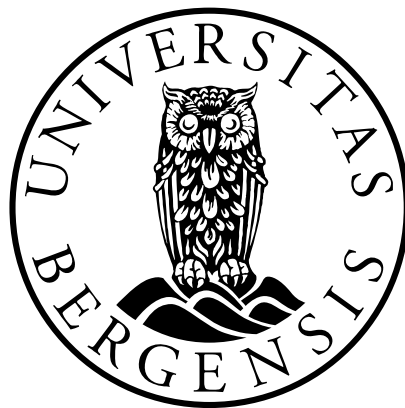


Kriminalisering av konverteringsterapi

Betydningen av et samtykke

Kandidatnummer: 68

Antall ord: 14 983



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.1.1	Begrepsavklaring.....	6
1.1.2	Avgrensning	6
2	Hoveddel	7
2.1	Hva er straff?	7
2.2	Straffens hovedfunksjon	8
2.3	Straffens begrunnelse	8
2.3.1	Straffens etikk	8
2.3.2	Den norske modellen.....	10
2.3.3	Straffens begrunnelse i relasjon til konverteringsterapi.....	12
2.4	Når straffer vi?.....	13
2.4.1	Skadefølgeprinsippet.....	13
2.4.2	Tilfeller der straff normalt ikke bør brukes	14
2.4.2.1	Skade på seg selv	15
2.4.2.1.1	I relasjon til konverteringsterapi	15
2.4.2.1.1.1	<i>Hva begrunner departementet et absolutt forbud med?</i>	17
2.4.2.2	Moralske normer og konverteringsterapi	19
2.4.2.3	Lovgivers bevisbyrde i relasjon til konverteringsterapi	19
2.4.2.3.1	<i>Innvending til typetilfellet skissert i pkt. 1.1</i>	21
2.4.3	Tilleggsvilkårene – siste utvei og hensiktsmessighet.....	22
2.4.3.1	I relasjon til lovforslaget.....	23
3	Samtykke.....	27
3.1	Ansvarslæren	27
3.2	Kriminalisert gjerning og rettsstrid.....	28
3.2.1	Rettsstridsbegrepet	28
3.2.2	Det materielle rettsstridsbegrepet, strafferettens overordnede oppgave og rettsstridsreservasjonen	29
3.2.3	Rettsstridsvurderingen, samtykke og skadefølgeprinsippet.....	30
3.2.4	Det materielle rettsstridsbegrepet og lovforslaget.....	32
3.2.5	Samtykkebestemmelser i strafferetten	32

3.2.6	Avgrensning av straffriheten i relasjon til konverteringsterapi.....	33
3.2.7	Samtykkebestemmelser i andre lands strafferett	37
3.3	Vilkår for virksomt samtykke.....	38
3.3.1	Samtykkevilkår oppsummert.....	40
3.4	Hva innebærer et virksomt samtykke for straffens begrunnelse?.....	40
3.5	Kritiske innvendinger	42
3.5.1	Virksomt samtykke lar seg ikke avgi	42
3.5.2	Samtykkekompetanse.....	43
3.5.3	Avveiningen	44
3.6	Menneskerettsbestemmelser og konverteringsterapi.....	45
4	Konklusjon	48
5	Litteraturliste	50

1 Innledning

Individets frihet og likhet har siden Adler og Falsens grunnlovsutkast i 1814 vært grunnpremisser for demokratiet og den norske rettsordenen. Idéen om at alle mennesker er født frie og er like mye verdt, er forankret i menneskerettighetene og oppleves i dag så selvsagt at det er vanskelig å ta inn over seg at ikke alle deler den.

Kriminalisering av konverteringsterapi dreier seg om å verne om nettopp individets likhet. Forslaget om et absolutt forbud mot konverteringsterapi går ut på at den som krenker en annen ved å endre, fornekte eller undertrykke hens seksuelle orientering eller kjønnsidentitet, skal kunne straffes uten hensyn til fornærmedes ønske og samtykke.

Forbudet åpner sider til både straffens begrunnelse og menneskerettighetene. Straffens begrunnelse er en essensiell del av strafferettsinstitusjonen, og det oppstår særlige spørsmål når individets frihet innskrenkes av et absolutt forbud. Det fremstår ikke treffende å straffe handlinger som er motivert og gjennomført utelukkende etter «fornærmedes» egen vilje.

Dersom individets frihet skal opprettholdes som et overordnet siktemål i rettsordenen, bør enhver begrensning av samtykkets betydning være helt nødvendig. Kan det stilles spørsmål ved begrunnelsen for straff og ivaretagelsen av sentrale menneskerettigheter, er behovet for nyanserte kriminaliseringsvurderinger enda større. I et absolutt forbud mot konverteringsterapi ligger det en rekke hensyn – og lovforslaget gir ikke nødvendigvis tilstrekkelig uttrykk for alle.

1.1 Tema og problemstilling

Opgavens overordnede tema er betydningen av et samtykke i strafferetten. Den konkrete problemstillingen dreier seg om strafferettslig regulering av konverteringsterapi. Det har vært forsøkt kriminalisert tidligere, men ikke munnet ut i et straffebed. I skrivende stund ligger et nytt lovforslag til første behandling på Stortinget – det mest inngripende til nå.

Kultur- og likestillingsdepartementet foreslår som ny § 270 første ledd

«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som krenker en annen ved å anvende psykoterapeutisk, medisinsk, alternativmedisinsk eller religiøst baserte metoder eller

lignende systematiske fremgangsmåter, i den hensikt å påvirke vedkommende til å endre, fornekte eller undertrykke sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet»¹.

Ordlyden inneholder ikke noe samtykkevilkår. Forslaget gir derfor uttrykk for et absolutt forbud. Departementet foreslår at et samtykke skal være et moment i helhetsvurderingen, men ikke avgjørende².

Samtykket var gjenstand for diskusjon også da Solberg-regjeringen fremmet sitt lovforslag i 2021. Konverteringsterapi skulle straffes dersom den var begått uten samtykke *eller* under andre omstendigheter som gjorde den utilbørlig³. Forslaget inneholdt klare kvalifiserende elementer for straffbarhetsterskelen. Etter bestilling fra regjeringen, vurderte Lovavdelingen forslaget.

Én av vurderingene var hvordan et konverteringsterapiforbud stod seg overfor voksne som har gitt et reelt samtykke. Lovavdelingen la avgjørende vekt på samtykke- og utilbørlighetsvilkåret, og fant at man *ved disse* i tilstrekkelig grad ivaretok selvbestemmelsesretten⁴. Både Lovavdelingens og departementets vurderinger ga uttrykk for at det ikke var adgang til et absolutt forbud mot voksne personer. Individets frihet og selvbestemmelsesrett måtte veie tungt.

I motsetning til Solberg-regjeringens forslag, inneholder det foreliggende verken et samtykke- eller utilbørlighetsvilkår. Utelatelsen av disse gjør at forslaget representerer et sterkere vern av LHBT+-personer. Til tross for at dette isolert sett fremstår aktverdig, har et slikt ytterligere vern konsekvenser for den enkeltes selvbestemmelsesrett. Vektingen åpner for innvendinger ut fra både de norske kriminaliseringsprinsippene og menneskerettighetene.

Lovforarbeidet, Prop. 132 L (2022-2023), var ferdig i juni. Den 30.11. avga Familie- og kulturkomitéen Innst. 105 L (2023-2024), og første behandling i Stortinget ble avholdt 07.12. Etter behandlingen synes det å være politisk flertall for forslaget, men forventet votering er 12.12. – dagen etter innlevering av denne avhandlingen. Oppgavens tema kunne derfor knapt vært mer dagsaktuelt. Ettersom det p.t. fremdeles er et *lovforslag*, er det med dette

¹ Prop. 132 L (2022-2023)

² Ibid. pkt. 1.1

³ Solberg-regjeringens høringsnotat om regulering av konverteringsterapi s. 5

⁴ Lovavdelingens vurdering, 25.03.21, pkt. 4.2.2

utgangspunktet oppgaven er skrevet. Et vedtak i Stortinget rokker uansett ikke ved oppgavens materielle vurderinger.

Oppgavens hovedfokus er samtykkebetydningen. Særlig ett typetilfelle har dannet bakteppet gjennom arbeidet med oppgaven: A er religiøs, overbevist om at hens seksuelle orientering ikke er akseptabel innenfor hens trosretning og føler derfor stor skam. A ønsker ikke å gi slipp på sin religiøse overbevisning og oppsøker B, som tilbyr samtalebaserte behandlingsmetoder med sikte om et bedre liv for A. A gir et reelt, fritt og virksomt samtykke til å behandles av B. Etter en tid med terapi, lærer A å leve med sin seksuelle orientering uten å føle skam eller behov for å agere på egen seksualitet. A ville ikke vært Bs hjelp foruten. Idet mottakeren, som her, har gitt et virksomt samtykke til konverteringsterapi, kan en spørre hvorfor utøveren likevel bør straffes.

Straffens begrunnelse og strafferettens overordnede oppgave utgjør med dette en sentral del av oppgaven. Oppgaven er ikke ment å være en gyldighetsprøving av lovforslaget. Når kriminaliseringsprinsippene likevel vurderes mot lovforslaget, er det fordi prinsippene gir et godt bilde av hva som er aktuelt, og mer interessant – hva som *ikke* er aktuelt – å straffe. Dette leder analysen naturlig over i samtykkediskusjonen⁵.

Oppgaven er i stor grad et forsøk på refleksjon rundt de særegne problemstillinger som oppstår i samspillet mellom et absolutt forbud og individets samtykkekompetanse. Det ligger noen premisser i lovforslaget som åpner for diskusjon og som, etter mitt syn, ikke har vært tilstrekkelig drøftet. Lovforslaget brukes for å ramme inn en mer overordnet vurdering av det strafferettslige samtykket og retten til privatautonomi, som vil kunne ha betydning ut over oppgavens tema.

Det strafferettslige samtykket må derfor drøftes. Det vil gjennomgående vurderes hvorvidt forslaget i tilstrekkelig grad balanserer de motstående hensyn. Dersom det er aktuelt, vil også alternative løsninger foreslås.

Først etter å ha redegjort for det øvrige, er en i stand til å vurdere hovedproblemstillingen: Er det i lys av straffens begrunnelse og betydningen av et samtykke, adgang til å innføre et absolutt forbud mot konverteringsterapi?

⁵ Jf. pkt. 3

1.1.1 Begrepsavklaring

Konverteringsterapi kan trekke i retning av en akseptert behandlingsmåte og at lhbt+-gruppen har en identitet som kan behandles⁶. Begrepet må ikke forstås slik. Det er utelukkende av praktiske hensyn at terminologien brukes gjennom oppgaven, og medfører *ingen* anerkjennelse av slik praksis.

Et annet begrep som vil brukes er *absolutt forbud*. Dette innebærer ikke noe annet enn et forbud hvis fornærmedes samtykke er uten betydning etter straffebudet.

Terminologien *straffriende samtykke* forekommer også tidvis. Begrepet er ikke ment å rokke ved synet som tas til orde om samtykke som en del av vurderingen av kriminalisert gjerning. Meningen er å uttrykke at en handling som ellers ville vært straffbar, på gitte vilkår er straffriende ved fornærmedes samtykke. Terminologien er festnet og utbredt i juridisk teori, og vil derfor tidvis også brukes i det følgende.

Det er ikke treffende å anse en som samtykker og ønsker en handling påført mot seg som *fornærmet*. Slik terminologi blir aktuell først dersom lovforslaget går gjennom. Oppgaven vil derfor bruke *mottaker* og *utøver* av konverteringsterapi. Terminologien *fornærmet* og *gjerningsperson* vil likevel brukes der det ikke utelukkende dreier seg om konverteringsterapitilfellene. Innholdet i begrepene er i alle tilfeller det samme.

1.1.2 Avgrensning

Opgaven er ikke ment å trekke i tvil hvorvidt et absolutt forbud rettet mot barn under 18 år, er velbegrunnet. Her gjør særlige samtykkehensyn seg gjeldende, og jeg avgrensner derfor mot disse spørsmålene. Lovforslagets sider til forbud mot markedsføring av konverteringsterapi vil heller ikke bli omtalt.

Det brukes gjennomgående eksempler ut fra seksuell orientering. Det er ikke meningen at dette skal utgjøre avgrensninger. Det er utelukkende for å illustrere oppgavens praktiske side. Tilsvarende behandling av kjønnsidentitet kan også tenkes, og vurderingene og hensynene vil langt på vei være de samme.

⁶ Prop. 132 L (2022-2023) s. 7

2 Hoveddel

2.1 Hva er straff?

Andenæs formulerte en materiell definisjon av hva straff er, og strafferettsteorien har brukt denne siden. Ifølge Andenæs er straff «et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde»⁷. Både rettspraksis og forarbeidene til straffeloven har fastlagt dette som begrepets innhold⁸. Det ligger allerede i definisjonen at straff verken kan eller bør ilegges uten at gode grunner taler for det. For å tilføre borgerne et tilsiktet onde kreves det derfor «moralsk berettigelse»⁹.

For at straff skal være aktuelt, må det først foreligge en «lovovertrædelse». Det er overtrædelsen av det lovgiver i straffeloven har definert som forbrytelser som er katalysatoren for at et individ skal straffeforfølges. Straffen skal både objektivt og subjektivt oppleves som et «onde». Dette tilsier at slik reaksjon bare bør brukes dersom det er nødvendig og begrunnet.

Anvendelsen av straffebud får en rekke konsekvenser. Lovgiver kan stemple handlinger uakseptable og regulere borgernes atferd i samfunnet. Enkeltindividets frihet og handlingsalternativer blir imidlertid snevret inn ved innføringen av ethvert straffebud. Enkeltindividets frihet, menneskeverd og likhet¹⁰ er grunnpremisser for rettsstaten. Det fremgår både uttrykkelig og forutsetningsvis av Grunnloven, EMK og FNs menneskerettserklæring. Idet vi anser retten til liv som en grunnleggende menneskerettighet¹¹, oppstår også behovet for beskyttelse av slike rettigheter. Kants rettsfilosofiske syn om at ethvert menneske har rett til så mye frihet som er forenlig med andre menneskers frihet¹², er i det hele tatt beskrivende for strafferettsinstitusjonens eksistens.

En henvisning til strafferettens formål og verdigrunnlag, er imidlertid ingen fullgod begrunnelse for straffen som sådan. Hvorfor vi anser visse handlinger som forbrytelser og bør

⁷ Andenæs et al., 2004, s. 10

⁸ Rt. 1977 s. 1207 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 78

⁹ NOU 2002:4 s. 82

¹⁰ Gröning et al., 2023, s. 86

¹¹ EMK art. 2

¹² Gröning et al., 2023, s. 85

forfølges med offentlig klander og straff, må forankres på et dypere nivå. Dette gjør straffens begrunnelse til en av strafferettens grunnleggende premisser.

2.2 Straffens hovedfunksjon

Strafferettens hovedfunksjon kan reduseres til å være *sikring av individvern*¹³. Dette medfører at staten må vurdere behovet for sosial kontroll opp mot borgernes frihet. Et forbud mot konverteringsterapi skal avveie statens behov for å kontroll på den ene siden og borgernes frihet på den andre. Statens *behov* innebærer dessuten at forbudet ikke må være mer inngripende enn nødvendig. Dette kommer særlig på spissen ved absolutte forbud.

Strafferetten gir staten legitimitet til å innskrenke et individs frihet ved straffebud. Samtidig forventes det samme individet å respektere andres frihet. På den ene siden kan sikring av respekt for ethvert individ representere en begrunnelse *for* et absolutt forbud mot konverteringsterapi. På den andre siden kan det tale for et *mindre* inngripende straffebud.

Det samme gjelder generelt i strafferetten. Individets frihet kan representere både en begrunnelse for- og en begrensning av strafferetten¹⁴. Til tross for at dette kan brukes i ulik retning, er individets frihet et grunnleggende hensyn ved straffens begrunnelse.

I alle tilfeller kreves «moralsk berettigelse» for å tilføre et individ et tilsiktet onde¹⁵. Det er ikke enkelt å se den moralske berettigelse i å straffeforfølge en utøver av konverteringsterapi når mottaker har ønsket slik handling. På mer generelt grunnlag kan en spørre hvilken begrunnelse og berettigelse staten *kan* vise til. For konverteringsterapiforbudet er spørsmålet konkret *om* staten har den tilstrekkelige moralske berettigelse til å tilføre et så inngripende, tilsiktet onde. For å vurdere disse, er det fordelaktig å ha en generell forståelse av hva som har vært, og er, straffens begrunnelse.

2.3 Straffens begrunnelse

2.3.1 Straffens etikk

¹³ Gröning et al., 2023, s. 86

¹⁴ Ibid. s. 45

¹⁵ NOU 2002:4 s. 82

Straffens begrunnelse har i hovedsak dreid seg om to, historisk sett gjensidig utelukkende, hovedteorier: de absolutte og de relative. Distinksjonen forklares best med en redegjørelse av de to etiske grunnsyn teoriene bygger på.

Den absolutte teorien omtales gjerne som «deontologisk» og har bakgrunn i pliktetikken. Pliktetikerer hevder at enkelte handlinger må straffes uten hensyn til hvilke konsekvenser dette måtte medføre i fremtiden¹⁶. I pliktetikken er det handlingen som er i fokus. Det hviler på tanken om at mennesket har en iboende forståelse av rett og galt. Kant definerte dette som «det kategoriske imperativ». Kants premiss var at det eksisterer naturlover som til enhver tid er styrende for fornuft og moral.

For den absolutte posisjonen har tanken om gjengjeldelse og gjenopprettelse vært den bærende, hvilket gjør teorien tilbakeskuende. I sin mest eksplisitte form, forfekter en absolutt strafferettsteoretiker prinsippet om direkte proporsjonalitet mellom forbrytelse og straff – det såkalte «øye for øye, tann for tann»¹⁷.

I motsetning til den absolutte, tar den relative posisjonen utgangspunkt i nettopp *konsekvenser*. Dens etiske bakgrunn er utilitarismen. Ved å se strafferettens nyttige og unyttige konsekvenser, og la disse være begrunnelse for straff, er den relative posisjonen fremoverskuende¹⁸. All den tid begrunnelsen for en handling ligger i dens konsekvenser, er den relative teorien åpen for «å rette baker for smed»¹⁹. Dersom straff av en uskyldig person oppnår flest mulig gode konsekvenser, hefter det altså ikke betenkeligheter ved dette. Det er snarere tvert imot å foretrekke - målet helliger middelet for utilitaristen.

En pliktetiker som tilhører den absolutte teorien, vil straffe fordi straff er det etisk riktige. En utilitarist tilhørende den relative teorien, mener at straff er et virkemiddel til å forhindre fremtidige forbrytelser²⁰. Under den relative teoriens siktemål om kriminalitetsforebygging, skiller en gjerne mellom allmennprevensjon og individualprevensjon. Der allmennprevensjonen retter seg mot forebygging av kriminalitet på samfunnsnivå, dreier individualprevensjon seg om gjerningspersonen selv og hvordan en forhindrer at denne begår nye straffbare handlinger²¹.

¹⁶ Gröning et al., 2023, s. 73

¹⁷ Ibid. s. 74

¹⁸ Ibid. s. 75

¹⁹ Hugaas, 2013, s. 33

²⁰ Gröning et al., 2023, s. 75

²¹ Ibid, s. 76

I dag står ikke gjengjeldelsestanken sentralt når vi begrunner norsk strafferett. Heller ikke et utpreget konsekvensetisk syn om «å rette baker for smed», lar seg forene med dagens skyldprinsipp. Med utviklingen har en beveget seg videre fra disse ekstreme ytterpunkter. Elementer av dem er det likevel vanskelig å komme utenom når vi i dag skal begrunne strafferetten.

2.3.2 Den norske modellen

Den norske strafferettstenkningen har vært preget av pragmatisme til spørsmålet om straffens begrunnelse. Det nytteorienterte synspunktet ved straffen har likevel lenge vært sentralt. Strafferettens allmennpreventive avskrekkelsesvirkning og straffetrusselen Feuerbach omtalte som «psykologisk tvang»²², var normerende for borgerne og til nytte for staten på 1800-tallet. Ved straffeloven av 1902 ble derimot det individualpreventive ved straffen fremhevet. Siden har en gjerne sett strafferetten som et verktøy til å påvirke samfunnets holdninger og vaner²³. Det er derfor straffens nytteverdi, både individual- eller allmennpreventivt, som har dominert begrunnelsene i norsk strafferettstenkning.

De nytteorienterte synspunkt er likevel ikke tilstrekkelige til å forklare alle elementene ved norsk strafferett. Skyldprinsippet er et av den moderne strafferetts bærende prinsipper. Dette kan vanskelig begrunnes fra annet enn en absolutt posisjon. Som Jon Skeie formulerte det i 1913, er det en «uforgjængelig sandhed»²⁴ at kun den som kan klandres for sin handling skal straffes. Enten det skriver seg fra morallover som det kategoriske imperativ eller menneskets egen fornuft, er skyldprinsippet like uforgjængelig og selvsagt i dagens strafferett. Det fastslås i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111 at «straffen har liten preventiv effekt dersom den som straffes, ikke kan klandres for det han har gjort»²⁵. For at straffen skal virke preventivt, er derfor subjektiv skyld en grunnleggende forutsetning.

Til tross for at de absolutte og relative teoriene har blitt ansett gjensidig utelukkende, bærer etter mitt syn den norske strafferettspragmatismen bud om at dette nødvendigvis ikke gjelder i dag. Skyldprinsippet kan ikke fullgodt begrunnes fra den relative posisjonen. Likevel anerkjenner vi subjektiv skyld som en grunnleggende forutsetning for straff. Skyldprinsippet

²² Gröning et al., 2023, s. 79

²³ Andenæs & Bratholm, s. 300-303

²⁴ Skeie, 1913, s. 9

²⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111 pkt. 10.1

knesetter en uløselighet mellom skyld og straff som ikke kan forklares på bedre måte enn ved det kategoriske imperativ og Kants tanke om menneskets egen forståelse av rett og galt.

Straffens preventive og atferdsregulerende virkning, er også avgjørende for hvorfor vi har strafferetten i dag. Som forarbeidene til dagens straffelov fastslår, er straffens formål «å styre atferd i fremtiden og herigjennom bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig»²⁶. De nytteorienterte synspunkt er fremdeles sentrale, men ved skyldprinsippet er straffens begrunnelse gitt en absolutt størrelse som på ideelt nivå forhindrer det urimelige ved at uskyldige straffes. Snarere enn å se de absolutte og relative teorier som motpoler, er det altså mulig å se dem som komplementære hva angår dagens begrunnelse for straffen.

Som vi så i punkt 2.1, er enkeltindividets frihet og likhet grunnpremisses for hele rettsordenen. Den norske strafferettspragmatismen kan være noe av årsaken til at Gröning et al. nå mener vi må søke straffens begrunnelse i rettsordenenes mer overordnede verdigrunnlag²⁷. Det er først når en trekker linjene til verdigrunnlaget og rettsordenens overordnede grunnverdier, at straffens begrunnelse og strafferettsinstitusjonen forklares best. Straffens begrunnelse og siktemål kan forenklet oppsummeres slik:

Rettsordenens overordnede oppgave er å sikre enkeltindividets frihet, likhet og menneskeverd. Vi ser strafferetten som et nytteverktøy for å best mulig overholde rettsordenens grunnverdier for flest mulig individer. Siktemålet er så mye frihet som er forenlig med andre menneskers frihet, hvilket bærer en erkjennelse om at full frihet ikke lar seg gjøre. I denne utilstrekkeligheten, er strafferetten nødvendig som atferdsregulerende middel til et mål om sikring og vern av enkeltindividets frihet.

Videre fører skyldprinsippet, på ideelt nivå, til at en ikke straffer uskyldige. Dessuten sørger vår tids bærende kriminaliseringsprinsipp – *skadefølgeprinsippet* – for en begrensning av hvilke handlinger som er aktuelt å forfølge med straff²⁸.

Den pragmatiske tilnærmingen til strafferetten i Norge har gitt en strafferettsinstitusjon med legitimitet hos borgerne. En har beveget seg bort fra utdaterte begrunnelser som strider mot rettsordenens verdigrunnlag, mens man har utviklet og vektlagt nye prinsipper som taler til den alminnelige rettsfølelsen hos borgerne. Det oppleves som grunnleggende at kun den som

²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 80-81

²⁷ Gröning et al., 2023, s. 308

²⁸ Behandles nærmere i pkt. 2.4.1.

er skyldig skal straffes. Holder en skadefølgeprinsippet opp mot rettsordenens mål om enkeltindividets frihet, er det like selvsagt at en ikke innskrenker friheten ved å strafflegge enhver handling.

Ved å se strafferetten fra et nytteorientert perspektiv, representerer prinsippene absolutte størrelser som forener strafferettens formål med rettsordenens overordnede verdigrunnlag. Nyttesyndspunktene sammenholdt med de til dels absolutte skranker skyld- og skadefølgeprinsippet representerer, fremstår pragmatisk tilpasset tiden og vel funderte.

2.3.3 Straffens begrunnelse i relasjon til konverteringsterapi

Når vi har redegjort for straffens begrunnelse generelt, kan en mer konkret spørre hvordan hensynene gjør seg gjeldende for konverteringsterapiforbudet.

Én ting er at et simpelt konverteringsterapiforbud er nyttig til atferdsregulering og vern av enkeltindividets frihet. En annen ting – og i kjernen av fremstillingen – er hvorvidt et *absolutt* forbud mot konverteringsterapi kan begrunnes med nyttebetraktninger. Det er avgjørende for samfunnets aksept og legitimitet at lovgiver begrunner et så inngripende forbud. Med dagens begrunnelse av strafferetten, må det være nyttig for lovgiver at konverteringsterapihandlinger kan straffes på tross av samtykke.

På *ideelt* nivå, kan et absolutt forbud tenkes å ha nyttevirksomheter. Et tydelig stempel av klander og forkastelighet kan bidra til å dreie samfunnets syn *fra* stigmatisering og diskriminering *til* aksept og likeverd. Dette er likevel ikke en begrunnelse som står seg alene. Som vi skal se nedenfor, begrunnes heller ikke lovforslaget slik²⁹.

Tenker vi oss eksempelet skissert i pkt. 1.1, er ikke nyttebetraktninger umiddelbart treffende. Det fremstår lite nyttig å straffe et individ hvis handling utelukkende er motivert og utført etter et annet individs instruks. Skyld- og skadefølgeprinsippet slår heller ikke fullt til. Når utøveren utelukkende handler etter mottakers ønske, er en i skadefølgeprinsippetets randsone³⁰. Det kan dessuten stilles spørsmål ved hva det klanderverdige ved utøverens opptreden er. En faller gjerne tilbake på begrunnelsen om at *praksisen* er moralsk forkastelig, og at utøverens tilbud av konverteringsterapi *alene* er klanderverdig. Da nærmer en seg straffebed som

²⁹ Pkt. 2.4.2.1.1.1

³⁰ Pkt. 2.4.2.1.1

utelukkende verner moralske normer, hvilket står i en særstilling etter kriminaliseringsprinsippene³¹.

Forslagets sider til skadefølgeprinsippet behandles nærmere nedenfor³². Grunnen til at det likevel nevnes her, er at skadefølgeprinsippets rekkevidde kan legge opp til en uheldig situasjon for straffebudets begrunnelse. Skadefølgeprinsippet åpner nemlig for at også handlinger med fare for skade, kan straffes. Konverteringsterapiens særegenhet gjør skadepotensialet usikkert. Det er ikke gitt at konverteringsterapi gir seg utslag i skadefølger. I ytterste konsekvens kan derfor et absolutt forbud mot konverteringsterapi føre til straffeforfølgning av et individ som *ikke* har opptrådt klanderverdig ved å utføre en handling *ikke* har medført skade. Settes moralske prinsipper til side, er det ikke enkelt å se at et absolutt forbud verken er nyttig eller med tyngde kan begrunnes fra skyld- og skadefølgeprinsippet.

2.4 Når straffer vi?

Én ting er at strafferetten er et nytteverktøy til atferdsregulering på individuelt og samfunnsmessig nivå. Dersom det var eneste vilkår for strafferegulering, ville lovgivers rammer vært svært vide. Kriminaliseringsprinsippene kommer her inn med nødvendige begrensninger.

2.4.1 Skadefølgeprinsippet

Skadefølgeprinsippet innebærer at handlinger gjøres straffbare dersom de medfører «skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet»³³. Kjernen i prinsippet omtales som at individene i størst mulig grad skal få handle fritt, og at straff bare skal brukes når tungtveiende hensyn taler for det³⁴.

Forarbeidene til straffeloven, fastslår imidlertid at skadefølgeprinsippet ikke kan forstås som «absolutte regler som avskjærer muligheten for å kriminalisere en handling som ikke medfører skade eller fare for skade»³⁵. Det samme ble slått fast i HR-2022-2104-A.

³¹ Pkt. 2.4.2.2

³² Behandles nærmere i pkt. 2.4.1

³³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.1

³⁴ Ibid. pkt. 7.5.2.1

³⁵ Ibid. pkt. 7.5.1

Handlinger som ikke er i tråd med skadefølgeprinsippet kan derfor kriminaliseres, men må begrunnes på andre måter.

Dette har konsekvenser for kriminalisering av konverteringsterapi. Selv om skadefølgene av konverteringsterapi skulle være usikre, utgjør ikke skadefølgeprinsippet en uoverkommelig hindring. En må først vurdere om et forbud er i tråd med skadefølgeprinsippet – dernest i hvilken grad forbudet eventuelt søkes begrunnet på andre måter³⁶.

Selv om omtalen i Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 7.4 er noe sparsom, synes departementet å forutsette at forslaget er i tråd med skadefølgeprinsippet. Det konkluderes med at konverteringsterapi kan gi «økt risiko for angst, depresjon, selvmordstanker og selvmordsforsøk»³⁷. Det går utenfor oppgaven å ta stilling til om konverteringsterapi faktisk medfører skade. I tilfellene der den utøves *mot individets vilje*, bør det kunne legges til grunn at handlingen medfører skade.

Ettersom individet i størst mulig grad må kunne handle fritt³⁸, er det ikke gitt at det samme kan legges til grunn når konverteringsterapi utføres med individets samtykke.

En kan likevel ikke med overbevisning si at samtykket fjerner en handlings skadepotensial³⁹. Selv om konverteringsterapi utføres *med* mottakerens samtykke, kan handlingen medføre psykiske skader i fremtiden. Forståelsen støttes av uttalelsene i Prop. 132 L (2022-2023). Det fastslås der at konverteringsterapi er vesensforskjellig fra tilfellene av samtykke til kroppskrenkelser. Der skadepotensialet ved kroppskrenkelser er «mer eller mindre åpenbart for den som samtykker til dem», er tilfellet snarere motsatt for konverteringsterapiens skadepotensial⁴⁰. Lovgiver har derfor lagt til grunn at et konverteringsterapiforbud er tilstrekkelig begrunnet i skadefølgeprinsippet – også i tilfellene der mottakeren har samtykket.

2.4.2 Tilfeller der straff normalt ikke bør brukes

Skadefølgeprinsippet antitese er at handlingene som ikke har skadefølgepotensial, verken bør eller skal belegges med straff. Forarbeidene til straffeloven lister opp en rekke tilfeller der straff «normalt» ikke bør anvendes⁴¹. Begrunnelsen er at skadefølgeprinsippet av en eller

³⁶ Pkt. 2.4.2.1.1.1

³⁷ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 7.4

³⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 89

³⁹ Pkt. 3.4

⁴⁰ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 8.3.3.4

⁴¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.1 – 7.5.2.8

annen årsak, ikke treffer. Tilfellene nevnt i Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.2 - 7.5.2.8 har alle særlige sider til skadefølgeprinsippet og sorterer under dette grunnvilkåret. Det er kun dem som er relevante for oppgaven som vurderes mot konverteringsterapiforbudet.

2.4.2.1 Skade på seg selv

For det første bør straff som hovedregel ikke brukes mot *skade noen gjør på seg selv*⁴². Dette er et åpenbart utslag av rettsordenens overordnede verdier om individets frihet og dets rett til å gjøre slik det selv vil. Forarbeidene peker på ekstremспорт og narkotikamisbruk⁴³ som to eksempler der skadefølgeprinsippet ikke umiddelbart treffer. Det er likevel bare til en spør seg hva formålet med et straffebud i slike tilfeller er. Når forbud mot fallskjermhopping og mot den enkeltes narkotikabruk, begrunnes med henholdsvis fare for redningsmannskaper og samfunnsmessige skadevirkninger⁴⁴, synes begge å være i tråd med skadefølgeprinsippet. Spørsmålet en i slike tilfeller må stille seg, er hvorvidt slike, dels avledede, skadevirkninger er tilstrekkelig begrunnelse for kriminalisering.

Idet skadefølgene er usikre eller avledede, kan lovgiver begrunne kriminalisering i mer *kollektive* interesser. Om det er nok i tilfellene der det altoverveiende skadepotensial er rettet mot personen selv, beror naturlig nok på en konkret og langt på vei politisk vurdering. Hovedregelen er imidlertid at lovgiver ikke skal bruke straff mot skade noen gjør på seg selv⁴⁵. Det må vurderes om, og i tilfelle hvordan, en slik hovedregel får betydning for et absolutt forbud mot konverteringsterapi.

2.4.2.1.1 I relasjon til konverteringsterapi

På generelt grunnlag fremstår konverteringsterapi vanskelig å utføre mot seg selv. Egenskadehandlinger har derimot åpenbare likheter med handlinger en fornærmet har samtykket til. Å gjøre skade på seg selv og å samtykke til at andre gjør skade på seg, har klare sider til hverandre. Det skulle gå ut på ett om en person lugger seg selv eller får andre til å lugge. Forarbeidene fastslår at hensynene «langt på vei» er sammenfallende⁴⁶. Innholdet og

⁴² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.5

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

betydningen av et samtykke er vidtfavnende og sentralt for oppgaven, og vil vurderes for seg nedenfor⁴⁷. Her nøyer det seg å trekke linjene mellom tilfellene av egenskade og samtykke.

Egenskade ligger innenfor individets frihet og privatautonomi. Forutsatt at skadepotensialet kun retter seg mot personen selv, er ikke handlingens irrasjonalitet begrunnelse nok for kriminalisering. Frihet innenfor samfunnet bør også omfatte «frihet til å foreta seg ting som mange anser som dumdristig»⁴⁸. Det lar seg med dette ikke enkelt definere hva – om noe – som skiller samtykketilfellene fra egenskadehandlingene.

Dersom en skal straffe der et samtykke foreligger, må det begrunnes i de samme hensyn som tilsier at straff likevel skal anvendes for skader en utøver på seg selv⁴⁹. Slike hensyn kan finnes i «kollektive interesser»⁵⁰.

Kollektive interesser kan begrunne straff selv om skaden er påført en selv eller om en fornærmet har samtykket til handlingen. Forarbeidene nevner ekstrabelastninger på helse- og trygdevesen som kollektive interesser en kriminalisering kan begrunnes med⁵¹.

Skadevirkningen trekkes til samfunnsnivå, og kriminalisering skjer så i tråd med skadefølgeprinsippet. At en slik begrunnelse likevel bare bør forekomme unntaksvis, følger implisitt av forarbeidene idet de fastslår at «hovedregelen»⁵² er at straff ikke skal anvendes ved egenskade.

Til tross for at hensynene langt på vei er de samme for samtykketilfellene, finnes ikke en tilsvarende klar forarbeidsuttalelse for disse. Begrunnelsen kan ligge i at vi vurderer betydningen av et samtykke mer overordnet i strafferetten. Samtykke vil til enhver tid være et moment i vurderingen av rettsstrid⁵³. Behovet for en forarbeidsuttalelse tilsvarende egenskadetilfellene er derfor ikke nødvendigvis like stort. Dette er uansett sekundært i denne vurderingen, ettersom vi har sett at hensynene bak reglene langt på vei er de samme. Skal konverteringsterapiforbudet være absolutt, bør det begrunnes i kollektive rettsgoder.

Konverteringsterapi kan vanskelig tenkes å ha de store samfunnsøkonomiske virkningene. For det første er omfanget usikkert og i alle tilfeller begrenset. For det andre er

⁴⁷ Pkt. 3 og følgende

⁴⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.5

⁴⁹ Pkt. 2.4.2.1

⁵⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.5

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Pkt. 3.2.3

konverteringsterapi vesensforskjellig når det kommer til de objektive skadefølgene sammenlignet med f.eks. forarbeidenes eksempler⁵⁴. Lovforslaget er imidlertid ment å verne en særlig sårbar gruppe. Det er mulig et slikt kollektivt synspunkt kan begrunne et absolutt konverteringsterapiforbud.

2.4.2.1.1.1 Hva begrunner departementet et absolutt forbud med?

Departementet fastslår i Prop. 132 L (2022-2023) at et forbud mot konverteringsterapi vil «bidra til å sikre lhbt+-personers frihet til å utvikle og bevare sin identitet og være egnet til å beskytte mot krenkelser av deres fysiske og psykiske integritet»⁵⁵. Dette må anses som formålet med lovforslaget. Det påpekes at kriminalisering vil «kunne ha en avskrekkende effekt og tydelig signalisere at denne type handlinger ikke er akseptable»⁵⁶. At kriminaliseringen skal virke avskrekkende, er en henvisning til straffens allmennpreventive virkning. Å belegge konverteringsterapi med straff, er dessuten lovgivers måte å uttrykke at handlingen er moralsk forkastelig og klanderverdig. Både prevensjonshensynene og klanderbetragtningene kjenner vi igjen fra straffens begrunnelse. Dette er legitime begrunnelser for hvorfor handlingen skal kriminaliseres.

Departementet viser til kriminaliseringsprinsippene som nevnt i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Det fastslås at straffebudet vil være i «overensstemmelse med kriminaliseringsprinsippene»⁵⁷. Skadefølgeprinsippet er som kjent det overordnede. Det fastslås at det er «dokumentert at konverteringsterapi kan ha store skadefølger for den som utsettes for dette»⁵⁸.

Begrunnelsen for straffebudet fremheves mer konkret idet «en persons seksuelle identitet og orientering er grunnleggende deler av en persons identitet og dermed i kjerneområdet for interesser som har et rettmessig krav på vern»⁵⁹. Det er enkeltindividets rettigheter forslaget i hovedsak synes å verne om.

Det er da interessant at departementet videre tar til orde for en begrunnelse i mer kollektive interesser. Departementet har riktignok moderert betydningen av kollektive interesser fra høringsnotatet til lovforarbeidet. I sistnevnte vises det likevel til «kunnskapen om skeives

⁵⁴ Fallskjerm og narkotikabruk, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.5

⁵⁵ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 7.4

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid., jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.1

levelkår og sårbarhet for psykisk uhelse» før det fastslås at denne gruppen «kan være særlig utsatt og dermed ha et særskilt krav på vern»⁶⁰. Særlig vern av sårbare grupper kan være en legitim begrunnelse.

De to begrunnelser har naturligvis sider til hverandre. Hvordan samfunnet på gruppenivå ser på skeive, har betydning for i hvilken grad enkeltpersonen føler sin seksuelle orientering er akseptabel. Opplever enkeltindividet aksept for legningen, er det mer sannsynlig at hen tør utfolde sin personlige identitet uten hensyn til mulig stigmatisering. På denne måten er det ikke noe gjensidig utelukkende ved å begrunne et straffebud med vern av enkeltindividet eller av kollektive interesser.

Av flere årsaker er det likevel lovteknisk hensiktsmessig å gjøre en tydelig distinksjon for hvem straffebudet skal verne. For det første kan en flytende overgang i forklaringer føre til at rettsanvenderen kan alternere mellom de ulike begrunnelsene, og på denne måten strekke straffebudet svært vidt⁶¹. Dette kan igjen få sider til strafferettens krav til klarhet og forutberegnelighet.

Betenkelighetene ved den flytende overgangen i forklaringer, kan likevel tenkes å være mindre for tilfellene der lovgiver går inn for absolutte forbud. Når lovgiver ønsker å straffe på tross av fornærmedes samtykke, skyldes det at handlingen «også» skader kollektive interesser⁶². Forarbeidsuttalelsen kan tolkes slik at det åpner for flere begrunnelser i tilfellene der det uten hensyn til fornærmedes samtykke, skal straffes. Det er derfor ikke betenkelig at begrunnelsen *fortrinnsvis* søkes i vern av enkeltindividet, men at det som begrunner et ytterligere inngripende moment, finnes i vern av kollektive gruppebetraktninger.

Det er dessuten retningsgivende for hvordan departementet vurderer forbudets formål, at det foreslås plassert i straffeloven kapittel 24 «Vern av den personlige frihet og fred». Det konkluderes med at «[S]traffebudet skal beskytte enkeltpersoner mot handlinger som krenker deres seksuelle og psykiske integritet og identitet, beskytte retten til å være seg selv, til å utforske og utøve sin seksualitet og verne mot skadelige handlinger»⁶³. Straffebudets formål og hovedbegrunnelse må anses å være enkeltindividets frihet, men med en tilleggsbegrunnelse som mer kollektivt verner skeive som sårbar gruppe.

⁶⁰ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 7.4

⁶¹ Jacobsen, 2021

⁶² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.5

⁶³ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 7.4

2.4.2.2 Moralske normer og konverteringsterapi

Forarbeidene fremhever at straff normalt ikke bør brukes for å verne om *moralske normer*⁶⁴. Ønsket om forhindring av atferd som bryter slike normer, er ikke en tilstrekkelig begrunnelse for å forby slik atferd⁶⁵. Skadefølgeprinsippet treffer også her dårlig. Det finnes ikke én felles moral i samfunnet, og det den ene opplever støtende, opplever den andre uproblematisk. Den grunnlovfestede retten til ytringsfrihet⁶⁶ rekker dessuten svært langt, og det er verken ønskelig eller tilfredsstillende mulig å håndheve straffebud som verner moralske normer. Som forarbeidene treffende påpeker, er det ikke nødvendigvis slik at et «angrep på moralen svekker den; angrepet kan for eksempel etterfølges av en fri meningsbrytning som opprettholder eller endog styrker moralnormen som er brutt»⁶⁷.

At konverteringsterapi fremstår moralsk forkastelig for flertallet, er ikke god nok grunn til å kriminalisere. Forslagetets inngripende karakter sammenholdt med den uvisse skadefølgen, gjør at forslaget bærer preg av moralisme. Det gir uttrykk for et sterkt ønske om å verne både skeive enkeltindivider og skeive som gruppe.

Forarbeidene til straffeloven presiserer derimot at straff ikke bør brukes «utelukkende» til vern av moralske normer⁶⁸. Dersom en kriminalisering er i overensstemmelse med skadefølgeprinsippet, er det ikke noe hinder at straffebudet også kan oppfattes moralistisk. Det er kun der kriminalisering *alene* søkes begrunnet i moralske normer, at en i lys av skadefølgeprinsippet kan avvise den. Ettersom departementet har konkludert med at konverteringsterapiforbudet er i tråd med skadefølgeprinsippet, rokker ikke dets moralistiske sider ved dette.

2.4.2.3 Lovgivers bevisbyrde i relasjon til konverteringsterapi

Hensynet om at lovgiver bør ha bevisbyrden for at en handling medfører skade eller fare for skade⁶⁹, er også viktig ved kriminalisering. Idet lovgiver anser et straffebud å være i tråd med skadefølgeprinsippet, må nødvendigvis skadevirkningen kunne bevises. Det ville føre galt av sted dersom det ikke stiltes visse minstekrav til skadefølgeprinsippets reelle skadepotensial.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.3

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Grunnloven § 100

⁶⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.3

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid. pkt. 7.5.2.8

Lovgiver har bevisbyrden for at handlingen som ønskes straffbelagt, «utgjør en *uakseptabel risiko* for skade på beskyttelsesverdige interesser»⁷⁰ (min kursivering).

Ser en samtykke som nettopp en *aksept* av risiko for skade⁷¹, kan dette tale mot kriminalisering. Dersom konverteringsterapi er utført med et virksomt samtykke fra mottakeren, er det mer naturlig å tale om en *akseptabel* risiko for skade. Handlingen er akseptert og motivert av mottakerens vilje.

Koherensbetraktninger i rettssystemet taler for at lovgiver her vektet individets selvbestemmelsesrett og vurderer samtykke på samme måte som ellers i strafferetten⁷². Ved inkluderingen av et samtykkevilkår kunne lovgiver silt ut tilfellene som byr på vanskeligheter for bevisbyrden. En samtykkemulighet åpner for at lovgiver kan legge til grunn at konverteringsterapi utgjør en *uakseptabel* risiko for skade når samtykke *ikke* foreligger. Selvbestemmelsesretten ville slik være hensyntatt.

Når lovgiver griper til et så inngripende virkemiddelet – et absolutt forbud – gir det uttrykk for et sterkt vern av denne gruppen. Det er ikke utenkelig at det er moralisme og aktivisme som gjør at lovgiver tar så hardt i.

Det legges til grunn i proposisjonen at konverteringsterapi er formålsløst. Dette til tross for at departementet erkjenner at det finnes begrenset forskningsbasert kunnskap om temaet⁷³. Proposisjonen ble derimot ferdigstilt før Barne-, ungdoms og familiedirektoratet (Bufdir) la frem sin rapport om konverteringsterapi i Norge⁷⁴. Rapporten ble fremlagt under arbeidet med denne oppgaven. Den konkluderer med at 1 av 4 har opplevd handlinger som rammes av det foreslåtte konverteringsterapiforbudet. Rapporten fastslår imidlertid at det også finnes dem som frivillig har oppsøkt konverteringsterapi og sågar har opplevd å få hjelp⁷⁵.

Konverteringsterapiens eksistens i Norge, er etter rapporten ubestridelig. Det samme kan ikke sies om dens formålsløshet. Etter mitt syn, dreier likevel en uenighet om konverteringsterapiens formål seg mer om semantikk enn noe annet. Når departementet anser konverteringsterapi formålsløst, må det etter mitt skjønn være med betydningen «en vellykket

⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.2.3

⁷¹ Jf. pkt. 3.4

⁷² Jf. pkt. 3.2.5

⁷³ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 3.1.1

⁷⁴ Langeland m.fl., 2023, s. 5

⁷⁵ Ibid., s. 99-100

konvertering fra homofil til heterofil». De fleste deler oppfatningen om at dette ikke lar seg gjøre.

Idet Bufdirs rapport slår fast at noen faktisk har opplevd å få hjelp, handler denne mer om å lette på skammen ved å bli møtt med forståelse, trygghet og diskresjon. Søker en konverteringsterapi for å bedre leve med skam, er ikke praksisen nødvendigvis like formålsløs som terapiens ideelle siktemål. Det kan derfor snarere være et spørsmål om hva den enkelte anser å være formålet med å søke konverteringsterapi.

At det objektivt sett fremstår vanskelig – sågar umulig – å lykkes, bør uansett ikke være til hinder for at voksne personer kan forsøke. Dersom en holder muligheten åpen for at konverteringsterapi kan hjelpe en person å bedre leve med skam, må nødvendigvis også en skadefølge være usikker. Som påpekes ovenfor og i proposisjonen, kan det gå lang tid før en skadefølge inntreffer. Dette i seg selv taler for at skadefølgen er usikker. Det kan derfor fremstå som at lovgiver vil straffe «for sikkerhets skyld»⁷⁶, hvilket i det lengste bør unngås. At lovgiver har bevisbyrden for at en handling medfører skade eller fare for skade, taler derfor mot et absolutt forbud mot konverteringsterapi.

2.4.2.3.1 Innvending til typetilfellet skissert i pkt. 1.1

Det kan stilles spørsmål ved om typetilfellet skissert i pkt. 1.1 i det hele tatt omfattes av departementets foreslåtte ordlyd. Det straffbare er å anvende metoder i den hensikt å påvirke noen til å endre, fornekte eller undertrykke sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet. Terapi for å lære å leve med skam synes ikke *umiddelbart* å omfattes av ordlyden. Å lære å leve med skam innebærer ikke *nødvendigvis* at mottakeren endrer, fornekter eller undertrykker sin seksualitet. Det kan være å bare takle skammen som følger med det å nettopp fritt utfolde sin seksualitet.

Det er likevel ikke enkelt å se hvordan en terapi med mål om å lære å leve med skam knyttet til egen seksuell orientering, skal være helt fri for elementer av nettopp endring, fornektning eller undertrykking. Grensene her er utfordrende å trekke. Ordlyden favner vidt, og hva straffebudet skal omfatte, gir seg ikke selv. At mitt typetilfelle kan befinne seg i bestemmelsens randsoner, innebærer ikke noe annet enn nettopp dét. Det illustrerer i det hele tatt godt tvilen om straffebudets faktiske rekkevidde og virkeområde.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 90 (2002-2023) pkt. 7.5.2.8

Poenget er at situasjonen kan fortone seg slik at straffens begrunnelse ikke treffer. Tilstedeværelsen av et samtykke kan være én slik situasjon. Når samtykket vurderes inngående nedenfor⁷⁷, ser vi at det er sekundært hva formålet og motivasjonen med å samtykke til konverteringsterapi er. Om det er å leve med skam eller et faktisk forsøk på konvertering fra homofili til heterofili, er den enkeltes privilegium etter selvbestemmelsesretten. Hvorvidt en tenker seg typetilfellet fra pkt. 1.1 eller en annen situasjon, er altså ikke avgjørende for de problematiske sider et absolutt konverteringsterapiforbud fører med seg.

2.4.3 Tilleggsvilkårene – siste utvei og hensiktsmessighet

Det er ikke tilstrekkelig at kriminaliseringen av en handling – mer eller mindre godt – lar seg begrunne av skadefølgeprinsippet. To tilleggshensyn bør også være en del av vurderingen før lovgiver belegger en handling med straff.

Det første kommer til uttrykk ved det såkalte *ultima ratio-prinsippet*. Dette innebærer at straffen skal være av subsidiær karakter og kun brukes som siste utvei⁷⁸. I dette ligger at lovgiver må ha vurdert andre reaksjonsmåter og virkemidler, men funnet disse utilstrekkelige. Når individets frihet er det overordnede siktemålet, er grunnene gode for at lovgiver ikke bruker straff med mindre det er absolutt nødvendig.

Spørsmålet om hvorvidt straff er siste utvei, kommer i hovedsak på spissen ved nykriminalisering⁷⁹. Motstykket, avkriminalisering, kan misforstås som *legalisering*⁸⁰. Ser lovgiver at andre sanksjoner er tilstrekkelig til å styre borgernes atferd, er imidlertid ikke avkriminalisering synonymt med legalisering. Misforståelsesfaren er ikke alene grunn til å opprettholde en kriminalisering dersom andre sanksjoner fremtrer som tilstrekkelige, men den utgjør et moment lovgiver må være klar over.

Endelig må lovgiver ta stilling til om bruk av straff er *hensiktsmessig*⁸¹. Som forarbeidene til straffeloven fastslår, ligger det i dette at en handling bare bør kriminaliseres dersom «nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene»⁸². Her åpnes det for en bred

⁷⁷ Kapittel 3

⁷⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.3.2

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.3.3

⁸² Ibid.

vurdering. Dersom håndhevingen vil krenke privatlivets fred eller ytringsfriheten, kan dette tale mot kriminalisering⁸³. Det samme gjelder dersom kriminalisering tvinger en virksomhet under jorda⁸⁴.

2.4.3.1 I relasjon til lovforslaget

Det er ikke meningen å betvile at straff både er nødvendig og hensiktsmessig i tilfellene der konverteringsterapi utføres *mot* noens vilje. Spørsmålet er om det samme gjelder for et absolutt forbud.

Konverteringsterapi har ikke tidligere vært forbudt, og forslaget representerer derfor en nykriminalisering. Hensynet om at avkriminalisering kan forstås som legitimering, slår ikke til ved nykriminalisering. Det er ikke treffende å si at en unnlattelse av å kriminalisere en handling innebærer en legitimering. Straff skal være av subsidiær karakter, og kriminaliseringsprinsippene setter skranker for lovgivers adgang til kriminalisering. Det er *kriminaliseringen* som må begrunnes – ikke unnlattelsen av å kriminalisere. Sistnevnte innebærer ikke noen legitimering av en aktuell handling.

At enkelte høringsinstanser hevder at «å gjøre forskjell på de som samtykker og de som ikke gjør det vil være med på å legitimere konverteringsterapi som handling»⁸⁵, er etter mitt syn ikke et holdbart resonnement. Selv om det her skulle gjøres en distinksjon, markerer fremdeles straffebudet at utføring av konverteringsterapi er klanderverdig. En adgang til å samtykke medfører ikke annet enn en tilsvarende vekting av individets frihet vi finner ellers i strafferetten⁸⁶. Friheten til å samtykke innebærer at en også kan gjøre handlinger samfunnet anser formålsløse, dumdristige og irrasjonelle⁸⁷. Å legge noe mer enn dette i en inkludering av et samtykkevilkår, kan det vanskelig være grunnlag for.

Dessuten skal nyttevirkningene ved å bruke straff, *klart* overstige skadevirkningene. I hensiktsmessighetsvilkåret ligger det derfor et krav om forholdsmessighet. Forskningen er begrenset og enkelte argumentasjonsrekker må reduseres til antakelser. Det bør likevel være anledning til å stille spørsmål ved om individene som ønsker konverteringsterapi, kan være flere enn dem et absolutt forbud er nyttig for. Sistnevnte kan være dem som fremstår særlig

⁸³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) pkt. 7.5.3.3

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 8.3.2.5

⁸⁶ Pkt. 3.2.5 og 3.2.6

⁸⁷ Pkt. 3.2.5

sårbare og av ulike årsaker er ute av stand til å vite eget beste. Disse vil imidlertid kunne omfattes av forbudet på andre måter. Snarere enn et absolutt forbud, kunne en tenke et simpelt forbud med strenge kvalitative krav til samtykkets innhold. På denne måten ville lovgiver treffe de mest sårbare samtidig som individets frihet er hensyntatt. De særlige spørsmål som knytter seg til samtykket, og mulige avgrensningskriterier for dets rekkevidde, vurderes inngående nedenfor⁸⁸.

Det faktisk nyttige ved forslaget slik det foreligger, er at en unngår de mest utfordrende vurderinger om mottakerens indre innstilling. Ved å la samtykkebetydningen være en del av helhetsvurderingen, unngår lovgiver at avgivelsen av et virksomt samtykke er *avgjørende* for om utøveren skal straffes. For *håndhevingen* av straffebudet, fremstår en omgåelse av vanskelige grensedragninger både nyttig og hensiktsmessig.

Slike tilnærmede enkelhetsbetraktninger er likevel ikke fullgode begrunnelser. Et særlig hensyn som her taler mot straff, er at straffebudet vil krenke retten til privatliv og ytringsfriheten. Et absolutt forbud mot konverteringsterapi vil kunne krenke privatlivet til den som søker konverteringsterapi. I tillegg har et forbud sider til privatlivet og ytringsfriheten til tilbydereren av slik praksis.

Et annet mothensyn er at en kriminalisering vil kunne tvinge virksomheten under jorda. Når Europarådets menneskerettskommisær bemerker at det er vanskelig å kartlegge forekomsten av konverteringsterapi fordi dette ofte finner sted «under secretive conditions»⁸⁹, taler dette alene mot en kriminalisering. Når også samtykketilfellene omfattes av straffebudets ordlyd, vil dette kunne føre til at det presumptivt mest åpne typetilfelle av konverteringsterapi – den samtykkende behandlingen – vil utføres i hemmelighet. Det fremstår mer hensiktsmessig å stille krav til praksisen, samtykket, vedkommendes livssituasjon og sårbarhet. Ett alternativ kunne være å la konverteringsterapi reguleres av alternativ behandlingsloven⁹⁰. Praksisen kunne slik være strengt regulert og samtidig trues med straff, jf. alternativ behandlingsloven § 9. Dette kan tale for at et absolutt forbud ikke er hensiktsmessig.

Trekker en linjene tilbake til straffens begrunnelse, er det dessuten vanskelig å si at straff på tross av mottakerens samtykke har stor nytteverdi. Foruten om lovgivers ønske om å fordømme konverteringsterapi som praksis, fremstår ikke handlingens straffbare karakter

⁸⁸ Pkt. 3.2.6

⁸⁹ “Nothing to cure: putting an end to so-called “conversion therapies” for LGBTI people”

⁹⁰ Departementet åpner for at konverteringsterapi kan omfattes av loven, jf. Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 4.4.

åpenbar når en fornærmet har avgitt et virksomt samtykke. Samtykkeproblematikken vurderes nærmere nedenfor⁹¹. Det sentrale er at individets frihet til å samtykke i norsk strafferett rekkes vidt. En begrunnelse om at konverteringsterapiens skadefølger er usikre, kan vanskelig veie opp for innskrenkingen av individets frihet⁹².

Det er dessuten grunn til å stille spørsmål ved hvordan påtalemyndigheten skal bevise det straffbare *i tilfellene der samtykke foreligger*. Kombinasjonen absolutt forbud og fornærmedes eget ønske og samtykke, kan antakelig åpne sårbare sider til beviskravet.

Strafferettens strenge beviskrav setter visse premisser for at det straffbare i en kriminalisert handling lar seg påvise. Konverteringsterapi legger som praksis opp til utfordrende grensedragninger mellom uskyldige samtaler som forbønn og sjelesorg, og det som anses som straffbare behandlingsmetoder. Legger en, som proposisjonen og Europarådets menneskerettskommisær, til grunn at konverteringsterapi skjer bak lukkede dører, vil en straffeforfølgning gjerne hvile på en av partenes forklaring. Antar en også at mottakeren – slik det kan tenkes i tilfellene der virksomt samtykke foreligger – ikke ønsker at utøveren skal straffes, foreligger det bevishindre som kan gjøre at straffebudet ikke lar seg anvende slik lovgiver har tenkt.

Det er etter mitt syn vanskelig å si at nyttevirkningene er *klart større* enn skadevirkningene. Straff av konverteringsterapi er nyttig for å verne den enkeltes personlige frihet og integritet. Der den enkelte nettopp i kraft av sin frihet, avgir et virksomt samtykke, treffer ikke straffebudet sitt hovedformål. Nyttvirkningen av at et absolutt forbud representerer et sterkt vern av skeive som gruppe, er etter min mening ikke tilstrekkelig for å veie opp for den skadevirkning et slikt inngripende forbud utgjør. Et konverteringsterapiforbud uten et samtykkevilkår, fremstår lite hensiktsmessig.

Slutningen om at forbudet *bør* inneholde et samtykkevilkår, blir imidlertid for enkel å trekke uten at betydningen av det *strafferettslige* samtykket er vurdert. Selv om et samtykkevilkår kunne bringe straffebudet i bedre overensstemmelse med både straffens begrunnelse og kriminaliseringsprinsippene, er inkluderingen av et slikt vilkår heller ikke uproblematisk. En må være klar over de muligheter og begrensninger som ligger i det strafferettslige samtykket.

⁹¹ Kapittel 3

⁹² Pkt. 3.5

En må også kjenne vilkårene for at samtykket skal virke straffriende, før en kan si at konverteringsterapiforbudet bør inneholde et samtykkevilkår.

3 Samtykke

Vi har klarlagt hva straff er og når vi straffer. Lovforslagets problematiske sider til både straffens begrunnelse og kriminaliseringsprinsippene, er også drøftet. I sum har gjennomgangen vist et straffebed som verken er i direkte motstrid med-, eller fullgodt kan begrunnes ut fra kriminaliseringsprinsippene og straffens begrunnelse. Mye av årsaken til svakhetene, ligger i departementets vurderinger av samtykkebetydningen.

Begrepet «samtykke» har hyppig vært brukt uten nærmere redegjørelse. Dette har vært et bevisst valg. Samtidig som analysen over gir tilstrekkelig mening fordi alle har en forståelse av hva å samtykke betyr, har det tillatt å spare de presumptivt mest rettsfilosofisk interessante, omfattende og kritiske vurderingene.

Det reises særlige spørsmål når straffens begrunnelse ikke helt treffer eller når kriminaliseringsprinsippene ikke slår til. Vurderingen kan gjerne følge forutsetningsvis og noe implisitt av vurderingen av den såkalte «rettsstridsreservasjonen». For å vurdere dette nærmere, må det knyttes noen generelle bemerkninger til rettsstridsbegrepet og ansvarslæren som helhet.

3.1 Ansvarslæren

I norsk strafferett skiller en mellom *ansvarslæren* og *reaksjonslæren*. Mens reaksjonslæren handler om de mer konkrete reglene om straffereaksjon og -utmåling, dreier ansvarslæren seg grovt sagt om hvilke vilkår som må være oppfylt for at en person skal kunne straffes.

Ansvarslæren deles normalt i tre hovedkategorier: kriminalisert gjerning, rettferdiggjøringsgrunner og unnskyldningsgrunner⁹³. Hvorvidt det foreligger en kriminalisert handling, beror på en vurdering av om en handling rammes av et straffebed som gjaldt på handlingstidspunktet. Vilkåret om kriminalisert gjerning betraktes som «inngangsporten» til de øvrige hovedkategoriene i ansvarslæren⁹⁴. Dette må derfor vurderes først.

En inngående redegjørelse av ansvarslæren går utenfor denne oppgaven, og jeg vil i det videre forholde meg til ansvarslæren slik Gröning et al. tar til orde for. Dette innebærer at betydningen av et samtykke tilhører vurderingen av om det foreligger en kriminalisert

⁹³ Gröning et al., 2023, s. 61

⁹⁴ Ibid. s. 191

gjerning⁹⁵. Samtidig som dette avgrenser oppgaven mot rettferdiggjøringsgrunnene, illustrerer det hvordan vi vurderer konsekvensene av et samtykke i strafferetten. Som Gröning et al. påpeker, «er det ikke noe å rettferdiggjøre overfor den handlingen er rettet mot»⁹⁶. På de rette vilkår gjør et samtykke derfor en handling rettmessig – eller for sammenhengens skyld; *ikke rettsstridig*. Det blir aldri tale om noen kriminalisert gjerning.

3.2 Kriminalisert gjerning og rettsstrid

Spørsmålet om rettsstrid reises i vurderingen av om det foreligger en kriminalisert gjerning. Enkelte straffebud inneholder kvalifiserende ord som «ulovlig», «rettsstridig» eller «uberettiget» som legger opp til en rettsstridsvurdering⁹⁷. Mens Gröning et al. omtaler disse som «uttrykkelige rettsstridselementer», omtales de samme begrepene i Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 22 som «spesielle rettsstridsreservasjoner». Distinksjonen innebærer ingen vesensforskjell. Meningen er å illustrere at det i alle tilfeller må gjøres en rettsstridsvurdering ved tolkingen av en gjerningsbeskrivelse. Slik departementet påpeker i nevnte forarbeider, er derfor «strengt tatt (...) denne reservasjonen overflødig ved siden av den alminnelige ulovfestede rettsstridsreservasjonen»⁹⁸. I norsk strafferett foreligger det en ulovfestet rettsstridsreservasjon som til enhver tid må vurderes når det er spørsmål om en handlings forsvarlighet og straffverdighet, herunder om straff kan begrunnes i det enkelte tilfellet. Spørsmålet er hvordan den alminnelige rettsstridsreservasjonen slår ut dersom konverteringsterapiforslaget går gjennom som foreslått.

3.2.1 Rettsstridsbegrepet

At «rettsstrid» - et begrep så vidt innholdsrikt og -tomt på samme tid – har vært gjenstand for debatt er ikke overraskende. Begrepet har vært omdiskutert i strafferettsteorien. Andenæs utviklet en formell rettsstridsposisjon med et positivistisk syn på de normer som kan utledes av rettskildelæren⁹⁹. Den materielle rettsstridsposisjonen dreier seg imidlertid om at strafferettsreglene har sitt opphav i grunnleggende prinsipper om strafferettens karakter og innhold¹⁰⁰, og at det er ved denne en best iakttar grensedragningen for akseptable og ikke-

⁹⁵ Gröning et al., 2023, s. 330

⁹⁶ Ibid., s. 244

⁹⁷ Andenæs, 1956, s. 141

⁹⁸ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 22

⁹⁹ Andenæs, 1956, s. 140-144

¹⁰⁰ Gröning et al., 2023, s. 306

akseptable handlinger innenfor rettsordenen. Den senere tids teoretikere (Gröning et al.) tar til orde for det materielle rettsstridsbegrepet, og hevder at dette synet best treffer strafferettens overordnede oppgave og begrunnelse¹⁰¹.

3.2.2 Det materielle rettsstridsbegrepet, strafferettens overordnede oppgave og rettsstridsreservasjonen

Et grunnleggende premiss for strafferetten er at den må begrunnes. Strafferettens overordnede oppgave og begrunnelsen for et materielt rettsstridsbegrep, finnes dels i de samme grunnprinsipper som straffens begrunnelse¹⁰².

Strafferettens overordnede oppgave er «å verne alle menneskers frihetssfære, og slik opprettholde rettsordenens grunnverdier»¹⁰³. Hovedfunksjonen er å sikre individets frihet og verne det mot overgrep. Disse kjenner vi igjen fra rettsordenens verdigrunnlag¹⁰⁴.

Ved å finne begrunnelsen for rettsstridsvurderingen i strafferettens mer overordnede oppgave, settes det, om noe vide, rammer for tolkingsprosessen som bedre kan forenes med utviklingen enn det et formelt og positivistisk rettsstridssyn kan. At en snarere må utvikle det materielle rettsstridsbegrepet, finner jeg i likhet med Gröning et al.¹⁰⁵, at har gode grunner for seg.

Dersom rettsanvenderen bruker den materielle forståelsen av rettsstridsbegrepet, er hen bedre i stand til å gjøre avveiningen av en handlingens forsvarlighet med legitimitet fra de samme prinsipper som begrunner strafferettsinstituttet. Dette må ikke misforstås som legitimitet til å utvise fritt skjønn og til å tolke straffebed innskrenkende. Høyesterett har gjentatte ganger fastslått¹⁰⁶ hovedregelen om at straffebed ikke skal tolkes innskrenkende *alene* ut ifra vurderinger av handlingens klanderverdighet¹⁰⁷.

Det kan være utfordrende å få tak i hva som konkret ligger i et materielt rettsstridsbegrep. Høyesteretts uttalelse i Rt. 1979 s. 1492 kan være klargjørende. Saken gjaldt bestemmelser med uttrykkelige rettsstridelementer, men uttalelsen er generell og treffende også for den

¹⁰¹ Ibid, s. 308

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Jf. pkt. 2.1

¹⁰⁵ Gröning et al., 2023, s. 308

¹⁰⁶ Jf. Rt. 1972 s. 243 (s. 244) og Rt. 1979 s. 1492

¹⁰⁷ Gröning et al., 2023, s. 312

alminnelige ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Hvorvidt en handling som isolert sett rammes av en gjerningsbeskrivelse, skal straffes eller ei, vil

«bero på en avveining mellom de hensyn straffebudet skal verne, og andre hensyn som det er grunn til å beskytte. Det vil i det enkelte tilfelle bli domstolenes oppgave å vurdere om andre hensyn må tillegges slik vekt at en handling som i og for seg går inn under gjerningsbeskrivelsen, likevel ikke kan anses som rettsstridig og derfor ikke rammes av vedkommende straffebud.»¹⁰⁸

Som Høyesterett her impliserer, kan det tenkes hensyn og omstendigheter ved den enkelte handling som fjerner det straffbare elementet. Ved straff av konverteringsterapi, vil domstolen måtte avveie hensynene til enkeltindividet og skeive som gruppe, mot individets selvbestemmelsesrett og religionsfrihet.

Med et materielt rettsstridsbegrep og en alminnelig rettsstridsreservasjon gjøres strafferettsinstituttet fleksibelt overfor de tilfellene der straff ikke fremstår hensiktsmessig – for eksempel som skissert i pkt. 1.1. Alternativet ville være å tolke rettsstrid alene ut fra rettskildelæren. Forutberegnelighetshensynet kunne tale for en slik forståelse. Løsningen legger imidlertid etter mitt syn opp til flere uheldige situasjoner og resultater enn sitt motstykke. Straffens nytteorienterte begrunnelser er best ivaretatt dersom en bruker en materiell rettstridsforståelse.

Fremstår straffeforfølgning lite nyttig og hensiktsmessig, er det lite tillitsvekkende dersom en kategorisk skulle straffe alene fordi handlingen dekkes av en gjerningsbeskrivelse. Det er noe rasjonelt ved at rettsanvenderen kan vurdere straffens overordnede oppgave og begrunnelse i enkelttilfellet. Det er med en materiell rettstridsforståelse adgang til å vurdere den konkrete nytteverdien av straff eller til å vurdere bortfall av en handlings klanderverdighet.

3.2.3 Rettsstridsvurderingen, samtykke og skadefølgeprinsippet

Flere forhold kan være egnet til å avgrense straffansvaret for en handling. Den ulovfestede rettsstridsreservasjonen åpner muligheten for å ta hensyn til slike for rettsanvenderen. I omtalen av forholdet mellom rettstridsreservasjonen og straffrihetsgrunnene, fastslår forarbeidene at «det på grunn av noe særegent ved situasjonen eller tilfellet [er] aktuelt å

¹⁰⁸ Rt. 1979 s. 1492 (s. 1499)

begrense rekkevidden av et straffebud som i utgangspunktet rammer handlingen»¹⁰⁹. Et samtykke fra fornærmede er et særlig forhold som kan få betydning i rettsstridsvurderingen. Et interessant spørsmål er hvilken praktiske konsekvens rettsstridsreservasjonen får dersom en tenker seg tilfellet der en mottaker samtykker og ønsker konverteringsterapi¹¹⁰.

I tidligere juridisk teori¹¹¹ var det vanlig å anse samtykke som straffrihetsgrunn på linje med nødrett, nødverge og selvtekt. Også forarbeidene til straffeloven av 2005 har denne tilnærmingen¹¹². Med denne forståelsen ser en samtykke fra fornærmede som en omstendighet som kan gjøre en ellers rettsstridig handling, *rettmessig*. En slik innfallsvinkel kan ha gode grunner for seg, men den forutsetter at man først kjenner en handling rettsstridig. Straffrihetsgrunnene har til felles at de kan komme gjerningspersonen til unnsetning *etter* at en kriminalisert gjerning objektivt sett er konstatert. Etter min mening, er ikke betraktningmåten treffende når vi taler om samtykke – hvilket må foreligge *før* den kriminaliserte gjerning for å virke straffriende.

Samtykket kan snarere sees som en del av rettsstridsvurderingen og vurderingen av kriminalisert gjerning¹¹³. Det er da vanskelig å se hvorfor en utøver av konverteringsterapi skal straffes når mottakeren har samtykket. Utøveren har, etter vår forståelse av ansvarslæren, aldri utført en kriminalisert gjerning.

Snarere enn å anse samtykke som noe som opphever rettsstrid, er det mer naturlig å si at et samtykke fjerner handlingens rettsstridige karakter¹¹⁴. Det rettsstridige og straffbare elementet faller bort ved at den handlingen retter seg mot, samtykker til – og ønsker – at den blir utført. Holdes det opp mot strafferettens overordnede oppgave, har dette gode grunner for seg. Samtykkekompetansen er en grunnleggende og nødvendig konsekvens av individets frihet. Retten til selvbestemmelse og privatautonomi ivaretas best dersom samtykkekompetansen er mest mulig ubegrenset.

Ved å anse et samtykke som straffriende, økes friheten til både mottaker og utøver av konverteringsterapi. Begge gis en mulighet til å gjøre noe som ellers ikke rettmessig kunne gjøres.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 106

¹¹⁰ Typetilfellet pkt. 1.1

¹¹¹ Andenæs & Bratholm, s. 48

¹¹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 66

¹¹³ Pkt. 3.1

¹¹⁴ Gröning et al., 2023, s. 330

Hvorvidt en vurderer samtykke som straffrihetsgrunn eller som del av rettsstridsvurderingen, er ikke avgjørende. Ulikheten i betraktningmåte har kun systematisk og pedagogisk betydning, og samtykkets straffriende virkning endres ikke ved det ene eller andre synet. Når det er sagt, virker ikke et samtykke alltid straffriende i norsk strafferett¹¹⁵.

3.2.4 Det materielle rettsstridsbegrepet og lovforslaget

Dersom lovforslaget går gjennom som foreslått, reises særlige spørsmål i relasjon til rettsstridsreservasjonen. Betydningen av et samtykke skal ikke være avgjørende, men de konkrete grensdragningene overlates til domstolene. Straffeforfølges utøveren på tross av mottakerens samtykke, kan en tenke seg situasjonen at domstolen ikke har andre holdepunkter enn nettopp mottakerens samtykke. Under henvisning til rettsstridsreservasjonen og samtykke som særlig rettsstridselement, er det ikke usannsynlig at domstolen vurderer konverteringsterapihandlingen rettmessig.

En kan snu på det og spør hvorfor forbudet bør inneholde et samtykkevilkår dersom dette uansett kan hensyntas i praksis. Det er imidlertid en lite tillitsvekkende løsning. Det er legitimt å dels overlate et straffebuds effektive virkeområde til domstolene, men betydningen av noe så grunnleggende og praktisk som samtykke, burde fremgå av lovteksten. Grunnhensyn om klarhet og forutberegnelighet taler med tyngde for at den strafferettslige betydningen av samtykket er så tydelig som mulig. Den uheldige, praktiske konsekvens et absolutt forbud kan få for rettsstridsreservasjonen med samtykke som særlig rettsstridselement, taler for at et samtykkevilkår inkluderes i bestemmelsen.

3.2.5 Samtykkebestemmelser i strafferetten

Det finnes ingen generell samtykkebestemmelse i norsk strafferett. Forarbeidene til straffeloven fastslår det lenge rådende syn i teorien – at samtykke «egner seg dårlig for generell regulering»¹¹⁶. Betydningen av samtykket reguleres imidlertid direkte av enkelte straffebud.

Det fremgår av straffeloven § 276 første ledd at

¹¹⁵ Pkt. 3.2.5 om § 276 andre ledd

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 90 s. 107 pkt. 9.2.2

«Straff etter §§ 271, 272, 273 og 274 første ledd kommer ikke til anvendelse når den handlingen er rettet mot, har samtykket.»

Bestemmelsen åpner for at det kan samtykkes til kroppskrenkelser (§ 271), grove kroppskrenkelser (§ 272), kroppsskade (§ 273) og grov kroppsskade (§ 274 første ledd). Når det foreligger samtykke fra fornærmede, kan ordlyden «kommer ikke til anvendelse» gi inntrykk av en plikt for rettsanvenderen til å la handlingen være straffri. Det må imidlertid vurderes hvorvidt det avgitte samtykke var «virksomt», hvilket behandles nærmere i pkt. 3.3.

En kan ikke kategorisk si at handlinger som nevnt i § 276 første ledd skal være straffrie. Bestemmelsen går likevel langt i å respektere fornærmedes egen vilje. Ved henvisningen til grov kroppsskade etter § 274 første ledd, er fornærmede gitt muligheten til å samtykke til alvorlige skader. Flere lovforarbeider¹¹⁷ har vurdert om en må inkludere et vilkår om «berettiget formål»¹¹⁸ fra fornærmede til å samtykke til den konkrete handlingen. Spørsmålet var oppe i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s.186, men ble avvist under henvisning til vanskeligheter med håndhevingen i praksis.

Paragraf 276 andre ledd setter likevel skranker for hvor langt et samtykke rekker. Denne fastslår at samtykke til drap og betydelig skade ikke virker straffriende. Henvisningen fra § 276 første ledd til § 274 første ledd kan gi inntrykk av at det kan samtykkes til forsettlig grov kroppsskade med døden som uaktsom følge. Ordlyden «hatt til følge» i § 274 første ledd må leses i sammenheng § 24. Sistnevnte fastslår at en uforsettlig følge er en del av grovhetsvurderingen dersom gjerningspersonen har opptrådt uaktsomt med hensyn til følgen. En slik løsning ville i praksis innebære en omgåelse av § 276 andre ledd. Uavhengig av fornærmedes mulighet til å akseptere uavklarte risikoer, kan en slik omgåelse av forbudet mot aktiv dødshjelp¹¹⁹, vanskelig være holdbar. At reaksjonen i slike tilfeller kan finnes under minstestrafen eller i en mildere straffart, er imidlertid illustrerende for rekkevidden av samtykkets betydning. Løsningen vitner om en tung vektning av individets autonomi og selvbestemmelsesrett i norsk rett.

3.2.6 Avgrensning av straffriheten i relasjon til konverteringsterapi

¹¹⁷ NOU 1983:57 s. 140, NOU 2002:4, Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 186

¹¹⁹ Straffeloven § 276 andre ledd, jf. første ledd

Lovforslaget mot konverteringsterapi er lite nyansert når det kommer til samtykkets betydning og rekkevidde. Det ble over stilt spørsmål ved om det kunne være en mer hensiktsmessig løsning å stille strengere kvalitative krav til samtykkets innhold. Ulike avgrensningskriterium kunne tenkes å bedre vektlegge individets frihet samtidig som de mest sårbare er tilstrekkelig vernet.

Forarbeidene til straffeloven avviser at det må påvises et «berettiget formål» fra fornærmedes side¹²⁰. Den tydelige forarbeidsuttalelsen kan tyde på det er et veloverveid valg fra lovgiver at straffrihetsvirkningen av samtykket skal rekke vidt. Resonnementet trekker dessuten i retning av at mottakeren ikke faktisk behøver å vise til noe formål med konverteringsterapien. Selv om religiøse overbevisninger antakelig vil kunne være motivasjonen, må ikke et formål påvises¹²¹.

Likevel fremgår det klart av, blant annet, straffelovens forarbeider at det «gjelder (...) grenser for hva det med straffriende virkning kan samtykkes til»¹²². Det må derfor vurderes hvilke andre avgrensningsmåter som kan være aktuelle når en skal avgjøre om samtykket har straffriende virkning.

Allerede ved å lese ordlyden i § 276 første ledd, ser en at rammene i norsk strafferett er vide¹²³. En alminnelig ordlydsforståelse tilsier at det eneste vilkåret for at straff ikke kommer til anvendelse i lovens tilfeller, er at fornærmede har «samtykket». Hva som ligger i dette begrepet, er imidlertid ikke nærmere klarlagt i loven.

Andersen har drøftet avgrensningsmåter i artikkelen i TfR, «Strafferettslig samtykke». Han peker på forskjellen mellom en absolutt og relativ avgrensningsordning¹²⁴. Som absolutt avgrensningsordning nevnes den enkelte krenkelse og dens objektive omfang. Ved sin uttømmende liste, bærer § 276 første ledd antitetisk med seg slik avgrensning. Leser en ordlyden direkte, kan en la samtykkets straffrihetsvirkning være avhengig alene av skadeomfanget. Løsningen er likevel lite nyanserende og fleksibel overfor de uante

¹²⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 186

¹²¹ Se innvendingen til typetilfellet, pkt. 2.4.2.3.1

¹²² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

¹²³ Pkt. 3.2.5

¹²⁴ Kjell V. Andersen, «Strafferettslig samtykke» – *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol. 105, utg. 3-4 (1992), 305-475, på s. 415

typetilfellene som kan oppstå¹²⁵. For konverteringsterapi kan slik avgrensning vanskelig tenkes, ettersom skadefølgene er så usikre og subjektive.

En relativ avgrensningsmåte åpner i større grad for fleksibilitet. Andorsen presenterer samtykkets begrunnelse som en slik avgrensningsmåte¹²⁶. Begrunnelsen for at vi anerkjenner samtykke som straffrihetsgrunn, er at vi ser individets frihet og selvbestemmelsesrett som grunnleggende for rettsordenen. Dette innebærer at individet kan gjøre handlinger mot seg selv som samfunnet objektivt sett anser som irrasjonelt og meningsløst¹²⁷. I forlengelsen av denne muligheten, kan individet samtykke til at andre utfører tilsvarende handlinger mot seg. På denne måte kan en tenke at samtykkets begrunnelse naturlig inneholder en avgrensningsmåte ved at man ikke lar straffriheten få *større* omfang enn begrunnelsen rekker¹²⁸.

Når det etter straffeloven § 276 første ledd, straffriende kan samtykkes til forsettlig kroppsskade med uaktsomme følger, faller det ovennevnte resonnement på steingrunn. Det kan nemlig diskuteres i hvilken grad det er tale om et fullt informert og *virksomt*¹²⁹ samtykke når en ikke konkret vet hva en samtykker til. Likevel åpner loven for en slik ordning. Ved henvisningen til § 274 første ledd, kan fornærmedes samtykke få straffriende virkning i tilfellene med uaktsomme følger. Samtykkets begrunnelse er i seg selv derfor ikke en tilstrekkelig egnet avgrensningsmåte.

Andorsen peker videre på at en forsvarlighetsvurdering ut fra «rettssystemets sosialetiske verdier og prinsipper» fungerer som avgrensningsnorm i tilfellene *utenfor* § 276, og setter spørsmålsteget ved hvorvidt denne også gjelder ved kroppskrenkelse og -skadetilfellene¹³⁰. Dette kan tolkes som en henvisning til den alminnelige rettsstridsreservasjonen og den vurdering av en handlings forsvarlighet som er redegjort for i pkt. 3.2.2. Jeg deler Andorsens syn, men finner det avgjørende at avgrensningsnormen sammenholdes med begrensningen som følger forutsetningsvis av kravet om *virksomt* samtykke¹³¹. Til tross for ordlyden i § 276 første ledd, er det sikker rett at vilkåret må forstås som «virksomt samtykke».

¹²⁵ Andorsen, 1992, s. 421

¹²⁶ Ibid. s. 417

¹²⁷ Pkt. 2.4.2.1.1

¹²⁸ Andorsen, 1992, s. 417

¹²⁹ Pkt. 3.5.1

¹³⁰ Andorsen, 1992, s. 420

¹³¹ Ibid. s. 418

Når et *virksomt samtykke*¹³² krever tilstedeværelsen av flere forutsetninger, er den naturlige konsekvens at en del tilfeller *ikke* tilfredsstillende kravene og samtykket derfor ikke virker straffriende. Etter mitt syn kunne lovgiver bedre balansert de hensyn som taler for absolutt konverteringsterapiforbud og de som taler for individets selvbestemmelsesrett og religionsfrihet.

Sammenholdes forsvarlighetsvurderingen med kravet om virksomt samtykke, avgrenses samtykkets straffriende virkning. Det er slik mulig å se bort fra en mottakers samtykke dersom dette ikke oppfyller samtykkevilkårene eller det etter omstendighetene ikke fremstår forsvarlig å vektlegge det. De mest manipulerte, indoktrinerte og sårbare mottakere vil slik være tilstrekkelig beskyttet ved at utøveren kan straffes uten hensyn til mottakerens samtykke.

Ved inkluderingen av et samtykkevilkår med en slik avgrensning av straffriheten, tillegges verken mottakeren eller utøveren bestemte meninger eller motiver. Det åpnes på denne måten for at situasjonen *kan* være den at det ikke foreligger noe element av overmakt og manipulering som gjør at samtykket bør trekkes i tvil. Typetilfellet skissert i pkt. 1.1 er ett eksempel.

En lovtekst med et samtykkevilkår er noe annet enn en lovtekst der samtykkebetydningen inngår i en helhetsvurdering. De hensyn som begrunner et absolutt forbud kunne vært tilstrekkelig vektlagt på en mindre inngripende måte – for eksempel som Solberg-regjeringens forslag. Det var kun når det forelå kvalifiserende omstendigheter at konverteringsterapi skulle straffes. Departementet foreslo at forbudet gjaldt der handlingen var utført uten samtykke eller det forelå omstendigheter som gjorde den utilbørlig. Et absolutt forbud mot voksne var ikke et forholdsmessig inngrep i den enkeltes selvbestemmelsesrett¹³³.

Riksadvokatens hørings svar til Solberg-regjeringens forslag gir også inntrykk av at et absolutt forbud er for inngripende. Han la da til grunn at et absolutt forbud var uaktuelt for voksne. Samtidig tok Riksadvokaten til orde for at grensen for et absolutt forbud bør settes *lavere* enn 18 år. Begrunnelsen var at det ville finnes et straffe bud for dem som er eldre - om enn ikke absolutt. Riksadvokaten fastslo at en "relativ regel" der man kunne ta hensyn til "samtykkekompetanse og -innsikt", ga et tilstrekkelig vern, samtidig som den balanserte hensynet til den enkeltes handlefrihet¹³⁴. Riksadvokaten fastholder dessuten sitt syn i

¹³² Jf. pkt. 3.3

¹³³ Solberg-regjeringens høringsnotat om regulering av konverteringsterapi s. 62-63

¹³⁴ Riksadvokatens høringsuttalelse til forslag om lovregulering av «konverteringsterapi» av 20.10.21, s. 10

høringssvaret til Støre-regjeringens høringsnotat¹³⁵. Argumentasjonsrekken står seg derfor overfor lovforslaget som i skrivende stund ligger til første behandling på Stortinget.

Snarere enn å generalisere og formode en samtykkeincompetanse ved et absolutt forbud, fremstår det mer hensiktsmessig å identifisere særlige sårbare trekk ved det enkelte typetilfellet. Solberg-regjeringens forslag var én alternativ måte å bringe forslaget i tråd med individets selvbestemmelsesrett. En annen måte kan finnes i den svenske løsningen av samtykkeproblematikken.

3.2.7 Samtykkebestemmelser i andre lands strafferett

Den svenske Brottsbalk har en generell regulering av samtykkebetydningen. I kapitlet om allmenne grunner for ansvarsfrihet, følger det av § 7 at «En gärning som någon begår med samtycke från den mot vilken den riktas utgör brott endast om gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig». Bestemmelsen er noe vanskelig tilgjengelig, men kan sammenfattes slik: dersom en handling utføres mot en som har samtykket til den, utgjør den fremdeles et brudd dersom skaden, krenkelsen, faren, formålet og øvrige omstendigheter tilsier det. Antitetisk kan en si at et samtykke kan virke straffriende dersom særlige momenter ikke tilsier at handlingen likevel skal straffes.

Den dynamiske og anvendelige svenske bestemmelsen har likheter til et eventuelt konverteringsterapiforbud *med* et samtykkevilkår. Løsningen er tilsvarende den tatt til orde for i relasjon til konverteringsterapiforbudet i pkt. 3.2.6. Vilkårene for et virksomt samtykke bærer naturlig med seg avgrensninger¹³⁶. Disse er egnet til å identifisere særlige momenter som tilsier at konverteringsterapien bør straffes på tross av mottakers samtykke¹³⁷.

I kapitlet om «Forbrydelser mod liv og legeme» i den danske straffeloven, er det kun § 248 som implisitt tar hensyn til samtykke. Det fremgår at «For legemsangreb under slagsmål, (...) kan straffen under særlig formildende omstændigheder bortfalde». Bestemmelsen kan tolkes slik at en ved deltakelse i slåsskamp samtykker til kroppskrenkelser. En terskel skal fremdeles overgås idet det kun er ved «særlig formildende omstændigheder» straffen kan bortfalle. En

¹³⁵ Riksadvokatens høringsuttalelse til forslag om lovregulering av «konverteringsterapi» av 20.10.21 s. 9 og Riksadvokatens høringsuttalelse om nytt forslag om lovregulering av konverteringsterapi av 22.10.22 s. 9-10.

¹³⁶ Pkt. 3.3. Er ikke vilkårene for et virksomt samtykke oppfylt, kan ikke samtykket virke straffriende.

¹³⁷ Pkt. 3.3 og 3.2.6

alminnelig ordlydstolkning kan tilsi at et samtykke fra begge parter kan være en slik omstendighet.

Sammenligningen med de skandinaviske landene, viser at norsk rett går langt i å respektere selvbestemmelsesretten – i hvert fall i relasjon til kroppskrenkelser. Den svenske løsningen er hensiktsmessig ved at den er mottakelig for et vidt spenn typetilfeller – uten å anta at noen er uten samtykkekompetanse. Dersom en lignende formulering ble inkludert i konverteringsterapiforslaget, kunne det bedre gi uttrykk for individets frihet – samtidig som det er mulig å se bort fra mottakerens samtykke dersom særlige omstendigheter tilsier det.

3.3 Vilkår for virksomt samtykke

Ved innskrenking av individers frihet, er presisjon og klarhet viktig. Ikke ethvert samtykke har straffriende virkning i norsk strafferett. Det stilles visse kvalitative krav.

For det første må samtykket være «avgitt». Dette er avgjørende for hvorvidt et virksomt samtykke foreligger eller ei¹³⁸. I vilkåret om avgivelse, er det klart at det er vedkommende selv – den «handlingen» går ut over – som må avgi samtykke. I forlengelsen av dette, må samtykket må være avgitt frivillig.

Det stilles ikke formkrav til samtykket¹³⁹. Foruten der loven gir anvisning på annet, kan samtykket være muntlig så vel som skriftlig. Formfriheten bærer med seg både muligheter og begrensninger.

For det første åpner formfriheten for at samtykket kan være «konkludent». Et banalt eksempel er deltakelse i idrett med fare for skade. Det stilles ikke krav til eksplisitt samtykke før en håndballspiller trer inn på parketten – til tross for skadepotensialet. Utenfor idrettsverdenen, hefter det derimot betenkeligheter ved slike samtykker. Når et tydelig samtykke ikke er uttrykt, kan en ikke godt utlede en persons vilje alene ut fra konkludent atferd. Deltakelse i slåsskamp er ett eksempel – et Høyesterett selv har tatt stilling til¹⁴⁰.

I hvilken grad samtykke må komme til uttrykk til omverdenen, har vært diskutert. De to dominerende syn – «viljeretningsteorien» og «viljeuttrykksteorien»¹⁴¹ - åpner begge for

¹³⁸ Gröning et al., 2023, s. 338

¹³⁹ Ibid. s. 339

¹⁴⁰ Ibid., s. 340 og Rt. 1993 s. 117

¹⁴¹ Andorsen, 1992, pkt. 4.3

innvendinger. Viljeretningsteorien dreier seg om at samtykket ikke nødvendigvis må være kommet til uttrykk på noen måte – fornærmedes indre samtykkende innstilling er tilstrekkelig til å virke straffriende¹⁴². Viljeuttrykksteorien bygger på det motsatte – at samtykke nettopp på en eller annen måte må være manifestert for omverdenen. Til tross for at sistnevnte begrenser disposisjonsretten ved å stille kvalitative krav til samtykkets manifestasjon, har denne færre betenkeligheter enn viljeretningsteorien.

Viljeretningsteorien har den svakhet at manifestasjonen utad ikke skjer før *etter* den konkrete handlingen. Ved samtykke til konverteringsterapi kan gjerne mottakerens samtykke være det eneste «bevis»¹⁴³. Dersom mottakeren kun gir en indre aksept, er det utfordrende å skille dette fra tilfellene der en egentlig står overfor et *etterfølgende* samtykke¹⁴⁴. Når en mangler en ytre manifestasjon, er det dessuten fra viljeretningsteorien vanskelig å avgjøre samtykkets rekkevidde¹⁴⁵. Jeg stiller meg her bak Andorsens syn om at

«[D]ersom han ønsker å benytte seg av den disposisjonsadgangen samtykkeinstituttet gir ham, må han av hensyn til seg selv sørge for å manifestere sitt samtykkestandpunkt utad på en eller annen måte. I motsatt fall vil rettsordenen måtte innta det standpunktet at fornærmede ikke har disponert seg ut av det vernet straffelovgivningen yter, det vil si at det ikke foreligger et samtykke.»¹⁴⁶

For at samtykket til konverteringsterapi skal være straffriende, bør det manifesteres utad. Dette kan gjøres både muntlig og skriftlig. Foreligger ikke slik ytre manifestasjon, kan det tenkes at det legitimt kan legges til grunn at virksomt samtykke til konverteringsterapi ikke foreligger.

I Rt. 1993 s. 117 var spørsmålet nettopp rekkevidden av et samtykke. Høyesterett uttalte i kjennelsen at et samtykke til slåsskamp «normalt» ikke kan «oppfattes som et samtykke til forsettlig tilføyelse av skade». Kjennelsen er illustrerende for vilkåret om at samtykket må dekke den gjerning som ellers er gjort straffbar. Det er avgjørende at handlingen svarer til samtykket og ikke går lenger enn samtykkets innhold legger opp til¹⁴⁷.

¹⁴² Andorsen, 1992, pkt. 4.3

¹⁴³ Pkt. 2.4.2.3

¹⁴⁴ Andorsen, 1992, pkt. 4.3

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Gröning et al., 2023, s. 340

En grunnleggende følge av selvbestemmelsesretten og adgangen til å samtykke, er at samtykket kan tilbakekalles. Ved tilfellene i § 276, står individet som den klare hovedregel fritt til å tilbakekalle sitt eget samtykke¹⁴⁸. Dette fastslo Høyesterett også i Rt. 1975 s. 1176, der et samtykke til slagsmål måtte anses å ha falt bort idet fornærmede rømte bort da gjerningspersonen trakk kniv. Konsekvensen er at samtykket faller bort, og det straffriende elementet gjør seg ikke lenger gjeldende.

Én ting er at samtykket må være avgitt frivillig og at viljeserklæringen komme tilstrekkelig klart til uttrykk. Et annet sentralt moment, er at den samtykkende må forstå innholdet og hvilke konsekvenser hen aksepterer. Høyesterett har fastslått at det for straffrihet er sentralt at vedkommende «skjønner rekkevidden av handlingen og kan vurdere konsekvensene. Inngrepets art og omfang har derfor stor betydning»¹⁴⁹. Jentas lave alder var ikke til hinder for å skjønne handlingens rekkevidde og konsekvenser. Høyesterett konkluderte med at det var avgitt et straffriende samtykke.

3.3.1 Samtykkevilkår oppsummert

For at et samtykke skal være virksomt, må det være frivillig avgitt av den handlingen retter seg mot og hen må forstå innholdet og rekkevidden av handlingen det samtykkes til. Samtykket må foreligge på tidspunktet handlingen utføres, og det må dekke gjerningen slik den fremgår av straffebudet. Det må ikke være tilbakekalt eller på annen måte ha bortfalt på fullbyrdelsestidspunktet, og kravene til samtykket kan variere etter handlingens art og omfang.

I tillegg må det kunne kreves at et samtykke til konverteringsterapi manifesteres utad. Dette kan gjøres både muntlig og skriftlig. Foreligger ingen ytre manifestasjon, kan det for konverteringsterapitilfellene enklere legges til grunn at virksomt samtykke ikke er avgitt. I likhet med de øvrige samtykkevilkårene, utgjør dette en praktisk avgrensning av rekkevidden for samtykkets straffrihet.

3.4 Hva innebærer et virksomt samtykke for straffens begrunnelse?

¹⁴⁸ Gröning et al., 2023, s. 342

¹⁴⁹ Rt. 2004 s. 849

Når en handling kjennes rettmessig under henvisning til samtykket, reises spørsmålet om hva dette innebærer for straffens begrunnelse. Det er også her enkelte av de praktiske betenkelighetene ved konverteringsterapiforbudet kommer på spissen.

Ettersom samtykket gjør en handling rettmessig, kunne en naturlig forståelse være at en så handlingens straffbare karakter som borte. At straffens begrunnelse i slike tilfeller ikke lenger treffer. Ser vi dette i sammenheng med kriminaliseringsprinsippene, reises en interessant problemstilling. Hva er det ved mottakerens samtykke som gjør at den straffbare karakter faller bort?

På den ene siden kan en se det slik at fornærmede selv, ved sitt samtykke, fjerner handlingens skadepotensial. Dette er i tråd skadefølgeprinsippet – vi straffer ikke i tilfellene der det foreligger et virksomt samtykke fordi slike handlinger ikke medfører skade eller fare for skade. Tankerekken om at en villet handling presumptivt ikke er egnet til å medføre skade, er imidlertid ikke særlig overbevisende. En mottaker av konverteringsterapi kan ikke vurdere konsekvensene av en handling i all fremtid, og også villete handlinger kan medføre skade.

På den andre siden kan en se fornærmedes samtykke snarere som en *aksept* av handlingens skadepotensial. Husabø synes å ta et slikt standpunkt¹⁵⁰. En erkjenner at handlingen vil kunne medføre skader, men en aksepterer dette fordi en på det gitte tidspunktet holder utføringen av handlingen høyere. Resonnementet må være at individets frihet og selvbestemmelsesrett også åpner for å gjøre irrasjonelle valg og at denne retten vektet tyngre enn hensynene til straffeforfølgning. Da sier vi ikke at en villet handling *ikke* kan medføre skade, men i kraft av å være nettopp *villet*, er handlingen straffri.

Et annet, sentralt moment er at utøveren presumptivt ikke ville utført handlingen uten fornærmedes samtykke. Samtykket kan derfor virke både *motiverende* og *legitimerende*. Det er vanskelig å si at straff er nyttig som allmenn- og individualpreventivt verktøy i slike tilfeller. Det kan tvert om hevdes at straff da er uhensiktsmessig fordi friheten til både mottaker og utøver innskrenkes.

Forståelsen om aksept av skaderisiko samsvarer godt med hvordan vi ser på samtykke i forbindelse med kroppskrenkelse og -skade. En kroppsskade vil objektivt sett klart ha en skadefølge. Når lovgiver har fastslått at straff ikke kommer til anvendelse når fornærmede i

¹⁵⁰ Husabø, 1992, s. 229

slike tilfeller har samtykket¹⁵¹, er det mest naturlig å se samtykke som aksept av en handlings skadepotensial. Det må derfor være nettopp aksepten som fratrar handlingen sin straffbare karakter.

3.5 Kritiske innvendinger

Vi har klarlagt hva som ligger i samtykkebegrepet og hvordan vi vurderer samtykket i norsk strafferett. Holder en dette opp mot forslaget mot konverteringsterapi, reises krevende problemstillinger.

Lovgivers utelatelse av et samtykkevilkår må, i større eller mindre grad, hvile på forutsetninger som verken har forankring i kriminaliseringsprinsippene eller i vår forståelse av samtykke i strafferetten. Det ligger noen slike premisser i et absolutt konverteringsterapiforbud. All den tid det straffriende kan samtykkes til grove fysiske skader, er spørsmålet om fare for psykiske skader konseptuelt er eller bør være annerledes. Dessuten er lovforslagets sider til individets samtykkekompetanse heller ikke uproblematiske. Enkelte forarbeidsuttalelser¹⁵² kan trekke i retning av at dem forbudet er ment å verne om, ikke har den nødvendige virkelighetsoppfatning til å avgi et virksomt samtykke.

3.5.1 Virksomt samtykke lar seg ikke avgi

Én måte å legitimere innskrenkingen av den enkeltes frihet, kan ligge i forståelsen av konsekvensene av konverteringsterapi. Et virksomt samtykke innebærer at personen forstår rekkevidden av handlingen og forstår dens konsekvenser¹⁵³. Departementet fremhevet selv uvissheten ved skadepotensialet til konverteringsterapi. På samme måte som det er vanskelig for domstolen å avgjøre om konverteringsterapihandlingen har et «særlig skadepotensial», er det utfordrende for mottakere å forstå rekkevidden og konsekvensene av den. Europarådets kommissær for menneskerettigheter synes å sette spørsmålsteget ved om personer som søker konverteringsterapi i det hele tatt evner å gi et «free and fully informed consent»¹⁵⁴.

Resonnementet synes å være at et *virksomt* samtykke på denne måten ikke lar seg avgi.

¹⁵¹ Straffeloven § 276 første ledd

¹⁵² “Nothing to cure: putting an end to so-called “conversion therapies” for LGBTI people”

¹⁵³ Pkt. 3.3

¹⁵⁴ “Nothing to cure: putting an end to so-called “conversion therapies” for LGBTI people”

Det kan stilles spørsmål ved om samtykkevilkårene bør tolkes så formalistisk. Ved samtykke til deltakelse i en slåsskamp, kjenner en ikke alle mulige konsekvenser. En samtykker til å bli påført skade, men det er sjeldent mer konkret enn det. Det samme gjelder ved samtykke til konverteringsterapi – mottakeren kan forstå at handlingen har et skadepotensial, men nøyaktig hvordan den gir utslag i det enkelte tilfellet, kan ikke godt sies. En redusering av samtykkekompetansen kan derfor vanskelig begrunnes med at et virksomt samtykke ikke lar seg avgi.

3.5.2 Samtykkekompetanse

I forlengelsen av dette, er spørsmålet om et virksomt samtykke ikke lar seg avgi fordi vedkommende er uten *samtykkekompetanse*. Hva som skulle være grunnen til at man på gruppenivå kunne frata den enkeltes samtykkekompetanse, er ikke lett å identifisere. Her finner man også noe av det, etter mitt syn, uforløste ved diskusjonen rundt konverteringsterapi og samtykkets betydning. Uten at det fremgår uttrykkelig, synes formodningen å være at dem et absolutt forbud verner, alltid vil treffe sine valg under påvirkning og manipulasjon fra andre.

Enkelte resonnementer i proposisjonen hviler dessuten på premisser om at noen personer er så indoktrinert i religiøse retninger at de ikke lenger evner å vite hva som er best for seg selv¹⁵⁵. Når Europarådets kommisær for menneskerettigheter betviler hvorvidt dem som søker konverteringsterapi kan gi «free and fully informed consent», kan også dette trekke i retning av at denne gruppen ikke evner å ta velinformerte valg.

Det kan tenkes at manipulering, indoktrinering og overbevisning er en del av bakgrunnen for dem som søker konverteringsterapi. Et absolutt forbud lar seg imidlertid ikke innføre uten at dette impliserer premisser for samtykkekompetansen. Det forutsetter grensedragninger som svært vanskelig lar seg gjøre. Ett eksempel er når en mottaker skal anses å ha mistet evnen til å treffe egne valg. Er det allerede ved troen på visse religiøse retninger? Er det først etter fem år med tro? 10 år? Det er, berettiget sådan, svært strenge vilkår for å frata noens samtykkekompetanse¹⁵⁶. Det er ikke lovgivers oppgave å gjøre individer uten stand til å samtykke under henvisning til religiøse retninger. Riksadvokaten påpeker at det «[P]rinsipielt er [det] liten grunn til at staten skal regulere hvordan den enkelte kan utøve sin egne seksuelle

¹⁵⁵ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 8.3.3.4

¹⁵⁶ Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3

integritet, så fremt det er en fri og selvstendig disposisjon.»¹⁵⁷ Riksadvokaten fastholder sitt syn om at «lovgiver ikke bør vedta et absolutt forbud»¹⁵⁸. Med tanke på forholdet til menneskerettighetene, fastslås det i høringsuttalelsen at det kan stilles «berettigede spørsmål» om rettmessigheten av et slikt straffebed¹⁵⁹. Et absolutt forbud mot konverteringsterapi vil altså kunne komme i konflikt med både religionsfriheten og retten til privatliv.

Det er dessuten grunn til å stille spørsmål ved hvorfor departementet ikke har bedt Lovavdelingen om en særskilt vurdering av det mer inngripende, foreliggende forslaget. Også Riksadvokaten bemerker dette¹⁶⁰. All den tid Lovavdelingen uttrykte tvil i vurderingen av det forrige, er det legitimt å spørre hvordan et mer inngripende forslag står seg overfor menneskerettighetene¹⁶¹.

3.5.3 Avveiningen

Lovgiver kan med legitimitet innskrenke samtykkekompetansen dersom kollektive interesser tilsier det. Spørsmålet er om skeive som gruppe er en tilstrekkelig kollektiv interesse som kan begrunne et så inngripende lovforslag.

Det er diskrimineringen, stigmatiseringen og tanken om mindreverdighet skeive opplever, departementet på generelt grunnlag vil til livs¹⁶².

Det er likevel ikke klare likheter mellom dette og andre tilfeller av straffebed der kollektive interesser begrunner straff på tross av fornærmedes samtykke. Det samfunnsøkonomiske aspektet og ekstrabelastninger på helse- og trygdevesenet, er gjerne begrunnelsen. Selv om en, noe søkt, kunne tenke seg at skeive er bredt representert i helsesektoren som følge av psykiske plager i forbindelse med stigmatisering, er det ikke tatt til orde for et slikt resonnement. Det ville i alle tilfeller fremstå som en inadekvat og uholdbar begrunnelse for et absolutt konverteringsterapiforbud.

For lovgivers del, står en tilbake med en avveining av individets selvbestemmelsesrett og ønsket om bred beskyttelse av skeive som gruppe. I så henseende er det viktig å huske at

¹⁵⁷ Riksadvokatens høringsuttalelse om nytt forslag til lovregulering av konverteringsterapi av 22.10.22 s. 9-10.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Nærmere vurdering av menneskerettighetene i pkt. 3.6

¹⁶² Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 3.4

hovedformålet med lovforslaget er å verne *enkeltindividets* frihet¹⁶³. I tilfellene der individet selv initierer og ønsker hjelp til å enten endre eller leve med sin seksuelle legning, er det ikke overbevisende å nekte dem dette under henvisning til at skeive som gruppe vil være skadelidende som følge av en slik adgang.

All den tid samtykket har linjer til rettsordenens grunnverdier om frihet, står ikke lovgrunnene sterkt ved et absolutt forbud. Under høringsrunden for Solberg-regjeringens forslag, fremholdt Riksadvokaten dette poenget. Etersom lovforslaget nettopp skal verne mot andres intervensjon i individets seksuelle psykiske integritet, kan en ikke treffende begrunne straff «utover intervensjonstilfellene»¹⁶⁴. Når mottaker har avgitt et virksomt samtykke, befinner en seg nettopp utenfor disse tilfellene.

Et straffebed med et samtykkevilkår vil fremdeles markere at konverteringsterapihandlinger er klanderverdige. At en adgang til å samtykke skulle innebære en bekreftelse om at å være skeiv betraktes som en sykdom, er etter mitt syn et feilslått resonnement¹⁶⁵. Da legger en mer i betydningen av et samtykke enn det er dekning for, og skuer ikke rettsordenens aksept av samtykkemuligheten. Det er ikke nødvendigvis noe 1:1-forhold mellom samtykkemulighet og legitimering.

Beskyttelse av skeive som gruppe er en verneverdig kollektiv interesse. I lys av hvordan samtykket vurderes i strafferetten, kan den etter gjennomgangen vanskelig begrunne et så inngripende lovforslag. Reduseringen av samtykkets betydning innebærer, etter min mening, en for liten hensyntaking til individets frihet og dets mulighet til å også gjøre irrasjonelle handlinger.

3.6 Menneskerettsbestemmelser og konverteringsterapi

Det er gjennomgående vist til menneskerettigheter som selvbestemmelsesrett og religionsfriheten. Departementet medgir at et forbud mot konverteringsterapi kan utgjøre et inngrep i retten til privatliv i artikkel 8 og retten til religionsfrihet i EMK artikkel 9¹⁶⁶. Retten til selvbestemmelse, og til å tro og tenke det en vil, ligger i kjernen av artiklene.

¹⁶³ Jf. pkt. 2.4.2.1.1.1

¹⁶⁴ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 8.3.5.2

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Prop. 132 L (2022-2023) pkt. 5.1

Menneskerettighetsinstituttet dreier seg om balansering av kolliderende rettigheter. En ubegrenset rett til ytringsfrihet¹⁶⁷ kan havne i konflikt med retten til religionsfrihet¹⁶⁸, mens retten til liv og helse¹⁶⁹ kan stå i spenningsforhold med retten til respekt for privat- og familieliv¹⁷⁰. I slike tilfeller vil det være nødvendig å gjøre en avveining mellom to forskjellige frihetssfærer. Som Kants grunnprinsipp¹⁷¹ fastslår, vil vernet om den personen handlingen er rettet mot, og vernet om gjerningspersonens handlefrihet, måtte balanseres mot hverandre. Forslaget om et absolutt forbud mot konverteringsterapi hviler også på en slik avveining.

Retten til privatliv, som omfatter den enkeltes selvbestemmelsesrett, har klare sider til individets samtykkemulighet og har gjennomgående vært vurdert. I det følgende er hovedfokus på lovforslagets sider til religionsfriheten.

Under henvisning til *Sousa Coucha mot Portugal* avsnitt 27, påpeker departementet at seksuell orientering og kjønnsidentitet omfattes av EMK artikkel 8, og utgjør en grunnleggende del av en persons identitet. Det legges til grunn at et forbud mot konverteringsterapi er «med på å sikre skeives rettigheter etter EMK artikkel 8»¹⁷².

Et absolutt forbud innebærer nødvendigvis at vern av skeives rettigheter tillegges mer vekt enn den enkeltes selvbestemmelsesrett og religionsfrihet. Det er, som sett over, ikke noe i veien for en slik vekting. Avveiningen kunne imidlertid tenkes å være gjort mer balansert.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har vurdert religionsfriheten i en rekke saker. *Kokkinakis mot Hellas* er av de mest prinsipielle. Her var spørsmålet om kriminalisering av proselyttisme var i strid med artikkel 9. EMD kom til at et straffebudet utgjorde et brudd på religionsfriheten. Selv om religionsfriheten primært omfatter den enkeltes rett til å tro det hen vil, sier EMD at «[B]earing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions»¹⁷³. Uttalelsen er fulgt opp i senere praksis¹⁷⁴. Dette illustrerer at manifestasjonen av religionsfriheten kan ta svært ulike former – uten at

¹⁶⁷ Grunnloven § 100 og EMK art. 10

¹⁶⁸ Grunnloven § 16 og EMK art. 9

¹⁶⁹ Grunnloven § 93 og EMK art. 2

¹⁷⁰ Grunnloven § 102 og EMK art. 8

¹⁷¹ Jf. pkt. 2.1

¹⁷² Prop. 132 L (2022–2023) pkt. 5.1

¹⁷³ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 31

¹⁷⁴ *Eweida m.fl. mot Storbritannia* avsnitt 79–80

dens rekkevidde begrenses av den grunn. Som eksempel nevner EMD at religionsfriheten omfatter «the right to try to convince one's neighbour, for example through "teaching"»¹⁷⁵.

Proselyttisme dreier seg forsøksvis om å konvertere en persons religiøse eller politiske standpunkt. Likhetstrekkene til konverteringsterapi er klare. Dommen har derfor overføringsverdi. Den illustrerer dessuten hvor langt artikkel 9 rekker. For vårt typetilfelle¹⁷⁶ kan det vanskelig være tvil om at forsøk på å konvertere fra homofili til heterofili, er å regne som en manifestasjon av religionsutøvelse som omfattes av artikkel 9. Det kan være noe situasjonsbetinget, men som hovedregel kan konverteringsterapi anses som en religiøs ytring.

EMDs praksis viser at religionsfriheten omfatter et bredt spekter av handlinger og rekker svært vidt. Idet et straffebud mot proselyttisme var i strid med artikkel 9, kan det tenkes at et absolutt konverteringsterapiforbud også vil være det.

Sammenholdes religionsfrihetens rekkevidde etter EMDs praksis med samtykkets betydning i strafferetten, kan det argumenteres for at lovforslaget burde speile disse bedre. Et forbud med et samtykkevilkår ville hensynta individets privatliv og frihet, samtidig som det reflekterte den utstrakte retten til religionsfrihet.

Når det er sagt, kan menneskerettighetene begrenses. Det gjennomgående fra EMDs praksis ved begrensning av religionsfriheten, er at det er vanskelig for den ytringen retter seg mot å motsette seg den. Departementet synes å legge til grunn at dette er tilfellet ved konverteringsterapi. Etter min mening er vurderingene lite nyanserte.

Misbruk av overmaktsforhold er nok i kjernen av det som ønskes forbudt, men en slik formodning kan ikke tillegges ethvert tilfelle. Med slike antakelser er en tilbake på de – på gruppenivå – svært utfordrende grensedragninger om mottakerens samtykkekompetanse. En kan ikke med overbevisning konkludere med at mottakeren ikke evner å motsette seg konverteringsterapi dersom hen har avgitt et virksomt samtykke og ønsker konverteringsterapi av religiøse årsaker. Mottakerens ønske kan være det eneste som motiverer og initierer handlingen. Da gir det ikke mening å gjøre begrensninger i mottakerens religionsfrihet under henvisning til at vedkommende ikke klarer å motsette seg den.

¹⁷⁵ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 31

¹⁷⁶ Skissert i pkt. 1.1.

4 Konklusjon

Sikring av enkeltindividets frihet, likhet og menneskeverd er rettsordenens overordnede oppgave og grunnverdier. Straff er et nytteverktøy mot målet om å best mulig overholde rettsordenens grunnverdier for flest mulig individer. Strafferetten gjør inngrep i individets frihet, og det er derfor grunnleggende den kan begrunnes. Begrunnelsen for hvorfor vi straffer ligger etter mitt syn i relative nyttevirkninger om allmenn- og individualprevensjon, men gir ikke tilstrekkelig mening uten ved skyldprinsippets absolutte størrelse. Analysen har vist at straffens begrunnelse ikke fullt ut treffer ved et absolutt forbud mot konverteringsterapi.

Til syvende og sist dreier kriminalisering av konverteringsterapi seg om en avveining av ulike rettsgoder – vern av det skeive enkeltindividet og skeive som gruppe opp mot individets frihet, selvbestemmelsesrett og religionsfrihet. Lovforslaget er ikke i direkte motstrid med kriminaliseringsprinsippene. Det er derimot bare ved forbeholdet om at skadefølgen kan inntre i fremtiden, at et absolutt forbud lar seg begrunne med skadefølgeprinsippet. Når det ligger i kjernen av skadefølgeprinsippet at individet i størst mulig grad må kunne handle fritt, er et absolutt forbud problematisk. I tillegg viste skadefølgeprinsippet særlige underkategorier¹⁷⁷ at et absolutt forbud mot konverteringsterapi har ankepunkter mht. kriminalisering.

Et av disse er samtykkets betydning. Dette har vært omdiskutert i norsk strafferett. Vi anser samtykke som et særlig rettsstridselement. Hvorvidt det skal ha straffriende virkning, vurderes etter den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. På de rette vilkår, innebærer et virksomt samtykke at ingen kriminalisert gjerning foreligger. Et absolutt konverteringsterapiforbud og en materiell forståelse av rettsstridsbegrepet, kan åpne for en uheldig situasjon¹⁷⁸ – en som isolert sett trekker et absolutt forbud i tvil.

Lovforslaget har også problematiske sider til religionsfriheten. EMDs praksis viser at denne favner svært vidt. Selv om det ikke er direkte uforenlig med kriminaliseringsprinsippene eller religionsfriheten, kunne avveiningen vært mer balansert. Det er argumentert for at samtykket selv kan bære avgrensningskriterier av straffriheten. De kvalitative krav som kan stilles til samtykket, kunne tenkes å være egnet til å treffe tilfellene der det skal straffes på tross av mottakerens samtykke. Et straffebed med et samtykkevilkår ville bedre hensynta individets

¹⁷⁷ Jf. pkt. 2.4.2

¹⁷⁸ Jf. pkt. 3.5.4

selvbestemmelsesrett og religionsfrihet – uten at dette nødvendigvis går på bekostning av de hensyn som begrunner et absolutt forbud.

Konklusjonen på oppgavens hovedproblemstilling er derfor at det i lys av straffens begrunnelse og betydningen av et samtykke, er *adgang* til å innføre et absolutt forbud mot konverteringsterapi. Et forbud som i større grad hensyntar et samtykke, ville likevel bedre være i overensstemmelse med straffens begrunnelse og hvordan vi vurderer samtykke ellers i strafferetten.

5 Litteraturliste

Norske lover:

Lov 17. mai 1884

Kongeriket Norges Grunnlov

Lov nr. 28 20. mai 2005

Lov om straff

Utenlandske lover:

Brottsbalk (1962:700)

Den danske straffeloven

Lovforarbeider:

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Prop. 132 L (2022-2023) Endringer i straffeloven (konverteringsterapi)

Innst.105 L (2023–2024) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Endringer i straffeloven (konverteringsterapi)

Litteratur:

Skeie, J. (1913) *Afhandlinger om forskjellige rettsspørgsmaal*. Olaf Norlis Forlag.

Andersen, K. (1992). Strafferettslig samtykke. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, s 305-475 – (TFR-1992-305). <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/andorsen-kv-1992-01>

Husabø, E.J. (1994) *Rett til sjølvvalt livsavslutning?* (1.utg). Ad notam.

Andenæs, J. & Bratholm, A. (1996) *Spesiell strafferett*. (3.utg). Universitetsforlaget.

Andenæs, J., Matningsdal, M., Rieber-Mohn, G.F. (2004) *Alminnelig strafferett* (5.utg). Universitetsforlaget.

Hugaas, J. (2013) Straffens eksterne og interne begrunnelse i normativt etisk perspektiv. *Fontene forskning*, 2013 (2), s. 31-42. <https://fontene.no/forskning/straffens-eksterne-og-interne-begrunnelse-i-normativt-etisk-perspektiv-6.584.865390.5b451d5ad8>

Gröning, L., Husabø, E.J., & Jacobsen, J. (2023) *Frihet, forbrytelser og straff* (3. utg.) Fagbokforlaget. (E-bok)

Jacobsen, J. (2022). *Nytt framlegg om straffebod mot konverteringsterapi: Nokre refleksjonar*. <https://jacobsensstrafferett.w.uib.no/2022/08/11/nytt-framlegg-om-kriminalisering-av-konverteringsterapi-nokre-refleksjonar/>

Langeland, F., Ytrehus, L.A, Rigrtrup-Lindemann, B. (2023). *Erfaringer med konverteringsterapi blant skeive*. Nordlandsforskning. <https://www.nordlandsforskning.no/sites/default/files/files/NF5-2023-Erfaringer%20med%20konverteringsterapi%20blant%20skeive.pdf>

Høringsnotater og høringsuttalelser:

Høringsnotat om regulering av konverteringsterapi, 02.07.2021 [Høringsnotat om regulering av konverteringsterapi \(regjeringen.no\)](#)

Høringsuttalelse – Forslag om lovregulering av «konverteringsterapi», 20.10.2021 [HØRINGSUTTALELSE – FORSLAG OM LOVREGULERING AV «KONVERTERINGSTERAPI» \(regjeringen.no\)](#)

Høringsuttalelse – Nytt forslag om lovregulering av konverteringsterapi, 22.10.2022 [HØRINGSUTTALELSE – NYTT FORSLAG OM LOVREGULERING AV KONVERTERINGSTERAPI \(regjeringen.no\)](#)

Vurdering av et mulig forbud mot å utføre, markedsføre og tilby "konverteringsterapi" – forholdet til menneskerettslige forpliktelser, 25.03.2021 [Vurdering av et mulig forbud mot å utføre, markedsføre og tilby "konverteringsterapi" \(regjeringen.no\)](#)