

Utgreiing av statsrettslege spørsmål i samband med styresmaktenes handtering av Covid-19

Professor Eirik Holmøyvik
Universitetet i Bergen

1. INNLEIING	3
2. SAMANDRAG	4
3. GENERELT OM REGULERING AV KRISER	5
3.1.1. INNLEIING	5
3.1.2. REGULERINGSMODELLAR	6
3.1.3. REGULERINGSNIVÅ – GRUNNLOV, LOV, NAUDRETT	7
3.1.4. INTERNASJONALE STANDARDAR	11
4. KORONALOVA	13
4.1. INNLEIING	13
4.2. RETTSLEGE UTGANGSPUNKT	13
4.2.1. NORSK RETT	13
4.2.2. INTERNASJONALE STANDARDAR	15
4.3. LOVFORSLAGET TIL REGJERINGA	17
4.4. LOVVEDTAKET TIL STORTINGET	21
4.5. VURDERINGAR	25
4.5.1. PROSESSEN MED KORONALOVA	25
4.5.2. BEHOVET FOR EI FULLMAKTSLOV	26
4.5.3. SÆRSKILT OM STORTINGET I EIN KRISESITUASJON	30
4.5.4. KORONALOVA OG FOLKERETTEN	32
4.5.5. KORONALOVA SOM «MODELLOV»?	34
5. SMITTEVERNLOVA	35
5.1. INNLEIING	35
5.2. KOMPETANSEN TIL HELSEDIREKTORATET ETTER SMITTEVERNLOVA § 4-1 ANDRE LEDD	36
5.2.1. PROBLEMSTILLINGA	36
5.2.2. RETTSLEGE UTGANGSPUNKT	37
5.2.3. TOLKINGSPRAKSIS	38
5.2.4. LOVGIVINGSPRAKSIS	40
5.2.5. VEDTAKA 12. OG 15. MARS	42

5.2.6.	FØREMÅLET MED PÅBODET OM VEDTAK I STATSRAÐ I GRUNNLOVA § 28	44
5.3.	SMITTEVERNLOVA § 4-1 I EIT SYSTEMPERSPEKTIV	48
5.3.1.	PROBLEMSTILLINGA	48
5.3.2.	DEN HISTORISKE BAKGRUNNEN FOR § 4-1 ANDRE LEDD	48
5.3.3.	SYSTEMATIKKEN I SMITTEVERNLOVA	50
5.3.4.	SYSTEMATIKKEN I LOVVERKET NÅR DET GJELD BEREDSKAPSHIEMLAR	51
5.3.5.	KORLEIS KAN EIN NY STYRINGSSTRUKTUR I SMITTEVERNLOVA § 4-1 VERE?	54
5.4.	DEROGASJON FRÅ LOV ETTER SMITTEVERNLOVA § 7-12	56
5.4.1.	PROBLEMSTILLINGA	56
5.4.2.	REKKEVIDDA AV § 7-12	57
5.4.3.	HØYRINGAR OM FORSKRIFTER ETTER KORONALOVA OG SMITTEVERNLOVA § 7-12	60
5.5.	TILHØVET MELLOM STATLEG OG KOMMUNAL STYRING ETTER SMITTEVERNLOVA	62
6.	DOMSTOLANE	65
6.1.	DOMSTOLSKONTROLL MED FORSKRIFTER ETTER KORONALOVA OG SMITTEVERNLOVA	65
6.1.1.	UTGANGSPUNKT	65
6.1.2.	DOMSTOLSKONTROLLEN ETTER KORONALOVA OG SMITTEVERNLOVA	66
6.1.3.	DOMSTOLSKONTROLLEN I PRAKSIS	68
6.2.	KVEN KAN STENGE DOMSTOLANE?	70
6.2.1.	BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLINGAR	70
6.2.2.	FAKTISKE RAMMER FOR DRIFT AV DOMSTOLANE I KRISESITUASJONAR	73
6.2.3.	RETTSLEGE RAMMER FOR STENGING AV DOMSTOLAR ELLER UTSETJING AV SAKER	74
6.2.4.	KVEN KAN OG BØR BESTEMME OM DOMSTOLANE SKAL STENGE I EIN KRISESITUASJON?	76
6.2.5.	MELLOMBELS LOV OM TILPASSINGAR I PROSESSREGELVERKET SOM FØLGJE AV UTBROTET AV COVID-19 MV.	81
6.2.6.	SÆRLEG OM STENGING AV DOMSTOLAR I KRISESITUASJONAR	82

1. Innleiing

Denne utgreiinga er skriven på oppdrag frå Koronakommisjonen. Eg vart 16. juni 2020 spurt av sekretariatsleiar for Koronakommisjonen, Siri Halvorsen, om å skrive ei utgreiing om dei statsrettslege problemstillingane som oppstod under styresmaktenes handtering av Covid-19. Problemstillingane og rammene for utgreiinga vart diskutert i møte med sekretariatet 18. juni. I samråd med sekretariatet vil utgreiinga særleg drøfte statsrettslege problemstillingar knytt til koronalova og smittevernlova, så vel som forskrifter fastsette med heimel i desse lovene.

Desse lovene, og forskriftene og vedtaka gjort i medhald av dei, reiser både institusjonelle og menneskerettslege problemstillingar. Denne utgreiinga er i hovudsak avgrensa til institusjonelle statsrettslege problemstillingar, forstått som rettsreglar som regulerer Stortinget, regjeringa, forvaltningsorgan og domstolane, så vel som tilhøvet mellom desse organa. Eg vil i denne samanhengen kome inn på spørsmål knytt til kommunanes handtering av Covid-19. Eg har ikkje gjort noko systematisk komparativ oversikt over tilsvarande problemstillingar i andre land, men eg har nemnt dette der eg har hatt materiale tilgjengeleg.

Synspunkta eg fremjar i denne utgreiinga er ikkje meint å felle nokon dom over handlingane til dei ulike organa og aktørane i innsatsen mot Covid-19. I ei etterfølgjande vurdering av tiltaka til styresmaktene er det viktig å hugse at pandemien råka brått, det hasta med tiltak og styresmaktene måtte vurdere og bestemme tiltak på grunnlag av eit usikkert kunnskapsgrunnlag i stadig utvikling. Nokre av dei rettslege problemstillingane tiltaka mot pandemien reiste var nye. Dei faktiske omstenda var av ein slik art at gjeldande rettsreglar og institusjonelle ordningar vart prøvd under omstende få hadde førestilt seg. Dette bør vere eit viktig moment i ei vurdering av handlingane til aktørane. Denne utgreiinga er skriven i etterpåklokskapens lys, med utgangspunkt i at styresmaktenes tiltak mot Covid-19 har avdekka veikskapar eller manglar i lovverket. Det er altså lovverket som er emnet for denne utgreiinga.

Strukturen i utgreiinga er enkel: I punkt 3 gjer eg greie for nokre generelle utgangspunkt for rettsleg regulering av kriser. I punkt 4 drøftar eg problemstillingar knytt til vedtakinga av koronalova. I punkt 5 drøftar eg problemstillingar knytt til bruken av smittevernlova. I punkt 6 drøftar eg problemstillingar knytt til domstolanes handtering av Covid-19.

2. Samandrag

Når det gjeld koronalova konkluderer utgreiinga med at lovprosessen styrka Stortinget både som lovgivande makt og i kontrollen med regjeringa. Koronalova er historia om regjeringa som gjekk til Stortinget for å få ei nesten uavgrensa lovgivingsfullmakt, men fekk ei lov som stadfesta Stortingets herredøme over lovgivinga og fekk styrka parlamentarisk kontroll og domstolskontroll med på kjøpet.

Eit viktig læringspunkt frå koronalova er at Stortinget er i stand til å utøve både den lovgivande funksjonen og kontrollfunksjonen overfor regjeringa på ein rask og effektiv måte også i ein krisesituasjon. Konsekvensen av denne erfaringa bør vere at Stortinget ved neste krise er langt meir forsiktig med å gi regjeringa ein omfattande forskriftsheimel til å endre, supplere og fråvike lover. Utgreiinga peiker på behovet for regulativ beredskap, og viser til at koronalova kan tene som «modelllov» dersom Stortinget ved eit seinare høve ser behov for å delegere vidtrekkande lovgivingskompetanse til regjeringa. I dette ligg det òg at ein bør vere merksam på og helst greie ut det folkerettslege handlingsrommet i krisesituasjonar.

Eit anna viktig læringspunkt frå koronalova er at Stortinget ikkje kan stenge ned i ein krisesituasjon. Som nemnt ovanfor er det i slike situasjonar særleg viktig at Stortinget, som det fremste demokratiske organet i landet, kan føre kontroll med regjeringa. Utgreiinga peikar på at Stortinget bør ha både eit planverk og arbeidsformer som gjer at både den lovgivande funksjonen og kontrollfunksjonen kan fungere i ein krisesituasjon.

Når det gjeld smittevernlova konkluderer utgreiinga med at vedtaka Helsedirektoratet gjorde 12. og 15. mars skulle ha blitt gjort av regjeringa i statsråd. Trass i at smittevernlova § 4-1 andre ledd legg avgjerdkompetansen for nasjonale smitteverntiltak til Helsedirektoratet, må denne heimelen tolkast i lys av Grunnlova § 28, som krev at alle «viktige saker» skal avgjerast av regjeringa i statsråd. Vedtaka til Helsedirektoratet 12. og 15. mars var tvillaust «viktige saker», som etter Grunnlova skulle ha blitt behandla og avgjort av regjeringa i statsråd. Denne feilen skuldast langt på veg utforminga av smittevernlova § 4-1 andre ledd, som på dette punktet er mangelfullt grunnlagt av lovgivar og klårt i utakt med lovverket elles. Utgreiinga føreslår å endre smittevernlova § 4-1 andre ledd etter mønster frå helseberedskapslova, slik at regjeringa må bestemme innføring av nasjonale smitteverntiltak, medan departementet eller Helsedirektoratet kan ta avgjerd i hastesaker.

Utgreiinga tilrår vidare at derogasjonsheimelen i smittevernlova § 7-12 blir revidert og utforma meir presist.

Utgreiinga viser til at bruken av høyringar i samband med forskriftene gitt i medhald av koronalova bidrog til å gi tiltaka legitimitet og til å kvalitetssikre dei. Derimot vart ikkje dei meir inngrepande forskriftene som vart gitt i medhald av smittevernlova § 7-12 underkasta høyringar. Bruken av høyringar bør ikkje vere avhengig av heimelslova, men vere styrt av behovet for å kvalitetssikre forskriftene og gi tiltaka legitimitet.

Utgreiinga tilrår også at kompetansefordelinga mellom statlege styresmakter og kommunane etter smittevernlova § 4-1 blir avklara slik at ein unngår motstridande tiltak på lokalt og nasjonalt nivå. Dei såkalla «søringkarantenene» illustrerer problemet.

Når det gjeld domstolane, konkluderer utgreiinga med at domstolskontrollen med forskrifter etter koronalova formelt vart styrka, men at den aldri vart sett på prøve i praksis. Derimot finn utgreiinga alvorlege manglar i lovverket når det gjeld avgjerda om å stenge eller vesentleg redusere saksavviklinga i domstolane som følgje av smitteverntiltaka. Lovverket er uklårt og mangelfullt, noko som skapar uklåre kompetanseforhold og styringsliner mellom Domstolsadministrasjonen sentralt, dei ulike domstolsleiarane og dei einskilde dommarane. Resultatet var at tilgangen til domstolane i dei kritiske vekene i mars og april var ulik rundt om i landet og på ulike nivå i domstolshierarkiet. Utgreiinga viser til at spørsmålet om stenging av domstolane er eit viktig prinsipielt spørsmål, og at det statsrettsleg er tvilsamt om domstolane i det heile kan stenge eller vesentleg redusere kapasiteten i ein krisesituasjon når behovet for domstolskontroll er størst.

3. Generelt om regulering av kriser

3.1.1. Innleiing

I denne delen skal eg gjere greie for nokre overordna rettslege rammer styresmaktene handtering av kriser generelt. Føremålet er å setje drøftinga og vurderinga av styresmaktene handtering av Covid-19 inn i ein breiare rettsleg samanheng.

3.1.2. Reguleringsmodellar

I faglitteraturen vert det skild mellom to modellar for korleis statane regulerer fullmakter til krisehandtering.¹ I den eine modellen («executive model») er den utøvande makta tildelt kompetanse til å handtere kriser. I den andre modellen («legislative model») er det parlamentet som utformar, innfører og fører tilsyn med krisefullmaktene, som blir sette i verk og handheva av den utøvande makta. I Noreg finn vi døme på begge modellane i samband med Covid-19.

Det norske lovverket byggjer hovudsakleg på den utøvande modellen, der ei rekkje sektorlover og nokre sektorovergripande lover utstyrer regjeringa med særskilte beredskapsfullmakter for å løyse ulike typar kriser eller usedvanlege situasjonar i fredstid og i krigstid. Ei samla og nyleg oversikt over det norske beredskapsregelverket er gitt i NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*.² Helseberedskapslova er døme på ei sektorfullmaktslov som Kongen i statsråd kan aktivere ved kriser i fredstid og i krigstid for å sikre naudsynt helsehjelp og sosiale tenester. I samband med Covid-19 vart helseberedskapslova nytta til å innføre utreiseforbod for helsepersonell og tiltak for å sikre forsyninga av legemidlar og medisinsk utstyr.³ Smittevernlova er døme på ei lov som er sektorovergripande, ved at den heimlar tiltak på tvers av alle felt og overfor både offentlege og private verksemdar og privatpersonar. Smittevernlova er særmerkt ved at fullmakter og oppgåver er fordelt på ei lang rekkje kommunale og statlege aktørar. Det norske beredskapsregelverket er ikkje systematisk eller samla i éi lov. Samfunnskritiske funksjonar som stortingsval og domstolane saknar særskilt regulering av krisesituasjonar.⁴

I samband med Covid-19 vart også den lovgivande modellen brukt for å møte behova som krisa reiste. Koronalova, som Stortinget vedtok 27. mars, var ei sektorovergripande og mellombels fullmaktslov som vart utforma med sikte på å gjere regjeringa i stand til å løyse konkrete oppgåver i samband med Covid-19.

¹ Sjø David Dyzenhaus, «States of Emergency», i: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, redigert av M. Rosenfeld og A. Sajó, Oxford 2012, s. 442.

² Sjø NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*, s. 59 flg.

³ Sjø respektive forskrift 27. mars nr. 470 om smitteverntiltak mv. ved koronautbrotet (covid-19.forskrifta) § 17 jf. helseberedskapslova §§ 4-1 og 4-2 og forskrift 6. mars nr. 239 om tiltak for å sikre forsyninga av legemidlar, medisinsk utstyr og personleg verneutstyr som følgje av utbrotet av koronaviruset, jf. helseberedskapslova §§ 5-2 og 6-2.

⁴ Beredskapsfullmakter for gjennomføring av stortingsval er føreslått av Vallovutvalet i framlegg til ny vallov, sjå NOU 2020: 6, *Frie og hemmelige valg*, s. 318-327. For domstolane, sjå punkt 6.2.

Tiltaka til styresmaktene bygde både altså på det eksisterande beredskapsregelverket og nye beredskapsreglar utforma særskilt for Covid-19-situasjonen.

3.1.3. Reguleringsnivå – grunnlov, lov, naudrett

Korleis ulike land regulerer fullmakter og tiltak i ulike typar krisesituasjonar varierer. Dei aller fleste konstitusjonane i verda inneheld reglar som set rettslege rammer for handlingsrommet til staten i krisesituasjonar.⁵ Noreg skil seg såleis frå dei fleste land ved at Grunnlova ikkje regulerer kriser som krev mellombels unnatak frå maktfordelinga eller menneskerettane.⁶ I 2014 avviste Stortinget eit framlegg frå Menneskerettsutvalet om ei særskilt føresegn i Grunnlova med vilkår for å fråvike menneskerettane «naar en bekjendtgjort Krigs- eller Krisetilstand gjør det aabenbart nødvendigt for at sikre Demokratiet, Retsstaten eller Rigets Existens».⁷

Innhaldet i og omfanget av den konstitusjonelle reguleringa av kriser varierer mykje frå stat til stat.⁸ Typiske krisefullmakter er mellombels lovgivingskompetanse for den utøvande makta og særlege avgrensingar eller suspensjon av grunnlovsbestemte rettar. Typiske kontrollmekanismar er førehands- eller etterhandsgodkjenning av parlamentet og domstolskontroll. Nokre land, som Frankrike, tillét regjeringa eller presidenten å formelt erklære unnatakstilstand, noko som utløyser særlege mellombelse fullmakter til å innskrenke grunnlovsbestemte rettar og i nokre høve gjere unnatak frå maktfordelinga.⁹ Andre land, som

⁵ Om lag ni av ti grunnlover inneheld reglar om kriser, sjå Christian Bjørnskov og Stefan Voigt, «The architecture of emergency constitutions», i: *International Journal of Constitutional Law*, 2018, Vol. 16 No. 1, s. 101-127.

⁶ Sjø likevel Grunnlova § 68, som seier at Stortinget skal samlast i ein annan by enn hovudstaden ved «usedvanlege omstende, så som fiendsleg åtak eller smittsam sjukdom». Grunnlova § 25 tredje ledd krev heimel i lov for bruk av militær makt mot innbyggjarane, noko som er meir aktuelt i ein krisesituasjon enn elles, sjå beredskapslova § 6. I samband med framlegg til ny vallov har Vallovutvalet føreslått å grunnlovsfeste ein beredskapsheimel for stortingsval med høve til utsetjing, forlenging eller omval dersom «det har skjedd noko ekstraordinært som gjer at ein vesentleg del av veljarane kan bli hindra frå å røyste», sjå NOU 2020: 6, *Frie og hemmelige valg*, s. 318-327. Framlegg til ny § 54 er sett fram i Dokument 12:11 (2019-2020).

⁷ Sjø Dokument 16 (2011-2012), *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, s. 98. I juridisk teori har det blitt føreslått ein allmenn derogasjonsregel i Grunnlova og som krev medverknad frå Stortinget, sjå Eirik Holmøyvik og Jørgen Aall, «Grunnlovsfesting av menneskerettane», i: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 327-374 på s. 362-366.

⁸ For ei oversikt over modellar og variablar i konstitusjonell kriseregulering, sjå Andras Sajó og Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford 2017 s. 419-433.

⁹ Den franske grunnlova av 1958 art. 36 gir regjeringa kompetanse til å erklære militær unnatakstilstand (état de siège), medan art. 16 gir presidenten eksepsjonelle fullmakter («pouvoirs exceptionnels») til gjere alle naudsynte tiltak for å avverje alvorlege trugslar mot institusjonane til republikken, statens sjølvstende, territorial integritet, eller internasjonalt samarbeid. Sivil unnatakstilstand (état de urgence) er regulert i lov, sjå loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. I samband med Covid-19, vart det gitt ei særskilt lov om covid-19-unnatakstilstand, sjå loi no 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

Finland, regulerer unntakstilstanden negativt, ved å tillate unntak, også kalla *derogasjon*, frå grunnleggjande menneskerettar i krig eller andre alvorlege krisesituasjonar.¹⁰

Også dei sentrale internasjonale menneskerettskonvensjonane inneheld føresegner som regulerer i kva tilfelle og på kva vilkår statane kan gjere unntak frå pliktene etter konvensjonane. Både FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar art. 4 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 15 opnar for derogasjon frå menneskerettane ved kriser «threatening the life of the nation», med unntak av visse rettar, som torturforbodet. I samband med Covid-19 har ti medlemsland i Europarådet gitt melding om derogasjon etter EMK art. 15.¹¹

I praksis vil statar som har reglar om krisefullmakter i konstitusjonen også regulere innhaldet i og utøvinga av desse på lovs nivå. Kva nivå i regelhierarkiet ein gjer reguleringa på vil kunne påverke handlingsrommet til styresmaktene. Regulering i konstitusjonen opnar for å gjere unntak frå både menneskerettar og maktfordelinga i større omfang enn det som er mogleg på lovs nivå. Grunnen er at parlamentet i lov ikkje kan gripe inn i og setje til side institusjonelle ordningar, prosedyrar og rettar som følgjer av konstitusjonen. Den norske modellen med å ikkje regulere krisefullmakter i Grunnlova, har altså den praktiske konsekvensen at Stortinget som lovgivar ikkje kan utforme krisefullmakter som gjer unntak frå reglar i Grunnlova, anten det er reglar om maktfordelinga, prosessuelle reglar og eller reglar som gir innbyggjarane rettar og fridomar. Om dette er ein føremon eller ei ulempe kjem an på auga som ser og den konkrete situasjonen. Det som er klårt er at fordi norsk rett ikkje kjenner fenomenet unntakstilstand, får styresmaktene større press på seg til å handtere krisa innanfor det normale konstitusjonelle rammeverket og grensene det set for inngrep i både Stortingets lovgivingskompetanse og dei grunnleggjande rettane og fridomane til innbyggjarane.

Den praktiske skilnaden mellom krisefullmakter regulert i grunnlov og lov må likevel ikkje overdrivast. For det fyrste kan parlamentet i lov delegere til regjeringa kompetanse til å endre,

¹⁰ Sjøå Finlands grundlag 23 §. I tillegg har Finland ei generell beredskapslov frå 2011 som gir regjeringa kompetanse til å endre, supplere eller fråvike lover. Denne lova har ikkje formelt grunnlovs rang, men då den gjer unntak frå konstitusjonen, vart lova i medhald av finsk praksis om unntak frå konstitusjonen, vedteken ved bruk av prosedyren for endring av konstitusjonen. Sjøå nærare i Anna Jonsson Cornell og Janne Salminen, «Emergency Laws in Comparative Constitutional Law – The Case of Sweden and Finland», i: German Law Journal, Vol. 19. Nr. 2 2018, s. 219-249 på s. 237 flg.

¹¹ Albania, Armenia, Estland, Georgia, Latvia, Nord-Makedonia, Moldova, Romania, San Marino og Serbia. Sjøå oversikta på <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>.

supplere og fråvike lover. I Noreg er dette gjort på helseområdet både i smittevernlova § 7-12 og i helseberedskapslova § 6-2. I dei fleste tenkelege tilfelle er slik lovbestemt delegering truleg tilstrekkeleg og gir samstundes Stortinget kontroll med lovgivingsfullmaktene til regjeringa. Stortingets kompetanse etter Grunnlova til å delegere lovgivande makt er likevel ikkje uavgrensa. Som eg skal kome tilbake til i samband med koronalova i punkt 4, er Covid-19 eit døme på ein situasjon som testa grensene for Stortingets kompetanse til å fråvike maktfordelinga i Grunnlova gjennom lov. Også domstolanes handtering av Covid-19 reiser spørsmål om i kor stor grad den grunnlovbestemte domstolskontrollen med forvaltningsvedtak kan reduserast som følgje av smitteverntiltak, sjå punkt 6.2.

For det andre er det ikkje ei skarp grense mellom unnatak på grunnlag av formell derogasjon frå Grunnlova og innskrenkande eller utvidande tolking av Grunnlova. Det same gjeld internasjonale menneskerettskonvensjonar. I tolkinga av føresegner i Grunnlova og i internasjonale menneskerettskonvensjonar vil dei faktiske tilhøva vere eit relevant moment. I ein krisesituasjon vil difor styresmaktene kunne ha eit noko større handlingsrom innanfor dei gjeldande reglane enn i ein normalsituasjon.¹²

Trass i at Grunnlova ikkje inneheld heimlar kompetanse frå å gjere unnatak frå seg sjølv, er det i praksis lagt til grunn at slike unnatak kan gjerast på grunnlag av ulovfesta *konstitusjonell naudrett*. Ved fleire høve i norsk forfatningshistorie har naudrettsleg argumentasjon blitt brukt for å legitimere unnatak frå konstitusjonelle reglar.¹³ Stortinget legitimerte ei rekkje endringar i Grunnlova hausten 1814 og hausten 1905, utan å følgje prosedyren for grunnlovendring, med den usedvanlege situasjonen ved respektive inngåinga og oppløysinga av unionen med Sverige.¹⁴ Naudrett vart vist til, men ikkje gitt avgjerande vekt av Riksretten i samband med riksrettssaka mot regjeringa Berge i 1926-1927, som i samband med bankkrisa i 1923 hadde løyvd eit innskot i Handelsbanken utan at Stortinget medverka slik Grunnlova kravde. Det mest kjende dømet på konstitusjonell naudrett er Elverumsfullmakta 9. april 1940, der Stortinget, så

¹² Sjø plenumsdommen i Rt. 1962 s. 362 (Gullklausul-dommen) for eit døme på naudrettsleg argumentasjon for å tolke Stortingets lovgivingskompetanse utvidande i relasjon til forbodet mot tilbakeverkande lover i Grunnlova § 97.

¹³ For ei historisk oversikt, sjå Dag Michalsen, «Unntakstilstand og forfatning: En introduksjon», i: *Unntakstilstand og forfatning: Brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett*, Oslo 2013, s. 11-41.

¹⁴ Justisminister Hagerup-Bull erklærte overfor Stortinget i 1905 at ein handla i kraft av «nødvendighedens mandat», sjå J. V. Heiberg, *Unionens opløsning* 1905, Kristiania 1906, s. 987. Sjø vidare i Eirik Holmøyvik, «§ 121», i: *Grunnloven. Historisk kommentarutgave 1814-2020*, redigert av Ola Mestad og Dag Michalsen, Oslo 2021.

lenge okkupasjonen varte, overdrog fullmaktene sine etter Grunnlova til regjeringa.¹⁵ Dette dømet er også illustrerende for det uskarpe skiljet mellom konstitusjonell naudrett og grunnlovtolking. Lovene regjeringa gav under krigen vart heimla i Grunnlova § 17, som gir regjeringa kompetanse til å gi provisoriske lover om offentlig forvaltning når Stortinget ikkje er samla. Etter krigen konkluderte Høgsterett med at desse lovene gjekk langt ut over rammene av regjeringas kompetanse etter § 17, men at dei likevel var gyldige som følgje av den usedvanlege situasjonen.¹⁶

Dei kjende døma på konstitusjonell naudrett har alle heimla unnatak frå maktfordelinga i Grunnlova eller prosessuelle reglar. Det er meir usikkert om og i kva grad konstitusjonell naudrett kan heimle unnatak frå dei grunnlovfesta menneskerettane. Spørsmålet var diskutert i samband med landssvikoppgjeret og beredskapslova i 1950, men er ikkje avklara.¹⁷ I lys av rettsutviklinga dei siste åra kan ein stille spørsmål ved om ulovfesta konstitusjonell naudrett kan oppfylle det grunnleggjande vilkåret til klår og presis lovheimel for inngrep i menneskerettane. Dessutan har Høgsterett lagt til grunn at ei rekkje av menneskerettane i Grunnlova skal tolkast i samsvar med parallelle rettar i EMK, der nokon ikkje kan derogera frå etter EMK art. 15.¹⁸ For styresmaktene er det til lita nytte å kunne gjere unnatak frå forbodet i Grunnlova § 93 mot umenneskeleg eller nedverdiggande behandling for å kunne heimle særskild inngripande isolasjon eller behandling i ein pandemisituasjon, når det same forbodet i EMK art. 3 gjeld som norsk lov og det etter art. 15 er ein absolutt rett som det ikkje under nokon omstende kan gjerast unnatak frå.

¹⁵ Sjå Dokument nr. 2 (1945), Stortingsmøter på Hamar og Elverum tirsdag den 9. april 1940, s. 749. Stortingspresident Carl Joachim Hambro formulerte fullmakta som ei «generalfullmakt ... [for] å vareta rikets interesser og treffe de avgjørelser og beføyelser på Stortingets og Regjeringens vegne, som må anses for påkrevd av hensyn til landets sikkerhet og framtid.» Elverumsfullmakta vart akseptert av Høgsterett, sjå Rt. 1945 s. 13 (Haaland) («selve situasjonen i 1940 skapte tvingende nødvendighet for ekstraordinære konstitusjonelle beføyelser»). Beredskapslova av 1950 er langt på veg heimla i konstitusjonell naudrett og gir i § 1 tilsvarande fullmakter som Elverumsfullmakta.

¹⁶ Sjå avgjerda til Høgsterett 6. august 1945, referert i Arne Fliflet, *Grunnloven. Kommentartutgave*, Oslo 2005, s. 135. Dette synspunktet vart stadfesta av Høgsterett i Rt. 1945 s. 13 (Haaland).

¹⁷ Sjå nærare diskusjonen i Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett. Sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 15*, Oslo 1998, s. 145 flg.

¹⁸ Spørsmålet er ikkje løyst i høgsterettspraksis, og det er ikkje drøfta i førearbeida til grunnlovrevisjonen i 2014. Menneskerettsutvalet tok ikkje opp problemstillinga då det føreslo å grunnlovfeste ein eigen derogasjonsheimel i Grunnlova som langt på veg sikra parallellitet med EMK og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar, sjå Dokument 16 (2011-2012), *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, s. 96-98.

Ei grunnleggjande utfordring med bruk av konstitusjonell naudrett er at vilkåra og grensene for den er uklære.¹⁹ Stats- og rettspraksis er for sparsam til å trekke sikre slutningar. I juridisk teori har det likevel over lang tid vore brei semje om at det i alle høve må vere snakk om ein naudstilstand som trugar vitale samfunnsinteresser og som gjer det naudsynt å fråvike reglar i Grunnlova.²⁰ I tillegg er det eit krav om proporsjonalitet, noko som krev at styresmaktene må velje det minste inngrepet i Grunnlova som kan avverje faren. I dette ligg det òg at tiltaka må vere mellombelse inntil det er mogleg å følgje reglane i Grunnlova.

Konstitusjonell naudrett har så vidt eg er kjend med ikkje blitt nytta eller forsøkt nytta som rettsgrunnlag for tiltak mot Covid-19 våren 2020. Etter mitt syn var utbrotet av Covid-19, trass i alvorlet og den usikre situasjonen rundt 12. mars, langt unna å oppfylle vilkåra for konstitusjonell naudrett. Stortinget var ikkje sett ut av spel, og det dågjeldande beredskapsregelverket saman med koronalova gav regjeringa vide fullmakter til å nedkjempe utbrotet av Covid-19. Eg vil også leggje til at bruk av eit såpass usikkert og uklårt rettsgrunnlag for inngripande tiltak overfor innbyggjarane og bedrifter, lett kunne ført til spørsmål om dei rettslege verkemidla stod i samsvar med krisa og slik sådd tvil om intensjonane til styresmaktene.

3.1.4. Internasjonale standardar

Det rettslege handlingsrommet til styresmaktene når det gjeld smitteverntiltak overfor innbyggjarane er avgrensa av forpliktande internasjonale menneskerettskonvensjonar, i fyrste rekke EMK. Når det gjeld institusjonelle spørsmål knytt til krisesituasjonar, slik som endringar i maktfordelinga eller arbeidsmåtane til institusjonane, er det internasjonale regelverket langt meir sparsamt. For domstolane stiller EMK art. 6 visse krav til organiseringa for å sikre at domstolane er sjølvstendige og upartiske og for å sikre offentleg rettargang innan rimeleg tid. Eg kjem tilbake til desse krava i punkt 6.2.3. Ut over dette er der få rettsleg bindande internasjonale normer om institusjonane i ein krisesituasjon som Covid-19.

¹⁹ Sjå inngåande om teori og praksis i Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett. Sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 15*, Oslo 1998.

²⁰ Sjå særleg Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, tredje utgåve, bind 2, Oslo 1964, s. 350 flg., Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, ellefte utgåve, Oslo 2017, s. 659 flg., og Ola Rambjør Heide, *Konstitusjonell nødrett. Sett i lys av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 15*, Oslo 1998. Noko meir kritisk: Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, fjerde utgåve, Bergen 2017, s. 300-302.

For medlemsstatane i Europarådet, mellom dei Noreg, finst likevel ei rekkje ikkje-bindande tilrådingar for rettsstatleg og demokratisk «beste praksis». Eit ekspertorgan under Europarådet, Venezia-kommisjonen, har utarbeidd ein rapport med tilrådingar for å sikre at statanes handtering av Covid-19 ikkje bryt med rettsstatlege prinsipp.²¹ Utgangspunktet til Venezia-kommisjonen er at alle kriser som utløyser usedvanlege fullmakter til den utøvande makta og aktiverer usedvanlege reglar, må handterast innanfor rammene av rettsstaten. Det krev at styresmaktenes handtering av krisa skjer på grunnlag av og innanfor eit rettsleg rammeverk underlagt domstolskontroll.²² Vidare framhevar Venezia-kommisjonen ei rekkje rettsstatlege prinsipp som bør styre styresmaktenes handtering av krisa.²³

- Alle tiltak må vere *naudsynste* for å overvinne krisesituasjonen.
- Alle tiltak må vere *proporsjonale* med det legitime føremålet dei skal oppnå, både i styrke og geografisk verkeområde.
- Alle tiltak må vere *mellombelse* og må opphevast straks krisesituasjonen er over.
- Alle tiltak og bruk av usedvanlege fullmakter må vere *underlagt effektiv parlamentarisk kontroll og domstolskontroll*.
- *Regelverket for krisehandteringa må vere føreseieleg*, helst grunnlovfesta, og helst vedteke av parlamentet under normale tilhøve gjennom vanlege lovgivingsprosedyrar.
- Alle statlege og lokale offentlege institusjonar bør *samarbeide lojalt* for å sikre effektiv og koordinert krisehandtering og likebehandling av innbyggjarane.

Desse prinsippa kan vere eit godt utgangspunkt for ei rettsstatleg vurdering av tiltaka som vart sette inn mot Covid-19 og det rettslege og institusjonelle rammeverket for desse tiltaka. Mi vurdering er at handteringa til dei norske styresmaktene og regelverket i det store og det heile var godt i samsvar med dei rettsstatlege krava til Venezia-kommisjonen. Eg har rett nok ikkje undersøkt konkrete tiltak frå eit menneskerettsleg perspektiv, og som eg skal kome tilbake til har styresmaktenes handtering av Covid-19 avdekka manglar i lovverket på viktige område. Prinsippet om lojalt samarbeid mellom institusjonane kan også seiast å ha blitt sett på prøve i

²¹ Sjå Venice Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections.

²² Sjå Venice Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 9.

²³ Sjå Venice Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 10-16.

striden mellom statlege og kommunale styresmakter om lokale karantenepåbod for tilreisande, sjå punkt 5.5.

4. Koronalova

4.1. Innleiing

Smitteverntiltaka som vart innført 12. mars 2020 mot utbrotet av Covid-19 fekk ei rekkje negative konsekvensar for næringslivet, innbyggjarane og samfunnet elles. Tiltak for å avhjelpe desse konsekvensane kravde i mange tilfelle lovendringar. For å sikre at slike lovendringar kom på plass raskt, vedtok Stortinget 27. mars ei mellombels lov om forskriftsheimel for å avhjelpe konsekvensar av utbrot av Covid-19 mv. (koralova).²⁴ Denne lova gav regjeringa kompetanse til å gi forskrifter som endra, supplerte eller fråveik eksisterande lover. Koronalova vart forlenga éin gong og oppheva 27. mai.

I denne delen skal eg drøfte visse statsrettslege problemstillingar knytt til koronalova. Fyrst skal eg drøfte lovforslaget til regjeringa og den endelege koronalova i lys av både norsk statsrett og internasjonale standardar. Perspektivet er rettsstatleg og spørsmålet er om delegeringa av lovgivingskompetanse til regjeringa var tilstrekkeleg avgrensa og kontrollmekanismane tilstrekkeleg effektive til å forsvare ei så markert skipling av maktfordelinga i Grunnlova. Deretter skal eg sjå nærare på visse sider ved koronalova som kan vere læringspunkt for framtida. Dette gjeld omstende ved lovprosessen, behovet for ei brei fullmaktslov, rolla til Stortinget i krisesituasjonar, tilhøvet mellom kriselovgivning og folkeretten og behovet for «modellover» i krisesituasjonar.

4.2. Rettslege utgangspunkt

4.2.1. Norsk rett

Det klare rettslege utgangspunktet er at Stortinget kan delegera lovgivande kompetanse etter Grunnlova § 75 bokstav a til regjeringa. Dette utgangspunktet er ikkje omstridd, men historisk

²⁴ Sjø midlertidig lov 27. mars 2020 nr. 17 om forskriftshjemmel for å avhjelpe konsekvensar av utbrudd av Covid-19 mv. (koralova).

har det vore omdiskutert kor omfattande delegeringa av lovgivande kompetanse kan vere.²⁵ Høgsterett godtok i to plenumsdommar på 1950-talet vidtgående delegering av kompetansen til å påleggje avgifter, og uttalte i denne samanhengen at Stortinget måtte stå nokså fritt til å delegere sine kompetansar.²⁶ I dag er det brei semje om at Stortinget har vid kompetanse til å delegere lovgivande kompetanse til regjeringa.²⁷ Dette omfattar ikkje berre kompetanse til å gi forskrifter med reglar som supplerer lover, men også reglar som endrar eller fråvikar lover (derogasjon). Beredskapslova § 3, smittevernlova § 7-12 og helseberedskapslova § 6-2 er døme på lover som gir regjeringa kompetanse til å fråvike andre lover, sjå også punkt 5.4.2. I dag er det vanleg å rekne som ein del av Stortingets kompetanse til å gi lover at Stortinget også kan bestemme at det nærare innhaldet i lova kan utformast av andre. Det er unnataka frå dette utgangspunktet som krev særskilt grunngiving.²⁸

Kvar grensene går for delegering av lovgivande kompetanse til regjeringa, eller om det i det heile er slike grenser, er meir usikkert.²⁹ Prinsipielt kan ein argumentere for at Stortinget må stå heilt fritt til å delegere så lenge dette er uttrykk for viljen til det øvste demokratiske organet i staten og Stortinget når som helst kan oppheve fullmaktene til regjeringa.

Lovgivingspraksis gir visse haldepunkt for at høvet til delegering må vere særleg vidt i krisesituasjonar. Både beredskapslova § 3 og smittevernlova § 7-12 inneheld generelle og uavgrensa heimlar for regjeringa til å endre, supplere og fråvike lover for å avverje faren. Også i den eine plenumsdommen frå 1950-talet la Høgsterett vekt på at det var snakk om ei mellombels kriselov.³⁰ Det er også viktig å peike på at domstolane generelt vil vere atterhaldne med å overprøve vurderingane til Stortinget når det gjeld kompetansefordelinga overfor regjeringa.³¹

²⁵ Spørsmålet var særleg omdiskutert mellom 1945 og 1953 i samband med vedtakinga av beredskapslova og ei rekkje andre vidtrekkande fullmaktslover, sjå nærare Francis Sejersted, *Demokrati og rettsstat*, Oslo 2001, s. 310-346.

²⁶ Sjø Rt. 1952 s. 1089 (Kvalolje) på s. 1098 og Rt. 1956 s. 952 (Treforedling) på s. 960.

²⁷ Sjø til dømes Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, ellefte utgåve, Oslo 2018, s. 174-176, Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, fjerde utgåve, Bergen 2017, s. 210-212, Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, ellefte utgåve, Oslo 2017, s. 288-289, Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965, s. 46 flg., Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, tredje utgåve, bind 2, Oslo 1964, s. 48-51.

²⁸ Sjø slik Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, fjerde utgåve, Bergen 2017, s. 211 og Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965, s. 64-65.

²⁹ Visse grenser følgjer av Grunnlova. Dette er i fyrste rekke formkrava til vedtak om suverenitetsoverføring etter § 115 og grunnlovvedtak etter § 121. Vidare blir det strafferettslege legalitetsprinsippet i § 96 rekna for å vere til hinder for at regjeringa kan påleggje straff gjennom forskrifter.

³⁰ Sjø Rt. 1956 s. 952 (Treforedling) på s. 960.

³¹ Sjø Rt. 1952 s. 1089 (Kvalolje), Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) og Rt. 1996 s. 1415 (Borthen).

I norsk statsrettsleg teori er det hevda at det vil stri mot bindande føresetnader i Grunnlova om Stortinget, så lenge det sjølv er i stand til å fungere, delegerer til regjeringa heile eller omfattande delar av lovgivingsmakta utan sakleg avgrensing, til dømes av situasjonen eller føremålet.³² Synspunktet er at Grunnlova føreset ei maktfordeling mellom den lovgivande og den utøvande makta, og at Stortinget ikkje kan bryte denne føresetnaden ved å avsetje seg sjølv som lovgivande makt. Samstundes er det vanskeleg å seie sikkert kvar grensa går mellom fornuftig og naudsynt arbeidsdeling mellom Stortinget og regjeringa med tanke på regelproduksjon og grunnlovstridig maktkonsentrasjon hos regjeringa.

Sjølv om dei rettslege grensene for Stortingets delegeringskompetanse er usikre, kan vi utleie visse grenser for *forsvarleg* delegering ut frå allmenne rettsstatlege føremål som å hindre maktmisbruk og sikre forsvarleg saksbehandling, mindretalsrettar og offentlegheit. Eit krav om sakleg avgrensing av regjeringas lovgivingskompetanse kan grunnleggjast med at domstolane og Stortinget må kunne føre kontroll med om regjeringa går ut over fullmakta. Slik kontroll med at offentleg maktutøving skjer innanfor rettslege rammer, er grunnleggjande i ein rettsstat.

4.2.2. Internasjonale standardar

Det finst ingen rettsleg bindande internasjonale standardar for delegering av lovgivingsmakt. Når det gjeld inngrep overfor individet, set likevel kravet til klårt og presist heimelsgrunnlag etter EMK visse grenser for omfattande delegering.

For medlemsstatane i Europarådet, mellom dei Noreg, finst likevel ei rekkje ikkje-bindande tilrådingar for rettsstatleg og demokratisk «beste praksis» når det gjeld tilhøvet mellom parlamentet og regjeringa. Ein viktig rettsstatsstandard innanfor Europarådet er Venezia-kommisjonens *Rule of Law Checklist* frå 2016.³³ *Rule of Law Checklist* stiller visse minimumskrav til både fullmaktslover i seg sjølv og til kontrollmekanismer. Når det gjeld lover som i krisesituasjonar gjer unntak frå (derogerer) frå den vanlege maktfordelinga, er minimumskravet at lova må vere 1) tidsavgrensa, 2) vere situasjonsavgrensa og 3) ha eit

³² Sjø Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965 s. 74 og 268, og Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, ellefte utgåve, Oslo 2017, s. 289. Også proposisjonen til vidareføringa av koronaloa viser til dette synspunktet, sjå Prop.76 L (2019-2020), s. 18.

³³ Sjø Venice Commission, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*, II.A.6 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)). *Rule of Law Checklist* har fått tilslutnad frå både Ministerkomiteen og Parlamentarikarforsamlinga i Europarådet.

avgrensa føremål. Når det gjeld kontroll, må lova opne for parlamentarisk kontroll og domstolskontroll av både eksistensen av og lengda av ein krisesituasjon og rekkevidda av derogasjonen.

I samband med Covid-19, har som nemnt Venezia-kommisjonen utarbeidd ein rapport med tilrådingar for å sikre at statanes handtering av Covid-19 ikkje bryt med rettsstatlege prinsipp.³⁴ I denne samanhengen har Venezia-kommisjonen framheva farane for maktkonsentrasjon ved delegering av lovgivingskompetanse til regjeringa. Dersom statane likevel delegerer lovgivingskompetanse til regjeringa som ein del av krisehandteringa, har Venezia-kommisjonen lagt vekt på at utforminga av slike fullmaktslover må finne ein balanse mellom parlamentets herredøme over lovgivinga og behovet for raske og effektive tiltak. I slike tilfelle tilrår Venezia-kommisjonen at lovgivingsfullmakter til regjeringa blir kombinerte med anten etterfølgjande samtykke frå parlamentet innan kort tid, eller at parlamentet blir gitt høve til å avvise føreslåtte forskrifter.³⁵

I samband med Covid-19, har Venezia-kommisjonen også tilrådd at prosedyrar for vedtaking av krisetiltak så langt som mogleg er «inclusive for civil society, either before the proposal reaches the parliament or simultaneously as the proposal is discussed in the parliament. In both cases, sufficient time has to be made available.»³⁶ I tillegg seier Venezia-kommisjonen at alle statar bør ha ein mekanisme i lovgivingsprosessen som opnar for å problematisere om dei føreslåtte reglane er eigna til å løyse, forbetre eller forverre problemet dei er retta mot.³⁷ Fleire europeiske land held seg med konstitusjonsdomstolar eller andre juridiske organ som vurderer innhaldet i eller den lovtekniske kvaliteten på lover før dei vert sette i kraft. I Noreg er det høyringsordninga som normalt oppfyller denne funksjonen for lover og forskrifter.

I andre samanhengar har Venezia-kommisjonen ei rekkje gongar kritisert omfattande lovgiving gjennom forskrifter eller dekret frå regjeringa, eller lovgiving gjennom hasteprosedyrar, med grunngeving at det er ei krise eller ein usedvanleg situasjon, når føremålet er å omgå den

³⁴ Sjø Venezia Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections.

³⁵ Sjø Venezia Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 71.

³⁶ Sjø Venezia Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 77.

³⁷ Sjø Venezia Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 67.

lovgivande forsamlinga.³⁸ Kommisjonen peikar på at slik omgåing av den lovgivande forsamlinga undergrev maktfordelinga og demokratiet.

4.3. Lovforslaget til regjeringa

I ekstraordinært statsråd 18. mars 2020 la regjeringa fram eit forslag til ei mellombels lov om forskriftsheimel for å avhjelpe konsekvensar av utbrot av Covid-19 mv. Regjeringa døypte sjølv lova koronalova.

I proposisjonen peikte departementet på at dei eksisterande fullmaktene i lovgivinga, til dømes smittevernlova, ikkje gav tilstrekkeleg klår heimel for å setje i verk naudsynte tiltak for å avhjelpe dei økonomiske og sosiale skadeverknadane av tiltaka mot Covid-19.³⁹ Ei rekkje slike tiltak kravde raske endringar i gjeldande lover. Som døme viste departementet mellom anna til reglar om bruk av arbeidskraft, inntektssikring for sjølvstendig næringsdrivande, trygdeytningar og saksbehandlingsreglar i NAV og i forvaltningslova generelt, tiltak innanfor justissektoren, unntak frå plan- og bygningslovgivinga, endringar av fristreglar i pasient- og brukarrettslova, overfor samanslutningar og tinglysing, og tilpassing av lovverket i utdanningssektoren grunna stenginga av utdanningsinstitusjonane.

Lovforslaget til regjeringa gjekk ut på at denne skulle få ei generell fullmakt til å gi mellombelse forskrifter for å «utfylle, supplere eller fravike gjeldende lovgivning så langt det er nødvendig for å ivareta lovens formål» (§ 2). Føremålet med lova var definert i § 1, som hadde slik ordlyd:

«Loven skal legge til rette for forsvarlige og effektive tiltak som er nødvendige for å begrense forstyrrelsen av normale samfunnsfunksjoner som følge av utbruddet av Covid-19, og for å avhjelpe negative konsekvenser for befolkningen, næringslivet, offentlig sektor og samfunnet for øvrig.»

Når det gjeld avgrensingar og tryggingmekanismar for å hindre misbruk, var lovforslaget til regjeringa bygd over same lest som Beredskapslovutvalets forslag til ein generell

³⁸ Sjå til dømes Venice Commission, CDL-AD(2019)014, Opinion on Romanian Emergency Ordinances Geo No. 7 And Geo No. 12 Amending the Laws of Justice, avsn. 9-21, med vidare referansar. Sjå også Venezia-kommisjonens rapport frå 26. mai 2020 i samband med Covid-19: CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 64.

³⁹ Sjå Prop.56 L (2019-2020).

beredskapsheimel i NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*. Både lova og forskriftene skulle ha ei lengd på seks månader og deretter opphevast automatisk (§ 6). Vidare kunne ingen forskrifter fråvike reglar i Grunnlova og innskrenking av rettar kunne berre gjerast så langt det var i samsvar med Grunnlova og menneskerettslova (§ 2). Til slutt inneheldt lovforslaget ein viktig mindretalsgaranti, ved at Stortinget med minst ein tredjedel av røystene kunne gjere vedtak som oppheva heilt eller delvis forskrifter gitt av regjeringa med heimel i koronalova (§ 5).

Lovforslaget til regjeringa må isolert sett seiast å vere velegna for å oppfylle føremålet med å avhjelpe dei negative økonomiske og sosiale konsekvensane av smitteverntiltaka i samband med Covid-19. Regjeringa fekk frie hender til å gjere regelendringar utan å gå vegen om Stortinget. Problemet med lovforslaget var rettsstatleg. Lovframlegget til regjeringa er problematisk i lys av to av dei tre nemnte minimumsvilkåra til Venezia-kommisjonen, som er at unnataket frå maktfordelinga må vere tidsavgrensa og ha eit avgrensa føremål. Den svake saklege avgrensinga av lovforslaget utfordra også grensene for delegering av lovgivingskompetanse etter norsk rett. Lovproposisjonen inneheldt få drøftingar og refleksjonar om grensene for Stortingets delegeringskompetanse og avveginga mellom effektivitetsomsyn på den eine sida og omsynet til rettstryggleik og demokratisk styring og kontroll på den andre sida.⁴⁰

Ser vi på føremålet fyrst, var den einaste reelle saklege avgrensinga av regjeringas kompetanse at tiltaka måtte relaterast til utbrotet av Covid-19. Denne avgrensinga er derimot lite reell, då den i lovforslaget var kopla eit svært vidt føremål og ein relativt låg terskel. Etter § 2 i lovforslaget skulle terskelen for å gi forskrift vere at det er «nødvendig for å ivareta lovens formål». I merknadane til lovforslaget vart det framheva at kriteriet «nødvendig» ikkje skulle tolkast strengt. I praksis betyr det at regjeringa skulle ha vidt skjøn i vurderinga av om eit tiltak er nødvendig. Eit liberalt krav til om tiltaket er naudsynt er ikkje i seg sjølv problematisk dersom føremålet er presist definert og klårt avgrensa. Det var ikkje tilfelle i lovforslaget. Etter § 1 skulle lova «legge til rette for forsvarlige og effektive tiltak som er nødvendige for å begrense forstyrrelsen av normale samfunnsfunksjoner som følge av utbruddet av Covid-19, ... ». Kriteriet «forstyrrelsen av normale samfunnsfunksjoner» er vidt, og det var heller ikkje krav

⁴⁰ Lovproposisjonen nøyer seg med å konstatere følgjande: «Forslaget bygger på en avveining av på den ene siden det grunnleggende utgangspunktet om at den lovgivende makt ligger til Stortinget, jf. Grunnloven § 75 bokstav a, og på den andre siden de behovene for raske endringer i regelverket som kan oppstå i en situasjon som den foreliggende.» Sjå Prop.56 L (2019-2020), s. 6.

om at dei normale samfunnsfunksjonane måtte vere vesentleg forstyrta. Til samanlikning føreslo Beredskapslovutvalet at fullmaktene til regjeringa berre kunne brukast for å trygge «kritiske samfunnsfunksjoner eller andre tungtveiende samfunnsinteresser».⁴¹ Dette er eit klårt snevrare føremål enn i forslaget til koronalov. Heller ikkje kravet om at tiltak skal vere «forsvarlige og effektive» ville ha medført ei reell avgrensing av regjeringas kompetanse. Vilkårane viser til ei utprega politisk vurdering og ville vanskeleg kunne prøvast av ein domstol utan at slik prøvingskompetanse vart presisert i lova, sjå punkt 6.1.

I praksis var lovforslaget til regjeringa ei generalfullmakt for regjeringa til å utfylle, supplere eller fråvike norsk lov på alle rettsområde så lenge tiltaket kan relaterast til utbrotet av Covid-19. Denne generalfullmakta vart meint å virke på eit tidspunkt der Stortinget enno fungerte og ein ikkje hadde sterke haldepunkt for at Stortinget ikkje kunne fungere, i motsetnad til for Elverumsfullmakta i 1940. Av denne grunnen gjekk lovforslaget etter mitt syn lenger i å delegere til regjeringa lovgivande kompetanse enn noko anna noverande eller tidlegare fullmaktslov i fredstid.⁴² Av same grunn kan ein også spørje om regjeringas forslag til koronalov utfordra grensene for Stortingets kompetanse til å delegere lovgivingskompetanse til regjeringa. Kombinasjonen av uklår situasjonsavgrensing, låg terskel og svært vidt føremål, ville ha gjort det vanskeleg for domstolane å føre reell kontroll med om regjeringas forskrifter gjekk utanfor rammene av fullmaktslova. Det same vil vere tilfelle for Stortingets etterfølgjande ansvarskontroll overfor regjeringa. Etter mitt syn kan ein argumentere for at Stortingets vide skjøn ved delegering av lovgivingskompetanse kviler på ein føresetnad om at både domstolane og Stortinget sjølv kan føre kontroll med korleis regjeringa utøver den delegerte kompetansen. Når denne føresetnaden sviktar, slik tilfellet var med regjeringas forslag til koronalov, aukar faren for misbruk. Uansett korleis ein vurderer dei formelle grensene for Stortingets delegeringskompetanse, er desse særstrekka ved lovforslaget til regjeringa problematiske frå eit rettsstatsperspektiv.

Vurderinga av lovforslaget til regjeringa må ta omsyn til avgrensingane som var føreslått. Problemet er at dei føreslåtte avgrensingane ikkje var tilpassa omfanget av lovgivingsfullmakta til regjeringa.

⁴¹ Sjø NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*, s. 119 og 126. I lovproposisjonen til koronalova er denne skilnaden forklart med at utfordringane ved Covid-19 ikkje berre retta seg mot samfunnskritiske funksjonar, men samfunnet i vid tyding, sjå Prop.56 L (2019-2020), s. 6.

⁴² Sjø her beredskapslova § 3 for ein tilsvarande vid fullmaktsheimel i krigstid.

Ser vi på tidsavgrensinga, er seks månader lang tid både sett i lys av grunngevinga for og omfanget av lovgivingsfullmakta. Grunngevinga var å få på plass regelendringar som hasta som følgje av verknadane av smitteverntiltaka. Smitteverntiltaka som vart innført 12. mars var i fyrste omgang avgrensa til to veker. Ein kunne likevel ikkje vere sikker på korleis utbrotet av Covid-19 utvikla seg og kor lenge det ville vare. Samstundes var det etter mitt syn ingen sikre haldepunkt for at Stortinget kunne bli sett ut av spel over lang tid grunna Covid-19. Virketida på seks månader er heller ikkje grunngitt i lovproposisjonen.⁴³

Den viktigaste garantien mot misbruk i lovforslaget til regjeringa var regelen i § 5 om at Stortinget når som helst kunne gjere vedtak som heilt eller delvis opphevar ei forskrift gitt i medhald av koronaloova. I utgangspunktet er det ingenting spesielt med dette. På alle område der regjeringa har fått forskriftskompetanse delegert frå Stortinget i lov, kan Stortinget som innehavar av den primære kompetansen alltid oppheve ei forskrift ved å gjere eit lovvedtak som regulerer spørsmålet. Det nyskapande med koronaloova var at eit mindretal på ein tredjedel av medlemene på Stortinget kunne overprøve forskriftene til regjeringa. Slike mindretalsrettar er gitt i Stortingets forretningsorden for visse prosessuelle avgjerder hovudsakleg knytt til komitébehandlinga, men endelege realitetsvedtak krev alltid eit fleirtal av røystene.⁴⁴ Ordninga i koronaloova med mindretalsvedtak braut såleis klårt med langvarig praksis for at Stortinget berre gjer endeleg vedtak med fleirtal. På den andre sida gav ordninga ein sterk mindretalsgaranti overfor særleg vidtgåande fullmakter for regjeringa. Problemet var berre at bruken av denne vetoretten måtte skje ved stortingsvedtak etter at forskriftene var sett i kraft. Det ville truleg ha heva den politiske terskelen for bruk, all den tid private eller offentlege institusjonar som var omfatta av forskrifta ville kunne ha byrja å innrette seg etter dei nye reglane før Stortinget fekk oppheva dei. Denne ulempa vart redusert noko ved at mindretalet kunne oppheve berre delar av ei forskrift. I tillegg var det ikkje gitt at Stortinget ville vere samla og i stand til å gjere vedtak så lenge krisa varte. Etter Grunnlova § 73 må minst halvparten av stortingsrepresentantane vere til stades for at Stortinget er vedtaksført. Samling av tilstrekkeleg representantar under ein pandemi kunne i seg sjølv ha ført til forseinkingar. Dersom Stortinget skulle følgje vanleg praksis med å ikkje vere samla mellom vår- og haustsesjonen, ville det i utgangspunktet heller ikkje vere mogleg å bruke mindretalsgarantien frå midten av juni og fram til 1. oktober, altså over halvparten av virketida på seks månader.

⁴³ Sjø Prop.56 L (2019-2020).

⁴⁴ Sjø Stortingets forretningsorden §§ 15, 16, 17, 23, 27, 30 og 44.

Samla sett medførte lovforslaget til regjeringa eit massivt inngrep i maktfordelinga mellom regjeringa og Stortinget. Regjeringa bad om ei i praksis uavgrensa fullmakt i seks månadar til å endre, supplere og fråvike lover på alle rettsområde så lenge regjeringa fann det naudsynt av omsyn til Covid-19. Det var altså ikkje snakk om ei sektoravgrensa beredskapsfullmakt, men ei fullmaktslov for ordinær lovgiving i ein krisesituasjon. I praksis ville lovforslaget langt på veg kunne ha suspendert Stortinget som lovgivande makt i denne perioden. Skiplinga av maktfordelinga vart forsterka ved at utforminga av lovforslaget gjorde mekanismane som skulle hindre maktmisbruk lite effektive. Den nyskapande mindretalsgarantien var utforma som ein etterfølgjande godkjenningmekanisme, med høg politisk terskel for bruk, i staden for ein enkel og praktisk brukbar vetorett før forskriftene vart sette i kraft. Føremålet med lova var også utforma på ein slik måte at det ville ha vore svært vanskeleg om ikkje uråd for både domstolane og Stortinget å kontrollere om regjeringa gjekk utanfor grensene for lovgivingsfullmakta. Summen av desse eigenskapane ved lovforslaget, nesten uavgrensa lovgivingskompetanse utan effektiv domstolskontroll og parlamentarisk kontroll, ville ha medført ein maktkonsentrasjon i regjeringa som saknar sidestykke i norsk historie i fredstid.

4.4. Lovvedtaket til Stortinget

Så snart lovforslaget til regjeringa vart offentleg kjend, vekte det debatt og kritikk i det offentlege ordskriftet.⁴⁵ På Stortinget vart lovforslaget til regjeringa behandla i Den særskilte komité for å behandle spesielle saker vedrørende korona-krisen (koronakomiteen). Dette er ein særskilt stortingskomité som vart oppretta 16. mars og var samansett av stortingspresidenten og dei parlamentariske leiarane til alle partia på Stortinget.⁴⁶

Koronakomiteen bad på ettermiddagen 19. mars fem professorar i rettsvitenskap, Advokatforeininga, Dommarforeininga og Noregs institusjon for menneskerettar om ei vurdering av lovforslaget til regjeringa.⁴⁷ Fristen vart sett til 20. mars kl. 12. Dei fleste av innspela var kritiske til rekkevidda av forskriftsheimelen i lovforslaget ut frå

⁴⁵ For ei oversikt over reaksjonar, sjå <https://juridika.no/innsikt/reaksjoner-på-koronaloven>.

⁴⁶ Sjø <https://www.stortinget.no/no/Representanter-og-komiteer/Komiteene/Ekstraordinare-komiteer/den-sarskilte-komite-for-a-behandle-spesielle-saker-vedroerende-korona-krisen/>.

⁴⁷ Dei skriftlege innspela er tilgjengelege elektronisk her: https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/korona/vurderinger_og_innspill.pdf

maktfordelingsomsyn.⁴⁸ Fleire av innspela stilte spørsmål ved det praktiske behovet for ein så vidtrekkande forskriftsheimel, og peikte på at Stortinget kan vedtak lover veldig raskt.⁴⁹ Andre innspel stilte prinsipielle og praktiske spørsmål ved mindretalsregelen,⁵⁰ etterlyste rettstryggleiksgarantiar,⁵¹ offentlegheit rundt forskriftene,⁵² peikte på manglar ved domstolskontrollen,⁵³ og bad om forbod mot vidaredelegering av forskriftskompetansen.⁵⁴ Eit innspel vurderte at lovforslaget ikkje var tilstrekkeleg avgrensa i tid,⁵⁵ og eit anna kritiserte føresetnaden i lovproposisjonen om at forskriftene skulle gå føre folkerettslege plikter.⁵⁶

Koronakomiteen leverte ei samrøystes innstilling 21. mars.⁵⁷ I innstillinga erkjende komiteen behovet for at regjeringa måtte handle raskt og at det var behov for utvida fullmakter for å handtere Covid-19. Samstundes framheva komiteen Stortinget sitt konstitusjonelle ansvar og at maktfordelinga mellom Stortinget og regjeringa var eit grunnleggjande demokratisk prinsipp. Vurderinga til komiteen var forslaget gjekk for langt i å setje normale lovprosedyrar til side utan at dette var grunnlagt og ramma inn. Difor hadde komiteen «på en rekke områder, sett det nødvendig å begrense lovens anvendelse og styrke de rettighetene som Stortinget og et mindretall i Stortinget har i de tilfeller hvor en slik unntakslov anvendes.»⁵⁸ Med dette utgangspunktet føreslo komiteen ei rekkje viktige endringar i lovforslaget til regjeringa.

For det fyrste vart regjeringas forskriftskompetanse sakleg innskrenka til å omfatte 62 lover. Det store talet på lover reflekterte det store behovet for regelendringar og gjorde at delegeringa av lovgivingskompetanse framleis var omfattande. Samstundes var det statsrettsleg og prinsipielt viktig at regjeringa ikkje fekk ei generalfullmakt til å endre, supplere og fråvike alle lover.

For det andre vart føremålet i § 1 stramma inn, ved at tiltaka ikkje berre måtte vere forsvarlege og effektive, men også «forholdsmessige». Vidare måtte tiltaka vere retta mot forstyrringa av

⁴⁸ Sjø innspela til Smith, Holmøyvik, Einarsen, Graver, Advokatforeininga og Noregs institusjon for menneskerettar.

⁴⁹ Sjø innspela til Smith, Holmøyvik, Graver og Advokatforeininga.

⁵⁰ Sjø innspela til Smith og Holmøyvik.

⁵¹ Sjø innspela til Einarsen, Graver og Noregs institusjon for menneskerettar.

⁵² Sjø innspela til Høgberg, Holmøyvik og Noregs institusjon for menneskerettar.

⁵³ Sjø innspela til Dommarforeininga, Einarsen, Graver og Holmøyvik.

⁵⁴ Sjø innspela til Høgberg og Advokatforeininga.

⁵⁵ Sjø innspelet til Holmøyvik.

⁵⁶ Sjø innspelet til Einarsen.

⁵⁷ Sjø Innst.204 L (2019-2020).

⁵⁸ Sjø Innst.204 L (2019-2020), s. 10.

«sentrale samfunnsfunksjonar» og ikkje berre «normale samfunnsfunksjoner» som i forslaget til regjeringa.

For det tredje, og kanskje viktigast, føreslo komiteen eit nytt andre ledd i § 1 som hadde slik ordlyd: «Denne lov kommer ikke til anvendelse dersom formålet kan ivaretas gjennom normal lovbehandling i Stortinget.» Også denne endringa var prinsipielt viktig, av di den slo fast at stortingsbehandling skulle vere normalsporet for alle regelendringar relatert til Covid-19. Dette snudde opp ned på utgangspunktet i lovforslaget til regjeringa, som i praksis suspenderte Stortinget som lovgivar i samband med Covid-19. Føremålet var ikkje å hindre at regjeringa vedtok forskrifter når normal lovbehandling var for tidkrevjande, men å «sikre at fullmaktsloven ikke går ut over demokratiske hensyn mer enn nødvendig».⁵⁹

For det fjerde vart tidsavgrensinga til lova og forskriftene redusert frå seks månader til éin månad, med høve til forlenging.

For det femte gjorde komiteen to endringar som gjorde det praktisk enklare å bruke mindretalsgarantien i koronalova. Den eine endringa påla forskrifter gitt med heimel i lova ein sperrefrist på éin dag etter at det var gitt melding til Stortinget. Dette opna for at Stortinget kunne ta stilling til forskrifta før ho vart sett i kraft. Sperrefristen gjorde det også mogleg å halde korte høyringar om forskriftene. Den andre endringa erstatta kravet om stortingsvedtak for bruk av mindretalsretten til at ein tredjedel av medlemene av Stortinget kunne uttrykke skriftleg, i tråd med arbeidsordninga i Stortinget, at dei ikkje støtta ei forskrift eller delar av ei forskrift.⁶⁰ Denne endringa gjorde det mogleg for eit mindretal på ein tredjedel å erklære motstand mot ei forskrift, eller delar av ei forskrift, utan å gjere formelt vedtak i Stortinget. I forretningsorden vart det etablert ei ordning for at dei ulike partigruppene meldte skriftleg frå til stortingspresidenten.⁶¹ Denne endringa løyste dei praktiske utfordringane med å halde vedtaksføre stortingsmøte under smitteverntiltak og når Stortinget ikkje var samla. Denne endringa løyste også den prinsipielle innvendinga mot at Stortinget kunne gjere bindande vedtak utan fleirtalsvedtak.

⁵⁹ Sjø Innst.204 L (2019-2020), s. 10.

⁶⁰ I tillegg vart meldingsplikta til regjeringa skjerpa frå «snaresst mulig» i forslaget til regjeringa til «umiddelbart», sjå koronalova § 5 fyrste ledd.

⁶¹ Sjø Stortingets forretningsorden § 50a (per 18. september 2020).

For det sjette vart det lagt inn ei sperre mot delegering av forskriftskompetanse til departementet, slik at alle forskrifter måtte vedtakast i Kongen i statsråd.

For det sjuande vart det teke inn ei ny føresegn om domstolskontroll. Denne presiserte at forskrifter fastsette i medhald av koronalova, ikkje kunne innskrenke retten til å få prøvd for domstolane om både vedtaket og forskrifta det var heimla i var lovlege.

Same dag vedtok Stortinget lova samrøystes på grunnlag av innstillinga til komiteen. Det andre og endelege lovvedtaket vart gjort samrøystes 24. mars. Lova vart sanksjonert i statsråd 27. mars og vart sett i kraft same dag.⁶² Stortinget vedtok 21. april å forlenge lova med éin måned til 27. mai.⁶³ I samband med forlenginga av lova vart domstolskontrollen utvida, sjå punkt 6.1. Den 27. mai vart lova og forskriftene gitt med heimel i lova automatisk oppheva.

Både prinsipielt og praktisk var summen av endringane Stortinget gjorde i koronalova viktige sett frå eit statsrettsleg perspektiv. Regjeringa fekk framleis vidtrekkande fullmakter til å gi forskrifter på mange ulike felt og som kunne endre, supplere eller fråvike gjeldande lover. Endringane medførte likevel at endringa av maktfordelinga mellom regjeringa og Stortinget vart avgrensa både sakleg, reelt og i tid. Dette gjorde det òg mogleg for domstolane å føre reell kontroll med forskriftene fastsette i medhald av lova, sjå punkt 6.1. Den viktigaste endringa var likevel at Stortinget tok tilbake kontrollen over lovgivinga, både gjennom prinsippregelen i § 1 andre ledd om at regjeringa berre kan gi forskrifter dersom lovprosessen ikkje kan brukast, og gjennom at eit mindretal på ein tredjedel ved ei enkel erklæring kunne hindre forskrifter å bli sette i kraft. Mindretalsgarantien vart også brukt same dag som koronalova vart sett i kraft til å stoppe føresegner i fem forskrifter relatert til utdanningslovgivinga.⁶⁴ Der regjeringas lovforslag var problematisk halde opp mot dei rettsstatlege krava Veneziakommisjonen stiller til kriselovgivning og statsrettslege grenser for delegering av lovgivingskompetanse, var den endelege koronalova godt innanfor.

⁶² Sjø midlertidig lov 27. mars 2020 nr. 17 om forskriftshjemmel for å avhjelpe konsekvenser av utbrudd av Covid-19 mv. (koralova).

⁶³ Forlenginga av koronalova vart vedteken mot røystene til Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Raudt.

⁶⁴ Sjø meldinga frå stortingspresidenten til Statsministerens kontor med erklæringar etter koronalova § 5 andre ledd, tilgjengeleg her: https://stortinget.no/globalassets/pdf/korona/brev_om_forskrifter.pdf.

Koronalova er historia om regjeringa som gjekk til Stortinget for å få ei nesten uavgrensa lovgivingsfullmakt, men fekk ei lov som stadfesta Stortingets herredøme over lovgivinga og fekk styrka parlamentarisk kontroll og domstolskontroll med på kjøpet.

4.5. Vurderingar

4.5.1. *Prosessen med koronalova*

Prosessen fram mot vedtakinga av koronalova har blitt kritisert. Denne kritikken var dels retta mot at regjeringa fremja lovforslaget 18. mars utan offentleg debatt og innsyn og dels mot at innhaldet i lovforslaget utfordra demokratiet.⁶⁵ Når det gjeld det siste, har eg vist at lovforslaget hadde store manglar. Som eg skal kome tilbake til i nedanfor, kan ein også stille spørsmål ved behovet for ei fullmaktslov av den typen koronalova var. Når det gjeld lovprosessen, kan vi sjå den i lys av Venezia-kommisjonens tilråding om at også kriselovgivning bør utformast gjennom mest mogleg opne, inkluderande og normale lovprosessar. På dette punktet er det klart at den lukka prosessen frå regjeringas side ikkje levde opp til idealet.

På den andre sida handla regjeringa under tidspress i ein usikker situasjon. Det er dessutan viktig å sjå på lovprosessen som heilskap og ikkje minst på den endelege lova. I dette større biletet er det etter mitt syn mindre grunn til å kritisere lovprosessen. Eg har ikkje funne noko dokumentasjon på at regjeringa på noko tidspunkt motarbeidde eller på andre måtar uttrykte usemje med dei endringane Stortinget gjorde i lova. Det er også viktig å minne om at representantane frå regjeringspartia i koronakomiteen stilte seg bak endringane komiteen gjorde i lovforslaget til regjeringa og at koronalova vart vedteken av Stortinget samrøystes. Lovprosessen følgde også hovudtrekka i ein ordinær lovprosess og lovvedtaket skjedde i samsvar med formkrava i Grunnlova. Skilnaden var fyrst og fremst at lovforslaget ikkje vart sendt på høyring og at sjølve lovehandlinga i regjeringa og på Stortinget vart gjennomført på rekordtid. Manglande høyring og rask saksbehandling er naturlegvis særleg urovekkande ved ei så prinsipielt viktig og inngripande lov som koronalova. Når det er sagt, rakk likevel koronakomiteen på Stortinget å hent inn både ekspertinnspel og innspel frå særleg relevante partar. Lovforslaget til regjeringa vart også stramma inn under stortingsbehandlinga.

Også i praktiseringa av koronalova har regjeringa vist atterhald. I samband med forlenginga av koronalova, føreslo nokre av høyringsinstansane å leggje nye lover til lista i koronalova § 2

⁶⁵ For ei oversikt, sjå her: <https://juridika.no/innsikt/reaksjoner-på-koronaloven>.

over lover som regjeringa kan endre, supplere eller fråvike ved forskrift. Departementet avviste alle framlegga. Eit framlegg vart avvist av departementet med grunngevinga at dei føreslåtte endringane var «av prinsipiell karakter, og de bør eventuelt fremmes gjennom en normal lovprosess og ikke som forskrift med hjemmel i koronaloven.»⁶⁶ Standpunktet til departementet vitnar om god statsrettsleg rolleforståing og er eit døme på det rettsstatlege prinsippet om lojalt samarbeid mellom institusjonane, sjå punkt 3.1.4.

Eit læringspunkt frå lovprosessen til koronalova er at lovprosessar til kriselovgivning bør så langt som mogleg følgje den normale ordninga for lovprosessar. Avvik frå normal lovprosess vil kunne vere naudsynt, til dømes grunna tidspress, men i så fall bør både regjeringa og Stortinget anstrenge seg for å involvere sivilsamfunnet så langt som råd.

Ut over lovprosessen i seg sjølv, kan koronalova vere eit førebilete for korleis regjeringa skal gå fram i ein krisesituasjon. Ein av grunnpilarane i rettsstaten og ein sentral garanti mot maktmisbruk er at styresmaktene berre kan handle på grunnlag av eit rettsleg grunnlag.⁶⁷ Når det gjeld offentlegrettslege inngrep overfor private, er legalitetsprinsippet slått fast i Grunnlova § 113 og i § 96 for straff. Trass i innvendingar mot innhaldet i og behovet for ei fullmaktslov i samband med Covid-19, er det etter mitt syn grunn til å framheve at regjeringa gjekk til Stortinget og bad om klår heimel for regelendringar framfor å «strekke» den eksisterande forskriftsheimlen i smittevernlova § 7-12 eller andre forskriftsheimlar i lovverket, eller handle på grunnlag av naudrett.⁶⁸ Sjølv om ein kan stille spørsmål ved behovet for og innhaldet i koronalova, bør regjeringas intensjon om å sikre ein klår og tydeleg heimel for krisetiltak vere eit viktig læringspunkt.

4.5.2. Behovet for ei fullmaktslov

Etter mitt syn kan noko av kritikken mot koronalova forklarast med ein skepsis til behovet for ei så omfattande lovgivingsfullmakt til regjeringa som lovforslaget til regjeringa la opp til. Som nemnt ovanfor stilte også fleire av dei eksterne innspela i samband med stortingsbehandlinga av koronalova det same spørsmålet. Etter mitt syn var det både på vedtakstidspunktet og no i ettertid grunn til å stille spørsmål ved behovet for ei omfattande lovgivingsfullmakt til regjeringa for å avhjelpe dei økonomiske og sosiale konsekvensane av smitteverntiltaka.

⁶⁶ Sjø Prop.76 L (2019-2020), s. 21.

⁶⁷ Sjø Venice Commission, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*, II.A.2.

⁶⁸ Departementet framheva nettopp dette problemet, sjå Prop.56 L (2019-2020), s. 6.

I lovproposisjonen til koronalova forklarte departementet behovet for ei omfattande fullmaktslov slik:

«Det er allerede fastsatt en rekke tiltak for å avhjelpe de negative konsekvensene, jf. blant annet vedtakene som ble truffet i Stortinget 16. mars 2020. Samtidig vil det være et klart behov for å vedta ytterligere tiltak. Enkelte slike tiltak vil nødvendiggjøre bevilgninger og må følge bevilgningsreglementet på vanlig måte. En rekke tiltak – enten de krever ytterligere bevilgninger eller ikke – vil imidlertid kunne kreve et rettslig grunnlag. Denne loven skal avhjelpe den situasjonen at det mangler et slikt rettslig grunnlag.

De forskriftshjemlene som finnes i lovgivningen i dag, gir i en rekke tilfeller ikke et tilstrekkelig grunnlag for å iverksette nødvendige tiltak i en situasjon som den foreliggende. Landet befinner seg i en type krisesituasjon som lovgivningen generelt ikke har tatt høyde for. Det gjør det utfordrende å gjennomføre slike løpende justeringer i regelverket som situasjonen til enhver tid krever.

For å sikre at det kan gjennomføres forsvarlige og effektive tiltak som anses nødvendige for å begrense forstyrrelsen av normale samfunnsfunksjoner, og for å avhjelpe negative konsekvenser for befolkningen, næringslivet, offentlig sektor og samfunnet for øvrig, foreslås det derfor en midlertidig lov med en hjemmel for Kongen til å fastsette forskrifter. I kapittel 3 er det beskrevet en del tiltak som det kan være behov for å gjennomføre.»⁶⁹

Argumentet for koronalova var altså at det var behov for eit rettsleg grunnlag for naudsynte tiltak for å avhjelpe skadeverknader av smitteverntiltaka, og at dei eksisterande forskriftsheimlane ikkje er tilstrekkelege. Spørsmålet som ikkje blir stilt i lovproposisjonen, er kvifor ikkje dei fleste naudsynte regelendringane kunne blitt vedtekne av Stortinget gjennom den ordinære lovgivningsprosedyren. Det er påfallande at lovproposisjonen ikkje nemner noko anna grunngeving for å gjere eit vesentleg avvik frå maktfordelinga, enn at det var behov for å gjere regelendringar. Kjerneoppgåva til Stortinget er nettopp å gi og endre reglar gjennom lovvedtak.

⁶⁹ Prop.56 L (2019-2020), s. 5-6.

Det er i denne sammenhengen viktig at koronalova ikkje var ei vanleg fullmaktslov for krisesituasjonar slik som beredskapslova, smittevernlova eller helseberedskapslova.

Bakgrunnen for koronalova var ei krise, men der den typiske beredskapslovgivinga gir regjeringa lovgivingsfullmakter for å avverje ein bestemt fare, var føremålet med koronalova å tilpasse det eksisterande lovverket til nye økonomiske og sosiale omstende som følgje av smitteverntiltaka. Ein del slike tiltak er ikkje vesensulike tiltak staten typisk vil setje i verk for å avdempe ei økonomisk krise som følgje av andre omstende enn smitteverntiltak. Slik regulering opnar for å endre reglar og ordningar som kan vere politisk omstridde, til dømes den økonomiske byrdefordelinga mellom staten, arbeidsgivar og arbeidstakar i tilfelle permittering og oppseiing, innrettinga av støttetiltak til bedrifter og prioritering mellom ulike sektorar. Det spesielle føremålet gav koronalova ein meir utprega allmennpolitisk karakter enn typiske sektorfullmaktslover. Det faktum at Solberg-regjeringa var ei mindretalsregjering då smitteverntiltaka vart innførte, opna i prinsippet for at ei mindretalsregjering fekk fullmakt i koronalova til å innføre økonomiske tiltak som eit stortingsfleirtal var mot.⁷⁰

Ein underliggjande, men ikkje uttala premiss i lovproposisjonen er at regelendringane hasta og at stortingsbehandling ville ta for lang tid. Eg har ikkje grunnlag for å vurdere om ein slik føresetnad stemmer, men ut frå lovproposisjonen er det ingen tvil om at regjeringa oppfatta situasjonen som svært alvorleg, krevjande og usikker.⁷¹ Samstundes er det etter mitt syn klart at regjeringa i lovproposisjonen undervurderte fleksibiliteten til Stortinget når det gjaldt å behandle lovforslag på ein rask og effektiv måte slik krisesituasjonen kravde.

Juridisk kokar behovet for ei generell fullmaktslov for å møte Covid-19-krise ned til den særskilte og absolutte sperrefristen for lovvedtak i Grunnlova § 76 tredje ledd. Etter denne må det gå minst tre dagar mellom lovframlegg og endeleg lovvedtak. Grunnlova krev ikkje komitébehandling av lovsaker. Komitébehandling er i alle høve å føretrekke også i hastesaker, både av omsyn til at Stortinget kan føre reell kontroll med lovforslaget til regjeringa, og av omsyn til offentleg innsyn i føremålet med og grunngivinga for lovvedtaket. Det er likevel ingenting i vegen for at komitébehandlinga blir tilpassa både tidspresset og alvoret i situasjonen

⁷⁰ Dei økonomiske støttetiltaka som regjeringa føreslo overfor bedrifter som utbetalar utbytte og bonus, er eit døme på avhjelpande tiltak som vekte politisk strid, men som rett nok vart vedteke som lov 21. mars før vedtakinga av koronalova. Sjå <https://www.nrk.no/norge/stortinget-la-fram-ny-krisepakke-1.14951852>.

⁷¹ Sjå Prop.56 L (2019-2020), s. 5.

så vel som omfanget av lovforslaget. Koronalova er sjølv eit døme på at ei lov kan bli komitébehandla, underkasta ei rask høyring og deretter vedteke av Stortinget i løpet av seks dagar etter at regjeringa vedtok lovproposisjonen.

I praksis er nok tidsbruken for regelendringar like avhengig av saksbehandlinga i regjeringsapparatet som på Stortinget. Eg kan ikkje sjå at eit lovframlegg til Stortinget må vere betre eller annleis førebudd av departementet enn ei forskrift som skal fastsetjast av regjeringa i statsråd. Om lova hastar, kan det også vere forsvarleg å leggje mindre arbeid i lovproposisjonen, då Stortinget kan ta omsyn til nye opplysningar og gjere endringar mellom fyrste og andre lovvedtak.

Erfaringa frå perioden koronalova var i kraft, syner også at Stortinget var operativt og vedtok Covid-19-relaterte lover parallelt med at regjeringa fastsette forskrifter med heimel i koronalova. I løpet av dei to månadane koronalova var i kraft, vedtok regjeringa 32 forskrifter i medhald av lova.⁷² I den same perioden gjorde Stortinget 36 lovvedtak. Av desse lovvedtaka gjaldt 17 tiltak for å avhjelpe negative konsekvensar av Covid-19. Ved forlenginga av koronalova, viste ein samla stortingskomité til «at Stortinget i tiden etter at koronakrisen rammet oss, har vist seg i stand til å behandle saker på svært kort tid. En rekke saker er blitt hastebehandlet av Stortinget.»⁷³ Fleirtalet i komiteen viste deretter til at føremålet med koronalova, som var å avhjelpe negative konsekvensar av smitteverntiltaka, «langt på vei kan ivaretas gjennom ordinær lovbehandling. Regjeringen må derfor legge til grunn at ordinær lovbehandling skal være regelen, og forberede seg på å få det til.»⁷⁴

Eg kan leggje til at trass i at mange europeiske land erklærte unnatakstilstand eller aktiverte beredskapsregelverk som gav regjeringa utvida fullmakter til å styre gjennom forskrifter, var det også fleire land, mellom dei Tyskland, som innførte økonomiske og sosiale støttetiltak gjennom vanleg lovgiving i parlamentet.⁷⁵ Så vid eg er kjend med, er det ikkje dokumentert at bruken av den ordinære lovgivingsprosessen i parlamentet gjorde at tiltaka var mindre effektive enn i land som innførte tiltak gjennom forskrifter fastsette av regjeringa.

⁷² <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/forskrifter-etter-koronaloven/>.

⁷³ Sjå Innst.240 L (2019-2020), s. 8.

⁷⁴ Sjå Innst.240 L (2019-2020), s. 8.

⁷⁵ For Tyskland, sjå Sven Jürgensen og Frederik Orłowski på <https://verfassungsblog.de/critique-and-crisis-the-german-struggle-with-pandemic-control-measures-and-the-state-of-emergency/>, for Irland, sjå Alan Greene på <https://verfassungsblog.de/irelands-response-to-the-covid-19-pandemic/>, for Latvia, sjå Aleksejs Ddimitrovs på <https://verfassungsblog.de/covid-19-in-latvia-precaution-above-all/>.

Eit viktig læringspunkt frå koronalova er at Stortinget er i stand til å utøve både den lovgivande funksjonen og kontrollfunksjonen overfor regjeringa på ein rask og effektiv måte også i ein krisesituasjon. Konsekvensen av denne erfaringa bør vere at Stortinget ved neste krise er langt meir forsiktig med å gi regjeringa ein omfattande forskriftsheimel til å endre, supplere og fråvike lover.

Med tanke på framtidige kriser, må ein ikkje gå ut i frå at Stortinget er ute av stand til å gjere raske tilpassingar i regelverket. Spørsmålet ein må stille er ikkje om det er behov for raske regelendringar, men om regelendringane hastar så mykje at sjølv ei stortingsbehandling på tre til seks dagar vil setje viktige interesser i fare. Dersom svaret på dette spørsmålet er ja, så bør Stortinget gi regjeringa ein forskriftsheimel som er avgrensa til det eller dei områda og situasjonane der regelendringar ikkje kan vente på stortingsbehandling. Også her må ein vege behovet for raske regelendringar mot verdien av demokratisk kontroll med regelendringane.

4.5.3. Særskilt om Stortinget i ein krisesituasjon

Studiar av aktivitetane til parlamenta rundt om i verda våren 2020, syner at parlamenta i etablerte demokrati har fungert trass innføringa av strenge smitteverntiltak i samfunnet.⁷⁶

Eit viktig læringspunkt frå koronalova er at Stortinget ikkje kan stenge ned i ein krisesituasjon. Som nemnt ovanfor er det i slike situasjonar særleg viktig at Stortinget som det fremste demokratiske organet i landet kan føre kontroll med regjeringa. Koronalova er eit døme på at Stortinget også har ei viktig rolle som lovgivar og for å gi demokratisk legitimitet til krisetiltak.

Føresetnaden om at Stortinget skal fungere også i krisesituasjonar følgjer direkte av Grunnlova § 68, som seier at Stortinget skal samlast i ein annan by enn hovudstaden i tilfelle av «usedvanlege omstende, så som fiendsleg åtak eller smittsam sjukdom».⁷⁷ Regelen i Grunnlova § 68 om flytting av Stortinget illustrerer kor langt Stortinget bør strekke seg for å fungere også i ein krisesituasjon. Med tanke på den viktige kontrollfunksjonen til Stortinget i

⁷⁶ Sjø Israel Waismel-Manor, Ittai Bar-Siman-Tov, Olivier Rozenberg, Asaf Levanon, Cyril Benoît og Gal Ifergane, *Covid-19 and Legislative Activity: A Cross-National Study*, tilgjengeleg her: https://www.researchgate.net/publication/342514148_Covid-19_and_Legislative_Activity_A_Cross-National_Study. Sjø også Ittai Bar-Siman-Tov, *Parliamentary Activity and Legislative Oversight during the Coronavirus Pandemic – A Comparative Overview*, publisert 2. April 2020, tilgjengeleg her: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3566948.

⁷⁷ Flytting av Stortinget skjedde niande april 1940 som følge av det tyske åtaket på Noreg. Den dagen vart det sett stortingsmøte både på Hamar og på Elverum. Sjø Dokument nr. 2 (1945), Stortingsmøter på Hamar og Elverum tirsdag den 9. april 1940.

krisesituasjonar, kan ein gå så langt som å seie at § 68 gir uttrykk for ei plikt for Stortinget til å fungere i krisesituasjonar så lenge det er mogleg. Difor kan ikkje Stortinget utan vidare kan vere forplikta til å følgje påbod frå helsestyresmaktene eller andre forvaltningsorgan, dersom det gjer at Stortinget ikkje kan utøve sine konstitusjonelle funksjonar. I forlenginga av dette ligg det òg at Stortinget bør ha både eit planverk og arbeidsformer som gjer at både den lovgivande funksjonen og kontrollfunksjonen kan fungere i ein krisesituasjon.

Utforminga av Grunnlova § 68 er prega av at handlingsalternativet i 1814 var avgrensa til flytting av Stortinget. I dag gir teknologien heilt andre alternativ for å sikre at Stortinget er operativt i ein krisesituasjon. Det vil vere i samsvar med føremålet i § 68 å tolke regelen i samsvar med dagens teknologiske rammer. Det betyr at Stortinget i krisesituasjonar må kunne fungere og gjere vedtak gjennom videokonferanse eller liknande. Grunnlova § 73 krev rett nok at minst halvta av medlemmene må «vere til stades» for at storting kan haldast. Ordlyden «til stades» må likevel tolkast i lys av føremålet, som ikkje er å samle medlemmene på Stortinget fysisk, men å sikre at vedtaka til Stortinget har støtte frå eit fleirtal. Eg kan difor ikkje sjå at Grunnlova krev at stortingsrepresentantane er fysisk samla for å gjere vedtak i ein krisesituasjon, sjølv om det naturlegvis var føresetnaden i 1814.

I tilfelle av ein epidemi kan Stortinget endre sin forretningsorden for å tillate alternative røystemåtar utan at representantane er til stades i salen saman, slik § 59 tredje ledd krev i dag. Dersom det er påkravd av omsyn til smittevern er det ingenting i vegen for at forretningsorden kan endrast slik at røysting kan skje enkeltvis eller på annan sikker måte, til dømes fjernrøysting frå kontora. Også i dag opnar § 60 fyrste ledd bokstav b i forretningsorden bruk av «elektronisk voteringsanlegg», noko som praksis er hovudregelen. Om den elektroniske voteringa skjer frå stortingssalen eller frå eit kontor kan ikkje vere avgjerande. Forretningsorden kan òg tilpassast for å i ein krisesituasjon tillate hurtigbehandling av hastelover i komité eller utan komité.

Nettopp av omsyn til den viktige kontrollfunksjonen til parlamentet i ein krisesituasjon, er Veneziakommisjonen veldig tydeleg på at «dissolution of the parliament should not be possible during the state of emergency».⁷⁸ I Noreg har vi ikkje oppløysingsrett av typen som gjer at parlamentet blir verande oppløyst fram til eit nytt val. Derimot er forhandlingane til Stortinget

⁷⁸ Sjøå Venice Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 71

delte inn i to sesjonar, med ei pause mellom midten av juni og oktober. Det er viktig at Stortinget kan fungere også mellom sesjonane dersom omstenda krev det.

Grunnlova er ikkje til hinder for at Stortinget sit permanent samla dersom situasjonen krev det. Etter § 37 i Stortingets forretningsorden kan presidentskapet bestemme at Stortingets forhandlingar ikkje skal avbrytast som vanleg i juni månad. Presidentskapet kan også bestemme at forhandlingane skal takast opp att dersom Stortinget ikkje er samla.

I praksis er det ein høg terskel for å kalle saman Stortinget mellom sesjonane. Dette skapar utfordringar for både kontrollen med regjeringa og naudsynt stortingsbehandling av hastesaker. Desse utfordringane blir akutte i ein krisesituasjon der regjeringa handlar på utvida fullmakter som krev tilsvarande aktiv kontrollverksemd eller rask lovgiving frå Stortinget si side. Av denne grunnen, og med referanse til behovet for lovgiving i samband med utbrotet av Covid-19, er det i inneverande stortingssesjon blitt sett fram eit framlegg om å endre Grunnlova §§ 68 og 80 for at Stortinget skal tre saman den fyrste kvardagen i september dei åra det ikkje er stortingsval.⁷⁹ På bakgrunn av erfaringane med Covid-19 våren 2020, er dette grunnlovframlegget etter mitt syn godt grunnlagt.

4.5.4. Koronalova og folkeretten

Ei problematisk side ved koronalova er tilhøvet til folkeretten. I § 2 vart det teke inn ei avgrensing av regjeringas forskriftskompetanse om at innskrenking av rettar kunne berre gjerast så langt det var i samsvar med Grunnlova, menneskerettslova og Noregs folkerettslege plikter. I innstillinga presiserte likevel komiteen at lova ikkje kunne takast heilt på ordet: «Der forskrifter hjemlet i koronaloven kan bryte med Norges folkerettslige forpliktelser, forventer komiteen at regjeringen tar saken opp med Den utvidede utenriks- og forsvarskomiteé (DUUFK). Komiteen mener at det helt unntaksvis vil kunne åpnes for å fravike gjeldende EØS-rett når hastevedtak er nødvendig i den pågående krisesituasjonen.»⁸⁰ Også departementet hadde i lovproposisjonen lagt til grunn at det kunne bli naudsynt å gi forskrifter i strid med folkeretten, inkludert plikter etter EØS-avtalen.⁸¹

⁷⁹ Sjø Dokument 12:14 (2019-2020).

⁸⁰ Sjø Innst.204 L (2019-2020), s. 10.

⁸¹ Sjø Prop.56 L (2019-2020), s. 12.

Om ei forskrift i strid med EØS-avtalen ville ha vore gyldig er derimot tvilsamt.⁸² For det fyrste er ordlyden i koronalova § 2 klår på at forskrifter skal tolkast innskrenkande overfor ein motstridande folkerettsleg regel som Noreg er bunden av. Når ordlyden er så klår, kan ikkje departementet og Stortinget i førearbeida gjere unnatak frå ordlyden med uklårt innhald og rekkevidde. For det tredje, og relatert til EØS-avtalen, er ikkje eøs-lova nemnt i koronalova § 2 som ei av lovene regjeringa kunne fråvike gjennom forskrifter. Etter eøs-lova § 2, skal føresegner i lov eller forskrift som tener til å oppfylle Noregs plikter etter EØS-avtalen ved motstrid gå føre andre føresegner i lov eller forskrift som regulerer same forhold. Det betyr at ei forskrift gitt av regjeringa i medhald av koronalova i utgangspunktet må vike for ei motstridande lov eller forskrift som gjennomfører plikter etter EØS-avtalen. Sidan fortrinnsregelen i eøs-lova § 2 berre har lovs rang, kan Stortinget formelt gi ei ny lov som gjer unnatak frå fortrinnsregelen og medfører at Noreg bryt pliktene etter EØS-avtalen. Det må derimot seiast å vere eit meir opent spørsmål om og i kva grad Stortinget kan delegere til regjeringa gjennom forskrift å bestemme om, når og korleis norsk rett skal bryte med pliktene etter EØS-avtalen. Dette gjeld særleg når delegeringa ikkje blir gjort i ein klår ordlyd, men i kortfatta merknader i førearbeida utan å nemne tilhøvet til fortrinnsregelen i eøs-lova § 2. Viljen til å bryte folkerettslege plikter syner kor langt regjeringa og Stortinget var villige til å gå for å avhjelpe dei økonomiske og sosiale konsekvensane av smitteverntiltaka.

Ei anna sak er at institusjonane i EØS-avtalen neppe er fleksible nok til å ta inn i avtalen raske endringar i EU-retten for å avhjelpe ei krise. Ein kan til dømes tenkje seg at EU-retten og tilsvarende EØS-retten stenger for bestemte krisetiltak, og at EU som følgje av krisa raskt vedtek regelendringar som tillét slike tiltak.⁸³ I ein slik situasjon er det ikkje gitt EØS-komiteen vil rekke å innlemme regelendringane i EØS-avtalen raskt nok for at også Noreg kan setje i verk tiltaka utan å bryte EØS-avtalen. Ein kan då kome i den paradoksale situasjonen at krisetiltak er lovlege for medlemsstatane i EU, men ulovlege for EFTA-statane Noreg, Island og Liechtenstein som følgje av at EØS-avtalen ikkje er tilpassa ein krisesituasjon som krev raske regelendringar.

⁸² Sjå vidare utdjuvinga av Halvard Haukeland Fredriksen på <https://rett24.no/articles/koronaloven-og-folkeretten>.

⁸³ Som følgje av Covid-19 vedtok Kommisjonen i EU mellombels endringar i regelverket om statsstøtte for å gjere det mogleg for medlemsstatane å hjelpe bedrifter gjennom krisa, sjå https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/ip_20_496.

Etter mitt syn er det oppsiktsvekkende at regjeringa og eit samla storting generelt erklærer at utbrotet av Covid-19 legitimerer at Noreg kan bryte sine folkerettslege plikter. Ei juridisk meir forsvarleg løysing hadde vore å stole på at dei folkerettslege normene, inkludert både EMK og EØS-avtalen, gir statane eit utvida handlingsrom i ein krisesituasjon.⁸⁴ For EØS-retten er handlingsrommet truleg såpass utvida i krisesituasjonar at den neppe er til hinder for dei fleste praktisk tenkelege smitteverntiltaka eller tiltak for å avhjelpe negative konsekvensar av smitteverntiltaka.⁸⁵ Eit læringspunkt for framtida er at ein bør vere merksam på og helst greie ut det folkerettslege handlingsrommet i krisesituasjonar, før ein generelt opnar for brot med folkerettslege plikter.

4.5.5. Koronalova som «modelllov»?

Koronalova viser etter mitt syn kor viktig det er å ha det vi kan kalle regulativ beredskap i ein krisesituasjon. Då behovet for ei fullmaktslov oppstod som følge smitteverntiltaka mot Covid-19, stod ikkje lovkonsipistane i regjeringsapparatet på bar bakke. Som nemnt i punkt 4.3, var lovforslaget til regjeringa bygd over lesten til Beredskapsutvalets framlegg til ein generell beredskapsheimel. I NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer* hadde Beredskapsutvalet greia ut samanhengen i det norske beredskapslovverket samt behovet for og utforminga av ei fullmaktslov som ikkje var så veldig ulik koronalova. Det er uråd å seie sikkert korleis koronalova ville ha sett ut om lovkonsipistane ikkje kunne byggje på utgreiinga til Beredskapslovutvalet. Ein kan likevel konstatere at lovframlegget til Beredskapslovutvalet påverka utforminga av koronalova, ikkje minst den viktige mindretalsgarantien i koronalova § 5.

Etter mitt syn bør koronalova sjølv vere ein viktig presedens og ei «modelllov» for eventuelle seinare lover som delegerer til regjeringa vidtrekkande kompetanse til å endre, supplere eller fråvike lov. Den viktigaste lærdomen frå koronalova er at Stortinget er i stand til å behandle lovendingar på ein rask og effektiv måte dersom omstenda krev det. Dersom ei særskilt fullmaktslov er naudsynt, krev det ein særleg sterk parlamentarisk kontroll og domstolskontroll.

Konkret inneheld koronalova fleire komponentar som bør inngå i seinare fullmaktslover:

⁸⁴ Sjå også punkt 3.1.3. For den type økonomiske og sosiale tiltak som koronalova var innretta for, har EMD generelt lagt til grunn at statane har vid skjønnsmargin, sjå storkammerdommen *Hatton mot Storbritannia*, saksnr. 36022/97, avsn. 97.

⁸⁵ Sjå nærare Herdis Helle på <https://rett24.no/articles/covid-19-epidemien-er-ikkje-tida-for-a-styre-norge-og-europa-med-vage-rettsprinsipp>, og Halvard Haukeland Fredriksen på <https://rett24.no/articles/eos-og-schengen-i-koronaens-tid>.

- Vanleg lovbehandling bør vere normalsporet også der regjeringa har fått delegert lovgivingskompetanse. Regjeringa bør berre kunne endre, supplere eller fråvike lov i tilfelle der føremålet ikkje kan oppfyllast med normal lovbehandling.
- Lovgivingsfullmakta bør vere sakleg avgrensa, anten til konkrete lover eller til bestemte sektorar.
- Lovgivingsfullmakta bør vere tidsavgrensa og ikkje lenger enn det som er strengt påkravd av situasjonen. Lova bør innehalde ein «solnedgangsklausul» som opphevar lova etter ei viss tid.
- Føremålet med lova må vere så presist formulert at det er mogleg å kontrollere om regjeringa har gått utanfor føremålet.
- Mindretalsrettar bør vurderast der lova har eit breitt føremål eller opnar for å endre, supplere eller fråvike lovgiving av allmenn karakter og som kan vere politisk omstridd.
- Forskrifter gitt i medhald av lova bør så langt som mogleg bli sende til høyring, sjå vidare punkt 5.4.3.
- Lova bør ha ei eiga føresegn om domstolskontroll og som slår fast at domstolane kan prøve både om vedtak og forskrifta vedtaket er heimla i er lovlege. Di større fullmakter regjeringa får i lova, di større grunn til at domstolane bør også kunne prøve om tiltak er naudsynte, forsvarlege og proporsjonale. Sjå vidare punkt 6.1.
- Lova bør ikkje gi regjeringa kompetanse til å gi forskrifter som bryt med Noregs folkerettslege plikter.

5. Smittevernlova

5.1. Innleiing

I denne delen skal eg drøfte tre emne relatert til smittevernlova.

Det fyrste emnet er Helsedirektoratets kompetanse i medhald av smittevernlova § 4-1 andre ledd til å gjere vedtak om smitteverntiltak med verknad for heile eller delar av landet. Dette emnet har ei konkret og ei generell side. Konkret reiser Helsedirektoratets bruk av denne kompetansen i samband med Covid-19 spørsmål om visse slike vedtak må gjerast av regjeringa og ikkje Helsedirektoratet, sjå punkt 5.2. Generelt kan ein spørje om kompetansetildelinga til

Helsedirektoratet i smittevernlova § 4-1 andre ledd er tilstrekkeleg grunnsett i lys av andre beredskapsheimlar i lovverket, sjå punkt 5.3.

Det andre emnet er Kongens fullmakt i § 7-12 til å gi forskrifter som utfyller, supplerer eller fråviker reglane i lova, sjå punkt 5.4. Dette emnet heng saman med spørsmåla om delegering drøfta ovanfor i samband med koronalova. Spørsmålet i relasjon til smittevernlova er om heimelen i § 7-12 er tilstrekkeleg presis og avgrensa til føremålet og om forskrifter etter denne heimelen er underlagt tilstrekkeleg kontroll.

Til slutt skal eg sjå nærare på kompetansefordelinga i smittevernlova § 4-1 mellom kommunane og staten når det gjeld smitteverntiltak, sjå punkt 5.5.

5.2. Kompetansen til Helsedirektoratet etter smittevernlova § 4-1 andre ledd

5.2.1. *Problemstillinga*

Smitteverntiltaka som vart innført 12. mars 2020 vart av regjeringa omtala som dei «sterkeste og mest inngripende tiltakene vi har hatt i Norge i fredstid».⁸⁶ Vedtaket påla alle landets barnehagar, skular, universitet, høgskular og andre utdanningsinstitusjonar å stenge i to veker. Vidare påla vedtaket stenging av alle kultur- og idrettsarrangement, all organisert idrettsaktivitet innandørs og utandørs, alle verksemder i serveringsbransjen med unntak av stadar der det vert servert mat, alle treningssenter, alle svømmehallar og liknande, og alle verksemder som tilbyr personleg pleie, som frisørtenester, hudpleie og meir. Same dag gjorde Helsedirektoratet eit vedtak som påla karantene for alle reiser utanfor Norden. Desse vedtaka, og vedtaket 15. mars om stenging av ei rekkje offentlege og private verksemder utanfor spesialisthelsetenesta, vart ikkje gjort av regjeringa i statsråd gjennom kongeleg resolusjon, men av Helsedirektoratet i medhald av smittevernlova § 4-1 andre ledd.⁸⁷ Tiltaka vart vidareførte av regjeringa i statsråd i Covid-19-forskrifta 27. mars og regulerte der til dei vart oppheva 12. juni.⁸⁸

⁸⁶ Regjeringas pressemelding 12. mars 2020, tilgjengeleg elektronisk: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-tiltak/id2693327/>.

⁸⁷ Sjå Helsedirektoratets vedtak 20/8069-3 12. mars 2020, vedtak 20/8130-1 12. mars 2020 og vedtak 20/8069-7 15. mars 2020.

⁸⁸ Sjå forskrift 27. mars 2020 nr. 470 §§ 12-16.

Smittevernlova § 4-1 andre ledd har slik ordlyd:

«Ved et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom og når det er avgjørende å få satt tiltak i verk raskt for å motvirke overføring av sykdommen, kan Helsedirektoratet treffe vedtak som nevnt i første ledd for hele landet eller for deler av landet.»

Tiltaka som Helsedirektoratet kan setje i verk med verknad for heile eller delar av landet er lista opp i § 4-1 fyrste ledd og omfattar forbod mot eller restriksjonar for møter og samankomstar, stenging av verksemder som samlar fleire menneske, stopp eller restriksjonar i kommunikasjonar, isolering av eller restriksjonar på rørslefridomen til personar opp til sju dagar om gongen, og pålegg om reingjering, desinfeksjon og liknande.

Spørsmålet er om vedtaka til Helsedirektoratet 12. og 15. mars med heimel i smittevernlova § 4-1 andre ledd skulle ha blitt gjort av regjeringa i statsråd jf. Grunnlova § 28.

5.2.2. *Rettslege utgangspunkt*

Grunnlova § 28 fyrste punktum har slik ordlyd:

«Tilrådingar om embetsutnemningar og andre viktige saker skal målberast i statsrådet av den medlemen som har det fagområdet dei høyrer til.»

Sjølv om føresegna berre seier noko om kven som skal leggje fram saka i statsrådet, er det sikker tolking at den også pålegg statsrådsbehandling for embetsutnemningar og «andre viktige saker».⁸⁹ I praksis seier denne regelen kva saker som må behandlast i statsrådet, og kva saker som kan delegerast til avgjerd i departementa under leiging av ein statsråd eller vidare nedover i forvaltningshierarkiet. Konkret betyr kravet om statsrådsbehandling at vedtaket må gjerast som kongeleg resolusjon i statsrådet. Til dette kjem visse prosessuelle krav i form av at vedtaket må leggjast fram for statsrådskollegiet og grunnjevast av ein statsråd, før det vert signert av både

⁸⁹ Sjø til dømes Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, fjerde utgåve, Bergen 2017, s. 229. Sjø tilsvarande i eldre teori Frederik Stang, *Systematisk Fremstilling av Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret*, Christiania 1833, s. 103-104 og Torkel Halvorsen Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, andre utgåve, bind 1, Christiania 1891, s. 238-239.

kongen og statsministeren, jf. Grunnlova §§ 28 og 31. Dei prosessuelle krava skal eg kome nærare tilbake til nedanfor, sjå punkt 5.2.6.

Påbodet om statsrådsbehandling i Grunnlova § 28 rettar seg mot kongen og regjeringa, men får også konsekvensar for Stortinget. For kongen og regjeringa betyr påbodet ei avgrensing av kompetansen til å delegere avgjerda. For Stortinget som lovgivar medfører påbodet at embetsutnemningar og «andre viktige saker» ikkje i lov kan leggjast til andre organ enn Kongen i statsråd. I lover markerer uttrykket «Kongen i statsråd» at kompetansen ikkje kan delegerast.⁹⁰

Spørsmålet er kva som ligg i uttrykket «andre viktige saker» i Grunnlova § 28. Språkleg seier ikkje ordlyden anna enn at visse saker, dei mindre viktige, kan avgjerast utanfor statsråd. Ordlyden gir heller ingen peikepinn på kva kriterium ei sak skal vurderast etter for å avgjere om ho er viktig eller ikkje. Grunnlova krev sjølv at visse avgjerder, som bruk av nåderetten (§ 20) og embetsutnemningar og -avskil (§§ 21 og 22), skal skje i statsråd. Slike avgjerder kan såleis reknast som viktige i relasjon til § 28, men det fortel lite om kva eigenskapar andre saker må ha for å bli rekna som viktige i denne samanhengen.

5.2.3. *Tolkingspraksis*

Ser vi på tolkingspraksis er det klare utgangspunktet at regjeringa har vidt skjøn i å avgjere om ei sak er så viktig at den krev statsrådsbehandling etter Grunnlova § 28.⁹¹ Spørsmålet om rekkevidda av Grunnlova § 28 har sjeldan vore oppe for domstolane, men i Rt. 1992 s. 1401 (Heerema) uttalte Høgsterett på generelt grunnlag at «regjeringa selv i betydelig grad må kunne avgjøre hvorvidt en sak er av slik viktighet at statsrådsbehandling er nødvendig.»⁹² Vidare uttalte Høgsterett at vurderinga av om det dreier seg om ei viktig sak i relasjon til Grunnlova § 28, må gjerast på grunnlag av situasjonen då vedkomande sak vart behandla.

Høgsterettspraksis så vel som tunge reelle omsyn til effektivitet tilseier også at plikta til statsrådsbehandling etter Grunnlova § 28 må sjåast i lys av dei andre gjeremåla til regjeringa til

⁹⁰ Sjå *Lovteknikk og lovforbredelse. Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, Justisdepartementets lovavdeling 2000, s. 126.

⁹¹ Det same var lagt til grunn før innføringa av parlamentarismen, sjå Bredo Morgenstjerne, *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, fyrste utgåve, Kristiania 1900, s. 203.

⁹² Sjå Rt. 1992 s. 1401 (Heerema) på s. 1413. Høgsterett kom til at ei folkerettsleg skatteavtale inngått med Sveits etter dei konkrete omstenda ikkje kunne reknast som ei viktig sak som skulle ha vore behandla i statsråd etter Grunnlova § 28.

ei kvar tid, og kan såleis vere situasjonsbestemt.⁹³ Saker som tidlegare har blitt rekna som viktige nok til å bli behandla i statsråd, kan seinare bli delegert fordi sakstypen har blitt mindre viktig politisk eller fordi forvaltninga eller konsekvensane for samfunnet har endra seg som følge av utviklinga. Dette momentet vil kunne vere særleg relevant for vurderinga av avgjerdene til regjeringa i ein krisesituasjon.

Også avgjerder som isolert sett er viktige fordi dei har store økonomiske, sosiale eller andre konsekvensar kan tenkast å falle utanfor kravet til statsrådsbehandling i Grunnlova § 28, dersom avgjerda blir teken på grunnlag av eit detaljert regelverk som ikkje etterlét mykje skjøn.⁹⁴

Nyare juridisk teori har samanfatta delegeringspraksis slik at «en sak må være *svært* viktig for at delegasjon skal være utelukket».⁹⁵

Eit viktig grunnlag for denne tolkinga er regjeringas delegeringspraksis over lang tid, og som er formalisert i regjeringsinstruksen.⁹⁶ Regjeringsinstruksen § 5 andre ledd seier at ein statsråd som departementssjef kan bringe ei avgjerd delegert til departementet inn for statsrådet dersom det er naudsynt «på grunn av sakens særegne betydning eller tvilsomhet». Regjeringsinstruksen set altså ein høg terskel for å bringe saker som er delegert til departementa inn for regjeringa til avgjerd. Eit konkret døme på delegering av vidtrekkande og prinsipielt viktige avgjerder til departementa er næringsberedskapslova §§ 6 og 8, som gir Kongen kompetanse til å gi forskrifter og vedta inngrepande tiltak overfor private næringsdrivande for å sikre forsyningar i krisesituasjonar. Slike avgjerder har regjeringa delegert til utvalde departement.⁹⁷

Sjølv om tolkingspraksis gjennomgåande gir regjeringa eit vidt skjøn i vurderinga av om ei sak må behandlast i statsråd, betyr ikkje dette at regjeringa står fritt. Påbodet om statsrådsbehandling i Grunnlova § 28 for «viktige saker» er bindande for regjeringa. Det

⁹³ Sjø plenumsdommen i Rt. 1952 s. 932 på s. 940, der Høgsterett kom til at suspensjon av seks politimenn, som hadde vore medlemmer av Nasjonal Samling under krigen, ikkje var ei viktig sak i relasjon til Grunnlova § 28 «sett i forhold til de omfattende viktige og presserende oppgaver Regjeringen hadde å arbeide med i årene etter frigjøringen». Tilsvarande synspunkt er lagt til grunn i eldre juridisk litteratur, sjå Bredo Morgenstjerne, *Lærebok i den norske statsforfatningsret*, tredje utgåve, bind 1, Oslo 1926, s. 142-143.

⁹⁴ Eit liknande synspunkt vart fremja av Oslo tingrett i den såkalla Gassled-saka, sjå TOSLO-2014-10957.

⁹⁵ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgåve, Oslo 2018, s. 177.

⁹⁶ Sjø regjeringsinstruksen av 1909 § 5 (sist endra i 1969), som gir ein generell heimel for delegering av vedtakskompetanse frå Kongen til departementa på fleire område og som også tek omsyn til utviklinga i praksis.

⁹⁷ Sjø kgl.res. 16. juni 2017 nr. 820.

tolkingane ovanfor gir uttrykk for er at terskelen for å overprøve regjeringas vurdering må vere høg.

5.2.4. Lovgivingspraksis

Stortinget har gjennom lovgivingspraksis over lang tid gitt departementa og underordna forvaltningsorgan kompetanse til å ta avgjerder som politisk og i eit samfunnsperspektiv er mykje viktigare enn embetsutnemningar nemnt i Grunnlova § 28.⁹⁸ Helsedirektoratets kompetanse etter smittevernlova § 4-1 andre ledd er døme på dette. Det er i denne samanhengen viktig å minne om at domstolane normalt vil vere atterhaldne med å overprøve Stortingets syn på grunnlovføresegner som regulerer tilhøvet mellom eller arbeidsmåten til statsmaktene, noko som er tilfelle for Grunnlova § 28.⁹⁹

Samstundes står ikkje Stortinget som lovgivar fritt til å bestemme at avgjerder innanfor forvaltningshierarkiet skal behandlast av eit anna organ enn Kongen i statsråd. Grunnlova og kravet om at «andre viktige saker» skal behandlast i statsrådet bind også Stortinget som lovgivar. Det er altså viktig å hugse at sjølv om Stortinget har vidt skjøn, så må det likevel gå ei grense for kva saker Stortinget ved lov kan halde unna regjeringa for avgjerd i statsråd. I dette perspektivet er det relevant å sjå smittevernlova § 4-1 andre ledd i lys av lovverket elles.

Kva avgjerder lovverket legg til Kongen i statsråd og kva avgjerder som blir lagt til Kongen (utan statsråd), til departementet eller andre forvaltningsorgan varierer og ikkje heilt konsekvent.¹⁰⁰ Samstundes er det gjennomgåande slik at lovgivar legg avgjerder av vesentleg nasjonal interesse til Kongen i statsråd eller til Kongen med høve til delegering. Dette gjeld til dømes konsesjon til utnytting av vesentlege naturressursar,¹⁰¹ organisering av viktige offentlege

⁹⁸ Sjå til dømes vallova § 13-2 fjerde ledd, som gir departementet kompetanse til å avgjere klager på kommune- og fylkestingsval.

⁹⁹ Sjå konkret i relasjon til Grunnlova § 28: Rt. 1992 s. 1401 (Heerema) på s. 1413, i relasjon til delegering: Rt. 1952 s. 1089 (Kvalølje) på s. 1098, og allment: Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) på s. 5-6 og Rt. 2010 s. 535 (Opplysningsvesenets fond), avsn. 146-148 og 168.

¹⁰⁰ Eit søk i lovdatabasen til Lovdata gir 50 lover som legg avgjerdkompetanse til «Kongen i statsråd». Til dømes legg nokre lover avgjerder om lovas verkeområde til Kongen i statsråd (hamne- og farvatnlova § 2, containerlova § 1, havbotnminerallova § 1-8), medan andre legg tilsvarende avgjerder til Kongen (sivilbeskyttelseslova § 2) eller til departementet (skattebetalingslova § 1-2).

¹⁰¹ Konsesjonar og løyve til viktige naturressursar er lagt til Kongen i statsråd etter petroleumslova § 3-3 og energilova § 3-1 jf. § 2.2. Det same gjeld opning av areal med sikte på tildeling av konsesjon til energiproduksjon til havs, jf. havenergilova § 2-1. Konsesjon for slike tiltak blir derimot gitt av departementet, jf. havenergilova § 3-1. Tilsvarende gjeld utnytting av mineral i havbotnen, der opning av område blir bestemt av Kongen i statsråd, medan Kongen (utan statsråd og kan delegerast) gir konsesjon, sjå havbotnminerallova §§ 2-1

organ,¹⁰² og vedtak av prinsipiell art,¹⁰³ mellom anna kompetanse til å gjere unnatak frå lov.¹⁰⁴ Eit døme er havbotnminerallova, som legg avgjerda om opning av leiteområde til Kongen i statsråd, medan sjølve utvinningsvedtaket er lagt til Kongen (utan statsråd) og kan såleis delegerast. Førrearbeida til lova minner likevel om at utvinningsløyve til store mineralførekomstar som krev store inngrep og investeringar vil kunne vere ei viktig sak som krev statsrådsbehandling etter Grunnlova § 28.¹⁰⁵ Denne lova illustrerer altså at Stortingets regulering av forvaltninga i lov må tolkast med atterhald om overordna normer i Grunnlova. Nokre lover krev også at vedtak «i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning» skal gjerast av Kongen i statsråd.¹⁰⁶ I sikkerheitslova § 2-5 er ein vidtgåande kompetanse til å gjere vedtak for å verne nasjonale tryggingssinteresser lagt til Kongen i statsråd med grunngevinga at statsrådsbehandlinga «sikrer at eventuelle tiltak som iverksettes, er resultat av en vurdering på høyt nivå, og at de står i et rimelig forhold til den foreliggende risikoen».¹⁰⁷ Som eg skal kome tilbake til nedanfor er også fullmakter til å gjere inngripande tiltak i usedvanlege situasjonar elles i lovverket lagt til anten Kongen i statsråd, Kongen eller departementet.

Sjølv om direktorat er statlege forvaltningsorgan med nasjonale oppgåver, er det uvanleg at Stortinget i lov tildeler desse kompetanse til å gjere vedtak av prinsipiell art eller med store konsekvensar for heile samfunnet. Smittevernlova § 4-1 andre ledd avviker såleis klårt frå lovgivingspraksis når den gir Helsedirektoratet kompetanse til å setje i verk omfattande, inngripande og prinsipielt viktige tiltak for heile landet. Lovgivingspraksis tilseier etter mitt syn at særleg inngripande nasjonale tiltak etter smittevernlova § 4-1 andre ledd er ein type avgjerd som etter Grunnlova § 28 skal takast av regjeringa i statsrådet. I slike tilfelle vil påbodet i Grunnlova § 28 gå føre sjølv om lova seier noko anna. Den nemnte havbotnminerallova er eit

og 4-1. Kongen avgjer også konsesjon til vasskraftverk, jf. vassdragsreguleringslova § 3, og til kjøp av vassfallrettar, jf. vannfallrettighetsloven § 2.

¹⁰² Sjø domstollova § 33, statsføretakslova § 7 og helseføretakslova § 8.

¹⁰³ Sjø til dømes naturmangfaldlova §§ 23 (prioriterte artar) og 34 (verneområde), sentralbanklova § 1-4 (om måla for sentralbankverksemda og instruksjon av Noregs Bank) og § 1-10 (om oppgåvene til Noregs Bank), statistikklova § 4 (nasjonalt program for offisiell statistikk), forsvarslova § 17 (innkalling av vernepliktige til ekstraordinær teneste), og sikkerheitslova § 2-5 (vedtak om vern av nasjonale tryggingssinteresser).

¹⁰⁴ Sjø hamne- og farvatnlova § 2 siste ledd, folketrygdlova § 25-16, statsborgarlova § 18 og etterretningstenestelova § 11-4 siste ledd (i kraft 01.01.2021). Etter utlendingslova §§ 9 og 32 kan Kongen i statsråd i krisesituasjonar suspendere lovbestemte rettार ved å nekte innreise og behandling av asylsøknader, eller gi kollektivt vern i massefluktsituasjonar, jf. § 34. Smittevernlova § 7-12 legg kompetansen til å derogere frå lova til Kongen.

¹⁰⁵ Sjø Prop. 106 L (2017-2018), s. 61.

¹⁰⁶ Sjø ekomlova § 11-7, kringkastingslova § 2-15 andre ledd og bildeprogramlover § 17 andre ledd, som alle gjeld omgjerding av tilsynsstyresmaktenes vedtak.

¹⁰⁷ Sjø Prop. 153 L (2016-2017), s. 169.

døme på at lovgivar i andre samanhengar har vore medviten om at kompetansetildelingar i lov må tolkast i lys av den overordna norma i Grunnlova § 28. Når det gjeld smittevernlova § 4-1 andre ledd er tilhøvet til Grunnlova § 28 ikkje omtala i førearbeida.

5.2.5. *Vedtaka 12. og 15. mars*

På grunnlag av det som er sagt ovanfor, meiner eg det ikkje er særleg tvil om at Helsedirektoratets vedtak om smitteverntiltak 12. og 15. mars skulle ha blitt gjort av regjeringa i statsråd sjølv om smittevernlova § 4-1 andre ledd legg kompetansen til Helsedirektoratet. Det er vanskeleg å sjå at konklusjonen kan bli ein annan sjølv om både regjeringa og Stortinget som lovgivar må ha stor fridom i å prioritere kva saker som skal behandlast i statsråd.

Vedtaka 12. og 15. mars har alle kjenneteikn på ei viktig sak i relasjon til Grunnlova § 28. Det er snakk om tiltak med verknad for heile landet i to veker, som omfatta og innskrenka merkbar fridomen og det offentlege og private tenestetilbodet for alle innbyggjarane og som direkte eller indirekte påførte bedrifter store økonomiske tap. Med regjeringas eigne ord var smitteverntiltaka som vart innført med vedtaket 12. mars dei «sterkeste og mest inngripende tiltakene vi har hatt i Norge i fredstid».¹⁰⁸ Omfanget og verknadane gjer i seg sjølv at vedtaka må reknast som «viktige» i relasjon til Grunnlova § 28.

Vidare er det snakk om avgjerder som kravde skjøn i form av vanskelege avvegingar mellom folkehelsa på den eine sida og tunge sosiale og økonomiske interesser på den andre sida. Valet mellom typar tiltak innanfor smittevernlova § 4-1 fyrste ledd og omfanget og lengda av desse tiltaka, var altså ikkje eit reint medisinskfagleg spørsmål, men eit grunnleggjande sektoroverskridande prioriteringsspørsmål som det er naturleg at ei regjering tek stilling til. Sjølv om utgangspunktet for avvegingane er medisinskfagleg, måtte det på vedtakstidspunktet vere klårt at utforminga av tiltak mot Covid-19 ville å få vesentlege økonomiske og sosiale konsekvensar for landet.

I vurderinga av Grunnlova § 28 må det etter mitt syn også leggjast vekt på at regjeringa vidareførte tiltaka i vedtaka 12. og 15. mars i Covid-19-forskrifta 27. mars.¹⁰⁹ Denne forskrifta vart vedteke av regjeringa i statsråd med heimel i mellom anna smittevernlova § 7-12. Ved to

¹⁰⁸ Regjeringas pressemelding 12. mars 2020, tilgjengeleg elektronisk: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-tiltak/id2693327/> [lest 28.08.2020].

¹⁰⁹ Sjø Covid-19-forskrifta av 27. mars 2020 (FOR-2020-03-07-470) §§ 12-16.

høve før dette hadde regjeringa delegert forskriftskompetanse etter same føresegn til Helse- og omsorgsdepartementet for å trygge forsyninga av legemiddel og -utstyr i samband med Covid-19.¹¹⁰ Regjeringa delegerte altså ikkje forskriftskompetanse til å innføre smitteverntiltak med heimel i smittevernlova § 4-1, og som vart innført med vedtaka 12. og 15. mars og seinare regulert i Covid-19-forskrifta.

På lokalt nivå gir smittevernlova § 4-1 femte ledd kommunelegen kompetanse til å gjere vedtak om smitteverntiltak som elles ligg til kommunestyret. Eit slikt naudrettsleg synspunkt kan tenkast å vere relevant for vurderinga av statsrådsbehandling etter Grunnlova § 28. Sjølv om situasjonen i dagane fram mot 12. mars nok var uoversiktleg og skiftande, er det likevel ingen haldepunkt for at regjeringa ikkje var i stand til å gjere vedtak i statsråd. Lovleg statsråd krev at minst halvparten av medlemmene er til stades jf. Grunnlova § 27. I dei tilfella det ikkje er mogleg å samle minst halvparten av regjeringsmedlemmene, finst det heimel i Grunnlova § 29 å konstituere midlertidige statsrådar for å avgjere dei sak. Eg nemner at regjeringa heldt statsråd 13. mars.

På dette grunnlaget er det etter mitt syn klårt at vedtaka Helsedirektoratet gjorde 12. og 15. mars var så viktige at dei etter Grunnlova § 28 skulle ha blitt gjort av regjeringa i statsråd.¹¹¹

Det er ikkje grunnlag for å seie at smittevernlova § 4-1 andre ledd generelt er i strid med Grunnlova § 28. Dei fleste vedtak etter § 4-1 andre ledd vil aldri få slike konsekvensar at dei må reknast som viktige etter Grunnlova § 28. Til dømes vil vedtak om isolering av personar etter § 4-1 fyrste ledd bokstav d vil vere inngripande for dei det gjeld, men får vesentleg konsekvensar for samfunnet som heilskap, heller ikkje når tiltaka gjeld nasjonalt. Det same gjeld pålegg etter bokstav e om reingjering, desinfeksjon eller destruksjon av gjenstandar eller lokale. Så lenge Helsedirektoratet er gitt kompetanse i lov til å gjere vedtak, må kravet om statsrådsbehandling etter Grunnlova § 28 vurderast konkret i kvar sak. Ansvar for statsrådsbehandling etter Grunnlova § 28 ligg hos regjeringa.

Sjølv om ansvaret for statsrådsbehandling ligg hos regjeringa, er det viktig å presisere at regjeringa i ein pressa situasjon følgde smittevernlova § 4-1 andre ledd til punkt og prikke ved å overlate avgjerda til Helsedirektoratet. Som eg skal kome tilbake til i punkt 5.3, er

¹¹⁰ Sjø delegeringsvedtak i kgl.res 28. februar og 13. mars.

¹¹¹ Sjø tilsvarande Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand*, Oslo 2020, s. 109-110.

smittevernlova § 4-1 andre ledd er utforma på ein slik måte at kompetanse- og ansvarsfordelinga er misvisande og i utakt med lovverket elles.

5.2.6. Føremålet med påbodet om vedtak i statsråd i Grunnlova § 28

Konklusjonen at særleg inngripande nasjonale tiltak etter smittevernlova § 4-1 andre ledd må avgjerast av regjeringa i statsråd, kan synest både dramatisk og formalistisk. I praksis vert viktige saker for samfunnet avgjort av departementa og på lågare nivå i forvaltninga. Grunngevinga for å leggje vedtakskompetansen etter smittevernlova § 4-1 andre ledd til Helsedirektoratet, er at vedtak om smitteverntiltak må gjerast på grunnlag av faglege vurderingar.¹¹² Endeleg vil det i samband med særleg inngripande nasjonale smitteverntiltak vere ein dialog mellom Helsedirektoratet, ansvarleg statsråd i Helse- og omsorgsdepartementet og regjeringa som kollegium. Prosessen fram mot vedtaket 12. mars og dei etterfølgjande smitteverntiltaka syner eit tett samvirke mellom Helsedirektoratet, Helse- og omsorgsdepartementet og regjeringa. Alt 13., 15. og 16. mars vart smitteverntiltaka vedtekne av Helsedirektoratet supplerte med forskrifter vedtekne av regjeringa om karanteneplik, isolasjon og forbod mot opphald på fritidseigedom.¹¹³ Det er ingen tvil om at regjeringa stilte seg bak vedtaket til Helsedirektoratet 12. mars og etterfølgjande vedtak.

Samstundes er det tunge grunnar for regelen i Grunnlova § 28 om at viktige saker skal behandlast i statsråd og at verken regjeringa eller Stortinget kan stå heilt fritt til å leggje avgjerder i slike saker til andre organ. Føremålet med kravet om statsrådsbehandling i Grunnlova § 28 er todelt.

For det fyrste sikrar statsrådsbehandlinga at heile regjeringa står bak viktige avgjerder. Grunnlova § 30 pålegg kvar einskild statsråd å protestere mot vedtak vedkomande er usamd i eller meiner er i strid med Grunnlova eller lovene. Dersom regjeringa er ei koalisjonsregjering, som var tilfelle våren 2020, gir statsrådsbehandlinga også eit formelt uttrykk for at alle partia i regjeringa stiller seg bak avgjerda. I praksis vil politisk viktige eller sensitive saker i departementa eller i underordna organ kunne bli drøfta uformelt mellom partia i regjeringa eller mellom statsministeren og ein eller fleire statsrådar. Likevel er det berre vedtaka i statsråd som

¹¹² Sjø Ot.prp.nr.91 (1992-1993), s. 145.

¹¹³ Sjø forskrift 13. mars 2020 nr. 287, forskrift 15. mars 2020 nr. 294, forskrift 15. mars 2020 nr. 295, forskrift 16. mars 2020 nr. 311.

formelt og bindande fortel samfunnet korleis regjeringa stiller seg i ei sak. Regjeringa har ikkje plikt til å stille seg bak eit vedtak frå Helsedirektoratet.

For det andre sikrar statsrådsbehandling at Stortinget kan føre kontroll med viktige forvaltningsavgjerder.¹¹⁴ I statsrådet må alle framlegg til vedtak i statsrådet grunngjevast av ein statsråd jf. Grunnlova § 28 og førast inn i protokollen jf. Grunnlova § 30 fyrste ledd. Statsrådsprotokollane vert sende til Stortinget for gransking, jf. Grunnlova § 75 bokstav f.¹¹⁵ Når det gjeld avgjerder i viktige saker er stortingskontrollen viktig på to måtar.

Eit viktig føremål med Stortingets kontroll med regjeringa er at den gjer det mogleg å halde dei øvste leiarane av den utøvande makta personleg ansvarlege for feil i både regjeringas og forvaltningas maktutøving på grunnlag av offentlegrettsleg kompetanse.¹¹⁶ Koplinga mellom makt og ansvar er eit grunnleggjande prinsipp i Grunnlova og kontrollen med regjeringa er ei av dei viktigaste oppgåvene til Stortinget.¹¹⁷ I tillegg til å gjere regjeringa ansvarleg, kan demokratisk kontroll bidra til å skape legitimitet i folket for omstridde eller inngripande avgjerder frå den utøvande makta. Regjeringa og statsrådene har både eit konstitusjonelt og parlamentarisk ansvar overfor Stortinget. Det konstitusjonelle ansvaret omfattar brot på konstitusjonelle plikter etter Grunnlova § 86 og ansvarslova. Det konstitusjonelle ansvaret omfattar også tilfelle der regjeringa der regjeringa i statsråd utøver lovbestemt kompetanse, men bryt lova, til dømes ved å gå ut over grensene for kompetansen.¹¹⁸ Sanksjonane for slike brot er straff, erstatningsansvar eller tap av rettar. Det parlamentariske ansvaret er i prinsippet politisk og uavgrensa, men vil i dei fleste tilfelle reisast for feil eller manglar i embetsutøvinga til ein statsråd. Sanksjonane Stortinget rår over i slike tilfelle er kritikk eller mistillitsvedtak.

Reint formelt er det ingenting som hindrar Stortinget å halde helse- og omsorgsministeren parlamentarisk ansvarleg for feil gjort av Helsedirektoratet. Overfor Stortinget svarar regjeringa også for feil gjort av den underordna forvaltninga.¹¹⁹ Når smittevernlova gir Helsedirektoratet

¹¹⁴ Sjå Arne Fliflet, *Grunnloven. Kommentartutgave*, Oslo 2005, s. 183.

¹¹⁵ På Stortinget har kontroll- og konstitusjonskomiteen ansvar for gjennomgangen av statsrådsprotokollane, sjå Stortingets forretningsorden § 14 punkt 8 nr. 1.

¹¹⁶ Om føremåla med parlamentarisk kontroll, sjå Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Oslo 2002 s. 125-128.

¹¹⁷ Sjå Fredrik Sejersted, *Kontroll og konstitusjon*, Oslo 2002, s. 128 flg. og Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo 1965, s. 32.

¹¹⁸ Sjå ansvarslova (ansvarlighetsloven) § 11.

¹¹⁹ Eit spørsmål i denne samanhengen er om regjeringa kan instruere Helsedirektoratet i utøvinga av kompetanse etter smittevernlova § 4-1 andre ledd. Utgangspunktet er at eit overordna organ kan instruere underordna organ også der Stortinget i lov har lagt kompetansen direkte til det underordna organet. Unntak krev særskilt

kompetanse til å gjere vedtak, er det likevel vanskeleg for Stortinget å halde regjeringa ansvarleg for feil eller for konsekvensane som følgje av Helsedirektoratets skjønnsutøving. Resultatet er ansvarspulverisering. Eit vesentleg omsyn bak kravet om statsrådsbehandling i Grunnlova § 28 er nettopp å sikre at leiarane av den utøvande makta, regjeringsmedlemmene, står personleg ansvarlege for dei dei viktigaste avgjerdene. Eg nemner som døme at omsynet til det konstitusjonelle ansvaret var avgjerande for at instruksjonsretten overfor Domstolsadministrasjonen etter domstollova § 33 vart lagt til Kongen i statsråd framfor til departementet.¹²⁰

Ei anna viktig side ved Stortingets gransking av statsrådsprotokollane er at den gir demokratisk kontroll med og offentleg innsyn i dei konkrete vurderingane og avvegingane som ligg til grunn for regjeringas avgjerd. Grunnlaget for granskinga til Stortinget er statsrådsføredraget jf. Grunnlova § 28. Sjølv om Grunnlova ikkje stiller krav til innhaldet i statsrådsføredraget, følgjer det indirekte at statsråden som gjer greie for saka har plikt til å opplyse dei andre medlemmene av statsrådet om forhold som er relevante for saka.¹²¹ Utan ei slik opplysningsplikt kan ikkje dei andre statsrådene protestere mot avgjerda jf. Grunnlova § 30 tredje ledd. At statsrådar har plikt til å gi korrekte og relevante opplysningar i statsrådet følgjer også av ansvarslova § 9. I mangelen av utfyllande reglar i Grunnlova er det nok viktigare for utforminga av statsrådsføredraga at Statsministerens kontor har gitt retningsliner for statsrådsbehandlinga. Om utforminga av statsrådsføredrag seier retningslinene:

«Foredraget må være så utfyllende at det danner et godt beslutningsgrunnlag i saken. Det må blant annet redegjøres for hva saken gjelder, forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende, hvilke avveininger departementet har gjort, og hva som har vært avgjørende

grunngeving. Sjå grunnleggjande Eivind Smith, «Instruksjonsmyndighet i den offentlige forvaltning og i ligningsforvaltningen», i: *Stat og rett*, Oslo 2002, s. 529-540 på s. 532. Når det gjeld smittevernlova kan systematikken i § 4-1 trekke i retning av at lovgivar har tenkt at berre Helsedirektoratet kan gjere vedtak etter andre ledd, sidan departementet i same paragraf er gitt kompetanse til å gi generelle føresegner i forskrift. Samstundes er det ingen haldepunkt i førearbeida for at instruksjonsretten til regjeringa skal vere avskoren. Graver meiner det er opplagt at helse- og omsorgsministeren kan instruere Helsedirektoratet om bruken av kompetansen i § 4-1 andre ledd, sjå Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand*, Oslo 2020, s. 110-111.

¹²⁰ Sjå Ot.prp.nr.44 (2000-2001), s. 76: «Når lovutkastet bestemmer at «Kongen i statsråd» kan treffe vedtak om domstoladministrasjonens virksomhet, innebærer dette at Kongen ikke kan delegere instruksjonsmyndigheten til et departement. Skal domstoladministrasjonen gis pålegg, må saken behandles i regjeringen og kongelig resolusjon utferdiges. Denne instruksjonsretten forankrer også statsrådets konstitusjonelle ansvar. Utover det antar Justisdepartementet at en slik regel vil ha begrenset praktisk betydning.»

¹²¹ Sjå nærare om innhaldskrav til statsrådføredrag i Christoffer Conrad Eriksen, «Utredning av konstitusjonelle rammer for norsk deltakelse i internasjonale operasjoner», i: *Evaluering av norsk deltakelse i Libya-operasjonene i 2011. Rapport fra Libya-utvalget*, 2018, s. 231-232.

for departementets tilråding i saken. I saker som gjelder inngrep i borgernes personlige eller økonomiske sfære, er det særlig viktig at teksten utformes slik at partene og deres representanter kan se at hensyn som de har framhevet, er vurdert og balansert mot de hensyn som ellers begrunner inngrepet.»¹²²

Det sentrale i denne sammenhengen er at statsrådsføredraget skal gjere greie for avvegingane bak vedtaket og kva omsyn som har vore avgjerande. Dersom vedtaka 12. og 15. mai hadde blitt behandla i statsråd, måtte altså regjeringa ha gjort greie for korleis den vurderte smittetrugselen på vedtakstidspunktet og korleis den vog medisinskfaglege omsyn mot økonomiske og sosiale omsyn. Regjeringa måtte også ha gjort greie for vurderinga om å gjere smitteverntiltaka gjeldande for heile landet framfor utvalde regionar med høg smitte. Desse avvegingane ville deretter ha blitt granska og vurderte av Stortinget.

Som forvaltningsorgan har Helsedirektoratet plikt til å grunngi vedtaka sine ved å vise til reglane og dei faktiske forholda vedtaket byggjer på og hovudomsyna som har vore avgjerande ved skjønnsutøvinga.¹²³ Ser vi på grunngjevinga til Helsedirektoratet for vedtaket 12. mars er denne knapp og i hovudsak medisinskfagleg. Samfunnsnyttan av smitteverntiltaka, og med det avveginga av ulike omsyn, er ikkje gjort greie for anna enn at den vil «overstige den belastning og ulempe for de tiltakene gjelder».¹²⁴ Den same formuleringa er nytta i vedtaket 15. mars.

Samanlikna med Helsedirektoratets vedtak ville eit vedtak av regjeringa i statsråd gitt større grad av demokratisk kontroll med og innsyn i avvegingane bak vedtaket. Etter mitt syn er det difor viktig å vurdere om kompetansefordelinga i smittevernlova § 4-1 andre ledd er heldig i lys av dei tunge omsyna bak statsrådsbehandling av dei mest inngripande smitteverntiltaka. Nedanfor skal eg difor sjå nærare på systematikken i smittevernlova § 4-1 og lovverket elles.

¹²² Sjø Statsministerens kontor, *Om statsråd. Forberedelser av saker til statsråd*, 2017 punkt 9.4. Ei noko snevrare grunngivingsplikt følger av regjeringsinstruksen av 1909, som i § 4 pålegg «den føredragende statsråd nøiaktig å fremstille sakens beskaffenhet tillikemed de vesentligste omstendigheter som bør komme i betraktning ved dens avgjørelse samt å fremsette bestemt innstilling om, hvad der efter hans formening bør besluttes i saken.»

¹²³ Sjø forvaltningslova §§ 24 og 25.

¹²⁴ Helsedirektoratets vedtak 20/8069-3, 12. mars 2020.

5.3. Smittevernlova § 4-1 i eit systemperspektiv

5.3.1. Problemstillinga

Ovanfor har eg vurdert Helsedirektoratets vedtak 12. og 15. mars opp mot kravet mot statsrådsbehandling i Grunnlova § 28. Konklusjonen er at heimelen i smittevernlova § 4-1 andre ledd ikkje kan takast på ordet når det er snakk om særleg omfattande og vidtrekkande nasjonale smitteverntiltak. I det følgjande skal eg sjå nærare på heimelen for nasjonale smitteverntiltak i smittevernlova § 4-1 andre ledd i lys av både smittevernlova og lovverket elles. Spørsmålet er om kompetansefordelinga i § 4-1 andre ledd er i samsvar med den indre systematikken i smittevernlova og i lovverket elles.

5.3.2. Den historiske bakgrunnen for § 4-1 andre ledd

Kompetansefordelinga i smittevernlova mellom lokale, statlege og politiske styresmakter er i stor grad ei vidareføring av sunnheitslova av 1860.¹²⁵

Sunnheitslova av 1860 reflekterte eit desentralisert styringssystem på smittevernområdet. Lova gav sunnheitskommisjonane (frå 1905 helseråda) på kvar stad kompetanse til å «anordne og foranstalte hvad Sygdommens Beskaffenhed paakræver», samstundes som at kommunane fekk vidtgående kompetanse til å gi forskrifter.¹²⁶ Den tilnærma blankofullmakta for kommunane og helse- og sosialstyra til å gi konkrete pålegg og generelle reglar om smittevern vart akseptert av Høgsterett i 1971, men ville neppe ha stått seg etter dagens forståing av legalitetsprinsippet.¹²⁷ Denne vidtgående og ubestemte kompetansen til dei kommunale helse- og sosialstyra var gjeldande fram til smittevernlova i 1994. Der vart kompetansane presiserte i § 4-1.

Samstundes er det fleire døme frå eldre høgsterettspraksis på ei streng tolking av sunnheitskommisjonanes kompetanse til å gjere inngrep overfor private. I Rt. 1930 s. 434 var spørsmålet om eit kommunalt helseråd hadde heimel i sunnheitslova til å utferde eit generelt forbod mot å selje visse andre varer i mjølkeutsal. Høgsterett kom til at sunnheitslova ikkje gav

¹²⁵ Lov 16. mai 1860 om Sundhedscommissioner og om Foranstaltninger i anledning af epidemiske og smitsomme Sygdomme.

¹²⁶ Sjå sunnheitslova § 15 om smittevern og §§ 4 og 11 om kommunanes forskriftskompetanse, som i samtida vart rekna for å vere særleg vidtgående på dette feltet, jf. Torkel Halvorsen Aschehoug, *Norges nuværende statsforfatning*, bind 2, Christiania 1892, s. 124.

¹²⁷ Sjå Rt. 1971 s. 854. Saka gjaldt brot på isolasjonsføresegner vedtekne av helserådet i Tromsø og som var retta mot pasientar og tilsette ved eit kurbad.

tilstrekkeleg heimel for forbodet som følgje av kompetansefordelinga mellom politisk og fagleg organ. Med referanse til eldre høgsterettspraksis uttalte dommar Broch at desse dommane gav klårt uttrykk for «at man ialfall maa være meget varsom, naar spørsmålet gjelder at godkjenne en delegasjon til helseraadet av adgangen til at utferdige almindelige forskrifter, som griper inn i borgernes private rettssfære. Det er kommunestyret som med kongelig approbasjon er tillagt saadan myndighet.»¹²⁸

I sunnheitslova var rolla til dei statlege politiske styresmaktene avgrensa til å fastsetje overordna mål og retningslinjer for helsepolitikken, medan departementet og Helsedirektoratet skulle styre og føre tilsyn med helsevesenet.¹²⁹

Fram til 1984 kunne helsedirektøren styre smitteverntiltak nasjonalt gjennom instruksjon av statstilsette og offentlege legar. Nasjonal styring var likevel indirekte, då helsedirektøren måtte instruere distrikts- og stadslegane, som igjen var leiarar av dei kommunale helseråda. I 1959 fekk helsedirektøren også direkte kompetanse til å forby lokalt eller nasjonalt arrangement som samla fleire personar.¹³⁰ Etter at distrikts- og stadslegeetaten vart lagt ned i 1984 som følgje av kommunehelsetenestelova, og ansvaret for lokale helsetenester overført til kommunane, vart helsedirektørens instruksjonskompetanse avskoren. Same år vart difor sunnheitslova endra, slik at helsedirektøren fekk tildelt særskilt kompetanse til å pålegge einskilde, fleire eller alle helse- og sosialstyra i landet å innføre bestemte smitteverntiltak.¹³¹

Førearbeida til lovendringa i 1984 syner at lovgivar la særleg vekt på nasjonal styring ved tilfelle av alvorlege smittsame sjukdomar, fordi nedkjemping krev raske, konsekvente og nøyaktige tiltak.¹³² Som døme viste førearbeida til Spanskesjuka i 1918-1919 og den sjuande kolerapandemien på 1960- og 1970-talet. Desse døma syner at lovgivar såg føre seg at nedkjemping smittsame sjukdomar kunne krevje omfattande nasjonale tiltak, og at slike tiltak skulle påleggjast av Helsedirektoratet.

¹²⁸ Sjå også Rt. 1873 s. 605, Rt. 1902 s. 794 og Rt. 1913 s. 580.

¹²⁹ NOU 1979: 10, *Helsepolitikken*, s. 11-12.

¹³⁰ Sjå Lov 16. mai 1860 om Sundhedscommissioner og om Foranstaltninger i anledning af epidemiske og smitsomme Sygdomme § 15 andre ledd, endra ved lov 12. juni 1951 nr. 1. Sjå vidare Ot.prp. 21 (1959), *Om lov om endring i sunnhetsloven av 16. mai 1860*.

¹³¹ Sjå Lov 16. mai 1860 om Sundhedscommissioner og om Foranstaltninger i anledning af epidemiske og smitsomme Sygdomme § 15 andre ledd, endra ved lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlige tilsyn med helsetjenesten. Sjå vidare Ot.prp. nr. 33 (1983-84), *Om lov om statlig tilsyn med helsetjenesten*, s. 8.

¹³² Sjå Ot.prp. nr. 33 (1983-84), *Om lov om statlig tilsyn med helsetjenesten*, s. 8.

Smittevernlova i 1994 vidareførte ordninga frå 1984 i § 4-1 andre ledd. Førearbeida viser til den same medisinskfaglege grunngevinga som for lovendringa i 1984.¹³³ Det var ikkje meininga å gjere endringar i ansvarsfordelinga mellom lokalt og statleg nivå eller mellom fagleg og politisk nivå. I hovudtrekk er altså styringssystemet i smittevernlova § 4-1 det same som i sunnheitslova av 1860. Primæransvaret er lagt til kommunane under fagleg leiing av kommunelegen, medan den nasjonale fagetaten styrer smittevernet på nasjonalt nivå.

Smittevernlova vart revidert i 2019, men det vart ikkje føreslått eller gjort endringar i § 4-1.¹³⁴ Helsedirektoratets kompetanse til å vedta nasjonale smitteverntiltak vart ikkje problematisert.

5.3.3. Systematikken i smittevernlova

Helsedirektoratets vedtakskompetanse etter § 4-1 andre ledd står i eit visst spenningsforhold til ordninga i smittevernlova elles.

På lokalt nivå legg smittevernlova § 4-1 kompetansen til å vedta smitteverntiltak til eit politisk organ, kommunestyret. Kommunelegen kan gjere vedtak i hastesaker. Førearbeida legg til grunn at det i dei fleste sakene vil vere kommunelegen som gjer vedtak då smitteverntiltak ofte hastar, men lova legg like fullt vedtakskompetansen til kommunestyret.¹³⁵

Dette skiljet mellom eit «politisk» normalspor og eit medisinskfagleg hastespor er ikkje følgd for regionale og nasjonale tiltak etter § 4-1 andre ledd. På regionalt og nasjonalt nivå vert vedtakskompetansen i alle saker, både dei som hastar og dei som ikkje hastar, lagt til eit forvaltningsorgan, Helsedirektoratet. Om logikken frå lokalt nivå skulle ha blitt følgd på nasjonalt nivå, skulle primærkompetansen liggje til anten Kongen eller departementet, som er politisk styrt, medan Helsedirektoratet kunne gjere vedtak i hastesaker.¹³⁶ Førearbeida kommenterer ikkje skilnaden mellom avgjerdsystemet etter § 4-1 på lokalt og nasjonalt nivå.

Systematikken med eit «politisk» normalspor og eit medisinskfagleg hastespor finn vi også i smittevernlova kapittel 3. Her er kompetansen til å gi forskrift om nasjonale vaksineringsiltak

¹³³ Sjø Ot.prp.nr.91 (1992-1993) s. 145.

¹³⁴ Sjø Prop. 91 L (2018-2019).

¹³⁵ Sjø Ot.prp.nr.91 (1992-1993), s. 143-144.

¹³⁶ Helsedirektoratet er saman med departementet gitt kompetanse til å påleggje norske massemedium å ta inn meldingar retta til heile eller delar av folket ved alvorlege utbrot av allmennfarleg smittsam sjukdom, sjå § 4-8.

lagt til departementet. For nasjonalt vaksineringsprogram og tvungen vaksinerings etter § 3-8 er Helsedirektoratet gitt vedtakskompetanse i hastetilfelle. Førearbeida legg til grunn at det i alle tilfelle vil vere opp til Statens helsetilsyn (no Helsedirektoratet) å vurdere om er medisinskfagleg naudsynt med omfattande vaksinerings.¹³⁷ Avgjerda er derimot lagt til departementet, med unnatak for hastetilfella.

Helsedirektoratets kompetanse etter § 4-1 andre ledd til å setje i verk regionale og nasjonale smittevern tiltak bryt altså med systematikken i smittevernlova elles. Særordninga i § 4-1 andre ledd er ikkje særskilt grunnlagt i førearbeida og synest å vere ei vidareføring av ordninga i sunnheitslova av 1860.

Som nemnt ovanfor er det vanleg elles i lovverket at avgjerder som er særleg viktig for samfunnet i utgangspunktet blir lagt til politiske styresmakter underlagt demokratisk kontroll, anten departementet eller regjeringa. I det følgjande skal eg vise at det same er tilfellet for andre beredskapsheimlar.

5.3.4. Systematikken i lovverket når det gjeld beredskapsheimlar

Det norske lovverket inneheld ei rekkje lover som gir forvaltninga særskilte fullmakter - beredskapsheimlar - i ulike typar krisesituasjonar.¹³⁸ Dei fleste slike beredskapsheimlar er sektoravgrensa, medan nokre er sektoroverskridande. Felles for dei fleste beredskapsheimlane i lovverket er at kompetansen til å gjere unnatak frå lova eller bestemme særleg inngripande tiltak eller tiltak med regional eller nasjonal verknad i ulike typar krisesituasjonar, er lagt til Kongen i statsråd,¹³⁹ til Kongen¹⁴⁰ eller til departementet.¹⁴¹ Ei rekkje av desse fullmaktene er delegert vidare til underordna fagetatar, men er ikkje i lova lagt direkte til fagetatane.¹⁴² Eit

¹³⁷ Ot.prp.nr.91 (1992-1993), s. 140.

¹³⁸ Sjå oversikta i NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*, s. 57-77.

¹³⁹ Sjå sikkerheitslova § 2-5, utlendingslova §§ 9, 32 og 34, hamne- og farvatnlova § 2, etterretningstenestelova § 11-4 siste ledd (i kraft 01.01.2021),

¹⁴⁰ Sjå beredskapslova § 3, næringsberedskapslova §§ 7-8, helseberedskapslova § 1-5, energilova § 9-1, strålevernlova § 16, folketrygdlova § 25-17 (departementet i krigstid, Kongen i statsråd i fredstid), lov om adgang av skip m.v. under krig eller kriseforhold § 1, sivilbeskyttelseslova § 17, forureiningslova § 45, petroleumslova § 4-13 fyrste ledd, grenselova § 12 (ikkje i kraft).

¹⁴¹ Sjå energilova § 6-2, sivilbeskyttelseslova § 7 femte ledd og § 25, sentralbanklova § 3-9, jarnbanelova § 6 b, yrkestransportlova § 36, verdipapirhandellova § 13-6, finansføretakslova § 20-15, anskaffelseslova § 2 tredje ledd.

¹⁴² Eit døme er ekomlova § 1-4 og postlova § 5, som begge gjer Kongen, departementet og Nasjonal kommunikasjonsstyresmakt til delt styresmakt etter lova. Når det gjeld beredskapstiltak etter ekomlova § 2-10 er kompetansen delegert til Nasjonal kommunikasjonsstyresmakt, jf. FOR 2019-06-21-788. Beredskapstiltak etter

unnatak er verdipapirhandellova § 13-6, som i hastesaker gir Finanstilsynet eller børsen ein subsidiær kompetanse etter departementet til å påleggje stopp i all notering og handel ved børsen.

Som vi ser skil smittevernlova § 4-1 andre ledd seg sterkt frå reguleringa av krisesituasjonar i lovverket elles ved at kompetansen til å gjere særleg inngripande tiltak med nasjonal verknad er lagt direkte til ein fagetat.

Det kan nok vere litt tilfeldig om slik kompetanse er lagt til Kongen i statsråd, Kongen (utan statsråd) eller til departementet. Det varierer også om kompetansen er delegert til fagetatar, der det er mogleg. Som beredskapslovutvalet har peika på, er beredskapslovgivinga lite samordna og dei ulike sektorfullmaktene gir «et betydelig rom for skjønn for sektormyndigheter som i varierende utstrekning er gjenstand for demokratisk kontroll.»¹⁴³

Som nemnt ovanfor er likevel den underliggjande logikken i lovverket at kompetansen til å gjere særleg viktige, prinsipielle eller inngripande vedtak skal liggje til politisk styrte organ som er underlagte demokratisk kontroll. Dette føremålet er særleg klårt uttalt i førearbeida til helseberedskapslova § 1-5, som gir Kongen, i dette tilfellet forstått som Kongen i statsråd, kompetanse til å setje i verk beredskapstiltak i fredstid:

«Departementet er vidare enig i prosjektgruppens forslag om at *det skal være et politisk ansvarlig organ som treffer beslutning om bestemmelsenes anvendelse i fredstid*, i stedet for at det tas inn en definisjon av begrepet «krise eller katastrofe» i selve loven. Departementet er imidlertid i noe mer tvil når det gjelder hvilket organ som skal ha myndighet til å ta beslutningen. Departementet er enig i at det bør være enten Kongen eller departementet. *Hensynet til rettssikkerheten og demokratisk og nasjonal kontroll og styring tilsier at myndigheten legges til Kongen.* Det er beslutninger som til dels er meget inngripende overfor enkeltpersoner det er snakk om. På den annen side vil det avhengig av situasjonen kunne være av avgjørende viktighet at beslutning om anvendelse av fullmaktsbestemmelsene treffes umiddelbart slik at nødvendige beslutninger for å sikre befolkningen kan gjennomføres uten opphold. Regjeringen er et kollegium. Den tid det tar

postlova § 17 er delegert til departementet og Nasjonal kommunikasjonsstyresmakt saman, jf. FOR-2020-01-10-33.

¹⁴³ Sjø NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*, s. 77.

å kalle inn til et møte for å samle kollegiet kan være kritisk. På den annen side er fullmaktsbestemmelsene beregnet på ekstreme situasjoner. Det dreier seg om situasjoner hvor det kan være fare for liv og helse for store deler av befolkningen. Når katastrofen er inntruffet vil det ofte kunne være av avgjørende betydning at nødvendige tiltak iverksettes straks.

[...]

Departementet har etter en samlet vurdering kommet frem til at *beslutning om anvendelse av fullmaktsbestemmelsene bør treffes av Kongen i statsråd*. Det bør imidlertid føyes til en bestemmelse om at når departementet finner det absolutt nødvendig kan departementet treffe en foreløpig beslutning om anvendelse. Denne foreløpige beslutningen skal bekreftes av Kongen så snart det er mulig og gjelder frem til dette kan skje. Departementet er enig i prosjektgruppens forslag om at en beslutning om anvendelse av fullmaktsbestemmelsene i fredstid bare skal være gyldig for en begrenset periode. Dersom situasjonen krever det må en ny beslutning treffes.»¹⁴⁴

Vurderingane som ligg bak kompetansetildelinga i helseberedskapslova § 1-5 har overføringsverdi til smittevernlova § 4-1. Smittevernlova inneheld ikkje noko prinsipiell drøfting av ansvars- og rettstryggleiksspørsmål i samband med nasjonale smitteverntiltak. I motsetnad til helseberedskapslova, kan tiltak etter smittevernlova gjerast gjeldande for alle innbyggjarane og for alle samfunnsområde. Omsynet til rettstryggleik og demokratisk og nasjonal kontroll, som er framheva i førearbeida til helseberedskapslova, burde såleis stå enno sterkare for tiltak etter smittevernlova.

På grunnlag av drøftinga av Helsedirektoratets vedtak 12. og 15. mars og smittevernlova § 4-1 andre ledd generelt, er det etter mitt syn klart at denne heimelen bør endrast.

I denne vurderinga ligg det ingen kritikk mot Helsedirektoratet verken generelt eller i samband med Covid-19. Vurderinga byggjer heller på lovtekniske omsyn som system og samanheng i lovverket og konstitusjonelle omsyn som rettstryggleik og demokratisk kontroll med særleg viktige, prinsipielle eller inngripande tiltak.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.89 (1998-1999), s. 95. Mine uthevingar.

5.3.5. *Korleis kan ein ny styringsstruktur i smittevernlova § 4-1 vere?*

Ved endring av smittevernlova § 4-1 andre ledd må ein balansere omsynet til rettstryggleik og demokratisk kontroll på den eine sida, med behovet for raske avgjerder på den andre sida. Denne balansen kan ein lovteknisk oppnå på fleire måtar.

Ein måte er å leggje primærkompetansen til Kongen, og med det opne for delegering til departementet eller Helsedirektoratet.

Med ein delegeringsmodell treng det i normale tilfelle ikkje vere nokon praktisk skilnad mellom ein slik modell og gjeldande § 4-1 andre ledd. Ved mindre alvorlege smitteutbrot som likevel krev nasjonale tiltak, vil Helsedirektoratet ha delegert kompetanse til å gjere vedtak. Den prinsipielle skilnaden mellom desse to lovgivingstekniske tilnærmingane er at ei lov som legg avgjerdkompetansen til Kongen med høve til delegering til Helsedirektoratet, tvingar regjeringa eller den politiske leiinga i departementet å ta konkret stilling til rekkevidda av delegeringa. Dette bidreg til å klårgjere kompetanse- og ansvarsfordelinga med tanke på Stortingets etterfølgjande kontroll. Regjeringa kan også når som helst oppheve delegeringa eller utøve kompetansen sjølv. Som nemnt ovanfor kan regjeringa også ha plikt etter Grunnlova § 28 til å gjere vedtak trass i delegering.

Ulempa med delegeringsmodellen er at det kan framleis vere uklårt kven som sit med kompetansen og ansvaret dersom det er uklårt om delegeringa gjeld for ein bestemt smittesituasjon. Delegeringa kan også vere generell, slik at Helsedirektoratet som i dag får delegert kompetanse til å gjere vedtak om dei mest inngripande tiltaka også. I så fall er ein like langt.

Etter mitt syn bør ein difor sikte mot å regulere kompetansefordelinga klårt i lova. Her kan ein følgje modellen i helseberedskapslova § 1-5. Grunngevinga for modellen er sitert ovanfor. Føresegna har slik ordlyd:

§ 1-5. Når fullmaktsbestemmelsene i loven gjelder

§§ 3-1, 4-1, 5-1 og 5-2 får anvendelse:

1. når riket er i krig eller når krig truer,

2. ved kriser eller katastrofer i fredstid etter beslutning av Kongen. Dersom det er nødvendig for å sikre liv og helse, kan departementet treffe en foreløpig beslutning om anvendelse. En slik beslutning skal bekreftes av Kongen så snart som mulig. En beslutning om anvendelse gis for et begrenset tidsrom og maksimalt for 1 måned. Beslutningen kan gjentas for inntil 1 måned av gangen.

Fordelen med denne modellen er at den sikrar avgjerd frå Kongen i statsråd som hovudregel, og med det politisk ansvar og demokratisk kontroll, samstundes som at den lét eit underordna organ ta avgjerd i hastesaker. Med det er det aldri tvil om kven som har kompetansen og ansvaret. Det at avgjerdskompetansen blir lagt til Kongen i statsråd er naturlegvis ikkje til hinder for at dei konkrete avgjerdene vil bli tekne på grunnlag av medisinskfaglege råd.

I tillegg inneheld helseberedskapslova § 1-5 ein viktig rettstryggleiksgaranti, ved at tiltak berre kan gjelde for ein månad av gongen. Ei slik tidsavgrensing gjeld også for beredskapstiltak etter folketrygdlova § 25-17 femte ledd. Gjeldande smittevernlov § 4-1 har ikkje ei slik absolutt øvre tidsramme for tiltak, med unntak av isolering av personar etter fyrste ledd bokstav d, som er avgrensa til sju dagar om gongen. Rettstryggleiksomsyn så vel som erfaringane og praksis i samband med Covid-19 tilseier at lova bør innehalde ei øvre tidsramme for tiltak etter § 4-1, men med høve til forlenging.

Plikta i helseberedskapslova § 1-5 til å oppheve vedtak som ikkje lenger er naudsynte eller samhøvelege (proporsjonale) følgjer alt av § 4-1 femte ledd. For smittevernlova er det difor ikkje behov å lovfeste eit krav om at Kongen må stadfeste hastevedtak gjort av andre organ.

Med utgangspunkt i modellen frå helseberedskapslova § 1-5, kan ein ny § 4-1 andre ledd i smittevernlova lyde (endringar i kursiv):

«Ved et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom og når det er avgjørende å få satt tiltak i verk raskt for å motvirke overføring av sykdommen, kan Kongen i statsråd treffe vedtak som nevnt i første ledd for hele landet eller for deler av landet. Dersom det er nødvendig for å sikre liv og helse, kan departementet eller Helsedirektoratet treffe vedtak. Slike tiltak gjelder for et begrenset tidsrom og maksimalt for 1 måned med mindre annet er bestemt i første ledd. Tiltakene kan forlenges for inntil 1 måned av gangen.»

5.4. Derogasjon frå lov etter smittevernlova § 7-12

5.4.1. Problemstillinga

Smittevernlova § 7-12 gir regjeringa kompetanse til å gi forskrifter som utfyller, supplerer eller fråvikar lov dersom det er naudsynt for å trygge folkehelsa mot ein allmennfarleg smittsam sjukdom. Regjeringa får her ein kompetanse som den elles ikkje har, nemleg kompetanse til å gi reglar med rang som lov. Det at ei lov gir forvaltninga kompetanse til å fråvike andre reglar i lov blir i juridisk fagspråk gjerne omtala som derogasjon, sjå også punkt 3.1.3.

I samband med Covid-19 gav regjeringa fem forskrifter med heimel i § 7-12 i løpet av mars månad.¹⁴⁵ Fleire av desse forskriftene var også heimla i andre føresegner i smittevernlova. Ingen av statsrådsføredragane for forskriftene grunnir kvifor heimelen i § 7-12 vart nytta. Grunnen til å bruke § 7-12 kan vere behov for å gjere konkrete unntak frå rettar, krav eller påbod i lov. Føremålet kan også vere å heilgardere seg mot mogleg konflikt med andre reglar i lov eller fordi ein er usikker på om smittevernlova heimlar eit inngrep overfor private som etter legalitetsprinsippet krev klår og presis lovheimel. Eit døme på det siste er det mykje omtalte og omstridde såkalla hytteforbodet, som vart innført i forskrift med heimel i § 7-12.¹⁴⁶

Bruken av § 7-12 til å gi forskrifter med til dels omstridd innhald og debatten om delegering av lovgivingsfullmakter til regjeringa i samband med koronalova, gir grunn til å sjå nærare på rekkevidda av denne heimelen. Utgangspunktet bør vere at regjeringas lovgivingskompetanse ikkje bør vere meir omfattande enn naudsynt av omsyn til smittevernet, sjå også punkt 4.5.2.

For det andre kan ein spørje om delegeringa av lovgivingskompetanse til regjeringa etter § 7-12 er underlagt tilstrekkeleg kontroll i form av høyringar.

¹⁴⁵ Sjå forskrift 13. mars 2020 nr. 287 om karantene mv. ved ankomst til Noreg, forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbod mot opphald på fritidseigedomar mv. i høve utbrot av Covid-19 mv., forskrift 15. mars 2020 nr. 293 om bortvising mv. av utlendingar av omsyn til folkehelsa, forskrift 27. mars 2020 nr. 430 om smitteverntiltak mv. ved koronautbrotet (covid-19-forskrifta), og 27. mars 2020 nr. 475 om digital smittesporing og epidemikontroll i høve utbrot av covid-19.

¹⁴⁶ Sjå forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbod mot opphald på fritidseigedomar mv. i høve utbrot av Covid-19 mv. § 5.

5.4.2. *Rekkevidda av § 7-12*

Smittevernlova § 7-12 har slik ordlyd:

Når et utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom truer folkehelsen, eller når det er fare for et slikt utbrudd og det på grunn av disse forhold er fare ved opphold, kan Kongen gi bestemmelser av lovgivningsmessig innhold for å trygge folkehelsen, og for at det kan settes inn tiltak til vern om befolkningen. Om nødvendig kan Kongen gjøre avvik fra gjeldende lovgivning. Lov av 15. desember 1950 om særlige rådgjerd under krig, krigsfare og liknende forhold §§ 3 og 4 gjelder tilsvarende.

Ordlyden gir Kongen, altså regjeringa, kompetanse til å gi føresegner «av lovgivningsmessig innhold» og dersom naudsynt «gjøre avvik fra gjeldende lovgiving». Ordlyden er generell og set ikkje grenser for kva lover som kan fråvikast. Førearbeida synest derimot å tolke ordlyden innskrenka til å berre «sette gjeldende lov helt eller delvis ut av kraft».¹⁴⁷ At regjeringas kompetanse til å fråvike lov skulle vere avgrensa til smittevernlova sjølv stemmer likevel dårleg med ordlyden, som viser til «avvik fra gjeldende lovgivning» i generell form. Det same gjeld referansen i andre punktum til beredskapslova §§ 3 og 4 om melding og samling av Stortinget og automatisk oppheving av forskriftene.¹⁴⁸ Denne parlamentariske kontrollen gir særleg meining om lovgivningsfullmakta er generell som i beredskapslova. Også lovkommentaren til smittevernlova omtalar § 7-12 som ein generell derogasjonsheimel.¹⁴⁹ Det same vart lagt til grunn proposisjonen til koronalova.¹⁵⁰ Førearbeida reiser ein viss tvil om rekkevidda av § 7-12, men i utgangspunktet set den ingen grenser for kva lover regjeringa kan fråvike eller kva type reglar den kan gi.

Vilkåret for bruk av § 7-12 er at slike føresegnar er påkravde «for å trygge folkehelsen, og for at det kan settes inn tiltak til vern om befolkningen». I praksis er det snakk om ei open fullmakt til regjeringa å gi eller endre lov så lenge regjeringa meiner det er påkravd av folkehelseomsyn i samband med smittsam sjukdom.¹⁵¹ Føresegna set ingen grenser for kva tiltak som kan setjast

¹⁴⁷ Sjø Ot.prp.nr.91 (1992-1993), s. 109.

¹⁴⁸ Parallelliteten er også framheva i NOU 2019: 13, *Når krisen inntreffer*, s. 64.

¹⁴⁹ Sjø Børge Krogsrud, *Smittevernloven. Kommentartutgave*, Oslo 1995, s. 188. Her blir det vist til at § 7-12 vir særskilt fullmakt til å «sette gjeldende lover helt eller delvis ut av kraft» og at føresegna er utforma etter mønster frå dei allmenne derogasjonsfullmaktene i forvaltningslova § 5 og beredskapslova § 4. Referansen til beredskapslova er truleg ein skrivefeil, og skal vere § 3.

¹⁵⁰ Sjø Prop.56 L (2019-2020), s. 13-14.

¹⁵¹ Sjø tilsvarande vurdering i Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand*, Oslo 2020, s. 169.

i verk for å oppnå føremålet og kan nyttast til å heimle inngripande tiltak overfor private, noko Covid-19-forskrifta er eit døme på.

Kompetansen til å gi forskrifter etter § 7-12 er lagt til Kongen og kan såleis delegerast. I samband med Covid-19 vart forskriftskompetansen fleire gongar delegert til Helse- og omsorgsdepartementet for å sikre tilgang til medisinsk utstyr.

Det er altså snakk om ei generell lovgivingsfullmakt med eit vidt føremål. I utgangspunktet lir § 7-12 av same veikskapane med tanke på parlamentarisk kontroll og domstolskontroll som regjeringas framlegg til koronalov drøfta ovanfor, sjå punkt 4. Vel og merke pålegg § 7-12 at Stortinget skal varslast og om naudsynt samlast etter reglane i beredskapslova § 3, og pålegg også regjeringa å leggje forskrifta fram som eit lovforslag innan 30 dagar. I lys av dei vide lovgivingsfullmaktene er dette snakk om ein lite praktisk etterhandskontroll. Covid-19 er illustrerande. Koronalova av 27. mars la til eit nytt fjerde punktum i smittevernlova § 7-12 som gjorde unnatak frå meldingsplikta til og samlingsplikta for Stortinget etter beredskapslova § 3 for alle forskrifter i samband med utbrotet av Covid-19.¹⁵² I lovproposisjonen vart unnataket grunnlagt med at innkalling av Stortinget ikkje var påkravd med dagens kommunikasjonsteknologi.¹⁵³ Proposisjonen peikte også på at det var lite tenleg å utforme lovframlegg på grunnlag av mellombelse forskrifter som skal opphevast i løpet av kort tid.

Det kan vere gode grunnar for ein nokså vidtrekkande derogasjonsheimel i smittevernlova. Smitteverntiltak vil ofte haste og det kan vere behov for å gi styresmaktene heimel til andre typar tiltak eller framgangsmåtar enn dei som er følgjer av smittevernlova eller andre lover.

Med tanke på dei nemnte kontrollomsyna kan ein likevel spørje om derogasjonsheimelen i § 7-12 kan utformast meir presist.¹⁵⁴ Ingen andre lover gir regjeringa ei blankofullmakt til å fråvike lover i fredstid. Den tilsvarande generelle derogasjonsheimelen i beredskapslova § 3 gjeld krig og andre situasjonar der ein ikkje kan forvente at Stortinget kan fungere og gi regjeringa utvida fullmakter dersom situasjonen krev det.¹⁵⁵ Det er nok mindre fare for at Stortinget vil bli sett ut

¹⁵² Sjø koronalova § 8, som gav smittevernlova § 7-12 fjerde punktum følgjande ordlyd: «Lov 15. desember 1950 nr. 7 om særlege rådgjerder under krig, krigsfare og liknende forhold § 3 andre ledd andre punktum og tredje ledd gjelder ikke for forskrifter som er fastsatt i forbindelse med utbruddet av Covid-19.»

¹⁵³ Sjø Prop. 56 L (2019-2020), s. 14.

¹⁵⁴ Sjø tilsvarande i Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand*, Oslo 2020, s. 169-171.

¹⁵⁵ Sjø tilsvarande forvaltningslova § 5 andre ledd, som i krigssituasjonar gir Kongen heimel til å fråvike saksbehandlingsreglar i andre lover.

av drift av ein epidemi. Ser vi på andre derogasjonsheimlar i lovverket, er dei meir avgrensa ved at dei anten listar opp kva lover som kan fråvikast eller gir eit snevrare sakleg føremål.¹⁵⁶ Også koronalova innskrenka regjeringas lovgivingskompetanse til bestemte lover. I lys av dette er det vanskeleg å skjønne kvifor smittevernlova skal gi regjeringa ei generell lovgivingsfullmakt.

Ein kan også spørje om ein vidt utforma heimel som smittevernlova § 7-12 oppfyller legalitetsprinsippets krav til ein klår og presis lovheimel for forskrifter som gjer tyngande inngrep overfor private. Det såkalla hytteforbodet, innført i forskrift med heimel i § 7-12, er eit døme på eit straffesanksjonert inngrep som ligg nokså langt frå tiltaka nemnt i smittevernlova elles.¹⁵⁷

Eit mogleg førebilete kan vere helseberedskapslova § 6-2. Denne føresegna gir regjeringa omfattande kompetanse til å fråvike andre lover, men skreddarsyr samstundes kompetansen til å gjelde bestemte lover eller lover innanfor bestemte sektorar («gjeldende helse- og sosiallovgivning») for å oppnå bestemte føremål. Helseberedskapslova viser at det er mogleg å gi regjeringa fleksibilitet overfor gjeldande lovgiving i ein krisesituasjon, samstundes som at heimelen ikkje er gjort meir omfattande enn påkravd for å oppnå føremålet med lova.

Eit anna førebilete er den mellombelse føresegna i smittevernlova § 4-3a, som gir departementet kompetanse til å gi forskrifter om isolering og avgrensing av rørslefridomen. Her er forskriftskompetansen avgrensa til eit bestemt tiltak (isolering og andre avgrensingar i rørslefridomen) i bestemte situasjonar (smitte eller auka risiko for smitte av Covid-19). I proposisjonen skriv departementet at slike tiltak så langt hadde vore regulert i covid-19-forskrifta med heimel i smittevernlova § 7-12, men at meir langvarig regulering av slike inngripande og straffesanksjonerte tiltak i forskrift krev ein klårare lovheimel av omsyn til

¹⁵⁶ Hamne- og farvatnlova § 2 siste ledd gir Kongen kompetanse til å fråvike føresegnene i denne lova. Eit døme på snevrare sakleg føremål er den nye etterretningstenestelova § 11-4 siste ledd, som gir Kongen heimel til å fråvike anna lov «i den utstrekning det er nødvendig for å skjerme Etterretningstjenestens ansatte, kilder, kapasiteter, metoder eller operasjoner mot offentlig eksponering eller kompromittering overfor andre stater.» Ein særleg omfattande forskriftsheimel er gitt i brexitlova frå 2019, som gir regjeringa kompetanse til å fråvike føresegner i alle andre lover så langt det er påkravd av Storbritannias utreden av EU, sjå lov 28. mars 2020 nr. 9 om overgangsreglar mv. ved Storbritannias utreden frå Den europeiske unionen § 1. Denne forskriftsheimelen er likevel sakleg meir avgrensa og forskriftene vil ikkje vere av same inngripande karakter som etter smittevernlova. Sjå vurderinga til departementet i samband med forlenginga av koronalova, Prop.76 L (2019-2020), s. 18-19.

¹⁵⁷ Sjå forskrift 15. mars 2020 nr. 294 om karantene, isolasjon og forbod mot opphald på fritidseigedomar mv. i høve utbrot av Covid-19 § 5.

legalitetsprinsippet i Grunnlova § 96.¹⁵⁸ Denne lovendringa syner at departementet har brukt heimelen i § 7-12 med prisverdig varsemd.

Etter mitt syn bør ein i gjennomgangen av styresmaktenes handtering av Covid-19 bruke erfaringane frå denne hendinga til å vurdere om det er mogleg å utforme ein meir avgrensa, men samstundes meir relevant derogasjonsheimel i smittevernlova. Erfaringane frå Covid-19 gjer det mogleg å presisere i lova kva tiltak som kan bli naudsynte å setje i verk både for å nedkjempe ein epidemi og for å motverke skadeverknadane av smitteverntiltaka på samfunnet elles. Ein bør òg freiste å avgrense derogasjonsheimelen til bestemte lover eller bestemte typar reglar. Eventuelt kan ein, som i koronalova § 2, presisere kva lover eller kva typar reglar som regjeringa ikkje kan fråvike. Som Hans Petter Graver har påpeikt, kan ein meir presist og relevant utforma forskriftsheimel i smittevernlova bidra til at regjeringa ikkje treng å be Stortinget om ei særskilt fullmaktslov som koronalova neste gong landet vert råka av ein alvorleg epidemi.¹⁵⁹

5.4.3. Høyringar om forskrifter etter koronalova og smittevernlova § 7-12

Ei rekkje av forskriftene regjeringa fastsette med heimel i koronalova vart sende på høyringar med frist på éin dag.¹⁶⁰

Bruken av høyringar for forskriftene er viktig av fleire grunnar. For det fyrste har regjeringa plikt til å opplyse saka så langt det er praktisk gjennomførleg.¹⁶¹ Høyringar er ein viktig del av den norske lovprosessen og bidreg både til å gi lovprosessen legitimitet og til å kvalitetssikre lovene. I samband med forskriftene med heimel i koronalova bidrog også høyringane til å gi prosessen eit drag av normalitet i ein elles unormal situasjon. Som nemnt i punkt 4.2.2 har Venezia-kommisjonen framheva som viktig at vedtakinga av krisetiltak også involverer sivilsamfunnet, og at statane bør ha ein mekanisme i lovgivingsprosessen som opnar for å problematisere dei føreslåtte reglane for å sikre at dei oppfyller føremålet på ein god måte. Bruken av høyringar om forskrifter med heimel i koronalova bidrog til å oppfylle begge desse rettsstatlege ideala.

¹⁵⁸ Sjø Prop. 130 L (2019-2020), s. 19-22.

¹⁵⁹ Sjø Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand*, Oslo 2020, s. 171.

¹⁶⁰ Sjø oversikta på <https://www.regjeringen.no/no/tema/Koronasituasjonen/forskrifter-med-hjemmel-i-koronaloven/koronaloven-og-forskriftsendringer/id2695161/>.

¹⁶¹ Sjø forvaltningslova § 37.

Ein tilsvarande bruk av høyringar har, så vidt eg er kjend med, ikkje blitt gjort i samband med Covid-19-relaterte forskrifter med heimel i smittevernlova mellom 12. mars og 1. september 2020.¹⁶²

Denne skilnaden i saksbehandling etter dei to lovene kan forklarast med den styrka parlamentariske kontrollen etter koronalova, der § 4 fyrste ledd innførte ein sperrefrist på eit døgn før forskriftene vart sett i kraft. Dette gav ein særleg sterk førehandskontroll med forskriftene etter koronalova, då dei både vart underlagt parlamentarisk førehandskontroll av Stortinget og ein breiare offentleg kontroll gjennom høyringane.

Samstundes er den ulike saksbehandlinga vanskeleg å forklare når vi ser på innhaldet i forskriftene. Der forskriftene etter koronalova i hovudsak gjorde unntak frå eller supplerte gjeldande lover for å avdempe verknadane av smitteverntiltaka, inneheldt forskriftene etter smittevernlova inngripande tiltak overfor private og som i nokre tilfelle kan reise spørsmål om kravet til klår og presis lovheimel etter legalitetsprinsippet og menneskerettslege grenser etter Grunnlova og internasjonale menneskerettskonvensjonar.¹⁶³ Dette gjeld covid-19-forskrifta av 27. mars, som vidareførte og utvida dei strenge smitteverntiltaka frå 12. og 15. mars, forskrifta om digital smittesporing og epidemikontroll av 27. mars, forskrifta av 15. mars som gav heimel til å bortvise utlendingar og forskrifta av 13. mars om karanteneplikt for reiser utanfor Norden. I slike tilfelle kan høyringar bidra til å avdekke manglar knytt til utforminga av tiltaka og heimelsgrunnlaget. Illustrerande i samband med Covid-19 er det såkalla hytteforbodet og smittesporingsappen til Folkehelseinstituttet, som begge var heimla i forskrifter gitt i medhald av smittevernlova og ikkje sende til høyring. Begge tiltaka førte til offentleg debatt om både utforminga av tiltaka og om dei rettslege grensene for tiltaka.

Det er neppe tvilsamt at forskriftene som vart gitt med heimel i smittevernlova i den fyrste tida etter 12. mars vart til under sterkt tidspress og i ein uoversiktleg og usikker situasjon der medisinskfaglege omsyn til raske tiltak måtte prioriterast. Etter mitt syn er det ikkje grunnlag for å kritisere styresmaktene på dette punktet. Sjølv om forvaltningslova § 37 pålegg

¹⁶² Eg byggjer her på oversikta til regjeringa over høyringssaker på <https://www.regjeringen.no/no/dokument/hoyringar/oversyn-over-hoyringssaker/id546535/>.

¹⁶³ Også regjeringa påpeikte i proposisjonen til koronalova dette særtrekket ved forskriftene etter smittevernlova, sjå Prop.76 L (2019-2020), s. 9.

forvaltninga ei utgreiingsplikt som også omfattar ein rett til uttale for dei som blir råka av forskriftene, og som under normale omstende skjer i form av høyring, gjeld denne plikta ikkje når høyring ikkje er praktisk gjennomførleg grunna tidspress.¹⁶⁴ I samband med forskrifta om digital smittesporing viste regjeringa til nettopp dette unnataket frå høyringsplikta.¹⁶⁵ Forskriftene gitt i medhald av smittevernlova § 7-12 vart melde til Stortinget i samsvar med meldingsplikta i § 7-12 tredje punktum.¹⁶⁶ Meldinga til Stortinget er meint å sikre demokratisk kontroll av forskriftene, men dette er ein etterhandskontroll som ikkje fullt ut gir den same breie og preventive kontrollen som ei høyring.

Konsekvensen av at forskriftene i samband med Covid-19 vart gitt etter ulike regelverk, vart at den offentlege førehandskontrollen med dei mest inngripande tiltaka overfor private var svakare enn dei meir tekniske tiltaka, som i hovudsak gjekk ut på tilpasse regelverk til gunst for private. Dette paradokset bør vere eit læringspunkt. Sjølv om tidsomsynet ofte vil vere avgjerande i ein krisesituasjon, viser erfaringane med koronaloa at høyringsfristen for forskrifter kan vere svært kort, men likevel gi ei meningsfull høyring. Ein kan argumentere for at høyringsplikta i forvaltningslova § 37 er særleg sterk der forskriftene heimlar inngrep overfor private og der forvaltninga er gitt kompetanse til å gi forskrifter som fråviker lover som i smittevernlova § 7-12. På europeisk nivå har Veneziakommisjonen tilrådd at statane utvikler prosedyrar som sikrar at også vedtakinga av krisetiltak («emergency measures») involverer sivilsamfunnet.¹⁶⁷

5.5. Tilhøvet mellom statleg og kommunal styring etter smittevernlova

I denne delen skal eg sjå på kompetansefordelinga i smittevernlova § 4-1 mellom kommunane og staten.

Bakgrunnen er at ei rekkje kommunar med heimel i smittevernlova § 4-1 påla karantene for tilreisande frå andre kommunar eller landsdelar som følgje av Covid-19-utbrotet. På

¹⁶⁴ Sjå forvaltningslova § 37 fjerde ledd bokstav a.

¹⁶⁵ Sjå statsrådsføredrag på Lovdata-referansane PRE-2020-03-27-475.

¹⁶⁶ Sjå PRE-2020-03-27-470 (covid-19-forskrifta), PRE-2020-03-15-294 (forskrift om karantene, isolasjon og forbod mot opphald på fritidseigedomar mv.), PRE-2020-03-15-293 (forskrift om bortvising mv. av utlendingar utan opphaldsløyve i riket av omsyn til folkehelsa), PRE-2020-03-13-287 (forskrift om karantene mv. etter reiser utanfor Norden).

¹⁶⁷ Sjå Venice Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 77.

folkemunne vart desse karantenepålegga kjende som «søringkarantene», av di fleire kommunar i Nord-Noreg påla karantene for tilreisande frå Sør-Noreg. Alt 11. mars gjorde fylkeslegen i Værøy kommune vedtak om at alle tilreisande frå andre kommunar måtte i karantene i fjorten dagar.¹⁶⁸ Dei kommunale karatenevedtaka vart kritisert av partane i arbeidslivet av di dei var til skade for næringslivet og forskjellsbehandla bedrifter som var avhengige av tilreisande arbeidskraft.¹⁶⁹ Dei kommunale karatenevedtaka braut også med nasjonale retningslinjer for smittevern og regjeringa stilte spørsmål ved om vedtaka var lovlege.¹⁷⁰

Striden mellom kommunane og dei statlege helsestyresmaktene om smitteverntiltak reiser spørsmål om kompetansefordelinga mellom dei respektive organa etter smittevernlova er tilstrekkeleg regulert.

Som nemnt ovanfor er kompetansefordelinga i smittevernlova mellom lokale, statlege og politiske styresmakter i stor grad ei vidareføring av det desentraliserte smittevernet etter sunnheitslova av 1860.¹⁷¹ Kompetansen til å vedta smitteverntiltak etter § 4-1 er lagt til kommunestyret på det lokale planet, med kompetanse for kommunelegen i hastesaker. På nasjonalt plan ligg kompetansen til Helsedirektoratet, medan departementet kan i forskrift gi nærare reglar om ulike tiltak. Lova ser ut til å byggje på ein føresetnad om at smittevernarbeidet så langt som mogleg skal gjerast lokalt.

Smittevernlova seier ingenting om tilhøvet mellom kommunale og statlege smitteverntiltak etter § 4-1 fyrste ledd. Situasjonen der kommunale vedtak bryt med statlege smitteverntiltak, strategiar eller tilrådingar er ikkje løyst i § 4-1. Heller ikkje førearbeida drøftar spørsmålet, men legg vekt på at smittevernarbeidet må skje gjennom samarbeid mellom dei ulike styringsnivåa.¹⁷² Denne føresetnaden svikta i den fyrste fasen med smitteverntiltak mot Covid-19.

¹⁶⁸ Sjø FOR-2020-03-11-288.

¹⁶⁹ Sjø <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/AdV2d5/corona-nho-og-lo-friske-arbeidere-faar-ikke-jobbe>.

¹⁷⁰ <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/statsministeren-skal-finne-ut-om-soringkarantene-er-lovlig-1.14958184>.

¹⁷¹ Lov 16. mai 1860 om Sundhedscommissioner og om Foranstaltninger i anledning af epidemiske og smitsomme Sygdomme.

¹⁷² Sjø NOU 1990: 2, *Smitteloven*, s. 191-197.

Det er altså uklårt og heller tvilsamt om Helsedirektoratet eller andre organ kan overprøve kommunale vedtak etter smittevernlova § 4-1.¹⁷³

Frå eit rettsleg perspektiv er eit uavklara kompetanseforhold problematisk i seg sjølv. I verste fall kan innbyggjarane risikere at kommunale og statlege vedtak pålegg dei ulike og motstridande plikter. Dette kan også vere eit problem når det gjeld motstridande ikkje-bindande tilrådingar og oppmodingar frå kommunale og statlege helsestyresmakter. Meir allment vil eg tru at eit uavklara kompetanseforhold også kan svekke tilliten til smitteverntiltak og gjere det vanskelegare å samordne eit effektivt nasjonalt smittevern. Dette er grunnen til at Venezia-kommisjonen framhevar prinsippet om lojalt samarbeid mellom institusjonane som eit grunnleggjande rettsstatleg krav som er særleg viktig i ein krisesituasjon, sjå punkt 3.1.4.¹⁷⁴

Etter mitt syn bør ein ved ein i evalueringa av dei statlege styresmaktenes handtering av Covid-19 revurdere den gjeldande kompetansefordelinga mellom kommunalt og statleg nivå.

Eit mogleg tiltak kan vere å etablere ei rangordning mellom kommunale og statlege vedtak etter § 4-1, slik at statlege vedtak automatisk går føre ved motstrid. Eit anna alternativ er å gi statlege styresmakter kompetanse til å overprøve kommunale vedtak. For å ikkje skiple arbeidsfordelinga i smittevernlova mellom kommunalt og statleg nivå, bør ein vurdere å definere ein viss terskel for statleg overprøving. Moglege grunnlag for overprøving kan vere tvil om vilkåra for dei respektive tiltaka i § 4-1 fyrste ledd eller grunnvilkåra i § 1-5 er oppfylte, at tiltaka ikkje lenger er naudsynte jf. § 4-1 femte ledd, eller at tiltaka er i strid med eller svekker effektiviteten til nasjonale eller regionale tiltak.

Eg kan ikkje sjå at omsynet til det kommunale sjølvstyret er eit argument mot statleg styring av smittevernarbeidet. Grunngivinga for å gi kommunane vedtakskompetanse i saker om smittevern synest å vere medisinskfagleg og ein konsekvens av kommunanes ansvar for

¹⁷³ Kommunelovas reglar om lovlegkontroll omfattar både vedtak av kommunestyret etter smittevernlova § 4-1 fyrste ledd og kommunelegens vedtak etter femte ledd, men løyser ikkje problemet med formelt lovlege vedtak som bryt med overlappende statlege vedtak, sjå kommunelova §§ 27-1 til 27-3. Det er også tvilsamt etter smittevernlova om Helsedirektoratet overfor kommunane kan reknast som eit overordna organ som kan gjere om vedtak utan klage med heimel i forvaltningslova § 35 andre og tredje ledd. Etter kommunelova § 2-1 tredje ledd krev slik statleg styring heimel i lov.

¹⁷⁴ Sjø Venezia Commission, CDL-PI(2020)005, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections, avsn. 61: «Dealing with a state of emergency necessitates, perhaps even more than in ordinary times, respect by all state, regional and local institutions and bodies of the principle of loyal cooperation and mutual respect between them.»

primærhelsetenesta.¹⁷⁵ Om og i kva grad statlege styresmakter kan overprøve kommunale vedtak etter smittevernlova § 4-1, må difor vere eit spørsmål om korleis ein best kan oppnå eit effektivt smittevern.

6. Domstolane

6.1. Domstolskontroll med forskrifter etter koronalova og smittevernlova

6.1.1. *Utgangspunkt*

Domstolskontroll med forvaltningsvedtak for å sikre at dei held seg innanfor grensene til lova er ein grunnleggjande rettsstatleg garanti mot vilkårleg maktutøving.¹⁷⁶ Tilgjengeleg og effektiv domstolskontroll er ein føresetnad for og garantert av menneskerettane i Grunnlova og i internasjonale menneskerettskonvensjonar.¹⁷⁷ Veneziakommisjonen i Europarådet har framheva at tilgjengeleg og effektiv domstolskontroll er særleg viktig i krisesituasjonar der regjeringa handlar på grunnlag av utvida krisefullmakter.¹⁷⁸ Domstolskontroll er også særleg viktig i parlamentariske demokrati, då kontrollen med maktutøvinga til regjeringa må fungere også i dei tilfella regjeringa har støtte frå eit fleirtal i parlamentet.

Allment oppfyller domstolskontrollen med forvaltningsvedtak i Noreg både materielt og organisatorisk dei krava som følgjer av Grunnlova og internasjonale menneskerettskonvensjonar. Eg har ikkje funne haldepunkt for å seie at domstolskontrollen med forskrifter etter koronalova og smittevernlova vart svekka eller på andre måtar var mangelfull som følgje av smitteverntiltak eller andre forhold relatert til Covid-19. Eit unntak er lovverket knytt til stenging av domstolar, som eg skal gjere greie for i punkt 6.2 nedanfor.

Regjeringa reagerte raskt for å sikre at domstolane kunne avvikle saker utan å bryte med smitteverntiltaka. Med heimel i koronalova vedtok regjeringa 27. mars ei mellombels forskrift om forenklingar og tiltak innanfor justissektoren for å avhjelpe konsekvensar av utbrot av

¹⁷⁵ Sjø NOU 1990: 2, *Smitteloven*, s. 193.

¹⁷⁶ Sjø Venice Commission, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*, II.A.1.vi.

¹⁷⁷ Sjø Grunnlova § 95 og EMK art. 6.

¹⁷⁸ Sjø Venice Commission, CDL-AD(2016)007, *Rule of Law Checklist*, II.A.6.iv og Venice Commission, CDL-PI(2020)005, *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections*, avsn. 79 og 85-89.

Covid-19.¹⁷⁹ Denne forskrifta gjorde endringar i saksbehandlingsreglar etter domstollova, straffeprosesslova og tvistelova for å sikre trygg saksavvikling i domstolane. Mellom anna vart det gitt utvida høve til å halde fjernmøter og gjennomføre fjernavhøyr og til skriftleg saksbehandling i straffesaker og ved bruk av straffeprosessuelle tvangsmiddel. Forskrifta vart sendt på høyring og dei føreslåtte tiltaka fekk jamt over brei støtte. På nokre punkt (fjernmøte eller -avhøyr som ankegrunn og skriftleg behandling) vart også forskrifta endra som følgje av høyringsinnspel. Då koronalova og forskriftene vart oppheva 27. mai, vart reglane i forskrifta vidareførte og utvida i mellombels lov om tilpassingar i prosessregelverket som følgje av utbrotet av covid-19 mv.¹⁸⁰ Eg har ikkje hatt føresetnader for å vurdere verknaden av dei ulike tiltaka i den mellombelse forskrifta og lova.

6.1.2. Domstolskontrollen etter koronalova og smittevernlova

Når det gjeld forskrifter etter koronalova, vart domstolskontrollen styrka samanlikna med domstolanes tradisjonelle prøvingskompetanse.

For det fyrste var koronalova uvanleg ved at den i § 6 eksplisitt slo fast at ingen forskrifter fastsette i medhald av lova kunne innskrenke domstolskontrollen med vedtak med heimel i ei slik forskrift. Vidare presiserte føresegna at domstolen kunne prøve både om vedtaket var lovleg i lys av heimelsforskrifta, og om forskrifta var lovleg i lys av koronalova. Reint juridisk var presiseringa av domstolskontrollen i § 6 ikkje naudsynt, då ei innskrenking av domstolanes kompetanse til å prøve om konkrete vedtak og forskrifter held seg innanfor rammene av lova, lett ville kome i konflikt med overordna rettsnormer i Grunnlova §§ 89, 94 og 95 og EMK art. 5 og 6. Føresegna var ikkje med i lovframlegget til regjeringa.¹⁸¹ Presiseringa av domstolskontrollen vart lagt til under Stortingets behandling av lovframlegget og må sjåast i lys av at lova gav regjeringa usedvanleg vide fullmakter, sjå punkt 4.

For det andre vart domstolskontrollen i koronalova utvida i samband med forlenginga av lova 24. april. Her fekk § 2 eit nytt andre ledd som sa at ei forskrift i medhald av lova ikkje kunne avgrense «grunnleggjende rettssikkerhetsprinsipper eller domstolenes uavhengighet». Denne

¹⁷⁹ Sjå mellombels forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklingar og tiltak innanfor justissektoren for å avhjelpe konsekvensar av utbrotet av Covid-19.

¹⁸⁰ Sjå mellombels lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpassingar i prosessregelverket som følgje av utbruddet av covid-19 mv.

¹⁸¹ Sjå Prop.56 L (2019-2020).

endringa var hovudsakleg av symbolsk karakter, men gjorde det i alle høve klårt at domstolskontrollen ikkje kunne innskrenkast i krisetider.

Viktigare var endringa i § 6, som fekk eit nytt tredje punktum med følgjande ordlyd: «I prøvingen av lovligheten av forskriften kan domstolen prøve både tiltakets forsvarlighet og nødvendighet, herunder dets forholdsmessighet, jf. også § 2.» Denne endringa opna for ei særleg vidtgående domstolsprøving av forskrifter etter koronalova. Tradisjonelt har norske domstolar vist atterhald i å prøve om tiltak er fagleg naudsynte, ikkje meir inngripande enn naudsynt («dets forholdsmessighet») eller om vurderingane til forvaltninga er forsvarlege.¹⁸² Endringa av § 6 opna altså for ein uvanleg inngående domstolskontroll, som ikkje var avgrensa til ei vurdering av om forskrifta oppfylte vilkåra i koronalova slik det følgde av den opphavlege § 6. Endringa medførte at domstolane kunne prøve om tiltaket var naudsynt og forsvarleg, altså om regjeringa kunne ha valt eit anna tiltak for å oppnå føremålet i den aktuelle situasjonen. Kor langt domstolane ville ha gått i prøvinga i praksis, fekk vi aldri svaret på, då ingen slike saker kom for domstolane.

Den utvida domstolskontrollen må sjåast i lys av situasjonen for styresmaktene i slutten av april. På dette tidspunktet hadde regjeringa vedteke dei fleste av dei annonserte forskriftene med heimel i koronalova. Behovet for svært raske regelendringar var no mindre enn i slutten av mars. Endringa i koronalova § 6 vart føreslått av Advokatforeininga i høyringsrunden, men ikkje føreslått av regjeringa.¹⁸³ Under komitébehandlinga på Stortinget vart framlegget plukka opp att og fekk støtte frå ein samla komité.¹⁸⁴ Grunngevinga til komiteen var at forlenginga av lova vart gjort under føresetnad om at lova måtte brukast «med stor forsiktighet i tiden fremover», og at det difor var behov for «en utvidet domstolskontroll».¹⁸⁵ Også departementet hadde lagt til grunn at ein i denne seinare fasen måtte vise varsemd i bruken av forskriftskompetansen i koronalova av omsyn til Stortinget som lovgivar.¹⁸⁶ Som kjend bestemte koronalova § 1 at regjeringa berre kunne gi forskrifter dersom føremålet ikkje kunne

¹⁸² Intensiteten i domstolsprøvinga varierer, sjå nærare i Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, fjerde utgåve, Oslo 2014 s. 131-137. Frå eit sivilprosessuelt perspektiv, sjå Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015, s. 209.

¹⁸³ Høyringsfråsegna til Advokatforeininga er tilgjengeleg elektronisk her:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forlengelse-av-varigheten-av-koronaloven/id2695983/?uid=a03ad59c-5fd1-48e8-8d9b-523413fe376f>.

Framlegget var opphavleg fremja av professor Hans Petter Graver i samband med høyringa til den fyrste koronalova.

¹⁸⁴ Sjø Innst.240 L (2019-2020), s. 9-10. Medlemmane frå Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Raudt støtta lovendringa subsidiært, då dei prinsippalt gjekk inn for å oppheve koronalova.

¹⁸⁵ Sjø Innst.240 L (2019-2020), s. 9.

¹⁸⁶ Sjø Prop.76 L (2019-2020), s. 20.

oppnåast gjennom normal lovbehandling i Stortinget. Førearbeida gir ingen haldepunkt for å seie at styrkinga av domstolskontrollen ved forlenginga av koronalova var ein reaksjon mot frykt for eller døme på misbruk av forskriftskompetansen frå regjeringas side. Tvert om gir kjeldene eit klårt inntrykk av at departementet, og med det også regjeringa, delte Stortingets vurdering om at forskriftsheimelen i koronalova måtte brukast med varsemd.

Ein tilsvarande utvida prøvingskompetanse for domstolane gav ikkje Stortinget for forskrifter med heimel i smittevernlova. I 2019 fekk likevel også smittevernlova ei ny føresegn i § 1-5 som stiller opp grunnleggjande krav til alle smitteverntiltak. Her blir det fastsett at smitteverntiltak må byggje på «en klar medisinskfaglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering.» I tillegg skal tvangstiltak ikkje brukast «når det etter sakens art eller forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep». Domstolane vil etter denne føresegna neppe kunne overprøve forvaltningas vurdering av om smitteverntiltak er forsvarlege ut frå ei medisinskfagleg grunngeving. Derimot vil domstolane kunne prøve om eit tvangstiltak er «uforholdsmessig», i tydinga at tiltaket var meir inngripande enn naudsynt for å oppfylle føremålet. Sidan tvangstiltak etter smittevernlova lett gjer inngrep i menneskerettar etter Grunnlova og EMK, vil domstolane etter desse rettsgrunnlaga kunne prøve om inngrepet hadde eit legitimt føremål og om det var proporsjonalt.¹⁸⁷

Eit læringspunkt frå Stortingets behandling av koronalova er at det kan vere behov for ein utvida domstolskontroll overfor typisk beredskapslovgeving som gir regjeringa kompetanse til å gjere inngripande tiltak i krisesituasjonar. Grunna den tradisjonelle rollefordelinga mellom domstolane og forvaltninga, vil ein slik utvida domstolskontroll av om tiltaka er naudsynte og proporsjonale krevje eit klårt grunnlag i lov, slik som i den reviderte § 6 i koronalova.

6.1.3. Domstolskontrollen i praksis

Så vidt eg kan sjå, har ingen av forskriftene som vart gitt med heimel i koronalova og smittevernlova i samband med Covid-19, utfordra rekkevidda av domstolskontrollen. Dette skuldast nok mest at det har vore få saker for domstolane som er direkte relaterte til

¹⁸⁷ Sjå også Prop.91 L (2018-2019), s. 12. For domstolskontrollen etter Grunnlova og EMK, sjå m.a. HR-2016-2554-P (Holship), avsn. 82, Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsn. 60 og Rt. 2014 s. 1105 (Acta), avsn. 28.

styresmaktenes handtering av Covid-19.¹⁸⁸ Ei sak for ankeutvalet i Høgsterett tyder likevel på at den domstolskontrollen vi har hatt, også har vore grundig og effektiv.¹⁸⁹

Saka gjaldt fengsling av ein person som var sikta for drap eller medverknad til dette. Med heimel i mellombels forskrift om forenklingar og tiltak innanfor justissektoren for å avhjelpe konsekvensar av utbrot av Covid-19 § 2, bestemte tingretten at fengslingsmøtet skulle haldast som fjernmøte. Den sikta og forsvararen motsette seg fjernmøte, og anka avgjerda inn for lagmannsretten og deretter til Høgsterett. Spørsmålet for ankeutvalet i Høgsterett var om også fyrste gongs fengsling etter straffeprosesslova § 183 kunne gjennomførast ved fjernmøte.

Ankeutvalet viste her til at retten til framstilling for ein domstol ved pågriping og fengsling, er ein grunnleggjande rettstryggleiksgaranti nedfelt i EMK art. 5 nr. 3 og Grunnlova § 94. Ankeutvalet viste også til at koronalova, som forskrifta var heimla i, sa at ei slik forskrift ikkje kan «begrense grunnleggjande rettssikkerhetsprinsipp» eller innskrenke rettar ut over det som høve til etter mellom anna Grunnlova og EMK.¹⁹⁰ Etter ein gjennomgang av rettspraksis frå EMD, konkluderte ankeutvalet med at høvet til unnatak frå retten til fysisk framstilling etter EMK art. 5 nr. 3 var veldig snevert.

Etter den mellombelse forskrifta kunne retten bestemme fjernmøte «når dette er nødvendig og ubetenkelig».¹⁹¹ Ankeutvalet viste til at dette måtte tolkast innanfor rammene av EMK art. 5 nr. 3 og Grunnlova § 94 andre ledd. I spørsmålet om fjernmøte var «nødvendig og ubetenkelig» innanfor desse rammene, viste ankeutvalet til at både tingretten og lagmannsretten hadde basert avgjerdene sine på generelle smittevern vurderingar. Avgjerdene hadde ikkje vurdert konkret om smitterisikoen gjorde det naudsynt å halde fengslingsmøtet som fjernmøte i den aktuelle saka. Ankeutvalet kom til at praksisen til EMD ikkje opna for unnatak frå retten til framstilling i EMK art. 5 nr. 3 på grunnlag av generelle smittevern vurderingar. Etter dette oppheva

¹⁸⁸ To underrettsdommar har indirekte problematisert påbod etter covid-19-forskrifta. I ein dom frå Oslo tingrett frå 24. april vart ein person domfelt for fleire brot på karantenereglane i covid-19-forskrifta, sjå TOSLO-2020-61219. Dette var ein tilståingsdom og heimelsgrunnlaget for karanteneplikta vart ikkje problematisert av retten. Derimot gjorde retten ei konkret og grundig vurdering av smitteverneffekten av karanteneplikta i samband med straffutmålinga. I ein dom frå Borgarting lagmannsrett frå 5. mai vart ein utanlandsk yrkessjåfør som vart varetektsfengsla, gitt varetektsfrådrag for dei dagane vedkomande hadde sete i faktisk isolasjon grunna karantenereglane i covid-19-forskrifta, sjå LB-2020-61521.

¹⁸⁹ Sjø HR-2020-972-U (8. mai 2020).

¹⁹⁰ Sjø koronalova § 2 andre og tredje ledd.

¹⁹¹ Sjø mellombels forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklingar og tiltak innanfor justissektoren for å avhjelpe konsekvensar av utbrot av Covid-19 § 2 fyrste ledd.

ankeutvalet avgjerdene til lagmannsretten og tingretten og sende saka attende til tingretten for ny behandling.

Ankeutvalet la også til at det var uklårt om mellombelse forskrifta var meint å heimle fjernmøte ved fyrste gongs fengsling der den sikta motsette seg dette og ønskte fysisk framstilling. Ordlyden i forskrifta viste til «rettsmøter», som også omfattar fengslingsmøter. I høyringsrunden hadde Noregs institusjon for menneskerettar peikt på at EMK neppe opna for fjernmøte ved fyrste gongs fengsling. I lys av dette høyringsinnspelet fann ankeutvalet det påfallande at statsrådsføredraget til forskrifta ikkje nemnte fyrste gongs fengsling i det heile eller drøfta tilhøvet til EMK dersom meininga var å heimle fjernmøte også ved fyrste gongs fengsling.

I denne saka er det ingen tvil om at kontrollen med den mellombelse forskrifta om forenklingar og tiltak innanfor justissektoren var inngåande, både i relasjon til koronalova som heimelslov og i relasjon til menneskerettane. Som Hans Petter Graver har peika på, er avgjerda til ankeutvalet viktig av to grunnar.¹⁹² For det fyrste viser den kor viktig det er at unnatak frå dei reglane som følgjer av lovgivinga må vurderast og grunngivast konkret. Det er ikkje tilstrekkeleg å vise til smittevernomsyn generelt. For det andre viser avgjerda at når styresmaktene ikkje har vurdert om inngrep eller avgrensingar er naudsynte, vil forskrifter som blir fastsette kunne bli tolka innskrenkande samanlikna med det som elles følgjer av ordlyden.

Med utgangspunkt i retningslinene som ankeutvalet i Høgsterett trekte opp, har også Hålogaland lagmannsrett oppheva ein tingrettsdom i ei straffesak som følgje av manglande konkrete smittevern vurderingar ved ei avgjerd om fjernmøte.¹⁹³

6.2. Kven kan stenge domstolane?

6.2.1. Bakgrunn og problemstillingar

Innføringa av nasjonale tiltak for å avgrense spreidinga av Covid-19 fekk store negative konsekvensar for saksavviklinga i domstolane både i Noreg og i andre land.¹⁹⁴ Dei fyrste vekene

¹⁹² Sjø Hans Petter Graver, *Pandemi og unntakstilstand*, Oslo 2020, s. 166.

¹⁹³ Sjø LH-2020-93359.

¹⁹⁴ For ei oversikt over konsekvensane for Covid-19 for europeiske domstolar, sjø oversikta samla av Europarådets European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ) på <https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments>.

etter 12. mars vart inntil nitti prosent av alle sakene ved norske domstolar utsette.¹⁹⁵ Når og i kor stort omfang domstolane vendte tilbake til normal saksavvikling, varierte mellom rettskrinsane i landet.¹⁹⁶

Etter eit smitteutbrot i Sarpsborg tingrett i midten av april, bestemte fyrstelagmannen i Agder lagmannsrett at domstolen i praksis skulle stengast ved å utsetje alle rettsforhandlingar for resten av månaden.¹⁹⁷ Andre domstolar avvikla sakene som normalt og med tilnærma full kapasitet, om enn i form av fjernmøte framfor fysiske møte.¹⁹⁸ Konsekvensen av den ulike praksisen var at tilgangen til domstolane var ulik rundt om i landet og på ulike nivå i domstolshierarkiet.

Domstolsadministrasjonen var ikkje passiv etter at Helsedirektoratet innførte nasjonale smitteverntiltak 12. mars.¹⁹⁹ På kvelden same dag sendte Domstolsadministrasjonen ein e-post til alle domstolane med tilråding om å redusere aktiviteten.²⁰⁰ Dagen etterpå sendte Domstolsadministrasjonen, på førespurnad frå fleire domstolar, ei tilråding om behandling av ulike sakstypar. I følge denne tilrådinga skulle domstolane straks redusere aktiviteten til «kun de mest nødvendige oppgavene hvor en utsettelse av saken vil medføre betydelige negative konsekvenser for opprettholdelse av lov og orden og/eller rettsikkerhet, samt fare for liv og helse».²⁰¹ Styret i Domstolsadministrasjonen heldt ekstraordinære styremøte 16., 20., og 27. mars og 6. april der saksavviklinga i domstolane og arbeidet med tilpassingar i lovverket var hovudtema.

¹⁹⁵ Eg byggjer her på opplysningane frå Rett24, sjå <https://rett24.no/articles/vi-kan-ikke-stenge-den-tredje-statsmakt>. Ei tilsvarande vurdering vart gitt av ein norsk dommar til Europarådets European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ) i samband med ei oversikt over konsekvensane av Covid-19 for europeiske domstolar: «I believe it is fair to say that the efficiency of the Norwegian courts has been hurt badly so far during the pandemic.» Sjå <https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments#Norway>.

¹⁹⁶ Eg byggjer her på opplysningane frå undersøkinga til NRK, publisert 14. mai:

<https://www.nrk.no/trondelag/sa-store-er-korona-forskjellene-i-norske-tingretter-1.15011973>.

¹⁹⁷ Sjå <https://www.nrk.no/osloogviken/fire-korona-smittet-etter-rettssak-1.14983578>.

¹⁹⁸ Eg byggjer her på opplysningane frå Rett24, tilgjengeleg her: <https://rett24.no/articles/agder-lagmannsrett-stopper-alt--andre-domstoler-gar-nesten-for-fullt>.

¹⁹⁹ Alt 28. februar etablerte Domstolsadministrasjonen ei kriseleiing. Sjå sak 20/026 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 16. mars 2020.

²⁰⁰ Sjå orientering frå direktøren i Domstolsadministrasjonen til styret, sak 20/025 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 16. mars 2020.

²⁰¹ Sjå orientering frå direktøren i Domstolsadministrasjonen til styret, sak 20/025 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 16. mars 2020.

Domstolsadministrasjonen sendte brev til alle domstolleiarane 26. mars med oppmoding om å auke saksavviklinga.²⁰² Tilbakemeldinga var at dei fleste domstolane hadde utsett auka i saksavvikling til etter påske. På styremøtet 27. mars peikte direktøren i Domstolsadministrasjonen på at det var ulik praksis for saksavvikling i domstolane, men at det var vanskeleg å gi sentrale føringar då gjennomføring av saker måtte vurderast konkret i den einkilde domstolen.²⁰³ På styremøtet 6. april informerte direktøren i Domstolsadministrasjonen om tilstanden i domstolane på grunnlag av samtaler med domstolsleiarane. Direktøren fortalde om framleis ulik praksis, lita grad av samordning mellom domstolar og uvisse knytt til framgangsmåtar for opning av munnlege forhandlingar i domstolane:

«Mange av lederne har hatt lite kontakt med hverandre (unntatt førstelagmennene) og de har løst de samme utfordringene på ulike måter. Hovedinntrykket er at domstolene stort sett har vært stengt for muntlige forhandlinger – unntatt for prioriterte saker som fengslinger, tvangsinngrep etc. Skriftlig saksavvikling har stort sett gått som normalt. Graden av nedstengning varierer og noen tingretter har forsøkt seg med saksavvikling ved hjelp av fjernmøteteknologi. Mange domstolledere ønsker mer styring fra DA for å få til felles løsninger. Mange ledere er i villrede mht. hvilken aktivitet som kan foregå på en sikker nok måte i rettslokalene.»²⁰⁴

Saman med Folkehelseinstituttet utarbeidde Domstolsadministrasjonen ein rettleiar i smittevern for domstolane ved fysiske rettsmøte.²⁰⁵ Styret i domstolsadministrasjonen vedtok 27. april ein instruks til domstolane om som påla dei å leggje rettleiaren til grunn i all verksemd i domstolane. Rettleiaren vart publisert 28. april.

Biletet av domstolanes handtering av Covid-19 frå innføringa av dei nasjonale smitteverntiltaka 12. mars og ut over våren er prega av ulik praksis, manglande samordning og svak sentral styring.

²⁰² Sjå orientering frå direktøren i Domstolsadministrasjonen til styret, sak 20/044 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 6. april 2020.

²⁰³ Sjå orientering frå direktøren i Domstolsadministrasjonen til styret, sak 20/037 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 27. mars 2020.

²⁰⁴ Sjå orientering frå direktøren i Domstolsadministrasjonen til styret, sak 20/044 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 6. april 2020.

²⁰⁵ Sjå Veileder i smittevern for Norges domstoler ved fysiske rettsmøter, 2. utgåve 09.06.2020.

Ut over økonomiske og tekniske rammevilkår, kan domstolanes ulike og usikre handtering av Covid-19 førast tilbake til eigenskapar ved og, etter mitt syn, manglar i lovverket. Den ulike praksisen knytt til stenging av domstolane reiser to rettslege spørsmål som det for framtida er viktig å få avklara: Det fyrste spørsmålet er om og i kva grad smittevernomsyn kan legitimere stenging av domstolar eller vesentleg utsetjing av saker. Det andre spørsmålet er kven som kan og kven som bør kunne bestemme at ein domstol skal stenge eller utsetje ein vesentleg del av sakene for ein lengre periode.

6.2.2. Faktiske rammer for drift av domstolane i krisesituasjonar

Generelt kan ein spørje om domstolsstrukturen i Noreg gjer domstolane relativt sårbare overfor ein pandemi eller ei anna krise som råkar heile samfunnet. Av 60 norske tingrettar har 15 berre éin embetsdommar og meir enn halvta av tingrettane har tre eller færre embetsdommarar.²⁰⁶ Få faste dommarar i ein domstol kan gjere det vanskelegare å halde domstolen open i tilfelle dommarar vert smitta eller må i karantene. Eg har likevel ikkje konkrete haldepunkt for å seie at personellmangel var årsaka til variasjonane i domstolstilgang våren 2020. utfordringar knytt til saksavviklinga i små tingrettar i ein krisesituasjon kan dessutan løysast med reglar om flytting av saker, sjå punkt 6.2.5.

Variasjonane i domstolstilgang som følgje av smitteverntiltaka kan dels skuldast mangel på teknisk utstyr og dels ulik vurdering av smitterisiko hos domstolleiarane. Mangel på teknisk utstyr til å vere operative digitalt, er eit budsjettspørsmål. Regjeringa fremja i midten av mai framlegg om å løyve 35 millionar til teknisk utstyr i domstolane.²⁰⁷ Det er i siste instans Stortinget som har ansvar for å sikre at domstolane har tilstrekkeleg budsjett til å gjennomføre naudsynte tiltak i form av teknisk utstyr, tilpassing av bygningsmasse og tilstrekkeleg personell for å sikre forsvarleg saksavvikling i ein krisesituasjon.

Frå helsestyresmaktene si side er det viktig å ta inn over seg at domstolane høyrer til den kritiske samfunnsinfrastrukturen. Domstolane er ei statsmakt på lik line med regjeringa og Stortinget og har ein kontrollfunksjon overfor desse, jf. Grunnlova § 89. Som eg skal kome tilbake til nedanfor, har domstolane ei særskilt viktig rolle i ein krisesituasjon der regjeringa har fått utvida fullmakter til å gjere inngrep i rettane og fridomane til private, sjå punkt 6.2.6. I ein slik

²⁰⁶ Sjø NOU 2019: 17, *Domstolsstruktur*, s. 23.

²⁰⁷ Sjø <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/35-millioner-til-teknisk-utstyr-i-domstolene/id2701920/>.

situasjon må ein kunne krevje at domstolane vert høgt prioriterte med tanke på ekstra løyvingar og praktisk bistand frå helsestyresmaktene for å sikre forsvarleg drift. Ein kan spørje om domstolane har blitt prioritert høgt nok når Folkehelseinstituttet og Domstolsadministrasjonen fyrst 28. april publiserte ein rettleiar i smittevern for domstolane ved fysiske rettsmøte, medan Folkehelseinstituttet alt 23. april publiserte ein tilsvarande rettleiar for frisørar og andre som driv med kroppspleie.²⁰⁸

6.2.3. *Rettslege rammer for stenging av domstolar eller utsetjing av saker*

Det rettslege handlingsrommet for å stenge domstolar eller utsetje vesentleg saker som følgje av smittevernomsyn, følgjer av reglane om domstolstilgang («access to court») i Grunnlova § 95 og EMK art. 6. Desse normene gir alle ein rett til å få saka si avgjort av ein uavhengig og upartisk domstol innan rimeleg tid. Denne retten gjeld i møte med både fysiske, økonomiske og rettslege hindringar. I ein pandemisituasjon kan det vere snakk om rettslokale som er fysisk avstengde fordi lokala ikkje oppfyller rettsleg bindande smittevernkrav eller tilrådingar om fysisk avstand mellom personar. Av rettslege hindringar med heimel i smittevernlova kan ein tenkje seg reiseforbod, karanteneplikt eller pålegg om isolasjon retta mot dommarar, prosessfullmektigar, partar eller vitne eller personar desse har omsorgsansvar for.

Kva som er rimeleg tid i relasjon til Grunnlova § 95 og EMK art. 6 må vurderast konkret etter visse retningsliner trekt opp i praksis frå EMD.²⁰⁹ Desse retningslinene relaterer seg til forhold ved saka og partane, og passar ikkje så godt på nasjonale krisesituasjonar som Covid-19 der hindringa skuldast forhold utanfor saka og partane.

Etter EMK vil vern av folkehelsa normalt vere eit legitimt omsyn som kan grunngi visse inngrep i konvensjonsrettane, men smitteverntiltak har så vidt eg er kjend med ikkje kome på spissen i saker om domstolstilgang etter EMK art. 6. Alle inngrep i retten til domstolstilgang, også om dei er grunngitte i smittevernomsyn, må ha ein klår og presis lovheimel og må vere proporsjonale, det vil seie at innskrenkinga av domstolstilgangen må stå i eit rimeleg samhøve

²⁰⁸ Sjø Veileder i smittevern for Norges domstoler ved fysiske rettsmøter, 2. utgåve 09.06.2020. Sjø Veiledning om smittevernfaglig forsvarlig drift i virksomheter med én-til-én-kontakt som frisørar og virksomheter som tilbyr hudpleie, tatoveringar, hulltaking (piercing) og andre virksomheter som er omfattet av Forskrift om hygienekrav for frisør-, hudpleie-, tatoverings- og hulltakingsvirksomhet m.v., 23.04.2020: <https://www.fhi.no/nettpub/coronavirus/rad-og-informasjon-til-andre-sektorer-og-yrkesgrupper/en-til-en-frisorer-mv/>.

²⁰⁹ Sjø nærare i Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, femte utgåve, Bergen 2018, s. 474-477, der kriteria er oppsummert som «Sakens kompleksitet, dens art og viktighet, og partenes adferd.»

til det samfunnsgodet ein ønskjer å oppnå med inngrepet.²¹⁰ I dette ligg det at styresmaktene i ein krisesituasjon må prioritere å sikre domstolstilgang og saksavvikling innan rimeleg tid for saker som er svært tyngande for partane, som straffesaker eller prøving av tyngande forvaltningsinngrep.²¹¹ For fengslingssaker er det dessutan særskilte og korte fristar for framstilling av den gripne for ein domstol, jf. EMK art. 5 nr. 3 og Grunnlova § 94 andre ledd.²¹² Sidan fengsling er eit særleg tyngande inngrep i fridomen til den einskilde, gir praksis frå EMD lite slingringsmonn for staten når det gjeld tidskravet for domstolskontroll, sjølv i usedvanlege situasjonar.²¹³

Det er i denne samanhengen viktig å nemne at Domstolsadministrasjonen i e-posten til domstolleiarane 12. mars oppmoda om prioritering av nettopp dei sakstypene eg har nemnt her. Eg har ikkje oversikt over i kva grad oppmodinga vart følgd i alle domstolane, men informasjon frå fleire domstolar vitnar om at desse har prioritert saker i samsvar med oppmodinga.²¹⁴

Det som er sikkert er at statane har eit sjølvstendig ansvar for å innrette rettsvesenet slik at fengsla kan bli framstilte for ein domstol raskt og slik at ein kan avvikle rettsforhandlingar innan rimeleg tid. Rettspraksis frå EMD syner at ein stat ikkje utan vidare kan høyrast med at saksavviklinga er forseinka grunna usedvanlege omstende, dersom styresmaktene ikkje har gjort nok for å minimere utsetjinga gjennom lovgiving, ressurstilgang, eller andre tiltak.²¹⁵ Det same synspunktet vart lagt til grunn av ankeutvalet i Høgsterett i HR-2020-972-U når det gjaldt bruk av fjernmøte for fengsling i medhald av mellombelse reglar på eit tidspunkt der det med bestemte tiltak var mogleg å avvikle fysiske rettsmøte.²¹⁶ Når det er snakk om ein langvarig unnatakssituasjon som vi er vitne til med Covid-19, kan vi nokså sikkert leggje til grunn at plikta for staten til å setje i verk tiltak som kan få fart i saksavviklinga blir strengare di lenger tid som går.

²¹⁰ Sjø mellom andre storkammersaka Naït-Liman mot Sveits, saksnr. 51357/07, avsn. 114-115.

²¹¹ I straffesaker vil lang saksbehandlingstid kunne vere grunnlag for redusert straff, sjå straffelova § 78 bokstave og HR-2016-225-S.

²¹² Sjø straffeprosesslova § 183, som krev at påtalemakta framstiller den pågripne for tingretten seinast den tredje dagen etter pågripinga. Eit tilsvarande strengt tidskrav på 3-4 dagar følgjer av rettspraksis etter EMK art. 5.

²¹³ I samband med pågriping til havs, har EMD godteke domstolskontroll fyrst etter 13 dagar grunna dei usedvanlege omstenda, sjå Medvedyev og andre mot Frankrike, saksnr. 3394/03, avsn. 127-134.

²¹⁴ Sjø også oversikta til Advokatforeininga på

<https://www.advokatforeningen.no/aktuelt/Nyheter/2020/mars/koronaviruset-informasj-on-fra-domstolene/>.

²¹⁵ Sjø Papageorgiou mot Hellas, saksnr. 97/1996/716/913, avsn. 47. I denne saka hadde ein langvarig streik av advokatforeininga forseinka saksavviklinga med åtte månader. At plikta til saksavvikling innan rimeleg tid ligg til alle statsmaktene, også den lovgivande og utøvande, følgjer av m.a. Martins Moreira mot Portugal, saksnr. 21/1987/144/198, avsn. 60.

²¹⁶ Sjø HR-2020-972-U, avsn. 29.

Eg har ikkje undersøkt i kva grad saksavviklinga i norske domstolar har blitt forseinka som følgje av smitteverntiltak i samband med Covid-19. Regjeringas løyving av midlar i juni 2020 til 29 korttidskonstitusjonar med lengd inntil seks månader og 30 langtidskonstitusjonar med lengd inntil to år for å ta unna etterslepet i domstolane grunna Covid-19, syner likevel at etterslepet ikkje er uvesentleg.²¹⁷ Det som i alle høve kan seiast, er at det nasjonale lovverket ikkje bør innrettast slik at utsetjing av saksavviklinga blir vilkårleg og ulik i relativt likearta situasjonar utan at skilnaden har ein legitim grunn.

Til slutt vil eg nemne at den fysiske stenginga av rettslokale og overgangen til fjernmøte også grip inn i retten til ein «offentleg» rettargang, jf. Grunnlova § 94 fyrste ledd fyrste punktum og EMK art. 6 nr. 1. Retten til ein offentlig rettargang er rekna for å vere ein sentral rettstryggleiksgaranti. Denne retten er ikkje absolutt, men unnatak frå retten, særleg i straffesaker, må vere strengt naudsynte på grunnlag av viktige offentlege interesser.²¹⁸ Her som elles vil staten nok ha ein viss skjønnsmargin i byrjinga av ein krisesituasjon som råkar brått. Denne skjønnsmarginen vil venteleg blir mindre etter kvart som tida går og ein kan forvente at staten får på plass tekniske eller andre løysingar som kan overvinne hindringa.²¹⁹ Overført på ein situasjon der smittevernomsyn krev at rettslokala blir haldne fysisk stengde, må staten gjere kompensierende tiltak i form av alternative og tilpassa rettslokale eller IT-løysingar som opnar for offentlig innsyn i rettsforhandlingane.

6.2.4. *Kven kan og bør bestemme om domstolane skal stenge i ein krisesituasjon?*

Den ulike praksisen til norske domstolar når det gjeld konsekvensane av smitteverntiltak for saksavviklinga vitnar om manglar i regelverket. Spørsmålet om kven som kan bestemme stenging av domstolane og på kva vilkår dette kan skje, er ikkje regulert i Grunnlova. Spørsmålet er heller ikkje regulert klårt i domstolslova. I motsetnad til ei rekkje andre lover som regulerer samfunnskritiske institusjonar, har domstolslova ingen særlege reglar for saksbehandling, fristar eller fullmakter i beredskapssituasjonar.

²¹⁷ Sjå <https://www.domstol.no/nyheter/midlertidige-dommerstillinger/>. Domstolane har om lag 800 dømande årsverk, sjå NOU 2019: 17, *Domstolsstruktur*, s. 24.

²¹⁸ Sjå nyleg *Yam mot Storbritannia*, saksnr. 31295/11, avsn. 54: «In practice, the Court, in interpreting the right to a public hearing, has applied a test of strict necessity whatever the justification advanced for the lack of publicity ... Thus before excluding the public from criminal proceedings, the national court must make a specific finding that exclusion is necessary to protect a compelling governmental interest and must limit secrecy to the extent necessary to preserve that interest ...»

²¹⁹ Sjå slik *Riepan mot Austerrike*, saksnr. 35115/97, avsn. 29.

I samband med Covid-19 vart det med heimel i koronalova gitt visse tilpassingar i saksbehandlingsreglar gjennom midlertidig forskrift 27. mars 2020 nr. 459 om forenklingar og tiltak innanfor justissektoren for å avhjelpe konsekvensar av utbrot av Covid-19. Her vart det gitt reglar for å kunne gjennomføre saker med smitteverntiltak, men ikkje reglar som regulerte problemet med ulik praksis når domstolar vart sett ut av drift grunna smitteverntiltak. Då koronalova vart oppheva 27. mai, vart tilpassingane vidareførte i ei mellombels lov.²²⁰ Fyrst her vart det gitt reglar for det tilfellet at ein domstol vart sett ut av drift. Dette kjem eg tilbake til nedanfor.

Spørsmålet om stenging av domstolane aktualiserer fleire tunge og til dels kryssande omsyn med grunnlag i både Grunnlova og i internasjonale menneskerettskonvensjonar. På den eine sida har vi retten til domstolstilgang, som eg har gjort greie for ovanfor, og som må balanserast mot smittevernomsyn for å sikre liv og helse. På den andre sida har vi kryssande institusjonelle omsyn, som involverer tilhøvet mellom regjeringa og Domstolsadministrasjonen, domstolsleiarane og dei einskilde dommarane. I dømande verksemd er domstolane sjølvstendige overfor Stortinget og regjeringa, jf. Grunnlova § 95 andre ledd. Det same prinsippet gjer også kvar einskild dommar sjølvstendig overfor domstolsleiaren i utøvinga av dømande verksemd. Dette er klårt uttrykt i Grunnlova § 95 andre ledd, som viser til at «domstolane og dommarane er uavhengige og upartiske» (mi utheving). I dette ligg det at den einskilde dommaren, eller panelet med dommarar, ikkje kan instruerast om behandlinga av eller utfallet i den einskilde saka.²²¹ Derimot er domstolane ikkje sjølvstendige overfor Domstolsadministrasjonen i administrative spørsmål. Det same gjeld dei einskilde dommarane overfor domstolsleiar. Grensa mellom dømande og administrativ verksemd er likevel ikkje reinskoren og kan vere vanskeleg å trekke. Nettopp difor er det viktig at skiljet mellom administrative og dømande funksjonar er klårt regulert i lov.

²²⁰ Sjå midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpassingar i prosessregelverket som følgje av utbrotet av covid-19 mv.

²²¹ Domstolleiaren har likevel eit overordna ansvar for framdrift i sakene, og kan gripe inn overfor einskilde dommarar ved svikt i saksstyringa, sjå tvistelova § 11-7. Slik styring er ikkje rekna som eit inngrep i dommaranes interne sjølvstende frå domstolleiar, då avgjerd innan rimeleg tid er ein viktig del av retten til rettferdig rettgang etter EMK art. 6 og Grunnlova 95 og retten til eit effektivt rettsmiddel etter EMK art. 13, sjå nærare i Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015, s. 179-180.

Så vidt eg er kjend med vart avgjerdene om å stenge domstolen heilt eller utsetje rettsforhandlingar tekne av dei respektive domstolsleiarane etter tilråding av Domstolsadministrasjonen i e-post på kvelden 12. mars.²²²

Heimelen for domstolsleiarens kompetanse til å treffe administrative avgjerder er domstollova § 13 jf. §§ 10-12 for lagmannsrettane og § 21 fyrste ledd jf. § 19 for tingrettane.²²³ Rekkevidda av den administrative kompetansen til domstolleiar overfor dei einskilde dommarane er derimot ikkje klårt definert verken i lova eller i førearbeida.²²⁴ Etter dei nemnte føresegnene er domstolsleiarens oppgåver særleg knytte til saksfordeling og tilkalling av dommarar og val av meddommarar. Sjølv om lova gir domstolleiaren eit administrativt ansvar, er det i lys av dommaranes interne sjølvstende i den einskilde saka ikkje opplagt at den administrative styringskompetansen til domstolleiar også skal omfatte stopp i og utsetjing av ei pågåande sak som alt er tildelt andre dommarar. Utsetjing av forhandlingane kan ha ei side til dømande verksemd, til dømes dersom utsetjinga er skadeleg for bevisføringa.²²⁵ Så snart rettsforhandlingane er opna, vil leiaren av retten, eventuelt retten samla, bestemme saksavviklinga, jf. domstollova § 123. Eit pålegg frå domstolsleiareren om å avbryte rettsforhandlingane kan då bryte med prinsippet om at dei einskilde dommarane er sjølvstendige overfor andre dommarar i behandlinga av konkrete saker.²²⁶ Eg har ikkje oversikt over om og i kva grad dette skjedde i norske domstolar 12. mars og dei påfølgjande dagane.

Eit anna spørsmål er om Domstolsadministrasjonen kan instruere domstolane generelt eller einskilde domstolar når det gjeld saksavviklinga som følgje av smittevernomsyn. Dette gjeld både instruks om å stenge domstolen eller utsetje saker, og instruksar om å ta opp at normal saksavvikling fordi utsetjing ikkje lenger er påkrav av smittevernomsyn.

²²² Eg byggjer her på orienteringa til direktøren i Domstolsadministrasjonen til styret, sjå sak 20/025 i styreprotokoll frå ekstraordinært møte i styret i Domstolsadministrasjonen 16. mars 2020.

²²³ Sjø Anders Bøhn, § 13 og § 21. Domstolsloven, kommentarutgave.

²²⁴ Sjø Ot.prp.nr.25 (1994-1995), s. 14-15, som drøftar delegering av domstolsleiarens «administrative og lovbestemte» oppgåver til avdelingsleiarane.

²²⁵ Tvistelova § 11-7 (1) gir domstolleiar rett til å gripe inn ved manglande eller for sein saksstyring, men neppe rett til å utsetje saksavviklinga, sjå Tore Schei mfl., § 11-7, Tvisteloven, kommentarutgave, ajourført 1. desember 2019.

²²⁶ Prinsippet om dommaranes interne sjølvstende er slått fast i ei rekkje internasjonale retningslinjer, sjå til dømes Venice Commission, CDL-AD(2010)004, *Report on the Independence of the Judicial System, part I: The Independence of Judges*, avsn. 68-72, Consultative Council of European Judges, Opinion no. 1 (2001), avsn. 66, og UN Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002), pkt. 1.4.

Problemet her er at domstolslova seier ingenting om at Domstolsadministrasjonen har instruksjonsrett overfor domstolane eller kor langt den rekk. At Domstolsadministrasjonen har ein viss administrativ styringskompetanse overfor domstolane er klårt nok og går indirekte fram av domstollova § 33 fyrste ledd og førearbeida til denne.²²⁷ Kor langt styringskompetansen til Domstolsadministrasjonen går overfor både domstolleiarane og dei einskilde dommarane er derimot ikkje heilt klårt.²²⁸ I førearbeida er det mellom anna uttalt at Domstolsadministrasjonen skal utøve «den administrative myndighet» som ikkje er lagt til den einskilde domstolleieren, men så lenge kompetansen til domstolleiarane ikkje er klårt avgrensa, er ein like langt.²²⁹

Domstolanes og dei einskilde dommaranes sjølvstende i dømande verksemd etter Grunnlova § 95 set ei grense for kor langt det er høve til å detaljregulere arbeidet ved domstolane. Verken Grunnlova eller domstollova gir derimot særleg rettleiing i korleis denne grensa skal trekkast i ein krisesituasjon som Covid-19. Som nemnt ovanfor er saksavviklinga når det gjeld domstolstilgang eit spørsmål av dømande og ikkje administrativ karakter. Prinsipielt er heller ikkje pålegg frå Domstolsadministrasjonen om å innstille pågåande rettsforhandlingar og utsetje fastsette saker uproblematisk. Domstolsadministrasjonen er eit forvaltningsorgan under den utøvande makta som er gjort mindre påverka av politisk styring enn andre organ på direktoratnivå, ved at det ikkje kan instruerast av departementet, men berre av Kongen i statsråd.²³⁰ Likevel er ikkje Domstolsadministrasjonen formelt uavhengig frå politisk styring, då den kan instruerast av regjeringa i statsråd, både generelt og i einskildsaker, jf. domstollova § 33 tredje ledd.²³¹ I Noreg er det altså ikkje vassette skott mellom politikken og den administrative styringa av domstolane.

Aktiviteten til Domstolsadministrasjonen frå og med 12. mars og utover våren vitnar om ein krevjande balansegang mellom råd og rettleiing på den eine sida og konkrete tiltak om saksavviklinga på den andre sida. Pålegget frå styret i Domstolsadministrasjonen 27. april om

²²⁷ Meiniga var at Domstolsadministrasjonen skulle overta departementets tidlegare instruksjonsrett overfor domstolane i administrative spørsmål med grunnlag i Grunnlova § 3. Sjå Ot.prp.nr.44 (2000-2001), pkt. 7.12.

²²⁸ Sjå nærare om problemstillinga i Henning Jakhelln, Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering – konstitusjonelle og arbeidsrettslige problemstillinger, Utredning til Justisdepartementets domstolsavdeling (UTRJD-2002-1), 2002 og Jon Karlsrud, Domstollederne og dommerne – hvor går grensene for styringskompetansen? Utgitt av Justisdepartementet, Domstolavdelingens småskriftserie nr. 3/2000.

²²⁹ Ot.prp.nr.44 (2000-2001) s. 86.

²³⁰ Sjå tilsvarande i Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Oslo 2015, s. 70.

²³¹ I praksis betyr nok statsrådsbehandling ein heva terskel for instruksjon, ikkje minst fordi domstollova § 33 tredje ledd tredje punktum krev at Stortinget skal informerast i slike tilfelle. Dette endrar likevel ikkje på det formelle utgangspunktet om at Domstolsadministrasjonen er eit direktorat underlagt regjeringa og med full instruksjonsrett for denne både generelt og i einskildsaker.

å leggje til grunn smittevernrettleiaren i all verksemd, er etter mitt syn eit administrativt pålegg som ikkje greip inn i sjølve saksavviklinga og dømande verksemd. Når det gjaldt saksavviklinga retta Domstolsadministrasjonen ingen formelle pålegg til domstolleiarane. Brevet til domstolleiarane 12. mars og oppfølginga 26. mars var formelt berre oppmodingar om å redusere saksavviklinga til eit minimum. Formelt låg avgjerda til dei respektive domstolleiarane. Det ser likevel ut til at oppmodinga til Domstolsadministrasjonen 12. mars hadde stor påverknad på avgjerdene til domstolleiarane. Samstundes er det mykje som tyder på at slik sentral rettleiing og styring var etterspurt i domstolane.

Føremålet med denne drøftinga er å vise at styring frå både einskilde domstolsleiarar og frå Domstolsadministrasjonen har problematiske sider når det gjeld avgjerder som vesentleg påverkar domstolstilgangen i ein krisesituasjon. Den gjeldande lovreguleringa er uklår og mangelfull. I ein langvarig nasjonal krisesituasjon som Covid-19 kjem spørsmålet på spissen.

Etter mitt syn er tilgangen til domstolane ein så sentral rettstryggleiksgaranti at det bør regulerast særskilt i lov på kva vilkår og i kva situasjonar ein domstol kan redusere den dømande verksemda vesentleg. Lova bør også regulere den personelle kompetansen til å påleggje stenging og eventuelt overprøve avgjerder om stenging dersom tungtvegande omsyn tilseier det, til dømes omsynet til avvikling av viktige saker eller omsynet til domstolskontroll med inngrep i individuelle rettar og fridomar. Føremålet må vere å hindre ulik praksis på tvers av rettskrinsane utan at ein grip inn i domstolanes sjølvstende.

Det vil nok vere ulike syn på korleis ei slik ordning skal innrettast og kva organ som skal ha kompetansen til å stenge domstolar eller ta andre avgjerder som vesentleg påverkar saksavviklinga. Nokre europeiske land, mellom dei Danmark og Finland, legg domstolsadministrasjonen til uavhengige organ, der dommarkorpset er i fleirtal eller er har stor representasjon.²³² I slike system er det mindre problematisk med tanke på domstolanes sjølvstende å leggje kompetansen til domstolsadministrasjonen. I Danmark har likevel Domstolsstyrelsen blitt kritisert for å ta ei for aktiv rolle i stenginga av domstolane i to veker frå 13. mars og for å i realiteten følge avgjerdene til regjeringa.²³³ Sentralisert dommarstyring

²³² Modellen er skildra og tilrådd av Europarådets Consultative Council of European Judges, sjå Opinion no. 10 (2007), avsn. 42 og 76-79.

²³³ Sjø Jonas Christoffersen og Stine Brøsted Jensen, *Retsstaten og Covid-19*, Rapport fra Justitia – Danmarks uafhængige juridiske tænketank, 2020, s. 98-103.

av domstolane gir altså ingen garanti for at dømande verksemd ikkje vert påverka av politiske styresmakter. I Noreg er det i alle høve prinsipielt problematisk å leggje kompetansen til Domstolsadministrasjonen, så lenge dette organet kan instruerast av regjeringa, som igjen er øvste organ i forvaltninga som domstolane skal kontrollere. Med mindre Domstolsadministrasjonen vert gjort formelt og reelt uavhengig av politisk styring, må kompetansen til å stenge domstolar eller ta andre avgjerder som vesentleg påverkar saksavviklinga ligge til domstolane sjølve.

6.2.5. Mellombels lov om tilpassingar i prosessregelverket som følgje av utbrotet av covid-19 mv.

Eit mellombels tiltak mot stenging av domstolar i samband med Covid-19 vart gitt 26. mai 2020 i Mellombels lov om tilpassingar i prosessregelverket som følgje av utbrotet av covid-19 mv.

Paragraf 12 c har slik ordlyd:

§ 12 c. Overføring av saker mellom sideordnede domstoler

Når det er påkrevd eller hensiktsmessig for å avhjelpe konsekvenser av utbruddet av covid-19, kan en lagmannsrett etter anmodning fra domstollederen i en tingrett eller jordskifterett beslutte at én eller flere av domstolens saker skal overføres til én eller flere andre domstoler i samme instans. På samme vilkår kan Høyesteretts ankeutvalg etter anmodning fra domstollederen i en lagmannsrett beslutte at én eller flere av lagmannsrettens saker skal overføres til én eller flere andre lagmannsretter.

Når en tingrett eller jordskifterett er satt ut av drift, kan lagmannsretten uten anmodning beslutte at én eller flere av den aktuelle domstolens saker skal overføres til én eller flere andre domstoler i samme instans. Høyesteretts ankeutvalg kan på samme vilkår beslutte at én eller flere av en lagmannsretts saker skal overføres til én eller flere andre lagmannsretter.

Partene, og domstolen som det er aktuelt å overføre én eller flere saker til, skal gis anledning til å uttale seg før det treffes beslutning om overføring.

Beslutning om overføring etter denne bestemmelsen kan ikke ankes.

Første ledd gir heimel for å overføre éi eller fleire saker til éin eller fleire domstolar på same nivå dersom domstolleiaren i den aktuelle domstolen ber om det. Andre ledd gir heimel for det

same utan førespurnad frå domstolleiar dersom den aktuelle domstolen er «satt ut av drift». I begge tilfella må flytting av saker godkjennast av ein overordna domstol.

Samanlikna med den vanlege ordninga i domstolova § 38, som berre gir heimel til å flytte ei einskild sak, gir § 12 c i den mellombelse lova høve til å flytte fleire saker i gongen. I tillegg, og viktigare i ein krisesituasjon, får altså ein overordna domstol heimel til å gripe inn overfor ein underordna domstol som anten er stengd av domstolleiar eller som reint faktisk er sett ut av spel grunna covid-19. I mangel av ein uavhengig domstolsadministrasjon eller eit særskilt organ innanfor domstolane, er ordninga med avgjerd og overprøving av ein overordna domstol godt etablert i prosessretten og sikrar samstundes lik praksis innanfor lagdøma.

Ordninga i andre ledd med overføring av saker utan førespurnad krev at lagmannsrettane er merksame på problem med saksavviklinga i tingrettane og ankeutvalet i Høgsterett det same overfor lagmannsrettane. Ut frå førearbeida er det ikkje klårt om dei overordna domstolane skal føre aktivt tilsyn med saksavviklinga i underordna domstolar, om partane i ei sak kan be om flytting eller om informasjonsflyten er meint å skje gjennom uformelle kanalar.²³⁴ Det er heller ikkje klårt om Høgsterett kan gripe inn direkte overfor ein tingrett dersom den aktuelle lagmannsretten er passiv. Etter mitt syn tilseier føremålet med ordninga at ankeutvalet i Høgsterett har eit overordna ansvar og er i siste instans ansvarleg for ei forsvarleg saksavvikling i norske domstolar så lenge smitteverntiltaka varer.

Etter mitt syn bøter § 12 c i den mellombelse lova på det akutte problemet med stenging av domstolar i samband med Covid-19. Som nemnt ovanfor illustrerer denne føresegna ein mangel i det ordinære regelverket. Ordninga i § 12 c kan difor tene som utgangspunkt for ein permanent beredskapsheimel i domstolova for krisesituasjonar der domstolar kan bli sett ut av drift.

6.2.6. Særleg om stenging av domstolar i krisesituasjonar

Det er viktig å leggje til at stenging av domstolar eller vesentleg reduksjon kapasiteten til å avvike saker har ei særskilt rettsstatleg side i ein krisesituasjon, der vanlege fridomar og rettstryggleiksgarantiar kan vere innskrenka og der regjeringa har fått tildelt særskilte fullmakter. Covid-19 er ein slik situasjon. Di større fullmakter regjeringa og forvaltninga får i ein krisesituasjon, di viktigare blir domstolskontrollen med at inngrep overfor private held seg

²³⁴ Sjø Prop.122 L (2019-2020), s. 20.

innanfor rammene av fullmaktslova og overordna normer i Grunnlova og i internasjonale menneskerettskonvensjonar.²³⁵

Etter Grunnlova § 89 har domstolane, i saker som blir reiste for domstolane, plikt til å prøve om forvaltningsvedtak er i samsvar med føresegner i Grunnlova eller i lov. Dersom denne grunnleggjande rettstryggleiksgarantien skal gi meining, må de vere mogleg å reise sak for domstolane. Denne føresetnaden i § 89 må vere eit viktig moment i tolkinga av lovbestemt kompetanse til å styre saksavviklinga i domstolane. Etter mitt syn må det vere klårt at verken domstolsleiarar eller Domstolsadministrasjonen kan leggje slike restriksjonar på saksavviklinga i domstolane at det gjer det umogleg å oppfylle den grunnlovbestemte plikta til domstolskontroll med lover og forvaltningsvedtak. Den same plikta gjer det også naudsynt å lage reglar for å sikre domstolstilgang i krisesituasjonar.

²³⁵ Sjå menneskerettslova §§ 2 og 3.