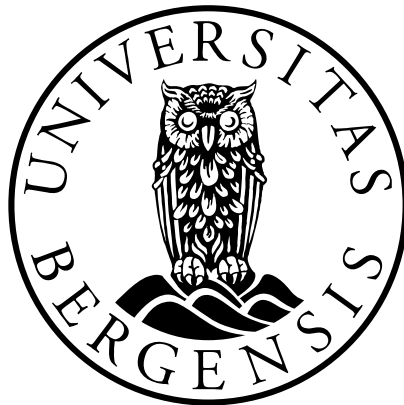


Fastlegers reservasjonsrett ved helsefaglige spørsmål

*Til hvilken grad vil samvittighetsfriheten
begrense statens styringsrett overfor fastleger?*

Kandidatnummer: 27

Antall ord: 14.447



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1 Presentasjon av oppgaven	1
1.2 Avgrensninger	3
1.3 Metode og rettskildebildet	4
1.4 Den videre fremstilling	5
2. Styringsretten som rettsgrunnlag	6
2.1. Innledning	6
2.2 Rammene for arbeidsforholdet	8
2.2.1 Arbeidsmiljøloven.....	8
2.2.2 Arbeidsavtalen	8
2.2.3 Det ulovfestede saklighetskravet	9
2.3 Konklusjon	10
3. Reservasjonspraksis i dag	10
3.1 Innledning	10
3.2 Fastlegeordningen	11
3.3 Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A	13
3.4 Reservasjonsrett etter avtale	14
3.5 Reservasjonsrett ved krav	15
3.6 Konklusjon	15
4. Samvittighetsfrihet i EMK og norsk rett	16
4.1 Innledning	16
4.2 EMK art. 9	17
4.2.1 Eweida m.fl. mot Storbritannia	17
4.2.1.1 Eweida	18
4.2.1.2 Chaplin	18

4.2.1.3 Ladele	18
4.2.1.4 McFarlane	19
4.2.1.5 En absolutt rett til tro og overbevisning	19
4.2.2 Religionsfrihet og samvittighetsfrihet	20
4.3 Samvittighetsutvalgets redegjørelse	21
4.4. Konklusjon	22
5. Diskriminering i norsk rett og EMK	23
5.1 Innledning	23
5.2 Likestillings- og diskrimineringsloven	25
5.3 EMK art. 14	25
5.4 Diskriminering av pasienter	26
5.5 Diskriminering av fastleger	28
5.6. Konklusjon	30
6. Inngrep i samvittighetsfriheten	30
6.1 Innledning	30
6.2 Eweida m.fl. mot Storbritannia	31
6.2.1 Eweida	32
6.2.2 Chaplin	32
6.2.3 Ladele	33
6.2.4 McFarlane	33
6.3 Arrowsmith-doktrinen	34
6.4 «Free-contract»-doktrinen	35
6.5 Konklusjon	36
7. Fastlegers samvittighetsreservasjoner	36
7.1 Innledning	36
7.2 Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A	37
7.3 Beskyttet overbevisning etter EMK art. 9	38
7.4 Lovlig inngrep etter EMK art. 9 (2)	38
7.4.1 Legitimit formål	39
7.4.2 Lovkravet	39

7.4.3 Nødvendig i et demokratisk samfunn	39
7.5 Konklusjon og Sauherad-saken	41
8. Avsluttende bemerkninger	42
9. Kildeliste	43

1. Innledning:

1.1. Presentasjon av oppgaven

I de siste tiårene har mangfoldet på norske arbeidsplasser økt betraktelig. Som en konsekvens av økt globalisering, ser man i dag en større variasjon i religion, kulturell tilhørighet, etiske overbevisninger og generelle meninger på norske arbeidsplasser. Dette kan i sin tur føre til en økning i ansatte som ønsker å reservere seg fra å utføre enkelte arbeidsoppgaver på bakgrunn av sin overbevisning eller samvittighet. En god målestokk for å vurdere aktualiteten av et slikt tema vil være å se på norske mediers dekning av saker som omhandler konflikter basert på uenighet rundt samvittighet og debatt rundt dette temaet. En tendens man da vil se er at ordet “samvittighetsfrihet” har gått fra å bli nevnt 33 ganger i norske medier i 2008 til å bli nevnt 178 ganger i 2018.¹ Dette er en markant økning på ti år, og dette kan være et uttrykk for at folks interesse for denne friheten har økt i senere tid. Tidvis ønsker noen å reservere seg mot å gjennomføre en oppgave, eller man ønsker å ikke følge en kleskode, hvor dette ellers er påkrevd. Når dette gjøres på bakgrunn av religions- tanke- eller samvittighetsfriheten kalles det en samvittighetsreservasjon. Samvittighetsreservasjoner på arbeidsplassen vil også være et tema som kan påvirke mange, da arbeidsrettslige spørsmål vil påvirke store deler av befolkningen, og hvilke rettigheter man har i slike forhold er tradisjonelt svært viktig i et land som Norge hvor arbeiderkamp har sterke historiske røtter.

De mest omstridte samvittighetsforbeholdene i Norge i senere tid har vært innenfor helsesektoren, og gjerne i forbindelse med fastleger. Muligheten for samvittighetsforbehold for fastleger har i senere tid blitt innskrenket, blant annet gjennom forskrift om fastlegeordning i kommunene fra 2012 (heretter kalt fastlegeforskriften), som pålegger fastleger å gjennomføre alle listeoppgaver², samt et rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet som ble utsendt til fastleger i 2011 som blant annet klargjorde at kommunen ikke kan avtale forbehold med enkelte fastleger. Likevel avsa Høyesterett i 2018 en dom hvor en fastlege i Sauherad kommune vant fram med sitt forbehold mot å gjennomføre innsetting av spiral.³ Dermed er rettstilstanden ikke like klar som det fastlegeforskriften og rundskrivet fra Helse- og omsorgsdepartementet kan tilsi.

¹ Retriever Norge [Søk på “samvittighetsfrihet” fra årene 2008 og 2018] (krever innlogging)

² Forskrift om fastlegeordning i kommunene, 2012 (kapittel 3)

³ Sauherad-dommen - Hr-2018-1958-A

På bakgrunn av den økte interessen for samvittighetsspørsmål, samt det generelle arbeidsrettslige feltet dette befinner seg på, vil det være svært aktuelt å kartlegge hvordan samvittighetsforbehold vil påvirke arbeidsgivers styringsrett. Dette er særlig aktuelt for norske fastleger, fordi det er politisk vilje til å begrense reservasjonsadgangen, samtidig som menneskerettslige standarder kan sette skranker for slike begrensninger. Aktualiteten for en slik kartlegging øker også ved at Høyesterett ikke kom med klare føringer for slike saker i saken fra 2018.

Det framgår av menneskerettsloven av 1999 (heretter mrl) § 2 at blant annet den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter kalt EMK) gjelder som norsk lov. Ved motstrid skal også disse reglene gå foran alminnelig norsk lov etter mrl. § 3. Samvittighetsfriheten er en menneskerettighet som følger av EMK art. 9 om tanke-, samvittighet- og religionsfrihet. Denne friheten er en avgjørende forutsetning for et fungerende demokrati⁴, og det er helt avgjørende at den vernes og håndheves. Retten til å ha den religion eller overbevisning man selv ønsker er en absolutt rett. Den kan dermed ikke fratras den enkelte under noen omstendighet. Dette er ikke tilfellet for utøvelsen av religion eller overbevisning, da man i enkelte tilfeller må begrense en slik rett til å uttrykke seg. Det vil være sentralt for denne oppgaven å finne de konkrete begrensningene på utøvelse av religion og overbevisning.

I forholdet mellom fastleger som arbeidstaker og kommunen som arbeidsgiver vil samvittighetskvalene ofte handle om at legen vil avstå fra å utføre enkelte handlinger som ellers ligger til legen å gjennomføre. Dette kan gjelde å avstå fra å henvise til eller gjennomføre en abort, eller tilsvarende å avstå fra å foreskrive eller gjennomføre diverse prevensjonsmetoder som p-piller og spiral, eller å henvise lesbiske par til assistert befruktning. Man kan også tenke seg framtidige reservasjoner hvis eksempelvis aktiv dødshjelp blir å anse som en pasientrettighet. Dermed kobles dette direkte opp mot arbeidsgivers styringsrett. Denne retten gir arbeidsgiver mulighet til å instruere arbeidstaker i blant annet hvilke oppgaver som skal gjennomføres innenfor arbeidsavtalen. Styringsretten er av mange anerkjent som en “restkompetanse”, noe som innebærer at den kun gir en rett i de tilfeller hvor ikke annet følger av lov, tariffavtale eller individuell avtale.⁵ Om arbeidsgiver da må akseptere et forbehold fra arbeidstaker vil dette begrense det handlingsrommet som

⁴ Eweida m.fl. mot Storbritannia (79)

⁵ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt “Individuell Arbeidsrett s. 99-110

tilkommer arbeidsgiver etter styringsretten, da arbeidet må tilpasses samvittighetsfriheten som kommer av EMK art. 9.

Fastlegers reservasjonsrett vil også ha to sider til diskrimineringsretten. For det første vil det være aktuelt å se på om en eventuell rett til reservasjon vil kunne føre til diskriminering av en pasientgruppe, ved at de ikke får utført en form for behandling de ellers ville hatt krav på. For det andre vil det være relevant å se om oppsigelser på bakgrunn av reservasjon vil kunne anses som diskriminering på bakgrunn av eksempelvis religion i de tilfeller hvor andre leger avstår fra å gjennomføre den samme handlingen på et annet grunnlag enn samvittighet.

Det kritiske spørsmålet blir til hvilken grad man bør ta hensyn til fastlegens samvittighetsfrihet og beskytte denne, når den kommer i konflikt med andre rettigheter og hensyn. Denne oppgaven vil vurdere de ulike hensynene som står opp imot hverandre på dette feltet. På den ene siden er behovet for å beskytte fastlegers samvittighetsfrihet, og på den andre siden hensynet til diskriminering, pasientrettigheter, samt en effektiv gjennomføring av fastlegeordningen.

Den overordnede problemstillingen for oppgaven er til hvilken grad samvittighetsfriheten vil innebære en begrensning i statens og kommunens styringsrett overfor fastleger.

1.2. Avgrensninger

Overgangen mellom religionsfrihet og samvittighetsfrihet er flytende, og store deler av de samvittighetsforbeholdene man ser i Norge er basert på religion. Oppgaven vil likevel avgrense mot de deler av religionsfriheten som innebærer bruk av religiøse symboler på arbeidsplassen, selv om dette også kunne vært aktuelt for en fastlege.

Oppgaven vil kun dreie seg om de aspekter ved samvittighetsfriheten som innebærer et ønske om å avstå fra å utføre handlinger som ellers er en del av jobben som fastlege. Med andre ord ligger fokuset på forholdet mellom legen og pasientene. Eventuelle forhold mellom de ansatte på arbeidsplassen avgrenses det mot.

I enkelte tilfeller kan det tenkes at det er inngått avtaler om reservasjon mellom legen og kommunen i god tro, selv om det viser seg at dette ikke var innenfor kommunens kompetanse å avtale. Denne oppgaven vil ikke se på de eventuelle konsekvensene en slik avtale vil ha, eller eventuelle krav legen vil ha mot kommunen, da dette blir svært avtalerettslige spørsmål.

Historisk sett har man ofte sett på samvittighetsfriheten som ivaretatt all den tid man kan slutte i jobben for å unngå å gjøre noe som strider mot ens egen samvittighet. Dette er ikke lenger tilfellet i EMDs⁶ praksis⁷, og den såkalte “free-contract”-doktrinen vil ikke bli særlig vurdert. Det vil være nødvendig å komme innom dette, men da rettstilstanden er klart endret av EMD vil det ikke være behov for å gå inn på en større vurdering av hvorvidt en fastleges reservasjon i helsespørsmål er beskyttet etter EMK art. 9. At fastlegers samvittighetsreservasjoner er beskyttet av denne bestemmelsen er også anerkjent av Helse- og omsorgsdepartementet.⁸

I norsk rettspraksis har det blitt drøftet om lovkravet for inngrep i samvittighetsfriheten i EMK art. 9, samt det generelle legalitetsprinsippet, er innfridd all den tid store deler av begrensningen i denne friheten er å finne i høringsnotater og rundskriv fra Helse- og omsorgsdepartementet.⁹ Dette er ikke en diskusjon som vil få særlig plass i denne oppgaven. Dette fordi rammene for lovkravet etter EMDs praksis er svært vide, og det er svært tvilsomt at dette ville blitt et springende punkt for EMD om en sak ble fremmet mot Norge på dette feltet.

1.3. Metode og rettskildebildet

Styringsretten er en ulovfestet rettskilde som i all hovedsak er utviklet gjennom rettspraksis. Fastlegers oppgaver kommer av fastlegeforskriften, som videre er tolket av Helse- og omsorgsdepartementet i høringsnotater og rundskriv. Denne forskriften er utgangspunktet for regulering av fastlegers reservasjonsrett. EMK er inntatt som norsk lov gjennom menneskerettighetsloven, og denne setter skranke for inngrep i samvittighetsfriheten. Fastlegeforskriften må dermed tolkes i lys av reglene som følger av EMK og EMDs praksis på området.

Det metodiske utgangspunktet for tolkning av norsk rett er rettskildelæren som er utviklet av Høyesterett på bakgrunn av prinsippet om at Høyesterett dømmer i siste instans.¹⁰ Denne tolkningslæren tar utgangspunkt i den naturlige tolkningen av ordlyden, og dette vil være

⁶ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

⁷ Eweida m.fl. mot Storbritannia (83)

⁸ Høringsnotat “Forslag om å fjerne henvisning fra fastlege når kvinner begjærer svangerskapsavbrudd”, 2014, s. 20

⁹ eksempelvis Sauherad-dommen - Hr-2018-1958-A (68)

¹⁰ Grunnloven § 88

særlig relevant for denne oppgaven, da det er snakk om inngrep overfor enkeltindivider. Man er dermed på legalitetsprinsippets område, og begrensninger i legenes samvittighetsfrihet må være gitt ved lov eller forskrift hjemlet i lov.¹¹

Det framgår av EMDs praksis at EMK skal tolkes på bakgrunn av Wienkonvensjonens tolkningsregler.¹² Dette påpekes av domstolen allerede i 1975 i saken Golder mot Storbritannia, og drøftes særlig i Demir og Baykara mot Tyrkia. I sistnevnte dom påpekes det at tolkningsmomentene som kommer av Wienkonvensjonens art. 31 skal brukes for å fastslå den naturlige språklige forståelsen av teksten i sin kontekst og ut ifra det formål og hensikt som ligger bak bestemmelsen.¹³ Det er i EMDs praksis også utviklet et prinsipp om dynamisk tolkning av EMK. Det framgår av Tyrer mot Storbritannia at EMK er å anse som et levende instrument som må tolkes i lys av samfunnsutviklingen.¹⁴

For den metodiske framstillingen er det viktig å påpeke at fastlegeforskriften er utgangspunktet for regulering av fastlegers arbeidsoppgaver. Rundskriv og høringsnotater er å anse som tolkningsforslag, og har i utgangspunktet liten rettslig vekt. Det presumeres at norsk rett er i samsvar med internasjonale forpliktelser, og fastlegeforskriften må, så langt det lar seg gjøre harmoniseres med de reglene som kommer av EMK. Om harmonisering ikke er mulig må forskriften vike for reglene i EMK, da disse har forrang over vanlig lov, og da særlig over forskrifter etter menneskerettsloven § 3.

1.4. Den videre framstillingen

I den videre framstillingen vil kapittel 2 og 3 danne et grunnlag for forståelse av styringsretten som rettsgrunnlag og hvordan samvittighetsreservasjoner praktiseres i dag. Kapittel 4 og 5 vil omhandle reglene for samvittighetsfrihet og diskriminering i norsk rett og EMK, og innholdet her vil være viktig for de mer konkrete vurderingene som presenteres mot slutten av oppgaven.

Kapittel 6 og 7 vil fokusere på de hvilke inngrep som kan foretas i samvittighetsfriheten generelt og ved de aktuelle samvittighetsreservasjonene fra fastleger. Det vil i denne delen

¹¹ Grunnloven § 113

¹² Wienkonvensjonen art. 31-32

¹³ Demir og Baykara mot Tyrkia (65)

¹⁴ Tyrer mot Storbritannia (31)

være særlig relevant å se hen til Eweida-dommen fra EMD og Sauherad-dommen fra Høyesterett.

Det avsluttende kapittel 8 vil svare konkret på problemstillingen, samt ta opp noen avsluttende bemerkninger.

2. Styringsretten som rettsgrunnlag

2.1. Innledning

Kort fortalt kan styringsretten sies å være den kompetansen som gjør at en arbeidsgiver kan bestemme over arbeidstaker. Den kompetansen som tilkommer arbeidsgiver etter styringsretten blir begrenset av ulike faktorer, og de fleste av disse faktorene er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Dette kapitlet vil belyse innholdet i styringsretten, samt avgrense begrepet slik det vil bli brukt i oppgaven videre.

Styringsretten er ikke lovfestet, men dens eksistens er stadfestet gjennom rettspraksis. I eldre teori snakket man gjerne om “grunnpregsstandarden” som ble innført av Kristen Andersen i 1967.¹⁵ Denne teorien delte arbeidstakers arbeidsoppgaver i to: de som utgjorde arbeidets “grunnpreg” og de som ikke gjorde det. Arbeidsgiver kunne da ensidig regulere arbeidet innenfor rammene av det som utgjorde dette “grunnpreget”. Videre beskrives styringsretten som “retten til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere (...)”.¹⁶

Læren er videre utviklet i rettspraksis. I Nøkk-dommen fra 2000 ble det vurdert om to maskinister, med grad som brannmestere, tilknyttet en brannbåt skulle få utvidet sine arbeidsoppgaver til også å omfatte arbeid på land etter pålegg fra sin arbeidsgiver. Høyesterett kom under tvil til at dette var innenfor arbeidsgivers styringsrett, da deres arbeidsoppgaver ellers ikke hadde begrenset seg til kun arbeid på båten. Om styringsretten uttalte Høyesterett dette:

¹⁵ Kristen Andersen “Fra Arbeidslivets rett” s. 101

¹⁶ Ibid s. 149

*“Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.”*¹⁷

Denne definisjonen er videreført i en rekke andre dommer, og er å anse som en god og gjeldene definisjon av styringsretten.¹⁸

Så lenge styringsretten må brukes innenfor *“rammen av det arbeidsforhold som er inngått”* jf. Nøkk-dommen, vil det ligge klare begrensninger på denne retten. Stein Evju har tatt til orde for at styringsretten kun er en *“restkompetanse”*¹⁹, og denne uttalelsen har blitt tolket som at styringsretten ikke er et selvstendig rettsgrunnlag. Dette har blant annet blitt kritisert av Thorkildsen og Drevland.²⁰ Evju svart at han aldri har ment at styringsretten ikke er et selvstendig rettsgrunnlag.²¹ Til tross for at det kan virke som det er en diskusjon på temaet, er det dermed liten tvil om at styringsretten er å anse som et selvstendig rettsgrunnlag.

Styringsretten er underlagt sterke begrensninger, og dette kapitlet vil fokusere på de faktorene som er mest relevante for samvittighetsreservasjoner, og som kan være til hjelp i avgrensningen av begrepet for oppgaven videre. Jeg vil særlig se på arbeidsmiljøloven, arbeidsavtalen og det ulovfestede saklighetskravet.

Det må påpekes at kun en liten andel av fastleger i Norge er kommunalt ansatte. De aller fleste er selvstendig næringsdrivende. Med andre ord er det bare noen fastleger som har kommunen som formell arbeidsgiver, og styringsretten kommer kun direkte til anvendelse for disse. Regelverket som regulerer fastlegers virkeområde er likevel felles for disse gruppene, og den ene nyter ikke større frihet enn den andre. Dette kommer eksempelvis til uttrykk i fastlegeforskriftens § 7 (4) som påpeker at kommunens ansvar gjelder uavhengig av om legen er fast ansatt eller privatpraktiserende. Det framgår også av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 (4) at departementet kan gi nærmere bestemmelser om *“kvalitets- og funksjonskrav”*. Høyesterett har tolket dette som at Helse- og omsorgsdepartementet har også gitt seg selv kompetanse til å regulere hvordan fastlegevirksomheten skal utøves²². Dette er en kompetanse som ligner svært på arbeidsgivers styringsrett. For oppgavens skyld vil begrepet styringsrett

¹⁷ Nøkk-dommen - Rt-2000-1602 s.1609

¹⁸ Eksempelvis Kårstø-dommen – Rt-2001-418, Theatercaféen - Rt-2008-856 og Senvakt-dommen - Rt-2009-1465

¹⁹ Evju *“Styringsrett og arbeidsrett – et perspektiv”* s.20-21

²⁰ Thorkildsen og Drevland *“Arbeidsgivers styringsrett – en 'restkompetanse'?”* s. 30-48

²¹ Evju *“Styringsrett og restkompetanse”* s. 49-65

²² Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A (46)

brukes om kommunens og statens mulighet til å regulere fastlegers virksomhet, uavhengig om de er ansatt i kommunen eller har inngått fastlegeavtale med kommunen.

2.2. Rammene for arbeidsforholdet

2.2.1. Arbeidsmiljøloven

Utgangspunktet for regulering av arbeidsforhold i norsk rett finner vi i arbeidsmiljøloven.²³ Det framgår av aml. § 1-9 at “loven [ikke kan] fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”. Dette betyr at alle de bestemmelsene i denne loven som gir arbeidstaker rettigheter eller plikter vil begrense arbeidsgivers rom for å styre hvordan arbeidet utføres og rammene rundt arbeidet, og dermed begrenser loven arbeidsgivers styringsrett.

Det kan også påpekes at det finnes en rekke lover og forskrifter som setter rammer for enkelte arbeidsområder og dermed også avgrenser arbeidsgivers styringsrett. Fastlegeforskriften er et eksempel på dette, og det er her staten regulerer fastlegers virksomhet.

2.2.2. Arbeidsavtalen

Det framgår av sitatet fra den nevnte Nøkk-dommen, “*rammen av det arbeidsforhold som er inngått*”, at den enighet som partene har kommet til skal være førende for styringsretten.

Denne enigheten kommer klarest til uttrykk i arbeidsavtalen. For fastlegers vedkommende vil dette være i form av en fastlegeavtale.

Utgangspunktet for tolkning av avtalen er at vanlige avtalerettslige tolkningsregler skal følges. Dermed skal man legge vekt på avtalens ordlyd, partenes forutsetninger og konteksten rundt avtaleinngåelsen. I Nøkk-dommen uttaler førstvoterende dette om tolkningen av avtalen: “*Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen*”.²⁴ Disse

²³ Lov 17. Juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern m.v. (heretter kalt aml)

²⁴ Nøkk-dommen - Rt-2000-1602 s. 1609

momentene vil dermed være førende for arbeidsgivers styringsrett i det enkelte arbeidsforholdet.

Det framgår av aml. § 14-8 jf. § 14-5 at arbeidsavtaler skal være skriftlige og at eventuelle endringer i arbeidsforholdet skal endres i den skriftlige avtalen “*tidligst mulig*”. Det finnes likevel underrettspraksis som har akseptert muntlige avtaler om endring, så lenge disse har vært fulgt konsekvent.²⁵ Dette gjelder både til gunst og ugunst for arbeidstaker.

2.2.3. Det ulovfestede saklighetskravet

Det er stor usikkerhet i rettspraksis og juridisk teori rundt hvilket krav til saklighet som egentlig foreligger. I Kårstø-dommen²⁶ ble det vurdert om ansatte ved Statoils anlegg på Kårstø kunne kreve at arbeidsdagen begynte i det de gikk gjennom porten på arbeidsplassen. Høyesterett kom til at arbeidsgiver kan bestemme hvor arbeidstaker skal begynne arbeidsdagen. Førstvoterende uttaler i dommen at:

*“Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”*²⁷

I Undervisningsinspektør-dommen²⁸ og Rygge kommune-dommen²⁹ ble dette tolket som en begrenset prøvelsesadgang for domstolene, hvor man kun skal vurdere om det foreligger misbruk av styringsretten. Hotvedt og Ulseth mener på sin side at det ikke er rettskildemessig grunnlag for en slik rettsregel, og at man heller må bruke en kontraktsrettslig innfallsvinkel hvor man fyller inn avtalen med konkrete rimelighetsvurderinger.³⁰ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt konkluderer med at rettssituasjonen er usikker.³¹ Det er dermed usikkert hvor langt saklighetskravet strekker seg, og hvilken myndighet domstolen har til å prøve dette. Det er likevel vanskelig å finne en begrunnelse for hvorfor domstolen skal være avskåret fra å prøve dette fullt ut. Det er her snakk om et kontraktsrettslig forhold, og der avtalen er usikker, virker

²⁵ Eksempelvis LB-2012-111811

²⁶ Kårstø-dommen - Rt-2001-418

²⁷ Kårstø-dommen - Rt-2001-418 s. 427

²⁸ Undervisningsinspektør-dommen – Rt-2011-841

²⁹ Rygge kommune-dommen – Hr-2016-2286-A

³⁰ Hotvedt og Ulseth “Arbeidsavtalen og Styringsrett” s. 116

³¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt “Individuell arbeidsrett” s. 107

det naturlig at domstolen skal kunne finne en løsning basert på konkrete rimelighetsvurderinger framfor å la arbeidsgivers vurdering stå uprøvd.

2.3. Konklusjon

Ikke alle fastleger er kommunalt ansatt. Den kompetanse som er gitt kommunen og staten til å styre fastlegers virksomhet er likevel svært lik den rett en arbeidsgiver har overfor en ansatt etter styringsretten. Styringsretten som begrep brukes i denne oppgaven også om den kompetansen som ligger til kommune og stat overfor private fastleger med fastlegeavtale. Reglene som omfatter samvittighetsreservasjoner vil uansett være like for disse to gruppene.

Styringsretten forutsetter langt på vei et krav om saklighet. Det er vanskelig å vite konkret hvor langt dette kravet strekker seg, og hva som kan prøves i ettertid, men gode grunner taler for at domstolen skal kunne fylle ut avtaleforholdet med konkrete rimelighetsvurderinger.

Selv om styringsretten er å anse som et selvstendig rettsgrunnlag vil styringsretten i seg selv være definert av rammene rundt den. Dette vil si at styringsretten er å anse som resultatet av vurderingen, og den kan dermed ikke settes direkte opp mot samvittighetsfriheten. Sett i et rettspositivistisk perspektiv vil dette bety at styringsretten alltid er definert av rammen som til enhver tid stilles av blant annet samvittighetsfriheten. Dermed kan det sies at samvittighetsfriheten ikke i det hele tatt begrenser styringsretten, da styringsretten allerede defineres som et restprodukt.

I denne oppgaven vil jeg likevel omtale styringsretten som de disposisjoner en arbeidsgiver typisk kan råde over, slik det framkommer av Nøkk-dommen. Deretter vil jeg se på om denne styringsretten blir begrenset av samvittighetsfriheten og reglene om diskriminering.

3. Reservasjonspraksis i dag

3.1. Innledning

Innledningsvis er det grunn til å nevne at samvittighetsfrihet i arbeidslivet er beskyttet etter EMK art. 9 og dermed etter norsk rett. For å gjøre inngrep i denne retten er det et lovkrav,

som betyr at man som utgangspunkt har denne retten, og norsk lov må eventuelt begrense den. Dette kapittelet vil se på hvordan reservasjon reguleres i dag.

Spørsmålet om fastleger i Norge kan reservere seg mot enkelte helserelaterte oppgaver er ikke regulert i lov. Den reguleringen som finnes er gitt gjennom forskrift, og forsøkt tolket ved et rundskriv og høringsnotat. Dette kan gjøre den rettslige situasjonen usikker, og selv om det ikke er grunn til å tro at dette vil stride mot lovlighetskravet etter EMK art. 9 (2), vil et slikt forhold kunne spille inn i andre deler av inngrepsvurderingen etter EMK art 9.

I dette kapittelet vil jeg se på fastlegeordningen og avtalene om reservasjonsrett. Dette vil sees i en kronologisk sammenheng, da det er kommet ulike innspill og endringer i senere tid.

Endringene og innspillene vil påvirke gyldigheten av de eksisterende avtalene. De relevante kildene vil her være fastlegeforskriften fra 2012, samt tolkningsinnspill og endringsforslag fra Helse- og omsorgsdepartementet i form av et rundskriv fra 2011 og et høringsnotat fra 2014. I tillegg er det relevant å se på Sauherad-dommen fra 2018.

3.2. Fastlegeordningen

Fastlegeordningen er hjemlet i fastlegeforskriften og innebærer at kommunen har ansvar for organisering av fastlegetilbudet, samt at kommunen sørger for at personer som ønsker det får plass på fastlegelisten.³²

Det er særlig to bestemmelser som er relevante i fastlegeforskriften for vurderingen av fastlegers reservasjonsrett. Dette er §§ 10 og 11. I tillegg har forskriftens § 24 blitt et tema i rettspraksis.

Forskriftens § 10 (1) lyder slik:

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

Listeansvaret viser her til ansvaret fastlegen har overfor de pasientene som legen har på sin liste, med andre ord de som har denne legen som sin fastlege. Det betyr i utgangspunktet at man skal gjennomføre alle allmennlegeoppgaver for de som har vedkommende som fastlege.

³² Forskrift om fastlegeordning i kommunene § 4

Det følger videre av § 24 (1) at fastlegen “ved behov” skal henvise videre til spesialhelsetjenesten. Høyesterett har akseptert at ordlyden “ved behov” i denne sammenhengen må tolkes som pasientens behov, og at den dermed ikke inviterer til at leger kan henvise videre på bakgrunn av sine egne behov. Høyesterett påpeker likevel at dette ikke nødvendigvis utelukker samvittighetsreservasjoner. Så lenge pasientenes behov blir dekt på en annen måte, vil ikke bestemmelsen være i veien for en slik reservasjon. Videre viser de til at rundskriv og brev fra 1995 og 2005 la opp til en konkret vurdering i slike saker.³³ Dette kan sees i sammenheng med det som ble nevnt innledningsvis i kapittelet om at samvittighetsfrihet i arbeidslivet i utgangspunktet er noe man har. Det er dermed nektelsen av reservasjonen som må hjemles, ikke selve reservasjonen.

Fastlegeforskriften § 11 (1) lyder slik:

“Fastleger med fellesliste har felles ansvar for allmennlegetilbudet til personene på listen. Fastlegene kan fordele ansvar og arbeidsoppgaver mellom seg i pasientbehandlingen for å dekke opp for ubesatte stillinger eller avtalehjemler, ferie- eller annet fravær eller av hensyn til kvaliteten på helsehjelpen”.

Denne bestemmelsen åpner for at fastleger seg imellom kan fordele arbeidsoppgaver på bakgrunn av logistikk og helsehjelpens kvalitet. I utgangspunktet gir ikke denne bestemmelsen noe grunnlag for å fordele oppgaver på bakgrunn av samvittighet, og dette presiseres i høringsnotatet som omtales i kapittel 3.4.

Selv om forskriftens § 10 (1) jf. §24 (1) kun gir mulighet til å henvise pasienter videre hvor dette er i pasientens interesse, blir dette ikke praktisert strengt.³⁴ Et betydelig antall leger henviser videre pasienter som ønsker innsatt spiral, da de ikke ønsker å skaffe seg nødvendig kompetanse til å gjennomføre inngrepet. Dette er kvalifikasjoner som legene burde hatt, men som det ikke stilles krav til at de skaffer seg.³⁵ Fastleger som ikke vil utføre en oppgave på bakgrunn av sin samvittighet stilles dermed svakere enn fastleger som ikke ønsker å tilegne seg den nødvendige kompetansen til samme oppgave.

³³ Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A (41)

³⁴ Sauherad-saken (lagmannsrett) La-2017-54139 ”Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen”

³⁵ Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A (50)

3.3. Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A

I Sauherad-dommen fikk en polsk lege i mai 2011 avtale om fastlegestilling i Sauherad kommune, og hun hadde inngått en muntlig avtale om at hun ikke trengte å sette inn spiral. Hun løste dette ved å overlate oppgaven til en av sine kolleger uten å informere pasienten om sin reservasjon. Hun fikk aldri noen klager på sin praksis. I desember 2015 ble hun oppsagt fra sin stilling på bakgrunn av denne reservasjonen. Hun tok da saken inn for rettssystemet, hvor hun tapte i tingretten. Hun vant senere i lagmannsretten hvor hennes samvittighetsfrihet ble vurdert som viktigere enn de hensyn som lå bak nektelsen av samvittighetsreservasjoner. Saken ble anket til Høyesterett, hvor hun vant på avtalerettslig grunnlag. Domstolen mente at oppsigelsen var usaklig, da det forelå en gyldig avtale om reservasjonsrett.

Et viktig moment for den løsningen Høyesterett landet på var at avtalen var inngått før fastlegeforskriften av 2012. Det vises til et rundskriv fra 31. oktober 2011 som gir uttrykk for at rettstilstanden på området var svært uklar.³⁶ Videre påpekes det at rettstilstanden har blitt klarere etter fastlegeforskriften trådte i kraft, samt endringer av denne i 2014. Det påpekes at § 30 (4) i forskriften, som innebærer et forbud mot avtale om reservasjon, ikke kunne påvirke denne saken. Dette fordi regelen ikke kunne anvendes på en fastlege som har en gyldig avtale fra før vedtakelsen av bestemmelsen.³⁷ Oppsigelsen av henne var dermed ikke saklig begrunnet. Hun hadde ikke gjort noe i strid med sine plikter som fastlege. Etter dette var det ikke behov for å vurdere om det forelå brudd på de menneskerettslige konvensjonene.

Høyesterett kommer likevel med et obiter dictum om hvordan vurderingen rundt EMK art. 9 bør gjennomføres og hva som bør vektlegges i denne vurderingen. Dette vil bli særlig behandlet i oppgavens kapittel 7.2.

Det denne dommen helt konkret sier om reservasjonspraksis i dag er at gyldige fastlegeavtaler med samvittighetsreservasjoner inngått før 31. oktober 2011, altså før fastlegeforskriften og departementets rundskriv, er å anse som gyldige avtaler som ikke kan sies opp på dette grunnlaget alene.

³⁶ Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv av 31. oktober 2011

³⁷ Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A (73)

3.4. Reservasjonsrett etter avtale

Etter Sauherad-dommen må det som sagt legges til grunn at fastlegeavtaler inngått før den nye fastlegeforskriften trådte i kraft er å anse som bindende, og reservasjonene blir som utgangspunkt stående. Det må videre vurderes hvordan situasjonen er for avtaler inngått med kommunen i tiden etter ansettelsen i Sauherad-saken.

I oktober 2011 ble det sendt ut et rundskriv³⁸ til landets fylkesleger hvor det påpekes at allmennleger og fastleger ikke har noen lov- eller forskriftsfestet rett til å reservere seg på bakgrunn av samvittighet. Det påpekes også at kommunen ikke har noen adgang til å avtale innskrenkninger av legenes listeansvar. Disse uttalelsene gir uttrykk for en klar vilje til å nekte samvittighetsreservasjoner, men de presenteres som en tolkning av den tidligere fastlegeforskriften § 7³⁹, og selv om man kan være enig i at bestemmelsen viser til pasientens behov og ikke legens, kan umulig en slik ordlyd tolkes som et forbud mot reservasjoner. Denne tolkningen støttes av Høyesterett i Sauherad-dommen.⁴⁰ Rundskrivet kan dermed ikke brukes for å si opp avtaler inngått i perioden før august 2012, da den nye fastlegeforskriften kom.

Etter den nye fastlegeforskriften trådte i kraft ble ikke reglene som omtales i rundskrivet endret, men i forarbeidene ble det påpekt at en fastlege ikke kan velge bort allmennlegetjenester, med mindre oppgaven er unnlatt listeansvaret.⁴¹ Dette vil ikke påvirke avtaler med kommunen, da man jo i så fall vil ha en slik unnlattelse. Høyesterett påpeker også at om dette var ment som et forbud mot reservasjoner, burde det kommet klarere fram i fastlegeforskriften.⁴²

I 2014 ble det foreslått flere endringer i fastlegeforskriften, et høringsnotat ble sendt ut i januar⁴³, hvor det ble foreslått å åpne opp for avtaler om samvittighetsreservasjon mellom kommunen og den enkelte fastlege. Høringsrunden viste stor politisk motstand mot dette forslaget, og helse- og omsorgsdepartementet sendte i juni ut et nytt høringsnotat⁴⁴, hvor man blant annet foreslo å at fastlegen ikke lenger trengte å signere på en abortbegjæring og heller ikke trengte å legge ved skriftlig henvisning. I tillegg ville man legge til et avsnitt i

³⁸ Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv av 31. Oktober 2011

³⁹ Nå § 10

⁴⁰ Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A

⁴¹ Prop.91 L (2010-2011) §3-2

⁴² Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A (51)

⁴³ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet, 21. Januar 2014

⁴⁴ Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet, 27. juni 2014

fastlegeforskriften § 11 som listet opp de tilfeller hvor fastleger med fellesliste kan fordele oppgaver seg imellom. Forslagene ble vedtatt i desember 2014 og trådte i kraft 1. januar 2015.

Ordlyden i forskriftens § 11 er begrenset til fastleger med felleslister, men det kommer klart fram av høringsnotatet og behandlingen av forslaget, slik dette presenteres av Høyesterett i Sauherad-dommen⁴⁵, at de hensyn som skal ivaretas med denne endringen er ment å favne om alle fastleger. På dette tidspunktet kan det ikke være tvilsomt at det er ment å foreligge et totalforbud mot samvittighetsreservasjoner. Det er også slik Høyesterett konkluderer i Sauherad-dommen⁴⁶.

Dermed foreligger det fra 1. januar 2015 et forbud mot avtaler om samvittighetsreservasjon. Kommunene hadde etter dette ikke myndighet til å inngå en slik avtale, men avtaler før den tid er å anse som gyldige.

3.5. Reservasjonsrett ved krav

Ut ifra fastlegeforskriften § 10, som er en videreføring av den gamle § 7, dekker fastlegens ansvar alle allmennlegeoppgaver for de som er på legens liste. Det er ingen åpning her for å bestemme selv hvilke oppgaver man har lyst til å gjøre eller ikke. Det framgår videre av forskriftens § 24 at man “ved behov” skal henvise pasienter til spesialisthelsetjenesten. Det er klart at dette er ment som pasientens behov, og heller ikke denne bestemmelsen åpner for å velge arbeidsoppgaver selv.⁴⁷ Ut ifra fastlegeforskriften er det dermed ikke noen mulighet til å kreve en samvittighetsreservasjon uten avtale. Et eventuelt krav må i så fall baseres på de menneskerettslige bestemmelsene i EMK, som blir behandlet i oppgavens kapittel 7.

3.6. Konklusjon

Sauherad-dommen har gitt oss avklaring på en liten del av reservasjonsområdet i dag. Dommen aksepterer en fastlegeavtale som gyldig, da den tidligere fastlegeforskriften ikke nektet kommunene å lage avtaler om reservasjon med fastlegene. Denne rettsstilstanden står seg fram til endringene som ble gjort i den nye fastlegeforskriften fra starten av 2015. Dermed er alle avtaler om samvittighetsreservasjon fra før 2015 i utgangspunktet gyldige. Etter disse

⁴⁵ Sauherad-dommen – Rt-2018-1958-A (60-67)

⁴⁶ ibid (67)

⁴⁷ ibid (41)

endringene er rettstilstanden mer avklart, og fra 2015 må det anses å foreligge et forbud mot å inngå slike avtaler.

All form for reservasjon som baserer seg på reglene i fastlegeforskriften må baseres på en avtale med kommunen. Det har aldri vært åpnet for å stille et slikt krav på egen hånd, og om man vil stille et slikt krav i dag må dette i så fall baseres på reglene i EMK om religionsfrihet.

4. Samvittighetsfrihet i EMK og norsk rett

4.1. Innledning

Norge ratifiserte EMK i 1952, og konvensjonen trådte i kraft året etter.⁴⁸ EMD er dømmende makt overfor konvensjonen og har tolkningsmyndighet når det gjelder innholdet i bestemmelsene. I de tilfeller EMK blir relevant i norsk rett må man se til avgjørelsene fra EMD for å finne innholdet i konvensjonen.

Den norske grunnlovens kapittel E inneholder i dag en rekke menneskerettighetsbestemmelser. Den første av disse, § 92, sier dette:

“Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter”.

Alle statlige organer er etter dette bundet av Grunnloven til å handle i tråd med menneskerettighetene og EMK.

Videre ble menneskerettsloven vedtatt i 1999. Det framgår av denne lovens § 2 (1) at EMK skal gjelde som norsk lov. Dermed kan EMK brukes som en alminnelig norsk rettskilde i avklaring av juridiske spørsmål. Det framgår videre av mrl. § 3 at konvensjonene nevnt i lovens § 2 *“ved motstrid [skal] gå foran bestemmelser i annen lovgivning”*. Konkret for denne oppgaven betyr det at de interne norske reglene ikke kan tilsidesette de rettighetene som kommer av EMK. Om det foreligger en konflikt mellom fastlegeforskriften og EMK, vil rettighetene etter EMK vinne fram.

⁴⁸ Council of Europe, “Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 005”

Norsk rett følger også presumsjonsprinsippet, som vil si at man forutsetter at norsk rett er i overenstemmelse med folkeretten.⁴⁹ Dermed åpnes det for å tolke norsk rett i tråd med internasjonale forpliktelser. Dette kan være relevant i vår sak om det viser seg at det eneste andre alternativet er å anse norsk rett som i konflikt med menneskerettighetene.

4.2. EMK art. 9

Samvittighetsfriheten kommer i EMK til uttrykk i art. 9 om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Det framgår av denne bestemmelsen (1) at “[*enhver*] har rett på tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet ...” Videre i samme avsnitt slås det fast at dette også innebærer en rett til “*såvel offentlig som privat å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning ...*”. Det må i denne sammenhengen skilles mellom den konkrete religions- eller samvittighetsfriheten og retten til å utøve denne.

Det framkommer videre av EMK art. 9 (2) at man kan gjøre begrensninger i noens rett til å utøve sin overbevisning, i de tilfeller hvor dette er “*foreskrevet ved lov*”, er “*nødvendig*” i et demokratisk samfunn av “*hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter eller friheter*”. Disse inngrepsmomentene vil bli behandlet senere i oppgaven.

4.2.1. Eweida m.fl. mot Storbritannia

Eweida-dommen omhandler fire britiske kristne arbeidstakere som har kommet i ulike konflikter med sine arbeidsgivere på bakgrunn av ønsket om utøvelse av religionsfriheten på arbeidsplassen. Da alle sakene omhandlet EMK art. 9 og 14, og eventuelle brudd på disse på arbeidsplassen, ble de behandlet samtidig av EMD. Sakene hadde likevel et stort sprik i innhold, da Eweidas og Chaplis saker handlet om ønske om å bære religiøse symboler på arbeidsplassen, mens Ladeles og McFarlanes saker omhandlet ønsket om å reservere seg mot enkelte arbeidsoppgaver.

⁴⁹ Se blant annet NOU 2002:12 kap. 7.1

4.2.1.1. Eweida

Eweida ønsket å bære et synlig kors rundt halsen i sitt arbeid i skranken på en flyplass. Arbeidsgiveren, British Airways nektet henne dette, da det ikke var i samsvar med uniformsreglene deres.⁵⁰ Dette til tross for at mannlige sikker fikk bære turban og kvinnelige muslimer fikk bære hijab. Eweida ble sendt hjem uten å motta lønn, men British Airways snudde etter hvert i saken og aksepterte at hun bar korset. Hun fikk likevel ikke utbetalt lønn for perioden hun ikke var på jobb, og hun mente dermed at hennes religionsfrihet var krenket. Dette kravet ble forkastet i britisk rett da de ikke anså det å bære kors som et krav i kristendommen, men kun et “personal choice”.⁵¹ Eweida vant fram med sitt krav for EMD, og det ble særlig lagt vekt på at ingen andres rettigheter ble krenket av at hun reserverte seg.

4.2.1.2. Chaplin

Shirley Chaplin var en sykepleier som ble oppsagt da hun nektet å slutte å gå med et korssmykke rundt halsen mens hun var på jobb. Sykehuset begrunnet uniformskravet med at pasienter kunne finne på å ta tak i smykket, og dermed skade Chaplin, og at smykket kunne komme i kontakt med åpne sår og dermed være en hygienerisiko for pasientene. Det ble foreslått at hun kunne feste smykket et annet sted mens hun var på jobb, men dette ble ikke akseptert av Chaplin. Hun tapte i den britiske arbeidsretten, og på grunn av den allerede eksisterende saken mot Eweida var det ikke grunn til å anke saken videre.⁵² Chaplin vant ikke fram med sitt krav for EMD. Det ble særlig lagt vekt på at en reservasjon kunne gå utover både hennes og andres helse, og at helseområdet gir staten en vid skjønnsmargin.

4.2.1.3. Ladele

Ladele var ortodoks kristen og jobbet med registrering av fødsler, ekteskap og dødsfall for det offentlige. Hun ble etter hvert satt til å registrere homofile partnerskap, noe hun anså som brudd på Guds lov.⁵³ Hun nektet dermed å utøve denne arbeidsoppgaven og ble oppsagt. Hun hadde vært ansatt i flere år før denne arbeidsoppgaven ble gitt henne, og den sto ikke i arbeidskontrakten. Arbeidsgiver hadde likevel mulighet til å legge til slike arbeidsoppgaver

⁵⁰ Eweida m.fl. mot Storbritannia (14)

⁵¹ Ibid (14)

⁵² ibid (21-22)

⁵³ ibid (23)

og arbeidsplassen hadde en likestillingspolicy som blant annet sa at de skulle fremme likestilling blant annet på bakgrunn av seksualitet. Den nasjonale domstolen la særlig vekt på at hun var satt til å gjennomføre en sekulær arbeidsoppgave, og dermed måtte akseptere et slikt tillegg.⁵⁴ Ladele vant ikke fram med sitt krav for EMD, men det var dissens med 5 mot 2. Flertallet mente det måtte få stor vekt at nektelsen ble gjort for å sikre likestilling for homofile. Mindretallet mente en nektelse ville være et inngrep i hennes absolutte rett til samvittighetsfrihet.

4.2.1.4 McFarlane

McFarlane var en kristen psykoseksuell rådgiver som anså homofil seksualitet som en synd og han nektet å gi rådgivning til homofile par. Virksomheten han arbeidet for hadde klare retningslinjer om at de baserte sitt arbeid på likestilling etter kjønn og seksualitet. Det var klart for McFarlane at han ville få slike arbeidsoppgaver da han begynte i stillingen, og han ble oppsagt fra sin stilling da han ikke ville utføre denne oppgaven. Avgjørelsen for den engelske domstolen var til en stor grad basert på Ladeles tidligere sak.⁵⁵ McFarlane vant ikke fram med sitt krav for EMD. Hensynet til likestilling for homofile fikk stor vekt, i tillegg til at han hadde gått inn i stillingen med åpne øyne.

4.2.1.5. En absolutt rett til tro og overbevisning

I Eweida-dommen påpeker EMD at retten til å ha en tro eller overbevisning, samt å endre denne er “*absolute and unqualified*”.⁵⁶ Dette sitatet er et uttrykk for at retten til å ha en overbevisning er absolutt, og det ikke er mulig å gjøre inngrep i en slik rett. Videre påpeker domstolen at utøvelsen av en persons overbevisning kan påvirke andre personer, og det er dermed behov for kunne gjøre inngrep i denne retten.⁵⁷ Dette skillet kalles gjerne *forum internum* og *forum externum*⁵⁸, noe som understreker at man ikke kan begrense noens indre rett til å holde en tro eller overbevisning.

⁵⁴ Ladele vs. Borough of Islington, Court of Appeal (52)

⁵⁵ *ibid* (40)

⁵⁶ Eweida m.fl. mot Storbritannia (80)

⁵⁷ *Ibid*

⁵⁸ NOU 2016:13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet s. 51-52

Eweida-dommen henviser videre til et krav om at handlingen, eller eventuelt reservasjonen, må være “*intimately linked to the religion or belief*” og at “*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*”.⁵⁹ Dette tilsier at ikke alle handlinger som begrunnes i overbevisning er beskyttet under EMK art. 9, og at nærheten mellom overbevisning og handling må avgjøres i hvert enkelt sakstilfelle. Dette blir ikke videre problematisert i denne oppgaven, da det ikke er tvilsomt at de aktuelle fastlegereservasjonene beskyttes av EMK art. 9 etter EMDs praksis.⁶⁰

4.2.2. Religionsfrihet og samvittighetsfrihet

De aller fleste tilfeller av reservasjoner fra norske fastleger vil ha basis i religion, men det kan også tenkes situasjoner hvor tilsvarende samvittighetskvaler er basert i ikke-religiøse overbevisninger. Dette kan særlig bli relevant om aktiv dødshjelp blir en pasientrettighet i Norge. Som nevnt er det etter Eweida-dommen et krav om at handlingen begrunnes i religion eller overbevisning. Dette eksemplifiseres med bønn eller tilbedelse i en “*generally recognised form*”.⁶¹ Det påpekes videre at bestemmelsen ikke begrenser seg til kun dette, men det kan likevel virke som om bestemmelsen gir et sterkere vern om handlinger som er begrunnet i religion og livssyn. Dette virker også å være i tråd med ordlyden i art. 9 som eksemplifiserer utøvelsen med “*tilbedelse, undervisning, praksis og etterlevelse*”.

Dette utelukker på ingen måte at handlinger som ikke er begrunnet i religion også er beskyttet av bestemmelsen. En løsning hvor religiøse og livssynsbaserte handlinger har større vern enn andre lignende handlinger kan begrunnes i forutberegneligheten. En etablert religiøs praksis er mer påregnelig på en arbeidsplass enn en privatpersons egne tanker og meninger. På den andre siden er ikke forutberegnelighetshensynet sentralt i vurderingen av om en handling er beskyttet, og om dette skulle kommet inn i vurderingen bør det eventuelt skje ved vurderingen av inngrepets legalitet etter EMK art. 9 (2). EMD påpeker i Eweida-dommen at det avgjørende er om det er tilstrekkelig nærhet mellom overbevisningen og handlingen⁶², og dette taler sterkt for at religiøse og ikke-religiøse overbevisninger har samme vern.

⁵⁹ Eweida m.fl. mot Storbritannia (82)

⁶⁰ Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A (79)

⁶¹ Eweida m.fl. mot Storbritannia (82)

⁶² *ibid*

4.3. Samvittighetsutvalgets redegjørelse

I mars 2015 ble det nedsatt et utvalg som skulle vurdere arbeidstakeres samvittighetsfrihet ved utførelse av diverse arbeidsoppgaver. Rapporten ble utgitt i form av en NOU 6. september 2016.⁶³ Utvalget fikk i oppgave å redegjøre for gjeldende rett, og samtidig gi retningslinjer for samvittighetsreservasjon i arbeidslivet. Om gjeldende rett på området gir utvalget en oversikt over områder hvor det fins regulering av samvittighetsspørsmålet, men de ønsker ikke noen generell lovgivning som skal regulere samvittighetsreservasjoner i arbeidsforhold. Dette begrunnes særlig i den moralske kompleksiteten av samvittighetsforbehold, som gjør temaet lite egnet for konkret lovgivning, samtidig som de ser på det som negativt at generell lovgivning potensielt kan føre til en økning i antall reservasjonssaker og reservasjonstvister.⁶⁴

I stedet for en generell lovregel ønsker utvalget å løse samvittighetsspørsmål internt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Utvalget presenterer tre momenter de mener er avgjørende for når man, som hovedregel, bør akseptere samvittighetsforbehold. Disse momentene er ikke en del av en rettslig vurdering, men er ment som retningslinjer for når arbeidsgiver bør tilrettelegge for arbeidstakers reservasjonskvaler.⁶⁵ Dette er de tre momentene utvalget foreslår:

1. *Bygger arbeidstagers ønske om reservasjon mot å utføre bestemte arbeidsoppgaver på en dyp og viktig samvittighetsoverbevisning?*
2. *Kan reservasjon finne sted uten at det er inngripende for tredjepart?*
3. *Er reservasjon gjennomførbart i praksis uten for store ulemper for arbeidsgiver og kolleger?*⁶⁶

Dette er ikke absolutte vilkår, men det vil etter utvalgets vurdering ikke være grunn til å akseptere en samvittighetsreservasjon om ikke det første punktet er oppfylt. Dette gir også mening da et inngrep i en persons samvittighetsfrihet ikke vil være særlig inngripende om ikke personen anser overbevisningen som dyp og viktig.

Både punkt 2 og 3 vil kunne være avgjørende for fastlegers reservasjoner, men særlig punkt 2 vil kunne være et tvisteområde. Dette var blant annet tilfelle i Sauherad-saken, hvor reservasjonen var helt gjennomførbart, men kommunen mente de kunne nekte reservasjonen

⁶³ NOU 2016:13 s. 3

⁶⁴ Ibid s. 142-143

⁶⁵ Ibid s. 125

⁶⁶ Ibid

da den sto i konflikt med tredjeparts rett til helsehjelp.⁶⁷ Det er klart at helt faktiske negative konsekvenser for tredjepart vil påvirke denne vurderingen, men det er mer usikkert hvordan dette stiller seg når det er snakk om en ”symboleffekt”. Dette kan være relevant i saker for fastleger, hvor en reservasjon kan virke som en fordømmelse av en persons handling. Utvalget legger her til grunn at en opplevelse av krenkelse kan være relevant for vurderingen av reservasjon, men at dette ikke i seg selv skal utelukke reservasjon. De legger vekt på at man ved å akseptere en reservasjon anerkjenner overbevisningen som ”*dyp og viktig*”, men at man utover dette ikke gir noen tilslutning til holdningen utover en ”*anerkjennelse av at holdningen finnes i samfunnet, og en aksept av at noen har denne holdningen*”.⁶⁸ Tine Eidsvaag tar i sin kommentar til utredningen til ordet for at man, i denne vurderingen, bør vektlegge hvilken rolle vedkommende har i forhold til tredjeperson.⁶⁹ En lege står i utgangspunktet ikke i noen moralsk rolle i forhold til pasienten, sammenlignet med eksempelvis en offentlig tjenestemann eller en prest. Men forholdet er likevel et avhengighetsforhold, hvor man i de fleste tilfeller lytter til legens anbefalinger. Dette kan føre til at en reservasjon anses svært fordømmende, samtidig som det kan gjelde svært personlige forhold. Dette kan tale for at man vektlegger slike forhold i reservasjonsspørsmål.

For fastlegers vedkommende vil ikke dette være direkte anvendelig, da det i utgangspunktet ikke lenger er tillatt for kommunen å avtale reservasjoner med legen. Det er likevel grunn til å ta disse momentene med videre, da legitimiteten av forbudet er diskutabelt i den senere vurderingen av EMK art. 9.

Det kan også påpekes at arbeidsmiljøloven har regler som kan påvirke samvittighetsfriheten, blant annet § 4-3 hvor det påpekes at arbeidet skal tilrettelegges slik at arbeidstakers ”integritet og verdighet” ivaretas. Disse reglene kan være relevante for kommunalt ansatte fastleger, men da denne oppgaven skal se på det felles regelverket som gjelder for fastleger, vil ikke dette bli videre behandlet i denne oppgaven.

4.4. Konklusjon

EMK art. 9 regulerer samvittighetsfriheten og denne bestemmelsen gjelder som norsk rett. Det må skilles mellom den absolutte retten til tro og overbevisning, og den begrensede retten

⁶⁷ Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A (13-14)

⁶⁸ NOU 2016:13 s. 129-130

⁶⁹ Eidsvaag ”NOU 2016:13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet” kap. 4

til å uttrykke denne troen eller overbevisningen. Det kan ikke gjøres inngrep i noens rett til å tro eller mene det de vil, men måten man uttrykker dette på må kunne begrenses for å ivareta andres rettigheter og samfunnshensyn.

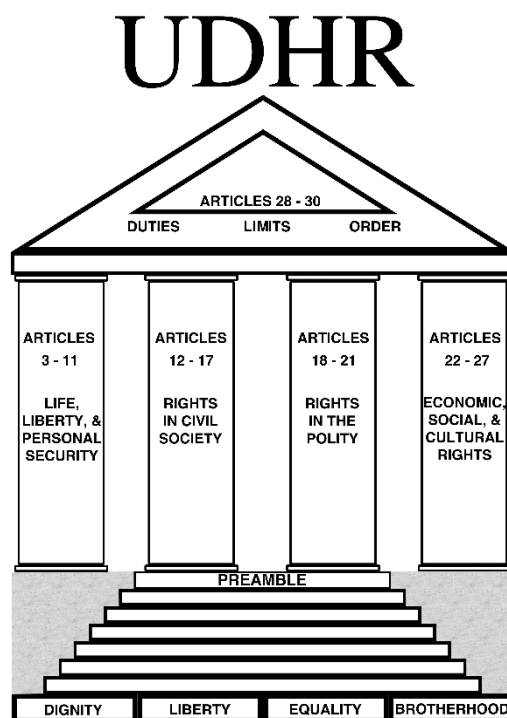
Eweida-dommen er en viktig kilde ved kartleggingen av samvittighetsfriheten. Det påpekes blant annet at ikke alle handlinger som begrunnes i tro eller overbevisning er å regne som et uttrykk for denne troen eller overbevisningen. Det stilles krav om tilstrekkelig nærhet mellom handlingen og overbevisningen. Dette fører til at det ikke er grunn til å skille mellom etablerte religiøse praksiser og andre uttrykk for overbevisning, da det uansett må foreligge en objektiv vurdering av hvert enkelt tilfelle. Forutberegneligheten vil heller komme inn som et moment i inngrepsvurderingen etter EMK art. 9 (2).

Samvittighetsutvalget konkluderte med at det ikke var grunn til å lovfeste samvittighetsreservasjon, men at dette heller bør løses mellom den ansatte og arbeidsgiver. Dette vil ikke være aktuelt for fastleger, da utvalget ikke ønsket å gjøre noe med det forbudet som i dag eksisterer. Det vil ikke være mulighet for kommunen til å inngå en slik avtale, selv om momentene som utvalget presenterte er oppfylt. Dette er uheldig, da et slikt system ikke åpner for de konkrete vurderingene som vi ser er foretatt i Eweida-dommen.

5. Diskriminering i norsk rett og EMK

5.1. Innledning

Menneskenes likeverd står sterkt i den norske velferdsstaten, og denne tanken gjennomsyrrer også de ulike menneskerettighetssystemene vi ser i verden. For eksempel illustrerte René Cassin Verdenserklæringen om Menneskerettigheter med et hus, hvor likhetstanken var en del av husets fundament, og dermed en forutsetning for at resten av systemet skulle fungere.



(Cassins Portico⁷⁰)

Det skilles mellom diskriminering og forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling defineres i denne oppgaven som behandling som fører til at enkelte personer blir dårligere stilt enn andre i samme situasjon. Diskriminering vil begrenses til de tilfeller hvor forskjellsbehandlingen etter en konkret vurdering ikke er lovlig.

Forbudet mot diskriminering finner man som generelt prinsipp blant annet i Grunnloven § 98, i EMK art. 14 og i likestillings- og diskrimineringsloven av 2017 (heretter kalt ldl.). De to siste blir særlig behandlet i dette kapittelet.

Diskrimineringsreglene kan begrense arbeidsgivers styringsrett i de tilfeller hvor en instruks vil være diskriminerende ovenfor arbeidstaker, eller om instruksen diskriminerer en tredjeperson. I tillegg kan diskrimineringsreglene støtte opp om styringsretten i de tilfeller hvor en instruks er gitt for å unngå diskriminering av en tredjeperson. Begge disse vinklingene er relevant for fastlegers eventuelle reservasjonsrett.

⁷⁰ Gjengivelse av Cassins Portico, hentet fra og eid av Steemit.

5.2. Likestillings- og diskrimineringsloven

Det framgår av ldl § 2 (1) at loven gjelder på alle samfunnsområder. Dette omfatter også arbeidslivet og helsesektoren, og loven er dermed relevant for oppgaven. Videre framgår det av lovens § 6 at diskriminering på bakgrunn av eksempelvis kjønn, religion og livssyn er forbudt. Dette gjelder både direkte og indirekte diskriminering jf. ldl. §§ 7 og 8.

Forskjellsbehandlingen er likevel ansett som lovlig om vilkårene i ldl. § 9 er oppfylt. Det framgår der at forskjellsbehandlingen er lovlig i de tilfeller hvor behandlingen a) “har et saklig formål”, b) “er nødvendig for å oppnå formålet og” c) “ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”. Av forarbeidene framkommer det at dette er kumulative vilkår og at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. I denne vurderingen vil det få særlig vekt om det er snakk om direkte eller indirekte diskriminering.⁷¹

5.3. EMK art. 14

Av EMK art. 14 framgår det at utøvelsen av de rettigheter som kommer av EMK skal sikres uten diskriminering på noe grunnlag, eksempelvis kjønn, religion og politisk eller annen oppfatning. Listen over diskrimineringsgrunnlag i EMK art. 14 er ikke uttømmende. Ordlyden viser her til de rettighetene som kommer av konvensjonen, og det er dermed ikke naturlig å se denne bestemmelsen som et generelt forbud mot diskriminering. Det er kun utøvelsen av de rettigheter og plikter som kommer av konvensjonen som skal gjennomføres uten diskriminering. Dette framgår også av EMDs praksis i blant annet Eweida-dommen.⁷²

Tolker man dette strengt vil det ikke være mulig å benytte denne bestemmelsen uten at det først foreligger et annet rettighetsbrudd. Dette vil være en for streng tolkning av ordlyden. I Eweida-dommen uttaler EMD at det er tilstrekkelig at saksforholdet ligger innenfor virkeområdet til en annen selvstendig bestemmelse i konvensjonen.⁷³ For å påvise et potensielt brudd på denne bestemmelsen trenger man dermed ikke å finne ett tilfelle som anses som et rettighetsbrudd og ett som ikke gjør det. Det er tilstrekkelig at tilfellet er innenfor bestemmelsens virkeområde og at andre nyter bedre av denne rettigheten.

⁷¹ Barne- og likestillingsdepartementet, Prop. 81 L (2016-2017) s.315

⁷² Eweida m.fl. mot Storbritannia (85)

⁷³ Ibid

Videre har EMD gjennom sin praksis utviklet vilkår for når forskjellsbehandling etter denne bestemmelsen er lovlig. Forskjellsbehandlingen må ha et legitimt mål og det må være proporsjonalitet mellom målet og inngrepet. Statene har også en “margin of appreciation”, eller skjønnsmargin, for denne vurderingen.⁷⁴ Hvor stor denne skjønnsmarginen er vil avhenge av de konkrete forholdene, hvilket område man befinner seg på og sakens bakgrunn. Marginen er særlig vid når det gjelder landets økonomiske og sosiale strategier, da landet står bedre rustet til å vurdere dette enn domstolen.⁷⁵

EMK art. 14 er en aksessorisk bestemmelse, som kun gir vern mot diskriminering så lenge saksforholdet faller innenfor en annen bestemmelse i konvensjonen.⁷⁶ Dette har blitt kritisert i juridisk teori.⁷⁷ Enkelte tilfeller kan da falle utenfor, og man kan eksempelvis tenke seg at diskriminering ved ansettelser kan bli problematisk, all den tid retten til arbeid ikke er nevnt i EMK. Dette er forsøkt rettet opp i en tilleggsprotokoll⁷⁸, som gir et vern uavhengig av tilknytning til andre bestemmelser i konvensjonen. Denne er foreløpig signert, men ikke ratifisert av Norge. Flere teoretikere mener EMD i senere tid har flyttet grensen for diskriminering etter art. 9 og gjort den mer anvendelig, særlig ved indirekte diskriminering. Dette har blitt illustrert som at 'Askepott har kommet til ballet'.⁷⁹ Til tross for dette ligger det en stor begrensning på bestemmelsen ved at den må kobles opp mot andre bestemmelser. Dermed gir ikke EMK noe vern mot diskriminering som går lenger enn likestillings- og diskrimineringsloven, og jeg vil i resten av oppgaven anvende vilkårene som presenteres i denne loven, men samtidig se til skjønnsmarginen som følger av EMK art. 14.

5.4. Diskriminering av pasienter

Det er etter likestillings- og diskrimineringsloven ikke tvilsomt at menn og kvinner har rett på de samme godene i form av helsetjenester, og at et kvalitativt bedre tilbud til menn enn til kvinner vil være å anse som diskriminerende.

De fleste samvittighetskvaler som kommer fra norske fastleger baserer seg på inngrep og tjenester som på et eller annet vis omhandler kvinnehelse. Dette har tradisjonelt sett inkludert

⁷⁴ Carson m.fl. mot Storbritannia (61)

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Skjønberg, Hognestad, Hotvedt “Individuell Arbeidsrett s. 177

⁷⁷ Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, s. 36

⁷⁸ TP 12, 2005

⁷⁹ O'Connell "Cinderella comes to the ball" 2009 og Arnardottir "Vulnerability under article 14 of the European Convention on Human Rights" 2017

blant annet henvisning til abort, resept på p-piller, kunstig befruktning og innsetting av spiral som prevensjonsmiddel. I vurderingen av om disse samvittighetskvalene skal kunne føre til reservasjon mot å utføre arbeidsoppgaver vil det være relevant å vurdere om en slik reservasjon vil føre til diskriminering av kvinner i møtet med fastlegeordningen.

Dette må vurderes fra sak til sak, og det vil ikke være mulig å komme til en generell konklusjon om dette. Før det blir relevant å vurdere dette som to rettigheter som står opp mot hverandre, vil det være nødvendig å vurdere om det i det enkelte tilfellet er snakk om en forskjellsbehandling. Det vil generelt være vanskelig å vurdere om et enkelt tilfelle er forskjellsbehandling all den tid menn ikke har behov for de samme tjenestene hos fastlegen. Men det vil likevel være uproblematisk å slå fast at det foreligger forskjellsbehandling om kvinner ikke får tilgang til de tjenestene som skal tilbys av fastlegen, mens menn får alle sine behov dekt.

I det nevnte høringsnotatet fra helse- og omsorgsdepartementet begrunnet man sin tolkning av fastlegeforskriften i at man har rett til å motta helsetjenester på en likeverdig og ikke-diskriminerende måte, og at *“reservasjon vil kunne medføre en svekket tilgang til førstelinjetjenesten og svekke kvinners rett til reproduktiv helse”*.⁸⁰ Om tilsvarende sitat sier Høyesterett i Sauheraddommen at dette utvilsomt er legitime hensyn *“om kvinnen det gjelder ikke får [satt inn spiral] eller blir stilt overfor urimelige vanskeligheter i denne forbindelse ...”*.⁸¹ Det er dermed ikke problematisk å påvise forskjellsbehandling og diskriminering i et enkelt tilfelle, men departementets uttalelse om likeverdig og ikke-diskriminerende behandling kan nok ikke anvendes for å legitimere et totalforbud mot reservasjon på bakgrunn av diskriminering, da dette vil basere seg på en konkret vurdering. Dette er også i tråd med en uttalelse fra Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, hvor det påpekes at det ikke vil være brudd på kvinnekonvensjonen så lenge man har tilgang på alternativ behandling.⁸² Hensynet til kvinnehelse og diskriminering kan likevel være relevant ved vurderingen av EMK art. 9.

Diskrimineringslovgivningen vil kunne begrense muligheten for reservasjon i de tilfeller hvor kvinner ikke vil få tilgang til, eller bli stilt i en vanskeligere situasjon på grunn av

⁸⁰ Høringsnotat “Forslag om å fjerne henvisning fra fastlege når kvinner begjærer svangerskapsavbrudd”, 2014, s. 21

⁸¹ Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A (85)

⁸² CEDAW General recommendation nr. 24 (11)

reservasjonen. Hensynet til likebehandling og diskriminering kan likevel ikke i seg selv legitimere et forbud mot reservasjon.

5.5. Diskriminering av fastleger

Et annet diskrimineringshensyn i forbindelse med fastlegers reservasjonsrett er et tema som kommer opp i Sauherad-saken. Fastlegen som ble oppsagt da hun ikke ville sette spiral som prevensjonsmiddel pekte på at et stort antall fastleger i Norge ikke utfører dette inngrepet, men henviser pasientene videre. Dette i hovedsak fordi de ikke føler de har nødvendig kompetansen til å gjennomføre inngrepet. I lagmannsretten vises det fra den norske legeforening til at man kun trenger å beherske 30 av 54 forskjellige oppgaver for å bli spesialist i allmennmedisin.⁸³ Fastlegen påpekte også dette for Høyesterett.⁸⁴ Når det da ikke er et krav om å gjennomføre alle oppgavene som tilkommer en allmennlege, samtidig som mange ikke gjennomfører spiralinnssetting, kan det stilles spørsmål om enkelte grupper blir diskriminert når de nektes å gjennomføre dette inngrepet.

Høyesterett kommer ikke med noe klart svar på dette, da fastlegen fikk medhold på bakgrunn av avtalerettslige forhold. Spørsmålet står dermed ubesvart.

Som nevnt tidligere i oppgaven har helse- og omsorgsdepartementet tolket fastlegeforskriften slik at det ikke finnes noen mulighet for samvittighetsreservasjoner, verken i form av krav eller avtaler. Dette delkapittelet vil se på om et totalforbud mot samvittighetsreservasjoner vil kunne anses som diskriminering av enkelte grupper. Den aktuelle gruppen er katolikker, da flere katolske leger har nektet å utføre oppgaver knyttet til prevensjon og abort, se eksempelvis Sauheraddommen og en sak fra Vinje kommune⁸⁵.

Det påpekes i lagmannsretten i Sauherad-saken at ca 30 % av norske fastleger ikke utfører spiralinngrep. De aller fleste av disse mener de ikke har den nødvendige kompetansen og henviser pasienten videre uten problemer. Når en katolsk fastlege gjør det samme på bakgrunn av samvittighet vil dette i ytterste konsekvens kunne føre til oppsigelse. Dette må anses som en forskjellsbehandling, da forholdene ellers er like for de to gruppene.

⁸³ Sauherad-saken (lagmannsrett) LA-2017-54139

⁸⁴ Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A (19-21)

⁸⁵ Øverbø "Lege nekter å skrive ut prevensjon til kvinner" <https://www.nrk.no/telemark/lege-nekter-a-skrive-ut-prevensjon-1.7579995>

For at dette skal anses som lovlig forskjellsbehandling må det foretas en konkret vurdering, og det følger av både av likestillings- og diskrimineringsloven og EMK at det må foreligge et saklig formål. Formålet her er å sikre pasientrettigheter og kvinnehelse, og dette må anses som saklig.

Det kreves videre at inngrepet er nødvendig og at det er proporsjonalitet mellom inngrepet og målet. Det er her snakk om indirekte diskriminering, og man er på et område som omhandler statens sosiale strategi for å nå et saklig mål. Det tilkommer i EMKs tilfelle staten en vid skjønnsmargin. Slik det blir påpekt i Sauheraddommen vil domstolen være tilbakeholden med å overprøve statens avveininger av legitime hensyn.⁸⁶ Denne uttalelsen er riktig, og det påpekes blant annet i Eweida-dommen at statenes skjønnsmargin er særlig stor i de tilfeller hvor det er snakk om motstående rettigheter.⁸⁷ Dette uttales i forbindelse med Ladeles sak, hvor det var uenighet rundt blant annet proporsjonaliteten av inngrepet. Flertallet aksepterer inngrepet under statens skjønnsmargin på grunn av behovet for å få gjennomført registreringen av partnerskap uten diskriminering. Så lenge reglene gjelder for alle saksbehandlere var det her ikke snakk om diskriminering. Et mindretall var ikke enig i denne vurderingen, og mente inngrepet ikke var proporsjonalt, og dermed utenfor statens skjønnsmargin.⁸⁸ Saken i Sauherad skiller seg fra Ladeles sak ved at det ikke er noe generelt krav om at alle fastleger setter inn spiral. I praksis kan fastleger henvisne videre som de selv vil, så lenge dette ikke begrunnes i samvittighet. Fastleger kan dermed straffes for sin tro og overbevisning uten at det er et praktisk skille mellom de to forholdene. Dette kan ikke sies å være proporsjonalt etter ldl § 9 og EMK art. 14. En slik praksis vil i enkelte tilfeller måtte anses som diskriminering på bakgrunn av religion.

Et generelt forbud mot reservasjoner vil ikke gi mulighet til en konkret vurdering av rettighetene som står opp mot hverandre. I likhet med Sauherad-dommen vil det være tilfeller hvor reservasjonen ikke vil føre til klare inngrep i noens rettigheter, og den skjønnsmarginen som tilkommer staten kan ikke gå ut i et rom hvor inngrepet begrenser noens rett uten å beskytte noen andre.

Et totalforbud mot reservasjoner for alle fastleger vil etter dette kunne være diskriminering eksempelvis i tilfellet der 30 % av norske fastleger henviser pasienter som ønsker spiral videre, uten at dette får følger, mens de som gjør det samme på bakgrunn av

⁸⁶ Sauherad-dommen - HR-2018-1958-A (86)

⁸⁷ Eweida m.fl. mot Storbritannia (106)

⁸⁸ Ibid (Dommere Vucinic og Gaetano note 7)

samvittighetskvaler vil kunne bli oppsagt. Så lenge det i den konkrete saken ikke foreligger et inngrep i pasienters rettigheter, og disse får oppfølging uten problemer, vil en nekting av henvisning på bakgrunn av samvittighet være diskriminering av katolske fastleger.

5.6. Konklusjon

Hensynet til diskriminering av pasienter vil kunne begrunne en innskrenking i retten til å reservere seg mot enkelte handlinger. Dette gjelder både tilfeller hvor pasienten blir påvirket direkte av reservasjonen, men symboleffekten av en reservasjon kan også være relevant. Et generelt forbud mot alle former for reservasjon vil ikke kunne begrunnes i disse forholdene. Dette kommer i hovedsak av at både diskrimineringsreglene og reglene om religionsfrihet i EMK art. 9 krever at det foretas en konkret vurdering. Det er ikke alle samvittighetsreservasjoner som vil være diskriminering av kvinner, og det kan tenkes tilfeller som ikke en gang er i nærheten av dette feltet. Eksempelvis om aktiv dødshjelp skulle bli en pasientrettighet i Norge.

Fastleger er ikke bundet til å utføre alle de 54 oppgavene som inngår i spesialiseringen i allmennmedisin, og 30 % av alle fastleger henviser disse sakene videre. Det vil være diskriminering på bakgrunn av både likestillings- og diskrimineringsloven og EMK om katolske fastleger skal hindres i å utføre jobben som fastlege i tilfeller hvor dette ikke står i konflikt med andres rettigheter. Et generelt forbud mot samvittighetsreservasjon for fastleger vil dermed kunne føre til brudd på EMK og likestillings- og diskrimineringsloven. Dette taler sterkt for at fastlegeforskriften må tolkes slik at det i det enkelte tilfelle kan avtales reservasjon, og at dette også i enkelte tilfeller kan kreves.

6. Inngrep i samvittighetsfriheten

6.1. Innledning

Det må videre vurderes i hvilke tilfeller arbeidstaker har krav på reservasjon på bakgrunn av samvittighetsfriheten, og dermed begrense arbeidsgivers styringsrett. I dette kapittelet vil jeg

se på det generelle regelverket for inngrep i EMK art. 9, før jeg i kapittel 7 vil se nærmere på norske fastlegers situasjon.

Dette framgår av EMK art. 9 (2):

“Frihet til å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning skal bare bli undergitt slike begrensninger som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

De sentrale vilkårene for denne oppgaven er kravet om at inngrepet må være *“nødvendig i et demokratisk samfunn”*, at det må være *“av hensyn til ... helse og moral”* eller *“beskytte andres rettigheter og friheter”*. Særlig hensynet til helse og moral vil bli behandlet i kapittel 7, da det er særlig relevant for fastlegers vedkommende. Disse vilkårene har i EMDs praksis blitt tolket til å innebære en konkret vurdering hvor det foreligger et proporsjonalitetskrav med individets rett på den ene siden og en rekke andre individuelle og samfunnsmessige interesser på den andre.⁸⁹

EMDs praksis er svært relevant for å tolke denne bestemmelsen, men særlig Eweida-dommen er i dag førende for hvilke inngrep i retten til å uttrykke sin overbevisning som skal aksepteres. Jeg vil gjennomgå alle de fire sakstifellene som omtales i dommen, og trekke ut noen sentrale momenter som er særlig relevant for oppgaven.

Eweida-dommen kommer med en del klare uttalelser som tidvis bryter med tidligere EMD-praksis. Det er særlig to doktriner som vil bli presentert her: Arrowsmith-doktrinen og *“free-contract”*-doktrinen. I begge disse tilfellene bryter EMD i Eweida-dommen med eksisterende praksis, og dette kan vise seg å være viktig for norske fastlegers reservasjonsforhold.

6.2. Eweida m.fl. mot Storbritannia

Britiske domstoler har generelt avskåret krav om samvittighetsreservasjoner allerede før den konkrete vurderingen, på bakgrunn av kravet til tilstrekkelig nærhet og Arrowsmith-doktrinen. Som nevnt har dette vært den tidligere praksisen i EMD, men Eweida-dommen viser at denne typen vurderinger skal avgjøres på proporsjonalitetsstadiet av bestemmelsen. Det kan også nevnes at da sakene var oppe for nasjonale domstoler ble alle de fire sakene

⁸⁹ Eks.: Dolzhikov *“The European Court of Human Rights on the Principle of Proportionality in 'Russian' Cases”*

avgjort på bakgrunn av nasjonal diskrimineringslov, uten at EMK art. 9 ble prøvd for domstolene.⁹⁰

6.2.1. Eweida

Eweida vant som sagt fram med sitt krav for EMD etter at hun ble sendt hjem uten betaling da hun nektet å ta av seg korssmykket som stred mot British Airways' uniformsregler.

Julia Maher påpeker at det i denne saken blir avgjørende for EMD at det ikke er gjort en tilfredsstillende avveielse mellom Eweidas religionsfrihet og British Airways' ønske om et visst utadrettet image.⁹¹ I denne vurderingen vektlegges det at British Airways hadde tillatt andre former for religiøse plagg, og at de hadde endret sine regler til også tillate slike smykker.⁹² Svært sentralt står også vurderingen av andres konkurrerende rettigheter. Det påpekes av EMD at det i dette tilfellet ikke foreligger noe inngrep i andres rettigheter, og at myndighetene dermed ikke har beskyttet Eweidas religionsfrihet etter EMK art. 9 tilstrekkelig.⁹³ Dette er et moment som også vil bli sentralt i oppgavens kapittel 7.

6.2.2. Chaplin

Chaplin hadde nektet å ta av seg sitt korssmykke eller flytte det til et annet sted mens hun, som sykepleier, forholdte seg til pasienter. EMD ga ikke Chaplin medhold i at hun var utsatt for direkte eller indirekte diskriminering på bakgrunn av religion, eller at hennes rett på samvittighetsfrihet var brutt. Saken sees opp mot Eweidas sak, da de begge omhandler bæring av kors rundt halsen, men hensynene som ligger bak var svært forskjellige. Det framgår av EMDs vurdering at hensynet til helse og sikkerhet på et sykehus veier betraktelig tyngre enn i Eweidas tilfelle, hvor det særlig var selskapets image som var grunnen til forbudet.⁹⁴ Samtidig påpekes det at statene må få en vid skjønnsmargin på dette området, da sykehusledere står bedre stilt til å vurdere pasienthelse enn det en domstol gjør.⁹⁵ Det følger av dette at begrensningen som ble lagt på Chaplin når det gjaldt hennes rett til å utøve sin religion, var

⁹⁰ Maher "Eweida and others: a new era for article 9?" s. 218

⁹¹ Maher "Eweida and others: a new era for article 9?" s. 219

⁹² Eweida m.fl. mot Storbritannia (94)

⁹³ Ibid (95)

⁹⁴ Ibid (99)

⁹⁵ Ibid

proporsjonal.⁹⁶ Dette helseperspektivet er åpenbart viktig for norske fastlegers samvittighetsfrihet.

6.2.3. Ladele

Ladele jobbet med å registrere fødsler, ekteskap og dødsfall, men nektet å registrere homofile partnerskap. Ladele anførte at hun ble behandlet dårligere enn andre ansatte på bakgrunn av sin religion, og mente at EMK art. 14 jf art 9 var brutt. Hun fikk ikke gjennomslag for sitt syn i EMD, men det var dissens om saken med 2 dissenterende dommere mot et flertall på 5. Flertallet la særlig vekt på at statene har en stor skjønnsmargin når det kommer til rettigheter i konvensjonen som står opp mot hverandre. I dette tilfellet hennes rett til å avstå fra å gjennomføre en handling som var imot hennes tro, opp mot det uttalte målet om likestilling på bakgrunn av seksualitet. Domstolen uttaler at det er et viktig og legitimt mål å ha lovgiving som sikrer at diskriminering av brukere ikke finner sted.⁹⁷

De dissenterende dommerne skiller i denne saken mellom retten til å utøve religion og retten til samvittighetsfrihet. De ser denne saken som et spørsmål om Ladeles samvittighet og retten til å ha denne, ikke en begrensning i utøvelsen av hennes religion. De mener dermed at hun ikke hadde noen forutsetning for å vite at hun ville bli stilt i en slik situasjon da hun inngikk arbeidsforholdet, og at hun ikke kan bli straffet for å ha denne dype og oppriktige meningen.⁹⁸

Et sentralt moment i avgjørelsen er vurderingen rundt tidspunktet for den nye arbeidsoppgaven. Saken skiller seg her klart fra McFarlanes sak, da Ladele fikk arbeidsoppgaven i ettertid. Dette blir et sentralt moment i vurderingen både for flertallet og for de dissenterende dommerne.

6.2.4. McFarlane

McFarlane nektet å gi psykoseksuell rådgivning til homofile par, men vant ikke fram med dette for EMD. Saken sammenlignes med Ladeles sak, og det vises særlig til den vide skjønnsmarginen som kommer av motstående rettigheter. Det påpekes også at McFarlane var klar over arbeidsoppgavene både da han inngikk arbeidsforholdet og da han tok

⁹⁶ ibid (100)

⁹⁷ Eweida m.fl. mot Storbritannia (109)

⁹⁸ ibid – dommerne Vucinic og de Gaetano

opplæringsprogram i psykoseksuell veiledning. EMD slår fast at dette ikke skal virke inn på om hans religionsfrihet er beskyttet etter EMK art. 9, men at dette er et sentralt moment i proporsjonalitetsvurderingen.⁹⁹ Som nevnt tidligere gir dette et godt bilde på at vurderingen rundt EMK art. 9, etter Eweida-dommen, nå er flyttet ned til proporsjonalitetsdelen av bestemmelsen.

6.3. Arrowsmith-doktrinen

En vurdering som er viktig for om en handlemåte er beskyttet av EMK art. 9 er å se om handlemåten er å forstå som “uttrykk for ... religion eller overbevisning” etter bestemmelsens andre ledd. I det tilfelle at handlemåten ikke er å anse som et slikt uttrykk vil den heller ikke være beskyttet av EMK art. 9. EMD har fastslått at ikke alle handlinger som er motivert av en religion eller overbevisning er beskyttet av denne formuleringen, og det kreves at handlingen er “intimately linked”, eller nært knyttet, til religionen eller overbevisningen.¹⁰⁰ Dette eksemplifiseres med bønn eller andre anerkjente religiøse handlinger, men begrenses ikke til dette. Nærhetsvurderingen må baseres på den enkelte sak.¹⁰¹

Før EMD utfordret dette punktet i Eweida-saken var den mest nærliggende tolkning av nærhetskravet at kun generelt anerkjente krav til religiøse handlinger var beskyttet av EMK art. 9. Dette ble kalt Arrowsmith-doktrinen¹⁰², som innebar at handlinger som bare var motivert av religion eller livssyn ikke var vernet av bestemmelsen.¹⁰³ Dette var også argumentasjonen til de britiske domstolene i Eweida-saken, da de blant annet kom til at det ikke var et krav i kristendommen om å gå med et kors rundt halsen.¹⁰⁴ En slik forståelse av bestemmelsen ville ført til at domstoler i visse tilfeller måtte gått dypt inn i teologisk tolkning av hvilke krav som stilles i religionen, og dette aksepterte ikke EMD.¹⁰⁵ Et annet problem, som blant annet påpekes av Maher, er at religiøse minoriteter potensielt ikke vil få sine kjerneverdier respektert som uttrykk for religion.¹⁰⁶

⁹⁹ *ibid* (109)

¹⁰⁰ Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen “Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights” s. 11

¹⁰¹ *ibid*

¹⁰² *Arrowsmith mot Storbritannia*

¹⁰³ Eidsvaag “NOU 2016:13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet” s. 5

¹⁰⁴ *Eweida m.fl. mot Storbritannia* (58)

¹⁰⁵ *ibid* (64)

¹⁰⁶ Maher “Eweida and others: a new era for article 9?” s. 222

Den tolkning av EMK art. 9 som kommer fram i Eweida-dommen vil være svært viktig i de tilfeller hvor en leges reservasjon er motivert av noe annet enn religion. Blant annet vil legetisk reservasjon bli behandlet i oppgavens kapittel 7.

6.4. “Free-contract”-doktrinen

“Free-contract”-doktrinen går ut på at kontrakten man har inngått som arbeidstaker ikke tvinger deg til noe som helst, all den tid du har mulighet til å gå ut av kontrakten. Altså har man sin religions- og samvittighetsfrihet i behold da man har rett til å si opp jobben. Denne tankegangen kommer eksempelvis til uttrykk i saken Ahmad mot Storbritannia fra 1982 der det uttales at *“the Commission further observes that ... the applicant remain free to resign if and when he found that his teaching obligations conflicted with his religious duties”*.¹⁰⁷ Med andre ord hadde det ikke skjedd et brudd på lærerens religionsfrihet, da han hadde muligheten til å si opp stillingen sin.

En av grunnene til at dette ble en løsning som ble brukt i EMDs praksis kan være at man ikke har noe konkret krav på arbeid etter EMK, og “free-contract”-doktrinen stilte dermed ikke to motstående rettigheter opp mot hverandre.¹⁰⁸

Et stort problem med en slik løsning er at den ikke skiller mellom de tilfeller hvor man før arbeidsforholdet tiltar er klar over de begrensninger stillingen fører med seg og de tilfeller hvor utøvelsen av religion eller samvittighet blir begrenset i etterkant. Dermed gikk doktrinen lenger enn å hindre arbeidstakere i å protestere mot arbeidsforhold de var klar over ved kontraktsinngåelsen.¹⁰⁹ I Eweida-dommen kommer EMD til at dette ikke er en god løsning, og argumenterer for at man ikke bør se dette som en absolutt avskjæring fra å vurdere brudd på samvittighetsfriheten. Man bør heller vurderer muligheten for å skifte jobb som en del av proporsjonalitetsvurderingen.¹¹⁰ Dette har blant annet blitt fulgt opp i norsk rett i prosessen som ledet opp mot Sauherad-dommen, hvor domstolen så på hennes mulighet til å få en annen jobb som en del av den konkrete vurderingen.

¹⁰⁷ Ahmad mot Storbritannia (15)

¹⁰⁸ Maher “Eweida and others: a new era for article 9?” s. 223

¹⁰⁹ Maher “Eweida and others: a new era for article 9?” s. 225

¹¹⁰ Eweida m.fl. mot Storbritannia (83)

6.5. Konklusjon

De nevnte doktrinene markerer et skille i EMDs praksis når det gjelder samvittighetsfrihet på arbeidsplassen. Det var tidligere svært vanskelig å komme gjennom med et slikt krav, men man ser at det mønsteret som kommer av Eweida-dommen åpner døren for at arbeidsgivere i enkelte tilfeller må respektere de reservasjoner som arbeidstaker har. Kort oppsummert kan man si at det har blitt vanskeligere å avskjære arbeidstakers reservasjoner før man har foretatt en helhetlig vurdering. Dette fører til at man i alle tilfeller vil måtte begrunne en nektelse til en større grad enn tidligere, noe som kan føre til mer åpenhet rundt temaet.

Utgangspunktet er at staten har en stor skjønnsmargin på dette området, og særlig om reservasjonen vil gå utover tredjeparts rettigheter. Skjønnsmarginen blir også større av at man befinner seg på helseområdet, hvor sosiale strategier og faglige spørsmål er bedre vurdert av staten enn domstolen. Et viktig moment i vurderingen er også når reservasjonen kommer, og hva vedkommende visste om arbeidsoppgavene da arbeidsavtalen ble inngått.

7. Fastlegers samvittighetsreservasjoner

7.1. Innledning

Utgangspunktet for reservasjon på helseområdet er som vi har sett at staten nyter en vid skjønnsmargin etter EMDs praksis. Dette på grunn av at statlige myndigheter ofte er bedre skikket til å ta slike avgjørelser enn det en domstol er. Norske myndigheter er svært restriktive når det kommer til å tillate samvittighetsreservasjoner for fastleger, og dette kapitlet vil se på om det i enkelte tilfeller kan være mulig å gjøre gjeldende en slik reservasjon.

Utgangspunktet for å svare på dette spørsmålet vil være å se til fastlegeforskriften, som regulerer fastlegers ansvarsområde, og tolke dette i lys av de kildene som er nevnt tidligere i oppgaven, da særlig EMK og EMDs praksis på området.

7.2. Sauherad-dommen - Hr-2018-1958-A

I Sauheraddommen fikk fastlegen medhold på bakgrunn av avtalerettslige forhold, men på grunn av oppmerksomheten rundt saken valgte likevel Høyesterett å komme med et obiter dictum om hvordan man bør forholde seg til EMK art. 9 når en fastlege foretar en samvittighetsreservasjon, og da særlig ved innsetting av spiral.¹¹¹ Høyesterett kommer ikke med noen konkrete svar dette punktet, men presenterer vilkår og vurderingsmomenter, samt noen oppfordringer til anvendelse av regelverket. Uttalelsene har ikke nødvendigvis stor rettskildemessig vekt, da de ikke er relevante for den konkrete avgjørelsen. Det kan likevel påpekes at førstvoterende dommer Erik Møse var dommer i EMD fram til noen måneder før denne saken var oppe for Høyesterett, og hans uttalelser kan være en god indikator på rettstilstanden.

Han presenterer kort vilkårene for at en handling i det hele tatt er beskyttet av EMK art. 9, før han går over på lovlige inngrep etter bestemmelsens andre ledd. Her forklarer han raskt kravet til et legitimt formål, samt lovskravet, før han fokuserer resten av kapittelet på forholdsmessighetsvurderingen som ligger i kravet at inngrepet nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette vil også være strukturen i dette kapittelet.

Møse poengterer i forholdsmessighetsvurderingen at staten har en rimelig stor skjønnsmargin og at den avveining av motstående hensyn som har ført til den aktuelle regelen vil bli tillagt stor vekt. Likevel slik at forholdet i den enkelte sak skal være avgjørende.¹¹² Videre fokuseres det særlig på hensynet til kvinnehelse og pasientens tillit til fastlegen. Departementet viser til diskriminering av kvinner på helseområdet, og Møse påpeker at kvinnekonvensjonen ikke er til hinder for legers reservasjonsrett, men at hensynene likevel kan ha vekt.¹¹³

Han legger også stor vekt på om andres rettigheter kan krenkes av en reservasjon, noe som samsvarer med Eweidas sak. Møse viser til at forholdsmessighetsvurderingen blir svært mye vanskeligere i de tilfeller hvor de gjeldende kvinnene blir sikret forsvarlig helsehjelp, og han påpeker at dette må sees i lys av at de rettigheter som følger av EMK art. 9, er ansett av EMD som noen av de mest grunnleggende for et demokratisk samfunn.¹¹⁴

¹¹¹ Sauherad-dommen - Hr-2018-1958-A (76)

¹¹² ibid (82)

¹¹³ ibid (89 – 91)

¹¹⁴ ibid (87-88)

Det man kan trekke ut av disse uttalelsene er at det er svært komplekse avveininger som må tas i slike saker, og de motstående interessene må vurderes konkret i hver enkelt sak.

7.3. Beskyttet overbevisning etter EMK art. 9

Det stilles etter EMDs praksis to krav for at en handling i utgangspunktet er beskyttet av EMK art. 9. Det framgår av blant annet Bayatyan mot Armenia at det må være snakk om en dyp og genuin overbevisning, uavhengig av om den er religiøs eller ikke.¹¹⁵ I tillegg stilles det krav til at det er nær tilknytning mellom handlingen og overbevisningen.¹¹⁶ Dette kravet må også stilles til norske fastleger om de ønsker å reservere seg, og det er vanskelig å se for seg et reelt scenario hvor dette vil komme på spissen. Det måtte i så fall være om man kamuflerer et ønske om å slippe en arbeidsoppgave som en samvittighetsreservasjon, men gitt det svært smale nåløyet man må gjennom er dette lite sannsynlig.

Det stilles som sagt ikke krav til religiøs overbevisning, og det vil dermed også være mulig å basere reservasjonskravet på eksempelvis legeetikk i det tilfelle at aktiv dødshjelp skulle bli en pasientrettighet som skal henvises via fastlege.

7.4. Lovlig inngrep etter EMK art. 9 (2)

Det er grunn til å tro at framtidige tvister om samvittighetsreservasjon ikke vil ha sitt kritiske punkt i om handlingen er beskyttet av EMK art. 9, men heller i vurderingen av om et eventuelt inngrep i denne retten er lovlig etter bestemmelsens andre ledd. Dette er også i tråd med Helse- og omsorgsdepartementets andre høringsnotat fra juni 2014.¹¹⁷ Kravene som stilles til et slikt inngrep er at det er begrunnet i et legitimt formål, at det oppfyller lovkravet, og at det er nødvendig i et demokratisk samfunn. Disse vilkårene må vurderes konkret i hver enkelt sak.

¹¹⁵ Bayatyan mot Armenia (110)

¹¹⁶ Eweida m.fl. mot Storbritannia (82)

¹¹⁷ Høringsnotat "Forslag om å fjerne henvisning fra fastlege når kvinner begjærer svangerskapsavbrudd" s. 20

7.4.1. Legitimt formål

Departementet begrunner sin restriktive holdning i at fastlegeordningen skal sikre en god allmennmedisinsk ordning for alle. Begrensninger i fastlegers mulighet til å reservere seg vil dermed kunne ivareta både hensynet til helse og beskytte andres rettigheter og friheter.¹¹⁸

Dette vil alltid være legitime formål for å innskrenke fastlegers samvittighetsfrihet, og vilkåret er innfridd i alle slike reservasjonssaker.

7.4.2. Lovkravet

Lovkravet innebærer at inngrepet er hjemlet i nasjonal rett, og at reglene er tilgjengelige og forutsigbare. Som nevnt har det vært tatt til orde for at reglene om reservasjonsrett for leger ikke er ideelt formulert og tilgjengelige, men i denne oppgaven forutsettes det at reglene er tilstrekkelig tilgjengelige og forutsigbare. Det vises til at Høyesterett i Sauherad-dommen mener lovkravet utvilsomt er i tråd med EMK.¹¹⁹

7.4.3. Nødvendig i et demokratisk samfunn

I den enkelte sak må på dette punktet foretas en proporsjonalitetsvurdering mellom fastlegens samvittighetsfrihet og eventuelle andre interesser og rettigheter. Statens skjønnsmargin er i utgangspunktet vid når saken er på helseområdet og omfatter statens sosialpolitikk. Med det strenge regelverket som ligger til grunn i det norske systemet, skal det som utgangspunkt en del til for å kunne vinne gjennom med et slikt krav.

Et sentralt moment i denne vurderingen er om reservasjonen vil påvirke pasientene på noen måte. I de tilfeller hvor rettigheter står opp mot hverandre har staten en enda videre skjønnsmargin, og kan begrense reservasjonsmulighetene ytterligere. I de tilfeller hvor pasienten ikke vil få utført inngrepet eller handlingen, eller blir stilt overfor store vanskeligheter i den forbindelse, vil det sannsynligvis være godt innenfor statens skjønnsmargin å nekte en slik reservasjon. I det motsatte tilfellet, hvor pasienten ikke vil bli berørt av reservasjonen, og det ikke er problematisk at handlingen utføres av en annen fastlege eller spesialist, vil det bli nødvendig å ta stilling til uttalelsen fra Eweida-dommen om

¹¹⁸ ibid s. 20-21

¹¹⁹ Sauherad-dommen - Hr-2018-1958-A (81)

at samvittighetsfriheten er en av de mest grunnleggende frihetene i et demokratisk samfunn. EMD kom i dommen til at dette måtte få avgjørende vekt da ingen andres rettigheter ble brutt i prosessen.

Et annet moment er tillitsforholdet mellom fastlegen og pasienten og den potensielle følelsen av fordømmelse om fastlegen nekter å utøve en handling. Som nevnt tidligere er det ikke grunn til å identifisere staten med en holdning kun fordi man aksepterer en type reservasjon fra leger, men dette momentet kan få en viss vekt i de tilfeller hvor det er vanskelig å finne en skånsom måte å møte pasienten på. I tilfellet med innsetting av spiral vil det eksempelvis ikke være problematisk da rundt 30 % av alle fastleger henviser pasienter videre for et slikt inngrep.¹²⁰ Det er grunn til å tro at de fleste leger vil være i stand til å finne en enkel og skånsom måte å gjøre dette på, og at det sjeldent vil være et problem.

Et krav om reservasjon vil ha mer tyngde i de tilfeller hvor arbeidsoppgaven kommer i etterkant av ansettelsen. Selv om man ikke lenger følger “free-contract”-doktrinen, vil det være et moment i vurderingen om man var klar over arbeidssituasjonen da man inngikk kontrakten. Dette kan eksemplifiseres med McFarlanes og Ladeles saker i Eweida-dommen. I denne sammenheng vil også muligheten for å få en annen jobb være relevant. Det kan være vanskelig å spå hvilke arbeidsoppgaver som i framtiden vil kunne være en del av fastlegeyrket, men om eksempelvis henvisning til aktiv dødshjelp blir relevant, vil dette momentet kunne bli svært viktig ved en eventuell tvist.

Et viktig moment vil være til hvilken grad reservasjonen er praktisk gjennomførbart i forhold til kolleger og henvisninger. Om en eventuell reservasjon vil legge en uforholdsmessig arbeidsmengde på andre leger eller spesialisthelsetjenesten, vil dette tale sterkt for at en nektelse er nødvendig i et demokratisk samfunn.

Hensynet til kvinnehelse kan komme inn som et selvstendig moment i denne vurderingen, selv om det som nevnt ikke i seg selv kan begrunne et totalforbud. Vi så i Ladeles sak i Eweida-dommen at det fikk stor vekt at hennes samvittighetsfrihet ble vurdert opp mot likestillingshensyn, og hun fikk dermed ikke medhold. Dette kan være tilfellet også for norske fastleger, men vil trolig ikke få stor vekt i tilfeller hvor andre fastleger uten problem kan henvise pasientene videre, slik som ved innsetting av spiral.

¹²⁰ LA-2017-54139 kapittel: “Den europeiske menneskerettighetskonvensjon”

Et moment kan også være om det dreier seg om utøving av et inngrep, henvisning til behandling eller det å skrive ut resepter. Dette kan særlig sees i sammenheng med tillitsmomentet. Om man ikke ønsker å utføre et inngrep vil det være enkelt å henvise til en spesialist, og dette vil sannsynligvis virke svært normalt. Mens det å nekte å skrive ut en resept, eller nekte å henvise noen til en konkret behandling kan oppleves mer støtende og fordømmende. Dette kan potensielt avhjelpes noe om det er et system som enkelt kan ta over pasienten.

Om det er snakk om å henvise til noen andre framfor å utøve inngrepet selv, vil det i Norge kunne bli relevant hvor i landet man befinner seg. Om det vil føre til betraktelige anstrengelser for pasienten å få den alternative behandlingen, bør dette være et moment som kommer inn i vurderingen.

7.5. Konklusjon og Sauherad-saken

Det kan igjen påpekes at man befinner seg på et område hvor statene etter EMDs praksis har fått en vid skjønnsmargin, samtidig som det norske systemet til en svært liten grad åpner for samvittighetsreservasjoner for fastleger. Hver enkelt sak må likevel behandles konkret, og det er grunn til å tro at det i enkelte tilfeller vil være mulig å påberope seg samvittighetsforbehold også for norske fastleger.

Om man ser på saksforholdet i Sauherad-saken ser man at det til en viss grad ligner Ladeles sak. Begge nektet å utføre arbeidsoppgaven på bakgrunn av sin tro, og begge hadde inngått arbeidsforholdet i den tro at de slapp å gjøre det. I begge tilfeller kan man også sette andres rettigheter opp mot deres, uten at disse blir direkte påvirket av reservasjonen. Forskjellen er likevel at det i Sauherad-saken forelå en gyldig avtale om at hun ikke skulle utføre oppgaven, samtidig som dette ikke er en oppgave som alle fastleger gjør. Fordømmelsen som kunne vært tilstede i Ladeles tilfelle er dermed ikke til stede i vår sak. Dermed ligner dette aspektet av saken mer på Eweidas tilfelle hvor reservasjonen ikke sto opp mot andres rettigheter. Basert på dette ser jeg det som sannsynlig at lagmannsrettens vurdering var korrekt i Sauherad-saken, og oppsigelsen av legen var et brudd på hennes samvittighetsfrihet etter EMK art. 9.

8. Avsluttende bemerkninger

Den overordnede problemstillingen som ble stilt var til hvilken grad samvittighetsfriheten vil innebære en begrensning på statens styringsrett overfor fastleger. Som oppgaven har vist er muligheten for fastleger til å reservere seg mot arbeidsoppgaver på bakgrunn av samvittighet svært begrenset i norsk rett, og staten nyter en vid skjønnsmargin. Stat og kommune har dermed i hovedsak mulighet til å styre fastlegers arbeidsoppgaver slik de ønsker, og legene har liten mulighet til å nekte å utføre disse oppgavene.

EMK art. 9 kan likevel i visse tilfeller gjøre det nødvendig å tillate slike reservasjoner. Helse- og omsorgsdepartementet uttalte at fastlegeforskriften innebar et totalforbud mot samvittighetsreservasjoner, men dette kan ikke være tilfellet. EMK er å anse som norsk rett og koherens i rettssystemet, samt presumsjonsprinsippet, tilsier at det må være mulig å vurdere hvert enkelt tilfelle. Dette er et krav etter EMK art. 9 og EMDs praksis på området.

Departementets tolkning av fastlegeforskriften er dermed ikke korrekt.

Dette vil gjelde både for fastleger som er ansatt i kommunen og de som driver privat praksis. De er begge underlagt de arbeidsoppgaver som følger av fastlegeforskriften, og det er i begge tilfeller i denne forskriften begrensningen på reservasjonsretten er å finne.

I noen tilfeller vil det etter en helhetsvurdering være mulig å kreve aksept for en samvittighetsreservasjon, og et sentralt moment vil her være hvordan reservasjonen vil påvirke andre. Om reservasjonen ikke får negative konsekvenser for noen vil det øke sjansen for at dette er noe stat og kommune må finne seg i, og det er vanskelig å tenke seg et scenario hvor man kan få gjennomslag for en reservasjon til tross for at andres rettigheter svekkes.

Et moment i vurderingen vil som sagt være når reservasjonen blir stilt og om man har gått inn i arbeidsforholdet med åpne øyne. Kommer arbeidsoppgaven senere i arbeidsforholdet vil legen stille sterkere i en reservasjonstvist. Men det er også interessant å se på dette i lys av departementets endringer av fastlegeforskriften og det tilhørende høringsnotatet, som tolker forskriften til å inneholde et forbud mot avtaler om samvittighetsreservasjoner mellom fastlegen og kommunen. Dette kan hindre ansettelse av leger som potensielt ville endt i en reservasjonskonflikt, og dermed sitter man kun igjen med potensielle reservasjoner i de tilfellene hvor arbeidsoppgaven kom i ettertid eller hvor legen var ansatt før rundskrivet ble sendt ut. Dette kan være problematisk da EMK ikke inneholder noen rett til arbeid. Om man

da blir nektet arbeid på bakgrunn av et ønske om samvittighetsreservasjon kan dette være å regne som diskriminering, særlig i de tilfeller hvor andre fastleger kan slippe arbeidsoppgaven på et annet grunnlag.

Det er uheldig at man i dag har et system hvor muligheten for samvittighetsreservasjon må komme etter en innskrenkende tolkning av fastlegeforskriften. Det er også uheldig at samvittighetsutvalget som ble nedsatt til å vurdere nettopp disse tilfellene ikke kom med noen anbefaling om endring. Det kan påpekes at et system med en skjønnsmessig vurdering kan føre til flere konflikter, da det gjerne er vanskelig å finne grensene for slike tilfeller, men en slik vurdering vil uansett være nødvendig etter EMK. Dermed ville det være å foretrekke om fastlegeforskriften reflekterte de relevante vurderingsmomentene etter EMK og EMDs praksis. Dette være seg vilkårene for et beskyttet uttrykk for overbevisning etter EMK art 9 (1) og vilkårene for inngrep i denne retten etter art. 9 (2).

9. Kildeliste:

Lover og konvensjoner:

- Menneskerettsloven. *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett* 21. Mai 1999 nr. 30.
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen: *Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter* 4. november 1950.
- TP 12 til den europeisk menneskerettighetskonvensjonen, 01. april 2005.
- Helse- og omsorgstjenesteloven. *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.* 24. Juni 2011 nr. 30
- Wienkonvensjonen 1969. *Vienna convention on the law of treaties* 23. Mai 1969 nr. 18232
- Arbeidsmiljøloven. *Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern m.v.* 17. Juni 2005 nr. 62.
- Kongeriket Norges Grunnlov 17. Mai 1814
- Likestillings- og diskrimineringsloven. *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering* 16. Juni 2017 nr. 51

Forskrift:

- Forskrift om fastlegeordning i kommunene: *Fastsatt av Helse- og omsorgsdepartementet 29. august 2012 med hjemmel i lov 24.juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) § 3-2 tredje ledd og lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) § 14*

Forarbeider:

- Prop. 91 L (2010-2011) *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.*
- NOU 2002: 12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*, Oslo, Kommunal- og regionaldepartementet
- NOU 2016: 13 *Samvittighetsfrihet i arbeidslivet*, Oslo, Arbeids- og sosialdepartementet
- Prop. 81 L (2016-2017) *Lov om likestilling og forbud mot diskriminering*, Oslo, Barne- og likestillingsdepartementet

9.3. Dommer:

9.3.1. Høyesterettspraksis:

- Sauherad-dommen – Hr-2018-1958-A
- Nøkk-dommen – Rt-2000-1602
- Kårstø-dommen – Rt-2001-418
- Theatercaféen - Rt-2008-856
- Senvakt-dommen - Rt-2009-1465
- Undervisningsinspektør-dommen – Rt-2011-841
- Rygge kommune-dommen – Hr-2016-2286-A

9.3.2. Underrettspraksis:

- Sauherad-saken (lagmannsrett) - LA-2017-54139

- Sauherad-saken (tingrett) - TAUTE-2016-109909
- Veterinær-sak (lagmannsrett) - LB-2012-111811

9.3.2. EMD-praksis og European Human Rights Reports:

- Eweida m.fl. mot Storbritannia 15. Januar 2013 (application nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 og 36516/10)
- Golder mot Storbritannia 21. Februar 1975 (application nr. 4451/70)
- Demir og Baykara mot Tyrkia 21. November 2008 (application nr. 34503/97)
- Tyrer mot Storbritannia 25. April 1978 (application nr. 5856/72)
- Carson m.fl. mot Storbritannia 16. Mars 2010 (application nr. 42184/05)
- Arrowsmith mot Storbritannia 16. Mai 1977 (application nr. 7050/75)
- Ahmad mot Storbritannia 1982 (4 EHRR 126)
- Bayatyan mot Armenia 07. Juli 2011 (application nr. 23459/03)

Annen internasjonal praksis:

- CEDAW General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health)
- Ladele v. Borough of Islington, Court of Appeal, Civil Division, United Kingdom (15 December 2009)
- Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen "Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights" (sist oppdatert 31. Desember 2018)

Høringsnotater og rundskriv:

- Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet: *"Forslag om å fjerne henvisning fra fastlegen når kvinner begjærer svangerskapsavbrudd. Endringer i fastlegeforskriften (forskrift 29. august 2012 nr. 842 om fastlegeordningen i kommunene) og i abortforskriften (forskrift 15. juni 2001 nr. 635 om svangerskapsavbrudd)."* 27. Juni 2014
- Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv av 2011, *Rundskriv om reservasjon for leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten 1-4/2011*

- Høringsnotat fra Helse- og omsorgsdepartementet: “*Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og i pasient- og brukerrettighetsloven (hjemmel til å gi forskrifter om reservasjonsmulighet for fastleger og rett til å skifte fastlege ved reservasjon)*” 21. Januar 2014

Juridisk litteratur:

- Skjønberg, Alexander N. Hognestad, Eirik. Hotvedt, Marianne J. “*Individuell arbeidsrett*” Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2. utgave, 2017
- Andersen, Kristen “*Fra Arbeidslivets rett*” Oslo: Tanum, 1967
- Evju, Stein “*Styringsrett og arbeidsrett – et perspektiv*” Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1 (2003) s.3-32
- Thorkildsen, Tarjei og Drevland, Tonje H. “*Arbeidsgivers styringsrett: en 'restkompetanse'?*” Arbeidsrett (2010) (Volum 7) s. 30-48
- Evju, Stein “*Styringsrett og restkompetanse*” Arbeidsrett (2010) (Volum 7) s. 49-65
- Eidsvaag, Tine ”*NOU 2016:13 Samvittighetsfrihet i arbeidslivet*” Arbeidsrett (2017) (Volum 14) s. 99-112
- Arnardottir, Oddny M. “*Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*” Doktorgrad, University of Edinburgh, 2001
- Arnardottir, Oddny M. “*Vulnerability under article 14 of the European Convention on Human Rights*” Oslo Law Reviews (2017) (Volum 4) s. 150-171
- O'Connell, Rory “*Cinderella comes to the ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*” Legal Studies (2009) (Volum 29, 2) s. 211-229
- Hotvedt, Marianne J. Ulseth, Terese S. ”Arbeidsavtalen og Styringsrett: harmoni i en domsoktett” Arbeidsrett (2013) (Volum 10) s. 112-138
- Dolzhikov, Alexey V. “*The European Court of Human Rights on the Principle of Proportionality in 'Russian' Cases*” Teise (2012) (volum 82) s. 2015-224
- Maher, Julia “*Eweida and others: a new era for article 9?*” International and Comparative Law Quarterly (2014) (volum 63) s. 2013-233

Nettsider:

- Retriever Norge, [Søk på “samvittighetsfrihet” fra årene 2008 og 2018] hentet 01.03.19. <https://web.retriever-info.com/services/archive/search> (krever innlogging)
- Council of Europe, ”Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 005” hentet 02. Mai 2019. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=cxWy8314
- Øverbø, Solfrid L. ”Lege nekter å skrive ut prevensjon til kvinner” NRK 05. April 2011, hentet 02. Mai 2019 <https://www.nrk.no/telemark/lege-nekter-a-skrive-ut-prevensjon-1.7579995>

Figurer:

- Gjengivelse av Cassins Portico, hentet 02. mai 2019, <https://steemit.com/law/@bitcoinman/portico-s-udhr-universal-declaration-of-human-rights>