utvilsomt at arbeidsgivers styringsrett utvides under en pandemi, men det kan være vanskelig å fastslå hvor langt styringsretten kan benyttes, og varigheten av unntakene fra arbeidsavtalen.¹⁰²

5.4.2 Plikter overfor befolkningen som begrensning for ledelsen

Helsepersonellet plikter kan være en begrensning for adgangen til omdisponeringer, jf. helsepersonelloven §§ 4 og 16.¹⁰³ Forsvarlighetsplikten er en rettslig standard, noe som betyr at innholdet i plikten påvirkes av pandemiens virkninger og mangelen på kunnskap.¹⁰⁴ Formålet med forsvarlighetsplikten er å beskytte både pasienter og samfunnet mot handlinger og unnlater som innebærer «unødvendig» skaderisiko eller likegyldig, eventuelt ignorerende atferd. Dette utelukker ikke at det kan være nødvendig å akseptere en viss skaderisiko dersom det dreier seg om adekvat hjelp for å bedre pasientens helsetilstand i samsvar med pasientens vilje.¹⁰⁵

Personellet som benyttes i helsetjenesten under en pandemi må være i stand til å utføre oppgavene på en forsvarlig måte, enten fordi de er utdannet til å utføre oppgaven eller etter nærmere opplæring, avhengig av kompetanse. Dette gjelder både helsepersonell med og uten autorisasjon. Alle gruppene er omfattet av helsepersonellovens plikter og kan være del av behandlerrelasjonen, jf. definisjonen av helsehjelp i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 c. Pasientbegrepet er på samme måte definert vidt og utover det som følger av dagligtale, da det omfatter enhver som henvender seg for å få hjelp, for eksempel testing for smitte, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 a.

102 Med bakgrunn i ulike rettslige kilder og juridisk teori: Jan Fougner, Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern, 2019 s. 182. 20 Rt. 2001 s. 418 Kårstø på s. 427. Jan Fougner, 2019, Jan Fougner, Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt, 2. utg. 2016. Stein Evju, Styringsrett og restkompetanse, Tidsskriftet Arbeidsrett 2010 s. 3-32.

103 Med helsepersonell menes personer som har autorisasjon og i henhold til helsepersonelloven §§ 48 a flg., og der det i bokstavene a til å er regnet opp alle grupper med autorisasjon, jf. hpl. § 3 nr. 1, og andre arbeidstakere, elever og studenter som gir helsehjelp i helsetjenesten og apotek, jf. § 3 nr. 2 og 3. Se Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad. Helsepersonelloven. Kommentartutgave. Fagbokforlaget, Bergen, 2019, kap. 1.

104 Kjelland kap. 3 og 4 i Befring, Kjelland og Aslak Syse (2016). Statens helsetilsyn og Statens helsepersonellnemnd (Helseklage).

105 Befring og Ohnstad (2019) kap. 2.

5.5 Rettslige rammer for arbeidstid

5.5.1 Rammer som gjelder arbeidstid, hviletid og gjennomsnittsberegning

I kap. 3 er arbeidstidsdirektivet behandlet. I arbeidsmiljølovens kap. 10 er det satt rammer for både arbeidstid og krav om hviletid for å kunne ivareta et forsvarlig arbeidsmiljø. Den enkeltes ordning som gjelder daglig og ukentlig arbeidstid og arbeidstidens lengde, skal følge av arbeidsavtalen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 (1) bokstav j), og (2). Særskilte forutsetninger for når arbeidet skal utføres og som er lagt til grunn ved ansettelse, kan begrense arbeidsgivers styringsrett utover arbeidsavtalen, jf. Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt). Arbeidstidsutvalget (NOU 2016: 1) problematiserer arbeidstidsplanlegging i helseforetakene og at arbeidsplaner som blir stoppet av de tillitsvalgte:

Behovet for avtale om gjennomsnittsberegning og kortere hvile blir benyttet til å stoppe arbeidsplaner som innebærer arbeid noen flere søndager enn hver tredje helg. Dermed blir det vanskeligere for virksomhetene å få dekket behovet for kvalifisert arbeidskraft i helgene. Det fører også til behov for deltidsstillinger for å dekke helgevakter ...

Flertallet vil peke på at virksomheter i helse- og omsorgssektoren ivaretar viktige samfunnsmessige oppgaver. Konsekvensene av at man eventuelt ikke får etablert nødvendige arbeidsplaner for å dekke driftsmessige behov, går ikke bare utover partene selv, men vil i tillegg kunne gå utover en tredjepart som har begrensede muligheter til å velge andre tjenestetilbydere.¹⁰⁶

Dette er bakgrunnen for et forslag om at det innføres særregler for skift -og turnusarbeid gjennom at arbeidsgiver gis adgang gjennomsnittsberegne arbeidstiden, forlenge arbeidstiden opp til ti timer i løpet av 24 timer og 48 timer i løpet av sju dager, uten at det inngås avtale med de tillitsvalgte. Videre ble det foreslått at arbeidsgiver kan fastsette at den daglige arbeidsfrie perioden settes til ni timer, istedenfor 11 timer. Dette forslaget forutsetter full omlegging av dagens tariffavtaler og vil trolig være kontroversielt.

KS viser til at unntakene er for få slik at det er for liten fleksibilitet under en pandemi. Sykepleierforbundet peker på at lovgivningen kan ha blitt misforstått med utgangspunkt i at det i starten av pandemien ble klart at «noen arbeidsgivere oppfattet at både helseberedskapsloven § 4-1 og arbeidsmiljøloven § 10-12 (3) i seg selv gav dem utvidet styringsrett til å utvide arbeidstidsrammene generelt, endre turnus og endre arbeidsoppgaver m.m.» noe som skapte mye usikkerhet. Sykepleierforbundet mener det var lavt kunnskapsnivå blant annet om at adgangen til endringen som kun omfatter

¹⁰⁶ NOU 2016:1 s. 213.

arbeidstid, blant annet med tanke på varighet og type tiltak. Sykepleierforbundet viser til at endringer ble iverksatt før det var oppdaget smitte i lokalsamfunnet.

5.5.2 Generelle unntak fra arbeidstidsrammene

Det er samtidig åpnet for at det kan gjøres unntak på individnivå når det gjelder arbeidstaker i «ledende stilling» og for arbeidstakere i «særlig uavhengig stilling», jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 (1) og (2).

Det kan avtales mer generelle unntak gjennom inngåelse av tariffavtaler, jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 (4). Denne avtaleadgangen gjelder for fagforeninger med innstillingsrett etter arbeidstvistloven eller tjenestetvistloven – dvs. arbeidstakerorganisasjoner med mer enn 10.000 medlemmer.

En slik tariffavtale foreligger for eksempel mellom Legeforeningen og Spekter når det gjelder arbeidstid i sykehus (A2 i Overenskomsten). Arbeidsretten tok stilling til gyldigheten av Rikslønnsnemndas kjennelse av 27. februar 2017 med hjemmel i nærværende lov (lov nr. 104/2016), som hadde videreført det avtalte og omstridte unntaket fra arbeidsmiljøloven. Arbeidsretten la til grunn at en dette lå utenfor Rikslønnsnemndas kompetanse, da dette det lovbestemte unntaket bygger på enighet mellom partene, AR-2017-29.¹⁰⁷ I motsatt tilfelle kan et avtalt unntak i arbeidsmiljøloven § 10-12 (4) baseres på nærmest «evig» prolongering.¹⁰⁸

Departementet har en hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 (8) til å i forskrift gi særlige regler og fastsette unntak fra bestemmelsene i lovens kapittel 10 “[d]ersom arbeidet er av så særegen art at det vanskelig lar seg tilpasse bestemmelsene i kapitlet”. Denne bestemmelsen omtaler særegent arbeid og ikke situasjon og er neppe beregnet på en pandemi.

5.5.3 Unntak ved ekstraordinære situasjoner: «force majeure»

Når det gjelder arbeidstid og nødtilstand er utgangspunktet arbeidsmiljøloven § 10-2 (3), hvor det står at:

Bestemmelsene i dette kapittel kan fravikes for arbeid som på grunn av naturhendelser, ulykke eller andre uforutsette begivenheter må foretas for å avverge fare for eller skade på liv eller eiendom. I så fall skal arbeidstakerne sikres tilsvarende kompenserende hvileperioder eller, der dette ikke er mulig, annet passende vern.

107 Tjomsland, Løvland og Cordt-Hansen (tidligere ansatt i Spekter) utgjorde mindretallet.

108 Det oppstår samtidig noen dilemmaer med å la unntak fra arbeidsmiljølovens vernebestemmelser være en del av tariffavtalen når det forutsetter enighet mellom partene.

Denne bestemmelsen innebærer at lovens alminnelige bestemmelser kan fravikes (derogasjon) ved ekstraordinære situasjoner. Det kan omfatte alle arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10. Arbeidsgiver kan ensidig endre arbeidstidsordninger som følger av arbeidsmiljøloven § 10-2, og individuelle arbeidsplaner med kortere varsel enn 14 dager, jf arbeidsmiljøloven § 10-3.¹⁰⁹ Arbeidsgiver kan blant annet pålegge søndagsarbeid eller nattarbeid, jf arbeidsmiljøloven §§ 10-10 og 10-11.

Denne derogasjonsbestemmelsen kommer først til anvendelse ved en ekstraordinær situasjon og når det er nødvendig. Saklighetskravet innebærer at det må foretas en vurdering av hvordan arbeidstiden kan fordeles mellom arbeidstakere og grupper av arbeidstakere, herunder gjennom fordeling av oppgaver. Det skal være uvanlig at bestemmelsen kommer til anvendelse, da det skal ha oppstått en situasjon der det ikke er mulig – eller forsvarlig - å utføre nødvendig arbeid innen lovens alminnelige arbeidstidregler. Det ble presisert i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 at det dreier seg om force majeure som ras, flom og storm, jf. Ot.prp. nr. 41 (1979–1980) s. 16.

I NOU 2016:1 punkt 3.1.4, er det kommentert at bestemmelsen er en snever unntaksbestemmelse som gir adgang til å pålegge annen arbeidstid først kommer til anvendelse i force majeure-situasjoner «som naturhendelser, ulykke eller andre uforutsette begivenheter». I TFOLL-2018-78884 var spørsmålet om oppstartutfordringer var en strafferettslig relevant unnskyldningsgrunn for å bryte bestemmelser om arbeidstid og reglene om forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 (3) og straffeloven § 17. Tingretten konkluderte med at § 10-12 (3) ikke fikk anvendelse, fordi arbeidsgiver på forhånd var kjent med de forholdene som senere skapte overtidssituasjoner, samt at overtidssituasjonene materialiserte seg ved tre ulike anledninger. Tingretten uttalte at § 10-12 (3) vil «kun gjelde i den første akutte fasen av arbeidet for å avverge fare for skade på liv eller eiendom.» Det problematiseres at arbeidstakere som ambulansearbeidere og annet beredskaps-personell normalt ikke vil omfattes av unntaket, da det er en del av deres alminnelige arbeid og ikke kan betegnes som en «uforutsett hendelse» og at dette personellet også må omfattes ved «ekstraordinære katastrofer».

Fra Arbeidstilsynets praksis etter tidligere lov ble det f.eks. lagt til grunn at det kunne oppstå akutte situasjoner hvor arbeidsmiljøloven i en viss utstrekning må vike for plikten til å tilby øyeblikkelig hjelp etter helselovgivningen, og at arbeidsmiljøloven (1977) § 53 og

¹⁰⁹ Jan Fougner (2019) s. 182. ARD 1946 s. 46 Greaker Cellulosefabrikk.

nødrettsbetraktninger kunne gi grunnlag for å fravike arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser. Det er en del av den vanlige driften ved et sykehus å yte øyeblikkelig hjelp, og at dette normalt ikke kan begrunne tilsidesettelse av loven.

Tingrettens vurdering underbygger at det skal noe mer til før arbeidet til helsepersonell omfattes av arbeidsmiljøloven § 10-12 (3). Arbeidstilsynet har på sine nettsider skrevet at koronasituasjonen og de restriksjonene som myndighetene har innført, trolig vil medføre at flere tilfeller enn normalt vil kunne falle inn under unntaksbestemmelsen.¹¹⁰

Arbeidstilsynet understreker likevel at:

Arbeidsmiljøloven åpner for å fravike bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 dersom virksomheten må utføre arbeid for å avverge fare for eller skade på liv eller eiendom.

Virksomheten kan da utføre arbeidet uten hinder av arbeidstidsbestemmelsene i situasjoner som er ekstraordinære på grunn av koronautbruddet. Det er en forutsetning at arbeidet er nødvendig for å avverge fare for skade på liv eller eiendom og at virksomheten ikke kan sikre bemanning på annen måte.

Situasjonen med koronaviruset og de restriksjonene som myndighetene har innført, medfører at flere tilfeller enn normalt vil kunne falle inn under dette unntaket.

Det følger av Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 184-185 at bestemmelsen er forbeholdt visse yrkeskategorier med helt spesielle arbeidsformer. Som eksempel nevnes særegne arbeidsformer ved bo- og behandlingskollektiver for unge med rus eller adferdsproblemer, hvor de ansatte i lengre perioder bor sammen med institusjonens beboere.

Hjemmelen har blitt benyttet til å gi forskrifter for flere yrkesgrupper der arbeidet er av en slik art at det krever avvik fra arbeidstidsbestemmelsene, herunder for sjåførere, politi, kommunalt brannvesen mv. Til forskjell fra de nevnte yrkesgruppene har for eksempel sykepleiere og leger ved helseforetakene en arbeidsform som i utgangspunktet ikke er mer særegen enn at de kan inngå i en turnus med fastsatte dag-, kvelds- og nattevakter innenfor rammen av de arbeidstidsbegrensninger som følger av lov- og tariffavtaler.

Unntaksbestemmelsen kan kun brukes i akutte faser fordi arbeidet må være for å avverge fare eller skade. Er disse vilkårene oppfylt trenger ikke virksomheten å søke om dispensasjon fra Arbeidstilsynet for utvidet bruk av overtid. Arbeidsgiveren må

¹¹⁰ <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/biologiske-faktorer/coronavirus-tiltak-i-arbeidslivet-mot-smitte/>

fortløpende vurdere om virksomheten er i en slik situasjon at arbeidstakerne må utføre arbeid for å avverge skade på liv eller eiendom.» (*våre understrekninger*)

Det er også uttrykkelig at de arbeidstakere som får pålagt disse endringene skal sikres kompensierende hvileperioder eller annet passende vern. I dette ligger det både en vurdering av nødvendighet og forholdsmessighet. Ekstraordinære hendelser kan være en naturhendelser, for eksempel kvikkleireraset i Gjerdrum (julen 2020), større ulykker, terrorangrep, og som krever en ekstraordinær innsats i en begrenset periode for å begrense skadevirkninger.

Den kommer også til anvendelse dersom helsetjenesten ikke klarer å løse oppgavene under en pandemi på grunn av stor pågang, men det oppstår da spørsmål om varighetene av å kunne benytte dette unntaket. Denne bestemmelsen bygger på bestemmelser i tidligere lovgivning og ble omtalt som et unntak for å kunne utføre «redningsarbeide».¹¹¹ Det fremgår av tidligere forarbeider at bestemmelsen ble antatt å ha kort varighet og kun skulle være en tidsbegrenset mulighet for utvidelse av den alminnelige arbeidstiden, og at man etter mer enn to dager burde gå over til alminnelige regler for arbeidstid, se for eksempel Ot.prp. nr. 35 (1914) s. 144. Det kan neppe legges til grunn en grense på to dager. Denne uttalelsen kan derimot tas til inntekt for at unntaket må begrenses både i innhold og i tid.

Slik ordlyden i bestemmelsen er formulert dreier den seg om å kunne avverge fare for eller skade på liv eller eiendom, og i mindre grad om mer varige unntak på grunn av et jevnt – og høyt – arbeidspress. Bestemmelsen gir for eksempel ikke adgang til å fravike arbeidstidsbestemmelsene på generelt grunnlag, og helseforetakene vil følgelig ikke kunne innrette driften på at arbeidstidsbestemmelsene kan fravikes med grunnlag i denne bestemmelsen under en pandemi eller annen beredskapssituasjon.

Med *avverging* menes at man står overfor en brå overgang til en ekstraordinær situasjon og der det verken er tid eller praktisk mulig å innrette seg annerledes enn å benytte dette unntaket. Det er den umiddelbare fare som skal begrenses. Under en pandemi oppstår det en unntakssituasjon som kan ha lang varighet og med uforutsigbarhet om nye

¹¹¹ Lov om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter (1915) § 28, arbeidervernloven (1936) § 24 (se (Ot.prp. nr. 31 (1935) side 38 første spalte), arbeidervernloven (1956) § 29 og arbeidsmiljøloven (1977) § 53 (Ot.prp. nr. 41 (1975-1976), se merknadene til § 53), fabrikktilsynsloven § 29 (Ot. prp. nr. 8 (1956)), og § 24 i det opprinnelige forslaget fra Arbeiderkommissionen (Indst. O. XIV for 1908 § 27 b og c, samt den kongelige Arbeiderkommissions forslag § 29 b og c.)

smittebølger. Bestemmelsen er lite egnet for å kunne benyttes over tid når normalen over flere måneder i realiteten er en unntakssituasjon.

Dette innebærer at det bør være planer for slike situasjoner før de inntreffer, og dersom det ikke foreligger hensiktsmessige ordninger for å organisere arbeidet tilpasset denne unntakssituasjonen, bør dette komme på plass så snart som mulig under pandemien. Det fantes ikke beredskaps- eller kriseavtaler, se nedenfor.

Etter den umiddelbare akutte fasen av pandemien er vi sannsynligvis på et stadium der det skal mye til før pandemien og virkningene av den representerer en akutt situasjon, da kunnskapen om og erfaringen med pandemien stadig øker.

Unntakshjemmelen vil imidlertid kunne komme til anvendelse ved akutte faser med uventede økninger i antall innleggelses, som medfører behov for ytterligere beredskap utover det som er avtalt med arbeidstakerorganisasjonene. I slike tilfeller vil også beordringsadgangen etter helseberedskapsloven kunne benyttes. For å kunne gi forskrift om unntak fra arbeidstidsbestemmelsene for helsepersonell, vil det derfor være behov for en lovendring. Koronaloven § 2 ga regjeringen adgang til å gi midlertidige forskrifter for å utfylle, supplere eller fravike en rekke lover, herunder arbeidsmiljøloven.

I lovens forarbeider fremgår det at det vil kunne være aktuelt å forskriftsfeste unntak med hjemmel i bestemmelsen dersom partene i arbeidslivet ikke sammen kommer frem til løsninger der det er behov for å fravike gjeldende reguleringer for å håndtere konsekvensene av pandemien, jf. Prp. 56 L (2019-2020) s. 8. Forskriftshjemmelen har ikke blitt benyttet, og loven er nå opphevet. I dette ligger at det i en kort periode fantes en åpning for å kunne regulere unntak fra arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid med forskrift.

5.5.4 Noen vurderinger

Nødretten kan ha stor betydning ved akutte hendelser og som fører til utfordringer med personellsituasjonen. Det å benytte nødretten gir liten grad av forutsigbarhet under en langvarig pandemi som varierer i behov for helsepersonell. Et spørsmål som har vært reist er om dagens arbeidstidsordninger er dynamiske nok til å kunne foreta nødvendige omdisponeringer under en pandemi, og om denne fleksibiliteten skal være avtalebasert, se punkt 6.

5.6 Helsepersonellovens §§ 7 og 14

5.6.1 Hjelpeplikten i helsepersonelloven og straffeloven

Et spørsmål er om helsepersonell kan pålegges å være i arbeid som følge av selvstendige plikter til å gi akutt hjelp. Helsepersonelloven § 7 påhviler ethvert helsepersonell å gi øyeblikkelig hjelp når det er påtrengende nødvendig. Den personlige plikten til øyeblikkelig hjelp i helsepersonelloven § 7 om helsepersonell «straks [skal] gi den helsehjelp de evner» når det må antas «at hjelpen er påtrengende nødvendig», innebærer en undersøkelsesplikt og hjelpeplikt. Øyeblikkelig hjelp plikten går lenger enn den alminnelige hjelpeplikt som ligger i straffeloven gjennom undersøkelsesplikten som er uttrykkelig regulert i helsepersonelloven § 7. I Sofienberg-saken ble det påpekt at det var denne undersøkelsesplikten som var brutt, og at de to ambulansearbeiderne ikke skulle forlatt personen før han var undersøkt, jf. HPN-2008-104. Ambulansesjåførene feilvurderte pasienten og forlot han, blant annet på grunn av provokasjoner og frykt, noe som ble vurdert å være brudd på helsepersonelloven §§ 4 og 7.¹¹² På bakgrunn av dagens styringssystemer kan både denne plikten og pliktene som påhviler staten, eier og helsevirksomhetens ledelse tas til inntekt for det grunnleggende hjelpeprinsippet som kan utledes av Grunnloven § 93 og ØSK art. 12. Jakhelln har vist til at plikten i helsepersonelloven § 7 er straffesanksjonert:

Bestemmelsen har overskriften «øyeblikkelig hjelp», og er basert på det grunnleggende synspunkt at det er samfunnsmessig nødvendig at øyeblikkelig hjelp blir gitt.

Bestemmelsen straffesanksjonert, jf. hpl. § 67 første ledd.¹¹³

Det at denne bestemmelsen er straffesanksjonert – i likhet med alle plikter i helsepersonelloven – sier lite om forholdet mellom helsepersonell som arbeidstaker og arbeidsgiver/ledelsen. Ledelsens plikt til forsvarlighet og til tilrettelegging er omfattet av samme straffesanksjon, jf. helsepersonelloven §§ 16, 2 og 67. I en sak der to sprøyter med ulikt innhold ble forveksles slik at en liten gutt døde, vedtok Statsadvokaten 5. oktober 2018, å ilegge Helse Bergen foretaksstraff på 1,5 mill., på bakgrunn av straffebestemmelsen i helsepersonelloven § 67. Helsetilsynet politianmeldte saken mot Helse Bergen på bakgrunn av at sykehuset ikke hadde fulgt retningslinjer fra WHO når det gjaldt opplæring i og rutiner for hvordan slike legemidler skulle behandles. Legen som ga den dødelige injeksjonen ble ilagt en advarsel for å ha opptrådt i strid med

¹¹² Denne saken fikk flere etterspill. Dagbladet ble dømt for injurier da de hadde omtalt handlingene som uttrykk for rasisme, noe det ikke var grunnlag for, jf. Rt. 2014 s. 152 (Sofienberg).

¹¹³ Henning Jakhelln, Notat til 22. juli-kommisjonen - "Innsatsaksjoner og innsatspersonellets plikt til å utføre arbeidsoppgaver med særlig faregrad", punkt 3.3.3 <https://lovdata.no/pro/litteratur/jakhelln-h-2012-01>.

helsepersonelloven § 4, jf. helsepersonelloven § 56. Denne straffebestemmelsen er benyttet flere ganger de siste årene som følge av brudd på forsvarlighetsplikter og mangel på tilrettelegging.

I en helsevirksomhet vil det være mennesker til enhver tid som trenger akutt hjelp, og virksomhetsledelsen må organisere tjenester for å kunne gi denne hjelpen. Det personlige ansvaret for å gi øyeblikkelig hjelp kan ikke «overstyre» dette ansvaret som påhviler ledelsen og vil følgelig ikke ha avgjørende betydning for hvordan akuttilbudet er organisert. Derimot vil det personlige ansvaret til forsvarlighet, ha betydning for yrkesutøvelsen også i akutte situasjoner, jf. helsepersonelloven § 4. Denne plikten skal også ses i sammenheng med organiseringen som arbeidsgiver og virksomhetsledelsen har ansvaret for.

Arbeidsgiver har da en plikt til å sikre en bemanningssituasjon på avdelinger som ivaretar evnen til å levere helsetjenester over tid. I dette ligger det at arbeidsgiver må sørge for sikkerheten til sine arbeidstakere og en belastning på sine arbeidstakere som tilstreber å ivareta en slik målsetning. Arbeidsgivers plikt til å tilpasse arbeidet for arbeidstakere med særlige behov gjelder også under pandemien og vil da kunne omfatte helsepersonell som tilhører risikogrupper, dersom det er mulig.

Dersom arbeidsgiver har tid og anledning til å foreta en kartlegging av særlig sårbare grupper, eller om opplysningene om særlig sårbarhet er lett tilgjengelig, mener vi at arbeidsgiver har en plikt til å tilrettelegge arbeidet for denne delen av arbeidstakerne.

Den personlige plikten til å gi øyeblikkelig hjelp har trolig størst betydning utenom arbeidsforholdet og hvordan helsevirksomheten skal være innrettet i henhold til spesialisthelsetjenesteloven § § 2-2, jf. 2-1, med akuttfunksjoner.

Den generelle straffebestemmelsen i straffeloven § 288 innebærer at personer kan straffes for å hensette andre i en «hjelpeløs tilstand med fare for liv, kropp eller helse» Det samme gjelder den som «unnlater å gi hjelp til noen i hjelpeløs tilstand som vedkommende har en plikt til å dra omsorg for». I dette ligger det både en plikt til å unngå at andre kommer i en hjelpeløs tilstand og svikt i omsorgen. Et spørsmål er hvilken betydning denne hjelpeplikten og den særskilte hjelpeplikten i helsepersonelloven § 7 har for behandling av alvorlig syke eller hjelpetrengende pasienter.

Selv om ordlyden i dagens straffebestemmelse er annerledes enn straffeloven av 1902 § 142, er det klart at dagens bestemmelse bygger på den tidligere bestemmelsen, jf. Ot. prop. nr. 22 (2008-2009) s. 437-438, der dette er utdypet. Det dreier seg både om

begrepet «hensetter» som innebærer en aktiv handling fra gjerningspersonens side som fremkaller hjelpeløsheten, og at denne gjelder for enhver. Formuleringen «hjelpeløs tilstand» er presisert til å gjelde når det er «fare for liv, kropp eller helse og unnlater å gi nødvendig hjelp», og at det er en videreføring av gjeldende rett. Kjernen i kriteriet er at vedkommende trenger hjelp uten at hjelp er for hånden, og at denne situasjonen volder fare for liv, kropp eller helse. Som etter gjeldende rett skal det ikke anlegges et strengt krav til sannsynligheten for skade. Med plikten til «å dra omsorg for» menes at det foreligger en omsorgsplikt, ev. at en person først er satt i fare og at man deretter ikke har avhjulpet situasjonen gjennom omsorg, for eksempel at man forlater en person som er påført en kroppsskade, se Rt.1955 s.328 og Rt.1969 s.941. Eller at det foreligger et omsorgsansvar, for eksempel som helsepersonell eller foreldre, og at dette ikke oppfylles, se Rt.1969 s.1185 og Rt.1985 s.124. I helsepersonelloven § 4 fremgår det både en plikt til forsvarlig yrkesutøvelse og omsorgsfull hjelp.

I utgangspunktet kan den ikke legges til grunn som en pliktnorm i helsevirksomheters organisering og drift da det alltid vil være pasienter som er i en slik situasjon og at det er ledelsen som må organisere helsetilbudet til disse pasientene. Det skyldes blant annet at styringsretten kan begrense den enkeltes ansvar gjennom hvordan tjenestetilbudet er organisert. Samtidig kan disse få bestemmelsene dersom det ligger innenfor den enkelte ansvar å gi behandling til de aktuelle pasienter, og som et ledd i forsvarlighetsplikten.

Medvirkning er straffbart, jf. straffeloven § 15, tilsvarende som manglende tilrettelegging, jf. helsepersonelloven § 16, noe som innebærer at manglende tilrettelegging fra helsevirksomhetens ledelse vil være relevant å undersøke dersom bestemmelsen skal anvendes i helse- og omsorgstjenesten.

5.6.2 Helsepersonelloven § 14 om vaktordning

I henhold til helsepersonelloven § 14 kan departementet «bestemme at helsepersonell skal delta i vaktordning på det sted der de bor eller arbeider» i tillegg har departementet fått myndighet til å regulere «gjennomføring m.v. av vaktordninger» i forskrift. Denne bestemmelsen var delvis en videreføring av tilsvarende bestemmelser, blant annet i legeloven § 28 og tannlegeloven § 27, og en ny ordning, se Ot.prp. nr.13 (1998-1999) s. 224. En viktig forskjell er at denne bestemmelsen gjelder generelt for alt helsepersonell og med formål om å kunne gi tilstrekkelig tilgang til øyeblikkelig hjelp. Den gir ikke i seg selv en adgang til beordring, slik det var foreslått i høringsnotatet. En generell beordringsadgang i denne bestemmelsen kunne kollidere streikeretten og med helsepersonells lovbestemte rettigheter overfor arbeidsgiver. Departementet valgte dermed å ikke foreslå en utvidet adgang til beordring for å ivareta sykehusenes plikt til

øyeblikkelig hjelp. Det ble blant annet vist til at helsepersonelloven ikke bør inneholde bestemmelser som naturlig hørte inn under helseberedskapsloven og som skal dekke behovet for beordring under krig, og ved ekstraordinære forhold som naturkatastrofer og lignende.

Denne bestemmelsen gir derimot en hjemmel til direkte å pålegge helsepersonell å delta i vaktordninger på eget bosted eller arbeidssted, i en enkelt kommune, eller i et område som dekker flere kommuner, for å sikre at pasienter får tilgang til nødvendig helsehjelp.¹¹⁴ Bestemmelsen gir ikke hjemmel for å pålegge helsepersonell å utføre arbeid som går utenfor arbeidsavtalen og vaktordninger.

5.7 Om kontroll av helsepersonell og inngrep i helsepersonells fritid

5.7.1 Generelt om adgangen til kontroll

Pliktene til å ha klare ansvarsforhold innebærer at arbeidsgivere må ha oversikt kompetansesituasjonen i helsevirksomheter og oppgaver under en pandemi. Ledelsen skal ha oversikt over risiko for svikt eller mangel på etterlevelse av lovkravene. Det følger både av arbeidsmiljøloven og helselovene at arbeidsgivere må kontrollere at virksomheten drives forsvarlig.

En grunnleggende forutsetning er at kontrolltiltakene må være nødvendige for å oppnå forsvarlighet i tjenesten og at det foreligger hjemmel. Slike tiltak må være saklig begrunnet i virksomheten og de må være forholdsmessige, jf. arbeidsmiljøloven § 9-1. Hva som er kontrolltiltak er kommentert i arbeidsmiljølovens forarbeider der det vises til at begrepet er ment å favne vidt og omfatte «alt fra «vanlig tidsregistrering (stempling) til inngripende undersøkelser av arbeidstakernes helse eller drikkevaner».¹¹⁵

Autorisasjonsordningen, meldeplikter til arbeidsgiver og plikter til å ha kontroll over aktivitetene i virksomheten, er argumenter for at arbeidsgiver må kunne iverksette kontrolltiltak. Styringsforskriften inneholder flere bestemmelser som forutsetter at arbeidsgiver har oversikt over virksomheten, for eksempel i forskriften § 6, der det pålegges at ledelsen har oversikt over og beskriver virksomhetens mål, oppgaver, aktiviteter og organisering, for å kunne planlegge virksomheten.

Dersom det benyttes ufaglærte til å utføre oppgaver skal arbeidsgivere sørge for nødvendig opplæring, jf. blant annet spesialisthelsetjenesteloven § 3-1. I henhold til arbeidsmiljøloven § 4-2 nr. 2 skal arbeidsgiver følge opp den enkelte arbeidstakeren gjennom tilrettelegging, opplæring og annen oppfølging. Det følger av bestemmelsen

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 74-76.

¹¹⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 12.

at arbeidet skal organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger.

Både autorisasjonsordningen og de mange lovpålagte plikter overfor helsepersonell og helsetjenesten, innebærer økte plikter for ledelsen til å kontrollere helsepersonell. Enkelte bestemmelser i helselovene gir ikke bare en adgang til kontrolltiltak, men pålegger en plikt til slike tiltak begrunnet i rettigheter for pasienter og plikten til forsvarlighet. Arbeidsgivere må blant annet påse at personer har nødvendig autorisasjon for å utføre oppgaver som forutsetter slik autorisasjon. I helsetjenesten kan det også foreligge en plikt til å kontrollere dersom det er mistanke om at personer er uskikket eller har opptrådt uforsvarlig, og ev. å rapportere personer til Helsetilsynet.

Ved mistanke om rusmiddelmissbruk skal arbeidsgivere følge opp med for eksempel et krav om at helsepersonell testes, jf. helsepersonelloven § 8 og forskrift om pliktmessig avhold åtte timer før arbeidstidens begynnelse, jf. § 1 og prøvetaking ved mistanke om rusmiddelbruk, jf. § 2.¹¹⁶ Det vises til Helsepersonellnemnda som i flere avgjørelser har lagt til grunn at «[b]ruk av rusmidler under utøvelse av sykepleieryrket utgjør en betydelig fare for kvaliteten og sikkerheten i helsetjenesten».¹¹⁷

Under en pandemi skal arbeidsgiver sørge for å begrense smitte i helsetjenesten, gjennom en rekke rutiner og systemer, blant annet ved kontroll av helsepersonell, pasienter, smittevernutstyr og hvordan smittede pasienter behandles. Arbeidsgivere kan ha en plikt til å kontrollere om helsepersonell oppfyller kravene til å ivareta pasientens interesser og motvirke at egeninteresser er styrende for de beslutninger som treffes, og om helsepersonell har bierverv, jf. helsepersonelloven § 19 og § 9.¹¹⁸ Bierverv kan øke risikoen for smittespredning. Denne bestemmelsen gir imidlertid ingen hjemmel for å forby bierverv. Ved brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten kan det være grunnlag for å forby bierverv.

Arbeidsgiver kan påse at meldeplikter om smittsom sykdom oppfylles, og kontrollere bruk av kommunikasjonsteknologi og elektroniske hjelpemidler i arbeid, og om

¹¹⁶ Forskrift 4. mai 2012 nr. 400. Det følger av forskriften § 3 at helsepersonell aldri må ha over 0,2 promille alkohol i blodet.

¹¹⁷ HPN 2006/135.

¹¹⁸ Forskrift 29. august 2005 nr. 941 utdyper innholdet i denne bestemmelsen. I innst. O. nr. 58 (1998–1999) uttales det at «bestemmelsen i utgangspunktet ikke rammer internasjonale kongresser, forskningssamlinger, kurs og andre arrangementer som helsepersonell har faglig utbytte av, selv om kun én eller noen få produsenter står som arrangør eller sponsor». Ved gavetransaksjoner er det i lovbestemmelsen skilt mellom ytelser som skal bidra til kunnskap og ytelser som fører til «utilbørlige påvirkning», jf. hpl. § 9 (1). Forbudet mot utilbørlig påvirkning kan omfatte ytelser overfor en arbeidsgiver, og overfor familie eller andre nærstående, for eksempel i forbindelse med feriereiser tilknyttet kongresser eller konferanser.

arbeidstakere utsetter seg for risiko. IKT systemenes kontrollpotensiale innebærer begrensninger. Arbeidsgivere kan for eksempel ikke pålegge arbeidstakere å laste ned smittestoppappen, eller bruk av andre dataenheter for å kontrollere atferd.¹¹⁹ Det er i dagens lovgivning ikke klare hjemler for å kunne pasientjournalen til å kontrollere helsepersonell, for eksempel til hvor mye tid helsepersonellet benytter på pasientbehandling, eller internettsøk.¹²⁰ Kontrolltiltak må være forholdsmessige og lovlige, jf. arbeidsmiljøloven. §§ 9-1 og 9-2.¹²¹ I dette ligger at arbeidstakere bør være kjent med kontrolltiltaket og at det er nødvendig for å påse at plikter er oppfylt.

Forbudet mot at arbeidstakere og arbeidsgivere skal gjøre oppslag i pasienters journaler når taushetsplikten gjelder (snokeforbudet) bygger på en forutsetning om at det skal kunne kontrolleres om slike oppslag er gjort, samt at pasienter skal kunne få informasjon om dette, jf. helsepersonelloven § 21 a.

5.7.2 Kontroll av smitte og pålegg om å følge smitteverntiltak

Kontrolltiltak som begrunnes i hensynet til pasientsikkerhet i situasjoner der det er høy risiko kan begrunne et kontrolltiltak, for eksempel testing av helsepersonell for smitte, jf. arbeidsmiljøloven § 9-4. I Danmark ble det vedtatt en lov nr. 1641 av 19/11/2020 om arbeidsgiveres adgang til å pålegge lønsmottakere å bli testet for covid-19 og å opplyse arbeidsgiver om resultatet, jf. §§ 1 og 2. Det foreligger ingen tilsvarende bestemmelse som gjør det mulig å pålegge helsepersonell å teste seg for smitte utover de alminnelige reglene som gjelder for alle.

Manglende oppfølging av prøvesvar fra pasienter vurderes på samme måte som uforsvarlig. Behovet for slik oppfølging begrunner at arbeidsgivere etablerer et system for kontroll med virksomheten.¹²² I helsepersonelloven § 8 reguleres en meldeplikt til arbeidsgiver ved inntak av legemidler som kan påvirke yrkesutøvelsen, jf. også helsepersonelloven § 17 som innebærer plikt til å varsle både arbeidsgiver (omtalt i forarbeidene) og helsetilsynet. En slik melding vil forplikte arbeidsgiver til nærmere undersøkelser.

Under en pandemi kan det forutsettes at det er lavest mulig risiko for at ansatte i helsetjenesten er smittet når de gir pasientbehandling, blant annet utledet av

119 Andre eksempler er bruk av håndholdte dataenheter (smarttelefoner eller PDA) integrert mot interne datasystemer.

120 Dag Wiese. Schartum, Rettslige aspekter ved feltteknologi i arbeidslivet. CompLex 3/2013, s. 25 og 26.

121 I denne sammenhengen kan for øvrig personopplysningsregelverket komme inn, men dette går vi her ikke nærmere inn på.

122 HPN 2007/24.

arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for forsvarlighet og den enkeltes plikt til å ikke utsette pasienter og kollegaer for risiko. Dette kan både gi grunnlag for testing og karantene før smittesituasjonen er avklart, jf. smittevernloven § 4-1, covid-forskriften. Høsten 2020 gikk myndigheten først ut med anbefalinger – ikke pålegg – om bruk av ansiktsmaske på kollektivtrafikken i rushtiden i deler av landet. I en slik situasjon kan anbefalinger danne grunnlag for pålegg fra arbeidsgiver da saklighetskravet og forsvarlighetsplikten skal oppfylles. Begge rettsgrunnlagene kan begrunne at helsevirksomheten må ta forholdsregler som skal følges. Dersom arbeidsgiver går lenger enn det som er anbefalt av helsemyndighetene, for eksempel å nekte arbeidstakere å gå på restaurant, konserter, treningssenter når disse er åpne og det tas hensyn til smittespredning, må dette begrunnes i om det er særskilte hensyn i helsetjenesten som kan begrunne et slikt pålegg, for eksempel at smittespredning skaper høy risiko for pasientene som behandles eller at det er en sårbarhet gjennom risiko for smittespredning for personellsituasjonen. Slike inngrep må bygge på avveininger av den grunnleggende retten til bevegelsesfriheten og risiko for grunnleggende rettigheter til å beskytte liv. Det er mer tvilsomt om det kan benyttes et generelt overvåkningssystem over alle aktiviteter foretatt av helsepersonellet for å unngå smitte.

5.8 Inngrep i helsepersonells fritid og bevegelsesfrihet

5.8.1 Sammenhenger mellom rettigheter for helsepersonell og smitteverntiltak

Som nevnt over kan aktiviteter i fritiden ha stor betydning for situasjonen i helsetjenesten under en pandemi. I utgangspunktet kan ikke arbeidsgiver begrense fritiden til helsepersonell bortsett fra de ekstraordinære mulighetene for beordring under en krise. I fritiden står ikke arbeidstakeren til arbeidsgiverens disposisjon, jf. arbeidsmiljøloven § 10-1 (2). Det ligger derfor utenfor arbeidsgivers styringsrett å begrense bevegelsesfriheten i fritiden med mindre det foreligger en nødsituasjon eller det er hjemler for slike begrensninger.

Under pandemien ble det frarådet alle å reise unødvendig og helsemyndighetene påla karantene og etter hvert testing ved hjemkomst.¹²³ Arbeidsgivers styringsrett og helsepersonells plikter må vurderes på bakgrunn av anbefalinger og reguleringer. Ved reiser er det avgjørende om det medfører forhøyet risiko, eller om denne risikoen kan avhjelpes, for eksempel gjennom testing og karantene, og om helsepersonellet følger de

¹²³ <https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/reiseinformasjon/id2413163/>

anbefalinger som er gitt. Se endringer i retten til sykepenger for personer som ikke følger myndighetenes reiseråd.¹²⁴

Arbeidstakeres atferd i fritiden kan ha betydning for personellsituasjonen under en pandemi. I en faktisk situasjon med en truende pandemi økes arbeidsgivers ansvar for å iverksette tiltak som ivaretar personellsituasjonen og helsetilbudet – og dermed også styringsretten. Arbeidsgiver må sørge for å begrense smittespredning i helsetjenesten og aktiviteter som kan sette helsetjenesten i fare. Dette kan utledes både av arbeidsgivers ansvar under en krise og av helselovenes plikter til å drive forsvarlig virksomhet.

Et spørsmål er om arbeidsgiver kan innføre reiserestriksjoner dersom dette ikke er regulert og den enkelte reiser til et sted med omfattende smitte øker risikoen for at helsepersonell smittes og at smitte spres videre. Helsepersonells forsvarlighetsplikt kan komme inn i denne situasjonen, både når det gjelder å utsette pasienter og kollegaer for smittespredning og når det gjelder informasjonsplikt til arbeidsgiver, slik at nødvendige forholdsregler kan tas, jf. helsepersonelloven § 4.

Anbefalinger og smittevernpålegg kan gis både nasjonalt og kommunalt og har betydning for arbeidsgivers styringsrett og for helsepersonellens plikter, for eksempel om det innføres kommunale karanteneiltak for reiser.

5.8.2 Deltidsstillinger og bierverv

Arbeidsgivere kan ha en plikt til å kontrollere om helsepersonell oppfyller kravene til å ivareta pasientens interesser og motvirke at egeninteresser er styrende for de beslutninger som treffes, og om helsepersonell har bierverv, jf. helsepersonelloven § 19 og § 9.¹²⁵ Helsepersonell har opplysningsplikt om bierverv som kan komme i en interessekonflikt med hovedvervet, jf. helsepersonelloven § 19.

Under en pandemi kan det å ha flere arbeidsgivere og arbeidssteder øke risikoen for smittespredning og føre til en slik interessekonflikt. Dette innebærer at det er en opplysningsplikt etter bestemmelsen. Arbeidsgiver har ikke adgang til å nekte bierverv etter denne bestemmelsen, noe organisasjonene er enige om. Sykepleierforbundet viser

¹²⁴ Forskrift 20. mars 2020 nr. 368 § 3-1(2).

¹²⁵ Forskrift 29. august 2005 nr. 941 utdyper innholdet i denne bestemmelsen. I innst. O. nr. 58 (1998–1999) uttales det at «bestemmelsen i utgangspunktet ikke rammer internasjonale kongresser, forskningssamlinger, kurs og andre arrangementer som helsepersonell har faglig utbytte av, selv om kun én eller noen få produsenter står som arrangør eller sponsor». Ved gavetransaksjoner er det i lovbestemmelsen skilt mellom ytelser som skal bidra til kunnskap og ytelser som fører til «utilbørlige påvirkning», jf. helsepersonelloven § 9 (1). Forbudet mot utilbørlig påvirkning kan omfatte ytelser overfor en arbeidsgiver, og overfor familie eller andre nærstående, for eksempel i forbindelse med feriereiser tilknyttet kongresser eller konferanser.

til at det oppsto misforståelser om arbeidsgiveres kompetanse, blant annet på å flere arbeidsgivere at sykepleiere nedla biervervet og at de ikke kunne arbeide flere steder til tross for at de hadde flere arbeidsforhold – og dermed forpliktende arbeidsavtaler. De samme utfordringene opplevde også studenter i praksis med ekstravakter eller deltidsstillinger ved siden. Selv om dette pålegget ligger utenfor arbeidsgiveres kompetanse innrettet mange seg etter pålegget, noe som førte til redusert utnyttelse av personellressurser i enkelte tilfeller.

Det knytter seg utfordringer til at arbeidstakere har to eller flere deltidsstillinger, for eksempel i to forskjellige kommuner eller ved to forskjellige sykehjem. Flere arbeidsforhold øker antall kontakter mellom arbeidstakeren og potensielle smittekilder, og dermed risikoen for pasientene. I de nasjonale anbefalingene fra Helsedirektoratet er det påpekt at ansatte som jobber på flere sykehjem innebærer en økt risiko for smittespredning fra ett sykehjem til et annet og derfor bør unngås

En arbeidstaker med to deltidsstillinger har rett og plikt til å arbeide i begge stillingene og en arbeidsgiver kan ikke ensidig kreve at en ansatt avslutter et arbeidsforhold. KS mener at arbeidsgiver må foreta en konkret vurdering av smitterisiko og beredskap i det enkelte tilfelle, og at det bør vurderes konkrete løsninger som gjør at arbeidstaker forholder seg til én arbeidsgiver, som for eksempel avtale med den andre arbeidsgiveren om inn- eller utlån av arbeidstaker, lønnet/ulønnet permisjon, innvilgelse av ferie, avtale om hjemmekontor eller lignende. Dersom arbeidstaker er tilkallingsvikar hos en annen arbeidsgiver, kan vedkommende oppfordres til ikke å påta seg nye vakter dersom hovedarbeidsgiver har behov for, og benytter, arbeidskraften slik at tilkallingsvikaren ikke samlet får tilbud om færre vakter enn det vedkommende ellers ville fått.

Smittespredningen er et argument for at omfanget av deltidsstillinger bør reduseres og også for at hovedarbeidsgiver bør ha større muligheter for å nedlegge forbud mot bierverv forutsatt at det tilbys hel stilling og ikke deltidsstilling. Når bierverv kan øke risikoen for smittespredning kan dette samtidig være et brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten, og dermed gi et grunnlag for å forby bierverv under en pandemi forutsatt at man har en fulltidsstilling. Dette bør kunne reguleres i avtaler mellom partene på forhånd.

5.8.4 Reiseforbud for helsepersonell

De kommunale karantenevedtakene begrenset muligheten for reiser til disse kommunene uten å måtte gå i karantene. Det ble gjort unntak for helsepersonell. De

kommunale vedtakene kan «overstyres» av andre reguleringer. Smittevernloven § 4-3 gir fullmakter for å begrense smittespredning inn til landet og ut av landet, og «tiltak som gjelder personer, dyr, transportmidler, varer og gjenstander» som kan føre til smittespredning.

Ved Helsedirektoratets vedtak av 13. mars 2020 nr. 291, ble helsepersonell som jobber med pasientbehandling ilagt forbud mot å reise til utlandet med hjemmel i helseberedskapsloven § 4-1 (1).¹²⁶ Dette ble vedtatt dagen etter at myndigheten etter smittevernloven § 4-1 var benyttet for å stenge skoler mv. Ordningen ble videreført gjennom et forbud mot at helsepersonell skulle reise til utlandet for å ivareta bemanningssituasjonen i covid-19 forskriften § 17 (forskrift 27. mars 2020 nr. 470 om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet). Denne bestemmelsen ble opphevet med virkning fra 7. mai 2020. Ved forskrift er det gitt bestemmelser om dekning av økonomisk tap og utgifter som følge av forbudet.¹²⁷

Forbudet gjaldt for helsepersonell som arbeider med pasientbehandling med formål om å redusere risikoen for smitteoverføring, og av hensyn til å motvirke kapasitetssvikt i helsetjenesten. Det fremgår ikke klart av helseberedskapslovens beordringsbestemmelse at den kan benyttes til å pålegge helsepersonell om å ikke forlate landet. Når det vises til hensynet om å begrense smittespredning, er dette nok et eksempel på at sammenhengen mellom helseberedskapsloven og smittevernloven bør være tydeligere.

Departementet mente at bestemmelsen ut fra en mer til det mindre betraktning ga hjemmel til å fatte et slikt forbud. I dette ligger at når helsepersonell kan beordres kan det også pålegges et reiseforbud som er et mindre inngrep. Denne begrunnelsen er tvilsom med utgangspunkt i at departementet ikke la opp til at beordringsbestemmelsen skulle benyttes i denne fasen, selv om den ble aktivert.

Det er heller ikke klart om denne reguleringen rammes Grunnloven § 106 (2) om bevegelsesfrihet for enhver: «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.»¹²⁸ Kjetil M. Larsen har argumentert for at «utreiseforbudet var tilsynelatende i nokså klar strid med retten til å

126 Forskrift 13. mars 2020 nr. 291.

127 Forskrift 8. april 2020 nr. 768.

128 Se brev fra Norges institusjon for menneskerettigheter, 6. april 2020 til helse- og omsorgsdepartementet. Se også EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 2.

forlate riket i Grunnloven § 106 (2) første punktum, noe som ikke synes å ha blitt vurdert på forhånd.»¹²⁹

Det er klart at det ikke er et absolutt forbud om å begrense bevegelsesfriheten under en pandemi for helsemyndighetene gjennom en forskrift eller for arbeidsgiver gjennom styringsretten. I denne situasjonen må det foretas en avveining mellom den enkeltes frihet og risikoen for helsetjenesten – og beskyttelse av helse og liv som omtalt i punkt 4. En slik regulering i forskrift må bygge på denne avveiningen og sørge for nødvendige unntak.

5.8.5 Fritak fra karantenepålegg gir ikke hjemmel for å pålegge arbeid

Det kan oppstå tvil om forholdet mellom den kommunale myndighet som følger av smittevernloven og nasjonale reguleringer, blant annet i covid-19 forskriften. I covid-19 forskriften § 17 ble det gjort unntak for pålegget om karantene for helsepersonell som kom fra andre land. En ordning som siden ble opphevet:

Som særlige tilfeller regnes blant annet reise som er nødvendig ut fra kritiske helse- eller samfunnsmessige forhold, for å delta i administrativ eller pasientrettet virksomhet innenfor humanitært hjelpearbeid eller tungtveiende personlige forhold som alvorlig sykdom i nær familie.

Helsepersonell som er omfattet av forbudet i første til tredje ledd vil få dekket økonomisk tap og utgifter knyttet til utenlandsreise som ikke dekkes av privat forsikringselskap, jf. forskrift 8. april 2020 nr. 768 om dekning av økonomisk tap og utgifter som følge av midlertidig forbud mot utenlandsreise for helsepersonell som jobber med pasientbehandling og i apotek i Norge. Dette gjelder for utenlandsreiser som ikke kan gjennomføres i perioden fra 12. mars 2020 og frem til forbudet oppheves, og som er bestilt før 12. mars 2020. Dekning vil gjelde for helsepersonellet og nær familie

Helsedirektoratet kunne gi dispensasjon fra reiseforbudet etter søknad, for eksempel når reise var nødvendig ut fra kritiske helse- eller samfunnsmessige forhold eller tungtveiende personlige forhold som alvorlig sykdom i nær familie, og som har likhetstrekk med unntakene fra de kommunale karanteneordningene.

I Kongsvinger kommune ble helsepersonell pålagt arbeidsplikt i perioden med karantene.¹³⁰ Kongsvinger kommune vedtok 31. januar 2020 og med varighet til 13.

129 Larsen, Kjetil Mujezinovic (2020). Utreiseforbudet for helsepersonell under covid-19-krisen: Grunnlovsstridig forskrift eller uhensiktsmessig grunnlovsbestemmelse?. Lov og Rett. ISSN 0024-6980. 59(9), s 549- 565.

130 https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/2dP3Wq/kongsvinger-innfoerte-ulovlig-corona-forskrift-beklagelig?fbclid=IwAR0GEi2yox5CEYBB_Ocw7vRXp2VwioyaOjffUCZHAdNFUhhjvtGjS1rH_7mA

januar 2021: «Forskrift om midlertidig tiltak for å sikre tilstrekkelig kapasitet i helse- og omsorgstjenesten og hindre spredning av covid-19-utbrudd i Kongsvinger kommune, Innlandet». Det fremgår av denne forskriften at helsepersonell som er i karantene pålegges arbeid:

Helsepersonell tilsatt i Kongsvinger kommune som er i karantene, fritas fra karanteneplikt i arbeidstiden og pålegges å stille på jobb under karantenetiden.¹³¹

Dette innebar ifølge rådmannen at 12 sykepleiere og helsefagarbeidere stilte på arbeid under karantene. Hovedtillitsvalgt for Norsk Sykepleierforbund i Kongsvinger hadde støttet at kommunen sendte sykepleiere som var i karantene på jobb med henvisning til at det hadde oppstått en ekstraordinær situasjon. Hjemmelsgrunnlaget fremgår av forskriften § 3. Her vises til smittevernloven § 4-1 (1) jf. (5) andre setning om kommuneoverlegens myndighet ved hastesaker, og covid-19-forskriften § 6e om særskilte unntak fra smittekarantene for personell i kritiske samfunnsfunksjoner.

Covid-19-forskriften åpner for unntak fra smittekarantene, men da må unntaket i forskriften være oppfylt, det vil si «hvor det er nødvendig for å unngå fare for liv og helse». Dette unntaket har vært benyttet i Skien kommune.¹³² Det er uklart om unntaket er holdbart med henvisning til begrunnelsen i forskriften.

Selv om covid-19-forskriften gir hjemmel til å fritta personer fra karanteneplikt innebærer ikke dette unntaket hjemmel for å pålegge arbeidsplikt. Det fremgår heller ikke en hjemmel for å pålegge arbeidsplikt i smittevernloven § 4-1. Denne bestemmelsen gir kommunen adgang til å pålegge "rengjøring, desinfeksjon eller destruksjon av gjenstander eller lokaler", samt "avliving av selskapsdyr [osv]." Kongsvinger kommune har ikke vurdert helseberedskapsloven som mulig hjemmelsgrunnlag, og da som arbeidsgiver.

5.9 Autorisasjons som en begrensning i styringsretten

5.9.1 Oppgaver som forutsetter autorisasjon

Arbeidsoppgaver som krever autorisasjon, må ivaretas av ansatte som har den nødvendige autorisasjonen. Arbeidstaker må være kompetent til å utføre arbeidsoppgavene som pålegges. I helsevirksomheter skal både lederen og helsepersonellet sørge for forsvarlighet i pasienttilbudet. Helsepersonelloven gjelder også for helsevirksomheter, jf. helsepersonelloven § 2, i tillegg til tjenestelovene.

131 <https://lovdata.no/pro/#document/LFO/forskrift/2020-12-31-3134/%C2%A72>

132 <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/1BqOke/bruker-noedparagraf-sykehjemsansatte-i-karantene-sendes-paa-jobb>

Formålet med helsepersonelloven er «sikkerhet for pasienter og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten samt tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten», jf. helsepersonelloven § 1. Sammenhengen mellom de plikter som påhviler ledelsen og helsepersonell fremgår blant annet av tilretteleggingsplikten i helsepersonelloven § 16.

Noen oppgaver som forbeholdt personer med nærmere angitt autorisasjon. Det gjelder for eksempel smittevernloven § 4-1, der det slås fast at kommuneleger kan treffe vedtak om smitteverntiltak og i henhold til smittevernloven § 2-4 sørge for nødvendig kompetanse til å ivareta smittevernet. I smittevernforskriften er ledelsen videre pålagt å sørge for at det er tilsatt tilstrekkelig smittevernpersonell, herunder hygienesykepleier(e) og lege®, og å sørge for at disse får avsatt tilstrekkelig tid til å utføre sine oppgaver, jf. smittevernforskriften § 2-3.¹³³ I tillegg skal en lege ha ansvar for å koordinere smittevernet innen institusjonen og skal i slike spørsmål være direkte underlagt ledelsen. I IHR forskriften § 4 gjelder unntaket fra taushetsplikten og meldeplikten «Lege, sykepleier, jordmor, helsesykepleier eller tannlege». Disse gruppene skal melde fra til kommunelegen ved mistanke om eller påvisning av «sykdom eller skade som kan ha betydning for internasjonal folkehelse og som ikke allerede er varslet etter varslingsbestemmelsene i MSIS-forskriften.¹³⁴

Kommunene pålegges å ha fastleger og en sykepleietjeneste. Innenfor psykisk helsevern er det et vilkår at det ansettes personer som lovlig kan treffe beslutninger om tvang som faglig ansvarlig, jf. psykisk helsevernloven § 1-4.¹³⁵ Det skal være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning. Når det gjelder bestemte oppgaver er det på samme måte en rekke reguleringer av hvilken autorisasjon eller spesialistgodkjenning ansatte skal ha

Rekvireringsretten er primært forbeholdt leger og tannleger, jf. helsepersonelloven § 11, men departementet har forskriftshjemmel til å bestemme at andre skal kunne rekvirere legemidler.

5.9.2 Autorisasjonen som begrensning av styringsretten

Autorisasjonsordningen og tittelbeskyttelsen som følger av en autorisasjon, jf. helsepersonelloven § 74, skal skape forutsigbarhet om hvilken kompetanse ulike personer har. Dette har igjen betydning for forsvarligheten og for styringsretten.

¹³³ Smittevernforskriften av 17. juni 2005 nr. 610.

¹³⁴ Forskrift 20. juni 2003 nr. 740 kapittel 3. Denne forskriften og forskrift 25. april 2003 nr. 486 om miljørettet helsevern § 6, innebærer opplysningsplikter.

¹³⁵ Psykisk helsevernloven 2. juli 1999 nr. 62.

Virksomhetsledelsen har dermed ikke en autonom kompetanse som i andre virksomheter, for eksempel i å bestemme organisering. I tillegg er det lovreguleringer som begrenser styringsretten både når det gjelder oppgaver, hvordan oppgavene skal utføres og bruken av helsepersonell. Arbeidsgivers styringsrett begrenses både av helselovens plikter og av autorisasjonsordningen, da arbeider må forholde seg til om personell har autorisasjon dersom stillingen er knyttet til en autorisasjon (og beskyttet tittel, jf. helsepersonelloven § 74) eller oppgaver er forbeholdt utført av personer med autorisasjon. Arbeidsgiver må påse at helsepersonell som ansettes i stillinger der autorisasjon er nødvendig har denne i behold.

Dersom Helsetilsynet tilbakekaller en autorisasjon i henhold til helsepersonelloven § 57 kan ikke vedkommende fortsette i en stilling som forutsetter autorisasjon. På samme måte som ved ansettelse, suppleres de generelle begrensningene i arbeidsgivers styringsrett i forbindelse med opphør av arbeidsforhold med forhold av betydning for autorisasjonen. Dersom helsepersonellens autorisasjon tilbakekalles kan ikke vedkommende fortsette i en stilling som autorisert helsepersonell og det kan være saklig å si opp eller avskjedige vedkommende, jf. arbeidsmiljøloven §§ 15-7 og 15-14. Tap av autorisasjon kan således få betydning for arbeidsforholdet gjennom at det benyttes stillinger som er forbeholdt personer med autorisasjon.¹³⁶

Begrensninger i autorisasjon kan videre medføre et tilretteleggingsansvar for arbeidsgiver, for eksempel dersom Helsetilsynet forutsetter at legen skal motta veiledning fra en annen lege eller at en annen lege skal rekvirere legemidler. Et register over disiplinærreaksjoner, samt plikten til å informere arbeidsgivere, skal bidra til oversikt over ilagte reaksjoner.¹³⁷ Arbeidsgiveres har plikter til å varsle Helsetilsynet, for eksempel i en situasjon der helsepersonell misbruker rusmidler.¹³⁸ Slik varsling er nødvendig for å hindre at helsepersonell som ikke fungerer forsvarlig fortsetter å arbeide på et nytt arbeidssted.¹³⁹

136 Det kan for øvrig oppstå spørsmål om når det er saklig med oppsigelse dersom helsepersonellet har påklaget vedtaket fra Statens helsetilsyn. For at klageretten skal være reell kan det legges til grunn at arbeidsgiver må avvente en avgjørelse fra Statens helsepersonellnemnd.

137 I helsetilsynsloven § 10 er gitt hjemmel for et nasjonalt register over advarsler og tilbakekall, frivillig avkall og suspensjon av autorisasjon, lisens, spesialistgodkjenning og rekvireringsrett og begrensning av autorisasjon etter helsepersonelloven kap. 11

138 Helsetilsynet, 9. juni 2012. <https://www.helsetilsynet.no/tilsyn/raad-til-arbeidsgiver-hvordan-avdekke-foelge-opp-svikt-helsepersonell/helsepersonell-med-rusproblemer/>

139 Helsedirektoratet: IS 2290, Gode rutiner – gode tilsetninger. Veileder i gode tilsetninger av helsepersonell, 04/2015. <https://www.helsetilsynet.no/historisk-arkiv/nyheter-og-pressemeldinger/nyheter-2004-2012/Arbeidsgiver-har-ansvar-sjekke/>

Utover disse skrankene innebærer arbeidsledelse retten til å ansette og si opp og til å lede, fordele og kontrollere arbeidet. Styringsansvaret øker under en pandemi, blant annet til å tilrettelegge for at helsetjenesten har tilstrekkelig helsepersonell og at dette personellet er beskyttet. Forutsatt at kravene i helselovene er oppfylt har en arbeidsgiver i helsetjenesten, på samme måte som andre arbeidsgivere, en stor grad av frihet til å velge hvem som skal ansettes ut fra vanlige saklighetskriterier, ev. kriterier som er nærmere spesifisert i tariffavtaler.¹⁴⁰

5.10 Begrensninger i adgangen til delegasjon

5.10.1 Bruk av medhjelper

Et spørsmål er om delegasjonsordningen i helsepersonelloven § 5 kan benyttes når oppgaver er forbeholdt bestemt helsepersonell med autorisasjon. Helsepersonelloven § 5, omtalt som medhjelperordningen, innebærer at helsepersonell kan overlate og delegere oppgaver til annet personell hvis det er «forsvarlig ut fra oppgavens art, personellens kvalifikasjoner og den oppfølging som gis». Det ligger en begrensning i medhjelperordningen gjennom at det er helsepersonellet som selv skal sørge for nødvendig tilsyn med vedkommende som er under opplæring.

Helsepersonellnemnda (HPN 2006-66) kom til at vilkårene for advarsel var oppfylt på grunn av manglende oppfølging med en medhjelper. Nemnda mente at legen som påklaget avgjørelsen fra Helsetilsynet, handlet i strid med kravet til forsvarlig virksomhet på grunn av manglende løpende oppfølging av en medhjelper. Medhjelperen var en alternativ behandler som holdt til i en annen del av landet. Det var ikke dokumentert at det forelå prosedyrer/rutiner for forsvarlig håndtering og administrering av legemidlene medhjelperen benyttet seg av.

Nemnda la til grunn at forsvarlig bruk av medhjelper som utgangspunkt må innebære at ansvarlig lege har en faglig tilknytning til pasientene og til medhjelperens virksomhet. Klageren burde hatt prosedyrer/systemer for å være tilgjengelig for råd, veiledning og instruksjon i forbindelse med behandlingen av den enkelte pasient. Helsetilsynets vedtak om å ilegge advarsel ble derfor stadfestet.

I helsepersonelloven § 5 er det tatt inn en begrensning om at mulighetene for å benytte elever og studenter som medhjelpere – kun kan skje ut fra utdanningspolitiske og pedagogiske hensyn. I dette ligger at denne gruppen som hovedregel kun kan benyttes

¹⁴⁰ En begrensning ligger i arbeidsmiljøloven § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte. Denne bestemmelsen vil være en særlig aktuell begrensning i styringsretten i helsetjenesten, ettersom vi i helsesektoren har en stor andel av deltidsansatte.

som medhjelpere ut fra hensynet til deres egen læring. Det innebærer at bruk av elever og studenter ikke bare kan begrunnes i behovet for avlastning. Denne bestemmelsen bør endres.

Forsvarlighetskravet tilsier også at elever og studenter som benyttes som medhjelpere, skal gis ekstra oppfølging. Oppfølging og veiledning i praktisk pasientvirksomhet anses som et viktig bidrag i utvikling av kvalifikasjoner, og dermed også en sikkerhet for pasientene.

Samtidig stilles det krav til selve delegasjonen, for eksempel hvem som har adgang til å delegere, og at den som delegerer har de nødvendige faglige kvalifikasjoner til å kunne utføre oppgaven forsvarlig og krav til tilsyn, jf. helsepersonelloven § 5. Det er ikke en rett for helsepersonell til å benytte medhjelpere. Når det gjelder smittesporing og testing er det mer relevant at eier og arbeidsgiver omdisponerer og benytter personell som helsepersonell etter nødvendig opplæring.

5.10.2 Begrensninger i adgangen til å delegere

I helselovene er det flere begrensninger i den «alminnelige handlefrihet» når det gjelder adgangen til å overlate til andre å utføre oppgaver på vegne av seg selv. Dette skyldes kravet om å ha klare rettslige ansvarsforhold og det selvstendige ansvaret som påhviler helsepersonell. Pliktene til forsvarlighet i helsepersonelloven § 4, og andre plikter, gjelder generelt for alt helsepersonell, i likhet med mulighetene for tilsynsreaksjoner, arbeidsrettslige konsekvenser og straff, bortsett fra at personell uten autorisasjon ikke kan få tilbakekalt sin autorisasjon. Det er likevel forskjeller på hvilke krav som kan stilles til ulike typer av helsepersonell. Legers og sykepleieres arbeidsforhold er av en særlig karakter, både når det gjelder beslutningsmyndighet og innhold under en pandemi.

I helsepersonellovens forarbeider er viderelegasjoner (subdelegasjon) omtalt som en utfordring i forhold til å oppnå klare ansvarsforhold, slik styringsforskriften og tjenestelovene pålegger:

Av hensyn til klare ansvarsforhold åpnes det ikke for videretildeling («subdelegasjon») i lovutkastet, d v s at den som har fått tildelt en oppgave som ligger utenfor vedkommendes formelle fagområde, ikke kan overføre oppgaven videre.¹⁴¹

Selv om denne presiseringen står i tilknytning til medhjelperordningen, gir den uttrykk for prinsippet om klarhet i rettslige ansvarsforhold, for eksempel om hvem som er ansvarlig for en eventuell svikt i pasientbehandlingen.

141 Ot. prp. nr. 13 (1998-1999) s. 218.

5.10.3 Helsepersonells adgang til delegasjon og begrensinger

Arbeidstakere som får bestemte oppgaver i forbindelse med behandling av pasienter under instruksjon og veiledning, omtalt i loven som medhjelper, jf. helsepersonelloven § 5, er helsepersonell når de utfører denne oppgaven. Det er flere regler som skal ivareta felleskapets interesser i å oppnå en likeverdig, rettferdig og effektiv helsetjeneste med høy kvalitet, slik formålet i pasient- og brukerrettighetslovens § 1-1 er formulert. Pliktene for å oppnå dette påhviler både det enkelte helsepersonell og ledelsen.

Formålet er at pliktene for helsepersonell skal bidra til kvalitet, sikkerhet og tillit til helsetjenesten, jf. helsepersonelloven § 1. Enkelte rettigheter for pasienter korresponderer med plikter som ligger på nivået over helsepersonellet, på helsevirksomheten, eier av virksomheten eller på staten.¹⁴² Dette gjelder for eksempel organiseringen av en helsetjeneste som er i samsvar med menneskerettighetene nedfelt i Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter, og med nødvendig kapasitet til å tilby tilstrekkelige tjenester. Enkelte pasientrettigheter er også knyttet til personer som ikke lenger mottar helsehjelp, for eksempel personer som ønsker å klage, eller få innsyn i egen journal.

Forsvarlighetsplikten innebærer at helsepersonell skal innrette yrkesutøvelsen forsvarlig og innhente bistand eller henvise pasienten videre dersom det er nødvendig for å kunne gi helsehjelp ut fra pasientens behov, jf. helsepersonelloven § 4 (1 og 2).¹⁴³

Dokumentasjonsplikten i helsepersonelloven §§ 39 og 40 skal ivareta forsvarlighet gjennom at «relevante og nødvendige» opplysninger om pasienten og helsetilbudet dokumenteres i pasientjournalen. Disse opplysningene skal gi kontinuitet i helsetilbudet når pasienten følges opp i pasientforløpet og ved senere behov for helsehjelp, og de skal gi muligheter for å etterprøve helsehjelpen. Denne plikten forutsetter at ledelsen har IKT systemer som både kan gi nødvendig tilgang til opplysningene og beskyttelse for å ivareta taushetsplikten, jf. helsepersonelloven § 21.¹⁴⁴

I flere av helsepersonellovens bestemmelser er det tatt inn en plikt til å varsle arbeidsgiver, blant annet i helsepersonelloven §§ 8, 17 og 19. Disse bestemmelsene kan ha betydning for arbeidsgivers adgang og plikt til å kontrollere helsepersonell som arbeidstakere.

¹⁴² Befring (2019) kap. 1 og 11.

¹⁴³ Begrepet helsehjelp er definert i helsepersonelloven § 3 og pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 c, som oppgaver med å forebygge, diagnostisere, behandle sykdom, yte pleie og omsorg til syke mennesker og rehabilitere og attføre pasienter etter sykdom og skade.

¹⁴⁴ Pasientjournalloven, lov av 20. juni 2014 nr. 42, inneholder bestemmelser om hvordan pasientjournalen og andre behandlingsrettede helseregistre skal behandles.

Ved svikt som følge av delegasjon av myndighet kan det rettslige ansvaret påhvile både den som har utført oppgaven og den som har delegert ansvaret for å utføre oppgaven. Den som har delegert oppgaven kan bli ansvarlig dersom delegasjonen var uforsvarlig, for eksempel fordi den som skulle utføre oppgaven ikke hadde nødvendig kompetanse. Det er en forutsetning at det er klarhet om delegasjoner av myndighet fra systemansvarlig.

5.11 Behovet for å utvide lisensordningen

5.11.1 Utvidelse av lisensordningen

En utfordring er de formelle kravene som er knyttet til noen oppgaver som autorisert helsepersonell. Med autorisasjon har helsepersonellet alle rettigheter. Lisens er en begrenset autorisasjon i tid, sted eller innhold, og kan være en aktuell ordning når arbeidsgiver må styrke bemanningen med personell med autorisasjon/lisens.

Begrensningene i adgangen til å benytte personell som ikke er autorisert til bestemte funksjoner, samt begrensningene i adgangen til å delegere oppgaver, begrunner at lisensordningen bør utvides for å kunne benyttes under en krise.

I den danske epidemiloven § 26 er det en generell bestemmelse med myndighet til helsemyndighetene under en epidemi:

Sundhedsstyrelsen kan fastsætte regler om lægers og andre autoriserede sundhedspersoners medvirken i bekæmpelse af smitsomme og andre overførbare sygdomme.

I norsk sammenheng kan det være aktuelt å både lette på hvilke oppgaver som ligger til bestemte grupper og å benytte lisensordningen. En forskjell fra dansk rett er at helsepersonelldefinisjonen omfatter flere enn personell med autorisasjon og lisens. En lisens er en begrenset autorisasjon og kan etter helsepersonelloven § 49 begrenses ut fra arbeidsoppgaver, arbeidsted eller andre betingelser. I denne bestemmelsen er det gitt fullmakt til departementet om å utdype vilkårene for lisens. Det er ikke gitt adgang til å gjøre unntak fra bestemmelsen.

Lisensordningen innebærer begrensede autorisasjoner, for eksempel i en kort periode og for noen nærmere angitte oppgaver. Lisensordningen kan for eksempel benyttes for elever og studenter som benyttes, eller for eldre helsepersonell som ikke lenger har autorisasjon, eller for personell som kommer fra andre land. Det ble i covid-19 forskriften § 17 a bestemt at helsefaglig student kan gis lisens:

Lisens etter helsepersonelloven § 49 kan etter søknad gis for å bidra til at studenter, elever og lærlinger som er under utdanning i en helse- og sosialfaglig utdanning skal kunne gi helsehjelp som helsepersonell utenfor helsefaglig opplæring i arbeidet mot covid-19.

Lisens kan utstedes til studenter, elever og lærlinger som er under utdanning i Norge eller et annet EØS-land i et av yrkene som nevnt i helsepersonelloven § 48 første ledd, er i siste opplæringsår av utdanningen og har påbegynt eller skal påbegynne praksisdelen av utdanningen.

Lisens kan bare gis til de som er skikket ut fra lisensens art og omfang.

Lisensen kan begrenses i tid, til en bestemt stilling, til visse typer helsehjelp eller på annen måte.

Helsedirektoratet kan trekke tilbake lisenser gitt etter dette kapitlet når det ikke lenger er behov for personellet i arbeidet mot covid-19.

Lisens etter denne bestemmelsen kan ikke gis til søkere som er under utdanning i medisin og farmasi. Lisens til disse gis etter forskrift om lisens til helsepersonell kapittel 1.

Helsepersonelloven gir neppe hjemmel for denne vide forskriftsbestemmelsen. Det er likevel klart at det er behov for en slik hjemmel og slik at det føyes til et nytt ledd i helsepersonelloven § 49.

5.11.2 Opplæring

Som ledd i beredskapen skal arbeidsgiver planlegge for muligheter for reorganisering, økt bruk av personell og for å skaffe annet personell. En utfordring med rekruttering er kvalifikasjonskrav, og sårbarhet når det gjelder noen nødvendige kvalifikasjoner. En del av beredskapen bør omfatte opplæringsvirksomhet. De formelle kravene til autorisasjon bør føre til en utvidelse av lisensordningen under en pandemi, og behandles under neste punkt. I smittevernloven § 4-9 kan kommunene pålegge opplæring:

Etter pålegg fra kommunestyret har helsepersonell ansatt i kommunen eller som yter helse- og omsorgstjenester på vegne av kommunen, plikt til å gjennomgå nødvendig opplæring for å kunne delta i de særlige oppgaver som smittevernarbeidet krever.

Videre skal leger som er ansatt i kommunen eller som yter helse- og omsorgstjenester på vegne av kommunen, har plikt til å delta i forebyggelse av en allmennfarlig smittsom sykdom og i undersøkelse og behandling av en person som er smittet med en slik sykdom, når det er nødvendig og etter vedtak av kommunestyret. Det bør vurderes å innføre krav til å være forberedt gjennom opplæring.

Kap. 6 Adgangen til beordring og faktiske/rettslige utfordringer

6.1 Helselovgivningens påleggsordninger

6.1.1 Beordring som nødrett og inngrep i den enkeltes grunnleggende frihet

Beordring av helsepersonell er et inngrep som beskyttes av menneskerettigheter, se nedenfor. Behovet for beordring har sammenheng med smitteverntiltak, se punkt 4. Det er derfor nær sammenheng mellom beskyttelse av helsetjenestens kapasitet og begrensninger i personer *bevegelsesfrihet* under en pandemi. Lovgivningen om beordring må være i samsvar med Grunnlovens legalitetskrav om andre bestemmelser. Grunnloven § 101 gir enhver rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger. Bestemmelsen omfatter også fagforeninger.

Arbeidsretten har uttalt at «prinsippet i § 101 vil under enhver omstendighet være en bakgrunn og rettesnor ved tolkningen av lovbestemmelser som griper inn i fagforeningens rett til å ivareta medlemmenes interesser.»¹⁴⁵ Inngrep i forhandlingsretten og tariffavtalefestede rettigheter må ha hjemmel i lov, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig.

En utfordring er at lovgivningen skal dekke ulike typer av situasjoner og kan derfor oppfattes som ikke klar nok. Lovgivningens utforming med fullmaktsbestemmelser og oppregninger av kategorier av sykdommer, og av tiltak, skal være tilpasset slik at det er mulig å handle raskt i ulike typer av sitasjoner.

Nødretten kan være et grunnlag for beordring av personell og andre ansatte når det ikke foreligger en lovhjemmel, forutsatt at det er nødvendig og forholdsmessig, for eksempel dersom helseberedskapsloven ikke er aktivisert eller ikke dekker behovet på grunn av krisens omfang. Beordring må likevel være egnet for å oppnå formålet. Formålet må ikke med rimelighet oppnås på en mindre inngripende måte. I denne forbindelse vil det være sentralt om formålet kan oppnås ved bruk av frivillighet. Her vil tidsfaktoren være av avgjørende betydning.

I henhold til smittevernloven §§ 7-1 og 4-1 har kommunene en sentral rolle i smittevernarbeidet. Det kommunale ansvaret for smittevernet som følger av smittevernloven § 4-1 er en videreføring av ordningene fra sunnhetsloven som bygger på

¹⁴⁵ AR-2017-29 avsnitt 97.

erfaringer med epidemier og fra kommunehelsetjenesteloven.¹⁴⁶ Det kan det oppstå utfordringer dersom kommunene innfører for strenge regimer som ikke har tilstrekkelig hjemmel i lov og uten nødvendige prosesser eller vilje til å korrigere slike tiltak i ettertid.

Det kommunale smittevernarbeidet er både beskrevet som nøkkelen til den norske suksessen og som en utfordring. Den kommunale myndigheten skyldes variasjon i hvor smittespredningen oppstår og henger sammen med smittesporingsarbeidet, samt kunnskap om lokale forhold. Dette kan innebære store lokale variasjoner for arbeidsgivere og som innebærer at arbeidsbelastningen på personell vil variere på landsbasis. I henhold til helse- og omsorgstjenesteloven § 5-2 skal kommunene ha en beredskapsplan for helse- og omsorgstjenesten i samsvar med helseberedskapsloven. Dette innebærer at det må foreligge en oversikt over hvilke personellbehov som kan oppstå under en pandemi eller annen krise og hvordan disse skal dekkes. Den manglende oversikt over kommunelegesituasjonen kan tilsi at beredskapsplanene ikke har vært tilstrekkelige.

6.1.2 Beordringsadgang etter helse- og omsorgstjenesteloven § 5-3

Helse- og omsorgstjenesteloven og smittevernloven inneholder bestemmelser som kan tolkes som en adgang til å beordre helsepersonell og med ulikt innhold. I henhold til helse- og omsorgstjenesteloven § 5-3 kan kommunen pålegge helsepersonell som utfører helsetjenester å utføre nærmere tilvist arbeid ved akutte situasjoner, der det står:

Ved ulykker og andre akutte situasjoner som forårsaker ekstraordinær pågang av pasienter, kan kommunen pålegge personell som i kommunen utfører oppgaver etter loven her, å utføre nærmere tilvist arbeid.

Etter ordlyden omfatter bestemmelsen også næringsdrivende helsepersonell med kommunal avtale, for eksempel fastleger. Det synes klart at koronautbruddet vil kunne være en slik akutt situasjon. Det fremstår imidlertid nærliggende å innfortolke et nødvendighetskrav i bestemmelsen, slik at kommunen kun kan beordre i samsvar med det nødvendige behovet.

Prosjektgruppen, som hadde lagt frem et utkast til ny helseberedskapslov, uttalte følgende, jf. Ot.prp.nr.89 (1998–1999) s. 46:

¹⁴⁶ I forbindelse med Kolerautbruddet i 1853 ble det påvist som en svakhet at Kristiansand kommune ikke hadde myndighet til å stanse dampskiptrafikken fra Oslo. Sunnhetsloven § 15 ga kommunene denne myndigheten og bestemmelsen ble videreført i smittevernloven § 4-1. Bruk av karantenetiltak overfor personer med uavklart smittesituasjon ble fremstilt av enkelte som ulovlig en rettslig nyvinning selv om vi har mer enn 300 års erfaring med å regulere slike tiltak.

For å dekke befolkningens behov for sykehustjenester, har sykehusene vaktordninger for helsepersonell. Hverken legevaktordningene i kommunene eller i sykehusene dekker personellbehovet ved større ulykker, kriser eller katastrofer. I slike tilfeller er man avhengig av innkallingslister og at personell man klarer å få kontakt med er villige til ekstrainsats.

Departementet var enig i disse vurderingene, jf. Ot.prp.nr.89 (1998–1999) s. 47:

Departementet understreker at denne bestemmelsen ikke må forveksles med den utvidede tjenesteplikt som kan pålegges etter fullmaktsbestemmelsene i helse- og sosialberedskapsloven. Den herværende bestemmelse er begrenset på flere måter. For det første omfatter den bare helsepersonell som tjenestegjør i en kommune eller fylkeskommune. For det andre gjelder den bare i tilfelle av en akutt situasjon med et ekstraordinært antall skadede.

Beordring av næringsdrivende må skje innenfor grensene for lovlig arbeidstid etter arbeidsmiljøloven. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen, se Ot.prp.nr.89 (1998–1999) s. 155. Reglene er innrettet noe ulikt. Blant annet stiller smittevernloven et forholdsmessighetskrav, som ikke følger av helse- og omsorgstjenesteloven. Helse- og omsorgstjenesteloven stiller krav om at beordringen må skje innenfor rammene av arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler, noe smittevernloven ikke gjør.

Denne bestemmelsen inneholder både en begrenset adgang til å tilvise oppgaver innenfor ordinær arbeidstid, og en hjelpeplikt mellom kommunene. Det forutsettes at kommuner skal yte bistand til andre kommuner ved ulykker og andre akutte situasjoner, etter anmodning fra kommuner med bistandsbehov. Den kommunen som mottar bistand skal gi kompensasjon for hjelpen med mindre noe annet er avtalt. Denne bestemmelsen kan anses å ha begrenset betydning som grunnlag for beordring sammenlignet med smittevernlovens bestemmelse. For begge bestemmelser gjelder det et forholdsmessighetskrav i samsvar med Grunnloven § 102 og EMK art. 8.

6.2 Helseforetaksloven og spesialisthelsetjenestelovens ordninger

6.2.1 Pliktene for spesialisthelsetjenesten

Ved utbrudd av en pandemi har de offentlige sykehusene og avtalepartnere som skal gi spesialisthelsetjenester, et betydelig ansvar for å sørge for tilstrekkelig kapasitet til å kunne tilbyd nødvendig og forsvarlig helsehjelp.

Virksomhetsledelsens systemansvar omfatter å planlegge for en pandemi (beredskap) og å dimensjonere oppgavene under en pandemi slik at pasienter får nødvendig helsehjelp og å sørge for tilstrekkelig personell. Under en pandemi vil det omfatte krav til behandling av alvorlig syke med respirator og legemidler, og når det er lite kunnskap

om hvordan et virus kan behandles, må helsehjelpen innrettes som kliniske studier, jf. kjerneoppgavene i sykehus oppregnet i spesialisthelsetjenesteloven § 3-8: «pasientbehandling, utdanning av helsepersonell, forskning og opplæring av pasienter og pårørende». Mange rettigheter for pasienter og pårørende vil være vanskelig å oppfylle, for eksempel ved at pasienter med smitte blir isolert og uten kontakt med pårørende.

Det statlige nivået utøves gjennom de regionale helseforetakene, og departementet og de regionale helseforetakene skal «sørge for» et helse- og omsorgstjenestetilbud.¹⁴⁷ I dette ligger at det skal tas et hovedansvar for organiseringen av arbeidet under en pandemi, og å sørge for nødvendig utstyr, blant annet beskyttelsesutstyr til helsepersonell, og en adgang til å benytte den organisasjonen som er etablert på en best mulig måte for befolkningen under en pandemi.¹⁴⁸ De regionale helseforetakene skal «sørge for» at personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen gis tilgang til tjenester ved behov, jf. shl. § 2-1 a. Disse tjenestene er somatiske og psykiatriske sykehustjenester, medisinske laboratorietjenester, radiologiske tjenester, akuttmedisinsk beredskap, nødmeldetjenester, herunder luftambulans og ambulansetjeneste med bil og båt, habilitering, rehabilitering og rusmiddeltiltak. Listen tar ikke sikte på å være fullstendig, ettersom behovene og tjenestene endres og utvikles over tid.

Beslutningsmyndighet er lagt til de forskjellige nivåene og til foretaksmøter, jf. helseforetaksloven § 16. I denne bestemmelsen fremgår det at beslutninger truffet i foretaksmøter skal implementeres i virksomheten, og at «eiere utøver den øverste myndighet i foretak i foretaksmøte».¹⁴⁹ Det samme vil gjelde beslutninger som er tatt inn i oppdragsdokumenter. Helseforetaksloven § 16 innebærer samtidig en begrensning i muligheten til å utøve eierstyring i foretak utenom foretaksmøte og vedtak kan innebære begrensninger for arbeidsgivere i helsevirksomhetene. Forpliktelsen til å «sørge for» nødvendig kapasitet og forsvarlige tjenester er lagt på overordnet nivå, og må ses i sammenheng med plikten til forsvarlighet og hvilke oppgaver som skal utføres på de ulike ledelsesnivåene i helsevirksomheten. Det regionale helseforetakene må ha nødvendige tjenester skissert i loven og som må oppdateres med ny kunnskap, teknologi og nye metoder, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a (3). Helsetjenesten må blant annet

147 Flere departementer og underliggende myndighetsorganer er tillagt beslutningsmyndighet, der de sentrale er Helsedirektoratet, E-helsedirektoratet, Statens helsetilsyn og Datatilsynet.

148 Smittevernloven 5. august 1994 nr. 55 (forkortes smvl.).

149 Helseforetaksloven av 15. juni 2001 nr. 93.

ha tilstrekkelig bemanning og fagkompetanse, hensiktsmessige lokaler, tilstrekkelig antall senger, forsvarlig medisinsk teknisk utstyr og kommunikasjonsutstyr (IKT).¹⁵⁰

6.2.2 Beordringsadgangen i spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 d

Ved ulykker og andre akutte situasjoner kan spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 d komme til anvendelse. I denne bestemmelsen har det regionale helseforetaket hjemmel til å tilplikte arbeid:

Ved ulykker og andre akutte situasjoner som forårsaker ekstraordinær pågang av pasienter, kan det regionale helseforetaket pålegge helsepersonell som tjenestegjør i det regionale helseforetaket og institusjoner som det regionale helseforetaket eier, å utføre nærmere tilvist arbeid. Departementet kan pålegge lege å delta i lokal redningssentral.

Beordringsadgangen gjelder både overfor alt personell i virksomheter det regionale helseforetaket eier. Bestemmelsen er ikke nærmere utdypet i forarbeidene og det finnes ikke noe praksis knyttet til denne påleggsadgangen. Det er de regionale helseforetakene som kan pålegge helsepersonell arbeid, men det uklart hva som kan pålegges og i hvilket omfang. I Helsedirektoratets rundskriv IS-2013-5, er det utdypet at dette også gjelder ved epidemier, og at det primært er knyttet til at det regionale helseforetaket må foreta en prioritering av pasienter, og på denne bakgrunnen omdisponere helsepersonell. I rundskrivet på s. 18 står det:

I slike situasjoner vil det kunne være nødvendig at det regionale helseforetaket foretar en prioritering av pasientene og omdisponering av sine helsepersonellressurser for å kunne dekke de behovene som er oppstått. I forbindelse med utarbeiding av beredskapsplanen, jf. § 2-1 b, vil det regionale helseforetaket ha behov for en oversikt over ansatt og opplært helsepersonell som kan disponeres i slike tilfeller. Det må også avklares hvem som skal disponere helsepersonell som er ansatt både i helse- og omsorgstjenesten og i spesialisthelsetjenesten.

Koronautbruddet kan være en slik akutt situasjon som omfattes av bestemmelsen, jf. også uttalelsene i rundskrivet om epidemier ovenfor. Det fremstår imidlertid videre nærliggende å innfortolke et nødvendighetskrav i bestemmelsen, slik at arbeidsgiver kun kan beordre i samsvar med det nødvendige behovet og i den grad det ikke finnes tilstrekkelig kapasitet ved bruk av frivillige/avtaleløsninger. Helseforetakene og kommunene vil dessuten som arbeidsgivere blant annet kunne ta i bruk ordinære virkemidler som pålagt overtid og endringer i driften, herunder utsette planlagt

¹⁵⁰ Anne Kjersti Befring. Helse- og omsorgsrett, CappelenDamm, Oslo, 2017, s. 60 flg., og s. 72 flg.

behandling der dette er medisinsk forsvarlig, for å møte et eventuelt økt behov for personellressurser.

6.3 Næringsdrivende helsepersonell med avtale og andre avtalepartnere

6.3.1 Avtaleparter med offentlig finansiering

Kommunene og de regionale helseforetakene kan inngå avtale med private helsevirksomheter som da oppnår offentlig finansiering, jf. helse- og omsorgshelsetjenesteloven § 3-1 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a. Det fremgår av disse bestemmelsene at plikten omfatter å styre, gjennom å «planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere virksomheten slik at tjenestens omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift.» Disse avtalene inneholder i dag ikke bestemmelser om omdisponering av oppgaver under en pandemi.

Ved inngåelse av avtaler må det tas hensyn til lovpålagte plikter i helselovene, blant annet til at næringsdrivende leger har andre oppgaver som skal utføres. Det må innebære dialog om prioriteringer av pasienter for å kunne oppfylle retten til nødvendig helsehjelp. I en dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 2008 s. 1187 la Høyesterett til grunn at ansvaret for å tilby en gutt et behandlingstilbud lå på sykehuset, selv om avtalen med den private tilbyderen var sagt opp. Et interessant aspekt ved denne dommen er at Høyesterett pålegger sykehuset et rettslig ansvar for å skaffe et behandlingstilbud som har betydning for hvordan sykehusets avtalerettslige disposisjoner skal tolkes. Høyesterett kom til at oppsigelsesklausulen i avtalen måtte tolkes innskrenkende med utgangspunkt i plikten til å sørge for et behandlingstilbud. Sykehuset ble oppfattet å være uberettiget til å si opp plasseringsavtalen så lenge det ikke samtidig var truffet adekvat beslutning om behandlingstilbud til pasienten. Høyesterett la til grunn at sykehusets «sørge for» ansvar kunne utledes av plikten til å tilby helsehjelp og den korresponderende rettigheten til helsehjelp. Denne avgjørelsen legger ansvaret på sykehuset og ikke på det regionale helseforetaket. Dette kan tolkes slik at sykehuset også har et «sørge for» ansvar når behandlingstilbudet til pasientgrupper skal vurderes, og ev. begrenses, og at det må sørges for nødvendige avtaler som bidrar til å oppfylle dette ansvaret.

6.3.2 Næringsdrivende fastleger med avtale

Fastlegeforskriften regulerer ikke en adgang til å beordre fastleger under en pandemi, utover helse- og omsorgstjenesteloven § 5-3 og smittevernloven § 4-9. Fastlegene har en plikt til å delta i vaktordninger, slik det er regulert i helsepersonelloven § 14, og er

underlagt beordringsordningen i smittevernloven § 4-9. Smittevernarbeid utenfor fastlegenes ansvarsområde er ikke klart definert. Det er et spørsmål om slikt arbeid kan tilpliktes legene som andre allmennlegeoppgaver, jf. fastlegeforskriften § 12. KS antok at et pålegg i alle tilfeller ville være lite aktuelt, fordi dette forutsetter først en kunngjøring av den ledige stillingen og at det ikke oppfyller kommunenes behov for legeressurser. Dette er nok en riktig forståelse. Det er imidlertid ingenting i veien for å inngå avtaler med fastlegene der beredskap tas med.

I en kommune ble det truffet vedtak om beordring av fastleger med hjemmel i smittevernloven den 17. mars 2020. Vedtaket ble påklaget. Kommunen sendte henvendelse til Fylkesmannen i Agder for å avklare lovforståelsen. Følgende svar er kommet fra Fylkesmannen:

Lov om helsemessig og sosial beredskap er vedtatt gitt anvendelse i denne krisen, jf. kgl.res. av 6.mars 2020. Helse- og omsorgsdepartementet har delegert fullmakten etter loven til Helsedirektoratet, og det er kun Helsedirektoratet som kan benytte lovhjemlene dersom det er nødvendig. Helsedirektoratet har ikke besluttet noen form beordring av helsepersonell i den situasjonen vi er i. Kommunen kan ikke benytte lov om helsemessig og sosial beredskap på eget initiativ til å beordre helsepersonell. Begrensningen i lov om helsemessig og sosial beredskap § 4-1 tredje ledd får derfor ikke direkte anvendelse på for kommunale beordringer etter smittevernloven.

Fylkesmannen svarer følgende på forholdet mellom Fastlegeforskriften og Smittevernloven:

Fastlegeforskriften regulerer den ordinære fastlegeordningen, og sier ikke noe om beordring i kriser. Kommunen har visse begrensninger å forholde seg til når fastlegeordningen skal organiseres og administreres, bla. fritak pga. aldersgrenser. Smittevernloven regulerer ekstraordinære tilfeller, slik som en koronautbruddet, og er gitt for å kunne håndtere kriser som dette.

Fastlegeforskriften kommer ikke direkte til anvendelse ved beordringer i kommunen. Det betyr at kommunen må benytte smittevernloven dersom et slikt tvangsvedtak skal fattes når det ikke foreligger en avtale.

Fastlegeavtalene bør inneholde bestemmelser om beredskap og arbeid under en krise, og om behovet for prosess dersom fastlegene skal gjøre andre oppgaver i kommunen. Det må tas hensyn til de lovpålagte pliktene fastlegene har overfor sine listepasienter. Under pandemien hadde fastlegene en viktig oppgave med å gi helsehjelp.

6.6.4 Særlig om avtalespesialistene

Avtalespesialistene er en del av spesialisthelsetjenesten. Heller ikke avtalene som er inngått mellom de regionale helseforetakene og Legeforeningen inneholder reguleringer av beredskap og oppgaver under en krise. I forbindelse med koronautbruddet sank avtalespesialistenes aktivitet med hele 80 prosent. Det innebærer at avtalespesialistene utgjorde en uutnyttet personellressurs. Gjennom nærmere planlegging i forkant og fleksibilitet under pandemisituasjonen, ville man kunne utnyttet disse ressursene mer effektivt. Betalingssystemet (takstsystemet) kan tilpasses en krise slik at denne gruppen kan benyttes.

6.6.5 Andre avtalepartnere

Sykehus, rehabiliteringsvirksomheter og andre har avtale med eiere av helsetjenesten (RHF og kommunene) om å gi helsetjenester og har personell ansatt som kan ha betydning for beredskapen under en pandemi. Det er i liten utstrekning inngått avtaler om beredskap med disse virksomhetene annet enn at det er kommunisert muntlig under pandemien. Flere har dessuten tatt opp store utfordringer med forutsigbarhet underveis i pandemien, både når det gjelder bruk av personell ev. permitteringer, og økonomi, noe som har blitt kommunisert direkte fra den enkelte virksomhet og fra deres arbeidsgiverorganisasjoner (Virke, NHO og Spekter). Det er uttrykket at rammeavtalene oppfattes som lite tilpasset en unntakssituasjon og at de i tillegg tolkes for statisk slik at det er umulig å tilpasse seg de faktiske behovene for helsetjenester under en pandemi. I dette ligger at de regionale helseforetakene forutsetter at rehabiliteringsvirksomhetene i hovedsak skal levere tjenester i henhold til avtalte kategorier av pasienter. Disse avtalene er ikke tilpasset aktiviteten i sykehus som sender disse pasientene, og i særlig grad ikke under en pandemi. Det kan for eksempel være en nedgang i behovet for ortopedi og en oppgang i behovet for rehabilitering av covid-19 pasienter. Systemet med at virksomhetene må «betale tilbake» utbetalt refusjon i henhold til de fastsatte kategoriene kan være for statiske sett i lys av behovet for slike tjenester.¹⁵¹

Det er nødvendig med en gjennomgang av rammeavtaler med sikte på bedre tilpasning etter eksisterende behov og for å kunne innarbeide reguleringer av beredskap og krisehåndtering.

¹⁵¹ <https://www.dagensmedisin.no/artikler/2020/05/28/permitterte-alle-ansatte-under-pandemien/>. Rammeavtalene har blitt tolket slik at 50 % økning utover 100 % av en gruppe behandlinger ikke oppveier et tilsvarende underskudd i behandling for en annen gruppe. Avtalene er svært statiske til å kunne tilpasses befolkningens behov og sykehusenes aktiviteter.

6.6.3 Særlig om fastlegenes rolle i vaksinasjonsarbeid

For å oppnå nødvendig kapasitet i vaksinasjonsarbeidet har det vært dialog mellom organisasjonen for kommunene (KS), fastlegene (Legeforeningen) og staten (HOD). På denne bakgrunnen har helse- og omsorgsdepartementet vedtatt bestemmelser som definerer fastlegenes oppgaver, kommunens ansvar og godtgjøring til fastlegene. Den 18. desember 2020 trådte en bestemmelse om fastlegers plikt til å bidra i vaksineringsen mot koronaviruset i kraft, jf. forskrift om nasjonalt vaksinasjonsprogram §§ 6a–6c.

En fordel med dialog er at det er mulig å ta hensyn til at fastlegene må kunne oppfylle øvrige forpliktelser og ordinær virksomhet. Forskriften kan oppfattes slik at det både ble lagt til rette for at befolkningens behov for helsehjelp og behovet for vaksineringsen.

6.4 Styringsretten og nødrett

6.4.1 Om arbeidsgivers styringsrett og adgangen til å omdisponere arbeidstakere

Arbeidsgiveres styringsrett påvirkes av pandemiens virkninger gjennom at det skjer faktiske endringer og at det rettslige innholdet i styringsretten må justeres. En arbeidstaker må finne seg i enkelte endringer, så lenge stillingens grunnpreg ikke endres vesentlig.¹⁵² I helsevirksomheter med døgnopphold er det nødvendig med personell som dekker behovet for helsetjenester hele døgnet. Drift av helseforetakene er, og har alltid vært, basert på vakter, skift- og turnusordninger.

I normale situasjoner har arbeidsgiver adgang til å foreta omdisponeringer og andre endringer av arbeidsforholdet uten at det er i strid med saklighetskravet. Det må tas utgangspunkt i stillingens karakter, arbeidsavtalene, og i autorisasjonsordningen får å avgjøre hvilke endringer som kan gjøres innenfor en rimelighetsvurdering i lys av behovene i helsevirksomheten.¹⁵³ Høyesterett har, blant annet i Rt. 2000 s. 1602, lagt til grunn at man ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene, må legge vekt på stillingsbetegnelsen og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.

Samfunnsforholdene i forbindelse med korona-utbruddet vil innebære en mer omfattende styringsrett i en pandemisituasjon.

Styringsretten begrenses når det dreier seg om helt andre oppgaver enn det man ble ansatt for, selv om det kan innebære at helsepersonell i administrasjon benyttes i klinisk virksomhet når de har nødvendig kompetanse. Endringer i arbeidsprosesser, for eksempel gjennom bruk av teknologi, kan redusere skillet mellom oppgaver.

¹⁵² Jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen), Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe-dommen) og HR 2009-2181 A.

¹⁵³ Se også arbeidsmiljøloven § 14-6 (1) c, der det fremgår av arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori skal følge av arbeidsavtalen.

Tariffavtaler kan være en begrensning i normalsituasjoner gjennom at arbeid som ligger innenfor et annet tariffområde ikke kan pålegges.¹⁵⁴ Historisk finnes det noen få eksempler på reguleringer av arbeidsmarkedet og tvangsmessig overføring av arbeidskraft mellom næringer.¹⁵⁵ Det er lite juridisk teori om dette temaet, bortsett fra noen kommentarer i bøkene til Andersen og Berg.¹⁵⁶ Det finnes noen uttalelser i rettspraksis som kan være relevante. I Rt. 1927 s. 296 (streik) var det dissens 4-3 og Høyesterettsdommer Paal Berg, som tilhørte flertallet, uttalte at: «det er klart, at der kan indtræffe ekstraordinære forhold, som kan medføre en midlertidig utvidelse av den ordinære arbeidsplicht. Sygdomstilfælde blandt det øvrige mandskap, ulykker og lign.».

Helsepersonell kan ikke pålegges helt andre oppgaver og oppgaver som ligger innenfor et annet tariffområde, for eksempel er det neppe holdbart at nødvendige legeressurser benyttes til renhold. Under en pandemi er det diskutabelt om tariffområdene representerer en absolutt grense for styringsretten.

For det første er det klart at situasjonen under en «krise» er slik at arbeidstakere må akseptere større endringer enn det som ellers er en grense i stillingens grunnpreg.¹⁵⁷ Adgangen til omdisponeringer av helsepersonell for eksempel til å arbeide annerledes eller i andre steder av virksomheten, under en krise kan dels begrunnes i nødrettsbetraktninger og dels i de særskilte pliktene som påhviler helsetjenesten og helsevirksomheter.

For det andre vil arbeidsavtalen, tariffavtaler og lovgivning gi veiledning på hvor langt en «kriseregulering» kan gå, for eksempel må arbeidstidsreguleringen og andre sider av styringsretten, ses i lys av tariffavtaler som kan ha samme regulering eller som kan begrense styringsretten. Advokatforeningens bemerkning til Prop. 56 L (2019-2020) om Koronaloven, var at det er «utfordringer med å vedta en lovhjemmel som gir adgang til midlertidig å tilsidesette gjeldende tariffbestemmelser.»

I hvilken grad et unntak i lov innebærer tilsidesettelse av en tariffavtale må vurderes i lys av loven og tariffavtalen, for eksempel om avtalen skal gjelde uavhengig av loven.

Tariffavtaler kan også inneholde bestemmelser om hvordan partene skal innrette seg

154 ARD-1986-165 Høst.

155 Stein Hansen og Tor Skoglund, «Utviklingen i sysselsetting og lønn etter 1930», Økonomiske analyser 6/2008 s. 43-44.

156 Andersen 1967 s. 112-144. Berg 1930 s. 64-68. Hovedavtalen mellom NHO og LO 2018-2021 kapittel VII. For bedrifter som ikke er omfattet av tariffavtale, følger permitteringsadgangen av arbeidsrettslig sedvane, jf. 2014 side 226.

157 Slik «grunnpreg» standarden har blitt lagt til grunn i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen) og Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe-dommen) og HR 2009-2181 A.

etter en krise. Det i liten grad situasjonen per dags dato. Departementet la til grunn at det er nødvendig å fravike lovens arbeidstidsbestemmelser:

Regler om rammene for overtid, arbeidstid per døgn og per uke og krav til hviletid og fri på søndager og andre helligdager vil i den foreliggende krisesituasjonen kunne bli for snevre for noen yrkesgrupper. Et eksempel kan være sykehusenes plikt til å drøfte endringer i arbeidsplan med tillitsvalgte 14 dager før endringen iverksettes.¹⁵⁸

For det tredje er det flere uttalelser og forutsetninger som kan trekkes i retning av at partene selv må finnes løsninger under en pandemi. Departementet viser blant annet til at det «organiserte arbeidslivet fyller sin sentrale funksjon og forhandler seg frem til løsninger der det er behov for å fravike gjeldende reguleringer for å håndtere konsekvenser av covid-19-utbruddet» og at flere avtaler er inngått.

For det fjerde kan det være vanskelig å basere en unntakssituasjon på frivillighet uavhengig av krisens alvorlighet og varighet. Departementet til at det vil være aktuelt å forskriftsfeste unntak med hjemmel i Koronaloven dersom det ikke oppnås enighet om avtaler, og at det må settes en frist for samtaler med partene som er rimelig sett i forhold til hvor tidskritisk situasjonen er. Spekters mener at det ved eventuelle lov- eller forskriftsprosesser for å sikre tilgang på personell i en krisesituasjon må vurderes om det vil virke etter sin hensikt, også tatt i betraktning den tariffavtaleregulering som foreligger. Hensynet til å sikre forsvarlige helsetjenester under en pandemi kan tilsi at tariffavtalte begrensninger må vike i denne spesielle situasjonen.

Samlet sett kan dette tilsi at det bør foreligge avtaler som skal gjelde i en krise før krisen er utløst, selv om det kan være nødvendig å gjøre tilpasninger.

6.4.2 Nødrettslige hensyn som begrunner adgangen til omdisponeringer av helsepersonell

Utbruddet av en pandemi fører til faktiske endringer som gir en videre styringsrett med henvisning til at behovet for å omdisponere personell kan være saklig.¹⁵⁹ Det er usaklig å ta utenforliggende hensyn. Det kan derimot ikke stilles krav om optimal saksbehandling og kravene må ses i sammenheng med hastegrad og alvorlighet under en pandemi.

Høyesterett har uttalt at det ikke kan foretas en overprøving av om «arbeidsgivers beslutninger ... er påkrevde eller optimale».¹⁶⁰ Derimot kan Høyesteretts ta stilling til om endringene er forholdsmessige. For styringsrettsbeslutninger som er underlagt nærmere

158 Prp. 56 L (2019-2020) s. 8:

159 Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

160 Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør) avsnitt 58. Se også Jan Fougner, "Arbeidsgivers frie skjønn – Arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll" i: Sui Guneris - Festskrift til Stein Evju 2016, s. 211-223. Rt. 2001 s. 418 Kårstø på s. 427.

regulering gjennom lovgivning og/eller tariffavtale, finnes det naturligvis noe rettspraksis. Det er nærliggende å peke på beslutninger om oppsigelse og permittering. I de situasjonene det finnes rettspraksis om dette har det oppstått en rettstvist som følge om omstillinger i en normalsituasjon.

Det foreligger lite rettskildemateriale på omdisponeringer og reservasjonsrettigheter under en pandemi. En krise er gjerne kjennetegnet av at det er en vilje til å finne løsninger.

6.4.3 Omdisponeringer og vurderingstemaer

Under en pandemi blir det truffet generelle vedtak som omfatter flere og med umiddelbare virkninger. Det er liten tvil om at arbeidsplikten midlertidig kan utvides i ekstraordinære situasjoner. Hvor omfattende endringer som kan gjøres under en pandemi er uklart. På Helsedirektoratets nettsider og i regional beredskapsplan for eksempel Helse Sør-Øst, forutsettes det at helseforetakene benytter seg av andre tiltak for å sikre tilgang til personellressurser, før eventuell beordring etter helseberedskapsloven kan benyttes.¹⁶¹ I beredskapsplanen til Helse Sør-Øst punkt 5.1.5 er det listet opp flere tiltak i en anbefalt rekkefølge: 1. Bruk av arbeidstidsrammer og omlegging av arbeidsplaner, 2. Omdisponering av ansatte, 3. Rekruttering av ekstrapersonell, 4. Opplæring og støttetiltak, 5. Tilpasning av personellforvaltning, 6. Innleie av personell, 7. Beordring av personell.

Denne oversikten viser med all tydelighet at det å kunne omdisponere personell som frigjøres kan være en nødvendig del av beredskapen og hensiktsmessig, for eksempel dersom en del av helsetjenesten har mindre aktivitet på grunn av pandemien.

Helsepersonell fra denne delen kan for eksempel flyttes til teststasjoner og arbeid med smittesporing. Det er også aktuelt å få inn *andre arbeidstakere* enn de som allerede er i virksomheten for å dekke behovene, noe som er særlig aktuelt dersom krisen er av en viss varighet. Dette kan være utfordrende når det gjelder grupper med særskilt kompetanse. Det er grunn til å stille spørsmål ved hvordan denne beredskapsplanen er fulgt opp i helsevirksomhetene og om det er prosesser for å vurdere konsekvensene av ev. omdisponeringer.

Helsepersonells arbeidsforhold må vurderes i lys av de særskilte pliktene som følger av helselovene og autorisasjonsordningen, helsevirksomhetens plikter til å tilby helsehjelp til flere pasientgrupper, og at for eksempel fastleger har plikter som skal oppfylles

¹⁶¹ <https://www.helsedirektoratet.no/faglige-rad/pandemiplanlegging/rad-til-spesialisthelsetjenesten-om-pandemiplanlegging/behov-for-kvalifisert-personell-ved-en-pandemi#behov-for-kvalifisert-personell-ved-en-pandemi> (17.12.2020).

overfor sine listepasienter. Lovgiver har regulert plikter for helsepersonell som korresponderer med rettigheter for pasienter og brukere, og et tilretteleggingsansvar for ledelsen, ev. for avtaleparter som kan være kommunen og de regionale helseforetakene. Det forutsetter også i denne situasjonen at det er nødvendig og forholdsmessig. Arbeidsgiver kan endres som følge av sykdom blant helsepersonell og bruk av karantene. Styringsretten er større ved *svært kortvarige ordninger*, for eksempel at helsepersonell overføres til en annen helsevirksomhet. Omdisponeringer må de vurderes i lys av lovgivningen og avtaler, om det kan gjøres unntak fra avtaler, eller inngås avtaler som er tilpasset den enkelte virksomhet. Med utgangspunkt i de omfattende faktiske endringer en pandemi innebærer kan det trekkes ut fire hensyn som har betydning for mulighetene for omdisponering av helsepersonell.

- 1) For det første har *krisens karakter, intensitet og alvorlighet* betydning for mulighetene til omdisponeringer. Ved svært alvorlige kriser i en del av helsetjenesten må helsetjenesten omstilles for å kunne makte å avhjelpe krisen, noe som har betydning for adgangen til styring og omstilling.
- 2) For det andre må *helsepersonellens kompetanse og behovet for denne kompetansen* tillegges vekt. Dette kan både være et argument for omdisponeringer til oppgaver der kompetansen kan utnyttes bedre, eller være et argument mot omdisponering dersom kompetansen er nødvendig for å gi andre helsehjelp. Omdisponering av helsepersonell innenfor en helsevirksomhet, for eksempel fra helsestasjon til å arbeide med smittetesting, kan være innenfor styringsretten dersom helsestasjonen stenges, og det er innenfor vedkommendes kompetanse.
- 3) For det tredje har varigheten av den ekstraordinære situasjonen betydning for mulighetene for omdisponeringer. Varigheten har også betydning for hvor store endringer som kan være lovlige. Det vil også være et argument for å mobilisere personell utenfor helsetjenesten eller fra deler av helsetjenesten som har liten aktivitet. Ved en langvarig ekstraordinær situasjon bør grunnlaget være et annet enn nødrettslige betraktninger, for eksempel lovgivning i kombinasjon med avtaler.
- 4) For det fjerde har mulighetene for å beskytte helsepersonells sosiale situasjon og helsesituasjon, betydning for omdisponeringer. Dette hensynet behandles nærmere i punkt 7.

En tilstand med nød kan innebære at det må lempes på formelle krav og prosesser, for eksempel til utredning, høring og kontradiksjon, på grunn av knapphet på tid. Dette har betydning for kravet om at slike prosesser er en del av beredskapen, det vil si at

kriseplaner og avtaler drøftes før det foreligger en omfattende krise. Arbeidsgiver bør som del av beredskapen sørge for involvering av tillitsvalgte og ansatte, og kontradiksjon. Under en krise vil saklighetskrav, både skrevne og uskrevne, ha betydning for hva som forventes, jf. Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

Det er klart at en kommune kan pålegge helsepersonell å arbeide med smittetesting istedenfor å arbeide i skolehelsetjenesten når skolen er stengt, og at et sykehus kan samle intensiv personell fra flere avdelinger til å arbeide i en avdeling for covid-19 syke. Innenfor helse kan arbeidstakere trolig – i motsetning til i andre situasjoner – pålegges å arbeide innenfor andre virksomheter i samme tariffområde, for eksempel at en lege ved AHUS blir pålagt å arbeide ved OUS på grunn av en ekstraordinær situasjon.

Oppsummert innebærer de rettslige barrierene at det må tas hensyn til befolkningens behov som sådan, at personell ikke kan omdisponeres slik at helsetilbudet til andre grupper blir uforsvarlig, og av hensyn til arbeidstakeren. Personellressurser må ved knapphet disponeres slik at befolkningen så langt som mulig får sine rettigheter til nødvendig helsehjelp oppfylt.

6.5 Smittevernloven § 4-9: kommunal beordringsadgang

Beordringsadgangen i smittevernloven § 4-9 gjelder kun helsepersonell i kommunene. Kommunestyret har fått en myndighet til å pålegge leger å delta i smittevernarbeid når dette er *nødvendig* for at kommunehelsetjenesten blir satt i stand til å oppfylle sine plikter etter loven, jf. smittevernloven § 4-9 (4), der det står:

En lege som er ansatt i kommunen eller som yter helse- og omsorgstjenester på vegne av kommunen, har plikt til å delta i forebyggelse av en allmennfarlig smittsom sykdom og i undersøkelse og behandling av en person som er smittet med en slik sykdom, når det er nødvendig og etter vedtak av kommunestyret.

Ordlyden er formulert slik at beordringsadgangen ikke er begrenset til ansatt helsepersonell, jf. formuleringen «eller som yter helse- og omsorgstjenester på vegne av kommunen». I smittevernlovens forarbeider fremgår det tydelig at det også skal gjelde personer med kommunal avtale, for eksempel fastleger og fysioterapeuter, og at adgangen til å beordre kan omfatte alle oppgaver i kommunene, det vil si forebyggelse, undersøkelse og behandling ved *utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom*, jf. Ot.prp. nr.91 (1992–1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) s. 153. I dette ligger testing for smitte, smittesporing, vaksinasjonsarbeid, beskyttelsestiltak overfor befolkningen i kommunene, og pasienter som oppholder seg i institusjon, samt behandling og oppfølging av syke.

Nødvendighetsvurderingen i smittevernloven § 4-9 må ses i sammenheng med lovens § 1-5. Det er forutsatt at kommunestyret må treffe et formelt vedtak om pålegg og at dette må rettes konkret mot den enkelte lege, jf. bl.a. formuleringen i forarbeidene om å at leger kan pålegges å delta. Smittevernloven § 1-5 oppstiller grunnleggende krav til smittevernvedtak:

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.

Kravet til medisinskfaglig begrunnelse skal ikke tolkes for strengt, og det er ikke krav om vitenskapelig bevist effekt. Det må også sees i sammenheng med graden av smittetrussel og hvor inngripende det ev. tiltaket er. Smitteverntiltaket må som et minimum være *relevant* for den aktuelle sykdommen etter en medisinskfaglig vurdering, jf. Prop.91 L (2018–2019) s, 45. Det er i denne sammenhengen klart at deltakelse i forebygging, undersøkelse, behandling og pleie av personer med koronavirus vil være medisinskfaglig begrunnet. Videre uttales følgende samme sted:

Kravet om at tiltaket skal fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering innebærer at tiltaket ikke skal medføre unødvendig ulempe eller skade for den eller de tiltaket retter seg mot. Nytten må veies opp mot den belastning tiltaket medfører.

Videre må tiltaket være nødvendig av hensyn til smittevernet. Dette innebærer at tiltaket må være egnet til å forebygge eller hindre smittespredning av den aktuelle sykdommen. Kravene til helhetsvurdering og vurdering av nødvendighet vil i de fleste praktiske tilfeller utgjøre en forholdsmessighetsvurdering.

I dette ligger at tiltaket skal være så lite inngripende som mulig, og ikke gå lenger enn det som er nødvendig utfra formålet. Behovet for bestemmelsen er angitt i Ot.prp. nr. 91 (1992–1993) s. 70:

Enkelte smittsomme sykdommer opptrer svært sjelden, andre relativt sjelden, slik at mange primærleger og annet helsepersonell vil mangle tilstrekkelig erfaring om hvordan en diagnostisk utredning skal gripes an, og hvordan den mest hensiktsmessige behandling og eventuelt vaksinerings bør skje. For at helsetjenesten i kommunen skal rå over den nødvendige helsefaglige kompetanse, forslår derfor Helsedirektoratet at helse- og sosialstyret i kommunen skal ha anledning til å påby helsepersonell å ta den

nødvendige opplæring for å kunne utføre de tjenester og tiltak som kommunen er pålagt. Opplæring vil også være aktuelt som et beredskapstiltak.

Videre foreslås det at helsepersonell som gjennomgår slik opplæring skal ha en plikt til å medvirke til å gjennomføre nødvendige oppgaver ved et alvorlig utbrudd av allmennfarlig smittsom sykdom. For helsepersonell ansatt i kommunen vil bestemmelsen være en presisering av instruksjonsmyndigheten, for andre vil den være et selvstendig grunnlag for plikt til å delta.

Bestemmelsen gir med andre ord bare en plikt for helsepersonell til å utøve sine alminnelige oppgaver også ved utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom, og gir ikke hjemmel for beordring av helsepersonell i slike tilfeller. Dette understrekes av forarbeidene, hvor det fremgår at bestemmelsen er en presisering av at det foreligger full instruksjonsmyndighet overfor dem som er ansatt, og gir et selvstendig kompetansegrunnlag for instruksjon av dem som driver virksomhet innenfor kommunehelsetjenesten basert på driftsavtale, jf. Ot.prp.nr. 91 (1992–1993) s. 70. Som eksempel på plikten etter andre ledd nevnes at en kommune kan pålegge en allmennpraktiserende lege å ta imot mistenkt smittede personer med mer sjeldne tilfeller av allmennfarlig smittsom sykdom.

Når utgangspunktet er at smitteverntiltak skal baseres på frivillighet innebærer dette en forpliktelse til å vurdere – og ev. prøve ut – mulighetene for frivillige ordninger. Med utgangspunkt i passusen om *frivillighet* kan det utledes at kommunen først må forsøke å oppnå det samme gjennom dialog og frivillige ordninger. Bruk av pålegg skal være forholdsmessige, jf. også uttalelser i rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet (I-2020-4). Ved spørsmålet om hvorvidt tiltaket er forholdsmessig, må det tas utgangspunkt i om formålet kan oppnås med mindre inngripende midler. Det er i smittevernloven § 1-5 ikke skilt tydelig mellom generelle reguleringer, for eksempel som følger av smittevernloven kap. 4 og tvangsinngrep i kap. 5, selv om dette skillet er avgjørende for å kunne vurdere den enkeltes rettigheter. Helsepersonellens private situasjon og forhold kan ha betydning for adgangen til beordring, for eksempel om vedkommende tilhører en risikogruppe, har øvrig sykdom og sosiale/familiemessige forhold. Det følger av Rundskriv I-2/2020 (informasjon om dekning av tap og utgifter som følge av koronaviruset) at utgangspunktet er at den enkelte må dekke ev. tap og utgifter som følge av tiltak etter smittevernloven selv. Rundskrivet fremstår imidlertid som rettet mot smittede (pasienter) og ikke mot helsepersonell. Beordringsadgangen er i liten grad fulgt opp i dagens avtaler. Dette bør tas opp i dialog mellom avtalepartene med sikte på regulering.

Det er i proposisjonen nærmest forutsatt at retten til beskyttelse mot smitte og krav på smittevern hjelp i henhold til loven utelukker en reservasjonsadgang for helsepersonell, bortsett fra dersom det foreligger en saklig grunn. En saklig grunn kan være høy risiko for å selv bli smittet.

6.6 Helseberedskapslovens beordringssystem

6.6.1 Lovens system og formål, og om hvordan den ble aktivert

Helseberedskapsloven er en lov som kan komme til anvendelse i krig og kriser for å beskytte befolkningen og helsepersonell, og må ses i sammenheng med smittevernloven, og Grunnloven § 93. Det fremgår av forarbeidene til helseberedskapsloven at «tjenesteplikt i Sivilforsvaret ikke lenger automatisk skal gå foran tjenesteplikt i det sivile helsevesen», og at det er «nødvendig å se helhetlig på bemanningssituasjonen i en krise».¹⁶² Bestemmelsen i helseberedskapsloven § 5-1 skal etter forarbeidene gi departementet mulighet til å «gjennomføre en helhetlig og samlet innsats og koordinering av helse- og sosialtjenesten».¹⁶³

Helseberedskapsloven ble aktivert fordi pandemien ble kategorisert som en «krise». I statsråd 28. februar 2020 ble det gitt fullmakter til Helse- og omsorgsdepartementet. Ved kgl.res. 6. mars 2020 ble fullmaktsbestemmelsene i lov helseberedskapsloven aktivert, jf. §§ 1-5, 3-1, 4-1, 5-1 og 5-2.¹⁶⁴ Helsedirektoratet samtidig delegert denne myndigheten etter helseberedskapsloven § 4-1 fra Helse- og omsorgsdepartementet ved brev 9. mars 2020. Det besluttet at fullmakten skulle ha begrenset varighet, men den er forlenget flere ganger, senest til 14. januar 2021.¹⁶⁵

Fullmaktsbestemmelsene i helseberedskapsloven har blitt aktivisert to ganger siden den reviderte loven trådte i kraft i 2000. Den ble benyttet i 2010 for å håndtere følger av at askeskyen fra vulkanutbruddet på Island hadde blåst inn over deler av landet, jf. kgl.res. 16. april 2010 nr.521. I 2010 ble myndigheten til å treffe vedtak etter § 4-1 delegert til Helsedirektoratet, jf. forskrift 19. april 2010 nr. 576. Beordringsadgangen i § 4-1 ble

162 Ot.prp. nr. 89 (1998–99) punkt 9.6.4.5.

163 Ot.prp. nr. 89 (1998–99) kapittel 13, merknader til § 5-1.

164 Lov om helsemessig og sosial beredskap 23. juni 2000 nr. 56.

165 Se vedtak 3. april 2020 nr. 574 om forlenget virketid til 6. mai 2020, vedtak 29. april 2020 nr. 886 om forlenget virketid til 6. juni 2020, vedtak 5. juni 2020 nr. 1138 om forlenget virketid til 6. juli 2020, vedtak 23. juni 2020 nr. 1300 om forlenget virketid til 6. august 2020, vedtak 5. august 2020 nr. 1614 om forlenget virketid til 14. august 2020, vedtak 14. august 2020 nr. 1648 om forlenget virketid til 14. september 2020, vedtak 11. september 2020 nr. 1750 om forlenget virketid til 14. oktober 2020, vedtak 9 okt 2020 nr. 2002 om forlenget virketid til 14. november 2020, vedtak 13 nov 2020 nr. 2370 om forlenget virketid til 14. desember 2020 og vedtak 11 des 2020 nr. 2720 om forlenget virketid til 14. januar 2021.

imidlertid ikke anvendt i forbindelse med askeskyen i 2010, selv om det var tilrettelagt for at den kunne tas i bruk.¹⁶⁶

Beordringsadgangen har flere begrensninger – blant annet i varighet – og som innebærer at den er vanskelig å benytte under en pandemi. Dagens lovgivning, tariffavtaler og rammeavtaler med fastleger andre kommunale helsetilbydere, og spesialister (RHF-avtaler), tar i liten grad hensyn til de behovene for å omdisponere arbeidskraft under en langvarig krise som en pandemi eller for å mobilisere ny arbeidskraft.

Helseberedskapslovens formål i § 1-1 «er å verne befolkningens liv og helse og bidra til nødvendig helsehjelp, helse- og omsorgstjenester og sosiale tjenester kan tilbys befolkningen [...] ved kriser og katastrofer i fredstid». Loven gir en adgang til å fravike de regler som regulerer rettigheter for individer i det daglige og til å sette bestemmelser i arbeidsmiljøloven til side. Formålet er å kunne tilpasse lover som er ment på normalsituasjoner til denne krisen for å kunne beskytte og å øke kapasiteten i helsetjenesten. Ved høy hastegrad kan departementet treffe en foreløpig beslutning dersom det er «nødvendig for å sikre liv og helse.»

Departementet understreket at det i utgangspunktet skal være de ordinære ansvarslinjer som skal gjelde, det vil si at det er de regionale helseforetakene og kommunene som innenfor sin myndighet skal ta ansvaret for å sørge for at befolkningen får tilbud om og mottar helsetjenester også i denne situasjonen, og plikter å ha planer for dette, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 5-2 og spesialisthelsetjenesteloven §§ 2-1 b og 2-1 d.

6.6.2 Sammenhengen med helseberedskapsloven av 1955

Dagens fullmakter som følger av helseberedskapsloven, må ses i lys av foregående bestemmelser i lov om helsemessig beredskap (1955). Tidligere fantes det ingen hjemmel til å beordre helsepersonell i fredstid. Den tidligere lov om helsemessig beredskap av 2. desember 1955 nr. 2 ga bare adgang til å pålegge helsepersonell å utføre nærmere tilvist arbeid innen det sivile helsevesen når riket er i krig. Loven regulerte beredskapen i helsesektoren under krigssituasjoner, og en adgang til beordring av helsepersonell mellom 17 og 70 år i § 10, opplysningsplikt, adgang til registrering, og en plikt til opplæring. Godtgjøring var regulert i §12 (4) som en plikt for arbeidsgiver dersom ikke annet ble bestemt av departementet. Helsepersonell som ikke var i arbeid, eller som arbeidet i andre yrker, kunne pålegges å arbeide som det de var

¹⁶⁶ <https://www.fylkesmannen.no/contentassets/3b5e0e33338b4effb85954ced4d77d7f/helsejus-mv.pdf> (“Det ble ikke behov for å benytte fullmaktene.”).

utdannet til. Beordringspliktige kunne beordres til å utføre arbeid på det sted det var behov for dem. Vedkommende kunne beordres til en annen kommune eller fylkeskommune eller til en annen del av landet. Den beordringspliktige kunne ikke settes til et hvilket som helst arbeid – det måtte være et arbeid innen det sivile helsevesen som vedkommende var kvalifisert for, jf. Ot.prp. nr.89 (1998–1999) s. 102.

I forarbeidene, Ot.prp.nr. 89 (1998–1999) s. 106, påpekes at personell i helse- og sosialsektoren er preget av høy arbeidsmoral og innsatsvilje, men at det likevel er nødvendig med slike regler. Dette er for det første av hensyn til planlegging, ved at kommuner og fylkeskommuner skal vite hvilke personellressurser de kan regne med å disponere ved en krise, katastrofe eller krig. For det andre er det viktig at plikter og rettigheter er klart nedfelt for å kunne sikre den enkelte medarbeider i en ofte kaotisk og uoversiktlig situasjon, jf. de nevnte forarbeider. I Ot.prp. nr. 29 (1955) ble det uttalt at bakgrunnen for at bestemmelsen om godtgjørelse i § 12 nr. 4 var at sykehusene i krigssituasjoner i høyest grad skal drives på samme måte som i fredstid og på det samme økonomiske grunnlag.

6.6.3 Formål og begrenset varighet

Helseberedskapsloven § 1-1, gir en begrunnelse både for beordringsbestemmelsen og for de krav som kan utledes når det gjelder å beskytte helsepersonell som beordres (punkt 7). Myndigheten etter loven må ses i sammenheng med at kriser som en pandemi skal håndteres av helsetjenesten, kommunene, Helsedirektoratet, Folkehelseinstituttet og flere departementer.

Helsetjenesten kan anses som det lavest effektive operative nivå. Prinsippet om at den virksomhet som har ansvaret for en tjeneste også har ansvaret for nødvendige beredskapsforberedelser og for den utøvende tjeneste under krig og ved kriser og katastrofer i fredstid, gjelder med mindre noe annet er bestemt i eller i medhold av lov. Loven inneholder også særskilte fullmaktsbestemmelser som får anvendelse når riket er i krig eller krig truer og ved kriser og katastrofer i fredstid etter beslutning av Kongen jf. § 1-5 nr. 1 og 2. Beslutning om anvendelse gis for et begrenset tidsrom og maksimalt for 1 måned. Beslutningen kan gjentas for inntil en måned av gangen. I forarbeidene til loven, Ot.prp.nr. 89 (1998–1999) Om lov om helsemessig og sosial beredskap s. 142, er det i de spesielle merknadene til § 1-5 nr. 2 gitt beskrivelse av en krise eller katastrofe i fredstid: «En krise eller katastrofe er en situasjon av ekstraordinær karakter der det akutte hjelpebehov ikke kan dekkes av tilgjengelige ressurser, og ordinære ansvarsforhold og kommandoforhold ikke strekker til, og omlegging eller ekstra tilførsel av ressurser er nødvendig.» Det vil være situasjonen, hendelsens omfang og konsekvenser for liv, helse

og velferd som er avgjørende for om det aktuelle forholdet skal kunne defineres som en krise eller katastrofe. Det er ikke et vilkår for å anvende fullmaktsbestemmelsene i loven at krisen eller katastrofen allerede er inntrådt. Loven kan også anvendes når det er stor sannsynlighet for at en ekstraordinær krise eller katastrofesituasjon vil oppstå i nærmeste fremtid, og konsekvensene for befolkningens liv og helse er meget alvorlige om situasjonen oppstår. Loven oppstiller utover dette ingen legaldefinisjon. Når fullmaktsbestemmelsene er besluttet å gjelde, har Helse- og omsorgsdepartementet, på gitte vilkår, hjemmel til å rekvirere blant annet fast eiendom og løsøre mot erstatning (§ 3-1), beordre personell som omfattes av loven (§ 4-1) og pålegge virksomheter å ta imot pasienter og flytte ressurser – herunder personellressurser – mellom virksomheter (§§ 5-1 og 5-2).

Det vises også til at når betingelsene i § 1-5 er oppfylt, kan Kongen gi forskrifter om drift, organisering og ansvarsforhold som fraviker gjeldende helse- og sosiallovgivning, jf. helseberedskapsloven § 6-2 (2).

Helseberedskapslovens inngrepshjemler må ses i sammenheng med smittevernlovens inngrepshjemler, helselovens «sørge for» ansvar. Arbeidsmiljølovens bestemmelser og den ulovfestede reservasjonsadgang for arbeidstakere mot å påta seg oppgaver med høy risiko, har også betydning for om beordring kan benyttes.

6.7 Nærmere om innholdet i beordringsbestemmelsen

6.7.1 Pålegg etter helseberedskapsloven § 4-1

Et konkret pålegg om utvidet tjenesteplikt etter § 4-1 krever at det er fattet beslutning på flere nivåer. Ved kriser og katastrofer i fredstid kreves for det første en beslutning av Kongen i statsråd om at bestemmelsen skal gjelde, jf. § 1-5 nr. 2. Deretter er det arbeidsgiver som kan treffe beordring om utvidet arbeidstid, jf. § 4-1 første ledd. I forarbeidene, Ot.prp.nr.89 (1998–1999) s. 147, påpekes det at arbeidsgiver har rett til å utferdige slike pålegg også etter andre bestemmelser, men at forskjellen er at arbeidsgivers pålegg etter § 4-1 kan bli straffesanksjonert.

Det er imidlertid departementet som kan treffe pålegg om at personellet må møte opp på et angitt sted og hva arbeidet skal gå ut på. Departementet kan likevel delegere beordringsmyndigheten til andre, og det fremgår av forarbeidene at departementet skal stå fritt når det gjelder hvem det delegerer myndighet til, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 91.

I helseberedskapsloven er det en adgang til å beordre helsepersonell for departementet og arbeidsgiver som følge av de behov som kan oppstå under en krise, jf

helseberedskapsloven § 4-1. Et formål med denne loven er å kunne anvende flere personell enn de som er i den enkelte helsevirksomhet. Pålegget om tjenesteplikt i sosialtjenesten og kommunal helse- og omsorgstjeneste kan anvendes overfor ansatte i NAV, jf. NAV-loven § 11 (2) første setning.¹⁶⁷ Det forutsetter et samtykke fra arbeids- og sosialdepartementet. Det er helse- og omsorgsdepartementet som har påleggsmyndigheten overfor ansatte i NAV når et slikt samtykke foreligger, jf. Nav-loven § 11 (2) andre setning. Forøvrig ligger det myndighet i loven til arbeidsgiver, noe som utdypes nedenfor.

Adgangen til beordring i helseberedskapsloven § 4-1 påhviler både departementet og arbeidsgiver, med ulikt innhold, og må ses i sammenheng med lovens formål om å beskytte befolkningen gjennom beskyttelse av helsetjenesten (og av helsepersonell). Beordringsadgangen begrenses dersom risikoen er stor og dersom personell blir syke eller avslutter arbeidsforholdet. I dette ligger at både arbeidsgiver og departementet som har beordringsmyndighet og et overordnet ansvar, også har et ansvar for å beskytte helsepersonell mot smitte for å kunne oppfylle formålet med helseberedskapsloven. Det vurderes nærmere hva denne beskyttelsen kan innebære i punkt 7.

Adgangen til beordring av helsepersonell og andre, gir grunnlag for ulike problemsstillinger som er omtalt i loven og drøftet i forarbeidene, blant annet hvem som har myndighet etter loven, når vilkårene for beordring er oppfylt og innholdet i en beordring.¹⁶⁸

6.7.2 Mer om hvem lovens beordringsadgang gjelder for

Helseberedskapsloven § 1-3 angir hvem denne loven regulerer. Det er virksomheter som omfattes av den offentlige finansierte helse- og omsorgstjeneste, det vil si for helsetjeneste med avtale med kommunen eller de regionale helseforetakene. Videre gjelder den for sosialtjeneste, kommunens folkehelsearbeid etter folkehelseloven, Mattilsynet, apotek, grossister og tilvirkere av legemidler, samt noen flere aktører.¹⁶⁹

Helseberedskapsloven gjelder for personell som tjenestegjør i virksomheter loven omfatter. Helseberedskapsloven § 4-1 angir at loven gjelder for personell som er beordringspliktig etter § 1-4. Av denne bestemmelsen fremgår at loven gjelder for

¹⁶⁷ Lov 16. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven).

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 89 (1998-99) Om lov om helsemessig og sosial beredskap.

¹⁶⁹ Sosialtjenesten, offentlige næringsmiddellaboratorier, private næringsmiddellaboratorier, vannverk.

«personell som tjenestegjør i virksomheter loven omfatter». Disse virksomhetene er oppregnet i lovens § 1-3.

Loven skal gjelde både for personell som tradisjonelt er blitt regnet som helsepersonell, og personell som ikke er omfattet av dette begrepet, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 141. Loven gjelder også for personell i sosialtjenesten, noe som er en utviding i forhold til tidligere lov, jf. nevnte forarbeider s. 147. Den gjelder både for faglig utdannet og opplært personell, og personell uten særskilt fagutdannelse. Det avgjørende er om de har et arbeidsforhold til en virksomhet loven omfatter. Om virksomheten er omfattet av loven kan alle som tjenestegjør ved virksomheten i prinsippet pålegges tjenesteplikt, uansett hvilken yrkesgruppe vedkommende tilhører, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 39. Beordringsbestemmelsene gjelder imidlertid ikke for personell i sektorer som ikke omfattes av loven, slik som personell i barnevernet. Dette gjelder selv om slike tjenester i den enkelte kommune er organisert i integrerte enheter sammen med helse- og/eller sosialtjenesten, jf. nevnte forarbeider s. 141.

I tillegg angir § 1-4 at departementet i forskrift kan bestemme at personell som «har tjenestegjort» i slike virksomheter skal omfattes av loven. Dette omfatter personell som nylig har gått over i annen virksomhet, eller som har gått ut av arbeidslivet, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 141. Følgelig kan også pensjonister beordres etter lovens § 4-1. Av § 4-1 tredje ledd fremgår imidlertid at pålegg ikke kan gis til personer over 65 år, noe som snevrer inn beordringsadgangen overfor pensjonister

Helseberedskapsloven § 1-4 angir dessuten at departementet i forskrift kan bestemme at «særskilt kvalifisert personell» skal omfattes av loven. Eksempel på slikt personell er studenter/elever som utdannes med sikte på å kunne arbeide i virksomheter loven omfatter, og som har gjennomført et minimum av sin utdannelse, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 141. Det skal være opp til den lokale planmyndighet å avgjøre konkret hvilke personer som er aktuelle for å pålegges tjenesteplikt. Herunder må det foretas en skjønnsmessig vurdering av kunnskapene til vedkommende personell, sett i forhold til den standard virksomheten setter for utførelsen av det arbeid vedkommende skal utføre, jf. forarbeidene samme sted.

Etter helseberedskapsloven § 4-1 (3) er flere persongrupper unntatt fra adgangen til beordring, Det gjelder gravide og personer under 18 år eller over 65 år, jf. også Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 148. Det følger av bestemmelsens fjerde ledd at pålegg ved kriser eller katastrofer i fredstid ikke kan gis til personer som «alene har omsorgen for barn under 16 år eller for funksjonshemmede». Dersom begge foreldrene har omsorgsansvar

for barn under 16 år eller funksjonshemmede, kan bare én av dem beordres.

Aldersbegrensningen er en endring fra tidligere lov, og ble foretatt for å harmonere med sivilforsvarsloven, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998-1999) s. 147. Her fremgår også eksplisitt at aldersgrensen gjelder for personell som har tjenestegjort i virksomhetene tidligere og for «særskilt kvalifisert personell».

Heller ikke gjelder beordringsplikten for den som er hindret fra å etterkomme plikten som følge av styrkeoppbygging i Forsvaret, med mindre noe annet er bestemt i lov, jf. femte ledd. Dette betyr at verneplikt i det militære forsvar går foran tjeneste- og beordringsplikten, og er i tråd med totalforsvarsprinsippet og ansvarfordelingen for sanitet/helsetjenesten ved beredskap og krig, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998-1999) s. 148.

6.7.3 Innholdet i beordringsadgangen

Beordringsadgangen i helseberedskapsloven § 4-1 er anvendt i forbindelse med covid-19-utbruddet i 2020.¹⁷⁰ Det skyldes at situasjonen er definert som en krise.

Helseberedskapsloven § 4-1 (1) (1., 2. og 6. ledd) lyder slik:

Når betingelsene i § 1-5 er oppfylt, kan personell som er beordringspliktig etter § 1-4 pålegges av arbeidsgiver å forbli i tjeneste ut over ordinær arbeidstid. På samme vilkår kan departementet pålegge personell som nevnt å møte frem på nærmere angitt sted og utføre nærmere tilvist arbeid innen virksomheter loven omfatter.

Loven gir, med bakgrunn i den ekstraordinære situasjonen den kommer til anvendelse på, en vid kompetanse til beordring. Det følger av forarbeidene (Ot.prp.nr.89 (1998-1999) s. 147) at hjemmelen både innebærer omdisponering av oppgaver (departementet) og utvidet arbeidstid (arbeidsgiver), jf. formuleringene «pålegges å ta arbeid der det blir tilvist» og «tjeneste utover ordinær arbeidstid.» Kompetansen til beordring vedrørende arbeidstid er lagt til arbeidsgiver i henhold til helseberedskapsloven § 4-1 (1) første punktum og departementet etter andre punktum, og med noe ulikt innhold.

Ut ifra ordlyden gjelder arbeidsgivers beordringsrett kun pålegg om å forbli i tjeneste utover ordinær arbeidstid – i motsetning til departementets beordringsrett som også gjelder tilvisning av arbeidsoppgaver, se neste punkt. Det er ikke gitt noen nærmere utdypning av denne forskjellen i kompetanse i forarbeidene utover at kompetansen til beordring mellom arbeidssteder må legges høyere enn til den enkelte arbeidsgiver.

¹⁷⁰ Se også: <https://www.forskerforbundet.no/om-oss/organisasjon/koronavirus-arbeidstakers-rettigheter/beordring/>

Brudd på pålegg fra arbeidsgiver i henhold til helseberedskapsloven § 4-1 kan sanksjoneres med straff i henhold til samme lov § 6-5.

6.7.4 Arbeidsgivers beordringsrett til utvidet arbeidstid

Det følger av helseberedskapsloven § 4-1 (6) at beordring kan gjøres uavhengig av bestemmelsene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven. Med ordinær arbeidstid menes avtalt arbeidstid etter oppsatt tjenesteplan eller turnus, jf. Ot.prp.nr.89 (1998–1999) s. 147, der det står:

Et konkret pålegg om utvidet tjenesteplikt etter § 4-1 krever at det er fattet beslutning på flere nivåer. Ved kriser og katastrofer i fredstid kreves først en beslutning om at bestemmelsen skal gjelde, jf § 1-5. Når det er bestemt, kan arbeidsgiver etter bestemmelsens første punktum pålegge beordringspliktig personell å forbli i tjeneste utover ordinær arbeidstid, dvs pålegge utvidet tjenesteplikt. Med ordinær arbeidstid menes avtalt arbeidstid etter oppsatt tjenesteplan eller turnus.

Denne uttalelsen innebærer at arbeidsgiver kan gi pålegg om arbeid utover en allerede oppsatt tjenesteplan. Den beordrede kan pålegges av arbeidsgiver å forbli i tjeneste utover ordinær arbeidstid innenfor tjenesteplanen. Det følger eksplisitt av bestemmelsens sjette ledd at plikten gjelder uavhengig av bestemmelsene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven. Tjenesteplikten gjelder derfor uavhengig av tidligere utført overtidarbeid og begrenses ikke av de alminnelige bestemmelser om lengden av overtidarbeid, jf. nevnte forarbeider s. 148. Her fremgår likevel at pålagt overtid «bør» søkes begrenset til et minimum av hensyn til den enkelte arbeidstaker og av hensyn til krisehåndteringsevnen.

Kommunal- og arbeidsdepartementet viste i høringen til at daværende arbeidsmiljølov § 53 hjemlet tilstrekkelige unntak fra overtidbestemmelsene med tanke på slike situasjoner.¹⁷¹ Departementet kommenterer dette og at krisen må være av en viss størrelse i Ot.prp.nr.89 (1998–1999) pkt. 9.6.4.10:

I mange situasjoner, for eksempel i krig, må det antas at de rammer § 53 setter vil vise seg å være for rigide. Alene det å måtte søke arbeidstilsynet om dispensasjon kan komme til å fortone seg som unødig byråkratisk for eksempel i en situasjon med flere hundretalls skadede som trenger behandling. Bestemmelsene vil av den grunn lett måtte fravikes under henvisning til nødrettsbetraktninger.

¹⁷¹ Kommunal- og arbeidsdepartementet etterlyste begrensninger i adgangen til å pålegge overtid. Sosial- og helsedepartementet valgte å opprettholde forslaget.

Departementets legger videre vekt på at et av hovedmålene med en lovgivning som tar sikte på å regulere beredskapssituasjoner å unngå ad hoc løsninger i en kaotisk og uoversiktlig situasjon. Departementet mener derfor at de beste grunner tilsier at det bør sies direkte at arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven ikke får anvendelse i denne typen situasjoner. Det vil ikke være riktig overfor det personell det angår å gi inntrykk av noe annet. Departementet understreker at ledelsen må sørge for at mannskapene får tilstrekkelig hvile i en unntakssituasjon med henvisning til at det å ha utslitt personell går ut over krisehåndteringsevnen. På denne bakgrunnen er det gjort unntak fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser når vilkårene i helseberedskapsloven § 4-1 er oppfylt. De øvrige kapitlene i arbeidsmiljøloven gjelder, med mindre det er motstrid mellom helseberedskapsloven og arbeidsmiljølovens bestemmelser.¹⁷²

6.7.5 Helsemyndighetenes beordringsadgang og påleggsmyndighet

Bestemmelsen skal ivareta behovet for omdisponeringer av personell på tvers av virksomheter, kommuner og fylkeskommuner. Helse- og omsorgsdepartementet kan også beordre andre enn de som er ansatt i helsetjenesten. Beordringen kan innebære et pålegg om å møte frem på nærmere angitt sted og å utføre nærmere tilvist arbeid innen virksomheter loven omfatter, jf. helseberedskapsloven § 4-1. Det omfatter også helsepersonell som beordres til å ta arbeid der det blir tilvist gjennom vedtak fra helsemyndighetene, jf. også Ot.prp.nr.89 (1998-199) s. 147. Beordringsadgangen omfatter også selve typen arbeid som skal utføres. Det følger nemlig av de nevnte forarbeidene at personell kan pålegges å «utføre nærmere tilvist arbeid innen virksomheter som loven omfatter». Begrensninger gjelder altså for arbeid i andre virksomheter enn de som er listet opp i § 1-3. Dette tilsier at helsepersonell for eksempel ikke kan beordres til å utføre arbeid i barneverntjenesten, brannvesenet eller i politiet etter denne bestemmelsen.

Beordringsadgangen for hvor arbeidet skal utføres og hva slags type arbeid som skal gjøres, tar sikte på å dekke behovet for omdisponeringer av personell på tvers av virksomheter, kommuner og fylkeskommuner, jf. Ot.prp. nr.89 (1998-1999) s. 147. Dette viser at helsepersonell kan beordres til å utføre arbeid utenfor deres bo- eller arbeidssted. En tilsvarende begrensning som i helsepersonelloven § 14 gjelder med andre ord ikke. Visse begrensninger fremgår likevel av de nevnte forarbeidene samme sted:

¹⁷² Dette følger av presumpsjonen om at spesielle rettsregler går foran generelle regler fordi man anser den spesielle regelen som et unntak fra den generelle.

Personell som beordres til arbeid på annet arbeidssted bør primært settes til samme type arbeid som de i henhold til sin arbeidskontrakt skal utføre. Tilvist arbeid må videre stå i forhold til vedkommende persons utdanning, eventuelt spesialisering og relevant erfaring.

Arbeidskontrakten setter ikke absolutte grenser for hva slags type arbeid helsepersonell kan settes til å utføre, jf. «bør». Helsepersonell kan imidlertid uansett ikke beordres til å utføre arbeid som ikke står i forhold til deres utdanning, spesialisering og relevant erfaring. ‘

En allmennlege kan med andre ord ikke beordres til å utføre kirurgi. Personell som beordres til arbeid på annet arbeidssted bør primært settes til samme type arbeid som de i henhold til sin arbeidskontrakt skal utføre. Som nevnt over ligger det en begrensning i utdanning og bakgrunn. Helsepersonell må på sin side overholde forsvarlighetskravet, innrette seg etter egen kompetanse, og ev. få nødvendig opplæring for å kunne overholde kravet, jf. helsepersonelloven § 4.

6.7.6 Virkninger av beordringsvedtak, og dekning av kostnader

Av ordlyden i helseberedskapsloven § 4-1 (2) og (6) fremgår det at den som kan beordre også har instruksjonsrett. Et pålegg som innebærer omdisponeringer eller arbeidstid skal ikke skal ha virkninger for andre sider av arbeidsforholdet, for eksempel gjelder arbeidsmiljøloven § 15-10 for fravær. Det innebærer at beordring er et tillegg i arbeidsoppgaver og at øvrig styringsrett er i behold, se utredningens kap. 6. I bestemmelsen er det ikke sagt noe om de begrensninger som kan utledes av andre plikter i arbeidsmiljøloven som for eksempel plikten til å ha et forsvarlig arbeidsmiljø og plikten til å beskytte helsepersonell. Det er heller ikke gitt veiledning om forholdet til plikter i helselovene, for eksempel helsepersonellens plikter til forsvarlighet i pasienttilbudet eller tilretteleggingsplikten. Disse pliktene i arbeidsmiljøloven og helselovene må likevel kunne utledes å være begrensninger.

Det fremgår av helseberedskapsloven § 4-1 (2) at beordringspålegg ikke skal ha andre virkninger i forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker skal med andre ord bestå selv om arbeidstakeren blir beordret til tjeneste utenfor arbeidsgiverens kontroll, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 147. Arbeidsgiver skal derfor fremdeles utbetale lønn og andre tillegg, og foreta trekk i lønn. Hensikten er å unngå at det blir avbrudd i arbeidsforholdet og å unngå rettighetstap som følge av dette, jf. de nevnte forarbeidene. Arbeidsgivers utgifter dekkes av staten etter § 6-1.

Når det beordres personer som ikke er ansatt i helsetjenesten eller i et annet arbeidsforhold, jf. helseberedskapsloven § 4-1, skal personenes arbeidsforhold og arbeidsbetingelser vurderes samtidig med departementets beslutning om at denne gruppen skal være omfattet av loven, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 107. Den som får pålegget skal dessuten ha oppsigelsesvern etter arbeidsmiljøloven § 15-10 ved fravær på grunn av beordringen. Dette innebærer at den som er beordret ikke kan sies opp som følge av fraværet.

Helseberedskapsloven regulerer ikke dette nærmere. Dette må forstås på bakgrunn av lovens formål og innretning – lovens fullmaktsregler kommer kun i kraft under ekstraordinære omstendigheter. I forarbeidene er det omtalt at utgifter som påløper når det gis pålegg om utvidet tjenesteplikt og beordring i utgangspunktet skal dekkes av staten. Når det gjelder finansieringen av kostnader forbundet med utvidet tjenesteplikt og beordring, henviste departementet til prosjektgruppens vurderinger, jf. Ot.prp.nr.89 (1998–1999) pkt. 10.3.3.3, der det slås fast at arbeidsgiver som hovedregel skal dekke disse kostnadene, bortsett fra «merkostnader ved utvidet tjenesteplikt og beordring som påløper ut over dette bør i utgangspunktet dekkes av staten». Dette begrunnes dels med at vedkommende må være sikret godtgjørelse og dekning av ev. merkostnader, dels at arbeidet er begrunnet i ekstraordinære forhold som vedkommende virksomhet vanskelig kan planlegge for, noe som vil være tilfelle der arbeidstakeren blir beordret til arbeid på annet arbeidssted.

Det er behov for å regulere nærmere hvordan slikt arbeid skal godtgjøres. I henhold til helseberedskapsloven 1955 var det en egen bestemmelse i § 12 nr. 4 om at beordret personell skulle få godtgjørelse. Denne bestemmelsen må trolig tolkes inn i dagens helseberedskapslov, jf. at den innebærer en videreføring av tidligere lov.

6.8. Påleggsmyndighet overfor helsevirksomheter

Helse- og omsorgsdepartementet kan i henhold til helseberedskapsloven § 5-1 pålegge virksomheter som er omfattet av loven å ta imot og å gi nødvendige helse- og omsorgstjenester eller sosiale tjenester til personer, uavhengig av hvor personene bor eller oppholder seg. Departementet kan også bestemme at en helsevirksomhet skal stilles sine ressurser til rådighet for en kommune, en fylkeskommune, et regionalt helseforetak eller staten. I henhold til helseberedskapsloven § 5-2 kan virksomheter som er omfattet av loven helt eller delvis pålegges å legge om driften, utvide driften eller flytte virksomheten. Vannverk, apotek, grossister og tilvirkere av legemidler kan

pålegges å iverksette omsetningsrestriksjoner og rasjonering, slik det blant annet ble gjort med legemidler under covid-19.¹⁷³

6.8.1 Registrering av beordringspliktige

Personell som er beordringspliktig etter § 1-4 plikter å la seg registrere, samt å stille seg til disposisjon for gjennomføring av tiltak etter loven, jf. helseberedskapsloven § 4-1.

Statens helsetilsyn har i henhold til lov om helsemessig beredskap § 10 etablert et sentralt Helsepersonellregister (HPR) for å kunne holde oversikt over alt offentlig godkjent helsepersonell i landet. Følgende helsepersonell er i dag registrert i HPR: leger, tannleger, jordmødre, sykepleiere, psykologer, fysioterapeuter, kiropraktorer, bioingeniører, radiografer, optikere, ergoterapeuter, hjelpepleiere, vernepleiere, ortopediingeniører, tannpleiere og fotterapeuter. Farmasøyter har ingen offentlig godkjenning/autorisasjon, kun ekspedisjonsrett. Farmasøyter er derfor ikke registrert i HPR. Ambulansepersonell er heller ikke registrert i HPR. Personal Administrativt Informasjonssystem (PAI) som administreres av Kommunenes Sentralforbund er et register over kommunalt - og fylkeskommunalt ansatte personell. Hver enkelt arbeidstaker i kommunene er registrert etter blant annet fødselsnummer, utdanning, tjenestested, stillingskategori, lønsplassering mv.

Helse- og omsorgsminister Bjarne Håkon Hanssen (Ap) sendte i 2009 ut en forskrift på høring som åpnet for at personell som tidligere har tjenestegjort i helsevesenet og særskilt kvalifisert personell skulle kunne beordres i en eventuell krisesituasjon, i forbindelse med svineinfluensaen. Det gjaldt personell som hadde gått over i annen virksomhet, ut av arbeidslivet eller studenter, elever og lærlinger. Denne ble ikke vedtatt.

Personell som er beordringspliktig plikter å medvirke til at nødvendige opplysninger for registrering og disponering kan skaffes til veie. Personell som ikke er styrkedisponert i Forsvaret, kan i fredstid pålegges å delta på kurs og øvelser av inntil 3 ukers varighet. Bestemmelsene i § 4-1 (2) annet og tredje punktum gjelder tilsvarende for deltakelse på kurs og øvelser etter denne paragraf. Det samme gjelder bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 12-12.

Dette er forberedende tiltak og plikter som gjelder før en krise eller katastrofe er inntrådt, og før Kongen har bestemt at fullmaktsbestemmelsene i loven skal gjelde.

¹⁷³ Det skulle vært en henvisning til helseberedskapsloven § 1-3 g og h (ikke e og f). Jf. Ot.prp. nr. 89 (1998-99) kapittel 13, merknader til § 6-2. 22 Forskrift 22. desember 2016 nr. 1868 om vannforsyning og drikkevann.

Formålet med bestemmelsene er at arbeidsgiver skal ha oversikt over aktuelt personell, for å raskt kunne gjennomføre et pålegg om utvidet tjenesteplikt og beordring, jf.

Ot.prp.nr. 89 (1998 – 1999) s. 148. Personellet må dessuten være mest mulig forberedt og ha den nødvendige kompetanse for oppgaven.

6.8.2 Påleggsmyndighet overfor eiere av helsetjenester

Helse- og omsorgsdepartementet kan etter smittevernloven § 7-11 bestemme at helseberedskapsloven skal gjelde på «tilsvarende måte når det er påkrevd av hensyn til smittevernet», blant annet for å kunne pålegge kommuner, fylkeskommuner, regionale helseforetak og helsepersonell nødvendig smittevernberedskap.

Helseberedskapslovens fullmaktsbestemmelser kan dermed anvendes til eksempelvis rekvisisjon av bygninger eller materiell for å opprette vaksinasjonsstasjoner, smitteisolat mv. For øvrig gir § 2-2 departementet hjemmel til å gi forskrifter om beredskapsforberedelser og arbeid. Dette kan omfatte pålegg om avtaler med organisasjoner for å sørge for tilstrekkelig kapasitet under en pandemi.

6.8.3 Forskrift som gjør unntak fra lov

Kongen kan etter helseberedskapsloven § 6-2 (2) gi forskrifter om «drift, organisering og ansvarsforhold» som «fraviker gjeldende helse- og sosiallovgivning». Bestemmelsen er laget etter mønster av beredskapsloven § 3, men med et mer begrenset anvendelsesområde. Bestemmelsen er også mer begrenset sammenlignet med forskriftshjemmelen i smittevernloven § 7-12.

Kongen har fullmakt til å gi bestemmelser av lovgivningsmessig innhold, og om nødvendig fravike gjeldende lovgivning, etter mønster av beredskapsloven § 3, jf. helseberedskapsloven § 1-5, jf. også prosessen med koronaloven som er omtalt i punkt 4.2.

6.9 Avtaler om beredskap og arbeid under krisen

6.9.1 Rammeavtaler i fastlegeordningen og for avtalespesialister

Rammeavtalene (KS og Oslo kommune) om fastlegeordningen inneholder ingen bestemmelser om beredskap og arbeid i kriser, ei heller i rammeavtalen for avtalespesialistene. Erfaringer fra denne pandemien tilsier at det bør være en bedre beredskap når det gjelder private avtaleparter med offentlig refusjon, blant annet fordi det kan oppstå ledig kapasitet, slik som med avtalespesialister. Det samme gjelder andre private avtaleparter som rehabiliteringsvirksomheter.

Det finnes noen avtaler, for eksempel i Hovedtariffavtalen i Oslo kommune (dok. 25) kap. 13 a, omtalt som *Krisesituasjoner i fredstid*: «Kommunen kan i krisesituasjoner og i

fredstid, som skyldes forhold kommunen ikke har herredømme over, beordre arbeidstakere i kommunen til annet arbeid eller arbeidssted i kommunens tjeneste. Før kommunen treffer slik bestemmelse skal arbeidstakerorganisasjonene om mulig underrettes. I den utstrekning beordringen fører til et mer krevende og kvalifisert arbeid enn det vedkommende ellers utfører, skal det gis kompensasjon for dette, eventuelt etter forhandlinger med arbeidstakerorganisasjonen». Denne bestemmelsen er angivelig ikke benyttet i noen særlig grad og det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i hovedtariffavtalen for KS-området.

6.9.2 Kort om avtaler som ble inngått og behovet for forutsigbarhet om kostnader

Som følge av den ekstraordinære situasjonen i forbindelse med koronautbruddet og behovet for stabil bemanning, oppfordret både regjering og Storting partene i arbeidslivet til å finne løsninger som gjorde det mulig å planlegge for en ekstraordinær situasjon. I forarbeidene til koronaloven har departementet forutsatt at partene i arbeidslivet finner avtaleløsninger ved behov for å gjøre avvik fra gjeldende arbeidstidsbestemmelser, jf. Prop. 56 L (2018-2019) s. 8:

Det er viktig at det organiserte arbeidslivet fyller sin sentrale funksjon og forhandler seg frem til løsninger der det er behov for å fravike gjeldende reguleringer for å håndtere konsekvenser av Covid-19-utbruddet (...). Dersom arbeidslivets organisasjoner sammen ikke finner løsninger, vil det kunne være aktuelt å forskriftsfeste unntak med hjemmel i lovforslaget her.

Det ble inngått avtaler med fagforeningene for de store helsepersonellgruppene om blant annet utvidede rammer for overtid og redusert varslingsfrist for arbeidsplaner.

I tidlig fase av pandemien ble det inngått flere avtaler mellom arbeidsgivere(arbeidsgiverorganisasjoner) og arbeidstakere (fagforeninger) med avvikende arbeidstidsordninger, for eksempel mellom Spekter på den ene siden og Legeforeningen, Sykepleierforbundet og Fagforbundet, på den andre siden.

Avtalene innebærer at arbeidsplaner kan endres med kortere varsel enn normalt og at rammen for overtidarbeid utvides ut over det normale. Sykepleierforbundet viser til at mangelfull kunnskap om lovgivningen skapte usikkerhet og at forbundet bidro, sammen med andre fagforeninger til økt personelltilgang gjennom avtaler om utvidet arbeidstid. Avtalene ble da inngått for en begrenset tidsperiode og med klare vilkår for bruk av avtalene. Sykepleierforbundet og Legeforeningen viser til at det ikke er behov for å endre lovverket for å sikre nok ressurser i og med at behovet kan dekkes gjennom avtaler som er mer målrettede tiltak enn det en lovregulering vil kunne dekke. Sykepleierforbundet viser til at avtalen bidro til å dekke behovet for mer arbeidskraft i

den enkelte virksomhet gjennom ekstraordinær innsats etter arbeidsmiljøloven § 10-12 (4). Slike avtaler er blant annet inngått på virksomhetsnivå i enkelte helseforetak der konkrete behov har oppstått.

Legeforeningen og Spekter/Virke inngikk avtaler om legers arbeidstid i koronasituasjoner (koronaavtalen), som innebar en rekke unntak fra tariffavtalene, og ga arbeidsgiver blant annet kortere varslingsfrist og økt fleksibilitet i planleggingen av legenes arbeidstid. Legegruppen har allerede vide rammer for arbeidstid og unntak fra hviletidsbestemmelser i sentral særavtale, og fikk ytterligere utvidet disse rammene gjennom unntak fra krav til dagtidsarbeid, og mulighet til å skyve på kompetanseutviklings-aktiviteter.

Avtalene utløp i september. Hovedelementene i avtalene var gjennomsnittsberegning av alminnelig arbeidstid, utvidede rammer for overtidsarbeid, kortere varslingsfrist for omlegging av arbeidsplan og kompensasjon for endringer av arbeidsplan. Avtalene ga mulighet for å etablere nye arbeidsplaner med tre dagers varsel, og innebar også mulighet for hyppigere helgearbeid enn det som er praksis i dag. I tillegg kunne vaktordningene inkludere 12,5 timers-vakter, hvilket er et viktig virkemiddel for å redusere smitterisiko, da dette medfører færre vaktskifter. Arbeidsplanene som ble etablert i tråd med de aktuelle avtalene krevde ikke godkjenning av de tillitsvalgte ved foretaket, men ble drøftet på vanlig måte.

Spekter har senhøsten 2020 vært i dialog med noen av arbeidstakerorganisasjonene om inngåelse av nye sentrale arbeidstidsavtaler for den fortsatte pandemisituasjon. Avtalene som ble inngått våren 2020 utløp som tidligere nevnt i september 2020.

Arbeidstakerorganisasjonene ga ifølge Spekter tydelige signaler om at det ikke var aktuelt å nye avtaler på samme vilkår som sist. Det ble inngått en avtale mellom Oslo Universitetssykehus og Sykepleierforbundet.

Mellom sentrale parter ble det inngått særavtaler både i Oslo kommune og KS med alle hovedsammenslutningene. Avtalene inneholdt blant annet utvidede grenser for overtid/arbeidstid og kortere varslingsfrister for endring av arbeidsplaner. Her fant partene en løsning som bidro til at kommunene kunne planlegge beredskap i en ekstraordinær situasjon.

Både Oslo kommune og KS anbefalte tidlig kommunene å forsøke å få stand i frivillige ordninger for deltagelse i smittevernarbeidet. Det ble også anbefalt at legene skulle kunne velge mellom et tilknytningsforhold i form av midlertidig ansettelse i kommunen eller næringsdrift (honorarmodell).

I kommuner hvor det i utgangspunktet har vært en god dialog mellom legene og kommunene, har det vært lettere å få på plass hensiktsmessige løsninger. I andre kommuner har det vært vanskelig å få på plass en tilstrekkelig økonomisk trygghet for legene. Flertallet av fastlegene er selvstendige næringsdrivende. Følgelig vil smittekarantene få stor økonomisk betydning for dem. I situasjoner hvor det hadde oppstått smitte, viste det seg vanskelig å påvise hvordan en lege hadde blitt smittet – om det har skjedd gjennom arbeid som lege eller utenfor tjeneste. I denne forbindelse har det vært avgjørende å unngå for strenge dokumentasjonskrav til hvor smitte har oppstått. Kommunene har et lovpålagt ansvar for helsetjenestene gjennom helse- og omsorgstjenesteloven og et særskilt ansvar for smittevernarbeidet gjennom smittevernloven.

KS og hovedsammenslutningene LO Kommune, Unio, YS Kommune og Akademikerne inngikk avtale om unntak fra arbeidsmiljøloven kapittel 10 i forbindelse med koronaepidemi. Avtalene ble inngått med hjemmel i unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 10- 12 (4), hvor fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven eller tjenestetvistloven kan inngå tariffavtale som fraviker bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 med noen unntak, se innspill fra KS og Sykepleierforbundet. KS uttaler i sitt bidrag 5. januar 2021 at inntrykket er at «mange kommuner ikke har hatt behov for flere unntak enn de normalt har, og at behovet for unntak først og fremst har dreid seg om kortere varslingsfrist enn det som følger av arbeidsmiljøloven § 10-3.» KS mener at kommunene i stor grad vært hjulpet ved omdisponeringer av personale internt i kommunen innenfor rammene av styringsretten, samt ved å kunne fravike arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 på de områder som er nevnt ovenfor i forbindelse med omtalen av den inngåtte tariffavtalen. Det er samtidig stor variasjon i hvordan kommunene har opptrådt når det gjelder frivillige løsninger og forpliktende avtaler for å overholde kravene som følger av lovgivningen og menneskerettighetene, blant annet på grunn av «manglende økonomisk dekning». Både KS og Spekter peker på hvordan økonomi fikk stor betydning for muligheter til å kunne inngå avtaler, se vedlegg.

Forutsigbarhet om avtaleinngåelser under en pandemi bygger på at det er en plan for å dekke kostnader til å ekstraarbeid og ulempe for helsepersonell og helsevirksomheten. Spekter erfarte at flere helseforetak viste til fagforeninger som krevde at det skulle gis forhøyet overtidsgodtgjørelse, også til arbeidstakere som ikke hadde fått sine arbeidsplaner omlagt på grunn av pandemien. Dette resulterte i at enkelte helseforetak

fant det utfordrende å anvende styringsretten, og opplevde press til å tilstå forhøyet godtgjørelse til flere arbeidstakere som ikke hadde fått omlagt turnusene sine.

6.9.3 Behovet for en nasjonal kriseavtale

Den nordiske modellen baseres på at arbeidslivets parter skal ta et betydelig ansvar for å utvikle «kjøreregler» i arbeidslivet innenfor rammen av lovgivning. Det bør foreligge nasjonale kriseavtaler som er en ramme for hvordan lokale kriseavtaler kan være under en pandemi. Det kan være tidkrevende og konfliktskapende om hele rammeverket skal etableres når krisen har brutt ut. Samtidig er det nødvendig med tilpasninger da behovene kan variere på landsbasis og etter hvordan krisen fortøner seg.

Sykepleierforbundet og Legeforeningen viser til at utfordringene med det ekstraordinære behovet for personell må løses med lokale avtaler for å oppnå nødvendige tilpasninger. Spekter, Sykepleierforbundet og KS viser til utfordringer med å forhandle under en pandemi. KS og Spekter viser til behovet for større fleksibilitet i arbeidsmiljøloven og utfordringer med å forhandle etter at en pandemi har brutt ut. Flere viser til at en pandemi kan påvirke partenes normale forhandlingsposisjoner. KS peker på at endringer av ordinære turnuser som benyttes i kommunal sektor krever avtale med de tillitsvalgte. Det innebærer at prosessen tar tid og at arbeidsgiver har liten mulighet til å områ seg raskt for å ivareta tjenesten på en best mulig måte, og å lage turnuser som reduserer risiko for smitte.

Behovet for en nasjonal kriseavtale må vurderes i lys av lovgivningen og de faktiske mulighetene til å omdisponere personellressurser under en pandemi. I Sverige ble det inngått en «Krislägesavtalet» i mars 2020 mellom Sveriges Kommuner och Landsting och Sobona - Kommunala företagens arbetsgivarorganisation på den ene siden. På den andre siden er Svenska Kommunalarbetsareföbundet, OFRs förbundsområde Allmän kommunal verksamhet jämte i förbundsområdet ingående organisationer, AkademikerAlliansen och till AkademikerAlliansen anslutna riksorganisationer samt Brandmännens Riksförbund, For det første kan nasjonale avtaler innebære felles ordninger for vilkår og honorar for arbeidstakere som arbeider under en krise.

Lokale avtaler er begrenset til det lokale arbeidsstedet og kan heller ikke inngås for å utvide arbeidstiden med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 10-12 (4). KS mener at det i slike situasjoner bør kunne trekkes et skille mellom styringsrett over det områder hvor loven ellers forutsetter lokal enighet, og de tilfeller hvor det gjennom § 10-12 (4) er forutsatt at partene på sentralt nivå inngår tariffavtale som fraviker lovens regler. KS hevder at det var formelle hindringer for at kommunene og kommunelegene kunne dele døgnet i to,

og ikke i tre som er normalen, selv om de var enige om dette, som følge av at vakter på 12,5 timer krever avtale etter arbeidsmiljøloven § 10-5 (2).

Det vises også til knapphet på tid som en utfordring. Omstendighetene rundt implementeringen av avtalene ble utfordrende og uforutsigbar for helseforetakene, da avtalene ikke løste alle typer utfordringer i den enkelte virksomhet. De sentrale avtalene traff helseforetakene forskjellig, både når det gjaldt smittesituasjonen i de ulike områdene og behovet for økt beredskap, uten at det var mulighet til å ta høyde for dette ved inngåelsen av avtalene.

Legeforeningen viser til at det i pandemisituasjonen i 2020, ble inngått avtaler om ordninger gjennom samarbeid og gjensidig forståelse, og at dette fungerte godt. Legeforeningen viser imidlertid til noen utfordringer med å komme i dialog med kommuner som avtalemotparter og utfordringer med å oppnå forståelse med KS. Legeforeningens erfaringer (se vedlegg) var at det var manglende vilje i kommunene til å lage tilpassede avtaler og til å dekke påløpte kostnader i denne forbindelsen, blant annet gjennom tilpasninger av takstsystemet og nye beredskapstakster, noe som kan skyldes manglende garantier for fullfinansiering fra staten.

Det er også eksempler på avtaleutviklingen, blant annet når det gjelder kommunale luftveisklinikker for å hindre smitte på legekontorer og legevakter, gjennom at pasienter med luftveissymptomer ble bedt om å kontakte disse klinikkene. Oslo kommune ble enige om en avtale med Legeforeningen. KS anbefalte at kommunene inngikk midlertidige arbeidsavtaler med legene knyttet til luftveisklinikkene. Dette ga legene rettigheter etter hovedtariffavtalen, herunder yrkesskadeforsikring, på lik linje med andre kommunal ansatte. Det kunne likevel være tilfeller hvor det ville være aktuelt å inngå avtaler med legene som selvstendig næringsdrivende. KS anbefalte kommunene å legge til grunn den lønn eller de honorarsatsene som Oslo kommune hadde framforhandlet med Legeforeningen og hadde inntrykk av at anbefalingene førte til at nødvendig bemanning kom på plass.

Oppsummert bør det foreligge planer og avtaler om hvordan personellsituasjonen kan håndteres under en pandemi før den bryter ut, blant annet for å unngå forsinkelser. Helseberedskapsloven legger opp til større omdisponeringer enn det som kan foretas av en enkelt arbeidsgiver, for eksempel omstilling av helsevirksomheten for å øke innsatsen enkelte steder og tilsvarende – trekke aktiviteten ned andre steder, eller ved pålegg om hjemmekontor.

En nasjonal kriseavtale gjør det mulig å vurdere flere helsevirksomheter under ett og kan innebære at partene på forhånd er enig om fremgangsmåte og hvordan slike omdisponeringer kan gjennomføres. Den kan i tillegg inneholde regler om lokale avtaler. Nasjonale krisebestemmelser i rammeavtalene kan kobles til avtaler om finansiering slik at det er forutsigbarhet for partene. På bakgrunn av innspill av partene er det klart at dialogen om slike avtaler – som også skal gjelde private parter – må være en sterk involvering fra statens side. Dette har betydning for å kunne diskutere sammenhenger mellom avtalereguleringer og lovgivning og finansiering. Finansiering har særlig betydning ved bruk av private avtaleparter som skal omstilles til nye oppgaver, for eksempel fastlegene. Det bør også være klart hvordan lokaliteter kan benyttes og ansvaret for opplæring.

6.9.4 Nasjonale kriseavtaler som suppleres lokalt

Det fantes ingen beredskapsavtaler før pandemien brøt ut. I løpet av våren 2020 kom det på plass flere avtaler, slik også departementet ba om. Denne prosessen med forhandlinger under en pandemi bør evalueres. Det kan være flere grunner til at slike avtaler bør foreligge før en pandemi bryter ut, blant annet fordi de krever at innholdet skal være gjennomtenkt og at vurderinger av i hvilken grad helsepersonell skal kompenseres særskilt, må foreligge.

Organisasjonene peker på flere utfordringer med å inngå avtaler under en pandemi. Det gjelder både å komme i forhandlingsposisjon og å oppnå balanserte avtaler. Både Sykepleierforbundet og Spekter viser til at forhandlingsprosessene var krevende og at det var ulike tolkninger av situasjonen. Dette kan begrunne at det bør etableres et rammeverk for slike avtaler utenom kriser og et eget tvisteløsningssystem, og at avtalene må vurderes på bakgrunn av helsetjenestens betydning som en samfunnskritisk virksomhet, der det er nødvendig å raskt kunne mobilisere arbeidskraft og skaffe tilgjengelig arbeidstid for å levere tjenester. Det må samtidig tydeliggjøres i helseberedskapsloven § 4-1 at kriseavtaler gjelder og at det skal inngås tariffavtaler med sikte på kriser.

Selv om styringsretten utvides under en krisesituasjon med krisens alvorlighet og omfang, kan en kriseavtale gi partene større forutsigbarhet. Hva som ligger i nødrettslige betraktninger kan være for uklart til at det gir tilstrekkelig veiledning under en krise, utover at arbeidsgiver får videre fullmakter til å håndtere nødsituasjonen. Både KS og Spekter peker på at behovet for å utarbeide beredskapsplaner for å sikre tilstrekkelig kapasitet og tilgang til personellressurser, er større enn det dagens arbeidsmiljølov og

tariffavtaler gir grunnlag for, og at det var knapphet på tid. Sykepleierforbundet viser til de utfordringene som oppsto da avtaler skulle forhandles.

Virksomhetene bør pålegges å utvikle avtaler mellom arbeidslivets parter om hvordan arbeidsplaner kan endres i en krise. Avtalene må inneholde bestemmelser om omdisponering av helsepersonell utover de grenser som ligger i dagens lovgivning og av arbeidstid. Den svenske ordningen være en modell. Dette er en forberedelsesfase for omstilling til krisen. Det har for eksempel så langt ikke vært nødvendig å benytte beordringsadgangen selv om den er aktivert. Helseberedskapslovens adgang til beordring skal være sekundær slik det fremgår av forarbeidene og av uttalelser fra departementet. Det er samtidig nødvendig å etablere en beredskap som innebærer omstilling. I kategori 2 gjennomføres en del endringer for å kunne avhjelpe situasjonen. I den øverste kategori 3 er det aktuelt å benytte adgangen til beordring og til at kriseavtaler og et særskilt tvisteløsningssystem kommer til anvendelse.

6.10 Legaldefinisjon av begrepet «krise» som grunnlag for avtaler og beordring

6.10.1 Begrunnelsen for å legaldefinere «kriser»

Unighet om lovforståelsen uten klargjøring av den faktiske situasjonen er et argument for flere legaldefinisjoner som forutsetter faktiske vurderinger av krisen og dermed bedre begrunnelser for inngrep. Samtidig vil det ikke være mulig med en uttømmende oppregning da krisene kan ha stor variasjon i intensitet og varighet.

Legaldefinisjoner kan likevel fremtvinge og skape klarhet om vurderinger av den faktiske situasjonen og kan benyttes til ytterligere kategoriseringer situasjonen og dermed lovligheten av tiltak. Erfaringer fra diskusjoner mellom jurister og i særlig grad utspill fra academia, kan begrunne behovet for større klarhet for å unngå å skape tvil i en kritisk situasjon.

Når det gjelder smittesituasjonen finnes det allerede legaldefinisjoner. Covid-19 ble i januar 2020 kategorisert som en «allmennfarlig smittsom sykdom», og tatt inn i oppregningen av slike sykdommer i forskrift av 1. januar 1995 nr. 100, jf. smittevernloven § 1-4. Spredningen av viruset ble kategorisert som en pandemi av WHO den 11. mars 2020, og dermed som et «alvorlig utbrudd» av en allmennfarlig smittsom sykdom, jf. smittevernloven § 1-3. Sykdommen er kategorisert på samme måte i andre land, for eksempel har covid-19 blitt føyd til oppregningen over «allmänfarliga sjukdomar respektive samhällsfarliga sjukdomar» i den svenske smittskyddslagen (SFS 2020:430).

Helseberedskapsloven inneholder ikke på samme måte som smittevernloven, legaldefinisjoner utover å vise til krig og kriser. Under en krise er det av stor betydning at tiltak har legitimitet og at det er en fellesforståelse.

6.10.2 Hvordan «krise» kan defineres og knyttes til beordring og Kriseavtaler

Adgangen til beordring og anvendelsen av nasjonale kriseavtaler bør knyttes til en legaldefinisjon av krise, det vil si til fullmakter til å foreta inngrep. Selv om det foreligger en krise eller katastrofe som nevnt i § 1-5 nr. 2, må Kongen (i statsråd) treffe beslutning om at fullmaktsbestemmelsen i § 4-1 kommer til anvendelse. Dersom det er «nødvendig for å sikre liv og helse» kan likevel departementet treffe en foreløpig beslutning om anvendelse.

Begrepet «krise» kan tolkes ved hjelp av lovens ordlyd og forarbeider. Ordlyden «kriser eller katastrofer i fredstid» er antatt å dekke tilfeller der en allmennfarlig smittsom sykdom truer befolkningens helse, jf. smittevernloven §§ 1-3 og 1-4. forutsatt at sykdommen fører til en krise eller katastrofe som nevnt i § 1-5. Dersom departementet skal ha myndighet til å treffe en foreløpig beslutning om at fullmaktsbestemmelsene kommer til anvendelse må og liv og helse være avhengig av at en slik beslutning treffes raskt, jf. Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 142. En slik foreløpig beslutning må bekreftes av Kongen (i statsråd) så snart som mulig. I forarbeider er kriser nærmere omtalt, se Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 142:

En krise eller katastrofe er en situasjon av ekstraordinær karakter der det akutte hjelpebehov ikke kan dekkes av tilgjengelige ressurser, og ordinære ansvarsforhold og kommandoforhold ikke strekker til, og omlegging eller ekstra tilførsel av ressurser er nødvendig.

I oppregningen av eksempler nevnes dessuten «store epidemier og masseforgiftningssituasjoner». Ettersom epidemier også omfatter allmennfarlige smittsomme sykdommer, men er mer begrenset i geografisk omfang eller antall personer som sattes enn en pandemi, må det være klart at loven er anvendelig også ved pandemier, slik som covid-19.

Det er situasjonen, hendelsens omfang og konsekvenser for liv, helse og velferd som er avgjørende for krisebegrepet og belastningen på helsetjenesten som er utgangspunktet for beordring. Da er det tydelig når denne delen av loven kommer til anvendelse. En legaldefinisjon må henge sammen med smittevernlovens legaldefinisjoner når det gjelder smittespredning, og med helseberedskapslovens formål. Det er samtidig behov

for å tydeliggjøre denne sammenhengen da smitteverntiltak kan begrense behovet for å benytte beordring og dermed en situasjon med personellmangel.

I den svenske avtalen er «krisläge» definert i § 4 som et hendelseforløp som avviker från det normala, som innebär allvarliga samhällsstörningar, kräver omedelbara insatser av en kommun, ett landsting/region, kommunalförbund eller kommunalt företag eller flera i samverkan, och som medför omfattande eller avgörande påverkan på personalförsörjningen i den kommunala verksamheten.” Samtlige vilkår må være oppfylt. Det innebærer at krisen har fått stor betydning for personellsituasjonen i helsetjenesten. For at avtalen skal komme til anvendelse må det foretas en vurdering av om det foreligger et «krisläge» av kommunen eller av regionen etter nærmere angitte regler.

6.10.3 Inndelingen av «krise» i flere faser

Erfaringer med pandemien og bruken av helseberedskapsloven viser at det er behov for å dele inn krisen i flere faser eller kategorier.

Krisen kan være nær, synlig og absolutt innenfor et område, eller den kan ha lengre varighet. Koronapandemien kjennetegnes av at den har lengre varighet enn kortvarige kriser, og at den kan gi alvorlige virkninger uten tiltak, for eksempel gjennom alvorlig sykdom og langtidssykdom, og at helsetjenesten kan rammes. Det påpekes videre i Ot.prp. nr. 89 (1998 – 1999) s. 142 at helseberedskapsloven skal være et «praktisk verktøy» og må kunne brukes ved behov. For å kunne bli et praktisk verktøy må den være mer enn en sekundær ordning.

Begrepet «krise» bør defineres i samsvar med forklaringen i forarbeidene og deles inn i tre kategorier. Loven skal kunne komme til anvendelse før krisen eller katastrofen har inntrådt. I kategori 1 er det stor sannsynlighet for at en ekstraordinær krise eller katastrofesituasjon *vil oppstå i nærmeste fremtid*, og at konsekvensene for befolkningens liv og helse kan være meget alvorlige om situasjonen oppstår.

Kategori 1: Loven kommer til anvendelse fordi det har oppstått en krise uten at den har ført til omfattende belastning på helsetjenesten. I kategori 1 må det legges konkrete planer for å håndtere kategori 2 og 3.

Kategori 2: Under krisen kategori 2 kommer de nasjonale kriseavtalene til anvendelse, slik avtaler har vært benyttet under pandemien så langt og som har vekslet mellom kategori 1 og 2.

Kategori 3: Når krisen er i kategori 3 benytter departementet muligheten for funksjonsfordeling og omfordeling av personell. Arbeidsgivere kan på samme måte kan pålegge arbeid utover det vanlige. De nasjonale kriseavtaler skal gjelde ved kriser i kategori 2 og 3, samt lokale beredskapslover med muligheter for tilpasning.

Kap. 7. Plikter til å beskytte helsepersonell og reservasjonsadgang

7.1 Smitte blant helsepersonell og tap av personellressurser

7.1.1 Ethiske og rettslig perspektiver, og tap av personell

Smitte blant helsepersonell innebærer at de ikke kan arbeide i en periode med karantene og at noen blir alvorlig syke. Ved påvist smitte må flere helsepersonell i karantene. Dette fører til mangel på helsepersonell og til forhøyet risiko for pasientene. Ved mutasjoner som gjør viruset mer smittomt øker risikoen for personellmangel på grunn av smitte. Beskyttelsen av helsepersonell har også en etisk og rettslig side. Flere ansatte har uttalt at de føler seg utrygge i arbeid. Adgangen til å beordre helsepersonell – og til å pålegge plikt til å arbeide – har nær sammenheng med beskyttelsen av helsepersonell. Koronastudien viste den 29. desember 2020, det vi allerede har dokumentasjon på, at helsepersonell har større risiko for å bli smittet enn gjennomsnittsbefolkningen. Når de i tillegg står i en situasjon med økt risiko, oppstår det spørsmål om beskyttelsesplikter for å hindre at helsepersonell blir smittet, og som omtales i neste punkt.

Det er imidlertid registrert at flere er smittet i arbeid og et stort antall varsler om at beskyttelsesutstyret ikke er tilstrekkelig. Den 9. januar 2021 ble det meldt om et større utbrudd blant helsepersonell i sykehuset i Drammen. Tidligere har det vært utbrudd ved OUS, sykehuset i Hammerfest og flere sykehjem, blant annet Vallerhjemmet i Bærum kommune. Det at vi er avhengig av helsepersonell (og beskyttelsesutstyr) fra andre land, skaper en ekstra sårbarhet under en pandemi.

Fra flere land er det meldt om at helsepersonell er mer utsatt enn andre for å bli smittet. I Malmø ble 7 av 10 helsepersonell på intensivklinikken smittet til tross for bruk av beskyttelsesutstyr.¹⁷⁴ Fra andre land er det rapport om et stort antall helsepersonell som er smittet og som har mistet livet på grunn av slik smitte. Den danske sunnhetsstyrelsen dokumenterer at helsepersonell er overrepresentert i smittestatistikken.¹⁷⁵

Helsepersonell har blitt smittet i arbeid selv om det har benyttet beskyttelsesutstyr.¹⁷⁶

Dersom det ikke iverksettes nødvendige smitteverntiltak eller de ikke respekteres i

174 <https://www.dn.se/sverige/7-av-10-i-personalen-pa-infektionskliniken-smittad-av-corona/>

175 <https://www.dr.dk/nyheder/indland/dennis-doede-efter-coronasmitte-smitten-stiger-voldsomt-blandt-hospitalsansatte>

176 <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/5689VW/den-tolvte-dagen>

befolkningen, er det stor risiko for at helsetjenesten belastes over tid, omfattende smitte blant helsepersonell og at personellressurser går tapt.

Ifølge den svenske Folkhälsomyndigheten ble det registrert over 10.000 smittetilfeller i landets hovedstad første uken av desember og at 99 prosent av intensivkapasiteten i hovedstaden er fylt opp.¹⁷⁷ Kapasiteten på intensivavdelingene er sprengt, andelen positive tester er høy og mer enn 7500 mennesker er døde. På landsbasis har mer enn 3400 personer vært innlagt ved svenske intensivavdelinger i løpet av pandemien.

I Sverige valgte man tidlig å gi sykepleiere ekstra honorar for innsatsen og å lære opp andre i å kunne gjøre en innsats under pandemien. Det var en kombinasjon av digital opplæring og intensiv opplæring i ulike tiltak.

Til tross for disse tiltakene fører varigheten av presset på helsetjenesten til at det er en markant økning i antallet oppsigelser per desember 2020. På infeksjonsavdelingen på Danderyd-sykehuset i Stockholm har 34 av 50 sykepleiere sluttet siden januar 2020.¹⁷⁸ Svenske og norske medier har skrevet om antallet helsepersonell som slutter i helsetjenesten under en pandemi, se blant annet Aftenposten 13. desember 2020.¹⁷⁹ Begrunnelsen som oppgis er sykdom, symptomer på utmattelse og slitasje, flere har blitt smittet. Slitasje omfatter frykt for å gjøre feil i en situasjon med høyt arbeidspress, feil som kan føre til at pasienter smittes og dør. En undersøkelse fra svensk TV 4 viser at flere helsearbeidere enn før slutter i jobben, og at det i 13 av Sveriges 21 regioner har antall oppsigelser blant helsepersonell gått opp det siste året. I enkelte områder slutter så mange som 500 i måneden. I Stockholm har 3600 helsepersonell sagt opp siden mars, det vil si 900 flere enn samme periode året før.¹⁸⁰ Enkelte har tatt til orde at den økte slitasje og risiko bør føre til større økonomiske kompensasjoner. I det anerkjente tidsskriftet Lancet 28. november 2020, takkes helsepersonell som har mistet livet i arbeidet med å redde andres liv.

Den økte risikoen ved et mutert og mer smittomt virus begrunner at helsepersonell må prioriteres høyt for å motvirke personellmangel og at vaksinen bør benyttes strategisk.

177 <https://www.folkhalsomyndigheten.se/globalassets/statistik-uppfoljning/smittsammasjukdomar/veckorapporter-covid-19/2020/veckorapport-covid-19-v49final.pdf>

178 <https://www.aftenbladet.se/nyheter/a/3Jgxj9/senaste-nytt-om-coronaviruset>

179 <https://www.aftenposten.no/verden/i/0KvOJ6/sykdom-utmattelse-og-smitterisiko-naa-slutter-flere-svenske-helsearbe>

180 <https://www.svt.se/nyheter/inrikes/har-har-34-av-50-skoterskor-sagt-upp-sig>

7.1.2 Avvik ved beskyttelsesutstyret

Per november 2020 var det registrert at 1300 helsepersonell var smittet av covid-19 av totalt 1449 avvik i sykehus.¹⁸¹ Flere av avvikene gjaldt bruk av utenlandsk arbeidskraft uten pålegg om karantene, altså unntak fra karantenepåbudet ved innreise til landet. Store deler av helsetjenesten baseres på innleid helsepersonell fra andre steder i landet og andre land. Under pandemien ble det gjort unntak fra karantenerogler for denne gruppen, noe som førte til flere tilfeller med helsepersonell som var smittet og skapte smitterisiko for kollegaer og pasienter, og flere kollegaer måtte gå i karantene.

En av ti avvik dreier seg om svikt når det gjelder kvaliteten på munnbind, smittefrakker, briller og hansker, og 22 ansatte har meldt fra om at de har blitt smittet i arbeid, blant annet ved Universitetssykehuset i Oslo som følge av svikt ved utstyret. Ved Stavanger universitetssykehus, Sørlandet sykehus, Helse Bergen, sykehuset i Østfold, St. Olav og sykehus i Nord Norge, meldes det om vesentlige mangler i smittevernutstyr. Det at helsepersonell hadde for små smittefrakker er anført som begrunnelse for at et helsepersonell ble smittet i Stavanger og ved Akershus universitetssykehus. I Bergen meldes det om at det i forbindelse med behandling av en alvorlig syk pasient ikke var mulig å dekke seg helt til og at det kom slim på tøyfrakken fordi beskyttelsesfrakken var for kort. Et gjennomgangstema er at smittefrakkene er for korte og at munnbindene sitter for løst, slik at helsepersonell eksponeres for smitte. Videre er det meldt om smittevernutstyr som gir plager for helsepersonell i form av utslett. Det kan antas at mange avvik ikke meldes, blant annet er det få fra de største sykehusene. Det er også meldt om smitte fra kollegaer i forbindelse med opplæring i beskyttelse mot smitte.

I kommunehelsetjenesten er det kjent at det var store utfordringer med å få nødvendig beskyttelsesutstyr. I spesialisthelsetjenesten gjelder mange av varslene svikt på beskyttelsesutstyret. Det regionale helseforetaket, Helse Sør-Øst, fikk ansvaret for å skaffe smittevernutstyr til norske sykehus og kommuner. Avvikene som meldes er identiske og verneombudet ved Akershus universitetssykehus (Grønlie) legger frem en liste over beskyttelsesutstyr som ikke fungerer overfor Helse Sør-Øst, og skriver: «Det kan medføre fare for liv og helse for ansatte som arbeider med pasienter med potensiell smitte». Utstyrsmangelen var internasjonal og det var ikke tilstrekkelige reservelagre. Overfor VG viser Cathrine Lofthus til at det var «kollaps i det internasjonale markedet og etterspørselen var langt over det som var tilgjengelig i markedet».¹⁸² Det var store

181 <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/563K86/over-1300-ansatte-ved-norske-sykehus-coronasmittet-i-2020>. <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/yRzgAR/corona-avvikene>

182 <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/563K86/over-1300-ansatte-ved-norske-sykehus-coronasmittet-i-2020>

utfordringer med å skaffe utstyr når pandemien hadde brutt ut. Hun viser også til mengden smittevernutstyr som kreves og at det i den nasjonale ordningen ble kjøpt inn over 450 millioner smittevernartikler, det vil si 750 semitrailere med smittevernutstyr som blant annet ville dekket 175 års normalforbruk med øyebeskyttelse. På grunn av at helsetjenesten manglet beskyttelsesutstyr og at det var utfordringer med å få bestilt slikt utstyr under pandemien, ble det bestilt fra nye leverandører. Det samme gjaldt medisinsk utstyr som respiratorer.

7.2 Reservasjonsplikt og reservasjonsrett mot instruksjoner

7.2.1 Reservasjon mot uforsvarlige instruksjoner

Det kan tenkes to ulike typesituasjoner, at helsepersonell reserverer seg mot å gi pasientbehandling som følge av høy risiko for egen helse eller at det er i strid med egne samvittighetsgrunner, eller at helsepersonell reserverer seg mot instruksjoner som kan føre til uforsvarlig helsehjelp. I sistnevnte situasjon kan helsepersonell ha en reservasjonsplikt, jf. helsepersonelloven § 4. Styringsretten og arbeidsgivers myndighet til å instruere arbeidstakere kan kollidere med helsepersonellens faglige vurderinger, sikkerhet for pasienter og for seg selv. Utgangspunktet er at personen med den «beste kompetansen» skal treffe beslutninger for å kunne gi forsvarlig helsehjelp slik dette kommer til uttrykk i helsepersonelloven § 4 (3). I dette leddet er det en plikt til å treffe beslutninger for legen og tannlegen i henholdsvis «medisinske og odontologiske spørsmål som gjelder undersøkelse og behandling av den enkelte pasient», ved samarbeid med annet helsepersonell. Denne bestemmelsen er knyttet til to grupper med autorisasjon uten nærmere nyanseringer etter kompetanse som vil variere innad i gruppene, og den kan kollidere med § 4 (1) i situasjoner hvor andre har den beste kompetansen. Det innebærer at den må tolkes i lys av det alminnelige forsvarlighetskravet og som en begrensning i arbeidsgivers adgang til å gi instruksjoner, jf. helsepersonelloven § 16. Plikten til å reservere seg mot handlinger som kan påføre andre skader ble lagt til grunn i Nürnbergdommene, Nürnbergkodeksen etter 2. verdenskrig og i helserettens ansvarslære.¹⁸³ I et rundskriv fra departementet er begrensningen av instruksjonsretten omtalt:

Helsepersonell kan ikke instrueres av arbeidsgiver eller andre til å utføre handlinger som de anser for å være i strid med kravet til forsvarlighet eller med andre lovbestemte plikter.¹⁸⁴

183 Befring (2019) kap. 4 og 8.

184 Helse- og omsorgsdepartementet. Rundskriv I-20/2001, datert 18. april 2001.

Helsepersonells selvstendige ansvar og plikt til å utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og ansvarsfull hjelp som kan forventes ut fra kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig, jf. hpl. § 4, innebærer i noen situasjoner at instruksjoner ikke skal følges, for eksempel dersom en lege gir instruksjon om at en sykepleier skal gi en overdose med morfin. På samme måte kan instruksjoner fra arbeidsgiver om å behandle pasienten på en bestemt måte avskjæres dersom den innebærer uforsvarlighet.

Denne reservasjonsplikten må baseres på faglige vurderinger og er ikke absolutt. Ved overordnede spørsmål om pasienttilbudet er arbeidsgivers instruksjonsrett større, se blant annet en dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2011-41034, der sykehusets oppsigelse av en overlege ble vurdert som saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold da han ikke innrettet seg etter ledelsens instruksjoner mv.

7.2.2 Reservasjonsrett som følge av egen sikkerhet

Hovedregelen er at en arbeidstaker, med henvisning til arbeidsmiljølovens bestemmelser, ikke kan nekte å utføre arbeid som pålegges av en overordnet. Det er kun når en arbeidsgiver setter den enkelte ansatte i en uakseptabel fare at vedkommende kan nekte. Hvilken risiko helsepersonell kan instrueres til å tåle følger både av arbeidsavtalen og av lovgivningen. Helsepersonell har en adgang til å nekte å utsette seg for høy risiko i arbeidet, og de skal nekte å utsette pasienter for slik risiko. Dersom arbeidsgiver ikke oppfyller sitt tilretteleggingsansvar kan det føre til en reservasjonsadgang.

Ved en pandemi kan det oppstå slik fare, og det må vurderes om og når den enkelte kan reservere seg. Det som skiller pandemisituasjonen fra en enkeltstående innsatsaksjon, er at det er tale om en vedvarende faresituasjon med stort press på arbeidstakere over tid.

Den enkeltes arbeidsavtale og lovpålagte plikter har betydning for reservasjonsadgangen, samt arbeidsgivers tilretteleggingsplikter.

I henhold til helselovene skal helsepersonell nekte å utføre instruksjoner som innebærer uforsvarlig pasientbehandling. Dersom en nektelse medfører økt fare for andre impliserte, eller en vesentlig ulempe for innsatsaksjonen, snevres handlingsrommet for lovlig nekt vesentlig inn.

Tilretteleggingsplikten omfatter at arbeidsgiver må redusere den risikoen som oppstår i forbindelse med covid-19 for å kunne tilby et forsvarlig arbeidsmiljø i henhold til arbeidsmiljøloven § 4-1 og forsvarlig pasientbehandling slik helselovene krever, se kap.

7. Denne plikten innebærer også at risikogrupper blant de ansatte skal beskyttes særskilt.

Plikten og retten til å styre kan innebære at det må gjøres endringer i organisasjonsstrukturen. Slike endringer kan ha ulike formål, for eksempel sammenslåing av sykehus, avdelinger og enheter. Selv om slike endringer i utgangspunktet ligger innenfor styringsretten, må arbeidsgiver, i forbindelse med slike omstillinger, sørge for at pliktene i arbeidsmiljøloven, hovedavtaler, arbeidsavtaler og helselovgivningen overholdes. Arbeidstakere og verneombud har både en rett og en plikt til å stanse arbeidet dersom dette medfører fare for liv og helse i henhold til arbeidsmiljøloven § 2–3 (2) c og arbeidsmiljøloven § 6–3. Arbeidstaker har en medvirkningsplikt etter arbeidsmiljøloven § 2-3 (1) og (2). Arbeidsmiljøloven § 2-3 (2) bokstav c pålegger arbeidstakeren å avbryte arbeid som arbeidstaker mener kan medføre fare for liv eller helse. Formålet med arbeidsmiljøloven § 2-3 (2) bokstav c er at arbeidsgiver skal få beskjed og vurdere om arbeidet kan fortsette. Lovbestemmelsen om retten til å nekte å utføre arbeid som kan medføre helsefare, er basert på tidligere rettspraksis, blant annet av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1989 s. 329, på s. 335.¹⁸⁵ Dommen omhandlet en polititjenestemann som nektet å adlyde ordre. Høyesterett kom til at det «etter en objektiv vurdering må foreligge en fare som ut fra arbeidsforholdet og omstendighetene for øvrig overskrider det arbeidstakeren må finne seg i». Høyesterett uttaler seg videre om hvor stor fare arbeidstakeren må tåle:

[Det]vil måtte bero på en konkret vurdering der det blant annet må tas hensyn til hvilke interesser som skal ivaretas ved arbeidstakerens innsats, og hva som kan gjøres for å minske risikoen ut fra de tilgjengelige ressurser. Dette vil ofte måtte bero på en meget vanskelig vurdering, som det i utgangspunktet må tilligge den overordnede å foreta. Dette gjelder ikke minst i en etat som politiet, hvor lydighetsplikten er viktig. Arbeidstakeren må imidlertid kunne nekte å etterkomme selv en uttrykkelig ordre hvis den utsetter ham for en fare som ikke under noen omstendighet er akseptabel, eller hvis den må anses klart uforsvarlig ut fra en bedømmelse av den konkrete situasjon.

Høyesterett konkluderte også med at det må foreligge en «umiddelbar fare» for at nektingsretten skal slå inn. Høyesterett uttaler videre følgende på side 336:

Tross lovens ordlyd og uttrykksmåten i lovens forarbeider når det gjelder den ulovfestede nektelsesrett, kan ikke enhver helsefare gi grunnlag for å nekte å utføre arbeidet. Det er på det rene at det i en rekke yrker kreves at arbeidstakeren i enkelte situasjoner må

¹⁸⁵ Myhrer, Tor-Geir, "Handleplikten ved farlige politioperasjoner" <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/22-juli/handleplikten-ved-farlige-politioperasjoner.pdf>

utsette seg for en ikke ubetydelig fare. I den offentlige sektor kan ved siden av politiet nevnes brannvesen, fengselsvesen og psykiatrisk sykepleie. En risiko som ligger innenfor det som følger av ansettelsen, gir ikke arbeidstakeren rett til å nekte å utføre arbeidet.

Etter arbeidsmiljøloven § 6-3 har verneombudet også en rett til å stanse farlig arbeid. Det må imidlertid foreligge umiddelbar fare for arbeidstakernes liv eller helse, og faren kan ikke straks avverges på annen måte. Arbeidet må bare stanses i det omfang verneombudet anser det nødvendig for å avverge fare.

Enkelte yrker innebærer at arbeidstakeren utsetter seg for fare. For disse vil graden av akseptabel risiko variere med hvilke interesser som skal ivaretas ved arbeidstakerens innsats. Dette beror på en konkret tolkning av ansettelsesforholdet og lovfestede plikter som gjelder for den aktuelle profesjonen. Verneombudet og den enkelte arbeidstaker i kraft av lojalitetsplikten i et arbeidsforhold, har en plikt til å melde fra til arbeidsgiver om virkninger av den belastning enkeltindivider utsettes for. Graden av risiko må dessuten ses i sammenheng med hvilke muligheter det er for å redusere risiko. Under en pandemi kan det føre til fare for livet til alvorlig syke pasienter og som har behov for øyeblikkelig hjelp, jf. helsepersonelloven § 7. Det er dermed to regelsett som kan kollidere.

Det oppstår spørsmål om instruksrett/plikt versus aktivitetsplikt/reservasjonsrett, med utgangspunkt i den situasjonen som har oppstått og hva som kan forventes av akseptabel risiko for helsepersonell i arbeidsforholdet. Det enkelte helsepersonell har som arbeidstaker forutsetninger for å kunne forutberegne akseptabel fare i arbeidsforholdet. Utbrudd av en pandemi er en ekstraordinær situasjon kan oppstå, i likhet med terrorangrep og lignende. Et utgangspunkt er at virksomhetsledelsens fullmakter styrkes under en krise og at verneombudets rett til å stanse arbeidet i denne forbindelse ikke kan trumfe virksomhetsledelsen. I dette ligger at reservasjonsadgangen for den enkelte ansatte også vil være mer begrenset i ekstraordinære situasjoner. Det må likevel skilles mellom situasjoner som innebærer ekstraordinær arbeidsinnsats og ekstraordinær fare for helsepersonellet. I dette ligger at selv om helsepersonell er bevisst den plikt som påhviler helsetjenesten i kriser, kan det ikke forventes at de skal utsette seg selv for ekstraordinær fare, for eksempel fordi arbeidsgiver ikke har sørget for nødvendig beskyttelsesutstyr. Dette er en viktig forskjell fra arbeidssituasjonen i forbindelse med tragedien «22. juli».

Verken plikten til øyeblikkelig hjelp eller andre hjelpeplikter utelukker at helsepersonell kan reservere seg ot oppgaver dersom de innebærer en høyere risiko enn det som kan forventes med utgangspunkt i arbeidsavtalen og arbeidsforholdet. Tilretteleggingsplikt

vil omfatte sikkerheten i helsetjenesten slik at helsepersonell ikke skal utsette seg for unødvendig fare. Hjelpeplikten kan neppe benyttes til å utlede en handlingsplikt for helsepersonell ved fare, for eksempel slik at det er akseptabelt å vente på politi før ambulanspersonellet går inn i en truende situasjon. I dette ligger en analogi av det som lå i straffeloven av 1902 § 387 nr. 1 om at hjelpeplikten gjelder så lenge hjelpen kan gis «uden særlig Fare» for vedkommende selv. Hva som er akseptabel fare må vurderes på bakgrunn av stillingens karakter og helsepersonellens kompetanse.

Helsevirksomhetens ledelse har ansvaret for å organisere helsehjelpen, også den akutte, slik at den individuelle plikten har liten betydning i den enkeltes arbeidsforhold. Ved større ulykker skal for eksempel en skadeleder sikre området og en innsatsleder for helse må foreta prioriteringer (triage) mellom pasienter.

Tilretteleggingsplikten til helsevirksomhetens ledelse – og til å redusere risiko gjennom nødvendig beskyttelsesutstyr – ligger til grunn for at helsepersonellet skal kunne pålegges en handleplikt. Dette er også tatt opp i et brev fra Helsedirektoratet der det vises til at hensynet til å hindre spredning av allmennfarlig smittsom sykdom er relevant, og at hjelpeplikten begrenses hvis helsepersonell utsetter seg selv for fare.¹⁸⁶

Helsepersonellens plikter kan ikke tolkes slik at det foreligger en plikt til å sette sitt eget liv og helse i fare. Det innebærer ikke at helsepersonell i roller som ambulansarbeider, og som behandler, ikke kan forvente at yrkesutøvelsen er helt fri for risiko, men at det som i enhver risikovirksomhet må foretas risikovurderinger og iverksettes tiltak.

186 Brev fra Helsedirektoratet til Legeforeningen av 8. desember 2020. Ref.: 20/16390-6

7.3 Beskyttelsesplikter som gjelder helsepersonell

7.3.1 Plikter til å beskytte helsepersonell

Statens plikter til å beskytte befolkningen og pliktene til å beskytte helsepersonell må ses i sammenheng under en pandemi, jf. ØSK art. 12 og helseberedskapsloven. Som et utgangspunkt må mulighetene for å pålegge helsepersonell ekstraordinært arbeid under en pandemi ses i sammenheng med hvordan personell er beskyttet og innsatsen for å skaffe tilstrekkelig personell. Arbeidsplikten og reservasjonsadgangen, har sammenheng med om eier og arbeidsgiver har innrettet seg slik at risikoen for personell (og personellmangel) reduseres gjennom tilgjengelige og kjente metoder.

Plikten til å se disse sammenhengene og å beskytte helsetjenesten påhviler staten, eier og arbeidsgiver. *Standarden* på hvilke tiltak arbeidsgiver skal iverksette må ses i sammenheng med utviklingen i samfunnet, at det skal planlegges for å kunne oppfylle plikten, og for å forebygge sykdommer, og for å ha nødvendig sikkerhet. Beskyttelsen av helsepersonell må ses i sammenheng med hva som er realistisk, jf. Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 26. Samtidig kan manglende beskyttelse føre til at helsepersonell blir syke, sprer smitte til kollegaer og pasienter, eller avslutter arbeidsforholdet.

Helseberedskapslovens krav må ses i sammenheng med arbeidsmiljølovens plikter, se neste punkt. Begge lovene må vurderes i sammenheng med de overordnede rettighetene i ILO-konvensjoner.

Under en pandemi vil beskyttelsen av personell innebære tilbud om beskyttelsesutstyr og andre tilgjengelige metoder. Arbeidsgivere skal sørge for nødvendig opplæring av personellet som benyttes i forbindelse med pandemien, både ufaglærte og faglærte, etter behov. Dette bør fremgå av beredskapsplaner og ev. utvikles som digitale kurs.

Dersom staten ikke tar i bruk sine virkemidler, for eksempel innkjøp og lagring av beskyttelsesutstyr og vaksiner, for å beskytte helsetjenesten og helsepersonell, vil dette begrense arbeidsgivers (og eiers) handlingsrom, samt helsetjenestens kapasitet.

Under pandemien har de fleste land prioritert helsepersonell høyt når det gjelder vaksiner. Det er ikke foretatt slike vurderinger som grunnlag for den strategien Folkehelseinstituttet (FHI) har lagt vedrørende vaksineringslogistikk.

Erfaringene fra pandemien så langt viser at den personellmessige beredskapen var svak, samt beredskapen som omfatter beskyttelsesutstyr. Dette bør være et grunnlag for tydeliggjøring av hva dette ansvaret innebærer i helseberedskapsloven og i en forskrift

med hjemmel i denne loven, se kap. 2. I tillegg bør helseberedskapsloven stille krav om at det inngås nasjonale og lokale kriseavtaler med organisasjonene på arbeidstakersiden, ev. etter mønster fra Sverige og på bakgrunn av evalueringer av disse avtalene. Kriseavtalen bør bygge på en legaldefinisjon av krise som omfatter helsetjenesten og skal ikke kunne benyttes utenom disse situasjonene. Helseberedskapsloven bør tilrettelegge for at tvister om forståelsen av avtalene kan behandles i et eget tvisteløsningsorgan.

7.3.2 Særlig om biologiske helsefarer

Arbeidsmiljøloven § 4-5 regulerer biologiske helsefarer. Det følger av bestemmelsen at virksomheten skal ha rutiner og utstyr for å motvirke helseskader. Forskrift om utførelse av arbeid har som formål å sikre at utførelse av arbeid og bruk av arbeidsutstyr blir gjennomført på en forsvarlig måte, slik at arbeidstakerne er vernet mot skader på liv eller helse. Koronavirus (SARS-CoV-2) er klassifisert i smitterisikogruppe 3, som innebærer at det er en biologisk faktor som kan forårsake alvorlig infeksjonssykdom hos mennesker og utgjøre en alvorlig fare for arbeidstakerne – det kan være risiko for spredning til samfunnet, men vanligvis finnes effektive forebyggende tiltak eller behandling.

Forskrift om utførelse av arbeid kapittel 6 regulerer arbeid i omgivelser som kan medføre eksponering for biologiske faktorer. Det følger av forskrift om utførelse av arbeid § 6-1 at arbeidsgiver har en plikt til å vurdere om det kan være fare for at arbeidstaker utsettes for biologiske faktorer. Forskrift om utførelse av arbeid § 6-2 oppstiller nærmere krav til vurderingene av biologiske faktorer. Forskrift om tiltaks- og grenseverdier § 6-2 slår fast at arbeidsgivere skal anvende listen i forskriftens vedlegg 2 ved vurderingen av den risiko som biologiske faktorer utgjør. Etter vedlegg 2 klassifiseres svevende biologiske faktorer i fire smitterisikogrupper, ut fra den infeksjonsfare de representerer. Forskrift om utførelse av arbeid § 6-4 gir krav om opplæring i arbeid der arbeidstaker kan utsettes for biologiske faktorer. Forskrift om utførelse av arbeid § 6-5 regulerer vernetiltak mot biologiske faktorerers smitterisiko. Dersom de helsefarlige biologiske faktorene ikke kan fjernes eller unngås, skal arbeidsgiver sørge for at arbeidstakerne får utlevert og blir pålagt å bruke hensiktsmessig arbeidstøy og personlig verneutstyr, jf. § 6-7. Dersom risikovurderingen viser at arbeidstaker kan bli eksponert for helsefarlige biologiske faktorer på en slik måte at det er nødvendig med mer enn vanlige hygieniske vernetiltak, skal arbeidstaker ha egnet helseundersøkelse, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 6-11.

Når en arbeidstaker er gravid, plikter arbeidsgiver å sørge for at arbeidstakeren ikke blir utsatt for skadelig påvirkning som kan gi risiko for forplantningsskader.

Arbeidsgiver skal sørge for at det blir vurdert om påvirkninger i arbeidsmiljøet kan gi risiko for forplantningsskader hos arbeidstakerne. Dersom slik risiko er til stede, skal arbeidsgiver sørge for at de forplantningsskadelige påvirkninger identifiseres.

Arbeidsgiver skal vurdere den samlede risiko for forplantningsskader, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 7-1. Biologiske forhold i arbeidsmiljøet omfattes av de ytre forholdene som kan gi, eller bidra til, forplantningsskader, jf. Arbeidstilsynets kommentar til bestemmelsen.

På bakgrunn av risikovurderingen skal arbeidsgiver fastslå hvilke verne- og sikkerhetstiltak som skal iverksettes. Arbeidsgiver skal, dersom aktiviteten tillater det, primært sørge for å unngå at arbeidstakerne utsettes for forplantningsskadelige påvirkninger i arbeidsmiljøet. Gravide og ammende arbeidstakere må under ingen omstendighet settes til arbeid når risikovurderingen viser at arbeidet kan medføre risiko for forplantningsskade, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 7-3.

Arbeidsgiver skal sørge for at gravide og ammende arbeidstakere omplasseres til annet arbeid dersom påvirkninger i arbeidsmiljøet kan gi risiko for forplantningsskade på barnet, jf. forskrift om utførelse av arbeid § 7-4. Myndighetene har lagt til grunn at det foreløpig er lite som tyder på at gravide er særlig utsatt for alvorlig koronavirussykdom, men man har operert med et føre-var-prinsipp.

Det vises til veiledningen fra Helsedirektoratet om at arbeidstakere i risikogruppene og gravide skal beskyttes så langt som mulig.¹⁸⁷ Det samme gjelder gravide.

Arbeidsgiver skal gjennomføre en risikovurdering og på bakgrunn av denne iverksette nødvendige vernetiltak. Dersom arbeidsgiver, på bakgrunn at en slik risikovurdering, finner at risikoen er høy, men at arbeidet likevel må utføres, stilles det desto høyere krav til verneutstyr, sikkerhetstiltak og helseundersøkelser.

7.3.3 ILO-konvensjoner

Arbeidsgivere har en generell plikt til å ivareta helse- miljø og sikkerhet etter ILO-konvensjon nr. 155 art. 16. Etter denne bestemmelsen er arbeidsgivere forpliktet til å sørge for at «so far as is reasonably practicable, the workplaces [...] under their control are safe and without risk to health.» Ordlyden gir anvisning på at forpliktelsen må ses i sammenheng med hva som er praktisk gjennomførbart og hvilke muligheter

¹⁸⁷ Arbeidsgivere bør skjerme ansatte i helse- og omsorgstjenesten som er gravide eller i risikogrupper - Helsedirektoratet.

arbeidsgiver har for å kontrollere risikomomentene, jf. «so far as is reasonably practicable» og «under their control».

Etter art. 16 nr. 3 er arbeidsgivere spesielt forpliktet til å sørge for «adequate protective clothing» and «protective equipment» for å forhindre «risk of accidents» eller «adverse effects on health» når det er nødvendig. Denne plikten gjelder også «so far as is reasonably practicable.» Sett i sammenheng innebærer disse bestemmelsene at helsepersonells arbeidsgivere er forpliktet til å sørge for at arbeidsforholdene så langt som mulig minimerer risiko for smitte.

Med biologiske farer forstås vanligvis organismer eller organiske produkter som kan skade liv og helse. Dette inkluderer bakterier og virus, slik som koronaviruset. Ifølge ILOs oversikt er plikten til å beskytte arbeidere mot biologiske farer ikke spesifikt regulert i ILO-konvensjoner eller anbefalinger.¹⁸⁸ Biologiske farer vil imidlertid være omfattet av den generelle plikten til å beskytte arbeidstakeres helse og sikkerhet etter art. 16 i ILO-konvensjon nr. 155, som referert ovenfor.

Arbeidsgivere er omhandlet mer indirekte i disse bestemmelsene. Etter ILO-konvensjon nr. 155 art. 11 (f) skal vedkommende myndigheter sørge for «the introduction or extension of systems, taking into account national conditions and possibilities, to examine chemical, physical and biological agents in respect of the risk to the health of workers.» Etter art. 5 skal også bl.a. «biological substances» tas i betraktning når retningslinjer for de fysiske sidene ved arbeidet utformes etter konvensjonens art. 4. Myndighetene plikter også å stille til rådighet informasjon og veiledning hvordan kjente farer fra bl.a. biologiske midler skal unngås etter art. 12 (b).

ILO-konvensjon nr. 149 av 1977 gjelder sysselsettings-, arbeids- og levevilkår for sykepleiepersonell.¹⁸⁹ Traktaten ble ratifisert av Norge i 1989. Termen «nursing personnel» inkluderer etter art. 1 nr. 1 og 2 alle personer som utfører «nursing care and nursing services», uavhengig av hvor de arbeider. Etter konvensjonens art. 7 skal partene «if necessary, endeavor to improve existing laws and regulations on occupational health and safety by adapting them to the special nature of nursing work and of the environment in which it is carried out.» Bestemmelsen forplikter altså partene til å utarbeide lover og retningslinjer som sørger for helse, miljø og sikkerhet som hensyntar de spesielle utfordringene sykepleieryrket medfører.

¹⁸⁸ Ibid, s. 18.

¹⁸⁹ C149 – Nursing Personnel Convention, 1977 (No. 149).

I den grad koronapandemien aktualiserer nye behov for å sørge for sykepleieres helse-, miljø- og sikkerhet – som ikke i tilstrekkelig grad ivaretas i dagens situasjon – kan det argumenteres for at partene plikter å utarbeide nye retningslinjer og reguleringer.

Denne konvensjonen er ledsaget av en anbefaling (No. 157) som fastsetter visse minstestandarder for sykepleieres arbeidsforhold.¹⁹⁰ Art. 49, som ifølge ILO er direkte anvendelig i den nåværende pandemisituasjonen, sier følgende:¹⁹¹

(1) All possible steps should be taken to ensure that nursing personnel are not exposed to special risks. Where exposure to special risks is unavoidable, measures should be taken to minimise it.

(2) Measures such as the provision and use of protective clothing, immunisation, shorter hours, more frequent rest breaks, temporary removal from the risk or longer annual holidays should be provided for in respect to nursing personnel regularly assigned to duties involving special risks so as to reduce their exposure to these risks.

(3) In addition, nursing personnel who are exposed to special risks should receive financial compensation.

Av interesse er også art. 19(2) i anbefalingens vedlegg, hvor det framgår at overtid bare bør utføres på frivillig basis, med mindre det er «essential for patient care and sufficient volunteers are not available.» Anbefalingen gir uttrykk for at overtid som hovedregel bør baseres på frivillighet, men at det vil være adgang til å pålegge overtid når hensynet til pasientene krever det og situasjonen for øvrig gjør det nødvendig.

7.4 Vaksineringslogistikk, flere land

7.4.1 Vaksineringslogistikk har stor betydning for beredskapen

De fleste andre land, har fra starten av valgt å prioritere helsepersonell høyt og sammen med sårbare grupper, blant annet for å begrense risikoen for tap av personell som ledd i beredskapen. Vaksineringslogistikk har betydning for å opprettholde helsetilbudet gjennom færre karantener og mindre sykdom, samt død, blant helsepersonell. Dersom disse vaksinene har samme effekt som andre vaksiner, vil den også kunne redusere risikoen for smittespredning til pasienter, annet helsepersonell og andre, selv om det tar tid å opparbeide dokumentasjon når det gjelder disse egenskapene. Under en pandemi bør dette hensynet likevel med som ledd i beredskapen da det vil innebære at flere enn den som mottar vaksinen beskyttes.

190 R157 – Nursing Personnel Recommendation, 1977 (No. 157).

191 ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) FAQ, s. 31.

Høyere smittsomhet og større utfordringer med å begrense smitte vil være et argument for å prioritere sentrale strøk.

Prioritering av helsepersonell kan øke effektiviteten i vaksineringslogistikken, for eksempel dersom de vaksineres sammen med pasienter. Vaksineringslogistikken i sentrale strøk der smittespredningen kan gjøre størst skade kan også være effektivt og begrunnet denne strategien i Danmark. Det å ha en gjennomtenkt plan i god tid før vaksinen kommer til landet og som siden kan være dynamisk, kan ha stor betydning for beredskapen. Det som er forutsigbart med RNA-viruset er at det vil være i endring og at vaksineringsbehovet likeså. I den første strategien FHI la for hvordan vaksinasjonsrekkefølgen var helsepersonell ble plassert svært langt ned på prioriteringslisten og det ble lagt opp til at kommunene i hele landet skulle varsles fem dager før vaksinen ble kjørt ut.

Likhetsprinsippet ble tolket slik at det skulle ligge til grunn for likhet på landsbasis. Det førte blant annet til at eldre i kommuner uten smitte fikk vaksinasjon før eldre i kommuner med mye smitte, og at helsepersonell uten pasientkontakt i kommuner uten smitte fikk vaksiner før helsepersonell som behandler covid-19 syke. Et eksempel: En psykolog i en kommune i nord fikk for eksempel vaksine før intensivsykepleiere som behandler covid-19 syke ved OUS.

En riktig anvendelse av likhetsprinsippet er at det tas hensyn til ulikheter som forsterkes ved fordeling av vaksinen. Lik fordeling på grupper geografisk vil forsterke ulikheter fordi faren for smitte og død vil være langt høyere der mennesker lever tett sammen eller der det er registrert smitte. En lik fordeling på landsbasis har også betydning for effektivitet. Alle kommunene skulle få et varsel på fem dager. Dette er blant annet begrunnelsen for den danske strategien om å starte med byene. WHO har gitt anbefalinger om å prioritere helsepersonell høyt, en anbefaling som bør følges.

Helseberedskapsloven, arbeidsmiljøloven og ILO-konvensjoner, gir samlet sett et tydelig bilde av at helsepersonell må prioriteres høyt når de er utsatt for smitte.

Det er klart at nedprioriteringen av helsepersonell fra starten av og «lik» fordeling på landsbasis, hadde betydning for mulighetene for en effektiv og strategisk vaksinasjonslogistikk. I evalueringen av hvordan vi håndterte pandemien bør vaksinelogistikken vurderes nærmere i lys av beredskap for fremtidige pandemier. Det dreier seg både om hvordan vi var forberedt før vaksinen kom, de prioriteringene som ble valgt, og effektiviteten i vaksineringslogistikken.

7.4.2 Vaksineringslogistikk i andre land

Island har i forskrift nr. 1198 av 27 november 2020 om endring av forskrift nr. 221/2001 om vaksinasjoner på Island besluttet å prioritere helsepersonell som arbeider i akuttmottak og med koronapasienter på henholdsvis første og andre plass. På tredje plass i prioritetsrekkefølgen kommer enkeltpersoner som bor på syke- og gamlehjem. Øvrig helsepersonell som jobber med pasienter direkte og ansatte i nødetatene prioriteres foran enkeltpersoner over 60 år.¹⁹²

I Sverige er det vedtatt en egen forskrift om beskyttelse av helsepersonell og vaksinerings inndelt i faser.¹⁹³ Den svenske Socialstyrelsens forskrifter om «basal hygien i vård och omsorg» har betydning for hvordan helsepersonell skal beskyttes, se § 10, hvor det heter at arbeidsgiveren skal tilby vaksinasjon ved behov for arbeidstakere som risikerer å bli smittet i arbeidet. Forskriften inneholder også bestemmelser om opplæring av arbeidstakere som kan risikere å komme i kontakt med kroppsvæsker. Etter § 13 skal arbeidsgiveren se til at arbeidstakere med denne risikoen får særskilt opplæring om de risikoene som kan forekomme i virksomheten. Forskriften § 16 gir arbeidsgiver ansvar for å håndtere arbeidsklær, for de arbeidsgivere som omfattes av den. Etter § 17 setter forskriften en rekke tekniske krav til forebygging av smitte ved behandling av pasienter som er smittet av et virus i klasse 3 eller 4. Disse gjelder altså ved behandling av koronapasienter. Det er et absolutt krav i forskriften om at «andingssskydd ska användas vid arbetsmoment som innebär risk för allvarlig luftburen smitte».¹⁹⁴ Generelle plikter om systematisk arbeidsmiljøarbeid følger av Arbetsmiljöverkets forskrifter «om systematisk arbetsmiljöarbete och allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna».¹⁹⁵ Etter § 8 har arbeidsgivere en plikt til å undersøke arbeidsforholdene og bedømme risikoene for at noen kan bli skadet på arbeidet, f.eks. smittet. Etter § 10 skal arbeidsgiveren også foreta de tiltak som er nødvendige for å forebygge helserisiko og ulykker i arbeidet.

192 <https://www.stjornarradid.is/efst-a-baugi/frettir/stok-frett/2020/11/27/COVID-19-Forgangrodun-vegna-bolusetningar/>.

193 Smittrisker (AFS 2018:4), föreskrifter <<https://www.av.se/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/publikationer/foreskrifter/smittrisker-afs-20184/>> » av en teknisk karakter. Denne forskriften ble oppdatert 6 april 2020, hvor covid-19 ble innlemmet i forskriftens vedlegg som en smitterisiko i risikoklasse 3.

194 <https://www.av.se/halsa-och-sakerhet/sjukdomar-smitta-och-mikrobiologiska-risker/smittrisker-i-arbetsmiljon/coronaviruset/personlig-skyddsutrustning-som-skydd-mot-covid-19/>> .

195 <https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/systematiskt-arbetsmiljoarbete-foreskrifter-afs2001-1.pdf> > .

I Danmark er det lagt vekt på å vaksinere i byene og helsepersonell, og på å beskytte helsepersonell mot smitte gjennom et krav om beskyttelsesutstyr.¹⁹⁶ Sundhedsstyrelsen som pålegger arbeidsgivere å sikre at nødvendig verneutstyr er tilgjengelig og at arbeidstakerne er instruert i bruken av disse.¹⁹⁷

I Tyskland opereres det med et enkelt system med prioritetsgrupper for hvem som skal få vaksinen først. De som har høyest prioritet er personer over 80. Deretter prioriteres helsepersonell som jobber i sykehjem, hjemmetjeneste og lignende. I den tredje gruppen er helsepersonell som har høy risiko for å bli smittet av korona, for eksempel de som jobber på intensivmottak og i nødtjenestene. Helsepersonell som behandler andre pasienter med høyere risiko for å dø av korona på grunn av underliggende sykdommer, skal deretter vaksineres. Andre helsearbeidere som har en høyere risiko for å bli smittet og personer som jobber i støttestillinger på sykehus er prioritert på henholdsvis fjerde og femte plass i gruppe 2.¹⁹⁸

Frankrike opererer med vaksine i fem faser og alt helsepersonell er prioritert i gruppe tre. Personer som bor på sykehjem er prioritert øverst sammen med personer i den høyeste risikograppa på den neste plassen, uten at disse er angitt.¹⁹⁹

Spania har delt befolkningen inn i 15 grupper som vil få vaksinen til ulik tid. Helsepersonell er inkludert i den gruppen som vil få vaksinen først.²⁰⁰

196 Sundhedsstyrelsen <<https://www.sst.dk/-/media/Udgivelser/2020/Corona/Vaccination/Retningslinjer-for-haandtering-af-vaccination-mod-COVID19.ashx?la=da&hash=ACB3F95B798683329EFEC5595527553B8822AFC1>> har utarbeidet retningslinjer for prioriteringen av målgrupper for vaksinen.

197 Sundhedsstyrelsen har nylig publisert «generelle retningslinjer for planlægning af aktivitet og forebyggelse af smittespredning i sundhedsvæsenet». Retningslinjene viser bl.a. til at det i medhold av «bekendtgørelse nr. 1533 af 28. oktober 2020» er fastsatt krav om bruk av ansiktsvernemidler i «sundheds- og ældesektoren, samt på visse deler af socialområdet». Ved behandling av koronapasienter vises det til «Nationale Infektionshygiejniske retningslinjer <<https://hygiejne.ssi.dk/-/media/arkiv/subsites/infektionshygiejne/retningslinjer/nir/nir-generelle.pdf?la=da>> ». Se også <https://www.sst.dk/-/media/Udgivelser/2020/Corona/Personale-og-arbejdsgivers-ansvar/Personale-og-arbejdsgivers-ansvar-for-at-hindre-smittespredning.ashx?la=da&hash=CCB8875571F8C91BDF29AF1EA8E5FB6CCBB68EF5>> fra

198 <https://www.dw.com/en/covid-german-regulations-on-who-gets-vaccine-first/a-55987647>.

199 <https://www.thelocal.fr/20201130/france-prepares-5-stage-plan-for-covid-19-vaccination-campaign>. https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-11/strategie_de_vaccination_contre_le_sars-cov-2_2020-11-30_10-40-59_242.pdf

200 <https://english.elpais.com/society/2020-11-27/spains-coronavirus-vaccination-drive-these-are-the-15-priority-groups.html>.

7.5 Sammenhenger mellom arbeidsplikt, beordring og beskyttelse

WHO rettet oppmerksomheten mot helsepersonells helse og sikkerhet under Verdens pasientsikkerhetsdag 17 september 2020.²⁰¹ WHO trakk fram flere områder som statene burde fokusere på for å bedre helsepersonells helsesituasjon og sikkerhet på jobb og har siden vist til at helsepersonell må prioriteres høyt i forbindelse med vaksinasjon. Dette gjaldt blant annet å “[r]eview and upgrade, where necessary, national regulations and laws for occupational health and safety to ensure that all health workers have regulatory protection of their health and safety at work.” Generalsekretæren i WHO, Tedros Ghebreyesus, oppfordret i en pressekonferanse 7 desember 2020 stater til å prioritere vaksiner av helsepersonell i risikogruppen.²⁰²

Helsemyndighetene, og arbeidsgivere, skal benytte tilgjengelig kunnskap og metoder for å beskytte befolkningen og helsepersonell mot smitten. Helsepersonell skal gis høy prioritet da denne beskyttelsen både ivaretar beskyttelse av personene og av helsetjenesten, noe som er avgjørende for å beskytte befolkningen. Beskyttelse av helsepersonell med vaksinasjon som en ny metode må vurderes som ledd i vaksinasjonslogistikken. Vaksinasjonslogistikk kan innebære strategier for å beskytte flere enn den enkelte som mottar vaksinen, blant annet gjennom at kapasiteten i helsetjenesten ikke reduseres. Det foreligger ikke dokumentasjon på at denne vaksinen i likhet med det vi vet om andre vaksiner, beskytter mot smittespredning. Selv om det ikke foreligger slik dokumentasjon kan det være grunnlag for å benytte vaksinen på denne måten når det oppstår høy risiko for spredning. Beskyttelse av helsepersonell kan dermed både innebære en beskyttelse av helsetjenestens personellsituasjon og av pasienter dersom vaksinen hindrer smitte. Det har også en moralsk og etisk side og beskytte helsepersonell som utsettes for særlig stor risiko i arbeidet under en pandemi, selv om også andre grupper bør beskyttes.²⁰³

Adgangen til beordring og muligheter for å beskytte helsepersonell med beskyttelsesutstyr og vaksinasjon må dermed ses i sammenheng. Formålet med helseberedskapsloven er nettopp å beskytte befolkningen gjennom å ivareta kapasiteten i helsetjenesten, jf. helseberedskapsloven § 1. Prioriteringer av hvem som skal

201 <https://www.who.int/news/item/17-09-2020-keep-health-workers-safe-to-keep-patients-safe-who>.

202 <https://news.un.org/en/story/2020/12/1079452>.

203 Ulf Karlsson, Carl-Johan Fraenke. Covid-19: risks to healthcare workers and their families. Mistakes made in the first wave must not be repeated in the second.

doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m3944> BMJ 2020;371:m3944.

<https://www.bmj.com/content/371/bmj.m3944>

vaksineres har betydning i denne sammenhengen da det har betydning for personellsituasjonen i helsetjenesten og smitterisiko i helsevirksomhetene. Den 29. desember publiserte Koronastudien at helsepersonell er mer utsatt for smitte enn andre. Dette er ikke hensyntatt i den strategien FHI har anbefalt, selv om helsepersonell da utsetter mange sårbare grupper for smitte. Det kan dessuten reises spørsmål om denne gruppen ut fra sine oppgaver har krav på denne beskyttelse.

Helseberedskapslovens krisebestemmelse i helseberedskapsloven § 1-5, og adgangen til beordring i helseberedskapsloven § 4-1, og pliktene for arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven, samt ILO-forpliktelser, gir en plikt for både departementet, eier og arbeidsgiver å benytte *tilgjengelig kunnskap og tilgjengelige metoder* for å begrense risikoen for at helsepersonell blir smittet av Covid-19. *Vaksineringslogistikken* kan ha avgjørende betydning for hvordan personellsituasjonen benyttes – altså hvor raskt vaksineringen gjennomføres, hvordan vaksineringsgjennomføres og hvem som vaksineres. Dette er særlig sentralt dersom vaksinen kan begrense smittespredning vil dette være et argument for at innsatsen må være størst der spredningen skjer raskest, for eksempel i tettbebyggede strøk og byer, ev. også i helseinstitusjoner.

For å unngå reduksjon av personellressurser på grunn av smitte, sykdom, eller oppsigelser, bør det sørges for tilstrekkelig beskyttelsesutstyr. Helsepersonellets særskilte situasjon i behandling av Covid-19 pasienter, og pliktene til å beskytte helsetjenesten og helsepersonell, begrunner at helsepersonell som behandler smittede må beskyttes slik det er mulig, herunder gjennom å bli prioritert først når det gjelder vaksinasjon. Dette begrunnes både i den kontinuerlige risiko dette personellet utsettes for, behovet for trygghet, og at det får store ringvirkninger om helsepersonell smittes.

Uten tilstrekkelig beskyttelse reduseres tilgangen på personell av flere grunner, blant annet gjennom oppsigelser slik vi har sett i Sverige. Det oppstår samtidig spørsmål om beordringsadgangen kan benyttes dersom helsepersonell skal utsette seg for langt høyere risiko enn det som ligger i arbeidsavtalen.

Kap. 8: Vurderinger og konklusjoner

I kapittel 2 er det formulert forslag til lovendringer. I dette kapittelet oppsummeres noen vurderinger og konklusjoner.

Oppsummerende vurderinger

Helsepersonellressurser har stor betydning under en pandemi som fører til mange sykehusinnleggelse, behov for å beskytte inneliggende pasienter, undersøkelser for smitte, og arbeid med smittesporing. Ansvarssystemene for personellsituasjonen ligger på flere nivåer: Staten skal være forberedt på en pandemi og ha lovgivning som tilrettelegger for god utnyttelse av personellressurser. Eier av helse- og omsorgstjenesten skal sørge for nødvendig kapasitet og kompetanse i helsetjenesten, det vil si de regionale helseforetakene, kommunene, fylkeskommune (tannhelse). Handlingsalternativer til en sykehus- eller sykehjemsleder, må ses i sammenheng med smitteverntiltak generelt og beslutninger på nivåer over helsetjenesten.

Eier kan for eksempel treffe beslutninger om fordeling av ressurser, funksjoner, beskyttelsesutstyr, respiratorer og annet, og som har stor betydning under en krise. Helsevirksomhetens ledelse har ansvaret for driften i virksomheten og personalsituasjonen, og en utvidet styringsrett under en pandemi. Mulighetene for å øke personellressurser har sammenheng med kapasiteten i en normalsituasjon og ev. sårbarhet gjennom bruk av personell fra andre land og vikarordninger. I utgangspunktet er det allerede et betydelig arbeidspress i helsetjenesten slik at omdisponering av helsepersonell kan innebære nedprioritering av andre oppgaver og pasientgrupper. Dette kan ikke gjøres uten konkrete konsekvensvurderinger av hvilke virkninger det får for disse pasientgruppene.

Faktiske konsekvenser av smitten har betydning for sykefravær, karantene pålegg og rekrutteringsmuligheter. Den faktiske kapasiteten i en normalsituasjon kan gi utfordringer når det oppstår en unntakssituasjon, for eksempel dersom det er stor grad av avhengighet til av «import» av helsepersonell og grensene er stengt, og dersom det er liten grad av restkapasitet.

Hvilke handlingsalternativer som finnes for arbeidsgivere og helsemyndighetene, har sammenheng med hvor raskt hjelpebehovet øker, varigheten av den ekstraordinære situasjonen, sårbarhet i personellsituasjonen utenom krisen og med hvordan helsepersonellet kan beskyttes.

Koronapandemien har lengre varighet enn en midlertidig krise, noe som kan gi større risiko for økt personellmangel under krisen, dels fordi andre oppgaver ikke kan vente, og fordi behovene i forbindelse med pandemien for personell er vedvarende. Dette innebærer at det under pandemien vil være nødvendig å øke kapasiteten gjennom å benytte personell som ikke i utgangspunktet er ansatt i helsetjenesten, personell som har sluttet eller arbeidsledige som gis nødvendig opplæring. Det oppstår særlige utfordringer når det gjelder intensivkapasiteten og behovet for faglært personell som følge av at helsetjenesten baseres på personell fra andre land.

Situasjonen i helsetjenesten kan føre til økt bruk av smitteverntiltak for å unngå sammenbrudd, slik det er mange eksempler på fra andre land. Sammenhengen mellom smittevernloven og helseberedskapsloven, og dermed mellom smitteverntiltak og beskyttelse av helsetjenesten (og helsepersonell) som del av beskyttelsen av befolkning, burde være klarere. For eksempel er både hytteforbudet og reiseforbudet for helsepersonell tiltak for å demme opp om kapasitetssvikt i helsetjenesten, uten at slike smitteverntiltak fremgår klart av smittevernloven. Det vil samtidig være nødvendig å prioritere lemping av smitteverntiltak, for eksempel av hensyn til helsetjenesten, barn og unge og næringslivet. Dette innebærer komplekse forholdsmessighetsvurderinger som bør fremgå klart av loven.

Helsemyndighetene, kommunene og de regionale helseforetakene skal ha oversikt over situasjonen for å kunne gi Stortinget og befolkningen nødvendig informasjon, blant annet for å kunne vurdere smitteverntiltak for å beskytte personellsituasjonen i helsetjenesten. Sammenhenger mellom helseberedskapsloven og smittevernloven bør tydeliggjøres.

Ved utbrudd av en pandemi må det vurderes hvordan kapasiteten i helsetjenesten skal opprettholdes og utvides gjennom smitteverntiltak og tiltak i helsetjenesten. For å beskytte befolkningen – og helsetjenesten – er det nødvendig at:

- Det iverksettes smitteverntiltak for å unngå kapasitetssvikt i helsetjenesten
- Kapasiteten i helsetjenesten tilpasses og økes for å kunne gi nødvendige helsetjenester. Dette omfatter både helsetjenester til de som er syke som følge av pandemien og for andre sykdommer.
- Det menneskerettslige vernet av helsepersonell som ansatte, mulighetene for å omdisponere helsepersonell, utvide arbeidstiden og å pålegge helsepersonell som innebærer økt risiko, samt ivaretagelse av helsepersonell.

Lovgivningen må være i samsvar med Grunnlovens krav og forskrifter. Styringsretten og reguleringer av beordring må være i samsvar med lovgivningen med mindre det er

inngått avtaler. Kravene til klarhet må ses i lys av at det dreier seg om en alvorlig krise. I tillegg er det relevant å vurdere om tiltakene er tilstrekkelig målrettede om de går lenger enn det som er nødvendig, og om kravene til prosess og forankring overholdes.

En pandemi forutsetter både lovgivningen (helseberedskapsloven, smittevernloven, andre helselover og arbeidsmiljøloven) og de ulike typer av menneskerettigheter i Grunnloven og internasjonale konvensjoner, vurderes i sammenheng og at det foretas avveininger. Beordring er en unntakstilstand og skal først benyttes når det er avgjørende for å beskytte befolkningen gjennom å tilpasse kapasiteten i helsetjenesten.

Smitteverntiltak kan være avgjørende for å oppnå det samme formålet, for å begrense smittespredningen.

En legaldefinisjon av krise må dekke at krisen både kan være nær og synlig for enhver, eller unnsynlig for mange. Et skadelig virus vil være usynlig før det fører til sykdom, slik at tiltak kan oppfattes som uforståelige. Koronapandemien kjennetegnes av at den har lengre varighet enn kortvarige kriser, og at den kan gi alvorlige virkninger uten tiltak, for eksempel gjennom alvorlig sykdom og langtidssykdom, og at helsetjenesten kan rammes. Kriseforståelse er en forutsetning for å begrense skadevirkningene av en krise og for å kunne ha legitimitet. Legaldefinisjoner kan bidra til økt forutsigbarhet om krisens karakter og innhold, samt om hvilke rettslige ordninger som kan anvendes. Det vil kunne styrke mulighetene for mobilisering av helsepersonell og andre personellressurser.

Mulighetene for å øke personellressurser må nødvendigvis ses i sammenheng med hvordan helsepersonell er beskyttet. Beordring på dette grunnlaget er et inngripende tiltak og som må bygge på flere forutsetninger:

1) Forsvarlighet i beslutningsprosessen: forsvarlighet må vurderes i lys av den hastegraden pandemien medfører. Beordring vurderes som et inngripende tiltak og forsvarlighet i beslutningsprosessen må vurderes på bakgrunn av arbeidsrettslige krav av betydning for beordring, helserettslige krav og som har betydning for pasientsikkerheten, og forvaltningsrettslige krav. De menneskerettslige krav omfatter både beskyttelse av den enkelte arbeidstaker som beordres og av pasienter. Kravene til beslutningsprosess og materielle vurderinger må ses i lys av EMDs praksis. I dette ligger at knapphet på tid til prosess kan være en relevant begrunnelse for å redusere prosesskrav.

2) Vurderinger av handlingsalternativer: Det må vurderes om andre handlingsalternativer enn de mest inngripende tiltakene kan benyttes og slik at samme formål kan oppnås.

3) Beskyttelse av personellet: Adgang til beordring under en pandemi må vurderes i lys av hvordan helsepersonellet er beskyttet. Ved særlig høy risiko for helsepersonell kan det inntre en rett til å reservere seg mot oppgaver. Dessuten vil høy risiko for helsepersonellet ha betydning for risikoen i helsetjenesten, gjennom frafall av helsepersonell og smitte overfor annet personell og pasienter. Dette har betydning når vaksinasjonsrekkefølgen skal vurderes.

4) Unntaksordninger: Det må vurderes etablering av unntaksordninger for helsepersonell ut fra egen situasjon og eventuell risiko.

Utdypning: beordringsadgangen i en langvarig krise

I denne utredningen er det vist til at både arbeidsmiljøloven og helselovene gir en adgang til å utvide arbeidstid og omdisponere helsepersonell under en pandemi. Kriselovgivning som gir adgang til beordring og andre inngripende tiltak, må dels dekke ulike situasjoner og dels være tilstrekkelig klar slik at befolkningen kan forutberegne sin stilling, og slik at den tolkes korrekt. En stadig tilbakevendende diskusjon om hjemler kan svekke evnen til å beskytte befolkningen mot en krise. Lovgivning må samtidig være tilstrekkelig dekkende til at den kan benyttes til å begrense skadevirkninger av manglende tiltak. Klarhetskravet og krav til prosess, høringer osv., må vurderes i lys av hastegrad. Ved risiko for ekspansiv smitte vil det å stille krav til prosess øke risikoen for liv og helse. Kravene til kvalitet og effektivitet må avveies i den situasjonen som har oppstått.

Det bør planlegges hvordan personellsituasjonen skal løses under en krise, gjennom tydeligere pålegg om beredskap når det gjelder personellsituasjonen, tydelig hjemmel for lisens og Kriseavtaler, slik det er redegjort for i denne utredningen. Adgangen til delegasjon er altså begrenset av de rettslige ansvarsforholdene i helsevirksomheten, og det direkte ansvarsforholdet som påhviler helsepersonell når det gjelder pasientbehandling og behandling av personopplysninger. Ved svikt som følge av delegasjon av myndighet kan det rettslige ansvaret påhvile både den som har utført oppgaven og den som har delegert ansvaret for å utføre oppgaven. Den som har delegert oppgaven kan bli ansvarlig dersom delegasjonen var uforsvarlig, for eksempel fordi den som skulle utføre oppgaven ikke hadde nødvendig kompetanse. Det er en forutsetning at det er klarhet om delegasjoner av myndighet fra systemansvarlig.

Det er imidlertid utfordringer med å fastslå omfanget av slike omlegginger over tid uten frivillighet, og risiko for personellreduksjon som følge av smitte og at helsepersonell slutter. Styringsretten utvides under en pandemi, men det er uklart hvilket handlingsrom

arbeidsgivere har. Dagens lovgivning og tariffavtaler tar i liten grad hensyn til de behovene for å omdisponere arbeidskraft under *en langvarig krise* som en pandemi eller for å mobilisere ny arbeidskraft.

Gjennomgangen viser at de lovbestemte adganger som finnes til å omdisponere helsepersonell og legge om arbeidstid, er i liten grad tilpasset en langvarig situasjon som oppstår med en pandemi. Det er lav beredskap når det gjelder personell og beredskaps- og kriseavtaler, og større muligheter til å benytte personell enn det som så langt er vurdert. En utfordring er om personell som omdisponeres er avgjørende for å kunne gi nødvendige tjenester til befolkningen, for eksempel fastleger. Det som er klart er at personell i private virksomheter med avtaler som får lavere aktivitet enn normal som følge av endringene i sykehusenes aktivitet, bør kunne benyttes i større grad. Under pandemien ble mange permittert.

Det er uklart hvor langt den arbeidsrettslige nødrett kan trekkes. Det er flere begrensninger i mulighetene for helsevirksomhetene til å planlegge beredskapen og innrette driften under en pandemi med utgangspunkt i helseberedskapsloven.

Samlet sett kan disse uttalelsen tilsi at det primære virkemiddelet for å sikre tilgang til personellressurser skal være avtaler mellom partene i arbeidslivet.

Det vises til uttalelsen fra departementet i kongelig resolusjon av 3. april 2020, uttalte departementet seg slik at beordring skulle være sekundært, selv om vilkårene var oppfylt, og under henvisning til ordningene i arbeidsforholdet og i lovgivningen forøvrig:

Departementet vil understreke at det i utgangspunktet er de ordinære ansvarlinjer som skal gjelde [...]

For å ha en beredskap i tilfeller hvor det likevel ikke vil være mulig å tilby forsvarlige helsetjenester til befolkningen, mener Helse- og omsorgsdepartementets at kravene for iverksetting av fullmaktsbestemmelsene i lov av 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap er oppfylt.

Dette viser at intensjonen med å benytte bestemmelsen er at den skal være sekundær og at arbeidsgivere primært skal kunne bruke ordinære mekanismer gjennom beredskap som innebærer å ha tilstrekkelig bemanning, og andre ordninger i lovgivningen, blant annet frivillige ordninger. Det vises til at ansvaret de regionale helseforetakene og kommunene har for å sørge for at befolkningen får tilbud om og mottar helse- og omsorgstjenester også i denne situasjonen, og plikter til å ha planer for dette, jf. helse-

og omsorgstjenesteloven § 5-2 og lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. §§ 2-1 b og 2-1 d.

Spekter påpeker i sin uttalelse at det innebærer at helseforetakene ikke kan fastsette arbeidsplaner og basere beredskapen på beordringsadgangen etter helseberedskapsloven § 4-1, noe som langt på vei er riktig. I dette ligger at det er begrensede muligheter for å benytte helseberedskapsloven til å legge om arbeidsplaner og gi pålegg om arbeid ut over avtalt arbeidstid etter en allerede oppsatt turnus eller tjenesteplan.

Beordringsadgangen etter helseberedskapsloven for arbeidsgivere kan vurderes som begrenset og sekundær når vilkårene er oppfylt. Den har trolig størst betydning i en akutt situasjon og ikke i en mer varig situasjon. Under en pandemi vil det dessuten være aktuelt at bestemmelsen benyttes av helsemyndighetene til funksjonsfordelinger og omdisponeringer av helsepersonell. Helseforetakene og kommunene vil dessuten som arbeidsgivere blant annet kunne ta i bruk ordinære virkemidler som pålagt overtid og endringer i driften, herunder utsette planlagt behandling der dette er medisinsk forsvarlig, for å møte et eventuelt økt behov for personellressurser.

Helseberedskapslovens adgang for arbeidsgiver om å utvide og endre arbeidstiden uavhengig av arbeidsmiljøloven, jf. helseberedskapsloven § 4-1 (6) betydning for tariffavtaler som er inngått med utgangspunkt i unntaksregler i arbeidsmiljøloven, for eksempel tariffavtalene for leger som gir vide rammer for de ansattes arbeidstid. Ved konflikt mellom helseberedskapsloven og tariffavtaler gjelder ikke sistnevnte lenger enn det ugyldighetsgrunnen tilsier.²⁰⁴ Delvis ugyldighet er en aktuell rettsvirkning.²⁰⁵ Samtidig er terskelen for å ta i bruk beordringsadgangen høy.

Helsetjenestens beredskap og tilgang til personellressurser bør være mer forutsigbart under en krise, både for helsevirksomheten som skal ivareta en viktig samfunnsfunksjon og for ansatte i helsevirksomheten. Det å basere virksomhetene alene på at de som har arbeid i virksomheten skal arbeide mer kan være for sårbart. Ved variasjon i belastning og innsats kan «flytting» av personell mellom helsevirksomheter være nødvendig for å avlaste der belastningen er størst. Det er også aktuelt å hente inn helsepersonell som har sluttet, men som er registrert som å være i beredskap. Den frivillige innsatsen har vist seg være verdifull under store kriser, i Sverige ble det i tillegg til inngåelse av avtaler

204 Skjønberg, Alexander Næss. Tariffavtalen og dens sentrale rettsvirkninger, Jussens Venner, 2019/5, pkt. 4.2.

205 Se ARD 1949 s. 61 hvor en tariffavtale ble kjent ugyldig. Arbeidsretten fant at tariffavtalen var i strid med «de enkleste rettsprinsipper» (s. 67).

med organisasjoner, iverksatt omfattende utdanningsprogram for å kunne benytte personer som var permittert og arbeidsledige. For å kunne ha større grad av forutsigbarhet bør det på forhånd være klart hvordan personell kan omdisponeres – og hvordan arbeidstiden kan utvides under en krise. Arbeidstidsdirektivets unntak under en krise innebærer at det ikke er EØS-rettslige barrierer for nasjonale krisereguleringer som kan gi helsetjenesten et nødvendig handlingsrom i en begrenset tidsperiode.

Helseberedskapsloven gir et handlingsrom, men myndighetene er tilbakeholdne med å benytte denne loven. I denne pandemien har vi så langt ikke kommet i en situasjon med mangel på personell og behov for å benytte beordring av helsepersonell. Det har derimot vært nødvendig å omdisponere personell i kommunene, til for eksempel å arbeide med smittetesting og i sykehusene. Et spørsmål som bør vurderes er om loven bør kunne anvendes på ulik måte i ulike faser av en pandemi.

Beredskapslovgivningen bør videreutvikles for å kunne gi forsvarlige rammer for at helsepersonell skal kunne omdisponeres og pålegges mer arbeid i en krise, for å øke kapasiteten gjennom bruk av andre ressurser og for å gi et nødvendig vern av helsepersonell i denne situasjonen.

Det må skilles mellom korte kriser og kriser av lang varighet. Arbeidsbelastning over tid må vurderes på bakgrunn av hensynet til forsvarlighet i pasientbehandlingen og i arbeidssituasjonen. Myndighetene oppfordret partene i arbeidslivet til dialog om avtaler.²⁰⁶

Begrepet «Krise» i helseberedskapsloven bør defineres i loven for å unngå usikkerhet og tvil om de faktiske vurderinger som ligger til grunn for loven. Det lages ikke et forslag til legaldefinisjon i denne utredningen. Derimot foreslås det en inndeling av krisens ulike faser for å kunne knytte ulike typer av handling til disse fasene. En krise kan ha ulike faser, ulik intensitet, varighet og alvorlighet, og begrepet krise bør deles inn i for eksempel tre kategorier, fra 1 til 3.

Ved uenighet om beordring under en krise bør det være et eget tvisteløsningsorgan. Under pandemien oppsto det uenighet om hvordan de sentrale avtalene skulle tolkes. En av fagforeningene krevde forhandlinger om blant annet hvordan avtalen om kompensasjon for omlegging av arbeidsplanene skulle forstås. Det ble derfor inngått en

²⁰⁶ Se brev 23. mars 2020 fra Arbeids- og Sosialdepartementet til partene i arbeidslivet. Innst. 204 L (2019-2020).

tilleggsavtale mellom de sentrale parter om at ansatte som fulgte arbeidsplaner inngått i medhold av arbeidstidsavtalen, skulle gis forhøyet godtgjørelse for overtidsarbeid.

På bakgrunn av pandemien bør det vurderes om virketiden av lovens krisebestemmelser bør endres. Alle beslutninger om anvendelse skal bare gis for et begrenset tidsrom og maksimalt for én måned. Deretter kan beslutningen gjentas for inntil én måned av gangen. Det er ikke satt noen begrensninger på antall ganger beslutningen kan gjentas, jf. også Ot.prp. nr. 89 (1998–1999) s. 142.

I den nærmere utformingen av en legaldefinisjon bør det ses hen til den arbeidsrettslige nødretten når det gjelder behovet for beordring. En krise kan omfatte situasjoner der faren er nærliggende uten at den har oppstått. Det vil si at kategori 3 inntreffer når planene må iverksettes selv om situasjonen ikke er av nødrettslig karakter. Det kan dreie seg om behovet for å gjennomføre et vidt spekter av oppgaver som smittetesting, smittesporing, vaksinasjon, beskyttelse av inneliggende pasienter og behandling og medisinsk behandling av syke.

Utdypning: Tilskudd med personell, opplæring, og beskyttelse av helsepersonell

For å kunne opprettholde tilstrekkelig kapasitet i helsetjenesten gjennom en langvarig pandemi er det nødvendig å ha beredskap med personell som kan gå inn i helsetjenesten for avlastning og muligheter for å omdisponere personell uten at dette fører til svikt i behandlingstilbudet for andre grupper med nødvendige behov.

Helsepersonell fikk andre oppgaver og en høyere risiko i sin arbeidssituasjon. Medhjelperordningen i helsepersonelloven § 5 kan ikke anvendes til generelle delegasjoner fra arbeidsgiver. Det bør derfor vurderes å gi et unntak fra krav om autorisasjon når det gjelder enkelte oppgaver som er forbeholdt personer med autorisasjon. Et slikt unntak kan tas inn i helseberedskapsloven. Et alternativ er å utvide grunnlaget for å utstede lisens etter helsepersonelloven § 49. Det innebærer at departementet kan utstede en begrenset autorisasjon (lisens) på andre vilkår enn det som fremgår av bestemmelsen. Arbeidsledelse er på alle nivåer i en helsevirksomhet og utøver styringsrett ut fra sitt mandat og skal rapportere oppover om situasjonen, kompetansebehov og behov for utstyr.

Personellplanleggingen i sykehuset forutsetter at det både må vurderes hvordan kapasiteten må økes for å behandle koronasyke, og andre, og ved hjelp av helsepersonell som ikke allerede er i tjenesten. Det må foretas vurderinger av hvordan

denne kapasitetsøkningen kan gjennomføres uten at andre pasientgrupper rammes, og uten at arbeidsbelastningen blir for stor på enkelte personell i enkelte enheter.

Behovet for spesialisert kompetanse bør planlegges i et lengre utdanningsperspektiv og slik at marginene er høyere enn i dagens situasjon. Det vil si at helsetjenesten i mindre grad bør baseres på import av helsepersonell og at det finnes en «restkapasitet» i helsetjenesten. Register med personell som har sluttet, pensjonister og andre som har sagt seg villige til å arbeide under en krise, og med andre frivillige som har påtatt seg å være i beredskap, kan gi bedre forutsigbarhet. Disse registrene gir også et grunnlag for målrettet opplæring som ledd i beredskapen. Det kan være aktuelt å innlede et tett samarbeid med NAV eller med private og offentlige helsetjenester som drar ned aktiviteten på grunn av svikt i etterspørsel, for eksempel rehabiliteringsvirksomheter og avtalespesialister. Frivillige kan være arbeidsledige eller permitterte med og uten kompetanse som det er bruk for i helsetjenesten. Helsepersonell som er permittert bør registreres i det samme beredskapsregisteret. Et register kan gi bedre oversikt over personell som kan benyttes. Kompetansebehovene vil variere og dermed også rekrutteringsmuligheter. Dette kan begrunne at det må iverksettes opplæring eller at det må søkes etter personer utenfor den aktuelle helsetjeneste, for eksempel personer som er pensjonert eller i andre land, noe som kan være vanskelig under en pandemi som rammer eldre.

I tillegg bør det rekrutteres studenter og elever i samarbeid med universitet og høyskoler. Samarbeidet med utdanningsinstitusjoner og NAV bør være klart før krisen bryter ut, det samme gjelder digital opplæring, i regi av arbeidsgiver eller NAV, eller med støtte fra NAV. Små kommuner og sykehus trenger bistand til rekruttering. Det bør læres av institusjoner/bedrifter som har ført til økt utnyttelse av personellressurser. Helse Bergen tok på seg å organisering av rekruttering på vegne av 18 kommuner og to sykehus, og det ble brukt felles maler. Når studenter benyttes bør arbeidet omgjøres til tellende praksis. Studiestedene og helseinstitusjonene er avhengige av en felles tilnærming. Dette bør det arbeides videre med og da gjerne på et nasjonalt nivå.

Personellmangel vil oppstå dersom helsepersonell ikke beskyttes på en tilstrekkelig måte ved tilgjengelige metoder. Ved smitte blant helsepersonell oppstår det frafall ved karantene, ev. ved sykdom og død, eller at personell reserverer seg eller slutter. Det var ikke tilstrekkelig tilgang på beskyttelsesutstyr. Vaksineringslogistikken tok ikke nødvendig hensyn til behovet for å beskytte helsepersonell, ei heller formålet om strategisk anvendelse av vaksinen i det forebyggende smittevernarbeidet. Lik fordeling på alle kommuner etter noen fordelingsprinsipper bidro til å forsterke ulikheter. I

lovgivningen bør det etableres et vern gjennom plikter til å lagre beskyttelsesutstyr og at tilgjengelige metoder skal benyttes for å beskytte helsepersonell.
