Wiersholm

Notat

Til:	Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn, Norges kristne råd, Muslimsk dialognettverk, Den norske kirke, Oslo katolske bispedømme og KA arbeidsgiverorganisasjon for kirkelige virksomheter
Fra:	Advokatfirmaet Wiersholm AS v/ senioradvokat Erlend A. Methi
Tema:	Begrensninger i tros- og religionsfrihet under covid-19-pandemien
Dato:	18. oktober 2021

BEGRENSNINGER I TROS- OG RELIGIONSFRIHET UNDER COVID-19-PANDEMIEN

1. INNLEDNING OG OPPSUMMERING

Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn, Norges kristne råd, Muslimsk dialognettverk, Den norske kirke, Oslo katolske bispedømme og KA arbeidsgiverorganisasjon for kirkelige virksomheter, har bedt Advokatfirmaet Wiersholm AS ("**Wiersholm**") om å utarbeide en juridisk betenkning om forholdet mellom tros- og livssynsfrihet og smitteverntiltak under covid-19-pandemien. Under covid-19-pandemien har disse hatt et tett samarbeid med sine medlemmer når det gjelder kommunikasjon med lokale og nasjonale myndigheter om tros- og livssynsaktiviteter og smitteverntiltak, og de har formidlet kunnskap om sektoren til myndighetene, så vel som informasjon til flere medlemssamfunn og menigheter fra myndighetene. Organisasjonene ønsker en juridisk betenkning om særlig to forhold:

1) Om stenging av gudshus i perioder og i geografiske avgrensede områder innebærer et brudd på tros- og religionsfriheten. Nedstengningen er hjemlet i covid-19-forskriften eller lokale forskrifter. Nedstengningen har ikke rammet utvalgte butikker (f.eks. matbutikker, dyrebutikker, apotek, bandasjister, optikere, vinmonopol, bensinstasjoner, landbruksforretninger, lager/grossistdel av byggevareforretninger og etter hvert blomsterbutikker).

2) Om restriksjonene for gjennomføring av arrangementer, særlig differensieringen mellom fastmonterte/ikke-fastmonterte seter (herunder myndighetenes presisering av at f.eks. kirkebenker ikke var fastmonterte seter), innebærer et brudd på tros- og religionsfriheten. Arrangementer uten fastmonterte seter, som en gudstjeneste, hadde i en periode langt strengere antallsbegrensninger enn arrangementer med fastmonterte seter, som en kinoforestilling.

Religionsfriheten følger av Grunnloven, Den europeiske menneskerettskonvensjon ("**EMK**") og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter ("**SP**").[1] Retten til å utøve sin religion i fellesskap med andre ligger i kjernen av religionsfriheten. Begrensningene av religionsfriheten er kun tillatt innenfor visse rammer. Sammenfattet må tre vilkår være oppfylt: Inngrepet må (i) ha tilstrekkelig grunnlag i lov, (ii) ha et legitimt formål og (iii) være nødvendig og forholdsmessig. Vurderingen av om siste vilkår er oppfylt må ses i lys av graden av skjønnsmargin som tilfaller staten.

Myndighetene vil ha en stor skjønnsmargin når det kommer til vurderingen av hvilke begrensninger i religionsfriheten som er nødvendige for å ivareta liv og helse under håndteringen av en pandemi. Skjønnsmarginen er likevel ikke ubegrenset og vil endres over tid. Skjønnsmarginen var særlig stor i begynnelsen av pandemien da det var stor grad av usikkerhet knyttet til både farene ved pandemien og hvilke tiltak som kunne bidra til å bekjempe denne samt at det var behov for å handle raskt.

I takt med et økt kunnskapsgrunnlag og at graden av hastverk blir mindre, reduseres skjønnsmarginen. Det vil stilles strengere krav til inngrep som gjennomføres flere måneder inn i pandemien enn i en tidlig fase. Dette innebærer at det skal mindre til for at et belastende eller svakt begrunnet inngrep anses uforholdsmessig på et senere tidspunkt av pandemien enn et tidligere.

[1] Av praktiske grunner brukes begrepet «religionsfrihet» som samlebetegnelse i det videre; dette kan etter forholdene også inkludere tros- og livssynsretninger som ikke har noen religiøs forankring som sådan. Merk imidlertid at Grunnloven § 16 kun omtaler "religionsfriheten" eksplisitt og dens vern av en videre tanke- og samvittighetsfrihet på lik linje med EMK art. 9 og SP art. 18 er ikke avklart.

Wiersholms vurderinger og konklusjoner er i hovedsak som følger:

- Arrangementsbegrensningene i tilknytning til covid-19-pandemien har tidvis medført sterke begrensninger i muligheten til å uttrykke og utøve sin religion i fellesskap med andre og til å ta del i religiøse seremonier mv. Begrensningene utgjør inngrep i religionsfriheten.
- Inngrepene oppfyller vilkårene om tilstrekkelig hjemmel i lov og legitimt formål. Det er mer usikkerhet knyttet til spørsmålet om inngrepene er nødvendige og forholdsmessige.
- Det skal mer til for å anse arrangementsbegrensninger i begynnelsen av pandemien, som i stor grad behandlet alle offentlige arrangementer likt, som uforholdsmessige. Det er nærliggende at eksempelvis stenging av gudshus i begynnelsen av pandemien lå innenfor myndighetenes vide skjønnsmargin (forhold 1 over).
- Ved innstrammingen av nasjonale smitteverntiltak i november 2020, åtte måneder inn i pandemien, fikk arrangementer uten fastmonterte seter langt strengere antallsbegrensninger enn arrangementer med fastmonterte seter. Dette rammet i stor grad trossamfunnene hardt (forhold 2 over). Begrensningene medførte at gjennomføringen av religiøse arrangementer i årets to første måneder ble vesentlig vanskeliggjort, om ikke umulig, fordi grensen da var satt så lavt som 10 deltakere. På samme tid kunne arrangører med fastmonterte seter ha 200 deltakere. I tillegg var det flere steder gitt egne strenge arrangementsbegrensninger gjennom lokale forskrifter, som i Oslo kommune, som styrker inngrepets belastende karakter.
- Vilkåret om fastmonterte seter fremstår både noe vilkårlig og noe urimelig, ettersom arrangementer med et særlig rettslig vern, slik som religiøse arrangementer, kom svært dårlig ut til forskjell fra enkelte andre arrangementer.
- Regelen om fastmonterte seter ble ikke sendt på høring og dens begrunnelse etterlater spørsmål. Det fremstår usikkert om, og i så fall i hvilken grad, myndighetene hadde hensyntatt og vurdert forholdet til religionsfriheten, herunder inngrepets forholdsmessighet. Dette til tross for at kravet ble innført på et tidspunkt der myndighetenes skjønnsmargin er mindre og det stilles større krav til myndighetenes begrunnelse og vurderinger.
- Det mangler i stor grad skriftlige vurderinger og begrunnelser fra myndighetene i tilknytning til arrangementsbegrensningene. Svakheter ved prosessen som ligger til grunn for et menneskerettslig inngrep, er av betydning i forholdsmessighetsvurderingen.
- Det forelå tilsynelatende andre, mer lempelige alternativer til inngrepet som bedre kunne ivaretatt religionsfriheten samtidig som hensynet til smittevern ble ivaretatt, slik som et avstandskrav mellom deltakere. Dette er til dels illustrert ved den senere endringen fra "fastmonterte seter" til "faste, tilviste plasser".
- Det er følgelig flere momenter som taler for at inngrepet i religionsfriheten – som antallsbegrensningen på 10 personer for arrangementer uten fastmonterte seter representerte – ikke har oppfylt kravet til nødvendighet og forholdsmessighet.

I dette notatet vil Wiersholm i hovedsak vurdere de nasjonale arrangementsbegrensningene i covid-19-forskriften og i hovedsak foreta vurderingene i lys av EMK og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol ("**EMD**").[2] Lokale arrangementsbegrensninger vil kun i mindre grad berøres. Dette er særlig begrunnet i mindre geografisk utbredelse. Det store antallet lokale forskriftsreguleringer og forskriftsendringer gjør også at det ikke anses hensiktsmessig å behandle disse innenfor rammene av dette notatet.

Mangelen på skriftlige vurderinger og begrunnelser fra myndighetene i tilknytning til arrangementsbegrensningene innebærer at den rettslige vurderingen, særlig vurderingen av om begrensningene er nødvendige og forholdsmessige, vil være beheftet med noe usikkerhet. Videre angår problemstillingene et område som er rettslig uavklart, ved at spørsmål om ivaretakelse av

[2] Tilfanget av praksis fra EMD om innholdet av religionsfriheten er langt større enn hva tilfellet er for de korresponderende rettighetene i Grunnloven og SP. I f.eks. HR-2018-1958-A (spiral) vurderes spørsmålet om inngrep i religionsfriheten kun opp mot EMK art. 9. Vurderingene etter EMK og SP vil i stor grad være sammenfallende og følge samme mønster, men et trekk fra FNs menneskerettighetskomites langt mer sparsommelige praksis er likevel verdt å bemerke: Selv om vilkårene og vurderingene for inngrep i det vesentlige er like for EMK og SP, er det ikke gitt at terskelen for inngrep, og følgelig vernet for individet, er lik for begge. Praksis tilsier at FNs menneskerettighetskomité i sin tolkning av religionsfriheten har lagt seg på en mer restriktiv linje for hvilke inngrep som aksepteres som nødvendige enn EMD; og at menneskerettighetskomiteen stiller strengere krav til myndighetenes begrunnelse og ikke opererer med en like vid *skjønnsmargin* for staten som EMD. Sakene *Mann Singh v. Frankrike* er illustrerende (EMDs sak 24479/07 og FNs menneskerettighetskomites sak 1928/2010), som gjaldt spørsmålet om et fransk påbud om å være barhodet på identitetsbevisfotografier (hhv. førerkort i spørsmålet for EMD og pass i spørsmålet for menneskerettighetskomiteen) var i samsvar med religionsfriheten etter hhv. EMK og SP. EMD kom til at påbudet var i samsvar, mens menneskerettighetskomiteen kom til motsatt resultat – selv om det gjaldt den samme klageren med tilnærmet samme klage. EMD og menneskerettighetskomiteen har også kommet til motsatt resultat både i vurderingen av det franske forbudet mot henholdsvis religiøs bekledning/symboler i offentlig skole og mot ansiktsdekkende plagg på offentlig sted, se hhv. *Aktas v. Frankrike* (3563/08) *og Bikramjit Singh v. Frankrike* (1852/2008) samt *S.A.S. v Frankrike* (3835/11) og *Yaker v. Frankrike* (2747/2016). Det er heller ikke avklart hvordan Grunnloven § 16 forholder seg til reguleringen i de internasjonale konvensjonene, og i hvilken grad terskelen for inngrep vil være sammenfallende.

menneskerettigheter under en pandemi ikke er noe som har blitt aktualisert tidligere. Det foreligger på nåværende tidspunkt ikke rettspraksis fra EMD eller Høyesterett som gir direkte veiledning om vurderingene.

2. SAKENS BAKGRUNN

Da covid-19-pandemien rammet Norge i mars 2020, var det stor grad av usikkerhet knyttet til implikasjonen av pandemien. Myndighetene agerte raskt med strenge smitteverntiltak uten å ha full oversikt over effekten eller konsekvensene av disse. Myndighetenes håndtering av pandemien har samlet sett blitt vurdert som god.[3] Gjennom pandemien har det blitt gjennomført flere inngripende tiltak som berører ulike menneskerettigheter, deriblant omfattende begrensninger på avholdelsen av arrangementer, av både sentrale og lokale myndigheter. Tiltakene har variert i antall og styrke ut fra tidsperiode og geografisk område. Tiltakene har vært hjemlet i både lov og forskrifter.

Mange av tiltakene har vært hjemlet i smittevernloven. Dette er også tilfellet for den nasjonale arrangementsbegrensningen, som har fulgt av covid-19-forskriften § 13.[4] Da forskriften først trådte i kraft 27. mars 2020, la den blant annet ned et totalt forbud mot kulturarrangementer. Dette omfattet gudstjenester og andre religiøse seremonier. Etter hvert ble det innført enkelte unntak, deriblant for begravelser/bisettelser, vielser og dåp, dog med strenge antallsbegrensninger. Forskriften og arrangementsreguleringen har blitt endret en rekke ganger, og det var eksempelvis lempeligere antallsbegrensninger på arrangementer gjennom sommeren 2020.[5]

En vesentlig endring fant sted i forbindelse med en ny smittebølge som førte til en innstramming i nasjonale tiltak i november 2020. Det ble da innført en regulering som skilte mellom arrangementer med og uten fastmonterte seter, der innendørsarrangementer uten fastmonterte seter ble pålagt langt strengere antallsbegrensninger enn arrangementer med fastmonterte seter. Før den tid var det ikke et slikt skille og disse arrangementstypene var regulert likt.

- Fra 9. november 2020 til 3. januar 2021 var antallsbegrensningen 50 personer uten fastmonterte seter, og 200 med fastmonterte seter.
- Fra 4. januar til 22. februar 2021 var antallsbegrensningen 10 personer uten fastmonterte seter, og 200 med fastmonterte seter.
- Fra 23. februar ble vilkåret om fastmonterte seter endret til et vilkår om "faste, tilviste plasser" med en antallsbegrensning på 100 personer for slike arrangementer, og 10 personer uten faste, tilviste plasser. Senere har antallsbegrensningene blitt oppmyket.

Det ble presisert av myndighetene at fastmonterte seter skulle tolkes strengt. Typiske eksempler ble oppgitt å være seter i kino, i teater, på stadion og lignende. Det ville ikke være tilstrekkelig å skru fast ellers løse stoler for å oppfylle kravet. Heller ikke benker, som en kirkebenk, ville oppfylle kravet siden den ikke hadde individuelle seter.[6]

I praksis innebar dette at gjennomføring av gudstjenester og andre religiøse arrangementer i en periode på vel to måneder ble vesentlig vanskeliggjort eller ikke lot seg gjennomføre. På samme tidspunkt kunne andre arrangementer i lokaler med fastmonterte seter, eksempelvis kinoer, gjennomføres som normalt eller med et forholdsvis høyt deltakerantall.

Ut over de sentrale arrangementsbegrensningene har en rekke lokale forskrifter lagt begrensninger på gjennomføringen av religiøse arrangementer, avhengig av tid og sted. Fra november 2020 og frem til juni 2021 har begrensningen av religiøse arrangementer i Oslo variert fra full nedstengning til en antallsbegrensning på 20 personer.[7] Det har vært enkelte unntak for begravelser/bisettelser, vielser og dåp.

---

[3] Koronakommisjonens utredning (NOU 2021: 6) s. 26.

[4] Forskrift om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften), 27.03.2020. nr. 470. Fastsatt ved kgl.res. 27. mars 2020 med hjemmel i lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) § 1-2 tredje ledd, § 4-3 og § 7-12 og lov 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap (helseberedskapsloven) § 4-1 jf. § 1-5. Senere versjoner har utvidet hjemmelsgrunnlaget: Fastsatt ved kgl.res. 27. mars 2020 med hjemmel i lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer § 1-2 tredje ledd, § 3-1, § 4-1 andre og sjette ledd jf. § 4-1 første ledd bokstavene b og d, § 4-3, § 4-3a, § 4A-2, § 7-10 andre ledd, § 7-11 første ledd og § 7-12 og lov 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap (helseberedskapsloven) § 4-1 jf. § 1-5. Fremmet av Helse- og omsorgsdepartementet. (Dette er senest oppgitte hjemmelsgrunnlag på Lovdata). Arrangementsbegrensningen er senere utvidet med flere tilleggsbestemmelser i § 13a flg.

[5] I skrivende stund har covid-19-forskriften hatt 206 ulike versjoner ifølge Lovdatas oversikt over historiske versjoner.

[6] Se Helsedirektoratet og FHI, Svar på covid-19, oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet nr. 219 – Definisjon av fastmonterte seter, 6. november 2020

[7] Forskrift om forebygging av koronasmitte, Oslo kommune, 26.11.2020. Fastsatt av byrådet i Oslo kommune 26. november 2020 med hjemmel i lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer § 4-1 og bystyrets vedtak 330/00 nr. 2 – Smittevernplan for Oslo, jf. sak 303/16. Arrangementsreguleringen spesielt fremgår av § 7, og har blitt endret flere ganger.

Det foreligger i liten grad tilgjengelige forarbeider eller skriftlige begrunnelser eller vurderinger for arrangementsbegrensningene, herunder er det noe uvisst om og i hvilken grad forholdet til religionsfriheten har vært vurdert. Covid-19-forskriftens arrangementsregulering har heller ikke vært sendt på høring, slik forskrifter som hovedregel skal. Forholdet til religionsfriheten har i liten grad vært berørt i andre utredninger, herunder koronakommisjonens utredning (NOU 2021: 6).[8]

3. RETTSLIG UTGANGSPUNKT

Religionsfriheten er en menneskerettighet med forankring i Grunnloven § 16, EMK artikkel 9 og SP artikkel 18. Både EMK og SP er gjort til en del av norsk lov gjennom menneskerettsloven, og de har, i likhet med Grunnloven, forrang ved motstrid med alminnelig lov- eller forskriftsregulering.[9] Disse bestemmelsene setter altså grenser for det politiske handlingsrommet og myndighetenes tiltak, også i en krise.[10]

Religionsfriheten er en av de klassiske frihetsrettighetene og er nært knyttet til andre menneskerettigheter som ytringsfriheten, forsamlingsfriheten og diskrimineringsvernet. EMD omtaler religionsfriheten som en av *grunnpilarene* i et demokratisk samfunn.[11]

For det første innebærer religionsfriheten en rett til å tro på det en vil. For det andre innebærer religionsfriheten en rett til å alene eller sammen med andre uttrykke sin tro ved tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse. Retten kan uttrykkes både offentlig og privat. Eksempler på dette er besøk i gudshus eller deltakelse på gudstjenester og religiøse seremonier.

Den første delen av religionsfriheten er absolutt og kan ikke begrenses. Mens den andre delen av rettigheten er som de fleste andre menneskerettigheter, ikke absolutt. Retten til å utøve sin tro kan begrenses på nærmere vilkår. Vilkårene for inngrep er noe ulikt utformet i EMK artikkel 9 (2) og SP artikkel 18 (3), men kan sammenfattes slik:

- Inngrepet må ha tilstrekkelig grunnlag i lov;
- Inngrepet må søke å ivareta et legitimt formål;
- Inngrepet må være nødvendig (inklusiv forholdsmessig) for å ivareta formålet.[12]

Vurderingen av hvorvidt inngrepet er nødvendig blir ofte viktigst i praksis, og den beror på en helhetsvurdering av samfunnets fordeler ved inngrepet versus hvor tyngende inngrepet er for individet. Det skal mye til for å godta begrensninger eller inngrep.

4. INNGREP I RELIGIONSFRIHETEN

For at en begrensning skal anses som et inngrep i religionsfriheten må tiltaket oppfylle visse minstekrav til intensitet og byrde. Visse forhold som kan oppleves som inngripende for den enkelte troende eller trossamfunn, blir likevel ikke bedømt slik rettslig. Slike forhold behøver ikke oppfylle de nevnte vilkårene for inngrep. Grensen for hva som er så byrdefullt at det overstiger inngrepsterskelen er ikke skarp, men det generelle inntrykket fra EMDs praksis er at terskelen ikke er spesielt høy.[13]

Spørsmålet er om arrangementsbegrensningene omtalt ovenfor i punkt 2 er av en slik intensitet og byrde at de utgjør et inngrep i religionsfriheten. Det store antallet forskriftsreguleringer og -endringer, gjør at det er vanskelig å gi en oversikt over begrensningene. Men avhengig av tidsperiode og geografisk område, har begrensningene variert fra total nedstenging av gudshus til strenge antallsbegrensninger til mer lempelige antallsbegrensninger. I tillegg er det gitt enkelte unntak for begravelser mv.[14]

---

[8] Spørsmålet berøres heller ikke i særlig grad i utredningens vedlegg 4 fra Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM), *Ivaretakelsen av menneskerettighetene ved håndteringen av utbruddet av covid-19*. En forklaring kan være at NIMs rapport ble publisert i november 2020, og dermed i forkant av arrangementsreguleringens endring knyttet til fastmonterte versus ikke fastmonterte seter. NIM skriver også at den korte tidsrammen ikke har gjort en uttømmende gjennomgang av ivaretakelsen av menneskerettighetene mulig. Covid-19-forskriftens arrangementsregulering kommenteres imidlertid i tilknytning til forsamlings- og demonstrasjonsretten. NIM kommenterer her at "noen typer forsamlinger har et sterkere vern enn andre fordi de er så nært knyttet til andre menneskerettigheter, som særlig religionsfriheten eller ytringsfriheten" (s. 83).

[9] Jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3.

[10] Se også omtale av menneskerettslige forpliktelser i koronakommisjonens utredning (NOU 2021: 6) pkt. 22.1 og i NIMs rapport til utredningen i vedlegg 4.

[11] F.eks. *Kokkinakis v. Hellas* (14307/88) avs. 31 ("one of the foundations of a democratic society").

[12] Jf. EMK art. 9 (2) og SP art. 18 (3). Grunnloven § 16 inneholder, i likhet med de fleste andre av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, ikke en eksplisitt hjemmel til å gripe inn i rettigheten. Det er likevel alminnelig antatt at heller ikke religionsfriheten etter Grunnloven er absolutt, og må kunne begrenses på bakgrunn av en lignende vurdering som det som følger av de internasjonale konvensjonene, se bl.a. Lønning-utvalget, Dokument 16, 2011–2012 s. 153. Sammenlign også Høyesteretts vurdering i f.eks. Rt. 2015 s. 93 avs. 60 når det gjelder adgangen til å gripe inn i retten til privatliv etter Grunnloven § 102, som også synes være absolutt etter sin ordlyd, men der Høyesterett har innfortolket en begrensningsadgang lik den som følger av de internasjonale konvensjonene. Se også HR-2016-2554-P for tilsvarende vurdering knyttet til Grunnloven § 101 om foreningsfrihet.

[13] En grunn til dette er at tvilstilfeller uansett vil bli underlagt den mer helhetlige vurderingen av inngrepets nødvendighet, der nettopp inngrepets byrde vil stå sentralt i vurderingen, se f.eks. *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Storbritannia* (7552/09) avs. 35 og *Chappell v. Storbritannia* (kommisjonsavgjørelse 12587/86).

[14] Se mer under punkt 2.

Overtredelse av arrangementsbegrensningene har vært straffebelagt. Brudd på den nasjonale arrangementsreguleringen, som har fulgt av covid-19-forskriften § 13 flg., har kunnet medføre bøter eller fengsel i inntil seks måneder.[15]

Samlet innebærer de ulike tiltakene i større perioder en sterk begrensning av trossamfunnenes mulighet til å utøve sin religiøse virksomhet på vegne av sine medlemmer som et kollektiv,[16] og av den enkeltes mulighet til å utøve sin religion sammen med andre og til å ta del i religiøse seremonier. Følgelig er et helt sentralt aspekt ved religionsfriheten begrenset, nemlig å kunne besøke sitt gudshus og praktisere sin tro eller religion i fellesskap, gjennom eksempelvis deltakelse på gudstjenester og religiøse seremonier eller gjennom generell deltakelse i trossamfunnet.[17] Dette tilsier at begrensningene har vært av en slik intensitet og byrde at de overstiger terskelen for inngrep i religionsfriheten. Til bildet hører det også at rekken av nasjonale og lokale begrensninger, og den samlede rekkevidden og varigheten av disse, bidrar til inngrepets styrke.

Nøyaktig hvilke begrensninger som overstiger terskelen for inngrep og ikke er krevende å vurdere, og det anses heller ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne grenseoppgangen her. For notatets del fremstår det ikke tvilsomt at både en full nedstengning av gudshus og religiøse arrangementer samt begrensninger som i praksis gjorde slike arrangementer svært vanskelige å gjennomføre i en forholdsvis lang periode, som antallsbegrensningen på 10 personer fra januar 2021, overstiger terskelen.

Videre fremstår det ikke som tvilsomt at en rekke arrangementsbegrensninger har utgjort et brudd på *forsamlingsfriheten*, som har en grenseflate mot religionsfriheten.[18] Visse typer forsamlinger har et sterkere vern etter denne rettigheten, slik som en gudstjeneste eller en demonstrasjon. Som et utgangspunkt må religionsfrihetsaspektet antas å være det mest fremtredende når det kommer til den typen begrensninger av religiøse arrangementer som vurderes i dette notatet. Religionsfrihetsvurderingen vil følgelig konsumere forsamlingsfrihetsvurderingen, men religionsfriheten vil måtte tolkes og forstås i lys av forsamlingsfriheten.[19] Arrangementsbegrensningene kan også ha en grenseflate mot vernet mot usaklig forskjellsbehandling og diskriminering, og til dels måtte forstås i lys av dette vernet.[20] Generelt er det av relevans at begrensningene berører flere menneskerettigheter, siden det kan forsterke inngrepets karakter.

Arrangementsbegrensningene utgjør et inngrep i religionsfriheten. Spørsmålet er da om de oppfyller de tre vilkårene for inngrep.

5. VILKÅRENE FOR INNGREP I RELIGIONSFRIHETEN

5.1 Lovkravet

Det første vilkåret for å gripe inn i religionsfriheten er at inngrepet må ha tilstrekkelig grunnlag i lov.[21]

Lovkravet har *for det første* en materiell side, som innebærer at myndighetene må kunne vise til et nasjonalt rettsgrunnlag for inngrepet. Reguleringen gjennom covid-19-forskriften § 13 flg., gitt med hjemmel i smittevernloven, oppfyller dette kravet.[22] Wiersholm vil som nevnt konsentrere seg om covid-19-forskriften i dette notatet, men nevner for ordens skyld at lokale forskrifter primært synes å ha vært hjemlet i smittevernloven § 4-1. Det er for eksempel tilfellet for Oslo kommunes arrangementsregulering. Også denne reguleringen oppfyller kravet om rettsgrunnlag.

---

[15] Jf. smittevernloven § 8-1. Straffebestemmelsens plassering i covid-19-forskriften har blitt flyttet flere ganger, i skrivende stund er det § 24.

[16] Det er flere eksempler fra EMDs praksis på at EMK art. 9 kan påberopes av religiøse sammenslutninger, se f.eks. *Metropolian Church of Bessarabia m.fl.* (45701/99) avs. 101. og *Finska Församlingen i Stockholm og Hautaniemi v. Sverige* (kommisjonssak 12587/86). EMK art. 35 om klageadgang for EMD omfatter "frivillige organisasjoner".

[17] SP art. 18 (1) omtaler bl.a. "gudstjeneste" som eksplisitt vernet, mens det fremgår noe mer indirekte av EMK art. 9 (1). Men heller ikke etter EMK kan spørsmålet anses tvilsomt. Fra EMDs praksis kan flere saker trekkes frem til illustrasjon, se bl.a. *Hasan og Chauch v. Bulgaria* (30985/96) om retten til å opprette, organisere og aktivt delta i religiøse fellesskap, avs. 62 ("participation in the life of the community is thus a manifestation of one's religion"), *Kuznetsov m.fl. v. Russland* (184/02) om retten til å samles om religiøse studier og tilbedelse avs. 57, *Manoussakis m.fl. v. Hellas* (59/1995) om retten til å samles i lokaler for i forening med andre utøve sin religion, og *Metropolian Church of Bessarabia m.fl.* (45701/99) avs. 105 om å kunne gjennomføre gudstjeneste og møtes for å praktisere religionen. Se også FNs menneskerettighetskomites generelle kommentar nr. 22 (1993) til SP art. 18 avs. 4: "The freedom to manifest religion or belief in worship, observance, practice and teaching encompasses a broad range of acts. The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts".

[18] Jf. Grunnloven § 101, EMK art. 11 og SP art. 21.

[19] Se f.eks. EMDs tilnærming i *Hasan og Chauch v. Bulgaria* avs. 62–65 og avs. 90–91 og *Kuznetsov m.fl. v. Russland* avs. 53.

[20] Se f.eks. EMDs tilnærming i *Kuznetsov m.fl. v. Russland*, der forskjellsbehandling er en del av vurderingen av om EMK art. 9 er blitt brutt (avs. 74), og det ikke foretas en selvstendig vurdering opp mot diskrimineringsvernet (avs. 78), se også *Metropolian Church of Bessarabia m.fl.* avs. 134. Diskrimineringsvernet følger av Grunnloven § 98, SP art. 26, EMK art. 14 (aksessorisk rettighet) og SP art. 2 (aksessorisk rettighet).

[21] Det følger også generelt av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

[22] Innledningsvis ble arrangementsbegrensningen i covid-19-forskriften § 13 tilsynelatende gitt med hjemmel i smittevernloven § 7-12, mens senere endringer synes (i tillegg) å være hjemlet i § 4-1 andre og sjette ledd. Smittevernloven stiller også selv krav til smitteverntiltakenes nødvendighet og forholdsmessighet, jf. § 1-5. Denne vurderingen må antas konsumert av de menneskerettslige vilkårene for inngrep, og vurderingen av smittevernloven vil ikke berøres nærmere i dette notatet. Merk også at selv om § 7-12 åpner for å gjøre unntak fra gjeldende lovgivning gjennom forskriftsreguleringen, er det åpenbart at dette ikke kan hjemle unntak fra Grunnloven og ei heller EMK eller SP, jf. forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Slike unntak vil kun være lovlige dersom de oppfyller de tre nevnte vilkårene for inngrep.

For det andre har lovkravet en prosessuell side. Dette innebærer at regelen må være tilstrekkelig klar og tilgjengelig. Dette begrunnes blant annet i at individet må kunne forutberegne sin rettsstilling. Hva som anses som en tilstrekkelig klar og tilgjengelig regel vil variere ut fra område og inngrepets art. Det vil eksempelvis stilles strengere krav til klarhet i takt med hvor tyngende inngrepet er for enkeltindividet.[23]

Lovkravet hviler også på et hensyn til demokrati og maktfordeling ved at regjeringen ikke skal kunne gå lenger i sin maktbruk overfor individene enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for. Lovkravet bidrar slik også til å sikre at inngrep i individets rettigheter er underlagt en relativt grundig prosess, slik en lovgivningsprosess (og ofte også en forskriftsprosess) normalt vil være. Selv om lovkravet i seg selv neppe kan sies å stille selvstendige krav til utredningen og prosessen,[24] er altså dette ofte en ikke-ubetydelig positiv tilleggseffekt ved lovkravet. Mangler ved prosess, utredning og begrunnelse er uansett forhold som kan få betydning i nødvendighetsvurderingen.

Koronahåndteringen har aktualisert flere krevende hjemmelsspørsmål, blant annet fordi flere inngrep er foretatt med hjemmel i forskrift og ikke med hjemmel i lov direkte.[25] Dette er tilfellet for begrensningene på religiøse arrangementer. Lovkravet stenger imidlertid ikke for at inngrep kan foretas med hjemmel i forskrift og følgelig med hjemmel *via* lov; og for covid-19-forskriftens arrangementsbegrensning er det nærliggende å anta at også den prosessuelle siden av lovkravet er oppfylt.[26] Det er likevel verdt å bemerke at det er uvanlig at myndighetene griper inn i enkeltindividenes rettigheter i en så stor utstrekning gjennom forskrifter, og generelt kan en for vidtgående lovgivningsdelegasjon – og en for fragmentert hjemmelsrekke – ende opp med stå i et spenningsforhold til lovkravet og dets begrunnelser.[27]

5.2 Formålskravet

Det andre vilkåret er at inngrepet må søke å oppfylle et legitimt formål.

Hvilke formål som er legitime er uttømmende regulert i både EMK artikkel 9 (2) og SP artikkel 18 (3). Både hensynet til helse og beskyttelsen av andres rettigheter, slik som retten til liv, er blant formålene som kan begrunne inngrep.[28] Smitteverntiltak, iverksatt for å ivareta hensynet til liv og helse, oppfyller derfor vilkåret om å forfølge et legitimt formål.[29]

Det hefter en viss grad av uklarhet rundt hvilke formål myndighetenes ulike koronatiltak er ment å ivareta, ettersom det i liten grad foreligger tilgjengelige vurderinger og begrunnelser for de ulike tiltakene. Det er en forskjell på tiltak som direkte retter seg mot å redde liv, og tiltak som eksempelvis søker å avhjelpe samfunnsøkonomiske konsekvenser. Det er her verdt å merke seg at EMK artikkel 9 og SP artikkel 18 – til forskjell fra eksempelvis retten til privatliv i EMK artikkel 8 – *ikke* har landets "økonomiske velferd" som et av de opplistede formålene som kan begrunne inngrep i religionsfriheten.

Wiersholm har i denne vurderingen lagt til grunn til at det er ivaretakelsen av liv og helse som ligger til grunn for arrangementsbegrensningene, og at kravet om et legitimt formål dermed er oppfylt. Dette formålet vil danne utgangspunktet for nødvendighetsvurderingen i punkt 5.3. Usikkerhet knyttet til formålene som søkes ivaretatt og tiltakenes egnethet til å oppnå disse formålene, kan spille inn i nødvendighetsvurderingen.

5.3 Nødvendighetskravet

5.3.1 Forholdsmessighet og skjønnsmargin

Det tredje vilkåret er at inngrepet må være nødvendig for å oppnå det angitte formålet.

Det stilles ikke krav til at inngrepet er uunnværlig for samfunnet, men det er heller ikke tilstrekkelig at inngrepet kun er ønskelig eller nyttig.[30]

---

[23] F.eks. Rt. 1995 s. 530 (på s. 537).

[24] Dette er lagt til grunn i nylige LB-2021-41600 (hyttesaken) pkt. 3.2, som omtales nærmere i fotnote under. Dommen er anket til Høyesterett og ikke rettskraftig i skrivende stund.

[25] Se nærmere i NIMs rapport til koronakommisjonen s. 21, inntatt som vedlegg 4 til NOU 2021: 6.

[26] Det kan dog diskuteres hvor klar enkelte deler av arrangementsreguleringene har vært, f.eks. begrepet "fastmonterte seter".

[27] Se også Aall, *Rettstat og menneskerettigheter* (2018) s. 139.

[28] Retten til liv følger av Grunnloven § 93, EMK art. 2 og SP art. 6.

[29] Også arrangementsbegrensningenes hjemmelsgrunnlag i smittevernloven vil sette rammer for hvilke formål som lovlig kan forfølges gjennom forskrifter hjemlet i smittevernloven. Rammene fremgår eksplisitt av forskriftshjemmelen i smittevernloven § 7-12 (gi forskrifter for å "trygge folkehelsen" og "vern om befolkningen"), og noe mer indirekte av § 4-1, lest i sammenheng med formålsbestemmelsen om smittevern i § 1. Disse rammene vil formodentlig konsumeres av formålsbegrensningene etter EMK art. 9 og vil ikke behandles nærmere i dette notatet.

[30] *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraina* (77703/01) avs. 116

EMDs tilnærming til spørsmålet om et inngrep er nødvendig er ikke konsistent, men kan summarisk angis som en vurdering av om inngrepet svarer til et *presserende samfunnsmessig behov* og om inngrepet totalt sett er *forholdsmessig* i lys av behovet.[31] Vurderingen må foretas konkret og helhetlig, der noen rettesnorer er:

- Er inngrepet egnet til å nå formålet;[32]
- Kan formålet oppnås med mer lempelige midler;[33]
- Er statens begrunnelse for inngrepet relevant og tilstrekkelig;[34]
- Har staten funnet en rimelig balanse mellom behovet for inngrepet og de samfunnsmessige fordelene på den ene siden og hvor inngripende det er for individets rettigheter på den andre.[35]

Inngrepets art og karakter er sentralt i vurderingen. Jo mer inngripende og tyngende inngrepet er, samt jo mer i kjernen av den aktuelle rettigheten man befinner seg, desto mer vil kreves av formålet som rettferdiggjør inngrepet.[36]

Avhengig av omstendighetene, gis myndighetene en viss *skjønnsmargin* til selv å vurdere hvilke begrensninger i religionsfriheten som er nødvendige og forholdsmessige.[37] Dersom inngrepet er basert på en grundig prosess og avveiing av EMK-relevante hensyn fra myndighetenes side, vil EMD være mer tilbøyelig til å gi staten en videre skjønnsmargin. Det skal da mer til for at inngrepet anses uforholdsmessig i en eventuell rettslig prøving. Særlig ved generelle reguleringer, slik tilfellet er i denne saken, vil den forutgående prosessen være relevant.[38]

På nåværende tidspunkt gir rettspraksis liten veiledning om skjønnsmarginen og rammene for statens inngrep i religionsfriheten foretatt av hensyn til å håndtere covid-19-pandemien. Verken EMD eller Høyesterett har tatt stilling til dette, og det foreligger ei heller rettspraksis om arrangementsbegrensninger foretatt av hensyn til helse og smittevern i andre tidligere situasjoner. Det finnes noe norsk underrettspraksis om covid-19-tiltak, herunder er en sak om covid-19-restriksjoners konsekvenser for EMK-rettighetene til norske hytteeiere med hytte i Sverige nylig anket til Høyesterett.[39] Det foreligger også enkelte avvisningssaker fra EMD[40] samt flere klagesaker knyttet til covid-19-tiltak, deriblant opp mot religionsfriheten som følge av begrensninger av religiøse samlinger.[41] Spørsmål om begrensninger i religionsfriheten av hensyn til covid-19 er også blitt rettslig vurdert i andre lands nasjonale domstoler, deriblant opp mot EMK artikkel 9.[42]

---

[31] *Metropolian Church of Bessarabia m.fl.* avs. 119.

[32] *Blecic v. Kroatia* (59532/00) avs. 67.

[33] *Bayatyan v Armenia* (23459/03) avs. 124, *Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria* (39023/97) avs. 97 og *Lacatus v. Sveits* (14065/15) avs. 114.

[34] *Kimlya og andre v. Russland* (76836/01 og 32782/03) avs. 99–100.

[35] *Polat v. Østerrike* (12886/16) avs. 76 og *Jakóbski v. Polen* (18429/06) avs. 47.

[36] I fraværet av rettskilder opp mot vurderingen av covid-19-tiltak spesielt, kan det nevnes at FNs høykommisær for menneskerettigheter (OHCHR) har gitt ut en veiledning ifm. inngrep i menneskerettighetene under covid-19-pandemien (datert 27. april 2020. Der utdypes nødvendighetsvurderingen slik: "*Necessity.* The restriction must be necessary for the protection of one of the permissible grounds stated in the ICCPR, which include public health, and must respond to a pressing social need. *Proportionality.* The restriction must be proportionate to the interest at stake, i.e. it must be appropriate to achieve its protective function; and it must be the least intrusive option among those that might achieve the desired result. *Non-discrimination.* No restriction shall discriminate contrary to the provisions of international human rights law. All limitations should be interpreted strictly and in favour of the right at issue. No limitation can be applied in an arbitrary manner. The authorities have the burden of justifying restrictions upon rights."

[37] Statens skjønnsmargin ("margin of appreciation") innebærer at EMD gir nasjonale myndigheter et visst skjønnsmessig spillerom i vurderingen av om et inngrep er nødvendig for å ivareta andre legitime hensyn og i vurderingen av hva som utgjør en rimelig balanse mellom de motstridende interessene, se bl.a. HR-2018-1958-A avs. 82. Bakgrunnen for skjønnsmarginen er at EMD ikke skal overprøve myndighetenes vurderinger i detalj, dersom myndighetene har foretatt en grundig og samvittighetsfull avveining av relevante EMK-kriterier. Andre forhold av betydning for skjønnsmarginens størrelse er inngrepets karakter og intensitet, karakteren av rettigheten det gjøres inngrep i, karakteren av de formål som søkes ivaretatt, kompleksiteten av vurderingene og avveiingene, og graden av konsensus i rettstilstanden blant EMK-medlemsstatene, se bl.a. Kjølbro, *Den europæiske menneskerettighetdskonvention – for praktikere* (2017) s. 768 flg.

[38] F.eks. *Animal Defenders International v. Storbritannia* (48876/08) avs. 108 ("The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect […]"), *Hatton v. Storbritannia* (36022/97), avs. 128. *Parrillo v. Italia* (46470/11) avs. 174-198. *Dakir v. Belgia* (4619/12) avs. 57 der EMD fremhever i et obiter dictum som et poeng at: "that the decision-making process leading up to the impugned ban took several years and was accompanied by a wide-ranging debate within the House of Representatives and by a detailed and thorough examination by the Constitutional Court of all the interests involved". I *Osmanoğlu og Kocabaş v. Sveits* (29086/12), kom EMD til at det ikke var i strid med religionsfriheten å kreve at muslimske jenter deltok på felles svømmeundervisning. EMD vektla at sveitsiske myndigheter hadde vært grundige og fleksible i sin vurdering og tilnærming, herunder ved å legge til rette for løsninger som reduserte omfanget av inngrepet. Mens man kom til motsatt resultat i nylige *Polat v. Østerrike* der en obduksjon av en babys kropp mot morens vilje var et brudd på EMK art. 8 og art. 9. EMD vektla i avs. 89: "While the Court accepts the wide margin of appreciation of the domestic authorities, in the instant case they do not appear to have conducted any balancing exercise between the competing interests." Se lignende i *Biao v. Danmark* (38590/10), der EMD kom til at den begrunnelse som var gitt av danske myndigheter for å oppstille ulike vilkår for familieforening var utilstrekkelige og overfladiske. I fravær av en bedre begrunnelse fra myndighetenes side kom EMD til at forskjellsbehandlingen i realiteten utgjorde ulovlig diskriminering etter EMK.

[39] LB-2021-41600 (ikke rettskraftig), der spørsmålet var om covid-19-forskriftens regler om innreisekarantene for å hindre smitte var et brudd på menneskerettighetene til norske hytteeiere med hytte i Sverige, deriblant retten til hjem og privatliv (EMK art. 8) og eiendomsretten (EMK TP 1 art. 1). Hytteeierne vant frem i tingretten, men tapte i lagmannsretten. Saken gjaldt altså et annet tiltak og et inngrep i andre rettigheter enn religionsfriheten. EMK art. 8 kan deriblant hjemle inngrep med formål om å ivareta "landets økonomiske velferd" til forskjell fra EMK art. 9, og inngrepet i den saken kan også sies å være av en noe mer indirekte karakter enn hva som er tilfellet i begrensningen av religiøse arrangementer, bl.a. fordi alle hytteeierne både hadde et primærhjem i Norge som det ikke var begrensninger i bruken av, og fordi det ikke var noe forbud som sådan å besøke hyttene, men man måtte i karantene ved retur til Norge.

[40] Bl.a. *Bah v. Nederland* (35751/20) om mangelen på fysisk høring eller videohøring i en immigrasjonsfengslingssak opp mot EMK art. 5, som var begrunnet i infrastrukturutfordringer i en svært tidlig fase av covid-19-pandemien. Saken ble avvist.

[41] *Spinu v. Romania* (29443/20), *Association of orthodox ecclesiastical obedience v. Greece* (52104/20), *Magdić v. Kroatia* (17578/20), som alle tre skal være kommunisert for respektive myndigheter.

[42] F.eks. en dom fra skotsk førsteinstans av 24. mars 2021, der det ble konkludert med brudd på EMK art. 9. Avgjørelsen har tilnærmet ingen rettskildemessig verdi, men kan være interessant som illustrasjon ettersom den angår lignende begrensninger i religiøse arrangementer og vurderingen foretas opp mot EMK.

Det er like fullt nærliggende å anta at statene vil tilkjennes en vid skjønnsmargin i spørsmål knyttet til inngrep i rettigheter av hensyn til covid-19-pandemien. *For det første* vil myndighetene generelt ha en vid skjønnsmargin når det kommer til å vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å beskytte liv og helse.[43] *For det andre* inngår arrangementsbegrensningen som ledd i en større tiltakspakke for å håndtere covid-19-pandemien, og vurderingene i tilknytning til hvordan en pandemi skal håndteres vil være sammensatte og en rekke kryssende hensyn, interesser og rettigheter må tas i betraktning og avveies.[44]

Skjønnsmarginen må særlig være stor i starten av pandemien, da det på det tidspunktet hefter stor grad av usikkerhet rundt farene og konsekvensene av pandemien. Videre vil det tidlig i en slik krise være uklart hvilke tiltak som effektivt bidrar til å håndtere denne. Samtidig er det behov for å handle raskt.[45] Men skjønnsmarginen vil deretter reduseres i takt med at tiden går og kunnskapsgrunnlaget øker; og det vil med tiden stilles større krav til begrunnelsen og vurderingen av både risiko og hvilke tiltak som gjennomføres.

5.3.2 Nedstenging – begrensninger i mars 2020

Arrangementsbegrensningene i en tidlig fase av pandemien vil enklere anses å falle innenfor myndighetens skjønnsmargin. Dermed vil tiltak tidlig i pandemien også enklere anses å være nødvendige.

Det er nærliggende å anta at nedstengningen av gudshus og religiøse arrangementer i mars 2020 (innledningens forhold 1), ligger innenfor statens skjønnsmargin og vil aksepteres som nødvendig og forholdsmessig. Dette kan særlig begrunnes i at nedstengningen ble gjennomført som svar på en situasjon preget av stor grad av usikkerhet og der det var nødvendig å handle raskt. Videre ble arrangementer i stor grad behandlet likt, slik at religiøse arrangementer ikke ble nedprioritert sammenlignet med enkelte andre arrangementer.

Dette spørsmålet vurderes følgelig ikke nærmere.

5.3.3 Fastmonterte seter – begrensninger fra november 2020

Høsten 2020 og vinteren 2021 ble det gjennomført en innstramming i reglene for arrangementer. I november 2020, åtte måneder inn i pandemien, ble det innført strengere antallskrav for arrangementer uten fastmonterte seter og noe lempeligere krav for arrangementer med fastmonterte seter (innledningens forhold 2). Differensieringen innebar at 200 personer kunne samles der det var fastmonterte seter, mens 50 personer kunne samles der det ikke var fastmonterte seter. Deretter ble begrensningene for arrangementer uten fastmonterte seter ytterligere strammet inn i januar 2021 til 10 personer. Kravet for arrangører med fastmonterte seter forble det samme.

Disse begrensningene fant sted på et tidspunkt der det stilles større krav til vurderingene og begrunnelsene som ligger til grunn for myndighetenes inngrep og der myndighetene ikke vil ha samme vide skjønnsmargin som i en tidlig fase av pandemien. Dette må gjelde selv om behovet for tiltaket kan ha oppstått raskt. På dette tidspunktet hadde myndighetene hatt langt mer tid til å forberede seg og vurdere alternative tiltak (som i mindre grad gikk ut over individenes grunnleggende rettigheter), herunder forberede seg på forventede smitteoppblomstringer eller nye virusvarianter.

Det foreligger ingen alminnelige forarbeider fra regjeringen eller departementet for denne regelen eller disse arrangementsbegrensningene. Ut fra hva Wiersholm er kjent med er det som foreligger av offentlig tilgjengelige begrunnelser i forbindelse med regelinnføringen kun et svar fra Helsedirektoratet (sammen med FHI) på spørsmål fra departementet om definisjonen av fastmonterte seter.[46] Der fremheves det som nevnt under punkt 2 ovenfor at definisjonen må tolkes strengt. Selv om svaret angikk definisjonen, kommer direktoratet samtidig noe inn på hvorfor en streng tolkning anses nødvendig. Det vises til at det typisk er profesjonelle, kommersielle arrangementer som har fastmonterte seter, og slike arrangementer vil etter direktoratets mening ha lavere smitterisiko siden de innebærer mindre grad av sirkulasjon blant deltakerne enn typiske lokale arrangementer (som ikke har fastmonterte seter). Videre mener direktoratet at deltakere på arrangementer med fastmonterte seter stort sett vil sitte i setet sitt, og det vises til at publikum vil være vendt samme vei. Direktoratet svarer også ut noen konkrete eksempler, og der blir blant annet kirkebenker og faste bønneplasser oppgitt å falle utenfor definisjonen av fastmonterte seter.

---

[43] F.eks. *Eweida m.fl. v. Storbritannia* (48420/10 m.fl.) bl.a. avs. 99, HR-2018-1958-A (spiral) avs. 86 og nylige *Vavřička m.fl. v. Tsjekkia* (nr. 47621/13 m.fl.) avs. 274–275 om obligatorisk meslingvaksine opp mot EMK art. 8.

[44] Som også lagt til grunn i LB-2021-41600 (ikke rettskraftig).

[45] Som anerkjent i EMDs ovennevnte avvisningssak *Bah v. Nederland*.

[46] Helsedirektoratet og FHI, Svar på covid-19 oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet nr. 219 – Definisjon av fastmonterte seter, 6. november 2020. Ifm. utfasingen av regelen om fastmonterte seter i februar ga Helsedirektoratet en fornyet vurdering av fastmonterte seter, se svar på oppdrag fra HOD nr. 312, 11. februar 2021.

Helsedirektoratet og FHI foretar sine vurderinger ut fra hensynet til folkehelse og smitterisiko, og berører ikke hensyn som trekker i andre retninger. Det foretas deriblant ingen vurdering av eventuelle utfordringer ved at religiøse arrangementer, med sitt sterkere rettslige vern, havnet i den strenge reguleringskategorien. Det foretas heller ingen vurdering av inngrepets forholdsmessighet opp mot religionsfriheten.

Regjeringen og departementet har så vidt Wiersholm kjenner til ikke gitt noen egen, offentlig tilgjengelig begrunnelse for begrensningen, men kun vist til nevnte svar fra direktoratet på sine hjemmesider; herunder har de ikke foretatt noen vurdering og vekting av andre relevante hensyn (som hensynet til religionsfriheten) enn de mer smittevernfaglige, som er det Helsedirektoratet og FHI har oppmerksomheten rettet mot, noe som kanskje også er naturlig ut fra deres fagroller og perspektiv. I direktoratets svar opplyses det ikke om i hvilken grad alternative tiltak eller reguleringer har vært vurdert, og hvorfor slike eventuelt ikke anses tilstrekkelige.

Regelen har heller ikke vært sendt på høring slik forskrifter som hovedregel skal.[47] Et viktig formål ved høringsinstituttet er å belyse ulike hensyn for slik å oppnå en mest mulig målrettet, nyansert og balansert regel. Berørte aktører, slik som trossamfunn og deres organisasjoner, ble for øvrig lite involvert (om noe) i forkant av innføringen av regelen. Kort tid etter innføringen kommuniserte imidlertid trossamfunn og deres organisasjoner til myndighetene at regelen rammet dem hardt og la frem forslag til alternative reguleringer.

Regjeringen har fått kritikk fra flere aktører for manglende begrunnelser og bruk av høringsinstituttet under pandemien.[48] De gangene høringsinstituttet har blitt brukt, har høringsinstanser vist en imponerende evne til å gi uttalelser med svært kort frist. I visse tilfeller har fristen vært så kort som 24 timer. Dette viser at tidssensitivitet i seg selv ikke er et argument for å unnlate høringer. I tillegg er det mulig med etterfølgende høring, som heller ikke har vært benyttet.

Et inngrep vil ikke automatisk bli ansett uforholdsmessig der det er mangler ved prosessen eller begrunnelsen. Imidlertid vil svakheter ved prosess og begrunnelse være av betydning for størrelsen på statens skjønnsmargin. Når begrensningen gjelder forhold som ligger i kjernen av en rettighet, som her er tilfellet, vil statens skjønnsmargin innskrenkes ytterligere.[49] De samme momentene er av betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

Med andre ord, selv om myndighetene vil ha en relativt vid skjønnsmargin også i senere faser av pandemihåndteringen, ettersom det også da dreier seg om ivaretakelsen av liv og helse, komplekse vurderinger og avveiinger av kryssende hensyn, så er det da flere momenter som trekker i retning av en mer inngående rettslig prøving og redusert skjønnsmargin.

5.3.4 Vurderingen av begrensningen på 10 personer for arrangementer uten fastmonterte seter

I vurderingen av om arrangementsbegrensningen på 10 personer for arrangementer uten fastmonterte seter er nødvendig og forholdsmessig, må hensynene på begge sider av vektskålen veies mot hverandre: På den ene siden hensynet til liv og helse, og på den andre siden hvor sterkt inngrep det er i religionsfriheten.

Hensynet til å *beskytte liv og helse* er et svært viktig hensyn – og staten vil etter forholdene endog ha en menneskerettslig plikt til å iverksette tiltak for å beskytte liv når dette er påkrevd.[50] Arrangementsbegrensningene vil bidra til oppnåelse av dette formålet ved at det reduserer antallet, og størrelsen på, sosiale møteplasser; ved at færre mennesker kommer i kontakt med hverandre kan smittespredning forebygges.

Inngrepet forfølger følgelig et *tvingende samfunnsmessig behov*. Men dette er altså kun en del av nødvendighetsvurderingen; også ivaretakelsen av liv og helse må skje innenfor rammen av menneskerettighetene – det handler om å finne en rimelig balanse og ikke gå lenger enn det som er nødvendig og forholdsmessig.

Smittevern og pandemihåndtering baserer seg på helsefaglige og andre komplekse vurderinger. Det kreves altså særskilt innsikt og kunnskap for å gjøre vurderingene som trengs for å bekjempe pandemien og for å lage et effektivt regelverk. Videre er arrangementsbegrensningen kun ett av flere som skal ivareta liv og

[47] Jf. forvaltningsloven § 37 (2).
[48] Se bl.a. NIMs høringsuttalelse av 21. juni 2021 til koronakommisjonens utredning (NOU 2021: 6), pkt. 2.2. og 2.3.
[49] Se bl.a. *Manoussakis og andre v. Hellas* avs. 44 der EMD legger til grunn en snever skjønnsmargin når det kommer til inngrep i retten til å utøve sin religion.
[50] Se f.eks. *Vavřička m.fl. v. Tsjekkia* avs. 282

helse: Et tiltak på et område kan bidra til at en kan ha lempeligere tiltak på et annet. Dette er ytterligere forhold som taler for en vid skjønnsmargin for myndighetene.

Arrangementsbegrensningen har lite begrunnelse; hensyn på motsatt side av vektskålen er ikke redegjort for eller avveid, og vektlagte momenter er i liten grad (om noen) støttet opp med tallgrunnlag eller empiri. Dette innebærer *for det første* at det hefter tvil ved om, og i hvilken grad, forholdet til religionsfriheten er hensyntatt og vurdert av myndighetene. *For det andre* er det vanskelig å få en oversikt over de fulle fordelene ved inngrepet, slik som at man kan ha lempeligere regler på andre områder og i hvilken grad formålet kunne vært ivaretatt gjennom midler som var mindre inngripende i religionsfriheten; herunder hvor reelt og tungtveiende et argument om forskjell i deltakersirkulasjon er og i hvilken grad dette momentet var mulig å adressere på andre måter. *For det tredje* er det vanskelig å vurdere om også andre hensyn enn hensynet til liv og helse har vært en del av begrunnelsen, slik som mer samfunnsøkonomiske hensyn som ikke direkte omhandler ivaretakelsen av andres rettigheter. Som nevnt under formålskravet er ikke ivaretakelsen av landets økonomiske velferd blant formålene som kan begrunne inngrep i religionsfriheten (til forskjell fra hva tilfellet er for eksempelvis inngrep i retten til privatliv).

På den andre siden av vektskålen ligger hensynet til *ivaretakelse av religionsfriheten*, og spørsmålet er hvor tungt inngrep som her er foretatt i denne rettigheten.

En helt sentral del av religionsfriheten er å kunne uttrykke sin tro i fellesskap med andre, enten en skal ta del i en gudstjeneste sammen, be sammen eller delta i sakramenter sammen.[51] Begrensninger i denne retten er i kjernen av religionsfriheten og retten til å uttrykke sin religion.

Større begrensninger i mulighetene til å være fysisk til stede i sitt gudshus, til å praktisere sin religion sammen med andre eller til å delta på religiøse seremonier, er svært tyngende for det enkelte trosmedlem så vel som trossamfunnet som et kollektiv. I flere trossamfunn har medlemmene en plikt til å være til stede eller delta i gudshus og ritualer, eller en tradisjon for at dette skal gjennomføres i fellesskap innenfor fastsatte tidspunkter eller frister.

Til forskjell fra flere andre arrangementer som i stor grad kan gjennomføres digitalt, har det for troende en selvstendig verdi å møtes og være fysisk til stede i sitt gudshus. Digital overføring av en religiøs seremoni kan vanskelig sies å innebære at man utøver sin tro i et slikt fellesskap som religionsfriheten verner om.

Arrangementsbegrensningene som rammet religiøse samlinger har blitt endret mange ganger, fra å være så strenge som total nedstengning til å være lempeligere, men i relativt store perioder har de inneholdt antallsbegrensninger som har vanskeliggjort gjennomføringen av religiøse arrangementer avhengig av sted og tidspunkt. Arrangementsbegrensningene har vært straffebelagt, noe som øker inngrepets styrke.

Begrensningene har vært midlertidige, men de har likevel vært gjeldende over flere måneder. Den nasjonale arrangementsbegrensningen på 10 personer for arrangementer uten fastmonterte seter varte i om lag to måneder. Begrensningen medførte at det i praksis var svært vanskelig, om ikke umulig, å gjennomføre religiøse arrangementer som gudstjenester. I de to månedene forut for dette var disse arrangementene også underlagt strengere begrensninger enn arrangementer med fastmonterte seter. At inngrepene har pågått over lang tid, dog med noen opphold, forsterker inngrepets tyngende karakter.

Videre forsterkes inngrepet av at det skjer i en kontekst av mange ulike nasjonale og lokale tiltak og myndighetsanbefalinger. I flere kommuner gjaldt det strenge begrensninger lokalt over svært lang tid. I Oslo kommune, altså landets mest folkerike, har for eksempel begrensningene for religiøse arrangementer variert fra full nedstengning til en antallsbegrensning på 20 personer i perioden mellom november 2020 og juni 2021 (med enkelte unntak for begravelser mv.).

For det første kan disse lokale tiltakene i seg selv utgjøre selvstendige inngrep i religionsfriheten og måtte oppfylle vilkåret om nødvendighet og forholdsmessighet. Lokale tiltak vil som nevnt ikke behandles nærmere her, men generelt er det grunn til å anta at flere kommuner gjennom ulike koronatiltak har gått lenger enn de har menneskerettslig adgang til ved eksempelvis å vedta tiltak som lå utenfor det kommunen har forskriftshjemmel til eller ved å vedta tiltak som har vært uforholdsmessige. *For det andre* kommer altså de lokale tiltakene på toppen av de nasjonale tiltakene, og dette forsterker karakteren av det samlede inngrepet i religionsfriheten og retten til å utøve sin tro. Koronapandemien har også vært preget av usikkerhet knyttet til hva som er regler og hva som "kun" er anbefalinger. Dermed kan troende og trossamfunn ha pålagt seg selv større begrensninger av hensyn til å følge anbefalinger om smittevern og

[51] Se mer under punkt 4.

redusert nærkontakt, enn det som følger av smittevernreglene. Slik kan den reelle belastningen og begrensningen av religionsfriheten ha vært større og ha pågått lengre, enn hva et bestemt tiltak i seg selv tilsier.

5.3.5 Forskjellsbehandlingen av arrangementer uten fastmonterte seter og muligheten for alternative tiltak

Arrangementsbegrensningene har vært relativt generelle og har ikke vært rettet mot religiøse arrangementer spesielt. En spesiell og streng regulering av trossamfunn ville vært svært vanskelig å begrunne som nødvendig. Men når religiøse arrangementer i stor grad har vært behandlet på lik linje med andre arrangementer, så innebærer det samtidig at myndighetene tilsynelatende i liten grad har tatt hensyn til at religiøse arrangementer har et særskilt rettslig vern etter religionsfriheten. Det særskilte vernet innebærer at det stilles strengere krav til begrunnelse for begrensningen av religiøse arrangementer samt at myndighetene i alminnelighet vil ha en større plikt til å legge til rette for gjennomføringen av religiøse arrangementer enn for andre arrangementer generelt.[52]

Myndighetene har tatt hensyn til en del andre virksomheter, eksempelvis har ulike butikker fått holde åpne. Dette illustrerer at det ikke var nødvendig med altomfattende begrensninger på møteplasser og aktiviteter av hensyn til smittevern, men at det i bunn og grunn var et spørsmål om prioritering. I denne prioriteringen kan mye tyde på at religiøse samlinger i liten grad har blitt prioritert (med noen unntak for begravelser mv.).

Videre illustrerer skillet mellom fastmonterte og ikke-fastmonterte seter at større arrangementer (på opptil 200 personer) i seg selv ikke nødvendigvis var et problem, det viktige var at visse smitteverntiltak kunne overholdes samtidig som at det handlet om å avgrense antallet store arrangementer – og at det følgelig handlet om en prioritering. Igjen tyder mye på at religiøse arrangementer ikke har vært forsøkt prioritert.

Avgrensningen av antallet store arrangementer ble basert på et vilkår om arrangementet hadde fastmonterte seter eller ikke. Et vilkår som myndighetene holdt fast ved i nesten fire måneder, tross innspill fra trossamfunnene allerede etter kort tid om at en avgrensning basert på dette vilkåret rammet dem hardt.

Helsedirektoratet fremhever i sitt svar om definisjonen av fastmonterte seter at det er viktig å tolke vilkåret strengt og å unngå "smutthull" i regelverket. Behovet for generelle reguleringer med enkle, definerte vilkår i håndteringen av en pandemi er forståelig. Et vilkår om fastmonterte seter er antakelig både enklere å regulere og føre tilsyn med enn et vilkår som foretar en avgrensning basert på noe mer skjønn. Samtidig så kan dette vilkåret sies å ramme både noe vilkårlig og noe urimelig, deriblant siden det innebar at religiøse arrangementer – som ikke hadde fastmonterte seter – falt innenfor de langt strengere antallsreguleringene til forskjell fra for eksempel kinoer og lignende underholdningsarrangementer, som sine samfunnsfordeler til tross, er arrangementstyper med et svakere rettslig vern enn religiøse arrangementer. I hvilken grad forholdet til religionsfriheten og inngrepets forholdsmessighet er vurdert og vektet, er som nevnt noe uvisst. Antydninger om vilkårlighet og urimelig forskjellsbehandling er argumenter som vil tale mot at en har funnet en rimelig balanse – og dermed tale mot at inngrepet er forholdsmessig.[53] Generelt vil også sjablonmessige reguleringer kunne stå i et spenningsforhold til nødvendighetskravet, som ofte vil sikres bedre gjennom reguleringer som i større grad gir rom for nyanser og konkrete vurderinger.[54]

Videre er det ikke kun setesituasjonen og graden av forventet sirkulasjon blant deltakere som vil ha betydning for ivaretakelsen av smittevern under et arrangement. Andre momenter er lokalets størrelse, lokalets øvrige innretning som inngangsparti, arrangørens mulighet til å nå ut med informasjon mv. Mange kirker og andre trossamfunn har store lokaler, og de har på den måten en fordel når det kommer til å ivareta smittevern. Ofte har de også god oversikt over sine medlemmer og besøkende, noe som er et pluss med tanke på smitteverninformasjon og eventuell smittesporing. Trossamfunn har også stor erfaring med å avholde arrangementer, og ofte vel så mye erfaring som mange kommersielle aktører. I tillegg er trossamfunn ofte tuftet på frivillighet og vil ha mulighet til å dra veksel på mange personer som kan sørge for smittevern uten at det vil komme i konflikt med eksempelvis hensyn til profitt; en hensynskonflikt som kanskje enklere kan oppstå hos en kommersiell aktør.

---

[52] Sml. f.eks. EMDs tilnærming i *Osmanoğlu og Kocabaş v. Sveits* og *Polat v. Østerrike*, nærmere omtalt i fotnote ovenfor. Andre eksempler på arrangementer med et særlig rettslig vern er demonstrasjoner og politiske arrangementer (som følge av disse arrangementenes nære forhold til en annen menneskerettighet, ytringsfriheten).

[53] Også sett i lys av vernet mot usaklig forskjellsbehandling og diskriminering. Selv om det nok neppe her kan være tale om noe selvstendig brudd på diskrimineringsbestemmelsene i Grl. § 98, SP art. 26, EMK art. 14 (aksessorisk) og SP art. 2 (aksessorisk). Dette behandles ikke nærmere ettersom det uansett er nærliggende å anta en eventuell (usaklig) forskjellsbehandling vil konsumeres av forholdsmessighetsvurderingen under religionsfriheten i dette tilfellet.

[54] F.eks. *Lacatus v. Sveits* og *Polat v. Østerrike*. Sml. imidlertid *Animal Defenders International v. Storbritannia*, som også peker på det potensielt problematiske med for skjønnsmessige reguleringer når det kommer til risiko for diskriminering og vilkårlighet (avs. 108).

I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål ved om det ikke forelå *mer lempelige alternativer* til inngrepet, som kunne sikret formålet om liv og helse samtidig som de bedre ivaretok religionsfriheten. Det er ikke noe automatikk i at et inngrep er uforholdsmessig kun fordi en kan peke på mildere alternativer eller reguleringer, men det er som nevnt et moment i forholdsmessighetsvurderingen.[55]

Det kan på den ene siden argumenteres for at det er enklere å ivareta smittevern når det er fastmonterte seter, siden det kan gi en mer fast innretning å ta utgangspunkt i for å skille personer og regulere avstand. Men på den andre siden er det tilsynelatende relativt få og små grep som kreves for at ikke-fastmonterte seter – som en kirkebenk eller utplasserte stoler – kan oppfylle samme hensyn til avstand og smittevern, for eksempel gjennom tilviste plasser med avstandskrav mellom deltakerne og krav om å sitte på rekke vendt samme vei. Begge situasjonene har også til felles at de vil hvile på et tillitsforhold til arrangøren og kreve oppfølging fra arrangøren for ivaretakelse av smittevern. I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål ved hvor langt et argument om risiko ved deltakersirkulasjon kan dras og hvor mye større denne risikoen er ved for eksempel en gudstjeneste enn en konsert. Også ivaretakelse av hensynet til å unngå sirkulasjon vil langt på vei avhenge av arrangøren, og denne risikoen kan også alternativt adresseres ved å forskriftsfeste mer spesifikke krav til tiltak for å forhindre sirkulasjon. I stor grad vil det også her munne ut i et spørsmål om i hvilken grad smittevern generelt kan ivaretas; og her har som nevnt ofte trossamfunn flere andre fordeler. Arrangementsbegrensningene var videre relativt tungt straffebelagt, og slik sett må ikke momentet om tillitsforhold misforstås – det forelå sterke insentiver for en arrangør til å følge arrangementsreguleringene og smittevernkravene, også dersom disse hadde vært basert på noe mer skjønnsmessige kriterier.

Et annet reguleringsalternativ kunne vært i større grad å differensiere mellom ulike typer arrangementer, og eksempelvis i større grad ha lagt opp til unntak for religiøse arrangementer som følge av deres særlige rettslige vern (samtidig som en kunne oppstilt skjønnsmessige vilkår langs ovennevnte linjer). Dette ville ivaretatt religionsfriheten bedre samtidig som det totale antallet arrangementer fortsatt ble holdt på et lavere nivå. Et ytterligere alternativ kunne vært å bruke mer lokale og regionale målrettede tiltak, istedenfor nasjonale tiltak som rammet bredt og også rammet troende og trossamfunn på steder med svært lav smitte. Et slikt alternativ kunne i det minste ha sikret en bedre ivaretakelse av religionsfriheten på steder der lokalt smittevern i seg selv neppe kunne begrunne så strenge arrangementsbegrensninger.

Ovennevnte kan tale for at det eksisterte gjennomførbare mer lempelige reguleringsalternativer. Dette illustreres også til dels av den senere forskriftsendringen fra "fastmonterte seter" til "faste, tilviste plasser" i slutten av februar. Sistnevnte er et vilkår som ivaretar religionsfriheten langt bedre fordi trossamfunn i større grad får avholdt arrangementer. Samtidig med endringen ble antallsbegrensningen redusert fra 200 til 100 personer, og slik ble det tatt grep for å ivareta smittevern samlet sett. I mange lokale forskrifter var dessuten arrangementsreguleringer basert på avstandskrav mellom deltakere helt fra høsten av istedenfor mer firkantede krav om fastmonterte seter, noe som illustrerer at dette var en kjent og farbar reguleringsvei.

5.3.6 Oppsummering av nødvendighetskravet

Samtidig som at hensynet til liv og helse er et svært viktig hensyn og myndighetene må antas å ha en vid skjønnsmargin i valg av tiltak for å søke ivareta dette hensynet under en pandemi, er det likevel flere momenter som taler for at inngrepet i religionsfriheten – som antallsbegrensningen på 10 personer for arrangementer uten fastmonterte seter representerte – ikke har vært nødvendig og forholdsmessig (innledningens forhold 2).

Det kan særlig pekes på at begrensningen kom flere måneder inn i pandemien og følgelig på et tidspunkt da myndighetenes skjønnsmargin var redusert; at den utgjorde et relativt langvarig og tungt inngrep i kjernen av religionsfriheten (herunder i lys av konteksten med flere strenge lokale begrensninger); at begrensningen var lite begrunnet og at det var andre svakheter ved prosessen; at reguleringen rammet trossamfunnene hardt til forskjell fra en del andre arrangementer uten samme rettslige vern; og at det tilsynelatende forelå andre mer lempelige reguleringsalternativer som i større grad kunne ivaretatt religionsfriheten samtidig som smittevern ble ivaretatt.

Se for øvrig den generelle oppsummeringen under punkt 1.

[55] Slik det pekes på i LB-2021-41600 (ikke rettskraftig) med referanse til nylige *Vavřička m.fl. v. Tsjekkia* avs. 310.