



Justis- og beredskapsdepartementet og
Helse- og omsorgsdepartementet
Bare avgitt på regjeringen.no

Deres referanse: 21/157
Vår referanse: 2021/13
Dato: 29/01/2021

Høringsuttalelse – forslag om endringer i smittevernloven (portforbud)

1. Innledning

Vi viser til høringsbrev fra Justis- og beredskapsdepartementet og Helse- og omsorgsdepartementet 8. januar 2021 om forslag om endringer i smittevernloven (portforbud).

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig. Vi skal bidra til å styrke gjennomføringen av menneskerettighetene, særlig ved å gi råd og fremme anbefalinger til Stortinget, regjeringen, Sametinget og andre. Høringsuttalelser er et sentralt virkemiddel i dette arbeidet.

Vårt overordnede innspill til høringen er at vi fraråder departementene å gå videre med en hjemmel for portforbud. Portforbud er så inngripende at det bør være klart at effekten av et slikt tiltak er verdt ulempene. Portforbud snur det menneskerettslige utgangspunktet om bevegelsesfrihet på hodet, slik at det er tillatelse til å bevege seg i offentligheten som må begrunnes. Dette griper etter NIMs syn så langt inn i essensen i bevegelsesfriheten at det skal svært mye til før det anses forholdsmessig i en situasjon hvor hjemmelen knytter seg bare til covid-19. Tiltakets inngripende karakter tilsier et skjerpet krav til den smittevernfaglige begrunnelsen. Det ser ikke ut til at en klar smittevernfaglig begrunnelse for forslaget foreligger. På denne bakgrunn vil en så vidtgående hjemmel for portforbud medføre en betydelig risiko for at det gis forskriftsregler som er uforholdsmessige og som bryter med menneskerettighetene.

Uttrykket «portforbud», som brukes i overskriften til utkastet til lovforslag, har preg av en stikkordbetegnelse, som nødvendigvis er upresis. I utkastet til forskriftshjemmel heter det at Kongen kan fastsette «regler som begrenser adgangen til opphold på steder der allmennheten kan ferdes, herunder regler som forbyr opphold på slike steder.» Slike regler kan også omfatte pålegg som bare har et mindre preg av portforbud, slik som begrensninger eller forbud mot å oppholde seg et i område langt unna der man bor. I det følgende sikter vi til regler der kjernen er at man som utgangspunkt skal holde seg hjemme og på den måten unngå nærkontakt med andre utenfor hjemmet, jf. departementenes

beskrivelse i høringsnotatet punkt 1.1. Mer målrettede kontaktdempende tiltak, som vil kunne være en *effekt* av et bredt portforbud, finnes det allerede mer presise hjemler for.

2. Menneskerettslige utgangspunkter

Departementene gjennomgår i høringsnotatet punkt 4 de overordnede konstitusjonelle og folkerettslige rammene for et portforbud. Vi er langt på vei enig i de rettslige utgangspunktene for problemstillingene som reises opp mot menneskerettighetene.¹

Vi er enig i at et portforbud særlig aktualiserer bevegelsesfriheten etter Grunnloven § 106 og EMK fjerde tilleggsprotokoll artikkel 2. I motsetning til EMK TP 4 artikkel 2, har ikke Grunnloven § 106 noen begrensningshjemmel. Vi er imidlertid enige i at det må innfortolkes en adgang til å foreta begrensninger i rettigheten etter Grunnloven § 106 første ledd om bevegelsesfriheten, sett hen til Høyesteretts tilnærming til begrensninger i andre rettigheter og det folkerettslige forbildet i EMK TP 4 artikkel 2.²

Som redegjort for i høringsnotatet, kan et portforbud videre gripe inn i rettigheter som retten til privat- og familieliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, religionsfriheten etter Grunnloven § 16 og EMK artikkel 9 og forsamlingsfriheten etter Grunnloven § 101 EMK artikkel 11. Tiltaket kan også gripe inn i eiendomsretten etter EMK TP 1 artikkel 1. Videre kan tiltaket ramme enkelte sårbare grupper, som barn, hjemløse, rusmisbrukere og personer med funksjonsnedsettelse, særlig hardt.

Inngrepets lovlighet vil bero på om tiltaket oppfyller kravet til hjemmel i lov, legitimt formål og om tiltaket er nødvendig og forholdsmessig. Når staten gjør inngrep i menneskerettigheter, er det staten som må godtgjøre at inngrepsvilkårene er oppfylt. Vi kommer tilbake til disse vurderingene i punkt 3.

Vi nevner også at staten er menneskerettslig forpliktet til å forebygge og bekjempe vold i nære relasjoner, og særlig vold mot kvinner og barn. Dette følger blant annet av EMK artikkel 3 og 8, barnekonvensjonen artikkel 19 og Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner (Istanbulkonvensjonen). I WHO's veiledning om menneskerettslige forhold ved smitteverntiltak ved covid-19 uttales det:

«Reports have highlighted that the stay at home measures are placing women at risk of/or in abusive relationships at increased risk of domestic or intimate partner violence. Violence against women and girls is an abject violation of human rights.»³

¹ Vi nevner at flere av menneskerettighetene som aktualiseres følger av flere rettslige instrumenter, herunder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, men vil i det følgende først og fremst vise til Grunnloven og EMK.

² Adgangen til begrensninger i Grunnloven § 106 er nærmere vurdert i NIMs temarapport «Ivaretagelsen av menneskerettighetene ved håndteringen av utbruddet av covid-19», punkt 4.5.

³ Veiledningen er tilgjengelig her: <https://www.who.int/publications/i/item/addressing-human-rights-as-key-to-the-covid-19-response>

Et portforbud kan også aktualisere retten til frihet og sikkerhet etter EMK artikkel 5.

Vi er ikke kjent med praksis fra EMD eller andre overnasjonale organer som direkte angår de menneskerettslige grensene for et portforbud.

3. NIMs syn på forslaget til hjemmel for et portforbud

3.1. Innledning

Ut fra NIMs mandat om å fremme og beskytte menneskerettighetene, reiser forslaget til forskriftshjemmel to ulike spørsmål. Det ene er et *materielt* spørsmål om hvorvidt regler om portforbud kan innebære et forholdsmessig inngrep i menneskerettighetene, og i så fall på hvilke vilkår. Det andre er et *lovgivningsspørsmål* om hvordan en særskilt forskriftshjemmel påvirker hensynet til demokratisk involvering, forutberegnelighet og rettsikkerhet dersom spørsmålet om å innføre et portforbud reiser seg i fremtiden. Som vi redegjør for i punkt 3.3 nedenfor, mener NIM at hensynet til demokratisk involvering, forutberegnelighet og rettsikkerhet taler imot å innføre en særskilt hjemmel for portforbud i smittevernloven. Vi drøfter første spørsmål om forholdsmessighet om lovligheten av portforbud etter menneskerettighetene i punkt 3.2 og lovgivningsspørsmålet i punkt 3.3.

3.2. Konkret vurdering av lovligheten av portforbud etter menneskerettighetene

Utgangspunkter

Som gjennomgangen av de menneskerettslige utgangspunktene viser, er portforbud et vesentlig inngrep i flere menneskerettigheter. Slike inngrep kan bare være legitime når de har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål, og er nødvendige og forholdsmessige. Et annet sentralt poeng er at man ikke kan gripe inn i essensen i en rettighet, slik at rettigheten blir illusorisk. Ved full tilsidesettelse av menneskerettigheter kreves derogasjon, som ikke er aktuelt her.⁴ Hensynet til å beskytte helse, herunder smittevern, er et legitimt formål etter alle de aktuelle menneskerettighetene.

I det følgende vil vi særlig vurdere portforbudets lovlighet opp mot adgangen til å gjøre inngrep i bevegelsesfriheten etter Grunnloven § 106 og EMK TP 4 artikkel 2. Forholdet til retten til frihet og sikkerhet etter EMK artikkel 5 behandles i punkt 3.4 nedenfor.

⁴ Jf. EMK artikkel 15 og SP artikkel 4.

Som utgangspunkt for vurderingen av inngrepets lovlighet, viser vi til at et portforbud innskrenker selve kjernen i retten til å bevege seg fritt. Utgangspunktet snus på hodet: fra at man har full bevegelsesfrihet, men må tåle visse innskrenkninger i hvor man kan gå og hva man kan gjøre, vil et portforbud gjøre at man i utgangspunktet ikke har bevegelsesfrihet, hvis man ikke omfattes av et av unntakene. Et tiltak som griper så sterkt inn i essensen av en rettighet, skjerper kravet til de smittevernmessige hensynene, herunder den smittevernfaglige begrunnelsen, slik departementene også fremhever i høringsnotatet pkt. 4.6.3.

Et portforbud vil i praksis ramme alle borgerne som er omfattet av det geografiske området for tiltaket. Dette skiller seg fra individrettede utgangsbegrensninger i form av isolasjon og karantene. Et slikt bredt tiltak er en ukjent størrelse i norsk sammenheng, og kan ha konsekvenser det er vanskelig å overskue, blant annet for sårbare grupper.

Vi nevner også at bevegelsesfriheten, slik den følger av menneskerettighetene, som utgangspunkt ikke er kvalifisert. Den beskytter alle borgeres rett til å bevege seg fritt, uavhengig av hvilke grunner man har for å ville bevege seg. Mange av unntakene som vil måtte oppstilles ved et eventuelt portforbud, og som foreslås i høringsnotatet, er i stor grad unntak som ivaretar andre konvensjonsbeskyttede rettigheter, som for eksempel retten til liv og helse (dra ut for å gå på legevakta eller flykte fra voldelig partner) eller retten til familieliv (dra ut for å ha samvær med barn). De som ikke omfattes av unntak, vil oppleve tyngende inngrep i sin bevegelsesfrihet, avhengig av tiltakets omfang og varighet. Ved de mest inngripende formene for portforbud, er det svært lite igjen av selve bevegelsesfriheten.

I den konkrete vurderingen vil vi i det følgende konsentrere oss om forholdsmessigheten.

Kravet om forholdsmessighet innebærer at et tiltak må være *egnet* til å oppnå formålet og ivareta minste inngreps prinsipp. Spørsmålet blir dermed om portforbud i en eller annen form er egnet til å redusere smitte, og om den samme effekten på smittevern kan oppnås med mindre inngripende tiltak.

Smittevernmessige begrunnelse

NIM har ikke faglige forutsetninger for å vurdere de smittevernmessige effektene av et portforbud, eller å vurdere dette opp mot andre tiltak, og har i vår vurdering sett hen til vurderingene foretatt av Helsedirektoratet og FHI.⁵ Oppsummert synes de to faginstansenes vurderinger å gi noe ulike svar på spørsmålet om portforbud anses som et egnet og nødvendig virkemiddel av hensyn til smittevernet.

FHI uttaler om følgende om den medisinskfaglige begrunnelsen:

⁵ Helsedirektoratet og FHIs svar på oppdrag 256, 11. desember 2020.

«Portforbud kan, som drøftet ovenfor, føre til færre kontakter mellom folk og dermed teoretisk sett gi litt ekstra smitteverneffekt.»⁶

Imidlertid legger FHI i sin vurdering til grunn at portforbud samlet sett ikke er et tjenlig smitteverntiltak:

«Vi mener at portforbud neppe kan bli forholdsmessige. Den smittevernmessige nytten er liten, men ulempene betydelige. Mennesker fratras bevegelsesfrihet, en grunnleggende menneskerettighet, jf. neste kapittel. Mange fratras mulighet til å gå på skole eller jobb, til å oppsøke helsetjenester og til å handle varer. Næringslivet og offentlig tjenesteyting vil lide betydelig. De samfunnsøkonomiske konsekvensene kan dermed bli betydelige. I tillegg kommer ressursene som trengs for å håndheve forbudet og saksbehandle søknader om unntak.

(...)

Samlet sett vurderer vi at portforbud ikke er et tjenlig smitteverntiltak.»⁷

Helsedirektoratet uttaler:

«Om tiltaket er "nødvendig av hensyn til smittevernet" beror på en vurdering av om tiltaket som sådan er egnet til å forebygge eller motvirke ytterligere smittespredning i vesentlig grad. Som FHI skriver, vil et portforbud kunne gi ekstra smitteverneffekt, ved at tiltaket fører til færre kontakter mellom folk. Tiltaket vil også kunne ha en sterk signaleffekt til befolkningen om alvorligheten av situasjonen man befinner seg i.

Et eventuelt portforbud vil etter vår vurdering innføres som tiltak sammen med eller i etterkant av at man stenger ned alle ikke-essensielle virksomheter, jf. modell 5.2 i Helsedirektoratets svar på oppdrag 216. Nødvendigheten av tiltaket må vurderes i sammenheng med de øvrige tiltakene som portforbudet skal virke sammen med. Dette tilsier at portforbud er et tiltak som kun anses å være nødvendig av hensyn til smittevernet i ekstreme situasjoner, der man vurderer at stenging av alle ikke-essensielle virksomheter ikke vil være nok til å redusere mobiliteten og kontakten i befolkningen i tilstrekkelig grad.»⁸

NIM mener at innspillene fra fagetatene bør vurderes helhetlig. Det etterlatte inntrykket er at det ikke synes å foreligge faglig grunnlag for at portforbud som tiltak er nødvendig av hensyn til smittevern, eller for hvordan dette virker smittedempende utover de mer *målrettede* tiltakene som heller kan iverksettes, og som det allerede finnes hjemmel for. NIM viser til følgende fra FHIs vurderinger:

⁶ FHIs vurdering på s. 5.

⁷ FHIs vurdering på s. 5.

⁸ Helsedirektoratets vurdering på s. 10.

«Siden smitteverneffekten oppstår som følge av redusert kontakthypighet, må tiltakene rette seg mot kontakter, ikke mot folks oppholdssted. Alternativene er altså å redusere smittefarlig kontakt i samfunnet gjennom andre kontaktreduserende tiltak og sikre etterlevelsen av disse.»⁹

Et tiltak som portforbud må også ha en rekke unntak, og begrenses så mye som mulig. Dette reduserer også ifølge FHI gevinsten av portforbudet:

«Den potensielle og begrensede tilleggsgevinsten påvirkes også av portforbudets utforming, jf. tabellen over. Hvis det gjelder bare om natta, og det gjelder mange unntak, blir det knapt noen gevinst, så vidt vi kan vurdere.»¹⁰

Etter NIMs oppfatning vil også dette inngå i vurderingen av om tiltaket er forholdsmessig. Vi viser tilbake til vår redegjørelse for utgangspunktene, og prinsippet om at tiltak som griper sterkt inn i rettighetene skjerper kravet til det smittevern faglige grunnlaget.

Et element som gjør tiltaket særlig inngripende er at i et smittescenario hvor tiltaket forutsettes iverksatt, vil nær sagt alle andre virksomheter, skoler, restauranter og butikker være stengt. Å være ute i offentligheten i parker, gater og friluft vil da være de eneste stedene hvor befolkningen fritt kan ferdes. Å nekte slik ferdsel vil ha store velferdsmessige, sosiale og folkehelsemessige negative konsekvenser, som det i liten grad redegjøres for i høringsnotatet. Samtidig er det vanskelig ut fra de smittevern faglige vurderingene som foreligger å se hvilken merverdi tiltaket gir som kan veie opp for de vesentlige frihetsbegrensningene tiltaket innebærer. Implikasjonene av dette, ikke bare for sårbare grupper, men for befolkningen som helhet, gjør at et slikt tiltak må anses som svært tyngende. Dette gjelder også, om enn i mindre grad, ved portforbud nattetid.

Oppsummert synes det etter NIMs syn ikke godt gjort at et portforbud vil være et nødvendig tiltak av hensyn til å unngå smitte.

Andre hensyn som har nær sammenheng med smittevern

Departementene nevner også andre hensyn, som har nær sammenheng med smittevern, som kan inngå som en del av begrunnelsen for et portforbud. Dette gjelder for det første signaleffekten av tiltaket og for det andre kontrollhensynet – det vil si at andre og mer målrettede kontaktdempende tiltak ikke lar seg kontrollere på en effektiv måte.¹¹ Slik vi forstår departementene, kan ingen av disse to hensynene alene eller samlet begrunne et portforbud. Departementene fremholder imidlertid at muligheten for reell kontroll og håndheving av regelverket vil kunne være relevant for å trygge folkehelsen dersom man er i en situasjon som er så dramatisk at et portforbud kan være aktuelt.

⁹ FHIs vurdering på s. 5.

¹⁰ FHIs vurdering på s. 5.

¹¹ Høringsnotatet punkt 6.3.

NIM er usikker på i hvilken grad kontrollhensyn vil kunne begrunne et slikt tiltak. Det vil bero på hvorvidt portforbud er egnet til å ivareta smittevern gjennom at det sikrer etterlevelse av smitteverntiltakene. Men som både FHI, Helsedirektoratet og departementene legger til grunn¹² vil det under enhver omstendighet være nødvendig med en rekke unntak fra portforbudet, som også kan medføre krevende kontrollopgaver, som illustreres tydelig av at departementene åpner for å sette inn Sivilforsvaret for å assistere politiet i et slikt tenkt tilfelle, jf. høringsnotatet punkt 6.10.3.

Betydningen av adgangen til å ilegge straff ved overtredelser

EMD har i en del saker trukket frem tyngden på sanksjonen i vurderingen av om et pålegg som griper inn i en rettigheter er forholdsmessig, jf. blant annet storkammerdommen *S.A.S. v. Frankrike* (43835/11) avsnitt 152 om EMK artikkel 9 (religionsfriheten). Det er derfor grunn til å anta at det også spiller inn i vurderingen av om et portforbud vil være forholdsmessig.

Etter smittevernloven § 8-1 første punktum straffes forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven (med unntak av visse typer overtredelser), eller vedtak gitt med hjemmel i loven, med bot eller fengsel inntil 2 år. Dersom overtredelsen har tap av menneskeliv eller betydelig skade på kropp eller helse som følge, er straffen bot eller fengsel inntil 4 år, jf. smittevernloven § 8-1 annet punktum. Departementene bygger på at overtredelser av regler gitt i medhold av utkastet til § 4-3 b første ledd og femte ledd, skal kunne straffes etter reglene i gjeldende smittevernloven § 8-1, jf. høringsnotatet punkt 6.9. Hvorvidt strafferammen er hensiktsmessig, er ikke drøftet inngående i høringsnotatet, jf. høringsnotatet punkt 6.9. Departementene bygger på at sanksjonering i straffespolet først og fremst være aktuelt ved de alvorlige tilfellene, eksempelvis ved gjentatte og klare overtredelser av portforbudet der manglede inngripen vil gå utover den alminnelige rettsfølelsen, jf. høringsnotatet punkt 6.10.2. Det er etter vårt syn usikkert hvilken betydning det får i forholdsmessighetsvurdering når strafferammen er såpass høy.

Innføring av portforbud i andre stater i Europa

Flere stater i Europa har en eller flere ganger siden utbruddet av pandemien innført portforbud. NIM er ikke kjent med at portforbud i forbindelse med utbruddet av smittefarlig sykdom er utfordret rettslig og vurdert av en overnasjonal domstol eller klageorgan. I forbindelse med utbruddet av covid-19 er imidlertid ordninger med portforbud utfordret rettslig for nasjonale domstoler i flere europeiske land, herunder Belgia, Frankrike og Tyskland, der klagere blant annet har anført at portforbud er i strid med menneskerettighetene. Så vidt NIM er kjent med, har ingen søksmål knyttet til lovligheten av portforbud i lys av menneskerettighetene hittil ført frem.

¹² Høringsnotatet punkt 6.5.3 og 6.6, Helsedirektoratets vurdering s. 11, FHIs vurdering s. 6.

NIM mener at man ut fra dette ikke kan trekke særlige slutninger om hvorvidt et portforbud i Norge som skissert i høringsnotatet vil være i tråd med menneskerettighetene. Lovligheten av et inngrep i menneskerettighetene vil alltid måtte vurderes konkret, med utgangspunkt i den konkrete situasjonen. Særlig gjelder dette vurderingen av tiltakets forholdsmessighet, der spørsmålet om effekten av tiltaket og vurderingen av om den samme effekten kan oppnås med mindre inngripende midler, må ta utgangspunkt i norske fagmyndigheters vurderinger. Som FHI uttaler i sitt svar på oppdrag nr. 256, er det ulikheter i samfunnets organisering, befolkningstetthet, befolkningens tillit til myndighetene og etterlevelse av tiltak og andre faktorer som kan påvirke epidemien og effekt av tiltak.¹³ Slik situasjonen er i Norge forutsettes portforbud å benyttes på toppen av andre mer konkrete og kontaktdempende tiltak. I andre stater vil portforbud vurderes å ha en annen smitteverneeffekt, fordi det også omfatter en del av de mer målrettede tiltakene. Komparative analyser er dermed i utgangspunktet lite presise.

Oppsummering og konklusjon

NIM kan ikke se at forslaget tilstrekkelig underbygger hvordan et portforbud vil være i samsvar med menneskerettighetene når smitteverneeffekten er så marginal, kombinert med hvor inngripende tiltaket er. På denne bakgrunn vil en så vidtgående hjemmel for portforbud medføre en betydelig risiko for at det gis forskriftsregler som er uforholdsmessige og som bryter med menneskerettighetene.

NIM understreker til slutt at selv om portforbud trolig er blant de mest ekstreme tiltak en kan tenke seg anvendt av myndighetene under en pandemi, er det heller ikke slik at alle mindre inngripende tiltak vil være i tråd med menneskerettighetene. Dersom myndighetene ikke ønsker å gå videre med forslaget om portforbud, men i stedet vil foreslå strengere tiltak enn det som gjelder i dag, må også disse tiltakene vurderes opp mot menneskerettslige standarder. For øvrig må alle tiltak kontinuerlig vurderes opp mot smittesituasjonen, og lettes når det ikke lenger er nødvendig å opprettholde dem.

3.3. Hvorvidt det bør gis særskilt forskriftshjemmel for portforbud i tilknytning til håndteringen av covid-19

Som det fremgår av punktet over, mener NIM at forslaget ikke begrunner hvordan et portforbud kan anses som forholdsmessig og dermed i tråd med menneskerettighetene, og vi fraråder departementene å gå videre med forslaget. I det følgende behandles hvordan en særskilt forskriftshjemmel påvirker hensynet til en demokratisk involvering, forutberegnelighet og rettssikkerhet dersom spørsmålet om å innføre et portforbud reiser seg en gang i fremtiden. Alternativet til en særskilt forskriftshjemmel er at myndighetene treffer vedtak om portforbud med hjemmel i smittevernloven § 7-12 om

¹³ FHIs vurdering, s. 7.

særlig fullmakt for Kongen, jf. § 1-5 om grunnleggende krav ved iverksetting av smitteverntiltak. Overordnet er vurderingstemaet i det følgende hvorvidt særskilt lovfesting av vilkår og rammer for portforbud utover adgangen etter smittevernloven § 7-12, kan utformes slik at fordelene med lovfesting overgår ulempene.

Etter NIMs vurdering gir smittevernloven § 7-12 om særlig fullmakt for Kongen, jf. § 1-5 om grunnleggende krav ved iverksetting av smitteverntiltak, på nærmere vilkår, hjemmel for et portforbud allerede i dag.

I smittevernloven § 7-12 tredje punktum er det bestemt at beredskapsloven § 3 gjelder tilsvarende, og det innebærer at forskrifter gitt i medhold av bestemmelsen skal meddeles Stortinget «snarest mulig», jf. beredskapsloven § 3 andre ledd første punktum. Bestemmelsene i forskriftene «kan oppheves av [...] Stortinget», jf. beredskapsloven § 3 andre ledd annet punktum. Såfremt forskrifter gitt med hjemmel i smittevernloven § 7-12 ikke er opphevet innen 30 dager etter at de er meddelt Stortinget, skal de snarest mulig legges fram som lovforslag, jf. beredskapsloven § 3 tredje ledd.

Som begrunnelse for å innføre en forskriftshjemmel for portforbud fremholder departementene blant annet (jf. høringsnotatet punkt 6.2 på s. 44):

«Departementene mener det er både prinsipielle og praktiske grunner til at Stortinget bør involveres i spørsmålet om rammene for eventuelle vedtak om portforbud, gjennom lovreguleringen som foreslås i høringsnotatet her. For det første er det tale om et svært inngripende tiltak overfor borgerne, noe som tilsier at Stortinget involveres før det treffes tiltak, dersom det faktisk er anledning til det. I tillegg vil en bred demokratisk forankring kunne skape større forståelse for og gi økt legitimitet til tiltaket, noe som også må forventes å gi økt oppslutning om tiltaket og dermed økt smitteverneffekt. En offentlig prosess omkring et lovgrunnlag kan bidra til å opplyse saken, slik at blant annet vilkårene for å kunne vedta et portforbud og dets nærmere innretning treffer samfunnets behov bedre. I tillegg kan en offentlig prosess bidra til å skape økt forutberegnelighet for borgerne.»

Lovfesting har den fordel at Stortinget kan fastsette hvilke vilkår og betingelser som skal oppstilles for anvendelsen, herunder krav til demokratisk kontroll gjennom involvering av Stortinget. Som nevnt tidligere, er det et stort rom for ulik innretning innenfor det forslaget som fremmes, alt fra mindre, lokalt avgrensede portforbud, til nasjonale, ekstremt inngripende tiltak. Samtidig er det etter vårt syn vanskelig å angi noenlunde presise rammer med sikte på det behovet som kan oppstå i en akutt krisesituasjon, slik at lovhomehlen kan måtte bli svært vid. Da er lite vunnet med sikte på forutberegnelighet og demokratisk forankring av selve fullmaktsbestemmelsen. Dette poenget illustreres etter vårt syn av departementenes forslag til forskriftshjemmel. Det at regjeringen fremmer et lovforslag i en situasjon der behovet foreligger, har den fordel at Stortinget

da har større oversikt over situasjonen og dermed et bedre grunnlag for å vurdere om regjeringen skal gis hjemmel for portforbud, hvilke vilkår som skal gjelde og hvordan det skal gjennomføres.

I utkastet til forskriftshjemmel § 4-3 b er terskelen for å gi forskrifter om portforbud angitt til der «det er strengt nødvendig av hensyn til å trygge folkehelsen», jf. første ledd første punktum. Dette er ment å vise at det skal svært mye til før det kan innføres portforbud, jf. høringsnotatet punkt 10 på s. 68. Vurderingen må oppfylle de generelle kravene i smittevernloven § 1-5 til klar medisinsk faglig begrunnelse, nødvendighet og forholdsmessighet. Departementene bygger på at disse vurderingene blir særlig strenge når det er snakk om et så inngripende tiltak som portforbud, jf. høringsnotatet punkt 6.4.4. Samtidig understreker departementene at formuleringen ikke er ment å oppstille en annen terskel eller et annet vurderingstema enn det som følger av smittevernloven § 1-5, jf. høringsnotatet punkt 6.4.4 side 49. Departementene fremholder at det sentrale er å gjøre det tydelig at denne vurderingen blir særlig streng ved et eventuelt portforbud, jf. samme sted.

Utkastet til forskriftshjemmel i ny § 4-3 b inneholder også en del krav til og rammer for forskriftene om portforbud som ikke følger like tydelig av ordlyden i smittevernloven § 7-12, jf. smittevernloven § 1-5. Det gjelder krav til forskriftens varighet, jf. § 4-3 b første ledd annet punktum. Videre gjelder det krav til fastsettelse av tid og sted, jf. § 4-3 b andre ledd første punktum. Forskriftene skal utformes slik at de ikke stenger for et minimum av menneskelig kontakt for den enkelte, jf. § 4-3 b andre ledd annet punktum. Forskriften skal sikre ivaretagelse av kritiske og viktige samfunnsfunksjoner, samt legge til rette for at barn og sårbare grupper blir ivaretatt. Videre heter det at forskrifter ikke skal være til hinder for at det foretas nødrettshandlinger.

NIM mener at bruken av denne hjemmelen ved et eventuelt portforbud ikke gir bedre rettsikkerhetsgarantier og forutberegnelighet for individene enn smittevernloven § 7-12. Med et mulig forbehold for begrensningene i varigheten, har NIM vanskelig for å se at kravene til og rammene for forskriftene om portforbud innebærer noe vesentlig annet enn det som måtte følge av en tolkning av smittevernloven § 7-12, jf. smittevernloven § 1-5.

Et annet moment i vurderingen av fordeler og ulemper ved en særskilt hjemmel, er departementenes forslag til lovfesting av krav til begrunnelse av forskriftene som meddeles Stortinget. Departementene skriver i høringsnotatet under punkt 6.7:

«Det er ikke oppstilt særlige krav til varselets innhold for en forskrift etter § 7-12, mens dette foreslås regulert på følgende måte i forslag til § 4-3 b fjerde ledd: «I meddelelsen til Stortinget skal det gis en begrunnelse med vurdering av det smittevern faglige behovet for portforbudet og hvorfor det er strengt nødvendig og forholdsmessig, herunder, hvorfor ikke alternative beskyttelsestiltak er

tilstrekkelig. Begrunnelsen skal gjøres offentlig.» Departementene foreslår altså at varselet skal inneholde en begrunnelse for portforbudet. Denne skal inneholde den smittevernfarene og rettslige begrunnelsen for vedtaket, samt vurderinger av den nærmere innretningen til portforbudet og hvorfor den vurderes som strengt nødvendig og forholdsmessig. I begrunnelsen skal det fremgå hvorfor mindre inngripende tiltak vurderes som utilstrekkelige. Begrunnelsen skal gjøres offentlig tilgjengelig gjennom publisering på nettsidene til regjeringen.»

Departementenes forslag til begrunnelse i lovutkastet til smittevernloven § 4-3 b fjerde ledd, sikrer en mer betryggende involvering av Stortinget på dette punktet sammenliknet med hjemmelen i smittevernloven § 7-12 jf. beredskapsloven § 3. Det er etter vårt syn likevel ikke et vesentlig moment ved vurderingen av lovfesting av en forskriftshjemmel for portforbud. Hensynet til å sikre begrunnelse ved inngripende forskrifter etter smittevernloven § 7-12, kan bedre ivaretas gjennom at det gis generelle regler i smittevernloven § 7-12 om begrunnelse av forskrifter ved meddelelser til Stortinget. En slik løsning har den fordel at den sikrer begrunnelse også ved andre særlig inngripende smitteverntiltak enn portforbud, og bør derfor etter vårt syn overveies uavhengig av dette konkrete forslaget.

Et siste spørsmål er om den foreslåtte hjemmelen sikrer en mer betryggende involvering av Stortinget enn en eventuell forskrift om portforbud vedtatt med hjemmel i smittevernloven § 7-12. Etter opphevelsesadgangen i utkastet til § 4-3 b fjerde ledd, kan Stortinget innen sju dager etter vedtakelsen «oppeve forskriften helt eller delvis.» Ordningen etter § 7-12 med en opphevelsesadgang for Stortinget sammenholdt med en plikt for Regjeringen til etter en viss tid å fremme et lovforslag som Stortinget *må* ta stilling til, er etter vårt syn mer betryggende. Når regjeringen fremmer et lovforslag til Stortinget, må stortingsrepresentantene ta aktivt stilling til lovforslaget og stemme dersom forslaget skal bli til lov. I praksis innebærer opphevingsadgangen at stortingsrepresentanter som mener at en forskrift om portforbud helt eller delvis burde oppheves, selv har byrden med å utarbeide et forslag og overbevise andre representanter om å ta stilling til et forslag om opphevelse samt å gi sin støtte. Vi nevner endelig at adgangen til oppheving i utkastet til § 4-3 b fjerde ledd inneholder en frist på 7 dager, mens det ikke er noen slik frist for opphevelsesadgangen etter beredskapsloven § 3 andre ledd annet punktum. På dette punktet mener vi derfor at prosedyren for demokratisk kontroll som følger av smittevernloven § 7-12, er bedre enn det som følger av forslaget til en særskilt hjemmel.

Samlet sett mener NIM at lite vil være vunnet med henblikk på forutberegnelighet, demokratisk forankring og rettsikkerhetsgarantier ved å vedta denne forskriftshjemmelen. Den foreslåtte hjemmelen gir kort sagt ikke bedre rammer for ivaretagelse av menneskerettighetene ved en eventuell situasjon der portforbud er aktuelt enn etter vedtakelse med hjemmel i § 7-12. Vi legger også vekt på at en reell risiko

ved lovfesting er at terskelen for å anvende portforbud reelt sett blir lavere gjennom at det vedtas en slik særskilt lovhjemmel. Det innebærer etter vårt syn en risiko for tiltak som er såpass inngripende at de i noen tilfeller kan bryte med menneskerettslige krav, jf. vårt primære standpunkt som er at et portforbud knyttet til covid-19 ikke vil være forholdsmessig og dermed bryte menneskerettighetene.

3.4 Om forholdet til frihetsberøvelse

Departementene vurderer forholdet til EMK artikkel 5 om frihet og sikkerhet i punkt 4.3. Vi slutter oss til i hovedsak departementenes redegjørelse om når restriksjoner i bevegelsesfriheten er såpass kvalifiserte at de utgjør frihetsberøvelse. Vi har imidlertid noen innspill til vurderingen.

Departementene uttaler følgende basert på en gjennomgang av EMDs praksis:

«Et portforbud som eventuelt bare gjelder på kvelds- og nattestid, vil måtte vurderes etter bevegelsesfriheten. Selv om det legges opp til et portforbud som i utgangspunktet gjelder hele døgnet, forutsetter departementene at restriksjonene ikke skal være av et slikt omfang og en slik intensitet at grensen for frihetsberøvelse overskrides.»

Departementene går igjennom flere EMD-avgjørelser. Departementene nevner at i avvinningsavgjørelsen *Trijonis mot Litauen*, 17. mars 2005, var klageren i en periode på ca. 14 måneder pålagt å oppholde seg i hjemmet hele døgnet i helgene. På hverdager var han pålagt opphold i hjemmet mellom kl. 19.00 og 07:00, med mulighet til å gå på arbeid døgnetts øvrige timer. EMD anså ikke restriksjonene som frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

Vi mener det er grunn til å være noe varsom med å legge utfallet i *Trijonis mot Litauen* til grunn for når terskelen for frihetsberøvelse er nådd. Vi sikter her til en avgjørelse om plikt til å være hjemmet i hele helgen og bare adgang til å forlate hjemmet på hverdager for å utføre arbeid. I storkammerdommen *Tommaso v. Italia* behandlet EMD hvorvidt et vidtgående kontrollregime,¹⁴ som blant annet innebar plikt til å oppholde seg i hjemmet mellom kl. 22.00 og 06.00, utgjorde frihetsberøvelse.¹⁵ Domstolen anså ikke restriksjonene som frihetsberøvelse, og uttalte:

«It cannot find any sufficiently relevant grounds for changing this approach, especially as it appears that in the present case, having regard to the effects of the applicant's special supervision and the manner of its implementation, there were no restrictions

¹⁴ Se om dette regimet i *Tommaso v. Italia* avsn. 17.

¹⁵ Avsnitt 84.

on his freedom to leave home during the day and he was able to have a social life and maintain relations with the outside world.»¹⁶

EMD sier *ikke* her at full adgang til å forlate hjemmet på dagen, (som ikke var begrenset til en spesiell aktivitet, som arbeid), var avgjørende for at det falt utenfor frihetsberøvelse. Samtidig synes det nærliggende å forstå premissene slik at de innebærer en viss innramming av når innskrenkninger i bevegelsesfriheten ikke når opp til frihetsberøvelse.

Vi er enig med departementene i at overvåkning og kontroll over en person er et sentralt moment ved gresedragningen mellom frihetsberøvelse og restriksjoner i bevegelsesfriheten. Vi er usikre på hvilken betydning manglende overvåkning og kontroll får for vurderingen av straffesanksjonerte pålegg om opphold i hjemmet ved mer individuelle pålegg enn det generelle preget pålegg om portforbud som retter seg mot mange personer typisk vil ha. Mer fremtredende for vurderingen av portforbud opp mot frihetsberøvelse, er kanskje hvorvidt det vernet mot vilkårlighet som EMK artikkel 5 skal sikre, ivaretas gjennom andre forhold enn de som er avgjørende ved individuelle tiltak. Det gjelder blant annet om gjennomføringen av tiltaket ikke er mer inngripende enn nødvendig, herunder krav til fornyet og løpende vurdering av nødvendighet og mulighet til å søke om dispensasjon i spesielle tilfeller. Videre har det antagelig betydning hvor betryggende saksbehandlingen er.

4. Enkelte merknader til lovutkastet

Som det følger av punkt 3, går NIM mot forslaget til en hjemmel for portforbud slik det fremgår av høringsnotatet. I lys av NIMs mandat ser vi likevel mer konkret på forslaget opp mot menneskerettighetene, og vil i det følgende vurdere enkelte aspekter ved forslaget gitt en forutsetning om at regjeringen ønsker å gå videre med forslaget. Dette må imidlertid ikke forstås som noen form for støtte til forslaget.

Et spørsmål er forholdet mellom kravet til dokumentasjon og retten til å benytte seg av unntak som gjør at man kan oppholde seg på steder der allmenheten ferdes.

Utkastet til § 4-3 b sjette ledd lyder:

«I forskrift etter første ledd kan det gis bestemmelser om plikt til å fremlegge dokumentasjon for at man oppfylder vilkår for å oppholde seg på steder der allmenheten kan ferdes, og krav til slik dokumentasjon.»

Om denne forskriftshjemmelen heter det i høringsnotatet punkt 6.10.2:

¹⁶ Avsn. 88. . Tre dommene tok dissens i spørsmålet og mente restriksjonene i saken utgjorde frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5.

«Det bør kunne gis nærmere bestemmelser om hvilke krav som kan stilles til dokumentasjon, hvem som skal kontrollere dokumentasjonen og hva som skal være konsekvensene av manglende fremleggelse av dokumentasjon.»

Vi er usikre på hva departementene sikter til med regler om «konsekvensene av manglende fremleggelse» og vi kan ikke se at særmerkningene i punkt 10 på s. 70 bringer klarhet her. En mulig konsekvens er at dokumentasjon er et materielt vilkår for at personen skal ha adgang til å oppholde seg på steder der allmenheten ferdes. Dette kan gå utover adgangen til å benytte seg av unntak, som er nødvendig for at portforbud skal være forholdsmessig. Et konkret eksempel kan være en forelder som må bevege seg fra et punkt til et annet for å ha samvær med sitt barn, men som ikke har rukket å formalisere en samværsavtale med den andre forelderen som kan tjene som dokumentasjon. I mange tilfeller bør unntaksadgangen gjelde selv om personen ikke kan fremlegge dokumentasjon. I det nevnte eksempelet er foreldre-barn-relasjonen beskyttet av EMK artikkel 8, og inngrep i denne rettigheten i form av et dokumentasjonskrav kan være uforholdsmessig. Det synes uklart hvor langt mangel på dokumentasjon kan medføre at personer faller utenfor unntakene som medfører at de har mulighet til holde seg ute.

Gitt betydningen av sanksjonsregimet ved overtredelser for forholdsmessigheten, bør det vurderes nærmere om forslaget legger opp til en tilstrekkelig tilpasset og fleksibel regulering av det. Overtredelser av portforbudet etter reglene gitt etter utkastet til § 4-3 b første ledd kan ha vesentlig forskjellige karakter og alvorlighetsgrad. Det kan etter forholdene også være vanskelig for regelgiver å overskue behovet for unntak. Begge disse forholdene gjelder også overtredelser av regler om legitimasjonsplikten i medhold av utkastet til § 4-3 b femte ledd. Det kan også være behov for betydelige skjønnsmessige unntak fra portforbudet som gjør det vanskelig vurdere for den enkelte, jf. høringsnotatet punkt 6.5.1.5. Departementene bør vurdere om det er behov for en hjemmel til å gi lavere strafferamme eller høyere skyldkrav ved overtredelser av regler gitt i medhold av utkastet til § 4-3 b første ledd og femte ledd enn det som følger av smittevernloven § 8-1. Det kan også reises spørsmål om det er behov for å kunne fastsette at visse overtredelser ikke er straffbare, se eksempel på en slik bestemmelse i akvakulturloven § 31 tredje ledd.

Vennlig hilsen
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad
Direktør

Kirsten Kolstad Kvalø
Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.