



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Lovavdelingen

Kulturdepartementet
Postboks 8030 DEP
0030 OSLO

Deres ref.
19/3656-42

Vår ref.
21/571 – EO ASRI/HFA

Dato
25.03.2021

**Vurdering av et mulig forbud mot å utføre, markedsføre og tilby
"konverteringsterapi" – forholdet til menneskerettslige forpliktelser**

1. INNLEDNING

Vi viser til brev 25. januar 2021 hvor Kulturdepartementet (KUD) ber Lovavdelingen om å «vurdere om det innenfor rammene av Grunnloven og de internasjonale menneskerettskonvensjonene Norge er bundet av er anledning å regulere å gjennomføre "konverteringsterapi", å markedsføre "konverteringsterapi" og å fremsette konkrete tilbud om "konverteringsterapi" overfor enkeltpersoner». I bestillingen defineres «konverteringsterapi» som «behandlingslignende påvirkningshandlinger som har til formål å få en eller flere bestemte personer til å endre eller fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet».

Lovavdelingen er bedt om å vurdere om Norges menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner er til hinder for å innføre tre former for forbud:

1. Et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» overfor en eller flere bestemte personer
2. Et forbud mot å markedsføre «konverteringsterapi» overfor enhver
3. Et forbud mot å fremsette konkrete tilbud om «konverteringsterapi» til en eller flere bestemte personer

Postadresse Kontoradresse
Postboks 8005 Dep Gullhaug Torg 4a
0030 Oslo 0484 Oslo

Leveringsadresse
Varemottak
Akersgata 59
0180 Oslo

Telefon - sentralbord
22 24 90 90
Org.nr.: 972 417 831

Lovavdelingen
Astrid Rikheim
22 24 59 96
astrid.rikheim@jd.dep.no

Vårt primære oppdrag er å vurdere om Norge lovlig kan innføre et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» rettet mot personer under 18 år, og et forbud mot «konverteringsterapi» rettet mot personer over 18 år under omstendigheter som gjør slike påvirkningshandlinger utilbørlige. Arbeidsgruppen har i sitt notat gitt uttrykk for at den «antar at det ikke er forenelig med menneskerettighetene å forby utøvelse av konverteringsterapi overfor voksne personer som har gitt et reelt samtykke», men at den likevel «ønsker Lovavdelingens vurdering av dette spørsmålet». Hovedvekten av vurderingen vil ligge på et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» overfor voksne *med* en utilbørlighetsbegrensning, men vi vil i lys av arbeidsgruppens bemerkning også komme inn på adgangen til å innføre et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor voksne. Se også beskrivelse av oppdraget og enkelte utgangspunkter for vurderingen i punkt 2.1 nedenfor og nærmere blant annet i punkt 3.2 om forutsetninger knyttet til mulige skadevirkninger av slik «terapi».

KUDs brev og det vedlagte notatet med forslag og vurderinger utarbeidet av den interdepartementale arbeidsgruppen som utreder et forbud mot «konverteringsterapi», inneholder en rekke presiseringer av og forutsetninger for den skisserte reguleringen. Med mindre det gis uttrykk for noe annet, bygger vår vurdering på disse presiseringene og forutsetningene. «Konverteringsterapi» er ikke et presist begrep, og vi antar at betegnelsen ikke vil bli benyttet i en eventuell regulering. Vi vil likevel benytte denne betegnelsen som en forenkling, og vi sikter da til den forståelsen som er lagt til grunn i arbeidsgruppens notat.

I punkt 2 vil vi gi en oversikt over noen utgangspunkter for vurderingen og en oppsummering av våre funn. Punkt 2 gjelder både forbud mot å *utføre*, *markedsføre* og *fremsette tilbud om* «konverteringsterapi», men med hovedvekt på det førstnevnte. Punkt 3 gjelder spørsmål om det kan utledes noen plikt til å regulere «konverteringsterapi» fra retten til den høyest oppnåelige helsestandard. Punkt 4 til 7 behandler nærmere et forbud mot å utføre konverteringsterapi, der punkt 4 gjelder retten til respekt for privatliv og familieliv, punkt 5 gjelder retten til religionsfrihet og punkt 6 gjelder retten til ytringsfrihet, mens punkt 7 kort omtaler utvalgte andre spørsmål. Disse gjelder vern om eiendom (7.1), forbud mot diskriminering (7.2), adgangen til å innføre et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer som ikke har «samtykkekompetanse» (7.3) og en eventuell sivilrettslig regulering av «konverteringsterapi» (7.4). I punkt 8 og 9 vurderes henholdsvis forbud mot å markedsføre «konverteringsterapi» og forbud mot å fremsette konkrete tilbud om slik «terapi».

Vi nevner innledningsvis at Lovavdelingen normalt avgir tolkningsuttalelser om gjeldende rett basert på anmodning fra ett eller flere departementer, hvor spørsmålet som skal vurderes, er relativt avgrenset og nærmere utredet. Brede utredninger av forholdet til menneskerettslige forpliktelser i forbindelse med lovarbeid foretas vanligvis av det departementet som har ansvaret for lovarbeidet. Det er annerledes i

denne saken der vårt oppdrag er basert på en regjeringsbeslutning, og der vi har foretatt det alt vesentlige av utredningen. Dette må således betraktes som et særtilfelle.

2. ET FORBUD MOT Å UTFØRE "KONVERTERINGSTERAPI" MV. – UTGANGSPUNKTER OG OPPSUMMERING

2.1 Oppdraget og enkelte utgangspunkter for vurderingen

Lovavdelingen er som nevnt prinsipalt bedt om å vurdere om Grunnloven og internasjonale konvensjoner er til hinder for å innføre et «forbud mot alle behandlingslignende påvirkningshandlinger som begås mot barn, samt mot personer over 18 år under omstendigheter som gjør slik handling utilbørlig» (alternativ a). Dersom vi skulle finne at menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner er til hinder for et absolutt forbud mot behandlingslignende påvirkningshandlinger rettet mot barn, er vi subsidiært bedt om å vurdere et «forbud mot behandlingslignende påvirkningshandlinger overfor personer under og over 18 år som begås under omstendigheter som gjør slik handling utilbørlig» (alternativ b). På denne bakgrunn tar vurderingen utgangspunkt i det skisserte alternativ a. Vi vil i tillegg kort omtale et eventuelt absolutt forbud mot «konverteringsterapi» også overfor personer over 18 år.

Et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» vil potensielt kunne berøre en rekke bestemmelser etter Grunnloven og internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, slik som retten til respekt for privatliv og familieliv, retten til religionsfrihet, retten til ytringsfrihet, retten til den høyest oppnåelige helsestandard, hensynet til barnets beste og andre rettigheter som særlig gjelder for barn. I det følgende vil særlig rettigheter som følger av den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FNs barnekonvensjon (BK) stå sentralt. De nevnte konvensjonene er gjennomført i norsk rett ved menneskerettsloven § 2. I menneskerettsloven § 3 heter det at bestemmelser i de inkorporerte konvensjonene «ved motstrid [skal] gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Begrensninger i rettigheter som følge av et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» må holde seg innenfor rammene i Grunnloven og disse konvensjonene.

Saken reiser flere problemstillinger, men den viktigste er nok om det skisserte forbudet utgjør et lovlig inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv, retten til religionsfrihet og retten til ytringsfrihet. Dette reiser spørsmål om et forbud mot «konverteringsterapi» kan anses å være nødvendig i et demokratisk samfunn. Sentralt i denne vurderingen er om forbudet utgjør et forholdsmessig inngrep i de nevnte menneskerettighetene.

Forholdsmessighetsvurderingene preges i denne saken av at en eventuell regulering må søke å balansere flere ulike hensyn. Det er ikke tale om å regulere én konkret

situasjon, men snarere gjennom lovgivning å finne en rimelig balanse mellom rettighetene til både den som kan tenkes å utføre, tilby eller markedsføre «konverteringsterapi», og den som «konverteringsterapien» vil kunne rette seg mot. Et forbud mot «konverteringsterapi» berører flere aspekter ved ulike konvensjonsfestede rettigheter: Forbudet vil ha til formål blant annet å beskytte retten til respekt for privatliv og familieliv for den «terapien» retter seg mot, samtidig som det vil kunne gripe inn i retten til religionsfrihet, retten til respekt for privatliv og familieliv og retten til ytringsfrihet både for den som utøver og den som mottar «konverteringsterapi». En eventuell regulering krever derfor at det foretas en avveining av ulike aspekter ved én enkelt rettighet, en avveining av flere rettigheter mot hverandre og en balansering av ulike personers rettigheter. Avveiningene medfører i stor grad at rettigheter som er konvensjonsfestede, må balanseres mot hverandre, slik som retten til religionsfrihet og retten til ytringsfrihet mot retten til respekt for privatliv og familieliv. Basert på rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) mener vi at dette medfører at staten må innrømmes en særlig vid skjønnsmargin.

Dette prinsippet kommer klarest til uttrykk i rettspraksis fra EMD som omhandler avveiningen av retten til respekt for privatliv etter artikkel 8 og retten til ytringsfrihet etter artikkel 10. For eksempel uttalte EMD i storkammerdommen *Perinçek mot Sveits*, saksnr. 27510/08, 15. oktober 2015 blant annet følgende i avsnitt 198:

“If the balancing exercise has been carried out by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for theirs».

EMD har også uttalt at staten har en vid skjønnsmargin ved avveining mellom retten til privatliv og familieliv etter artikkel 8 og religionsfriheten etter artikkel 9, jf. for eksempel storkammerdommen *Fernández Martínez mot Spania*, saksnr. 56030/07, 12. juni 2014, avsnitt 123 og 125. Uttalelser fra Høyesterett indikerer videre at også nasjonale domstoler vil være tilbakeholdne med å overprøve politiske myndigheters avveining mellom en persons rettigheter etter EMK artikkel 9 og andres rettigheter, se Høyesteretts dom 11. oktober 2018 (HR-2018-1958-A) avsnitt 86. Samtidig har retten til privatliv og familieliv, religionsfrihet og ytringsfrihet en kjerne som staten må respektere.

Dette er viktige utgangspunkter for vurderingene, som vi kommer tilbake til i ulike sammenhenger nedenfor.

Flere steder viser vi til generelle kommentarer fra FNs menneskerettskomité, FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs barnekomité. I motsetning til konvensjonene er ikke disse generelle kommentarene bindende for statene. Høyesterett har i flere avgjørelser uttalt seg om de generelle kommentarenes relevans og vekt. I dom 21. desember 2017 (HR-2017-2428-A) uttalte Høyesterett følgende om vekten av menneskerettskomiteens generelle kommentarer (avsnitt 57):

«Ved tolkningen av SP står uttalelser fra FNs menneskerettskomité sentralt. I storkammeravgjørelsen i Rt-2008-1764 avsnitt 81 uttaler førstvoterende at en «konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde». På denne bakgrunn er det naturlig å hente holdepunkter for forståelsen i komiteens generelle kommentarer og dens praksis i individklagesaker.»

I dom 12. februar 2015 (Rt. 2015 s. 193) uttalte Høyesterett følgende i en sak hvor ØSK-komiteens generelle kommentarer ble benyttet som rettskilde (avsnitt 42):

«Uttalelser fra FN-komiteer må generelt tillegges vekt ved tolkningen, se Rt-2008-513 avsnitt 58 og Rt-2008-1764 avsnitt 81. Men vekten avhenger blant annet av hvor klart vedkommende organ gir uttrykk for forståelsen av konvensjonen. I Rt-2009-1261 avsnitt 44 uttaler førstvoterende følgende om uttalelser fra FNs barnerettskomité:

"Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Dette siste er av særlig betydning ved generelle uttalelser som ikke er knyttet til enkeltsaker eller landrapporter, og som derfor ikke har vært gjenstand for dialog mellom komitéen og den berørte staten."»

I Høyesteretts dom 30. oktober 2018 (HR-2018-2096-A) ble det uttalt følgende om vekten av barnekomiteens generelle kommentarer (avsnitt 14):

«Barnekomiteens General Comment no. 10 (2007) (CRC/C/GC/10) [GC-2007-10-CRC]1 Children's rights in juvenile justice gir generelle kommentarer til, blant annet, gjennomføringen av artikkel 40. Før jeg går nærmere inn på hva som er sagt der, nevner jeg at Høyesterett i en rekke saker har lagt til grunn at General Comments fra barnekomiteen er en relevant rettskilde når innholdet av konvensjonsforpliktelsene skal fastlegges. Hvilken vekt som skal legges på uttalelsene, beror blant annet på hvor godt de er forankret i konvensjonsteksten. Et annet sentralt moment er om det dreier seg om tolkningsuttalelser, eller om uttalelsen mer må sees som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Jeg viser til plenumsdommen i Rt-2015-1388 avsnitt 151 følgende med videre henvisning til Rt-2009-1261 avsnitt 44.»

På bakgrunn av Høyesteretts praksis legger vi til grunn at FN-komiteenes generelle kommentarer er en viktig rettskilde ved tolkningen av konvensjonsbestemmelsene, men at vekten avhenger av hvor godt uttalelsene er forankret i konvensjonsteksten, om uttalelsene må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene eller snarere en tilråding om optimal praksis, og om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde.

Slik bestillingen fra KUD er formulert, forutsetter vi at vi i hovedsak skal vurdere i hvilken grad menneskerettslige forpliktelser er *til hinder for* det skisserte forbudet mot

«konverteringsterapi». Hovedvekten av vurderingen vil derfor ligge på dette spørsmålet. Vi ser det likevel som hensiktsmessig også å komme inn på i hvilken grad Norge kan være *forpliktet til* å forby «konverteringsterapi», særlig i lys av forpliktelsen etter ØSK artikkel 12 og BK artikkel 24 til å anerkjenne retten til den høyest oppnåelige helsestandard og retten til respekt for privatliv etter EMK artikkel 8, se punkt 3.3, 3.4 og 4.2.3.

2.2 Oppsummering av våre vurderinger

Etter vårt syn strider ikke de skisserte forbudene mot Norges menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven eller internasjonale konvensjoner. Det er imidlertid noe usikkerhet knyttet til vurderingen av et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor barn som nærmer seg myndighetsalder.

Vi har kommet til at retten til den høyest oppnåelige helsestandard etter ØSK artikkel 12 og BK artikkel 24 ikke medfører noen plikt til å innføre et slikt forbud mot «konverteringsterapi» som skisseres i bestillingen, se nærmere punkt 3.3 og 3.4. Etter vår vurdering er heller ikke terskelen nådd for at staten har en positiv forpliktelse til å forby «konverteringsterapi» for å beskytte andres rett til privatliv og familieliv etter EMK artikkel 8, se punkt 4.2.3.

Saken reiser flere problemstillinger, men særlig sentralt står spørsmålet om det skisserte forbudet utgjør et forholdsmessig inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv, se punkt 4, retten til religionsfrihet, se punkt 5, og retten til ytringsfrihet, se punkt 6. Vurderingene av adgangen til å gjøre inngrep i ulike rettigheter er i hovedsak gjort med utgangspunkt i EMK og praksis fra EMD, men vi vurderer også løpende forholdet til andre konvensjoner og Grunnloven.

Vi forutsetter at et eventuelt forbud vil utformes i tråd med kravene til hjemmel som stilles etter EMK og nasjonal rett. Vi har i tillegg forutsatt at et eventuelt forbud er ment å beskytte helse, ivareta retten til personlig utvikling og identitet og hindre diskriminering, som er legitime formål etter konvensjonen. Det avgjørende spørsmålet har vært om forbudet kan anses å være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Som vist i punkt 2.1 er forholdsmessighetsvurderingene i dette tilfellet preget av at det er tale om å balansere flere ulike hensyn som hver for seg kan være beskyttet av menneskerettighetene. Et forbud mot «konverteringsterapi» kan eksempelvis utgjøre et inngrep i retten til privatliv og retten til religionsfrihet, samtidig som inngrepet skal beskytte retten til en persons egen fysiske og psykisk helse og til å bestemme over sin egen seksuelle orientering og kjønnsidentitet, som også er beskyttet av menneskerettighetene. I et slikt tilfelle vil lovligheten av et nasjonalt inngrep bero på om reguleringen sikrer en rimelige balanse mellom de ulike rettighetene innenfor den vide skjønnsmarginen statene vil ha dersom de har gjennomført en grundig vurdering av de kryssende hensynene.

Så vidt vi forstår, foreligger det ingen konsensus blant Europarådets medlemsstater om behovet for å forby «konverteringsterapi». Dette er ytterligere et moment som taler for at det primært bør være nasjonale myndigheter som foretar avveiningen mellom de kryssende rettighetene og hensynene i vurderingen av om «konverteringsterapi» kan forbys og hvordan et eventuelt forbud bør utformes.

Det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi» overfor voksne vil etter vår vurdering i tilstrekkelig grad balansere retten til selvbestemmelse, religionsfrihet og ytringsfrihet for potensielle mottakere av «terapi» mot hensynet til å beskytte vedkommendes helse og rett til personlig utvikling og identitet og til å hindre diskriminering, se nærmere punkt 4.3.2, 5.3.1.2 og 6.3.1. Forbudet vil derfor etter vårt syn være innenfor den skjønnsmarginen statene har på dette området. Vi har særlig vektlagt at utilbørlighetsbegrensningen medfører at forbudet ikke vil ramme tilfeller der det foreligger et klart samtykke til «konverteringsterapi», og at retten til personlig autonomi derfor er ivaretatt. Derimot er det mye som taler for at en alternativ regulering med et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» også overfor personer over 18 år, trolig er i strid med blant annet retten til respekt for privatliv og retten til religionsfrihet.

Etter vårt syn taler hensynet til barnets beste for at et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor barn ikke er et uforholdsmessig inngrep i barns rett til respekt for sitt privatliv, rett til religionsfrihet og rett til ytringsfrihet. Vi har imidlertid vært noe i tvil når det gjelder anvendelse av forbudet overfor barn som nærmer seg myndighetsalder. Forbudet vil overfor disse ungdommene kunne utgjøre et klarere inngrep i rettighetene, herunder ungdommenes autonomi på disse områdene. Dette spørsmålet er særlig vurdert i punkt 4.3.3 og 5.3.1.3. Når vi har kommet til at et inngrep sannsynligvis vil være forholdsmessig også overfor denne gruppen, basert på den vide skjønnsmarginen EMK gir statene ved et spørsmål som dette, skyldes det blant annet at vi har lagt vekt på de betenkelige sidene ved «konverteringsterapi», at ungdomstiden er en sårbar periode for unges utvikling av en egen identitet, inkludert identiteten knyttet til seksuell orientering og kjønnsuttrykk, og at ungdom kan være særlig utsatt for uheldig påvirkning som kan ha stor negativ innvirkning på psyken og selvbildet.

Det skisserte forbudet er etter vårt syn heller ikke et uforholdsmessig inngrep overfor de som ønsker å utøve «konverteringsterapi», se punkt 5.3.1.2 og 6.3.1. Forbudet er skissert slik at det fremdeles vil være adgang til å gi uttrykk for og forsøke å overbevise andre om sin religiøse tro straffritt, herunder å gi uttrykk for sin tro eller forsøke å overbevise andre i spørsmål knyttet til seksuell orientering og kjønnsidentitet. Ytringer som vil rammes av et eventuelt forbud, vil ikke ligge i kjernen av det ytringsfriheten skal beskytte, nemlig det frie ordskiftet, samtidig som ytringene vil kunne gripe sterkt inn i andres rett til privatliv. Det skisserte forbudet vil derfor, etter vår vurdering, være basert på en rimelig balansering av ulike kryssende rettigheter og hensyn.

Vi mener at det skisserte forbudet heller ikke vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep i foreldres rett til å oppdra sine barn i tråd med sin egen overbevisning. I dette tilfellet finner vi at det skisserte forbudet er basert på en rimelig balanse mellom foreldrenes rett til å oppdra sine barn og hensynet til barnets beste, herunder barns interesse i å utvikle sin egen identitet og ikke utsettes for handlinger som kan skade den psykiske utviklingen, se punkt 4.3.4 og 5.3.1.3.

Ved vurderingen av forholdsmessigheten av forbud som medfører inngrep i konvensjonsfestede rettigheter, legger EMD gjennomgående vekt på hvor tyngende eventuelle sanksjoner vil være. Bestillingen skisserer primært et strafferettslig forbud. I forbindelse med et eventuelt lovforslag må det sikres at strafferammene utformes slik at straffen ikke vil bli uforholdsmessig tyngende.

Vi kan ikke se at konklusjonen skulle bli annerledes for et forbud mot å markedsføre «konverteringsterapi» eller et forbud mot å fremsette konkrete tilbud om «konverteringsterapi» til en eller flere bestemte personer, se punkt 8 og 9.

3. RETTEN TIL DEN HØYEST OPPNÅELIGE HELSESTANDARD

3.1 Innledning

Spørsmålet er her om retten til den «høyest oppnåelige helsestandard», som er uttrykt i flere konvensjoner, kan tenkes å gi statene en *plikt* til i gitte situasjoner å forby «konverteringsterapi».

Det følger av ØSK artikkel 12 at statene er forpliktet til å anerkjenne retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard. ØSK artikkel 12 nr. 1 lyder:

«The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.»

ØSK artikkel 12 nr. 2 gir eksempler på tiltak som statene skal treffe for å oppnå full virkeliggjørelse av denne rettigheten. Ingen av disse gjelder «konverteringsterapi», men de illustrerer at statene kan ha positive forpliktelser til å iverksette tiltak for å sikre retten til den høyest oppnåelige helsestandard.

BK artikkel 24 nr. 1 samsvarer i hovedsak med ØSK artikkel 12 nr. 1. BK artikkel 24 nr. 2 fastsetter at statene «shall pursue full implementation of this right». I tillegg pålegger BK artikkel 24 nr. 3 statene å treffe alle effektive og egnede tiltak for å avskaffe tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barns helse:

«States Parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children.»

Retten til vern av helse er også regulert i den reviderte europeiske sosialpakt artikkel 11. Vi forutsetter at vernet etter sosialpakten ikke går lenger enn vernet etter ØSK og BK, slik at det ikke er nødvendig å vurdere forholdet til sosialpakten særskilt.

I vurderingen av hvilke tiltak som skal settes i verk for å beskytte retten til den høyest oppnåelige helsestandard, har statene en vid skjønnsmargin, jf. ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14 (2000) om retten til den høyest oppnåelige helsestandard, avsnitt 53:

«The most appropriate feasible measures to implement the right to health will vary significantly from one State to another. Every State has a margin of discretion in assessing which measures are most suitable to meet its specific circumstances.»

3.2 Nærmere om helsebegrepet

Det fremgår direkte av ordlyden i ØSK artikkel 12 at bestemmelsen omfatter både fysisk og psykisk helse. BK artikkel 24 må forstås på samme måte. Helsebegrepet omfatter også seksuell helse, som i ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 22 (2016) om retten til seksuell og reproduktiv helse, under henvisning til Verdens helseorganisasjons definisjon, defineres som “a state of physical, emotional, mental and social well-being in relation to sexuality”, jf. avsnitt 6.

Bestillingen til Lovavdelingen redegjør ikke nærmere for de antatt helseskadelige konsekvensene av «konverteringsterapi», men bygger på en forutsetning om at «konverteringsterapi» er skadelig. For eksempel uttales det på side 7 i arbeidsgruppens notat:

«En behandling som tar utgangspunkt i at det er noe er feil eller sykt i noe som er en helt grunnleggende del av en persons identitet, vil gripe inn i den enkeltes rett til å bestemme over egen identitet og også kunne ha et stort skadepotensiale, særlig der påvirkningshandlingen retter seg mot barn.»

Skadepotensialet er åpenbart i de tilfellene «konverteringsterapi» omfatter handlinger som kan skade den fysiske helsen, slik som fysisk vold. Vi antar imidlertid at spørsmålet om hvilken skade «konverteringsterapi» vil kunne påføre den psykiske helsen, er det mest sentrale. Vi har begrenset grunnlag for å vurdere i hvilken grad «konverteringsterapi» er skadelig for den psykiske helsen, selv om det fremstår rimelig å anta at handlinger som har til formål å endre grunnleggende trekk ved noens personlighet eller identitet, og som tar utgangspunkt i at det er behov for å korrigere et «avvik», vil kunne være psykisk skadelig. For denne vurderingens formål legger vi til grunn at «konverteringsterapi» medfører en risiko for psykisk skade, men vi forutsetter at dette er noe som vil bli vurdert og begrunnet nærmere i forbindelse med utarbeidelsen av et eventuelt lovforslag.

3.3 Omfanget av statenes forpliktelser

Det er i prinsippet mulig å utlede ulike former for forpliktelser for statene fra retten til den høyest oppnåelige helsestandard.

Etter vår vurdering er det klart at «konverteringsterapi» som eventuelt tilbys som helsetjeneste, ikke vil oppfylle de kravene til helsetjenesters kvalitet som kan utledes av ØSK artikkel 12. ØSK-komiteen har uttalt at helsetjenester skal være «scientifically and medically appropriate and of good quality», jf. generell kommentar nr. 14 (2000) avsnitt 12 (d). I mangel av vitenskapelig eller faglig grunnlag for «konverteringsterapi» vil ikke dette kravet være oppfylt dersom «konverteringsterapi» søkes tilbudt som en helsetjeneste. Vi antar for øvrig at at «konverteringsterapi», i den formen den beskrives i bestillingen til Lovavdelingen, ikke kan tilbys av helsepersonell i Norge, jf. bl.a. kravet til forsvarlighet i helsepersonelloven § 4 første ledd.

Vi nevner også at ØSK-komiteen har lagt til grunn at lovgivning som *påbyr* «konverteringsterapi», klart er i strid med retten til seksuell og reproduktiv helse, se generell kommentar nr. 22 (2016), avsnitt 23.

Videre vurderer vi det slik at statene heller ikke vil være forpliktet til generelt å *forby* det som er beskrevet som «konverteringsterapi» gjennom plikten til anerkjenne retten til den høyest oppnåelige helsestandard. Vi finner imidlertid grunn til å redegjøre nærmere for denne vurderingen og grensene for statens forpliktelser her.

Staten har etter ØSK artikkel 12 og BK artikkel 24 en viss plikt til å beskytte sine borgere mot helseskadelige handlinger som utføres av tredjepersoner. I ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 14 (2000) er denne plikten beskrevet slik (avsnitt 51):

“Violations of the obligation to protect follow from the failure of a State to take all necessary measures to safeguard persons within their jurisdiction from infringements of the right to health by third parties. This category includes such omissions as the failure to regulate the activities of individuals, groups or corporations so as to prevent them from violating the right to health of others; the failure to protect consumers and workers from practices detrimental to health, e.g. by employers and manufacturers of medicines or food; the failure to discourage production, marketing and consumption of tobacco, narcotics and other harmful substances; the failure to protect women against violence or to prosecute perpetrators; the failure to discourage the continued observance of harmful traditional medical or cultural practices; and the failure to enact or enforce laws to prevent the pollution of water, air and soil by extractive and manufacturing industries.”

Ifølge ØSK-komiteens generelle kommentar nr. 22 (2016) omfatter retten til seksuell og reproduktiv helse blant annet «effective protection from all forms of violence, torture and discrimination and other human rights violations that have a negative impact on the right to sexual and reproductive health» (avsnitt 7). Statens plikt til å beskytte mot inngrep fra tredjeparter i retten til seksuell og reproduktiv helse utdypes i avsnitt 42:

«The obligation to protect requires States to take measures to prevent third parties from directly or indirectly interfering with the enjoyment of the right to sexual and reproductive health. The duty to protect requires States to put in place and implement laws and policies prohibiting conduct by third parties that causes harm to physical and mental integrity or undermines the full enjoyment of the right to sexual and reproductive health, including the conduct of private health care facilities, insurance and pharmaceutical companies, and manufacturers of health-related goods and equipment. This includes the prohibition of violence and discriminatory practices, such as the exclusion of particular individuals or groups from the provision of sexual and reproductive health services.”

Enkelte handlinger som, i alle fall i prinsippet, vil kunne inngå i «konverteringsterapi», vil være av en slik karakter at staten klart har en plikt til å beskytte mot dem. Det vil for eksempel være tilfellet hvis «konverteringsterapi» utføres ved hjelp av vold, tvang, frihetsberøvelse mv. Slike grove integritetskrenkelser er imidlertid allerede straffbare etter norsk rett, jf. for eksempel straffeloven § 251 om tvang, § 254 om frihetsberøvelse, § 273 om kroppsskade og § 282 om mishandling i nære relasjoner. Handlinger som inngår i «konverteringsterapi» som utøves innad i familien vil, avhengig av handlingenes grovhet, omfang mv., kunne medføre at barnevernlovens vilkår for ulike tiltak er oppfylt. Etter omstendighetene vil handlinger som inngår i «konverteringsterapi», kunne omfattes av likestillings- og diskrimineringslovens forbud i § 6 mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk eller trakasseringsforbudet i § 13. Etter norsk rett er det altså allerede et vern mot de groveste handlingene som vil kunne tenkes å inngå i «konverteringsterapi», selv om beskyttelsen er fragmentarisk og de ulike lovbestemmelsene ikke er direkte rettet mot «konverteringsterapi». Som nevnt ovenfor er også helsepersonellovens krav til forsvarlighet til hinder for at helsepersonell utfører «konverteringsterapi».

For den videre vurderingen kan det være naturlig først å se på «konverteringsterapi» rettet mot voksne, samtykkende personer. Vi kan ikke se at retten til den høyest oppnåelige helsestandard medfører noen generell plikt for staten til å beskytte denne gruppen fra å utsette seg for praksiser som vil kunne ha en negativ påvirkning på deres psykiske helse. Spørsmålet er så vidt vi kjenner til ikke behandlet av ØSK-komiteen, men i generell kommentar nr. 14 (2000) er komiteen inne på at staten ikke kan sørge for beskyttelse mot enhver mulig årsak til dårlig helse (avsnitt 9):

«The notion of “the highest attainable standard of health” in article 12.1 takes into account both the individual's biological and socio-economic preconditions and a State's available resources. There are a number of aspects which cannot be addressed solely within the relationship between States and individuals; in particular, good health cannot be ensured by a State, nor can States provide protection against every possible cause of human ill health. Thus, genetic factors, individual susceptibility to ill health and the adoption of unhealthy or risky lifestyles may play an important role with respect to an individual's health. Consequently, the right to health must be understood as a right to the enjoyment

of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health.»

Følgelig kan vi ikke se at det foreligger noen plikt til å innføre et *generelt* forbud mot «konverteringsterapi». Det må imidlertid også undersøkes om staten etter ØSK artikkel 12 likevel kan være forpliktet til å innføre forbud mot flere elementer av det som er omtalt som «konverteringsterapi», enn det som følger av den eksisterende lovgivningen.

Som nevnt innledningsvis har statene en vid skjønnsmargin i vurderingen av hvordan retten til den høyest oppnåelige helsestandard skal oppfylles. ØSK artikkel 12 kan ikke medføre en plikt til å forby enhver praksis som vil kunne påvirke den psykiske helsen negativt, jf. også ØSK-komiteens uttalelser gjengitt ovenfor. Norsk rett beskytter allerede mot grove integritetskrenkelser som vil kunne tenkes å inngå i «konverteringsterapi». Da må det i utgangspunktet ligge innenfor statens skjønnsmargin å vurdere hvilke ytterligere virkemidler som er nødvendige og hensiktsmessige for å sikre ivaretagelse av borgernes psykiske helse, herunder om et straffesanksjonert forbud er riktig virkemiddel. Et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» må også vurderes i lys av andre menneskerettslige forpliktelser, slik som retten til religionsfrihet, retten til respekt for privatliv og retten til ytringsfrihet. Dette kommer vi tilbake til. Hensynet til å beskytte borgernes psykiske helse inngår i forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres ved inngrep i andre rettigheter.

På denne bakgrunn finner vi at det ikke kan foreligge noen plikt etter ØSK artikkel 12 til å innføre et slikt forbud mot «konverteringsterapi» overfor voksne som skisseres i bestillingen. Vi kan også vanskelig se at det skulle være noen plikt til å forby flere elementer som vil kunne inngå i det som omtales som «konverteringsterapi» enn det som allerede er forbudt etter eksisterende lovgivning, men vi har ikke forutsetninger for å foreta noen grundig vurdering på dette punktet.

3.4 Særlig om omfanget av statenes plikt til å beskytte barns helse

Plikten til å beskytte barns psykiske helse krever likevel en særskilt vurdering. Etter Grunnloven § 104 andre ledd skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger og avgjørelser som berører barn. Det samme følger av BK artikkel 3 nr. 1. Som nevnt ovenfor pålegger også BK artikkel 24 nr. 3 statene å treffe alle effektive og egnede tiltak for å avskaffe tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barns helse. ØSK-komiteen og FNs kvinnekomité har i en felles generell kommentar nr. 31 (2019) om skadelige praksiser tolket «traditional practices» vidt, se særlig avsnitt 9 og 16. Barns rett til den høyest oppnåelige helsestandard henger også sammen med statenes plikt etter BK artikkel 19 til å beskytte barn mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting.

Det må antakelig kunne legges til grunn at plikten til å beskytte barn mot helseskadelige handlinger fra tredjepersoner, strekker seg lenger enn plikten til å beskytte voksne. Men også et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» rettet mot barn krever en vurdering av forholdet til andre rettigheter og en avveining av til dels motstridende rettigheter. Vi antar derfor at det heller ikke for barns del kan sies å foreligge noen plikt i lys av retten til den høyest oppnåelige helsestandard til å innføre et slikt generelt forbud mot «konverteringsterapi» som skisseres i bestillingen.

4. RETTEN TIL RESPEKT FOR PRIVATLIV OG FAMILIELIV

4.1 Oversikt over de relevante bestemmelsene

Retten til respekt for privatliv og familieliv er beskyttet av Grunnloven § 102, EMK artikkel 8, SP artikkel 17 og BK artikkel 16.

Grunnloven § 102 første ledd første punktum lyder i bokmålsversjon:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

EMK artikkel 8 lyder:

«1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

SP artikkel 17 lyder:

“1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

BK artikkel 16 lyder:

“1. No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.

2. The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks”

Høyesterett har lagt til grunn at Grunnloven § 102 skal tolkes i samsvar med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. I dom 29. januar 2015 (Rt. 2015 s. 93) uttalte Høyesterett følgende i avsnitt 57:

«Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i mai 2014, og bygger blant annet på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8. Likhetsstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Vi viser også til Høyesteretts plenumsdom 16. desember 2016 (HR-2016-2554-P) avsnitt 81, jf. avsnitt 140, hvor synspunktene i Rt. 2015 s. 93 er fulgt opp.

Vi legger til grunn at innholdet i retten til respekt for privatliv og familieliv i hovedsak er sammenfallende etter Grunnloven og de nevnte konvensjonsbestemmelsene. I den videre drøftelsen tar vi utgangspunkt i EMK artikkel 8.

4.2 «Konverteringsterapi» og anvendelsesområdet for retten til respekt for privatliv og familieliv

4.2.1 Oversikt over beskyttede rettigheter og posisjoner

«Konverteringsterapi» og et eventuelt forbud mot dette berører retten til privatliv og familieliv etter EMK artikkel 8 på flere ulike måter. På den ene side kan muligheten til å utøve eller motta konverteringsterapi være beskyttet av EMK artikkel 8, og et forbud vil da utgjøre et *inngrep* i retten til privatliv eller familieliv. Det er den primære vurderingen her, og vi oppsummerer denne inngrepsvurderingen i punkt 4.2.2. På den annen side kan retten til privatliv og familieliv også beskytte den som mottar slik «terapi» mot sin vilje eller beskytte mot påvirkning fra andre i utviklingen av egen identitet. Dette blir rettslig sett formål som kan *begrunne inngrep* i rettigheter etter EMK, som gjennomgående angir beskyttelse av andres rettigheter som et relevant formål ved inngrep i rettigheter. Spørsmålet blir da om inngrep i en rettighet av hensyn til å beskytte retten til privatliv og familieliv er *forholdsmessig* og dermed lovlig, se punkt 4.3.2, 5.3.1 og 6.3.

I tillegg er det slik at statene i en viss utstrekning har en positiv *plikt* til å innføre tiltak for å beskytte privatliv og familieliv. Vi vil i punkt 4.2.3 vurdere om det kan tenkes å være en plikt til å *forby* «konverteringsterapi» eller elementer som inngår i slik «terapi».

Her i punkt 4.2.1 vil vi gå gjennom hvilke rettigheter og posisjoner som anses beskyttet av EMK artikkel 8 og i hvilke sammenhenger de fremstår som relevante. Det er da naturlig å skille mellom ulike mottakere av konverteringsterapi. Ett skille går mellom

barn og voksne, et annet mellom mottakere som ønsker å motta «konverteringsterapi» og de som ikke ønsker dette. For både barn og voksne mottakere har vi delt dette i tre hovedgrupper: De som klart samtykker til å motta «konverteringsterapi», de som klart ikke samtykker eller ikke kan samtykke, og de som det er uklart om har gitt et reelt samtykke.

Vi er ikke kjent med at EMD har behandlet saker om «konverteringsterapi» eller praksiser som ligner på «konverteringsterapi».

EMD har fremhevet at «privatliv» er et omfattende begrep, som det verken er mulig eller nødvendig å definere uttømmende. Også «familieliv» dekker mange aspekter. Dette kan deles inn på ulike måter, men vi har identifisert seks ulike elementer eller rettigheter som særlig kan ha betydning ved vurderingen av et forbud mot «konverteringsterapi». Disse går noe over i hverandre, men det kan likevel være grunn til å skille mellom dem.

- 1) Retten til å bestemme sin seksuelle orientering, sitt kjønnsuttrykk og sin kjønnsidentitet
- 2) Retten til egen psykisk og moralsk integritet, inkludert seksualliv
- 3) Retten til personlig utvikling og personlig autonomi (selvbestemmelse)
- 4) Retten til å stifte og opprettholde familieliv og andre relasjoner, inkludert parforhold med personer av samme kjønn
- 5) Retten til tankefrihet og religionsfrihet
- 6) Foreldres rett til å oppdra sine barn i tråd med sine egne overbevisninger

De to første punktene vil i første rekke utgjøre argumenter *for* et forbud mot «konverteringsterapi» siden en slik behandling typisk vil være rettet mot å endre en persons seksuelle orientering, kjønnsuttrykk eller kjønnsidentitet. Disse sidene ved retten til privatliv vil dermed komme inn som formål bak inngrep i konvensjonsfestede rettigheter og i vurderingen av om et slikt inngrep er et *forholdsmessig* tiltak. Retten til å bestemme sin seksuelle orientering, sitt kjønnsuttrykk sin og kjønnsidentitet er blant annet omtalt i Sousa Goucha mot Portugal, saksnr. 70434/12, 22. mars 2016, avsnitt 27, Dudgeon mot Storbritannia, saksnr. 7525/76, 22. oktober 1981, avsnitt 41, Beizaras og Levickas mot Litauen, saksnr. 41288/15, 14. januar 2020, avsnitt 109 og storkammerdommen Christine Goodwin mot Storbritannia, saksnr. 28957/95, 11. juli 2002, avsnitt 90. For omtale av retten til egen psykisk og moralsk integritet, inkludert seksualliv, se for eksempel X og Y mot Nederland, saksnr. 8978/80, 26. mars 1985, avsnitt 22.

Det tredje punktet – retten til personlig utvikling og personlig autonomi – er sentralt ved vurderingen av «konverteringsterapi». For eksempler fra EMDs praksis vises det til Pretty mot Storbritannia, saksnr. 2346/02, 29. april 2002, avsnitt 61 og storkammerdommen El-Masri mot Den tidligere jugoslaviske republikk Makedonia, saksnr. 39630/09, 13. desember 2012, avsnitt 248. Retten til å bestemme over seg selv

og sin utvikling kan være et argument *for* et forbud mot konverteringsterapi. Det gjelder særlig der den som slik «terapi» er rettet mot, ikke selv ønsker dette. Vedkommende kan tenkes utsatt for et betydelig press for å gjennomføre slik «terapi», og hans eller hennes reelle selvbestemmelse og rett til personlig utvikling kommer da inn som et formål bak inngrep i konvensjonsfestede rettigheter og et argument for at et forbud er *forholdsmessig*. Samtidig vil retten til respekt for privatliv også omfatte den personlige autonomien til personer som selv ønsker å motta «konverteringsterapi» og deres ønske om å endre sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Fra dette perspektivet vil et forbud mot «konverteringsterapi» utgjøre et *inngrep* i dette aspektet ved retten til respekt for privatliv. Det samme hensynet, som forkortet omtales som selvbestemmelse eller personlig autonomi, kan altså både begrunne inngrep i konvensjonsfestede rettigheter og medføre at et forbud mot «konverteringsterapi» utgjør et inngrep i retten til privatliv.

Også det fjerde punktet, retten til å stifte og opprettholde familieliv og andre relasjoner, kan komme inn i forholdsmessighetsvurderingen som en begrunnelse for å tillate et forbud mot «konverteringsterapi». Artikkel 8 omfatter retten til å utvikle forhold til andre personer, se for eksempel Niemietz mot Tyskland, saksnr. 13710/88, 16. desember 1992, avsnitt 29. Artikkel 12 beskytter retten til å stifte familie, mens artikkel 8 beskytter familielivet til etablerte par, inkludert par av samme kjønn, se for eksempel Schalk og Kopf mot Østerrike, saksnr. 30141/04, 24. juni 2010, avsnitt 93-95. Parrelasjoner som ikke er tilstrekkelig etablerte til å omfattes av retten til respekt for familieliv, vil kunne omfattes av retten til respekt for privatliv. «Konverteringsterapi» som har som formål å forsøke å overtale en person til ikke å etablere et forhold med en person av samme kjønn eller til å tre ut av et slikt forhold, kan begrense vedkommendes privatliv og familieliv.

Når det gjelder det femte elementet i retten til privatliv og familieliv, bemerkes at tankefrihet og religionsfrihet er omfattet av artikkel 8, i tillegg til artikkel 9, fordi personlig overbevisning også er en sentral del av privatlivet, se for eksempel storkammerdommen Folgerø m.fl. mot Norge, saksnr. 15472/02, 29. juni 2007, avsnitt 98. «Konverteringsterapi» kan være begrunnet i en personlig religiøs eller filosofisk overbevisning om at visse former for seksuell orientering, kjønnsuttrykk eller kjønnsidentitet utgjør «avvik» som må «korrigeres. Dermed kan et forbud mot «konverteringsterapi» utgjøre et *inngrep* i privatlivet ved å gripe inn i tankefriheten og religionsfriheten. Spørsmålet om «konverteringsterapi» utgjør et inngrep i retten til religionsfrihet, behandles nærmere under punkt 5.

Artikkel 8 gjelder «enhver». Det vil si at også barns seksuelle orientering og kjønnsuttrykk, personlige integritet, identitet og autonomi er beskyttet av bestemmelsen, og at et forbud mot «konverteringsterapi» dels kan være et inngrep i barns privatliv og dels ha til formål å sikre barns rett til respekt for sitt privatliv. Samtidig beskytter artikkel 8 retten til respekt for familieliv. Artikkel 8 må leses i sammenheng med artikkel 9 om religionsfrihet og første tilleggsprotokoll artikkel 2

(P1-2) om respekt for foreldres rett til å sikre barn utdanning og undervisning i samsvar med foreldrenes egen religiøse og filosofiske overbevisning. Sammenholdt etablerer disse bestemmelsene en plikt for staten til å respektere foreldres rett til å oppdra sine barn i tråd med sin egen overbevisning, se Vojnity mot Ungarn, saksnr. 29617/07, 12. februar 2013, avsnitt 37 og Wetjen m.fl. mot Tyskland, saksnr. 68125/14 og 72204/14, 22. mars 2018, avsnitt 66. Et forbud mot «konverteringsterapi» kan på denne måten gripe inn i og begrense foreldres oppdragelsesrett, og dermed innebære et inngrep i familielivet, som nevnt i det sjette punktet ovenfor.

4.2.2 Nærmere om et forbud vil utgjøre et inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv

Gjennomgåelsen i punkt 4.2.1 viser at et forbud mot «konverteringsterapi» kan utgjøre et inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv i flere ulike relasjoner. Vi ser først på situasjonen for *mottakere over 18 år*, der forslaget er et forbud mot slik «terapi» dersom den anses utilbørlig.

Overfor voksne mottakere som *ikke har gitt samtykke* til å motta «konverteringsterapi», er det vanskelig å se at et forbud vil utgjøre et inngrep i privatliv eller familieliv. Retten til privatliv og familieliv vil tvert imot tilsi at det innføres et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» overfor denne gruppen. Dermed kan hensynet til å beskytte retten til privatliv og familieliv være et formål som begrunner inngrep i konvensjonsfestede rettigheter. Situasjonen blir annerledes overfor den som *utøver* konverteringsterapi. Et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» vil for utøverens del i første rekke måtte vurderes som et inngrep i retten til religionsfrihet etter EMK artikkel 9 og ytringsfriheten etter EMK artikkel 10.

Som nevnt i punkt 1 ønsker arbeidsgruppen Lovavdelingens vurdering av et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» overfor voksne som har gitt et reelt samtykke, i tillegg til en vurdering av et forbud med en utilbørlighetsbegrensning. Overfor voksne som har gitt et *klart samtykke* til å motta konverteringsterapi, vil et absolutt forbud utgjøre et inngrep i retten til privatliv. Det vil særlig gripe inn i retten til selvbestemmelse, men også utgjøre et inngrep i retten til tankefrihet og religionsfrihet, som omfattes både av EMK artikkel 8 og artikkel 9. Når det gjelder det skisserte forbudet *med* en utilbørlighetsbegrensning, forstår vi det imidlertid slik at situasjoner hvor voksne personer etter eget valg oppsøker «konverteringsterapi», i alle fall som utgangspunkt ikke omfattes av forbudet. Vi antar derfor at «konverteringsterapi» ikke vil være forbudt overfor personer som har gitt et velinformert og klart samtykke til slik «behandling». Når handlingen ikke er forbudt, vil reguleringen heller ikke innebære et inngrep i retten til privatliv, verken overfor mottakeren eller utøveren av «konverteringsterapi».

Spørsmålet om «konverteringsterapien» oppsøkes etter eget valg, kan imidlertid være vanskelig. Det gjelder eksempelvis der det kan være elementer av sosialt eller religiøst press, asymmetriske maktforhold, rus, kognitive funksjonsnedsettelse mv. Vi forstår

bestillingen slik at dette er momenter som vil kunne komme inn i utilbørighetsvurderingen. I den grad «konverteringsterapi» vil være forbudt i situasjoner der det er *usikkert om det foreligger et reelt samtykke*, vil forbudet kunne utgjøre et inngrep etter artikkel 8 fordi det begrenser mottakerens selvbestemmelse, og eventuelt også tankefrihet, som beskrevet i forrige avsnitt. I denne mellomkategorien med usikkerhet om det foreligger et reelt samtykke, men der tilbud om «konverteringsterapi» anses utilbørlig og dermed ulovlig, vil hensynet til mottakerens rett til å bestemme sin seksuelle orientering, sitt kjønnsuttrykk og sin kjønnsidentitet og rett til reell selvbestemmelse også være argumenter for lovligheten av forbudet i forholdsmessighetsvurderingen ved inngrep i konvensjonsfestede rettigheter.

For mottakere av «konverteringsterapi» som er *under 18 år*, blir situasjonen til dels annerledes. Det foreslås et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor denne gruppen.

Dersom barnet *ikke samtykker*, vil et forbud ikke utgjøre et inngrep i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8. Det vil derimot kunne utgjøre et inngrep i utøverens rettigheter, som beskrevet foran om «konverteringsterapi» rettet mot ikke-samtykkende voksne. I tillegg vil et forbud kunne utgjøre et inngrep i foreldrenes rett til å oppdra sine barn i tråd med sin overbevisning, forutsatt at foreldrene ønsker «konverteringsterapi» gjennomført. Overfor de ikke-samtykkende barna, inkludert barn som ikke har forutsetninger for å samtykke, står deres rett til privatliv, herunder rett til egen seksualitet, identitet og – i den grad de har forutsetninger for det – selvbestemmelse, sentralt i vurderingen av om forbudet er et forholdsmessig inngrep i rettighetene til utøveren og til foreldrene.

For barn som har gitt et *klart og velinformert samtykke* til «konverteringsterapi», vil et absolutt forbud også utgjøre et inngrep i barnets rett til selvbestemmelse og rett til egen seksualitet, kjønnsidentitet mv. Vi antar at dette kan være aktuelt for unge som nærmer seg 18 år, og som har mulighet til å ta velinformerte valg om et så komplekst og vanskelig tema som dette. Overfor denne gruppen blir forholdsmessighetsvurderingen særlig kompleks, se nærmere i punkt 4.3.3 nedenfor.

Den siste gruppen er unge i en situasjon der det er *usikkert om det foreligger et reelt samtykke*. Det fremstår som nokså aktuelt, både fordi det kan spørres hvor velinformerte valg selv relativt store barn tar i slike spørsmål, og fordi de kan være utsatt for sosialt eller religiøst press, asymmetriske maktforhold mv., som beskrevet foran om voksne mottakere i en lignende situasjon. For denne gruppen kan et forbud være et inngrep både i barnets rettigheter etter EMK artikkel 8 og i foreldrenes bestemmelsesrett dersom de ønsker «konverteringsterapi» for barnet. Samtidig kan hensynet til å beskytte barns rettigheter etter artikkel 8 begrunne inngrep i konvensjonsfestede rettigheter. Vurderingen av inngrepets forholdsmessighet må foretas i alle disse relasjonene.

4.2.3 Særlig om en eventuell plikt til å forby «konverteringsterapi»

Staten kan i visse tilfeller ha plikt til å regulere relasjoner og handlinger mellom individer for å sikre deres rettigheter etter EMK, se for eksempel storkammerdommen *Evans mot Storbritannia*, saksnr. 6339/05, 10. april 2007, avsnitt 75. I punkt 3.3 og 3.4 foran kom vi til at retten til den høyest oppnåelige helsestandard etter ØSK artikkel 12 og BK artikkel 24 ikke innebærer en plikt til å forby andre elementer av «konverteringsterapi» enn de som allerede i dag er forbudt. Norsk rett gir allerede beskyttelse mot en rekke alvorlige og skadelige handlinger som vil kunne inngå i «konverteringsterapi», slik som vold, trusler og andre grove integritetskrenkelser. Her er spørsmålet om staten etter EMK artikkel 8 har en mer omfattende positiv plikt enn etter ØSK artikkel 12 og BK artikkel 24 til å forby flere elementer av «konverteringsterapi».

Staten har en positiv plikt til å forhindre at individer blir utsatt for vold og tvang, se for eksempel storkammerdommen *Z m.fl. mot Storbritannia*, saksnr. 29392/95, 10. mai 2001, avsnitt 73-75. Staten har en særlig plikt til å forhindre at barn blir utsatt for slike handlinger fordi de er sårbare og mer utsatt for vold og tvang, se for eksempel storkammerdommen *Söderman mot Sverige*, saksnr. 5786/08, 12. november 2013, avsnitt 81 og *M.P mfl. mot Bulgaria*, 22457/08, 15. november 2011, avsnitt 108. Staten kan videre ha en positiv plikt til å forby krenkelser av barns integritet, også i tilfeller der krenkelsen ikke innebærer bruk av vold eller tvang, se for eksempel *Söderman mot Sverige*. Saken omhandlet en stefar som filmet sin mindreårige stedatter før hun dusjet. Svensk lovgivning ga ifølge EMD ikke tilstrekkelig beskyttelse mot krenkelsen fordi slike handlinger heller ikke var dekket av øvrig lovgivning. Om staten har en plikt til å forby «konverteringsterapi», kan etter praksis bero blant annet på om særlig intime deler av privatlivet eller viktige deler av en persons identitet er truet, se *Mosley mot Storbritannia*, saksnr. 48009/08, 10. mai 2011, avsnitt 109.

«Konverteringsterapi» har betydning for flere ulike aspekter ved retten til privatliv og familieliv. Hvilke aspekter ved denne rettigheten det skisserte forbudet vil gripe inn i, vil variere ut fra en rekke forhold som er beskrevet i punkt 4.2.1 og 4.2.2 foran. En regulering av «konverteringsterapi» vil eksempelvis kunne beskytte en persons rett til å utvikle sin egen identitet, men den vil samtidig kunne gripe inn i retten til selvbestemmelse og retten til religionsfrihet. Regulering av «konverteringsterapi» reiser en rekke problemstillinger som krever at det foretas en avveining av ulike aspekter ved én enkelt rettighet, en avveining av flere rettigheter mot hverandre og en balansering av ulike personers rettigheter. Det er ikke tale om å regulere én konkret situasjon, men snarere gjennom lovgivning å finne en rimelig balanse mellom rettighetene til alle involverte. Dette gir, som beskrevet foran i punkt 2.1, statene en vid skjønnsmargin til å fastsette regulering på området, og det må da også særlig mye til før statene har en *plikt* til positivt å regulere et forhold. Etter vårt syn tilsier dette at et slikt forbud mot «konverteringsterapi» som skisseres, ikke er *påkrevet* for å oppfylle statenes plikt til å beskytte borgernes rett til respekt for privatliv og familieliv. Vi har ikke med dette tatt stilling til om det kan tenkes å være elementer som vil kunne inngå i

«konverteringsterapi» som i dag ikke er regulert, men som EMK krever at statene forbyr.

I denne vurderingen er det sentralt at norsk rett allerede beskytter mot en rekke alvorlige og skadelige handlinger som vil kunne inngå i «konverteringsterapi». Hovedformålet til artikkel 8 er å beskytte mot statlige inngrep, og etter vår vurdering er ikke terskelen nådd for at staten har en positiv forpliktelse til å forby «konverteringsterapi» for å beskytte andres rett til privatliv og familieliv. Statens formål i å beskytte personers selvutfoldelsesrett og identitet vil imidlertid være et sentralt moment i vurderingen av om inngrepet som forbudet vil utgjøre i ulike rettigheter, kan anses som nødvendig i et demokratisk samfunn, og derfor om staten har *anledning* til å forby «konverteringsterapi».

4.3 Utgjør forbud mot «konverteringsterapi» et lovlig inngrep i retten til privatliv og familieliv?

4.3.1 Oversikt over kravene – særlig om EMK artikkel 8 nr. 2

For at et inngrep skal være i samsvar med EMK artikkel 8 nr. 2, må tre vilkår være oppfylt: Inngrepet må ivareta et av formålene som er angitt i bestemmelsen, det må ha hjemmel i nasjonal rett, og det må være nødvendig i et demokratisk samfunn.

Vi forutsetter at et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» er ment å beskytte psykisk helse, ivareta retten til selvbestemmelse, personlig utvikling og identitet og hindre diskriminering. Formålet med forbudet vil dermed være omfattet av alternativene «beskytte helse» og «beskytte andres rettigheter og friheter» i EMK artikkel 8 nr. 2.

Kravet om at inngrepet må være foreskrevet ved lov, innebærer at det må ha grunnlag i nasjonal rett, at regelen må være tilgjengelig slik at den gir den enkelte tilfredsstillende angivelse av hvilke regler som gjelder i et konkret tilfelle, og at regelen er tilstrekkelig presist formulert til at den enkelte kan tilpasse sin atferd etter den. Vi legger til grunn at et eventuelt forbud vil utformes i tråd med disse kravene. Vi nevner i den forbindelse at legalitetsprinsippet, nedfelt blant annet i Grunnloven § 113, innebærer at det stilles strenge krav til hjemmelens kvalitet også etter nasjonal rett, særlig på strafferettens område.

Kravet til hjemmel i nasjonal rett er ikke til hinder for at lovbestemmelsen inneholder skjønnsmessige kriterier, for eksempel en utilbørighetsbegrensning, eller at skjønnsmessige kriterier utdypes i forarbeidene. Uavhengig av om denne utdypingen skjer i lovteksten eller i forarbeidene, tilsier kravene til hjemmelens kvalitet at innholdet i en eventuell utilbørighetsbegrensning bør beskrives tydeligere enn det er gjort i arbeidsgruppens notat. Basert på arbeidsgruppens beskrivelse på side 2-3 i notatet kan det for eksempel synes noe uklart om utilbørighetsvurderingen i realiteten er begrenset til en vurdering av om det er gitt et reelt samtykke til

«konverteringsterapien», hvor de ulike momentene som nevnes vil kunne være momenter i vurderingen av om samtykket er reelt, eller om utilbørighetsbegrensningen forutsetter en bredere vurdering enn dette.

Kravet om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, betyr etter praksis fra EMD blant annet at inngrepet må være egnet til å ivareta formålet med tiltaket, og at formålet ikke kan nås med mindre inngripende tiltak. Bestemmelsen krever videre en forholdsmessighetsvurdering, der de samfunnsmessige hensynene inngrepet skal ivareta, må veies mot konsekvensene av inngrepet for den enkelte som rammes.

Spørsmålet om et inngrep kan anses forholdsmessig, avhenger blant annet av hvilken skjønnsmargin staten har i det enkelte tilfellet. Dersom det aktuelle tiltaket griper inn i intime eller særlig viktige deler av en persons identitet, vil skjønnsmarginen være begrenset, se for eksempel *Evans mot Storbritannia* avsnitt 77 og storkammerdommen *Hämäläinen mot Finland*, saksnr. 37359/09, 16. juli 2014, avsnitt 67. Vi antar derfor at staten vil ha en relativt begrenset skjønnsmargin ved regulering som omfatter voksne som har gitt et klart samtykke til å motta «konverteringsterapi».

I tilfeller der den aktuelle reguleringen balanserer motstridende rettigheter som i seg selv er beskyttet av EMK, vil statene ha en vid skjønnsmargin til å fastsette den ønskede reguleringen. EMD har gjentatte ganger understreket at en slik balansering av ulike konvensjonsfestede rettigheter tilsier at staten må gis en vid skjønnsmargin, se for eksempel *Evans mot Storbritannia* avsnitt 77. Dette gjelder særlig dersom det er gjort en grundig avveining av de ulike hensynene og rettighetene. I storkammerdommen *Chassagnou m.fl. mot Frankrike*, saksnr. 25088/94, 28331/95 og 28443/95, 29. april 1999 uttalte for eksempel EMD følgende i avsnitt 113:

«In the present case the only aim invoked by the Government to justify the interference complained of was “protection of the rights and freedoms of others”. Where these “rights and freedoms” are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a “democratic society”. The balancing of individual interests that may well be contradictory is a difficult matter, and Contracting States must have a broad margin of appreciation in this respect, since the national authorities are in principle better placed than the European Court to assess whether or not there is a “pressing social need” capable of justifying interference with one of the rights guaranteed by the Convention.»

Regulering av “konverteringsterapi” innebærer blant annet at det foretas en avveining av hensynet til psykisk helse og adgangen til å bevare og leve ut sin seksuelle orientering og kjønnsidentitet mot retten til selvbestemmelse og til å begrense ulike aspekter ved sin egen personlighet. En regulering vil i tillegg kunne gripe inn i forholdet mellom private parter, og kan medføre at rettighetene til den som utfører og

den som får utført «konverteringsterapi», må avveies mot hverandre. Se punkt 4.2.1 og 4.2.2 for en nærmere beskrivelse av de ulike rettighetene og beskyttede posisjonene en regulering av «konverteringsterapi» kan gripe inn i. Denne avveiningen tilsier at staten må innrømmes en vid skjønnsmargin ved vurderingen av om en regulering av «konverteringsterapi» er forholdsmessig.

Dersom det ikke foreligger noen enighet mellom konvensjonsstatene om hvordan et livsområde bør reguleres, taler det for at staten har en vid skjønnsmargin. Dette gjelder særlig i tilfeller der den aktuelle reguleringen dreier seg om etiske spørsmål, se for eksempel Evans mot Storbritannia avsnitt 77 og storkammerdommen Dubská og Krejzová mot Tsjekkia, 15. november 2016, saksnr. 28859/11 og 28473/12, avsnitt 178. «Konverteringsterapi» er regulert i Tyskland og Malta, men vi er ikke kjent med at det foreligger noen felles forståelse av spørsmål om regulering av «konverteringsterapi» mellom konvensjonsstatene som kan begrunne en innskrenkning av statenes skjønnsmargin ved den menneskerettslige vurderingen. I tillegg har regulering av «konverteringsterapi» en klar etisk dimensjon. Samlet sett må derfor staten ha en vid skjønnsmargin ved regulering av «konverteringsterapi».

Vi vil i tillegg bemerke at det vil være sentralt for forholdsmessigheten om de hensynene et forbud mot «konverteringsterapi» skal ivareta, allerede er tilstrekkelig ivaretatt gjennom eksisterende lovgivning. Et forbud mot «konverteringsterapi», med eller uten utilbørlichhetsbegrensning, innebærer et ytterligere inngrep i rettigheter etter EMK, og må kunne begrunnes som nødvendig for å gi tilstrekkelig beskyttelse av de hensynene en ønsker å ivareta. Vi går ikke nærmere inn på graden av beskyttelse etter dagens regulering sammenlignet med de skisserte forbudene, men vi forutsetter at dette vurderes og omtales i forbindelse med et eventuelt lovforslag.

Ordlyden i Grunnloven § 102 gir ikke anvisning på om det kan gjøres begrensninger i retten til privatliv og familieliv. Høyesterett har forutsatt at det er adgang til å gjøre inngrep i Grunnloven § 102 dersom inngrepet har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig, se blant annet Høyesteretts dom 29. januar 2015 (Rt. 2015 s. 93) avsnitt 57 og 60 og Høyesteretts dom 27. september 2016 (HR-2016-2017-A), avsnitt 57 med videre henvisninger (flertallet) og avsnitt 78 (mindretallet).

4.3.2 Retten til respekt for privatliv – nødvendighet og forholdsmessighet

Som vi har redegjort for i punkt 4.2.2, vil et forbud mot å utøve «konverteringsterapi» overfor voksne kunne utgjøre et inngrep i mottakerens rett til respekt for sitt privatliv i to situasjoner: der det foreligger et reelt samtykke til «terapien» (ved et eventuelt absolutt forbud) og der det er usikkert om det er gitt et reelt samtykke, men hvor «konverteringsterapi» anses utilbørlig, for eksempel fordi det foreligger elementer av sosialt eller religiøst press, asymmetriske maktforhold, rus, kognitive funksjonsnedsettelse mv. Vurderingen av inngrepets forholdsmessighet må derfor gjøres med utgangspunkt i disse situasjonene.

Selv om staten forfølger et beskyttelsesverdig formål, er det ikke nødvendigvis adgang til å forby enhver praksis som har til formål å få en person til endre eller undertrykke/fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Individets rett til å begrense disse aspektene ved egen identitet må også respekteres. I Christine Goodwin mot Storbritannia uttalte EMD blant følgende (avsnitt 90):

«[T]he very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings.»

Staten er forpliktet til å finne en balanse mellom respekten for individets rett til selvbestemmelse og formålene inngrepet skal ivareta, herunder hensynet til å beskytte helsen. Dette gjelder selv om «konverteringsterapi» i visse tilfeller kan medføre risiko for skade.

I Laskey m.fl. mot Storbritannia, saksnr. 21627/93, 21628/93 og 21974/93, 19. februar 1997 ble staten innrømmet en vid skjønnsmargin ved avveiningen mellom hensynet til offentlig helse og individets rett til selvbestemmelse. Spørsmålet i saken var om straffeforfølgelse av voksne som frivillig deltok i seksuelle handlinger som påførte deltakerne skader, utgjorde en krenkelse av artikkel 8. Deltakerne hadde blitt påført betydelige, men ikke varige skader. Det var ikke omtvistet at partene hadde samtykket til skadene. EMD uttalte at det i et slikt tilfelle lå innenfor statens skjønnsmargin å avgjøre grensen for hvilke fysiske skader som ved samtykke kunne påføres straffritt.

Pretty mot Storbritannia omhandlet også avveiningen mellom personlig autonomi og samfunnets adgang til å regulere handlinger som anses som skadelige. Pretty hevdet at et forbud mot assistert selvmord blant annet krenket hennes rett til privatliv etter artikkel 8. EMD kom frem til at et slikt forbud ikke var i strid med konvensjonen. EMD uttalte blant annet at jo større skadepotensial en handling har, jo større grunn er det til å la hensynet til personlig autonomi vike, se avsnitt 74.

Bruk av vold eller grove integritetskrenkelser for å endre eller påvirke en persons seksuelle orientering eller kjønnsidentitet vil som nevnt i punkt 3.3 ovenfor rammes av andre lovbestemmelser enn et forbud mot «konverteringsterapi». Når det gjelder skadepotensialet ved «konverteringsterapi», viser vi til forutsetningene vi la til grunn i punkt 3.2. Det er imidlertid grunn til å tro at både skadepotensialet og eventuelle skaders karakter ved «konverteringsterapi», i alle fall som et utgangspunkt, vil skille seg fra dommene nevnt ovenfor. Dette innebærer etter vår vurdering at staten i større grad må respektere individets selvbestemmelsesrett ved regulering av «konverteringsterapi». Vi finner på denne bakgrunn at i tilfeller hvor en person klart samtykker til «konverteringsterapi», vil det vanskelig kunne anses forholdsmessig å gripe inn i personens rett til selvbestemmelse av hensyn til å beskytte vedkommende mot eventuell psykisk skade. Et eventuelt absolutt forbud kan også ha til formål å sikre

at *ingen* utsettes for «konverteringsterapi» mot sin vilje, og således ivareta hensynet til andres rettigheter og friheter. En slik innretning av forbudet vil imidlertid være problematisk i lys av at kravet til forholdsmessighet innebærer at det ikke skal benyttes mer inngripende virkemidler enn nødvendig, idet forbudet da vil ramme langt bredere enn formålet tilsier. Så lenge det er mulig å utforme forbudet slik at det i større grad treffer de situasjonene hvor det er behov for beskyttelse, vil ikke et absolutt forbud være forholdsmessig.

Det skisserte forbudet *med* en utilbørlighetsbegrensing søker å balansere hensynet til personlig autonomi mot statens interesse i å beskytte borgerne mot helseskadelig praksis, diskriminering og begrensninger i retten til selvbestemmelse, personlig utvikling og identitet. Slik forbudet er skissert, vil det primært ramme tilfeller der det ikke kan sies å foreligge et reelt samtykke, slik at forbudet heller ikke utgjør noe inngrep i mottakerens rett til privatliv, jf. punkt 4.2.2 ovenfor. I situasjoner hvor det er usikkert om det foreligger et reelt samtykke, typisk på grunn av press eller feilinformasjon, eller fordi den som mottar «konverteringsterapi», er særlig sårbar eller står i et avhengighetsforhold til den som utfører «konverteringsterapien», vil det kunne variere i hvilken grad beslutningen om å motta «konverteringsterapi» bygger på egen fri vilje.

I Pretty mot Storbritannia uttalte EMD at staten har adgang til å se hen til sårbarheten til en gruppe som helhet ved regulering av skadelige aktiviteter, og at et absolutt forbud ikke nødvendigvis er et uforholdsmessig inngrep selv om det i visse tilfeller også vil omfatte personer som er i stand til å ta en informert og frivillig beslutning, se avsnitt 72, 74 og 76. Uttalelsene har overføringsverdi til situasjonen vi vurderer her, hvor det skisserte forbudet vil kunne ramme enkelte som ønsker «konverteringsterapi», men hvor forbudet har til hensikt å beskytte personer som av ulike grunner befinner seg i en sårbar situasjon.

Selv om forbudet vil kunne ramme noe videre enn formålet tilsier, finner vi at momentene i utilbørlighetsbegrensningen medfører at forbudet vil være tilstrekkelig målrettet til å fange opp tilfeller hvor det er legitimt å la andre hensyn enn retten til selvbestemmelse veie tyngst. Det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi» overfor voksne vil etter vår vurdering i tilstrekkelig grad balansere hensynet til den enkeltes rett til selvbestemmelse og til å utvikle sin egen identitet mot hensynet til å beskytte helsen mv. til den som utsettes for «konverteringsterapi». På denne bakgrunn utgjør ikke det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi» rettet mot personer over 18 år noe uforholdsmessig inngrep i retten til respekt for privatliv.

4.3.3 Særlig om retten til respekt for privatliv til personer under 18 år – nødvendighet og forholdsmessighet

Arbeidsgruppen har ikke foreslått noen utilbørlighetsbegrensning i forbudet mot «konverteringsterapi» rettet mot personer under 18 år. Det vil si at enhver behandlingslignende påvirkningshandling som har til formål å få et barn til å endre eller

undertrykke/fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet, vil være forbudt. Ovenfor kom vi til at et slikt absolutt forbud overfor voksne ikke ville være forholdsmessig inngrep i retten til respekt for privatlivet. Spørsmålet her blir om dette stiller seg annerledes for personer under 18 år.

Gruppen «personer under 18 år» favner svært ulike tilfeller, fra små barn som ikke har noe grunnlag for å forstå hva «konverteringsterapi» er, til personer som nærmer seg myndighetsalder og som kan tenkes å ha like veloverveide oppfatninger som personer over 18 år. For den siste gruppen kan derfor et absolutt forbud gripe sterkere inn i retten til privatliv, særlig dersom vedkommende har et klart ønske om å få gjennomført «konverteringsterapi».

Barn har, i likhet med voksne, rett til å utvikle og bestemme over sin egen identitet, jf. EMK artikkel 8, som gjelder «enhver», BK artikkel 16 om barns rett til respekt for sitt privatliv og BK artikkel 8 om barns rett til å bevare sin identitet. Seksuell orientering og kjønnsidentitet er også viktige aspekter ved barns identitet. At barn er sårbare og i utvikling, tilsier imidlertid en særlig årvåkenhet overfor praksiser som vil kunne skade deres psykiske helse og begrense deres utvikling av en egen identitet. Barns rett til utvikling er nedfelt i BK artikkel 6 nr. 2 og Grunnloven § 104 tredje ledd.

Det følger av BK artikkel 12 at barns synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og modenhet. Det kan ikke forventes at yngre barn forstår konsekvensene av «konverteringsterapi» og kan gi et informert samtykke til å delta i praksisen. Eldre barn har bedre forutsetninger for å forstå hva «konverteringsterapi» innebærer og hvilke konsekvenser en slik praksis kan tenkes å ha, noe som kan tale for at barn som nærmer seg myndighetsalderen, selv bør få ta stilling til om de ønsker å motta «konverteringsterapi». BK artikkel 12 må imidlertid tolkes i lys av BK artikkel 3 nr. 1, som fastsetter at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn, jf. også den i hovedsak tilsvarende bestemmelsen i Grunnloven § 104 andre ledd.

Barnekomiteen har i generell kommentar nr. 14 (2013) om hensynet til barnets beste gitt uttrykk for at et barns identitet er et moment som skal tas hensyn til ved bedømmelsen av hva som er til barnets beste. Seksuell orientering er en del av et barns identitet som må respekteres, samtidig som religion og kulturell tilhørighet også er en del av barns identitet. Komiteen uttaler imidlertid at «although preservation of religious and cultural values and traditions as part of the identity of the child must be taken into consideration, practices that are inconsistent or incompatible with the rights established in the Convention are not in the child's best interests» (avsnitt 57). I tillegg inngår «the safety and integrity of the child» i vurderingen av barnets beste (avsnitt 74). Vi antar at det kan legges til grunn at ungdomstiden er en sårbar periode for barns utvikling av en egen identitet, inkludert identiteten knyttet til seksuell orientering, kjønnsuttrykk og kjønnsidentitet, og at barn kan være særlig utsatt for påvirkning som kan ha negativ innflytelse på psyken og selvbildet i denne perioden. Etter vårt syn

trekker hensynet til barnets beste i retning av at et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor barn, ikke er et uforholdsmessig inngrep i barns rett til respekt for sitt privatliv.

I generell kommentar nr. 20 (2016) om implementering av barns rettigheter i ungdomstiden, som berører flere av barnekonvensjonens bestemmelser, uttaler barnekomiteen seg blant annet om særlige hensyn statene bør vektlegge i saker som gjelder homofile, biseksuelle, transseksuelle og interseksuelle ungdommer, se avsnitt 33 og 34:

«33. Adolescents who are lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex commonly face persecution, including abuse and violence, stigmatization, discrimination, bullying, exclusion from education and training, as well as a lack of family and social support, or access to sexual and reproductive health services and information. In extreme cases, they face sexual assault, rape and even death. These experiences have been linked to low self-esteem, higher rates of depression, suicide and homelessness.

34. The Committee emphasizes the rights of all adolescents to freedom of expression and respect for their physical and psychological integrity, gender identity and emerging autonomy. It condemns the imposition of so-called «treatments» to try to change sexual orientation and forced surgeries or treatments on intersex adolescents. It urges States to eliminate such practices, repeal all laws criminalizing or otherwise discriminating against individuals on the basis of their sexual orientation, gender identity or intersex status and adopt laws prohibiting discrimination on those grounds. States should also take effective action to protect all lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex adolescents from all forms of violence, discrimination or bullying by raising public awareness and implementing safety and support measures.»

Det kan være uklart om komiteen med uttalelsene hvor den fordømmer «konverteringsterapi» overfor ungdommer og oppfordrer statene til å avskaffe slik praksis, har ment å gi uttrykk for et syn på tolkningen av konvensjonen, jf. redegjørelsen i punkt 2.1 for generelle kommentarers vekt. Etter vårt syn kan uttalelsen likevel tas til inntekt for at barnekomiteen anerkjenner behovet for statlig inngripen for å sikre barns rett til fysisk og moralsk integritet, kjønnsidentitet og selvbestemmelse. Dette taler igjen for at det skisserte forbudet ikke er et uforholdsmessig inngrep i ungdommers rett til privatliv.

EMD har i tillegg uttalt at det skal mindre til for å etablere en positiv plikt for staten til å gripe inn i retten til privatliv dersom inngrepet er ment å sikre barn eller andre sårbare grupper, se blant annet Z m.fl. mot Storbritannia avsnitt 73, Söderman mot Sverige avsnitt 81 og M.P m.fl. mot Bulgaria avsnitt 108. Dette taler også for at staten har en større adgang til å gripe inn i retten til privatliv i tilfeller der det foreligger risiko for at et barns psykiske helse blir negativt påvirket. Vi viser også til de ovennevnte uttalelsene fra EMD i Pretty mot Storbritannia avsnitt 72, 74 og 76, som underbygger at staten har adgang til å se hen til sårbarheten til en gruppe som helhet ved regulering av skadelige aktiviteter.

Vi vil til slutt trekke en parallell til den helserettslige myndighetsalderen i norsk rett. Utgangspunktet etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b er at personer mellom 16 og 18 år har rett til å samtykke til helsehjelp. Bestemmelsen innebærer at barn som er fylt 16 år, i utgangspunktet har rett til selvbestemmelse i helsespørsmål – herunder rett til å nekte å ta imot helsehjelp selv om det vil kunne være skadelig for barnets helse.

Retten til å samtykke til helsehjelp for barn over 16 år er imidlertid ikke absolutt: Det følger av § 4-3 første ledd bokstav b at denne retten gjelder «med mindre annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art». I Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) på s. 84-85 uttales følgende om hva som omfattes av unntaket for «tiltakets art»:

«16-årsgrensen kan suspenderes i visse tilfeller. For det første etter «tiltakets art». Det kan tenkes personlige helseanliggender som bør ligge under en normalt utviklet ungdoms rådgivningssfære også før fylte 16 år. Det kan også tenkes eksempler på avgjørelser som ikke bør kunne tas før myndighetsalder er oppnådd, f.eks deltakelse i forskningsprosjekter eller eksperimentell behandling, smertefull eller risikofylt behandling og behandling som er irreversibel, bl.a. plastisk kirurgi.»

Etter vårt syn er spørsmålet om de eldste ungdommene bør ha adgang til å samtykke til «konverteringsterapi», ikke sammenlignbart med adgangen til å samtykke til ordinær helsehjelp. «Konverteringsterapi» bygger ikke på et medisinskfaglig eller psykologfaglig grunnlag. Det er derfor, etter vårt syn, minst like stor grunn til å begrense selvbestemmelsesretten til ungdommer ved valg om «konverteringsterapi» som ved valg om deltakelse i forskningsprosjekter, eksperimentell behandling og smertefull eller risikofylt behandling.

Selv om den helserettslige myndighetsalderen i visse tilfeller kan innebære at 16-17-åringer kan la være å samtykke til behandling og dermed utsette seg selv for skade eller fare, foretas et slikt valg innenfor en annen ramme enn valg om å motta «konverteringsterapi». For eksempel antar vi at pasienten før valget om ikke å motta behandling tas, normalt vil ha fått informasjon og råd fra helsepersonell om konsekvensene av å motta eller ikke å motta behandling mv. En 16-åring som velger ikke å motta helsehjelp, vil dermed normalt ha et annet og bedre informasjonsgrunnlag for beslutningen enn en 16-åring som velger å motta «konverteringsterapi».

Vi har vært noe i tvil om et absolutt forbud mot konverteringsterapi vil være et forholdsmessig inngrep i de eldste ungdommenes rett til respekt for sitt privatliv, men finner at inngrepet sannsynligvis vil være forholdsmessig også overfor denne gruppen. Vi har særlig lagt vekt på de betenkelige sidene ved «konverteringsterapi», at ungdomstiden er en sårbar periode for unges utvikling av en egen identitet, inkludert identiteten knyttet til seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, og at ungdom kan være særlig utsatt for uheldig påvirkning som kan ha stor negativ innvirkning på psyken og selvbildet. Disse særlige hensynene tilsier etter vår vurdering at det overfor eldre ungdom, i motsetning til for voksne, vil være forholdsmessig å

innføre et forbud som også vil ramme tilfeller hvor det foreligger samtykke til «terapien».

4.3.4 Retten til respekt for familieliv – nødvendighet og forholdsmessighet

Som nevnt ovenfor omfatter EMK artikkel 8 sammenholdt med artikkel 9 og P1-2 en rett for foreldre til å oppdra barn i tråd med sin overbevisning. Spørsmålet er om det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi» overfor barn er et forholdsmessig inngrep i denne retten. EMD har uttalt at foreldre kan formidle sine overbevisninger på en iherdig eller anmassende måte. Denne retten gir imidlertid ikke foreldre adgang til å utsette barn for farlige praksiser som kan forårsake fysisk eller psykisk skade, se *Vojnity mot Ungarn* avsnitt 37 og *Wetjen m.fl. mot Tyskland* avsnitt 66.

Dette følger også av BK artikkel 19 som pålegger statene en plikt til å beskytte barn mot blant annet «alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk». I tillegg fastsetter BK artikkel 3 og Grunnloven § 104 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. EMD har også i en rekke saker kommet med følgende generelle uttalelse om vekten av hensynet til barnets beste, jf. bl.a. *storkammerdommen Elsholz mot Tyskland*, nr. 25735/94, 13. juli 2000, avsnitt 50:

« [A] fair balance must be struck between the interests of the child and those of the parent (...) and, that in doing so particular importance must be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child's health and development.»

I *Vojnity mot Ungarn* ble en far fratatt retten til samvær med sin sønn på bakgrunn av at myndighetene mente at faren krenket sønnens rett til psykisk helse ved sine forsøk på å overbevise ham om sin egen religiøse tro og at faren ble ansett å ha et irrasjonelt verdenssyn som gjorde ham ute av stand til å oppdra sønnen. Spørsmålet i saken var om samvær snekkelten utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 8 sammenholdt med diskrimineringsforbudet i artikkel 14. EMD kom til at tiltaket ikke var forholdsmessig fordi det ikke var godtgjort noen risiko for skade, selv om barnet kunne ha opplevd uro, ubehag og forlegenhet på grunn av farens forsøk på religiøs påvirkning.

Det skisserte forbudet er utformet på en slik måte at foreldre fortsatt vil ha betydelig rom til å oppdra barn i henhold til egen tro eller overbevisning. For at en handling skal være forbudt, må den for det første ha som formål å «få en annen til å endre eller undertrykke/fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet». Religiøs påvirkning av mer generell karakter rammes derfor ikke av forbudet, og heller ikke foreldres formidling av oppfatninger om at det er galt å ha eller uttrykke en bestemt seksuell orientering eller kjønnsidentitet. For det andre inntreer forbudet kun i tilfeller der det begås «behandlingslignende påvirkningshandlinger». Forbudet oppstiller en

viss terskel med hensyn til alvorlighetsgraden av handlingene. Samtaler om religion, seksuell orientering og kjønn må for eksempel ifølge arbeidsgruppen ha en «systematisk karakter» for å omfattes av forbudet. Det fremgår av arbeidsgruppens notat at som utgangspunkt vil verken «en streng formaning fra foreldre om at barnet ikke skal ha kjæreste av samme kjønn» eller «et krav fra et trossamfunn om at et medlem lever i seksuell avholdenhet eller avstår fra å leve i homofilt samliv» være tilstrekkelig til å kunne straffes. På denne bakgrunn finner vi at det skisserte forbudet er basert på en rimelig balanse mellom foreldrenes rett til å oppdra sine barn i tråd med sin egen overbevisning og barns interesse i å utvikle sin egen identitet og ikke utsettes for diskriminering eller handlinger som kan skade den psykiske helsen.

På denne bakgrunn finner vi at et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» overfor barn er innenfor den skjønnsmarginen staten har til å gripe inn i retten til familieliv.

5. RETTEN TIL RELIGIONSFRIHET

5.1 Oversikt over de relevante bestemmelsene

Religionsfriheten er vernet av Grunnloven § 16, som i bokmålsversjonen lyder:

«Alle innbyggere i riket har fri religionsutøvelse. Den norske kirke, en evangelisk-luthersk kirke, forblir Norges folkekirke og understøttes som sådan av staten. Nærmere bestemmelser om Kirkens ordning fastsettes ved Lov. Alle tros- og livssynssamfunn skal understøttes på lik linje.»

I tillegg er det bestemmelser om religionsfrihet i EMK artikkel 9, SP artikkel 18 og BK artikkel 14.

EMK artikkel 9 lyder:

«1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

SP artikkel 18 lyder:

«1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.

3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.

4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.»

BK artikkel 14 lyder:

«1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion.

2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child.

3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others.»

5.2 Utgjør forbudet mot å utføre «konverteringsterapi» et inngrep i retten til religionsfrihet?

5.2.1 Generelt om vurderingen

Påvirkningshandlinger som har til formål å få en person til å endre, undertrykke eller fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet, kan være motivert av religiøs overbevisning, enten for den som utfører «konverteringsterapi», den «terapien» retter seg mot eller begge. Det må derfor vurderes om et forbud mot slike påvirkningshandlinger kan være et inngrep i religionsfriheten. Spørsmålet om inngrep i retten til religionsfrihet vil i så fall kunne oppstå i følgende situasjoner: Et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» vil kunne utgjøre et inngrep i utøverens rett til religionsfrihet, enten mottakeren har samtykket til «terapien» eller ikke. Videre vil forbudet kunne utgjøre et inngrep i mottakerens rett til religionsfrihet i tilfeller hvor han eller hun har samtykket til «terapien» eller der det er usikkert om det foreligger et reelt samtykke. Det vil imidlertid ikke oppstå noe spørsmål om inngrep i mottakerens rett til religionsfrihet i tilfeller hvor han eller hun ikke har samtykket til «terapien».

Religionsfriheten omfatter forskjellige dimensjoner. Det fremgår av ordlyden i EMK artikkel 9 og av EMDs praksis at religionsfriheten omfatter frihet til å anta en religiøs tro, til å tilhøre og utøve sin religion i et samfunn med andre troende, til å meddele og forkynne sin religiøse tro overfor andre, til å etterleve religiøse forholdsregler i sitt

daglige liv og til å markere sin religiøse tilhørighet overfor andre (positiv religionsfrihet), se for eksempel storkammerdommen S.A.S mot Frankrike, saksnr. 43835/11, 1. juli 2014, avsnitt 125. Religionsfriheten omfatter også frihet fra å utøve en annen religion enn ens egen og i det hele fra å bli utsatt for religiøs påvirkning og deltakelse i religiøse ritualer (negativ religionsfrihet), se for eksempel S.A.S mot Frankrike avsnitt 124 og Kokkinakis mot Hellas, saksnr. 14307/88, 25. mai 1993, avsnitt 31.

Et forbud mot «konverteringsterapi» kan bidra til å beskytte enkeltindividers rett til å ha sin egen forståelse av religion og at deres religiøse overbevisning er forenlig med deres seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Et forbud kan trolig også i visse tilfeller være med på å sikre retten til å ikke ha en religiøs overbevisning. Rettslig sett er dette hensyn som inngår i vurderingen av om et inngrep i konvensjonsfestede rettigheter er forholdsmessig og dermed lovlig av hensyn til å beskytte andres rettigheter og friheter.

En forutsetning for å vurdere om et forbud mot «konverteringsterapi» innebærer et inngrep i religionsfriheten, er at «konverteringsterapi», slik dette er definert av arbeidsgruppen, kan anses som utøvelse av religion. Bestemmelsene om religionsfrihet i Grunnloven § 16, EMK artikkel 9, SP artikkel 18 og BK artikkel 14 har ulik utforming, og hva slags praksiser som er beskyttet av religionsfriheten etter bestemmelsene, kan variere noe.

5.2.2 Grunnloven § 16

Grunnloven § 16 beskytter retten til «fri religionsutøvelse». Bestemmelsen bygger på, og viderefører deler av, den tidligere Grunnloven § 2. Det finnes lite rettspraksis knyttet til den tidligere § 2 og den nåværende § 16. Forhistorien til Grunnloven § 2 tilsier at uttrykket «fri religionsutøvelse» i Grunnloven har vært mindre omfattende enn begrepet religionsfrihet slik det er brukt i internasjonale menneskerettskonvensjoner.

Grunnloven § 16 fikk dagens innhold da den ble vedtatt av Stortinget 21. mai 2012 som et ledd i kirkeforliket. Det ble samtidig gjort endringer i Grunnloven § 2, som nå viser til vår «humanistiske og kristne arv» og til at Grunnloven skal sikre «demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene». Det ble gjort noen språklige endringer i § 16 i forbindelse med grunnlovsreformen i 2014. Vedtakelsen av § 16 om religionsfrihet i 2012 innebar på flere måter en modernisering, med sikte på å «bringe grunnlovsbestemmelsen bedre i overensstemmelse med de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene», jf. Dokument 16 (2011–2012) side 158. Det heter samme sted at moderniseringen ikke vil «medføre noen endringer i dagens rettstilstand, annet enn at Grunnloven da vil gi tanke- og samvittighetsfriheten et formelt bedre vern mot eventuelle fremtidige endringer i rettstilstanden». På side 153 heter det, riktignok i en litt annen sammenheng, at også den tidligere Grunnloven § 2 måtte «forstås og anvendes i lys av EMK artikkel 9 og SP artikkel 18, som begge tillater nødvendige innskrenkninger i retten til religionsutøvelse».

Grunnloven § 16 om religionsfrihet kan neppe sies å bygge på «de folkerettslige forbildene» i samme grad og på samme måte som for eksempel Grunnloven § 102. Det fremstår likevel som sannsynlig at Høyesterett i en eventuell fremtidig sak om religionsfrihet vil se hen til EMK artikkel 9 og SP artikkel 18 ved tolkningen av i det minste deler av Grunnloven § 16. I alle tilfeller foreligger det ingen rettskilder som tilsier at vernet av religionsfriheten etter Grunnloven § 16 går lenger enn vernet etter EMK artikkel 9 og SP artikkel 18. På denne bakgrunn har vi valgt å konsentrere den videre drøftelsen om EMK artikkel 9 og SP artikkel 18. Det kan være noe usikkert om vernet etter Grunnloven § 16 overlapper fullt ut vernet etter EMK artikkel 9 og SP artikkel 18, men i mangel av holdepunkter for noe annet antar vi at innholdet i rettighetene og adgangen til å gjøre inngrep i dem i hovedsak er sammenfallende.

5.2.3 EMK artikkel 9

EMK artikkel 9 nr. 1 beskytter retten til å «gi uttrykk for sin religion eller overbevisning, ved tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse». Spørsmålet er om religiøst motivert «konverteringsterapi» kan anses å være en måte «å gi uttrykk for sin religion» gjennom «praksis og etterlevelse». Det følger av praksis fra EMD at ikke enhver handling med tilknytning til en religiøs overbevisning kan anses som et uttrykk for religion. EMD har uttalt blant annet i Eweida m.fl. mot Storbritannia, saksnr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 og 36516/10, 15. januar 2013 at det må foreligge en «sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief». Det kreves imidlertid ikke at utøveren godtgjør at «he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question», se avsnitt 82. EMD har i noen saker uttalt at det må stilles enkelte minimumskrav til religionsutøvelsens «cogency, seriousness, cohesion and importance», jf. blant annet Leela Förderkreis E.V. m.fl. mot Tyskland, saksnr. 58911/00, 6. november 2008, avsnitt 80.

Utgangspunktet etter EMK er at de kravene konvensjonen stiller til statens nøytralitet og upartiskhet, ikke er forenlige med at staten skal vurdere legitimiteten til religiøse overbevisninger, jf. storkammerdommen Leyla Şahin mot Tyrkia, saksnr. 44774/98, 10. november 2005, avsnitt 107. Dette er blitt gjentatt og understreket i senere dommer. I Eweida m.fl. mot Storbritannia kom EMD til at to arbeidstakere som henholdsvis nektet å delta i etableringen av sivile partnerskap mellom homofile par og nektet å utføre terapi overfor homofile par, ga uttrykk for sin religion etter artikkel 9. Det var tilstrekkelig at handlingen var direkte motivert av deres religiøse overbevisning, se avsnitt 103 og 108. Vi nevner også at Høyesterett i en dom avsagt 11. oktober 2018 (HR-2018-1958-A) la til grunn i et obiter dictum at det å nekte en fastlege å reservere seg mot innsetting av spiral av samvittighetsgrunner, ville innebære et inngrep i legens rettigheter etter EMK artikkel 9.

Artikkel 9 omfatter «the right to try to convince one's neighbour, for example through "teaching"» se Kokkinakis mot Hellas avsnitt 31 og Larissis m.fl. mot Hellas, saksnr. 23372/94, 24. februar 1998, avsnitt 45.

Dersom «konverteringsterapi» utføres på grunn av mottakerens eller utøverens religiøse overbevisning, er det grunn til å tro at handlingen vil være beskyttet av EMK artikkel 9 nr. 1. Handlingene vil i et slikt tilfelle trolig være direkte motivert av en religiøs overbevisning, og det vil også trolig foreligge en tilstrekkelig nær sammenheng mellom handlingen og den underliggende religiøse troen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at enkelte tilfeller av «konverteringsterapi» ikke har en tilstrekkelig tilknytning til en religiøs overbevisning, selv om religion har vært en del av begrunnelsen for handlingene. Dette kan særlig være tilfellet hvis religion kun er én av flere samvirkende årsaker til utføringen av «konverteringsterapi», og den religiøse begrunnelsen ikke er fremtredende, eller hvis «konverteringsterapien» må anses som en så fjern og avledet konsekvens av en religiøs overbevisning at det ikke kan sies å være en tilstrekkelig sammenheng mellom tro og handling. Spørsmålet om «konverteringsterapi» er omfattet av EMK artikkel 9 nr. 1, må avgjøres konkret.

Etter EMDs praksis kan EMK artikkel 9 også påberopes av religiøse sammenslutninger, se for eksempel Institut de Prêtres Français m.fl. mot Tyrkia, saksnr. 26308/95, 14. desember 2000, Finska Församlingen i Stockholm og Hautaniemi mot Sverige, saksnr. 24019/94, 11. april 1996 og Chappell mot Storbritannia, saksnr. 12587/86, 14. juli 1987. I den grad «konverteringsterapi» utføres i regi av et trossamfunn, vil et forbud også kunne utgjøre et inngrep i trossamfunnets rett til religionsfrihet.

5.2.4 SP artikkel 18

Det er noe mer usikkert om religiøst motivert «konverteringsterapi» er omfattet av SP artikkel 18 nr. 1. Bestemmelsen beskytter blant annet «freedom [...] to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching».

«Konverteringsterapi» kan som nevnt være motivert av en religiøs overbevisning, men praksisen ligger i utkanten av hva som vanligvis anses som en religiøs skikk. FNs menneskerettskomité har uttalt i generell kommentar nr. 22 (1993) om tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet avsnitt 4 at «the freedom to manifest religion or belief in worship, observance, practice and teaching encompasses a broad range of acts». Dette taler for at det ikke bør legges en for snever forståelse til grunn med hensyn til hvilke handlinger som er omfattet av bestemmelsen. Den generelle kommentaren lister opp flere handlinger som er omfattet av bestemmelsen: «observance of dietary regulations, the wearing of distinctive clothing or headcoverings, participation in rituals associated with certain stages of life, and the use of a particular language customarily spoken by a group». Listen er neppe ment å være uttømmende. Samtidig gir oppstillingen en indikasjon på at bestemmelsen i hovedsak omfatter handlinger med en relativt nær tilknytning til utøvelse av religion eller praktisering av kultur med nær sammenheng til en religion. Det kan argumenteres for at «konverteringsterapi» er noe mer fjernet fra tradisjonell religionsutøvelse sammenlignet med de opplistede eksemplene. «Konverteringsterapi» er heller ikke på

samme måte et uttrykk for en religiøs-kulturell tilhørighet som for eksempel bruk av språk og klesdrakt.

5.2.5 BK artikkel 14

I en uttalelse fra 19. mars 2010 (JDLOV-2010-3839) vurderte Lovavdelingen rekkevidden av BK artikkel 14 i forbindelse med en vurdering av et eventuelt forbud mot hijab i skolen. Lovavdelingen uttalte i punkt 2.6.1:

«Ordlyden i barnekonvensjonen art. 14 nr. 1 er knapp. Dette skyldes at det under forhandlingene om konvensjonen var stor uenighet, særlig om barns rett til å velge og skifte religion, jf. Eva Brems: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 14 (Leiden 2006) s. 18 flg. I motsetning til EMK art. 9 nr. 1 og SP art. 18 nr. 1 inneholder derfor ikke barnekonvensjonen art. 14 nr. 1 noen uttrykkelig oppstilling av hva vernet om religionsfriheten omfatter. Når bestemmelsen ses i sammenheng med konvensjonens art. 14 nr. 3, synes det likevel klart at også barnekonvensjonen gir et vern for adgangen til å gi uttrykk for ens religion eller overbevisning bl.a. gjennom bruk av religiøse hodeplagg og symboler.»

Etter vårt syn er denne beskrivelsen av rettstilstanden fremdeles dekkende. Barnekomiteen har ikke avgitt noen generell kommentar om religionsfriheten etter artikkel 14, og den har heller ikke realitetsbehandlet noen individklager etter denne bestemmelsen.

Det kan argumenteres for at «konverteringsterapi» er noe mer fjernet fra tradisjonell religionsutøvelse enn bruk av religiøse hodeplagg. Vi viser til drøftelsen under punkt 5.2.4 om rekkevidden av SP artikkel 18. Det er derfor usikkert om «konverteringsterapi» er en praksis som er beskyttet av BK artikkel 14.

5.3 Utgjør forbudet mot «konverteringsterapi» et lovlig inngrep i retten til religionsfrihet?

5.3.1 EMK artikkel 9 nr. 2

5.3.1.1 Kravene etter bestemmelsen – særlig om skjønnsmargin

Når det gjelder hvilke krav som etter EMK artikkel 9 nr. 2 stilles for at et inngrep i retten til religionsfrihet skal være lovlig, viser vi til redegjørelsen i punkt 4.3.1 for de i hovedsak tilsvarende kravene etter EMK artikkel 8 nr. 2.

EMD har flere ganger uttalt at staten må innrømmes en vid skjønnsmargin i avgjørelsen av om en begrensning av utøvelse av religion er nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette gjelder ifølge EMD særlig i tilfeller som gjelder forholdet mellom religion og stat, se blant annet S.A.S. v. Frankrike avsnitt 129 og Leyla Şahin mot Tyrkia avsnitt 109. Statens skjønnsmargin kan være noe snevrere ved regulering av utøvelse av religion i en privat kontekst.

Skjønnsmarginen er vid i tilfeller der staten må balansere ulike konvensjonsrettigheter mot hverandre, se blant annet Eweida m.fl. mot Storbritannia avsnitt 99, 106 og 109 og Fernández Martínez mot Spania avsnitt 123 og 125 der EMD kom til at nasjonale myndigheter måtte ha en vid adgang til å avveie retten til privatliv etter artikkel 8 mot retten til autonomi for religiøse organisasjoner etter artikkel 9. Tilsvarende søker staten ved regulering av «konverteringsterapi» nettopp å balansere retten til religionsfrihet og retten til å bevare, utvikle og leve i overenstemmelse med sin egen seksuelle orientering og kjønnsidentitet, som begge er rettigheter beskyttet av konvensjonen. Regulering av «konverteringsterapi» innebærer både en avveining av den positive og negative religionsfriheten og en avveining av ulike konvensjonsrettigheter mot hverandre. I tillegg kan en regulering innebære at rettighetene til den som utfører og den mottar «konverteringsterapi», må avveies mot hverandre. Dette taler for at staten må innrømmes en særlig vid skjønnsmargin ved reguleringen av «konverteringsterapi». Vi viser også til rettspraksisen nevnt i punkt 4.3.1 om skjønnsmarginen ved forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8.

Vi nevner også at Høyesterett i det tidligere nevnte obiter dictum i HR-2018-1958-A gir uttrykk for at skjønnsmarginen også vil være vid i forholdet mellom nasjonale domstoler og politiske myndigheter når rettighetene etter EMK artikkel 9 må avveies mot andre rettigheter (avsnitt 86):

«Selv om det kan anføres at departementets vurdering av forholdet til EMK var temmelig generell, anser jeg det klart, og i samsvar med EMDs praksis, at domstolene på dette feltet må være tilbakeholdne med å overprøve de avveininger av legitime hensyn som er foretatt av politiske myndigheter. Statenes skjønsmessige spillerom utvides hvis det må foretas en avveining mot andres rettigheter, blant annet pasienters helse og sikkerhet, jf. blant annet Eweida-dommen avsnittene 99, 106 og 109 [EMD-2010-48420].»

EMD har lagt til grunn at man ved bedømmelsen av skjønnsmarginen også må se hen til felleseuropeisk praksis dersom det er relevant, se for eksempel S.A.S mot Frankrike avsnitt 156. «Konverteringsterapi» er regulert i blant annet Tyskland og Malta. Vi er imidlertid ikke kjent med at det foreligger en felleseuropeisk forståelse av spørsmål om regulering av «konverteringsterapi» som kan føre til en innskrenkning av statenes skjønnsmargin. Dette taler også for at staten har en vid skjønnsmargin i avgjørelsen av om «konverteringsterapi» kan forbys.

5.3.1.2 Nærmere om forholdsmessigheten av et forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer over 18 år

Etter vårt syn er det relativt klart at det skisserte forbudet er et forholdsmessig, og dermed lovlig, inngrep i religionsfriheten til den som utfører «konverteringsterapi». EMK artikkel 9 beskytter retten til å overbevise andre om sin religiøse tro. Det skisserte forbudet innebærer ikke et sterkt inngrep i denne retten, samtidig som det kan være sterke og beskyttelsesverdige interesser som kan begrunne et forbud, se blant annet punkt 4.2.1. Når det gjelder inngrepet i utøverens religionsfrihet, vil forbudet slik det er skissert, ikke ramme det å uttrykke personlig religiøs

overbevisning. Samtaler om religion, seksuell orientering og kjønn må for eksempel ifølge arbeidsgruppen ha en «systematisk karakter» for å omfattes av forbudet. Se også punkt 6.3 der vi konkluderer med at forbudet er et forholdsmessig inngrep i retten til ytringsfrihet.

Det finnes ikke direkte relevant praksis fra EMD, men EMDs vurdering i Larissis m.fl. mot Hellas kan ha en viss overføringsverdi. Her kom EMD til at det var forholdsmessig å begrense offiserers adgang til å forsøke å overbevise sine underordnede om sin religiøse tro. Det ble særlig vektlagt at det hierarkiske systemet i militæret medførte at forsøk på religiøs påvirkning fra en overordnet kunne innebære at en underordnet ble utsatt for utilbørlig press, se avsnitt 51. En slik situasjon kan ha visse likhetstrekk med tilfeller der «konverteringsterapi» utføres under omstendigheter som gjør handlingen utilbørlig. Til sammenligning fant EMD at det ikke var forholdsmessig å begrense religiøs påvirkning overfor sivile som ikke hadde det samme avhengighetsforholdet til den som øvet den religiøse påvirkningen, se avsnitt 59.

Det neste spørsmålet er om et forbud mot «konverteringsterapi» vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep i mottakerens rett til religionsfrihet. Vi ser først på tilfeller der det er usikkert om det foreligger et reelt samtykke, men der «terapien» anses utilbørlig, for eksempel fordi mottakeren har blitt presset eller står i et avhengighetsforhold til den som utfører «konverteringsterapien». Idet arbeidsgruppen i tillegg har bedt om Lovavdelingens syn på adgangen til å innføre et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor voksne, vil vi her også vurdere dette spørsmålet.

Som tidligere nevnt har EMD uttalt at stater ikke kan bedømme nødvendigheten eller legitimiteten av religiøse praksiser, se blant annet Leyla Şahin mot Tyrkia avsnitt 107. I Jehovah's Witnesses in Moscow m.fl. mot Russland, saksnr. 302/02, 10. juni 2010 uttalte EMD i avsnitt 119 at dette innebærer at staten må «advance serious and compelling reasons for an interference with the choices that people may make in pursuance of the religious standard of behaviour within the sphere of their personal autonomy».

I Fernández Martínez mot Spania uttalte EMD følgende i avsnitt 129:

«The Court further reiterates that, but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate».

Dette taler for at staten ikke har adgang til å begrense individers utøvelse av religiøs motivert «konverteringsterapi» alene av den grunn at praksisen etter statens syn mangler en rasjonell begrunnelse eller utføres basert på et syn som avviker fra majoritetens syn på seksuell orientering og kjønnsidentitet. At en religiøs praksis kan være skadelig, er heller ikke nødvendigvis tilstrekkelig for at staten kan hindre en informert, samtykkende person i å få praksisen utført. Artikkel 9 omfatter for eksempel rett til å nekte å motta helsehjelp på bakgrunn av religiøs overbevisning, selv i tilfeller

der dette vil få alvorlige konsekvenser for vedkommendes helse, se for eksempel Jehovah's Witnesses in Moscow m.fl. mot Russland avsnitt 134-136. På denne bakgrunn finner vi at et absolutt forbud mot å utføre «konverteringsterapi» overfor voksne, ikke vil være et forholdsmessig inngrep i mottakerens rett til religionsfrihet.

I tilfeller hvor det er usikkert om det foreligger et reelt samtykke, kan det skisserte forbudet etter omstendighetene utgjøre et visst inngrep i religionsfriheten til den som mottar «konverteringsterapi». Dette er imidlertid etter vårt syn et mindre markert inngrep i religionsfriheten enn ved tilfeller der det foreligger et klart og upåvirket samtykke, og det er i større grad tale om å balansere religionsfrihet mot retten til å bevare, utvikle og leve i overenstemmelse med sin egen seksuelle orientering og kjønnsidentitet etter artikkel 8. Staten vil derfor ha en vid skjønnsmargin ved reguleringen av disse tilfellene.

Praksis fra EMD illustrerer at hensynet til å verne andre mot religiøst press, kan utgjøre del av begrunnelsen for å innføre begrensninger i retten til religionsfrihet som rammer bredere enn de som er utsatt for slikt press. I Leyla Şahin mot Tyrkia kom EMD til at tyrkiske myndigheter kunne forby bruk av religiøse hodeplagg ved universiteter av hensyn til den tyrkiske statens sekulære grunnsyn, hvor blant annet likestilling inngår som en sentral verdi. Forbudet omfattet personer som selv ønsket å bruke religiøse hodeplagg. Disse personene måtte tåle et visst inngrep i sin rett til å gi uttrykk for sin religion for å beskytte andres rettigheter og friheter. I Leyla Şahin mot Tyrkia ga storkammeret sin tilslutning til uttalelser i EMDs kammerdom, som blant annet fremhevet hensynet til å beskytte mot religiøst press (avsnitt 115). Tilsvarende antar vi at enkeltpersoner i visse religiøse miljøer vil kunne oppleve et press om å endre eller fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet, og at hensynet til å beskytte mot slikt press kan rettferdiggjøre et forbud som også kan tenkes å omfatte enkelte personer som ønsker å motta «konverteringsterapi».

Vi nevner videre at i Eweida m.fl. mot Storbritannia aksepterte EMD inngrep i religionsfriheten fordi inngrepet var ment å forhindre diskriminering på bakgrunn av seksuell orientering, se avsnitt 102 flg. Klagernes nektelse av å utføre arbeidsoppgavene fordi de var i strid med deres religiøse overbevisning, førte til at de etter hvert ble sagt opp. De hevdet at dette utgjorde en krenkelse av artikkel 9 sammenholdt med diskrimineringsforbudet i artikkel 14. EMD vektla at staten har en vid skjønnsmargin i tilfeller der det er tale om å balansere to ulike rettigheter, og kom til at forholdet ikke var et uforholdsmessig inngrep i artikkel 9. Saken er et eksempel på at formål om å forhindre diskriminering på bakgrunn av seksuell orientering kan begrunne selv tyngende inngrep i religionsfriheten.

Vi finner at det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi» rettet mot voksne ikke vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep i retten til religionsfrihet, verken for den som utøver «konverteringsterapi» eller den som «terapien» retter seg mot. Vi har særlig lagt vekt på at staten etter EMDs praksis har en vid skjønnsmargin ved avveiningen av ulike

konvensjonsrettigheter, og at utilbørlighetsbegrensningen vil medføre at forbudet ivaretar en rimelig balanse mellom individets rett til religionsfrihet og behovet for å beskytte mot inngrep i privatlivet, helseskadelige praksiser og diskriminering. For den som gjennom et eventuelt forbud vil hindres i å utøve «konverteringsterapi», er det også sentralt at forbudet ikke griper inn i adgangen til å kunne gi uttrykk for personlig religiøs overbevisning, heller ikke der det gis uttrykk for at det er noe galt ved å ha eller å uttrykke en bestemt seksuell orientering eller kjønnsidentitet.

5.3.1.3 Nærmere om forholdsmessigheten av et forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer under 18 år

Barns rett til religionsfrihet reiser to ulike problemstillinger ved regulering av «konverteringsterapi». For det første er det spørsmål om i hvilken grad staten ved regulering av «konverteringsterapi» kan gripe inn i barnets rett til religionsfrihet. For det andre er det spørsmål om i hvilken grad staten kan gripe inn i forholdet mellom foreldre og barn ved regulering av «konverteringsterapi».

Når det gjelder den første problemstillingen, viser vi til drøftelsen under punkt 4.3.3 der vi konkluderer med at et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» må anses som et lovlig inngrep i retten til privatliv og familieliv, sannsynligvis også overfor de eldste ungdommene. Vi vil imidlertid her knytte noen supplerende kommentarer til den «religiøse myndighetsalderen» i norsk rett.

Etter trossamfunnsloven § 2 første ledd første punktum kan personer som har fylt 15 år, selv melde seg inn i eller ut av tros- og livssynssamfunn. Bestemmelsen må forstås som et uttrykk for at samfunnet oppfatter de eldste ungdommene som modne nok til å ta stilling til tros- eller livssynsmessig tilhørighet. I Prop. 130 L (2018–2019) på side 141–142 utales følgende om bestemmelsen:

«Spørsmålet om aldersgrense her handler på den ene siden om at barnet ikke skal behøve å ta stilling til religiøs tilhørighet før det er modent nok. På den andre siden handler det om å respektere barns religionsfrihet, slik at barnet skal ha anledning til å ta stilling. Departementet er enig i Stålsett-utvalgets utgangspunkt om at barn selv bør få velge sin religion eller sitt livssyn så snart det er i stand til å gjøre seg opp en mening om denne typen spørsmål. Barn utvikler seg forskjellig, og en aldersgrense for når barnet er modent nok, vil naturlig nok ikke passe på alle. Samtidig vil en aldersgrense, holdt sammen med foreldrenes omsorgsplikt, i alle fall til en viss grad kunne beskytte barn mot skadelige forhold.»

Se også barnelova § 32 som gir barn som har fylt 15 år, rett til å avgjøre spørsmål om valg av utdanning og rett til å melde seg inn i eller ut av foreninger. Barns religionsfrihet er videre beskyttet av BK artikkel 14 nr. 1, som vi kommer tilbake til i punkt 5.2.5 og 5.3.2, og et barns synspunkter skal etter BK artikkel 12 tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

Vi kan ikke se at det at et barn som er fylt 15 år, anses tilstrekkelig modent til å ta valg om religiøs tilhørighet, nødvendigvis medfører at barnet må ha adgang til å foreta alle valg som kan avledes fra en religiøs overbevisning. Et forbud mot «konverteringsterapi» griper heller ikke inn i barnets rett til å velge hvilken religion det ønsker å etterleve eller om det skal ha en religiøs overbevisning overhodet.

Når det gjelder forholdet mellom staten, barnet og foreldrene, viser vi hovedsakelig til drøftelsen om inngrepsadgangen under retten til respekt for familieliv i punkt 4.3.4. Det klare utgangspunktet etter artikkel 9 er, i likhet med etter artikkel 8, at foreldrene har hovedansvaret for den religiøse oppdragelsen til sine barn. Også etter artikkel 9 har imidlertid EMD akseptert at foreldrenes rett til å oppdra sine barn i tråd med sin religiøse overbevisning kan begrenses for å ivareta barnets interesser. I saken *Osmanoğlu og Kocabaş mot Sveits*, saksnr. 29086/12, 10. januar 2017 nektet for eksempel foreldrene å sende sine barn på svømmeundervisning fordi de mente at felles svømmeundervisning for jenter og gutter var i strid med deres religiøse overbevisning. EMD kom til at selv om staten hadde en plikt til å respektere foreldrenes religiøse overbevisning, var staten ikke forpliktet til å unnta barna fra svømmeundervisningen. Deltakelse i felles undervisning ble ansett viktig for barns utvikling, og det var derfor forholdsmessig å kreve deltakelse i undervisningen for å fremme integrering.

Etter vårt syn er det ikke rettskildemessige holdepunkter for å anta at adgangen til å gripe inn i forholdet mellom barn og foreldre ved å innføre et forbud mot «konverteringsterapi» for personer under 18 år, må anses snevrere etter EMK artikkel 9 enn etter EMK artikkel 8. Det kommer riktignok til en ekstra dimensjon ved at foreldrenes ønske om at barnet skal gjennomgå «konverteringsterapi» kan være begrunnet både i et ønske om en bestemt oppdragelse (artikkel 8) og i en religiøs overbevisning. Dette endrer imidlertid ikke vår konklusjon om at et forbud mot «konverteringsterapi» må anses som et forholdsmessig, og dermed lovlig, inngrep i foreldrenes bestemmelsesrett.

Vi anser at det skisserte forbudet heller ikke er et uforholdsmessig inngrep i andre personers rett til å overbevise barn om sin religiøse overbevisning, jf. punkt 5.3.1.2 ovenfor. Etter vårt syn er det klart at hensynet til barnets beste innebærer at en slik begrensning av retten til å overbevise andre om sin religiøse tro etter artikkel 9, er forholdsmessig.

5.3.2 BK artikkel 14

Forutsatt at BK artikkel 14 kommer til anvendelse på «konverteringsterapi», mener vi at et forbud mot at barn utsettes for «konverteringsterapi» ikke er et uforholdsmessig inngrep i barns religionsfrihet.

Det følger av BK artikkel 14 nr. 3 at hensynet til å sikre barns psykiske helse og å beskytte andres grunnleggende rettigheter og friheter, som inkluderer retten til privatliv og frihet fra diskriminering, er relevante formål ved inngrep i religionsfriheten.

Etter vårt syn tilsier hensynet til barnets beste etter BK artikkel 3 nr. 1 at det bør være adgang til å forby utøvelse av behandlingslignende påvirkningshandlinger for å få barn til å endre, fornekte eller undertrykke sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Vi viser også til FNs barnekomités generelle kommentar nr. 20 (2016), som er omtalt i punkt 4.3.3, hvor komiteen uttrykker fordømmelse av «konverteringsterapi».

Etter vår vurdering foreligger det heller ikke rettskildemessige holdepunkter for å anta at adgangen til å innføre et forbud mot «konverteringsterapi» må anses snevrere etter barnekonvensjonen artikkel 14 nr. 3 enn etter EMK artikkel 9 nr. 2.

5.3.3 SP artikkel 18 nr. 3 og 4

Det følger av SP artikkel 18 nr. 3 at statene på visse vilkår kan gjøre inngrep i de rettighetene som er omfattet av artikkel 18 nr. 1. Bestemmelsen er svært lik unntaksbestemmelsen i EMK art. 9 nr. 2. Etter det vi kjenner til, har ikke FNs menneskerettskomité behandlet saker om «konverteringsterapi» eller lignende praksiser.

Etter vårt syn er det ikke holdepunkter for å anta at adgangen til å innføre et forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer over 18 år, må anses snevrere etter SP artikkel 18 nr. 3 enn etter EMK artikkel 9 nr. 2. Vurderingen av om et forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer under 18 år er i strid med SP artikkel 18, krever derimot en nærmere vurdering.

I motsetning til EMK artikkel 9 inneholder SP artikkel 18 nr. 4 en uttrykkelig bestemmelse om at staten plikter å respektere foreldrenes frihet til å sørge for sine barns religiøse og moralske oppdragelse i samsvar med foreldrenes egen overbevisning. Spørsmålet er om denne uttrykkelige henvisningen til foreldrenes frihet tilsier at adgangen til inngrep med det formål å verne barn mot skadelige praksiser begrunnet i foreldres religiøse overbevisning, er snevrere etter SP artikkel 18 enn etter EMK artikkel 9.

Menneskerettskomiteen har i avsnitt 8 i generell kommentar nr. 22 (1993) uttalt at «(...) the liberty of parents and guardians to ensure religious and moral education cannot be restricted» med hjemmel i SP artikkel 18 nr. 3, noe som kan forstås slik at det ikke under noen omstendighet kan gjøres inngrep i denne rettigheten.

Etter vårt syn er det nødvendig å se hen til BK ved fastleggingen av foreldrenes rettigheter etter SP artikkel 18 nr. 4. SP og BK er begge FN-konvensjoner, og det eksisterer ikke noen formell rangordning mellom konvensjonene. BK er dessuten av nyere dato enn SP. Vi mener derfor at SP artikkel 18 nr. 4 må tolkes i samsvar med den utviklingen i synet på barns rettigheter BK er et utslag av. Det generelle prinsippet i Wienkonvensjonen om traktatretten (1969) art. 31 nr. 3 bokstav c om at traktater skal tolkes i samsvar med «relevant rules of international law», taler også for en slik

tolkning. Vi nevner at en tilsvarende forståelse av SP artikkel 18 nr. 4 ble lagt til grunn i Lovavdelingens uttalelse 19. mars 2010 om forbud mot hijab i skolen, se JDLOV-2010-3839 punkt 2.5.2.

SP artikkel 18 nr. 4 bygger på en forutsetning om at foreldre og barn har sammenfallende interesser. Det kan imidlertid være behov for å begrense foreldres rettigheter i visse tilfeller for å ivareta barnets menneskerettigheter nedfelt i BK eller andre konvensjoner. Det følger for eksempel av BK artikkel 8 at staten er forpliktet til å respektere «the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations». Barnekomiteen har i generell kommentar nr. 14 (2013) uttalt at et barns identitet omfatter seksuell orientering, jf. avsnitt 55. Vi viser også til uttalelsene til barnekomiteen i generell kommentar nr. 20 (2016) avsnitt 34, der komiteen blant annet fordømmer «behandlinger» som har til formål å endre barns seksuelle orientering, jf. omtalen i punkt 4.3.3 ovenfor.

«Konverteringsterapi» ligger ikke i kjernen av de religiøse praksiser SP artikkel 18 er ment å beskytte, jf. vurderingen av rekkevidden av SP artikkel 18 nr. 1 i punkt 5.2.4 ovenfor. Det kan også hevdes at «konverteringsterapi» ikke hører naturlig inn under det man vanligvis anser som «religious and moral education». Ordlyden tilsier at det er overføring av religiøs kunnskap og religiøst syn mellom foreldre og barn som er det sentrale. Et forbud mot «konverteringsterapi» vil ikke begrense foreldres rett til å lære opp barna i en bestemt tro. Vi antar videre at et sentralt formål med artikkel 18 nr. 4 er å gi foreldre og barn et vern mot religiøs påvirkning i statlig regi. De individuelle klagenes om denne bestemmelsen som menneskerettskomiteen har behandlet, har hovedsakelig omhandlet tilfeller der stater ikke har opptrådt tilstrekkelig nøytralt og upartisk i religionsundervisning. Vi mener at det har formodningen mot seg at SP art. 18 nr. 4 var ment å gi foreldre en absolutt frihet til å bestemme over sine barns deltakelse i enhver praksis motivert av foreldrenes religiøse overbevisning.

Vi antar på denne bakgrunn at adgangen til å foreta inngrep i den hensikt å beskytte barn mot religiøse praksiser som kan medføre skade, vil være den samme etter SP artikkel 18 som etter EMK artikkel 9 og BK artikkel 14.

6. RETTEN TIL YTRINGSFRIHET

6.1 Oversikt over de relevante bestemmelsene

Retten til ytringsfrihet følger av Grunnloven § 100, EMK artikkel 10, SP artikkel 19 og BK artikkel 13.

Grunnloven § 100 første til tredje ledd lyder slik i bokmålsversjonen:

“Ytringsfrihet bør finne sted.

Ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov.

Frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand er tillatt for enhver. Det kan bare settes klart definerte grenser for denne rett der særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser.»

EMK artikkel 10 lyder slik:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

SP artikkel 19 nr. 2 og 3 lyder slik:

“2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this Article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- a. for respect of the rights or reputations of others;
- b. for the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals”

BK artikkel 13 lyder slik:

“1. The child shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of the child's choice.

2. The exercise of this right may be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others; or
- (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals”

For de spørsmålene som skal vurderes her, legger vi til grunn at vernet om retten til ytringsfrihet i hovedsak er sammenfallende etter Grunnloven og de nevnte konvensjonsforpliktelsene, herunder at inngrepsadgangen i hovedsak er den samme. Drøftelsen tar derfor utgangspunkt i EMK artikkel 10.

6.2 Utgjør forbudet mot å utføre «konverteringsterapi» et inngrep i retten til ytringsfrihet?

Ytringsfriheten etter EMK artikkel 10 favner vidt. Den dekker både meddelelse av opplysninger eller tanker ved hjelp av talte eller skrevne ord og ved hjelp av nonverbale handlinger, og formidling av både faktiske opplysninger og vurderinger, se Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, femte utgave, 2020, s. 1081. Den innebærer en rett både til å meddele og å motta tanker og meninger. Tanker og meninger som formidles av den som utøver «konverteringsterapi», vil være omfattet av ytringsfriheten. I den grad en person frivillig ønsker å motta «konverteringsterapi», omfatter ytringsfriheten også denne personens rett til å motta tanker og meninger som formidles som del av «terapien».

Etter EMDs praksis verner ytringsfriheten også ytringer som kan fornærme, provosere eller opprøre, se for eksempel EMDs dom Handyside mot Storbritannia, saksnr. 5493/72, 7. desember 1976, avsnitt 49. At utsagn fra den som utøver «konverteringsterapi», vil kunne oppfattes støtende eller moralsk problematiske, ekskluderer dem ikke fra ytringsfrihetens vern. Som eksempel på at nedsettende utsagn om seksuell orientering kan være omfattet av ytringsfriheten, nevner vi EMDs dom i saken Vejdeland m.fl. mot Sverige, saksnr. 1813/07, 9. februar 2012. Klagerne var i svenske domstoler dømt for hets mot en folkegruppe etter at de hadde lagt brosjyrer i skapene til elever på en videregående skole hvor det blant annet ble gitt uttrykk for at homoseksualitet var en avvikende seksuell tilbøyelighet som hadde en moralsk destruktiv effekt på samfunnet, og at homofile hadde skylden for utbredelsen av hiv/aids. EMD slo kort fast at domfellelsen utgjorde et inngrep i klagerens ytringsfrihet.

På denne bakgrunn finner vi at et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» vil utgjøre et inngrep i retten til ytringsfrihet overfor den som utøver «terapien» og overfor mottakere av «konverteringsterapi» som har samtykket til «terapien». Etter omstendighetene vil det også utgjøre et inngrep i ytringsfriheten til personer som det er usikkert om har gitt et reelt samtykke.

6.3 Utgjør forbudet mot «konverteringsterapi» et lovlig inngrep i retten til ytringsfrihet?

Når det gjelder hvilke krav som etter EMK artikkel 10 nr. 2 stilles for at et inngrep i retten til ytringsfrihet skal være lovlig, viser vi til redegjørelsen i punkt 4.3.1 for de i hovedsak tilsvarende kravene etter EMK artikkel 8 nr. 2.

EMD har i saken *Perinçek mot Sveits* uttalt følgende om kravene til presisjon for straffebestemmelser som griper inn i retten til ytringsfrihet (avsnitt 133):

«Even in cases in which the interference with the applicants' right to freedom of expression had taken the form of a criminal "penalty", the Court has recognised the impossibility of attaining absolute precision in the framing of laws, especially in fields in which the situation changes according to the prevailing views of society, and has accepted that the need to avoid rigidity and keep pace with changing circumstances means that many laws are couched in terms which are to some extent vague and whose interpretation and application are questions of practice (see, among other authorities, *Müller and Others v. Switzerland*, 24 May 1988, § 29, Series A no. 133; *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 37, ECHR 2001-I; and *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 43, ECHR 2004-VI).»

I tråd med disse føringene fra EMD vil kravet til grunnlag i nasjonal rett være oppfylt selv om en eventuell lovbestemmelse om forbud mot «konverteringsterapi» inneholder skjønnsmessige elementer, for eksempel et utilbørighetskrav. En utdyping i loven eller forarbeidene av hva som ligger i vage eller skjønnsmessige kriterier, vil bidra til forutberegneligheten. Etter EMDs praksis kan det imidlertid ikke kreves noen uttømmende redegjørelse for momenter som vil kunne inngå i utilbørighetsvurderingen.

Statenes skjønnsmargin i vurderingen av hvilke inngrep som er nødvendige, vil kunne variere avhengig av hva slags ytringer det er tale om. EMD gir i liten grad statene noen skjønnsmargin i saker som gjelder pressefrihet og politiske ytringer, se for eksempel *Lingens mot Østerrike*, saksnr. 9815/828, 8. juli 1985, avsnitt 41 og 42. Når det gjelder kommersielle ytringer, har derimot EMD ved flere anledninger slått fast at skjønnsmarginen er vesentlig, særlig når området som reguleres er komplekst og varierende, se for eksempel *Casado Coca mot Spania*, saksnr. 15450/89, 24. februar 1994, avsnitt 50. I slike saker er EMDs kontroll begrenset til en vurdering av om tiltaket er prinsipielt berettiget og proporsjonalt.

I tilfeller hvor utøvelsen av ytringsfriheten griper inn i andre rettigheter etter EMK, har EMD utviklet en metode hvor domstolen vurderer om nasjonale myndigheter har funnet en rimelig balanse mellom ytringsfriheten og den andre rettigheten. I dette tilfellet må det foretas en avveining mellom ytringsfriheten og retten til privatliv, jf. redegjørelsen i punkt 4.2.1 foran om blant annet seksuell orientering og kjønnsidentitet som aspekter ved retten til respekt for privatlivet. *Perinçek mot Sveits* gjaldt blant annet avveiningen mellom EMK artikkel 10 og 8 i en sak hvor klageren var straffedømt for å

ha uttalt på to pressekonferanser og i et politisk møte at det ikke hadde funnet sted noe folkemord på armenere i 1915. Armenernes rett til respekt for sin egen og sine forfedres verdighet ble ansett omfattet av retten til respekt for privatliv. I avsnitt 198 oppsummerer EMD følgende generelle utgangspunkter for avveiningen mellom de to rettighetene:

«198. The general principles applicable to cases in which the right to freedom of expression under Article 10 of the Convention has to be balanced against the right to respect for private life under Article 8 of the Convention were set out by the Grand Chamber in *Von Hannover*, cited above, §§ 104-07) and *Axel Springer AG v. Germany* ([GC], no. 39954/08, §§ 85-88, 7 February 2012). They can be summarised as follows

(i) In such cases, the outcome should not vary depending on whether the application was brought under Article 8 by the person who was the subject of the statement or under Article 10 by the person who has made it, because in principle the rights under these Articles deserve equal respect.

(ii) The choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the High Contracting Party's margin of appreciation, whether the obligations on it are positive or negative. There are different ways of ensuring respect for private life and the nature of the obligation will depend on the particular aspect of private life that is in issue.

(iii) Likewise, under Article 10 of the Convention, the High Contracting Parties have a margin of appreciation in assessing whether and to what extent an interference with the right to freedom of expression is necessary.

(iv) The margin of appreciation, however, goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by independent courts. In exercising its supervisory function, the Court does not have to take the place of the national courts but to review, in the light of the case as a whole, whether their decisions were compatible with the provisions of the Convention relied on.

(v) If the balancing exercise has been carried out by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for theirs.»

EMD tilkjenner altså nasjonale myndigheter en vid skjønnsmargin i avveiningen av retten til ytringsfrihet mot retten til privatliv dersom avveiningen er utført i overensstemmelse med kriteriene som følger av EMDs rettspraksis.

I *Perinçek mot Sveits* avsnitt 228 regner EMD opp følgende momenter som relevante for den konkrete vurderingen av om nasjonale myndigheter har funnet en rimelig balanse mellom ytringsfriheten og retten til privatliv:

«the nature of the applicant's statements; the context in which the interference occurred; the extent to which they affected the Armenians' rights; the existence or lack of

consensus among the High Contracting Parties on the need to resort to criminal-law sanctions in respect of such statements; the existence of any international-law rules bearing on this issue; the method employed by the Swiss courts to justify the applicant's conviction; and the severity of the interference.»

6.3.1 Nærmere om forholdsmessigheten av et forbud mot «konverteringsterapi»

Selv om Perinçek mot Sveits gjaldt en annen type ytringer, og momentene gjengitt ovenfor ble benyttet til å vurdere om nasjonale domstoler hadde funnet en rimelig balanse i den konkrete saken, kan flere av disse momentene være relevante for den mer abstrakte avveiningen mellom rettigheter som må gjøres ved vurderingen av om «konverteringsterapi» kan forbys.

Når det gjelder ytringenes art, er spørsmålet ifølge EMD om det er tale om en type ytring som nyter et forsterket eller et svakere vern etter EMK artikkel 10. I Perinçek mot Sveits avsnitt 230 oppsummeres rettstilstanden slik at «expression on matters of public interest is in principle entitled to strong protection, whereas expression that promotes or justifies violence, hatred, xenophobia or another form of intolerance cannot normally claim protection».

Vi antar at religiøst begrunnede meningsytringer i utgangspunktet nyter et relativt sterkt vern under EMK artikkel 10, jf. også retten til religionsfrihet etter EMK artikkel 9. I redegjørelsen for arbeidsgruppens forslag og vurderinger i vedlegget til KUDs bestilling til Lovavdelingen fremgår det imidlertid at rene meningsytringer eller ytringer som formidler et religiøst budskap, i utgangspunktet ikke skal anses som behandlingslignende påvirkningshandlinger, selv om de kan være sterkt ubehagelige for noen. Det legges videre til grunn at ytringer som fremsettes fra en talerstol til en større krets, som formidler et religiøst budskap og som uttrykker at for eksempel homofile kan endre sin seksuelle orientering, ikke vil rammes av et eventuelt forbud. Samtaler om en persons livssituasjon, herunder at en person har vanskeligheter med sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet, eller samtaler der en person gir uttrykk for sin religiøse overbevisning, vil som utgangspunkt ikke anses som påvirkningshandling, og heller ikke at en person gjennom samtaler forsøker å overbevise en annen om at vedkommende bør forsøke å endre sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet.

Forbudet vil altså ikke legge særlige begrensninger på adgangen til fritt å uttrykke synspunkter på spørsmål knyttet til seksuell orientering og kjønnsidentitet, verken i mediene, i offentlig debatt, fra en talerstol eller i samtale med andre. Det som derimot vil rammes av det skisserte forbudet, er ytringer som faller i en behandlingslignende situasjon, hvor formålet er å få en annen til å endre, undertrykke eller fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Dette kan ikke sammenlignes med ytringer om tema som har offentlig interesse, som etter EMDs praksis nyter det sterkeste vernet. Det kan ikke utelukkes at enkelte ytringer som faller i forbindelse med «konverteringsterapi», vil kunne krysse grensen for ytringer som fremmer eller

rettferdiggjør hat eller intoleranse, som etter EMDs praksis normalt ikke nyter vern under ytringsfriheten. Vi oppfatter imidlertid EMDs praksis slik at terskelen for at ytringer ikke skal være vernet av ytringsfriheten, er høy. Slik et eventuelt forbud mot «konverteringsterapi» er skissert, rekker det videre enn ytringer som når opp til denne terskelen. På denne bakgrunn antar vi at ytringene som forbudet vil gripe inn i, ikke er blant dem som nyter det sterkeste vernet etter EMK artikkel 10, men at de heller ikke er blant de ytringene som normalt ikke er vernet av ytringsfriheten overhodet.

Det vil kunne variere fra tilfelle til tilfelle hvilken kontekst inngrepet skjer i. En fellesnevner vil imidlertid være at det er en behandlingstilnærming, hvor det ifølge arbeidsgruppens notat «som utgangspunkt må være tale om flere handlinger som pågår over tid i en og samme påvirkningsprosess». For at enkeltstående handlinger skal rammes, må de ifølge arbeidsgruppen være mer kvalifisert, for eksempel vil forsøk på djevelutdrivelse kunne rammes, selv om det skjer som en enkeltstående handling. Handlingene må også være rettet mot konkrete enkeltpersoner. Det skisserte forbudet vil typisk ramme situasjoner hvor mottakeren er sårbar eller hvor det er et asymmetrisk forhold mellom den som utøver og den som mottar «konverteringsterapi», enten fordi den som mottar «konverteringsterapi» er et barn eller fordi det foreligger omstendigheter som medfører at mottakeren ikke har gitt et reelt samtykke eller det er usikkert om det foreligger et reelt samtykke.

Forbudet vil derimot ikke ramme situasjoner hvor personer gir uttrykk for sitt syn på spørsmål knyttet til seksuell orientering og kjønnsidentitet fra en talerstol, i mediene eller i samtale. Det vil heller ikke ramme enkeltstående oppfordringer til å endre eller til å undertrykke eller fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet.

Det er videre relevant i hvilken grad ytringene påvirker andres rettigheter. Som det fremgår i punkt 4.3.2 ovenfor, utgjør seksuell orientering og kjønnsidentitet sentrale elementer i en persons identitet. Retten til en egen identitet nyter et sterkt vern under retten til respekt for privatliv. Uttalelser som har til formål å få noen til å endre, undertrykke eller fornekte sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet, kan potensielt gripe sterkt inn i denne retten. «Konverteringsterapi» overfor barn vil kunne gripe sterkt inn i deres utvikling av en egen identitet. At mottakeren av ytringene er et barn, kan etter EMDs praksis være relevant: I saken *Vejdeland mot Sverige* la EMD for eksempel vekt på at brosjyrene med nedsettende uttalelser om homofile var blitt pådyttet unge mennesker «at an impressionable and sensitive age», ved at de var lagt i skapene til elever som ikke hadde mulighet til å nekte å ta dem imot.

I tilfeller hvor «konverteringsterapi» skjer på tross av at mottakeren klart ikke har samtykket til «terapien», er inngrepet i retten til privatliv betydelig. I andre tilfeller vil grensedragningen mellom frivillig «konverteringsterapi» og situasjoner hvor valget om å motta «konverteringsterapi» er påvirket av en sårbarhet eller et avhengighetsforhold, være vanskelig. For personer som selv ønsker å motta «konverteringsterapi», vil «konverteringsterapien» kunne oppleves som et middel til å oppnå en ønsket

identiteten, og ikke som et inngrep i retten til å utvikle sin identitet. Dette vil kunne være situasjonen i de tilfellene hvor det er usikkert om det er gitt et reelt samtykke eller hvor barn – og da særlig ungdom som nærmer seg myndighetsalder – selv ønsker å motta «konverteringsterapi». Selv om det vil kunne oppstå vanskelige grensetilfeller, synes utilbørighetsbegrensningen å sikre at forbudet mot å utføre «konverteringsterapi» overfor voksne, hovedsakelig rammer situasjoner hvor «terapien» vil påvirke mottakerens rett til privatliv i betydelig grad. For øvrig viser vi til vurderingen i punkt 4.3.2 og 4.3.3 om forholdsmessigheten av et forbud som omfatter tilfeller der det er usikkert om det er gitt et reelt samtykke og av et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor barn.

Så vidt vi forstår, foreligger det ingen konsensus blant Europarådets medlemsstater om behovet for å forby «konverteringsterapi». Etter det vi har fått opplyst, har kun noen få stater (Tyskland og Malta) vedtatt forbud mot «konverteringsterapi».

Som vi har vært inne på, vil enkelte handlinger som kan inngå i «konverteringsterapi», kunne være så alvorlige at statene har en plikt til å beskytte mot dem. Det eksisterer etter vår vurdering derimot ingen folkerettslig forpliktelse til å forby enhver form for «konverteringsterapi», og heller ikke til å vedta et slikt forbud som skisseres i bestillingen.

Når det gjelder inngrepets alvorlighetsgrad, viser vi til at det primært skisseres et straffesanksjonert forbud. Etter EMDs praksis har det betydning i forholdsmessighetsvurderingen at straff er en inngripende reaksjon.

Etter vår vurdering må statene ha en vid skjønnsmargin til å gripe inn i den typen ytringer som vil kunne rammes av det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi». Både ytringenes art og konteksten for ytringer som vil rammes, tilsier at ytringene ikke vil ligge i kjernen av det ytringsfriheten skal beskytte, nemlig det frie ordskiftet. Samtidig kan ytringer som vil rammes av forbudet, gripe sterkt inn i andres rett til privatliv. At det ikke foreligger noen konsensus blant Europarådets stater om behovet for å forby «konverteringsterapi» og at det ikke kan sies å foreligge noen folkerettslig forpliktelse til å innføre et forbud i den formen som skisseres, er ytterligere momenter som taler for at det først og fremst bør være nasjonale myndigheter som foretar avveiningen mellom de kryssende rettighetene. At det eventuelt innføres et straffesanksjonert forbud, vil ikke i seg selv medføre at inngrepet blir uforholdsmessig. Det må imidlertid vurderes nøye hvilken strafferamme forbudet skal ha, i lys av at reaksjonen ved overtredelse ikke må være uforholdsmessig tyngende.

På denne bakgrunn finner vi at det skisserte forbudet mot «konverteringsterapi» ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep i verken utøverens eller mottakerens rett til ytringsfrihet etter Grunnloven § 100, EMK artikkel 10, SP artikkel 19 eller BK artikkel 13. Det gjelder både forbudet mot «konverteringsterapi» overfor voksne med en utilbørighetsbegrensning og det absolutte forbudet mot slik «terapi» overfor barn. Et

eventuelt absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor voksne synes derimot å være et uforholdsmessig inngrep i utøverens og mottakerens ytringsfrihet, særlig fordi ytringene ikke kan sies å gripe inn i retten til privatliv overfor voksne som klart har gitt samtykke til «terapien».

7. VURDERING AV ENKELTE ANDRE SPØRSMÅL

7.1 Vern om eiendom

Eiendomsretten er beskyttet av EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1 (P1-1), som lyder slik:

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

I den grad «konverteringsterapi» utføres som del av næringsvirksomhet, kan det stilles spørsmål om et forbud mot å utføre «konverteringsterapi» utgjør et inngrep i eiendomsretten etter P1-1.

Det skisserte forbudet vil kunne ramme den fremtidige inntekten til eventuelle kommersielle tilbydere av «konverteringsterapi». Det vil derimot ikke medføre noen plikt til å tilbakebetale allerede opptjent inntekt. Et fremtidig inntektstap er ikke i seg selv beskyttet av eiendomsretten etter P1-1, og det foreligger derfor ikke et inngrep i eiendomsretten ved at forbudet vil kunne ramme fremtidig inntekt. Dette er lagt til grunn blant annet i EMDs storkammerdom *Anheuser-Busch Inc. mot Portugal*, saksnr. 73049/01, 11. januar 2007, hvor EMD uttaler følgende i avsnitt 64: «Article 1 of Protocol No. 1 applies only to a person's existing possessions. Thus, future income cannot be considered to constitute "possessions" unless it has already been earned or is definitely payable.» Se også storkammerdommen *Denisov mot Ukraina*, saksnr. 76639/11, 25. september 2018, avsnitt 137.

Etter EMDs praksis vil imidlertid også regulering som påvirker verdien av en virksomhets kundegrunnlag, av virksomhetens gode navn og rykte eller av virksomheten generelt, kunne anses som inngrep i eiendomsinteresser etter P1-1, se for eksempel *Könyv-Tár Kft m.fl. mot Ungarn*, saksnr. 21623/13, 16. oktober 2018 og *Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige*, saksnr. 10873/84, 7. juli 1989. Selv om vi vanskelig kan se for oss at et forbud mot «konverteringsterapi» vil få slike konsekvenser, er det ikke prinsipielt utelukket. EMD har tolket inn et forholdsmessighetskrav i P1-1 andre ledd, men har lagt til grunn at statene har en vid skjønnsmargin både i valg av tiltak og ved vurderingen av om konsekvensene av

tiltakene er legitime ut fra hensynet til allmennhetens interesse og det formålet som søkes oppnådd. I lys av konklusjonene våre ovenfor knyttet til forholdsmessigheten av inngrep i ulike rettigheter, kan vi ikke se at et forbud mot å utøve «konverteringsterapi» skulle utgjøre et uforholdsmessig inngrep i eiendomsretten etter P1-1.

7.2 Forbud mot diskriminering

Forbud mot «konverteringsterapi» kan reise spørsmål knyttet til menneskerettslige diskrimineringsforbud, jf. EMK artikkel 14, SP artikkel 26 og BK artikkel 2. Grunnloven § 98 inneholder også et forbud mot «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

EMK artikkel 14 lyder som følger:

«The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.»

Selv om et forbud mot «konverteringsterapi» er generelt utformet, kan det argumenteres for at et slikt forbud først og fremst vil ramme religiøse personer og trossamfunn, slik at det medfører en indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av særlig religion. Bestemmelsen rammer både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Slik forskjellsbehandling vil imidlertid ikke stride mot konvensjonsvernet mot diskriminering hvis den forfølger et legitimt formål og det er forholdsmessighet mellom midlene som brukes og målet som søkes oppnådd.

Et eventuelt forbud vil som tidligere nevnt ha til formål å sikre retten til privatliv, beskytte helse og nettopp hindre diskriminering. Dette vil stille seg likt enten det er tale om religiøst motivert «konverteringsterapi» eller ikke. Etter Lovavdelingens syn er det ikke grunn til å tro at et forbud som ikke anses å være i strid med retten til religionsfrihet etter artikkel 9, vil stride mot diskrimineringsforbudet i artikkel 14. Vi antar derfor at et forbud mot «konverteringsterapi», så lenge det er generelt uformet, ikke vil være i konflikt med EMK artikkel 14. I denne sammenheng nevner vi også S.A.S. mot Frankrike (avsnitt 160-162), der EMD kom til at det franske forbudet mot ansiktsdekkende plagg på offentlig sted ikke var i strid med diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14, under henvisning til begrunnelsen for at forbudet ikke krenket retten til religionsfrihet.

Av samme grunner antar vi at et forbud mot «konverteringsterapi» ikke vil komme i konflikt med diskrimineringsforbudene i SP artikkel 26, BK artikkel 2 eller Grunnloven § 98.

7.3 Særlig om et eventuelt forbud mot forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer som ikke har «samtykkekompetanse»

Det fremgår av arbeidsgruppens notat at «Lovavdelingen bør vurdere om Norges menneskerettslige forpliktelser tilsier at et forbud mot behandlingslignende påvirkningshandlinger overfor personer som ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer (at en person mangler «samtykkekompetanse») bør være absolutt». Vi antar at det sentrale spørsmålet her, som ellers i vår vurdering, er om de menneskerettslige forpliktelsene er *til hinder for* et slikt absolutt forbud, dvs. uten en utilbørighetsbegrensning. Vi forutsetter at det ved et slikt absolutt forbud skal gjøres en nærmere vurdering av om en person i en konkret situasjon har vært i stand til å forstå hva et samtykke til «konverteringsterapi» innebærer, og ikke at det legges til grunn at enkelte grupper av personer per definisjon ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer, for eksempel på grunnlag av diagnose.

Personer som måtte anses ikke å ha «samtykkekompetanse», er omfattet av menneskerettighetskonvensjonene behandlet ovenfor, og har de samme rettigheter som andre personer. Det må derfor foretas en tilsvarende avveining for denne gruppen mellom de ulike rettighetene et forbud mot «konverteringsterapi» kan berøre. Vi viser til drøftelsene i punkt 4, 5 og 6 ovenfor.

Norge er i tillegg folkerettslig forpliktet til å overholde FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Det følger av CRPD artikkel 12 nr. 2 at «States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life». Etter CRPD artikkel 4 er statene forpliktet til å sikre og fremme full gjennomføring av alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter for alle mennesker med nedsatt funksjonsevne, uten diskriminering av noe slag på grunn av nedsatt funksjonsevne.

Komiteen for rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne har i generell kommentar nr. 1 (2014) om likhet for loven uttalt at praksiser som fratar noen rettslig handleevne på bakgrunn av antatt mangelfull mental kapasitet, innebærer diskriminering. Tilnærmingen hvor rettslig handleevne bedømmes på bakgrunn av om en person kan forstå hva en konkret beslutning innebærer, hvilke konsekvenser den vil ha eller en persons evne til å nyttiggjøre seg og veie relevant informasjon, betegnes av CRPD-komiteen som en «funksjonell tilnærming». Komiteen gir i avsnitt 15 uttrykk for at den funksjonelle tilnærmingen, i likhet med tilnærminger som baserer seg på diagnose eller på konsekvensene av en beslutning, medfører en diskriminerende nektelse av rettslig handleevne:

«This approach is flawed for two key reasons: (a) it is discriminatorily applied to people with disabilities; and (b) it presumes to be able to accurately assess the inner-workings of the human mind and, when the person does not pass the assessment, it then denies him or her a core human right — the right to equal recognition before the law. In all of those approaches, a person's disability and/or decisionmaking skills are taken as legitimate

grounds for denying his or her legal capacity and lowering his or her status as a person before the law. Article 12 does not permit such discriminatory denial of legal capacity, but, rather, requires that support be provided in the exercise of legal capacity.»

Høyesterett har foreløpig ikke tatt tydelig stilling til hvilken vekt som skal legges på CRPD-komiteens generelle kommentarer. I dom 20. desember 2016 (HR-2016-2591-A) fant ikke Høyesterett grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet (avsnitt 57-58):

«(57) Det er på det rene at komitéuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende, jf. Rt-2009-1261 avsnitt 41 (Sri Lanka). Synspunktet er senest lagt til grunn i Rt-2015-1388 avsnitt 151 (lengeværende barn II). Samtidig er det klart at slike uttalelser kan ha betydelig vekt som rettskilde, jf. Rt-2008-1764 avsnitt 81 om konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité, eventuelt vekt etter en mer sammensatt og konkret vurdering, jf. Rt-2015-1388 avsnitt 151 flg. med ytterligere henvisninger.

(58) Det er imidlertid – slik foreliggende sak ligger an – ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på vekten av uttalelsene fra CRPD. Dette har sammenheng med at den norske tolkningserklæringen til artikkel 12 etter mitt syn må føre til at konvensjonen får begrenset betydning når rekkevidden av vergemålsloven § 22 andre ledd skal fastlegges i lys av folkeretten.»

Som nevnt innledningsvis har Høyesterett lagt til grunn at vekten av generelle kommentarer under andre FN-konvensjoner avhenger av hvor godt uttalelsene er forankret i konvensjonsteksten, om uttalelsene må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene eller snarere en tilråding om optimal praksis, og om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde. Slik CRPD-komiteens uttalelser er formulert, synes komiteen å gi uttrykk for en forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonen, og ikke bare en tilråding om optimal praksis. Det kan imidlertid spørres hvor godt disse uttalelsene er forankret i konvensjonsteksten.

I CRPD artikkel 2 defineres diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne slik:

«[A]ny distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation;»

Et absolutt forbud mot «konverteringsterapi» overfor personer som ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer, vil ikke innebære at diagnose brukes som kriterium for forskjellsbehandling. Det er dermed ikke tale om noen direkte forskjellsbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne. I praksis kan imidlertid et slikt forbud antas å medføre at personer med kognitive funksjonsnedsettelse i større grad enn andre ikke gis muligheten til selv å avgjøre om de skal motta «konverteringsterapi». Følgelig kan

et slikt forbud medføre indirekte forskjellsbehandling av personer med kognitive funksjonsnedsettelser.

Under ulike internasjonale diskrimineringsbestemmelser legges det vanligvis til grunn at en forskjellsbehandling ikke er diskriminerende hvis den har en objektiv og rimelig begrunnelse, som gjerne utdypes med at forskjellsbehandlingen må forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig, jf. punkt 7.2 foran. Hvorvidt forskjellsbehandling kan tillates under CRPD hvis slike vilkår er oppfylt, fremgår ikke av konvensjonstekstens ordlyd og det er heller ikke omtalt i CRPD-komiteens generelle kommentarer. Praksis fra CRPD-komiteen i individuelle klagesaker er ikke entydig på dette punktet (se gjennomgåelse av komitépraksis i Gubai, «Beyond the Pragmatic Definition? The Right to Non-discrimination of Persons with Disabilities in the Context of Coercive Interventions», Health and Human Rights Journal, vol. 22/1, juni 2020), men i enkelte individklagesaker har CRPD-komiteen lagt til grunn at indirekte forskjellsbehandling utgjør diskriminering dersom den savner en objektiv og rimelig begrunnelse, se H.M. mot Sverige (CRPD/C/7/D/3/2011), 19. april 2012, Marlon James Noble mot Australia (CRPD/C/16/D/7/2012), 2. september 2016 og Iuliia Domina og Max Bendtsen mot Danmark (CRPD/C/20/D/39/2017), 31. august 2018.

Lovbestemmelser basert på en funksjonell tilnærming til rettslig handleevne finnes allerede i norsk rett, se for eksempel vergemålsloven § 20 andre ledd og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Reglene om tilregnelighet i straffeloven § 20 kan også sies å bygge på elementer av funksjonell tilnærming. Ifølge Banteaks m.fl., The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2018, s. 352 benyttes den funksjonelle tilnærmingen eller varianter av den i økende grad i lovgivning verden over. Det synes ikke å være holdepunkter for å anta at statene som er parter i CRPD, har hatt en oppfatning om at lovbestemmelser som bygger på en funksjonell tilnærming til rettslig handleevne, per definisjon er diskriminerende i strid med CRPD.

Vi mener at det er rimelig å legge til grunn at CRPD, i likhet med andre sentrale FN-konvensjoner, tillater indirekte forskjellsbehandling dersom den har en objektiv og rimelig begrunnelse. Vi antar at et forbud mot behandlingslignende påvirkningshandlinger overfor personer som ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer, vil ha til formål å verne om personens helse og integritet og beskytte personen mot overgrep og utnytting, noe som må anses som saklige formål. Med den begrensede informasjonen som fremgår av arbeidsgruppens notat, har vi ikke grunnlag for å vurdere nødvendigheten og forholdsmessigheten av et slikt absolutt forbud. Det må også vurderes nærmere om hensynene et slikt absolutt forbud eventuelt skulle ivareta, kan ivaretas tilstrekkelig på andre måter, for eksempel ved den generelle utilbørighetsvurderingen hvor kognitiv funksjonsevne ifølge arbeidsgruppens notat inngår som et relevant moment.

Vi antar på denne bakgrunn at CRPD ikke nødvendigvis vil være til hinder for et absolutt forbud mot konverteringsterapi overfor personer som ikke er i stand til å forstå

hva et samtykke innebærer. For at en slik bestemmelse ikke skal medføre indirekte diskriminering i strid med CRPD, må imidlertid behovet for en slik bestemmelse begrunnes nærmere, i tråd med kravene til en objektiv og rimelig begrunnelse skissert ovenfor. Vi nevner at hensynet til å unngå diskriminering av personer med nedsatt funksjonsevne, også må tas i betraktning når det skal skisseres nærmere hvordan kognitiv funksjonsevne skal inngå som moment i utilbørighetsvurderingen.

7.4 Eventuell sivilrettslig regulering av «konverteringsterapi»

I brevet fra KUD uttales følgende:

«Utgangspunktet skal være at forbudet skal straffesanksjoneres. Dersom det ikke lar seg gjøre å formulere straffebudet tilstrekkelig klart, vil embetsgruppen vurdere om forbudet skal være sivilrettslig. Kulturdepartementet ber derfor Lovavdelingen prinsipalt ta utgangspunkt i et strafferettslig forbud, og subsidiært en sivilrettslig regulering der brudd på reguleringen kan gi grunnlag for pålegg om stansing og rett til oppreisning og erstatning.»

I tråd med dette har vurderingen ovenfor tatt utgangspunkt i et strafferettslig forbud. Beskrivelsen i bestillingen av en eventuell sivilrettslig regulering er knapp, og vi har begrenset grunnlag for å vurdere et slikt forbud nærmere. I utgangspunktet kan vi ikke se at en eventuell sivilrettslig regulering skulle reise spørsmål som ikke er dekket av vurderingen ovenfor, slik at det skulle være prinsipielle menneskerettslige innvendinger til en slik regulering. Hvorvidt dette er et område som det er hensiktsmessig å regulere sivilrettslig, er et spørsmål som går utenfor rammene av bestillingen til Lovavdelingen.

8. ET FORBUD MOT Å MARKEDSFØRE "KONVERTERINGSTERAPI" OVERFOR ENHVER

Lovavdelingen er i bestillingen punkt 2 bedt om å vurdere om Norges menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner er til hinder for «[e]t forbud mot å markedsføre behandlingslignende påvirkningshandlinger uavhengig av om terapien skjer som ledd i økonomisk aktivitet». Det skisserte forbudet retter seg mot enhver, og det skal gjelde all markedsføring, uavhengig av mottaker. «Konverteringsterapi» er i denne sammenhengen definert på samme måte som i bestillingen punkt 1, men det er ikke et krav om at påvirkningshandlingen er utilbørlig. I arbeidsgruppens notat fremgår følgende om formålet med et slikt forbud:

«Å markedsføre konverteringsterapi kan bidra til stigmatisering og diskriminering av LHBTIQ-personer. Markedsføring kan også føre til at etterspørselen øker og til at flere personer blir utsatt for sosialt press for å få ham eller henne til å oppsøke slik praksis. Et forbud mot markedsføring vil derfor kunne være et preventivt tiltak for å forhindre påvirkningshandlinger.»

Et forbud mot å markedsføre «konverteringsterapi» vil kunne reise spørsmål om rett til religionsfrihet og rett til ytringsfrihet for enkeltpersoner og trossamfunn. Basert på arbeidsgruppens beskrivelse av formålet med forbudet legger vi til grunn at forbudet vil ivareta formål som er legitime ved inngrep i disse rettighetene, nemlig å beskytte andres rettigheter og friheter og å beskytte helsen. Vi mener at drøftelsen i punkt 4.3, 5.3 og 6.3 av adgangen til å gjøre inngrep i de ulike rettighetene i hovedsak er dekkende også for vurderingen av om et slikt forbud mot markedsføring av «konverteringsterapi» er i tråd med menneskerettslige forpliktelser. Vi kan ikke se at det er problematisk fra et menneskerettslig perspektiv at forbudet, i motsetning til forbudet mot å utføre «konverteringsterapi», ikke inneholder noen utilbørighetsbegrensning. Det fremstår lite praktikabelt å begrense et markedsføringsforbud til situasjoner hvor påvirkningshandlinger vil være utilbørlige eller til utilbørlig markedsføring.

I den grad markedsføring av «konverteringsterapi» skjer i kommersiell sammenheng, er det grunn til å presisere at retten til ytringsfrihet også gjelder kommersielle ytringer. Som nevnt i punkt 6.3 ovenfor har statene etter EMDs praksis en vid skjønnsmargin i vurderingen av behovet for inngrep i kommersielle ytringer. I lys av ytringsfriheten er det også sentralt at arbeidsgruppens notat presiserer at et eventuelt forbud ikke vil ramme «kampanjer i trykt skrift, sosiale medier eller lignende om at homofili er synd eller at transpersoner er “feil”». Vi vurderer også omtalen av vernet om eiendomsretten etter EMK P1-1 i punkt 7.1 som dekkende for de begrensningene forbudet vil medføre for markedsføring av «konverteringsterapi» i kommersiell sammenheng.

Vi understreker imidlertid at vi ikke har vurdert i hvilken grad markedsføringsloven eller annen lovgivning allerede er til hinder for markedsføring av «konverteringsterapi». Det vil være sentralt i vurderingen av forholdsmessigheten av et slikt forbud om eksisterende lovgivning allerede i tilstrekkelig grad ivaretar formålene bak et slikt eventuelt markedsføringsforbud.

Med forbehold for at vi ikke har vurdert forholdet til eksisterende lovgivning, finner vi at Norges menneskerettslige forpliktelser ikke er til hinder for det skisserte forbudet mot markedsføring av «konverteringsterapi».

9. ET FORBUD MOT Å FREMSETTE KONKRETE TILBUD OM "KONVERTERINGSTERAPI"

Lovavdelingen er i bestillingen punkt 3 bedt om å vurdere om Norges menneskerettslige forpliktelser etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner er til hinder for «[e]t forbud mot å tilby behandlingslignende påvirkningshandlinger til en eller flere bestemte personer under 18 år, samt til personer over 18 år under omstendigheter som gjør slik handling utilbørlig» (alternativ a). I lys av vår konklusjon i punkt 4, 5 og 6 ovenfor er det ikke nødvendig å vurdere alternativ b.

Vi mener at drøftelsene i punkt 4, 5 og 6 av adgangen til å gjøre inngrep i de ulike rettighetene, i hovedsak er dekkende også for vurderingen av om et slikt forbud mot å tilby «konverteringsterapi» er i tråd med menneskerettslige forpliktelser. Vi kan ikke se at et slikt forbud reiser menneskerettslige problemstillinger som skulle medføre en annen konklusjon enn den vi kom til i punkt 4, 5 og 6.

På denne bakgrunn finner vi at Norges menneskerettslige forpliktelser ikke er til hinder for det skisserte forbudet mot å fremsette konkrete tilbud om «konverteringsterapi».

Med hilsen

Ketil Bøe Moen
ekspedisjonssjef

Astrid Rikheim
rådgiver

Dokumentet er godkjent og sendes uten signatur