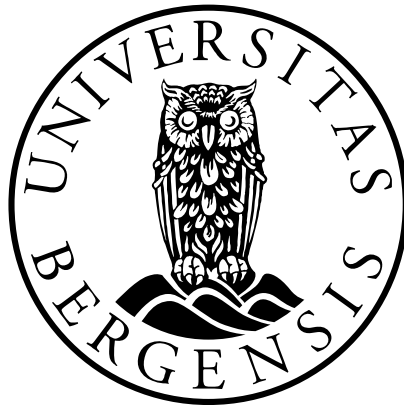


# Retten til trygg, lovlig abort etter EMK og Norges øvrige internasjonale menneskerettsforpliktelser

Kandidatnummer: 74

Antall ord: 14913



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
2 Metode og rettskildebilde.....	5
2.1 Forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene .....	5
2.2 Menneskerettslig metode.....	6
2.2.1 Europeisk konsensus .....	7
2.3 Norsk metode og særlig om reelle hensyn som rettskilde.....	9
2.4 Aktuelle kilder .....	10
2.4.1 Reguleringer .....	10
2.4.2 Forarbeider .....	11
2.4.3 Rettspraksis .....	12
2.4.4 Juridisk litteratur .....	12
2.4.5 Reelle hensyn .....	12
3 Vernet av retten til abort.....	13
3.1 Innledning til vernvurdering.....	13
3.2 Retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.....	13
3.2.1 Vurdering etter EMDs metode .....	13
3.2.2 Vurdering etter norsk metode.....	14
3.3 Retten til helse etter ICESCR artikkel 12 og norsk helseregelverk.....	15
3.3.1 Vurdering etter EMDs metode .....	15
3.3.2 Vurdering etter norsk metode.....	17
3.4 Retten til liv etter EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1) .....	17
3.4.1 Vurdering etter EMDs metode .....	17
3.4.2 Vurdering etter norsk metode.....	18
3.5 Forbudet mot tortur, nedverdiggende og umenneskelig behandling eller straff etter EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2).....	19
3.5.1 Vurdering etter EMDs metode .....	19
3.5.2 Vurdering etter norsk rett .....	24
3.6 Oppsummering av del 3 – hva vernes?.....	24
4 Vernet av fosterets rettigheter .....	25
4.1 Innledning til vernet av fosterets rettigheter.....	25

4.2	Vurdering etter EMDs metode .....	25
4.3	Vurdering etter norsk metode .....	28
5	Inngrep .....	31
5.1	Innledning til inngrepsvurdering .....	31
5.2	Inngrep i EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 .....	32
5.3	Inngrep i ICESCR artikkel 12 og norsk helseregulverk .....	33
5.4	Inngrep i EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1).....	33
5.5	Inngrep i EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2).....	34
6	Legitimering .....	36
6.1	Innledning til legitimeringsvurdering .....	36
6.2	Legitimeringsvurdering av EMK artikkel 8 (2) og Grunnloven § 102.....	36
6.3	Legitimeringsvurdering av retten til helse, ICESCR artikkel 4.....	37
7	Proporsjonalitet .....	38
7.1	Innledning proporsjonalitetsvurdering .....	38
7.2	Proporsjonalitetsvurdering av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.....	38
7.3	Proporsjonalitetsvurdering av ICESCR artikkel 12 og norsk helseregulverk .....	43
8	Avsluttende bemerkninger .....	45
	Litteraturliste .....	47

# 1 Innledning

Menneskerettighetene er skapt, utarbeidet og kodifisert med det formål å sikre alle mennesker så god beskyttelse av sine rettigheter som mulig.<sup>1</sup> Det finnes likevel motstridende interesser både i jussen og samfunnet, som gjør at denne målsettingen blir vanskeligere. Abortrettigheter er et godt eksempel på dette. Kvinners rett til selvbestemmelse og vern mot diverse krenkelser står imot fosterets rett til liv. Dette er interesser som kolliderer med hverandre, slik at full oppfyllelse av den ene, må komme på bekostning av den andre. Dette gjør at både lovgiver og den som praktiserer lovgivningen får en vanskelig balansegang, med fare for å krenke flere sentrale og viktige interesser.

Abortrettigheter har kanskje vært særlig aktuelle de siste årene. Man ser et utbrudd av strengere abortregelverk flere steder i verden, herunder er utviklingen i USA og Polen gode eksempler.<sup>2</sup> Slike endringer reiser spørsmål om hvor langt statene kan gå i sin regulering, både ovenfor kvinnens og fosterets rettigheter. Abortspørsmålet har lenge vært ansett av EMD<sup>3</sup> og andre menneskerettighetsorganer for å være uavklart, og man finner derfor få bastante konklusjoner omkring spørsmålet. Likevel tilsier flere kilder at objektive og klare rettigheter foreligger, og EMDs tilbakeholdenhet i å konkludere kan derfor problematiseres.

Formålet med denne oppgaven er å vurdere i hvilken grad retten til abort er vernet av menneskerettighetene, og i hvilken utstrekning stater har anledning til å gjøre inngrep i en eventuell rettighet. Herunder vil fosterets rett til liv være et sentralt tema som det også må tas stilling til. Vurderingen vil ta utgangspunkt i Norges forpliktelser etter menneskerettighetene, og det norske abortregelverket som inngrep i retten til abort.

I den videre oppgaven skal først menneskerettslig og norsk metode gjennomgås, herunder en vurdering av europeisk konsensus på området. I tillegg vil det aktuelle rettskildebildet gjennomgås. Deretter foretas en vurdering av vernet av abortrettigheter etter de aktuelle menneskerettighetene. Herunder retten til privatliv i EMK<sup>4</sup> artikkel 8 og Grunnloven<sup>5</sup> § 102,

---

<sup>1</sup> The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), 10. Desember 1948, fortalen, avsnitt 5.

<sup>2</sup> Kapelańska-Pregowska, 2021 s. 213 og Zucher, «Roe v Wade: US Supreme Court may overturn abortion rights, leak suggests», *BBC News*, 3, mai 2022.

<sup>3</sup> Den europeiske menneskerettighetsdomstol

<sup>4</sup> The Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms (EMK), 4. november 1950 (ikrafttredelse 3. september 1953).

<sup>5</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

retten til helse etter ICESCR<sup>6</sup> artikkel 12 og norsk helseregelverk, retten til liv etter EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1) og forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling og straff etter EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2). Videre vil vernet av fosterets rett til liv etter EMK artikkel 2 vurderes.

Deretter vil det foretas en vurdering av det norske abortregelverket som inngrep i retten til abort, og hvorvidt dette er i tråd med Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. Dette ved en vurdering av om regelverket innebærer et inngrep, om inngrepet er i tråd med rett, om det er legitimert og deretter om det er proporsjonalt.<sup>7</sup> Vurderingen vil særlig ta sikte på abortloven<sup>8</sup> § 2 tredje og sjette ledd, da det er disse som er mest relevante for adgangen til abort etter uke 12. Bestemmelsen vil gjennomgås under punkt 5.

Avslutningsvis vil noen kommentarer gjøres til EMDs tilbakeholdenhet i å konkludere på flere relevante problemstillinger, samt avsluttende bemerkninger til statusen til det nasjonale abortregelverket opp mot menneskerettighetsforpliktelsene.

Grunnet ordgrense må det avgrenses mot flere problemstillinger. Ved vernvurderingen vil abort grunnet incest eller helsefare ved fosteret ikke behandles, men vernet antas å være sammenfallende med andre situasjoner som vil gjennomgås. Farens rettigheter kunne også vært problematisert, men ettersom praksis tyder på at spørsmålet i stor grad er avklart, vil det ikke tas opp i denne oppgaven. Nektelse av abortrettigheter som en form for diskriminering er også en interessant vinkling,<sup>9</sup> men vil ikke behandles i denne oppgaven da vurdering etter andre bestemmelser ble funnet å være mer hensiktsmessig opp mot det norske abortregelverket. Følgelig vil ikke FNs kvinnekonvensjon eller øvrige diskrimineringsforbud gjennomgås særlig.

---

<sup>6</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 16. desember 1966 (ikrafttredelse 3. januar 1976).

<sup>7</sup> Jf. systemet i blant annet EMK artikkel 8 (2)

<sup>8</sup> Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven eller abl.)

<sup>9</sup> Se videre Herrmann, «Reproductive Health», i *Health and Human Rights in Europe*, Toebes, Hartlev, Hendriks (red.), Intersentia 2012, s. 149–160. Også Ssenyonjo, 2016, s. 552–554

## 2 Metode og rettskildebilde

### 2.1 Forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene

Sentralt for tolkningen av Norges menneskerettighetsforpliktelser er å forstå forholdet mellom norsk rett og de internasjonale menneskerettighetene. Norge opererer med dualisme, altså at man anser folkeretten og det nasjonale rettssystemet som to atskilte systemer, slik at traktater ikke får direkte virkning som norsk rett.<sup>10</sup> Dermed behandles disse som to separate regelsett.

Etter menneskerettsloven<sup>11</sup> § 2 skal EMK gjelde som norsk lov og ha forrang forran andre lover. Videre fremgår det av EMKs fortale avsnitt 7 at medlemsstatene er bundet av EMDs praksis ved gjennomføringen av sine forpliktelser. Dette tilsier at norsk rett i stor grad må rette seg etter det som følger av EMK og EMDs praksis.

Likevel tilkjenner menneskerettighetstraktater typisk skjønnsmarginer til medlemsstatene. En skjønnsmargin gir statene rom for forskjeller i implementeringen av menneskerettighetene.<sup>12</sup> Skjønnsmargin tilkjennes både etter EMK,<sup>13</sup> og etter for eksempel ICESCR hvor graden av forpliktelser varierer med medlemsstatenes ressurser.<sup>14</sup> Dermed er norsk rett ikke like bundet til de internasjonale forpliktelsene.

Etter Maria-dommen skal grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser tolkes i lys av de tilsvarende EMK-bestemmelsene, men likevel slik at EMDs praksis ikke har prejudikativ virkning. Høyesterett har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle grunnlovsbestemmelsene.<sup>15</sup> Altså vil EMDs praksis ha stor betydning for tolkningen av grunnlovsbestemmelsene, men det må tas forbehold om at Høyesterett kan ha funnet egne løsninger.

Dette må forutsettes som bakgrunn for tolkningen av Norges menneskerettighetsforpliktelser.

---

<sup>10</sup> Ruud og Ulfstein, 2014, s. 52

<sup>11</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

<sup>12</sup> Mégret, «Nature of obligations», i *International Human Rights Law*, Moeckli, Shah & Sivakumaran (red.), Oxford University Press 2018, s. 102

<sup>13</sup> Jf. blant annet *Pretty mot Storbritannia* [J] 2002, no. 2346/02, avsnitt 70

<sup>14</sup> Jf. ICESCR artikkel 2 (1), ordlyden «to the maximum of its available resources»

<sup>15</sup> Rt. 2015 s. 93 A, avsnitt 57

## 2.2 Menneskerettslig metode

Folkeretten springer ut fra suverenitetsprinsippet, som innebærer at stater kun er bundet av de traktatene de har sluttet seg til.<sup>16</sup> Likevel finnes folkerettslig sedvane, som antas å være gjeldende for alle stater.<sup>17</sup> Herunder gjelder en særlig gruppe sedvaneregler som jus cogens-regler, som statene heller ikke kan avtale seg bort fra.<sup>18</sup> Alt av juridisk metode for folkeretten vil følgelig springe ut av enten traktatforpliktelse eller en grad av folkerettslig sedvane.

Etter Wienkonvensjonen<sup>19</sup> artikkel 31 (1) er utgangspunktet ved traktatolkning en naturlig forståelse av ordlyden, jf. «ordinary meaning». Videre fremgår det at av særlig betydning er traktatens «object and purpose», altså kan det fortas en formålsrettet tolkning av traktatsteksten. Herunder kan man i tillegg til traktatteksten, ta utgangspunkt i traktatens fortale ved tolkningen, jf. artikkel 31 (2) første setning.

Når det kommer til tolkningen av menneskerettighetsbestemmelser, anses praksis fra EMD å være gjeldende også for andre menneskerettighetskonvensjoner. Dette blant annet ettersom alle konvensjonene bygger på den samme verdenserklæringen og derfor har samme mål.<sup>20</sup> Harmoni mellom konvensjonene vil derfor være hensiktsmessig<sup>21</sup>. Videre er EMK en regional konvensjon, og gir derfor retningslinjer for hvordan menneskerettighetene burde tolkes i en europeisk kontekst. Tolkningen av Norges menneskerettighetsforpliktelser burde derfor gjøres etter EMDs metode.

Menneskerettighetsforpliktelsene deles gjerne inn i de tre undergruppene respektere, beskytte og etterkomme.<sup>22</sup> Plikten til å respektere innebærer at statene må avstå fra å krenke borgernes rettigheter.<sup>23</sup> Eksempelvis gjennom lovgivning eller handlinger fra offentlige tjenestemenn. Beskyttelsesplikten går ut på at staten plikter å avverge og reagere på at borgere krenker hverandres rettigheter.<sup>24</sup> Dette innebærer blant annet plikt til å etterforske lovbrudd samt å ha bestemmelser som kriminaliserer handlinger som krenker menneskerettighetene. Til sist

---

<sup>16</sup> Ruud og Ulfstein, 2014, s. 21

<sup>17</sup> Jf. fortalen til Wienkonvensjonen, avsnitt 9 og ICJ statuttene artikkel 38 (1) bokstav b og c

<sup>18</sup> Jf. blant annet Wienkonvensjonen artikkel 53

<sup>19</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (Wienkonvensjonen), 23. Mai 1969 (ikrafttredelse 27. januar 1980) 1155 UNTS 331

<sup>20</sup> Aall, 2015, s. 22

<sup>21</sup> Jf. blant annet *Al-Adsani mot Storbritannia* [GC], 2001, no. 35763/97, avsnitt 55

<sup>22</sup> UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, 2017, avsnitt 10, samt ordlyden «Obligation to respect» i EMK artikkel 1, og «sikre og respektere» i Grunnloven § 92.

<sup>23</sup> Mégret, 2018, s. 97

<sup>24</sup> UN Committee on Economic Social and Cultural Rights, 2017, avsnitt 14 flg.

innebærer plikten til å etterkomme at staten skal vedta tiltak for å sørge for så god gjennomføring av rettigheten som mulig.<sup>25</sup> Dette kan være alt fra informasjonskampanjer til gratis legeundersøkelser. For denne oppgaven er det hovedsakelig plikten til å respektere som er relevant, ettersom det er regelverket som regulerer adgangen til abort i Norge som skal vurderes.

Systemet for denne vurderingen er som nevnt først om interessen i det hele tatt er vernet av en eller flere menneskerettigheter, og deretter om den aktuelle handlingen innebærer et inngrep i interessen. For at et inngrep ikke skal medføre traktatbrudd, stilles det generelt krav om at det følger av lov, er legitimert, og proporsjonalt.<sup>26</sup>

### 2.2.1 Europeisk konsensus

Læren om europeisk konsensus springer ut fra domstolens uttalelser om at konvensjonen er et «living instrument», som skal tolkes i tråd med samfunnsutviklingen.<sup>27</sup> Hensikten med læren er at den skal opprettholde balansen mellom fleksibilitet og forutberegnelighet, som er nødvendig for at menneskerettighetene skal oppnå sitt formål.<sup>28</sup> Statene må i stor grad vite hva de er forpliktet til, men store samfunnsendringer må innebære at forpliktelsene endres over tid.

Det fremgår av EMDs praksis at hvor en problemstilling dreier seg om en viktig del av et individs identitet, vil skjønnsmarginen normalt være begrenset. Der det er manglende konsensus angående viktigheten av interessen og hvordan den burde beskyttes, samt der saken reiser moralske eller etiske problemstillinger, vil skjønnsmarginen imidlertid være videre.<sup>29</sup> Altså styrer konsensusen graden av statenes skjønnsmargin.

Det er på det rene at abort er et tema som reiser moralske og etiske problemstillinger. Spørsmålet blir om det er enighet angående viktigheten og reguleringen av spørsmålet.

*A, B og C mot Irland* er den nyeste dommen angående europeisk konsensus for abort. Problemstillingen var om Irlands abortregelverk innebar brudd på diverse menneskerettigheter, da det kun tillot abort hvor det var fare for liv, men tillot kvinner å reise

---

<sup>25</sup> Mégret, 2018, s. 98

<sup>26</sup> Jf. blant annet EMK artikkel 8 (2)

<sup>27</sup> Jf. *Tyrer mot Storbritannia* [J] 1978, no. 5856/72, avsnitt 31

<sup>28</sup> Dzehtsiarou, 2011, s. 1730

<sup>29</sup> *A, B og C mot Irland* [GC] 2010, no. 25579/05, avsnitt 232



til andre land for å ta abort i andre tilfeller. Domstolen fant at det forelå en relativt sterk konsensus blant medlemsstatene for å tillate abort i større grad enn Irland gjorde. Tross konsensusen, uttalte EMD at den ikke «decisively» innskrenket statens vide skjønnsmargin.<sup>30</sup> Etersom det var tillatt for kvinnene å reise til andre land for å ta abort, og de fikk tilstrekkelig informasjon om dette i Irland, hadde staten likevel funnet en «fair balance» innenfor skjønnsmarginen.<sup>31</sup> Domstolen synes altså å mene at det forelå konsensus, men at denne ikke innskrenket skjønnsmargin nok til å konstatere brudd.

I dag er det noe mer konsensus i Europa for tillatelse av abort enn da dommen ble avsagt, men ingen betydelig forskjell.<sup>32</sup> En av de største forskjellene er trolig å finne i Irland. I 2018 vedtok irsk lovgiver fri abort før uke 12, og etterfølgende mulighet for abort ved fare for morens liv eller helse, eller ved feil ved fosteret.<sup>33</sup> Dette er en sterk liberalisering for det som tidligere var en av de strengeste statene på dette området, og noe som derfor markant endrer statusen til abort i Europa. Dette sammen med at EMD mente det allerede forelå sterk konsensus før endringen, tilsier at konsensus omkring abortrettigheter foreligger blant medlemsstatene i dag.<sup>34</sup>

Motsetningsvis kom den polske grunnlovsdomstolen i 2020 til at unntaket i polsk lovgivning for abort ved fostermisdannelse var grunnlovsstridig. Dette medførte at abort nærmest er helt forbudt i Polen i dag.<sup>35</sup> Dette kan tilsa at konsensusen også kan sies å gå i motsatt retning, og det kan derfor være vanskelig å peke på én tendens siden *A, B og C mot Irland*. Forbudet mot regresjon (se punkt 2.4.1), tilsier imidlertid at slik praksis ikke burde vektlegges særlig, slik at denne utviklingen gis begrenset vekt.<sup>36</sup>

Dermed er det vanskelig å peke helt bastant på én tendens i medlemsstatene og ellers internasjonalt som vil medføre at man har fått en endring. Likevel heller utviklingen siden *A, B og C mot Irland* i retning av det finnes konsensus for økt vern av abortrettigheter i dag. Følgelig vil statenes skjønnsmargin være innskrenket i reguleringen av abortspørsmålet, og Norges forpliktelser etter EMK må i denne oppgaven vurderes tett opp mot EMDs praksis.

---

<sup>30</sup> Ibid, avsnitt 235–236

<sup>31</sup> Ibid, avsnitt 239–241

<sup>32</sup> Center for Reproductive Rights, 2021, s. 3 og 8–9.

<sup>33</sup> Jf. Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018, (Act No. 31/2018) (Ir.), artikkel 9–12

<sup>34</sup> Tilsvarende Meaney, 2018, s. 45–46

<sup>35</sup> Kapelańska-Pregowska, 2021, 213

<sup>36</sup> Tilsvarende Katsoni, 2021, s. 2

## 2.3 Norsk metode og særlig om reelle hensyn som rettskilde

I likhet med menneskerettslig metode tilkjenner norsk metode generelt mye vekt til ordlydstolkninger, og domstolspraksis.<sup>37</sup> En av hovedforskjellene er kanskje at forarbeider tilkjennes mer vekt i norsk rett.<sup>38</sup>

En annen stor forskjell er bruken av reelle hensyn, som kan sies å være en særskilt norsk rettskilde. Eckhoff beskrev reelle hensyn som vurderingen av resultatets godhet. Med dette menes om resultatet er innholdsmessig og rettsteknisk godt, og om løsningen er god i det individuelle tilfellet.<sup>39</sup> Rettskilden brukes ofte hvor lovtekst og forarbeider er uklare om hvordan noe skal tolkes, men har også blitt benyttet til å gå imot både klar lovtekst og forarbeider.<sup>40</sup>

Skoghøy deler reelle hensyn inn i fire kategorier, som kan være hensiktsmessig for å konkretisere rettskilden. Virkningsbaserte vurderinger omhandler hvilket innhold regelen burde ha for at formålet realiseres og uønskede virkninger unngås. Innholdsmessige vurderinger går på hvilke tolkningsalternativ som gir best materielt innhold. Herunder angående både resultatets godhet, forholdsmessighet og hensynet til borgernes rettssikkerhet. Videre omfatter rettstekniske vurderinger hvordan regelen burde forstås for at den skal være praktikabel og ikke virke unødig prosesskapende. Til sist kommer systemorienterte vurderinger, som omhandler hvilket tolkningsalternativ som vil gi regelen et innhold som er best tilpasset det regelsett den er en del av, og rettssystemet for øvrig.<sup>41</sup> Disse kategoriene vil benyttes for oppgavens vurderinger, da de gir konkrete og gode retningslinjer for anvendelsen av reelle hensyn.

Reelle hensyn ble benyttet i Rt. 1979 s. 1079 som gjaldt en 'sinnsyk' kvinne som ønsket å anke saken sin uten vergens medvirkning. Både lovtekst, rettspraksis og enstemmig juridisk teori tilsa at vergen utelukkende hadde partsrettigheter. Likevel fant domstolen at dette ville stride så sterkt med samfunnsutviklingen, og stille 'sinnsyke' uten tilstrekkelige

---

<sup>37</sup> Eckhoff, 2001, s. 39 og 155

<sup>38</sup> Ibid, s. 79

<sup>39</sup> Ibid, s. 371

<sup>40</sup> Ibid, s. 378

<sup>41</sup> Skoghøy, 2013 s. 257–258

rettsikkerhetsgarantier. Derfor tolket de imot ordlyden og øvrige rettskilder, slik at kvinnen fikk lov til å anke.<sup>42</sup>

Et nyere eksempel er Rt. 2010 s. 291 A hvor domstolen vurderte hvorvidt en regel om objektivt ansvar for feiltolkning av plan- og bygningsloven, som det ikke var praksis for, burde foreligge. Dette ble drøftet ut fra hvilke virkninger regelen ville ha, og forholdet til borgernes rettsbeskyttelse. De konkluderte med alminnelig arbeidsgiveransvar, da dette vil gi «den best balanserte løsning».<sup>43</sup> Det er altså rettskildemessig grunnlag for at Høyesterett bruker reelle hensyn, og at dette gjøres noenlunde i tråd med Skoghøy sin inndeling.

Det har vært noe uenighet i teorien angående hvorvidt reelle hensyn burde anvendes, og om det er rettskildemessig dekning for å si at Høyesterett fortsatt anvender dem.<sup>44</sup> Som nevnt finnes det noe nyere praksis som tilsier dette, og anvendelse er hensiktsmessig for at lovreglene kan anvendes slik at bakenforliggende formål fremmes og uønskede løsninger unngås.<sup>45</sup> Reelle hensyn vil av den grunn anvendes for løsningen av denne oppgaven.

## 2.4 Aktuelle kilder

### 2.4.1 Reguleringer

Menneskerettighetene har relativt vid og variert regulering. Noen gjelder som folkerettslig sedvane og jus cogens-regler, herunder særlig forbudet mot tortur.<sup>46</sup> Forbudet mot regresjon kan nevnes som et sedvanebasert prinsipp. Forbudet innebærer at stater i utgangspunktet ikke kan yte mindre i oppfyllelsen av menneskerettighetene enn de har gjort tidligere.<sup>47</sup>

Videre har man uforpliktende programerklæringstraktater. Her er UDHR kanskje mest sentral, da de fleste andre menneskerettighetstraktater er basert på denne. Denne vil derfor være relevant ved tolkningen av slike disse. Man har også mer pliktgivende traktater som EMK,

---

<sup>42</sup> Dommen, s. 1081–1082

<sup>43</sup> Dommen, avsnitt 34. Tilsvarende gjengitt i Skoghøy, 2013 s. 257–258

<sup>44</sup> Se f.eks. Kjønsstad, 2006, s. og Skoghøy, 2013, s. 257–258

<sup>45</sup> Tilsvarende Skoghøy, 2013, s. 257–258

<sup>46</sup> Aall, 2015, s. 185

<sup>47</sup> Office of the United Nations High Commissioner of Human Rights, 2005, s. 11–12

ICESCR, ICCPR<sup>48</sup> og CEDAW<sup>49</sup>. Norge er part i alle disse, og de er derfor gjeldende for norsk rett.

Det finnes også traktater som regulerer traktatstolkning, og derfor vil være sentrale ved tolkningen av traktatene over. Wienkonvensjonen regulerer og kodifiserer tolkningsregler for traktater mellom stater, jf. artikkel 1 og 2 bokstav a. Norge er ikke part i Wien-konvensjonen, men denne er antatt å gjøre uttrykk for sedvanerett, og bestemmelsene vil følgelig kunne anvendes uavhengig av dette.<sup>50</sup> ICJ statuttene<sup>51</sup> gir også uttrykk for generelle tolkningsregler som vil være relevante for oppgaven. Norge er part i ICJ.

Til sist har man norske bestemmelser, som er part i det nasjonale regelsettet. Sentralt for denne oppgaven er menneskerettighetene inntatt i både Grunnloven og menneskerettsloven. Abortloven vil naturligvis også være sentral for vurderingen av det norske regelverket. Til sist vil helse- og omsorgstjenesteloven<sup>52</sup> og pasient- og brukerrettighetsloven<sup>53</sup> være relevante ved gjennomføringen av helserelevante rettigheter i norsk rett.

## 2.4.2 Forarbeider

Som nevnt er forarbeider som rettskilde hovedsakelig relevant i relasjon til vurderingen av norsk rett. Et av de mest sentrale forarbeidene i relasjon til problemstillingen er Dok.nr.16 (2011-2012) (heretter Dok.16), som ble utarbeidet med formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.<sup>54</sup> Dokumentet gir en gjennomgang av tidligere rettstilstand samt forslag til endringer, og gir derfor et godt bilde av den norske forståelsen av menneskerettighetene.

Videre vil forarbeidene til abortloven være av sentral betydning, da disse gir uttrykk for begrunnelsene for lovens utforming. Det er da særlig Ot.prp.nr.53 (1977-1978) og Ot.prp.nr.38 (1974-1975) som er av interesse, da de relaterer seg spesifikt til aborthjemmelen i abortloven § 2 og er fra tiden da denne ble utformet.

---

<sup>48</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (ikrafttredelse 23. mars 1976)

<sup>49</sup> The Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, 18. desember 1979 (ikrafttredelse 3. september 1981)

<sup>50</sup> Ruud og Ulfstein, 2014, s. 24

<sup>51</sup> Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945.

<sup>52</sup> Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (hol.)

<sup>53</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pbrl.)

<sup>54</sup> Dok.16, s. 13

### **2.4.3 Rettspraksis**

Som nevnt er EMDs praksis ansett å være svært retningsgivende for tolkningen av menneskerettighetsforpliktelsene. Av særlig betydning er de to EMD-sakene *A, B og C mot Irland* angående vern av og inngrep i retten til abort samt *Vo mot Frankrike*<sup>55</sup> angående fosterets rett til liv. Disse er de nyeste dommene på område, og inneholder prinsipielle uttalelser om de respektive problemstillingene. Grunnet harmoniseringshensynet som nevnt over, vil også praksis fra andre menneskerettighetsdomstoler angående tilsvarende bestemmelser kunne være av betydning.

Det finnes ikke særlig norsk rettspraksis angående retten til abort eller fosterets rett til liv, og dette vil følgelig ikke gjennomgås.

### **2.4.4 Juridisk litteratur**

Juridisk litteratur har generelt beskjeden betydning som rettskilde.<sup>56</sup> Litteraturen kan likevel bidra til å belyse og nyansere ulike argumenter, særlig siden dette er et svært debattert og uavklart tema, og den vil derfor tas med hvor dette er naturlig.

### **2.4.5 Reelle hensyn**

Ettersom vi er på et område hvor sterke samfunnshensyn gjør seg gjeldende, og hvor det ikke finnes så mange bastante konklusjoner, vil reelle hensyn kunne bidra der det er usikkerhet rundt løsningen.

---

<sup>55</sup> *Vo mot Frankrike* [GC] 2004, no. 53924/00

<sup>56</sup> Eckhoff, 2001, s. 270

## 3 Vernet av retten til abort

### 3.1 Innledning til vernvurdering

Det vurderes først om abortrettigheter er vernet av de relevante menneskerettighetsbestemmelsene. Aborttilfellene er ikke ensartede, og må deles opp for å få best forståelse for hvordan menneskerettighetene verner dem. Årsaker til abort kan deles opp i helseårsaker hos moren, helseårsaker hos fosteret, at graviditeten skyldes et straffbart forhold (typisk voldtekt eller incest) og velferdsgrunner. Velferdsgrunner vil typisk være at moren ikke er økonomisk eller situasjonsmessig i stand til å ta vare på barnet, eller bare ikke ønsker barnet. Som nevnt vil verken helseårsaker hos fosteret eller incest vurderes. Dette ettersom det finnes lite rettspraksis rundt tilfellene, og de generelt vil vurderes likt som henholdsvis helseårsaker hos moren, og voldtekt, slik at det ikke er særlig behov for en separat vurdering.

I denne delen vil det vurderes om de aktuelle menneskerettighetsbestemmelsene verner om retten til abort, og eventuelt i hvilke tilfeller. Det vil først vurderes etter EMDs metode, og deretter vil en egen norsk vurdering tas, der det er grunn til å tro at norsk metode vil lede til en annen løsning.

### 3.2 Retten til privatliv etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102

#### 3.2.1 Vurdering etter EMDs metode

EMK artikkel 8 (1) gir enhver rett til respekt for sitt «private (...) life». Ordlyden tilsier at borgerne må få leve livene sine slik de vil, uten unødig overvåkning eller kontroll. EMD har tolket bestemmelsen svært vidt,<sup>57</sup> til å inkludere blant annet fysisk og psykisk integritet,<sup>58</sup> og retten til personlig autonomi.<sup>59</sup> Dette tilsier at både helserelaterte og velferdsrelaterte årsaker til abort blir vernet av bestemmelsen.

---

<sup>57</sup> European Court of Human Rights, 2021, avsnitt 2

<sup>58</sup> Jf. *Soderman mot Sverige* [GC] 2013, no. 5786/08, avsnitt 80

<sup>59</sup> Jf. *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 61

Når det gjelder helserelaterte årsaker, er det lagt til grunn at artikkel 8 verner om helsekonsekvenser som faller utenfor EMK artikkel 2, jf. *Vasileva mot Bulgaria*, hvor de vurderte en mislykket operasjon under bestemmelsen.<sup>60</sup> Abort for helseårsaker ble også ansett for vernet etter bestemmelsen i EMD-saken *A, B og C mot Irland*, hvor helseårsaker var avgjørende for to av søkerene.<sup>61</sup> Dermed kan det legges til grunn at abort for helseårsaker er vernet av EMK artikkel 8.

Angående velferdsgrunner er *A, B og C mot Irland* også relevant. For søker A var velferdsgrunner den dominerende årsaken til at hun ønsket abort. Hun hadde fire barn fra før av, som alle var i fosterhjem grunnet hennes alkoholisme. Hun var arbeidsløs, ugift og levde i fattigdom. Hun hadde også opplevd depresjon under hennes tidligere graviditeter. En ny graviditet ville derfor trolig forringe forsøket på familieegjenforening, og hun ville ikke vært i økonomisk eller psykisk stand til å ta vare på barnet. EMD kom til at manglende aborttjenester for A utgjorde et inngrep i EMK artikkel 8,<sup>62</sup> noe som tilsier at abort er vernet også for velferdsmessige årsaker. At bestemmelsen skal verne integritet og autonomi trekker i samme retning. Det legges derfor til grunn at abort for velferdsårsaker er vernet av bestemmelsen.

Hvorvidt abort der graviditeten er et resultat av voldtekt omfattes er det lite autoritative kilder om. Ettersom dette naturligvis vil være mer krenkende enn velferdsgrunner, og dermed mer inngripende i den personlige integritet og autonomi, vil det trolig også være vernet.

Altså synes retten til abort å være vernet av EMK artikkel 8 både for helsebaserte og velferdsgrunner. Samt trolig også hvor graviditeten er følge av voldtekt.

### **3.2.2 Vurdering etter norsk metode**

Grunnloven § 102 gir enhver rett til respekt for sitt «privatliv» og gir staten plikt til å sikre vern om den «personlige integritet». Som nevnt fremgår det av Rt. 2015 s. 93 at bestemmelsen i stor grad skal tolkes likt og ha samme rekkevidde som EMK artikkel 8.

---

<sup>60</sup> Jf. *Vasileva mot Bulgaria* [J] 2016, no. 23796/10, avsnitt 63

<sup>61</sup> Dommen, avsnitt 214

<sup>62</sup> Ibid, avsnitt 14, 214 og 221

Likevel er det her usikkerhet rundt vern hvor graviditeten er følge av voldtekt, som kan forsøkes avklart ved bruk av norsk metode og særlig reelle hensyn.

Ordlyden til bestemmelsen gir ikke mye mer enn den tilsvarende EMK bestemmelsen, men tillegget av personlig integritet spesifikt kan tilsa at det er ment å gi særlig vern til borgernes autonomi og ukrenkelighet. Dette tilsier at tilfellet omfattes.

Når det kommer til hvilken løsning som best vil realisere formålet til bestemmelsen, fremgår ikke noe formål klart av forarbeider eller andre kilder. Likevel er det tale om en rett til privatliv som særlig nevner den «personlige integritet». Dette tilsier at formålet er å sikre at borgerne får beholde sin personlige autonomi og at denne ikke krenkes av andre. Samtidig må rettigheten avveies mot andre interesser, herunder særlig fosterets. Momentet trekker derfor noenlunde i begge retninger.

Forholdsmessighet og systemorienterte vurderinger trekker sterkt i retning av at abort hvor graviditeten er en følge av voldtekt også vernes av bestemmelsen. Dette særlig når bestemmelsen særlig vektlegger borgernes autonomi og ukrenkelighet. Det er naturligvis mer krenkende å måtte fortsette en graviditet som oppsto fordi man ble voldtatt, enn å måtte fortsette en graviditet fordi man ikke har råd til å beholde barnet. Å ikke inkludere voldtektstilfellene vil både gi lite mening etter en forholdsmessighetsvurdering av de ulike resultatene, og passe dårlig systematisk når de andre tilfellene er vernet.

Følgelig vil også abort grunnet straffbare forhold være vernet av Grunnloven § 102.

### **3.3 Retten til helse etter ICESCR artikkel 12 og norsk helseregelverk**

#### **3.3.1 Vurdering etter EMDs metode**

Etter ICESCR artikkel 12 (1) skal medlemsstatene anerkjenne enhvers rett til «the highest attainable standard of physical and mental health». Ordlyden tilsier en høy terskel for oppfyllelse. I praksis forstås artikkelen imidlertid slik at den gir en minimumsplikt for statene til å gi borgerne tilgang på nødvendig medisin, helsetjenester, mat og lignende.<sup>63</sup> Spørsmålet

---

<sup>63</sup> Office for the High Commissioner for Human Rights, 2000, avsnitt 43



blir dermed om abort regnes som en nødvendig helsetjeneste, og dermed kreves etter minstestandarden i ICESCR artikkel 12.

Menneskerettighetsorganet OHCHR<sup>64</sup> og WHO<sup>65</sup> har uttalt at seksuell og reproduktiv helse er nøkkelaspekt i kvinners rett til helse og at stater burde gi kvinner mulighet til å kontrollere og fritt bestemme over deres reproduktive helse.<sup>66</sup> Reproduktiv helse inkluderer mer enn tilgang på lovlige aborttjenester, eksempelvis tilgang på prevensjon og gynekologtjenester. Tilgang på trygg, lovlig abort er likevel trolig den viktigste delen, ettersom kvinner uavhengig av alle andre tjenester kan bli gravide grunnet overgrep eller lignende. Abort er derfor den eneste helsetjenesten som vil gi kvinner full mulighet til å kontrollere sin reproduksjon. Dette tilsier at abort må regnes som en nødvendig helsetjeneste.

En relevant sak i denne relasjon er *K.L mot Peru*. Søkeren var 17 år og bar et foster som ikke var levedyktig, og som innebar risiko for at søkeren kunne dø. Hun ble nektet abort, og barnet døde fire dager etter fødsel.<sup>67</sup> Komiteen kom til at dette innebar brudd på flere menneskerettighetsbestemmelser, blant annet umenneskelig og nedverdiggende behandling etter ICCPR artikkel 7.<sup>68</sup> Saken ble utelukkende vurdert etter ICCPR, slik at retten til helse ikke ble vurdert eller kommentert spesifikt. Likevel uttales det at når kvinnen ikke fikk ta abort, innebar det en nektelse av muligheten til nødvendig «medical intervention». Videre konkluderte domstolen at det forelå brudd på nasjonal lovgivning som vernet om retten til helse.<sup>69</sup> Dette tilsier at retten til helse var krenket i denne situasjonen, og at ICESCR artikkel 12 verner om abort for helseårsaker.

I *LC mot Peru* var det brudd på CEDAW artikkel 12, som regulerer rett til helsetjenester. En 13-åring ble nektet abort, selv om hun hadde behov for en operasjon som ikke kunne gjøres mens hun var gravid. Som følge av nektelsen ble jenta lam.<sup>70</sup> Ettersom det også her var tale om en bestemmelse som verner om retten til helse, tilsier dommen at ICESCR artikkel 12 verner om abort for helseårsaker.

---

<sup>64</sup> Office of the United Nations High Commissioner of Human Rights

<sup>65</sup> World Health Organization

<sup>66</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights & World Health Organization, 2008, s. 13

<sup>67</sup> *K.L mot Peru*, 2005, no. 1153/2003, avsnitt 2.1 –2.6, United Nations Human Rights Committee (UNHRC)

<sup>68</sup> *Ibid* avsnitt 6.6

<sup>69</sup> *Ibid* avsnitt 6.3–6.4

<sup>70</sup> *LC mot Peru*, 2011, no. 22/2009, avsnitt 8.15, Committee on the Elimination of Discrimination against Women

Etter dette kan det legges til grunn at aborttilgang må regnes som en nødvendig helsetjeneste, og at retten til abort for helseårsaker derfor er vernet av ICESCR artikkel 12.

Det kan likevel problematiseres hvor alvorlige helsekonsekvenser det må være tale om. Nødvendighetskriteriet etter ICESCR er ikke veldig retningsgivende. Det kan vises til at EMD kom til at søker A i *A, B og C mot Irland* også søkte for helseårsaker, og at disse var vernet.<sup>71</sup> Som nevnt var helsekonsekvensene her fare for depresjon og alkoholisme. Altså en potensiell følge av graviditeten. Dette kan tilsa at terskelen er noe lav. Dette støttes av at det naturligvis vil være en lavere terskel for rett til helse enn rett til liv.

Altså er retten til abort vernet etter ICESCR artikkel 12 der abort søkes for helseårsaker. Terskelen for hva som omfattes synes å være noe lav, men det er vanskelig å trekke en konkret linje grunnet manglende autoritative kilder.

### **3.3.2 Vurdering etter norsk metode**

Retten til helse er ikke kodifisert i den norske grunnloven, men sikres gjennom alminnelig lovgivning, blant annet helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven. Regelverket sikrer også rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester»,<sup>72</sup> som antas å i stor grad ha samme utstrekning som kravet etter ICESCR artikkel 12.

Selv om terskelen for vern er noe usikker her, kan det ikke ses at norsk rett vil gi mer konkrete retningslinjer enn det som følger av EMDs metode. Følgelig anses det ikke hensiktsmessig å ta en egen vurdering etter norsk rett.

## **3.4 Retten til liv etter EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1)**

### **3.4.1 Vurdering etter EMDs metode**

Etter EMK artikkel 2 (1) skal alles rett til «life» bli beskyttet. Ordlyden tilsier at staten plikter å verne om borgernes liv, gjennom å sørge for at de har det som trengs for å overleve, og prøve å forhindre at de dør eller dreper hverandre. Det at bestemmelsen verner om retten til

---

<sup>71</sup> Dommen avsnitt 214

<sup>72</sup> Jf. pbrl. § 2-1a (2) og hol. § 3-1 (1)

liv, samt at dette er en av bestemmelsene som har strengest inngrepsadgang,<sup>73</sup> gir den en alvorlig karakter, som tilsier en høy terskel for vern.

Bestemmelsen verner naturligvis i tilfeller hvor en person har mistet livet, eller har risikert å miste livet som et resultat av statens handlinger.<sup>74</sup> Den har også blitt tolket av EMD til å omfatte tilgang på helsetjenester i blant annet *Vo mot Frankrike*, som gjaldt behandling av en gravid kvinne som mulig resulterte i fosterets død.<sup>75</sup> Også i *Mehmet Sentürk og Bekir Sentürk mot Tyrkia*, hvor domstolen kom til at det forelå et brudd hvor en pasient døde etter at hun ble nektet tilgang på livreddende behandling.<sup>76</sup> Dette tilsier at abort grunnet alvorlig helserisiko er vernet av bestemmelsen.

I *Paton mot Storbritannia* anvendte domstolen EMK artikkel 2 der en kvinne ønsket abort mot mannens vilje, da hun fryktet risiko for sitt liv og helse ved fortsatt graviditet og fødsel.<sup>77</sup> Det fremgår ikke av dommen hvilke helsekonsekvenser det var tale om, slik at det er vanskelig å trekke opp en konkret terskel for hvor alvorlige helsekonsekvensene må være, men dommen gir likevel grunnlag for å si at abort for helsekonsekvenser er vernet av bestemmelsen.

Følgelig er det rettskildemessig grunnlag for at abort ved fare for liv og helse er vernet av EMK artikkel 2. Hvor terskelen går er imidlertid usikkert, da det finnes lite konkrete rettskilder. Det er likevel naturlig at det stilles en høyere terskel enn etter for eksempel EMK artikkel 8 eller ICESCR artikkel 12, grunnet karakteren av EMK artikkel 2.

### **3.4.2 Vurdering etter norsk metode**

Etter Grunnloven § 93 (1) har enhver har rett til «liv». Det fremgår av Dok.16 side 106 at en kort formulering bevisst er valgt fordi den uansett vil presiseres gjennom EMK artikkel 2, slik at det er naturlig å tolke bestemmelsene til å ha stort sett samme rekkevidde.

Det kan likevel foretas en kort vurdering etter reelle hensyn for å prøve å kartlegge mer konkret hvor terskelen for retten til liv i relasjon til helsetjenester går.

---

<sup>73</sup> Se EMK artikkel 2 (2) sammenlignet med f.eks. 8 (2) eller 10 (2)

<sup>74</sup> European Court of Human Rights, 2021, s. 8

<sup>75</sup> Dommen, avsnitt 11–12

<sup>76</sup> *Mehmet Sentürk og Bekir Sentürk mot Tyrkia* [J] 2013, no. 13423/09, avsnitt 97

<sup>77</sup> *Paton mot Storbritannia* [C] 1980, no. 8416/78, avsnitt 23

En systemorientert tolkning tilsier at det burde være en sammenheng mellom tersklene for retten til privatliv, helse og liv. Altså slik at retten til liv omfatter de mest alvorlige tilfellene, mens de mindre alvorlige vil omfattes av de to øvrige. Likevel er overlapp mellom rettighetenes verneområder utelukkende positivt da det gir størst vern. Momentet trekker derfor ikke i noen særlig retning.

Hensyn til hva som gir en god regel tilsier på den ene siden at bestemmelsen burde ha et vidt vern. Alt av helsekonsekvenser vil påvirke ens liv til en viss grad, og et vidt vern vil derfor gi best og mest korrekt beskyttelse. På den andre siden vil en så vid tolkning kunne påvirke bestemmelsens karakter. Som nevnt er retten til liv en av de strengere menneskerettighetene, med begrensede inngrepshjemler og derfor trolig høy terskel for vern. En lav terskel vil kunne ha en negativ effekt for regelen på lang sikt, og dette tilsier derfor en strengere terskel.

Etter vurdering burde en streng terskel for at noe skal vernes av retten til liv legges til grunn.

## **3.5 Forbudet mot tortur, nedverdiggende og umenneskelig behandling eller straff etter EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2)**

### **3.5.1 Vurdering etter EMDs metode**

#### **3.4.1.1 Innledning til EMK artikkel 3**

Som nevnt gjelder forbudet mot tortur, nedverdiggende og umenneskelig behandling eller straff som jus cogens. Det er også et absolutt forbud, slik at krenkelse aldri kan legitimeres som et lovlig inngrep.<sup>78</sup> Dette sammen med at tortur regnes som et av de mest alvorlige menneskerettskrenkelsene, gjør at man stiller et høyt krav til at noe skal omfattes av betegnelsen.

Forbudet reguleres blant annet av EMK artikkel 3, som fremmer at ingen skal utsettes for «torture» eller «inhuman or degrading treatment or punishment». Bestemmelsen inneholder fem elementer av ulik intensitet, nemlig «torture» «inhuman» «degrading» «treatment» og «punishment». Skillet mellom «treatment» og «punishment» går på karakteren og formålet av

---

<sup>78</sup> European Court of Human Rights, 2021, avsnitt 2

handlingen. De fleste tilfeller vil falle inn under «treatment», og ettersom straff ikke er så relevant i relasjon til nektelse av aborttjenester, kan man legge til grunn at det her er tale om «treatment».<sup>79</sup>

Når det kommer til de tre andre kategoriene har EMD lagt til grunn at det kreves et minimumsnivå av intensitet for at noe skal omfattes av bestemmelsen. Vurderingen av minimumsnivået er imidlertid relativ, etter alle omstendigheter ved den aktuelle saken. Eksempelvis varighet, fysiske og mentale følger, kjønn, alder og helsesituasjon.<sup>80</sup> Det må altså foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Skillet mellom tortur og de to andre kategoriene, er ifølge domstolen intensiteten av smerten, målt ut fra momentene som nevnt over.<sup>81</sup> I tillegg er de to kategoriene gitt en viss definisjon i EMD sin praksis som vil gjennomgå fortløpende.

### 3.4.1.2 Tortur

Tortur defineres av domstolen som “deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering”.<sup>82</sup> Videre stilles det krav om at handlingen har et visst formål, eksempelvis å få en tilståelse eller å straffe offeret.<sup>83</sup> Altså er hovedelementene påføring av alvorlig psykisk eller fysisk smerte, hvorvidt påførselen er forsettlig og hvorvidt påførselen hadde til formål å samle informasjon eller straffe offeret.

Nektelse av tilgang på aborttjenester kan argumenteres for å medføre alvorlig både psykisk og fysisk smerte, samt at påførselen er forsettlig. Dette ettersom det vil være psykisk påkjennende å måtte fortsette en graviditet man ikke ønsker, og fysisk smertefullt både under graviditet og fødsel. Videre er dette forsettlig ettersom man ved å nekte noen aborttjenester, vet at de kommer til å oppleve denne smerten.

Likevel er terskelen veldig høy. Graviditet og fødsel er noe mange kvinner går gjennom, slik at det kan virke unaturlig å si at terskelen er oppfylt. Videre kan det vanskelig sies at formålet vil være oppfylt i disse tilfellene, da hensikten med å nekte abort i stor grad vil være hensyn til fosterets interesser eller lignende, ikke å straffe kvinnen.

---

<sup>79</sup> Reidy, 2003, s. 17

<sup>80</sup> Jf. *Muršić mot. Kroatia* [GC] 2016, no. 7334/12, avsnitt 97

<sup>81</sup> Jf. *Selmouni mot Frankrike* [GC] 1999, no. 25803/94, avsnitt 100

<sup>82</sup> Jf. *Irland mot Storbritannia* [P] 1978, no. 5310/71, avsnitt 167

<sup>83</sup> Jf. *Selmouni mot Frankrike*, avsnitt 92

Nektelse av aborttjenester kan ikke regnes som tortur etter EMK artikkel 3.

### 3.4.1.3 Umenneskelig behandling

Ordlyden «inhuman» tilsier behandling som får noen til å føle seg mindre verdt enn andre mennesker, eksempelvis ved at de ikke får ivaretatt sine rettigheter i like stor grad som andre.

Umenneskelig behandling har blitt beskrevet som behandling som «deliberately causes severe suffering, mental or physical, which in the particular situation is unjustifiable».<sup>84</sup> Behandling har vært ansett som umenneskelig av domstolen i situasjoner hvor den var overlagt, utført i flere timer i strekk, og medførte enten fysisk skade eller intens fysisk eller psykisk smerte.<sup>85</sup> Altså er hovedelementene forsett, alvorlig smerte og at det ikke er legitimert, og momenter kan være hvorvidt det er overlagt, lengde og intensitet.

Igjen kan det argumenteres for at nektelse av aborttjenester kan innebære både forsett og alvorlig smerte. Ordlyden «inhuman» tilsier også at tilfellet kan omfattes, særlig i relasjon til abort for helsegrunner. Dersom det foreligger en særlig helsefare ved fortsettelse av graviditeten, medfører nektelse at vedkommendes liv og helse settes som mindreverdige til fosterets og eventuelt farens og samfunnets interesser. En slik hierarkisk ordning av personers rettigheter vil trolig innebære umenneskelig behandling, da vedkommende vil føle at sine rettigheter er av underordnet betydning. Dette tilsier sterkt at abort for helseårsaker må være beskyttet av forbudet mot umenneskelig behandling.

Det er usikkert om nektelse av aborttjenester kan betegnes som «unjustifiable», ettersom det etter EMDs praksis foreligger interesser som kan begrunne nektelse.<sup>86</sup> Dette vil dermed avhenge av hvilke interesser som foreligger i den konkrete situasjonen. Generelt kan det likevel sies at dersom det er fare for kvinnens død, eller alvorlige helsekonsekvenser, vil nektelse ikke være «justifiable» uansett, grunnet det hierarkiske preget dette vil få som nevnt over.

Saken *D mot England* kan være illustrerende for anvendelsen av alternativet umenneskelig behandling. D var en ulovlig flyktning i England, som skulle sendes ut av landet. Han hadde AIDS, og det var klart at han ikke ville få tilstrekkelig behandling for dette i hjemlandet. Det var nærliggende fare for at han kunne dø uten behandlingen. EMD uttalte at artikkel 3 må

---

<sup>84</sup> Reidy, 2003, s. 16

<sup>85</sup> European Court of Human Rights, 2001, avsnitt 16

<sup>86</sup> Jf. blant annet *A, B og C mot Irland*, avsnitt 222

kunne anvendes fleksibelt, slik at nye tilfeller og samfunnsområder kan falle innenfor, for at bestemmelsen skal kunne ivareta sitt formål. De fant at å sende D tilbake til hjemlandet og dermed i praksis la han lide og dø av AIDS ville være umenneskelig behandling.<sup>87</sup>

I saken var det altså også tale om manglende tilgang på helsetjenester, som ville resultere i smerte, alvorlige helsekonsekvenser og død. Dette tilsier at det samme vil kunne gjelde i aborttilfellene, hvor kvinnen risikerer det samme ved fortsatt graviditet.

Som nevnt forelå det også brudd på forbudet mot umenneskelig behandling etter ICCPR artikkel 7 i *K.L mot Peru*, hvor en jente ble nektet abort og det var fare for at hun kunne dø som følge av graviditet og fødsel. Dette tilsier sterkt at abort ved fare for alvorlige helsekonsekvenser og død omfattes av bestemmelsen.

Det er overveiende argumenter som tilsier at abort for alvorlige helseårsaker vernes av forbudet mot umenneskelig behandling etter EMK artikkel 3. For andre årsaker er det lite rettskildemessig grunnlag, og det vil dermed ikke konkluderes på disse her.

#### **3.4.1.4 Nedverdiggende behandling**

Ordlyden «degrading treatment» tilsier noe som oppleves krenkende for offeret, og som har til hensikt å få dem til å føle seg ydmyket og mindreverdig. Det er tolket til å innebære behandling som er egnet til å fornedre og ydmyke offeret samt å drive det mot sin vilje.<sup>88</sup> Et viktig moment ved vurderingen er hvorvidt formålet med handlingen er å fornedre og ydmyke offeret, men slikt formål er ikke nødvendig for å konstatere brudd.<sup>89</sup>

Det kan slås fast at nektelse av aborttjenester kan få kvinnen til å føle kvaler og mindreverdigheit, samt at hun ikke føler at hun har kontroll over sin egen kropp. Videre vil det klart være å drive offeret mot sin vilje, og da på en særlig inngående måte ettersom hun tvinges til å gjennomgå en hel graviditet og føde et barn. Dette tilsier at tilfellet vil omfattes. Dette gjelder generelt, men kanskje særlig i tilfeller hvor graviditeten er en følge av voldtekt. Dette vil gjennomgås nærmere under.

Momentet om formål vil i de fleste tilfeller ikke være oppfylt i aborttilfellene, selv om dette ikke er et avgjørende moment, trekker det noe i motsatt retning. Det samme gjør den

---

<sup>87</sup> *D mot Storbritannia* [J] 1997, no. 30240/96, avsnitt 49 og 53

<sup>88</sup> Reidy, 2003, s. 16

<sup>89</sup> Jf. *Gäfgen mot Tyskland* [GC] 2010, no. 22978/05, avsnitt 90

overordnede høye terskelen som gjelder ved bestemmelsen, opp mot at graviditet og fødsel er noe som gjennomgås av mange kvinner.

Nektelse av tilgang på aborttjenester ble vurdert etter EMK artikkel 3 i *A, B og C mot Irland*. Domstolen uttalte at situasjonen var både psykisk og fysisk belastende for klagerne, men kom til at tilfellet ikke nådde graden av intensitet, noe som kan tilsi at abortnektelse ikke kan anses som brudd på bestemmelsen.<sup>90</sup> Imidlertid er vurderingen som nevnt svært konkret.

I den aktuelle saken hadde kvinnene mulighet til å ta abort utenfor Irland. Det domstolen vurderte var at kvinnene møtte sosial stigma ved å ha valgt abort, kvinnesynet som abortreguleringene representerte i Irland, samt at det var tungvint og kostbart å måtte reise ut av landet for å ta abort.<sup>91</sup> Dette tilsier at en vurdering av total nektelse kanskje ville fått et annet resultat.

Det kan godt tenkes at et tilfelle med fullstendig kriminalisering, og da særlig hvor graviditeten er et resultat av voldtekt, vil kunne omfattes av alternativet. Det har vært anført at ettersom menneskerettighetsinstitutter kategoriserer voldtekt som tortur, tilsier dette at graviditet og fødsel vil være en forlengelse av lidelsen og tvinge kvinnen til å gjenoppleve torturen.<sup>92</sup> FNs menneskerettighetskomitee synes å være av samme oppfatning da de har uttalt at ivaretagelsen av kvinners rettigheter etter forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling krever at de som blir gravide via voldtekt har tilgang til trygg abort.<sup>93</sup> Samme syn er også å finne hos både EMD og torturkomiteen.<sup>94</sup> Dette tilsier at tilfeller et vernet.

Brudd på ICCPR artikkel 7, som er tilsvarende EMK artikkel 3, ble også konstatert i saken *LMR mot Argentina*. En kvinne med en psykisk utviklingshemning, som ble gravid via voldtekt, ble nektet abort, selv om det i slike tilfeller var lovlig etter Argentinsk lov. Krenkelsen ble ansett å være særlig alvorlig siden hun var å regne som «disabled», men ifølge domstolens argumentasjon ville det vært et brudd uavhengig av dette.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Dommen, avsnitt 163–164

<sup>91</sup> Ibid, avsnitt 161–164

<sup>92</sup> Zureick, 2015, s. 135

<sup>93</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000, avsnitt 11

<sup>94</sup> Se Zureick, 2015, s. 112. Eksempler, s. 125–130

<sup>95</sup> *LMR mot Argentina* [C] 2007, no. 1608/2007, avsnitt 2.2–2.3 og 9.2, UNHRC



Det er følgelig flere autoritative kilder som tilsier at det vil være en krenkelse av forbudet mot nedverdiggende behandling. Dette synes også å være passende i relasjon til ordlyden og karakteren av bestemmelsen.

Tilgang på aborttjenester der aborten søkes fordi graviditeten er en følge av voldtekt er følgelig vernet etter EMK artikkel 3, alternativet «nedverdiggende behandling». For andre årsaker er det lite rettskildemessig grunnlag, og det vil dermed ikke konkluderes på disse her.

### **3.5.2 Vurdering etter norsk rett**

Etter Grunnloven § 93 (2) må ingen utsettes for «tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Det følger av Dok.16 s. 109-110 at lovteksten ble utformet med tanke på at forbudet skulle ha samme rekkevidde som EMK artikkel 3, et videre forbud ble vurdert, men kan ikke ses å være gjort til gjeldende rett. Bestemmelsen antas derfor i stor grad å være tilsvarende EMK artikkel 3.

Det anses følgelig ikke hensiktsmessig med en egen vurdering etter norsk rett for torturforbudet.

## **3.6 Oppsummering av del 3 – hva vernes?**

Ettersom mange bestemmelser og problemstillinger nå har vært gjennomgått er det hensiktsmessig å oppsummere konklusjonene for å gi en liten oversikt.

Rett til abort for helseårsaker vernes av EMK artikkel 8 og ICESCR artikkel 12. I mer alvorlige tilfeller er det også vernet av EMK artikkel 2 og 3. Det samme vil gjelde ved de tilsvarende norske bestemmelsene.

Der graviditeten er følge av voldtekt, vernes det av EMK artikkel 3, Grunnloven § 93 (2) og Grunnloven § 102 samt trolig EMK artikkel 8.

Abort for velferdsårsaker er vernet av EMK artikkel 8 og tilsvarende norske bestemmelse.

## 4 Vernet av fosterets rettigheter

### 4.1 Innledning til vernet av fosterets rettigheter

Fosteret er naturlig nok den som i størst grad blir påvirket av en abort. Hvorvidt et foster har en rett til liv etter menneskerettighetene, er imidlertid et svært uklart spørsmål, som går tilbake til et mer generelt spørsmål om når menneskerettigheter oppstår.

Spørsmålet i denne delen blir hvorvidt foster har en rett til liv etter menneskerettighetene, samt fra hvilket tidspunkt og i hvilken grad denne retten eventuelt gjelder.

### 4.2 Vurdering etter EMDs metode

Spørsmålet er altså i første omgang hvorvidt et foster har menneskerettigheter.

Menneskerettigheter defineres gjerne som rettigheter og friheter som tilegnes enhver, uavhengig av rase, kjønn, hvem de er, hva de har gjort, og så videre.<sup>96</sup> Dette kan til en viss grad tilsi at de burde favne så vidt som mulig, og dermed også inkludere foster. Likevel er det uklart hvorvidt man kan betegne foster som ‘enhver’ i relasjon til denne definisjonen.

Retten til liv vernes i EMK artikkel 2 for «everyone», som igjen er lite retningsgivende for løsningen. UDHR bruker i sin fortale «all members of the human family» om hvem som har menneskerettigheter. Dette kan tilsi at foster omfattes, ettersom ordlyden synes å være valgt for å inkludere mer enn det som ville fulgt av kun «human». Samme ordlyd benyttes i fortalen til ICESCR.

På den annen side fremgår det av UDHR artikkel 1 at «all human beings are **born** free and equal in dignity and rights» (min utheving), som klart kan tolkes i motsatt retning. Det fremgår videre at mennesker har «reason and conscience» og derfor burde handle broderlig med hverandre. Zampas og Gher fremholder at dette tilsier at foster ikke har menneskerettigheter, ettersom de ikke har «reason and conscience».<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Jf. blant annet den vide reguleringen av diskrimineringsforbudet i UDHR artikkel 1 og 2, EMK artikkel 14, ICESCR artikkel 2 (2) m.v.

<sup>97</sup> Zampas & Gher, 2008, s. 240–294

Spørsmålet om fosteret hadde rett til liv var oppe i *Vo mot Frankrike*. Saken gjaldt en kvinne som fikk feil behandling ved et sykehus, som mulig var grunnen til at fosteret døde.<sup>98</sup>

Spørsmålet var om staten hadde krenket fosterets rett til liv etter EMK artikkel 2. Domstolen gjennomgikk først tidligere rettspraksis rundt spørsmålet. Det ble først vist til *Brüggemann og Scheuten-saken*, hvor det fremgår at kvinner som nektes abort har offerstatus etter EMK artikkel 8. Likevel kan graviditeten ikke sies å kun tilhøre deres sfære av privatliv, men også fosterets. Det ble likevel ikke konkludert med hvorvidt fosteret har rett til liv etter EMK artikkel 2, eller om det regnes som «others» etter EMK artikkel 8 (2) og derfor kan legitimere et inngrep i kvinnens rett til privatliv.<sup>99</sup>

Videre ble det vist til *Paton mot Storbritannia* hvor de kom til at begrepet «everyone» i flere av konvensjonens bestemmelser, herunder artikkel 2, ikke kunne bli brukt om et ufødt barn. De konkluderte også med at fosteret ikke kunne ha en absolutt rett til liv, da dette ville medføre et totalforbud mot abort, selv hvor graviditeten innebærer en alvorlig risiko kvinnens liv. Dette ville medført at fosterets rett til liv i praksis ville fått høyere verdi enn livet til den gravide kvinnen.<sup>100</sup> Dette vil igjen medføre en hierarkisk løsning, som strider med den universelle karakteren til menneskerettighetene.

I *Vo mot Frankrike* konkluderte domstolen med at tidligere rettspraksis tilsa at et ufødt barn etter artikkel 2 ikke kunne anses som en person, og derfor ikke fikk direkte beskyttelse av artikkel 2. Dersom fosteret skulle bli ansett å ha et rett til liv, vil dette i alle tilfeller være begrenset av morens rettigheter og interesser.<sup>101</sup> Likevel fremgår det videre at domstolen ikke utelater muligheten for at «safeguards may be extended to the unborn child».<sup>102</sup> Noe som kan tolkes som at domstolen mener fosteret ikke har en rett til liv, men heller bare visse sikkerhetsventiler.<sup>103</sup>

Domstolen konkluderte likevel med at det ikke var ønskelig eller mulig på det aktuelle tidspunktet å svare abstrakt på spørsmålet om hvorvidt et ufødt barn er en person i relasjon til EMK artikkel 2. Dette også delvis fordi det var bevisproblemer rundt hvorvidt staten hadde gjort en feil i forbindelse med helsetjenestene moren fikk i den aktuelle saken.<sup>104</sup> Følgelig

---

<sup>98</sup> Dommen, avsnitt 11–12

<sup>99</sup> Ibid, avsnitt 76

<sup>100</sup> Ibid, avsnitt 77

<sup>101</sup> Dommen, avsnitt 80

<sup>102</sup> Ibid

<sup>103</sup> Tilsvarende Katsoni, 2021, s. 1

<sup>104</sup> Dommen, avsnitt 85

synes domstolen å argumentere sterkt for at fosteret ikke har en rett til liv etter konvensjonen, men unnlater å konkludere bastant på det.

Et annet moment fra EMDs praksis som kan vektlegges er at man i saker med gravide kvinner, ikke vurderer krenkelser som påvirker både mor og foster, som to krenkelser.

Et eksempel på dette er *Z mot Polen*, hvor en gravid kvinne døde av ulcerøs kolitt. Fosteret ble fjernet i uke 21-22, og var da dødt som følge av sykdommen.<sup>105</sup> Domstolen vurderte både mangler ved behandlingen og etterforskningen etterpå, men vurderte kun kvinnens rett til liv, ikke fosterets. Dette kan imidlertid være fordi fosterets rett til liv ikke ble anført av søkeren. I sakene *Mehmet Senturk og Bekir Sentruk mot Tyrkia* og *Vo mot Frankrike* var imidlertid fosterets rett til liv eksplisitt anført av partene,<sup>106</sup> men i begge sakene valgte domstolene å ikke behandle spørsmålene separat, da de mente fosterets interesser var sammenfallende med kvinnenes.<sup>107</sup> I førstnevnte sak var avdøde 34 uker gravid, og i sistnevnte var klageren 26 uker gravid.

Dersom man anser at et foster har menneskerettigheter, må slike tilfeller logisk vurderes som to menneskerettighetskrenkelser, da fosteret vil være et separat rettssubjekt. Å behandle de sammenfallende er ikke et 'nøytralt' valg for dette spørsmålet, men tyder på at domstolen ikke anser fosteret som et selvstendig rettssubjekt med egne rettigheter.

Motstridende meninger er imidlertid å finne blant annet i dissensvoteringene til *Vo mot Frankrike*-saken. Dissensvoteringer benyttes sjelden som rettskilde hos EMD eller ellers ved traktatolkning. Likevel uttrykker de synet på svært høytstående jurister, og vil da uansett ha vekt på linje med juridisk litteratur.

Alle dissensvoterende i saken var av synet at flertallet hadde unngått å gjøre en konklusjon, som det var nødvendig i denne saken. Rozakis med støtte fra fire andre fremholdt at det ikke var fare for morens liv i det hele tatt i saken, og at det dermed ikke ga mening å behandle 'deres rettigheter etter EMK 2' sammen, når hennes rett til liv ikke var berørt.<sup>108</sup> Costa med støtte fra én annen, benyttet dette argumentet til å sammenligne med saker hvor noens datter

---

<sup>105</sup> *Z mot Polen* [J] 2013, no. 46123/08, avsnitt 9 og 18–19

<sup>106</sup> *Mehmet Senturk og Bekir Senturk mot Tyrkia*, avsnitt 73-75 og *Vo mot Frankrike*, avsnitt 47–48

<sup>107</sup> *Mehmet Senturk og Bekir Senturk mot Tyrkia*, avsnitt 109 og *Vo mot Frankrike*, avsnitt 85–86

<sup>108</sup> Dissensvoteringen, avsnitt 5

for eksempel søker på vegne av sin avdøde mor. Altså må den retten til liv som har vært behandlet i sakene, referere seg til fosterets rett til liv.<sup>109</sup>

Ress fremholdt at det at alle stater har abortreguleringer, og at nærmest alle har hatt problemer med forholdet mellom disse og sine respektive grunnlovsbestemmelser, tilsier at det er en konsensus for at retten til liv strekker seg til fosteret. Dersom det ikke er noe å beskytte, vil ikke dette være problematisk. Videre uttalte dommeren at flertallets bruk av EMK artikkel 2 ga lite mening. Det kan ikke foreligge en skjønnsmargin i relasjon til hvorvidt EMK artikkel 2 omfatter det ufødte liv, og dersom man kommer til at det omfattes, må de samme, strenge inngrepshjemlene gjelde her som ellers. Abort kan da ikke forsvares fordi statene har funnet en 'rimelig balansegang' mellom de foreliggende interesser.<sup>110</sup>

Det finnes altså en motvekt i domstolen, og flere gode og tyngende argumenter for å gi fosteret et vern etter EMK artikkel 2. Likevel virker hovedsynet, og de mest autoritative kildene å peke i andre retning, og det er dette som må legges til grunn som EMDs syn.<sup>111</sup>

Etter denne gjennomgangen synes domstolen å argumentere for at fosteret ikke har en rett til liv etter konvensjonen, men velger likevel ikke å konkludere på dette. Det er også få kommentarer til eventuelle nyanseringer for om vern oppstår på et visst tidspunkt for fosteret, eller om det foreligger en gradert rettighet. Imidlertid synes EMK artikkel 2 (2), i tråd med Ress sin dissensuttalelse, å ikke åpne for en gradering av rett til liv. Dersom et foster tilkjennes rett til liv, kan abort kun tillates innenfor EMK artikkel 2 sin inngrepshjemmel. Løsningen vil ifølge domstolen uansett være opp til den enkelte stats skjønnsmargin, men ved tvil heller det mot at fosteret ikke har rett til liv etter EMK artikkel 2.

### 4.3 Vurdering etter norsk metode

Ettersom det her foreligger en vid skjønnsmargin for statenes regulering av spørsmålet, vil en vurdering av fosterets status i norsk rett være sentral.

Rett til liv i den norske grunnloven formuleres som at «ethvert menneske» har rett til liv. I likhet med EMK gir dette lite veiledning til hvorvidt fosteret inkluderes. Foster er jo biologisk

---

<sup>109</sup> Dissensvoteringen, avsnitt 9

<sup>110</sup> Dissensvoteringen, avsnitt 4 og 8

<sup>111</sup> Tilsvarende Joseph og Dipnall, «Scope of Application», i *International Human Rights Law*, Moeckli, Shah & Sivakumaran (red.), 2018, s. 112

svært nær mennesker, men man kan også si at de ikke er mennesker enda og derfor ikke burde falle inn under definisjonen.

Det fremgår av Dok.16 side 103 at det forelå et forslag til lovtekst som lød: «Enhver har Ret til Liv og legemlig Integritet fra Undfangelse til naturlig Død», altså en lovtekst som uttrykkelig sa at retten til liv oppstår ved unnfangelse. Utvalget anbefalte en annen ordlyd, og en annen ordlyd ble også valgt, uten at det fremgår helt klart hvorfor. Utvalget var inne på spørsmålet om når livet begynner, men uttalte kun at det etter EMDs praksis er opp til statenes skjønnsmargin å fastsette dette nøyaktig. Valget tilsier uansett at man ikke ønsket å spesifikt angi at rett til liv begynner ved unnfangelse.

Det fremgår videre av Ot.prp.nr.53 (1977-1978) på side 10 at de ved vedtagelsen av bestemmelsen har tatt utgangspunkt i et prinsipp om gradert rettsvern for fosteret, som bygger på den oppfatning at fosteret har krav på vern «i likhet med annet liv», men at dette kravet ikke er absolutt. Graderingen skal være en «funksjon av fosterets biologiske modning». Altså synes norsk lovgivning å mene at fosteret har en slags rett til liv, men at denne er relativ etter fosterets modning, slik at den vil være underordnet morens rettigheter opp til et visst punkt.

Man kan også se på reguleringer av fosterets stilling andre steder i det norske rettssystemet, for å få en forståelse av dens rettslige stilling i norsk rett. Når det kommer til folkeregistrering, gjøres dette bare for dødfødt foster når det er født etter uke 28,<sup>112</sup> noe som kan tilsa at man mener det først er en person å registrere på dette tidspunktet. Videre kan arverett etter norsk rett inntre såfremt arvingen er unnfanget ved arvelaters død, såfremt arvingen senere fødes, men uavhengig av om barnet er levedyktig.<sup>113</sup> Altså gis eiendomsrett til foster, som kan tyde på at man ser det som et menneske med interesser og rettigheter. Likevel har EMD tidligere uttalt at denne typen reguleringer ikke nødvendigvis er så vektige i relasjon til hvorvidt et foster har rett til liv.<sup>114</sup> Dermed gis momentet ikke fullt så mye vekt.

Når det kommer til reelle hensyn, kan det vektlegges hvilken løsning som er best for å unngå uønskede virkninger. Som nevnt under dissensvoteringen til dommer Ress i *Vo mot Frankrike*, vil man ved å tilkjenne foster rett til liv, gjøre det vanskelig å tillate abortrettigheter i det hele tatt. Unntakshjemmelen i EMK artikkel 2 er så streng, at man vil få problemer med konvensjonsbrudd dersom man åpner for abort utover hvor det er fare for

---

<sup>112</sup> Skatteetaten, «u.å.»

<sup>113</sup> Jf. Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte § 66 (2)

<sup>114</sup> *Vo mot Frankrike*, avsnitt 84

kvinnens liv.<sup>115</sup> Det er trolig noen som også ønsker dette og mener dette er den beste måten å sikre menneskerettighetene, men ved en vurdering av det norske abortregelverket kan det relativt klart konstateres at dette ikke er den løsningen norsk lovgiver ønsker. Følgelig må dette anses å være en uønsket virkning, som tilsier at foster ikke kan anses å ha rett til liv etter norsk rett.

Det må nevnes at rett til liv for fosteret etter et visst tidspunkt kan tenkes mer passende for å unngå denne uønskede virkningen, likevel vil også dette i stor grad stenge for abort etter dette tidspunktet, noe som derfor fortsatt kan tenkes problematisk opp mot kvinnens rettigheter. Tidspunktet burde i alle tilfeller fastsettes tydelig og begrunnes godt. Hvilket tidspunkt dette skulle vært etter norsk rett er ikke åpenbart, og hvorvidt en slik løsning er lovgivers intensjon er også usikkert. Følgelig kan det ikke trekkes noen konklusjon angående slike nyanseringer.

Etter dette må det under tvil konkluderes med at foster ikke har rett til liv etter norsk rett. Det vektlegges da særlig at en ordlyd som spesifikt vernet det ufødte liv ble valgt bort under formuleringen av loven, samt at man ved å ikke tilkjenne foster liv, unngår uønskede virkninger i form av problemer med unntaksadgangen etter EMK artikkel 2.

Følgelig vil fosterets rett til liv ikke vurderes som en motstående rettighet i vurderingen av det norske abortregelverket. Etersom norsk lovgiver likevel synes å vektlegge fosteret i flere av sine vurderinger, særlig i uttalelsene om gradert rettsvern, vil fosteret likevel kunne komme inn som en verneverdig interesse som kan begrunne inngrep.

---

<sup>115</sup> Se EMK artikkel 2 (2)

## 5 Inngrep

### 5.1 Innledning til inngrepsvurdering

De fleste menneskerettighetskonvensjoner og -bestemmelser inneholder inngrepshjemler, som gjør det mulig å begrense og balansere rettigheter mot hverandre. Etter EMK, er den generelle regelen som nevnt at når det foreligger en «interference», kan denne likevel være i tråd med konvensjonen dersom den er «in accordance with the law», med mål å fremme bestemte interesser og når det er «necessary in a democratic society». <sup>116</sup>

Lovkravet innebærer at inngrepet må fremgå av statens rett og at lovregelen med være tilstrekkelig presist og tilgjengelig for borgerne. <sup>117</sup> Det er på det rene at den norske abortloven oppfyller disse vilkårene og lovkravet vil derfor ikke vurderes nærmere.

I denne delen vil vilkåret «interference» vurderes. Betegnelsen «interference» har ikke noen veldig klar definisjon i menneskeretten, men en ordlydstolkning tilsier noe som begrenser noens utøvelse av deres rettigheter og friheter. Det er lagt til grunn i *Dudgeon mot Storbritannia* at eksistensen av lovverk i seg selv kan utgjøre inngrep. <sup>118</sup> Videre er det lagt til grunn i praksis at man avskjærer mot det som er ‘uvesentlig’, <sup>119</sup> slik at terskelen er noe lav.

Inngrepshjemlene anses i stor grad å være de samme, og ha sammenfallende terskler etter EMDs rett og norsk rett, <sup>120</sup> slik at det kun vil foretas en samlet vurdering for resten av oppgaven.

Spørsmålet i denne delen av oppgaven blir om og i hvilken grad ulike deler av vårt abortregelverk innebærer inngrep i retten til abort. Den norske abortreguleringen vil derfor først gjennomgås kort.

Abortloven regulerer adgangen til abort etter norsk lov. Vurderingen vil som nevnt ta utgangspunkt i § 2 tredje og sjette ledd. Etter tredje ledd settes en grense på tolv uker, hvoretter abort kun kan gjennomføres dersom graviditeten innebærer «urimelig belastning»

---

<sup>116</sup> Jf. blant annet EMK artikkel 8 (2)

<sup>117</sup> *Sunday Times mot Storbritannia* [P] 1979, no. 6538/74, avsnitt 49

<sup>118</sup> *Dudgeon mot Storbritannia* [P] 1981, no. 7525/76, avsnitt 41

<sup>119</sup> *Shefer mot Russland* [A] 2012, no. 45175/04, avsnitt 18

<sup>120</sup> Jf. Dok.16 s. 73 og Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60



for kvinnens fysiske eller psykiske helse (bokstav a), den kan sette henne i en vanskelig livssituasjon (bokstav b), det er stor fare for at barnet kan få en alvorlig sykdom (bokstav c), graviditeten skyldes straffbare forhold (bokstav d) eller hun er alvorlig sinnslidende eller psykisk utviklingshemmet i betydelig grad (bokstav e). Følgelig kan her både valget av uke, og innholdet i vilkårene diskuteres, samt at avgjørelsen etter uke 12 fattes av en nemnd.

Etter sjette ledd kan abort etter uke 18 kun gjøres når det er «særlig tungtveiende grunner» for det. Videre fremgår det at dersom det er grunn til å anta at fosteret er «levedyktig», kan tillatelse ikke gis. Sistnevnte fremstår som et absolutt forbud, men etter § 10 gjøres unntak alltid dersom det er «overhengende fare for kvinnens liv eller helse». Grensen på 18 uker, vilkåret «særlig tungtveiende grunner» og forbudet ved levedyktighet kan følgelig diskuteres.

Spørsmålet i denne delen blir hvorvidt de ulike delene av den norske reguleringen innebærer inngrep i menneskerettighetene i tråd med slik dette er gjennomgått over.

## **5.2 Inngrep i EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102**

I relasjon til retten til privatliv vil som nevnt alle tre abortårsakene vernes.

Grensen på uke 12 innebærer vanskeliggjøring av muligheten til å ta abort for alle årsaker og vil derfor påvirke retten etter EMK artikkel 8. Det gjøres som nevnt unntak for alle tre tilfellene, men ettersom reguleringen begrenser selvbestemmelsesretten vil det utgjøre et inngrep i retten til privatliv.

Når det kommer til opplistingen av grunner kan vilkåret «urimelig belastning» i relasjon til helserelaterte grunner til abort innebære et inngrep, ettersom bestemmelsen verner abort i tilfeller av mindre alvorlige helsegrunner. Bestemmelsens ordlyd tilsier en høy terskel, noe som trolig vil gjøre at disse tilfellene vil havne utenfor. Følgelig anses dette som et inngrep.

Når det kommer til selve abortnemndene, innebærer dette at kvinners selvbestemmelse tas fra dem. De må la en nemnd av fremmede bestemme over et svært intimt spørsmål som kommer til å ha store konsekvenser for deres liv i fremtiden. Dette innebærer derfor klart et inngrep i EMK artikkel 8.

Grensen på uke 18, hvoretter det må foreligge «særlig tungtveiende grunner» for å få innvilget abort, medfører at abort i mange tilfeller ikke vil tillates, selv om det er fare for

helse, velferdsgrunner eller lignende som vil vernes av EMK artikkel 8. Følgelig innebærer også dette et inngrep.

Til sist har man unntaket for levedyktighet, som klart setter en begrensning på kvinnens selvbestemmelsesrett. Ettersom tidspunktet for levedyktighet ikke er presist og også vil kunne endres med den medisinske utviklingen, fremstår dette som veldig lite forutberegnelig for kvinnene og dermed svært tyngende for deres mulighet til å kontrollere og planlegge deres eget liv. Dette utgjør følgelig også et inngrep.

### **5.3 Inngrep i ICESCR artikkel 12 og norsk helseregelverk**

Retten til helse verner som nevnt om abort for et vidt spekter av helseårsaker.

Vilkårene «urimelig belastning», «særlig tungtveiende grunner» samt unntaket for levedyktighet, som kun har forbehold for «overhengende fare» for liv og helse, innebærer høye terskler for hvilke helsekonsekvenser som kan begrunne abort, og vil derfor gi en begrensning i kvinners rett til helse. Alle tre innebærer derfor inngrep i retten til helse etter ICESCR artikkel 12.

### **5.4 Inngrep i EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1)**

Retten til liv verner mer alvorlige helseårsaker til abort.

I relasjon til denne er det særlig unntaket for levedyktighet i § 2 sjettede ledd andre punktum som kan tenkes problematisk. Som nevnt fremgår det et unntak fra vilkåret hvor det er «overhengende fare» for kvinnens liv eller helse etter abortloven § 10.

Ordlyden «overhengende fare» tilsier at det må være nærliggende og av relativt alvorlig art. Ordlyden «fare» for liv eller helse, tilsier at det ikke er nok med mindre helsekonsekvenser. Helsen til vedkommende må risikere å bli betydelig redusert.

Terskelen for hva som vernes etter EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1) er ikke helt klar, men en strengere terskel burde som nevnt legges til grunn, jf. konklusjonen under punkt 3.4.2. Dermed er det nærliggende at «overhengende fare»-terskelen omfatter det som vil vernes av EMK artikkel 2.

Følgelig foreligger det ikke inngrep i retten til liv etter EMK artikkel 2 og Grunnloven § 93 (1).

## 5.5 Inngrep i EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2)

EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2) inneholder absolutte rettigheter, som det aldri kan gjøres inngrep i. Som nevnt verner bestemmelsene om retten til abort hvor kvinnens helse er i alvorlig fare, samt hvor graviditeten er en følge av voldtekt. Spørsmålet er om noen deler av det norske regelverket innebærer et inngrep i dette, som medfører brudd på EMK artikkel 3 og Grunnloven § 93 (2).

Opplistingen i tredje ledd inneholder som nevnt unntak for både helserelaterte årsaker og graviditet som følge av voldtekt, noe som tilsier at det ikke foreligger inngrep. Likevel er ordlyden i bestemmelsen «kan», slik at avslag kan gis også i tilfeller som faller inn under EMK artikkel 3. Dersom dette skulle skje, ville det trolig ha medført et inngrep. Når selve bestemmelsen likevel inneholder unntak, og vurderingen i alle tilfeller er en helhetsvurdering, er det lite trolig at avslag vil skje.<sup>121</sup> Det konkluderes følgelig med at vilkåret ikke innebærer inngrep.

Når det kommer til selve nemndsbehandlingen, innebærer denne at kvinnen må møte opp fysisk foran to leger, og fortelle hvorfor hun vil ha en abort.<sup>122</sup> Dette vil inkludere å fortelle om blant annet sosial og økonomisk situasjon, og eventuelle overgrep som har ført til graviditeten. Videre blir kvinnen fratatt sin selvbestemmelse, og må tåle at andre bestemmer over noe så avgjørende som hvorvidt hun må fortsette en graviditet og føde et barn. Dette vil trolig oppleves svært personlig og ydmykende, noe som tilsier at det er tale om inngrep.

Om lag 90 % av alle aborter som behandles av nemnd før uke 18 godkjennes.<sup>123</sup> På den ene siden er dette positivt, siden de fleste kvinner som ønsker abort får dette innvilget. På den andre siden innebærer dette at nemndsbehandling for de alle fleste nærmest blir en formalitet. Å måtte møte opp og fortelle om intime detaljer til to fremmede, når dette kun er for å krysse av på et ark, gjør at opplevelsen trolig blir enda mer ydmykende og tilsier derfor også at det er tale om inngrep.

---

<sup>121</sup> Jf. abortloven § 2 (3)

<sup>122</sup> Nesheim, 2018

<sup>123</sup> Tall fra 2017 viser et innvilgelsesprosent på 87, Se Løkeland, M. et al., 2017, s. 24

Likevel er situasjonen utover det man har praksis og andre autoritative kilder om. Terskelen er også svært høy for å omfattes av bestemmelsen. Det kan derfor virke noe unaturlig å karakterisere en nemndsbehandling som sammenfallende med noen av de groveste forbrytelsene som finnes. Det må derfor under tvil konkluderes med at det ikke foreligger et inngrep i dette tilfellet.

Når det kommer til grensen ved uke 18 hvor det er behov for «særlig tungtveiende grunner» er det usikkert hvilke grunner det kan være tale om, og forarbeidene gir ikke retningslinjer for dette. Det må imidlertid antas at det som vil falle inn under EMK artikkel 3 også vil falle inn under dette vilkåret, da terskelen etter artikkel 3 er høy. Dette særlig siden det er et skjønnsmessig vilkår som gir rom for å ta inn slike tilfeller. Følgelig legges det til grunn at det ikke foreligger et inngrep.

Til sist har vi unntaket for dersom fosteret er levedyktig. Det foreligger som nevnt forbehold der det er overhengende fare for at kvinnens liv eller helse, men ikke for der graviditeten er en følge av voldtekt. Dermed vil for eksempel en kvinne som har blitt voldtatt, og blitt forhindret av overgriperen sin fra å søke helsehjelp tidligere, bli tvunget til å føde voldtektsmannens barn. Når årsaken til at levedyktighet settes som nærmest absolutt terskel heller ikke fremgår av forarbeider eller øvrige kilder, fremstår begrensningen også som noe meningsløs. Ordlyden synes ikke å åpne for unntak eller sikkerhetsventiler på dette punktet, og det må følgelig konkluderes med at vilkåret innebærer brudd på EMK artikkel 3.

## 6 Legitimering

### 6.1 Innledning til legitimeringsvurdering

I denne delen skal det ses på hvorvidt inngrepene som foreligger etter vurderingen over, er legitimerede i tråd med de respektive inngrepshjemler. Vurderingen vil gå ut på om begrunnelsen for inngrepet faller inn under interessene som står opplistet i de aktuelle bestemmelsene.<sup>124</sup> Noen generell begrunnelse for abortloven fremgår ikke av forarbeider eller andre kilder, og dermed vil det overordnede hensynet om å finne en balanse mellom kvinnen og fosterets interesser benyttes for vurderingen. Etersom alle vilkårene har samme bakenforliggende hensyn, vil de behandles samlet for denne delen.

### 6.2 Legitimeringsvurdering av EMK artikkel 8 (2) og Grunnloven § 102

Etter EMK artikkel 8 (2) kan inngrep gjøres når det følger interessen til «protection of health or morals» eller «protection of the rights and freedoms of others».

For alternativet «protection of the rights and freedoms of others», er det hovedsakelig fosterets eventuelle interesser som kan være relevant. Spørsmålet blir om et foster kan regnes som «others». Ordlyden i konteksten menneskerettigheter tilsier gjerne ‘other humans’, slik at spørsmålet her, som over, blir om et foster er å regne som «human» i konvensjonens forstand. Det må derfor konkluderes likt her som under punkt 4, nemlig at domstolen synes å helle mot at fosteret ikke har rett til liv, at løsningen i stor grad er opp til statenes skjønnsmargin, og at Norge ikke regner foster å være omfattet av definisjonen. Følgelig er ikke et foster «others», og inngrep kan ikke begrunnes ut fra denne interessen.

Når det gjelder beskyttelse av moral, kan dette passe inn under inngrep i retten til abort, da moralske problemstillinger er veldig sentrale her. Å avslutte en graviditet innebærer i alle tilfeller at man stopper et foster fra å kunne bli til et menneske, og dette er klart noe som kan være problematisk etter både religiøse og humanistiske synspunkter. Videre vil mer konkrete problemstillinger knyttet til for eksempel å tillate abort på et tidspunkt hvor foreldrene vet

---

<sup>124</sup> Jf. metoden i blant annet Dudgeon mot Storbritannia, avsnitt 46–47

fosterets kjønn eller hvorvidt fosteret har ulike funksjonsnedsettelse ha sterke moralske konsekvenser.<sup>125</sup> EMD har også kommet til at abortrestriksjoner som beskytter moralske oppfatninger og retten til fosterets liv vil være tilstrekkelig legitimering i A, B og C mot Irland avsnitt 222 og 226.

Inngrepene er følgelig legitimerte etter EMK artikkel 8 (2).

### **6.3 Legitimeringsvurdering av retten til helse, ICESCR artikkel 4**

For rettigheter etter ICESCR reguleres inngrepshjemmel for alle rettighetene etter ICESCR artikkel 4. Etter denne kan inngrep gjøres «only in so far as this may be compatible with the natures of these rights».

Det er usikkert hva som menes med at inngrepet må være i tråd med «the nature of» rettighetene, men dette tolkes etter ordlyden som en slags sikkerhetsventil, slik at stater ikke kan bruke inngrepshjemmelen til å unødige begrense borgernes rettigheter og lignende.

Balansegangen mellom fosteret og kvinnens rettigheter er klart ikke en unødige begrensning av rettigheter ettersom det søker å sikre borgernes rettigheter i så stor grad som mulig. Som nevnt er dette også en begrunnelse som er anerkjent av EMD.<sup>126</sup>

Inngrepene er følgelig legitimerte etter ICESCR artikkel 4.

---

<sup>125</sup> Tilsvarende Aall, 2015, s. 183

<sup>126</sup> A, B og C mot Irland, avsnitt 239–241

## 7 Proporsjonalitet

### 7.1 Innledning proporsjonalitetsvurdering

Etter praksis fra EMK er vilkåret “necessary in a democratic society” et proporsjonalitetsvilkår. Vurderingstemaet er at inngrepet må svare til et «pressing social need» og at det må være forholdsmessig til målet som søkes.<sup>127</sup> Altså må staten påvise at den konkrete restriksjonen er nødvendig og egnet for å nå et legitimt mål, som her er balansegangen mellom fosteret og kvinnens rettigheter, og deretter at den ikke er urimelig tyngende i forhold til målet som skal oppnås. Statene tilkjennes som nevnt også en viss skjønnsmargin som må tas i betraktning, dog er denne noe begrenset grunnet konsensus på spørsmålet.<sup>128</sup>

For vurderingen ser domstolen både på overordnede hensyn bak reguleringen, men også konkrete begrunnelser for hvorfor en konkret regel foreligger.<sup>129</sup> Disse må altså veies opp mot hvor tyngende inngrepene er for borgerne.

### 7.2 Proporsjonalitetsvurdering av EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102

Spørsmålet er altså hvorvidt inngrepene som det norske abortregelverket innebærer i retten til privatliv er proporsjonalt etter EMK artikkel 8 (2) vilkåret «necessary in a democratic society».

Saken *Pretty mot Storbritannia* er illustrerende for terskelen for å gjøre inngrep i artikkel 8. Pretty hadde en uheldelig sykdom som blant annet innebar lamhet fra halsen og ned samt problemer med pust og svelg. Likevel var hennes kognitive evner uendret. Hun ønsket å spare litt av verdigheten sin ved å kontrollere når og hvordan hun skulle dø. Mannen skulle etter planen hjelpe henne å ta selvmord, men ville da blitt tiltalt for drap, noe som i praksis tvang Pretty til å forbli i live med sykdommen. Dette mente hun innebar brudd på flere av hennes

---

<sup>127</sup> *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 70

<sup>128</sup> *Ibid*

<sup>129</sup> Se *Dudgeon mot Storbritannia*, avsnitt 54 og 60-61 og *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 74

rettigheter.<sup>130</sup> Domstolen fremmet at stater i stor grad har adgang til å regulere straffbare handlinger som skader andre, og at jo mer alvorlig skaden er, jo større restriksjoner kan gjennomføres. Det ble vektlagt at regelverket skulle beskytte sårbare grupper, og inneholdt sikkerhetsventiler som gjorde at det ble ansett både legitimert og proporsjonalt.<sup>131</sup>

Altså synes det å være stor adgang til å gjøre inngrep i EMK artikkel 8, selv hvor inngrepet er svært inngående. Det bemerkes imidlertid at dommen er fra 2002, og det kan derfor tenkes at domstolen ville funnet en annen løsning i dag, grunnet samfunnsutvikling tilknyttet aktiv dødshjelp. Dette begrenser vekten av dommen noe.

Også i overnevnte *A, B og C mot Irland* var det svært restriktive abortreguleringer, men disse ble ansett legitimerede og proporsjonale ettersom kvinnene hadde mulighet til å reise til England for å ta abort.<sup>132</sup> Dommen er imidlertid noe kritisert. Det er vist til at Menneskerettighetskomiteen tidligere har uttalt at restriksjoner på tilgang på abort der fosteret har misdannelser medfører menneskerettsbrudd, og at muligheten for å reise utenlands for å få aborten ikke bøter på dette bruddet.<sup>133</sup> Det er derfor betenkelig at domstolen konkluderer med akkurat dette, og dermed tillater at stater i prinsippet slipper å oppfylle menneskerettighetene såfremt nabostaten gjør det.<sup>134</sup> Dette svekker vekten av *A, B og C mot Irland*-saken.

De to overnevnte dommene er de mest autoritative kildene på dette spørsmålet, og det må derfor legges til grunn at det er vid adgang til å gjøre inngrep i retten til privatliv. Likevel er vekten deres noe begrenset grunnet de overnevnte momentene, og en like streng terskel som i dommene vil derfor ikke legges til grunn.

Det vil så vurderes hvorvidt de konkrete inngrepene i det norske regelverket er nødvendige og egnet til å nå det overordnede målet, og deretter om det er forholdsmessighet mellom målet og hvor tyngende inngrepet er for borgerne.

Grensen på uke 12 er noe som kan tenkes å skape en balansegang mellom kvinnen og fosterets rettigheter, ettersom den gir kvinnen fri abort frem til uke 12, og deretter gir fosteret rettsvern. Dette vil imidlertid fremstå noe betenkelig dersom grensen er fastsatt vilkårlig.

---

<sup>130</sup> Dommen, avsnitt 7–11

<sup>131</sup> Dommen, avsnitt 74 og 76–78

<sup>132</sup> Dommen, avsnitt 241

<sup>133</sup> Jf. UNHRC-dommene *Mellet mot Irland*, 2016, no. 2324/2013, avsnitt 3.5 og *Whelan mot Irland*, 2017, no. 2425/2014, avsnitt 9

<sup>134</sup> Tilsvarende Katsoni, 2021, s. 3



Dette vil i så fall innebære at kvinnens autonomi blir fratatt uten grunn, og dermed ikke bidra til balansegang, men en tilfeldig begrensning av kvinners rettigheter uten hensikt.

Grensen innebærer at kvinnens autonomi blir innskrenket i betydelig grad, ved at hun fra det tidspunktet må overlate til noen andre å ta beslutninger som kan være avgjørende for hennes liv, helse eller livssituasjon ellers. Dette er altså en svært inngripende restriksjon som krever gode grunner for å opprettholde.

Lovgivers legitimering av grensen kan finnes i forarbeidene til bestemmelsen. Det fremgår av Ot.prp.nr.38 (1974-1975) side 14 at det begrunnes delvis utfra at abortinngrepet er praktisk enklere før uke 12, at senere avbrudd medfører en «større mental belastning for alle parter», samt at fosteret har et «gradert rettsvern». Sistnevnte bygger på en oppfatning om at fosteret har krav på vern «i likhet med annet liv», men likevel ikke absolutt, og at graderingen blir en «funksjon av fosterets biologiske modning».<sup>135</sup>

Begrunnelsen om kompleksiteten av inngrepet oppfattes i stor grad som en økonomisk begrunnelse, altså at det vil kreve mye tid og ressurser å utføre aborten når den ikke kan utføres med abortpille. Et økonomisk argument har lite å gjøre med målet om balansering av interesser, og synes å være et lite viktig argument for å gjøre inngrep i noens menneskerettigheter. Videre uttaler forarbeidene selv at komplikasjonshyppigheten er svært beskjeden, og at momentet om kompleksitet derfor må tillegges liten vekt.<sup>136</sup> Dette anses derfor som en lite legitim begrunnelse.

Kompleksiteten kan også tenkes å være rettet mot helsemessige konsekvenser for kvinnen, og dermed kunne sikre en bedre og mer nyansert balansegang. Abort som kirurgisk inngrep vil naturligvis ha mye større påkjenning på kvinnen enn abort med en abortpille. Likevel vil dette som begrunnelse for en innskrenkelse av abortrettigheter være svært paternalistisk og problematisk i relasjon til retten til selvbestemmelse. Kvinnen er selv best egnet til å vite hva av en kirurgisk abort og en fortsatt graviditet og fødsel som vil være mest tyngende for henne, og dette kan derfor vanskelig begrunne grensen ved uke 12.

Videre nevnes «mental belastning for alle parter». Det er ikke helt klart hva som menes med «alle parter». Fosteret anses som nevnt som en relevant interesse, jf. konklusjonen under punkt 4. Likevel blir det litt kunstig å vekte fosterets mentale belastning, da deres kognitive

---

<sup>135</sup> Ot.prp.nr.53 (1977-1978) s. 10

<sup>136</sup> Ibid

evner er usikre. Når det kommer til den mentale belastningen for kvinnen, gjelder det samme som er sagt over om paternalisme, og dette kan derfor heller ikke begrunne inngrepet.

Til sist har man 'fosterets graderte rettsvern', som oppfattes slik at fosteret har en slags økende rett til liv, som ved uke 12 har nådd stadiet hvor det begrenser kvinnens valgfrihet. Dette er en begrunnelse som gir logisk mening og kan anses som legitimt, samt er egnet til å gi en balansegang mellom rettighetene. Særlig i lys av skjønnsmarginen og terskelen for inngrep under EMK artikkel 8, må dette anses som en egnet begrunnelse.

Inngrepet anses følgelig noe egnet til å oppnå målet om balanse mellom interessene. Imidlertid er inngrepet her svært tyngende ovenfor kvinnen, da hennes autonomi over egen kropp i prinsippet blir fratatt. Inngrepet kan følgelig ikke anses proporsjonalt til inngrepet, etter EMK artikkel 8 (2).

Når det kommer til opplistingen av grunner vil vilkåret «urimelig belastning» som nevnt innebære et inngrep i EMK artikkel 8, ettersom bestemmelsen verner om mindre alvorlige helsegrunner. Altså kan kvinner etter uke 12 ikke få abort, ved diverse helseplager de måtte oppleve ved graviditet og fødsel. Her må det imidlertid tas forbehold om at det er usikkert hvordan bestemmelsen praktiseres. Når bestemmelsen også har alternativet «vanskelig livssituasjon» og avgjørelsen tas etter en helhetsvurdering, jf. abl. § 2 (4), vil dette trolig ikke bli så problematisk i praksis. Statistikk viser også at om lag 90% av alle nemdsbehandlinger blir innvilget, så dette synes ikke å være et så stort problem.<sup>137</sup> En begrunnelse kun basert på balansegang mellom foster og kvinnen vil dermed være tilstrekkelig til at dette kan anses proporsjonalt.

Videre har man eksistensen av en abortnemnd, som igjen kan bidra til balansering ved at en trolig nøytral part veier disse interessene og fatter det vedtaket som synes å sørge for best balansering. Nemndbehandlingen kan likevel både ved selve prosessen og det prinsipielle ved at noen andre tar beslutningen for kvinnen, oppleves svært inngripende.

Det er vanskelig å finne noen konkret begrunnelse for hvorfor nemndene ble opprettet fra forarbeidene til abortloven, men man kan trolig legge det generelle balansehensynet til grunn. Igjen blir spørsmålet om abortnemndene faktisk er egnet til å oppnå denne balansen, og om det er forholdsmessighet mellom formålet og inngrepet.

---

<sup>137</sup> Tall fra 2017 viser en innvilgelsesprosent på 87, Se Løkeland, M. et al., 2017, s. 24

Abortnemndene består av to leger, noe som kan tilsi en faglig og objektiv vurdering som vil være godt egnet til å sikre alle berørte interesser. Samtidig innebærer vurderingen også spørsmål om velferdsmessige problemer, eller strafferettslige problemstillinger knyttet til overgrep. Dette er temaet legene ikke har særlig kompetanse til å uttale seg om, og gjør at nemndbehandlingen mister en del av sitt preg av profesjonalitet og dermed svekker dette momentet. Når det igjen er 90% som får innvilget før uke 12 så virker nemndbehandlingen meningsløs og ikke egnet til å nå målet.

Følgelig anses ikke inngrepene særlig egnede til å oppnå målet, og graden av inngrep veier derfor tyngre, slik at inngrepet ikke anses proporsjonalt etter EMK artikkel 8 (2).

Når det kommer til vilkåret «særlig tungtveiende grunner» etter uke 18 er dette også noe som gir en ganske stor begrensning i kvinnens adgang til å ta abort, grunnet den høye terskelen, og dermed tilsvarende styrker fosterets rett til liv.

Det finnes her ingen begrunnelse i forarbeidene for hvorfor uke 18 er satt som terskel eller hvorfor de har valgt et så strengt vilkår. Begrensningen av kvinners rettigheter fremkommer da igjen som noe hensiktsløs, når særlig tidspunktet fremstår tilfeldig valgt. Igjen kan det argumenteres for at vilkåret sikrer balanse, da det øker fosterets vern etter et visst antall uker, og gir kvinner større frihet forut for dette tidspunktet. Likevel fremstår det så vilkårlig at det er vanskelig å se hvordan det bidrar til målet om balansering.

Følgelig er vilkåret «særlig tungtveiende grunner» ikke proporsjonalt, og det foreligger en krenkelse etter EMK artikkel 8 (2).

Til sist har man unntaket for levedyktighet, som innebærer at kvinnen kun kan ta abort dersom det er «overhengende fare» for hennes liv eller helse. Dette gir en svært sterk rett til liv for fosteret, og begrenser dermed i svært stor grad kvinnens rettigheter. En kvinne kan derfor måtte tåle flere mindre alvorlige helseplager som følge av graviditet og fødsel, og også tvinges til å føde selv når graviditeten er et resultat av voldtekt. Dette er altså svært inngripende og krever gode grunner for å opprettholde.

Det finnes ingen spesifikk begrunnelse i forarbeidene for utformingen av dette vilkåret, men det antas at det springer ut av den overnevnte tanken om gradert rettsvern, og at de mener fosteret har 'oppnådd' noenlunde fullt rettsvern på tidspunktet for levedyktighet. I lys av statens skjønnsmargin kan dette anses som en god og tilstrekkelig begrunnelse. Likevel er

levedyktighetstidspunktet lite forutberegnelig for kvinners rettssikkerhet. Når graviditet grunnet voldtekt i tillegg ikke er omfattet, kan inngrepet ikke anses proporsjonalt i relasjon til inngrepet.

Vilkåret innebærer følgelig en krenkelse av EMK artikkel 8.

### **7.3 Proporsjonalitetsvurdering av ICESCR artikkel 12 og norsk helseregelverk**

Det fremgår videre av ICESCR artikkel 4 at inngrep bare kan gjøres når det er «solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society».

Ordlyden «solely for the purpose» tolkes som et slags uttrykk for proporsjonalitet. Videre tolkes «promoting general welfare in a democratic society» som et vilkår om at inngrepene må ha som formål og være egnet til å påvirke samfunnet i positiv retning. Tolkingsvalgene er begrunnet i naturlig språklig forståelse samt at dette gir en mest harmonisk tolkning i relasjon til EMKs inngrepshjemler.

Spørsmålet blir om inngrepene i retten til helse etter ICESCR artikkel 12 er ment og egnet til å påvirke samfunnet i positiv retning og deretter om det er proporsjonalt i relasjon til graden av inngrep.

Vilkåret «urimelig belastning» stiller som nevnt en høy terskel for hvilke helsekonsekvenser hos kvinnen som kan begrunne abort. Fra et samfunnsmessig perspektiv anses dette negativt da kvinner må tåle flere helsekonsekvenser, og uønskede barn da blir født, og får vite at de har påført moren sin diverse plager. Motsetningsvis gir det flere fødsler, og tilkjenner fosteret større grad av vern. Etersom fosterets vern anses legitimt og dermed positivt for samfunnet er det under tvil ment og egnet til å påvirke samfunnet i positiv retning. Når vilkåret også er del av en helhetsvurdering, må det anses å inneholde nok sikkerhetsmarginer til at det må anses proporsjonalt i relasjon til inngrepet. Dermed innebærer vilkåret ingen krenkelse av retten til helse etter ICESCR artikkel 12.

Når det kommer til vilkåret «særlig tungtveiende grunner» er dette også noe som setter en høy terskel for hvilke helsekonsekvenser som vil muliggjøre abort. Igjen fremstår fastsettelsen av tidsgrense på 18 uker som en vilkårlig begrensning av rettigheter, som gjør at dette virker

særlig tyngende. Det må vektlegges at Norge er et ressursrikt land, som derfor har en stor grad av forpliktelser etter ICESCR, slik at det forventes mye innsats for å sikre så god oppfyllelse av menneskerettighetene som mulig.<sup>138</sup>

Motsetningsvis vil en positiv samfunnsfølge være vern av fosterets rettigheter, slik at inngrepet kan sies å være egnet til å påvirke samfunnet positivt. Dette anses imidlertid ikke nok til å være proporsjonalt til graden av inngrep. Vilkåret «særlig tungtveiende grunner» anses følgelig ikke proporsjonalt, og det foreligger dermed en krenkelse av retten til helse etter ICESCR artikkel 12.

Til sist har man levedyktighetsunntaket. Som nevnt foreligger det et unntak i § 10 for «overhengende fare» for liv eller helse, slik at de mest alvorlige tilfellene som vil falle under artikkel 12 ikke vil være problematiske. Likevel synes artikkel 12 å favne relativt vidt, og en del vil da også falle utenfor. Det er dermed de mindre alvorlige helsekonsekvensene som vurderes her.

Som nevnt synes vilkåret å være basert på fosterets graderte rettsvern, som kan anses som en legitim begrunnelse innenfor statens skjønnsmargin, og dermed også egnet til å påvirke samfunnet positivt. Når det kun er de mindre alvorlige helsetilfellene som faller utenfor unntaket i § 10, må dette anses å være proporsjonalt.

Følgelig innebærer levedyktighetsunntaket ikke en krenkelse av retten til helse etter ICESCR artikkel 12.

---

<sup>138</sup> Jf. ICESCR artikkel 2 (1)

## 8 Avsluttende bemerkninger

Etter denne gjennomgangen synes det å være et klart rettskildemessig grunnlag for at det foreligger en rett til abort etter flere av menneskerettighetsbestemmelsene, og alle årsakene som har vært behandlet. Likevel unnlater EMD å konkludere på dette. Selv i *A, B og C mot Irland*, hvor kvinnene måtte få rettighetene sine ivaretatt av en annen stat, støttet domstolen seg til statenes skjønnsmargin.

Samme problemstilling finner man dersom man ser på spørsmålet om fosteret har rett til liv. I *Vo mot Frankrike* kom spørsmålet helt på spissen, da kvinnen ønsket fosteret, og det kun var fosterets liv som ble rammet av den aktuelle handlingen. Likevel unnlot domstolen å kommentere, og foretok en sammenslåing av fosterets og kvinnens interesser, som ikke synes å gi logisk mening etter konvensjonens øvrige system. Dette er betenkelig, særlig ettersom fortalene til både UDHR og EMK fremmer et særlig formål om å øke enigheten blant medlemsstatene angående hvordan rettighetene skal forstås og hva de innebærer.<sup>139</sup>

Sammenhengen her er at disse to interessene er gjensidig utelukkende. Dersom man tilkjenner foster en rett til liv på lik linje med mennesker generelt, i samsvar med EMK artikkel 2, vil adgangen til abort bli begrenset til der det er fare for kvinnens liv. Abort for velferdsårsaker eller hvor graviditeten er en følge av voldtekt vil da utelukkes. Dette vil være problematisk både etter hva som synes å være den ønskede samfunnsutviklingen, samt særlig forbudet mot nedverdiggende behandling. På motsatt side vil det å fastsette en klar rett til abort utover fare for liv, medføre at fosteret ikke kan ha en rett til liv etter konvensjonen.

Det oppstår her en interessekollisjon som ikke kan løses på andre måter enn at domstolen velger én av interessene. Selv om man ønsker å gi fosteret rett til liv etter et visst tidspunkt, vil man på dette tidspunktet stenge nærmest fullstendig for øvrig aborttilgang. Det kan være politiske, samfunnsmessige eller juridiske årsaker til at domstolen har vært tilbakeholdne med å gjøre dette valget, men dette er en tendens man forhåpentligvis ser en slutt på snart. Det finnes i dag regressive tendenser i relasjon til kvinners rettigheter både i Europa, og særlig i eksempelvis USA. En internasjonal domstol som fatter en konkret beslutning på dette punktet, kan bidra til å samle utviklingen mot et bestemt mål, i tråd med konvensjonenes formål. Når

---

<sup>139</sup> Henholdsvis avsnitt 7 og 4

EMD konsekvent overlater vurderingen til medlemsstatene, kan dette sette rettighetene til utallige i fare. En konsensus vil være sentral for å sikre disse både i og utenfor Europa.

Når det kommer til det norske abortregelverket, er dette uten tvil et regelverk som søker å sikre både kvinnens og fosterets interesser i så stor grad som mulig, og som i stor grad også lykkes med dette. Graden av vern som regelverket søker å tilkjenne fosteret fremstår imidlertid som uklar, som gjør at rettstilstanden blir noe usikker.

Etter denne vurderingen foreligger det seks brudd, herunder ett under artikkel 3, fire under artikkel 8 og ett under artikkel 2 med tilhørende norske bestemmelser. Særlig fører unntaksregelen for levedyktighet i § 2 sjette ledd til uheldige resultater i relasjon til forbudet mot nedverdiggende behandling. Grensen på 12 uker fremstår også som en noe hensiktsløs begrensning av kvinners rettigheter, som enten burde endres eller begrunnes nærmere av lovgiver.

Overordnet er det klart at Norge generelt oppfylder sine forpliktelser etter menneskerettighetene, og dette gjelder også for retten til abort, og balansegangen mellom dette og fosterets interesser. Samtidig er Norge et ressursrikt land, som burde være i stand til å yte mye for å sikre menneskerettighetene, og dermed forbedre regelverket slik at krenkelser ikke forekommer. Dette både for sine egne borgeres del, men også for å skape god presedens for andre staters praksis.

# Litteraturliste

## Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte

## Traktater

Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945.

The Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948.

The Convention for the Protection of Human Rights and Freedoms (EMK), 4. november 1950 (ikrafttredelse 3. september 1953).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 16. desember 1966 (ikrafttredelse 3. januar 1976).

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966 (ikrafttredelse 23. mars 1976)

Vienna Convention on the Law of Treaties (Wienkonvensjonen), 23. Mai 1969 (ikrafttredelse 27. januar 1980) 1155 UNTS 331

The Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, 18. desember 1979 (ikrafttredelse 3. september 1981)

## Utenlandske lover

Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018 (Act No. 31/2018) (Ir.)



## Rettspraksis

### Høyesterett:

Rt. 1979 s. 1079 (Sinnsykes Ankerett)

Rt. 2010 s. 291 A

Rt. 2015 s. 93 A (Maria-dommen)

### Den europeiske menneskerettsdomstol:

*A, B og C mot Irland* [GC] 2010, no. 25579/05, ECHR 2010.

*Al-Adsani mot Storbritannia* [GC], 2001, no. 35763/97, ECHR 2001-XI.

*Boso mot Italia* [A] 2002, no. 50490/99, ECHR 2002-VII.

*D mot Storbritannia* [J] 1997, no. 30240/96, ECHR 1997 s. 777.

*Dudgeon mot Storbritannia* [P] 1981, no. 7525/76, Serie A no. 45.

*Evans mot Storbritannia* [GC] 2007, no. 6339/05.

*Gäfgen mot Tyskland* [GC] 2010, no. 22978/05.

*H mot Norge* [A] 1992, no. 17004/90, 73 DR 155 (Den europeiske menneskerettskommissjon).

*Irland mot Storbritannia* [P] 1978, no. 5310/71.

*Mehmet Sentürk og Bekir Sentürk mot Tyrkia* [J] 2013, no. 13423/09.

*Muršić mot. Kroatia* [GC] 2016, no. 7334/12.

*Paton mot Storbritannia* [C] 1980, no. 8416/78, 19 DR 244 (Den europeiske menneskerettskommissjon).

*Pretty mot Storbritannia* [J] 2002, no. 2346/02, ECHR 2002-III.

*Selmouni mot Frankrike* [GC] 1999, no. 25803/94, ECHR 1999-V.

*Shefer mot Russland* [A] 2012, no. 45175/04.

*Soderman mot Sverige* [GC] 2013, no. 5786/08.

*Sunday Times mot Storbritannia* [P] 1979, no. 6538/74, Serie A no. 30.

*Tyrer mot Storbritannia* [J] 1978, no. 5856/72, Serie A no. 26.

*Vasileva mot Bulgaria* [J] 2016, no. 23796/10.

*Vo mot Frankrike* [GC] 2004, no. 53924/00, ECHR 2004-VIII.

*Z mot Polen* [J] 2013, no. 46123/08.

Øvrige internasjonale domsoler:

*K.L mot Peru*, 2005, no. 1153/2003, United Nations Human Rights Committee,  
CCPR/C/85/D/1153/2003

*LC mot Peru*, 2011, no. 22/2009, Committee on the Elimination of Discrimination against  
Women, C/50/D/22/2009

*LMR mot Argentina* [C] 2007, no. 1608/2007, United Nations Human Rights Committee,  
CCPR/C/101/D/1608/2007

*Mellet mot Irland*, 2016, no. 2324/2013, United Nations Human Rights Committee,  
CCPR/C/116/D/2324/2013.

*Whelan mot Irland*, 2017, no. 2425/2014, United Nations Human Rights Committee,  
CCPR/119/D/2425/2014

**Forarbeider**

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i  
Grunnloven

Ot.prp.nr.53 (1977-1978) om lov om endring i lov av 13. juni 1975 nr. 50 om  
svangerskapsavbrudd

Ot.prp.nr.38 (1974-1975) om lov om svangerskapsavbrudd

## Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015.

Center for Reproductive Rights, *European Abortion Laws: A Comparative Overview*, 2021.

Dzhetsiarou, Kanstanstsin, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights", *German Law Journal*, 12(10), 2011, s. 1730–1733. doi:10.1017/S2071832200017533

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.

European Court of Human Rights, *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights: Right to life*, 2021. [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_2\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf)

European Court of Human Rights, *Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of torture*, 2021. [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_3\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_ENG.pdf)

European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 2021. [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_8\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf)

Herrmann, Janne Rothmar, «Reproductive Health», i *Health and Human Rights in Europe*, Toebe, Birgit, Hartlev, Mette, Hendriks Aart (red.), Intersentia 2012, s. 149–160.

Kapelańska-Pregowska, Julia (2021). *The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction on Poland, the European Consensus, and the State's Margin of Appreciation*. *Health and Human Rights Journal*, volume 23 no. 2. <https://www.hhrjournal.org/2021/11/the-scales-of-the-european-court-of-human-rights-abortion-restriction-in-poland-the-european-consensus-and-the-states-margin-of-appreciation/>

Katsoni, Spyridoula, «The Right to Abortion and the European Convention on Human Rights», *Völkerrechtsblog*, 19. mars 2021. doi: 10.17176/20210319-085654-0.

Kjønstad, Asbjørn, "Reelle hensyn som rettskilde", 2006. [https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR4000/v09/JUR4000-1-2/undervisningsmateriale/Reelle\\_hensyn.pdf](https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR4000/v09/JUR4000-1-2/undervisningsmateriale/Reelle_hensyn.pdf)

Løkeland, Mette, Akerkar, Rupali, Bøyum, Bjug, Ebbing, Marta, Heiberg-Andersen, Rannveig, Hornes, Mona Tornensis, Pedersen, Yngve og Seliussen, Ingvei, *Rapport om svangerskapsavbrot for 2017*, Folkehelseinstituttet, 2018. <https://www.fhi.no/globalassets/dokumenterfiler/rapporter/2017/rapport-om-svangerskapsavbrot-for-2017.pdf>

Meaney, Orlaith, *Ireland, Abortion and the European Court of Human Rights: Examining the Potential Effects of Ireland's 2018 Abortion Referendum on Abortion Rights under the ECHR*. [Masteroppgave, Universitetet i Oslo], 2018, DUO arkiv.

<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/67209/Masters-Thesis-8017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mégret, Frédéric, «Nature of obligations» i *International Human Rights Law*, Moeckli, Daniel, Shah, Sangeeta & Sivakumaran, Sandesh (red.), Oxford University Press 2018, s. 97-98.

Nesheim, Britt-Ingjerd, «Abortnemnd», i *Store medisinske leksikon på snl.no*, 2018.  
<https://sml.snl.no/abortnemnd>

Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women)*, 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. <https://www.refworld.org/docid/45139c9b4.html>

Office of the High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, 2000, E/C.12/2000/4.  
<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>

Office of the United Nations High Commissioner of Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*, Series No. 12, 2005.  
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/training12en.pdf>

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights & World Health Organization, *The Right to Health*, Fact Sheet No. 31, 2008.  
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>

Reidy, Aisling, *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbook, No. 6, 2003.  
<https://rm.coe.int/168007ff4c>

Ruud, Morten, Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2014.

Ssenyonjo, Manisuli, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, 2. Utg., Hart Publishing 2016.

Skatteetaten, *Slik registreres dødsfall*, «u.å.».  
<https://www.skatteetaten.no/person/folkeregister/dodsfall/>

Skoghøy, Jens Edvin, «Reelle hensyn som rettskilde», *Lov og rett*, Vol. 52 Utg. 4, 2013, s. 257-258. <https://www.idunn.no/doi/10.18261/ISSN1504-3061-2013-04-01>

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*, 2017. <https://www.refworld.org/docid/5beaecba4.html>

Zampas, Christina, Gher, Jamie M., “Abortion as a Human Right – International and Regional Standards”, 8 *Human Rights Law Review*, 2008.

Zurcher, Anthony, «Roe v Wade: US Supreme Court may overturn abortion rights, leak suggests», *BBC News*, 3, mai 2022. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-61302740>

Zureick, Alyson, *(En)gendering Suffering: Denial of Abortion as a Form of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment*, *Fordham INT'L L.J.* 99, 2015.

<https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol38/iss1/16>