

UiO • Det juridiske fakultet

Fastlegers reservasjon mot konsultasjon og henvisning til abort

Overholder staten sin forpliktelse til å sikre fastlegers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9, jfr. artikkel 1?

Kandidatnummer: 651

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 17986



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Emnets aktualitet og problemstilling	1
2	METODISK REDEGJØRELSE FOR ARTIKKEL 9, SOM BAKGRUNNSTEPPE FOR DEN VIDERE FREMSTILLING.....	2
2.1	EMKs forankring i norsk rett	2
2.2	Tolkningsprinsipper for anvendelsen av EMK artikkel 9.....	3
2.2.1	Norske domstolars tolkning av EMK	3
2.2.2	EMDs traktatstolkning.....	4
2.3	Statens sikringsforpliktelse av EMK artikkel 9	5
2.3.1	Statens ansvarsformer.....	6
2.3.2	Vurderingsmomenter for statens sikringsforpliktelse.....	6
3	OVERBEVISNINGSFRIHETENS BESKYTTELSE ETTER ARTIKKEL 9	11
3.1	Ordlyd	11
3.2	EMDs generelle presiseringer av bestemmelsen	13
3.2.1	Bestemmelsens materielle rekkevidde	13
3.2.2	Krav til holdningens styrke og viktighet	14
3.2.3	Krav til uttrykk	14
3.3	EMDs spesielle presiseringer av bestemmelsen, med henblikk på yrkesutøvere	15
3.3.1	Bayatyan mot Armenia (2011) som prinsippdom for medlemstatenes sikringsplikt	15
3.3.2	Eweida-dommen som prejudikat for en endret rettstilstand.....	17
3.4	Oppsummering.....	21
4	HOVEDREGELN OM FASTLEGERS ARBEIDSPLIKT OG PLIKT TIL Å YTE HELSETJENESTER.....	21
5	OVERBEVISNINGSFRIHETENS BESKYTTELSE I NASJONAL RETT	23
5.1	Innledning	23
5.2	Fastlegers konsultasjons- og henvisningsplikt.....	23

5.3	Fastlegers praktisering av en avvikende reservasjonsordning	24
5.4	Forslag til reservasjonsrett – høringsnotat av 2014	26
5.4.1	Forslag til regelendringer	26
5.4.2	Utdypning av forslaget innhold	27
5.4.3	Påberopelse av EMK artikkel 9 som rettslig grunnlag for forslaget	28
6	HAR STATEN OVERHOLDT SIN SIKRINGSFORPLIKTELSE AV EMK	
	ARTIKKEL 9?	29
6.1	Innledning, samt redegjørelse for problemstillinger	29
6.2	EMK artikkel 9's forhold til legers konsultasjons- og henvisningsplikt	30
6.2.1	Er legers samvittighetsnekt mot å konsultere og henvise abortsøkende kvinner omfattet av EMK artikkel 9?	30
6.2.2	Er dagens påbud om konsultasjon- og henvisning en konvensjonslojal restriksjon etter EMK artikkel 9(2)?.....	34
6.3	Dagens avvikende reservasjonspraksis – en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9(1)?	50
6.3.1	Innledning	50
6.3.2	Statens ansvarsform	50
6.3.3	Vurderingsmomenter for statens sikringsforpliktelse.....	51
6.4	EMK artikkel 9's forhold til forslaget om utvidet reservasjonsrett	59
6.4.1	Høringsforslaget – en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9(1)?	59
6.4.2	Krenker høringsnotatet EMK artikkel 14, jfr. EMK artikkel 9?	72
7	AVSLUTNING	73
8	LITTERATURLISTE	75
8.1	Lover	75
8.2	Forskrifter	75
8.3	Konvensjoner	76
8.4	Resolusjoner.....	77
8.5	Dommer	77
8.5.1	Norske dommer	77
8.5.2	EMD-dommer.....	77
8.6	Innstillinger, rundskriv og andre offentlige uttalelser.....	79

8.7	Litteratur	81
8.8	Artikler	81
8.8.1	Tidsskriftsartikler	81
8.8.2	Avisartikler	82
8.9	Andre kilder	83

1 Innledning

1.1 Emnets aktualitet og problemstilling

Fastleger har som plikt å tilby alle de allmennlegetjenester deres pasienter har krav på, jfr. fastlegeforskriften § 10. Abortloven presiserer tjenestetilbudets innhold, ved å pålegge fastlegene en konsultasjons- og henvisningsplikt til abort. Likevel eksisterer det i dag en avvikende reservasjonspraksis, hvor enkelte leger ikke utfører konsultasjon og aborthenvisning. Praksisen er et uttrykk for en langvarig, omstridt konflikt mellom lovpålagte plikter, og enkelte legers verdisyn på abort.

I 2014 fremsatte regjeringen et høringsforslag om reservasjonsmulighet for fastleger ved aborthenvisning. Til støtte for forslaget, ble EMK artikkel 9 påberopt. Høringsnotatet har møtt massiv motstand fra institusjoner, foreninger og befolkningen, som mener at muligheten vil uthule kvinners abortrettigheter.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er inkorporert i norsk lov. Traktatens artikkel 9 beskytter retten til å utøve religions- og overbevisningsfrihet. Bestemmelsen har som del av menneskerettighetene fått økt betydning i det norske rettssystemet de siste årene.

Det at fastlegers reservasjon mot konsultasjon og aborthenvisning er omstridt, og at menneskerettighetene er styrket, aktualiserer hovedproblemstillingen;

Overholder staten sin forpliktelse til å sikre fastlegers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9, jfr. artikkel 1?

Hovedproblemstillingen forutsetter at tre spørsmål besvares. For det første hvorvidt dagens konsultasjons- og henvisningsplikt lar seg forene med EMK artikkel 9(2). For det annet hvorvidt eksistensen av den avvikende reservasjonspraksisen i realiteten sikrer EMK artikkel 9(1), og for det tredje hvorvidt en gjennomføring av regjeringens høringsforslag vil sikre en konvensjonslojal oppfyllelse av EMK artikkel 9(1).

Hvor statens handlinger ikke er kompatible med EMK artikkel 9, risikerer Norge å bli pålagt ansvar for konvensjonsbrudd.

2 Metodisk redegjørelse for artikkel 9, som bakgrunnsteppe for den videre fremstilling

2.1 EMKs forankring i norsk rett

Det følger av Grunnlovens § 110 c første ledd at det «paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.»¹

Formuleringen er inspirert av EMK artikkel 1 som manifesterer statens sikringsforpliktelse av menneskerettighetene².

Det følger av Grl.§ 110c annet ledd at «Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov». Bestemmelsen uttrykker Norges plikt til å gjennomføre konvensjonene ved norsk, intern lovgivning.

EMK er gjort til norsk rett ved menneskerettslovens § 2. Konvensjonens bestemmelser skal «gå foran bestemmelser i annen lovgivning» ved motstrid, jfr. menneskerettsloven § 3. En naturlig ordlydsforståelse tilsier at konvensjonsbestemmelsene gis forrang på bekostning av annen lovgivning, hvor motstrid ikke lar seg bortfortolke ved harmonisering.

¹ Tilføyd i Grunnloven ved grunnlovsbeslutning 15. juni 1994.

² Aall (2011) s.44

2.2 Tolkingsprinsipper for anvendelsen av EMK artikkel 9

2.2.1 Norske domstolars tolkning av EMK

Høyesterett har fastslått at

norske domstoler skal foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de *benytte samme metode som EMD*. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke *EMD som skal utvikle konvensjonen*. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn *verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning*.³ [Min utheving.]

At norske domstoler skal «benytte samme metode som EMD», forklares med at staten kan klages inn for domstolen etter påstand om konvensjonsbrudd. I så fall er Norge som kontraktspart forpliktet til å rette seg etter EMDs endelige dom, jfr. EMK artikkel 46 nr. 1. Ved å utøve en tolkningspraksis på linje med EMDs metode, forebygges brudd på konvensjonen.

At det i første rekke er «EMD som skal utvikle konvensjonen», begrunnes med dens stilling som gjennomføringsorgan for EMK. Med sin eksklusive myndighet til å treffe rettslig bindende vedtak ved avgjørelse av konkrete enkeltsaker, setter den som rettskilde grenser for medlemsstatenes konvensjonstolkning.⁴

Norge kan til sist trekke inn «verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning», ved tolkningstvil. Som det følger av behandlingen nedenfor, betegnes dette tolkningsrommet som medlemsstatenes ‘margin of appreciation’. Tilkjenningen av skjønnsmargin begrunnes med *subsidiaritetsprinsippet*; statene anses best egnet til å tilpasse konvensjonen etter nasjonale forhold.

³ Rt.2005 s.833

⁴ Høstmælingen (2012) s.98

2.2.2 EMDs traktatstolkning

Det fremgår av *Golder mot Storbritannia* (1975) at EMK må tolkes i lys av Wien-konvensjonens *artikkel 31-33*^{5,6}. Bestemmelsene anses bindende som uttrykk for folkerettslige, sedvanerettslige prinsipper. Norge er derfor bundet av konvensjonens artikkel 31-33, til tross for at staten ikke har tiltrådt traktaten. Prinsippene utdypes i det følgende.

Wien-konvensjonen *artikkel 31(1)* fastsetter at traktater, herunder EMK, skal tolkes etter sin «ordinary meaning». EMDs praksis illustrerer at en ordlydsforståelse “in the context of international law» ofte anses styrende for meningsinnholdet⁷. Hvor nasjonale rettssystemer deler en felles oppfatning – konsensus – av hvordan et ord eller uttrykk skal forstås, anser domstolen seg følgelig bundet av denne. Hvor statene i andre tilfeller benytter ulike termer, har EMD utviklet sine egne regler for presiseringen av ordlyden. EMD foretar da en autonom fortolkning av konvensjonsbestemmelsene, i den hensikt å skape rettsenhet blant medlemsstatene. Hvor domstolen ikke finner spor av en felles standard, tilkjennes statene en større fleksibilitet basert på skjønnsmarginen⁸.

At ordlydsforståelsen utgjør utgangspunktet for tolkningen, modifiseres av at konvensjonsbestemmelsene er *gamle, knappe og vage*. Dette gir en spenning mellom teksten og de endrede samfunnsforhold.⁹ Av Wien-konvensjonens *artikkel 31(1)* at menneskerettighetsbestemmelsene skal tolkes i lys av «its object and purpose». Med henvisning til denne artikkelen har EMD således kunnet foreta liberale tolkninger for å nøytralisere spenningen mellom ordlydsforståelsen og skiftende forhold. Konvensjonsteksten har i den anledning blitt betegnet som ‘a living instrument’¹⁰, som på dynamisk vis fortolkes i tråd med medlemsstatene og tiden.¹¹

⁵ Wien-konvensjonen om traktatretten av 1969

⁶ Bekreftet i *Bankovic mfl. mot Belgia*

⁷ *Bankovic mfl. mot Belgia*

⁸ Jacobs (2010) s.69

⁹ Aall (2011) s.36

¹⁰ F.eks. *EB mot Frankrike*

¹¹ Jacobs (2010) s.72

Dersom det ikke finnes spor av konsensus etter en fortolkning av medlemslandenes rett, og temaet er kontroversielt, vil statene tilkjennes en videre skjønnsmargin¹².

Wien-konvensjonens *artikkel 31* fastsetter at tekstene skal tolkes «in their context»; i sammenheng. Følgelig skal menneskerettighetskonvensjonens bestemmelser leses i lys av bl.a. fortalen sin. Det fremgår av EMKs fortale at konvensjonen har som hovedformål å beskytte og sikre individers rettigheter. For å etterleve dette, har EMD utviklet *effektivitetsprinsippet*. Effektivitetsprinsippet innebærer at domstolen ved fortolkningen av konvensjonen velger det alternativet som i størst grad bidrar til oppfyllelse av konvensjonens formål.

Etter Wien-konvensjonens *artikkel 33* er de autentiske språkversjonene av konvensjonene likestilte og autoritative, og styrende for oversettelser til andre språk. Europarådet, som står bak EMK, anser engelsk og fransk som autoritative og likestilte språk. Den norske oversettelsen av konvensjonsteksten må følgelig tolkes i lys av de autoritative originaltekstene.¹³

2.3 Statens sikringsforpliktelse av EMK artikkel 9

Norge har en plikt til å «secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined» i konvensjonen, jfr. EMK artikkel 1.

En naturlig ordlydsforståelse tilsier at enhver, uavhengig av borgerrettigheter, nyter konvensjonsvern innenfor statens jurisdiksjon¹⁴.

Staten har en forpliktelse til å *sikre* at konvensjonens rettigheter respekteres og realiseres. Statens sikringsansvar er foranlediget av dens eksklusive kompetanse til å forplikte seg utad, og utøve makt innad. Ved å undertegne Europarådets konvensjon av 4. november 1950, har Norge på eksternt grunnlag forpliktet seg til å gjennomføre traktaten internt.

¹² Jacobs (2010) s.73

¹³ Høstmølingen (2012) s.96

¹⁴ Aall (2011) s.48

Spørsmålet blir hva sikringsansvaret etter EMK artikkel 1 innebærer. Sikringsplikten rekkevidde avgjør hvorvidt Norge som medlemstat handler konvensjonslojalt ved gjennomføringen av EMK artikkel 9.

Staten har en *positiv* forpliktelse til å sikre rettighetsinnholdet i EMK artikkel 9(1), og en *negativ* forpliktelse til å forhindre konvensjonsstridige inngrep etter 9(2). Videre har staten et *direkte* ansvar for offentlig ansatte, mens den har et *indirekte* ansvar for private aktører og individer. Under pkt. 2.3.1 gjør jeg rede for statens to ansvarsformer. Under pkt. 2.3.2 gjennomgås de vurderingsmomenter som avgjør statens sikringsforpliktelse.

2.3.1 Statens ansvarsformer

Staten har et direkte, objektivt ansvar for sine ansatte i alle myndighetsgrener og funksjoner, og på alle nivåer.¹⁵ Ansvar kan følgelig inntre for alle typer myndighetsutøvelse.

Staten er videre pålagt et indirekte ansvar for private aktørers handlinger. Den indirekte virkningen innebærer at staten kun kan ansvarliggjøres for sine unnlater. Hvor staten ikke har iverksatt tilstrekkelige tiltak for å hindre at en privatperson krenker konvensjonsbestemmelser, kan landet pålegges ansvar for brudd. At ansvaret er indirekte, kan utledes av EMK artikkel 1 med støtte i konvensjonens formåls- og effektivitetsprinsipp. Da det ifølge EMK artikkel 1 er «The High Contracting Parties» som er pålagt sikringsforpliktelsen, avskjæres individene fra direkte ansvarsplikt.¹⁶

2.3.2 Vurderingsmomenter for statens sikringsforpliktelse

EMD har utviklet en rekke prinsipper, hensyn og vurderingsmomenter ved kartleggingen av medlemstatenes sikringsplikt. Det redegjøres for dem i det følgende.

¹⁵ Aall (2011) s.50

¹⁶ Mirmotahari (2007) s.21

2.3.2.1 Formåls- og effektivitetsprinsippet

Formåls- og effektivitetsprinsippet er styrende for rekkevidden av statens sikringsforpliktelser. EMK artikkel 9 skal følgelig tolkes i lys av formålene bak så vel bestemmelsen som konvensjonen, i den hensikt å effektivisere rettighetsvernet på beste måte. Det følger av EMKs fortale at traktatens sentrale formål er å beskytte og sikre individenes rettigheter. Formålet har gitt grobunn for utviklingen av de positive forpliktelser som kan utledes fra EMK.¹⁷ Som et ledd i effektiviseringen av traktatens bestemmelser, har EMD formulert prinsippet om at EMK skal gi rettigheter som «*not are theoretical or illusory, but rights that are practical and effective*»¹⁸.

EMD vektlegger verdier som *individuell verdighet og integritet*, og hensynet til *demokrati og rettsstat*¹⁹. At *integritet og verdighet* anses som sentrale verdier i EMK, kan utledes av konvensjonens fortale. Der henvises det uttrykkelig til FNs menneskerettighetserklæring²⁰, hvor «*dignity*» fremholdes som et grunnleggende, normativt utgangspunkt. At hensynet til *demokratiet* er et formål av betydning, kan bl.a. utledes av EMKs fortale som fremhever «*an effective political democracy*» som en forutsetning for reel gjennomføring av konvensjonens rettigheter. Til sist vektlegger EMD eksistensen og opprettholdelsen av *rettsstaten*. Prinsippet er bl.a. fremhevet i fortalens pkt. 5, under betegnelsen «*rule of law*». Rettsstatsprinsippet knesetter ideen om et rettssystem basert på lover og regler, som gjennom uavhengige domstoler anvendes til ivaretagelse av individenes rettigheter.²¹

2.3.2.2 Rekkevidden av statens skjønnsmargin

¹⁷ Merrills (1993) s.102

¹⁸ F.eks. *X og Y mot Nederland* og *Airey mot Irland*

¹⁹ Mirmotahari (2007) s.35

²⁰ Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 10. desember 1948

²¹ Mirmotahari (2007) s.35-37

Staten har en viss skjønnsmargin ved avveiningen av motstridende interesser, og ved valg av nødvendige tiltak for å oppfylle sikringsplikten. Omfanget av skjønnsmarginen er derfor av betydning for hvorvidt et innklaget forhold er gjenstand for overprøving fra EMD. Skjønnsmarginen begrunnes med det såkalte *subsidiaritetsprinsippet*. Det er nasjonale myndigheter, og ikke overnasjonale organer som EMD, som har jurisdiksjonen og ansvaret for gjennomføringen av traktatens forpliktelser. Dessuten står medlemsstatene nærmest til å bedømme hvordan rettighetene bør gjennomføres internt. EMD har således et *sekundært kontrollansvar*, som aktiveres i det et nasjonalt forhold klages inn for domstolen.²²

Ved kartleggingen av statens positive og negative forpliktelser etter EMK artikkel 9, vil skjønnsmarginen variere med sakens faktum. Eksempelvis har de saker som berører individets personlige eller fysiske integritet, vært gjenstand for inngående prøving fra EMD²³. Skjønnsmarginen er videre i saker som bygger på et privatrettslig kontraktsforhold, eller hvor sakens faktum berører vanskelige moralske, sosiale eller tekniske forhold.²⁴ Den varierende prøvingsintensiteten begrunnes med graden av beskyttelsesverdige interesser.

2.3.2.3 Krav til «effektiv beskyttelse»

Staten skal sikre en «effektiv beskyttelse» av konvensjonsrettighetene.²⁵ Rettspraksis illustrerer at kravet til effektiv beskyttelse kan innebære plikt til iverksettelse av ulike tiltak fra myndighetenes side. Som tidligere nevnt, kan slike tiltak ivareta så vel *positive* som *negative* forpliktelser, avhengig av hvorvidt vurderingen går etter første eller annet ledd i EMK artikkel 9.

Ved vurderingen av hva kravet til «effektiv beskyttelse» innebærer, har EMD tilkjent staten en viss skjønnsmargin. Forutsetningen er at ordlyden i konvensjonen gir grunnlag for det.²⁶ Videre vil omfanget av statens forpliktelser variere etter arten av de involverte interesser.

²² Mirmotahari (2007) s.31-32

²³ F.eks. *Stubbings mfl. mot Storbritannia*

²⁴ *Powell og Rayner mot Storbritannia*

²⁵ *Stubbings-saken og Ignaccolo-Zenide mot Romania*

²⁶ *X og Y-saken og Stubbings-saken*

EMDs praksis viser eksempelvis at vernet av individets verdighet og integritet styrker prøvingsintensiteten²⁷.

Det primære ansvaret for ivaretagelsen av individenes rettigheter er underordnet medlemstatene²⁸. Ved utformingen vil det kunne tas hensyn til «*the cultural nature, local circumstances and traditional approaches*»²⁹. Skjønnsmarginen åpner følgelig for at staten kan velge den fremgangsmåten de ønsker, så lenge de velger blant alternativer som gir «effektiv beskyttelse».³⁰ De ulike sikringsmidlene utdypes i det følgende.

2.3.2.3.1 Rettsregler som «effektiv beskyttelse»

Vedtakelse av lover og regler kan være hensiktsmessig for å forhindre så vel offentlige som private aktører fra å foreta krenkende handlinger. Sentralt for statens indirekte ansvar, er dens bestrebelser. Dersom myndighetene kan bebreides for at en privat krenkelse fant sted, kan det offentlige ansvarliggjøres.³¹

2.3.2.3.2 Rettshåndhevelse som «effektiv beskyttelse»

EMD oppstiller krav til *effektiv rettshåndhevelse*. Et reelt konvensjonsvern forutsetter ikke bare et tilstrekkelig regelsett, men en faktisk håndhevelse og etterlevelse av de aktuelle regler.

Effektiv rettshåndhevelse forutsetter videre en aktiv oppfølging i forvaltnings- og rettspraksis. Håndhevelseskravet rommer både et forebyggelses- og et reparasjonselement; den krenkede må kunne forvente at myndighetene gjør anstrengelser for å avdekke årsakene til regelbruddet, og eventuelt stiller tjenestemenn til ansvar. Effektiv håndhevelse av rettsreglene er ikke

²⁷ Mirmotahari (2007) s.54. Forfatteren viser bl.a. til *Stubbings mfl. mot Storbritannia*.

²⁸ *Stubbings-saken*

²⁹ *M.C. mot Bulgaria*, avsnitt 15

³⁰ Mirmotahari (2007) s.53-55

³¹ Aall (2011) s.53

bare til fordel for sikringsplikten, men bidrar også til å styrke lovens allmennpreventive effekt.³²

2.3.2.3.3 Etterforskning og forebyggende tiltak som «effektiv beskyttelse»

Et tilstrekkelig effektivt konvensjonsvern kan i visse tilfeller nødvendiggjøre iverksettelse av etterforskning og forebyggende tiltak.

Dersom myndighetene *kjente* eller *burde kjenne til* en risikofaktor som truet noens konvensjonsrettighet, kan det være ansvarsbetingende å ikke benytte sin myndighet til å eliminere risikoen.³³ Forutsatt at myndighetene hadde mulighet til å redusere/eliminere risikoen, kan offentlige myndigheter bebreides for sine unnlatelser.³⁴ Dette gjelder både for statens direkte som indirekte ansvar.

2.3.2.3.4 Saksbehandlingsrutiner som «effektiv beskyttelse»

Det oppstilles i blant krav til at staten kan vise til saksbehandlingsrutiner som effektivt beskytter individers rettigheter. Sentralt står vurderingen av forvaltningens og domstolenes arbeidsmetode.³⁵

2.3.2.4 Krav til «fair balance»

EMD vurderer ofte om staten har foretatt en rimelig avveining - «fair balance» - mellom de ulike interesser i saken. Denne vurderingen blir anvendt enten som et selvstendig argument, eller i kombinasjon med kravet til «effektiv beskyttelse», og gjelder ved vurderingen av så vel

³² Aall (2011) s.52

³³ *ibid* s.53

³⁴ *ibid* s.55

³⁵ Mirmotahari (2007) s.65-66

de positive som de negative forpliktelsene. Vurderingen kan henspille på interesseavveininger, eller på avveininger mellom motstridende rettigheter innlemmet i EMK (rettighetsavveininger).³⁶

En konvensjonslojal sikring av artikkel 9(1) forutsetter at de motstående rettigheter eller interesser er avveid på en rimelig måte. Et konvensjonslojalt inngrep etter artikkel 9(2) forutsetter at det foreligger et rimelig samsvar mellom de mål som søkes ivaretatt, og de tiltak myndighetene eller den private aktør iverksetter for å realisere målet.³⁷

Ved iaktakelsen av EMDs «fair balance»-vurdering, fremgår det at domstolen legger vekt på konvensjonens grunnleggende verdier. Individenes behov for vern om sin *integritet og verdighet*, samt hensyntaken til grunnleggende aspekter ved *demokrati og rettstat*, er styrende ved avveiningen. Videre vil statens skjønnsmargin være av betydning for vurderingen. Jo større skjønnsmarginen er, jo romsligere blir toleransen for statens avveininger.

3 Overbevisningsfrihetens beskyttelse etter artikkel 9

3.1 Ordlyd

Rettslig grunnlag for fastlegers rett til overbevisningsfrihet, er EMK artikkel 9.

Det fremgår av bestemmelsen at

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

³⁶ Mirmotahari (2007) s.76-83

³⁷ *Eweida mot Storbritannia*

En naturlig ordlydsforståelse gir den enkelte rett til tanke-, samvittighets- og trosfrihet. Friheten gjelder alene eller i fellesskap, i det offentlige og det private.

Bestemmelsen har en passiv og aktiv side. Mens den passive siden angår retten «to have» eller «change», angår den aktive siden retten «to manifest». Videre hører *tanke* sammen med *samvittighet*, og *religion* sammen med *overbevisning*.

Den aktive og offentlige siden av *religions- og overbevisningsfriheten* følger av ordet utøvelse; «manifest»³⁸. Etter ordlyden å bedømme er alternativet manifestering av samvittighet utelukket. Manifesteringen av samvittighetskvaler kan imidlertid i de fleste tilfeller omformuleres til å vedrøre manifestering av overbevisninger³⁹. Utøvelsen er tilkoblet uttrykkene «worship», «teaching», «practice» og «observance». Oppramsingen er ikke uttømmende, men uttrykk for eksempler på hva som ligger innbakt i begrepet utøvelse.⁴⁰

Videre fremgår det av 9(2):

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

En naturlig ordlydsforståelse tilsier at individers rett til å *manifestere* religion og overbevisning kan pålegges begrensninger, til forskjell fra retten til å *ha* eller *endre* den. Som eksempler på inngrep i utøvelsen, nevnes krav til uniformering på skole og arbeid, krav til arbeidstid og pålagte arbeidsoppgaver⁴¹. Retten til inngrep i den enkeltes religion eller overbevisning forutsetter hjemmel i lov, og at tiltaket er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte den offentlige orden, helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

³⁸ Manifestering kan forstås som det å *utøve*, eller *gi uttrykk for* en overbevisning.

³⁹ Jacobs (2010) s.410

⁴⁰ Høstmølingen (2012) s.255

⁴¹ Equality and Human Rights Commission (2012) s.317

3.2 EMDs generelle presiseringer av bestemmelsen

3.2.1 Bestemmelsens materielle rekkevidde

Ifølge EMDs rettspraksis omfatter artikkel 9 et stort spenn av ulike religioner og overbevisninger.

Spørsmålet blir hvorvidt bestemmelsen kommer til anvendelse på yrkesutøveres manifestering av religion og overbevisninger.

EMK artikkel 9's anvendelsesområde for yrkesutøvere har vært gjenstand for en merkbar rettsutvikling de siste tiårene. Rettsutviklingen illustreres ved hjelp av tre dommer.

Ahmad mot Storbritannia (1982) ble arbeidstakers rett til å reservere seg fra visse arbeidsplikter på grunnlag av religion og overbevisning, ikke ansett vernet av artikkel 9 på domsavgjørelsestidspunktet. Styrende for Kommisjonens vurderinger var klagers frivillige inngåelse av arbeidskontrakten, samt frihet til å fratrukke seg et annet arbeid.

I *Pichon og Sajous mot Frankrike* (2001) ble det ansett legitimt å begrense religionsutøvelsen i den profesjonelle sfæren. Dommen tyder på at så langt yrkesutøverne ble gitt anledning til å manifestere sin religion og overbevisning på alternativt vis, veier hovedregelen om overholdelse av arbeidsplikt tyngst.

Eweida mot Storbritannia (2013) er et ferskt prejudikat for at artikkel 9's anvendelsesområde har blitt utvidet til å omfatte restriksjoner på yrkesutøveres religionsutøvelse. I stedet for å betrakte muligheten for omgå en restriksjon ved jobbskifte, burde sistnevnte mulighet inngå som et moment ved vurderingen av hvorvidt restriksjonen var proporsjonal etter 9(2).⁴²

Bestemmelsen kommer følgelig til anvendelse på yrkesutøveres manifestering av religion og overbevisninger.

⁴² Dommen utdypes under pkt.3.3.2.

3.2.2 Krav til holdningens styrke og viktighet

Det fremgår imidlertid av EMDs praksis at en overbevisning må «attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance»⁴³ for å nyte konvensjonsvern. Det innfortolkede kravet oversettes til at overbevisningen må nå et visst nivå *av overbevisningskraft, seriøsitet og viktighet*. Presiseringen innebærer at påskudd og innskytelser om ideer og meninger ikke er vernet.

Domstolen har trukket opp en grense mot de tilfeller som faller utenfor konvensjonsvernet. Religioner og overbevisninger som ikke respekterer rettstaten, menneskerettighetene og demokratiet, er ubeskyttet.⁴⁴

3.2.3 Krav til uttrykk

Praksis illustrerer at det må sondres mellom det *å ha* og *endre* en overbevisning, og det *å gi uttrykk for* («manifest») den. Det *å ha* (og *endre*) en overbevisning er en absolutt rettighet. Staten er følgelig avskåret fra å gjøre inngrep i denne. Motsetningsvis kan retten til å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning pålegges restriksjoner etter 9(2). Ettersom slik religionsutøvelse er egnet til å påvirke andre, bør den underlegges visse kvalifikasjoner⁴⁵.

Det må skilles mellom handlinger som er *motivert* av overbevisningen, men som ikke *gir direkte uttrykk* for den. Praksis illustrerer at det er bare de handlinger som *gir direkte uttrykk* for overbevisningen, og som ikke alene er *motivert* av den, som vernes. Som en presisering av dette, følger det av *Eweida* at det ikke settes krav til at klageren må vise at handlingen er utført «in fulfilment of a duty mandated by the religion in question»⁴⁶. Det er følgelig tilstrekke-

⁴³ *Campbell og Cosans mot Storbritannia*

⁴⁴ Jacobs (2010) s.407

⁴⁵ *Eweida*, avsnitt 80

⁴⁶ Avsnitt 82

lig at handlingen gir direkte uttrykk for religionen, uten å være i korrekt samsvar med dens tilhørende forpliktelser. Hvert tilfelle må avgjøres konkret.

Som eksempel nevnes *Arrowsmith mot Storbritannia* (1978). Klageren hadde distribuert flygeblader som ledd i opposisjonen mot politikken i Nord-Irland, og ble fengslet for dette. Da distribueringen ikke ble ansett som et direkte uttrykk for hennes pasifisme, var ikke handlingen beskyttet av artikkel 9. Flygebladene gav mer uttrykk for hennes politiske meninger, enn for hennes pasifistiske overbevisninger.⁴⁷

3.3 EMDs spesielle presiseringer av bestemmelsen, med henblikk på yrkesutøvere

I det følgende gjøres det rede for de dommer som berører yrkesutøvernes rett til å reservere seg fra visse oppgaver av overbevisningsgrunner. Formålet med gjennomgangen er å kartlegge tendenser for EMDs tolkning og subsumsjon av artikkel 9. Slutningene man kan trekke fra dommene gir opphav til rettsregler, som blir styrende for fastlegers reservasjonsrett. Domstolens tolkning og subsumsjon av konvensjonsbestemmelsen er avgjørende for hvorvidt staten har overholdt sin sikringsforpliktelse etter EMK artikkel 1, jfr. pkt. 2.3.

3.3.1 Bayatyan mot Armenia (2011) som prinsippdom for medlemstatenes sikringsplikt

Selv om dommen omhandler siviltjeneste, og ikke yrkesutøvelse, er dens domspremisser illustrerende for EMDs tolkning og subsumsjon av artikkel 9.

Dommen angår en armensk statsborger som ble straffet for å nekte å utføre lovpålagt siviltjeneste. Som medlem av Jehovas vitner var han avskåret fra å avtjene militær verneplikt.

Klageren påstod at domfellelsen for unnlatt militærtjeneste utgjorde en krenkelse av artikkel 9, da nektelsen bygget på religiøse innvendinger.

⁴⁷ Jacobs (2010) s.406

Spørsmålet ble hvorvidt artikkel 9 kom til anvendelse på militærnekt av samvittighetsgrunner. EMD fremhevet konvensjonstekstens funksjon som ‘a living instrument’. Ved fastleggingen av en ideell tolkningsforståelse, må domstolen ta hensyn til konsensus, og ta i betraktning spor av samfunnsendringer i medlemslandene.

Det rådet tilnærmet konsensus blant medlemslandene for anerkjennelse av militærnekt av samvittighetsgrunner, og for rett til alternativ sivil tjeneste ved lov. Videre vektla EMD anerkjennelsen av samvittighetsnekt i ulike internasjonale fora. Europarådets Parlamentarikerforsamling var en av flere som hadde anerkjent retten til samvittighetsnekt, samt rådet statene til å vedta lovgivning til sikring av rettigheten.

På grunnlag av konsensus og anerkjennelsen av samvittighetsnekt i internasjonale fora, besluttet EMD at den tidligere tolkningsforståelsen av artikkel 9 måtte fravikes.

Klagerens unndragelse fra militærtjenesten ble ansett som en *manifestering* av religiøse overbevisninger. Domfellelsen for militærnekt utgjorde derfor et inngrep i hans rett til religionsutøvelse etter artikkel 9.

Ved vurderingen av hvorvidt domfellelsen skulle anses «necessary in a democratic society», ble rekkevidden av statens skjønnsmargin retningsgivende. Armenias skjønnsmargin ble her trukket opp på grunnlag av hensynet til reell, religiøs pluralisme, samt spor av konsensus og felles verdier i medlemsstatene. Det at majoriteten av medlemsstatene anerkjente militærnektere av samvittighetsgrunner, tilsa en tilsvarende snever skjønnsmargin for Armenia til å håndheve det motsatte.

I følge EMD mislyktes Armenia i å foreta en «fair balance» mellom samfunnets interesser som et hele, holdt opp mot klagerens interesser. Da klageren ikke hadde alternativer til militærtjeneste, ble straffen av ham ikke ansett «necessary in a democratic society»⁴⁸. At majoriteten av de europeiske stater tilbød levedyktige og effektive alternativer til beskyttelse av

⁴⁸ Avsnitt 124

samvittighetsnekteres interesser, og at klageren var villig til å etterleve sine sivile plikter på generelt plan, svekket tiltakets nødvendighet ytterligere.

Armenia ble pålagt ansvar for konvensjonsbrudd.

3.3.2 Eweida-dommen som prejudikat for en endret rettstilstand

I Eweida-saken inntar EMD en ny, rettslig tilnærming, ved å utvide artikkel 9's anvendelsesområde til å omfatte restriksjoner på yrkesutøveres manifestering av religiøse overbevisninger.

Saken behandler fire klagere, som alle er kristne. Selv om de to første klagene om forbud på symbolbruk ikke direkte angår retten til å reservere seg fra visse arbeidsoppgaver, er EMDs tolkning av interesse for kartlegging av rettsregler.

3.3.2.1 Eweida

British Airways påla alle arbeidstakere som var i kontakt med offentligheten, å bære uniform. Religiøse symboler i form av smykker og andre gjenstander, skulle tildekkes. Eweida besluttet likevel å bruke et korssmykke synlig. Som reaksjon ble hun sendt hjem ulønnet, samt tilbudt administrativt arbeid uten krav til uniform. Klageren avviste tilbudet.

Som følge av massiv kritikk fra mediene, besluttet flyselskapet å gi autorisasjon til bruk av religiøse symboler. Eweida returnerte til arbeid, med rett til å bruke korssmykket.

Eweidas bruk av korssmykket ble ansett som en manifestering av hennes religiøse overbevisninger. Videre ble flyselskapets forbud mot bruk av kors ansett et inngrep i klagerens religionsutøvelse.

Spørsmålet ble hvorvidt restriksjonen var i tråd med artikkel 9(2). Da staten kun har et *indirekte ansvar* for private aktørers handlinger, måtte domstolen vurdere hvorvidt Eweidas rett til religionsutøvelse var *tilstrekkelig sikret* av myndighetene.

Til tross for at britiske myndigheter nøyte en viss skjønnsmargin ved vurderingen av hvorvidt private aktørers tiltak var forholdsmessige, konkluderte EMD med at nasjonale myndigheter hadde mislyktes i å treffe en «fair balance» mellom de motstridende interesser. På den ene siden stod klagerens ønske om å uttrykke sine religiøse overbevisninger. Dette er en fundamental rettighet; et sunt, demokratisk samfunn må tolerere og opprettholde pluralisme og mangfold. På den måten tilgodeses også den enkeltes verdier, som har gjort religion til en sentral del av sitt liv. På den andre siden stod arbeidsgivers ønske om å prosjektere et visst image. Selv formålet var legitimt, mente EMD at nasjonale domstoler hadde tillagt det for mye vekt. Klagerens korssmykke var diskret, og kunne ikke forringe flyselskapets profesjonelle image. At flyselskapet dessuten kunne endre uniformkoden til å tillate bruk av religiøse smykker, viste at det tidligere forbudet ikke var av avgjørende betydning.

Domstolen konkluderte med at nasjonale myndigheter hadde mislyktes i å beskytte klagerens religionsutøvelse i tilstrekkelig grad. Statens positive forpliktelser etter artikkel 9 var derfor brutt.

3.3.2.2 Chaplin

Chaplin bar et kors på et halskjede som uttrykk for hennes kristne overbevisninger. Som geriatrisk sykepleier jobbet hun på en alderdomsavdeling på et offentlig sykehus. I følge Helsedepartementets retningslinjer var halssmykker imidlertid forbudt, da de kunne forårsake skade på pasienter. Chaplin ble bedt om å fjerne smykket.

EMD anså Chaplins bruk av kors som et uttrykk for hennes religiøse overbevisninger. Videre ble helsemyndighetenes nektelse av å tillate henne å forbli i stillingen mens hun brukte korset, ansett som et inngrep i hennes religionsfrihet.

EMD måtte vurdere hvorvidt inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn for å oppnå ett formål etter 9(2).

Restriksjonen på bruk av smykker var begrunnet med hensynet til pasientenes helse og sikkerhet. Samtidig veide klagerens behov for religionsutøvelse tungt i «fair balance»-vurderingen. Likevel måtte hensynet til helse og sikkerhet på sykehus veie tyngre enn vurde-

ringene ført i Eweida-saken. Dette er et område hvor nasjonale myndigheter må bli tilkjent en vid skjønnsmargin. Sykehusledelsen er bedre skikket til å fatte beslutninger om klinisk sikkerhet, enn en domstol. Spesielt gjaldt dette i en internasjonal domstol, hvor det ikke hadde foregått noen direkte bevisføring. Tiltakene klageren ble utsatt for, ble ansett forholdsmessige, og nødvendig i et demokratisk samfunn. Det forelå derfor ingen krenkelse av artikkel 9.

3.3.2.3 Ladele

Klageren hadde en kristen forestilling om at partnerskap mellom likekjønnede var i strid med Guds lov. Bykommunen som Ladele var ansatt i, førte en aktiv likestillings- og mangfoldspolitikk. De ansatte var derfor forpliktet til å tilby kundene en rettferdig og likeverdig tilgang til kundeservice. Etter hvert ble Ladele registrator av giftemål. Da den britiske partnerskapsloven trådte i kraft, besluttet bykommunen at alle registratorene skulle pålegges rollen som registratorer av partnerskap.

Ladele nektet å registrere likekjønnede partnerskap. Arbeidsgiver hevdet at hennes reservasjonspraksis brøt deres atferds- og likestillingspolitikk. Saken endte med at hun mistet jobben.

EMD anså klagerens reservasjon som et direkte uttrykk for hennes religiøse overbevisninger. Artikkel 9 kom følgelig til anvendelse, i kombinasjon med artikkel 14.

Domstolen måtte vurdere hvorvidt beslutning om å ikke tillate unntak for klageren og andre i hennes situasjon, var å anse som indirekte diskriminering i strid med artikkel 14. Avgjørende var hvorvidt den rådende politikken ivaretok et legitimt formål, og var forholdsmessig.

Formålet bak påbudet var å ivareta et tjenestetilbud i samsvar med politikken om likebehandling og ikke-diskriminering. Homoseksuelle par har i likhet med heteroseksuelle behov for rettslig anerkjennelse og beskyttelse. Praksis omkring dette er i stadig utvikling i Europa. Medlemstatene nøt følgelig en vid skjønnsmargin med hensyn til måten likebehandling skulle oppnås på i den nasjonale rettsorden.

Spørsmålet var hvorvidt tiltakene benyttet for å oppnå likebehandling var forholdsmessige. I «fair balance»-vurderingen fremhevet EMD at Ladele heller ville møte disiplinærvedtak og

oppsigelse, enn å foreta registrering av likekjønnede ekteskap. Dessuten hadde ikke klageren blitt gitt anledning til å flagge sine religiøse standpunkter ved ansettelsen, da registrering av likekjønnede ekteskap først aktualiserte seg på et senere tidspunkt. På den annen side, hadde de lokale myndighetene til formål å sikre andres rettigheter, herunder rett til likebehandling etter EMK artikkel 14. Retten tillater medlemslandene generelt en vid skjønnsmargin ved avveiningen av konkurrerende rettigheter i konvensjonen. Etter en samlet vurdering, konkluderte EMD med at staten ikke hadde overtrådt sin skjønnsmargin. Det forelå følgelig ingen krenkelse av artikkel 14, sammenholdt med artikkel 9.

3.3.2.4 McFarlane

McFarlane hadde en dyp overbevisning om at homoseksuelle aktiviteter er syndige, og ville unngå handlinger som støttet dem.

Klageren var som ekteskapsrådgiver medlem av en privat forening som etterlevde et reglement for etikk og atferd. I følge reglementet måtte rådgiveren unngå diskriminering, og sikre likebehandling av klientene.

På bakgrunn av en oppfatning om at McFarlane ikke ville behandle homoseksuelle par, ble klageren oppsagt.

EMD anså klagerens reservasjon som et direkte uttrykk for hans religiøse overbevisninger. Domstolen måtte vurdere hvorvidt staten hadde overholdt sine positive forpliktelser, og om en rimelig balanse var truffet mellom sakens konkurrerende interesser. Klagerens tap av jobben ble ansett som en alvorlig sanksjon. På den annen side hadde klageren frivillig meldt seg på arbeidsgivers utdanningsprogram, vel vitende om at institusjonen etterlevde en likestillingspolitikk. Det var følgelig ikke mulig å filtrere klienter til fordel for klageren. Et individs avgjørelse om å undertegne en arbeidskontrakt og påta seg oppgaver han vet vil påvirke hans frihet til å gi uttrykk for sine religiøse overbevisninger, er et moment som måtte tas med i rimelighetsvurderingen. Det tyngste momentet ble ansett å være at arbeidsgiverens handling var initiert for å sikre implementeringen av en likestillingspolitikk, - som forbød diskriminering av klientene. Da vernet mot diskriminering omfattes av EMK artikkel 14 som konkurrerende konvensjonsrettighet, hadde staten en vid skjønnsmargin ved «fair balance»-vurderingen av

klagerens rett til religionsutøvelse, holdt opp mot arbeidsgivers interesser i å sikre andres rettigheter. Etter en samlet vurdering kom domstolen til at skjønnsmarginen ikke var overtrådt. EMD konkluderte med at myndighetene ikke hadde krenket artikkel 9, verken alene eller sammen med artikkel 14.

3.4 Oppsummering

Artikkel 9 kan komme til anvendelse på fastlegers reservasjon mot konsultasjon og henvisning, dersom tre kvalifikasjonskrav være oppfylt. Overbevisningen som reservasjonen bygger på, må være omfattet av *bestemmelsens materielle rekkevidde*. Videre må den tilgodese *krav til styrke og viktighet*, og tilfredsstillende *krav til uttrykk*.

Ved vurderingen av hvorvidt staten overholder sin forpliktelse til å sikre fastlegers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9, jfr. artikkel 1, må både *statens ansvarsform* og *vurderingsmomenter for sikringsforpliktelsen* tas i betraktning. Vurderingsmomentene innbefatter *formåls- og effektivitetsprinsippet*, *rekkevidden av statens skjønnsmargin*, *krav til "effektiv beskyttelse"* og *krav til "fair balance"*. En samlet vurdering av momentene avgjør hvorvidt Norge har handlet konvensjonslojalt.

De rettsregler som kan trekkes ut av dommene i pkt.3, benyttes aktivt under drøftelsene i pkt.6.

4 Hovedregelen om fastlegers arbeidsplikt og plikt til å yte helsetjenester

Fastlegeordningen ble innført 1. juni 2001.⁴⁹ I følge HELFO er 95,4 prosent av fastlegene privatpraktiserende, mens 4,7 prosent er ansatt i kommunene (per 31.12.13).⁵⁰

⁴⁹ Rundskriv 1-3/2005

Det fremgår av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1(1) at kommunen har ansvaret for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys «nødvendige helse- og omsorgstjenester.» For å ivareta dette, har Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) gitt forskrift om fastlegeordningen⁵¹. Ny forskrift trådte i kraft 1. januar 2013⁵². Formålet med fastlegeordningen er å «sikre at alle får nødvendige allmennlegetjenester av god kvalitet til rett tid, og at personer bosatt i Norge får en fast allmennlege å forholde seg til», jfr. forskriftens § 1.

Formålet begrunnes med behovet for forutberegnelighet og trygghet for listeinnbyggerne. Samtidig er god tilgang til tjenesten, og kontinuitet i forholdet mellom legen og innbyggerne, viktige indikatorer på kvalitet⁵³.

«Fastlege» er definert som en «lege som inngår avtale med en kommune om deltakelse i fastlegeordningen», jfr. forskriftens § 2(a). «Fastlegeavtale» er en individuell avtale som inngås mellom kommune og den enkelte fastlege, jfr. § 2(b). I departementets merknad til forskriften, sies det at begrepet «fastlege» omfatter så vel kommunalt ansatte, som selvstendig næringsdrivende leger. For fullstendighetens skyld nevnes at «Listeinnbygger» er en person tilknyttet en fastlegeliste, jfr. fastlegeforskriften § 2(c).

Fastlegenes arbeidsplikt er regulert i forskriftens § 10. Det følger av første ledd at «Fastlegens listeansvar dekker alle allmennoppgaver innen somatikk, psykisk helse og rus for innbyggerne på listen», dersom ikke annet er presisert i lov eller forskrift. Departementet presiserer at listeansvaret innebærer en plikt til å tilby alle typer allmennlegetjenester til egne listeinnbyggere. «En fastlege kan ikke velge bort å tilby allmennlegetjenester til egne listeinnbyggere, med mindre allmennlegeoppgavene er positivt unntatt fra listeansvaret»⁵⁴.

En naturlig ordlydsforståelse tilsier at fastlegen har som arbeidsplikt å tilby alle de allmennlegetjenester hans listeinnbyggere har krav på. Konsultasjon og henvisning til abort, inngår som

⁵⁰ HOD (2014)

⁵¹ Heretter kalt fastlegeforskriften.

⁵² Jfr. forskriftenes § 38

⁵³ Jfr. departementets merknad

⁵⁴ Jfr. departementets merknad

del av tilbudet. Bestemmelsen utgjør en naturlig forlengelse av formålet med fastlegeordningen; å sikre innbyggerne en eneansvarlig fastlege for helseytelser.

Fastlegenes listeansvar kan organiseres alternativt ved fellesliste, jfr. fastlegeforskriften § 11. Det fremgår av første ledd at fastleger med fellesliste har «felles ansvar for allmennlegetilbudet til personene på listen.» I departementets merknad presiseres det at den formelle tilknytningen her finner sted mellom listeinnbyggerne og gruppepraksisen, og ikke den enkelte fastlege.

Det følger av forskriftens § 24 at fastlegen skal henvise sine listeinnbyggere til spesialisthelsetjenesten «ved behov». Bestemmelsen pålegger fastlegen en plikt til å henvise til abort, forutsatt at behovet er til stede. Kvinnens «behov» vil her presiseres av vilkårene for henvisning etter abortloven.⁵⁵

5 Overbevisningsfrihetens beskyttelse i nasjonal rett

5.1 Innledning

Under pkt.5.2 og 5.3, gjør jeg rede for dagens rettstilstand. Under pkt. 5.4 utredes HOD's høringsforslag til ny rettstilstand.

5.2 Fastlegers konsultasjons- og henvisningsplikt

Reglene om svangerskapsavbrudd finnes i abortloven, som knesetter prinsippet om rett til selvbestemt abort.

⁵⁵ Pkt.5.2

Kvinnens begjæring om svangerskapsavbrudd skal fremsettes overfor en lege, jfr. abortloven § 5(1). Etter abortforskriftens § 1 kan begjæringen også fremsettes overfor et sykehus eller institusjon som er godkjent for å utføre svangerskapsavbrudd. Kvinnen kan følgelig henvende seg direkte til sykehuset/institusjonen, uten henvisning fra primærlege.

Kvinner som har begjært svangerskapsavbrudd, skal av legen gis opplysninger om inngrepets art og medisinske virkninger, jfr. abortloven § 5(2). Legen skal også gi informasjon og veiledning om den bistand samfunnet kan tilby henne, dersom kvinnen ber om det, jfr. § 5(2)2 pkt., jfr. § 2(1). Kvinnen har krav på råd for selv å kunne treffe det endelige valg.

Legen har på gitte vilkår en plikt til å henvise kvinnen til spesialisthelsetjenesten. Forutsetningen er at kvinnen er gitt opplysninger om inngrepets art og medisinske virkninger, at inngrepet kan foretas før utgangen av tolvte svangerskapsuke, og at kvinnen har begjært svangerskapsbrudd. Den skriftlige henvisningen sendes i så fall sammen med kvinnens begjæring til den avdeling eller institusjon hvor inngrepet skal utføres, jfr. abortloven § 6.

Dagens Medisin presiserer at det er den aktuelle gynekologiske avdelingen, og ikke fastlegen, som har det endelige ansvaret for å innhente nødvendig medisinsk informasjon.⁵⁶

Den gynekologiske avdelingens overordnede ansvar bekreftes av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-3. Etter henvisning fra allmennlege, har pasienten rett til fornyet vurdering av sin helsetilstand av spesialisthelsetjenesten, jfr. første pkt.

5.3 Fastlegers praktisering av en avvikende reservasjonsordning

Til tross for en lovpålagt konsultasjons- og henvisningsplikt, har enkelte leger praktisert en avvikende reservasjonsordning. Som en reaksjon på dette, vedtok Helsetilsynet ved rundskriv

⁵⁶ Bakke (2013)

av 14. august 1979 og 20. juni 1995 at leger kunne tillate seg samvittighetsnekt mot henvisning. Forutsetningen var at kommunen sørget for at de «omtalte tjenester tilbys».⁵⁷

Helsetilsynet har vurdert reservasjonspraksisen i enkeltsaker. I 2004 behandlet tilsynet en sak mot en allmennlege. En pasient hadde klaget på at legen ikke ville henvise henne til svangerskapsavbrudd. Helsetilsynet understreket i den anledning at abortlovens § 6 forplikter leger til å henvise til svangerskapsavbrudd, samt at reservasjonsretten i § 14 er forbeholdt utførelse- og assistanse ved inngrepet. Til tross for dette, viste Statens helsetilsyn til at de til en viss grad hadde respektert legens samvittighetsoverbevisning i tidligere saker. Forutsetningen var at det fantes andre leger i kommunen som kunne henvise, at kvinnen ikke ble påført store praktiske ulemper ved å måtte oppsøke en annen lege, og at legen aktivt bisto kvinnen med å finne en henvisningsvillig lege. Dessuten kunne kvinnen opplyses om sin rett til direkte sykehushenvendelse. Helsetilsynet tillot følgelig legenes avvikende reservasjonspraksis, dersom kvinnens rettigheter ble tilgodesett på tilstrekkelig vis.⁵⁸

I rundskriv 1-4/2011⁵⁹, gav HOD uttrykk for en annen fortolkning av forskriften. Rundskrivet var foranlediget av spørsmål om bl.a. legers adgang til å reservere seg mot å henvise til abort. Målet med skrevet var å klargjøre rettstilstanden på området. I den anledning ble det slått fast at allmennleger og fastleger tilknyttet den kommunale helse- og omsorgstjenesten ikke hadde noen «lov- eller forskriftsfestet rett til å reservere seg av samvittighetsgrunner». Det fantes ikke hjemmel for kommunen til å fritta fastleger fra oppgaver som er pålagt ved lov eller forskrift. Dette gjaldt uavhengig av om legene var selvstendig næringsdrivende eller ikke. Listeansvaret omfattet «henvisning til andre helsetjenester etter behov». Det var følgelig pasienters behov for henvisning som var styrende for fastlegen. Fastlegeforskriftens § 7⁶⁰ ga heller ikke adgang for kommunen og fastlegen til å fravike denne bestemmelsen.

Våren 2012 gjennomførte Helsedirektoratet en undersøkelse av omfanget av samvittighetsbegrunnede reservasjoner.⁶¹ Flere av fylkene utelukket ikke at det eksisterte stilltiende avtaler

⁵⁷ Formuleringen stammer fra Statens helsetilsyns rundskriv IK-24/95, 20. juni 1995.

⁵⁸ Hentet fra Civita-notat nr.17/2012, s.2.

⁵⁹ Rundskriv 1-4/2011

⁶⁰ Bestemmelsen tilsvare § 24 i fastlegeforskriften av 2012.

⁶¹ Helsedirektoratet 01.06.2012

om samvittighetsbegrunnede reservasjoner i kommunene. Videre kom det ingen meldinger om at pasienter hadde hatt problemer med å få den helsehjelpen de hadde krav på. Tilbakemeldingene fra primærhelsetjenesten avdekket 16 kjente tilfeller av samvittighetsnekt mot henvisning til svangerskapsavbrudd.

Undersøkelsen viser at den avvikende reservasjonspraksisen ikke har opphørt, - rundskrivet til tross. At reservasjonspraksisen fortsatt eksisterer, bekreftes av Foreningen for helsepersonells reservasjonsrett. Foreningen anslår at det finnes rundt to hundre fastleger som reserverer seg.⁶²

5.4 Forslag til reservasjonsrett – høringsnotat av 2014

I januar 2014 sendte HOD ut et høringsnotat med forslag til reservasjonsrett for fastleger. Forslagene er en oppfølging av Regjeringens samarbeidsavtale med KrF, om å gi fastlegene «reservasjonsmulighet». Fristen for å komme med hørings svar er 30. april 2014.

5.4.1 Forslag til regelendringer

I notatet foreslås en rekke endringer i lovgivningen. For det første foreslås en tilføyelse i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2(3). Tilføyelsen skal gi hjemmelsgrunnlag for forskrifter om mulighet for fastleger til å reservere seg mot henvisning og behandling ved alvorlige samvittighetskonflikter knyttet til liv og død. Notatet presiserer at hjemmelen i første rekke har for øye reservasjon mot henvisning til abort. Hjemmelen avgrenses mot forskrivning eller innsettning av prevensjon, eller henvisning til assistert befruktning.

Høringsnotatet foreslår for det annet en endring i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1c(4). Endringen skal gi hjemmel til forskrifter om utvidet rett til fastlegeskiye.

⁶² NTB (2014)

Til sist foreslås visse endringer i fastlegeforskriften og i forskrift om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen.

5.4.2 Utdypning av forslagetts innhold

Lovverket skal gi kommuner adgang til å inngå avtaler med fastleger om reservasjonsrett mot konsultasjon og henvisning til abort, jfr. § 24 a i fastlegeforskriften.

Til gjengjeld pålegges fastlegen plikt til å sørge for at den abortsøkende kvinnen får tilbud om konsultasjon hos en annen fastlege i nærheten, senest innen neste virkedag, jfr. § 24d. En reservasjonsavtale mellom kommunen og en fastlege med listeansvar, er betinget av at sistnevnte har inngått skriftlig avtale med en kollega om å ta i mot og henvise de kvinnelige pasientene, jfr. fastlegeforskriften § 24a.

Fastlegen som har reservert seg, er videre forpliktet til å informere de listeinnbyggerne som vurderer eller ønsker henvisning til abort om at de kan henvende seg direkte til sykehuset, uten henvisning fra fastlegen, jfr. fastlegeforskriften § 1, jfr. § 24d.

Alle listeinnbyggere med fastleger som reserverer seg, skal få rett til å skifte til en fastlege som ikke har reservert seg. Skiftet skal ikke regnes som et skifte etter reglene om inntil to skifter per kalenderår, jfr. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 c(4).

Før kommunen inngår avtale om reservasjon, må den forsikre seg om at det er tilstrekkelig tilgang til andre fastleger som kan ta i mot pasienter som ønsker å skifte fastlege til en som ikke har reservert seg, jfr. fastlegeforskriften § 24b.

Fastlegen skal informere alle sine listeinnbyggere om reservasjonsavtalen idet den inngås, jfr. fastlegeforskriften 24c. Videre skal kommunen gjøre alle innbyggere kjent med hvilke leger som enhver tid har reservert seg, til lettelse for deres valg ved skifte av fastlege, jfr. fastlegeforskriften § 24e.

Fylkesmennene skal føre tilsyn med kommunenes praktisering av reservasjonsordningen. Etter helsetilsynsloven § 5 kan Statens helsetilsyn gi pålegg om å rette forholdene dersom legevirksomheten drives på en skadelig eller uforsvarlig måte. Videre kan tilsynsmyndighetene gi administrative reaksjoner overfor den enkelte fastlege etter helsepersonelloven kapittel 11.

For å tilgodese kvinners rett til abort, har kommunen rett til å si opp reservasjonsavtaler, jfr. fastlegeforskriften § 24g. Avtaleoppsigelser kan være nødvendige hvor en fastlege ikke overholder §§ 24c og 24d, eller dersom en reserverende fastleges avtale med en annen fastlege om henvisning faller bort, jfr. fastlegeforskriften § 24a(3). Til sist kan kommunen avslutte en reservasjonsavtale dersom det ikke er tilstrekkelig tilgang til fastleger i kommunen til at kvinner kan få oppfylt sin rett til å skifte etter forskrift om pasient og brukerrettigheter i fastlegeordningen § 6(2).

5.4.3 Påberopelse av EMK artikkel 9 som rettslig grunnlag for forslaget

I notatet oppstilles fastlegers reservasjonsrett som en avveining mellom vern av samvittighetsfriheten holdt opp mot ivaretagelsen av kvinners pasientrettigheter, herunder rett til abort. Til støtte for avveiningen, påberopes EMK artikkel 9.⁶³ Det sies i pkt.3.2.1 at «[å] pålegge en lege å henvise til abort eller assistert befruktning dersom det strider mot legens overbevisning, må regnes som en begrensning i samvittighets- og religionsfriheten.» Deretter gjennomgås EMDs presiseringer av EMK artikkel 9. Tidligere ble arbeidstakers religionsutøvelse ikke ansett angrepet, dersom vedkommende hadde mulighet til å fratrukke sin stilling og skifte arbeid. Til sammenlikning oppstiller Eweida-dommen muligheten for å bytte arbeid som et av flere momenter i vurderingen av hvorvidt en restriksjon på religions- og overbevisningsfriheten er forholdsmessig. Deretter begrunnes berettigelsen av en reservasjonsadgang, i lys av menneskerettighetene:

Samvittighets- og religionsfriheten og andre menneskerettigheter må avgrenses og avveies mot hverandre. Det følger av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 26 [SP] og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter [ØSK] artikkel 12 jf. artikkel 2, at alle skal

⁶³ Se pkt.3, s.6-7

ha samme tilgang til helsetjenester uten diskriminering på grunn av kjønn, seksuell orientering osv. FNs kvinnediskrimineringskonvensjon [KDK] artikkel 12 sier at staten «skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner på helseområdet, for å sikre tilgang til helsetjenester, herunder hjelp til familieplanlegging, på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner.»

Konvensjonene er inkorporert som norsk lov, jfr. menneskerettsloven § 2. Disse gir staten en rett til å gi fastleger en reservasjonsmulighet. Helsetjenestene må imidlertid tilbys på en måte som ikke diskriminerer kvinner.

I sin begrunnelse for reservasjonsforslaget, fremholder departementet at det er verdifullt for samfunnet at fastleger har høy etisk bevissthet og reflekterer over etiske spørsmål. «Formålet bak retten til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter menneskerettighetsloven og EMK artikkel 9 bør støttes opp under»⁶⁴.

Videre understrekes viktigheten av at fastlegers utøvelse av samvittighetsfrihet ikke påfører pasientene en uforholdsmessig belastning eller ulempe. «Den klare hovedregelen bør være at pasienter kan regne med å få tilbud om alle allmennlegetjenester som de har behov for hos sin fastlege»⁶⁵. Videre følger det at «fastleger bør ha adgang til å reservere seg, men adgangen bør være begrenset og forbeholdt situasjoner med alvorlige samvittighetskonflikter knyttet til liv og død»⁶⁶.

6 Har staten overholdt sin sikringsforpliktelse av EMK artikkel 9?

6.1 Innledning, samt redegjørelse for problemstillinger

⁶⁴ Pkt.3.3.1, s.11

⁶⁵ l.c.

⁶⁶ l.c.

Hovedproblemstillingen blir hvorvidt staten har overholdt sin plikt til å sikre fastlegers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9, jfr. artikkel 1.

Drøftelsen er inndelt i tre deler;

Pkt.6.2 angår dagens konsultasjons- og henvisningsplikt. Her blir spørsmålet hvorvidt fastlegers samvittighetsnekt mot å konsultere og henvise er omfattet av artikkel 9, jfr. pkt.6.2.1. I så fall utgjør den lovregulerte konsultasjons- og henvisningsplikten en restriksjon på fastlegers overbevisningsfrihet. Problemstillingen blir da hvorvidt restriksjonen er i tråd med 9(2).

I pkt.6.3 drøftes dagens avvikende reservasjonspraksis. Den eksisterende praksisen oppmuntrer til en problematisering av hvorvidt staten i realiteten sikrer fastlegers overbevisningsfrihet - på en konvensjonslojal måte, jfr. 9(1).

Pkt.6.4 drøfter hvorvidt høringsforslaget sikrer fastlegers overbevisningsfrihet på en lovlig måte etter 9(1), samt om forslaget diskriminerer kvinner etter EMK artikkel 14.

6.2 EMK artikkel 9's forhold til legers konsultasjons- og henvisningsplikt

6.2.1 Er legers samvittighetsnekt mot å konsultere og henvise abortsøkende kvinner omfattet av EMK artikkel 9?

6.2.1.1 Bestemmelsens materielle rekkevidde

Eweida mot Storbritannia er et prejudikat for at utøvelse av samvittighetsfrihet i arbeidstiden er omfattet av EMK artikkel 9. At reservasjonsretten påberopes i yrkessammenheng, er derfor ikke til hinder for at bestemmelsen kommer til anvendelse.

For mange fastleger vil det å nekte å konsultere og henvise en abortsøkende kvinne, utgjøre en *manifestering* av samvittigheten. Ordlyden i artikkel 9 tilsier at manifestering er forbeholdt «religion and belief», og ikke «conscience». Manifestering av samvittighetskvaler kan imidlertid omformuleres til å vedrøre manifestering av *overbevisninger*.⁶⁷ Eksempelvis kan fastlegers motforestillinger mot svangerskapsavbrudd være motivert av en overbevisning om embryets/fosterets rett til liv.

For andre fastleger vil reservasjon mot konsultasjon og henvisning utgjøre en manifestering av «religion». Flere trosretninger forfekter at abortinngrep er drap, som bør forbeholdes nødsituasjoner som livsfare, voldtekt og incest. Da religiøse forestillinger er uløselig tilknyttet samvittighet, anses også denne gruppen som «samvittighetsnektere».

Fastlegers samvittighetsnekt mot konsultasjon og henvisning er følgelig omfattet av bestemmelsens materielle rekkevidde.

For enkelthets skyld, velger jeg å behandle fastlegers samvittighetsgrunner under betegnelsen «manifestering av overbevisninger».

6.2.1.2 Krav til styrke og viktighet

En overbevisning må «attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance» for å være beskyttet av EMK.⁶⁸ Det innfortolkede kravet oversettes til at overbevisningen må nå et visst nivå *av overbevisningskraft, seriøsitet og viktighet*.

Spørsmålet blir hvorvidt fastlegers samvittighetsnekt mot å henvise abortsøkende kvinner bygger på en overbevisning av tilstrekkelig styrke og viktighet.

Mange leger begrunner sitt reservasjonsønske med motviljen mot å delta som medvirkende aktør i abortprosessen. Fastlege og kommunelege Harald Salbu utdyper bakgrunnen for sam-

⁶⁷ Jfr. pkt.3.1

⁶⁸ Jfr. pkt.3.2.2

vittighetskvalene. «Som reserverende fastlege har jeg to pasienter hos en gravid kvinne – en liten og en stor. Det er barnets liv reserverende fastleger ikke vil være med å avslutte, ved å delta i en tiltakskjede som leder frem mot selve aborten.»⁶⁹ At de reserverende legene nettopp anser seg som medvirkende ledd i avslutningen av et spirende liv, taler for at deres overbevisning når tilstrekkelig styrke.

Likevel fremhever jeg forskjellen mellom det å delta under selve svangerskapsavbruddet, og det å foreta en henvisning som fastlege. Abortinngrepet utgjør selve avslutningen av et gryende menneskeliv. Til sammenlikning, inngår fastlegens henvisning som et mindre nødvendig ledd i prosessen frem mot abort. Som det presiseres i abortforskriften § 1, kan begjæring om svangerskapsbrudd fremsettes direkte overfor sykehuset eller institusjonen, uten fastlegens innblanding. Det er dessuten den aktuelle gynekologiske avdelingen, og ikke fastlegen, som har det endelige ansvaret for å innhente nødvendig, medisinsk informasjon⁷⁰. At fastlegene ikke har en nødvendig og direkte rolle i avslutningen av det spirende livet, svekker overbevisningens styrke.

Videre er det kvinnen, og ikke fastlegen, som beslutter og begjærer abort. Momentet demper overbevisningens kraft ytterligere.

På den annen side, kan ikke fastlegens tilretteleggende rolle undervurderes. De ganger en abortsøkende kvinne begjærer abort overfor fastlegen sin, er legen etter gjeldende rett forpliktet til å foreta flere oppgaver. Informasjon, veiledning, medisinsk undersøkelse, undertegning av begjæring og henvising, er alle aktive handlinger som tilrettelegger for fastlegens største samvittighetskvale, - avslutningen av et liv.

At medvirkningen nettopp angår liv og død, og at fastlegen tilrettelegger for inngrepet, taler under tvil for at overbevisningen når «a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance».

⁶⁹ Dagens Medisin (2013)

⁷⁰ Jfr. pkt.5.2

Fastlegers samvittighetsnekt mot å henvise abortsøkende kvinner bygger dermed på en overbevisning av tilstrekkelig styrke og viktighet.

6.2.1.3 Krav til uttrykk

Det er bare de handlinger som *gir direkte uttrykk* for overbevisningen, og som ikke alene er *motivert* av den, som vernes.⁷¹

Som eksempel, illustrerer Arrowsmith at klagerens distribuering av flygeblader som ledd i opposisjonen mot Nord-Irland ikke ble ansett som et *direkte uttrykk* for pasifisme. Handlingen gav mer uttrykk for hennes politiske meninger, enn for pasifistiske overbevisninger.

Til sammenlikning er legers samvittighetsnekt mot å henvise abortsøkende kvinner, en unnlatesehandling *motivert* av overbevisninger. Overbevisningene henger imidlertid ofte tett sammen med politiske holdninger til spørsmålet. Faktoren er egnet til å så tvil om hvorvidt det er religionen, samvittigheten eller faktisk politikken som foranlediger reservasjonen. Det at politikk og overbevisninger er uløselig tilknyttet, og at unnlatesehandlingen er initiert av legens motvilje mot å delta som medvirkende aktør i abortprosessen, tilsier at handlingen likevel er et *direkte uttrykk* for overbevisningen.

Overbevisningen oppfyller kravet til uttrykk.

6.2.1.4 Konklusjon

Samlet ser vi at artikkel 9's tre kvalifikasjonskrav er oppfylt. Legers samvittighetsnekt mot å konsultere og henvise abortsøkende kvinner er følgelig omfattet av EMK artikkel 9.

⁷¹ Jfr. pkt.3.2.3

6.2.2 Er dagens påbud om konsultasjon- og henvisning en konvensjonslojal restriksjon etter EMK artikkel 9(2)?

6.2.2.1 Innledning

Problemstillingen angår statens negative forpliktelse til å forhindre uforholdsmessige inngrep i fastlegers samvittighetsfrihet, jfr. EMK artikkel 9(2).

I *A, B og C mot Irland* formuleres statens negative sikringsforpliktelse. Ved vurderingen av hvorvidt inngrepet er rettferdiggjort under artikkelens annet ledd, må tre vilkår være oppfylt. Inngrepet må være «in accordance with the law», forfølge ett av bestemmelsens “legitimate aims”, og være «necessary in a democratic society».⁷²

6.2.2.2 Er kravet til lov oppfylt?

I *Bayatyan* presiseres hva som er innfortolket i kravet til «prescribed by law». For det første må det bestridte tiltaket ha basis i nasjonal rett. For det annet refererer kravet til kvaliteten av den aktuelle lov. Bestemmelsen må være formulert presist nok til at den det angår kan gjøres kjent med sine pålagte handlinger, samt forutse konsekvensene av visse typer opptreden.⁷³

En tolkning av dommen tilsier at det er innfortolket et klarhets- og forutberegnelighetskrav i uttrykket «prescribed by law». Foruten å være innlemmet i nasjonal rett, må restriksjonen være formulert klart nok ved lov til at den det gjelder kan forutberegne sine plikter og opptreden.

Spørsmålet blir hvorvidt dagens påbud om konsultasjons- og henvisningsplikt oppfyller kravene innfortolket i «prescribed by law».

⁷² Avsnitt 218

⁷³ Avsnitt 113

Ved å regulere legers konsultasjons- og henvisningsplikt i abortloven, er restriksjonen for det første innlemmet i nasjonal rett. Videre pålegger abortloven § 6 fastlegen en plikt til å henvise kvinnen, forutsatt at visse betingelser er oppfylt. Lovverkets klare vilkår for når legen er forpliktet til å henvise, samt dens beskrivelse av hvor den skriftlige henvisningen skal sendes, orienterer fastlegen om handleplikt og handlemåte. Det at loven er klart nok formulert til at fastlegen kan forutberegne sine plikter og opptreden, taler for at klarhets- og forutberegnelighetskravet oppfylt.

En samlet vurdering tilsier at dagens påbud om konsultasjons- og henvisningsplikt oppfyller kravene innfortolket «prescribed by law».

Kravet til lov er oppfylt.

6.2.2.3 Forfølger inngrepet et legitimt formål?

For å kunne besvare hovedproblemstillingen, må formålet bak restriksjonen identifiseres.

a.) Identifisering av formål

Det fremgår av ordlyden at inngrep etter EMK artikkel 9(2) kan gjøres «in the interest of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of rights and freedoms of others. »

En naturlig ordlydsforståelse taler for at et inngrep må være egnet til å tilgodese et av de angitte formålene.

I dette henseende, kan så vel alternativet «health», som « the protection of rights and freedoms of others», være aktuelle formål. Da fastlegers konsultasjons- og henvisningsplikt berører opptil flere pasientrettigheter for kvinner, anses det mest nærliggende å påberope «the rights and freedoms of others».

b.) Spesifisering av «the rights and freedoms of others», herunder kvinners pasientrettigheter

For å kunne avgjøre hvorvidt inngrepet er egnet til å tilgodese «the rights and freedoms of others», må kvinners rettigheter spesifiseres.

For det første har kvinner en selvbestemt rett til abort, jfr. abortlovens § 2(2). Forutsetningen er at inngrepet kan skje før utgangen av tolvte svangerskapsuke, og at ikke tungtveiende medisinske grunner taler mot det.

For det annet har fastlegen en plikt til å tilby alle de allmennlegetjenester hans listeinnbyggere har krav på, jfr. fastlegeforskriften § 10. Reglene taler for at kvinnen har rett til å bli tilbudt abort av sin egen fastlege.

For det tredje, skal legen som et ledd i tjenestetilbudet henvise listeinnbyggerne til spesialisthelsetjenesten ved behov, jfr. fastlegeforskriften § 24. Henvisningsplikten avspeiler en motsvarende rett for kvinnen til å bli henvist videre, dersom vilkårene for abort foreligger.

For det fjerde er kvinners rett til abort vernet av menneskerettighetskonvensjonene ØSK, SP og KDK, som alle er inkorporert i norsk lov.⁷⁴ Reglene pålegger Norge en plikt til å sikre kvinner en høyest oppnåelig helsestandard, så vel fysisk som psykisk. Videre er staten forpliktet til å sørge for at kvinner har lik tilgang på helsetjenester som menn. For enkelthets skyld anses reglene som *en* rettighet, og ikke tre.

c.) Er påbudet om konsultasjons- og henvisningsplikt egnet til å tilgodese kvinners pasientrettigheter?

Ved at fastlegen er pålagt en konsultasjons- og henvisningsplikt, tilgodeses fire rettigheter. For det første realiseres kvinners rett til abort. For det annet sikres kvinnens rett til abortkonsultasjon hos sin egen fastlege. For det tredje oppfylles kvinnens rett til å bli henvist videre,

⁷⁴ Jfr. pkt.5.4.3

dersom vilkårene for abort foreligger. For det fjerde bidrar påbudet til sikre kvinner en høyest mulig helsestandard, samt likebehandling i deres tilgang på helsetjenester.

Inngrepet forfølger et legitimt formål.

6.2.2.4 Er inngrepet «necessary in a democratic society»?

A, B og C mot Irland utpensler problemstillingens innhold. Retten må eksaminere hvorvidt det eksisterte «a pressing social need» for å gjennomføre tiltaket, og hvorvidt inngrepet er proporsjonalt med formålet. Forholdsmessighetsvurderingen beror på en «fair balance» mellom de konkurrerende interessene. «Fair balance»-avveiningen er uløselig tilknyttet rekkevidden av statens skjønnsmargin.⁷⁵ En besvarelse av problemstillingen forutsetter derfor at skjønnsmarginens rekkevidde kartlegges.

6.2.2.4.1 Kartlegging av statens skjønnsmargin

Spørsmålet blir hvilken skjønnsmargin staten har til å gjøre inngrep i fastlegers overbevisningsfrihet.

a.) Generelle faktorer av betydning for skjønnsmarginen

Staten har en vid skjønnsmargin i moralspørsmål. De nasjonale myndighetene anses bedre rustet enn en internasjonal domstol til å vurdere så vel det eksakte innholdet av kravet til moral i eget land, som nødvendigheten av en restriksjon i møte med moralen⁷⁶.

At medlemslandene anses best egnet til å løse moralspørsmål, begrunnes med subsidiaritetsprinsippet. Det er nasjonale myndigheter som har jurisdiksjonen og ansvaret for gjennomføringen av traktatens forpliktelser. Da moralen i tillegg er nært tilknyttet statens interne hold-

⁷⁵ Jfr. avsnitt 229

⁷⁶ Jfr. *A, B og C mot Irland*, som refererer til Handyside i avsnitt 232.

ninger, politikk og regelsett, står Norge nærmest til å bedømme behovet for restriksjoner på fastlegers overbevisningsfrihet.

Den vide skjønnsmarginen tilsier at Norge som utgangspunkt har et bredt spillerom til å båndlegge fastlegers overbevisninger.

Eweida-dommens behandling av Chaplin illustrerer at statens lokale kunnskap om restriksjonens nødvendighet, påvirker skjønnsmarginen. Sykehusledelsen ble ansett bedre skikket til å fatte beslutninger om klinisk sikkerhet enn en domstol. Spesielt gjaldt dette i en internasjonal domstol, hvor det ikke hadde foregått noen direkte bevisføring. Faktorene gav Storbritannia en vid skjønnsmargin til å vurdere behovet for restriksjoner på ansattes religionsutøvelse.

Til sammenlikning, utgjør fastlegeordningen et norsk, lokalt rammeverk for samspillet mellom lege og pasient. At konsultasjons- og henvisningsplikten inngår som en naturlig del av fastlegenes helhetlige tjenestetilbud, tilsier at Norge, og ikke EMD, står nærmest til å bedømme restriksjonens nødvendighet. Faktoren underbygger at Norge har en vid skjønnsmargin til å gjøre inngrep i fastlegers overbevisningsfrihet.

I Bayatyan presiserer EMD at skjønnsmarginens rekkevidde påvirkes av konsensus i medlemslandene. Det at majoriteten av medlemslandene hadde innført alternativer til militærtjeneste til fordel for samvittighetsnektere, medførte en snever skjønnsmargin for Armenia til å håndheve det motsatte.

En antitetisk fortolkning av dommen tilsier at så lenge et medlemsland har foretatt et konvensjonslojalt tiltak på linje med flertallet av Europas medlemstater, innehar staten en forholdsvis vid skjønnsmargin til å bestemme reguleringens form og gjennomføringsmåte.

Spørsmålet blir hvorvidt det foreligger konsensus blant medlemslandene for å pålegge leger en konsultasjons- og henvisningsplikt ved abort. I så fall tilsier Bayatyan at Norges skjønnsmargin er romslig.

I Resolution 1763 fremholder Europarådets Parlamentarikerforsamling at den store majoriteten av medlemstatene regulerer reservasjonsrett ved selve abortinngrepet, men ikke ut over

dette.⁷⁷ At reservasjonsretten er forbeholdt abortinngrepet, taler motsetningsvis for en utbredt plikt blant medlemslandenes leger til å konsultere, og henwise til abort. At denne plikten er pålagt legene i mange medlemsland, taler for at det foreligger konsensus.

I mange medlemsland praktiseres det imidlertid en utvidet reservasjonsrett, som er delvis eller helt uregulert⁷⁸. I bakgrunnsdokumentet til Resolution 1763, utdypes de ulike reguleringene. Noen medlemstater har gitt retten til samvittighetsfrihet konstitusjonell beskyttelse, uten å ha utpenslet rettighetens innhold. Andre medlemsland har anerkjent samvittighetsnekt under en bestemt medisinsk prosedyre. Noen land regulerer ikke samvittighetsnekt overhodet, mens andre regulerer retten til samvittighetsnekt på en inadekvat måte.⁷⁹

Faktum viser at ikke bare Norge, men et større antall medlemsland opplever problemer med etterlevelsen av henvisningsplikten. Den utbredte, rettstridige reservasjonspraksisen vitner om en gjennomgående konflikt mellom statens lovreguleringer, og utøvelse av interne verdisyn. At lov og verdier er i konflikt, svekker funnet av konsensus for en konsultasjons- og henvisningsplikt.

I *A, B og C mot Irland* drøfter EMD betydningen av manglende konsensus. Hvor det verken foreligger konsensus blant medlemstatene for den relative viktigheten av interessen som står på spill, eller for hvilke tiltak som best beskytter interessen, vil skjønnsmarginen utvides. Dette gjelder spesielt i saker som reiser sensitive moralske eller etiske spørsmål.⁸⁰

Det foreligger verken konsensus for den relative viktigheten av legers samvittighetsfrihet, eller for hvilke tiltak som best beskytter denne interessen. Da temaet dessuten angår moral og etikk, tilsier dommen at Norges skjønnsmargin er vid.

I *Bayatyan* fremheves dessuten behovet for å ivareta reell, religiøs pluralisme, som en styrende faktor for statens skjønnsmargin.

⁷⁷ Resolution 1763 (2010) pkt.3

⁷⁸ Doc. 12347, s.2, pkt.3

⁷⁹ Doc. 12347 s.6, pkt.16

⁸⁰ Jfr. *Evans mot Storbritannia*, og *X, Y og Z mot Storbritannia*

Konsultasjons- og henvisningsplikten undertrykker verdiene til fastleger med samvittighetskvaler. Følgelig motarbeides ivaretagelsen av pluralisme og mangfold i et demokratisk samfunn. Dette taler for at Norges skjønnsmargin innsnevres.

b.) Spesielle faktorer av betydning for skjønnsmarginen

1. Resolution 1763

I Bayatyan ga tilstedeværelsen av konsensus og anerkjennelse av samvittighetsnekt i internasjonale fora, grunnlag for en tolkningsendring av EMK artikkel 9. Basert på konvensjonstekstens funksjon som 'a living instrument', ble bestemmelsens anvendelsesområde utvidet til å omfatte militærnekt av samvittighetsgrunner. Tolkningsendringen medførte en snever skjønnsmargin for Armenia til å håndheve det motsatte.

Selv om anerkjennelsen i internasjonale fora ikke ble brukt som et eksplisitt argument ved kartleggingen av statens skjønnsmargin, illustrerer dommen at tolkningsfaktoren er egnet til å påvirke statens handlerom.

Norge er som nevnt forpliktet til å bruke samme tolkningsmetode som EMD. At anerkjennelse av samvittighetsnekt i internasjonale fora tillegges vekt ved tolkningen av EMK artikkel 9, taler for at Norge kan benytte den samme faktoren til å presisere hva Norge kan tillate seg. Hva som er tillatelig, påvirker skjønnsmarginens rekkevidde.

Spørsmålet blir dermed hvorvidt det foreligger anerkjennelse av samvittighetsnekt mot konsultasjons- og henvisning i den internasjonale fora. Hvis ja, tilsier Bayatyan at statens skjønnsmargin til å gjøre inngrep i fastlegers overbevisningsfrihet innskrenkes.

Parlamentarikerforsamlingen har oppfordret medlemslandene til å utvikle klare, omfattende regler som regulerer og definerer forholdet mellom samvittighetsnekt og pasientrettigheter⁸¹.

⁸¹ Jfr. Resolution 1763, pkt.4

Oppfordringen er foranlediget av at det i majoriteten av Europarådets medlemstater praktiseres samvittighetsnekt ut over det som er tillatt eller lovregulert.

Som et organ i Europarådet, utfyller Parlamentarikerforsamlingen rollen som del av den internasjonale fora. Hvorvidt den likevel vil ha noen betydning for Norges skjønnsmargin, avgjøres av hvilken rettskildevekt resolusjonen nyter, og hvorvidt resolusjonen faktisk anerkjenner en rett for leger til å reservere seg mot konsultasjon og henvisning av samvittighetsgrunner.

Det første spørsmålet blir hvilken rettskildevekt Resolution 1763 kan tillegges.

I Bayatyan vektla domstolen at Parlamentarikerforsamlingen hadde anerkjent retten til samvittighetsnekt.

At Parlamentarikerforsamlingens standpunkter fremheves av EMD, vitner om at rådets anbefalinger har en viss rettskildevekt. Det følger av imidlertid av Statue of the Council of Europe 1949 art. 22 og 29 at resolusjonene er veiledende, og ikke bindende for medlemslandene. I mangel på et rikere, internasjonalt rettskildebilde, øker likevel dens relative vekt. Rettskildevekten taler for at den er egnet til å påvirke statens skjønnsmargin.

Det andre spørsmålet blir hvorvidt resolusjonen faktisk anerkjenner en rett for leger til å reservere seg mot konsultasjon og henvisning av samvittighetsgrunner.

Resolusjonens oppfordring til å vedta klarere og mer omfattende regler for samvittighetsnekt, er foranlediget av standpunktet de inntar i resolusjonens første punkt:

No person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accomodate, assist or submit to an abortion (...) or any act which would cause the death of a human foetus or embryo, for any reason.

Ordlyden lister opp flere alternativer for medvirkning, som berettiger samvittighetsnekt. «[T]o perform», oversettes etter en naturlig ordlydsforståelse til det å utføre abortinngrepet. «[A]ccomodate» forstås som det å tilrettelegge for aborten. «[A]ssist oversettes til assistering

ved utførelsen av abortinngrepet. Til sist er det naturlig å oversette «submit» med det å sende til abort.

En naturlig oversettelse av resolusjonens ordlyd, tilsier at samvittighetsnekt er forbeholdt en rekke medvirkere. Det springende punkt blir hvorvidt legers konsultasjon og henvisning til abort omfattes. I så fall tilsier Resolution 1763 at Norges skjønnsmargin til å legge begrensninger, innskrenkes.

Selv om ordlyden er uklar, kan ordet «submit»; sende til, alternativt forstås som det å henvise til abort. At ordet kan presiseres til å omfatte konsultasjon og henvisning, støttes av alternativet «accomodate»; å tilrettelegge. Som tidligere nevnt, må legen gjøre en rekke lovpålagte oppgaver i møtet med en abortsøkende kvinne. Oppgavene avdekker fastlegens rolle som tilrettelegger. Slik jeg oppfatter det, omfattes fastlegers konsultasjon og henvisning til abort av resolusjonen.

Resolusjonen anerkjenner følgelig en rett for leger til å reservere seg mot konsultasjon og henvisning av samvittighetsgrunner. Dermed motstrider dagens påbud Parlamentarikerforsamlingens anbefalinger. At staten per dags dato ikke følger opp resolusjonens anbefalinger, taler for at skjønnsmarginen innsnevres.

2. Avveining mellom to konvensjonsrettigheter?

Det fremgår av Eweida at staten er tilkjent en vid skjønnsmargin ved «fair balance»-avveiningen mellom konkurrerende konvensjonsrettigheter. I behandlingen av så vel Ladele som McFarlane, angikk avveiningen retten til likebehandling etter artikkel 14, holdt opp mot religionsfrihet etter artikkel 9.

Legers samvittighetsnekt mot aborthenvisning er som nevnt vernet av EMK artikkel 9.

Det springende punkt blir hvorvidt kvinners rett til abort er vernet av EMK. I så fall følger det av Eweida at staten er gitt en vid skjønnsmargin ved rettighetsavveiningen.

I *Paton mot Storbritannia* konstaterte EMD at dersom abort er nødvendig for å redde kvinnens liv, har hun rett på abort etter EMK artikkel 2. Abort er følgelig en menneskerett, hvor kvinnens liv står i fare. En antitetisk tolkning av dommen tilsier at en alminnelig, abortsøkende kvinne ikke er vernet av EMK artikkel 2.

Spørsmålet blir om kvinners rett til abort er omfattet av retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Ifølge Jørgen Aall er det klart at kvinnen ikke kan bygge på noen ubetinget rett til abort etter artikkel 8. Kvinnens rett til respekt for privatlivet må avveies mot andre rettigheter og interesser, særlig fosterets.⁸² I den anledning, illustrerer *Vo mot Frankrike* at avveiningen mellom kvinners selvbestemmelsesrett og fosterets rettsbeskyttelse er et moralsk ladet spørsmål hvor statene er tilkjent en vid skjønnsmargin. Likevel vil et abortforbud berøre kvinnens rett til privatliv på en slik måte at artikkel 8 kommer til anvendelse. I *A, B og C mot Irland* ble abortforbud av helse- og velferdsmessige årsaker ansett forholdsmessig overfor A og B. Klagerne hadde ifølge nasjonal lovgiving rett på informasjon om anledningen til å foreta abort i utlandet. Da klageren C var i livstruende fare, var hun avhengig av å ta abort. Ettersom retten var konstitusjonelt forankret, men ikke effektivisert gjennom irsk lovgivning, ble klagerens rett til privatliv etter artikkel 8 ansett krenket.

Rettspraksis indikerer at abort ikke er en generell menneskerett etter EMK artikkel 8. *A, B og C mot Irland* tilsier imidlertid at dersom et medlemsland har vedtatt rett til abort, må vernet gjøres reelt gjennom en effektiv lovregulering.

Drøftelsen taler for at kvinners rett til abort ikke er en ubetinget og generelt beskyttet av artikkel 8. Dette tilsier at kvinners rett til abort ikke er vernet av EMK. Staten er dermed ikke tilkjent en vid skjønnsmargin på grunnlag av en avveining mellom motstridende konvensjonsrettigheter.

c.) Oppsummering

⁸² Aall (2011) s. 198-199

Rettstilstanden i Europa er splittet, og statene innehar en bred skjønnsmargin i moralspørsmål. Dette er vektige faktorer for at Norge nyter en forholdsvis vid skjønnsmargin til å opprettholde, og håndheve påbudet. På den annen side, motvirker konsultasjons- og henvisningsplikten ivaretagelsen av reell pluralisme og mangfold. Momentet er egnet til å innskrenke skjønnsmarginen. At Parlamentarikerforsamlingen oppfordrer til anerkjennelse av samvittighetsnekt ved konsultasjon- og henvisning, underbygger at Norges handlingsrom innskrenkes. En samlet vurdering taler for at Norge har en *viss* skjønnsmargin til å båndlegge fastlegers overbevisningsfrihet.

Staten innehar en *viss* skjønnsmargin til å gjøre inngrep i fastlegers overbevisningsfrihet.

6.2.2.4.2 Treffer staten en «fair» avveining i forholdsmessighetsvurderingen mellom kvinners helserettigheter, holdt opp mot fastlegers rett til overbevisningsfrihet?

Problemstillingen er hvorvidt det eksisterte «a pressing social need» for å gjennomføre tiltaket, og hvorvidt inngrepet er proporsjonalt med formålet. Forholdsmessighetsvurderingen beror på en «fair balance» mellom de konkurrerende interessene. «Fair balance»-avveiningen er uløselig tilknyttet rekkevidden av statens skjønnsmargin.⁸³

Domspremissene oppmuntrer til drøftelse av to undervilkår. For det første hvorvidt det eksisterte et presserende, samfunnsmessig behov for inngrepet. For det annet hvorvidt inngrepet er proporsjonalt med formålet.

Som vist staten har en *viss* skjønnsmargin til å gjøre inngrep i fastlegers overbevisningsfrihet. Det innebærer at «fair balance»-avveiningen må gjøres innen forholdsvis smale rammer.

a.) Et presserende, samfunnsmessig behov for inngrepet?

⁸³ Jfr. *A, B og C mot Irland*, avsnitt 229

Det første spørsmålet blir hvorvidt det eksisterer et presserende, samfunnsmessig behov for å pålegge fastleger en konsultasjons- og henvisningsplikt.

Fastlegeforskriften har som formål å sikre at alle får nødvendige allmennlegetjenester av god kvalitet til rett tid, og at «personer bosatt i Norge får en fast allmennlege å forholde seg til».

Formålet begrunnes med behovet for forutberegnelighet og trygghet for listeinnbyggerne. Samtidig er god tilgang til tjenesten, og kontinuitet i forholdet mellom legen og innbyggerne, viktige indikatorer på kvalitet⁸⁴.

Som en oppfølging av formålet, har fastlegene som arbeidsplikt å tilby alle de allmennlegetjenester sine listeinnbyggere har krav på, jfr. § 10. Som ledd i tjenestetilbudet, skal fastlegen henvise innbyggerne til spesialisthelsetjenesten ved behov, jfr. § 24.

Ved å pålegge fastleger en konsultasjons- og henvisningsplikt, realiseres ikke bare kvinners rett til abort. Samtidig oppfylles fastlegeordningens formål og regelverk. Kvinnen sikres oppfølging fra sin faste lege, mens legen tilgodeser sin arbeidsplikt som eneansvarlig tjenesteyter av kvinners helserettigheter. På den måten ivaretas hensynet til trygghet og forutberegnelighet for kvinnen.

Motsetningsvis ville en reservasjonsrett ha medført usikkerhet for kvinnen, ved å bryte den tilsiktede kontinuitet mellom legen og listeinnbyggeren.

At konsultasjons- og henvisningsplikten nettopp utgjør en forlengelse av fastlegens eneansvar for sine listeinnbyggeres helsetjenester, taler for at det tilfredsstilte et presserende, samfunnsmessig behov.

Videre tilgodeser påbudet menneskerettighetskonvensjonenes krav til å gi kvinnen en høyest mulig helsestandard, samt ikke-diskriminering av kvinnens tilgang på helsetjenester.

⁸⁴ Jfr. departementets merknad

Det eksisterte således et presserende, samfunnsmessig behov for å pålegge fastleger en konsultasjons- og henvisningsplikt.

b.) Er inngrepet proporsjonalt med formålet?

Det andre delvilkåret forutsetter at inngrepet er proporsjonalt med formålet.

Spørsmålet blir hvorvidt staten har truffet en «fair» avveining i forholdsmessighetsvurderingen mellom kvinners helserettigheter, holdt opp mot fastlegers rett til overbevisningsfrihet.

Påbudet tilgodeser nettopp hovedregelen om at fastlegen skal yte et helhetlig allmennlegetjenestetilbud til sine listeinnbyggere. Samtidig ivaretas formålet om å gi kvinner en fast allmennlege å forholde seg til. At restriksjonen på legers overbevisningsfrihet forfølger så vel formålet bak fastlegeordningen, som hovedregelen om fastlegers arbeidsplikt, taler for at inngrepet er rimelig. Videre sikres kvinnens rett til en høyest mulig helsestandard, samt ikke-diskriminering av deres tilgang på helsetjenester.

På den annen side undertrykker påbudet enkelte legers integritet og verdighet. Noen leger innehar et verdi- og moralsyn som fordømmer retten til provosert abort. Da de anser konsultasjon og henvisning som et ledd i avslutningen av et spirende liv, ønsker de å reservere seg. At medvirkningen nettopp angår liv og død, og at fastlegen tilrettelegger for inngrepet, gir inngrepet et motargument med tyngde.

I Eweida konkluderte domstolen med at britiske myndigheter hadde mislykkes i å treffe en «fair balance» mellom Eweidas religionsfrihet, holdt opp mot flyselskapets interesser i å formidle et visst image. Avgjørende var undertrykkelsen av klagerens ønske om å uttrykke sine religiøse overbevisninger, - en fundamental rettighet i et demokratisk samfunn. Ved å tolerere og opprettholde pluralisme og mangfold, tilgodeses den enkeltes verdier.⁸⁵

Dommen formidler viktigheten av å ivareta religions- og overbevisningsfriheten i stater bygget på demokrati. Ved å undertrykke fastlegers samvittighetskvaler i møte med abort, tilgode-

⁸⁵ Avsnitt 94

ses flertallet, og ikke mindretallets holdninger. En ordning med reservasjonsrett ville ha styrket mangfoldet av verdier og meninger. Ved å nære pluralismen og mangfoldet i samfunnet, tilgodeses så vel *hensynet til demokratiet*, som hensynet til *individets integritet og verdighet*. At en reservasjonsordning ville ha underbygget EMK's grunnverdier, gjør påbudet mindre rimelig.

Drøftelsen av så vel hensynet til fastlegers overbevisningsfrihet, som betydningen av pluralisme og mangfold, taler for at en reservasjonsordning hadde latt seg rettferdiggjøre. Forutsetningen er at kvinners rettigheter hadde blitt ivaretatt på en forsvarlig, ikke-diskriminerende måte.

At Parlamentarikerforsamlingen nettopp anerkjenner retten til samvittighetsnekt ved henvisning, og oppfordrer medlemslandene til å vedta klare, omfattende regler til beskyttelse av retten, styrker argumentasjonen for at en reservasjonsordning hadde latt seg gjennomføre. Momentet underbygger at avveiningen bak dagens påbud er lite «fair».

En reservasjonsordning lar seg spesielt forsvare hvor fastleger organiserer sitt listeansvar alternativt ved fellesliste, jfr. fastlegeforskriften § 11.⁸⁶ Her finner den formelle tilknytningen sted mellom listeinnbyggerne og gruppepraksisen, og ikke den enkelte fastlege. Organiseringen åpner for at en fastlege med samvittighetskvaler problemfritt kan overlate oppgaven til en annen, henvisningsvillig fastlege innen praksisen. Forutsetningen er at oppgaven kan formidles til den henvisningsvillige i det kvinnen bestiller legetime, og ikke først ved oppmøte på den reserverende fastlegens legekantor. I sistnevnte tilfelle vil påkjenningen for kvinnen ved å bli henvist videre, svekke fordelene bak en gruppepraksis med fellesliste.

På den annen side, kjennetegnes nettopp legeyrket av sin befatning med etikk og moral, og liv og død. Diagnostisering, utskriving av medisiner og behandlingsmetoder er alle handlinger som er egnet til å gjenspeile legens holdninger, og som kan avgjøre pasientens levetid. En anerkjennelse av reservasjonsrett mot konsultasjon og henvisning, hadde følgelig gitt opphav til en rekke uheldige dilemmaer. Hvorfor skal en reservasjonsordning kunne tillates ved henvisning til abort, og ikke i andre sammenhenger? Reservasjonsretten kunne videre ha foranle-

⁸⁶ Pkt.4

diget en inflasjon av påberopelser om samvittighetsnekt. Legeyrkets egenart kan tale for at en reservasjonsordning hadde vært mer til bry enn til glede. Momentet er til støtte for at inngrepet er «fair».

I Eweida utvides EMK artikkel 9's anvendelsesområde. I stedet for å anse yrkesutøverens mulighet til å fratre stillingen og skifte yrke som et argument for at EMK artikkel 9 ikke var angrepet, anses denne muligheten nå som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter annet ledd.⁸⁷

Mange argumenterer med at det ikke er en menneskerett å være fastlege. Dersom en legen ikke vil tilby sine listeinnbyggere et helhetlig tjenestetilbud, burde han vurdere et annet yrke. Mot dette, innvendes det at konsultasjons- og henvisningsplikten utgjør en marginal del av fastlegers helseytelser. At en reserverende fastlege i begrenset grad går på akkord med sin ytelsesplikt, taler for at jobbskifte ikke er et viktig argument mot innføringen av en reservasjonsordning.

I Eweida fremhever EMD at et individs avgjørelse om å tre inn i en arbeidskontrakt og påta seg oppgaver han vet vil påvirke hans religionsutøvelse, er et moment som må tas med i vurderingen av hvorvidt «fair balance» er oppnådd. Her hadde McFarlane frivillig meldt seg på arbeidsgivers utdanningsprogram, vel vitende om institusjonens likestillingspolitikk. Momentet talte for at restriksjonen gjennom håndhevelse av en likestillingspolitikk, var rimelig.

Til sammenlikning, hadde ikke Ladele anledning til å flagge sine religiøse standpunkter ved ansettelsen, da registrering av likekjønnede ekteskap først aktualiserte seg på et senere tidspunkt. At det ved inngåelsen av arbeidskontrakten var uforutsigbart for Ladele at hun ville bli pålagt oppgaver til begrenset for hennes religionsutøvelse, inngikk som et moment mot at likebehandlingstiltaket var proporsjonalt.

Det springende punkt blir hvorvidt den lovpålagte plikten til konsultasjon og aborthenvisning var forutsigbar for dagens fastleger da de trådte inn i arbeidskontraktene sine. I så fall taler Eweida for at påbudet er rimelig.

⁸⁷ Avsnitt 83

Abortloven har pålagt leger en konsultasjons- og henvisningsplikt siden 1975. Det presumeres at samtlige av dagens fastleger trådte inn i sine arbeidskontrakter i tidsrommet etter påbudets tilblivelse. Lovbudets eksistens gjorde konsultasjons- og henvisningsplikten forutsigbar for legene. Likevel eksisterte det en avvikende reservasjonspraksis i samme tidsepoke. Ettersom myndighetene tillot praksisen frem til 2011, bidro ordningen i realiteten til å innskrenke påbudet⁸⁸. At påbudets ordlyd i praksis ble innskrenket til fordel for leger med samvittighetskvaller, taler for at dagens fastleger ikke kjente til dagens konsultasjons- og henvisningsplikt ved tiltredelsen. I likhet med Ladele, ble plikten først aktualisert på et tidspunkt *etter* ansettelsen. Det at påbudet ikke fremstod som forutsigbart for disse legene ved tiltredelsen, taler mot at inngrepet er rimelig, jfr. Eweida.

Med rundskrivet av 2011 slo myndighetene imidlertid fast at reservasjonspraksisen ikke lot seg forene med gjeldende lovgivning. Alle fastleger hadde fra nå av en reell plikt til å henvise og konsultere abortsøkende kvinner ved behov.⁸⁹ At myndighetene ikke lengre aksepterer praksisen, tilsier at ordlyden er blitt presisert til å gjelde en ubetinget konsultasjons- og henvisningsplikt. Endringen tilsier at de fastleger som har trådt inn i arbeidskontraktene sine etter 2011, kjente til påbudet. For denne gruppen vil restriksjonen være rimelig, jfr. Eweida.

Ettersom majoriteten av dagens fastleger trådte inn i sine arbeidsavtaler før 2011, fremstod dagens påbud som mer uforutsigbart enn forutsigbart. Hensynet til flertallet tilsier at dagens restriksjon er mindre rimelig.

En reservasjonsordning ville ivaretatt fastlegers samvittighetsfrihet, samt styrket pluralismen og mangfoldet i samfunnet. Dette gjør inngrepet mindre rimelig. Parlamentarikerforsamlingens anbefalinger om anerkjennelse og kodifisering av samvittighetsfrihet ved henvisning, underbygger argumentene mot at påbudet er «fair». Videre var en ubetinget konsultasjons- og henvisningsplikt uforutsigbart for leger flest, i det de trådte inn i arbeidskontraktene sine. Sistnevnte moment gjør inngrepet mindre rimelig. På den annen side, realiserer konsultasjons- og henvisningsplikten så vel formålet bak fastlegeordningen, som hovedregelen om fastlegers

⁸⁸ Pkt.5.3

⁸⁹ Pkt.5.3

arbeidsplikt. At påbudet støtter opp under fastlegeordningens formål som regelverk, samt realiserer kvinners rett til abort, taler for at restriksjonen likevel er «fair». Rimeligheten forsterkes av at påbudet sikrer kvinners rett til likebehandling i møte med helsevesenet. Selv om myndighetene bare har en viss skjønnsmargin, taler en samlet vurdering for at staten har lyktes i å treffe en «fair», proporsjonal rettighetsavveining.

Staten treffer en «fair» avveining i forholdsmessighetsvurderingen mellom kvinners helserettigheter, holdt opp mot fastlegers rett til overbevisningsfrihet.

Inngrepet er «necessary in a democratic society».

6.2.2.5 Konklusjon

Dagens påbud om konsultasjons- og henvisningsplikt er en konvensjonslojal restriksjon etter EMK artikkel 9(2).

6.3 Dagens avvikende reservasjonspraksis – en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9(1)?

6.3.1 Innledning

Det at reservasjonspraksisen fortsatt eksisterer, viser at staten ikke håndhever lovverket om konsultasjons- og henvisningsplikt på en tilstrekkelig måte.

Spørsmålet er om staten i realiteten sikrer fastlegers rett til overbevisningsfrihet på en konvensjonslojal måte etter 9(1).

6.3.2 Statens ansvarsform

Staten har et direkte og objektivt ansvar for sine ansatte i alle myndighetsgrener og funksjoner, og et indirekte ansvar for private aktørers handlinger. For å avgjøre rekkevidden av statens sikringsforpliktelse, må det derfor avklares hvorvidt fastleger er å anse som offentlig ansatte eller private aktører.

I følge HELFO er 95,4 prosent av fastlegene privatpraktiserende, mens 4,7 prosent er ansatt i kommunene.⁹⁰

Kommunale organers myndighet og oppgaver reguleres av Stortinget gjennom lovgivning. Det gir således mening å anse kommunene som underordnet staten, og at staten derfor har et direkte, objektivt ansvar for kommunalt ansatte fastleger. Til sammenlikning har staten et indirekte ansvar for private aktører, herunder privatpraktiserende leger.

Ettersom majoriteten av fastlegene er privatpraktiserende, legger jeg til grunn at staten har et indirekte ansvar for dem.

Eweida spesifiserer nasjonale myndigheters indirekte ansvar. Ifølge dommen har staten kun ansvar for sine unnlater.⁹¹

Spørsmålet blir dermed hvorvidt staten har gjort tilstrekkelig med bestrebelser for å sikre rettighetsinnholdet i EMK artikkel 9(1).

6.3.3 Vurderingsmomenter for statens sikringsforpliktelse

6.3.3.1 Formåls- og effektivitetsprinsippet

Ved vurderingen har det betydning hvorvidt den eksisterende reservasjonspraksisen tilgodeser *formåls- og effektivitetsprinsippet*.

⁹⁰ HOD 2014

⁹¹ Jfr. pkt.3.3.2.1

Ved å praktisere en reservasjonsordning, beskyttes fastlegens *integritet og verdighet*. I stedet for å utfordre sitt moralsyn ved aborthenvisning, finner legen alternative løsninger for å oppfylle sine forpliktelser. Ved at enkelte fastlegers overbevisningsfrihet beskyttes, næres formålene bak EMK.

Frem til 2011, ble praksisen akseptert av myndighetene, - på visse betingelser. Så lenge praksisen ble akseptert, kan den anses for å ha innskrenket påbudet om konsultasjon og henvisning. At påbudets ordlyd ble innsnevret til fordel for leger med samvittighetskvaler, bidro i realiteten til å effektivisere konvensjonsvernet. Således ble effektivitetsprinsippet tilgodesett.

I 2011 gav myndighetene imidlertid uttrykk for at praksisen måtte opphøre, da lovverkets ordlyd ikke åpnet for en reservasjonsordning. At praksisen ikke lengre anses berettiget, tyder på at den ikke er beskyttet på en effektiv måte. Motsetningen mellom lov og praksis taler for at EMK's effektivitetsprinsipp ikke ivaretas.

Konklusjon: Reservasjonspraksisen tilgodeser *formålsprinsippet*, men ikke *effektivitetsprinsippet*.

6.3.3.2 Rekkevidden av statens skjønnsmargin

Problemstillingen blir videre hvilken skjønnsmargin staten har til å tillate en ordning som gir fastleger rett til å reservere seg mot å konsultere, og henvise til abort.

Norge er gitt en vid skjønnsmargin i saker som bygger på moralske forhold.⁹²

Rettspraksis illustrerer imidlertid at skjønnsmarginen lar seg styre av en rekke andre faktorer. Det følger av *A, B og C mot Irland* at hvor det verken foreligger konsensus blant medlemslandene for den relative viktigheten av interessen som står på spill, eller for hvilke tiltak som best beskytter interessen, vil skjønnsmarginen utvides.

⁹² Handyside.

Det foreligger verken konsensus for den relative viktigheten av legers overbevisningsfrihet, eller for hvilke tiltak som best beskytter interessen.⁹³ Momentene taler for at Norges skjønnsmargin er vid.

I Bayatyan vektlegges dessuten ivaretagelsen av pluralisme og mangfold i samfunnet, som en styrende faktor for statens skjønnsmargin.

Ved å tillate en reservasjonsordning, ivaretas fastlegers verdisyn. På den måten tilgodeses så vel flertallets som mindretallets holdninger – pluralismen dyrkes. Tilstedeværelsen av faktoren underbygger at staten har en vid skjønnsmargin.

Videre vektlegger Bayatyan anerkjennelsen av samvittighetsnekt i internasjonale fora, som en styrende faktor for skjønnsmarginen.

Parlamentarikerforsamlingen anerkjenner som nevnt retten til å reservere seg fra å konsultere, og henwise til abort. I den anledning, oppfordres medlemslandene til å vedta et balansert, omfattende regelverk til beskyttelse av helsepersonells og kvinners rettigheter.

Reservasjonsordningen fungerer som en anerkjennelse av samvittighetsnekt mot konsultasjon og henvisning. Ordningen er imidlertid verken tillatt, eller beskyttet av rettsregler. At Norge i dag ikke følger organets anbefalinger, taler for at skjønnsmarginen innsnevres. Likevel har ikke majoriteten av Europarådets medlemsland beskyttet helsepersonells og kvinners rettigheter i tilstrekkelig grad. Mangelen på konsensus tilsier at skjønnsmarginen fortsatt er vid.

Staten har en vid skjønnsmargin til å tillate en ordning som gir fastleger rett til å reservere seg mot å konsultere, og henwise til abort.

6.3.3.3 Krav til «effektiv beskyttelse»

⁹³ Jfr.pkt.6.2.2.4.1

Problemstillingen blir etter dette hvorvidt staten har gitt fastlegers reservasjonspraksis en «effektiv beskyttelse».

Vurderingen av ”effektiv beskyttelse” vil til en viss grad bære preg av en ”fair balance” mellom fastlegers, og kvinners rettigheter, da vurderingsmomentene vanskelig lar seg atskille.⁹⁴

Tiden har avdekket en skiftende beskyttelse av fastlegers samvittighetsnekt. For oversiktens skyld drøftes praksisens beskyttelse før og etter 2011.

a.) Reservasjonsordningens beskyttelse før 2011

Frem til 2011, aksepterte Helsetilsynet praksisen, forutsatt at kvinners rettigheter ble realisert.

Ved å akseptere en slik ordning, ble fastlegers frihet til å uttrykke sine overbevisninger styrket. Således underbygget ordningen kravet til «effektiv beskyttelse».

Likevel medførte reservasjonsordningen usikkerhet; fastlegers henvisningspraksis ble uklar og inkonsekvent. Usikkerheten rammet spesielt sårbare kvinners tilgang til abort. Ikke bare kunne en kvinne føle seg ydmyket ved å bli avvist med sitt sårbare ærend. Det å måtte oppsøke andre leger for å få hjelp, kunne skape uforutsette vansker for henne.

Mangelen på klare, utbroderte retningslinjer skapte en uforutsigbar ordning, til ulempe for kvinnene. Hensynet til *demokrati og rettstat* talte for at reservasjonsordningen enten burde kodifiseres ved lov, eller opphøre fullstendig. Usikkerheten reservasjonspraksisen medførte, tyder på at nasjonale myndigheter til en viss grad sviktet i å oppfylle kravet til «effektiv beskyttelse». Da statens skjønnsmargin likevel er vid, lå mangelen på bestrebelser innenfor statens handlingsrom.

a.) Reservasjonsordningens beskyttelse etter 2011

⁹⁴ Pkt.2.3.2.4

Som en respons på den usikre ordningen, tilsiktet myndighetene å klargjøre rettstilstanden i 2011. Ved rundskriv slo HOD fast at reservasjonsordningen verken var tillatt, eller tilsiktet fra myndighetens side. At staten per dags dato ikke anerkjenner praksisen, betyr at den ikke lengre nyter «effektiv beskyttelse».

Likevel har Helsedirektoratet avdekket opptil flere samvittighetsbegrunnede reservasjoner i en undersøkelse fra 2012. I en VG-artikkel publisert 31.01.14 anslås det at rundt 200 av landets 5000 fastleger reserverer seg. Funnene indikerer at rundskrivet ikke oppnådde sin tilsiktede virkning.

Det springende punkt blir hvorvidt staten har gjort tilstrekkelige bestrebelser for å sørge for et opphør av reservasjonsordningen. Hvis ikke, opprettholdes kvinners usikkerhet.

I programmet Debatten på NRK, kommenterte Jens Stoltenberg oppgjøret med reservasjonspraksisen i 2011. Den forrige regjeringen hadde ryddet opp ved å skrive brev [rundskriv] til kommunene, og oppfordre kvinnene til å klage.⁹⁵

Helseminister Bent Høie kritiserer Stoltenberg-regjeringens oppgjør med ordningen. Han mener det er kommunene, og ikke kvinnen som skal ta et oppgjør med avvikende reservasjonspraksis⁹⁶.

Som konvensjonspart er det staten, og ikke kvinnen, som har ansvaret for at regelverket etterleves og håndheves. Å veilede kommunene om gjeldende rett ved rundskriv, samt påminne kvinner om deres klagemuligheter, har vist seg utilstrekkelig. Hensynet til *rettstaten*, tilsier at nasjonale myndigheter bør iverksette etterforskning og konsekvent saksbehandling for å oppnå rettssikkerhet for kvinnene. I motsatt fall, bør staten vurdere vedtakelse av en klar og uomtvistet lovgivning som tilgodeser legers samvittighetsnekt ved henvisning.

Frem til 2011, gav staten legers reservasjonspraksis en «effektiv beskyttelse». Etter 2011, har ikke staten gitt legers reservasjonspraksis en «effektiv beskyttelse».

⁹⁵ Debatten (2014)

⁹⁶ Bent Høie (2014)

6.3.3.4 Krav til «fair balance»

Problemstillingen blir hvorvidt staten har truffet en «fair balance» mellom fastlegers rett til overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort.

Drøftelsen deles i tiden før og etter rundskrivet av 2011.

a.) Avveiningen før 2011

I tilsynssaken av 2004⁹⁷ trakk Helsetilsynet opp forutsetningene for en berettiget reservasjonsrett mot henvisning. Reservasjon ble ansett uproblematisk, - så lenge kvinnen ikke ble påført «store praktiske ulemper». Videre var legen forpliktet til å bistå kvinnen aktivt med å finne en annen henvisende lege, eller opplyse om at hun kunne fremsette begjæring direkte overfor et sykehus.

Den avvikende reservasjonsordningen var til fordel for leger med samvittighetskvaler, men skapte usikkerhet for kvinner. En fastleges henvisningsnekt ville i mange tilfeller forvanske kvinnens tilgang til abort. Ikke bare ville hun oppleve legens motvilje som en moralsk fordømmelse av kvinnens valg. Å skulle settes i kontakt med en annen, ukjent lege, kunne for en sårbar kvinne gå ut over både tid og energi. Momentene tilsier at reservasjonsordningen i begrenset grad gav uttrykk for en «fair»-avveining mellom legers og kvinners rettigheter.

b.) Avveiningen etter 2011

Da staten ikke lengre støtter ordningen, finnes det ingen retningslinjer fra Helsetilsynet for hvordan praksisen skal foregå. Mangelen på retningslinjer svekker forutberegneligheten og tryggheten for abortsøkende kvinner. På den annen side, er de gitt rett til å klage på lovbrudd. Klagemuligheten er et nyvunnet våpen i møte med legers samvittighetsnekt. Likevel vil klageretten verken avdempe eller utslette følelsen av fordømmelse og avvisning. Dessuten vil

⁹⁷ Pkt.5.3

kvinnens tilgang til abort fortsatt forvanskes – og klagen blir et ekstra hinder. De ulempene som dagens ordning skaper for kvinner, taler for at Norge ikke har lyktes i å treffe en «fair balance» mellom fastlegers rett til overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort.

6.3.3.5 Risikerer Norge ansvar for konvensjonsbrudd?

Det springende punkt blir hvorvidt Norge kan risikere ansvar for konvensjonsbrudd. Årsaken til ansvaret kan være så vel mangelen på «effektiv beskyttelse», som en forfeilet «fair balance»-avveining.

Statene er som nevnt tilkjent en vid skjønnsmargin i avveiningen. At det ikke er blitt opplyst at kvinners rett til abort er blitt sabotert som følge av reservasjonsordningen, taler i mot at Norge har overtrådt skjønnsmarginen.

At Norge oppholder seg innenfor skjønnsmarginen, støttes av Resolution 1763, sett i lys av bakgrunnsdokumentet⁹⁸ for resolusjonen. Dokumentene avdekker at majoriteten av Europarådets medlemsstater har mislykkes i å gi samvittighetsnekt ved aborthenvisning «effektiv beskyttelse». Det at både Norge og majoriteten av medlemslandene forfeiler i å foreta tilstrekkelig med bestrebelser, indikerer at staten fortsatt opptrer konvensjonslojalt – per i dag.

Likevel bør myndighetene nødig komme på kant med statens skjønnsmargin. For å harmonisere kvinners og legers rettigheter, bør Norge vedta et klarere, mer balansert regelverk.

Parlamentarikerforsamlingen oppfordrer medlemsstatene til å utvikle omfattende, klare regler som definerer og regulerer forholdet mellom samvittighetsnekt og pasientrettigheter, jfr. resolusjonens pkt.4. Reglene skal garantere retten til samvittighetsnekt ved deltakelse i den aktuelle medisinske prosedyre, jfr. pkt. 4.1. Videre skal reglene sikre at pasientene er informeres om samvittighetsnekt i tide, og at de overføres til en alternativ behandler, jfr. pkt.4.2. Til sist skal reglene sikre at pasientene mottar egnet behandling, og det spesielt i nødstilfeller.

⁹⁸ Doc. 12347 (2010)

At så vel Norge som majoriteten av medlemslandene ikke regulerer reservasjonspraksis på en tilstrekkelig måte, og at Parlamentarikerforsamlingen nettopp oppfordrer til klarere reguleringer av samvittighetsnekt og pasientrettigheter, avdekker et behov for rettsutvikling på området. I takt med at mange stater vil utvikle et mer omfattende, balansert regelverk, vil skjønnsmarginen innsnevres for dem som unnlater dette.⁹⁹ Faktoren taler at Norge bør følge rådets anbefalinger, for å unngå ansvar for konvensjonsbrudd i nær fremtid.

På paradoksalt vis, var partenes rettigheter sikret på en bedre måte før 2011, enn i dag. Med dagens ordning, har statens mangel på tiltak sviktet så vel kravet til «effektiv beskyttelse», som en «fair» rettighetsavveining. Norge er følgelig på kant med skjønnsmarginen, og risikerer ansvarspåleggelse om ikke statens bestrebelser snart skjerpes.

Norge risikerer ansvar for konvensjonsbrudd.

6.3.3.6 Oppsummering og konklusjon

Staten har verken gitt dagens reservasjonsordning en «effektiv beskyttelse», eller truffet en «fair balance» mellom fastlegers samvittighetsnekt og kvinners rettigheter. Faktorene taler for at Norge er på kant med sin tilkjente skjønnsmargin. Majoriteten av Europarådets medlemsland sliter imidlertid med de samme utfordringene som Norge. At saken angår moral, og at majoriteten av medlemslandene deler Norges problemer, tilsier at skjønnsmarginen likevel ikke er overtrådt - per i dag.

For å trygge en konvensjonslojal oppfyllelse av EMK artikkel 9, bør Norge likevel følge Parlamentarikerforsamlingens oppfordring til å utvikle et klarere, mer balansert regelverk for å styrke fastlegers og kvinners rettigheter. I motsatt fall, vil medlemslandenes snarlige rettsutvikling på området innskrenke Norges skjønnsmargin til å håndheve dagens reservasjonsordning.

⁹⁹ Jfr. Bayatyan

Dagens rettstridige reservasjonspraksis anses under tvil som en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9(1).

6.4 EMK artikkel 9's forhold til forslaget om utvidet reservasjonsrett

6.4.1 Høringsforslaget – en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9(1)?

6.4.1.1 Innledning

Legers samvittighetsnekt mot å henvise abortsøkende kvinner er omfattet av EMK artikkel 9, jfr. pkt.6.2.1. Følgelig omfattes forslaget av bestemmelsen.

Den rettslige problemstillingen blir hvorvidt en gjennomføring av høringsforslaget vil utgjøre en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9(1), jfr. artikkel 1.

6.4.1.2 Statens ansvarsform

Da høringsnotatet angår fastlegers adgang til å reservere seg mot konsultasjon og henvisning, er det statens indirekte ansvar for private aktører som aktiveres. Som Eweida illustrerer, kan staten følgelig kun ansvarliggjøres for sine unnlater. ¹⁰⁰

Spørsmålet blir om staten har gjort tilstrekkelig for å sikre rettighetsinnholdet i EMK artikkel 9(1).

¹⁰⁰ Jfr.pkt.6.3.2

6.4.1.3 Vurderingsmomenter for statens sikringsforpliktelse

6.4.1.3.1 Tilgodeses formåls- og effektivitetsprinsippet?

Spørsmålet blir hvorvidt høringsforslaget ivaretar *formåls- og effektivitetsprinsippet*.

Høringsforslaget tilgodeser grunnverdiene *individuell verdighet og integritet*. Ved å åpne for at kommuner kan inngå reservasjonsavtaler med fastleger, ivaretas legenes identitet og livssyn. At legers moral beskyttes, er til fordel for så vel pasientene som legene selv. Som fastlege Gunhild Felde beskriver: «Hvis jeg går på akkord med mine egne verdier, vil min samvittighet sløves og jeg vil bli en dårligere lege»¹⁰¹.

Videre underbygger forslaget hensynet til *demokrati og rettsstat*. Ved å åpne for at leger med samvittighetskvaler kan reservere seg fra å henvise til abort, vernes minoritetens standpunkter. På den måten ivaretas pluralismen i samfunnet. Som EMD fremhevet i Bayatyan, er pluralisme, toleranse og åpenhet sentrale kjennetegn på et «democratic society»¹⁰². Ved at minoriteten av fastleger tilgodeses gjennom reservasjonsregler, tilgodeses dessuten hensynet rettstaten.

Til sist vil en gjennomføring av høringsforslaget effektivisere konvensjonsvernet, ved at fastlegers samvittighetsfrihet realiseres.

Av høringsnotatet følger det at «Formålet bak retten til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter menneskerettighetsloven og EMK artikkel 9 bør støttes opp under»¹⁰³. At forslaget nettopp underbygger grunnverdiene *individuell integritet og verdighet*, og *demokrati og rettsstat*, bekrefter at formålene bak EMK understøttes. Det at en gjennomføring av forslaget samtidig effektiviserer konvensjonsvernet, vitner om at *formåls- og effektivitetsprinsippet* tilgodeses.

¹⁰¹ Huse Amundsen (2014)

¹⁰² Avsnitt 126

¹⁰³ Side 11 i høringsnotatet

Konklusjon: Høringsforslaget ivaretar *formåls- og effektivitetsprinsippet*.

6.4.1.3.2 *Rekkevidden av statens skjønnsmargin*

Problemstillingen blir hvilken skjønnsmargin staten har til å gi fastleger en lovregulert reservasjonsadgang fra konsultasjon og henvisning.

a.) Generelle faktorer av betydning for skjønnsmarginen

Da lovregulering av legers reservasjonsadgang gjelder moralske forhold, er Norge tilkjent en vid skjønnsmargin.

Det foreligger verken konsensus for den relative viktigheten av legers overbevisningsfrihet, eller for hvilke tiltak som best beskytter interessen¹⁰⁴. Momentene underbygger at Norges skjønnsmargin er vid.¹⁰⁵

I Bayatyan vektlegges ivaretagelsen av pluralisme og mangfold i samfunnet, som en styrende faktor for statens skjønnsmargin.

Ved å kodifisere en reservasjonsadgang for fastleger, tilgodeses minoritetens integritet og verdighet. Fastleger med samvittighetskvaler slipper å gå på akkord med sine egne verdier. På den måten ivaretas samfunnets pluralisme og mangfold. Faktoren understøtter den vide skjønnsmarginen.

Eweida illustrerer at hvor det eksisterer en rettsutvikling i retning av utvidet anerkjennelse og beskyttelse på et område, nyter staten en vid skjønnsmargin med hensyn til måten beskyttelsen skal oppnås på. I dommen hadde homoseksuelle par behov for rettslig anerkjennelse og

¹⁰⁴ Pkt.6.2.2.4.1

¹⁰⁵ Jfr. *A, B og C mot Irland*

beskyttelse, på linje med heterofile. Da praksis omkring dette var i stadig utvikling i Europa, nøt medlemstatene en vid skjønnsmargin ved valg av gjennomføringsmåte.

Resolution 1763 avdekker som nevnt at helsepersonell praktiserer samvittighetsnekt på en måte som er helt, eller delvis uregulert. Splittelsen mellom lov og praksis indikerer et behov for tiltak fra myndighetenes side. Derfor oppfordrer Parlamentarikerforsamlingen medlemslandene til å utvikle klarere, mer omfattende regler, til beskyttelse av så vel helsepersonells som kvinners rettigheter. Behovet for rettslig anerkjennelse og beskyttelse samsvarer med faktum i Eweida. På den annen side, finnes det fortsatt ingen synlig rettsutvikling på området. Medlemslandenes problemer med etterlevelsen av gjeldende rett, kombinert med resolusjonens oppfordringer, indikerer imidlertid at statene snarlig vil ta tak. Norges høringsforslag er et eksempel på dette. Vurderingen taler for at Norges skjønnsmargin ved valg av gjennomføringsmåte vil utvides i takt med den gryende utviklingen på området.

b.) Spesielle faktorer av betydning for skjønnsmarginen, herunder Resolution 1763

Anerkjennelsen av samvittighetsnekt i internasjonale fora er egnet til å påvirke skjønnsmarginen, jfr. Bayatyan.¹⁰⁶

Resolution 1763 anerkjenner en rett for leger til å reservere seg mot aborthenvisning av samvittighetsgrunner. I den anledning oppfordres medlemslandene til å vedta regler som balanserer helsepersonells og kvinners rettigheter.¹⁰⁷

At statens høringsforslag nettopp følger opp organets anbefalinger, underbygger at Norge har en vid skjønnsmargin til å vedta de aktuelle reglene.

c.) Oppsummering

¹⁰⁶ Pkt.6.2.2.4.1

¹⁰⁷ l.c.

Norge er tilkjent en vid skjønnsmargin i moralspørsmål. Den vide skjønnsmarginen støttes av manglende konsensus blant Europarådets medlemsland. At høringsforslaget ivaretar hensynet til pluralisme og mangfold, er et tilleggsmoment for skjønnsmarginens bredde. Til sist anerkjennes forslaget materielle innhold av Parlamentarikerforsamlingen. Alle faktorene taler for at staten er gitt en vid skjønnsmargin til å gi fastleger en lovregulert reservasjonsadgang fra konsultasjon og henvisning.

Staten har en vid skjønnsmargin til å gi fastleger en lovregulert reservasjonsadgang fra konsultasjon og henvisning.

6.4.1.3.3 Krav til «effektiv beskyttelse»

I høringsnotatet foreslås en rekke endringer i lovgivningen. De mest betydningsfulle forslagene til tilføyelser, finner sted i fastlegeforskriften.

Problemstillingen blir hvorvidt forslagene oppfyller kravet til «effektiv beskyttelse».

Spørsmålet kan for oversiktens skyld inndeles i en formell og materiell vurdering. Mens den formelle vurderingen angår forslagenes plassering i regelhierarkiet, angår den materielle vurderingen reglernes klarhet og tydelighet. Den formelle vurderingen tas først.

En fastlege har plikt å tilby alle de allmennlegetjenester hans listeinnbyggere har krav på, jfr. fastlegeforskriften § 10. Ved å åpne for at fastleger kan reservere seg fra å henvise på samvittighetsgrunnlag, gjøres det et unntak fra fastlegens ytelsesplikt til ulempe for listeinnbyggerne. At forslaget medfører et inngrep i abortsøkende kvinners rettigheter, taler for at unntaksreglene gjøres klare, synlige og tydelige. Kravet til synlighet kan tilsi at reglene burde gjennomføres ved lov, og ikke ved forskrift.

På den annen side legger lovgivningen opp til at utformingen av fastlegeordningen er overlatt til forskrift og sentrale avtaler.¹⁰⁸ Mens helse- og omsorgstjenesteloven regulerer kommunens

¹⁰⁸ Jfr. Fastlegeforskriftens del 1; Veiledning, pkt.1.2

overordnede ansvar, er fastlegers og pasienters rettigheter utpenslet ved forskrift. At fastlegers reservasjonsmulighet foreslås innfelt i fastlegeforskriften, fremstår derfor som naturlig. Vurderingen taler for at forslagene oppfyller kravet til «effektiv beskyttelse».

Dernest gjenstår den materielle vurderingen av hvorvidt reglene er tilstrekkelig klare og tydelige. Hvis ikke, svekkes statens oppfyllelse av kravet til «effektiv beskyttelse.»

De mest sentrale forslagene fremgår av forskriftens § 24a til 24f. At reglene fremstilles samlet, gjør dem synlige, klare og mer sammenhengende. Samtidig styrkes abortsøkende kvinners rettssikkerhet, ved at reservasjonsadgangens forutsetninger og forbehold vanskeligere kan overses.

Reglenes materielle innhold bærer preg av interesseavveiningen mellom fastlegers samvittighetsfrihet, og kvinners rett til abort. Hensynet til ivaretagelsen av kvinnens rettigheter, gjennomsyrrer alle bestemmelsene. Ved å vedta klare, forståelige regler om retten til samvittighetsnekt ved henvisning, styrkes forutberegneligheten og rettssikkerheten for kvinner. Til sammenlikning med dagens reservasjonspraksis, representerer det foreslåtte lovverket en klargjørende kodifisering av fremtidig rett.

En samlet vurdering tilsier at de foreslåtte reglene er tilstrekkelig klare og tydelige. Drøftelsen tilsier at forslagene oppfyller kravet til «effektiv beskyttelse».

Kravet til «effektiv beskyttelse» styrkes av fylkesmennenes plikt til å føre tilsyn med reservasjonsordningen. Ikke bare skal kommunen sende kopi av reservasjonsavtalene til fylkesmannen. Statens helsetilsyn kan også gi pålegg om å rette forholdene, dersom virksomheten drives på en skadelig og uforsvarlig måte. Videre kan tilsynsmyndighetene gi administrative reaksjoner overfor den enkelte fastlege etter helsepersonelloven kapittel 11.

Fylkesmannens og tilsynsmyndighetenes etterforskende og forebyggende rolle¹⁰⁹ vil kunne bidra til at regelverket etterlevs og håndheves.

¹⁰⁹ Jfr. pkt.2.3.2.3.3

Forslagene til lovendringer oppfyller således kravet til «effektiv beskyttelse».

6.4.1.3.4 Krav til «fair balance»

Problemstillingen blir så hvorvidt staten har truffet en «fair balance» mellom fastlegers overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort.

a.) Avveiningen materielt – «fair»?

Jeg tar først stilling til om høringsforslagets regler treffer en «fair balance» mellom fastlegers overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort.

Fastlegeordningens formål er å sikre at alle får nødvendige allmennlegetjenester av god kvalitet til rett tid, og at listeinnbyggerne får en fast allmennlege å forholde seg til, jfr. fastlegeforskriften § 1.

Formålet begrunnes med behovet for forutberegnelighet og trygghet for listeinnbyggerne. Videre er kontinuitet i forholdet mellom legen og innbyggerne, og god tilgang til tjenesten, viktige indikatorer på kvalitet¹¹⁰.

Som en oppfølging av formålet, har fastlegene plikt til å yte et helhetlig tjenestetilbud; herunder konsultasjon og henvisning til abort.¹¹¹

Høringsnotatet foreslår et unntak fra fastlegenes ytelsesplikt. Dersom kommunen åpner for det, kan fastlegen reservere seg fra aborthenvisning. Reservasjonsmuligheten svekker forutberegneligheten og tryggheten for kvinnen, samt den tilsiktede kontinuiteten mellom pasienten og fastlegen.

¹¹⁰ Jfr. departementets merknad

¹¹¹ Jfr. fastlegeforskriften § 10

Spørsmålet blir hvorvidt regelforslagene bidrar til å avdempe ulempene for abortsøkende kvinner, på en slik måte at avveiningen fremstår som rimelig.

Jeg velger å gjennomgå reglene i § 24a til 24f i tidslinje – fra kommunen vurderer reservasjonsmulighet, til en reservasjonsavtale sies opp.

Det følger av forskriftens § 24a(1) at det er opp til kommunen hvorvidt en fastlege skal gis reservasjonsadgang. Regelen begrunnes med kommunens overordnede ansvar for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester, jfr. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1(1). Før kommunen kan inngå avtale om reservasjon, må den imidlertid forsikre seg om at det er tilstrekkelig tilgang til andre henvisningsvillige fastleger. På den måten gis kvinner en mulighet til å skifte fastlege om ønskelig, jfr. § 24b.

Ordlyden tilsier at fastlegers reservasjonsadgang er underlagt visse betingelser. At en fastleges reservasjonsrett er betinget av at hans kvinnelige listeinnbyggere kan bytte til en henvisningsvillig fastlege, trykker kvinners helserettigheter. Ikke bare kan hun unnsnippe følelsen av fordømmelse fra sin opprinnelige fastlege. Hun slipper dessuten bryet med å bli henvist videre til en annen, henvisningsvillig lege.

På den annen side, vil et fastlegebytte foranlediget av reservasjon vanskeliggjøre kvinners tilgang til abort. Byttet vil utgjøre et ekstra hinder på veien mot henvisning.

For å avdempe ulempene ved fastlegebytte, følger det av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1c(4) at skiftet ikke skal medregnes etter reglene om inntil to skifter per kalenderår.

Regelen gir kvinnen en garantert, ubetinget rett til å skifte fastlege. Dette styrker kvinnens tilgang til abort.

Likevel vil et fastlegebytte bryte den kontinuitet og tillitsforhold som fastlegeordningen tilsikter. Byttet kan følgelig oppleves som en følelsesmessig påkjenning for kvinnen. At forslaget oppmuntrer til slike brudd, er et argument mot at reglene er «fair».

Fastlegen skal ifølge § 24c informere alle sine listeinnbyggere om reservasjonsavtalen i det den inngås. I den anledning, presiseres det i merknadene til paragrafen at legen i tillegg bør informere om hvilke fastleger som er henvisningsvillige, samt muligheten for å henvende seg direkte til sykehuset. Videre følger det av merknadene at informasjonen skal gis direkte til den enkelte pasient.

Fastlegen har dessuten en plikt til å informere de listeinnbyggerne som vurderer henvisning til abort om deres rett til sykehushenvendelse, uten henvisning fra fastlege, jfr. § 24d.

Informasjonsplikten styrker forutsigbarheten og tryggheten for kvinner. Kvinnene sikres informasjon om fastlegens reservasjonsavtale, om henvisningsvillige leger, og om muligheten for sykehushenvendelse. Vurderingen taler for at reglene evner å avdempe ulempene for abortsøkende kvinner, på en slik måte at avveiningen fremstår som rimelig.

Som en forlengelse av fastlegenes informasjonsplikt, skal kommunen etter § 24e gjøre alle innbyggerne kjent med hvilke leger som til enhver tid har reservert seg. I merknadene til paragrafen presiseres det at informasjonen skal være lett tilgjengelig på bl.a. nettsiden MinFastlege.no.

Kommunens informasjonsplikt styrker kvinners forutsigbarhet ved legevalg. En reservasjonsavtale er betinget av at fastlegens listeinnbyggere får tilbud om aborthenvisning på annen måte, «uten urimelig ulempe». Før avtale om reservasjon kan inngås, må fastlegene derfor legge frem en skriftlig avtale med en annen fastlege i nærheten om at han eller hun forplikter seg til å henvise til abort, jfr. § 24a(3). I den anledning presiseres det i § 24d at abortsøkende kvinner skal få tilbud om konsultasjon hos den andre fastlegen senest neste virkedag.

Fastlegens avtale sikrer kvinnen konsultasjon og henvisning innen neste virkedag. Dette styrker retten til abort. Videre kan det være til fordel for kvinnen at hun ikke risikerer fordømmelse fra egen fastlege. Vurderingen tilsier at reglene treffer en «fair balance» mellom fastlegens overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort.

Forskriftens § 24a regulerer reservasjonsadgangens innhold. Henvisingen til abort omfatter alle handlinger som inngår i prosessen fra å motta en kvinnes spørsmål eller begjæring om abort, til å sende den endelige begjæringen til sykehuset.

At legen skal kunne reservere seg fra å utføre alle deloppgavene tilknyttet abort, virker unødvendig og urimelig. På den annen side er det muligens bedre at kvinnen blir overlatt til en fordomsfri, åpen lege om abortspørsmål, enn sin egen fastlege med samvittighetskvaler.

Bent Høie har nylig uttalt at det aldri var regjeringens intensjon å gi leger rett å nekte å svare på enkeltspørsmål tilknyttet abort. De er derfor forpliktet til å besvare på eksempelvis hvor langt en gravid kvinne er på vei, eller hva samfunnet kan tilby av bistand. Høie har derfor foreslått en endring i høringsforslaget.¹¹²

Dersom endringene vedtas, vil kvinnen sikres et mer fleksibelt møte med fastlegen.

Offentlige organers tilsyn med ordningen sikrer en effektiv rettshåndhevelse av reglene, og dermed en presumptivt rettssikker ordning for kvinner.

Kommunen har rett til å si opp reservasjonsavtaler, for å tilgodese kvinners rett til abort, jfr. § 24g. Årsaker til oppsigelse kan være at fastlegen har misligholdt sin informasjonsplikt, eller plikt til å sørge for at hans abortsøkende listeinnbyggere får konsultasjon hos en annen fastlege senest innen neste virkedag. Videre kan avtaleoppsigelse anses nødvendig hvor en avtale med en henvisningsvillig fastlege faller bort. Til sist kan kommunen avslutte en reservasjonsavtale dersom antallet henvisningsvillige fastleger ikke er stort nok til å tilgodese kvinners ubetingede bytterett av fastlege.

Retten til å si opp fastlegeavtaler, tjener som en sikkerhetsventil for de tilfeller regelverket ikke overholdes. Sikkerhetsventilen vitner om at lovgiver anser hensynet til kvinnen for å veie tyngst, hvor partenes interesser ikke lar seg forene.

¹¹² Blindheim (2014)

I høringsrunden, har mange kommuner gitt uttrykk for at de ikke vil ha ansvaret for fastlegenes reservasjonsmuligheter. Helse- og omsorgsministeren vurderer derfor å droppe dette forslaget, og i stedet innføre en nasjonal ordning.¹¹³

Det springende punkt blir hvorvidt en nasjonal, og ikke kommunal reservasjonsordning er egnet til å svekke kvinners rettssikkerhet.

Det er kommunen som har det overordnede ansvaret for innbyggernes helsetilbud, og som forvalter fastlegeordningen. Ansvarer taler for at kommunen står nærmest til å vurdere en reservasjonsavtales berettigelse. Motsetningsvis vil en sentralisering av ansvaret muligens svekke den forsvarlighet som reservasjonsordningen påkrever. Momentene tilsier at en alternativ, nasjonal ordning må være egnet til å kompensere for de mangler som følger med ansvarsforflyttingen.

En reservasjonsadgang for leger forutsetter at en rekke betingelser er oppfylt, som alle trygger kvinners tilgang til abort. Forslagene til inngående reguleringer, samt sanksjoner mot regelbrudd, taler med styrke for at hensynet til *demokratiet og rettstaten* tilgodeses. Ikke bare beskyttes legers overbevisningsfrihet hvor det lar seg forene med kvinners rettigheter. Partenes rettigheter foreslås også harmonisert og kodifisert ved lov. På den måten ivaretas grunnverdiene bak EMK. En samlet vurdering taler for at regelforslagene bidrar til å avdempe ulempene for abortsøkende kvinner på en slik måte, at avveiningen fremstår som rimelig.

Reglene treffer dermed en «fair balance» mellom fastlegers overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort.

b.) Avveiningen generelt – «fair»?

Problemstillingen blir om staten har truffet en «fair balance» mellom fastlegers overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort - i et samfunnsperspektiv.

¹¹³ l.c.

Regelforslagene bidrar til å sikre fastlegers manifestering av overbevisningsfrihet. Således effektiviseres rettighetsinnholdet i EMK artikkel 9(1).

Videre styrker regelforslaget pluralismen og mangfoldet i samfunnet, - jfr. Bayatyan og Eweida.

Realiseringen av fastlegers overbevisningsfrihet, samt reglens betydning for pluralismen, taler med styrke for at staten har truffet en «fair balance».

Dessuten forfølger høringsforslaget Parlamentarikerforsamlingens anbefalinger, om å utvikle klare regler som regulerer forholdet mellom samvittighetsnekt og pasientrettigheter, jfr. resolusjonens pkt.4. I den anledning tilgodeser staten rådets tre oppfordringer til regelverket. For det første garanterer regelforslagene rett til samvittighetsnekt ved deltakelse i den aktuelle medisinske prosedyre, herunder henvisning, jfr. pkt. 4.1. For det annet sikrer reglene at de kvinnelige listeinnbyggere informeres om samvittighetsnekt i tide, og at de overføres til en alternativ behandler, jfr. pkt.4.2. For det tredje sikrer reglene at kvinnene mottar egnet behandling, herunder konsultasjon og henvisning til abort.

Ved at Norge regulerer legers samvittighetsnekt, trygges abortsøkende kvinners forutsigbarhet og trygghet. På den måten avhjelpes også Parlamentarikerforsamlingens bekymring for at uregulert bruk av samvittighetsnekt kan påvirke kvinner på en uforholdsmessig måte.¹¹⁴

At høringsforslaget oppfyller Parlamentarikerforsamlingens oppfordringer, tilsier at staten har truffet en «fair balance».

På den annen side, motarbeider reglene formålet bak fastlegeordningen. Utgangspunktet er at listeinnbyggerne skal få alle allmennlegetjenester tilbudt av egen fastlege. Gjennomgangen av reglene vitner likevel om at ulempene for kvinner tilsiktes avhjulpet på beste måte.

Videre, kjennetegnes som nevnt legeyrket av sin befatning med etikk og moral, og liv og død.¹¹⁵ Hvorfor skal ikke også en beslutning om å utskrive medisiner med dødelige bivirk-

¹¹⁴ Resolution 1763 (2010) Pkt.2

ninger, berettigede reservasjon? Her foretar ikke legen bare en beslutning, men den får avgjørende betydning for pasientens livslengde. Til sammenlikning, er det ikke legen, men kvinnen som beslutter abort. Legen har dessuten en mer distansert, uavhengig rolle. Han utfører ikke svangerskapsavbruddet, men tilrettelegger for den. Momentene gjør den foreslåtte reservasjonsmuligheten mindre beskyttelsesverdig. Vurderingen svekker statens «fair balance»-avveining.

Lovgivningen har symbolverdi som fane for samtidens holdninger. At legene som utøvere av et samvittighetsfullt yrke forbeholdes reservasjonsmulighet ved konsultasjon og aborthenvisning, kan gi et uheldig, utilsiktet signal om at abort anses forkastelig. En slik symbollovgivning vil underbygge et mindretalls motforestillinger mot abort, men undergrave flertallets syn. At flertallet støtter retten til abort ved lovgivning, kan indikere at høringsforslaget er mindre rimelig – lite «fair».

En vedtakelse av høringsforslaget vil dessuten kunne legitimere og rettferdiggjøre reservasjonsmuligheter på andre områder. Skal legenes etikk- og moralsyn heves over listeinnbyggernes rett til et helhetlig behandlingstilbud?

Motargumentene gjør statens «fair balance»-avveining mindre rimelig. Likevel har staten har en vid skjønnsmargin til å ta politiske beslutninger om hva som anses beskyttelsesverdig i et moralsk, betent spørsmål som abort. Staten er følgelig ikke *forpliktet* til å vedta det aktuelle høringsforslaget. Likevel vil en gjennomføring bidra til at Norge opptrer mer konvensjonslojalt enn tidligere. Foruten å styrke fastlegers overbevisningsfrihet, vil pluralismen i samfunnet dyrkes. Videre vil Norges forfølgning av Resolution 1763 ikke bare tilgodese oppfordringer internasjonalt, men også styrke kvinners rettssikkerhet. Drøftelsen tilsier at Norge oppholder seg trygt innenfor skjønnsmarginen.

En samlet vurdering taler med styrke for staten har truffet en «fair balance» mellom fastlegers overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners rett til abort - i et samfunnsperspektiv.

¹¹⁵ Jfr.pkt.6.2.2.4.2

6.4.1.3.5 Konklusjon

Høringsforslaget utgjør en konvensjonslojal sikring av EMK artikkel 9.

6.4.2 Krenker høringsnotatet EMK artikkel 14, jfr. EMK artikkel 9?

Problemstillingen blir hvorvidt høringsnotatet diskriminerer abortsøkende kvinner.

Det fremgår av ordlyden at «the enjoyment of the rights and freedoms» i konvensjonen skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag som «sex».

En naturlig, språklig forståelse tilsier at rettighetene etter EMK artikkel 9 skal bli sikret, uten diskriminering på grunnlag av kjønn.

I Eweida utpensles prinsippene innfortolket i EMK artikkel 14. For at diskrimineringsbestemmelsen skal aktiveres, må det kunne oppspores forskjellsbehandling av personer i sammenliknbare situasjoner.

Reservasjonsretten medfører at kvinner, til sammenlikning med menn, blir avskåret fra et helhetlig tjenestetilbud fra sine fastleger. Kvinnen blir følgelig forskjellsbehandlet i sitt møte med fastlegen.

Denne forskjellsbehandlingen er diskriminerende dersom den ikke har en objektiv og rettfærdig begrunnelse. En konvensjonslojal begrunnelse forutsetter at den forfølger et legitimt formål, og gir uttrykk for en rimelig forholdsmessighet mellom tiltaket og formålet som søkes oppnådd.

Høringsforslaget har som formål å styrke legers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9 – hvilket er legitimt. Videre illustrerer «fair balance»-avveiningen mellom fastlegens og kvinners rettigheter under pkt.6.4.1.3.4 at reglene gir uttrykk for en rimelig forholdsmessighet mellom tiltaket og formålet som søkes oppnådd. Følgelig diskrimineres ikke abortsøkende kvinner.

Høringsnotatet diskriminerer ikke abortsøkende kvinner.

7 Avslutning

Hovedproblemstillingen har vært om staten overholder sin forpliktelse til å sikre fastlegers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9, jfr. artikkel 1.

For det første utgjør dagens konsultasjons- og henvisningsplikt en restriksjon på fastlegers overbevisningsfrihet, som lar seg forene med EMK artikkel 9(2). Påbudet motvirker imidlertid ivaretagelsen av reell pluralisme og mangfold, samt Parlamentarikerforsamlingens oppfordringer til anerkjennelse av samvittighetsnekt. Faktorene innsnevrer Norges handlingsrom. Staten har dermed kun en *viss* skjønnsmargin til å håndheve påbudet.

For det annet er jeg under tvil kommet til eksistensen av dagens reservasjonspraksis utgjør en reell sikring av EMK artikkel 9(1). Norge har verken gitt praksisen «effektiv beskyttelse», eller truffet en «fair balance» mellom fastlegers overbevisningsfrihet, holdt opp mot kvinners helserettigheter. At majoriteten av medlemslandene sliter med de samme utfordringene som Norge, og at saken angår moral, tilsier likevel at skjønnsmarginen ikke er overtrådt. Staten er imidlertid på kant med skjønnsmarginen.

Så vel Norge, som majoriteten av medlemslandene regulerer reservasjonspraksis på en utilstrekkelig måte. Som en følge av dette, oppfordrer Parlamentarikerforsamlingen statene til å vedta klarere regler til regulering av forholdet mellom samvittighetsnekt og pasientrettigheter. Faktorene avdekker et behov for rettsutvikling på området. I takt med at mange stater vil utvikle et mer omfattende, balansert regelverk, vil skjønnsmarginen innsnevres for dem som unnlater dette. For å unngå ansvar for konvensjonsbrudd i nær fremtid, bør Norge derfor gjennomføre, og håndheve rådets anbefalinger.

For det tredje, vil en vedtakelse av regjeringens høringsforslag sikre en konvensjonslojal oppfyllelse av EMK artikkel 9(1). Forslaget ivaretar pluralismen og mangfoldet i samfunnet, og tilgodeser Parlamentarikerforsamlingens internasjonale oppfordringer. Videre sikrer regelfor-

slagene en effektiv, balansert beskyttelse av så vel fastlegers overbevisningsfrihet, som kvinners rettssikkerhet. Faktorene taler for at Norge oppholder seg trygt innenfor skjønnsmarginen, og at høringsforslaget utgjør en god sikring av bestemmelsen.

Konklusjonene viser at selv om fastlegers reservasjon mot konsultasjon og henvisning er svært omstridt, vil en balansert sikring av fastlegenes overbevisningsfrihet styrke statens oppfyllelse av menneskerettighetene.

Staten overholder følgelig sin forpliktelse til å sikre fastlegers overbevisningsfrihet etter EMK artikkel 9, jfr. artikkel 1.

8 Litteraturliste

8.1 Lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814.
- 1975 Lov om svangerskapsavbrudd (abortloven) av 13. juni 1975 nr. 50.
- 1984 Lov om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m (helsetilsynsloven) av 30. mars 1984 nr. 15.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 1999 Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63.
- 1999 Lov om helsepersonell m.v.(helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64.
- 2011 Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30.

8.2 Forskrifter

2001	Forskrift om svangerskapsavbrudd (abortforskriften) av 15. juni 2001 nr. 635.
2000	Forskrift om fastlegeordning i kommunene (fastlegeforskriften) av 14. april 2000 (opphøvet).
2012	Forskrift om fastlegeordning i kommunene (fastlegeforskriften) av 29. august 2012 nr. 842.

8.3 Konvensjoner

Statute of the Council of Europe	London, 5.V.1949. Tilgjengelig på: http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/001.htm [sitert 20.03.14]
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950
FNs verdenserklæring om menneskerettigheter	Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948
ØSK	Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
KDK	Konvensjon om avskaffelse av alle former for

diskriminering av kvinner (kvinnediskrimineringskonvensjonen), 18. desember 1979

8.4 Resolusjoner

Resolution 1763

PACE (Parlamentarikerforsamlingen) Resolution 1763 (2010). The right to conscientious objection in lawful medicare. Parliamentary Assembly, Council of Europe.

8.5 Dommer

8.5.1 Norske dommer

Rt. 2005 s. 833

8.5.2 EMD-dommer

A, B og C mot Irland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. desember 2010.

Airey mot Irland

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9. oktober 1979.

Ahmad mot Storbritannia

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1982.

Arrowsmith mot Storbritannia (Ar-

The European Court of Human Rights, Stras-

rowsmith)	bourg, 1978.
<i>Bancovic mfl. not Belgia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19. desember 2001.
<i>Bayatyan mot Armenia (Bayatyan)</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. juli 2011.
<i>Campbell og Cosans mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. februar 1982.
<i>EB mot Frankrike</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. januar 2008.
<i>Evans mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. april 2007.
<i>Eweida mfl. mot Storbritannia (Eweida)</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. januar 2013.
<i>Golder mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. Februar 1975.
<i>Handyside mot Storbritannia (Handyside)</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. desember 1976.
<i>Ignaccolo-Zenide mot Romania</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. januar 2000.
<i>M.C. mot Bulgaria</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. Desember 2003.
<i>Paton mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Stras-

	bourg, 13. mai 1980.
<i>Pichon og Sajous mot Frankrike</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. oktober 2001.
<i>Powell og Rayner mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. Februar 1990.
<i>Stedman mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31. desember 1997.
<i>Stubbings mfl. mot Storbritannia</i> (Stubbings-saken)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. oktober 1996.
<i>Vo mot Frankrike</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juli 2004.
<i>X, Y og Z mot Storbritannia</i>	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. April 1997

8.6 Innstillinger, rundskriv og andre offentlige uttalelser

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD)	<i>Høringsnotat – Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og i pasient- og brukerrettighetsloven (hjemmel til å gi forskrifter om reservasjonsmulighet for fastleger og rett til å skifte fastlege ved reservasjon) – Forskrift om endringer i fastlegeforskriften (forskrift 29. august 2012 nr. 842 om fastlegeordningen i kommunene) og i forskrift om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen (forskrift 29. august 2012 nr. 843).</i> http://www.regjeringen.no/pages/38601964/horin
--------------------------------------	--

[gsno-tat_reservasjonsordning_fastleger_210114.pdf](#)

[sisert 17.03.14]

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) *Fastlegeordningen* (2014)
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/tema/helse-og-omsorgstjenester-i-kommunene/fastlegeordningen.html?id=115301> [sisert 23.04.14]

Helsedirektoratet *Bestilling – Undersøkelse av samvittighetsbegrunnede reservasjoner mot å utføre oppgaver i den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten*
01.06.12.
http://www.helsedirektoratet.no/Om/nyheter/Documents/samvittighetsbegrunnede_%20reservasjoner.pdf [sisert 17.05.14]

Rundskriv 1-3/2005 *Statusrapport om fastlegeordningen i Norge etter 2 ½ år – oppfølging i den enkelte kommune*
02.03.05, av Helse- og omsorgsdepartementet.
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rundskriv/2005/i-32005.html?id=109511> [sisert 17.04.14]

Rundskriv IK-24/95 Statens helsetilsyn (20.06.1995)

Rundskriv 1-4/2011 *Om reservasjon for leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten* 31.10.2011.
http://www.regjeringen.no/pages/35682381/Rundskriv_reservasjon_I-4-2011.pdf [sisert 23.04.14]

8.7 Litteratur

- Aall, Jørgen *Rettstat og menneskerettigheter*. 3. utgave. Bergen, 2011.
- Høstmølingen, Njaal *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utgave. Oslo, 2012.
- Jacobs, F.C, White, R.C.A. og Ovey, C. *The European Convention on Human Rights*. 5. utgave. Oxford, 2010.
- Merrills, John G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. 2. utgave. Manchester, 1993.
- Mirmotahari, Amir *EMK og mellomprivate konflikter*. 1. utgave. Oslo, 2007.

8.8 Artikler

8.8.1 Tidsskriftsartikler

- Equality and Human Rights Commission (National Human Rights Institution - NHRI) *Article 9: Freedom of thought, conscience and religion*. I: Human Rights Review. 2012.

8.8.2 Avisartikler

- Bakke, Arne *Vil ikke være en del av abortprosessen.* I: Dagens medisin. 31. januar 2013.
<http://www.dagensmedisin.no/nyheter/vil-ikke-vare-en-del-av-abortprosessen/> [sitert 21.03.2014]
- Blindheim, Anne Marte *Vurderer abortrett.* I: Dagbladet. 8. februar 2014.
http://www.dagbladet.no/2014/02/07/nyheter/samfunn/bent_hoie/politikk/innenriks/31700534/ [sitert 09.04.14]
- Blindheim, Anne Marte *Aldri ment at legene skal avslå å hjelpe gravide.* I: Dagbladet. 18. mars 2014.
<http://www.dagbladet.no/2014/03/18/nyheter/samfunn/politikk/solberg-regjeringen/regjeringen/32364920/> [sitert 08.04.14]
- Huse Amundsen, Ingeborg *Norske leger: Derfor vil vi ikke hen vise til abort.* I: Verdens Gang. 31. januar 2014
<http://www.vg.no/nyheter/utskriftsvennlig/?artId=10121425> [sitert 21.03.14]
- Høie, Bent *Urokkelig rettighet.* I: Aftenposten. 19. mars 2014.
- NTB *Reservasjonsleger fortsetter som før.* I: Verdens Gang. 9. mars 2014.
<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/likestilling/reservasjonsleger-fortsetter-som-foer/a/10145902/>

[siteret 04.04.14]

8.9 Andre kilder

Clemet, Kristin mfl.

Samvittighetsfrihet og fastlegers reservasjonsrett.
Civita-notat, nr. 17/2012.

<http://www.civita.no/publikasjon/nr-17-2012-samvittighetsfrihet-og-fastlegers-reservasjonsrett>

[siteret 05.03.14]

Debatten (2014)

På tvkanalen NRK. 13. mars 2014.

DOC. 12347

Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection.
Report. Social, Health and Family Affairs Committee. 20. oktober 2010.

<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12506&Language=EN> [siteret

23.04.14]