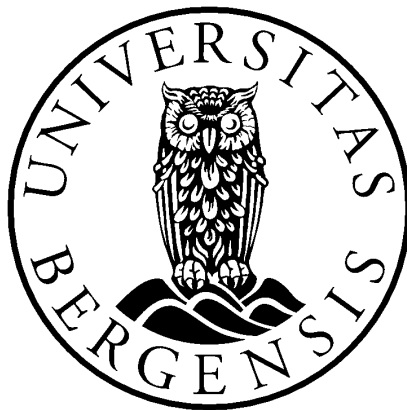


# Religion, reservasjon og reproduksjon

*Fastlegers samvittighetskvaler ved eggdonasjon  
og andre former for assistert befruktning*

Kandidatnummer: 72

Antall ord: 14 940



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

# Innholdsoversikt

<b>Innholdsoversikt</b>	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse</b>	<b>2</b>
<b>1. Innledning</b>	<b>4</b>
1.1. Bakgrunn og aktualitet	4
1.2. Presisering av problemstillingen	5
1.3. Rettslige avgrensninger	8
1.4. Begrepsavklaring	9
1.5. Rettskilder og metode	9
1.6. Den videre fremstillingen	12
<b>2. Reservasjonskravets beskyttelse etter EMK art. 9 nr. 1</b>	<b>14</b>
2.1. Innledende om det rettslige grunnlaget	14
2.2. Terskelen for vern etter EMK art. 9 nr. 1	17
2.3. Rettslig analyse av fastlegenes samvittighetskvaler forbundet med fertilitetsbehandling	19
2.4. Konklusjon ut fra drøftelsen etter EMK art. 9 nr. 1	25
<b>3. Reservasjonskravets vern mot inngrep etter EMK art. 9 nr. 2</b>	<b>27</b>
3.1. Innledende om hjemmelen og vilkår for inngrep	27
3.2. Lovkrav	28
3.3. Formålskrav	30
3.4. Forholdsmessighetskrav	36
3.5. Konklusjon ut fra drøftelsen etter EMK art. 9 nr. 2	47
3.6. Tilbyr diskrimineringsvernet etter Grl. § 98 selvstendig beskyttelse ved siden av EMK art. 9?	48
<b>4. En analyse av rettstilstanden i et rettspolitisk perspektiv og noen avsluttende betraktninger</b>	<b>52</b>
<b>Kildeliste</b>	<b>56</b>

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsoversikt</b>	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse</b>	<b>2</b>
<b>1. Innledning</b>	<b>4</b>
1.1. Bakgrunn og aktualitet	4
1.2. Presisering av problemstillingen	5
1.3. Rettslige avgrensninger	8
1.4. Begrepsavklaring	9
1.5. Rettskilder og metode	9
1.6. Den videre fremstillingen	12
<b>2. Reservasjonskravets beskyttelse etter EMK art. 9 nr. 1</b>	<b>14</b>
2.1. Innledende om det rettslige grunnlaget	14
2.2. Terskelen for vern etter EMK art. 9 nr. 1	17
2.3. Rettslig analyse av fastlegenes samvittighetskvaler forbundet med fertilitetsbehandling	19
2.3.1. Innledende om vurderingstemaet	19
2.3.2. Samvittighetskvaler begrunnet i menneskeverd	20
2.3.3. Om samvittighetskvalene som etablert praksis innad i religionen	22
2.3.4. Samvittighetskvaler begrunnet i en tanke om barnets beste	23
2.3.5. Om henvisning som et moralsk relevant bidrag i årsaksrekken	24
2.4. Konklusjon ut fra drøftelsen etter EMK art. 9 nr. 1	25
<b>3. Reservasjonskravets vern mot inngrep etter EMK art. 9 nr. 2</b>	<b>27</b>
3.1. Innledende om hjemmelen og vilkår for inngrep	27
3.2. Lovkrav	28
3.3. Formålskrav	30
3.3.1. Fastlegeordningens formål	30
3.3.2. Det strukturelle likhetsprinsippet	30
3.3.3. Særlig om Eweida m.fl. mot Storbritannia (2013)	34
3.3.4. Konklusjon: Formålskravet	36
3.4. Forholdsmessighetskrav	36
3.4.1. Innledende om vurderingstemaet	36

3.4.2.	Den moralske integriteten som grunnlag for samvittighetsfriheten	38
3.4.3.	Om de individuelle konsekvensene for fastlegen	39
3.4.4.	Om aksept av begrensninger i religionsfriheten	40
3.4.5.	Fastlegeordningens mål om å være tilgjengelig og helhetlig	42
3.4.6.	Betydningen av årsakssammenheng	43
3.4.7.	Det strukturelle likhetsprinsippet	44
3.4.8.	Konklusjon: Forholdsmessighetskravet	47
3.5.	Konklusjon ut fra drøftelsen etter EMK art. 9 nr. 2	47
3.6.	Tilbyr diskrimineringsvernet etter Grl. § 98 selvstendig beskyttelse ved siden av EMK art. 9?	48
<b>4.</b>	<b>En analyse av rettstilstanden i et rettspolitisk perspektiv og noen avsluttende betraktninger</b>	<b>52</b>
	<b>Kildeliste</b>	<b>56</b>

# 1. Innledning

## 1.1. Bakgrunn og aktualitet

Våren 2020 vedtok Stortinget å tillate eggdonasjon ved norske fertilitetsklinikker. Norges forbudspolitikken har vært streng i europeisk sammenheng; kun Tyskland, Italia og Sveits står igjen med et rent forbud.<sup>1</sup> Legalisering har imidlertid vært avskåret siden Kristelig Folkeparti fikk vetorett i bioteknologispørsmål i Granavolden-plattformen.<sup>2</sup> Etter at Fremskrittspartiet brøt ut av regjering, anså de seg ikke lenger bundet av avtalen,<sup>3</sup> og fremmet forslaget som endte med lovendring. Endringen trer i kraft senest 1. januar 2021.<sup>4</sup>

I dag finnes det ingen lov- eller forskriftsfestet reservasjonsmulighet for fastleger ved henvisning til fertilitetsbehandling.<sup>5</sup> Spørsmålet er ikke prøvd i Høyesterett. Norges Kristelige Legeforening (NKLf) varslet allerede i 2017 at de ville kreve reservasjonsrett dersom eggdonasjon skulle bli tillatt.<sup>6</sup> Når eggdonasjon nå blir del av tilbudet for kvinner i Norge, har problemstillingen dermed fått ny aktualitet.

Helsepersonell i Norge har reservasjonsrett ved gjennomføring av og assistanse ved abort.<sup>7</sup> Spørsmål om reservasjonsrett i andre tilfeller, spesifikt for fastleger, har kommet opp i den offentlige debatten flere ganger. I 2009 gjaldt det henvisning til assistert befruktning spesifikt for lesbiske par.<sup>8</sup> I 2014 gjaldt det henvisning til abort.<sup>9</sup> I 2018 behandlet Høyesterett saken om fastlegen som på grunn av sin katolske tro ville reservere seg mot å sette inn spiral.<sup>10</sup> Høyesterett slo fast at det etter dagens rettstilstand

---

<sup>1</sup> Dommerud og Tjernshaugen (2017) [nyhetsartikkel] med videre henvisninger.

<sup>2</sup> Sandvik og Tomter (2019) [nyhetsartikkel].

<sup>3</sup> Siv Jensens uttalelse gjengitt av VG i Gilbrant (2020) [nyhetsartikkel].

<sup>4</sup> Lov nr. 78/2020 del III.

<sup>5</sup> Rundskriv I-4/2011 s. 1.

<sup>6</sup> Bordvik (2017) [nyhetsartikkel].

<sup>7</sup> Forskrift 15. juni 2001 nr. 635 om svangerskapsavbrudd (abortforskriften) § 15 første ledd første punktum jf. lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven) § 14 andre punktum.

<sup>8</sup> Dommerud (2009) [nyhetsartikkel].

<sup>9</sup> Diskusjonen om henvisning til abort endte med at fastlegenes henvisningsplikt ble fjernet, jf. fastlegeforskriften § 24 femte avsnitt. Endringen trådte i kraft 1. januar 2015, jf. forskrift nr. 1524/2014. Den faktiske konflikten ble dermed løst, men en kan argumentere for at det rettslige spørsmålet om reservasjonsrett i disse tilfellene ikke har fått en endelig løsning.

<sup>10</sup> HR-2018-1858-A (Spiralnektdommen).

ikke er adgang til å inngå en slik avtale om reservasjon som legen hadde inngått med kommunen.<sup>11</sup> Ettersom rettstilstanden ikke var avklart før 2011, etter at avtalen ble inngått, ble avtalen likevel akseptert som grunnlag for reservasjonskravet.<sup>12</sup> Spørsmålet om legens rettigheter etter EMK art. 9, tok ikke Høyesterett endelig stilling til.

Reservasjonskrav ved aktiv og passiv dødshjelp, samt omskjæring av guttebarn, er to andre tilfeller hvor helsepersonells samvittighet kolliderer med pasientens behov. Felles for et flertall av problemstillingene er likevel at reservasjonskravet gjelder tjenester som gis til kvinner.<sup>13</sup> Denne skjevheten må ses i sammenheng med at kristendommen, som flere andre religioner, bygger på patriarkalske strukturer som direkte eller indirekte fremmer forskjellsbehandling mellom kjønnene. Likebehandling er samtidig en hjørnestein i dagens norske verdisyn. Resultatet av denne spenningen er at fastlegens behov for reservasjon må veies mot ønsket om kjønnslikestilling. Det blir sentralt i denne oppgaven.

## 1.2. Presisering av problemstillingen

Hovedproblemstillingen er om det å nekte fastleger reservasjon ved henvisning til fertilitetsbehandling vil utgjøre en krenkelse av fastlegens religionsfrihet etter EMK art. 9. I dette og neste delkapittel skisserer jeg de faktiske og rettslige rammene for oppgaven.

Problemstillingens hovedfokus er religionsfrihetens omfang etter EMK art. 9. Det er derfor kun reservasjonskrav begrunnet i religiøs eller livssynsrelatert samvittighet som er tema. Det er denne typen reservasjonskrav som har reist spørsmål i praksis.<sup>14</sup> Religiøst begrunnede reservasjonskrav er *personlige* samvittighetsreservasjoner, og skilles fra *faglige* samvittighetsreservasjoner.<sup>15</sup> De sistnevnte reiser egne spørsmål som ikke gjelder religionsfriheten, og er ikke tema her.

---

<sup>11</sup> Spiralnektdommen avsnitt 73.

<sup>12</sup> Spiralnektdommen avsnitt 73.

<sup>13</sup> Jeg bruker av praktiske årsaker ordet “kvinne”/”kvinner” om kvinner av biologisk hunkjønn, selv om det ekskluderer transkvinner.

<sup>14</sup> De seneste sakene om helsepersonell er nevnte Spiralnektdommen fra Høyesterett, og tvillingsakene *Grimmark* (2020) og *Steen* (2020) fra Sverige, som ble avvist i EMD. For arbeidstakere i andre bransjer er *Eweida* (2013) sentral.

<sup>15</sup> NOU 2013: 16 s. 31.

Problemstillingen gjelder konflikten mellom fastlegen som ønsker å reservere seg (heretter omtalt som reservasjonslegen) og kommunen som fastlegen har inngått fastlegeavtale med. Dette tilsvarer konflikten i HR-2018-1958-A (Spiralnektdommen). Også i *Grimmark* (2020), *Steen* (2020) og *Eweida* (2013) sto tvisten mellom den reserverende arbeidstakeren på den ene siden, og arbeidsgiveren som nektet reservasjonskravet på den andre.

En tilgrensende problemstilling er konflikten som oppstår mellom kommunen og pasienten dersom en pasient skulle klage på at fastlegens reservasjon krenker pasientens individuelle rettigheter. Denne konflikten er mindre aktuell, fordi reservasjon i praksis typisk ordnes slik at arbeidsoppgaven overtas av en kollega av reservasjonslegen.<sup>16</sup> Reservasjonen påvirker dermed ikke pasienten direkte. Kommunen må likevel, i konflikten med fastlegen, ta hensyn til pasientenes behov som gruppe. Dermed aktualiseres både individuelle og strukturelle hensyn: Individuelle hensyn på fastlegesiden, og strukturelle hensyn på pasientsiden.

Den arbeidsoppgaven reservasjonslegen vil avstå fra, er å henvise en pasient til fertilitetsbehandling. De mest brukte metodene for assistert befruktning er

1. inseminasjon, hvor sæd føres inn i livmor;
2. IVF-behandling, hvor sædceller tilsettes en eggcelle i en skål i et laboratorium;
3. IVF-behandling med mikroinjeksjon, hvor en enkelt sædcelle sprøytes inn i en eggcelle.<sup>17</sup>

Alle metodene kan gjennomføres ved bruk av donerte kjønnsceller. Ved sæddonasjon skjer befruktning ved bruk av sædceller fra en mann som ikke skal være barnets sosiale og juridiske far. Ved eggdonasjon skjer befruktning ved bruk av en eggcelle fra en kvinne som ikke skal bære frem barnet, eller være barnets sosiale og juridiske mor.

Det er en glidende overgang mellom spørsmålet om eggdonasjon burde legaliseres, og spørsmålet om fastlegers reservasjonsrett ved henvisning til fertilitetsbehandling.

---

<sup>16</sup> Eksempelvis *Spiralnektdommen* og *Eweida* (2013).

<sup>17</sup> Disse medisinske opplysningene er hentet fra Bioteknologirådet (2019).

Motstanden mot legalisering av eggdonasjon begrunnes til dels med det samme som reservasjonsønsket. Spørsmålet om reservasjonsrett får likevel en annen karakter, ettersom det aktualiserer hensynet til legens individuelle behov og rettigheter. Det gjør ikke spørsmålet om legalisering.

Som nevnt er det lovendringen som gjør oppgavens hovedproblemstilling aktuell. Jeg inkluderer derfor noen resonnementer som knytter seg til samvittighetskvaler spesifikt forbundet med eggdonasjon. I realiteten er det likevel slik at fastlegen henviser til fertilitetsbehandling generelt, ikke til utredning for eggdonasjon spesielt.

Samvittighetskvalene knytter seg dessuten i mange tilfeller enten til IVF-behandling generelt, eller til kjønnselledonasjon generelt, og dermed ikke utelukkende til eggdonasjon.<sup>18</sup> For alle øvrige formål gjelder oppgavens hovedproblemstilling derfor reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling generelt, uten ytterligere begrensninger.

Bruk av religiøse symboler og bekledning har vært politisk og rettslig tema både nasjonalt og internasjonalt. Det har eksempelvis vært situasjoner hvor arbeidstakere vil gå med hijab eller synlig kors på arbeidsplassen.<sup>19</sup> Slike ønsker kan etter omstendighetene betegnes som reservasjoner mot arbeidsplassens uniformsreglement. Det har også vært tilfeller hvor arbeidstakere vil reservere seg mot å håndhelse på personer av motsatt kjønn.<sup>20</sup> Disse spørsmålene er utenfor tema. Enkelte aktualiserer likevel underproblemstillinger som er relevante for hovedproblemstillingen her, nemlig rekkevidden av den individuelle religionsfriheten og avveiningen mot motstående hensyn, særlig vernet mot kjønnsdiskriminering.<sup>21</sup> Praksis og teori tilknyttet enkelte av disse problemstillingene vil derfor utgjøre relevante rettskilder.

---

<sup>18</sup> Jeg viser til delkapittel 2.3.

<sup>19</sup> Debatten om hijab i politiet og korssaken i NRK er åpenbare eksempler fra Norge. Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN) kom til at NRKs absolutte forbud mot at nyhetsprogramledere bærer kors under nyhetssendinger, ikke er diskriminerende, se LDN-2014-46. Også LDN-2017-2, som gjaldt uniformsreglementet på et sykehjem. I *Eweida* (2013) behandlet EMD to saker om bruk av synlig kors i strid med arbeidsplassens uniformsreglement. I *Achbita* (2017) konkluderte EU-domstolen med at arbeidsgiveren rettmessig kunne forby bruk av religiøse symboler på arbeidsplassen, se *Achbita* (2017). Klageren var en muslimsk kvinne som nektet å gå uten hijab.

<sup>20</sup> DIN-2018-48 (Skolesaken) og DIN-2018-325 (Posten-saken).

<sup>21</sup> Strand analyserer hijabdebatten i Strand (2014).



### 1.3. Rettslige avgrensninger

Hovedproblemstillingen befinner seg i skjæringspunktet mellom arbeidsrett, menneskerettigheter og diskrimineringsrett. Styringsretten er en ulovfestet rettsregel innenfor arbeidsretten som gir arbeidsgiveren “rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet,” såfremt det er “innenfor rammen av det arbeidsforholdet som er inngått.”<sup>22</sup> Styringsretten utgjør altså et rettslig grunnlag for arbeidsgiveren til å pålegge arbeidstakeren plikter. Spørsmålet som reiser seg, er om styringsretten kan utgjøre et selvstendig rettslig grunnlag for å nekte fastlegens reservasjonskrav, og i hvilken grad styringsretten i så fall begrenses av fastlegens religionsfrihet.

De fleste fastleger er selvstendig næringsdrivende.<sup>23</sup> Forholdet mellom fastlegen og kommunen er regulert i en individuell fastlegeavtale,<sup>24</sup> og er dermed ikke et ansettelsesforhold i formell forstand. Styringsretten gjelder derfor ikke direkte. Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) har imidlertid myndighet til å gi nærmere bestemmelser om “kvalitets- og funksjonskrav” for privat virksomhet i kommunen.<sup>25</sup> Ifølge Høyesterett er dette en kompetanse til å “regulere betingelsene for både å få stilling som fastlege og hvorledes virksomheten [skal] utøves.”<sup>26</sup> Denne kompetansen er svært lik kompetansen som følger av styringsretten. Regelverket er det samme for fastleger som er selvstendig næringsdrivende og for fastleger som er kommunalt ansatt.<sup>27</sup>

Dette samlet tilsier at fastlegen er underlagt en kompetanse som i det vesentlige tilsvarer styringsretten. Styringsretten er imidlertid å betegne som en restkompetanse.<sup>28</sup> Det vil si at styringsretten kun gir rett der rett ikke følger av annet grunnlag.<sup>29</sup> Fastlegens henvisningsplikt er spesifikt presisert i fastlegeforskriften §§ 10 og 24.<sup>30</sup> Styringsretten får derfor ikke selvstendig betydning. Jeg avgrenser mot en nærmere behandling av spørsmålet.

---

<sup>22</sup> Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen) s. 1609 og Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen) s. 427.

<sup>23</sup> KS (2020) Figur 3a.

<sup>24</sup> Fastlegeforskriften § 30.

<sup>25</sup> Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 fjerde avsnitt.

<sup>26</sup> Spiralnektdommen avsnitt 46.

<sup>27</sup> Eksempelvis fastlegeforskriften § 7 tredje avsnitt.

<sup>28</sup> Kårstø-dommen s. 421.

<sup>29</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 99–110.

<sup>30</sup> Jeg viser til delkapittel 3.2.

Det kan tenkes tilfeller hvor fastlegen og kommunen har inngått en avtale om reserverasjon, i god tro om at de hadde hjemmel til å inngå en slik avtale.<sup>31</sup> Slike situasjoner reiser egne avtalerettslige problemstillinger som ikke er tema her.

## 1.4. Begrepsavklaring

Reservasjonsrett i arbeidsforhold er en rett for arbeidstaker til å reservere seg mot å utføre en handling som vedkommende i utgangspunktet er forpliktet til å utføre, eksempelvis en arbeidsoppgave eller å følge et uniformsreglement.<sup>32</sup>

Jeg tar utgangspunkt i de definisjonene Samvittighetsutvalget har brukt i sin utredning.<sup>33</sup> Begrepene “reservasjonsønske” og “reservasjonskrav” bruker jeg om hverandre, i betydningen arbeidstakerens indre ønske og eventuelt uttrykte krav overfor arbeidsgiveren om reserverasjon.<sup>34</sup> Reservasjonsadgang er mulighet til å reservere seg mot en arbeidsoppgave, eksempelvis etter individuell avtale med arbeidsgiveren.<sup>35</sup> Reservasjonsrett er rett til å reservere seg mot en arbeidsoppgave, som arbeidstakeren ensidig kan påberope seg.<sup>36</sup> Det klare eksemplet er den nevnte retten til å reservere seg mot å bistå ved abort.

Til tross for det som er sagt, bemerker jeg at begrepet “reservasjonsrett” i dagligtale brukes som en samlebetegnelse for spørsmål knyttet til helsepersonells reservasjonskrav. Eksempelvis omtales den offentlige debatten som en “debatt om reservasjonsrett.” Også jeg kommer derfor til å bruke begrepet “reservasjonsrett” noe løsere enn definisjonen over tilsier, der det fremstår naturlig og det tilsiktede innholdet fremgår av sammenhengen.

---

<sup>31</sup> Spiralnektdommen er et eksempel.

<sup>32</sup> Gisle (2017).

<sup>33</sup> NOU 2016: 13 s. 29.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

## 1.5. Rettskilder og metode

Oppgavens hovedproblemstilling er vinklet som et spørsmål om reservasjonsnekt utgjør en krenkelse av EMK art. 9. Et alternativt rettsgrunnlag er Grunnloven § 16, som også statuerer religionsfriheten. Valget om å ta utgangspunkt i EMK art. 9, begrunner jeg i delkapittel 2.1.

En alternativ innfallsvinkel er å spørre om reservasjonsnekt utgjør diskriminering på grunnlag av religion.<sup>37</sup> Ettersom diskrimineringsvernet er en aksessorisk rettighet,<sup>38</sup> fremstår det hensiktsmessig å løse problemstillingen, prinsipielt, som et spørsmål om inngrep i religionsfriheten. Spørsmålet blir dernest om diskrimineringsvernet tilbyr selvstendig beskyttelse ved siden av EMK art. 9. Dette er avgjørende for om det er hensiktsmessig å løse problemstillingen, subsidiært, som et spørsmål om reservasjonsnekt utgjør diskriminering på grunnlag av religion. Spørsmålet om hvorvidt diskrimineringsvernet tilbyr slik selvstendig beskyttelse, er derfor tema i delkapittel 3.6.

Det finnes få rettskilder, og ingen autoritative rettskilder, som direkte gjelder reservasjonsrett ved henvisning til fertilitetsbehandling. Denne utfordringen ved rettskildebildet gjør det nødvendig å bruke rettskildemateriale knyttet til beslektede problemstillinger.

Særlig nært beslektet er spørsmål om reservasjonsrett for helsepersonell ved abortinngrep, henvisning til abort og innsetting av spiral.<sup>39</sup> Tilsvarende hovedproblemstillingen her, aktualiserer disse spørsmålene spenningen mellom den individuelle religionsfriheten og kjønnslikestilling innen helsesektoren. Også rettskilder som gjelder arbeidstakeres reservasjonskrav generelt, eller som spesifikt belyser omfanget av religionsfriheten, vil være relevante. Der jeg bruker kilder som ikke

---

<sup>37</sup> Dette har vist seg i konvensjonspraksis. I *Thlimmenos* (2000) konkluderte EMD med brudd på EMK art. 14, og fant det ikke nødvendig å vurdere spørsmålet om brudd på EMK art. 9. I *Eweida* (2013) gjorde EMD det motsatte: For de tre av klagerne som hadde anført begge rettsgrunnlag, drøftet EMD spørsmålet etter art. 9, og avgrenset mot en drøftelse etter art. 14. Den fjerde klageren anførte kun art. 14, og saken ble drøftet etter art. 14. Disse dommene, og EMDs behandling av de enkelte sakene i *Eweida* (2013), viser at det er en viss overlapp og et samspill mellom vernet etter art. 9 og art. 14.

<sup>38</sup> Jeg redegjør for diskrimineringsvernets aksessoriske karakter i delkapittel 3.6.

<sup>39</sup> Samvittighetsutvalget utformet en oversikt over tilfeller som er eller har vært aktuelle i norsk arbeidsliv, se NOU 2016: 13 kap. 8.

direkte gjelder hovedproblemstillingen, kommer jeg til å presisere på hvilken måte og i hvilken grad synspunktene som kildene gir uttrykk for, har verdi for spørsmålet jeg søker å besvare.

Menneskerettighetenes innhold og rekkevidde er behandlet i diverse lovforarbeider og offentlige utredninger. Dokumentene er sentrale kilder til gjeldende rett, og tungtveiende særlig i den grad de har demokratisk legitimitet. Samvittighetsutvalgets utredning om samvittighetsreservasjoner i arbeidslivet<sup>40</sup> har rettskildemessig vekt som juridisk litteratur, ettersom den ikke ledet til lovgivning.

EMK art. 9 er en internasjonal bestemmelse som er inkorporert i norsk lovgivning jf. menneskerettsloven<sup>41</sup> § 2. Selv om EMKs bestemmelser er del av norsk rett, har Høyesterett konstatert at det er EMDs metode som skal benyttes, og at det “i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen.”<sup>42</sup> Dette må forstås i sammenheng med at den norske staten har forpliktet seg til individklageadgangen etter EMK art. 34, og til at EMDs avgjørelser har bindende virkning etter EMK art. 46 nr. 1. Jeg viser her også til presumsjonsprinsippet.<sup>43</sup> EMDs metode innebærer å “forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.”<sup>44</sup> Ved tvil om forståelsen, “må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”<sup>45</sup>

I tillegg til EMK, oppstiller både Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og Konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner (KDK) bestemmelser som er relevante for oppgavens tema. Også SP og KDK er inkorporert jf. menneskerettsloven § 2. EMK vil få mest oppmerksomhet her, fordi EMDs konvensjonspraksis er rettslig bindende for staten den enkelte dommen er

---

<sup>40</sup> NOU 2016: 13.

<sup>41</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

<sup>42</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

<sup>43</sup> Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som innebærer at norsk rett forutsettes å være i samsvar med internasjonal rett, se Ruud og Ulfstein (2011) s. 63.

<sup>44</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

<sup>45</sup> *Ibid.*

rettet mot.<sup>46</sup> Praksisen er også sentral for å kartlegge innholdet i konvensjonsbestemmelsene til enhver tid.<sup>47</sup> SP og KDK, med tilhørende komiteuttalelser som utdyper konvensjonsbestemmelsenes innhold, er relevante rettskilder ved tolkningen av EMKs bestemmelser.<sup>48</sup> KDK er spesielt relevant når spørsmålet berører kvinners rettigheter.<sup>49</sup>

Prinsippet om EØS-konform fortolkning gjør også EØS-retten relevant ved tolkningen av norsk rett.<sup>50</sup> Diskrimineringsvernet er stadfestet i EØS-retten. Sentralt står Direktiv 2000/78/EF (Rammedirektivet mot diskriminering)<sup>51</sup> og Direktiv 2006/54/EF (Likestillingsdirektivet). Rammedirektivet har imidlertid begrenset betydning utover det som følger av internasjonal rett for øvrig. Likestillingsdirektivet er spesielt rettet mot kvinnekategorier i arbeidslivet, og derfor ikke særlig relevant for problemstillingen her.

Den konkrete reguleringen av reservasjonsretten er et nasjonalt anliggende. Rettstilstanden må derfor i utgangspunktet avklares basert på norske rettskilder.<sup>52</sup> Det er heller ingen særlige hensyn som tilsier at Norges regulering bør være lik den nasjonale reguleringen i omkringliggende land. Det er interessant å se til andre lands rett for å eksemplifisere et poeng, for å få inspirasjon til hvordan vi bør løse våre rettslige problemstillinger, eller som støttemoment for en bestemt løsning.<sup>53</sup> Jeg har imidlertid ikke funnet en enkelt sak eller lovgivning fra andre land som direkte gjelder reservasjonsrett ved henvisning til fertilitetsbehandling. Andre lands rett vil derfor ikke få betydning i oppgaven.

---

<sup>46</sup> EMK art. 46. Uttalelsene fra Menneskerettsighetskomiteen og Kvinnekategorieringskomiteen, som overvåker den nasjonale gjennomføringen av henholdsvis SP og KDK, er ikke rettslig bindende. Deres konvensjonstolkninger og rapporter har likevel sterk politisk kraft, og rettskildemessig vekt som en form for “soft law,” se Ruud og Ulfstein (2011) s. 71 flg.

<sup>47</sup> Andenæs (2009) s. 103.

<sup>48</sup> Wien-konvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav c. Strand (2020) s. 980 om “systemic integration” og Strand (2015) s. 181.

<sup>49</sup> *Opuz* (2009), særlig premiss 73-79, 164, 186-187 og 192.

<sup>50</sup> Fredriksen og Mathisen (2014) s. 288 flg.

<sup>51</sup> Rammedirektivet er ikke del av EØS-avtalen, men innlemmet på politisk grunnlag, se Prop. 88 L (2012-2013) s. 22.

<sup>52</sup> Andenæs (2009) s. 61. Med “norske rettskilder” mener jeg de norske kildene og de internasjonale kildene som Norge har gjort til norsk rett.

<sup>53</sup> Nygaard (2004) s. 110.

## 1.6. Den videre fremstillingen

I kapittel 2 drøfter jeg hva som kreves for at et reservasjonskrav skal være omfattet av vernet etter EMK art. 9 nr. 1 (heretter art. 9-1), og hvorvidt fastlegens reservasjonskrav ved henvisning til fertilitetsbehandling oppfyller kravene. I kapittel 3 gjør jeg inngrepsvurderingen etter EMK art. 9 nr. 2 (heretter art. 9-2). Spørsmålet er om det å nekte fastlegens reservasjonskrav utgjør et rettmessig inngrep i fastlegens religionsfrihet. Forutsetningen i kapittel 3 er at reservasjonskravet har beskyttelse etter EMK art. 9-1.

I delkapittel 3.6. vender jeg tilbake til samspillet mellom religionsfriheten og diskrimineringsvernet. Spørsmålet er om diskrimineringsvernet tilbyr noen ytterligere beskyttelse i reservasjonsspørsmålene.

Målet til og med kapittel 3 er å analysere gjeldende rett. I kapittel 4 knytter jeg noen avsluttende bemerkninger til analysen. Spørsmålet jeg i tillegg stiller er om den nåværende rettsstilstanden er hensiktsmessig slik den er, eller om det finnes grunner til at reglene burde utformes eller tolkes annerledes.

## **2. Reservasjonskravets beskyttelse etter EMK art. 9 nr. 1**

### **2.1. Innledende om det rettslige grunnlaget**

Grunnloven § 16 lyder:

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

Det følger av ordlyden til første setning at alle innbyggere i Norge har rett til å utøve religionen de måtte ønske. Frihet til å utøve religion forutsetter frihet til å ha religionen. Høyesteretts uttalelse i Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 kan tas til inntekt for at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser generelt sett tolkes i lys av “de folkerettslige forbildene.” Imidlertid er ordlyden i § 16 snever sammenlignet med sine internasjonale motstykker. Det personelle virkeområdet er, i motsetning til EMKs “Everyone,” begrenset til “innbyggere.” Det kan ekskludere personer som ikke oppfyller formelle vilkår som statsborgerskap, og besøkende. Grunnloven § 16 nevner dessuten ikke andre former for overbevisning eller livssyn enn religiøse. Det kan argumenteres for at “fri religionsutøvelse” også omfatter retten til ikke å ha en religion, men det er ikke opplagt.<sup>54</sup>

Grunnloven § 16 er heller ikke formulert på grunnlag av de internasjonale konvensjonene. I forbindelse med grunnlovsrevisjonen ble det fremsatt forslag om en videre ordlyd etter mønster av EMK art. 9-1.<sup>55</sup> Flertallet i kontroll- og konstitusjonskomiteen mente at endringen ikke var nødvendig.<sup>56</sup> Menneskerettighetsutvalget, som forslagsstillerne baserte seg på, antok imidlertid at en

---

<sup>54</sup> Aall (2015) s. 254.

<sup>55</sup> Dok. 12: 30 (2011-2012) s. 187.

<sup>56</sup> Innst. 186 S (2013-2014) s. 26.

videre ordlyd ville gitt et formelt bedre vern, i tråd med det som følger av internasjonale forpliktelser, uten å endre rettstilstanden.<sup>57</sup>

Det er naturlig å forstå Menneskerettighetsutvalget slik at vernet som følger av Grunnloven § 16, i tråd med ordlyden, er snevrere enn det som følger av EMK art. 9.<sup>58</sup> Bestemmelsen er dessuten plassert i kapitlet “Om den utøvende makt, kongen og den kongelige familie og om religionen,” ikke i menneskerettighetskapitlet. Plasseringen, så vel som ordlyden i resten av bestemmelsen, gir § 16 et institusjonelt preg, i motsetning til det som er typisk for de individuelle menneskerettighetene. Det sår tvil om tolkningen.

Det er altså ikke klart hvor langt ordlyden i Grunnloven § 16 rekker. Jeg legger på bakgrunn av dette til grunn at det er EMK art. 9 som trekker de ytre grensene for tanke-, samvittighets- og religionsfriheten i norsk rett. Det er derfor EMK art. 9 som vil utgjøre det primære rettsgrunnlaget.

EMK art. 9 lyder:

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

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

Etter EMKs system statuerer første avsnitt rettigheten og dens innhold, mens andre avsnitt formulerer inngrepshjemmelen. Spørsmålet i kapittel 2 er om fastlegers samvittighetskvaler forbundet med eggdonasjon er omfattet av beskyttelsen i art. 9. Det er derfor art. 9-1 som er tema her.

---

<sup>57</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 158.

<sup>58</sup> Aall (2015) s. 254 (fotnotene).



Tanke-, samvittighets- og religionsfriheten er også statuert i SP art. 18. Bortsett fra at SP art. 18 nr. 1 gir rett “to adopt” religion eller overbevisning, mens EMK art. 9-1 gir rett “to change” religion eller overbevisning, er ordlydene sammenfallende. SP art. 18 nr. 1 er tolket slik at den også omfatter retten til å endre religion eller overbevisning. Forskjellen har derfor ikke reell betydning.<sup>59</sup>

Det første å bemerke i art. 9-1 er at rettigheten, til forskjell fra det som følger av Grunnloven § 16, gjelder “Everyone.” Det andre er at rettigheten omfatter frihet til “thought” (tanke), “conscience” (samvittighet) og “belief” (overbevisning), så vel som religion. Denne ordlyden tydeliggjør at religionsfriheten, i tillegg til rett til å velge religion, gir rett til ikke å ha en religion, til å ha en ikke-religiøs overbevisning og til å skifte overbevisning. Derfor påpeker EMD stadig at rettigheten er “a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned.”<sup>60</sup> Rettigheten i art. 9-1 er tilpasset et moderne og kulturelt mangfoldig samfunn.

Det neste å bemerke er at art. 9-1 nevner både frihet til religion og frihet til samvittighet. Det aktualiserer spørsmålet om hva som er forskjellen på religionsfrihet og samvittighetsfrihet. Samvittighetsutvalget har definert samvittighetsfrihet som

“fraværet av autoritetsbasert tvang til å ha meninger eller til å handle på tvers av de verdiene den enkelte opplever som grunnleggende viktige.”<sup>61</sup>

Dersom samvittigheten er religiøst begrunnet, er forskjellen strengt tatt at religionsfriheten gir rett til å tro eller ikke å tro, mens samvittighetsfriheten gir rett til å handle eller å avstå fra å handle, i tråd med troen. Skillet mellom religionsfrihet og samvittighetsfrihet er dermed tett knyttet til skillet mellom frihet til å *ha* religion og frihet til å *utøve* religion. Ettersom samvittighet gjerne nettopp er religiøst begrunnet, er religionsfrihet og samvittighetsfrihet likevel uløselig knyttet sammen. Begge deler er vernet av EMK art. 9-1. Det er ikke nødvendig å operere med et skarpt skille i denne

---

<sup>59</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 155 og Menneskerettighetskomiteen General Comment (1993) nr. 22 avsnitt 5.

<sup>60</sup> Første gang i *Kokkinakis* (1993) premiss 31.

<sup>61</sup> NOU 2016: 13 s. 26.

oppgaven. Når jeg i det følgende omtaler “religionsfriheten”, er det derfor synonymt med de frihetene som følger av art. 9-1, inkludert samvittighetsfriheten.

På ett punkt er skillet mellom religionsfrihet i snever forstand, og samvittighetsfrihet, likevel vesentlig. Retten til å *ha, ikke ha og skifte* religion, er absolutt, mens retten til å *utøve* religion, er gjenstand for inngrep etter art. 9-2. Grunnen er at en som utøver religion gjennom utøvelsen kan påvirke andres livsutfoldelse.<sup>62</sup> Derfor sier EMD at religionsfriheten “is primarily a matter of individual thought and conscience.”<sup>63</sup> De nærmere vilkårene for inngrep etter art. 9-2, er tema i kapittel 3.

## 2.2. Terskelen for vern etter EMK art. 9 nr. 1

Spørsmålet er hva som kreves for at en religiøs overbevisning, en religiøst motivert handling eller et religiøst motivert valg om å avstå fra en handling, skal være omfattet av vernet etter EMK art. 9-1.

Det følger av ordlyden i art. 9-1 ingen begrensning i hvilke religiøse overbevisninger, eller religiøst motiverte handlinger, som er omfattet av vernet. De nærmere grensene er utpenslet i konvensjonspraksis. På overordnet plan har EMD sagt at “the main sphere” av det som er beskyttet etter art. 9-1, er “that of personal convictions and religious beliefs, in other words what are sometimes referred to as matters of individual conscience.”<sup>64</sup> Med det indikerer EMD at det primært er den enkeltes “indre sjeleliv” som er vernet. I *Bayatyan* (2011) uttalte EMD følgende:

“The right to freedom of thought, conscience and religion denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance.”<sup>65</sup>

Twisten som lå til grunn for Spiralnektdommen gjaldt en fastlege som krevde reservasjon mot å sette inn spiral. På grunn av det ble hun oppsagt av kommunen. Hun mente både at hun hadde reservasjonsrett på grunnlag av en avtale med kommunen, og

---

<sup>62</sup> Eksempelvis *Eweida* (2013) premiss 80.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Pichon* (2001) s. 4.

<sup>65</sup> *Bayatyan* (2011) premiss 110, *Eweida* (2013) premiss 81.

at reservasjonsnekt var et urettmessig inngrep i EMK art. 9. Høyesterett konkluderte med at oppsigelsen var ugyldig på avtalerettslig grunnlag. Deretter kom retten med et fyldig obiter dictum om hvilke hensyn som er viktige i vurderingen etter EMK art. 9.<sup>66</sup>

I Spiralnektdommen formulerte Høyesterett EMDs krav på norsk, uten å utbrodere, som at det “må foreligge en viss grad av overbevisning, alvor, sammenheng og viktighet.”<sup>67</sup> Formuleringen er vag. Den gir likevel fire momenter til vurderingen av om en person som påberoper seg en religiøs overbevisning kan kreve vern etter EMK art. 9-1:

1. Synspunktene har en viss overbevisende karakter eller tyngde,<sup>68</sup>
2. Synspunktene gjelder et tema som er av et visst alvor;
3. Synspunktene har en viss indre sammenheng;
4. Synspunktene er av en viss viktighet for personen.

Dette er likevel bare overordnet. EMD utdyper:

“Even where the belief in question attains the required level of cogency and importance, it cannot be said that every act which is in some way inspired, motivated or influenced by it constitutes a “manifestation” of the belief. Thus, for example, acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9 § 1. (...) In order to count as a “manifestation” within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief.”<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Spiralnektdommen avsnitt 76.

<sup>67</sup> Spiralnektdommen avsnitt 78.

<sup>68</sup> Høyesteretts oversettelse av “a certain level of cogency” til “en viss grad av overbevisning” kan gi inntrykk av at det stilles krav til i hvilken grad reservasjonslegen selv er overbevist. Merriam-Websters definisjon av “cogency” er “the quality or state of being convincing.” Cambridge Dictionaries definisjon er “the fact of being clearly expressed and likely to persuade people.” Etter min mening er det i denne sammenheng derfor mest presist å oversette “cogency” til “overbevisende karakter” eller “tyngde.” Betydningen må være at synspunktene som begrunner reservasjonskravet, er reelle og til en viss grad forståelige også for personer som ikke deler synspunktene.

<sup>69</sup> *Eweida* (2013) premiss 82.

De nevnte momentene beskriver hva som kreves av den religiøse overbevisningens karakter. Det EMD her skisserer, er at “utøvelsen av overbevisningen må være nært knyttet til det aktuelle livssynet.”<sup>70</sup>

Dette nyanserer EMD:

“An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, the manifestation of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question.”<sup>71</sup>

Det er altså en god indikator, men ikke et krav, at handlingen generelt sett er anerkjent praksis innad i religionen. Vurderingen av om den enkelte handlingen er vernet, må gjøres konkret for hvert individuelle tilfelle og på bakgrunn av de spesielle omstendighetene som gjelder for saken.

## **2.3. Rettslig analyse av fastlegenes samvittighetskvaler forbundet med fertilitetsbehandling**

### **2.3.1. Innledende om vurderingstemaet**

Spørsmålet er om fastlegenes samvittighetskvaler forbundet med eggdonasjon, og assistert befruktning for øvrig, oppfyller kravene som stilles for at et religiøst begrunnet reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling skal være omfattet av vernet etter EMK art. 9-1.

---

<sup>70</sup> Spiralnektdommen avsnitt 78.

<sup>71</sup> *Leyla Şahin* (2005) premiss 78 og 105, *Bayatyan* (2011) premiss 111 og *Eweida* (2013) premiss 82.

Vurderingen innebærer å drøfte hvordan de samvittighetskvalene som begrunner reservasjonskravene stiller seg i forhold til de vurderingsmomentene som er trukket frem i Høyesterett og EMD. Tema er altså de religiøse og moralske synspunktene tyngde, alvor, sammenheng og viktighet, og i hvilken grad det er sammenheng mellom den religiøse overbevisningen og kravet om reservasjon. Endelig er det en konkret og helhetlig vurdering av de omstendighetene som gjelder for disse fastlegene. Det er derfor ikke utelukket å vektlegge andre forhold enn de vurderingsmomentene som er trukket frem i forrige delkapittel.

### **2.3.2. Samvittighetskvaler begrunnet i menneskeverd**

Samvittighetsutvalget trakk særlig frem to aspekter ved assistert befruktning som kan skape etiske problemstillinger.<sup>72</sup> Dette er de samme aspektene som begrunner NKLFs krav om reservasjonsrett.<sup>73</sup> Det ene gjelder menneskeverd, det andre gjelder hensynet til barnets beste. De kvalene som begrunnes i menneskeverd, reiser problemstillinger for alle former for IVF-behandling, både med og uten donerte kjønnsceller. De kvalene som begrunnes i barnets beste, reiser problemstillinger særlig i forbindelse med sæddonasjon og eggdonasjon. De kvalene som er begrunnet i barnets beste kommer jeg tilbake til i punkt 2.3.4.

De kvalene som begrunnes i menneskeverd, er knyttet til metoden ved IVF-behandling:

“[IVF-behandling] kan innebære at det produseres befruktede egg som ender med å bli destruert. I tillegg har utviklingen av metodene krevd bruk av befruktede egg som ble destruert i prosessen.”<sup>74</sup>

Ifølge NKLF starter liv og menneskeverd ved befruktning. Det er grunn til å anta at i hvert fall en viss andel av NKLFs omtrent 1100 medlemmer deler overbevisningen. Molly Gibson ble i desember 2020 født 27 år etter befruktning.<sup>75</sup> Muligheten for å oppbevare befruktede egg i lang tid, for senere å la dem utvikle seg til friske fostre, illustrerer problematikken og gir en viss tyngde til NKLFs standpunkt. For en person

---

<sup>72</sup> NOU 2016: 13 s. 97.

<sup>73</sup> NKLF (2011) s. 1.

<sup>74</sup> NOU 2016: 13 s. 97.

<sup>75</sup> Olsson (2020) [nyhetsartikkel].

med samme overbevisning vil det kunne oppleves dypt problematisk å bidra til at befruktede egg blir destruert. Det blir et spørsmål om liv og død. Situasjonens alvor og viktighet for den individuelle reservasjonslegen, taler for at samvittighetskvalene er vernet etter EMK art. 9-1.

I *Grimmark* (2020) ble en kvinne ved flere anledninger nektet å jobbe som jordmor, fordi hun av religiøse samvittighetsgrunner krevde reservasjon mot å bistå ved abort. For EMD var det ikke tvilsomt at

“the applicant’s refusal to assist in abortions due to her religious faith and conscience constitutes such a manifestation of her religion which is protected under Article 9 of the Convention.”<sup>76</sup>

I den offentlige debatten er det likevel nettopp abort, og aktiv dødshjelp, som typisk blir trukket frem som “spørsmål om liv og død” hvor reservasjonskrav bør aksepteres.<sup>77</sup> Ettersom samvittighetskvalene kommer innenfra, er det umulig å identifisere hvordan den enkelte vil veie de ulike situasjonene mot hverandre. Dersom en sammenligner hvordan det fremstår utad, vil fertilitetsbehandling, særlig henvisning til fertilitetsbehandling, likevel virke mindre graverende. Det som er sagt om abort i *Grimmark* (2020), er derfor ikke særlig tungtveiende i vurderingen av om samvittighetskvalene ved henvisning til fertilitetsbehandling er vernet etter EMK art. 9-1.

I *Spiralnektdommen* viste Høyesterett til at HOD i 2014 la til grunn at reservasjonsnekt for fastleger i forbindelse med innsetting av spiral, “vil innebære et inngrep i legens rettigheter” etter art. 9-1.<sup>78</sup> Høyesterett sa seg kort enig i det.<sup>79</sup>

Bakgrunnen for reservasjonskrav mot innsetting av spiral, er ifølge Samvittighetsutvalget at “spiralen kan medføre at et befruktet egg skades slik at det ikke kan overleve, alternativt ikke fester seg i livmorveggen, og dermed ikke kan

---

<sup>76</sup> *Grimmark* (2020) premiss 25 og tvillingsaken *Steen* (2020) premiss 20.

<sup>77</sup> Kvinnen i *Grimmark* (2020) fikk riktignok ikke medhold. Jeg analyserer resultatet i delkapittel 3.4.4.

<sup>78</sup> *Spiralnektdommen* avsnitt 78 og 79.

<sup>79</sup> *Spiralnektdommen* avsnitt 79.

utvikle seg videre.”<sup>80</sup> Det er altså overbevisningen om at liv og menneskeverd begynner ved befruktning, som ligger til grunn for samvittighetskvalene også i forbindelse med innsetting av spiral.<sup>81</sup> Dette uten at innsetting av spiral for utenforstående fremstår som mer alvorlig enn assistert befruktning. Det som er sagt i Spiralnektdommen, taler dermed for at også samvittighetskvalene ved henvisning til fertilitetsbehandling er vernet etter art. 9-1.<sup>82</sup>

Høyesteretts korte behandling av spørsmålet, tilsier i det hele tatt at vurderingen av om det enkelte reservasjonskravet skal være vernet etter art. 9-1, ikke er spesielt streng. Ettersom vern etter art. 9-1 åpner for inngrep etter art. 9-2, er det ifølge Aall “en smakssak om man anser forholdet konvensjonsmessig fordi det ikke representerer noe inngrep i livssynsfriheten eller fordi inngrepet er nødvendig etter annet ledd.”<sup>83</sup> Disse betraktningene taler samlet sett for at samvittighetskvalene som begrunner reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling, er vernet etter EMK art. 9-1.

### **2.3.3. Om samvittighetskvalene som etablert praksis innad i religionen**

Et argument mot å anse reservasjonskravet som vernet etter EMK art. 9-1, kunne være at kun en liten andel av kristne leger deler samvittighetskvalene ved fertilitetsbehandling. EMD har avvist dette argumentet, blant annet i *S.A.S.* (2014). Saken gjaldt hvorvidt Frankrikes forbud mot ansiktsdekkende bekledning utgjorde en krenkelse av EMK art. 9. I vurderingen av om det å gå med burka eller nikab er en vernet handling etter art. 9-2, slo EMD fast at det er en etablert praksis blant muslimske kvinner. EMD presiserte uttrykkelig:

---

<sup>80</sup> NOU 2016: 13 s. 96.

<sup>81</sup> Tilde Broch Østborg, overlege på kvinneklinikken ved Stavanger universitetssykehus og doktorgradskandidat ved Universitetet i Bergen, har i etterkant av Spiralnektdommen uttalt seg om “inngrodde medisinske myter” om spiralens virkningsmekanismer, se Østborg (2018). Høyesteretts valg om ikke å problematisere de medisinske faktaene som ligger til grunn for overbevisningen, tilsier at overbevisningens faktiske fundament ikke er avgjørende før vurderingen etter art. 9-1. Det kan likevel tenkes å ha betydning i forholdsmessighetsvurderingen etter art. 9-2.

<sup>82</sup> Jeg bemerker likevel den relevante forskjellen mellom å *gjennomføre* innsetting av spiral og å *henvise* til fertilitetsbehandling, se delkapittel 2.3.5.

<sup>83</sup> Aall (2015) s. 255.

“The fact that it is a minority practice (...) is without effect on its legal characterisation.”<sup>84</sup>

Samvittighetskvalene forbundet med henvisning til fertilitetsbehandling er etablert innenfor kristne miljøer. Det er dermed en viss nær sammenheng mellom den religiøse overbevisningen og reservasjonskravet. Det er ikke av betydning at samvittighetskvalene ikke deles av kristne eller kristne leger flest. Dette taler for at reservasjonskravet er vernet etter art. 9-1.

### **2.3.4. Samvittighetskvaler begrunnet i en tanke om barnets beste**

Barn etter kjønnscedonasjon vokser ikke opp med begge sine genetiske foreldre. Ved eggdonasjon får barnet dessuten én biologisk mor og en annen genetisk mor.<sup>85</sup> Dette fordi eggdonasjon innebærer befruktning ved bruk av en eggcelle fra en annen enn den kvinnen som bærer frem barnet. Ved sæddonasjon vil barnets biologiske far og barnets genetiske far alltid være den samme.

Reservasjonskrav på bakgrunn av hensynet til barnet, begrunnes i at barnet har rett til å vokse opp med begge sine genetiske foreldre, og kjenne sitt genetiske opphav, når det er mulig.<sup>86</sup> For en som er overbevist om at barn har en slik rett, kan det oppleves ille å måtte henvise en pasient til fertilitetsbehandling.<sup>87</sup>

Det er en forutsetning at et reservasjonskrav begrunnet i hensynet til barnets beste, for ikke å fremstå direkte diskriminerende, må skyldes en overbevisning nettopp om

---

<sup>84</sup> S.A.S. (2014) premiss 56 og *Hamidović* (2017) premiss 30 og 40 jf. Rebbestad (2019). I *İzzettin Doğan* (2016) premiss 114 uttalte EMD at rettigheten etter art. 9 ville være “highly theoretical and illusory if the degree of discretion granted to States allowed them to interpret the notion of religious denomination so restrictively as to deprive a non-traditional and minority form of a religion of legal protection.”

<sup>85</sup> Begrepet “biologisk mor” brukes om kvinnen som bærer frem barnet, mens “genetisk mor” brukes om kvinnen som eggcellen kom fra, se Syse (2018) s. 248 flg. og Bioteknologirådet (2020) s. 8.

<sup>86</sup> NKLF (2011) s. 1. Fosterhjem og adopsjon er akseptabelt fordi man gjør det beste ut av en vanskelig situasjon, se Kleiven (2017) [leserinlegg]. Dette står, ifølge meningsbærerne, i motsetning til kjønnscedonasjon, hvor det er en forutsetning før befruktning at barnet ikke skal kjenne sitt genetiske opphav.

<sup>87</sup> Barn som har blitt til ved sæddonasjon har hatt rett til å få kjennskap til donors identitet først etter fylte 18 år, jf. lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) § 2-7 første avsnitt første setning. Den nye bioteknologiloven § 2-7 andre avsnitt første setning vil gi barn som blir til ved kjønnscedonasjon rett til slik kjennskap etter fylte 15 år.



barnets rett til å vokse opp med de genetiske foreldrene, og ikke om at barnet ikke bør vokse opp med likekjønnede foreldre.<sup>88</sup>

Synet på kjønnscedonasjon som problematisk fordi barn bør vokse opp med begge sine genetiske foreldre, er nokså utbredt i det norske samfunnet. I en undersøkelse fra 2015 sa 27 prosent seg “litt enig” eller “svært enig” i påstanden.<sup>89</sup> Jeg har ikke funnet en oversikt over hvor vanlig oppfatningen er blant leger eller kristne leger spesielt. Statistikken tilsier likevel at samvittighetskvalene til en viss grad er anerkjent i befolkningen. Dette taler i noen grad for at reservasjonskravet er vernet etter EMK art. 9-1.

Barnets beste er generelt sett et tungtveiende hensyn. I disse situasjonene er det imidlertid ikke enighet om hva som faktisk er til barnets beste. Synspunktet kan derfor ikke likestilles med kvaler forbundet med spørsmål om liv og død. Det at barnets beste er en viktig verdi for reservasjonslegen som bærer på kvalene, taler i noen grad for at reservasjonskravet er vernet etter EMK art. 9-1. Synspunktet er imidlertid ikke særlig tungtveiende utover det.

### **2.3.5. Om henvisning som et moralsk relevant bidrag i årsaksrekken**

*C mot Storbritannia* (1983) gjaldt en religiøs pasifist som motsatte seg skattebetaling så lenge det kunne hende at betalingen gikk til militære formål. EMD slo fast at reservasjonskravet ikke var beskyttet etter EMK art. 9-1. Dette fordi det ikke var tilstrekkelig nær sammenheng mellom samvittighetsoverbevisningen – pasifismen – og utøvelsen – reservasjonen mot å betale skatt.<sup>90</sup> EMD uttalte:

“The obligation to pay taxes is a general one which has no specific conscientious implications in itself. Its neutrality in this sense is also illustrated

---

<sup>88</sup> NOU 2016: 13 s. 97 og NKLF (2011) s. 1 flg.

<sup>89</sup> Magelssen (2015) s. 11.

<sup>90</sup> *C mot Storbritannia* (1983) s. 147.

by the fact that no taxpayer can influence or determine the purpose for which his or her contributions are applied, once they are collected.”<sup>91</sup>

Saken har enkelte likhetstrekk med problemstillingen her, idet fastlegen ved henvisning til fertilitetsbehandling ikke med sikkerhet vet om eller i hvilken form det vil finne sted IVF-behandling.<sup>92</sup> Det gir fastlegen en større avstand til de for fastlegen problematiske handlingene, sammenlignet med det som er tilfellet ved henvisning til abort.<sup>93</sup> Det taler for at reservasjonskravet ikke er beskyttet etter EMK art. 9-1.

## **2.4. Konklusjon ut fra drøftelsen etter EMK art. 9 nr. 1**

Tema i kapittel 2 var en analyse av terskelen for at en religiøs overbevisning, en religiøst motivert handling eller et religiøst motivert valg om å avstå fra en handling, er omfattet av vernet etter EMK art. 9-1. Ifølge EMD- og høyesterettspraksis er ikke terskelen særlig høy.

To av vurderingsmomentene har vært om samvittighetskvalene knyttet til eggdonasjon spesielt, og assistert befruktning generelt, har en viss tyngde og sammenheng. Formålet med kravene om en viss tyngde og sammenheng, fremstår å være å sikre at synspunktene som begrunner et eventuelt reservasjonskrav utgjør en del av en større sammenheng av religiøs eller moralsk overbevisning.

Det taler imot beskyttelse at henvisning til fertilitetsbehandling relativt sett er et mindre relevant bidrag i årsaksrekken frem mot at IVF-behandling finner sted.

Samvittighetskvaler forbundet med eggdonasjon, og assistert befruktning for øvrig, er likevel en etablert del av det kristne trossamfunnet. Det er ikke tvilsomt at samvittighetskvalene har en viss tyngde og sammenheng. For mange er det å kreve reservasjon mot henvisning til fertilitetsbehandling en viktig moralsk handling. Disse omstendighetene tilsier samlet sett at samvittighetskvalene er vernet etter art. 9-1.

---

<sup>91</sup> *C mot Storbritannia* (1983) s. 147.

<sup>92</sup> NOU 2016: 13 s. 97.

<sup>93</sup> *Ibid.*

Terskelen tatt i betraktning, er det ingen utslagsgivende momenter som trekker i motsatt retning.

Konklusjonen er at fastlegenes samvittighetskvaler forbundet med eggdonasjon, og assistert befruktning for øvrig, er omfattet av vernet etter EMK art. 9-1.

Reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling begrunnet i samvittighetskvalene, vil dermed være en handling som er gjenstand for inngrep kun i tråd med vilkårene etter EMK art. 9-2.

# 3. Reservasjonskravets vern mot inngrep etter EMK art. 9 nr. 2

## 3.1. Innledende om hjemmelen og vilkår for inngrep

EMK art. 9-2 lyder:

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

EMK art. 9-2 statuerer hjemmelen for inngrep i religionsfriheten. Hjemmelens oppbygning følger mønsteret som går igjen i flere konvensjonsbestemmelser.<sup>94</sup> Den oppstiller tre vilkår for å gjøre rettmessig inngrep i religionsfriheten:

1. Inngrepet må være “prescribed by law” (lovkravet);
2. Inngrepet må gjøres “in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others” (formålkravet);
3. Inngrepet må være “necessary in a democratic society” (nødvendighets- og forholdsmessighetskravet).

De individuelle rettighetene som anerkjennes i et demokratisk samfunn, kan ikke være ubegrenset. Den enkeltes rettigheter støter mot andres rettigheter og hva som er det beste for samfunnet som helhet. For å leve sammen i harmoni, er det nødvendig å foreta avveininger mellom konkurrerende interesser. Behovet for en inngrepshjemmel gjenspeiles i ordlyden i art. 9-2: Formålkravet presiserer hvilke konkurrerende

---

<sup>94</sup> Eksempelvis art. 8, 10 og 11.

interesser, enten det er av hensyn til private eller av hensyn til samfunnet, som kan begrunne en begrensning i den individuelle rettigheten.

Konklusjonen i forrige kapittel var at fastlegenes reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling er omfattet av vernet etter EMK art. 9-1. Spørsmålet her er om det å nekte reservasjonskravet er et rettmessig inngrep etter vilkårene i EMK art. 9-2.

## 3.2. Lovkrav

Det første vilkåret krever at reservasjonsnekt er “prescribed by law” jf. EMK art. 9-2.

Lovkravet krever etter ordlyden at inngrep i religionsfriheten har grunnlag i lov eller en rettsregel.<sup>95</sup> Det sentrale hensynet bak er at myndighetenes inngrep overfor borgerne ikke skal være vilkårlige. Inngrep skal derimot være forutberegnelige. I dette ligger det at rettsregelen som hjemler inngrepet må være tilgjengelig for borgerne og tilstrekkelig presist formulert.<sup>96</sup>

Den alminnelige regelen om fastlegenes plikter følger av fastlegeforskriften § 10 første avsnitt:

“Fastlegens listeansvar dekker alle allmennlegeoppgaver innen somatikk, psykisk helse og rus for innbyggerne på listen dersom ikke annet er presisert i lov eller forskrift.”

Fastlegenes henvisningsplikt følger av fastlegeforskriften § 24 første avsnitt:

“Fastlegen skal ved behov henwise listeinnbyggere til spesialisthelsetjenesten og til andre kommunale helse- og omsorgstjenester.”

---

<sup>95</sup> Etter EMKs lovkrav er det ikke avgjørende om rettsregelen bygger på formell eller uformell lov, jf. *Sunday Times* (1979) premiss 47. Legalitetsprinsippet som fremgår av Grunnloven § 113 (også eksempelvis §§ 94, 96, 97 og 100) er derfor strengere enn lovkravet som følger av EMK, se Aall (2015) s. 118 flg.

<sup>96</sup> Eksempelvis *Sunday Times* (1979) premiss 49. Lovkravet tolkes likt på tvers av konvensjonsbestemmelsene, uansett formulering, se *Sunday Times* (1979) premiss 48, Rt. 2004 s. 357 avsnitt 15 og Aall (2015) s. 119.

Fastlegenes enkeltoppgaver er ikke presisert. Det er heller ikke sagt noe spesifikt om reservasjonsadgang. Det skyldes nok at fastlegene nettopp er allmennpraktiserende. I *Sunday Times* (1979) tydeliggjorde EMD at presisjonskravet må ta høyde for behovet for fleksible lovregler som kan holde tritt med samfunnsutviklingen og endrede omstendigheter.<sup>97</sup> Det ville være svært ressurskrevende og lite hensiktsmessig å formulere en utfyllende liste og tilpasse fastlegeforskriften det til enhver tid gjeldende helsetilbudet. Formuleringene i fastlegeforskriften §§ 10 og 24 fremstår derfor å ha gode grunner for seg.

I *Grimmark* (2020) og *Steen* (2020) la EMD til grunn at lovkravet var oppfylt overfor jordmoren som ble nektet reservasjon mot å delta i abortinngrep, ettersom arbeidstakere etter svensk rett er forpliktet til å gjennomføre alle tildelte arbeidsoppgaver.<sup>98</sup> Dette indikerer at også nokså generelle regler kan være tilstrekkelig presise til å oppfylle lovkravet.

I Høyesteretts obiter dictum i *Spiralnektdommen*, sa retten det følgende om reglene i fastlegeforskriften:

“Det andre vilkåret – lovkravet – innebærer at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal rett, og at reglene må være tilgjengelige og forutsigbare. Det er i dag ikke tvilsomt at det lovkrav som følger av EMK, er oppfylt.”<sup>99</sup>

Høyesteretts uttalelse er kortfattet og uten en inngående vurdering. Den rettskildemessige vekten er derfor begrenset. De ressursmessige og retts tekniske hensynene som er trukket frem, er imidlertid tungtveiende og støtter Høyesteretts slutning. Konklusjonen blir derfor at fastlegens plikt til selv å henvise pasienter til fertilitetsbehandling, er “prescribed by law,” jf. EMK art. 9-2.

---

<sup>97</sup> *Sunday Times* (1979) premiss 49.

<sup>98</sup> *Grimmark* (2020) premiss 25 og *Steen* (2020) premiss 20.

<sup>99</sup> *Spiralnektdommen* avsnitt 81.

## 3.3. Formålskrav

### 3.3.1. Fastlegeordningens formål

Det andre vilkåret krever at reservasjonsnekt er begrunnet i “the interests of public safety” (alternativ 1), “the protection of public order, health or morals” (alternativ 2) eller “the protection of the rights and freedoms of others” (alternativ 3), jf. EMK art. 9-2.

Formålskravet statuerer hvilke konkurrerende interesser som legitimt kan begrunne et inngrep i rettigheten. De aktuelle alternativene i dette tilfellet er hensynet til helse og hensynet til andres rettigheter og friheter.

I Spiralnektdommen sa Høyesterett det følgende om formålet med å nekte fastleger reservasjon mot innsetting av spiral:

“Det er ikke tvilsomt at et forbud mot at fastleger reserverer seg mot å innsette spiral, ivaretar et legitimt formål. Som nevnt blant annet i sitatet fra departementets andre høringsnotat i juni 2014 er grunntanken bak fastlegeordningen at alle skal ha rett til helhetlige allmenntjenestiske tjenester over tid. Begrensninger i en leges adgang til å nekte innsetting av spiral ivaretar derfor både hensynet til “helse” og “å beskytte andres rettigheter og friheter.””<sup>100</sup>

Grunntanken bak fastlegeordningen er et relevant hensyn for å nekte reservasjonskrav også ved henvisning til fertilitetsbehandling, fordi også dette er del av "helhetlige allmenntjenestiske tjenester," på samme måte som innsetting av spiral.

### 3.3.2. Det strukturelle likhetsprinsippet

Som del av grunntanken bak fastlegeordningen, må vi regne at alle skal ha *lik* rett til allmenntjenestiske tjenester, uavhengig av personlige forutsetninger. Den åpenbare

---

<sup>100</sup> Spiralnektdommen avsnitt 80.

faren ved at fastleger reserverer seg mot oppgaver som gjelder kvinners helse, er at kvinner får et begrenset tilbud av helsetjenester, som de trenger fordi de er kvinner. En slik praksis vil kunne innebære at den enkelte pasient blir utsatt for indirekte kjønnsdiskriminering.

I motsetning til spiralinnsetting, som er en helsetjeneste som utelukkende tilbys kvinner, er henvisning til fertilitetsbehandling er tjeneste som kan være aktuell for menn, kvinner og par i ulike konstellasjoner. Samfunnsdebatten omkring eggdonasjon, både i spørsmålet om legalisering og i spørsmålet om reservasjonsrett, viser likevel at reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling i realiteten ofte vil være begrunnet i samvittighetskvaler spesifikt forbundet med eggdonasjon.<sup>101</sup> Ettersom eggdonasjon er en tjeneste som kun tilbys kvinner, blir hensynet til likebehandling mellom kjønnene derfor en relevant motvekt også her.

På små fastlegekontorer, uten mulighet for oppgaveoverføring mellom legene, vil et reservasjonskrav kunne ramme den enkelte pasient slik at helsetjenesten hun søker blir vanskelig tilgjengelig. I de tilfellene har det formodningen mot seg å akseptere et reservasjonsønske.<sup>102</sup> På fastlegekontorer med felleslister, har reservasjonsspørsmålet tidligere blitt løst rent praktisk ved at reservasjonslegen har latt en kollega overta den aktuelle oppgaven.<sup>103</sup> Denne løsningen gjør at pasienten får den helsetjenesten hun søker, og sikrer hennes individuelle rett til ikke å bli utsatt for indirekte kjønnsdiskriminering.

På dette punktet baserer Høyesteretts resonnering i Spiralnektdommen seg i stor grad på HODs forslag til endringer i fastlegeordningen fra 2014. HOD møtte argumentet om oppgaveoverføring ved å legge større vekt på de strukturelle betraktningene knyttet til formålet med fastlegeordningen. HOD uttalte blant annet:

---

<sup>101</sup> Bordvik (2017) [nyhetsartikkel], hvor Magnar Kleiven, generalsekretær i NKLF, uttalte at det vil komme en ny debatt om reservasjonsrett dersom eggdonasjon blir tillatt. Kleiven forklarte dette med at det spesifikt i forbindelse med eggdonasjon oppstår etiske problemstillinger relatert til spørsmål om liv og død. Det er gjengitt at Kleiven “[ikke kjenner] til at leger har ønsket å reservere seg mot å henvise til sæddonasjon, men tror at dette kan bli mer aktuelt ved eggdonasjon.”

<sup>102</sup> Spiralnektdommen avsnitt 85. Dette fremstår også forutsatt i HOD (2014) s. 20, og til dels i NKLF (2011) s. 2.

<sup>103</sup> HOD (2014) s. 20.



“[F]astlegeordningen [er] ment som et system hvor pasienten skal kunne forholde seg til en fast lege som skal kunne følge opp alle allmenmedisinske tjenester over tid. Grunntanken bak fastlegeordningen er at pasientene skal ha en fast lege som gir et helhetlig tilbud av allmenmedisinske tjenester og som følger pasientene over tid.”<sup>104</sup>

Etter å ha påpekt at det å tillate fastlegereservasjoner “vil forringe fastlegeordningen og gi et dårligere allmenlegetilbud til befolkningen,”<sup>105</sup> utdypet departementet de mulige langtidskonsekvensene for kvinnelige pasienter:

“Selv om en pasient som står på en fellesliste må kunne påregne å måtte gå til flere ulike leger, vil pasienten kunne ha behov for å gå til den legen hun kjenner best, særlig ved intime spørsmål. I forholdet mellom lege og pasient er pasienten den svake part. En avvisning ved at kvinnen blir henvist til en annen lege på grunn av samvittighetsgrunner vil kunne påvirke tillitsforholdet mellom fastlegen og pasienten. Det kan heller ikke utelukkes at en slik avvisning vil kunne påvirke kvinnens psykiske helse og at kvinnen senere vegrer seg for å ta opp plager med fastlegen som hun tror kan skyldes for eksempel spiralen eller prevensjonen. Dette kan i seg selv føre til at pasienten ikke får relevant helsehjelp.”<sup>106</sup>

Departementet konkluderte:

“Reservasjon kan med andre ord være i strid med kravet til forsvarlig og omsorgsfull hjelp etter helsepersonelloven § 4 første ledd. Reservasjon vil kunne medføre en svekket tilgang til førstelinjetjenesten og svekke kvinners rett til reproduktiv helse.”<sup>107</sup>

Vibeke Blaker Strand forstår HOD slik at det avgjørende ikke er om den enkelte kvinnen på ett vis eller et annet får den helsetjenesten hun søker, men hvilke

---

<sup>104</sup> HOD (2014) s. 21.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*

konsekvenser reservasjonskravet vil kunne ha på lang sikt både for enkeltkvinner og for kvinner som gruppe.<sup>108</sup>

Strands analyse av HODs resonnement er del av en redegjørelse for hvordan den individuelle siden av likhetsprinsippet med tiden har blitt supplert med “forpliktelser til å endre økonomiske, sosiale og kulturelle strukturer.”<sup>109</sup> Med “strukturell” eller “systemisk” diskriminering menes “lovregler, praksiser eller holdninger som fører til systematiske ulikheter mellom ulike grupper.”<sup>110</sup> Strukturell diskriminering er dermed en form for indirekte diskriminering, men den rammer grupper av mennesker, ikke enkeltindivider. Likhetsprinsippets strukturelle side handler, ifølge Strand, om “løpende plikter” for “både offentlige myndigheter og private aktører til å iverksette positive tiltak som kan bidra til å avdekke, forhindre og minske forekomsten av diskriminering samt fremme likestilling,” på gruppenivå.<sup>111</sup>

EMD har trukket frem det strukturelle likhetsprinsippet som relevant formål i flere dommer. I *Leyla Şahin* (2005) utfordret klageren et forbud mot bruk av hijab på universitetsområder i Tyrkia. EMD la vekt på hijabens negative symboleffekt, og at plagget

“could not easily be reconciled with *the message* of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society should convey to their pupils” (mine kursiveringer).<sup>112</sup>

EMDs uttalelser i *Leyla Şahin* (2005) er gitt på bakgrunn av at Tyrkia tradisjonelt sett har bygget på et strengt prinsipp om statlig sekularisme, og må leses i kontekst av den tyrkiske statens ønske om nøytralitet og likhet i relasjon til religion.<sup>113</sup> Det som er sagt om det strukturelle likhetsprinsippet på generelt grunnlag, har likevel overføringsverdi. På samme måte som ved bruk av hijab, kan en stille spørsmål ved om fastlegereservasjoner mot oppgaver som gjelder kvinners helse er forenlig med det

---

<sup>108</sup> Strand (2019) s. 442.

<sup>109</sup> Strand (2019) s. 430.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Strand (2019) s. 431.

<sup>112</sup> *Leyla Şahin* (2005) premiss 111 og 115. EMD viste her også til egne betraktninger i *Dahlab* (2001). Dommene er kritisert for å begrunne inngrep i *kvinnens* individuelle rettigheter med hensynet til strukturell kjønnslikestilling, se Strand (2015) s. 186–187 og Equinet (2011) s. 65.

<sup>113</sup> *Leyla Şahin* (2005) premiss 112-116.

grunnleggende ønsket om kjønnslikestilling. Det er i hvert fall ikke tvilsomt at fastleger bør representere det ønsket, i like stor grad som underviserne i *Leyla Şahin* (2005).

Det strukturelle likhetsprinsippet er formalisert i norsk lov og internasjonale konvensjoner. Det kommer jeg tilbake til i forholdsmessighetsvurderingen i delkapittel 3.4.

### 3.3.3. Særlig om *Eweida m.fl. mot Storbritannia* (2013)

*Eweida* (2013) er den mest inngående dommen fra EMD om religiøst begrunnede reservasjonskrav mot enkeltoppgaver i arbeidslivet. Dommen er illustrerende for hvordan EMD bruker det strukturelle likhetsprinsippet, både som et legitimt formål og som et tungtveiende hensyn i forholdsmessighetsvurderingen. Dommen utgjør derfor en viktig rettskilde også i forholdsmessighetsvurderingen i delkapittel 4.4.

Sakene til de to første klagerne, *Eweida* og *Chaplin*, gjaldt bruk av religiøse symboler på arbeidsplassen. Det er de to siste klageres saker, *Ladele* og *McFarlane*, som er tema her.

**Ladele** hadde jobbet som registrar for London Borough of Islington, et lokalt offentlig kontor, siden 1992. I 2002 fikk hun i arbeidsoppgave å registrere fødsler, dødsfall og ekteskap. Da det i 2005 ble tillatt for homofile par i Storbritannia å inngå sivil partnerskap, valgte Islington å gi alle registrarene i oppgave også å registrere sivile partnerskap.

Som konservativ kristen hadde *Ladele* en sterk overbevisning om at sivile partnerskap mellom homofile er i strid med Guds vilje. En stund fikk hun tillatelse til å gjøre uformelle ordninger med andre kolleger, så hun slapp å delta ved partnerskapsinngåelser. Etter en stund aksepterte ikke arbeidsgiveren lenger praksisen. Arbeidsgiveren begrunnet nektelsen med arbeidsplassens “equality and diversity”-reglement.<sup>114</sup> *Ladele* nektet å utføre oppgavene og mistet derfor jobben.

---

<sup>114</sup> *Eweida* (2013) avsnitt 26.

Ladele anførte diskriminering på grunnlag av religion, jf. EMK art. 14 jf. art. 9.<sup>115</sup> EMD slo fast at reservasjonen var beskyttet av art. 9, og at det hadde funnet sted forskjellsbehandling på grunn av religion.<sup>116</sup> Spørsmålet var om forskjellsbehandlingen hadde et saklig formål og oppfylte forholdsmessighetskravet.

EMD trakk frem at arbeidsplassens formål var

“to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being “an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others.”<sup>117</sup>

**McFarlane** jobbet for en privat organisasjon som tilbyr seksualrådgivning og parterapi. Som konservativ kristen hadde han en dyptgående overbevisning om at han ikke kunne gjøre noe som støttet såkalt homofil aktivitet. På grunn av samvittighet krevde han reservasjon mot å rådgi homofile par. Arbeidsgiveren nektet reservasjonen på grunnlag av arbeidsplassens etiske reglement, som forpliktet arbeidstakerne til å unngå diskriminering eksempelvis på grunnlag av seksuell orientering. Også McFarlane mistet jobben.

McFarlane anførte prinsipielt krenkelse av EMK art. 9, subsidiært diskriminering på grunnlag av religion, jf. EMK art. 14 jf. art. 9.<sup>118</sup> EMD gjorde en lignende formålsvurdering som i Ladeles sak. Formålet var “to secure the implementation of [arbeidsgiverens] policy of providing a service without discrimination.”<sup>119</sup>

Både for **Ladele** og **McFarlane** la EMD vekt på arbeidsplassenes overordnede målsetning om å forebygge og bekjempe diskriminering i virksomheten. Selv om reglene for fastlegeordningen ikke på samme måte spesifikt er rettet mot ikke-diskriminering, er likebehandling og ikke-diskriminering klart nok prinsipper som

---

<sup>115</sup> Eweida (2013) avsnitt 70.

<sup>116</sup> Eweida (2013) avsnitt 103 og 104.

<sup>117</sup> Eweida (2013) avsnitt 105.

<sup>118</sup> Eweida (2013) avsnitt 107.

<sup>119</sup> Eweida (2013) avsnitt 109.

gjennom syrer kommunens virksomhet og helsetjenesten for øvrig, jf. helse- og omsorgstjenesteloven<sup>120</sup> § 1-1 nr. 2 og 4. De strukturelle målsetningene til Ladeles og McFarlanes arbeidsgivere har slik sett likhetstrekk med de formålene HOD trakk frem ved fastlegeordningen. På bakgrunn av egen praksis, var det ifølge EMD “evident” at forskjellsbehandlingen hadde et legitimt formål.<sup>121</sup>

### **3.3.4. Konklusjon: Formålkravet**

Spørsmålet i delkapittel 3.3. var om reservasjonsnekt ved henvisning til fertilitetsbehandling er begrunnet i et legitimt formål, jf. EMK art. 9-2. Spørsmålet er vurdert på bakgrunn av den norske fastlegeordningens formål i lys av det strukturelle likhetsprinsippet. Rettskildene viser at en strukturell tilnærming til likhetsprinsippet gir et vesentlig mer omfattende vern enn en individuell tilnærming alene. Rettskildene viser også at et formål som bygger på arbeidsplassens mål om å fremme ikke-diskriminerende holdninger og likhet på gruppenivå, etter omstendighetene utgjør et legitimt formål etter EMK art. 9-2.

Reservasjonsnekt ved henvisning til fertilitetsbehandling er begrunnet i de strukturelle hensynene bak fastlegeordningen, blant annet målet om kontinuerlig og lik tilgang til helhetlige allmenntjenester. Konklusjonen blir dermed at reservasjonsnekt er formålsmessig for beskyttelse av “health” og “the rights and freedoms of others” jf. EMK art. 9-2.

---

<sup>120</sup> Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

<sup>121</sup> *Eweida* (2013) avsnitt 105.

## 3.4. Forholdsmessighetskrav

### 3.4.1. Innledende om vurderingstemaet

Det siste vilkåret krever at reservasjonsnekt er “necessary in a democratic society” jf. EMK art. 9-2.

Vilkårets ordlyd gir anvisning på en vurdering av samfunnets behov for inngrep og inngrepets karakter. Det er sikker rett at det er tale om en forholdsmessighetsvurdering, hvor interessene som begrunner inngrepet avveies mot interessene til den som blir utsatt for inngrep. Fokus ligger altså på forholdet mellom mål og middel.

*Handyside* (1976) gjaldt inngrep i EMK art. 10, men forholdsmessighetsvurderingen følger de samme retningslinjene på tvers av konvensjonsbestemmelsene. Om innholdet i vilkåret uttalte EMD:

“[W]hilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with "indispensable" (...), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (...), "useful" (...), "reasonable" (...) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context.”<sup>122</sup>

I *Olsson* (1988) presiserte EMD at forholdsmessighetsvurderingen har to hovedkomponenter:

“[T]he notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued.”<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> *Handyside* (1976) premiss 48.

<sup>123</sup> *Olsson* (1988) premiss 67.

Rent teoretisk betegner Aall komponentene som to kumulative “undervilkår”: Først en generell nødvendighetsvurdering, hvor spørsmålet er om det er behov for “ett eller annet tiltak,” dernest en spesiell forholdsmessighetsvurdering, hvor spørsmålet er om det konkrete inngrepet som er valgt er forsvarlig.<sup>124</sup> De to vurderingene er i praksis sammenfallende.<sup>125</sup>

EMD innrømmer statene en vid skjønnsmargin i vurderinger som statene selv er best egnet til å foreta.<sup>126</sup> Spørsmålet om hva som er forholdsmessig kan variere på tvers av geografiske og kulturelle grenser.<sup>127</sup> I EMDs overprøving av den enkelte statens forholdsmessighetsvurdering, holder EMD seg derfor til å vurdere om de nasjonale myndighetene kom til en “fair balance” mellom de konkurrerende interessene, på bakgrunn av de relevante hensynene.<sup>128</sup>

### **3.4.2. Den moralske integriteten som grunnlag for samvittighetsfriheten**

Et naturlig startpunkt for forholdsmessighetsvurderingen er EMDs prinsipielle uttalelse om religionsfrihetens stilling:

“[A]s enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. In its religious dimension it is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.”<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> Aall (2015) s. 156.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Aall (2015) s. 159 flg.

<sup>127</sup> Strand skriver om skjønnsmarginen og fraværet av en europeisk konsensus om forholdet mellom stat og religion i Strand (2015) s. 167-170.

<sup>128</sup> Eksempelvis *Handyside* (1976) premiss 47, *A, B og C* (2010) premiss 229 og *Eweida* (2013) premiss 84.

<sup>129</sup> *Kokkinakis* (1993) premiss 31, gjentatt eksempelvis i *Leyla Şahin* (2005) premiss 104, *Eweida* (2013) premiss 79, *S.A.S* (2014) premiss 124 og *İzzettin Doğan* (2016) premiss 103.

Høyesterett poengterte i Spiralnektdommen at avveiningene knyttet til reservasjonsrett må foretas med dette som bakgrunn.<sup>130</sup>

EMDs prinsipputtalelse gir rettigheten i art. 9 et sterkt vern. Som vist i kapittel 3, beskytter bestemmelsen den enkeltes moralske integritet. Moralsk integritet er evnen til å handle i tråd med egne moralske prinsipper, og er tett knyttet til identitet.<sup>131</sup> Moralsk integritet er en grunnleggende verdi i et moderne demokratisk samfunn som verdsetter personlig frihet, respekt og likeverd. Et sterkt vern for den moralske integriteten er dermed ønskelig på generelt grunnlag.

Den moralske integriteten er kanskje særlig viktig i legeprofesjonen.<sup>132</sup> Leger foretar skjønnsmessige vurderinger i spørsmål som i ytterste grad handler om liv og død. Det er derfor en selvstendig samfunnsmessig interesse at leger har høye moralske standarder.<sup>133</sup> Det tilsier at legene, også som en sikkerhetsmekanisme, bør tilkjennes et visst moralsk spillerom.

Til tross for dette aksepterer EMD stadig innskrenkninger i religionsfriheten.<sup>134</sup> Det kan forklares dels med at den individuelle religionsfriheten, i et moderne og mangfoldig samfunn, kolliderer med andre grunnleggende verdier som likebehandling og åpenhet. Det kan også dels forklares med skjønnsmarginen. Prinsipputtalelsen til EMD bidrar likevel ved å sette en nokså høy terskel for hvilke hensyn som kan legitimere et inngrep i religionsfriheten. Det skal som utgangspunkt gode grunner til for å akseptere inngrepet som forholdsmessig.

### **3.4.3. Om de individuelle konsekvensene for fastlegen**

Konklusjonen i kapittel 2 var at samvittighetskvalene forbundet med fertilitetsbehandling er av en slik tyngde og viktighet at reservasjonskrav kan kvalifisere til beskyttelse etter EMK art. 9-1. En naturlig forutsetning som følge av

---

<sup>130</sup> Spiralnektdommen avsnitt 88.

<sup>131</sup> Samvittighetsutvalget definerer moralsk integritet som “evnen til å handle i tråd med samvittighetens dom og ens dype overbevisninger også når det medfører personlig belastning,” se NOU 2016: 13 s. 28.

<sup>132</sup> HOD (2014) s. 19.

<sup>133</sup> Magelssen og Folstad (2011) s. 10.

<sup>134</sup> Det har særlig vært en rekke dommer om bruk av religiøse symboler i det offentlige rom, som *Dahlab* (2001), *Leyla Şahin* (2005), *Eweida* (2013) og *S.A.S.* (2014).



konklusjonen er at overbevisningen for den enkelte fastlegen er så sterk at det ikke er et reelt alternativ å akseptere reservasjonsnekt og fortsette i arbeidet. Det medfører at fastlegen som nektes reservasjon, i ytterste konsekvens mister jobben.

Konsekvensen av reservasjonsnekt var å miste jobben også for Ladele og McFarlane i *Eweida* (2013). EMD betegnet dette som “serious” og “a severe sanction with grave consequences for the applicant.”<sup>135</sup> Det tilsier isolert sett at faren for arbeidsløshet er et tungtveiende hensyn, og taler for at reservasjonsnekt er et uforholdsmessig inngrep.

Fastlegetilfellet skiller seg likevel fra Ladele og McFarlanes tilfeller når det gjelder yrke og utdanning. Fastlegene er allmennleger med en utdanning som er relevant for mange stillinger. Verken Ladele eller McFarlane var i den situasjonen at de sto uten mulighet for annet arbeid. Likevel er det få utdannelser som åpner så mange dører som profesjonsutdannelsen i medisin. Denne forskjellen tilsier at faren for å miste jobben ikke er en så alvorlig konsekvens for fastlegen, som den var for Ladele og McFarlane.<sup>136</sup>

#### **3.4.4. Om aksept av begrensninger i religionsfriheten**

Dersom en arbeidstaker ved ansettelse har akseptert en begrensning i religionsfriheten, vil det særskilt kunne være å regne som et avkall på den delen av religionsfriheten etter art. 9-1.<sup>137</sup> I *Eweida* (2013) presiserte EMD at slik aksept er et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen etter art. 9-2.<sup>138</sup> Spørsmålet her er om fastlegene som krever reservasjon mot henvisning til fertilitetsbehandling, ved ansettelse har akseptert at henvisning til fertilitetsbehandling, og eventuelt henvisning til fertilitetsbehandling som kan innebære eggdonasjon, er en arbeidsoppgave.

*Kalaç* (1997) gjaldt en militær offiser som ble førtidspensjonert på grunn av “unlawful fundamentalist opinions.”<sup>139</sup> På bakgrunn av at offiseren, ved å velge en karriere i

---

<sup>135</sup> *Eweida* (2013) premiss 106 og 109.

<sup>136</sup> Synspunktet vil måtte justeres ut fra den enkelte fastlegens arbeidsutsikter, som klart nok vil variere med alder og andre personlige forutsetninger. For den generelle drøftelsen jeg gjør her, er det ikke hensiktsmessig å gå nærmere inn på slike forhold.

<sup>137</sup> Aall (2015) s. 257.

<sup>138</sup> *Eweida* (2013) premiss 109.

<sup>139</sup> *Kalaç* (1997) premiss 8 og Aall (2015) s. 257.

militæret, hadde akseptert å bli underlagt andre restriksjoner enn det som gjelder for sivile, konkluderte EMD med at inngrepet var forholdsmessig etter EMK art. 9-2.<sup>140</sup>

Tvillingsakene *Grimmark* (2020) og *Steen* (2020) gjaldt som nevnt begge en svensk sykepleier og utdannet jordmor, som ble nektet arbeid som jordmor fordi hun krevde reservasjon mot å bistå ved abort. Begge er avvisningssaker, men EMD kommenterte vurderingene etter EMK art. 9 i korte trekk. EMD poengterte at svenske arbeidstakere, ved kontraktsinngåelse, aksepterer “all duties inherent to the post.”<sup>141</sup> Det ble trukket frem at klageren

“had voluntarily chosen to become a midwife and apply for vacant posts while knowing that this would mean assisting also in abortion cases.”<sup>142</sup>

EMD anså det dermed som forholdsmessig at klageren aldri ville kunne arbeide som jordmor.<sup>143</sup>

Klagerne i *Grimmark* (2020) og *Steen* (2020) reserverte seg mot gjennomføring og assistering ved abort. Et ønske om reservasjon i de tilfellene er forståelig for mange, og noe vi i Norge har anerkjent ved lov og forskrift.<sup>144</sup> Klagerne hadde heller ingen kvaler ved å pleie kvinner før og etter inngrepet.<sup>145</sup> Disse omstendighetene gjør at EMDs resonnement fremstår som strengt. Resonnementet må likevel forstås på bakgrunn av Sveriges strenge politiske tilnærming til spørsmålet om reservasjonsrett.<sup>146</sup> Sverige har ingen generelle bestemmelser om reservasjon mot enkeltoppgaver.<sup>147</sup> Det kan tenkes at EMDs konklusjon hviler på en vid skjønnsmargin. Premisset om at arbeidstakeren har akseptert begrensningen, vil derfor ikke nødvendigvis være like tungtveiende i alle tilfeller.

---

<sup>140</sup> *Kalaç* (1997) premiss 28.

<sup>141</sup> *Grimmark* (2020) premiss 26 og *Steen* (2020) premiss 21.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.* I begge sakene var det av betydning at klageren kunne falle tilbake på yrket som sykepleier.

<sup>144</sup> Abortforskriften § 15 jf. abortloven § 14 andre setning.

<sup>145</sup> *Grimmark* (2020) premiss 6. Denne opplysningen fremgår ikke uttrykkelig av *Steen* (2020), men fremstår underforstått.

<sup>146</sup> Mikkelsen og Skarvøy (2014) [nyhetsartikkel].

<sup>147</sup> NOU 2016: 13 s. 79.

I *Eweida* (2013) poengterte EMD at Ladele ikke hadde akseptert noen begrensning i religionsfriheten, fordi den aktuelle arbeidsoppgaven først ble del av arbeidet en tid etter ansettelse.<sup>148</sup> Situasjonen er annerledes for fastleger, ettersom de er allmennpraktiserende, og fastlegeordningen er et offentlig tilbud. Stillingens karakter innebærer at fastlegenes arbeidsoppgaver følger reglene som til enhver tid gjelder for det medisinske tilbudet. Det tilsier at fastlegene har akseptert at henvisning til fertilitetsbehandling er en av arbeidsoppgavene.<sup>149</sup>

Betydningen av premisset om at arbeidstakeren har akseptert begrensningen, må imidlertid være at arbeidstakeren tillegges risikoen for egne forutsetninger. Dette fremstår mest rimelig i tilfellene hvor den aktuelle plikten eller arbeidsoppgaven er sentral for arbeidet. Det var tilfellet både i *Kalaç* (1997), *Grimmark* (2020) og *Steen* (2020). Det samme gjaldt for *Eweida* (2013), hvor McFarlane reservert seg mot å tilby rådgivning til homofile par. EMD trakk frem at McFarlane hadde deltatt i arbeidsgiverens opplæringsprogram vitende om at det ikke ville være åpning for å filtrere klienter basert på seksuell orientering.<sup>150</sup>

Mer spesifikt må det skilles mellom spesialisert helsepersonell, som jordmødre eller gynekologer, og allmennpraktiserende helsepersonell, som fastleger. Henvisning til fertilitetsbehandling er en av utallige arbeidsoppgaver for fastlegene. På bakgrunn av dette fremstår det som tvilsomt at fastlegene har akseptert at henvisning til fertilitetsbehandling er en av arbeidsoppgavene. Dette premisset er derfor av liten betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

### **3.4.5. Fastlegeordningens mål om å være tilgjengelig og helhetlig**

Både Ladele og McFarlane argumenterte for sine saker med at arbeidsgiveren kunne lagt til rette for at kolleger overtok arbeidsoppgavene som klagerne reservert seg mot.<sup>151</sup> Dermed ville ingen klienter få krenket sine individuelle rettigheter i møte med

---

<sup>148</sup> *Eweida* (2013) premiss 106.

<sup>149</sup> Assistert befruktning har vært tilbudt i Norge siden tidlig på 1980-tallet, se Bioteknologirådet (2019). Et unntak kan tenkes for fastleger ansatt før det tidspunktet.

<sup>150</sup> *Eweida* (2013) premiss 109.

<sup>151</sup> *Eweida* (2013) premiss 72 og 74.

reservasjonskravet. Dette argumentet ble utelatt fra EMDs konkrete forholdsmessighetsvurdering i begge sakene.

Dersom arbeidsgivernes formål hadde vært å forhindre diskriminering på *individuell* grunnlag, kan det tenkes at muligheten for oppgaveoverføring ville fått mer oppmerksomhet. Den løsningen tar likevel ikke høyde for rettighetene til kvinner i små kommuner, hvor muligheten for oppgaveoverføring ikke nødvendigvis er reell. Muligheten for oppgaveoverføring er derfor ikke et tungtveiende argument for reservasjonsrett på generelt grunnlag.

EMDs avgjørelse om å utelate argumentet indikerer, ifølge Strand, uansett at oppgaveoverføring “[ikke er] et egnet tiltak dersom målet er å fremme likhet på gruppenivå, fordi slik oppgaveoverføring er begrunnet i en reservasjon der det forskjellsbehandles mellom tjenestemottakere utelukkende på grunn av seksualitet.”<sup>152</sup>

Etter min mening vil Strands slutning stemme i mange tilfeller, men ikke alle. Slik jeg ser det er det, og bør det være, et visst rom for tilpasning som innebærer at begge parters individuelle rettigheter sikres, uten at det går uforholdsmessig utover det strukturelle likhetsprinsippet. Eksemplet fra norsk rett er dagens ordning for abortsøkende kvinner.<sup>153</sup> Det er åpent for diskusjon hvorvidt fastleger har, og burde ha, rett til å avstå fra å henvise abortsøkende kvinner videre. Løsningen har likevel gode grunner for seg, ettersom den ikke innrømmer fastlegene en reservasjonsrett, men ivaretar reservasjonslegenes behov, samtidig som kvinnene ikke får dårligere tilgang på nødvendig helsehjelp.<sup>154</sup>

Likevel er det en relevant forskjell mellom en generell tilpasning i helsetjenestens organisering, og en individuell tilrettelegging for den enkelte fastlegen. Jeg er enig i Strands slutning på det punktet at individuell tilrettelegging, spesifikt i form av oppgaveoverføring, ikke er et egnet tiltak når målet er å fremme strukturell likhet.

---

<sup>152</sup> Strand (2019) s. 439.

<sup>153</sup> Reglene for abortsøkende kvinner ble endret etter den offentlige debatten om reservasjonsrett i 2014. Abortsøkende kvinner kan oppsøke sykehus direkte, jf. abortforskriften § 1 første avsnitt. Dersom en fastlege mottar begjæring om abort, skal fastlegen sende begjæringen videre til sykehus, ikke henvise, jf. fastlegeforskriften § 24 femte avsnitt.

<sup>154</sup> En drøftelse av dagens ordning for abortsøkende kvinner faller utenfor rammen av denne oppgaven. Dette avsnittet er ikke ment som en uttømmende fremstilling av den problemstillingen.

Muligheten for slik oppgaveoverføring er, på bakgrunn av dette, ikke et tungtveiende argument i forholdsmessighetsvurderingen.

### **3.4.6. Betydningen av årsakssammenheng**

Avstanden mellom fastlegens samvittighetsoverbevisning og den moralsk problematiske handlingen ble ikke utslagsgivende i vurderingen av om reservasjonskravet er beskyttet etter EMK art. 9-1.<sup>155</sup> Det er likevel et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen. Ved henvisning til fertilitetsbehandling er det ikke nødvendigvis klart for fastlegen om eller i hvilken form pasienten vil få hjelp ved IVF-behandling. Det gjør reservasjonsnekt mindre inngripende overfor fastlegen. Det taler for at reservasjonsnekt er forholdsmessig.

### **3.4.7. Det strukturelle likhetsprinsippet**

Det strukturelle diskrimineringsvernet er i norsk lov formalisert gjennom aktivitets- og redegjørelsesplikten i likestillings- og diskrimineringsloven<sup>156</sup> (ldl.) §§ 24 til 26 og 26 a. Den innebærer at offentlige myndigheter “i all sin virksomhet” skal arbeide “målrettet og planmessig” for å “fremme likestilling og hindre diskriminering som nevnt i [ldl.] § 6,” jf. § 24 første ledd. En tilsvarende plikt for arbeidslivets organisasjoner og arbeidsgivere følger av §§ 25 og 26. Plikten til å fremme likestilling og hindre diskriminering er etter ordlyden svært vidtrekkende, og krever at offentlige myndigheter arbeider på en spesielt strukturert og gjennomtenkt måte. Dette tilsier i og for seg at formålet om å sikre strukturell likestilling er tungtveiende i forholdsmessighetsvurderingen, og taler for at reservasjonsnekt er forholdsmessig.

Myndighetenes plikt til å fremme likestilling mellom kjønnene, og hindre diskriminering av kvinner som gruppe, er uttrykkelig formulert i KDK.<sup>157</sup> KDK art. 2 bokstav e og f forplikter konvensjonsstatene generelt:

---

<sup>155</sup> Delkapittel 2.3.5.

<sup>156</sup> Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

<sup>157</sup> Strand (2019) s. 432.

“[t]o take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise” og “[t]o take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women.”

Ordlyden verner kvinner mot diskriminering på individuelt plan, ved å hindre at organisasjoner, arbeidsgivere og andre praktiserer ordninger som er til ulempe for kvinner. Den forplikter imidlertid også myndighetene til å jobbe mot eksistensen av strukturer, praksiser og ordninger som innebærer eller åpner for diskriminering av kvinner som gruppe, uavhengig av om en enkelt kvinne er blitt utsatt for individuell diskriminering.

KDK art. 12 omhandler kvinners rett til helse spesifikt, og er særlig relevant for spørsmålet om fastlegers reservasjonsrett:

“1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.”

KDK art. 5 bokstav a forplikter konvensjonsstatene

“[t]o modify the *social and cultural patterns of conduct* of men and women, with a view to achieving the elimination of *prejudices and customary and all other practices* which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women” (mine kursivering).

Mens KDK art. 2 har fokus på å endre de konkrete ordningene som finnes i organisasjoner, på arbeidsplasser og lignende, sikter art. 5 etter ordlyden dypere og forplikter statene til å endre folks felles atferdsmønstre. Målet er å eliminere fordommer og endre holdninger mot kvinner som er innarbeidet i den kollektive bevisstheten.

Formålet med KDK er beskrevet slik av Kvinnediskrimineringskomiteen:

“The Convention, targets *discriminatory dimensions of past and current societal and cultural contexts* which impede women’s enjoyment of their human rights and fundamental freedoms. It aims at the elimination of all forms of discrimination against women, including the elimination of *the causes and consequences* of their de facto or substantive inequality” (mine kursiveringer).<sup>158</sup>

Formålet er altså å eliminere ikke bare selve diskrimineringen, men også den sosiale og kulturelle konteksten som ligger til grunn for diskriminerende strukturer og praksis, og konsekvensene av disse. De strukturelle forpliktelsene som er kommet til uttrykk i KDK art. 2 og 5, tjener nettopp dette formålet.

Denne gjennomgangen viser det strukturelle likhetsprinsippets tyngde og rekkevidde i formelle rettskilder. Det gjør at hensynet til strukturell kjønnslikestilling er tungtveiende i forholdsmessighetsvurderingen, og taler for at reservasjonsnekt er forholdsmessig.

I *Eweida* (2013) kom EMD til at det strukturelle formålet var “the most important factor to be taken into account” i forholdsmessighetsvurderingen i McFarlanes sak.<sup>159</sup> Høyesterett er ikke like tydelige i *Spiralnektdommen*: Retten slo kort fast at reservasjoner nok ikke kan aksepteres dersom det går utover pasientens individuelle rettigheter,<sup>160</sup> for så å presisere at avveiningene blir “mer kompliserte” når de kvinnene det gjelder sikres forsvarlig helsehjelp.<sup>161</sup>

Strand argumenterer for at Høyesteretts betraktninger usynliggjorde det strukturelle likhetsprinsippet, og mener at føringene vanskelig kan harmoniseres med det EMD ga uttrykk for i *Eweida* (2013).<sup>162</sup> Høyesterett understreket riktignok den sentrale betydningen til EMK art. 9, og slo fast at KDK ikke er i veien for å akseptere

---

<sup>158</sup> Kvinnediskrimineringskomiteen General Recommendation (2004) nr. 25 avsnitt 14.

<sup>159</sup> *Eweida* (2013) premiss 109.

<sup>160</sup> *Spiralnektdommen* avsnitt 85.

<sup>161</sup> *Spiralnektdommen* avsnitt 87.

<sup>162</sup> Strand (2019) s. 443 flg.

reservasjonsrett for fastleger i enkelte tilfeller.<sup>163</sup> Høyesterett presiserte likevel følgende:

“Det at kvinnekonvensjonen ikke er til hinder for at reservasjonsrett etter omstendighetene kan aksepteres, innebærer ikke at de hensyn departementet har fremhevet, er uten selvstendig vekt, men den avveining som må gjøres mot vernet om tanke-, samvittighets- og religionsfriheten, får en noe annen karakter.”<sup>164</sup>

Slik jeg ser det, er det riktig av Høyesterett å anerkjenne nyansene og kompleksiteten i vurderingene som må foretas. Heller ikke EMD har sagt at reservasjonsrett aldri kan aksepteres. Den konkrete avveiningen mellom hensynene må gjøres i hvert enkelt tilfelle. Det presiserte også Høyesterett. Jeg er derfor ikke enig i Strands slutning på dette punktet. Det som er sagt rettens obiter dictum i Spiralnektdommen, er ikke utslagsgivende i noen retning.

### **3.4.8. Konklusjon: Forholdsmessighetskravet**

Jeg har i delkapittel 3.4. drøftet om det å nekte fastleger reservasjon mot henvisning til fertilitetsbehandling er “necessary in a democratic society” jf. EMK art. 9-2.

Den moralske integriteten i art. 9 har et sterkt vern, og de individuelle konsekvensene for fastlegen er et tungtveiende hensyn. Avstanden mellom samvittighetsoverbevisningen og den moralsk problematiske handlingen, svekker imidlertid argumentets vekt i tilfellene som gjelder henvisning til fertilitetsbehandling. Den grunnleggende forutsetningen for fastlegeordningen, at det skal være en tilgjengelig og helhetlig helsetjeneste for alle som bruker den, må veie tyngst i forholdsmessighetsvurderingen. Det strukturelle likhetsprinsippets vidtrekkende vern i ved lov, konvensjon og praksis støtter den vurderingen.

Konklusjonen blir at det å nekte fastleger reservasjon mot henvisning til fertilitetsbehandling er “necessary in a democratic society,” jf. EMK art. 9-2.

---

<sup>163</sup> Spiralnektdommen avsnitt 87–88 og 90.

<sup>164</sup> Spiralnektdommen avsnitt 91.



### **3.5. Konklusjon ut fra drøftelsen etter EMK art. 9 nr. 2**

Problemstillingen i kapittel 3 var om det å nekte fastleger reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling, er et rettmessig inngrep i religionsfriheten i tråd med vilkårene i art. 9-2. Drøftingen viser at inngrepet er “prescribed by law,” at det har som formål å beskytte “health” og “the rights and freedoms of others” og at det er “necessary in a democratic society.” De tre kumulative vilkårene for rettmessig inngrep i art. 9-1, er dermed innfridd.

Konklusjonen er at det å nekte fastleger reservasjonskrav mot henvisning til fertilitetsbehandling, er et rettmessig inngrep i religionsfriheten i tråd med vilkårene i art. 9-2.

### **3.6. Tilbyr diskrimineringsvernet etter GrL § 98 selvstendig beskyttelse ved siden av EMK art. 9?**

Det generelle diskrimineringsvernet er fastslått i Grunnloven § 98:

“Alle er like for loven.

Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.”

Denne ordlyden er vid, og andre avsnitt er nær sagt ubegrenset i saklig virkeområde. Første avsnitt fremstår som en prinsippbestemmelse.<sup>165</sup> Diskrimineringsforbudet i andre avsnitt gir derimot en individuell rettighet som kan påberopes for domstolene i enkeltsaker. Dette fremgår av ordlyden “Intet menneske,” og var det tilsiktede

---

<sup>165</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 144.

innholdet ved utarbeidelsen.<sup>166</sup> Det ble likevel fremhevet at den nærmere grensen for hva som er å anse som usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling, må trekkes av politiske myndigheter.<sup>167</sup>

Det generelle diskrimineringsvernet er med dette som bakgrunn videre utdypet i ldl. § 6.<sup>168</sup> Første avsnitt lyder:

“Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt. Med etnisitet menes blant annet nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk.”

Bestemmelsen forbyr ulovlig forskjellsbehandling blant annet på grunnlag av “religion,” jf. også ldl. § 6 fjerde avsnitt. Etter den vide ordlyden rammer bestemmelsen diskriminering som er begrunnet i en hvilken som helst religiøs overbevisning eller tilknytning. Det norske diskrimineringsvernet bygger imidlertid på et grunnleggende, internasjonalt prinsipp om ikke-diskriminering.<sup>169</sup> Det norske vilkåret “religion” må derfor tolkes i lys av det internasjonale vernet mot diskriminering på grunnlag av religion.<sup>170</sup>

Forskjellsbehandling er lovlig dersom det har et “saklig formål,” er “nødvendig for å oppnå formålet” og “ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles,” jf. § 9 første avsnitt.<sup>171</sup> Vilkårene for lovlig forskjellsbehandling svarer til det som følger av internasjonal praksis knyttet til EMK art. 14 og SP art. 2.<sup>172</sup>

---

<sup>166</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 148.

<sup>167</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 147.

<sup>168</sup> HR-2018-872-A avsnitt 41.

<sup>169</sup> Prop. 81 L (2016-2017) kap. 5.

<sup>170</sup> Sundet, Tron Løkken, *Norsk Lovkommentar: Likestillings- og diskrimineringsloven*, note 35, Rettsdata.no (lastet ned 21. oktober 2020) og Aall (2015) s. 69.

<sup>171</sup> Terskelen for forholdsmessighet er for flere diskrimineringsgrunnlag skjerpet ved direkte forskjellsbehandling i arbeidsforhold, jf. ldl. § 9 andre avsnitt. Bestemmelsen tolkes i samsvar med EUs direktiver og EU-domstolens praksis, se Prop. 81 L (2016-2017) s. 316.

<sup>172</sup> For EMK art. 14, eksempelvis *Den belgiske språksak* (1968) premiss 10, *Abdulaziz* (1985) premiss 72 og *Konstantin Markin* (2012) premiss 125. For SP art. 2, Menneskerettighetskomiteen General Comment (1989) nr. 18 avsnitt 13, hvor komiteen la til grunn en nokså lik inngrepsadgang som den etter EMK art. 14. Temaet er også behandlet i Strand (2012) s. 215.

Forskjellsbehandling er noe som en nødvendigvis utsettes for i forbindelse med et gitt annet forhold, det være seg beskyttelse mot inngrep, utnyttelse av rettigheter eller tildeling av goder. Etter EMK art. 14 er diskrimineringsvernet spesifikt knyttet til de øvrige rettighetene. Det vil si at diskrimineringsvernet er en aksessorisk rettighet, som kommer i tillegg til andre rettigheter. EMD formulerer diskrimineringsvernets aksessoriske karakter slik:

“Article 14 of the Convention has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols.”<sup>173</sup>

Det tilsier at diskrimineringsvernet ikke tilbyr selvstendig beskyttelse ved siden av EMK art. 9. EMD presiserer imidlertid:

“However, the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions and to this extent it is autonomous. For Article 14 to become applicable it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols.”<sup>174</sup>

Kravet for at en religiøs overbevisning eller handling skal være beskyttet etter diskrimineringsvernet, er med andre ord at overbevisningen eller handlingen faller innenfor rekkevidden, omfanget eller området til EMK art. 9, men uten at det nødvendigvis er gjort inngrep i rettigheten.<sup>175</sup> Terskelen for beskyttelse etter diskrimineringsvernet er altså lavere enn terskelen for beskyttelse etter EMK art. 9.

Resultatet av denne rettstilstanden er at et faktum som ikke utgjør et inngrep i religionsfriheten etter EMK art. 9-1, i mange tilfeller likevel er beskyttet av og må vurderes mot diskrimineringsvernet. Dette konstaterte EMD blant annet i *Bayatyan* (2011):

---

<sup>173</sup> Eksempelvis *Eweida* (2013) premiss 86.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Denne nyansen er behandlet av Aall, som bruker følgende eksempel: “Artikkel 8 garanterer ikke en rett til å adoptere. Men dersom nasjonal rett likevel tilstår en slik rett, må den anvendes på en ikke-diskriminerende måte,” se Aall (2018) s. 77. Se også formuleringen i *Abdulaziz* (1985) premiss 71.

“The finding that [Article 9] did not guarantee a right to conscientious objection was upheld by the Commission on several subsequent occasions (...). In these cases, nevertheless, the Commission was prepared to accept that, notwithstanding the above principles, the facts fell within the ambit of Article 9 and the applicants’ allegations of discrimination were therefore to be examined under Article 14 of the Convention.”<sup>176</sup>

Diskrimineringsvernet tilbyr etter dette selvstendig beskyttelse ved siden av EMK art. 9, når faktum ikke utgjør et inngrep i religionsfriheten etter EMK art. 9-1.

Der faktum derimot utgjør et inngrep i religionsfriheten etter EMK art. 9-1, slik konklusjonen var i kapittel 3, vil faktum nødvendigvis også ha en side til diskrimineringsvernet. Ettersom vilkårene om formål og forholdsmessighet har samme innhold på tvers av konvensjonsbestemmelsene, vil det likevel sjelden være nødvendig å foreta en drøftelse etter begge grunnlagene. Ifølge EMD vil vurderingen av formål og forholdsmessighet etter art. 9 og art. 14 konsumere hverandre.<sup>177</sup> Problemstillingen om reservasjonsrett er derfor gjennomgående løst enten som et spørsmål om inngrep i religionsfriheten, eller som et spørsmål om usaklig forskjellsbehandling.<sup>178</sup> Jeg legger det samme til grunn her, og avgrenser dermed mot en videre drøftelse av sakens side til diskrimineringsvernet.

---

<sup>176</sup> *Bayatyan* (2011) premiss 96.

<sup>177</sup> EMD har gjentatte ganger presisert at det er unødvendig å vurdere begge rettsgrunnlag, eksempelvis i *Bayatyan* (2011) premiss 97, *Eweida* (2013) premiss 95, 101 og 110 og *Thlimmenos* (2000) premiss 52–53.

<sup>178</sup> For Høyesterett, *Spiralnektdommen* avsnitt 75 og videre. Høyesterett unnlot å kommentere diskrimineringsaspektet, muligens fordi retten la til grunn at reservasjonsnekt utgjorde et inngrep i EMK art. 9. For EMD, igjen *Bayatyan* (2011) premiss 97 og *Eweida* (2013) premiss 95, 101 og 110, sammenlignet med *Thlimmenos* (2000) premiss 52–53.

## 4. En analyse av rettstilstanden i et rettspolitisk perspektiv og noen avsluttende betraktninger

Jeg har i de foregående kapitlene drøftet hvorvidt det å nekte fastleger reservasjon mot henvisning til fertilitetsbehandling, utgjør en krenkelse av fastlegenes religionsfrihet etter EMK art. 9. Konklusjonen ble at reservasjonsnekt er et rettmessig inngrep i religionsfriheten, som oppfyller vilkårene i EMK art. 9-2. Det vil si at dagens rettstilstand, som stenger for reservasjonsrett på generelt grunnlag, og ikke åpner for reservasjonsadgang i enkelttilfeller, er lovlig.

Drøftelsene så langt har handlet om hva som er gjeldende rett. Et annet spørsmål er om rettstilstanden er ønskelig slik den er, eller om det finnes grunner til at reglene bør utformes eller tolkes annerledes. Målet i kapittel 4 er å knytte noen bemerkninger til dette spørsmålet.

Menneskerettighetene har i kjernen hatt som mål å sikre *individuelle* rettigheter mot inngrep fra staten.<sup>179</sup> Der rettigheter kolliderer med hverandre, er det et overordnet formål å finne en rimelig balanse mellom de to. Dette formålet om balanse gjennomsyrrer reguleringen av rettigheter som kan komme til å påvirke andre, og kommer tydeligst til uttrykk i inngrepshjemlene. Et typisk eksempel er religionsfriheten, der det er presisert at rettigheten vil kunne måtte vike for “the protection of the rights and freedoms of others.”<sup>180</sup>

Problemstillingen om reservasjonsrett handler langt på vei om en avveining mellom fastlegenes individuelle religionsfrihet på den ene siden, og målet om kjønnslikestilling, på individuelt og strukturelt nivå, på den andre. Et individfokuset syn på menneskerettighetene innebærer at reservasjon kan aksepteres såfremt det ikke hindrer pasientens tilgang på helsetjenester, og det kan fremstå som en rimelig balanse at ingen

---

<sup>179</sup> Menneskerettighetenes idéhistoriske bakgrunn er kort behandlet i Aall (2015) s. 21–22.

<sup>180</sup> EMK art. 9-2.

av partene blir utsatt for en individuell krenkelse. Konvensjonspraksis har isteden gått i retning av et større fokus på den strukturelle siden av rettighetene, som går videre enn det rent individuelle vernet. Domstolene, særlig EMD, har i en rekke enkeltsaker vært tilbøyelige til å akseptere de strukturelle hensynene for likhet som mer tungtveiende enn den individuelle retten til religionsutøvelse.

Denne konvensjonspraksisen er en viktig del av grunnlaget for konklusjonen etter gjeldende rett. Rettstilstanden kan fremstå unødvendig streng overfor fastlegene. Det kan argumenteres for at en rimeligere middelvei er å åpne for reservasjonsadgang i enkelttilfeller, hvor forutsetningen er at reservasjonen ikke i urimelig grad går ut over den enkelte pasientens rettsstilling. En mulig løsning er i så fall Samvittighetsutvalgets anbefaling, nemlig at reservasjonsønsker kan aksepteres dersom følgende tre vilkår er oppfylt.<sup>181</sup>

1. Arbeidstakerens ønske om reservasjon mot å utføre bestemte arbeidsoppgaver bygger på en dyp og viktig samvittighetsoverbevisning;
2. Reservasjon kan finne sted uten at det er inngripende for tredjepart;
3. Reservasjon er gjennomførbart i praksis uten for store ulemper for arbeidsgiver og kollegaer.

En åpning for reservasjon i enkelttilfeller krever en grensedragning mellom fastlegene som skal tillates reservasjon, og fastlegene som ikke skal det. Typisk er det vanskeligere med individuell tilrettelegging på mindre steder, hvor det ikke nødvendigvis finnes kolleger som kan overta henvisningsoppgaven. Dermed vil et rent praktisk forhold, som hvilken kommune fastlegen jobber, kunne få betydning for om reservasjonsønsket imøtekommes.<sup>182</sup> Det reiser spørsmål om likebehandling fastlegene imellom.

Ved henvisning til fertilitetsbehandling er det en større avstand mellom fastlegens handling og det moralsk problematiske, enn eksempelvis ved henvisning til abort eller innsetting av spiral. Det gir lite mening å åpne for reservasjonsadgang ved henvisning

---

<sup>181</sup> NOU 2016: 13 s. 125. Magelssen argumenterer for et mer detaljert mål bestående av syv kriterier, se Magelssen (2011).

<sup>182</sup> Tingelholm trakk frem dette argumentet som relevant for den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, se Tingelholm (2018).

til fertilitetsbehandling, uten samtidig å åpne for reservasjonsadgang ved enkelte andre oppgaver. Dette basert på et “fra det mer til det mindre”-perspektiv, og ønsket om sammenheng mellom rettsreglene. Dersom det åpnes for reservasjonsadgang, oppstår spørsmålet om hvor grensen går mellom handlingene fastlegene kan og ikke kan reservere seg mot. Disse hensynene utgjør argumenter for dagens strenge, men enkelt håndterbare rettstilstand.

Problemstillingen har, som nevnt i innledningskapitlet, fått ny aktualitet etter at eggdonasjon ble tillatt i Norge våren 2020. Jeg har beskrevet hvordan eggdonasjon skiller seg fra sæddonasjon, ved at det ved eggdonasjon oppstår et skille mellom biologisk mor og genetisk mor,<sup>183</sup> og at det i mange tilfeller er kvaler ved eggdonasjon spesifikt som ligger til grunn for kvaler ved assistert befruktning.<sup>184</sup>

Reservasjonskravene som skyldes en tanke om barnets rett til å vokse opp med sine genetiske foreldre, og særlig sin genetiske mor, kan anses å bygge på en kulturelt betinget, tradisjonell forståelse av hva som utgjør morskap.<sup>185</sup> Sjefredaktør i Tidsskrift for Den norske legeforening, Ragnhild Elise Ørstavik, er en av flere som har påpekt hvordan eggdonasjon “bryter med det gamle faktum at barn som vokser opp hos sine biologiske foreldre, alltid vil kjenne sin genetiske mor.”<sup>186</sup>

Det er en kjensgjerning at de til enhver tid rådende kulturelle oppfatningene om hva som er rett og galt, historisk sett har begrenset kvinners rettigheter sammenlignet med menns. Det fremstår å være en faktor også her. Disse tradisjonelle oppfatningene er slik jeg ser det nettopp slike holdninger som det strukturelle likhetsprinsippet søker å avvikle.<sup>187</sup> Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om oppfatningene i det hele tatt er beskyttelsesverdige som grunnlag for reservasjonsrett.

Den nåværende rettstilstanden har etter dette gode grunner for seg. Et vanlig synspunkt mot reservasjonsrett for fastleger generelt, er at fastlegen bør forholde seg nøytral til det

---

<sup>183</sup> Delkapittel 2.3.4.

<sup>184</sup> Delkapittel 3.3.2.

<sup>185</sup> Solbrække og Kvernflaten (2019) [kronikk] om mor som “det sikre opphav.”

<sup>186</sup> Ørstavik (2017). Hun følger opp med å vise til at det ut fra empirien ikke er en større belastning for barn å være født etter eggdonasjon enn å være født etter annen form for assistert befruktning, se Ørstavik (2017) med videre henvisning til Helsedirektoratet (2015).

<sup>187</sup> KDK art. 5.

som er pasientens lovfestede rettigheter.<sup>188</sup> Legens samfunnsansvar som profesjonell yrkesutøver er altså mer tungtveiende enn vedkommendes individuelle moralske integritet.<sup>189</sup> Moralsk integritet er et gode for samfunnet, for profesjonen og for pasientene. Til tross for ulempene for den enkelte fastlegen, kan jeg på bakgrunn av disse betraktningene likevel ikke se at det er mulig å imøtekomme reservasjonsønsket uten at det kompromitterer det strukturelle diskrimineringsvernet i en grad som ikke er ønskelig. Konklusjonen er at fastlegens samvittighetskvaler forbundet med fertilitetsbehandling verken blir, eller bør bli, løst gjennom en tilpasning av rettsreglene.

---

<sup>188</sup> Dette synspunktet kan gå igjen i flere av argumentene som ble funnet i Bjarte Onsruds analyse av den offentlige debatten fra 2014, se oversikten over argumenter i Onsrud (2014). De følgende er noen eksempler: “Reservasjon er fordømmende og ydmykende”; “Reservasjon skaper uforutsigbarhet for pasientene”; “Det er kvinnens valg og rettighet”; “Religiøst tankegods bør holdes borte fra helsevesenet”; “Privat moral kan ikke styre helsetilbudet fastleger gir”; “Fastleger må tolerere alle pasienter”; “Fastleger må kunne likebehandle alle pasienter”; “Pasienter skal ikke måtte argumentere for sine lovfestede rettigheter.”

<sup>189</sup> Synet på omsorgsprofesjoner som bærere av et samfunnsmandat, “til å utføre sine arbeidsoppgaver etter beste evne, samtidig som de har et ansvar for å ivareta rettighetene til brukerne etter beste evne,” er behandlet i Strand, Anne Mari R. (2018) s. 295.



# Kildeliste

## Lover og forskrifter:

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
1975	Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd [abortloven]
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
2001	Forskrift 15. juni 2001 nr. 635 om svangerskapsavbrudd (abortforskriften)
2003	Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)
2011	Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
2012	Forskrift 29. august 2012 nr. 842 om fastlegeordning i kommunene [fastlegeforskriften]

## Endringslover og -forskrifter:

Forskrift nr. 1524/2014	Forskrift 5. desember 2014 nr. 1524 om endring i fastlegeforskriften
Lov nr. 78/2020	Lov 19. juni 2020 nr. 78 om endringer i bioteknologiloven mv.

## Rundskriv:

Rundskriv I-4/2011	Helse- og omsorgsdepartementet. Rundskriv I-4/2011 Om reservasjon for leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Datert 31. oktober 2011.
--------------------	--

## Forarbeider og offentlige utredninger:

Dok. 16 (2011-2012)	Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Avgitt 19. desember 2011.
Dok. 12: 30 (2011-2012)	Grunnlovsforslag 30 (2011-2012) fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande. Datert 28. september 2012.
Prop. 88 L (2012-2013)	Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven). Datert 22. mars 2013.
Innst. 186 S (2013-2014)	Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen. Datert 7. mai 2014.
HOD (2014)	Helse- og omsorgsdepartementet, "Høringsnotat – Forslag om å fjerne henvisning fra fastlegen når kvinner begjærer svangerskapsavbrudd," 27. juni 2014.
HOD (2015)	Helsedirektoratet, "Evalueringsrapport av bioteknologiloven 2015. Oppdatering om status og utvikling på fagområdene som reguleres av loven." Utgitt august 2015.
NOU 2016: 13	NOU 2016: 13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet. Utredning for utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 13. mars 2015. Avgitt til Arbeids- og sosialdepartementet 6. september 2016.
Prop. 81 L (2016-2017)	Prop. 81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven). Datert 5. april 2017.

## Norsk rettspraksis:

### *Høyesterett:*

Rt. 2000 s. 1602	Nøkk-dommen
Rt. 2001 s. 418	Kårstø-dommen
Rt. 2004 s. 357	
Rt. 2015 s. 93	
HR-2018-872-A	
HR-2018-1958-A	Spiralnektdommen

### *Nemndspraksis:*

LDN-2014-46	
LDN-2017-2	
DIN-2018-48	Skolesaken
DIN-2018-325	Posten-saken

## **EU-direktiver:**

Direktiv 2000/78/EF	Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
Direktiv 2006/54/EF	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (omarbeiding). [Likestillingsdirektivet].

## Internasjonale konvensjoner:

- 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (norsk oversettelse). Forkortet EMK.
- 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16. desember 1966. Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (norsk oversettelse). Forkortet SP.
- 1969 Vienna Convention on the law of treaties, Wien, 23. mai 1969. Wien-konvensjonen om traktatretten (norsk oversettelse).
- 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, New York, 18. desember 1979. Konvensjonen om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner (norsk oversettelse). Forkortet KDK.

## Praksis fra EMD:

- Den belgiske språksak* (1968) *Den belgiske språksak* [P], nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 og 2126/64, [1968], ECLI:CE:ECHR:1968:0723JUD000147462.
- Handyside* (1976) *Handyside mot Storbritannia* [P], no. 5493/72, [1976], ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372.
- Sunday Times* (1979) *Sunday Times mot Storbritannia* [P], no. 13166/87, [1991] ECLI:CE:ECHR:1991:1126JUD001316687.
- C mot Storbritannia* (1983) *C mot Storbritannia* [P], no. 10358/83, [1983], ECLI:CE:ECHR:1983:1215DEC001035883.
- Abdulaziz* (1985) *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mot Storbritannia* [P], nos. 9214/80, 9473/81 og 9474/81, [1958], ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480.

<i>Olsson</i> (1988)	<i>Olsson mot Sverige</i> [P], no. 10465/83, [1988], ECLI:CE:ECHR:1988:0324JUD001046583.
<i>Kokkinakis</i> (1993)	<i>Kokkinakis mot Hellas</i> [J], no. 14307/88, [1993], ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788.
<i>Kalaç</i> (1997)	<i>Kalaç mot Tyrkia</i> [J], no. 20704/92, [1997], ECLI:CE:ECHR:1997:0701JUD002070492.
<i>Pichon</i> (2001)	<i>Pichon og Sajous mot Frankrike</i> [A], no. 49853/99, [2001], ECLI:CE:ECHR:2001:1002DEC004985399.
<i>Leyla Şahin</i> (2005)	<i>Leyla Şahin mot Tyrkia</i> [GC], no. 44774/98, [2005], ECLI:CE:ECHR:2005:1110JUD004477498.
<i>Opuz</i> (2009)	<i>Opuz mot Tyrkia</i> [J], no. 33401/02, [2009], ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102.
<i>A, B og C</i> (2010)	<i>A, B og C mot Irland</i> [GC], no. 25579/05, [2010], ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905.
<i>Bayatyan</i> (2011)	<i>Bayatyan mot Armenia</i> [GC], no. 23459/03, [2011], ECLI:CE:ECHR:2011:0707JUD002345903.
<i>Konstantin Markin</i> (2012)	<i>Konstantin Markin</i> [GC], no. 30078/06, [2012], ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806.
<i>Eweida</i> (2013)	<i>Eweida m.fl. mot Storbritannia</i> [J], nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 og 36516/10, [2013], ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010.
<i>S.A.S.</i> (2014)	<i>S.A.S. mot Frankrike</i> [GC], no. 43835/11, [2014], ECLI:CE:ECHR:2014:0701JUD004383511.
<i>İzzettin Doğan</i> (2016)	<i>İzzettin Doğan m.fl. mot Tyrkia</i> [GC], no. 62649/10, [2016], ECLI:CE:ECHR:2016:0426JUD006264910.
<i>Hamidović</i> (2017)	<i>Hamidović mot Bosnia-Hercegovina</i> [J], no. 57792/15, [2017], ECLI:CE:ECHR:2017:1205JUD005779215.
<i>Grimmark</i> (2020)	<i>Grimmark mot Sverige</i> [A], no. 43726/17, [2020], ECLI:CE:ECHR:2020:0211DEC004372617.
<i>Steen</i> (2020)	<i>Steen mot Sverige</i> [A], no. 18724/05, [2020], ECLI:CE:ECHR:2007:0614DEC001872405.

## **Praksis fra EU-domstolen:**

*Achbita* (2017) Dom 14. mars 2017 [GC], *Achbita*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

## **Komiteuttalelser:**

*Menneskerettighetskomiteen:*

Menneskerettighetskomiteen, CCPR General Comment no. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 30. juli 1993.

*Kvinnediskrimineringskomiteen:*

Kvinnediskrimineringskomiteen, General Recommendation no. 25: Article 4 Paragraph 1 on Temporary Special Measures, 2004.

## **Litteratur:**

*Bøker:*

Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utg., M.H. Andenæs 2009.

Fredriksen og Mathisen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2014.

Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004.

Ruud og Ulfstein (2017) Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Folkerett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2011.

- Skjønberg, Hognestad og Jenum (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Gyldendal Juridisk 2017.
- Strand (2012) Strand, Vibeke Blaker, *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse: Hvor langt rekker individvernet?*, Gyldendal 2012.
- Aall (2015) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015.
- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018.

*Artikler og bokkapitler:*

- Magelssen og Folstad (2011) Magelssen, Morten og Torbjørn Folstad, “Bør leger ha reservasjonsrett ved assistert befruktning?”, *Etikk i praksis* 2011, 5 (2), s. 7–22.
- Magelssen (2011) Magelssen, Morten, “When should conscientious objection be accepted?”, *Journal of Medical Ethics* 38 (2012) nr. 1, s. 18–21.
- Rebbestad (2019) Rebbestad, Sunniva Nicole, “Kravet om å håndhelse på begge kjønn,” *Lovdata*, 4. januar 2019, <https://lovdata.no/pro/#article&id=2295> (lest 13. oktober 2020) [artikkel].
- Strand (2014) Strand, Vibeke Blaker, “Bruk av hijab i politiet: Individuelt og strukturelt diskrimineringsvern på kollisjonskurs,” i *Like rettigheter – ulike liv: Rettslig kompleksitet i kvinne-, barne- og innvandrerperspektiv*, Anne Hellum og Julia Köhler-Olsen (red.), Gyldendal Juridisk 2014, s. 261–289.
- Strand (2020) Strand, Vibeke Blaker, “Interpreting the ECHR in its normative environment: interaction between the ECHR, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the UN Convention on the Rights of the Child,” *The International Journal of Human Rights*, 24 (2020) nr. 7, s. 979–992.

- Strand (2019) Strand, Vibeke Blaker, “Likhetsprinsippets strukturelle side: I praksis om religiøst begrunnede reservasjonskrav i arbeidslivet,” i *Dette brenner jeg for!: Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Trude Haugli, Siri Gerrard, Anne Hellum, Eva-Maria Svensson (red.), Fagbokforlaget 2019, s. 427–454
- Strand (2015) Strand, Vibeke Blaker, “Prohibitions against Religious Clothing and Symbols in Public Schools and Universities: Narrowing the Scope by Introducing the Principle of Equal Treatment of Religious Manifestations,” *Religion and Human Rights* 10 (2015) nr. 2, s. 160–190. DOI:
- Strand, Anne Mari R. (2018) Strand, Anne Mari Røsting, “Samvittighetsfrihet i omsorgsprofesjoner”, *Nytt norsk tidsskrift* 35 (2018) nr. 3–4, s. 289–300.
- Syse (2018) Syse, Aslak, “Assistert befruktning. Særlig om eggdonasjon og surrogati,” *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 16 (2018) nr. 02-03, s. 235–255.
- Tingelholm (2018) Tingelholm, Mari Marte, “Spiralnektdommen – en samvittighetssak?”, *Tidsskrift for Den norske legeforening* 138 (2018) nr. 19, s. 1812.
- Ørstavik (2017) Ørstavik, Ragnhild Elise, “Mor på en ny måte”, *Tidsskrift for Den norske legeforening* 137 (2017) nr. 3, s. 163.
- Østborg (2018) Østborg, Tilde Broch, “Spiral er ikke et abortmiddel”, *Tidsskrift for Den norske legeforening* 138 (2018) nr. 19, s. 1810.

*Norsk Lovkommentar:*

Sundet, Tron Løkken, *Norsk Lovkommentar: Likestillings- og diskrimineringsloven*, note 35, Rettsdata.no (lastet ned 21. oktober 2020).



*Uttalelser fra norske organer og institusjoner:*

NKLF (2011) NKLFs brev til Helse- og omsorgsdepartementet, “Reservasjonsrett for helsepersonell i forbindelse med assistert befruktning,” 10. desember 2011. Hentet via [https://nklf.no/files/2011-Brev-NKLF\\_reservasjonsrett.pdf](https://nklf.no/files/2011-Brev-NKLF_reservasjonsrett.pdf) og [https://nklf.no/sider/tekst.asp\\_side=44](https://nklf.no/sider/tekst.asp_side=44) (lastet ned 2. oktober 2020).

Bioteknologirådet (2020) Bioteknologirådets uttalelse om eggdonasjon, 2. april 2020. Hentet via <https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2020/04/Uttalelse-om-eggdonasjon.pdf> (lastet ned 2. oktober 2020).

*Leksikon:*

Gisle (2017) Gisle, Jon, “reservasjonsrett – i arbeidsforhold” i Store norske leksikon, 23. oktober 2017, [https://snl.no/reservasjonsrett\\_-\\_i\\_arbeidsforhold](https://snl.no/reservasjonsrett_-_i_arbeidsforhold) (lastet ned 5. november 2020).

*Nettsider:*

Bioteknologirådet (2019) Bioteknologirådet, *Assistert befruktning*, <https://www.bioteknologiradet.no/temaer/assistert-befruktning/> (lastet ned 23. november 2020). Sist oppdatert mars 2019.

KS (2020) KS, *Lønn og inntekt for fastleger*, <https://www.ks.no/fagomrader/statistikk-og-analyse/lonnsstatistikk-for-ks-tariffomrade/lonn-og-inntekter-for-fastleger/> (lastet ned 1. desember 2020). Publisert 11. juni 2020.

*Avisartikler:*

- Bordvik (2017)  
[nyhetsartikkel] Bordvik, Målfrid, "Vil kreve reservasjonsrett for eggdonasjon," *Dagens Medisin*, 6. februar 2017, <https://www.dagensmedisin.no/artikler/2017/02/06/vil-kreve-reservasjonsrett-for-eggdonasjon/> (lastet ned 7. oktober 2020) [nyhetsartikkel].
- Dommerud (2009)  
[nyhetsartikkel] Dommerud, Tine, "Kan nekte lesbiske hjelp til å få barn," *VG*, 16. april 2009, <https://www.vg.no/forbruker/helse/i/rBP03/kan-nekte-lesbiske-hjelp-til-aa-faa-barn> (lastet ned 1. desember 2020) [nyhetsartikkel].
- Dommerud og Tjernshaugen (2017)  
[nyhetsartikkel] Dommerud, Tine og Karen Tjernshaugen, "Kvinner reiser utenlands for å oppfylle babydrømmen med andres egg," *Aftenposten*, 10. mars 2017, <https://www.aftenposten.no/norge/politikk/i/d13EA/kvinner-reiser-utenlands-for-aa-oppfylle-babydroemmen-med-andres-egg> (lastet ned 3. november 2020) (krever abonnement) [nyhetsartikkel]
- Gilbrant (2020)  
[nyhetsartikkel] Gilbrant, Jørgen, "Frp foreslår eggdonasjon," *Dagbladet*, 21. januar 2020, <https://www.dagbladet.no/nyheter/frp-foreslar-eggdonasjon/72050520> (lastet ned 3. november 2020) [nyhetsartikkel].
- Kleiven (2017)  
[leserinnlegg] Kleiven, Magnar, "Derfor går eggdonasjon på bekostning av barnets beste," *TV2*, 7. februar 2017, <https://www.tv2.no/a/8912058/> (lastet ned 19. november 2020) [leserinnlegg].
- Mikkelsen og Skarvøy (2014)  
[nyhetsartikkel] Mikkelsen, Maria og Lars Joakim Skarvøy, "Sverigedemokraterna hyller Ernas reservasjonsrett", *VG*, 13. mars 2014, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/7e13W/sverigedemokraterna-hyller-ernas-reservasjonsrett> (lastet ned 15. oktober 2020) [nyhetsartikkel].
- Olsson (2020)  
[nyhetsartikkel] Olsson, Svein Vestrum, "Født 27 år etter at hun ble unnfanget", *NRK*, 4. desember 2020, <https://www.nrk.no/urix/fodt-27-ar-etter-at-hun-ble-unnfanget-1.15273208> (lastet ned 4. desember 2020) [nyhetsartikkel].

- Sandvik og Tomter (2019) [nyhetsartikkel] Sandvik, Siv og Line Tomter, “KrF stanser eggdonasjon – fagmiljø i harnisk”, *NRK*, 19. januar 2019, [https://www.nrk.no/norge/krf-stanser-eggdonasjon-\\_fagmiljo-i-harnisk-1.14388962](https://www.nrk.no/norge/krf-stanser-eggdonasjon-_fagmiljo-i-harnisk-1.14388962) (lastet ned 3. november 2020) [nyhetsartikkel]
- Solbrække og Kvernflaten (2019) [kronikk] Solbrække, Kari Nyheim og Birgit Kvernflaten, “Derfor er eggdonasjon så kontroversielt”, *Forskning.no*, 1. februar 2019, <https://forskning.no/bioteknologi-etikk-forskeren-forteller/der-for-er-eggdonasjon-sa-kontroversielt/1287991> (lastet ned 30. oktober 2020) [kronikk].

*Annen elektronisk litteratur:*

- Equinet (2011) Equinet, “Equality Law in Practice: A Question of Faith: Religion and Belief in Europe,” An Equinet Report 2011.
- Magelssen (2015) Magelssen, Morten, NOBAS – Norwegian Bioethics Attitude Survey: Rapport 2015. Hentet via <https://www.med.uio.no/helsam/english/research/projects/norwegian-bioethics-attitude-survey/> og <http://bioetikk.no/wp-content/uploads/2018/05/NOBAS-rapport-2015.pdf> (lastet ned 2. oktober 2020).
- Onsrud (2014) Onsrud, Bjarte, *Debatten om fastlegers reservasjonsrett: En systematisk oversikt og analyse av argumentene i det offentlige ordskiftet*. Prosjektoppgave 2014.