

Mastergradsoppgave

JUS399

**ASSISTERT BEFRUKTNING
I LYS AV ALMINNELIGE PRINSIPPER OM
IKKE-DISKRIMINERING OG LIKEBEHANDLING**

Kandidatnr:167804

Veileder: Arne Dag Hestnes

Innspill: Henriette Sinding Aasen

Antall ord: 14.990

10.12.2011

Innholdsfortegnelse

1. Moderne reproduksjonsteknologi	4
1.1 Fra naturlig til medisinsk unnfangelse	4
1.1.1 Fravær av behandlingstilbud i Norge skaper fertilitetsturisme	5
1.2 Et rettslig bilde med etiske rammer i en kulturell kontekst.....	6
1.2.1 Problemstilling.....	6
1.2.2 Alminnelige prinsipper om ikke-diskriminering og likebehandling.....	7
1.2.3 Med mulighetene følger utfordringene	8
1.2.4 Mehmet-saken	9
1.2.5 Avgrensning.....	10
2. Definisjoner, historikk og rettskilder.....	11
2.1 Ufrivillig barnløshet.....	11
2.2 Definisjon og godkjente metoder.....	12
2.3 Prøverørshistorikk	13
2.4 Rettskilder og rettskildebruk	13
3. Gjeldende rett	15
3.1 Bioteknologiloven kapittel 2	15
3.2 Generelle krav	16
3.2.1 Krav til samlivsform	16
3.2.2 Avgjørelse om behandling	17
3.3 Spesielle krav.....	17
3.3.1 Vilkår for befruktning utenfor kroppen.....	17
3.3.2 Vilkår for inseminasjon.....	18
3.4 Forbud mot eggdonasjon.....	19
4. Nærmere om begrunnelsen for dagens regler	20
4.1 Feministiske synspunkter som bakteppe for norsk lovgivning?.....	20
4.2 Lovforarbeidene	21
4.3 Tradisjon, biologi og barnet	22

5. Foreldrenes stilling og betydning	23
5.1 Foreldreskap	23
5.2 Foreldreansvar, en omsorgsrolle	26
5.3 Likebehandling	29
6. Barnet i fokus	32
6.1 Hensynet til barnets beste	32
6.2 Familiebyggingsperspektiv som alternativ	33
7. Assistert befruktning som behandlingsform i helsevesenet.....	35
7.1 Legen som beslutningstaker	35
7.2 Legenes praksis	36
7.3 Berettiget forskjellsbehandling	39
7.4 Årsaker til barnløsheten avgjør om man har et behandlingstilbud.....	39
7.5 En rett til barn eller en rett til ikke å bli hindret i å danne familie.....	41
7.6 Selvbestemmelsesrett	41
7.7 Adopsjon	43
8. Menneskerettighetsdomstolen og Bioteknologinemnda om eggdonasjon.....	44
8.1 Case of S.H. and others v. Austria.....	44
8.2 Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon.....	45
9. Enslige	46
9.1 Kommentarer til samlivskravet.....	46
10. Utenlandsk rett og befolkningsundersøkelse.....	48
10.1 Sverige og Danmark.....	48
10.2 Befolkningsundersøkelse om bioteknologiloven	49
11. Avsluttende kommentarer	50
Litteraturliste	52

1. Moderne reproduksjonsteknologi

1.1 Fra naturlig til medisinsk unnfangelse

Bioteknologien har gjort det mulig for ufrivillige barnløse å få oppfylt et sterkt ønske – det å bli foreldre. Verken biologien eller teknologien er lenger en barriere for hvem som kan få barn. I dag setter lovverket skrankene. Bioteknologiloven fastsetter at for å bli vurdert for assistert befruktning i Norge, må man være to i et stabilt heterofilt eller lesbisk parforhold.¹ I tillegg til dette generelle kravet, oppstiller loven spesielle krav som går på årsaken til barnløsheten.² Dette betyr at hjelpetilbudet avhenger av årsaken til barnløsheten. Tidligere var det kun befruktningsudyktighet som kunne avhjelpes, for eksempel hvis barnløsheten skyldtes egglosningsproblemer eller dårlig sædkvalitet. Alternativt var assistert befruktning tillatt dersom det var fare for å overføre en alvorlig arvelig sykdom til barnet. Loven forutsatte altså at det forelå en medisinsk årsak til at par var barnløse. Disse vilkårene ligger også til grunn for assistert befruktning i dag (se del 3.).

Imidlertid er det ikke alle medisinske årsaker til barnløshet som kan avhjelpes i Norge. Barnløshet som eksempelvis skyldes at kvinnen kommer i tidlig overgangsalder eller får ødelagt eggstokkene etter strålebehandling og derfor er avhengig av donerte egg for å få barn, kan ikke tilbys hjelp. Etter norsk lov er eggdonasjon forbudt.³

Enslige har heller ikke et tilbud om hjelp til assistert befruktning, fordi samlivskravet krever at man har en partner. Derimot er lesbiske i parforhold, tatt inn i lovens varme og har nå rett til assistert befruktning etter en endring av bioteknologiloven i 2008. Loven likestiller nå lesbiske og heterofile par og åpner dermed for at to kvinner kan få barn sammen.⁴ Loven krever ikke at lesbiske av medisinske grunner ikke kan få barn. Med andre ord medførte denne endringen at også sosiale årsaker til ufrivillig barnløshet kan gi rett til assistert befruktning. Men dette gjelder kun kvinner i et parforhold.

¹ Jf. Bioteknologiloven (biotl.) § 2-2

² Jf. biotl. §§ 2-3, 2-4

³ Jf. biotl. §§ 2-15, 2-18

⁴ Jf. biotl. § 2-2

Menn i parforhold har ingen muligheter til å få barn ved hjelp av assistert befruktning her til lands. Surrogatmorskap er ulovlig i Norge.⁵

På reproduksjonsteknologiens motstandsside, så vel som på forkjempernes, er det uenighet om hvilke grenser som bør flyttes og hvor grensene skal gå. Uavhengig av ståsted er det et faktum at moderne forplantningsteknologi og dens barn har kommet for å bli, og at teknologien har banet vei for mange vanskelige juridiske problemstillinger.

1.1.1 Fravær av behandlingstilbud i Norge skaper fertilitetsturisme

Den teknologiske utviklingen og barnløses bruk av den, ligger langt foran Norges forholdsvis restriktive lovgivning på området. Norge er for eksempel det eneste landet i Norden med et totalforbud mot eggdonasjon. Konsekvensen er at barnløse reiser utenlands der hjelpetilbudet er langt større. En slik fertilitetsturisme kan skape betenkelige, rettslige og sosiale problemer i etterkant. Blant annet kan det pekes på at Norge står på sidelinjen i den internasjonaliseringen av reproduksjonen som foregår, uten å ta del i forskning og kunnskapshøsting. Dette fordi enkelte metoder er ulovlige. Dermed "tvinges" nordmenn over grensene hvor behandlingen er utenfor norske myndigheters kontroll.

Etterspørselen etter assistert befruktning er økende og det fødes stadig flere barn ved hjelp av assistert befruktning. Reproduksjonsmønsteret er i endring. Kjernefamilien som eneste innretning er utdatert. Fertilitetsturismen har eskalert. Dette er et virkelighetsbilde som øver press på reproduksjonsteknologiens regulering, og som gjør at man kan spørre om lovverket i Norge er tilstrekkelig modernisert og tilpasset de rettslige og faktiske forholdene som angår kampen mot barnløshet.

Lovens krav og forbud innebærer at enslige og par som er avhengig av eggdonasjon, samt homofile menn, utestenges fra tilbudet om assistert befruktning. Dette er i utgangspunktet forskjellsbehandling. Spørsmålet blir om den er velbegrunnet. Er det diskriminerende at kun heterofile og lesbiske par i ekteskap og ekteskapslignende forhold kan søke om assistert

⁵ Jf. biotl. § 2-15. Oppgaven avgrensner mot surrogati i pkt.1.2.4

befruktning? Bør disse grensene opprettholdes i norsk lov eller er det tid for å flytte grensene? Tiden er inne for å vurdere om lovverket bør revideres.

1.2 Et rettslig bilde med etiske rammer i en kulturell kontekst

1.2.1 Problemstilling

I denne oppgaven skal sider ved reproduksjonsteknologien diskuteres i en juridisk kontekst i lys av alminnelige prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering.

Hovedproblemstillingen er hva som regnes som urimelig forskjellsbehandling når det gjelder assistert befruktning. Det sentrale temaet som danner utgangspunktet for diskusjonen er forbudet mot eggdonasjon. Det er derfra en flytende overgang til samlivskravet, som vil bli belyst i forlengelsen av dette. Fra et juridisk perspektiv gjør mange av de samme argumentene og verdiene seg gjeldende i forhold til eggdonasjons- og samlivskravproblematikken. Dette fordi lovens samlivsvilkår og eggdonasjonsforbudet, begge utestenger enkelte grupper ufrivillig barnløse fra fertilitetsbehandling. Spørsmålet om hva som er urimelig forskjellsbehandling når det gjelder assistert befruktning er derfor et spørsmål om det er diskriminerende kun å tilby enkelte grupper behandling.

Viktige spørsmål er om det er diskriminerende ikke å tillate eggdonasjon når sæddonasjon er lovlig, og om egg- og sæddonasjon kan sidestilles. Helse- og psykososialrisiko, selvbestemmelsesrett, barnets beste og gode oppvekstsvilkår er sentrale faktorer. Andre relevante spørsmål er hva som er en god familie og hva en forelder er. Hvilken betydning har faktorer som biologisk slektskap og kulturelle oppfatninger av slektskap, morskap og farskap, i denne sammenheng? Videre kan man spørre om abort- og adopsjonslovgivningen har noe å si for spørsmålet om assistert befruktning. Jeg berører også spørsmål som hva legens rolle har å si for hvem som faktisk tilbys assistert befruktning, herunder om også økonomisk status har betydning i den sammenheng.

Før jeg skal si noe mer om etisk bevisstgjøring og oppgavens avgrensing, vil jeg utdype hva jeg legger i begrepene diskriminering eller urimelig forskjellsbehandling og likebehandling, i relasjon til assistert befruktning.

1.2.2 Alminnelige prinsipper om ikke-diskriminering og likebehandling

Retten til reproduksjon og til å ta i bruk ulike metoder for assistert befruktning, inngår i retten til privatliv og retten til familieliv i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8. Dette slår Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) fast i Case of S.H. and others v. Austria, av 01.04.2010, som omhandlet flere former for assistert befruktning. Etter nasjonal lov i Østerrike var eggdonasjon forbudt. Klagerne stevnet derfor staten inn for EMD for krenkelse av EMK artikkel 8 sammenholdt med diskrimineringsforbudet i artikkel 14, under henvisning til at de ble diskriminert i forhold til andre par som lovlig kunne ta i bruk metoder for assistert befruktning.

Domstolen ga klagerne medhold. Begrunnelsen utdypes senere under punkt 8.1. I denne omgang vil dommen brukes til å illustrere hvilken betydning likebehandling og diskriminering tillegges i denne oppgaven, da denne saken danner utgangspunktet for min analyse av diskriminerings- og likebehandlingsspørsmålet.

Domstolen poengterte at i slike sensitive og etiske spørsmål er statenes skjønnsmargin stor og at ingen medlemsstat var pliktig å tillate assistert befruktning. Men når en medlemsstat først har tillatt visse former for assistert befruktning, måtte Domstolen kunne vurdere om lovverket var sammenhengende og ivaretok de ulike legitime interesser, og prøve om det forelå en *objektiv og rimelig grunn* for forskjellsbehandling. Dersom det ikke foreligger en objektiv og rimelig grunn for forskjellsbehandlingen er forskjellsbehandlingen diskriminerende, jf. EMK artikkel 14. Med dette mener Domstolen at diskrimineringsforbudet anses som krenket, dersom forskjellsbehandlingen ikke forfølger legitime formål og er forholdsmessig.⁶

Av dette kan man utlede at forskjellsbehandling som er berettiget er forskjellsbehandling som er velbegrunnet ut fra legitime formål. Dersom gode grunner eller tungtveiende hensyn ligger til grunn, kan forskjellsbehandling gå klar av diskrimineringsforbudet og dermed være tillatt.

⁶ Jf. ECHR – First Section, Case of S.H. and others v. Austria og Den belgiske språksaken s. 34 avsnitt 10 andre underavsnitt. Uttalelsene om diskrimineringsforbudet er også brukt i Rt. 2001 s. 1006

Ved prinsippet om å beskytte mot urimelig forskjellsbehandling står hensynet til rettferdighet og likebehandling sentralt.⁷ Mangel på likebehandling kan være diskriminering, slik at likebehandling og ikke-diskriminering må sees i sammenheng. Både forbudet mot diskriminering og hensynet til likebehandling er sentrale menneskerettslige prinsipper. Prinsippene er nedfelt i en rekke internasjonale FN-konvensjoner.⁸ Gjennom inkorporering av menneskerettskonvensjonene, er bestemmelsene en del av norsk rett.⁹ Uten at jeg skal gå nærmere inn på forholdet mellom folkerett og nasjonal rett, vil jeg påpeke at ved motstrid skal bestemmelsene i menneskerettighetskonvensjonene gå foran annen nasjonallovgivning.¹⁰ Det er uansett lite tvilsomt at alminnelige prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering er av stor betydning for norsk rett og har fått en slags overordnet rettslig rolle.

1.2.3 Med mulighetene følger utfordringene

Spørsmålet om hva som er urimelig forskjellbehandling når det gjelder assistert befruktning er i stor grad knyttet til moralsk refleksjon. Etisk bevisstgjøring er derfor viktig. Det er først og fremst fordi den nye reproduksjonsteknologien rokker ved det naturgitte og autentiske at de etiske problemene oppstår. Motforestillingene er ofte tuftet på teknologiens inngripen i biologien. Den naturlige unnfangelsen utfordres av medisinen. Assistert befruktning muliggjør også langt mer enn å unnfange barn. Få helseteknologiske områder utløser like mange etiske problemstillinger og spekteret er stort.

Bioteknologilovgivningens normgrunnlag er i stor grad etisk. Imidlertid er ikke etiske normer og verdier uomtvistelige og entydige. Reproduksjonsteknologiens moralske status er i så måte sosialt og kulturelt betinget. Internasjonalt er synspunktene mange, men også i Norge har vi vansker med å enes om et samordnet og entydig normsett. Derfor vil etikkens normative legitimitet ofte være snevrere enn rettsreglenes.¹¹

⁷ Den belgiske språksaken

⁸ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, FNs konvensjon om barnets rettigheter, FNs kvinnediskrimineringskonvensjon og FNs rasediskrimineringskonvensjon

⁹ Jf. menneskerettsloven § 2

¹⁰ Jf. menneskerettsloven § 3

¹¹ Ohnstad, Bente (2005) "Jus eller etikk?" s. 2832

Tross ulike meninger, har nordmenn en felles kulturarv som reproduksjonsteknologien forstås innenfor. Bioteknologilovens formålsparagraf bestemmer at loven skal "sikre at medisinsk bruk av bioteknologi utnyttes til beste for mennesker i et samfunn der det er plass til alle."¹² Det verdimeslige grunnlaget kommer til uttrykk i forlengelsen hvor det stilles krav om at bruken av bioteknologi "skal skje i samsvar med prinsipper om respekt for menneskeverd, menneskelige rettigheter og personlig integritet og uten diskriminering på grunnlag av arveanlegg basert på de etiske normer nedfelt i vår vestlige kulturarv". Respekten for menneskeverdet er blant annet fremhevet. Menneskeverdets ukrenkelighet, eller menneskets iboende verdighet, er den grunnleggende verdien bak menneskerettighetene og vårt menneskesyn. Menneskeverdet er blant annet forankret i FNs Verdenserklæring artikkel 1. Formålsparagrafen skal tjene som rettesnor for lovanvendelsen, og danner tilsvarende utgangspunktet for og rammen rundt mine refleksjoner.

Det er videre et poeng at etiske betraktninger dels kan markere reproduksjonsteknologiens fordelaktige sider, dels sette skranker, som igjen vil kunne manifesteres i lovverket. Den etiske refleksjonen kan ha en vid og generell vinkling eller foretas i enkelttilfeller. Sistnevnte kan i praksis bety at man lar etikken være opp til den enkelte, med fare for at etiske motforestillinger kommer i skyggen av vedkommendes egeninteresse i saken.¹³ Sagt på annen måte, abstraheres moralen fra det konkrete tilfellet. Mehmet-saken, som medførte lovendring, vil mange si er et eksempel på dette.

1.2.4 Mehmet-saken

Mange av problemstillingene knyttet til reproduksjonsteknologi omhandler det å gjøre fostre og mennesker til middel for andre menneskers helse, noe Mehmet-saken fra 2004 illustrerer. Foreldrene til Mehmet ba om å ta i bruk preimplantasjonsdiagnostikk (PGD), som på det tidspunktet var forbudt i Norge. Med PGD menes en genetisk undersøkelse av befruktete egg utenfor kroppen før innsetting i livmoren.¹⁴ Mehmet, som lider av en arvelig blodsykdom, er avhengig av ny beinmarg fra en donor, eller stamceller fra navlestrengen til et friskt nyfødt søsken. Ettersom det er en risiko for at søsken arver sykdommen eller ikke

¹² Jf. biotl. § 1-1

¹³ Hellum, Syse, Aasen (1990) "Menneske, natur og fødselsteknologi" s. 16-18

¹⁴ Jf. biotl. § 2A-1 (1)

har samme vevstype som den syke, kan PGD anvendes for å lage en donorbaby uten sykdomsgener.

Saken skapte mye debatt. Motstandere av metoden frykter et såkalt sorteringssamfunn og hevder prinsippet om at et menneskeliv ikke skal bli brukt som middel for et annet. Likevel vedtok Stortinget en endringslov i 2004 som opphevet forbudet mot PGD som følge av Mehmet-saken, under henvisning til at det ikke er akseptabelt at norsk lov "skal hindre behandling og kurering av livstruende sykdommer, særlig hos barn."¹⁵ Endringene innebar at det ble åpnet for begrenset bruk av genetisk undersøkelse av befruktete egg før innsetting i livmoren ved alvorlig arvelig sykdom.¹⁶ Mehmet-saken viser at enkelttilfeller kan bane vei for lovendringer, og dilemmaene i denne saken representerer klart en stor del av de etiske utfordringene knyttet til moderne reproduksjonsteknologi.

1.2.5 Avgrensning

Uavhengig av hva man diskuterer innenfor reproduksjonsteknologien dreies ofte debattene inn mot frykten for et sorteringssamfunn og tilsvarende. Jeg mener at selv om det er uklart hvilke utfordringer og problemer bioteknologien vil kunne stille oss overfor i fremtiden, så må man være varsom med ytterliggående tilnærminger i enhver sak. Å argumentere for rettslige skranker på grunn av verst tenkelige skrekkscenarier har etter min mening mindre plass i en debatt om likebehandling. Av hensyn til tema og omfang, vil derfor eugenikk, kloning og stamceller med videre, ikke bli diskutert. Poenget med denne oppgaven er ikke å ta del i diskusjonen om seleksjon, feilfrie barn og hvilke fostre som er livet verdig, men å drøfte kravet om ikke-diskriminering og likebehandling ved tilbud om assistert befruktning.

Etiske spørsmål i forhold til prøverørsbefruktning som forutsetning for forskning på overtallige befruktete egg og lagring av befruktete egg, avgrenses det også mot. Likeså avgrenser jeg mot hvordan eggdonasjon eventuelt bør gjennomføres og hvilke former som bør tillates. Dette er utvilsomt viktige spørsmål, men har mindre relevans fra et diskrimineringsperspektiv. Det finnes ikke ubegrensede ressurser og prioriteringsspørsmålet

¹⁵ Dok.nr. 8:41 (2003-2004)

¹⁶ Se biotl. § 2A-1

er også viktig, men fordelingen av helsevesenets ressurser vil ikke bli diskutert, selv om aspekter ved helsetjenestens prioritering av assistert befruktning vil bli nevnt.

Enslige menn og menn i parforhold stiller fra naturens side i et særtilfelle ettersom menn ikke har livmor. Men det er viktig å understreke at surrogat spørsmålet ikke utelukkende er en "homosak". Heterofile kan også ha behov for surrogatmor. Disse gruppene har til felles at en annen kvinne må unnfange og bære frem barnet for dem. En tredjepart, surrogatmoren, må altså involveres i så stor grad at metoden stiller i en annen divisjon både biologisk og etisk sett. Selv om surrogatmorskaper har direkte relevans, reiser metoden svært mange spørsmål som blir for omfattende for denne oppgavens omfang og tema. Jeg vil begrense meg til å kommentere at et totalforbud mot surrogati kan sees som en negativ forskjellsbehandling av menn og noen grupper barnløse, og stiller spørsmålstegn ved et absolutt forbud mot surrogatmorskaper, uten at jeg skal drøfte om dette er velbegrunnet forskjellsbehandling.

En diskusjon om hvorvidt vilkårene som regulerer fertilitetsbehandling er i strid med alminnelige prinsipper om ikke-diskriminering, krever først noen flere ord om hva assistert befruktning og ufrivillig barnløshet er, samt et innblikk i dagens lovgivning, før jeg beveger meg over til diskriminerings spørsmålet.

2. Definisjoner, historikk og rettskilder

2.1 Ufrivillig barnløshet

Rundt 10-15 % av parene som forsøker å få barn ved regelmessig samleie klarer ikke å bli gravide. Lykkes paret ikke innen ett år, regnes man som ufrivillig barnløs.¹⁷ Dette er den kliniske definisjonen.

Ikke alles ufrivillige barnløshet skyldes medisinske eller uforklarlige årsaker. For eksempel enslige og lesbiske mangler en partner å få barn med og havner i en annen gruppe ufrivillige

¹⁷ <http://helsenorge.no/Helseogsunnhhet/Sider/Assistert-befruktning.aspx>

barnløse. Ufrivillig barnløshet rammer følgelig langt flere enn den kliniske definisjonen omfatter. Dessuten venter kvinner lenger med å få barn enn tidligere. Enkelte fagpersoner forventer derfor en økning i andelen par som vil få problemer med å oppnå graviditet siden fertiliteten avtar med alderen. De siste tjue årene er det ikke påvist noen økning i forekomsten av permanent ufrivillig barnløshet i Norge. Til dette kommer imidlertid at andelen som søker hjelp er stigende. Derfor kan en økning i risiko for å bli barnløs muligens være kamuflert i økningen vellykkede, fruktbare behandlingsresultater.¹⁸

Tall fra fertilitetsklinikkene viser en positiv vekst både med hensyn til resultat og søkere, hvilket betyr at tilstrømningen til fertilitetsbehandlingene eskalerer.

2.2 Definisjon og godkjente metoder

Assistert befruktning er en samlebetegnelse for ulike medisinske metoder for reproduksjon. I bioteknologilovens kapittel 2, innledes det med noen definisjoner.

§ 2-1. Definisjoner

I denne lov forstås med:

- a) assistert befruktning: inseminasjon og befruktning utenfor kroppen;
- b) inseminasjon: innføring av sæd i kvinnen på annen måte enn ved samleie;
- c) befruktning utenfor kroppen: befruktning av egg utenfor kvinnens kropp.

Definisjonene er kortfattet og relativt enkelt formulert uten mer tekniske anvisninger om hvordan assistert befruktning foregår og hva som er tillatt. Behandlingsformene og virksomhetene skal godkjennes av departementet.¹⁹ I kraft av forskrift F18.03.2010 nr.425, er myndigheten for godkjenning delegert fra Helse- og omsorgsdepartementet til Helsedirektoratet.

Den mest brukte metoden for assistert befruktning er prøverørsbehandling, in vitro fertilisering (IVF), og mikroinjeksjon, også kalt ICSI (intracytoplasmatiske spermieinjeksjon). Inseminasjon med sæd er også anvendt. Metodene er lovregulert i §§ 2-3 og 2-4 (se punkt 3.3.1-2).

¹⁸ http://www.fub.no/nyheter/arkiv/?article_id=71

¹⁹ Jf. biotl. § 2-19, jf. § 7-1

IVF innebærer prøverørsbefruktning med modne egg, hvor befruktningen foregår utenfor kroppen ved at egg og sæd sammenblandes. Ved IVF dyrkes hvert egg med ca. 100.000 sædceller. ICSI er prøverørsbefruktning der en sædcelle injiseres i hvert modne egg. Ved ICSI kan man alternativt hente sæden ut fra testikler eller bitestikler, såkalt MESA/ TESE.²⁰ Ved inseminasjonsbehandling kan man inseminere enten med sæd fra partner (AIH) eller fra donor (AID).

2.3 Prøverørshistorikk

Det første prøverørsbarnet kom til verden i Storbritannia i 1978, og i 1984 ble Norges første prøverørsbarn født. De siste 30 årene har den faglige utviklingen av assistert befruktning vært stor, og mange tusen barn har blitt unnfanget utenfor kroppen. Antall barn født etter assistert befruktning hvert år, utgjør nå nærmere 4 % av fødslene i Norge, og per juni 2010 utgjorde det totale antallet ca.22.000. I hver eneste klasse i grunnskolen kan man regne med at det går et barn som er født etter assistert befruktning.²¹

Sæddonasjon går helt tilbake til 1930-tallet. I dag er metodene som er utviklet for å hjelpe barnløse flerfoldige, og hver helseregion i Norge har et offentlig tilbud om assistert befruktning, i tillegg til private fertilitetsklinikker. Tilbud om assistert befruktning har lenge blitt ansett som et gode og en forventning fra helsevesenet. Bioteknologien har på mange måter revolusjonert vår livsstil og forventning.

2.4 Rettskilder og rettskildebruk

I 1987 fikk Norge sin første lov om kunstig befruktning, lov av 12. juni 1987 nr. 68. Og som det første landet i verden fikk vi en egen lovregulering av medisinsk bruk av bioteknologi i 1994.²² Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. av 5. desember 2003 nr. 100, også kalt bioteknologiloven, erstattet lov av 5. august 1994 nr. 56 om medisinsk bruk av bioteknologi. Enkelte endringer har forekommet siden 2003-lovens vedtakelse. I 2004 ble som nevnt forbudet mot PGD opphevet. Det ble også gjort endringer i forhold til PGD og

²⁰ "Evaluering av bioteknologiloven" (2011) s. 41

²¹ "Evaluering av bioteknologiloven" (2011) s. 21 og s. 40-43

²² NOU 1991: 6 Mennesker og bioteknologi pkt. 9.1

forskning på overtallige befruktede egg i 2007. Av størst relevans for oppgavens tema, er endringen av vilkårene for assistert befruktning som likestilte loven for heterofile og lesbiske i 2008, som jeg kommer tilbake til (se punkt 3.2.1, 3.3.2).

Bioteknologiloven av 2003 viderefører i stor grad 1994-loven, og forarbeidene til 1994-loven vil derfor være relevante for gjeldende bioteknologilov. Loven og forarbeidene er de mest tungtveiende rettskildene, ettersom disse uttrykker lovgivers vilje. Disse rettskildene anvendes i stor grad i min oppgave. Hva gjelder rettspraksis er assistert befruktning et fattig område. I Norge har vi ingen avgjørelser som direkte berører oppgavens tema. Avgjørelsen fra EMD, *Case of S.H. and others v. Austria*,²³ som jeg allerede har omtalt og vil komme mer tilbake til, er imidlertid relevant. Denne sakens premisser danner, som nevnt, utgangspunktet for min analyse av diskriminerings- og likebehandlingsspørsmålet.

I Innst. O. nr. 16 (2003-2004) ba Stortinget regjeringen om å evaluere bioteknologiloven etter fem års praktisering. I den forbindelse har Helsedirektoratet, på oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet, utarbeidet en rapport som beskriver status og utvikling på fagområdene som er regulert i bioteknologiloven både nasjonalt og internasjonalt.²⁴ Rapporten, "Evaluering av bioteknologiloven – status og utvikling på fagområdene som reguleres av loven", ble oversendt departementet 10.02.2011. "Dette er viktige og vanskelige spørsmål. Vi skal nå bruke tid på å gå grundig gjennom rapporten før vi tar stilling til hvordan den videre prosessen med evalueringen vil bli", uttalte helse- og omsorgsminister Anne-Grete Strøm-Erichsen da rapporten ble overlevert.²⁵

Både denne rapporten og uttalelser fra Bioteknologinemnda anser jeg som verdifulle kilder for min oppgave. Disse kildene er ikke formelle rettskilder i tradisjonell forstand og har derfor i utgangspunktet svakere rettskildemessig vekt enn lov, forarbeider og rettspraksis. Man kan imidlertid gjerne karakterisere slike kilder som "ekspertuttalelser" med en viss rettslig tyngde, ettersom rapporten og uttalelsene utgjør en del av vurderingsgrunnlaget for departementet ved evalueringen av bioteknologiloven. Samtidig gir disse kildene innblikk i

²³ ECHR – First Section, *Case of S.H. and others v. Austria*

²⁴ "Evaluering av bioteknologiloven" (2011) s. 3

²⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/aktuelt/nyheter/2011/evaluering-av-bioteknologiloven.html?id=633336>

etiske og juridiske dilemmaer og hvordan etiske og sosiale refleksjoner samsvarer med og konkretiserer det rettslige rammeverket. Med bakgrunn i dette anser jeg disse kildene som sentrale og tillegger de ikke ubetydelig vekt.

Utover dette ser jeg hen til lovreguleringen i Sverige og Danmark, ettersom det er naturlig å sammenligne disse nabolandene med Norge, i tillegg til teori generelt. Av teoretiske kilder kan jeg blant annet nevne en artikkel om doktorgradsprosjekt til Kristin Spilker om foreldreskap i genetikkens tidsalder.²⁶ Slike kilder har generelt mindre rettskildemessig vekt, men er ikke uvesentlige.

3. Gjeldende rett

3.1 Bioteknologiloven kapittel 2

Assistert befruktning reguleres i bioteknologiloven kapittel 2. To hovedformer for assistert befruktning er tillatt: inseminasjon av sæd fra ektemann eller fra donor, jf. § 2-3, og befruktning utenfor kroppen, jf. § 2-4, mens eggdonasjon er forbudt, jf. §§ 2-15 og 2-18. Loven oppstiller et generelt krav til samlivsform i § 2-2 og krav til informasjon og skriftlig samtykke i § 2-5. Tilbud om assistert befruktning forutsetter også at lovens spesielle krav er oppfylt. Disse alternative vilkårene omhandler parets medisinske situasjon og krever at paret er befruktningsudyktige og har eller er bærer av en alvorlig arvelig sykdom, jf. §§ 2-3 og 2-4. Alternativt forutsetter loven at paret er lesbiske. Beslutning om å foreta behandling med sikte på assistert befruktning treffes av lege, jf. § 2-6. Kapitlet har også regler om opplæring og kvalitetssikring, lagring av egg, og regler om sæddonasjon, i tillegg til bestemmelser som gir myndighetene kontroll med fertilitetsbehandlingen.²⁷ Enkelte av lovbestemmelsene er nevnt for oversiktens skyld. Det er kun de bestemmelsene som er særlig relevante for oppgavens tema som vil bli omtalt nærmere i det følgende.

²⁶ Se artikkel "Moderskapet utfordres" av Beret Bråten (2006): <http://kilden.forskningsradet.no/c16880/artikkel/vis.html?tid=37802><http://kilden.forskningsradet.no/c16880/artikkel/vis.html?tid=37802>

²⁷ Se §§ 2-7 til 2-17, og § 2-19.

3.2 Generelle krav

3.2.1 Krav til samlivsform

Det generelle kravet til samlivsform i § 2-2, stiller som vilkår at kvinnen som skal få behandling enten er "gift" eller "samboer i ekteskaplignende forhold". Å være gift innebærer at man har inngått lovlig ekteskap i henhold til ekteskapsloven. Tradisjonelt var ekteskap kun mellom mann og kvinne, men loven ble endret og har likestilt ekteskapsinngåelse av par av samme kjønn siden 2008. Endringene foranlediget at også lesbiske par kan søke om assistert befruktning. Endringene trådte i kraft 1. januar 2009.²⁸ Homofile menn i et parforhold faller ikke inn under bestemmelsen, da det etter loven er "kvinnen" som skal få behandling. Vilkåret, samboer i ekteskaplignende forhold, indikerer at samboerskapet må ha stabilitet og ha vart en stund. Forarbeidene antyder ca.3 til 5 års varighet.²⁹

Dersom ekteskapet eller samboerforholdet oppløses eller en av partene dør, kan ikke assistert befruktning utføres. Dette kan forstås forutsetningsvis ut fra § 2-2 sammenholdt med § 2-5, som krever skriftlig samtykke fra begge parter i parforholdet før behandling kan påbegynnes.³⁰ Frostatings lagmannsrett har også uttalt at kravet om samtykke må tolkes slik at det kreves samtykke fra partneren før hvert forsøk.³¹ Lovens vilkår må altså være oppfylt gjennom hele behandlingsprosessen.

Kravet til samlivsform innebærer at både enslige menn og kvinner, samt homofile par bestående av to menn, utelukkes fra tilbudet om assistert befruktning.

²⁸ Ikrafttredelse av lov 27. juni 2008 nr. 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par)

²⁹ Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) s. 48

³⁰ Også uttalt i Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 54

³¹ RG 2005 s. 530

3.2.2 Avgjørelse om behandling

Utover kravet til samlivsform, oppstiller ikke loven øvrige generelle krav til hvem som kan søke om assistert befruktning. Legen skal imidlertid foreta en medisinsk og psykososial vurdering av paret og ut ifra dette gjøre en beslutning om å foreta behandling med sikte på assistert befruktning, jf. § 2-6 første ledd. Legen ved den virksomheten hvor behandlingen skal utføres vurderer om søkerne oppfyller lovens vilkår og tilfredsstillende kriteriene for behandling.³² De medisinske kriteriene går hovedsakelig på alder og vekt i relasjon til om behandlingen vil være risikofylt og hensiktsmessig. Den psykososiale vurdering vil i hovedsak være en vurdering av om paret er mentalt i stand til å gå igjennom behandlingen og senere gi barnet en trygg oppvekst.³³

I loven er det fremhevet at det skal "legges vekt på parets omsorgsevne og hensynet til barnets beste" ved vurderingen.³⁴ Legen skal altså ta hensyn til barnets beste ved å bedømme om paret er skikket til å bli foreldre. Bestemmelsen henviser til en skjønnsmessig vurdering som impliserer verdimeslige spørsmål. Myndigheten, med hensyn til hvem som faktisk tilbys assistert befruktning, ligger følgelig i legens hender som i så måte er gjort til forvalter av samfunnsmessige verdier. Legens vurderingskriterier omtales nærmere under punktene 6.1, 7.1 og 7.2.

3.3 Spesielle krav

3.3.1 Vilkår for befruktning utenfor kroppen

Befruktning utenfor kroppen reguleres i § 2-4. Med dette forstås befruktning av egg utenfor kvinnens kropp,³⁵ slik som ved prøverørsmetodene. Behandlingsmetoden forutsetter at en kvinne eller en mann er "befruktningsudyktig". Med befruktningedyktighet menes infertilitet eller ufruktbarhet, noe som tilsier at det må foreligge en medisinsk årsak til barnløsheten. For kvinnens del kan det være flere årsaker til ufruktbarhet, som blant annet

³² Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 40

³³ Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) s. 49

³⁴ Jf. biotl. § 2-6 (1) 3.pkt.

³⁵ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 37

tette eller ødelagte eggledere eller egglossningsproblemer. For mannens del innebærer det for eksempel dårlig sædkvalitet eller sterilitet.

Alternativt oppstiller bestemmelsen et vilkår om ”uforklarlig befruktningsudyktighet”. Ordlyden må forstås å være tiltenkt de tilfellene der man tross utredning ikke finner årsaken til ufruktbarhet verken hos mannen eller kvinnen. Mange medisinske årsaker er fortsatt ukjent for medisinen og fanges opp av dette vilkåret.

Ved behandling etter prøverørsmetoden, er det tillatt å bruke sæd fra kvinnens parter eller donorsæd. Dette fremgår av forarbeidene.³⁶ Bestemmelsen er felles for heterofile og lesbiske par.

3.3.2 Vilkår for inseminasjon

Inseminasjon er regulert i § 2-3. Behandlingsmetoden er for det første tillatt når ”mannen er befruktningsudyktig”. Befruktningsudyktighet må forstås på samme måte som i § 2-4, men gjelder kun mannen her.

Etter andre alternativ kan inseminasjon være aktuelt når mannen ”selv har eller er bærer av alvorlig arvelig sykdom”. En alvorlig arvelig sykdom er et relativt begrep og indikerer vurderinger av medisinsk art. I Ot.prp. nr. 25 (1986-1987) s. 46, understrekes det at sykdommen må være så alvorlig at mannen blir frarådet å få egne barn. Eventuelt aktualiseres behandlingsmetoden dersom kombinasjonen av foreldrenes sykdomsanlegg øker risikoen for sykdom hos barnet. Senere forarbeider har generelt vært sparsomme med å si noe mer om hva slags sykdom det siktes til. Men i forbindelse med innføringen av kapittel 2A om preimplantasjonsdiagnostikk ble begrepet gitt en nærmere omtale:

Alvorlighetsgraden av sykdommen må vurderes konkret i det enkelte tilfellet, ut fra kriterier som redusert livslengde, herunder hvilke smerter og belastninger sykdommen fører med seg. Eventuelle lindrende, forebyggende eller livsforlengende behandlingsalternativer må vektlegges i forbindelse med vurderingen av sykdommens alvorlighetsgrad.³⁷

³⁶ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 34

³⁷ Ot.prp. nr. 26 (2006-2007) s. 68

Dette sier likevel ikke noe mer om hva slags sykdommer som omfattes, kun noe mer om alvorlighetsgraden.

For det tredje kan inseminasjon finne sted når ”to kvinner er gift eller er samboere i ekteskapslignende forhold”. Ordlyden tilsier at to kvinner som oppfyller kravet til samlivsform i § 2-2, vil kunne få assistert befruktning uten at det kreves medisinsk grunnlag. Dette vilkåret innebærer altså at loven nå åpner for at sosiale årsaker kan gi grunnlag for assistert befruktning.

For oversiktens skyld nevnes at inseminasjon også kan finne sted i særskilte tilfeller dersom ”kvinnen er bærer av alvorlig arvelig kjønnsbundet sykdom, jf. § 2-13” jf. andre ledd. Ordlyden innebærer at sæden kan behandles for å påvirke valg av barnets kjønn, når kvinnen bærer sykdomsgener.

Lovens ordlyd skiller ikke mellom donorsæd og partners sæd, slik at inseminasjon med både ektefellens eller samboerens sæd og donorsæd kan gjøres.³⁸

3.4 Forbud mot eggdonasjon

Paragraf 2-15 fastslår at befruktete egg ikke kan ”innsettes i livmoren til en annen kvinne enn den kvinnen eggcellen stammer fra”. Ordlyden tilsier at befruktning utenfor kroppen bare kan gjøres med kvinnens egne egg og kun tilbakeføres til hennes livmor. Loven stiller dermed opp et forbud mot eggdonasjon og surrogatmorskap.

Forbudet mot eggdonasjon kommer også uttrykkelig frem i § 2-18. Første ledd fastslår at ”donasjon av egg eller deler av dette fra en kvinne til en annen er forbudt”. Ordlyden skiller ikke mellom befruktete og ubefruktete egg som i § 2-15, slik at forbudet må forstås å gjelde både befruktete og ubefruktete egg. Med deler av egg menes overføring av cytoplasma i den hensikt å tilføre næringsstoffer mv.³⁹ Andre ledd er nytt og forbyr ”transplantasjon av

³⁸ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 34

³⁹ Biotl., lovkommentar (24)

organer og vev som produserer kjønnseller fra en person til en annen med det formål å behandle infertilitet.”

Loven gjelder assistert befruktning i Norge,⁴⁰ og sier ingenting om at behandling med assistert befruktning er forbudt for nordmenn i utlandet.

4. Nærmere om begrunnelsen for dagens regler

4.1 Feministiske synspunkter som bakteppe for norsk lovgivning?

Norges restriktive lovgivning synes å ha vært preget av feministiske tenkemåter. Mange av motforestillingene i dag, er de samme som fra debattene på 1980-tallet da assistert befruktning ble tatt i bruk.

Det er grunn til å anta at kvinnebevegelsens majoritet stiller seg kritisk til sider ved reproduksjonsteknologien. En kritisk tilnærming har også støtte i internasjonal feministisk teori, som ble utredet før 1994-loven. Utgangspunktet for denne kritikken er at teknologien i stor grad knytter kvinner til deres biologiske funksjon og reproduktive evne, noe som skaper problemer i forhold til omgivelsenes forventninger til kvinnens sosiale rolle.

Kvinnebevegelsen er derfor skeptisk til om reproduksjonsteknologien egentlig er ment å fremme kvinners interesser, eller om teknologien foranlediger at kvinner kan komme til å underkaste seg fertilitetsbehandling under press fra samfunns- og familieforventninger. Et annet synspunkt er at reproduksjonsteknologien i for stor grad tar hensyn til ønsket om biologisk og genetisk egne barn, og nedvurderer adopsjon som løsning. Det fremholdes at barn har rett til å bli født av en mor som utvilsomt har juridisk og moralsk ansvar for å ta seg av det, og setter slik barns rettigheter i fokus, samtidig som rettighetstenkning i forhold til behandling for barnløshet avvises.⁴¹

Brita M. Gulli, ved senter for kvinneforskning ved UiO, har også redegjort for en sterk feministisk motstand mot reproduksjonsteknologien. Kritikken går på at

⁴⁰ Jf. biotl. § 1-2 (4) 1.pkt.

⁴¹ NOU 1991: 6 Mennesker og bioteknologi pkt. 9.1.3

reproduksjonsteknologien innebærer økt kontroll av kvinners reproduktive krefter fra mannsdominerte institusjoner. Slik jeg ser det, anføres det at kvinner undertrykkes og avmektiggjøres, og at kvinners eksistensielle utgangspunkt i verden blir et annet. Synspunktet er at reproduksjonsteknologien, som gir anledning til befruktning utenfor kvinnekroppen, gjør at forplantningen for kvinner blir mer lik forplantningen for menn. Dette oppfattes som en fundamental og negativ endring for kvinnen.⁴²

Henriette Sinding Aasen har oppsummert den feministiske kritikken i noen hovedpunkter; teknologien medfører en oppsplitting og svekkelse av morskapet som erfaring og rettslig institusjon, forplantningsprosessen blir kommersialisert, og den innebærer misbruk av kvinnekroppen og representerer et uakseptabelt kvinne- og menneskesyn.⁴³

Gjennomgående har slike feministiskorienterte motforestillinger vært en stor del av drivkraften bak motstanden mot reproduksjonsteknologien, herunder eggdonasjon. Det har også vært anført at eggdonasjon foranlediger en uønsket manipulering av morskapet, som ikke verner om, men bryter opp den såkalte livmoreggenheten. Fra et feministisk ståsted ønsker man sterkt å ivareta denne enheten.

4.2 Lovforarbeidene

Lignende feministiske holdninger om morskapet, gjenspeiles i begrunnelsen for forbudet mot eggdonasjon i forarbeidene. I lovforarbeidene til lov om kunstig befruktning fra 1987 er følgende syn lagt til grunn:

I motsetning til sæddonasjon skaper eggdonasjon en annen situasjon enn ved naturlig befruktning. Giverinseminasjon bryter ikke grunnleggende med hva som skjer ved naturlig befruktning. Om befruktningen skjer kunstig eller naturlig, er sæden noe som kommer utenfra. Dette gjør at det alltid vil være en viss usikkerhet om hvem som er barnets far. Ved naturlig befruktning er det ikke uvanlig at det er uoverensstemmelse mellom juridisk/sosialt og biologisk farskap.⁴⁴

Argumentasjonen går på at det aldri har vært noen tvil om hvem som er barnets mor, men at barnets far ikke alltid har vært kjent. Implisitt synes det å ligge til grunn at eggdonasjon

⁴² Hellum, Syse, Aasen (1990) "Menneske, natur og fødselsteknologi" s. 43-44

⁴³ Aasen, Henriette (1998) "Da mor var mor og far var far..." s. 224

⁴⁴ Ot.prp. nr. 25 (1986-1987) s. 19

konstruerer et skille mellom en genetisk og en biologisk mor, noe som skaper uklarhet rundt morskapet. Sæddonasjon derimot, later til å være akseptert under henvisning til at farskapet uansett alltid har vært ullent fordi hvem som er faren ikke alltid er like klart siden sæden kommer utenfra.

Forarbeidene argumenterer videre med at:

Eggdonasjon innebærer et fundamentalt brudd med hva som skjer ved naturlig befruktning. Ved naturlig befruktning utgjør livmor og egg et naturlig fellesskap. Befruktning, svangerskap og fødsel er en helhetlig prosess som foregår inne i kvinnen. Ved eggdonasjon brytes denne helheten. Kvinnen som gir egg vil være barnets genetiske opphav, kvinnen som gir det fysiske næring under svangerskapet dets biologiske. Dette reiser helt nye problemer vedrørende barnets identitet og røtter.⁴⁵

Denne delen av argumentasjonen bygger videre på uklarheten rundt morskapet, og tydeliggjør lovgivers ulike oppfatning av mor- og farskap, når kvinnens betydningsfulle funksjon i svangerskapet trekkes frem. Tankegangen har klare paralleller til den feministiske kritikken som ønsker å verne om livmoreggenheten. Det naturlige svangerskapet ses som en helhetlig prosess i kvinnen, der komponentene egg og livmor ikke må brytes opp fordi dette vil skape identitetsproblemer for barnet. Når det argumenteres med at eggdonasjon innebærer et fundamentalt brudd med hva som skjer ved naturlig befruktning, synes holdningen å være at man ikke ønsker å gripe inn i den naturlige forplantningsprosessen i den grad dette innebærer at livmoreggenheten blir brutt.

4.3 Tradisjon, biologi og barnet

Argumentasjonen kan man si knytter seg til tre kjernepunkt: tradisjon, biologi og barnet.⁴⁶ Argumentet som går på forståelsen av foreldreskap, at morskapet alltid har vært enkelt å fastslå, mens farskap tradisjonelt har vært knyttet til usikkerhet, indikerer en kulturell tradisjonstankegang. Biologisynspunktet vil ivareta det naturlige og omhandler beskyttelsen av livmoreggenheten som en helhet. I forlengelsen knyttes dette opp mot de spesielle båndene mellom mor og barn som er viktige for barnets identitet, og som derfor ikke ønskes

⁴⁵ Ot.prp. nr. 25 (1986-1987) s. 19

⁴⁶ Kristin Spilker har en lignende tilnærming. Hun fremholder at teknologien for et nytt moderskapskonsept eksisterer og utfordrer forståelsen av foreldreskap. Hun mener også at argumentene mot eggdonasjon handler om biologi og tradisjon. Barnets beste, sammenholder hun med biologien. Bråten (2006) "Moderskapet utfordres"

utfordret av teknologien. Barnets identitet knyttes av enkelte opp mot hensynet til barnets beste. Barnet som en elementær faktor, kommer jeg grundigere tilbake til i del 6.

Tilsvarende kjernepunkter står fortsatt ved lag i lovforarbeidene til den någjeldende bioteknologiloven. Dette fremgår når departementet uttaler at det er

(...) stor forskjell på *mannens og kvinnens rolle og funksjon* i forbindelse med et svangerskap. Eggdonasjon vil innebære *et brudd på langvarige sosiale og kulturelle tradisjoner* i samfunnet som er knyttet til *mor og svangerskapets helhet*. Departementet er av den oppfatning at det reiser langt vanskeligere etiske problemer dersom det skal skilles mellom genetisk og biologisk/sosial mor enn mellom genetisk og sosial far. Den kvinnen som skal bære fram og føde et barn har en så nær biologisk tilknytning til barnet at hun etter departementets syn også *må være barnets genetiske mor*.⁴⁷

Forarbeidsuttalelsen viser at man fortsatt vil forby eggdonasjon fordi man ikke vil bryte med den tradisjonelle forståelsen av mors og fars funksjonelle roller. I enda tydeligere grad enn før vises det til at et skille mellom genetisk, biologisk og sosial mor vil skape langt vanskeligere *etiske* problemer enn en oppdeling av farskapet gjør. Sitatets siste setning viser også at begrunnelsen knyttes til biologien og kvinnens nære og emosjonelle bånd til barnet. Følgelig er tradisjon, biologi og barnet fremdeles bærende argumenter bak eggdonasjonsforbudet.

5. Foreldrenes stilling og betydning

5.1 Foreldreskap

Kvinnen som føder barnet, er barnets mor.⁴⁸ Morskap er derfor nærmest uproblematisk å fastslå i dag juridisk sett. Likevel kan det stilles spørsmål til holdbarheten av forarbeidenes argumentasjon, om at eggdonasjon vil skape uklarhet, i lys av utviklingen og dagens samfunn.

For det første synes lovgiverne til bioteknologiloven å mene at fastsettelsen av mor og farskap kun skal være et *biologisk* spørsmål. Dette, for klarhets skyld og på grunn av tradisjon og morens nære tilknytning til barnet gjennom svangerskapet. I vår tid etableres

⁴⁷ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 61 (mine uthevninger)

⁴⁸ Jf. barneloven § 2 (1)

imidlertid foreldreskap i stor utstrekning på bakgrunn av andre forhold enn biologi alene. Adopsjon er et eksempel og forekommer i flere former som; stebarnsadopsjon, fosterbarnsadopsjon og adopsjon av barn fra andre land. Prøverørsbefruktning og inseminasjon åpner for at en lesbisk kvinnes ektefelle blir regnet som medmor.⁴⁹ Et barn unnfanget ved hjelp av sæddonasjon rokker ikke ved etableringen av farskapet, fordi fastsettelsen av farskap grunner på pater est regelen. Det vil si at som "far til barnet skal reknast den mannen som mora er gift med ved fødselen."⁵⁰ Biologien er altså ikke utslagsgivende for farskap. Avgjørende er om mannen har inngått ekteskap med moren til barnet ved fødselen. Dersom mor til barnet ikke er gift, må farskapet eller medmorskapet vedgås.⁵¹

Ved dette har vi allerede en oppfatning og et lovgivningssystem om etablering av foreldreskap som går ut over det rent biologiske. Som Henriette Sinding Aasen påpeker, må den menneskelige reproduksjonen i dag ses i en større sammenheng både i alminnelig etisk, sosial og juridisk kontekst. Barn er ikke bare et produkt av biologiske drifter i et kjærlighetsforhold. Forplantning stiller også juridiske krav og sosiale forventninger, noe som innebærer at den menneskelige forplantning må ses som et individuelt og et sosialt ansvar, like mye som et biologisk fenomen. Aasen uttrykker videre at en rendyrket biologisk beskrivelse av forplantningen representerer en form for teoretisk abstraksjon, og viser til at dette allerede er synlig ved det forhold at biologisk forplantning uten etterfølgende omsorg er en umulighet for barnet.⁵²

Som følge av skiftende familiemønstre, forskjellige muligheter for assistert befruktning, samfunnsmessig og rettslig anerkjennelse av homofile samlivsforhold, og ikke minst muligheten til å fastslå genetisk farskap med over 99 % sannsynlighet, er foreldreskapet satt i nytt lys.⁵³ Dette er noe som vanskelig kan ses bort fra.

⁴⁹ Jf. barneloven § 3 (2) 1.pkt., jf. § 4a

⁵⁰ Jf. barneloven § 3 (1)

⁵¹ Jf. barneloven § 4. Dersom barnet verken har far eller medmor i samsvar med reglene i §§ 3 og 4, skal det offentlige ta seg av å få fastsatt hvem som er faren eller medmoren, jf. barneloven § 5.

⁵² Aasen (1998) s. 222

⁵³ Haugli, Trude (2004) "Til barnets beste..." s. 346

I forhold til den uønskede uklarheten rundt morskapet, har det i teorien vært anført at morskapet som rettslig begrep vil bli svekket som følge av eggdonasjon. Det vil bli nødvendig med en del nye definisjoner, samtidig som man er nødt til å forholde seg til en del uklare spørsmål. For eksempel hvem som skal regnes som mor – hun som føder eller hun som egget stammer fra.⁵⁴ Enkelte opplever at en tredeling av morsbegrepet er mer problematisk enn en todeling av farsbegrepet.⁵⁵

Ulike kategorier av foreldreskap eksisterer imidlertid også per i dag. I vår forståelse av mor- og farskap ved for eksempel sæddonasjon, kan man snakke om genetisk mor som får sine egne egg befruktet, samtidig som hun er den biologiske moren som bærer frem barnet. Hun er dermed også barnets juridiske mor, hvilket innebærer rettigheter og plikter blant annet etter reglene om foreldreansvar og fostringsplikt i barnelovens kapittel 5 og 8. Sæddonor er barnets genetiske og biologiske far, siden disse kategoriene går hånd i hånd for mannens vedkommende, mens barnets juridiske far avgjøres etter lovens ulike etableringsgrunnlag. Etablering av juridisk farskap medfører også foreldreansvar og fostringsplikt. Både mor og far blir barnets omsorgspersoner, slik at vi kan snakke om begge som sosial forelder. Dette er ikke nytt, og andre oppdelinger av ulike foreldrekategorier ville også for eksempel adopsjonsforhold og lesbiske parforhold gitt.

Det at vi har et system og en forståelse for ulike foreldrekategorier, tilsier at innføring av en ny morskategori, altså en oppdeling av biologisk og genetisk mor, ikke kan sies å medføre store vanskeligheter. På samme måte som samboeren eller ektefellen, det vil si initiativfaren eller initiativmedmoren,⁵⁶ blir juridiske foreldre ved hjelp av sæddonasjon, er det naturlig at initiativmoren ved eggdonasjon blir barnets juridiske mor. Det bør med andre ord ikke være et problem at kvinnen som bærer frem barnet, altså den biologiske, men ikke genetiske moren, blir barnets eneste mor med foreldreansvar. Til sammenligning har for eksempel Sverige utformet en tilsynelatende uproblematisk regel om morskap etter dette mønsteret.⁵⁷ Dessuten forekommer etablering av morskap på denne måten i dag, da norske

⁵⁴ Stabel, Ingse (1993) "Om reproduksjonsteknologi..." s. 89

⁵⁵ Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon s. 10

⁵⁶ Se biotl. §§ 3 (2), 4 (6)

⁵⁷ 1 kap. 7 § (1949:381) föräldrebalken

kvinner reiser til utlandet og får donert egg og føder sine barn i Norge. På denne måten blir de barnets eneste mor.⁵⁸

Forarbeidene står likevel fast ved at eggdonasjon er uønsket fordi det medfører uklarhet rundt morskapet. Dette synes å være inkonsekvent hensett til de faktiske endringene i forståelsen av foreldreskap og utviklingen av farskapsundersøkelser, i tillegg til at etableringen av foreldreskap ikke utelukkende følger biologien. Med bakgrunn i dette synes ikke forarbeidenes tradisjonstankegang å kunne ha absolutt gyldighet lenger.

5.2 Foreldreansvar, en omsorgsrolle

Med hensyn til foreldreansvaret og fostringsplikten, vil jeg begrense meg til å peke på noen vesentlige punkter i barneloven. Kapittel 8, som regulerer fostringsplikten, pålegger foreldrene en underholdsplikt overfor barnet. Kapittel 5, § 30, regulerer innholdet av foreldreansvaret mer generelt. I tillegg til foreldrenes rett og plikt til å ta personlige avgjørelser ut fra barnets behov og interesser samt plikt til å gi barnet forsvarlig oppdragelse og forsørgelse, utgjør barnets rett til omsorg og omtanke kjernen i foreldreansvaret. Omsorgsplikten innebærer i det vesentlige at barnet skal ha kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, tilsyn, stell og pleie samt mulighet for lek og samvær med andre.⁵⁹ Felles for naturlig reproduksjon og etablering av morskap og farskap, uavhengig av hva som foranlediger fastsettelsen av foreldreskapet, er altså at en plikt til å utvise ansvar aktualiseres. Dette ansvaret innebærer at man har omsorg for barnet i vid betydning.

Ettersom foreldreansvarets plikter og rettigheter kan tilfalle personer som ikke er foreldre i biologisk forstand, kan det i utgangspunktet sondres mellom biologisk foreldreskap og en juridisk foreldrerett. Men hvilken tilknytning er viktigst for å være en god forelder? De fleste ville nok enes om at en god forelder er en god omsorgsperson som ivaretar barnet og dets interesser. Denne tilnærmingen kan dermed ta til orde for at det vesentlige ved foreldreskap, ikke er biologi, men den *rollen* en forelder utgjør. En god forelder er den som tar ansvar for å fylle denne rollen til barnets beste.

⁵⁸ Jf. barneloven § 2 (1)

⁵⁹ Barneloven, lovkommentar (70)

Det er all grunn til å tro at en kvinne som behøver å få egg donert, vil være en like god mor, som en som har egne egg som kan befruktes. Søkere til assistert befruktning har alle et meget sterkt ønske om å få barn, og undersøkelser viser at søkerne fortrinnsvis er ressurssterke og reflekterte over metodene. Medlem av Bioteknologinemnda, Arne Sunde, har fremholdt at par som søker om assistert befruktning er velinformerte og sitt valg bevisst.⁶⁰ Assistert befruktning er langt mer omfattende og krevende enn naturlig unnfangelse, og krever følgelig gjennomtenkte valg. Verken infertilitet eller sosiale årsaker til barnløshet har noen innvirkning på foreldreinstinkt eller omsorgsevnen.

Det er derfor lite som tyder på at en kvinne som føder et barn som ikke deler de samme genene, ikke vil fylle samfunnets krav og forventning til forelderrollen. Man kan aldri ha noen garanti, men etter alt å dømme så har barn som blir til ved hjelp av assistert befruktning minst like gode utgangsbetingelser som barn som blir unnfanget naturlig. Å bli født som barnet til en omsorgsfull og god forelder må etter mitt syn veie tyngre enn genetisk tilknytning.

På den andre siden skal man kanskje være forsiktig med å undervurdere svangerskapet særstilling fra naturens side, og denne tilknytningen mellom mor og barn. Sæden kommer utenfra både ved naturlig og assistert befruktning, og sæddonasjon krever derfor ikke at det naturlige brytes opp på samme måte som eggdonasjon forutsetter en deling av livmor og egg. En naturlig prosess tilsier at livmoreggenheten er udelelig. Slik sett kan forskjellsbehandling av barnløse som har behov for eggdonasjon forsvares, selv om sæddonasjon er tillatt. Problemet er hvilken vekt dette kan ha i dag i lys av likebehandlingsprinsipper og dagens samfunn.

Mors sterke tilknytning til barnet gjennom svangerskapet er unektelig. Imidlertid finnes det utvilsomt store variasjoner i den emosjonelle tilknytningen mellom mor og barn. Dette, og det at sosiale og kulturelle betingelser er i endring, må også tas i betraktning.

Argumentasjonen bak loven synes å holde fast ved det spesielle båndet mellom mor og barn, uten at farens emosjonelle tilknytning til barnet er tatt i betraktning. Farsrollen har

⁶⁰ Torheim, Norunn (2010) "Assistert befruktning – kva skal vere lov i Noreg? "

imidlertid gjennomgått stor forandring bare i løpet av de siste tiår. Fedre tar nå større del i oppdragelsen og omsorgen for barna. Samtidig har også fedres juridiske rettigheter blitt styrket. Et eksempel er lovfestet fedrepermisjon. En slik anerkjennelse av en styrket farsrolle både sosialt og juridisk, samsvarer dårlig med synet på farskap i relasjon til assistert befruktning. Denne disharmonien gir belegg for å anføre at lovverket er inkonsekvent med hensyn til anerkjennelse av farskapet. Denne ubalansen er igjen utslagsgivende for det som kan hevdes å være et gammeldags og unyansert fokus på morens unike og spesielle tilknytning til barnet, som slik sett, er et uforholdsmessig påberopt grunnlag for forbudet mot eggdonasjon.

Å legge avgjørende vekt på genetisk tilknytning mellom mor og barn som argument mot eggdonasjonsforbudet, kan også være problematisk hvis man sammenligner tilknytningen mellom foreldrene og barnet i henholdsvis egg- og sæddonasjonssituasjonen. I Norge er sæddonasjon akseptert selv om det verken er biologisk eller genetisk tilknytning mellom den kommende faren og barnet. Ved sæddonasjon er mor både genetisk, biologisk og sosial mor, sistnevnte i betydningen av den juridiske forelder i omsorgsrollen, mens far kun er sosial far. Ved eggdonasjon derimot, får sosial mor i tillegg biologisk tilknytning til barnet gjennom å ha båret det frem, med de fysiologiske og psykologiske prosessene det fører med seg. Eggdonasjon har følgelig et etisk positivt aspekt som sæddonasjon mangler.⁶¹ Ser man det på denne måten er eggdonasjon mer etisk forsvarlig enn sæddonasjon.⁶² En slik nyansering av argumentasjonen kan forsvare at eggdonasjon bør tillates, all den tid vi tillater sæddonasjon.

Til støtte for dette kan det vises til studier hvor det fremgår at i "en sammenligning mellom familier som hadde benyttet sæddonasjon og familier som hadde benyttet eggdonasjon, kom det fram at det var større psykologisk velvære i de familiene der moren ikke hadde en genetisk tilknytning til barnet."⁶³

⁶¹ Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon s. 11

⁶² Torheim (2010)

⁶³ Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon s. 8

Dette viser at det kan være flere ulike aspekter som spiller inn og som ikke er drøftet i forarbeidenes argumentasjon i forhold til eggdonasjonsforbudet, noe som kan skape tvil om argumentasjonens holdbarhet, og hvert fall om tyngden.

Momentene som er omtalt hittil, tar stort sett utgangspunkt i foreldrene. Barnets ståsted er imidlertid klart det viktigste perspektivet, noe jeg vil utdype etter likebehandlingsdelen.

5.3 Likebehandling

Hensynet til likebehandling eller likestilling anføres ofte som et argument for å tillate eggdonasjon. Jeg har allerede vært inne på en del elementer som går på likebehandling, men skal nå omtale noen klare likebehandlingsmomenter nærmere.

Selv om Stortinget synes å ha vurdert likebehandlingsproblematikken da forbudet mot eggdonasjon ble vedtatt,⁶⁴ kan det stilles spørsmålsteget ved begrunnelsen i lovforarbeidene fra et likebehandlingsperspektiv. Flertallet fra Arbeiderpartiet, som utgjorde mindretallet i Stortingets sosialkomité som forberedte bioteknologiloven, hevdet at forbudet mot eggdonasjon var usaklig forskjellsbehandling av kvinnelig og mannlig infertilitet, og argumenterte for å tillate eggdonasjon ut fra likestillingsbetraktninger. Deres innstilling til argumentene knyttet til livmoreggenheten og kvinnens og mannens tradisjonelle rolle i forplantningen, var at slike holdninger "vitner om et kulturelt etterslep der bærere av disse synspunktene verken har tatt inn over seg de fremskritt en har gjort på det medisinske feltet eller på likestillingsområdet", og at "eggdonasjon og sæddonasjon bør vurderes likt". Likestillingsperspektivet er særlig fremtredende når disse medlemmene legger vekt på at eggdonasjon vil "innebære likestilling mellom infertile kvinner og menn og gi mannen mulighet til å bli biologisk far selv om kvinnen ikke er befruktningsdyktig."⁶⁵ Likestillingsbetraktningene synes her å rette seg både mot likestilling av kvinner og menn som individer, men også å ta til orde for å likestille egg og sæd som kjønnsceller. Stortingsflertallet delte ikke denne oppfatningen.

⁶⁴ Se Innst. O. nr. 16 (2003-2004) pkt.2.13.2

⁶⁵ Innst. O. nr. 16 (2003-2004) pkt.2.13.2

Et sterkt motargument til likebehandling er at det er viktige biologiske forskjeller mellom egg- og sædceller. Imidlertid kan det pekes på forhold som gir grunn for å hevde at egg- og sædceller må likebehandles. Tross biologiske forskjeller mellom egg- og sædceller, inneholder kjønnscellene like mye arvemateriale, samtidig som begge er like nødvendig for unnfangelsen av barn. Dette kan gi belegg for å hevde likestilling mellom kjønnscellene. Kjønnscellene kan igjen ses som representanter for mor og far. Slik sett er det ingen prinsipiell forskjell mellom egg- og sæddonasjon.

Til sammenligning og støtte for et slikt synspunkt, kan det ses hen til Sverige hvor eggdonasjon er tillatt. Her er oppfatningen at eggdonasjon og sæddonasjon må likestilles fra et etisk ståsted, nettopp fordi egg- og sædceller er like viktige for at et nytt individ skal bli til.⁶⁶

Vår forståelse er imidlertid sosialt og kulturelt betinget, og kjønnscellenes status forstås slik sett ikke isolert. Når egg og sæd oppfattes forskjellig har det ofte bakgrunn i hvilket syn man har på kjønnsrollene. På samme måte som holdningene til kjønnsrollene har betydning for hva man legger i foreldreskapet, har holdningene til kjønnsrollene innflytelse på hva man tenker om kjønnscellenes betydning og likestilling mellom kjønnene i befruktningen. Forarbeidene synes, som tidligere nevnt, å ha et utidsmessig syn på kjønnsrollene. Dette kan forklare hvorfor flertallet ikke sympatiserte med likestillingsbetraktningene. Dersom man har en tradisjonell oppfatning om at mannens og kvinnens rolle i svangerskapet og som foreldre er grunnleggende forskjellig, vil det ikke være selvmotsigende å hevde at kjønnene, både som individ og celler, ikke kan likestilles. Det at mor går i svangerskap er unektelig en viktig forskjell. Men hvis man vektlegger at mors- og farsrollen har blitt mer jevnbyrdige, er det mer rimelig å likestille kjønnscellene som representanter for mor og far.

Flertallet i sosialkomitéen er nok preget av tradisjonelle tanker om kvinnens og mannens funksjon i befruktningen og svangerskapet, og tar mindre hensyn til forandringer i kjønns- og foreldrerollene som har gjort mor og far mer likeverdige. Forarbeidene gir grunn til å forstå det slik, når det uttales at eggdonasjon ikke kan vurderes som et logisk spørsmål ut fra en

⁶⁶ Prop. 2001/02:89 s. 37-38

rasjonell likestillingstanke.⁶⁷ Med denne innfallsvinkelen vektlegger man at den menneskelige reproduksjonen, som biologisk prosess, står i en særklasse. Det synes imidlertid å være problematisk å la denne vektingen stå seg i dag.

Blant annet kan det vises til lovendringene som åpnet for at lesbiske par skulle få lik mulighet til assistert befruktning som heterofile, da disse bygget på likestilling.

Likestillingsargumentasjonen i forhold til eggdonasjonsforbudet i forarbeidene har riktignok mann-kvinne-relasjonen i fokus, hvilket antyder at heteroseksuelle par er utgangspunktet for likestillingsbetraktningene. Men hensett til at likestilling var hovedpilaren for lesbisk mulighet til behandling,⁶⁸ er det lite velbegrunnet å avvise likestillingstankegangen når man vurderer om andre grupper barnløse også skal gis muligheten til assistert befruktning.

Dette kan også underbygges ved å trekke frem momenter knyttet til farsrollen som jeg tidligere har angitt. Selv om forplantningen stiller i særklasse, er far og farsrettigheter styrket. Det at mor og far, både rettslig og faktisk, har blitt mer likestilte må tillegges betydelig vekt. Til dette kommer også at ideologier i barnelovgivningen har beveget seg vekk fra en morspresumsjon – som innebar at det beste for barn er å vokse opp med mor – i retning av likestilling. Å likestille mor og far så langt som mulig, var dessuten et klart uttalt formål med barneloven.⁶⁹ Å holde fast ved en slags morspresumsjon, når det gjelder assistert befruktning, som oppvurderer morens rolle i forhold til farens utover det rimelige, fremstår som inkonsekvent og uforholdsmessig. Det kan derfor hevdes at disse noe gammelmodige holdningene medvirker til urimelig forskjellsbehandling av enkelte grupper barnløse.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 61

⁶⁸ Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) s. 61

⁶⁹ Haugli, Trude (2004) "Skriftende ideologier i barnelovgivningen..." s.79-80

6. Barnet i fokus

6.1 Hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste må stå helt sentralt ved vurderingen av om eggdonasjon skal tillates og det er utvilsomt konsensus om at dette hensynet veier tungt. Prinsippet har spirt frem de siste tiårene, og ses i dag som et overordnet rettslig grunnprinsipp, som blant annet er nedfelt i FNs barnekonvensjon av 1989, artikkel 3. Konvensjonen forplikter Norge til å sørge for trygge oppvekstvilkår for barn. Det innholdsmessige i "barnets beste"-begrepet, vil variere avhengig av kontekst. Relatert til assistert befruktning, er tanken at når samfunnet bidrar til å unnfange et barn, har det også et ansvar for dette barnet.⁷⁰ Problemet er hvordan begrepet skal tolkes mer konkret.

Loven viser til "barnets beste" som et særlig viktig moment ved legens beslutning.⁷¹ (Legen som beslutningstaker, se punkt 7.1. Som et utgangspunkt kan man gjerne si at samfunnet, ved legen, skal bestemme barnets kommende tarv ut fra en verdibasert vurdering av om de aktuelle foreldrene er skikket til å være gode omsorgspersoner. Følgelig kan en legitim tolkning av "barnets beste" være at samfunnet må ivareta barnets interesser ved å sørge for gode utgangsbetingelser. Vurderingskriteriet blir imidlertid ikke konkretisert av den grunn. Forarbeidene uttaler at hensikten med vurderingen av paret i første rekke er å identifisere par som ikke vil være egnet som foreldre,⁷² noe som støtter denne tolkningen.

Hensett til dette, er det imidlertid nesten underlig at forarbeidene samtidig legger avgjørende vekt på barnets identitet, under henvisning til biologi og tradisjon, når eggdonasjonsforbudet diskuteres. Som jeg var inne på under punkt 4.3, er det tydelig at barnet er en vesentlig faktor bak forbudet mot eggdonasjon. Synspunktet synes å være at eggdonasjon må være forbudt fordi dette vil medføre at barnet vil miste en av de mest grunnleggende identitetstilknytninger det har, siden det da vil stamme fra to kvinner. Dette oppfattes som langt mer problematisk etisk sett, enn at barnet har en genetisk/biologisk far og en sosial far.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 40

⁷¹ Jf. biotl. § 2-6 (1) 3.pkt.

⁷² Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 40

Forarbeidene synes altså på den ene siden å fremholde at foreldrenes egnethet må være utslagsgivende for om assistert befruktning skal gis. På den andre siden viser uttalelser at barnets identitetstilknytninger er av avgjørende betydning for eggdonasjonsforbudet. Ettersom foreldrenes egnethet er sosialt betinget, og forarbeidene fremhever viktigheten av barnets identitetstilknytning i relasjon til biologien, er det grunn til å kunne hevde at forarbeidspremissene fremstår som inkonsistente, eller i det minste lite sammenfallende.

Kristin Spilkers arbeid synes også å vise at det er tendenser til uklarhet rundt hva som er til barnets beste. Hun uttaler at det i dag er alminnelig enighet om at "barnets beste" er å ha rett til å vite sitt biologiske opphav. Hun mener at man knytter identitet til det å kjenne sitt biologiske opphav, noe hun oppfatter som en biologisering av identitet. Slik jeg forstår henne, tyder arbeidet hennes på at denne biologiseringen ikke samsvarer med det mange egentlig oppfatter som vesentlig for familiebåndene. Hennes undersøkelser viser at informantene legger vekt på sosiale relasjoner og at forståelsen av foreldreskap ikke er så entydig preget av biologiske resonnementer.⁷³ En rett til å vite er uansett ikke det samme som en rett til å måtte ha biologisk tilknytning.

Med bakgrunn i dette kan det hevdes at det råder uklarhet om hva som ligger i barnets beste i relasjon til assistert befruktning, og at barnets beste ikke nødvendigvis er det samme som biologisk tilknytning til sine foreldre.

6.2 Familiebyggingsperspektiv som alternativ

Bioteknologinemnda har kommet med et forslag om en alternativ tilnærming til barnets beste-vurderingen, siden begrepet skaper visse fortolkningsproblemer med hensyn til det konkrete innholdet, og fordi det logisk sett er umulig å snakke om barnets beste når barnet ikke eksisterer enda. Tilnærmingen, som etter mitt syn vil fange opp de moralske intensjonene ved assistert befruktning på en mer hensiktsmessig måte, omtales som et

⁷³ Bråten (2006) "Moderskapet utfordres"

familiebyggingsperspektiv, der reguleringen av reproduksjon heller skal dreie seg om å bygge gode familier.⁷⁴

Tilsvarende tilnærming har den svenske loven. Som i Norge, skal legen vurdere om paret med hensyn til medisinske, psykologiske og sosiale forhold, er egnet til befruktning utenfor kroppen. For at legen skal kunne fatte beslutning om å gjennomføre behandling, stiller loven krav om at det ut fra vurderingen må kunne antas at barnet kommer til å vokse opp under gode forhold.⁷⁵

Slike familiebyggingstilnærminger, som fokuserer på om foreldre kan gi barnet gode oppvekstvilkår i en god familie, synes å ivareta det kommende barnet på en betryggende måte, all den tid man fokuserer på rammene rundt hvordan barnet formodentlig kommer til å ha det i oppveksten. En slik tolkning gjør at barnets genetiske identitetstilknytninger vil være av mindre betydning enn de sosiale relasjonene.

Og all den tid kvinner som får donert egg har et vel så godt utgangspunkt for å gi barnet en god familie, som andre barnløse som får behandling ved assistert befruktning, kan ikke det at barnet teknisk sett stammer fra to kvinner, være en tungtveiende faktor som kan forsvare en generell forskjellsbehandling av barnløse som er avhengige av eggdonasjon.

Til støtte for dette har studier av familiefungering og barnas psykiske velvære, vist positive relasjoner mellom foreldre og barn i familier med barn født etter eggdonasjon, og barna har vist normal psykososial utvikling.⁷⁶

Til dette kommer at det er fullt mulig å foreta en vurdering av personer som ønsker eggdonasjon sin egnethet som foreldre, på lik linje med andre søkere som i utgangspunktet omfattes av loven i dag. Det er vurderingen av den enkelte søker som må være det vesentlige, ikke alene den biologiske tilknytning og hva som har vært tradisjon. Noe ironisk uttales det dessuten i forarbeidene, at kravene til legens vurdering skal "...så vidt mulig sikre

⁷⁴ "Evaluering av bioteknologiloven" (2011) s. 52

⁷⁵ Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 5 §

⁷⁶ Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon s. 7

at barnet får gode oppvekstmuligheter” og at det ”tross alt [er] parets sterke ønske om et barn som gir den beste garanti for en god oppvekst.⁷⁷ Likevel utestenges barnløse fra det lovregulerte tilbudet om assistert befruktning, under henvisning til at det må være genetisk tilknytning mellom mor og barn.

Når dette er sagt, kan det imidlertid settes spørsmålstegn ved lovens ordning for hvordan beslutningen om assistert befruktning tas.

7. Assistert befruktning som behandlingsform i helsevesenet

7.1 Legen som beslutningstaker

Legen er gitt mye makt som beslutningstaker etter § 2-6, og hva som ligger i de medisinske og psykososiale vurderingskriteriene er ikke avklart. Utover momentene som er oppstilt i loven – parets omsorgsevne og barnets beste – er det som antydnet, lite veiledning med hensyn til det innholdsmessige i vurderingen. Kravet til forsvarlighet og yrkesetikk er overordnede prinsipper for legers profesjonsutøvelse,⁷⁸ og gjelder også her, men dette gir ikke mye til vurderingen av omsorgsevne og barnets beste. Forarbeidene er som nevnt, også sparsommelige med veiledning.

Det er altså vid margin for den enkelte leges etiske refleksjon og faglige skjønn, og beslutningen kan betegnes som en form for myndighetsutøvelse. Faren er at etikken og avgjørelsen om assistert befruktning, står og faller alene på den enkelte leges moralske oppfatning, mens den samfunnsmessige moralen kommer i skyggen. Her er det en klar parallell til det som tidligere er sagt om Mehmet-saken, som eksemplifiserte et enkelttilfelle der utfallet ble avgjort ut fra moralsk oppfatning av det konkrete tilfellet (se punkt 1.2.3-4). Uten at det stilles mistro til fertilitetsleger, er det grunn til å sette spørsmålstegn ved denne ordningen i lys av alminnelige prinsipper om ikke-diskriminering. Når loven åpner for en så skjønnsmessig vurdering, sikres ikke likebehandling av søkere til assistert befruktning. Mangel på klare vurderingskriterier og veiledning, gir i det minste større rom for

⁷⁷ Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) s. 49

⁷⁸ Se bl.a. helsepersonelloven § 4

forskjellsbehandling. Legen kan riktignok innhente informasjon og vurdere om det er behov for spesialkompetanse i helhetsvurderingen, som for eksempel psykolog, psykiater eller sosialkurator,⁷⁹ men bare i den grad legen finner det "nødvendig".⁸⁰ Det er altså opp til legen om han eller hun vil vurdere avgjørelsen i et bredere team.

Det er viktige verdier og mye som står på spill for søkerne. Og det er klart nok ikke gitt at leger har en felles forståelse om et etisk normgrunnlag om hva som er barnets beste og gode foreldre, når en avgjørelse om assistert befruktning skal tas. Legemiljøet har også etterlyst en overordnet veileder til støtte for vurderingen for å sikre mer enhetlige vurderinger. I Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) har departementet merket seg legenes anmodning om å utarbeide klare retningslinjer.⁸¹ I 2005 satt Helsedirektoratet ned en gruppe, hvor formålet var å utforme en veileder. Utkastet ble oversendt Helse- og omsorgsdepartementet i 2006. Siden har ingenting skjedd.

Rettsikkerhetsbetraktninger gjør derfor at man kan spørre om avgjørelse om behandling er regulert på en tilstrekkelig god måte. Ikke minst skaper den skjønnsmessige reguleringen dårlig forutsigbarhet. Det er også verdt å si noe om praksis i forhold til loven i denne sammenheng, da hvordan loven faktisk praktiseres bidrar til å illustrere dette poenget.

7.2 Legenes praksis

Med hensyn til samlivskravet i § 2-2 oppgir eksempelvis privatklinikken Medicus at de normalt tolker lovens samboerskapsvilkår som "to års samboerskap med samme adresse."⁸² Avdelingen for assistert befruktning ved Haukeland universitetssykehus har formulert kriteriet slik: "Paret må ... ha levd i eit stabilt sambuarskap i minimum to år."⁸³ Klinikkenes retningslinjer kan dermed tyde på at legene praktiserer en noe mildere norm enn forarbeidene anvisning på 3-5 år, som omtalt under punkt 3.2.1.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) s. 49

⁸⁰ Jf. biotl. § 2-6 (2)

⁸¹ Side 41

⁸² <http://www.medicus.no/hvem-kan-soke-assistert-befruktning/>

⁸³ <http://www.helse-bergen.no/omoss/avdelinger/assistert-befruktning/Sider/kriterium.aspx>

Med hensyn til den medisinske vurderingen oppstiller ikke loven noen generelle krav. Men aldersgrenser blir omtalt i forarbeidene. Der vises det til at kvinnens alder bør være over 25 år og under 38 år og at det må være en rimelig aldersforskjell mellom mannen og kvinnen. Den øvre aldersgrensen er satt fordi muligheten for å bli gravid synker med alderen. Men departementet erkjenner at det kan være grunn til å angi en øvre aldersgrense på 40 år, i lys av utviklingen på dette området siden 1994. Forarbeidsuttalelsen understreker at aldersrommet kun er en anbefaling og legger opp til at behandlende lege foretar en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.⁸⁴

I praksis opererer klinikkene ut fra litt ulike retningslinjer, avhengig av om klinikken er offentlig eller privat drevet. Tendensen er at de private klinikkene har en høyere øvre aldersgrense og en lavere nedre aldersgrense.

De offentlige klinikkene tilbyr som oftest bare behandling til kvinner som er yngre enn 38 år på søknadstidspunktet.⁸⁵ Partnerens alder er også vesentlig. Normalt praktiseres en øvre aldersgrense på 55 år for partneren.⁸⁶ Klinikkene opererer også med en nedre aldersgrense. Eksempelvis IVF-enheten ved Universitetssykehuset Nord-Norge setter som kriterium at kvinnen helst ikke bør være under 25 år før IVF-behandling startes.⁸⁷ Forarbeidenes veiledende alderstidsrom synes dermed å være fulgt opp i praksis ved de offentlige klinikkene.

Nettsidene til privatklinikken Medicus viser imidlertid at kvinner helt ned til 18 år kan vurderes, mens den øvre aldersgrense de oppgir er 45 år.⁸⁸ Mannens øvre aldersgrense bør være omkring 55 år, og ikke over 60, noe de begrunner med at barnet burde kunne ha en far mens det vokser opp.⁸⁹ Disse retningslinjene indikerer at aldersgruppen som tilbys assistert befruktning på private klinikker er større enn i det offentlige helsevesen og går utover forarbeidenes anvisning.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 41

⁸⁵ <http://helsenorge.no/Helseogsunnhhet/Sider/Assistert-befruktning.aspx>

⁸⁶ <http://www.oslo-universitetssykehus.no/omoss/avdelinger/reproduksjonsmedisinsk/Sider/hvordan-soke.aspx>

⁸⁷ <http://www.unn.no/soeknadsprosedyre/category7926.html>

⁸⁸ <http://www.medicus.no/hvem-kan-soke-assistert-befruktning/>

⁸⁹ http://www.medicus.no/proverorsbloggen/aldersgrense_og_ivf.html

Dette viser at det offentlige og private helsevesenet praktiserer etter ulike kriterier. Er dette betenkelig i lys av likebehandlingsprinsippet?

Her kommer tilgjengelighet inn som et viktig poeng. Behandlingen i det offentlige er delfinansiert, og koster inntil 18.500 kroner for et sett med forsøk.⁹⁰ Det tilbys maksimalt 3 forsøk ved offentlige klinikker. Forsøk utover dette er kostbart og må dekkes privat. Et IVF-forsøk ved Medicus koster eksempelvis 24.000 kroner.⁹¹ Privatklinikkene tilbyr også pakkeløsninger, hvor prisen varierer fra ca. 45.000 til 55.000 kroner for 3 forsøk. I hvilken grad barnløse har økonomi til dette, vil variere stort. Et offentlig helsetilbud hvor egenandelen er opp mot 20.000 kroner er høyt sammenlignet med andre subsidierte behandlingstilbud. At assistert befruktning er tilgjengelig for alle er derfor lite tenkelig. Og oppfyller søkerne ikke kriteriene som praktiseres i det offentlige helsevesenet, blir skillet enda større. Økonomisk status kan dermed være avgjørende for om man har muligheten til å forsøke å få barn med assistert befruktning, noe som innebærer at enkelte grupper vil kunne avskjæres fra behandling.

Men så lenge assistert befruktning regnes som lavt prioriterte helsetjenester i prioriteringsgruppe III,⁹² vil ikke behandlingen fullfinansieres slik at økonomien vil være avgjørende for noen. Poenget mitt her, er ikke om dette skaper en form for økonomisk forskjellsbehandling, men at dette må ses i sammenheng med legenes lovutøvelse. All den tid loven gir rom for at leger i det private og offentlig kan operere etter ulike kriterier, som for eksempel aldersvariabelen, vil også økonomisk status kunne være utslagsgivende for om de vedkommende blir vurdert etter de ene eller andre kriteriene. Det er altså det at legen er gitt så stor makt med hensyn til sin ramme for myndighetsutøvelse, som kan være betenkelig i forhold til likebehandlingsprinsippet.

De rettslige rammene for legens beslutning om assistert befruktning burde følgelig være nøyere regulert gjennom tydeligere rettsregler slik at rommet for urimelig

⁹⁰ "Evaluering av bioteknologiloven" (2011) s. 50

⁹¹ http://www.medicus.no/priser-proveror-ivf-kostnader-proverorsbehandling/?sef_tittel=prisliste-proverorsbehandling-proveror-kostnader

⁹² "Evaluering av bioteknologiloven" (2011) s. 50

forskjellsbehandling blir mindre. Forholdene beskrevet under punkt 7.1 og 7.2 viser i det minste at det både er i aktuelle søkeres, samfunnets og i legeprofesjonens interesse, at det innholdsmessige i vurderingskriteriene blir bedre klarlagt.

7.3 Berettiget forskjellsbehandling

Likebehandling og innføring av nye metoder for assistert befruktning betyr ikke det samme som at absolutt alle skal ha et tilbud om assistert befruktning. Det er hvorvidt begrunnelsen er rimelig som må sette grensen. Forskjellsbehandling av personer som har alvorlig psykiatrisk sykdom, som lever i ustabile forhold, har rusproblemer eller er for gamle, kan være berettiget av hensyn til barnet. Dette er grupper som kan være dårlig egnet til å være foreldre og å avskjære disse gruppene fra behandling kan derfor være velbegrunnet. Det er rimelig at samfunnet stiller strengere krav til personer som det aktivt hjelper til å bli foreldre, enn til personer som kan få barn på naturlig måte.⁹³ Også overvektige kvinner med BMI over 35 avskjæres fra behandling. Overvekt gir økt fare for mor, pluss vesentlig økt dødelighet eller sykkelighet for barnet. Dette taler for at også overvektige som nektes behandling med assistert befruktning ofte vil være velbegrunnet forskjellsbehandling. Det er imidlertid viktig at alle søkere vurderes konkret.

7.4 Årsaker til barnløsheten avgjør om man har et behandlingstilbud

I Norge er det en grunnleggende tankegang at alle skal ha lik tilgang på helsehjelp.⁹⁴ Selv om assistert befruktning er plassert under lavt prioriterte helsetjenester, er det bestemt at hver helseregion skal ha et offentlig tilbud om fertilitetsbehandling. Men det er uenighet om barnløshet bør karakteriseres som en sykdom. Verken infertilitet eller barnløshet betraktes som en sykdom i Norge. I Sverige derimot, defineres infertilitet som en sykdom. Tilsvarende gjør WHO. Uten at det er meningen å diskutere dette, så er det et poeng at uavhengig av om infertilitet eller barnløshet bør anerkjennes som en sykdomstilstand eller ikke, så er det udiskutabelt at ufrivillig barnløshet innebærer belastende psykiske og sosiale lidelser for mange. Likeså er det udiskutabelt at ufrivillig barnløshet ofte er en direkte følge av sykdom. Dette er tilfellet for kvinner som eksempelvis har Turner syndrom eller som har mistet

⁹³ Bioteknologinemndas uttalelse om surrogati s. 6

⁹⁴ Jf. pasientrettighetsloven § 1-1

eggstokkene sine som følge av operative inngrep og derfor er avhengig av eggdonasjon for å bære frem et barn. På samme måte kan menn være eller bli infertile foranlediget av medisinske årsaker.

Etter gjeldende rett er, som vist, medisinske forhold en forutsetning for assistert befruktning for heterofile barnløse par. Det vil i realiteten innebære, mannlig infertilitet, på grunn av eggdonasjonsforbudet. Barnløse som har behov for eggdonasjon fordi kvinnen er infertil kan derfor ikke ta opp kampen mot barnløshet lovlig i Norge, fordi de ufrivillig har havnet i en gruppe hvor de medisinske årsakene til barnløsheten ikke gir grunnlag for å få hjelp. I lys av prinsippene om likebehandling og lik tilgang til helsetjenester, fremstår det som lite rimelig at det avgjørende for om man i det hele tatt kan søke om helsehjelp, skal være om den medisinske grunnen ligger hos mannen eller kvinnen.

Det er videre vanskelig å se at medisinske hindringer skal vurderes forskjellig, dersom man kan anta at det barnet som fødes er sterkt ønsket og har gode forutsetninger. Samme oppfatning har svenskene, som i sine forarbeider uttrykkelig konstaterer dette og at de kvinnene som søker hjelp for sin infertilitet formodentlig har et like sterkt ønske om å få barn, uansett årsak til barnløsheten.⁹⁵

Man kan også stille spørsmålstegn ved infertile kvinners utestenging fra behandling ved å sammenligne med lesbisk behandlingstilbud. Lesbiske par er den eneste gruppen som lovlig kan tilbys assistert befruktning uten medisinske indikasjoner i Norge. For lesbiske er mangelen på en mann, altså en sosial grunn, nok. Hensett til likebehandlingsprinsipper, er dette positivt. Dette innebærer imidlertid bare i enda større grad at loven bør åpne for behandling av kvinnelig infertilitet også, spesielt siden assistert befruktning i utgangspunktet er utviklet for å behandle infertilitet.

Disse forholdene tilsier at infertile kvinner i det minste burde ha tilsvarende mulighet til behandling med assistert befruktning som infertile menn, noe som taler for at eggdonasjonsforbudet er urimelig forskjellsbehandling.

⁹⁵ Prop. 2001/02:89 s. 37-38

7.5 En rett til barn eller en rett til ikke å bli hindret i å danne familie

I denne sammenhengen oppstår også spørsmålet om det å få barn er en rett. Enkelte hevder det er en menneskerett, noe mange imøtegår. Medlem av Bioteknologinemnda, Bjørn Myskja, angriper dette på en annen måte. Myskja mener at en rett til barn er etisk tvilsomt. Han mener at man heller må se på det som en rett til ikke å bli hindret i å danne familie, og en positiv rett til helsemessig likebehandling.⁹⁶ Dette slutter jeg meg til. Selv om assistert befruktning ikke garantert resulterer i et barn, må i hvert fall *muligheten* til å forsøke å få barn verken undervurderes eller forbys på urimelig grunnlag. Det å gi alle barnløse lik mulighet i utgangspunktet, harmonerer også med likebehandlingsprinsippet. Dette trekker tråden over i et annet viktig moment – selvbestemmelsesrett.

7.6 Selvbestemmelsesrett

Selvbestemmelsesrett eller individets rett til å bestemme over seg selv, er et grunnleggende prinsipp på hele helserettens område. I bioteknologisammenheng omtales den etiske normen autonomi, ikke som noe absolutt frihetsideal eller noen absolutt selvbestemmelse, men som pasienters medbestemmelse. Men tanken om menneskers autonomi ses som et viktig korrektiv, som i vår tid må balanseres i forhold til hva det enkelte mennesket kan kreve utført av samfunnet.⁹⁷

Når man snakker om selvbestemmelsesrett med hensyn til ønsket graviditet, er det vanskelig å unngå og tenke på motsetningen – nemlig selvbestemt abort. På mange måter kan man si at assistert befruktning og selvbestemt abort er to sider av samme sak. Det handler om et ønsket og uønsket barn, som begge er avhengig av medisinsk behandling, fordi medisinen gjør ønskene mulig.

I flere tiår ble abortmotstandsbevegelsen bekjempet. Man sloss for å få innført juridiske rettigheter som innebar en valget for den enkelte – og man seiret. Selvbestemt abort er en anerkjent og nærmest selvsagt rett for kvinner i Norge.⁹⁸ Det er et klart uttrykk for kvinnens rett til å bestemme over sin egen kropp.

⁹⁶ Torheim (2010)

⁹⁷ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 15

⁹⁸ Se abortloven § 2 (2)

Ser man hen til at samfunnet godtar å avslutte et liv etter kvinnens ønske, er det vanskelig å forstå motstanden mot et sterkt ønske om å skape nytt liv. Om det ikke bør være en rett å få barn, bør det i det minste være en valgmulighet å få lov til å forsøke. For hvor inngripende kontroll bør samfunnet egentlig ha over borgernes reproduksjon når mulighetene faktisk finnes og assistert befruktning i vid utstrekning allerede eksisterer?

Medisinsk risiko blir brukt som et motargument i forhold til eggdonasjon og relaterer seg blant annet til autonomikravet. Enkelte mener at man ikke kan tillate eggdonasjon, selv om sæddonasjon er lovlig, fordi eggdonasjon medfører større risiko enn sæddonasjon.

Gunvor Ertzeid, overlege ved Seksjon for barnløshet og assistert befruktning, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, har redegjort at prosedyrene ved eggdonasjon "kan medføre varierende risiko og ubehag for både donor og mottaker. Donor må blant annet sette hormonsprøyter selv, og hun må til gynekologiske undersøkelser. Behandlingen kan medføre ubehag og det vil ta tid å få gjennomført hele behandlingen. Noen få kvinner får også bivirkninger av hormonbehandling som gis for å modne eggene. Mottaker må som nevnt også få hormonbehandling, men har ellers risiko som ved vanlig graviditet." Det løper altså en viss risiko for både mottaker og donor. Men medisinsk risiko av tilsvarende art er også en realitet ved IVF-behandling, hvilket er tillatt.

Knut Hordnes ved Kvinneklinikken, mener med legestanden i ryggen, at det ikke er noen medisinske grunner til at eggdonasjon ikke kan sidestilles med andre former for assistert befruktning.⁹⁹ Selv om eggdonasjon kan medføre en risiko for donor og mottaker, må retten til å bestemme over egen kropp veie tyngre, forutsatt at kvinnen har forstått hva eggdonasjon innebærer og er samtykkekompetent. Organdonasjon kan være sammenlignbart, fordi vi i Norge har anerkjent altruistisk organdonasjon i organiserte former, tross risiko. Ordningen er basert på pasientautonomi.

I utgangspunktet er reproduksjon overlatt til enkeltindividet og tradisjonelt ikke noe samfunnet griper inn i. Men ufrivillig barnløse får på mange måter bare muligheten til å få

⁹⁹ Sæveraas, Siv og Oppegård, Guri (2009) "Leger anbefaler eggdonasjon"

barn så langt myndighetene tillater. Det må være svært vektige grunner for å berettigede inngrep i individers selvbestemmelsesrett. At større eller mindre deler av befolkningen ikke sympatiserer med eggdonasjon, er for eksempel ikke tilstrekkelig, spesielt ikke i et mangfoldig samfunn der etiske normer og verdier ikke er like i alle grupper.¹⁰⁰ Her ligger det et viktig poeng: Hovedskillet for når samfunnet kan blande seg inn må derfor gå ved overgangen fra naturlig til assistert befruktning generelt, og ikke mellom varianter av assistert befruktning.¹⁰¹

I lys av disse forholdene vil man kunne si at et totalforbud mot eggdonasjon basert på risiko, må regnes som formynderi. Et totalforbud uttrykker mistillit til kvinnens viten om sitt eget beste og impliserer at kvinner må beskyttes fra seg selv. Tillit til kvinnen og respekt for selvbestemmelsesretten må i hvert fall ikke komme i skyggen av diskusjonen. Spesielt ikke når argumenter knyttet til tradisjon, biologi og barnets beste, som vist, ikke syner så å ha tilstrekkelig tyngde til å kunne begrunne forskjellsbehandling av barnløse som er avhengige av eggdonasjon.

7.7 Adopsjon

I forlengelsen av selvbestemmelsesretten, kan en parallell til adopsjon trekkes inn. Noen stiller seg negative til assistert befruktning fordi dette oppleves som et samfunnsmessig fokus på viktigheten av å få *egne* barn, og en nedvurdering av adopsjon som løsning på fertilitetsproblemer. Men nytt i gjeldende lov er at bioteknologiloven fastslår at paret skal gis informasjon som skal "omfatte informasjon om adopsjon."¹⁰² Det er positivt at adopsjon har fått fokus i bioteknologiloven som alternativ løsning.

Imidlertid hevder enkelte at assistert befruktning uansett er etisk vanskeligere å forsvare enn adopsjon, under henvisning til at man ved førstnevnte frembringer et barn ved hjelp av medisinsk teknologi, mens det ved adopsjon dreier seg om å bedre fremtidsutsiktene for et barn som *allerede* er skapt.

¹⁰⁰ Bioteknologinemndas uttalelse om surrogati s. 4

¹⁰¹ Bioteknologinemndas uttalelse om surrogati s. 2

¹⁰² Jf. biotl. § 2-5 (1)

Jeg tror de fleste enes om at adopsjon er en verdifull ordning, både for folk som ikke kan få barn selv, og for adoptivbarnet som formodentlig får et bedre utgangspunkt for gode oppvekstvilkår. Problemet med adopsjon er lang saksbehandlingstid, store økonomiske utgifter og færre barn til adopsjon. Og det er i dag et smalere nåløy, enn alternativet assistert befruktning. Sistnevnte er dermed enklere å velge for noen. Andre derimot, ønsker ikke at kun den ene skal være biologisk og genetisk forelder til barnet, og har derfor adopsjon som førstevalg. Dette tilkjennegir det sentrale poeng – valgmuligheten.

Adopsjonsordningens positive verdi, er ingen motsetning til assistert befruktning som alternativ behandling av barnløshet. Riktignok reproducerer vi oss ikke for barnets del, men av omsorgsbehov og naturlige instinkter. Assistert befruktning handler om lysten til å bli satt inn i en forpliktende omsorgsramme, noe som ikke må oppfattes som klanderverdig.¹⁰³ All den tid vi allerede anerkjenner enkelte former for assistert befruktning, kan uansett ikke adopsjonsordningens sterke moralitet, brukes som argument mot eggdonasjon.

8. Menneskerettighetsdomstolen og Bioteknologinemnda om eggdonasjon

8.1 Case of S.H. and others v. Austria

I Case of S.H. and others v. Austria av 01.04.2010, ga som nevnt Domstolen klagerne medhold. Domstolen mente at det ikke forelå noen objektiv eller rimelig grunn for at ekteparet ble forskjellsbehandlet i forhold til andre par som kunne ta i bruk assistert befruktning uten donoregg. Verken moralske eller samfunnsmessige hensyn ga etter domstolens mening, tilstrekkelige grunner for å totalforby en spesifikk form for assistert befruktning, som i tilfellet var eggdonasjon. Domstolen tilbakeviste blant annet statens anførsler i forhold til medisinsk risiko, kommersialisering, utnyttelse av kvinner og atypiske familiemønstre, under henvisning til at dette ikke var noe nytt som gjaldt eggdonasjon alene. Kun på et tidligere stadium, ved vurderingen av om assistert befruktning i det hele tatt skulle tillates, kunne slike grunner tillegges avgjørende vekt. Domstolen kom dermed frem til at forskjellsbehandlingen av par som var avhengig av eggdonasjon, ikke var velbegrunnet.

¹⁰³ Solberg, Berge (2011) "Rett til barn? - Krav til foreldre! "

Østerrike anket imidlertid dommen og 03.11.2011 reverserte Storkammeret den underliggende domstolens avgjørelse. En vesentlig forskjell mellom avgjørelsene er at Storkammeret ikke vurderte om artikkel 14 var krenket, da Domstolen mente det var tilstrekkelig å prøve om retten til familieliv var krenket etter artikkel 8. Domstolen vurderte ut fra en interesseavveining om den nasjonale lovgivningen utgjorde et inngrep i klagernes rett til å unnfange et barn ved hjelp av assistert befruktning. Det sentrale spørsmålet for Domstolen var om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn. Ved utformingen av lovgivningen på så sensitive og dynamiske områder som reproduksjonsteknologien måtte medlemsstatenes vide skjønnsmargin veie tungt. Storkammeret mente at den ulike behandlingen av egg- og sæddonasjon i Østerrike hadde tilstrekkelig etisk og medisinsk begrunnelse på det tidspunkt som den Østerrikske domstolen hadde behandlet saken (i 1999).¹⁰⁴ Domstolen erkjente at staten kunne ha regulert eggdonasjon annerledes, men avgjørende for Domstolen var at staten i sin interesseavveining hadde handlet innenfor den tillatte skjønnsmargin.

Selv om Storkammeret reverserte avgjørelsen ut fra andre premisser, betyr ikke det at den underliggende avgjørelsen mister all sin verdi. Etter mitt syn, illustrerer saken i sin helhet tre ting: at statenes frie skjønnsmargin veier spesielt tungt, særlig ved slike sensitive og etiske problemstillinger, og at et forbud mot eggdonasjon kan ses som forskjellsbehandling i forhold til lovligheten av andre former for assistert befruktning og at det er delte meninger om dette synet.

8.2 Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon

Bioteknologinemnda er også delt i synet på eggdonasjonsforbudet. Flertallet går nå inn for at eggdonasjon bør bli lovlig i Norge. I Bioteknologinemnda sin uttalelse om eggdonasjon som nemnda avsa så nylig som 25.11.2011, mener flertallet at:

¹⁰⁴ ECHR - Grand Chamber, Case of S.H. and others v. Austria

(...) eggdonasjon er en forlengelse av andre typer assistert befruktning som er lovlig, akseptert og støttet av myndighetene i dag. Flertallet ønsker at *menn og kvinner, og sæd- og eggceller, skal behandles så likt som mulig* i loven. Videre mener flertallet at den medisinske og psykososiale risikoen for eggcelledonor, mottaker og barn er liten. De mener verken at vesentlige samfunnsverdier er truet, eller at eggdonasjon kan skade tredjepart. Flertallet *kan ikke se at det er mer problematisk at bruken av eggdonasjon innfører et skille mellom genetisk og biologisk/sosial mor enn at bruken av sæddonasjon allerede har etablert et skille mellom biologisk og sosial far*. Flertallet mener derfor at *det ikke er gode nok grunner* til at forbudet mot eggdonasjon skal opprettholdes.¹⁰⁵

Dette viser at flertallets syn bygger opp under min argumentasjon om at forskjellsbehandlingen av barnløse som har behov for eggdonasjon, ikke er velbegrunnet.

9. Enslige

9.1 Kommentarer til samlivskravet

Til slutt skal jeg si noen ord i forhold til samlivskravet i § 2-2 som utestenger enslige fra tilbudet om assistert befruktning. Som nevnt under punkt 1.2.1 gjør mange av de samme argumentene og verdiene seg gjeldende i forhold til eggdonasjons- og samlivskravproblematikken. Jeg begrenser meg derfor til å påpeke noen sider ved hensynet til barnets beste, som kommer mer på spissen i forhold til samlivskravet.

Under arbeidet med bioteknologiloven uttalte departementet når det gjaldt spørsmålet om å åpne for at assistert befruktning skulle kunne tilbys enslige kvinner eller lesbiske par, at assistert befruktning "tilbys for å avhjelpe mannlig og kvinnelig medisinsk infertilitet eller på annen måte uforklarlig infertilitet. Det har ikke vært en målsetting å etablere et tilbud for å avhjelpe andre årsaker til barnløshet."¹⁰⁶

Siden den gang har som kjent loven åpnet for assistert befruktning til lesbiske, og dermed at sosiale årsaker også kan avhjelpes. Likestillingshensyn og det at "det er like viktig hvordan paret fyller sine roller som omsorgspersoner for barnet som hvilket kjønn omsorgspersonene

¹⁰⁵ Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon s. 16 (mine uthevninger)

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 35

har,”¹⁰⁷ var vektige argumenter for lovendringen. Ved innføringen av tilbudet til lesbiske, sa departementet seg enige i med flertallet i Bioteknologinemnda at:

(...) når det vises til at mor-far-barn er det naturlige, må vi være klar over at også heterofile samlivsformer har til dels store sosiale og kulturelle variasjoner (storfamilie, kjernefamilie, enforelderfamilie o.l.), og far kan også i heterofile parforhold forsvinne ut av barnets liv (...) [og] at våre vurderinger av hva som til enhver tid er "naturlig" også har sterke variasjoner og forandrer seg over tid.¹⁰⁸

Enslige er også sosialt betinget infertile. Selv om departementet ikke snakker om enslige her, er det tydelig at det å tillate assistert befruktning utover en tiltenkt mor-far-barn konstellasjon, nå anerkjennes. Ikke minst vedkjenner departementet seg "enforelderfamilien" som en familievariant. Hensett til likebehandlingsprinsippet taler disse forholdene for at enslige bør tilbys assistert befruktning på lik linje med heterofile og lesbiske par.

Imidlertid er det et tungtveiende argument bak samlivskravet at det er bedre med to foreldre. Tanken bak kravet er altså å sikre barnet to omsorgspersoner fordi to omsorgspersoner gir bedre utgangsbetingelser enn en.

Imidlertid finnes det ingen garanti for at barnet faktisk vokser opp med to omsorgspersoner. For det første kan en av foreldrene falle fra. For det andre så ender over 50 % av alle ekteskap i våre dager i skilsmisse, noe som kan bety mindre tid for barnet med begge eller en av sine omsorgspersoner.

Til sammenligning forbyr ikke adopsjonsloven enslige å adoptere. Riktignok har det vært ført en forholdsvis restriktiv praksis siden man oppfatter at to foreldre gir barn større trygghet. Imidlertid har det skjedd en oppmykning i retningslinjene til departementet: "Det åpnes for at enslige søkere som ikke har tilknytning til barnet på forhånd, men som har ressurser ut over det vanlige, kan få tillatelse til adopsjon," og det uttales videre at enkelte enslige søkere som har kunnskap om og erfaring med barn kan gis godkjenning.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) s. 61

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) s. 61-62

¹⁰⁹ Rundskriv Q-0972

Dette antyder at det viktigste for å godkjenne adopsjon er evnen til å dra omsorg for et barn. Tilsvarende har jeg argumentert for at må være det viktigste også ved vurderingen av søkere til assistert befruktning. Ettersom lovverket tillater at enslige kan vurderes og godkjennes som adoptivforeldre, taler en fra det mer til det mindre vurdering for at enslige ikke burde forbys assistert befruktning, når lovgiver i utgangspunktet har fremholdt at vurderingskriteriene for assistert befruktning ikke skal være like strenge som for adopsjon.¹¹⁰ Jeg stiller imidlertid spørsmålstegn til hvorfor terskelen for foreldre etter assistert befruktning og adopsjonsforeldre er ulik, all den tid omsorgsevnen bør være det sentrale, samtidig som det innholdsmessige i denne vurderingen bør være lik av hensyn til barnet.

Sammenligner man med barnevernspraksis i forhold til omsorgssvikt kan man og stille spørsmålstegn ved lovens inkonsistens, ettersom "Barnevernet ser ut til å legge til grunn at barn bare trenger én forelder."¹¹¹

Disse forholdene gjør at jeg stiller meg spørrende til om samlivskravet er velbegrunnet.

10. Utenlandsk rett og befolkningsundersøkelse

10.1 Sverige og Danmark

Til sist er et viktig poeng at det er ganske store tilstrømninger av nordmenn til utlandet, eksempelvis til Sverige og Danmark.

I Sverige er enslige utelukket fra tilbudet om assistert befruktning og surrogatmorskap er forbudt, men assistert befruktning til lesbiske par og eggdonasjon er tillatt.¹¹² Danmark har en mer liberal reproduksjonslovgivning, og tilbyr assistert befruktning også til enslige kvinner.¹¹³ Både eggdonasjon og sæddonasjon er tillatt, men verken i Sverige eller Danmark, kan både egg og sæd være fremmede, hvilket betyr at donerte egg ikke kan befruktes med

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) s. 40

¹¹¹ Brækhus, Hege (2004) "Kjønnsroller i den rettslige reguleringen av foreldreskap" s. 23

¹¹² Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 3 §

¹¹³ Lovbekendtgørelse 2006-09-04 nr.923 om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostikk og forskning m.v. § 1a og § 13

donert sæd.¹¹⁴ Enslige kvinner som ikke selv har befruktningsdyktige egg, faller dermed utenfor loven.

Tilstrømningen av norske brukere, kan være et tegn på at "en restriktiv praksis i Norge er i utakt med bredere gruppers oppfatning om denne saken."¹¹⁵ Dessuten må det kunne legges særlig vekt på at det vil være en fordel å begrense fertilitetsturismen og regulere forholdet i norsk lov, blant annet fordi assistert befruktning i Norge innebærer at barna får rett til å få informasjon om sin biologiske donor når barnet blir 18 år.¹¹⁶

10.2 Befolkningsundersøkelse om bioteknologiloven

Nylige undersøkelser gjort av Helsedirektoratet viser at befolkningen i liten grad er enig i at eggdonasjon er mer etisk betenkelig enn sæddonasjon. Befolkningen skiller ikke mellom egg- og sæddonasjon og at det er samlet sett relativt stor enighet om at begge deler bør være tillatt. På spørsmål om hvem som bør få et tilbud om assistert befruktning, svarte 36 % av befolkningen at enslige kvinner bør få et tilbud.¹¹⁷

¹¹⁴Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 3 § og L 2006-09-04 nr.923 § 5

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) s. 54

¹¹⁶ Jf. biotl. § 2-7

¹¹⁷ Helsedirektoratet (2010) "Bioteknologiloven – Undersøkelse om holdninger til etiske problemstillinger" s. 18-20

11. Avsluttende kommentarer

Assistert befruktning befinner seg på et etisk sensitivt område, noe som også skaper vanskelige juridiske grensedragninger. Meningene om hvor grensene bør gå avhenger av hvordan man vekter det normative grunnlaget, noe som igjen er kulturelt og sosialt betinget.

Etter min mening skaper misbruk av metodene de største etiske betenkelighetene, men det gjør også forskjellsbehandling som ikke er velbegrunnet. En veloverveid lovregulering av metodene som samsvarer med befolkningens oppfatning, vil motvirke at utviklingen går i uønsket retning. Skrekkscenarier kan ikke sette skranker for utviklingen og den juridiske håndteringen. Det faktum at bioteknologien har gjort det umulige mulig er irreversibelt. Målsetningen må derfor være å utnytte teknologiens positive sider til å lage et samfunn der det er plass til alle, slik formålsparagrafen anviser.

Min fremstilling har tatt til ordet for at forskjellsbehandling av egg- og sæddonasjon ikke lar seg etisk forsvare hensett til likebehandlingsprinsippet og dagens samfunn. Gode grunner kreves for å begrense folk sin mulighet til å få barn. Uansett hvilken tilnærming man har til assistert befruktning, så kan man ikke se bort fra det faktum at teknologien for et nytt konsept om morskapet eksisterer, og dermed utfordres forståelsen av foreldreskap både med tanke på biologi og tradisjon.¹¹⁸ Dette gjelder ikke eggdonasjon alene. Samfunnet operer allerede med ulike mors- og farskategorier og selv om mors tilknytning til barnet i utgangspunktet er sterkt, er det stor variasjon i emosjonelle tilknytninger. Det må også tillegges vekt at farsrollen og farens tilknytning til barnet har gjennomgått en vesentlig utvikling, og at farskonseptet står sterkt i våre dager.

Selv om det er viktige biologiske forskjeller mellom egg og sædceller, må ufrivillig barnløse behandles så likt som mulig. Om barnløsheten skyldes medisinske eller sosiale årsaker kan ikke være avgjørende. Dessuten må selvbestemmelsesretten veie tungt. Avgjørende for om ulike grupper ufrivillig barnløse bør få valgmuligheten til å forsøke å få barn ved hjelp av assistert befruktning, bør være om de kommende foreldrene er skikket til omsorgsrollen og å gi barnet gode utgangsbetingelser for å vokse opp i en god familie. Barnets

¹¹⁸ Bråten (2006) "Moderskapet utfordres"

fremtidsperspektiv må altså stå helt sentralt og vurderes konkret. Som anført tidligere, har imidlertid ordningen rundt legens beslutningsprosess stort forbedringspotensial.

Det må også kunne legges særlig vekt på at det vil være en fordel å begrense fertilitetsturismen ved å utvide tilbudet og kunne regulere dette i norsk lov, spesielt når befolkningsundersøkelser viser at holdningene i folket ikke samsvarer med den restriktive lovgivningen, og når norsk lov sikrer at barnet har rett til å få vite om sitt biologiske opphav.

I lys av internasjonaliseringen av reproduksjon og utviklingen i vår tid, kan det vanskelig sies at lovgiver har gode nok samfunnsmessige og medisinske grunner for å avskjære grupper tilgang til etablerte metoder for assistert befruktning. Å utelukke grupper som er avhengige av eggdonasjon er, etter mitt syn, diskriminering av retten til å danne familie. Grensen må trekkes i overgangen fra naturlig til assistert befruktning generelt, ikke mellom varianter av assistert befruktning når denne forskjellsbehandlingen ikke er velbegrunnet. Til slutt er det verdt å bemerke at både befolkningsundersøkelsen, Bioteknologinemndas uttalelse og lovgivningen i Europa for øvrig, vitner om en voksende konsensus om, og en sterkere oppslutning rundt, en reproduksjonslovgivning som følger den teknologiske utviklingen i tråd med det oppgaven min argumenterer for.

Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Hellum, Anne, Syse, Aslak og Henriette Sinding Aasen (red.), *Menneske, natur og fødselsteknologi, Verdivalg og rettslig regulering*, Oslo 1990, Ad Notam forlag AS

Lovkommentar (online) note (24) til bioteknologiloven, noten er sist hovedrevidert i 2008

Lovkommentar (online) note (70) til barneloven, noten er sist hovedrevidert 11.11.2010

Lovregister:

Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven)

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven)

Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven)

Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Lov 5. desember 2003 nr.100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven eller biotl.)

Ikrafttredelse av lov 27. juni 2008 nr. 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par)

Lovforarbeider, offentlige utredninger og ekspertuttalelser mv.:

Bioteknologinemndas uttalelse om eggdonasjon (22.11.2011)

Bioteknologinemndas uttalelse om surrogati (23.03.2011)

Dok.nr. 8:41 (2003-2004) Forslag fra stortingsrepresentantene John I Alvheim og Harald T Nesvik om lov om endring i lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) (2004-03-05)

Innst. O. nr. 16 (2003-2004) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

NOU 1991: 6 Mennesker og bioteknologi

Ot.prp. nr. 25 (1986-1987) Kunstig befruktning

Ot.prp. nr. 37 (1993-1994) Medisinsk bruk av bioteknologi

Ot.prp. nr. 64 (2002-2003) Medisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

Ot.prp. nr. 26 (2006-2007) (endringslov) Bioteknologiloven (preimplantasjonsdiagnostikk og forskning på overtallige befruktede egg)

Ot.prp. nr. 33 (2007-2008) (endringslov) Ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par)

Rapport: "Evaluering av bioteknologiloven – status og utvikling på fagområdene som reguleres av loven", utgitt av Helsedirektoratet, februar 2011

Rundskriv Q-0972 september 1998 om utenlandsadopsjon med retningslinjer for undersøkelse og godkjenning av adoptivhjem.

Artikler o.l.:

Brækhus, Hege (2004) "Kjønnsroller i den rettslige reguleringen av foreldreskap", *Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget*, 2004 s. 15

Hauglig, Trude, "Til barnets beste. Familiebilder – familiemønster i endring", *Kirke og kultur*, 2004 s. 345

Haugli, Trude "Skriftende ideologier i barnelovgivning – alltid til barnets beste?", *Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget*, 2004 s. 77

Ohnstad, Bente, "Jus eller etikk?", *Tidsskrift for Den norske lægeforening*, nr. 20 2005 s. 2832

Sinding Aasen, Henriette, "Da mor var mor og far var far: Noen betraktninger om forplantningsteknologi, verdivalg og juss", *Stat, politikk og folkestyre – festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen*, 19. februar 1998 s. 219

Stabel, Ingse, "Om reproduksjonsteknologi og bruk av gentester", *Kritisk Juss*, 1993 s. 86

Sæveraas, Siv og Oppegård, Guri "Leger anbefaler eggdonasjon", *bt.no*, 04.04.2009

Torheim, Norunn (2010) "Assistert befruktning – kva skal vere lov i Noreg? ", *GENialt*, 2/2010 (omtale av åpent møte 8. juni i regi av Bioteknologinemnda)

Rettspraksis:

RG 2005 s. 530

Rt. 2001 s. 1006

Internasjonale kilder:

Den belgiske språksaken (mot Belgia), Serie A nr. 6 (1968) (EMD-1962-1474)

ECHR - First Section, Case of S.H. and others v. Austria (Application no. 57813/00)

ECHR - Grand Chamber, Case of S.H. and others v. Austria (Application no. 57813/00)

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), vedtatt 16.12.1966

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), vedtatt 16.12.1966

FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen eller BK), vedtatt 20.11.1989

FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK), vedtatt 18.12.1979

FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK), vedtatt 21.12.1965

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter (Verdenserklæringen), vedtatt 10.12.1948

Svenske og danske rettskilder:

Lag (1949:381) föräldrebalken

Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.

Lovbekendtgørelse 2006-09-04 nr.923 om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostikk og forskning m.v. (L 2006-09-04 nr.923)

Prop. 2001/02:89 Behandling av ofrivillig barnløshet

Nettsider:

<http://helsenorge.no/Helseogsunnhet/Sider/Assistert-befruktning.aspx> - Lest: 23.09.2011

http://www.fub.no/nyheter/arkiv/?article_id=71 - Lest: 15.09.2011

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/aktuelt/nyheter/2011/evaluering-av-bioteknologiloven.html?id=633336> - Lest: 15.09.2011

<http://kilden.forskningsradet.no/c16880/artikkel/vis.html?tid=37802> - Lest: 27.09.2011

<http://www.medicus.no/hvem-kan-soke-assistert-befruktning/> - Lest: 27.09.2011

<http://www.helse-bergen.no/omoss/avdelinger/assistert-befruktning/Sider/kriterium.aspx> - Lest: 14.10.2011

<http://helsenorge.no/Helseogsunnhet/Sider/Assistert-befruktning.aspx> - Lest: 14.10.2011

<http://www.oslo-universitetssykehus.no/omoss/avdelinger/reproduksjonsmedisinsk/Sider/hvordan-soke.aspx> - Lest: 14.10.2011

http://www.medicus.no/proverorsbloggen/aldersgrense_og_ivf.html - Lest: 14.10.2011

<http://www.medicus.no/hvem-kan-soke-assistert-befruktning/> - Lest: 14.10.2011

<http://www.unn.no/soeknadsprosedyre/category7926.html> - Lest: 14.10.2011

http://www.medicus.no/priser-proveror-ivf-kostnader-proverorsbehandling/?sef_tittel=prisliste-proverorsbehandling-proveror-kostnader - Lest: 14.10.2011

<http://www.youtube.com/watch?v=b5Y59rxmIGg> (Bioteknologinemnda, Fritt ord og NTNU arrangerte møte i Trondheim 25. oktober 2011 med tema: Rett til barn? - Krav til foreldre! Innlegg ved Berge Solberg) - Lest: 22.11.2011

http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00302/Bioteknologiloven_-_302019a.pdf (Helsedirektoratet, "Bioteknologiloven – Undersøkelse om holdninger til etiske problemstillinger" august 2010) - Lest: 22.11.2011