Professor dr. juris Hans Petter Graver
Havnabakken 7a
0874 Oslo

Til Justis- og beredskapsdepartementet

Oslo, 26.11.2020

Høringsuttalelse - forskriftshjemmel for oppholdssted under innreisekarantene

Jeg tillater meg med dette å legge inn noen bemerkninger til justis- og beredskapsdepartementets forslag til midlertidige endringer i smittevernloven. Slik jeg leser forslaget, så innebærer det i realiteten til at Stortinget inviteres til å vedta en bestemmelse som endrer smittevernloven § 7-12 innenfor sitt område. Høringsnotatet gir ingen begrunnelse for hvorfor dette er hensiktsmessig eller nødvendig. Høringsnotatet inneholder heller ingen redegjørelse for alternative og mer målrettede måter å håndtere risiko fra smittede reisende. Det gjør at man kan stille spørsmål ved om de betingelser som må være oppfylt for å gjør inngrep i grunnleggende rettigheter er oppfylt gjennom høringsnotatet.

Spørsmålet om karantenehotell har en viktig materiell side om reglenes forhold til grunnloven, menneskerettighetene og EØS-avtalen, og en prosessuell side om forholdet til smittevernloven og særlig dens § 7-12.

Forslagets materielle side

Når det gjelder den materielle siden må det legges til grunn av pålegg om karantehotell griper inn retten til familieliv og bevegelsesfriheten. Det kan reises spørsmål om det også må ses som frihetsberøvelse. Siden det i mange tilfelle dreier seg om personer som kommer fra andre EØS-land er også EØS-avtalen et relevant rettslig rammeverk.

Departementet legger i høringsnotatet til grunn at reglene om karantenehotell er for inngripende til at de kan sies å være hjemlet i smittevernloven § 4-3 om innreisekarantene. Departementet har ikke vurdert § 4-3a som mulig hjemmelsgrunnlag. Ordlyden i denne bestemmelsen dekker jo i og for seg bestemmelsene om karantenehotell. Forhistorien til bestemmelsen taler imidlertid i retning av at bestemmelsen er beregnet på smittekarantene, ikke på innreisekarantene. Begge disse forhold tyder på at departementet har tatt en tilnærming til hjemmelsspørsmålet som innebærer at det må være en særlig klar hjemmel for å pålegge karantenehotell.

På denne bakgrunn synes departementets vurdering av om at karantenehotell bare er et inngrep i bevegelsesfriheten og ikke en frihetsberøvelse å kunne være gjenstand for diskusjon. Jeg er imidlertid enig i denne vurderingen, siden det ikke er hjemmel for å treffe vedtak om håndhevelse av bestemmelsene ved tvang, og at slik hjemmel heller ikke finnes i den eksisterende lovgivningen.

Når det gjelder proporsjonaliteten av regler om karantenehotell må man se hen til om reglene som fastsettes er egnet og ikke går lengre enn det som er nødvendig for formålet. Dette er i utgangspunktet en faglig vurdering. FHIs anbefaling 3. november til sterkere tiltak inneholdt anbefaling om krav om at karantene gjennomføres på egnet sted, og hvis det *ikke er mulig* vurdere

bruk av karantenehotell (min utheving). FHI anførte også: «Vi anbefaler at disse tiltakene vurderes iverksatt på bare noen ankomststeder etter en konkret risikovurdering, jf. WHOs krav (se nedenfor). Forholdet mellom nytte og kostnad må vurderes nøye. Alternative og mer målrettede måter å håndtere risiko fra smittede reisende, bør vurderes.» Det er lite spor av at disse anbefalingene er fulgt opp i departementets behandling, og høringsnotatet gjør ikke rede for de alternative og mer målrettede måter å håndtere risiko fra smittede reisende som er vurdert. Dette gjør at det ikke er mulig for andre å etterprøve den vurdering som er foretatt og som har ledet til konklusjonen om at reglene slik de er utformet er nødvendig. Dette er i seg selv problematisk ut fra EMDs tilnærming til hvorvidt konkrete inngrep i rettigheter ligger innenfor den skjønnsmargin som nasjonale myndigheter har.

Helsedirektoratet gikk lengre i sin anbefaling og vektla tilsyns- og kontrollhensyn som begrunnelse for krav til karantehotell for innreisende som ikke har fast bopel i Norge. Heller ikke her er det imidlertid opplyst om alternativer som er vurdert. Direktoratet pekte på utfordringer ved gjennomføring av karantene hos familie, venner eller bekjente fordi kravene til å unngå nærkontakt ikke etterleves. Det ble vist til at det er vanskelig å føre tilsyn med at personer overholder reglene om karantene i private hjem. Direktoratet begrunner imidlertid ikke hvorfor det er vanskeligere å føre tilsyn med karanteneoppholdet til personer som er bosatt i utlandet, men som skal besøke familie bosatt i Norge, enn med personer med bopel i Norge som returnerer til sin familie etter et opphold i utlandet.

I og for seg skulle man tenke seg at problemstillingen er den samme der et familiemedlem i Norge må i smittekarantene etter ha vært i nærkontakt med en smittet utenfor sin husstand. Sammenligningen mellom reglene om innreisekarantene og smittekarantene gjør at det kan reises et EØS-rettslig problem ut over det departementet problematiserer i høringsbrevet. EØS-avtalen forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Direkte eller indirekte forskjellsbehandling som skyldes passering av en grense vil være forbudt, med mindre den er saklig begrunnet og proporsjonal. FHIs anbefaling om karantenehotell dersom det ikke er mulig å gjennomføre karantene på egne sted på en annen måte, vil i utgangspunktet være både saklig og proporsjonal. Men det er vanskelig å se hvordan det kan være saklig å forskjellsbehandle dem som kommer fra et annet EØS-land som har et egnet oppholdssted i Norge, når karanteneopphold i private hjem er egnet etter reglene om smittekarantene uavhengig av eierforhold og deres faste bopel. På denne bakgrunn er det fare for at de reglene som gjelder for karantenehotell ved innreise til Norge i dag er i strid med EØS-avtalens forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

Hjemmelsspørsmål og prosessuell side

Siden §§ 4-3 eller 4-3a ikke gir hjemmel, er den eneste mulige hjemmelen for slike forskrifter smittevernloven § 7-12, noe også departementet har lagt til grunn. Forskrifter gitt med hjemmel i smittevernloven § 7-12 skal, såfremt bestemmelsene ikke er opphevet innen 30 dager etter at de er meddelt Stortinget, snarest mulig legges fram som lovforslag, jf. beredskapsloven § 3 tredje ledd. I stedet for å gjøre dette, sender departementet forslag til lov om midlertidige endringer i smittevernloven på høring, med sikte på å fremme et lovforslag for Stortinget som gir et hjemmelsgrunnlag under covid-19-pandemien for å regulere hvor personer i innreisekarantene skal oppholde seg under karantenetiden. Spørsmålet er om dette er i overensstemmelse med § 7-12.

I utgangspunktet er det neppe noe i veien for å gi lovmessig hjemmel til regjeringen til å gi bestemmelser om hvordan en karanteneplikt skal gjennomføres, herunder at den skal skje på et anvist oppholdssted. Spørsmålet er likevel om dette kommer i en annen stilling når bakgrunnen for

et slikt forslag er at regjeringen har brukt unntaksbestemmelsen i § 7-12, som er en type unntaks- og beredskapshjemmel. Etter mitt syn har departementet her valgt en modell som står i et problematisk spenningsforhold til den gjeldende lovgivningen. Bestemmelser som regjeringen vedtar i medhold av § 7-12 er midlertidige og underlagt parlamentarisk kontroll. Dette følger av bestemmelsens henvisning til beredskapslovens §§ 3 og 4. Beredskapsloven § 3 annet ledd sier at «Bestemmelser gitt av Kongen med hjemmel i denne paragraf skal snarest mulig meddeles Stortinget». I tredje ledd sier den at «såfremt bestemmelsene ikke er opphevet innen 30 dager etter at de er meddelt Stortinget, skal de snarest mulig legges fram som lovforslag.» Slik meddelelse ble gitt Stortingets presidentskap av statsminister Erna Solberg i brev av 6.11.2020.

Det kan reises spørsmål ved hvordan formuleringen «skal de legges frem som lovforslag» skal forstås. Etter ordlyden er den nærliggende lesningen at det er hele forskriften som skal fremmes som lovforslag. En alternativ forståelse er at det er tilstrekkelig at regjeringen legger frem forslag til en hjemmelslov for den forskriften som er vedtatt, slik at regjeringen kan fortsette å regulere spørsmålet ved forskrift, og eventuelt også foreta endringer i denne. Denne forståelsen lar seg ikke like lett forene med ordlyden i beredskapsloven § 3.

Selv om forarbeidene både til § 7-12 og beredskapsloven § 3 er knappe, gir de samlet sett indikasjon på at regelen i § 3 tredje ledd må forstås etter sin ordlyd. Forarbeidene til smittevernloven inneholder ingenting, verken om valg av modell i beredskapsloven eller om hvordan denne er å forstå. Utvalget som foreslo loven nøyde seg med «Bestemmelsen er utformet etter mønster av forvaltningsloven § 5 og krigsloven §§ 3 og 4. Fullmakten er forutsatt brukt bare i en alvorlig nasjonal krisesituasjon.» (NOU 1990:2 s. 212). Proposisjonen gjentar dette ordrett.

Beredskapslovens forarbeider er også knappe. Regelen om at bestemmelsene skal legges frem som lovforslag kom inn under Stortingets behandling. Likevel er det ikke holdepunkter for å si at den løsning som Stortinget valgte var tilfeldig eller lite gjennomtenkt. Justiskomiteens forslag kom etter en omfattende debatt både forut for stortingsbehandlingen og i Stortinget, og var resultat av et bredt tverrpolitisk kompromiss.

Selv om regjeringens ikke foreslo en regel om fremleggelse av bestemmelsene for Stortinget, fremgikk det av innstillingen til komiteen som foreslo fullmakten, at bestemmelser gitt i medhold av fullmakten ikke kan opprettholdes «med mindre det til enhver tid er enighet om dette mellom Kongen og Stortinget», se ot. prp. nr. 78 1950 s. 48. Dette tyder på at det er meningen at forskrifter gitt i medhold av beredskapshjemmelen ikke uten videre kan sammenlignes med forskrifter gitt under ordinære omstendigheter, men må ha en klarere forankring i Stortinget enn forskrifter generelt sett.

I Stortinget ble regjeringens forslag utvidet med skranken i tredje ledd. Justiskomiteen sa om dette (Innst. O. XV – 1950): «Stortinget skal straks innkalles for å ta standpunkt til de enkelte bestemmelser som er utstedt i henhold til fullmakten, og kan umiddelbart oppheve dem ved vedtak i plenum. Er dette ikke gjort innen 30 dager, skal bestemmelsene snarest fremmes som vanlig lovforslag til ordinær behandling i Odelsting og Lagting» (s. 16-17). Videre sa komiteen (s. 22): «Den tanke som ligger bak er at bestemmelser som forutsettes å få en viss varighet bør undergis ordinær lovbehandling.» Det er således nokså klart at meningen med bestemmelsen er at når regjeringen bruker sin hjemmel til å gi bestemmelser av lovgivningsmessig karakter, så skal disse reglene vedtas som lov av Stortinget dersom de skal ha gyldighet ut over 30 dager.

Under fremleggelsen av forslaget i Odelstinget pekte saksordføreren Nils Hønsvald fra Arbeiderpartiet på at «fullmakten kan bare brukes under full parlamentarisk kontroll», se gjengivelse av debatten i Odelstinget i forarbeid til lovene 1950 s. 513. Representanten Jon Lyng fra Høyre, som

utdypet de juridiske og konstitusjonelle sidene ved komiteens forslag sa «Stortinget kan ved behandling i plenum på stående fot oppheve de forskrifter Regjeringen måtte ha utstedt i henhold til fullmakten, og selv om Stortinget ikke gjør det, skal de forskrifter som er truffet, innen kort tid være forelagt Stortinget som ordinært lovforslag, for derved å bringes inn i sin helt ordinære form.» (s. 529) og «..så står det i loven at da skal Stortinget øyeblikkelig sammenkalles, og tiltakene skal øyeblikkelig forelegges Stortinget, og Stortinget skal kunne oppheve dem, og de skal overføres i lovs form.»

Uttalelsene trekker alle i retning av en bokstavelig forståelse av bestemmelsen i tredje ledd: det som skal legges frem som forslag til lov er hele det regelsettet regjeringen har vedtatt i medhold av fullmaktsbestemmelsen, dersom den mener at bestemmelsene bør gjelde lengre enn de 30 dagene som loven gir anvisning på.

Dette innebærer at dersom regjeringen legger frem forslag til en fullmaktsbestemmelse i stedet for å legge frem bestemmelsene som lovforslag, så legger den i realiteten frem et forslag som endrer innholdet av smittevernloven § 7-12. Etter mitt syn er det prinsipielt sett problematisk at regjeringen foreslår å endre på de grunnleggende spillereglene midt under en pågående kritisk situasjon. Generelt sett er dette en dårlig ide. De reglene vi har for å håndtere akutte situasjoner er gitt under rolige forhold og etter en ordinær lovbehandling med offentlig utredning, bred høring med vanlige høringsfrister og vanlig lovbehandling i Stortinget. Nå foreslås en endring av dette, under et sterkt tidspress, uten en forutgående utredning og med svært knappe frister og mulighet til å overskue konsekvenser. Til dette kommer at forslaget er vidtgående, idet det ikke bare innebærer hjemmel til et inngrep i grunnleggende rettigheter, men også inneholder en fullmakt til å fravike forvaltningslovens saksbehandlingsregler, som skal vareta enkeltpersoners rettssikkerhet i enkeltsaker.

Departementet har ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor det har valgt en fremgangsmåte som avviker fra den ordningen som er fastsatt i § 7-12. Dette gjør det vanskelig, om ikke umulig å ta stilling til om det er et reelt behov for å gjøre dette. Ordningen med at bestemmelsene i forskriften skal legges frem for lovforslag er av lovgiveren antatt å kunne være praktikabel i det vanskeligste situasjoner. Det følger av at det er dette som er ordningen når riket er i krig eller når krig truer. Hva som skulle gjøre at den ikke er praktikabel i en pandemi, har departementet ikke vist i sitt høringsnotat.

Man må her også se på de mulige presedensvirkningene av et slikt forslag. Det å gjøre endringer i de grunnleggende reglene for hvordan man skal forholde seg i en akutt situasjon undergraver hele hensikten med å ha beredskapslovgivning. Vel kan man hevde at heller ikke beredskapslovgivning må bli en tvangstrøye, men terskelen for å fravike den bør være svært høy.

På denne bakgrunn mener jeg at departementet bør sende de materielle reglene om karantenehotell på høring, med en redegjørelse for alternative tiltak som er vurdert og for hvorfor de ikke anses tilstrekkelige, og for hvordan kravet til likebehandling av dem som må i karantene fordi de kommer inn til landet med dem som må i karantene fordi de har vært i nærkontakt med en som er smittet blir ivaretatt, men sikte på å fremme disse reglene for Stortinget som forslag til lov.

Oslo, 26.11.2020

Hans Petter Graver, professor dr. juris, Universitetet i Oslo