

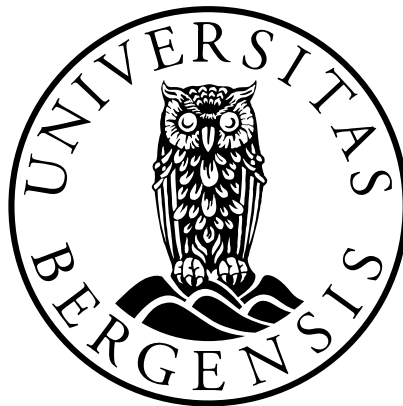
Fastlegers reservasjonsrett ved henvisning til selvbestemt abort

Er det å kreve at fastleger personlig henviser til selvbestemt abort en krenkelse av EMK art. 9?

Kandidat: Ane Kristine Helgøy

Veileder: Erling Johannes Husabø

Antall ord: 33183 (35641)



JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni 2013

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	6
1.1 Emnets aktualitet og bakgrunn	6
1.2 Presisering av problemstilling	7
1.3 Oppbygning av oppgaven.....	7
1.4 Avgrensning.....	8
2 Reservasjonspraksis i dag.....	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Om fastlegeordningen.....	9
2.3 Fastlegenes oppgaver i forbindelse med abort	11
2.4 Tidligere reservasjonspraksis	12
2.5 Om Rundskriv I-4/2011	13
2.6 Helsedirektoratets undersøkelse i 2012	14
2.7 Fastlegenes begrunnelser for reservasjon	15
3 Område for vernet av samvittighetsfriheten i EMK art. 9 første ledd.....	18
3.1 Innledning og videre fremstilling	18
3.2 Introduksjon og tolkningsprinsipper for EMK	18
3.3 Om EMK art. 9	20
3.3.1 Innledning.....	20
3.3.2 Forholdet mellom samvittighetsfriheten og religionsfriheten	20
3.3.3 Hva innebærer samvittighetsfriheten i art. 9 tradisjonelt	21
3.3.4 Hva er en beskyttelsesverdig samvittighet	21
3.4 Pichon mot Frankrike (2001).....	22
3.5 Resolution 1763 (2010)	24
3.6 Bayatyan mot Armenia (2011)	26
3.7 Eweida m.fl mot Storbritannia (2013).....	27
3.7.1 Innledning.....	27
3.7.2 Klagerne	27
3.7.3 EMDs bruk av art. 9	29
3.8 Konklusjon om art. 9 første ledd sitt virkeområde	31
3.9 Avkall på samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd.....	32

3.9.1	Generelt	32
3.9.2	Ulike grupper av fastleger	33
3.9.3	Fastlege med reservasjonsklausul i fastlegeavtale før Rundskriv I-4/2011	34
3.9.4	Fastlege uten reservasjonsklausul i fastlegeavtale med avtale før Rundskriv I-4/2011	34
3.9.5	Fastlege med fastlegeavtale inngått etter Rundskriv I-4/2011	35
3.9.6	Konklusjon og videre problemstilling	36
4	Lovskravet ved inngrep i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd	37
4.1	Innledning og problemstilling	37
4.2	Fastlegens henvisnings- og konsultasjonsplikt etter gjeldende rett	38
4.2.1	Innledning og problemstilling	38
4.2.2	Rundskriv I-4/2011	38
4.2.3	Abortlovens saksbehandlingsregler §§ 2, 4-6	40
4.2.4	Spørsmål om antitetisk tolkning av abortlov og abortforskrift når det gjelder reservasjonsrett i forbindelse med abort	42
4.2.5	Fastlegeforskriften § 10	45
4.2.6	Fastlegeforskriften § 24	49
4.2.7	Abortlov og abortforskrift i sammenheng med fastlegeforskrift	50
4.3	Konklusjon og videre problemstilling	52
5	Formålmessigkravet ved inngrep i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd ..	54
5.1	Innledning og problemstilling	54
5.2	Abort som ivaretagelse av «health»	54
5.3	Inngrepets tilknytning til formålet	55
5.4	Konklusjon	56
6	Forholdsmessighetsvurdering ved inngrep etter EMK art. 9 andre ledd	58
6.1	Problemstilling og oppbygning av drøftelsen	58
6.2	Generelle utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen	59
6.3	Skjønnsmargin og komparativt aspekt	61
6.4	Gjennomgang av Resolution 1763	66
6.5	Hensynet til legenes samvittighet	69
6.5.1	Samvittighetsfrihet	69
6.5.2	Legeetikk og hensynet til legenes samvittighet	71
6.5.3	Type behandling	74
6.5.4	Hvor delaktig fastlegen er i abortprosessen	76

6.6	Hensynet til kvinners helse.....	77
6.6.1	Abort som rettighet.....	77
6.6.2	Kvinnens helse	79
6.6.3	Formålets tyngde i balanseringen.....	79
6.7	Forholdsmessighet av en eventuell regel som pålegger fastleger personlig å konsultere og henvise kvinner til abort, uten å mulighet for å gi kvinnen time direkte hos en annen fastlege	81
6.7.1	Problemstilling	81
6.7.2	Hvor sentral denne oppgaven er i fastlegeyrket	81
6.7.3	Ulemper ved reservasjon	82
6.7.4	Alternative løsninger	84
6.7.5	Avgrensning av reservasjonsønsker	87
6.7.6	Fellesliste.....	89
6.7.7	Fastleger med fastlegeavtale før eventuell regelendring.....	89
6.7.8	Fastleger med reservasjonsklausul i fastlegeavtalen, hvor avtalen er inngått før en eventuell regelendring	90
6.7.9	Fastleger som inngår fastlegeavtale etter en eventuell regelendring.....	91
6.8	Problemstillingen rundt abort kommer opp i løpet av legetime	92
6.8.1	Innledning og problemstilling	92
6.8.2	Fastlegen sier med en gang at ikke kan gjennomføre konsultasjon, og gir ny time hos annen fastlege	92
6.8.3	Fastlegen gjennomfører abortkonsultasjon, men vil deretter ikke henvise til abort.....	95
6.8.4	Problemstillingen rundt abort kommer opp underveis i legetimen	96
6.9	Konklusjoner for forholdsmessighetsvurderingen.....	97
7	Konklusjon	99
8	Kildeliste	101
8.1	Lover.....	101
8.2	Forskrifter	101
8.3	Forarbeider.....	101
8.4	Stortingsmeldinger.....	102
8.5	Konvensjoner/traktater	102
8.6	Resolusjoner	102
8.7	Dommer	103
8.7.1	Dommer og avgjørelser fra EMD.....	103

8.7.2	Høyesterettsdommer.....	104
8.7.3	Andre lands domstoler	104
8.8	Innstillinger, rundskriv og andre offentlige uttalelser	104
8.9	Litteratur	105
8.9.1	Bøker	105
8.9.2	Artikler	106
8.10	Andre kilder	108
9	Liste over figurer.....	111

1 Innledning

1.1 Emnets aktualitet og bakgrunn

Helse- og omsorgsdepartementet (HOD) uttalte i et rundskriv fra oktober 2011 at allmennleger og fastleger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten ikke har noen «lov- eller forskriftsfestet rett til å reservere seg av samvittighetsgrunner.»¹ Ifølge rundskrivet kan kommunen heller ikke avtale en slik reservasjonsrett med den enkelte lege. Dette står i motsetning til departementets uttalelse i 2009 til Rådet for legeetikk² angående reservasjonsrett ved henvisning av lesbiske for inseminasjon. Der heter det at det er opp til kommunen å organisere helsetjenesten på en måte som gir borgerne den helsehjelp de har krav på.³ Videre påpekes det at «[e]tter departementets oppfatning er det intet rettslig i veien for at legen kan gis en reservasjonsrett dersom kommunen legger til rette for at det lesbiske paret kan få samme hjelp av en annen lege.»⁴

Rundskrivet⁵ skapte sterke reaksjoner hos en del av landets fastleger som ønsket å beholde den reservasjonsmuligheten av samvittighetsgrunner som i praksis har eksistert siden retten til selvbestemt abort ble innført, og som inntil da hadde vært godtatt av departementet.⁶

Helsepersonell har en lovfestet reservasjonsrett ved selve utførelsen av abortinngrepet etter abortloven § 14. Etter denne bestemmelsen skal det i organiseringen av sykehustjenesten «tas hensyn til helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å utføre eller assistere ved slike inngrep», jf. § 14 andre punktum. Abortforskriften utdyper at «helsepersonell som av samvittighetsgrunner ønsker det, skal fritas fra å utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd. Retten til fritak gjelder ikke for helsepersonell som gir kvinnen stell og pleie før, under og etter svangerskapsavbruddet», jf. abortforskriften § 15 første ledd. Videre gjelder retten til fritak også den som «forskriver eller administrerer medikamenter i forbindelse med svangerskapsavbruddet» ved medikamentell abort, jf. abortforskriften § 15 tredje ledd. Det er

¹ Rundskriv I-4/2011

² Det legeetiske råd er et organisasjonspolitisk utvalg i Den norske legeforening. «Rådet for legeetikk er Den norske legeforenings sakkyndige organ i spørsmål vedrørende legeetikk, og rådet rådgir løpende overfor Legeforeningens sentrale organer og medlemmer.» (legeforeningen.no, Tilgjengelig på <http://legeforeningen.no/Om-Legeforeningen/Organisasjonen/Rad-og-utvalg/Organisasjonspolitisk-utvalg/etikk/> Lastet ned 14.01.2013)

³ HOD 2009

⁴ HOD 2009

⁵ Rundskriv I-4/2011

⁶ HOD 2009

klart at den lovfestede reservasjonsretten ikke omfatter fastlegens reservasjon mot å ta abort-konsultasjoner og henviser til abort. Dette uttales eksempelvis klart i en tilsynssak fra 2004 der Helsetilsynet uttaler at «[b]estemmelsen om reservasjonsrett omfatter ikke henvisning til svangerskapsavbrudd.»⁷

1.2 Presisering av problemstilling

Oppgavens hovedfokus vil være på EMK art. 9 om samvittighetsfrihet. Problemstillingen er om samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 innebærer en rettighet for fastleger å nekte selv å konsultere og henviser til abort, dersom de sørger for at en annen lege utfører oppgaven.

Denne problemstillingen kan deles opp i to hovedspørsmål. Første hovedspørsmål er om fastlegens reservasjon faller innenfor virkeområdet til EMK art. 9, og eventuelt om de har gitt avkall på denne på grunn av arbeidsforhold. Dersom forholdet er innenfor art. 9 blir neste hovedspørsmål om vilkårene for å gjøre inngrep i denne rettigheten etter art. 9 andre ledd er oppfylt.

Under kapittelet om inngrepet i legenes samvittighetsfrihet er hjemlet i lov, jf. EMK art. 9 andre ledd, vil jeg også drøfte om gjeldende rett faktisk innebærer et forbud mot at fastleger lar være selv å utføre abortkonsultasjoner og henvisning. Det er altså et spørsmål om staten gjennom rettslige virkemidler faktisk har stilt krav til at fastleger personlig tar konsultasjoner med abortsøkende kvinner og henviser disse videre til abort. Denne problemstillingen vil bero på en tolkning av abortloven, abortforskriften og fastlegeforskriften, samt disse i sammenheng med hverandre.

1.3 Oppbygning av oppgaven

I kapittel 2 vil jeg gi en fremstilling av dagens reservasjonspraksis ved henvisning til abort. Kapittel 3-6 omhandler fastlegens reservasjon etter EMK art. 9. Den første delen omhandler om slik reservasjon i et arbeidsforhold i det hele tatt er vernet av art. 9s virkeområde, og om fastlegene eventuelt har gitt avkall på et slikt vern (kapittel 3). Eweida, en dom avsagt av EMD tidlig i 2013, vil her stå sentralt. Tolkingsprinsipper og generelle utgangspunkter for EMK tas underveis der de er relevante. I begynnelsen av kapittel 3 om art. 9 sitt virkeområde vil jeg også ta for meg generelle utgangspunkter for en vurdering etter EMK.

⁷ Tilsynssak 2004 s. 3

Videre vil jeg i kapittel 4-6 vurdere inngrepsvilkårene etter EMK art. 9 andre ledd. Den generelle utdypingen av de ulike vilkårene gjennomgås i begynnelsen av vurderingen av hvert enkelt inngrepsvilkår. I kapittel 7 oppsummeres hovedkonklusjonene i oppgaven.

1.4 Avgrensning

I debatten rundt reservasjonsrett er flere forskjellige typer behandling omtalt. Ettersom reservasjonsrett vanskelig kan drøftes helt generelt og under ett, fokuserer denne oppgaven på fastlegers reservasjon mot selv å ta abortkonsultasjon og å henvise til klinikk som kan utføre abortinngrepet.

Sykepleiere, sekretærer og andre tilsvarende grupper vil ikke drøftes i oppgaven.

Reservasjonsspørsmål rundt stell og pleie av den abortsøkende kvinne vil heller ikke være et selvstendig tema. Det kan også reises problemstillinger rundt innholdet av, og hvor langt reservasjonsretten for sykehusleger egentlig rekker, eksempelvis i sykehusmottak og liknende. Av hensyn til oppgavens omfang og hovedfokuset på fastlegenes reservasjon har jeg heller ikke gått særlig inn i disse problemstillingene.

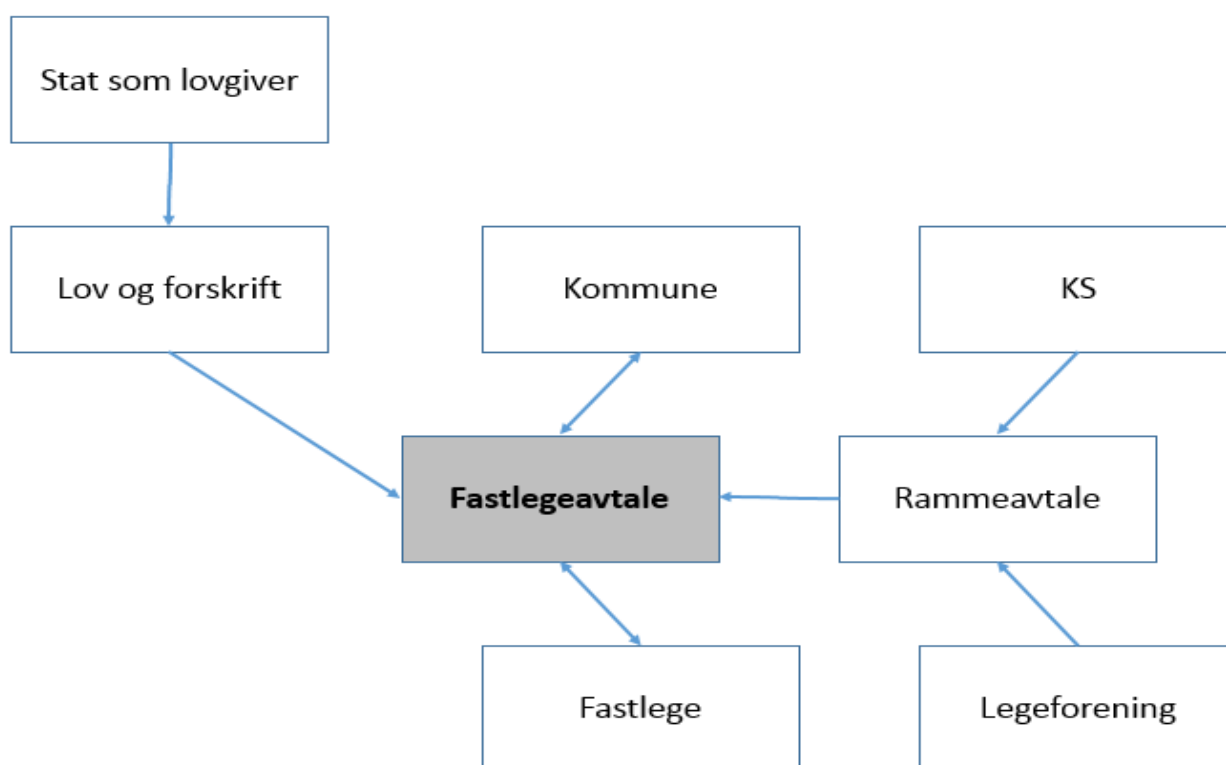
Spørsmålet om fastlegen kan nekte å henvise til abort, uten å sørge for at kvinnen har mulighet for konsultasjon hos en annen lege, blir ikke drøftet selvstendig, ettersom en slik løsning ikke har vært anført av fastlegene som har protestert mot departementets uttalelser i Rundskriv I-4/2011.

2 Reservasjonspraksis i dag

2.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg gi en mer generell fremstilling av fastlegeordningen (punkt 2.2), fastlegenes oppgaver i forbindelse med aborthenvisning (punkt 2.3) og tidligere reservasjonspraksis (punkt 2.4), samt nærmere presentere Rundskriv I-4/2011 (punkt 2.5) og en undersøkelse gjort av Helsedirektoratet i 2012 (punkt 2.6). Jeg vil også gå mer i dybden av fastlegenes egne begrunnelser og fremgangsmåter ved reservasjon, blant annet ved hjelp av konkrete eksempler (punkt 2.7). Kapitlet er ment å gi en oversikt over det faktiske grunnlaget for den rettslige drøftelsen etter EMK art. 9 i kapitlene 3-6.

2.2 Om fastlegeordningen



Figur 1 Fastlegeordningen

Fastlegeordningen ble innført 01.06.2001, og er en del av primærhelsetjenesten, altså pasientens inngangsport til helsevesenet.⁸ Som hovedregel er fastlegen en selvstendig

⁸ Rundskriv I-3/2005

næringsdrivende lege med avtale med den enkelte kommune, men legen kan også være fast ansatt i kommunen. Kun 6.5 % av fastleger i Norge er kommunalt ansatt, de øvrige 93,5 % driver privat praksis.⁹

1.1.2013 trådte ny fastlegeforskrift i kraft. Der fastlegeforskriften omtales er det denne det henvises til. Ved henvisning til den gamle fastlegeforskriften blir dette presisert. Ifølge fastlegeforskriften er en fastlege en «lege som inngår avtale med en kommune om deltakelse i fastlegeordningen, uavhengig av om legen er ansatt i kommunen eller er selvstendig næringsdrivende», jf. § 2 bokstav a. Det er tale om en «allmennpraktiserende lege som har inngått avtale med kommunen om å være fast allmennlege for de innbyggerne som står på en bestemt liste.»¹⁰

Med «fastlegeavtale» forstås «en individuell avtale som inngås mellom kommune og den enkelte fastlege», jf. fastlegeforskriften § 2 bokstav b. Rammeavtalen om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene (Rammeavtalen), ASA 4310 for perioden 2013-2014, er inngått mellom Kommunesektorens organisasjon (KS) og Den norske legeforening (Legeforeningen), og gjelder for den enkelte fastlege ved at fastlegens individuelle fastlegeavtale henviser til at rammeavtalen gjelder for avtaleforholdet.

De fleste fastleger har en egen liste med pasienter, og enkelte av disse jobber på eget kontor uten andre fastleger. Ved gruppepraksis er det flere fastleger som har egne lister, men som deler blant annet kontorlokaler, venteværelse, hjelpemidler, administrasjon og annet hjelpepersonell. Fellesliste er et begrep fastlegeforskriften bruker om fastleger som i tillegg til å dele lokaler og administrasjon, også har felles pasientliste, der fastlegene har «felles ansvar for allmennlegetilbudet til personene på listen», samtidig som «en ansvarlig lege [...] har hovedansvar for journal og oppfølging», jf. fastlegeforskriften § 11 første og andre ledd.

Ifølge helse- og omsorgstjenesteloven skal «[k]ommunen [...] sørge for at personer som oppholder seg i kommunen, tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester», jf. § 3-1 første ledd. Videre presiseres det at denne plikten innebærer å «planlegge, gjennomføre, evaluere og korrigere virksomheten, slik at tjenestenes omfang og innhold er i samsvar med krav fastsatt i lov eller forskrift», jf. § 3-1 andre ledd. Tjenestene kommunen har ansvar for at skal tilbys kan «ytes av kommunen selv eller ved at kommunen inngår avtale med andre offentlige eller private tjenesteytere», jf. § 3-1 siste ledd. Avtaler med fastleger er et eksempel på at

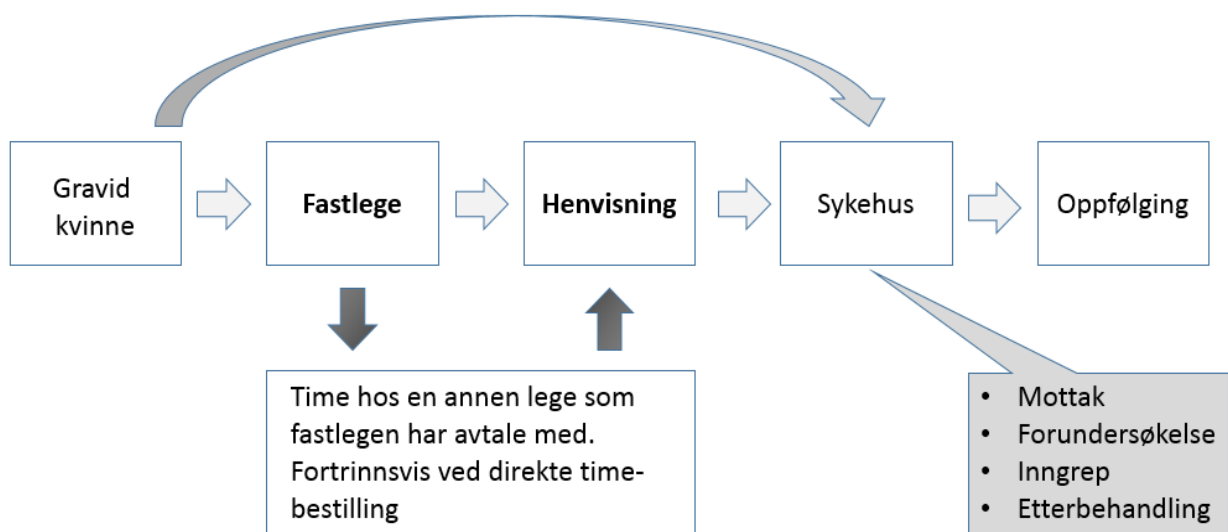
⁹ HOD om fastlegeordningen 2009

¹⁰ Spørsmål og svar om fastlegeordningen 2009

kommunen inngår avtale med private tjenesteytere som skal ivareta kommunens ansvar for helsetjenester, men det er likevel kommunen som sitter med ansvaret for helsetjenestene.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 skal kommunen «[f]or å oppfylle ansvaret etter § 3-1 [...] blant annet tilby følgende: [...] 4. Utredning, diagnostisering og behandling, herunder fastlegeordning.» jf. første ledd, jf. nummer 4. Departementet kan «i forskrift gi nærmere bestemmelser om fastlegeordningen, herunder om kvalitets- og funksjonskrav» jf. § 3-2 tredje ledd. Fastlegen inngår kontrakt med kommunen om å utføre fastlegetjenesten slik at kommunen får oppfylt sitt ansvar overfor innbyggerne.

2.3 Fastlegenes oppgaver i forbindelse med abort



Figur 2 Prosessen

Prosessen fram mot et svangerskapsavbrudd starter som oftest ved at kvinnen ringer fastlegekontoret og bestiller time for abortkonsultasjon. Når kvinnen er hos fastlegen skal hun gis opplysning om «inngrepets art og medisinske virkninger. Legen skal også gi informasjon og veiledning om bistand som nevnt i § 2 første ledd, dersom kvinnen ber om det», jf. abortloven § 5 andre ledd. Paragraf 2 første ledd innebærer at kvinnen skal tilbys informasjon og veiledning om bistand samfunnet kan gi henne. Etter § 2 andre ledd tar kvinnen «selv den endelige avgjørelse om svangerskapsavbrudd såfremt inngrepet kan skje før utgangen av

tolvte svangerskapsuke og tungtveiende medisinske grunner ikke taler mot det». Det er altså i utgangspunktet kvinnen som tar avgjørelsen om hun ønsker å avbryte svangerskapet så lenge det skjer før tolvte svangerskapsuke, men loven etterlater likevel legen et visst ansvar i avgjørelsen dersom «tungtveiende medisinske grunner» tilsier noe annet, jf. § 2 andre ledd.

Hvis kvinnen bestemmer seg for at hun ønsker abort under konsultasjonen, skriver legen en henvisning til sykehuset som kvinnen kan ta med seg, jf. abortloven § 5.

Fastlege og kommuneoverlege Harald Salbu har i Dagens Medisin beskrevet det som vanligvis skjer på fastlegekontoret: «Fastlegen skal i tillegg til å sette sin underskrift på begjærings skjemaet, også stille diagnose – altså konstatere svangerskapet. Han eller hun skal foreta en generell klinisk undersøkelse og utføre gynekologisk undersøkelse for å fastslå livmorens størrelse. Fastlegen skal verifisere graviditeten ved urinprøve samt ta chlamydia-test.»¹¹ Videre i artikkelen «forteller [Salbu] at legen til slutt skal sende en skriftlig henvisning med de medisinske opplysningene, sammen med kvinnens begjæring, til den gynekologiske avdelingen.»¹²

2.4 Tidligere reservasjonspraksis

Reservasjonsretten ved selve abortinngrepet ble lovfestet i abortloven av 1975, jf. § 14. En del leger valgte også å nekte å henvide til abort. I en stortingsmelding fra tidlig 80-tallet uttrykte Sosialdepartementet at dette kun var tale om noen få leger, under 30 stykker, og at det jobbet leger i alle distrikter som var villige til å henvide til abort.¹³ Helsedirektoratet valgte på grunnlag av dette å ikke pålegge disse legene noen form for sanksjoner.¹⁴

Denne praksisen har kontinuert inntil nylig, og det har hele tiden vært tale om et fåtall leger. Disse argumenterer også med at de har forsøkt å finne løsninger for å minimere ulempene for kvinnene ved å henvide kvinnen videre til en annen lege, slik at hun likevel får oppfylt sin lovfestede rettighet. I en tilsynssak fra Statens helsetilsyn i 2004 var det en kvinne som hadde klaget fordi hun ikke hadde fått henvisning til abort. Statens helsetilsyn uttalte da at «[d]ersom kvinnen allerede ved bestilling av legetime opplyser om at hun ønsker svangerskapsavbrudd, mener Statens helsetilsyn at det vil være korrekt at kvinnen med en gang får opplyst at hun må

¹¹ Bakke 2013

¹² Bakke 2013

¹³ St.Meld 17 (1982-1983) s. 17

¹⁴ St.Meld 17 (1982-1983) s. 17

henvende seg et annet sted».¹⁵ Denne tilsynssaken ble behandlet etter at fastlegeordningen ble innført.

Videre konkluderer Statens helsetilsyn med at:

«Selv om leger i utgangspunktet har en plikt til å henvise til svangerskapsavbrudd, har Statens helsetilsyn i tidligere saker til en viss grad respektert legens samvittighetsoverbevisning. Det er derfor ikke ansett som uforsvarlig å nekte å henvise til svangerskapsavbrudd dersom det er andre leger i kommunen/distriktet som kan henvise, og kvinnen ikke blir påført store praktiske ulemper ved å måtte oppsøke annen lege. Det forutsettes imidlertid at legen aktivt bistår kvinnen med å finne en annen lege som kan henvise kvinnen eller opplyser om at hun kan fremsette begjæringen direkte overfor et sykehus. Dersom kvinnen fremsetter begjæring overfor et sykehus, plikter sykehuset å utforme begjæringen og informere kvinnen.»¹⁶

Så lenge reservasjonen ikke har skapt problemer for kvinnens rettighet til å få abort, har altså helsemyndighetene langt på vei godtatt reservasjonspraksisen.

2.5 Om Rundskriv I-4/2011

Gjennom Rundskriv I-4/2011 har HOD gitt uttrykk for sin nåværende tolkning av fastlegeforskriften. I rundskrivet står det at:

«Allmennleger og fastleger tilknyttet den kommunale helse- og omsorgstjenesten har i dag ingen lov- eller forskriftsfestet rett til å reservere seg av samvittighetsgrunner. Dette gjelder for eksempel oppgaver knyttet til prevensjon og familieplanlegging samt henvisning til assistert befruktning eller abort.

Når det gjelder fastleger, uavhengig av om de er selvstendig næringsdrivende eller ikke, er det ikke hjemmel for kommunen til å fritta legen for oppgaver som er pålagt ved lov eller forskrift. Fastlegens listeansvar følger av fastlegeforskriften § 7, der det fremgår blant annet at 'fastlegen skal ha ansvaret for allmennlegetilbudet til personer på sin liste innen de rammer som gjelder for fastlegeordningen i lov, forskrift og sentral avtale'. Listeansvaret omfatter også 'henvisning til andre helsetjenester etter behov', jf. merknadene til forskriftsbestemmelsen. Med andre ord, er det pasientens behov for henvisning som er styrende for fastlegen. Bestemmelsen gir ikke en rett for fastlegen til å nekte eller unnlate å henvise pasienten videre av andre grunner enn at pasienten ikke har behov for en videre henvisning.

¹⁵ Tilsynssak 2004, via <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/norsk-politikk/artikkel.php?artid=10069587> Lastet ned 03.05.2013

¹⁶ Tilsynssak 2004 s. 3

Videre er det i fastlegeforskriften § 7 ikke gitt en adgang for partene, dvs. kommunen og fastlegen, til å fravike denne bestemmelsen. Det er dermed ikke anledning for kommunen og fastlegen til - gjennom avtale - å bli enige om å innsnevre fastlegens listeansvar, herunder å avtale at fastlegen av samvittighetsgrunner ikke skal utføre visse oppgaver.»¹⁷

Rundskrivet understreker at fastleger ikke har noen reservasjonsrett til ikke å utføre enkelte oppgaver, i tillegg til at kommunen ikke kan avtale med den enkelte fastlege å innsnevre dennes ansvar. Under punkt 4.2 i oppgaven drøftes spørsmålet om man faktisk har innsnevret fastlegens listeansvar dersom han gis en rett til å reservere seg mot å henvise til abort, og rundskrivets rettskildemessige betydning.

2.6 Helsedirektoratets undersøkelse i 2012

Våren 2012 gjennomførte Helsedirektoratet på oppdrag av HOD en undersøkelse av hvem som benyttet seg av reservasjonsretten etter abortloven § 14, jf. abortforskriften § 15, og hvor mange fastleger som ikke henviser til abort.¹⁸ Ifølge undersøkelsen var det ingen som «melder om at pasienter har problemer med å få den helsehjelpen de trenger.»¹⁹ Resultatene av undersøkelsen i primærhelsetjenesten viser at det er «16 kjente tilfeller av samvittighetsbegrunnede reservasjoner mot å henvise til svangerskapsavbrudd og assistert befruktning.»²⁰

Undersøkelsens resultat ble mangelfullt ettersom både fylkesmenn og kommuner i flere fylker unnlot å svare. Det var noen steder en viss motstand mot undersøkelsen på grunn av de «moralske og etiske problemstillinger som reises.»²¹ Andre mente en slik undersøkelse ville være for ressurskrevende.

Det er altså naturlig å anslå at det reelle antall reservasjonsleger er en del høyere enn undersøkelsen kommer fram til. Ifølge helsedirektoratet var det 4189 fastleger i Norge 31.12.2011.²² Kristin Clemet opererer med et anslag på at det kan være tale om omkring 200 fastleger som reserverer seg.²³ Det er i så fall tale om mindre enn 5 % av alle fastleger.

¹⁷ Rundskriv I-4/2011

¹⁸ Helsedirektoratet 2012

¹⁹ Helsedirektoratet 2012

²⁰ Helsedirektoratet 2012

²¹ Helsedirektoratet 2012

²² Hovedtallsrapport 2011 s. 3

²³ Clemet 2012

2.7 Fastlegenes begrunnelser for reservasjon

Begrunnelsene for at fastleger ønsker å reservere seg mot å henvise til abort kan være både religiøst og ikke-religiøst forankret. Det er her tale om det konkrete og grunnleggende verdisynet til fastleger som ønsker å reservere seg, uten at det betyr at andre verdisyn er mindre viktige eller velfunderte.

Noen vil mene at fosterets iboende egenskaper, det at det tilhører menneskeslekten og i de riktige omgivelsene utvikler seg til å bli det barnet som blir født, tilsier at selvbestemt abort er å ta et menneskeliv. Enkelte vil mene at selvbestemt abort er et nødvendig onde, noe eksempelvis Kristin Clemet har tatt til orde for.²⁴ Hun utdyper sitt syn som at «[d]et er en konflikt mellom to parter, og uansett hva man velger å kalle det – om det er et embryo, en ‘celleklump’, et foster eller en person - så innebærer abort at man tar liv, eller i det minste et spirende liv.»²⁵

Det er konsultasjonen og påfølgende henvisning fastlegene ønsker å reservere seg mot. Konsultasjonen innebærer informasjon, eventuell rådgivning, forundersøkelse og deretter en mulig henvisning. Legene oppfatter dette som at de starter en prosess som ender med selve abortinngrepet på sykehuset, og at de derfor medvirker til aborten. For å utdype dette vil jeg gi to eksempler som er kjent for allmenheten.

Fastlege Gunnar Grøstad Johnson i Vinje kommune har en fastlegeavtale med reservasjonsklausul om at han blant annet ikke trenger å henvise til abort. Johnson begrunner dette med at «[s]elv har han ikke samvittighet til å henvise pasienter til abort, fordi det for han ‘er et spørsmål om liv og død’ .»²⁶ Han har også uttalt at «[e]t befruktet egg er et individ som har rett til å leve. Jeg har derfor ikke samvittighet til å henvise til abort [...]».²⁷ Som løsning «sørger Grøstad Johnson for at pasienter som ønsker en aborthenvisning får time hos nabolegen.»²⁸

Vinje kommune var klar over Johnsons standpunkt før inngåelse av arbeidsavtale, og har derfor gitt en eksplisitt klausul i arbeidsavtalen om at Johnson blant annet «slipper å henvise til abort [...], så lenge han sørger for at en kollega gjør det i stedet for ham.»²⁹

²⁴ Clemet 2012

²⁵ Clemet 2012

²⁶ Gustavsen 2012a

²⁷ Gustavsen 2012b

²⁸ Gustavsen 2012a

²⁹ Gustavsen 2012b

Gunhild Felde jobber som fastlege i en gruppepraksis i Bergen. Hun har jobbet som fastlege i 10 år,³⁰ og har aldri fått klager på sin reservasjon av pasienter.³¹ Til avisen Vårt Land sier hun at «[j]eg er veldig glad i jobben min, og har brukt tid og energi på å bli spesialist i allmennmedisin».³²

I debatt på Haukeland universitetssjukehus fortalte Felde at hun tidligere henviste kvinner til abort. Disse konsultasjonene ble etterhvert svært vanskelige for henne, ettersom hun tydeligere og tydeligere opplevde at hun gjennom dette var med å starte en prosess som ledet fram til en abort.³³ Hun forteller til Vårt Land at «[j]eg forsøkte å være til stede i samtalen med abortsøkende kvinner og prøvde å gjennomføre en så grundig dialog som mulig – uten å dytte mitt syn på noen».³⁴ På spørsmål om noen av kvinnene ombestemte seg og ikke tok abort likevel svarer Felde at «[d]et endte som regel opp med det de hadde bestemt seg for på forhånd, men samtalene gav mye innsikt i tilgrunnliggende vurderinger hos abortsøkende kvinner. Jeg opplevde at mange uttrykte en tvil og egentlig ønsket å bære fram sine barn. Noen føler seg presset av familie og kjæreste til å avbryte svangerskapet».³⁵

Til Vårt Land uttaler Felde også at «[j]eg har møtt mange kvinner som vil ta abort. Mange kan være i en vanskelig situasjon, men etter min mening har fosteret like fullt krav på beskyttelse. Jeg har vanskelig for å godta at dette bare er et spørsmål om kvinners rettigheter. De fleste taler kvinnens sak. Mitt lodd får være å tale fosterets sak».³⁶

Gunhild Felde uttalte seg videre i debatt på Haukeland universitetssjukehus om reservasjonsretten i hennes praksis. Såfremt kontorpersonelet som mottar timebestillingen får opplyst at pasienten ønsker henvisning til abort, får pasienten direkte time hos legen på nabo-kontoret som hun har avtale med. Den abortsøkende må derfor vanligvis ikke gjennom to konsultasjoner.³⁷

Abort er etisk sammensatt, med gode argumenter både for og mot. Det hele kompliseres av at mange av disse er befestet i til dels dyptgripende overbevisninger vedrørende grunnleggende

³⁰ Kallestad 2012

³¹ Våge 2012

³² Våge 2012

³³ Debatt om reservasjonsrett 24.10.2012. I regi av Filosofisk poliklinikk. Debattanter: Gunhild Felde, Knut-Arne Wensaas, Bård Nylund og Eivind Meland. Ordstyrer Edvin Schei. Haukeland universitetssjukehus. Gjengivelsen over bygger på undertegnedes egne notater fra møtet.

³⁴ Kallestad 2012

³⁵ Kallestad 2012

³⁶ Kallestad 2012

³⁷ Se fotnote 33

spørsmål rundt menneskelivets begynnelse og verdi. Ulike fastleger vil dermed kunne komme til ulike konklusjoner i spørsmålet om de ut fra egen samvittighet personlig kan etterkomme kvinnens ønske om abortkonsultasjon og henvisning til abort. Enkelte fastleger kan også ha et syn som gjør at de ikke støtter selvbestemt abort, men at de likvel opplever det som forsvarlig å ta disse konsultasjonene.

Den videre drøftelsen tar utgangspunkt i samvittighetsfriheten i EMK art. 9, fordi både fastlegene med religiøs og fastlegene uten religiøs begrunnelse for sitt syn på abort da blir omfattet.

3 Område for vernet av samvittighetsfriheten i EMK art. 9 første ledd

3.1 Innledning og videre fremstilling

I resten av oppgaven vil jeg vurdere om fastlegers reservasjon er vernet av EMK art. 9 første ledd, og inngrepsvilkårene i andre ledd. Det første spørsmålet er om fastlegers reservasjon mot personlig å ta abortkonsultasjoner og henviser til abort er vernet av EMK art. 9 første ledd.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er ved menneskerettsloven (1999) gjort til gjeldende norsk lov. Etter § 3 skal bestemmelsene i EMK «ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.»

Art. 9 Freedom of thought, conscience and religion

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

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

Den første problemstillingen er om fastlegers reservasjon mot å ta abortkonsultasjon og henviser til abort er «practice» av «freedom of [...] conscience», jf. art. 9 første ledd.

3.2 Introduksjon og tolkningsprinsipper for EMK

Selv om man tolker EMK som en del av norsk gjeldende rett må det ses hen til Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) sin tolkningsmetode, ettersom norske borgere kan klage Norge inn for EMD, og Norge har sagt seg bundet av EMD sine avgjørelser, jf. EMK art. 46 nr. 1. Høyesterett har også uttalt at norske domstoler skal «foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD.»³⁸

I samsvar med Wienkonvensjonen 1969 art. 31, som regnes for å være folkerettslig sedvanerett når det gjelder traktattolkning, tas det utgangspunkt i en naturlig språklig

³⁸ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

forståelse. Imidlertid vil denne ofte være knapp, vag og vid. EMD har gjentatte ganger presisert at begrepene i EMK er autonome og derfor ikke alltid sammenfaller med nasjonal forståelse av begrepene.³⁹ Mange av uttrykkene som brukes i EMK har likevel røtter i de nasjonale rettssystemene, og EMD benytter til en viss grad en komparativ metode.⁴⁰ Jacobs sier det slik at «[w]here common approaches or standards emerge from the comparative study, that meaning will be applied. Where common standards do not emerge, then a greater flexibility of standards is accepted which has come to be known as the ‘margin of appreciation’ [skjønnsmarginen].»⁴¹

EMD tar utgangspunkt i ordlyden, men benytter også i stor grad formålsbetraktninger. Aall definerer som utgangspunkt formålet til EMK som at det er å «oppstille et vern for enkeltmennesket mot statsmakten».⁴² Det er klart gjennom EMDs praksis at EMK også pålegger staten positive plikter for å beskytte mot krenkelser mellom borgere, og at formålet derfor er videre enn vern fra statsmakten. Men i denne oppgaven er det nettopp vernet mot staten som relevant for problemstillingen. Videre har EMD uttalt at tolkningen av artiklene i EMK må være i harmoni med resten av konvensjonens logikk.⁴³

I Airey skriver EMD at konvensjonens bestemmelser må tolkes slik at de er praktiske og effektive. Det er altså tale om en dynamisk tolkningsmetode.⁴⁴ Av hensyn til statenes suverenitet kan EMD likevel ikke tolke inn nye forpliktelser i konvensjonen, men det skjer stadig en utvikling innenfor de allerede eksisterende rettighetene. EMD har gjentatte ganger understreket at konvensjonen er et «living instrument» som må tolkes «in the light of present-day conditions».⁴⁵ Dermed kan EMKs innhold sies å være mer omfattende i dag enn for 50 år siden. For eksempel ved at nedverdiggende behandling i art. 3 nå kan tolkes til å inkludere rasediskriminering, selv om dette kanskje ikke var noe konvensjonens forfattere hadde tenkt på.⁴⁶ Innholdet i de ulike rettighetene vil derfor utvikle seg, og noe som ikke ble ansett å være under en artikkels virkeområde for 20 år siden, kan være det i dag.

³⁹ Jacobs, White og Ovey 2010 s. 69

⁴⁰ Jacobs, White og Ovey 2010 s. 69

⁴¹ Jacobs, White og Ovey 2010 s. 69

⁴² Aall 2011a s. 37

⁴³ Jacobs, White og Ovey 2010 s. 70

⁴⁴ Airey 1979 avsnitt 24

⁴⁵ Eksempelvis i Bayatyan 2011 avsnitt 102

⁴⁶ Jacobs, White og Ovey 2010 s. 72

3.3 Om EMK art. 9

3.3.1 Innledning

Ifølge EMK art. 9 har alle rett til «freedom of thought, conscience and religion», jf. første ledd. Bestemmelsen presiserer videre at denne rettigheten også i utgangspunktet omfatter det å gi uttrykk for sin overbevisning gjennom ulike manifestasjoner, blant annet i «practice» «in public».

EMD påpeker blant annet i Eweida⁴⁷ at tanke-, samvittighet-, og religionsfrihet er «one of the foundations of a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention.»⁴⁸ Videre presiseres det at aspektet med å ha disse frihetene individuelt, og å kunne bytte overbevisning, er absolutte rettigheter.⁴⁹ Det at enkeltmennesker selv har en overbevisning er ikke noe en stat kan gjøre inngrep i. Det er først når overbevisningen manifesteres den kan påvirke andre og det må være mulighet for inngrep.⁵⁰

Videre viser EMD i Eweida, under henvisning til blant annet Storkammerdommen Bayatyan⁵¹ at rettighetene under art. 9 «denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance».⁵² Det er altså ikke en hvilken som helst overbevisning som er vernet av art. 9. Den må være av en viss alvorlighets- og viktighetsgrad.

3.3.2 Forholdet mellom samvittighetsfriheten og religionsfriheten

Det er ikke nødvendig å trekke noen klar grense mellom religionsfrihet og samvittighetsfrihet ettersom begge er omfattet og likestilt i art. 9. I reservasjonsspørsmålet om henvisning til abort kan fastlegens samvittighetskvaler ha både religiøst og ikke-religiøst grunnlag, jf. punkt 2.7. Det finnes for eksempel også leger som ville ønske å reservere seg mot eutanasi, uten at ønsket begrunnes i noen spesiell religiøs overbevisning.

Selv om samvittighetskvalene for enkelte leger har røtter i religion, gir denne fortsatt utslag i samvittigheten deres. Ved å fokusere på samvittighetsfriheten, omfatter den videre drøftelsen både de som begrunner samvittigheten religiøst, og de som ikke gjør det.

⁴⁷ Se punkt 3.7 for mer om dommen

⁴⁸ Eweida 2013 avsnitt 79

⁴⁹ Eweida 2013 avsnitt 80

⁵⁰ Eweida 2013 avsnitt 80

⁵¹ Se punkt 3.6 for mer om dommen

⁵² Eweida 2013 avsnitt 81

Hovedfokuset i oppgaven er derfor lagt på samvittighetsfriheten i art. 9, men EMD-praksis som omhandler religionsfriheten er også viktig i fastleggingen tolkningen av art. 9 første og andre ledd.

3.3.3 Hva innebærer samvittighetsfriheten i art. 9 tradisjonelt

Selv om EMK art. 9 omfatter manifestasjoner av samvittigheten, har EMD likevel understreket at ikke alle handlinger som bunner i samvittighetsfriheten er vernet av bestemmelsen, se blant annet Pichon nedenfor. I tillegg kreves det en viss nærhet mellom manifestasjonen av samvittigheten og selve samvittigheten, se Eweida nedenfor. Å nekte å betale skatt generelt fordi man er pasifist og deler av skattepengene går til militæret er ikke regnet som nært nok til å kvalifisere som en manifestasjon av samvittighetsfriheten som er vernet av art. 9.⁵³ EMD har sagt at «[t]he obligation to pay taxes is a general one which has no specific conscientious implications in itself. Its neutrality in this sense is also illustrated by the fact that no tax payer can influence or determine the purpose for which his or her contributions are applied [...]».⁵⁴

Videre begrenses rettigheten også av bestemmelsens andre ledd, hvor inngrep kan gjøres dersom det er «prescribed by law» og «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.» Problemstillingene rundt inngrep reises i oppgavens kapittel 4-6.

Rettighetene i EMK art. 9 er dermed ikke absolutte, og må modifieres og balanseres opp mot andre rettigheter. Det er imidlertid kun ved «*ytringer av livssynet* at staten kan gjøre *inngrep* eller sette begrensninger.»⁵⁵ En persons indre overbevisninger og rett til å ikke bli hjernevasket er uten inngrepsmulighet, da det kun er manifestasjoner som kan påvirke andre.

3.3.4 Hva er en beskyttelsesverdig samvittighet

Et spørsmål kan være om samvittigheten må være plausibelt begrunnet ut fra folk flest sitt perspektiv for å være vernet av art. 9, eller om det er tilstrekkelig at samvittighetens innehaver fremholder den som viktig for seg selv. I stor grad må samvittigheten vurderes ut fra den som

⁵³ C mot Storbritannia s. 142

⁵⁴ C mot Storbritannia s. 147

⁵⁵ Aall 2007 s. 204

har den, ettersom det er i disse tilfellene at et vern etter art. 9 faktisk er viktig. Samvittighet som deles av flertallet i samfunnet, vil vanligvis ikke skape debatt rundt inngrep. Da er folk flest enige. Det er nettopp der samvittigheten kun deles av et mindretall eller noen helt få at det blir viktig å oppstille et vern for den.

Hanne Sophie Greve definerte samvittighet i sitt innledningsforedrag på debatt i Stortinget 22.januar 2013 slik:

«Samvittigheten er en generelt utviklet forståelse av skillet mellom rett og galt som så anvendes i konkrete situasjoner under hensyntagen til virkelighetens sammenblanding av hensyn og interesser. Samvittigheten er et redskap til å vurdere betydningen av egen adferd – også passivitet – i relasjon til grunnleggende verdier i konkrete situasjoner. Samvittigheten er menneskets reflekterte vurdering som skal hjelpe mennesket til å handle rett og avstå fra urett.

Samvittigheten er først og fremst bremsen som skal hindre at et menneske bruker sin overmakt til å skade et annet menneske der det finnes et annet alternativ. De uskyldiges lidelse er vår verdens og vårt allmenneskelige fellesskaps største utfordring.»⁵⁶

Der samvittigheten ikke deles av det store flertallet vil det ofte også være mindre forståelse og aksept for den. Det kan være vanskelig å utvise genuin forståelse for en samvittighet man ikke deler eller forstår poenget med. Da kan fort terskelen for når inngrep bør gjøres bli lavere, enn der samvittigheten deles av de fleste. Risikoen for at slik samvittighet blir bagatellisert eller ikke blir respektert øker også. Samvittighetsfrihetens viktighet i samfunnet utdypes ytterligere under punkt 6.5.1 i forholdsmessighetsvurderingen.

I det videre vil jeg gjennomgå diverse relevante kilder fra EMD og Europarådet rundt EMK art. 9.

3.4 Pichon mot Frankrike (2001)

Pichon mot Frankrike er en dom fra EMD om eierne av et apotek som av religiøse grunner ikke ønsket å selge visse prevensjonsmidler, selv om de var skrevet ut på gyldige resepter. Domstolen kom til at eierne av apoteket ikke hadde vern etter art. 9.

⁵⁶ Greve 2013

EMD påpeker at hovedområdet for hva som er beskyttet av art. 9 er det som er av «personal convictions and religious beliefs», eller «matters of individual conscience» og videre handlinger som er nært knyttet til disse.⁵⁷

På tross av dette personlige utgangspunktet påpeker EMD videre at «[a]rticle 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave in public in a manner governed by that belief. The word ‘practice’ used in Article 9 § 1 does not denote each and every act or form of behaviour motivated or inspired by a religion or a belief.»⁵⁸

Det er altså ikke gitt at borgere har en garantert rett etter konvensjonen til å oppføre seg utad på en måte som er styrt av denne overbevisningen. I disse tilfellene vil overbevisningen fort kunne påvirke andre mennesker. EMD viser likevel at det finnes tilfeller der enkeltmenneskers overbevisning vil kunne anerkjennes som beskyttet av konvensjonen også i tilfeller hvor utøvelsen skjer «in public».

Domstolens hovedargument synes å være at «as long as the sale of contraceptives is legal and occurs on medical prescription nowhere other than in the pharmacy, the applicants cannot give precedence to their religious beliefs and impose them on others as justification for their refusal to sell such products, since they can manifest those beliefs in many ways outside the professional sphere.»⁵⁹ Dermed var det her ikke tale om brudd på religions- og samvittighetsfriheten i art. 9.

Det EMD gjør i sin vurdering er å si at kvinnene har rett til å få kjøpt reseptbelagt prevensjon på et apotek, og derfor kan ikke apotekeierne utøve sin samvittighet gjennom å nekte et slikt salg. En samvittighetsoverbevisning mot slik prevensjon, kunne eierne praktisere utenfor arbeidssfæren. EMD setter ved denne argumentasjonen kvinnenes behov for prevensjon opp mot apotekeiernes samvittighet, og konkluderer med at kvinnenes behov må gå foran. Dermed foretar EMD en viss interesseavveining av yrkesutøver og kvinnes behov allerede etter art. 9 første ledd. Via denne interesseavveiningen kommer EMD til at apotekeierne ikke var vernet av samvittighetsfriheten i EMK art. 9 første ledd.

Hvis man har en beskyttelsesverdig samvittighetsoverbevisning vil denne vanligvis gjøre seg gjeldende både i og utenfor arbeidslivet. Dersom en arbeidstaker enkelt kan skru av og på

⁵⁷ Pichon 2001 s. 4

⁵⁸ Pichon 2001 s. 4

⁵⁹ Pichon 2001 s. 4

samvittigheten sin alt ettersom hvilken situasjon han er i, kan en spørre seg om denne samvittigheten egentlig er så dyp og alvorlig at den krever beskyttelse. Det blir noe annet å si at dette er en overbevisning det må gjøres inngrep i, eller at ved å ha et apotek har man vedtatt en begrensning i sin rett til å utøve samvittigheten sin.

Etter eksempelvis EMK art. 8 om rett til privatliv og art. 10 om ytringsfrihet har EMD gitt bestemmelsene et vidt virkeområde etter første ledd, og heller gitt staten medhold etter inngrepsbestemmelsen og derunder forholdsmessighetsvurderingen i andre ledd. Da anerkjenner man tydelig viktigheten og omfanget av rettighetene, men viser likevel at det må foretas en klar interesseavveining som fører til at en del inngrep faktisk er nødvendige for et demokratisk samfunn. EMD foretar, som nevnt ovenfor, en interesseavveining. Kanskje hadde denne kommet tydeligere fram hvis domstolen hadde lagt til grunn at apotekeierne sin samvittighet var vernet av samvittighetsfriheten i art. 9, men at staten kan gjøre inngrep av hensyn til kvinnes rett til tilgang på prevensjonsmidler.

Dommen er imidlertid over 10 år gammel, og det har skjedd en markant utvikling i virkeområdet til art. 9 siden den gang, se nedenfor.

3.5 Resolution 1763 (2010)

Resolution 1763 er vedtatt av Parlamentarikerforsamlingen, som er et organ innenfor Europarådet. Det er også Europarådet som står bak EMK, og kontrollorganet EMD. Både Parlamentarikerforsamlingen, EMK og EMD, er derfor del av Europarådet. Formålet til Europarådet er blant annet å skape enhet mellom medlemslandene og å verne om menneskerettigheter.⁶⁰

Parlamentarikerforsamlingen består av medlemmer som er valgt av medlemsstatenes nasjonalforsamlinger, og hvert lands antall representanter gjenspeiler landets folketall.⁶¹ Norge har 5 representanter og til sammen er det 318 representanter med like mange vararepresentanter. Parlamentarikerforsamlingen kan «vedta anbefalinger til Ministerkomitèen ved flertallsavgjørelser».⁶² Resolusjonene er altså ikke bindende for medlemslandene, men veiledende.

⁶⁰ Statute of the Council of Europe 1949 art. 1

⁶¹ Statute of the Council of Europe 1949 art. 25

⁶² Om Statute of the Council of Europe 1949 art. 22 og 29. Sitat hentet fra Ruud og Ulfstein 2006 s. 228

Resolution 1763, «The right to conscientious objection in lawful medical care», omhandler samvittighetsfrihet og reservasjonsrett ved abort. Ifølge Wienkonvensjonen 1969 art. 31, som regnes for å være uttrykk for folkerettslig sedvanerett, er «subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation» relevant ved tolkningen av konvensjoner, her EMK.

Resolusjonen ble ikke vedtatt enstemmig, men med flertall. Det kan reises spørsmål om det at resolusjonen ikke er vedtatt enstemmig fører til at det ikke er en enighet mellom partene, jf. Wienkonvensjonen art. 31. Dersom et land har stemt mot resolusjonen er det klart at de ikke er enige om den. De ulike medlemsstatene har imidlertid gått med på en slik ordning som med stor sannsynlighet vil føre til at resolusjoner enkelte medlemsstater har stemt mot vil bli vedtatt. Ved å ha godtatt en slik ordning, kan man se det som at statene har godtatt at enkelte ting vedtas selv om de ikke er enige.

I Bayatyan brukes resolusjoner av Parlamentarikerforsamlingen angående reservasjonsrett i militæret som relevante dokumenter.⁶³ Når EMD går gjennom praksis og ulike dokumenter uttales det at «[w]ithin the Council of Europe, both the PACE [Parlamentarikerforsamlingen] and the Committee of Ministers have also on several occasions called on the member States, which had not yet done so, to recognise the right to conscientious objection. [...]»⁶⁴ Dermed er slike resolusjoner relevante for tolkningen av EMK.

Artikkel 9 nevner ikke eksplisitt i Resolution 1763. Uttrykket «the right to conscientious objection» benyttes imidlertid i overskriften. At det er tale om å nekte å gjøre noe på grunn av samvittigheten sin tyder også på at resolusjonen er relevant for art. 9. I bakgrunnsdokumentet omtales Pichon som relevant for forståelsen av reservasjonsretten. Denne dommen omhandlet, som nevnt, virkeområdet til art. 9.⁶⁵

Dermed er Parlamentarikerforsamlingens resolusjon relevant for forståelsen av innholdet i EMK art. 9.

Ifølge resolusjonen skal ingen, verken person eller institusjon, holdes ansvarlig eller diskrimineres på noen måte dersom de nekter å «perform, accommodate, assist or submit» til blant annet provosert abort.⁶⁶ Den vide ordlyden omfatter det meste av medvirkning til abort,

⁶³ Bayatyan 2011 avsnitt 51-53

⁶⁴ Bayatyan 2011 avsnitt 107

⁶⁵ Doc. 12347 2010 s. 6

⁶⁶ Resolution 1763 2010 punkt 1

og Parlamentarikerforsamlingens standpunkt er at ingen bør tvinges til slik medvirkning, heller ikke i et arbeidsforhold. En nærmere gjennomgang av de enkelte punkter i resolusjonen finnes i forholdsmessighetsvurderingen under punkt 6.4.

Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet legger altså til grunn at reservasjon ved medvirkning til abort er innenfor art. 9 i sin resolusjon, noe som er et klart argument i retning av at slik reservasjon faktisk faller innenfor.

3.6 Bayatyan mot Armenia (2011)

Denne storkammersaken gjaldt et Jehovas vitne som nektet militærtjeneste i Armenia av religiøse grunner, men han var villig til å utføre alternativ tjeneste. Armenia hadde ingen alternativ tjeneste eller reservasjonsrett for militæret, og klageren fikk en fengselsdom for sin militærnekt. Klageren anførte at reservasjonsrett i militæret var vernet av art. 9, og at Armenia derfor hadde brutt denne. EMD kom først, med 6 mot 1 stemmer, til at det ikke var brudd på art. 9, og saken ble videresendt til storkammeravgjørelse. I storkammeravgjørelsen fikk klageren medhold med 16 mot 1 dommere, og det ble konstatert brudd på art. 9.

I dommen konstaterer EMD at tidligere praksis ganske konsekvent har gitt statene en vid skjønnsmargin i dette spørsmålet og at art. 9 ikke har vært ansett å dekke reservasjon av samvittighetsoverbevisning. Men dommerne legger vekt på «living instrument»-doktrinen og påpeker at det har skjedd en utvikling i området til art. 9, i takt med at reservasjonsrett har blitt mer og mer anerkjent i europeiske land. Den tidligere vide skjønnsmarginen ble derfor snevret inn.

EMD kommenterer også i dommen at de aldri har «ruled on the question of the applicability of Article 9 to conscientious objectors, unlike the Commission, which refused to apply that Article to such persons.»⁶⁷ Disse sakene fra kommisjonen omhandlet militærnekt og forholdet mellom art. 9 og art. 4 nummer 3 bokstav b om tvangsarbeid og militæret, og ikke reservasjon av samvittighetsgrunner helt generelt.

Dommen viser at EMDs holdning til art. 9s virkeområde når det gjelder reservasjonsrett faktisk har endret seg siden Pichon i 2001. Det er også interessant at skjønnsmarginen blir såpass innsnevret blant annet fordi store deler av Europa har innført reservasjonsrett for

⁶⁷ Bayatyan 2011 avsnitt 99

militæret. Dette viser tydelig den dynamiske forståelsen av EMK. Det er imidlertid en helt ny dom fra EMD som har mest relevans for oppgavens tema, se neste punkt.

3.7 Eweida m.fl mot Storbritannia (2013)

3.7.1 Innledning

Eweida m.fl mot Storbritannia ble avsagt i EMD 15.januar 2013, og viser en markant utvidelse i forhold til tidligere av hva som er innenfor art. 9 sitt virkeområde.

Fire personer hadde klaget Storbritannia inn for EMD for brudd på art. 9, art. 14 eller disse i sammenheng. EMD kom til at alle klagerne var vernet av art. 9, men for tre av fire var inngrepet forholdsmessig. En av klagerne, Eweida, fikk medhold.

3.7.2 Klagerne

Eweida jobbet som innsjekker for et privat flyselskap i England. Flyselskapet var svært nøye på at eget tilbehør til uniformen var forbudt. Kun i visse tilfeller, der det var religiøst påkrevd, kunne unntak gjøres. Dette var gjort for muslimske kvinner som fikk bruke hijab i godkjent farge, og for mannlige sikker som fikk bruke turban i godkjent farge. Eweida, en koptisk kristen, hadde tidligere gått med et korssmykke skjult, men i 2006 bestemte hun seg for å vise det synlig utenpå uniformen. Sjefen hennes ba henne skjule smykket da hun kom på jobb, og i begynnelsen godtok hun det. Etter hvert nektet Eweida å skjule smykket, og ble sendt hjem fra jobb. Hun ble senere tilbudt alternativt administrativt arbeid i flyselskapet der uniform ikke var påkrevd, noe hun avslo. Flyselskapet endret senere syn og lot slike synlige religiøse symboler være tillatt. Men de ville ikke kompensere Eweida for tapt fortjeneste den tiden hun ikke var på jobb. Etersom flyselskapet var privat var det for EMD tale om statens positive sikringsplikt av EMK. Eweidas klage inn for EMD gjaldt brudd på art. 9 alene, og sammen med art. 14. EMD konstaterte brudd på Storbritannias positive sikringsplikt av Eweidas rettighet til å manifestere sin religion etter art. 9.⁶⁸

Chaplin var en kristen kvinne som hadde båret et korssmykke rundt halsen siden konfirmasjonen. Hun opplevde at det å fjerne korset stred mot hennes tro. Hun var sykepleier på et offentlig sykehus og i 2007 endret sykehuset uniformene slik at overdelen hadde v-hals.

⁶⁸ Om Eweida, se Eweida 2013 avsnitt 9-17

Chaplin ble da bedt om å fjerne det nå synlige smykket, noe hun nektet, og søkte om innvilgelse til å bruke smykket. Denne ble avslått med begrunnelse om at det kunne forårsake skade om en pasient nappet i smykket. Videre kunne smykket utgjøre en fare for helse og hygiene når det hang fritt rundt halsen, eksempelvis ved å komme borti åpne sår. Chaplins klage inn for EMD gjaldt brudd på art. 9 alene, og sammen med art. 14. Hun fikk ikke medhold av EMD.⁶⁹

Ladele var en kristen kvinne som mente at ekteskap skulle være mellom en mann og en kvinne. Hun jobbet med offentlig registrering av fødsler, ekteskap og dødsfall. I 2005 fikk Storbritannia en partnerskapslov som gav likekjønnede rett til å inngå partnerskap. Disse skulle også registreres. Ladeles overordnede valgte at alle skulle utføre også denne oppgaven. Andre kontorer lot de med sterke religiøse overbevisninger velge å ikke registrere partnerskap. I begynnelsen fikk Ladele organisere arbeidshverdagen sammen med kollegaer slik at hun ikke utførte partnerskapsseremonier for likekjønnede. Etter en stund ble denne praksisen imidlertid klaget inn av to kollegaer som mente den var diskriminerende. Ladele fikk da beskjed om å utføre partnerskapsseremonier, men nektet. Kontormiljøet ble dårlig og saken skapte problemer. Ladele fikk da tilbud om å kun utføre det administrative rundt partnerskap, og ikke utføre selve seremonien, noe hun også nektet. Ladeles klage for EMD gjaldt brudd på art. 14 og art. 9 sammen. Hun fikk ikke medhold av EMD.⁷⁰

McFarlane var en praktiserende kristen som ikke ønsket å gjøre noe som direkte bifalt homofili. Han jobbet i en nasjonal privat organisasjon, Relate, som drev konfidensiell seksualterapi og samlivsterapi. Arbeidstakerne var medlemmer i en fagforening med utarbeidede etiske prinsipper og prinsipper for god arbeidsskikk som de ansatte i Relate skulle følge. I var det tydelig understreket at rådgiverne ikke kunne forskjellsbehandle på bakgrunn av blant annet seksualitet. Relate hadde også egne retningslinjer som tydelig uttrykte det samme. McFarlane arbeidet først som rådgiver, og etter samtaler med overordnede godtok han å bli rådgiver for likekjønnede par, ettersom dette for han ikke involverte å bifalle slike forhold. Senere tok McFarlane videreutdanning i psykoseksualterapi gjennom arbeidsplassen. Det kom etterhvert fram at han ikke ønsket å gi seksualrådgivning til likekjønnede par, da dette var vanskelig å forene med hans religiøse syn. McFarlanes sjef uttrykte at det ikke var mulig å filtrere klienter slik at McFarlane slapp å være rådgiver for likekjønnede par. Etter samtaler med ledelsen kom det fram at McFarlane opplevde seksualrådgivning til

⁶⁹ Om Chaplin, se Eweida 2013 avsnitt 18-22

⁷⁰ Om Ladele, se Eweida 2013 avsnitt 23-30

likekjønnede som problematisk i relasjon til sin religiøse tro, men at han ville gjøre det dersom han ble bedt om det. Andre var likevel bekymret for om McFarlane faktisk mente det han sa. McFarlane ble til slutt avskjediget med den begrunnelse at han hadde sagt at han ville gi seksualrådgivning til likekjønnede par, uten noen intensjon om å faktisk gjøre det. Dermed kunne de ikke stole på at han utførte arbeidsoppgavene sine i pakt med Relates ikke-diskrimineringspolitikk. McFarlanes klage inn for EMD gjaldt brudd på art. 9 alene, og sammen med art. 14. Da Relate var et privat firma var det tale om statens positive sikringsplikt av rettighetene i EMK. EMD kom til at det ikke var tale om brudd på konvensjonen.⁷¹

3.7.3 EMDs bruk av art. 9

EMD begynner med å understreke viktigheten av tanke-, samvittighet- og religionsfriheten i et demokratisk samfunn, og at den enkeltes mulighet å selv ha eller skifte disse er en rettighet som ikke kan gjøres inngrep i. Manifestasjoner gjennom blant annet praksis må imidlertid underlegges visse begrensninger etter art. 9 andre ledd.⁷² EMD påpeker videre at «[b]earing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions».⁷³ EMD påpeker også at rettigheten «denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance».⁷⁴ Men alle handlinger som på en eller annen måte er inspirert eller motivert av tanke, samvittighet eller religion faller ikke innunder art. 9. Handlingen må være «intimately linked» til tanken, samvittigheten eller religionen, og dette er en konkret vurdering.⁷⁵

Et spørsmål blir derfor om fastlegens reservasjon mot å konsultere og henvise kvinner til abort er «intimately linked» til fastlegens samvittighet om at abort er å ta et menneskeliv.

Som eksempel på en tilknytning som er for fjern bruker domstolen at «acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9 § 1».⁷⁶ Ladeles ønske om å ikke registrere homofile par, bunnet i hennes samvittighet om at ekteskap skulle være mellom mann og kvinne. Hun ønsket derfor ikke å utføre handlinger som hun opplevde var å

⁷¹ Om McFarlane, se Eweida 2013 avsnitt 31-40

⁷² Eweida 2013 avsnitt 79 og 80

⁷³ Eweida 2013 avsnitt 80

⁷⁴ Eweida 2013 avsnitt 81

⁷⁵ Eweida 2013 avsnitt 82

⁷⁶ Eweida 2013 avsnitt 82

medvirke til inngåelse av homofilt partnerskap. McFarlane ønsket ikke å gi seksualterapi til likekjønnede par, fordi han mente dette gikk mot Guds lov. Begge disse personene opplevde at de ved å utføre handlingene de ønsket å reservere seg mot, medvirket til noe som stred mot deres samvittighet. Ettersom EMD også anser både Ladele og McFarlane som i utgangspunktet å være beskyttet av samvittighetsfriheten i art. 9 første ledd, er slik opplevd medvirkning tilstrekkelig for å oppfylle nærhetskravet.

Ved å konsultere og henvise til abort opplever fastlegene at de er medvirkende til den forestående aborten, selv om det er kvinnen som tar den endelige avgjørelsen. På samme måte var det de likekjønnede parene som oppsøkte seksualveiledningen og som tok avgjørelsen å inngå partnerskap, mens Ladele og McFarlane kun bidro til prosessen. Dermed er det naturlig å konkludere med at å gjennomføre en abortkonsultasjon og henvise en kvinne til abort er «intimately linked» til fastlegens samvittighet som tilsier at å ta abort er å ta et menneskeliv.

Det påpekes også at tidligere har holdningen vært at såfremt man har mulighet til å skifte jobb er man ikke innenfor virkeområdet til art. 9. Men en slik fremgangsmåte har, ifølge EMD, ikke vært benyttet når det gjelder andre rettigheter som eksempelvis rett til privatliv etter art. 8, eller rett til ytringsfrihet etter art. 10.⁷⁷ EMD uttrykker derfor videre at:

«Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.»⁷⁸

Dette viser at EMD selv mener at fremgangsmåten i Pichon ikke er gyldig lenger, og at ansettelsesaspektet heller er et moment i balanseringen etter andre ledd.

Når det gjelder skjønnsmarginen viser EMD til at den går hånd i hånd med europeisk kontroll:

«According to its settled case-law, the Court leaves to the States party to the Convention a certain margin of appreciation in deciding whether and to what extent an interference is necessary. This margin of appreciation goes hand in hand with European supervision embracing both the law and the decisions applying it.»⁷⁹

Det generelle vurderingstema EMD legger fram viser seg i det neste avsnittet:

⁷⁷ Eweida 2013 avsnitt 83

⁷⁸ Eweida 2013 avsnitt 83

⁷⁹ Eweida 2013 avsnitt 84

«Whilst the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State».⁸⁰

Domstolen konkluderer raskt med at Eweidas ønske om å bære kors synlig rundt halsen er en manifestasjon av hennes religion, og at hun derfor er vernet av art. 9.⁸¹ Også for sykepleieren som ønsket å bære kors på jobb konstaterer EMD at hun er vernet av art. 9.⁸² Kvinnen som ikke ønsket å registrere ekteskap mellom to av samme kjønn er også i utgangspunktet vernet.⁸³ Og også for terapeuten som ikke ønsket å være rådgiver for homofile par sier EMD at dette er innenfor art. 9.⁸⁴

EMD strekker altså virkeområdet til EMK art. 9 første ledd mye lenger enn tidligere, eksempelvis i Pichon. Dette på tross av at det er tale om et slags ansettelsesforhold. Problemstillingen går heller etter inngrepsbestemmelsen i andre ledd, hvor ansettelsen og muligheten for å si opp blir et argument, se sitat over.

EMDs argumentasjon rundt forholdsmessigheten av inngrepene i Eweidasaken vil bli nærmere gjennomgått under forholdsmessighetsvurderingen i oppgaven.

3.8 Konklusjon om art. 9 første ledd sitt virkeområde

På bakgrunn av utviklingen og praksis etter Pichon synes det klart at EMDs generelle restriktive standpunkt om at reservasjonsrett i arbeidsforhold ikke faller innunder art. 9s virkeområde, ikke lenger kan opprettholdes. Både Resolution 1763 og domspraksis som gjennomgått ovenfor viser dette. Spesielt avgjørende er likevel Eweidasaken fra 2013.

Konklusjonen er derfor at fastlegers reservasjon mot å ta abortkonsultasjon og henvise til abort er «practice» av «freedom of [...] conscience», jf. art. 9 første ledd.

⁸⁰ Eweida 2013 avsnitt 84

⁸¹ Eweida 2013 avsnitt 89

⁸² Eweida 2013 avsnitt 96

⁸³ Eweida 2013 avsnitt 102 flg

⁸⁴ Eweida 2013 avsnitt 108

Neste spørsmål blir om legene har gitt avkall på vernet etter art. 9 ved sin ved inngåelse av fastlegeavtale eller ansettelse.

3.9 Avkall på samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd

3.9.1 Generelt

Problemstillingen er om ansettelse eller fastlegeavtale medfører et samtykke til at samvittighetsfriheten begrenses, slik at EMK art. 9 ikke gjelder.

Reservasjonslegene har ikke eksplisitt gitt avkall på samvittighetsfriheten sin når det gjelder spørsmålet om selvbestemt abort. Et eksplisitt avkall er imidlertid ikke den eneste måten man kan sies å ha sagt fra seg en rettighet på, etter EMK.

Kalac mot Tyrkia gjaldt klage fra en tyrkisk yrkesmilitær som ble ufrivillig pensjonert ettersom hans oppførsel og handlinger avslørte «unlawful fundamentalist opinions».⁸⁵ Kalac anførte for EMD at art. 9 var brutt ettersom han var fjernet fra sin jobb på grunnlag av hans religiøse overbevisning. EMD vektla at klageren hadde vedtatt begrensningen i sin religionsfrihet ved ansettelsen, og han fikk ikke medhold.⁸⁶

Det er ikke en menneskerettighet å få jobbe der man vil og gjøre det man vil på jobb. En arbeidsgiver må kunne sette begrensninger og stille krav til arbeidstaker. Et arbeidsliv der alle på generelt grunnlag kan reservere seg mot alt de ikke ønsker å gjøre ut fra egen samvittighet vil ikke fungere. Imidlertid er det ikke gitt at en arbeidstaker har gitt avkall på samvittighetsfriheten sin selv om han er ansatt.

Under overskriften «Aksepterte begrensninger» skriver Aall at «[f]or å sikre utførelsen av viktige helsetjenester må staten ha en relativt stor frihet til å stille rettighetshaveren (arbeidstakeren) overfor det ultimatum å velge mellom jobb og samvittighet. Spørsmålet om hvorvidt arbeidstakerens medvirkning kan kreves (eller om den som nekter kan sies opp),

⁸⁵ Kalac mot Tyrkia 1997 s. 3

⁸⁶ Kalac mot Tyrkia 1997 s. 6

avhenger bl.a. av om oppgaven var påregnelig (slik at rettighetshaveren må sies å ha innvilget den ved ansettelse).»⁸⁷

Aall har også drøftet spørsmålet i flere artikler om avkall på menneskerettigheter. Han påpeker at man i tillegg til eksplisitt avkall, eller avkall ved ansettelse, kan ha gitt avkall på en rettighet ved å sette seg selv i en situasjon der rettigheten vanskelig kan ivaretas, eller ved passivitet. Han påpeker imidlertid videre at disse ikke kan trekkes alt for langt.⁸⁸ Dersom en fastlege aldri hadde begynt på medisinstudiet ville han ikke kunnet komme i en situasjon der han kan måtte henvisse til abort. Men det vil være unaturlig å si at man har gitt avkall på samvittighetsfriheten kun ved å starte på et studium.

Når det gjelder passivitet påpeker Aall et vurderingstema som ofte kan kaste lys over spørsmålet om passiviteten er tilstrekkelig til å si at det er gitt avkall på rettigheten. Det er et spørsmål «whether the waiver, although tacit, is sufficiently unequivocal to be taken as evidence of the rightholder's informed will to renounce a particular right.»⁸⁹ Videre vises det til at EMD har brukt «the even vaguer term 'whether it is reasonable in the circumstances of the case' to infer a waiver from the right-holder's passivity.»⁹⁰ Gjennom rettighetshavers passivitet må det altså være rimelig å anta at han har gitt avkall på rettigheten sin etter EMK.

Når det gjelder arbeidsforhold vises det videre til at «[t]he mere fact that an employee willingly (otherwise art. 4 is applicable) puts his labour at his employer's disposal does not mean that the employer can unilaterally limit his remaining rights, unless that is a clear and reasonable consequence of the very essence of his primary obligation: to supply labour.»⁹¹ Men likevel at «depending on the circumstances, taking on work may reasonably entail self-imposed limitations.»⁹²

3.9.2 Ulike grupper av fastleger

I avkallsvurderingen må det videre skilles mellom de ulike grupper av leger. Debatten rundt reservasjonsrett for fastleger har vist at det finnes flere ulike konstellasjoner og avtaler både mellom fastleger og mellom fastlege og kommune, som kan begrunne ulik juridisk vurdering

⁸⁷ Aall 2011a s. 231

⁸⁸ Aall 2010 s. 322-324

⁸⁹ Aall 2010 s. 324

⁹⁰ Aall 2010 s. 324

⁹¹ Aall 2010 s. 331

⁹² Aall 2010 s. 331

og resultat av reservasjonsrett i visse spørsmål. Noen fastleger som inngikk fastlegeavtale før Rundskriv I-4 2011, har reservasjonsklausuler i sine fastlegeavtaler med kommunen. Andre fastleger inngikk avtaler før uten reservasjonsklausul før rundskrivet, mens andre igjen har inngått avtale etter at rundskrivet ble sendt ut. Det er også en liten gruppe fastleger som er kommunalt ansatt, og enkelte av disse kan ha reservasjonsklausuler i arbeidsavtale med kommunen.

Ettersom de fleste fastleger er selvstendig næringsdrivende, er de ikke direkte ansatt i kommunen. Fastlegeavtalen har likevel mange likhetstrekk med en arbeidsavtale. Fastlegen har gjennom avtalen i oppgave å oppfylle kommunens plikter overfor sine listeinnbyggere. Forholdet kan derfor sammenlignes med et ansettelsesforhold i spørsmålet om avkall. På bakgrunn av dette er det heller ikke grunn til å skille de kommunalt ansatte legene ut som egen gruppe.

3.9.3 Fastlege med reservasjonsklausul i fastlegeavtale før Rundskriv I-4/2011

Disse fastlegene har en avtaleklausul om at de skal kunne reservere seg mot å henvise til abort. Ved en slik avtale har de eksplisitt *ikke* godtatt en slik begrensning i samvittighetsfriheten. Manifestasjonen av samvittigheten er av fastlegen satt som et vilkår i avtalen med kommunen. Dermed har disse fastlegene klart nok ikke gitt avkall på samvittighetsfriheten i art. 9 ved inngåelse av fastlegeavtale eller ansettelse.

3.9.4 Fastlege uten reservasjonsklausul i fastlegeavtale med avtale før Rundskriv I-4/2011

Reservasjon ved henvisning til abort har vært praktisert av et fåtall leger i over 30 år, uten at myndighetene har sanksjonert eller krevd opphør av praksisen. Gjennom å faktisk ha praktisert reservasjon har de ikke godkjent en begrensning i samvittighetsfriheten ved passivitet.

Disse fastlegene har likevel ikke gått inn i kontraktsforholdet under forutsetning om å fortsette reservasjonspraksisen slik fastlegene med reservasjonsklausul har gjort. Det synes imidlertid rimelig klart at legene selv har oppfattet reservasjonspraksisen slik at myndighetene har sett gjennom fingrene på praksisen, men at det likevel er en praksis fastlegene skal få fortsette med. Dette synspunktet kommer fram i blant annet artikler for Tidsskrift for Den norske

legeforening. Eksempelvis i Markestad og Hyttens artikkel «Hvor går grensen for reservasjonsretten» fra 2010, et år før rundskrivet.⁹³ En slik langvarig praksis fra legenes side viser at de ikke har godtatt en begrensning i samvittighetsfriheten sin, og de har oppfattet løsningen som godkjent fra departementet.

Dermed har legene, ved sin praksis, nettopp *ikke* godtatt en begrensning i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9.

3.9.5 Fastlege med fastlegeavtale inngått etter Rundskriv I-4/2011

En fastlege som har inngått fastlegeavtalen etter rundskrivet ble sendt ut, har gått inn i avtalen selv om han visste at HOD der har uttrykt at han personlig må henvise til abort. Et rundskriv fra HOD er imidlertid, som det drøftes i punkt 4.2.2, ikke bindende som instruks for verken fastlege eller kommune. Og som det fremgår nedenfor av kapittel 4 er departementets oppfatning i Rundskriv I-4/2011 ikke fullstendig i tråd med gjeldende rett.

Det er ikke sikkert fastlegen vet at departementet ikke kan gi instruks i rundskriv, og dermed går inn i kontrakten med den oppfatning at han personlig må henvise til abort. I vurderingen om avkall handler det ikke nødvendigvis om at staten har gått fram på riktig måte, men hensynet til fastlegen. Hvis fastlegen har trodd at han personlig må henvise til abort da han gikk inn i fastlegeavtale, er det jo under en slik forutsetning han har godtatt å gå inn i avtalen. Dette kan tilsi at det er rimelig å anta at fastlegen har gitt avkall på å kunne la være å henvise til abort av samvittighetsgrunner.

Samtidig er det vanskelig å komme med slike generelle vurderinger av hvilken kjennskap den enkelte fastlege har til regler og myndighetsforhold mellom kommune, stat og kontraktspart. Dessuten har reservasjonsrettssaken hatt en del medieomtale, og det har hersket usikkerhet rundt de rettslige aspekter av saken. Dermed har spørsmålet om fastlegen personlig må henvise til abort vært uklar også etter Rundskriv I-4/2011. Dessuten kan også nye fastleger ha inngått avtaler med andre fastleger som henviser til abort for dem, og ved dette verken utvist passivitet eller praksis som godtar begrensningen.

I Eweida påpeker EMD at samlivsterapeuten visste at bedriften hadde krav om at han også måtte jobbe med likekjønnede par allerede da han begynte på videreutdanningen sin med seksualterapi:

⁹³ Markestad og Hytten 2010

«[T]he applicant voluntarily enrolled on Relate's post-graduate training programme in psycho-sexual counselling, knowing that Relate operated an Equal Opportunities Policy and that filtering of clients in the ground of sexual orientation would not be possible [...]. While the Court does not consider that an individual's decision enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knows will have an impact on his freedom to manifest his religious belief is determinative of the question whether or not there been an interference with Article 9 rights, this is a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck».⁹⁴

EMD konstaterer altså kort at teraupautens ønske om reservasjon er vernet av art. 9. At han var klar over kravet om å veilede likekjønnede par blir heller trukket inn som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter andre ledd.

Sett i lys av EMDs argumentasjon i Eweida er det naturlig å konkludere med at heller ikke disse fastlegene har gitt avkall på samvittighetsfriheten etter art. 9. McFarlane visste klart hva som var forventet av ham. Disse fastlegene har kanskje mindre grunn til å forvente å ikke måtte konsultere og henvise til abort enn de som inngikk fastlegeavtale før rundskrivet, men dette kommer heller inn som et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter andre ledd.

3.9.6 Konklusjon og videre problemstilling

Fastlegers reservasjon mot personlig å ta abortkonsultasjoner og henvise til abort er vernet av EMK art. 9, og ingen av de omtalte gruppene av fastleger har gitt avkall på denne rettigheten gjennom ansettelse eller inngåelse av fastlegeavtale.

Neste problemstilling blir om staten oppfyller vilkårene for å gjøre inngrep i rettigheten etter EMK art. 9 andre ledd.

For å gjøre inngrep i borgernes samvittighetsfrihet kreves det etter EMK art. 9 andre ledd at dette er gjort i henhold til lov, at inngrepet gjøres for å ivareta et av de oppregnede formål i art. 9 andre ledd, og at det er forholdsmessig gjennom vilkåret «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å ivareta formålet. I kapittel 4 gjennomgås lovskravet. Kapittel 5 omhandler formålsskravet, og i kapittel 6 drøftes forholdsmessigheten. De ulike vilkårene utdypes nærmere under hvert enkelt kapittel.

⁹⁴ Eweida 2013 avsnitt 109

4 Lovskravet ved inngrep i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd

4.1 Innledning og problemstilling

For at et inngrep i samvittighetsfriheten skal være rettmessig, må det være «prescribed by law», jf. EMK art. 9 andre ledd.

Problemstillingen er om en plikt for fastleger personlig å konsultere og henwise kvinner til abort er «prescribed by law», jf. art. 9 andre ledd.

I Bayatyan utdyper EMD uttrykket «prescribed by law» som at inngrepet først og fremst må ha «basis in domestic law.» Men kravet relaterer seg også til kvaliteten på lovgivningen. Den må være «accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail and to regulate their conduct».⁹⁵ EMD oppstiller et klarhetskrav og et forutberegnelighetskrav. Inngrepet må være formulert presist nok til at det er mulig for den inngrepet er foretatt overfor å forutberegne både hva inngrepet innebærer og pliktene sine.

Fastlegen skal etter omstendighetene ha mulighet til å forstå og forutse sine plikter og konsekvensene av disse. For fastlegen handler det om et arbeidsforhold, ikke en eventuell fengselsstraff eller liknende. Men å tvinge de aktuelle fastlegene til å velge mellom å henwise eller slutte vil likevel for den enkelte fastlege oppleves som svært inngripende. Det må derfor kreves at fastlegens plikter er formulert så klart at fastlegen kan klare å finne ut hva hans plikter er.

Dersom pliktene for fastlegene følger av en tolkning av gjeldende regler, basert på vanlig norsk juridisk metode, vil det være naturlig å konkludere med at lovskravet er oppfylt også etter EMK art. 9 andre ledd. Derfor blir problemstillingen under lovskravet om staten har gitt fastlegen konsultasjons- og henvisningsplikt til abort etter gjeldende rett.

⁹⁵ Alle sitatene i avsnittet er hentet fra Bayatyan 2011 avsnitt 113.

4.2 Fastlegens henvisnings- og konsultasjonsplikt etter gjeldende rett

4.2.1 Innledning og problemstilling

Hovedproblemstillingen i punkt 4.2 er om det følger av dagens regler en plikt for fastlegen til personlig å ta konsultasjoner med abortsøkende kvinner og henvide disse til abort.

Først diskuterer jeg hvilken betydning Rundskriv I-4/2011 har for forståelsen av gjeldende rett (punkt 4.2.2). I punkt 4.2.3-4.2.7 vil jeg drøfte og gjennomgå abortloven, abortforskriften og fastlegeforskriften. Først drøfter jeg om abortloven og abortforskriften innebærer en plikt for fastleger å ta abortkonsultasjoner og henvide til abort, enten ved spørsmål om dette følger av reglene, eller ved antitetisk tolkning av den positivt hjemlede reservasjonsretten for sykehusansatte (punkt 4.2.3 og 4.2.4). Deretter vil jeg diskutere om fastlegeforskriften innebærer en plikt for fastlegen til personlig å konsultere og henvide kvinner til abort, eller om fastlegen oppfyller sine plikter etter fastlegeforskriften ved å ha en avtale med en annen lege som tar konsultasjonen og henviser (punkt 4.2.5 og 4.2.6). Til slutt vil jeg se på abortlov, abortforskrift og fastlegeforskrift i sammenheng for å se om disse til sammen skaper en plikt for fastlegen personlig å ta abortkonsultasjoner og henvide til abort (punkt 4.2.7).

I konsultasjon og arbeid er fastlegens fokus på mennesket, og mye vil være skjønnsmessig. En oppsatt mal for hvordan lege-pasient-forholdet skal være vil ikke passe i alle tilfeller. For en slik skjønnsmessig arbeidshverdag kan det være vanskelig å stille opp generelle og klare regler. Derfor vil det i det virkelige liv kunne være nyanser i typesituasjoner som ikke plukkes opp av drøftelsen av gjeldende rett nedenfor. Situasjonene jeg drøfter vil imidlertid dekke de aller fleste situasjoner hvor konflikten mellom fastlegens ønske om å ikke konsultere abortsøkende kvinner og henvide til abort, og kvinnens ønske om konsultasjon og henvisning, kommer på spissen.

4.2.2 Rundskriv I-4/2011

I rundskrivet uttrykker HOD det synspunkt at fastleger ikke kan la være personlig å utføre oppgaver av samvittighetsgrunner. Spørsmålet er om Rundskriv I-4/2011 har betydning for fortolkningen av fastlegeforskrift og abortlovgivning.

Rundskrivet henviser til den gamle fastlegeforskriften (2000) § 7, ettersom ny fastlegeforskrift ikke trådte i kraft før 1.januar 2013. Den nye bestemmelsen som omhandler fastlegens listeansvar er § 10, og i merknader til denne står det at bestemmelsen delvis er en videreføring av den gamle forskriftens § 7. Forholdet til reservasjonsrett i fastlegeansvaret er ikke presisert i bestemmelsen eller i dokumentene som ligger til grunn for den nye forskriften. Dermed har HOD heller ikke uttrykt at rundskrivet er ment å endre forståelsen av den nye forskriften. Rundskrivet er HOD sin forståelse av gjeldende rett.

For at rundskrivet skal ha betydning for hva som er gjeldende rett må departementet ha mulighet til å gi kommune eller fastleger bindende instruks i form av slike rundskriv. Spørsmålet om rundskrivets betydning for fortolkning av gjeldende rett beror derfor først og fremst på om departementet har generell instruksjonsmyndighet overfor kommuner eller fastleger, eller om departementet må fremme slike krav gjennom lov og forskrift.

I stortingsmelding om statlig tilsyn med kommunene heter det at:

«Statlig tilsyn med kommunene må ses i sammenheng med det generelle forholdet mellom staten og kommunesektoren. Ved utformingen av statlig tilsyn må det tas hensyn til at kommuner og fylkeskommuner er selvstendige rettssubjekter. De har selvstendig myndighet og et selvstendig ansvar for sin virksomhet. Stortinget kan gjennom lover vedta å legge oppgaver til kommunene. Staten har ikke generell instruksjonsmyndighet overfor kommuner og fylkeskommuner, og må derfor i utgangspunktet styre gjennom lovgivning, budsjettvedtak og dialog.»⁹⁶

Smith skriver i sin bok om tvisteløsningsordninger mellom stat og kommune at «[j]uridisk sett følger av regelen at staten ikke har instruksrett overfor kommunene, at kommunene ikke er bundet av statlige 'rundskriv' og at rundskriv har 'liten rettskildemessig vekt' .»⁹⁷

Derfor er det ikke rundskrivet, men en tolkning av gjeldende lover og forskrifter som er avgjørende for hva som er gjeldende rett for spørsmålet om fastlegers reservasjon ved konsultasjon og henvisning til abort. Rundskriv I-4/2011 er ikke bindende instruks for kommunen eller fastlegene, og har lite vekt i fortolkningen av lov og forskrift.

⁹⁶ Stortingsmelding nr. 7 (2009-2010) punkt 3.1

⁹⁷ Nguyễn, Smith og Baldersheim 2009 s. 84

4.2.3 Abortlovens saksbehandlingsregler §§ 2, 4-6

Den neste problemstillingen er om abortloven sine saksbehandlingsregler innebærer en plikt til å ta abortkonsultasjoner, og om fastlegen har plikt til å henvise dersom han tar abortkonsultasjoner.

Kvinnen fremsetter i utgangspunktet begjæring om svangerskapsavbrudd selv, jf. abortloven § 4 første ledd. Ifølge abortloven § 5 skal «begjæring om svangerskapsavbrudd fremsettes overfor en lege», jf. første ledd. Deretter informerer og undersøker legen kvinnen som utdypet i punkt 2.3.

Den videre saksgang er at «[d]ersom inngrepet kan foretas før utgangen av tolvte svangerskapsuke skal legen, når kvinnen har mottatt opplysninger, informasjon m.v. som nevnt i § 5 annet ledd, første punktum, straks sende begjæringen sammen med en skriftlig henvisning, til den avdeling eller annen institusjon hvor inngrepet skal utføres» jf. § 6 første ledd.

Bestemmelsene viser saksgangen i konsultasjonen og konsulterende leges plikter i denne, med opplysninger og veiledning. De viser at kvinnen har rett på abortkonsultasjon og henvisning av en lege. Ordlyden «skal legen», jf. § 6 første ledd, er naturlig å forstå som et krav om at dersom kvinnen ønsker henvisning, må legen henvise henne. Et spørsmål blir da hvilken lege bestemmelsen pålegger plikter.

Det er ikke tydelig presisert hvilken lege det er tale om, men det er naturlig å forstå ordlyden som at det er den legen kvinnen er på abortkonsultasjon hos som skal henvise. Kvinnen kan av en eller annen grunn ha bestilt time hos en annen enn fastlegen sin, for eksempel ved at hun har bestilt time hos privatpraktiserende lege, at fastlegen er syk og har vikar, eller har turnuslege som er satt opp på konsultasjonen. Da er det mest praktisk og hensiktsmessig at det er denne legen som skal henvise, istedenfor at kvinnen må få ny time hos fastlegen personlig for at denne skal henvise. Dersom kvinnen har fått konsultasjon hos en fastlege hennes egen fastlege har avtale med for abortkonsultasjon, er kvinnen på denne legens kontor og det vil da være denne legen abortloven § 6 viser til. Ordlyden trekker dermed i retning av at det er den legen kvinnen er på konsultasjon hos som har plikt til å henvise, uavhengig av om dette er fastlegen.

I forarbeidene til abortloven utdypes § 6 slik:

«Bestemmelsen er ny og inneholder saksbehandlingsregler når avbruddet kan foretas før utgangen av 12. svangerskapsuke.

Første ledd pålegger legen å være rask ved behandling av saken. Han plikter, etter å ha gitt kvinnen de utbedte opplysninger, å henvise henne til den avdelingen/institusjonen hvor avbruddet kan foretas. Det understrekes at den lege kvinnen henvender seg til ikke kan avvise henne med den begrunnelse at det foreligger tungtveiende medisinske grunner mot å foreta inngrepet. Denne vurdering tas av overlegen eller hans stedfortreder der kvinnen henvises for å få inngrepet utført.»⁹⁸

Forarbeidsuttaletelsen taler også for at «den lege kvinnen henvender seg til», den hun er på time hos, har en plikt til å henvise kvinnen til abort, uten at dette innebærer en plikt til personlig å gjennomføre abortkonsultasjoner.

Det kan imidlertid oppleves som en omgåelse av saksbehandlingsreglene i abortloven dersom en fastlege for å unngå kravet om å henvise kvinner til abort, bare unngår slike konsultasjoner. Kvinnens rett til henvisning blir jo ikke reell dersom ingen leger vil konsultere henne. Men i sammenheng med at fastlegen har ansvar for allmennlegetilbudet for kvinnen, jf. fastlegeforskriften § 10, så har han ansvaret for at kvinnen får oppfylt denne rettigheten. Disse to bestemmelsene i sammenheng kan ivareta kvinnens rettighet. Da trenger ikke kvinnen å ringe rundt for å finne en lege som vil henvise henne, for det er fastlegens ansvar at dette skjer. Mer om sammenhengen mellom abortloven, abortforskrift og fastlegeforskriften kommer under punkt 4.2.7.

At konsulterende lege skal henvise kvinnen til abort ivaretar også kvinnen ved at hun slipper å gå fra lege til lege og legge fram sin sak, noe som kan oppleves svært ydmykende. Ved at den legen som tar abortkonsultasjonen har en plikt til å henvise unngår man også leger som tar abortkonsultasjoner kun for å overtale kvinnen til å ikke ta abort. Dermed mister ikke abortloven § 6 sin funksjon dersom fastlegen har en avtale med en annen lege som tar abortkonsultasjoner og henviser kvinner til abort.

Konklusjonen blir at abortloven sine saksbehandlingsregler gir konsulterende lege en plikt til å henvise, uten å pålegge en plikt til selv å ta abortkonsultasjoner.

⁹⁸ Ot.prp.nr. 53 (1977-1978) s. 15

4.2.4 Spørsmål om antitetisk tolkning av abortlov og abortforskrift når det gjelder reservasjonsrett i forbindelse med abort

Abortloven og abortforskriften hjemler reservasjonsrett for utførelse og assistanse ved selve abortinngrepet, samt presisering av at stell og pleie ikke er omfattet av reservasjonsretten. Abortloven § 14 sier kun at det i organiseringen av sykehustjenesten skal tas hensyn til de som vil reservere seg. Fritak av samvittighetsgrunner utdypes videre i abortforskriften kapittel 4, og innholdet av denne reservasjonsretten er spesielt omtalt i § 15.

«§ 15. Fritak av samvittighetsgrunner

Helsepersonell som av samvittighetsgrunner ønsker det, skal fritas fra å utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd. Retten til fritak gjelder ikke for helsepersonell som gir kvinnen stell og pleie før, under og etter svangerskapsavbruddet.

Fritaket må gjøres generelt og gjelde for alle former for svangerskapsavbrudd.

Ved medikamentell abort gjelder retten til fritak for helsepersonell som assisterer ved eller utfører avbruddet, herunder forskriver eller administrerer medikamenter i forbindelse med svangerskapsavbruddet. Dette gjelder selv om kvinnen selv inntar medikamentene.»

Ordlyden gir en eksplisitt reservasjonsrett for å «utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd», jf. første ledd. Denne er naturlig å forstå som at kun gjelder ved selve abortinngrepet, noe som også fremgår av forarbeidene, se nedenfor. Det er altså klart at bestemmelsen ikke gir noen rett til å reservere seg mot å henvise kvinner til abort. Videre står det at «helsepersonell som gir kvinnen stell og pleie før, under og etter svangerskapsavbruddet» ikke har rett til fritak av samvittighetsgrunner, jf. § 15 første ledd andre punktum. Ifølge tredje ledd har helsepersonell som «forskriver eller administrerer medikamenter i forbindelse med svangerskapsavbruddet» også reservasjonsrett, jf. første punktum.

Spørsmålet blir derfor om reservasjonsretten er uttømmende regulert i abortforskriften § 15.

Mads Henry Andenæs skriver i sin bok om generell rettskildelære at:

«[n]år lovgiveren sier noe om tilfelle a og er taus om tilfelle b, er det ikke nødvendigvis ut fra en forutsetning om at tilfellene skal behandles forskjellig. Det kan for eksempel være at ingen tenkte på tilfelle b da loven ble utformet, eller at man ikke ønsket å ta standpunkt til tilfelle b. Generelt bør man derfor være forsiktig med å tolke

lovbestemmelser antitetisk. Det vil bero på de nærmere omstendigheter om det er grunnlag for å tolke loven antitetisk.»⁹⁹

Videre skriver han at «det er først og fremst når lovforarbeidene gir grunnlag for det, at en antitetisk fortolkning er på sin plass.»¹⁰⁰

I merknader til abortforskriften utdypes bestemmelsen med at «[r]etten til fritak avhenger imidlertid av hvilke oppgaver helsepersonell utfører i forbindelse med svangerskapsavbruddet.»

Abortloven § 14 første ledd omhandler måten sykehustjenesten skal organiseres, og at det er i denne sammenheng det blir presisert at helsepersonell kan reservere seg. Dette taler for at abortloven og abortforskriften regulerer reservasjon på selve sykehuset, og derfor ikke nødvendigvis innebærer et forbud mot annen reservasjon i forbindelse med abort.

Forarbeidene til abortloven skriver angående reservasjonsretten i abortloven § 14, jf. abortforskriften § 15 at «[i] forskriftene til gjeldende lov er det bestemt at helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd skal framsette slikt ønske skriftlig overfor avdelingens overlege.»¹⁰¹

Denne forarbeidsuttalelsen taler også for at det er reservasjonsadgangen på sykehuset som er regulert. Videre utdypes det om reservasjonsretten at:

«Vi står overfor alvorlige juridiske og etiske konflikter i spørsmålet om reservasjonsretten. Samfunnet har en absolutt forpliktelse etter loven til å sørge for samvittighetsfull behandling og pleie av den kvinne som rettmessig kan få avbrutt sitt svangerskap. Samtidig har samfunnet gjennom lovgivningen så vidt mulig søkt å sikre det enkelte menneske samvittighetsfrihet. Samfunnet respekterer den alminnelige, alvorlige og begrunnede samvittighetsoverbevisning. Ved utarbeidelse av forskrifter og vegledning til den endrede lov, vil departementet i tilfelle også vurdere hvordan lovens bestemmelser på dette punkt bør praktiseres for at de skal virke mest mulig hensiktsmessig etter sitt formål.»¹⁰²

Her viser forarbeidene et ønske om å ivareta både samvittigheten og kvinnens rett til abort. Forholdet til reservasjon mot henvisning er ikke omtalt her heller, men det uttrykkes et ønske om å ivareta og respektere den enkeltes dype samvittighetsoverbevisning i abortspørsmålet.

⁹⁹ Andenæs 2009 s. 37

¹⁰⁰ Andenæs 2009 s. 38

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 53 1977-1978 s. 13

¹⁰² Ot.prp.nr. 53 (1977-1978) s. 13

I andre forarbeider vises det til Sosialdepartementet sitt høringsbrev der de uttaler at «[d]epartementet har derfor etter nøye overveielse ikke funnet grunn til å ta inn bestemmelse om samvittighetsfritak for helsepersonell, men går ut fra at det enkelte sykehus og den enkelte poliklinikk fortsatt løser disse spørsmål i samarbeid med den enkelte arbeidstaker.»¹⁰³

Lovgiver gikk likevel inn for å lovfeste en reservasjonsrett i abortloven § 14, jf. abortforskriften § 15, da «[e]tter departementenes mening må ingen tvinges til å utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd når dette vil stride mot vedkommendes alvorlige overbevisning», og fordi det «på bakgrunn av høringsuttalelser om spørsmålet [...] er riktig at dette prinsipp kommer til uttrykk i lovteksten, og ikke bare som en forutsetning i forarbeidene.»¹⁰⁴

Denne forarbeidsuttalelsen viser at det allerede var en reservasjonspraksis, og at en del mente det ikke var noe poeng i at denne ble lovfestet, men at dette ble bedre løst i det enkelte arbeidsforhold.

Det presiseres imidlertid videre i samme forarbeid at «[d]et er bare selve inngrepet som helsepersonell kan fritas for å utføre eller assistere ved. Behandling for øvrig, så som mottaking, journalskriving, for- og etterbehandling samt vanlig pleie og stell kan man ikke fritas for å delta i av samvittighetsgrunner.»¹⁰⁵

Hvordan dette stiller seg for leger i primærhelsetjenesten, altså fastleger, sier forarbeidene ingenting om. På en side kan abortkonsultasjon og henvisningen falle innunder punktet forbehandling som regnes opp som deler av det man ikke kan reservere seg mot.

Forarbeidsuttalelsen kan i så måte også forstås slik at lovgiver har ment at reservasjonsretten med dette er uttømmende regulert, i og med at den først presiserer hva man kan reservere seg mot, og deretter ramser opp tilfeller hvor man ikke kan reservere seg. Lovgiver har ihvertfall ønsket å avgrense mot helt fjerne og rent praktiske aspekter ved abortprosessen.

Det å skrive ut en resept på abortfremkallende middel kan imidlertid også forstås som forutgående for selve aborten. Der har imidlertid lovgiver ment at legen likevel er så delaktig at han bør få reservere seg, i motsetning til legen som sitter i mottak og tar imot pasienten på sykehuset, eller sykepleierne som gir vanlig stell og pleie til alle pasienter uavhengig av hvorfor de er på sykehuset. Forarbeidsuttalelsen er derfor noe uklar på om den er ment å avgrense all annen reservasjon, eller kun annen reservasjon ved sykehuset. Det er også kun

¹⁰³ Ot.prp.nr. 38 (1974-1975) s. 7

¹⁰⁴ Ot.prp.nr. 38 (1974-1975) s. 30

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.38 (1974-1975) s. 30

aspektet med stell og pleie som faktisk er tatt inn i forskriftsteksten. Derfor må uttalelsen i forarbeidene også ses i lys av senere praksis om hvordan man har forstått reservasjonsretten.

I en innstilling til Stortinget angående erfaringer med lov om svangerskapsavbrudd kommenterer komiteens medlemmer fra Senterpartiet og Kristelig Folkeparti følgende:

«Disse medlemmer viser til at helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å utføre eller assistere ved abortinngrep, etter loven har rett til fritak fra dette. Enkelte kan ut fra sin samvittighet også ha problemer med å delta i andre oppgaver i tilknytning til abortinngrepet. Disse medlemmer vil ikke utvide reservasjonsadgangen i loven, men mener arbeidsgiver i slike tilfeller bør vise romslighet i forhold til de det gjelder, slik at de slipper å gå på akkord med sin samvittighet.»¹⁰⁶

Helt siden abort ble lovlig i Norge har leger reservert seg mot ulik medvirkning til abort, også før lovfestingen av reservasjonsrett mot å utføre eller assistere ved inngrepet. Praksisen med å reservere seg mot å henvise fortsatte også etter lovfestingen, og videre etter at fastlegeordningen ble innført.

Det synes som den generelle holdningen er at lovfesting av reservasjonsrett mot å utføre eller assistere ved svangerskapsavbruddet ikke er ment å forby alle andre reservasjonsønsker, annet enn mer generelle og praktiske oppgaver ved sykehuset. Fokuset synes heller å være at det skulle lages ordninger som gjorde at kvinnen ikke skulle ha problemer med å få tatt abort. Såfremt kvinner fikk ivaretatt denne rettigheten, kan det virke som eventuelle reservasjonsønsker ble ansett å skulle løses i det enkelte arbeidsforhold. Også HOD har uttrykt en slik forståelse, blant annet i brev til Rådet for legeetikk om reservasjon, såfremt kvinnen likevel får ivaretatt sin rett til abort.¹⁰⁷

Dermed er reservasjonsretten ikke uttømmende regulert i § 15. Konklusjonen er at abortlov og abortforskrift ikke kan tolkes antitetisk når det gjelder reservasjonsrett i forbindelse med abort.

4.2.5 Fastlegeforskriften § 10

«Fastlegens listeansvar dekker alle allmennlegeoppgaver innen somatikk, psykisk helse og rus for innbyggerne på listen dersom ikke annet er presisert i lov eller forskrift.» jf. § 10 første ledd.

¹⁰⁶ Innst.S.nr.231 (1995-1996) punkt 5.2

¹⁰⁷ HOD 2009

Problemstillingen blir om fastlegens «listeansvar» for allmennlegetilbudet til abortsøkende kvinner på sin liste innebærer at han personlig må ta abortkonsultasjoner og henvise kvinnene til abort, jf. § 10 første ledd.

Ordlyden tilsier at det er fastlegen som skal ha kontroll med og oversikt over pasientens helsetjenester som ligger til allmennlegetjenesten. Dette ansvaret kan også forstås som at det er denne legen pasientene kan henvende seg til for å få de helsetjenestene de trenger.

I merknader til fastlegeforskriften utdypes det at «[l]isteansvar innebærer at fastlegen i utgangspunktet er ansvarlig for 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.»¹⁰⁸

Etter både ordlyd og forarbeider synes det klart at det er fastlegen som har ansvaret for at kvinnen får abortkonsultasjon og henvisning. Fastlegen har ikke ivaretatt sitt ansvar dersom kvinnen ved timebestilling kun får beskjed om at denne fastlegen ikke tar slike konsultasjoner og at hun må finne en annen løsning på egenhånd. Problemstillingen er derfor om listeansvaret er ivaretatt dersom fastlegen påser at kvinnen får time hos en annen fastlege. Distinksjonen mellom tilfellene der kvinnen får direkte time hos en annen lege, eller om fastlegen formidler sin samvittighetsreservasjon og ordner med ny time når kvinnen er kommet til time, kommer ikke på spissen i drøftelsen av akkurat denne bestemmelsen.

I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven utdypes det om fastlegens listeansvar at det «[...] innebærer [...] en tydelig ansvars plassering. Ansvaret for allmennlegetilbudet til dem som står på listen er plassert hos en navngitt fastlege, slik at listeinnbyggere vet hvor de skal henvende seg dersom de har behov for legehjelp.»¹⁰⁹

I samme forarbeider heter det også angående de praktiske fordelene med listeansvaret at:

«Videre innebærer ansvars plassering at den øvrige kommunehelsetjeneste kan innhente informasjon fra pasient eller pårørende om hvilken lege de skal kontakte når det er behov for medisinsk oppfølging, eller ved søknad om spesifikke tjenester på vegne av innbyggeren. Plasseringen av ansvar innebærer også at legevakt og sykehus

¹⁰⁸ Merknader til § 10 Fastlegens listeansvar

¹⁰⁹ Prop. 91 L. (2010-2011) s. 238

har en adressat for epikriser blant annet ved behov for medisinsk oppfølging for eksempel etter en øyeblikkelig hjelp situasjon, eller etter utskrivning fra sykehus.»¹¹⁰

Fokuset er på ansvars plasseringen. Fastlegeordningen skulle forenkle legekontakten i primærhelsetjenesten både for pasientene og for sykehusene. Dette taler for at fastlegen har ivaretatt sitt listeansvar dersom han påser at kvinnen får time hos en annen fastlege.

Et videre spørsmål er om fastlegeordningens formål kan tilsi at listeansvaret ikke er ivaretatt om kvinnen får time hos en annen fastlege for abortkonsultasjon. Formålet omtales i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 19 slik:

«Fastlegereformen var en systemreform, som stilte krav til en ny måte å organisere allmennlegetjenesten på – en tjeneste landets kommuner allerede var forpliktet til å sørge for etter kommunehelsetjenesteloven §1-3. Hovedbegrunnelsene for forslaget om å organisere allmennlegetjenesten som et listesystem eller fastlegeordning, var dels behovet for en fast legekontakt (kontinuitet) for syke eldre, personer med kroniske lidelser og andre sårbare grupper. Annet personell i helsetjenesten mente dessuten at en fast legekontakt ville gjøre det enklere å samarbeide om enkeltpasienter med behov for koordinerte tjenester. Spesielt i byene var det ønske om å unngå såkalt lege-shopping (at personer gikk fra lege til lege) for å få bedre kontroll med rekvirering av vanedannende medikamenter. Mange forskjellige driftsformer og uoversiktighet medførte også store forskjeller i pasientenes egenbetaling.»¹¹¹

Andre grupper enn de som er i kjernen av formålet kan imidlertid likevel ha nytte av og ønske om en fast legekontakt, og da er fastlegeordningen en god løsning også der. En abortsøkende kvinne kan være i en sårbar situasjon og dermed ønske å prate med den legen hun kanskje kjenner, samtidig som andre kvinner kan ha et ønske om å *ikke* prate med noen de kjenner fra før i en slik situasjon. For enkelte kan det være lettere å komme til fastlegen med eventuelle oppfølgingssvanser eller etterfølgende problemer dersom de da kan gå til samme lege som hadde abortkonsultasjonen i første omgang. Hensynet til oppfølging og en fast legekontakt for spesialisthelsetjenesten å henvende seg til, kan derfor tale for at fastlegen personlig bør ta abortkonsultasjoner.

Hovedbegrunnelsen er imidlertid fast legekontakt for grupper i samfunnet som av ulike grunner vanligvis har jevnlig og kanskje ofte kontakt med lege. I tillegg til et ønske om å forbedre koordinering av tjenester, samt å få bedre kontroll ved bruk av vanedannende medikamenter. Kvinner som er uønsket gravide og som ønsker abortkonsultasjon og eventuelt

¹¹⁰ Prop. 91 L. (2010-2011) s. 238

¹¹¹ Prop. 91 L. (2010-2011) s. 238

henvisning, er ikke i utgangspunktet i noen av disse gruppene. Kvinnen må heller ikke ringe rundt til ulike leger, ettersom fastlegen har ansvar for at hun får abortkonsultasjon. Dermed tilsier ikke formålet at listeansvaret ikke er ivaretatt dersom kvinnen får abortkonsultasjon hos en annen fastlege.

En særlig problemstilling reiser seg der fastlegene har fellesliste etter fastlegeforskriften § 11. Da har fastlegene «felles ansvar for allmennlegetilbudet til personene på listen», jf. første ledd. Det er likevel «en ansvarlig lege som har hovedansvar for journal og oppfølging», jf. andre ledd. Forskriften legger opp til en ordning der en pasient kan ha flere fastleger som sammen har ansvaret for pasienten. Systemet er slik at man har fått time hos fastlegen selv om man ikke har time hos akkurat den legen som har ansvar for journalen og oppfølging. Hvis fastlegene velger en slik løsning har alle fastlegene ivaretatt sitt listeansvar overfor pasienten ved at en av fastlegene tar konsultasjonen. I en oppfølgingstime får kanskje pasienten time hos en annen fastlege. Ordningen med fellesliste viser at fastlegesystemet også er ment å være praktisk og fleksibelt, og at ansvaret kan være ivaretatt selv om det ikke er fastlegen personlig som tar den enkelte konsultasjon. Dette taler for at fastlegeforskriften § 10 ikke innebærer en plikt til personlig å ta abortkonsultasjoner.

Der fastleger har gruppepraksis er det også vanlig at fastlegene bruker hverandres kompetanse. Eksempelvis dersom en av fastlegene har spisskompetanse på noen områder, eller ved øyeblikkelig hjelp-timer hvis noen har fravær. Hvis en pasient må gå til fastlegens stedfortreder, uansett begrunnelse for dette, vil pasienten like fullt stå på fastlegens liste og være fastlegens ansvar. Dette ansvaret for allmennlegetjenester varer så lenge pasienten står på listen, uavhengig av hvilken enkeltperson pasienten går til.

Hvis en fastlege ikke har erfaring med eksempelvis å sette inn spiral, har han likevel ansvar for at kvinnen får satt inn spiral, ettersom det er en del av allmennlegetilbudet. I slike tilfeller vil fastlegene ha ansvar for at kvinnen får time hos en annen lege som utfører oppgaven. Rådet for legeetikk skriver i en uttalelse angående reservasjonsrett at «[e]llers i medisinsk praksis er det et prinsipp at leger overlater til kolleger oppover de selv ikke mestrer eller mestrer dårlig».¹¹² Slike løsninger kan være praktiske for legene, og kan også komme pasientene til gode ved at man kan få time hos en lege som kan mer om pasientens tilstand enn pasientens egen fastlege kan. Å si at slike løsninger er avskåret gjennom fastlegeforskriften § 10, vil kunne føre til vanskeligheter for legene generelt i sin praksis. Det synes

¹¹² Rådet for legeetikk 2012 s. 4

heller ikke som om disse løsningene har vært ansett å stride mot fastlegeforskrift, verken den nye eller gamle. Dermed må § 10 i utgangspunktet forstås slik at det er fastlegen som har ansvaret for at pasientene får det allmennlegetilbudet de har krav på, og at ansvaret er ivarettatt dersom fastlegen sørger for at kvinnen får time hos en annen fastlege.

Konklusjonen er at fastlegens «listeansvar» for allmennlegetilbudet til abortsøkende kvinner på sin liste innebærer et ansvar for at kvinnen får abortkonsultasjon og henvisning, men at bestemmelsen ikke stiller krav til at fastlegen personlig tar abortkonsultasjoner og henviser kvinner til abort, jf. § 10 første ledd.

4.2.6 Fastlegeforskriften § 24

«Fastlegen skal ved behov henvise listeinnbyggere til spesialisthelsetjenesten og til andre kommunale helse- og omsorgstjenester», jf. § 24 første ledd.

Spørsmålet er om fastlegeforskriften § 24 innebærer at fastlegen personlig må konsultere og henvise kvinner til abort.

Forskriftens § 24 presiserer at «fastlegen skal ved behov henvise». Ordlyden kan her naturlig forstås som at det er fastlegen selv som skal henvise videre. Dette er det imidlertid ikke mulig å gjennomføre fullt ut, eksempelvis dersom fastlegen er sykmeldt og henvisningen må utføres av en vikar. Samtidig kan bestemmelsen ses på som at såfremt det ikke er spesielle tilfeller, som at fastlegen er syk, er det fastlegen personlig som skal skrive henvisninger. Her er det heller ikke gitt noe unntak for enkelte typer henvisninger.

Også her vil momentet om at pasienter kan ha konsultasjon hos en annen enn fastlegen sin av mange andre grunner enn samvittighetskvaler komme inn. Dersom det er fastlegen personlig som må skrive alle henvisninger ville systemet bli svært tungvint og vanskelig. Derfor er det mer naturlig å forstå også denne bestemmelsen som at når man står som listepasient hos en fastlege skal man kunne forvente å ringe dit, bestille time, og få de henvisninger man trenger. Man skal ikke trenge å ringe privatklinikker eller kjempe seg inn hos en annen lege.

Ifølge Felde er det noen fastleger som vil at kvinnen skal komme til to konsultasjoner før de er villige til å skrive en henvisning til abort.¹¹³ Da får gjerne ikke kvinnen den henvisningen hun ønsker etter å ha bestilt time for abortkonsultasjon. Også etter denne bestemmelsen opplever fastlegene da selv at de har et rom for skjønn og egne vurderinger.

¹¹³ Personlig kommunikasjon 25.10.2012

At det er kvinnen selv som tar avgjørelsen om hun ønsker abort, kan tale for at behovet for aborthenvisning kan være tilstede allerede ved timebestilling. Det at kvinnen er gravid er også noe hun ofte lett, rent objektivt, selv kan finne ut av på forhånd. Når kvinnen bestiller abortkonsultasjon ringer hun imidlertid ikke kun for å få et papir hun kan ta med seg til sykehuset. Hun ringer for å få en konsultasjon, som kan ende med at legen skriver henvisningen. Behovet for henvisningen oppstår da eventuelt under konsultasjonen. Dette tilsier at når en lege har hatt en abortkonsultasjon har han en plikt til å også henvise kvinnen videre. Denne bestemmelsen sammenfaller med saksbehandlingsreglene i abortloven § 6. Det er derfor ikke nødvendig å fastlegge akkurat hvilket tidspunkt i konsultasjonen henvisningsbehovet oppstår, fordi pliktene for legen etter abortloven § 6 inntreffer allerede idet fastlegen tar abortkonsultasjonen.

Henvisningsplikten etter § 24 overlapper dermed med abortloven § 6, og innebærer at en fastlege ikke kan gå inn i en abortkonsultasjon, for så å nekte å henvise kvinnen til abort. Bestemmelsen pålegger imidlertid ikke fastlegen personlig å ta abortkonsultasjoner.

4.2.7 Abortlov og abortforskrift i sammenheng med fastlegeforskrift

Abortloven § 6 pålegger konsulterende lege en plikt til å henvise kvinner til abort. Fastlegeforskriften § 24 sier at fastlegen skal henvise videre ved behov, og ifølge § 10 har fastlegen ansvaret for allmennlegetilbudet for pasienter på sin liste. Aborthenvisning er en del av allmennlegetilbudet. Fastlegen har dermed ansvaret for aborthenvisning. Abortloven § 6 bruker ordet «legen» og fastlegeforskriften «fastlegen». Spørsmålet blir om disse bestemmelsene i sammenheng pålegger fastlegen en personlig plikt til å konsultere og henvise kvinner til abort.

I punkt 4.2.5 ble konklusjonen at fastlegen har ansvar for at kvinnen får konsultasjon, uten at han nødvendigvis må gjennomføre denne personlig. Kvinnene må derfor kunne ringe, bestille time, og ikke få ulemper som å stille bakerst i ventekøen hos den andre fastlegen eller lignende. Når pasientens fastlege har begrensningen må det være fastlegens ansvar å minimere ulempene dette måtte ha for pasientene.

Saksbehandlingsreglene i abortloven trådte i kraft før fastlegeordningen. Det er derfor naturlig at den ikke sier noe om fastlegen. Men abortkonsultasjonen er en del av allmennlegetilbudet som fastlegen har ansvaret for. Dermed vil det ofte være fastlegen som er den legen

som henviser etter bestemmelsene i abortloven. Det vil gjerne også være naturlig å anse den legen som er kvinnens primærlege som den legen hun skal henvende seg til for å få henvisning.

Et videre spørsmål blir om fastlegen må konsultere og henvise kvinner til abort dersom han ikke får noen annen lege til å gjøre dette, eller dersom det for eksempel vil føre til svært lang reisetid eller andre store ulemper for kvinnen å komme seg til den legen fastlegen har avtale med.

Kvinnen kan da henvende seg direkte til sykehuset, jf. abortforskriften § 1. Men hun har etter saksbehandlingsreglene rett på abortkonsultasjon i primærhelsetjenesten og henvisning derfra. Dette ansvaret etter abortloven faller innunder listeansvaret i fastlegeforskriften § 10. Derfor har fastlegen etter gjeldende rett en plikt til å sørge for at kvinnen får abortkonsultasjon og henvisning. Dersom han ikke får noen andre til å utføre dette, må han gjøre det selv for å ivareta pliktene sine etter abortloven og fastlegeforskriften.

Videre vil det kunne finnes ulike mellomtilfeller der fastlegen egentlig har en avtale med en annen lege som tar abortkonsultasjoner og henviser, men at kvinnen likevel sitter på fastlegens kontor og fremsetter et ønske om abort. Altså de tilfellene hvor det ikke har kommet fram på forhånd at abortkonsultasjon var formålet med legetimen.

Problemstillingen blir derfor på hvilket tidspunkt pliktene etter abortloven og fastlegeforskriften inntre for fastlegen personlig.

Denne problemstillingen kan bli satt på spissen eksempelvis hvis kvinnen ikke sier hvorfor hun ønsker time ved bestilling. En kvinne kan også gå til legen på grunn av noe helt annet enn graviditet, men så oppdages det at hun er gravid og hun vil da ha abort.

Hvis en kvinne har konsultasjon hos en spesialist i indremedisin eller gynekologi kan hun ikke fremsette ønske om abort og kreve henvisning fra denne legen, selv om abortloven § 6 ikke spesifiserer hvilken lege det er tale om. Aborthenvisninger er ikke en del av denne legens oppgaver, selv om kvinnen henvender seg til han. Det er der sammenhengen mellom abortloven § 6 og fastlegens ansvar etter fastlegeforskriften § 10 kommer inn og legger ansvaret på fastlegen.

Dersom kvinnen og legen innser at kvinnen er gravid under en vanlig fastlegekonsultasjon vil kanskje legen si at kvinnen bør komme tilbake til ny konsultasjon uansett. Det kan være fordi

det å begynne på abortkonsultasjon kan ta mer tid enn fastlegen har til rådighet der og da, alternativt fordi kvinnen da har mulighet til å bruke litt lengre tid til å tenke seg om, og kanskje komme over et eventuelt førstesjokk over å finne ut at man var uønsket gravid, før en abortkonsultasjon. I slike situasjoner må reglene være praktiske og fleksible og gi rom for fastlegens faglige skjønn. Det kan derfor vanskelig hevdes av fastlegen har en entydig plikt til å henvise til abort i løpet av samme konsultasjon. Men utøvelsen av det skjønnnet må naturligvis ligge innenfor kravet til faglig forsvarlighet etter helsepersonelloven § 4 første ledd.

En annen situasjon er hvis kvinnen vet at hun ønsker en aborthenvisning, men ikke har opplyst om dette ved timebestilling. Da har kvinnen henvendt seg til fastlegen sin og er møtt opp til time. Momentet om at det ikke alltid er fastlegen personlig man har konsultasjon hos, faller da bort siden man nettopp er på konsultasjon hos fastlegen personlig. Det synes da mest naturlig at konsultasjonen er startet og fastlegens plikter er inntrådt når kvinnen er på timen og har lagt frem sitt ønske om aborthenvisning.

Konklusjonene her er derfor at fastlegeforskriften og abortloven i sammenheng pålegger fastlegen et ansvar for at kvinnen får abortkonsultasjon og henvisning. En naturlig konsekvens av dette er at han har en plikt til å gjøre det selv, dersom han ikke har en løsning der andre gjør det istedenfor han. Bestemmelsene i sammenheng gir også fastlegen en plikt til å foreta konsultasjonen og henvise dersom kvinnen informerer om sitt abortønske i starten av selve legetimen. Hvis kvinnen har bestilt time av en annen grunn og abortønsket kommer opp underveis, er det vanskelig å si generelt om plikten er inntrådt, da dette må bero på en konkret og praktisk vurdering.

4.3 Konklusjon og videre problemstilling

Konklusjonen er at fastlegens ansvar for at kvinnen får abortkonsultasjon og henvisning er «prescribed by law», jf. EMK art. 9 andre ledd. Fastlegens plikt til å konsultere og henvise kvinner som er kommet på legetime er også «prescribed by law», jf. art. 9 andre ledd. En plikt for fastleger til personlig å konsultere og henvise kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege er ikke «prescribed by law», jf. art. 9 andre ledd.

For de tilfellene der lovskravet er oppfylt vil den videre formåls- og forholdsmessighetsdrøftelsen være et spørsmål om gjeldende regler etter abortloven, abortforskriften og fastlegeforskriften er formålsmessige og forholdsmessige. Det tas imidlertid forbehold om at gjeldende rett også må drøftes i lys av de videre konklusjonene etter EMK art. 9. Reglene jeg har drøftet i kapittel 4 gir ikke helt opplagte svar på problemstillingene, så dersom noen av pliktene etter gjeldende rett er i strid med EMK art. 9, vil art. 9 kunne komme inn i tolkningen av gjeldende rett. Det kan derfor ikke tas hensyn til art. 9 som tolkningsfaktor på dette tidspunkt i drøftelsen, men jeg vil komme tilbake til dette helt til slutt i oppgaven.

Konklusjonen her er kun en foreløpig konklusjon av hva som er gjeldende rett.

For tilfellene der kvinnen får direkte time hos en annen fastlege vil jeg under formåls- og forholdsmessighetsvurderingen vurdere om en eventuell fremtidig regel som pålegger fastlegen personlig å ta abortkonsultasjoner, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen direkte time hos en annen fastlege, er formålsmessig og forholdsmessig.

5 Formålmessigkravet ved inngrep i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd

5.1 Innledning og problemstilling

For å gjøre inngrep i samvittighetsfriheten i EMK art. 9 første ledd, må inngrepet videre gjøres «in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others», jf. andre ledd. Bestemmelsen lister altså opp en del relevante formål, og i oppgavens problemstilling er det formålet om ivaretagelse av helse som drøftes.

Det vil altså være tale om en vurdering om det å nekte fastleger å reservere seg mot abortkonsultasjon og henvisning til abort er for «the protection of [...] health», jf. art. 9 andre ledd. Den ene problemstillingen blir da om en eventuell regel som pålegger fastleger å ta abortkonsultasjoner personlig, uten mulighet for å gi kvinnen direkte time hos en annen lege, er formålmessig etter EMK art. 9 andre ledd. Den andre problemstillingen er om inngrepet i legens samvittighetsfrihet som pålegger han å konsultere og henwise kvinner til abort når de er kommet til time er formålmessig etter EMK art. 9 andre ledd.

Jeg først drøfte om abort er vernet etter formålet ivaretagelse av «health» i art. 9 andre ledd (punkt 5.2). Denne drøftelsen er gjelder likt for begge problemstillingene. Deretter vil jeg stille spørsmålet om formålet faktisk blir beskyttet et inngrep som pålegger fastleger personlig å konsultere og henwise til abort. I sistnevnte del (punkt 5.3) vil jeg dele inn i de to ovennevnte problemstillingene.

5.2 Abort som ivaretagelse av «health»

For å være formålmessig må formålet både være innenfor de oppramsede formål i art. 9 andre ledd, samt at inngrepet faktisk må knytte seg til å ivareta dette formålet, jf. ordlyden «protection of» i art. 9 andre ledd.

Første spørsmål er derfor om abortrettigheter som veiledning, undersøkelse og henvisning kan regnes innunder kategorien «health», jf. EMK art. 9 andre ledd.

Å være gravid kan ikke i utgangspunktet betegnes som en sykdom, men også andre rettigheter og tilbud rundt graviditet faller naturlig innenfor helserett-kategorien. Det er helsevesenet som er involvert, og graviditet påvirker kvinnens helse selv om det ikke er en sykdom. I Norge regnes abortrettigheter under helserettigheter, og det er da naturlig at eventuelle inngrep for å beskytte denne rettigheten er for å beskytte helsetilbudet. Også kvinnediskrimineringskonvensjonen definerer kvinners abortrettigheter innunder retten til helse, se art. 12. Både i nasjonal rett og folkerettslig defineres altså abort innunder helserettigheter.

Dermed kan abortrettigheter som veiledning, undersøkelse og henvisning regnes innunder kategorien «health», jf. EMK art. 9 andre ledd.

5.3 Inngrepets tilknytning til formålet

Neste problemstilling er om en eventuell regel som pålegger fastleger å ta abortkonsultasjoner personlig, uten å kunne gi abortsøkende kvinner direkte time hos en annen lege, er «for the protection of [...] health», jf. EMK art. 9 andre ledd.

Et mindretall på to dommere i Eweida argumenterer med at ingen av de som ønsket å inngå homofilt partnerskap mistet sin rettighet siden Ladele byttet slik at andre gjorde det for henne, og at det derfor ikke var noen link mellom inngrepet og formålet. «The aim of the Borough of Islington to provide equal opportunities and services to all without discrimination, and the legitimacy of this aim, is not, and was never, in issue. No balancing exercise can, therefore, be carried out between the third applicant's concrete right to conscientious objection [...].»¹¹⁴

En vurdering blir da om det utgjør noen forskjell for kvinnens rett til abort om fastlegen personlig reserverer seg. Hvis fastlegen sørger for at kvinnen får time hos en annen lege, og kvinnen i tillegg har rett til å henvende seg direkte til sykehuset får hun sin rett til både abortkonsultasjon og abort. Dette taler for at abortformålet ikke har tilstrekkelig tilknytning til inngrepet overfor legene, og derfor ikke er formålsmessig likevel.

Flertallet i Eweida ser imidlertid på det som at «the aim pursued by the local authority was to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being 'an employer and a public

¹¹⁴ Eweida 2013 mindretallsvotum av dommerne Vucinic og De Gateano avsnitt 6

authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others'.»¹¹⁵

Det er da vernet mot diskriminering som ses på som et legitimt formål, selv om ingen mistet sin rettighet. Flertallet poengterer videre viktigheten av å ikke diskriminere på grunnlag av seksuell legning, og dette synes å ha en verdi i seg selv. Ikke-diskriminering på grunn av seksuell legning er dessuten en rettighet etter EMK art. 14. Dette synspunktet er mindre overførbart for abortsøkende kvinner som gruppe. Da er det synet på når menneskelivet starter som er fokus, og ikke den gravide kvinnen i seg selv.

Fastlegeordningen er imidlertid ment som et system der pasientene i stor grad skal ha en primærlege å forholde seg til, noe som er en fordel for pasientene. Ved å pålegge fastleger personlig å ta abortkonsultasjoner og henvise kvinner til abort, ivaretar man den fordelen slik at den abortsøkende kvinnen kan forholde seg til den ene primærlegen. Et slikt pålegg kan bidra til at kvinnen kan komme til samme fastlege med alle sine helsemessige problemstillinger. Det kan også skape trygghet for kvinnen i en vanskelig situasjon å få konsultasjon og henvisning av en person hun kjenner. Derfor er en regel som pålegger fastleger personlig å konsultere kvinner og henvise dem til abort for «the protection of [...] health», jf. art. 9 andre ledd.

Neste spørsmål er om det å nekte fastleger å la være å utføre abortkonsultasjon og henvise kvinner til abort når de er kommet til timen er «for the protection of [...] health», jf. EMK art. 9 andre ledd.

Når kvinnen først er på konsultasjon vil måten legen går videre ha betydning for kvinnens helse. Legekonsultasjonen er i sin natur en del av ivaretagelse av helse, og en avvisning der kan eksempelvis også påvirke kvinnens psykiske helse. Derfor er det å pålegge fastleger å gjennomføre abortkonsultasjon og henvise kvinner til abort når de er kommet til timen «for the protection of [...] health», jf. EMK art. 9 andre ledd.

5.4 Konklusjon

Kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning til abort er en del av formålet om ivaretagelse av kvinners «health» i EMK art. 9 andre ledd. Det er også tilstrekkelig nærhet

¹¹⁵ Eweida 2013 avsnitt 105

mellom formålet og inngrepet etter art. 9 andre ledd dersom staten skulle lage en regel som tilsa at fastlegen ikke kan gi kvinnen direkte time hos en annen lege. Tilknytningen er også nær nok der problemstillingen om abort kommer opp når kvinnen er hos legen.

Konklusjonen er at en eventuell regel som pålegger fastleger å ta abortkonsultasjoner personlig, uten mulighet for å gi kvinnen direkte time hos en annen lege, er formålmessig etter EMK art. 9 andre ledd. Inngrepet i legens samvittighetsfrihet som pålegger han å konsultere og henvise kvinner til abort når de er kommet til time, er også formålmessig etter EMK art. 9 andre ledd.

6 Forholdsmessighetsvurdering ved inngrep etter EMK art. 9 andre ledd

6.1 Problemstilling og oppbygning av drøftelsen

I forholdsmessighetsvurderingen blir det, som i formålsdrøftelsen, også tale om to hovedproblemstillinger. Ulike nyanser og underproblemstillinger vil komme frem underveis.

Den første problemstillingen er om en eventuell regel som pålegger fastleger personlig å ta abortkonsultasjoner, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen gis time direkte hos en annen fastlege, er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens helse rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

Den andre problemstillingen er om regelen om at fastleger må konsultere og henvise kvinner som er kommet på legetime til abort, er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens helse rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

Jeg vil starte med noen generelle utgangspunkter for vurderingen av dette inngrepsvilkåret i EMK art. 9 andre ledd (punkt 6.2). Deretter vil jeg gå inn i selve drøftelsen av problemstillingene. I starten av drøftelsen vil jeg presentere noen momenter som er relevante for begge hovedproblemstillingene og underproblemstillingene. Først går jeg gjennom skjønnsmarginen, det komparative aspektet og Resolution 1763 (punkt 6.2-6-4). Jeg vil så drøfte hensynet til legene gjennom samvittighetsfrihetens viktighet i samfunnet, samt gå mer inn i den konkrete legeetikken, samvittighetens rolle for legeyrket, mer konkret om hensynet til legens samvittighet og betydningen av typen behandling det er tale om å reservere seg mot (punkt 6.5). Deretter vil jeg drøfte tyngden av formålet staten vil ivareta ved inngrepet. Det som gjennomgås er da hensynet til kvinnens helse, rett til abort, rett til veiledning, undersøkelse og henvisning, samt viktigheten av disse (punkt 6.6).

Etter disse mer generelle momentene vil jeg dele drøftelsen i de to ovennevnte hovedproblemstillingene, ettersom ulike hensyn og momenter gjør seg gjeldende med ulik styrke i de to hovedtilfellene. Jeg vil starte med problemstillingen om staten kan lage en regel som pålegger fastlegen personlig å ta abortkonsultasjoner (punkt 6.7), fordi en del av momentene

som gjennomgås der også vil være relevante ved problemstillingen der abortspørsmålet kommer opp på legetimen. Jeg vil underveis i den første problemstillingen dele inn i fastleger som allerede har fastlegeavtaler, både med og uten reservasjonsklausul (punkt 6.7.7-6.7.8), og fastleger som får fastlegeavtaler etter at en slik regel eventuelt er blitt innført (punkt 6.7.9).

Den neste hoveddelen er en vurdering av forholdsmessigheten der abortspørsmålet kommer opp på legetimen. Her vil jeg drøfte tre typetilfeller. Det første tilfellet er der kvinnen selv starter konsultasjonen med å ta opp abortproblemstillingen, og legen med en gang sier at han ikke kan ta konsultasjonen og henvise henne av samvittighetsgrunner (punkt 6.8.2). Neste tilfelle er der kvinnen straks sier at hun er der på grunn av en abortkonsultasjon, og legen prater med henne om det og går inn i konsultasjonen, for deretter å si at han ikke kan henvise henne til abort (punkt 6.8.3). De siste tilfellene er der problemstillingen om abort kommer opp underveis i konsultasjonen, spesielt der konsultasjonens tema i utgangspunktet var satt til å være noe annet, eller kvinnen på forhånd ikke var klar over at hun var gravid (punkt 6.8.4).

6.2 Generelle utgangspunkter for forholdsmessighetsvurderingen

Etter ordlyden «necessary in a democratic society [...] for the protection of [...] health» settes formålet opp mot inngrepet, jf. EMK art. 9 andre ledd. Dermed er det tale om en balansering eller forholdsmessighetsvurdering mellom formål og inngrep.

I Handyside var det tale om brudd på EMK art. 10, men vilkåret om nødvendighet i et demokratisk samfunn er formulert likt i begge artiklene, og utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen er den samme. EMD uttalte der generelt:

«The Court notes at this juncture that, whilst the adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with ‘indispensable’ (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words ‘absolutely necessary’ and ‘strictly necessary’ and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase ‘to the extent strictly required by the exigencies of the situation’), neither has it the flexibility of such expressions as ‘admissible’, ‘ordinary’ (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), ‘useful’ (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), ‘reasonable’ (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or ‘desirable’. Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the

reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in this context.»¹¹⁶

EMD legger terskelen slik at inngrepet ikke trenger å være uunngåelig eller absolutt nødvendig, men vilkåret er likevel strengere enn blant annet den naturlige forståelsen av fornuftig og brukbart. Det synes som om EMD åpner for et visst skjønn i hva statene velger som inngrep, men at inngrepet er enkelt, greit og praktisk er imidlertid ikke generelt tilstrekkelig.

I Olsson var det spørsmål om brudd på art. 8, hvor forholdsmessighetsvilkåret også har et likt utgangspunkt som art. 9 og art. 10. Der utdypes EMD vurderingen slik:

«According to the Court’s established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued; in determining whether an interference is ‘necessary in a democratic society’, the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States».¹¹⁷

Aall oppsummerer vurderingen som at den kan inndeles «i to kumulative undervilkår: For det første et presserende samfunnsmessig behov for inngrepet og dessuten at det står i forhold til formålet (proporsjonalitet).»¹¹⁸ Det er imidlertid vanskelig fullt ut å dele vurderingen klart opp i to slike deler, da mange av momentene vil gå inn i hverandre. Den konkrete drøftelsen av forholdsmessigheten i oppgaven vil derfor ikke ha et klart skille mellom de to delene, men begge vil inngå i drøftelsen nedenfor.

Aall skriver at man i vurderingen spør seg: «Var det etter omstendighetene nødvendig å gå frem på en så inngripende måte?»¹¹⁹ Videre utdypes han som typetilfeller at inngrepet er konvensjonstridig dersom «1) det ikke er egnet til å realisere formålet (formålsløst), 2) formålet som sådant ikke er tilstrekkelig tungtveiende eller 3) formålet kan nås ved lempeligere midler [...] Den endelige grensedragning ved vurderingen av om inngrepet er nødvendig, må foretas i tilknytning til den enkelte sak.»¹²⁰

Forholdsmessighetsvurderingen vil altså bero på en balansering av de to rettighetene som står opp mot hverandre. I Eweida stiller EMD problemstillingen for forholdsmessighets-

¹¹⁶ Handyside 1976 avsnitt 48

¹¹⁷ Olsson 1988 avsnitt 67

¹¹⁸ Aall 2011a s. 142

¹¹⁹ Aall 2011a s.142

¹²⁰ Aall 2011a s. 143

vurderingen som et spørsmål om «a fair balance was struck» mellom de motstridende interesser.¹²¹

I A, B og C mot Irland oppsummerer EMD kort hva som generelt ligger i «necessary in a democratic society», også med en henvisning til skjønnsmarginen. Der handlet problemstillingen om art. 8 og retten til privatliv og abort, men utgangspunktet for interesseavveiningen blir den samme etter art. 9.

«In this respect, the Court must examine whether there existed a pressing social need for the measure in question and, in particular, whether the interference was proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests in respect of which the State enjoys a margin of appreciation (*Open Door*, § 70; *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003-III; and *Evans v. the United Kingdom* [GC], § 75).»¹²²

Her får EMD fram at også skjønnsmarginen inkluderes i vurderingen. De viktige momentene for den videre drøftelsen er om inngrepet i legenes samvittighetsfrihet er nødvendig, samt om inngrepet er proposjonalt i forhold til formålet om kvinnes rett til abort. Begge interesser må balanseres opp mot hverandre, og det må også ses hen til skjønnsmarginen.

Svaret på de ovennevnte problemstillingene kommer da an på en vurdering av om «a fair balance [has been] struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the state».¹²³

6.3 Skjønnsmargin og komparativt aspekt

EMD har i saker som omhandler moral og etikk, spesielt veket tilbake for å konstatere krenkelse av EMK. Det er med andre ord ofte en vid skjønnsmargin i slike saker. Videre har EMD ofte tilstått statene en vid skjønnsmargin i problemstillinger hvor det ikke er konsensus om løsningen i Europa. Karakteren av samvittighetsfrihet i moralspørsmål som rettighet tilsier imidlertid at det ofte er tale om en samvittighet som avviker fra flertallets samvittighet i et land, noe som kan tale for at skjønnsmarginen likevel ikke bør være vid.

I Handyside uttaler EMD seg om den vide skjønnsmarginen ved moralspørsmål:

¹²¹ Eweida 2013 avsnitt 84

¹²² A, B og C mot Irland 2010 avsnitt 229

¹²³ Eweida 2013 avsnitt 84

«In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals [...], State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them.»¹²⁴

«Nevertheless, Article 10 para. 2 (art. 10-2) does not give the Contracting States an unlimited power of appreciation. [...] The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its ‘necessity’». ¹²⁵

«It follows from this that it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 (art. 10) the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation.»¹²⁶

Holdningen synes å være at det i en del vanskelige moral- og etikkspørsmål kan det være best at statene selv får bestemme selv hvordan disse løses. Skjønnsmarginen er imidlertid ikke ubegrenset, og EMD anser likevel seg selv som overordnet ansvarlige.

I Eweida mente EMD at sykehusledelsen var nærmere til å ta avgjørelser omhandlende sikker klinisk praksis ved sykehuset enn en internasjonal domstol, og lot Storbritannia få en vid skjønnsmargin i spørsmålet omkring Chaplins ønske om å bære et synlig kors rundt halsen på jobb.¹²⁷

Da kan det anføres at den norske stat er nærmere til å avgjøre om det skal være reservasjonsrett ved henvisning til abort, samt hvor langt denne skal strekke seg. Det er ikke sikkert andre lands praksis ved reservasjon passer inn i norsk kontekst. For eksempel er det ikke alle land som har en fastlegeordning. Det er imidlertid flere aspekter enn de nevnte som avgjør skjønnsmarginen.

Det finnes rapporter fra både Sør-Amerika så vel som fra Europa, om at kvinner har problemer med å få utført abort på grunn av høy reservasjonsandel blant legene. Dette gjelder spesielt katolskdominerte land, som dermed får problemer med å tilby kvinner lovlig abort, noe som ofte går utover fattige kvinner og de som bor i rurale strøk.¹²⁸ Men selv om begrensninger av reservasjonsrett kan være nødvendig i noen europeiske land, betyr det ikke automatisk at det også er nødvendig i Norge. EMD har flere ganger vist til spesielle kulturelle

¹²⁴ Handyside 1976 avsnitt 48

¹²⁵ Handyside 1976 avsnitt 49

¹²⁶ Handyside 1976 avsnitt 50

¹²⁷ Eweida 2013 avsnitt 99

¹²⁸ Se Doc. 12347 2010

forhold som gjør et inngrep nødvendig i et land, uten at det trenger å være det i et annet. To eksempler på dette er dommer angående bruk av hijab på universitetsområder og tvangsopløsning av et politisk parti.¹²⁹

Når det gjelder homofiles partnerskaps- og ekteskapsrettigheter har EMD vektlagt at praksis fortsatt er under utvikling i Europa, noe som tilsier en vid skjønnsmargin.¹³⁰ I Bayatyan var det et viktig argument at bortimot alle europeiske land nå har alternativer til militærtjeneste. En slik konsensus i Europa snevrer inn skjønnsmarginen.

Reservasjon mot å medvirke til abort er ifølge Resolution 1763 tilstrekkelig regulert i de fleste av Europarådets medlemsland, slik at begge interesser – kvinnens og helsepersonellens – blir ivaretatt.¹³¹ Angående abort synes det å være enighet omkring at helsepersonell får reservere seg mot å delta i selve abortinngrepet. For reservasjon mot henvisning er det gjennomgående at den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker finner løsninger som passer for dem.

I Danmark ble det i 2007 medieoppmerksomhet rundt en lege som nektet å henvise en kvinne til abort, og kun tilbød kvinnen en løpeseddel med adresse til en prevensjonsklinikk.¹³²

Sundhedsstyrelsen¹³³ i Danmark uttalte i forbindelse med saken at «[L]æger har lov til både at nægte at utføre abort og henvise til det, men skal så være i stand til at få kvinden til en læge, der kan give en henvisning med det samme.»¹³⁴ Det kun å gi kvinnen en løpeseddel til prevensjonsklinikk var ikke tilstrekkelig.

I England har de en «conscience clause» som gir leger rett til å reservere seg mot å delta i abortinngrep.¹³⁵ Markestad og Hytten oppsummerer det britiske General Medical Council¹³⁶ sitt syn på reservasjonsrett slik:

«General Medical Council går imidlertid langt i å akseptere reservasjonsrett av samvittighetsgrunner utover den lovbestemte såfremt legen viser respekt for pasientens ønsker, valg og livssyn og ikke forsøker å påvirke avgjørelsen ut fra eget livssyn eller holdning, ikke holder tilbake informasjon om muligheter og rettigheter som er nødvendig for at pasienten kan ta et reelt informert valg, ikke diskriminerer ut

¹²⁹ Leyla Sahin 2005 og Refah Partishi 2003

¹³⁰ Eweida 2013 avsnitt 105

¹³¹ Resolution 1763 punkt 3

¹³² Ioannou 2007

¹³³ Tilsvarer Helse- og omsorgsdepartementet i Norge

¹³⁴ Ioannou 2007

¹³⁵ Hill 2010

¹³⁶ Tilsvarer Statens helsetilsyn

fra etnisk bakgrunn, livssyn, kjønn, sivil og sosial status og seksuell orientering og sørger for at pasienten får nødvendig hjelp av annen lege.»¹³⁷

Hill skriver også at dersom allmennleger i England ikke vil henvise til abort må legen sende kvinnen videre til noen som er villig til å henvise.¹³⁸ National Health Service (General Medical Services Contracts) Regulations 2004 konstaterer som løsning at «where the contractor has a conscientious objection to the termination of pregnancy, prompt referral to another provider of primary medical services who does not have such conscientious objections».¹³⁹ Det står altså ikke at legen personlig må henvise, men at han må vise videre til en lege som vil henvise.

Markestad og Hytten påpeker at dette harmonerer med norsk praksis, etter synet til Rådet for legeetikk. De skriver videre at i Norge har «leger ingen lovbestemt rett til å reservere seg mot å henvise for abort, men både Helsetilsynet og Rådet for legeetikk aksepterer at leger kan avstå fra henvisning av overbevisningsgrunner dersom de oppfyller kravene som tilsvarer dem som er nedfelt av General Medical Council.»¹⁴⁰

Janawaysaken er en engelsk dom hvor en sekretær nektet å skrive inn et brev med henvisning til abort som legen hadde skrevet for en kvinne. Sekretæren mistet jobben og gikk til sak med påstand om at den såkalte «conscience clause» i engelsk abortlovgivning også gjaldt henne. The House of Lords avviste saken og Lord Kinkel sa seg enig med de lavere rettsinstansene om at «participate in any treatment» måtte bety «actually taking part in treatment administered in a hospital or other approved place». De mente at for en sekretær å skrive inn et ferdig brev, var av en så administrativ karakter, at hun ikke var beskyttet av den engelske reservasjonsklausulen.¹⁴¹ Fra denne engelske dommen kan man trekke synspunktet at slike forberedende handlinger ikke er beskyttelsesverdige i reservasjonsspørsmålet.

Det er imidlertid forskjell på å være den som skriver inn et brev og å være legen som faktisk skriver brevet, signerer, og står for konsultasjonen og forberedende undersøkelser. Hill argumenterer også med at det er forskjell på en sekretær og en lege i slike tilfeller. Han viser

¹³⁷ Markestad og Hytten 2010

¹³⁸ Hill 2010

¹³⁹ National Health Service Regulations 2004

¹⁴⁰ Markestad og Hytten 2010

¹⁴¹ Janaway 1988

videre til at henvisningsspørsmålet for leger har vært omdiskutert i engelsk parlament og departement.¹⁴² Baroness Masham of Ilton uttalte 20.juli 2005:

«The House of Lords ruled in 1988 that this exemption [the conscience clause of the Act] does not extend to giving advice, performing the preparatory steps to arrange an abortion where the request meets legal requirements and undertaking administration connected with abortion procedures. Doctors with a conscientious objection to abortion should make their views known to the patient and enable the patient to see another doctor without delay if that is the patient's wish.»¹⁴³

Selv om poenget er at legen ikke har en reservasjonsrett i henvisningstilfeller, og forberedende handlinger ikke dekkes av reservasjonsrett, uttales det at han derfor skal informere kvinnen om sin samvittighetsreservasjon, og sørge for at kvinnen raskt får en time hos en annen lege.

Både Danmark og England har fastlegeordning, og det er derfor naturlig for Norge å sammenligne seg med disse landene. Begge landene har tilsvarende ordninger, vedrørende reservasjon, som Norge har hatt de siste 30 år. Det vil si en en lovfestet rett til å reservere seg mot å utføre eller assistere ved abortinngrep, samt at reservasjonslegene har avtaler med andre leger som henviser til abort. Diskusjonen omkring reservasjonsrett i England, synes å være fokusert på viktigheten av at fastlegen må sørge for at kvinnen får time hos en annen lege, ettersom enkelte mener at også dette er å medvirke til abort.

Parlamentarikerforsamlingens veiledende resolusjon om reservasjonsrett viser også til balansegangen mellom rettighetene, og understreker legers rett til å reservere seg mot etisk omstridt behandling.¹⁴⁴ Det at et internasjonalt organ som dette vedtar en resolusjon som i stor grad anerkjenner, og ber statene legge til rette for, reservasjonsrett i abortspørsmål, sammen med at andre land Norge kan sammenligne seg med har en praksis der fastleger kan reservere seg mot å henvise til abort, taler for en smal skjønnsmargin.

Abort er imidlertid fortsatt et betent tema i europeisk sammenheng og EMD har ikke ønsket å legge seg opp i abortlovgivning, noe som kan tale for at skjønnsmarginen likevel kan være avgjørende. Samtidig er det her ikke tale om at kvinner mister abortrettighetene sine, siden hun får både konsultasjon og henvisning hos en annen lege. Dette tilsier at skjønnsmarginen likevel ikke er vid.

¹⁴² Hill 2010

¹⁴³ Sitat hentet fra Hill 2010

¹⁴⁴ Resolution 1763 2010, se gjennomgang av resolusjonen i punkt 6.4

6.4 Gjennomgang av Resolution 1763

I 2010 vedtok Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet, som omtalt i 3.5, en resolusjon om reservasjonsrett av samvittighetsgrunner for helsepersonell. Resolusjonen er vedtatt av flertallet i Parlamentarikerforsamlingen, og er relevant for spørsmålet om medvirkning til abort.¹⁴⁵ Bakgrunnen for resolusjonen var et dokument kalt «Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection. Report. Social, Health and Family Affairs Committee»,¹⁴⁶ mens resolusjonen til slutt ble hetende «The right to conscientious objection in lawful medical care».¹⁴⁷ Allerede tittelendringen viser et skifte i fokus fra bakgrunnsdokumentet til den ferdige resolusjonen.

Det er tydelige forskjeller med tanke på fokus hvis man sammenligner utkastet til resolusjon, skissert i bakgrunnsdokumentet, og den ferdige resolusjonen. Der man i utkastet fokuserer på at en reservasjonsrett kan skape problemer for kvinners mulighet til å få tatt abort, er fokuset i den ferdige resolusjonen på helsepersonells rett til ikke å involvere seg i etisk vanskelige problemstillinger som strider mot deres samvittighet.

Selve resolusjonen ønsker å gi større rom for reservasjonsrett av samvittighetsgrunner, også utover akkurat utførelsen av inngrepet.¹⁴⁸ Resolusjonen sier også at reservasjonsrett for helsepersonell i stor grad er tilfredsstillende regulert i medlemsstatene, i motsetning til bakgrunnsdokumentet som bygger på en forutsetning om at reservasjonsretten ikke er tilfredsstillende regulert.

I resolusjonens første punkt heter det at «[n]o person, hospital or institution shall be coerced, held liable or discriminated against in any manner because of a refusal to perform, accommodate, assist or submit to an abortion, the performance of a human miscarriage, or euthanasia or any act which could cause the death of a human foetus or embryo, for any reason.»¹⁴⁹

Ingen skal altså bli diskriminert for å nekte å medvirke til blant annet abort, eller tvinges til å medvirke til abort; det være seg personer, sykehus eller institusjon. Det er naturlig å forstå punktet som at Parlamentarikerforsamlingen mener at helsepersonell bør kunne reservere seg

¹⁴⁵ Se punkt 3.5

¹⁴⁶ Doc. 12347 2010

¹⁴⁷ Resolution 1763 2010

¹⁴⁸ Se punkt 1-4 nedenfor

¹⁴⁹ Resolution 1763 2010 punkt 1

mot alle deler av prosessen som fører fram til abort. I denne forbindelse nevner de eksplisitt en del måter man kan medvirke til abort på, se neste avsnitt, og begrepene som benyttes er vide.

«Perform» eller utføre er naturlig å forstå som den som utfører abortinngrepet.

«[A]ccomodate» eller tilrettelegge, er det naturlig å forstå som det å legge til rette for aborten, eller gjøre i stand for den. «[A]ssist» eller assistere kan naturlig forstås som de som hjelper til ved utførelsen av abortinngrepet.

Det mest relevante begrepet for fastlegenes reservasjon er «submit». Begrepet er naturlig å forstå som å henvise eller sende til abort. Et spørsmål er om det er naturlig å forstå fastlegens konsultasjon med kvinnen og henvisning til abort som å «submit» til en abort. Den henvisende lege er den som starter prosessen som leder fram til abortinngrepet. En slik henvisning er naturlig å forstå som at man sender kvinnen videre til en abort, selv om det ikke er fastlegen selv som tar den endelige avgjørelsen. I sammenheng med det vide begrepet «accomodate» er det også naturlig at å henvise uansett faller innunder helheten i resolusjonens punkt 1.

I bakgrunnsdokumentet sies det at forberedende steg og henvisning ikke bør omfattes av en reservasjonsrett.¹⁵⁰ Utkastet til resolusjon i bakgrunnsdokumentet viser seg tilsvarende snevrere enn den endelige resolusjonen senere i utredningen, hvor retten ønskes gitt til «only to individual health care providers directly involved in the performance of the procedure in question».¹⁵¹ Når Parlamentarikerforsamlingen tydelig har gått bort fra denne formuleringen og erstattet den med svært vide uttrykk, synes det også tydelig at forberedende handlinger, som henvisning, faller innunder punkt 1.

Resolusjonens punkt 1 viser samlet at Parlamentarikerforsamlingen i utgangspunktet ønsker å ivareta samvittighetsfriheten for helsepersonell på alle punkter av prosessen som til slutt leder frem til et abortinngrep.

I resolusjonens punkt 2 poengterer Parlamentarikerforsamlingen behovet for å understreke retten til reservasjon, sammen med statens ansvar for å påse at pasienter får sine lovbestemte helserettigheter i tide. Videre understrekes det også at uregulerte reservasjoner kan påvirke kvinner, spesielt de med lav inntekt eller som bor i desentrale strøk, noe statene må finne

¹⁵⁰ Doc 12347 2010 punkt 5.4

¹⁵¹ Doc 12347 2010 punkt 4.1.1

løsninger på, for å unngå. Parlamentarikerforsamlingen illustrerer behovet for å ivareta begge disse rettighetene. Videre uttrykkes bekymring rundt ordninger som ikke er godt regulerte; altså ønsker Parlamentarikerforsamlingen at man ved eksplisitt og gjennomtenkt regulering skal unngå at reservasjon går på bekostning av kvinners rettigheter.

Det kan argumenteres med at en regulering av spørsmålet om henvisning til abort, hvor fastlegen blir gitt en rettighet til å reservere seg samt plikt til å sørge for at kvinnen får sin lovbestemte rettighet hos noen andre, kan føre til at reservasjon blir brukt som ledd i abortmotstand og gå utover enkeltkvinner. Men nettopp ved å pålegge en plikt til å skaffe kvinnen time hos en annen lege, sammen med reservasjonsretten, vil sistnevnte vanskeligere bli misbrukt. En tydelig regulering der begge sider opplever seg hørt, anerkjent og forsøkt ivaretatt, og som – om mulig – skaper en balanse begge sider kan godta, vil kanskje kunne styrke kvinnens rettigheter. Det er mindre fristende å sabotere en løsning man selv kan godta.

Punkt fire i resolusjonen påpeker at:

«In view of member states' obligation to ensure access to lawful medical care and to protect the right to health, as well as the obligation to ensure respect for the right of freedom of thought, conscience and religion of health-care providers, the Assembly invites Council of Europe member states to develop comprehensive and clear regulations that define and regulate conscientious objection with regard to health and medical services, and which:

4.1 guarantee the right to conscientious objection in relation to participation in the medical procedure in question;

4.2 ensure that patients are informed of any conscientious objection in a timely manner and referred to another health care-provider;

4.3 ensure that patients receive appropriate treatment, in particular in cases of emergency.»¹⁵²

Her synes Parlamentarikerforsamlingen å legge til grunn at resolusjonen er vedtatt for å gi retningslinjer som balanserer forholdet mellom kvinnens lovbestemte rettighet, og helsepersonells rett til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet. Punktet viser et ønske om at medlemsstatene skal legge til rette for ivaretagelse av både kvinnens og legens rettigheter, ved ikke bare å gi legen rett til å reservere seg, men ved også å pålegge denne å tilkjenne sitt syn tidlig nok, samt gi pålegg om adekvat viderenvisning.

¹⁵² Resolution 1763 2010

Dette punktet er spesielt relevant for den videre forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det nettopp er balansen mellom kvinnens og legens rettigheter som er satt opp mot hverandre. Blant annet ved spørsmål om kvinnens og legens rettigheter er balansert på en god måte ved å pålegge fastleger personlig å ta abortkonsultasjoner og henvise til abort, og om det finnes alternative løsninger som kan ivareta begge rettighetene på en akseptabel måte.

6.5 Hensynet til legenes samvittighet

6.5.1 Samvittighetsfrihet

Ettersom det er to rettigheter som skal balanseres opp mot hverandre i en forholdsmessighetsvurdering, er det naturlig å stille spørsmål om hvilken type rettigheter det er som settes opp mot hverandre og hvor tungtveiende eller viktige de er.

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter art. 1 uttrykker at menneskene er «endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.»¹⁵³ Det legges til grunn at menneskene grunnleggende er utstyrt med fornuft og samvittighet. Forordet til verdenserklæringen omtaler som noe av begrunnelsen for erklæringen, at «the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people».¹⁵⁴ Det å ha rett til egne overbevisninger er fremholdt som et grunnleggende ønske i forordet. I ekstreme tilfeller kan mangel på samvittighetsfrihet føre til grusomme ugjerninger. Birchley kommenterer Hanna Arendt sine refleksjoner fra andre verdenskrig, der noen stod imot den tyske ledelsens regime på tross av sterkt press. Til dette noterte hun seg at «these resistors did not stop to think what was reasonable, but instead had something like an emotional opposition».¹⁵⁵ Ut fra dette mente hun at samvittigheten har en spesiell verdi i krisesituasjoner når normale regler er brutt ned.¹⁵⁶ Selv om situasjonen under andre verdenskrig var ekstrem, viser Arendts refleksjoner viktigheten av samvittighet som styringsredskap for mennesker, og hvor dypt den sitter. Dette taler for å verne sterkt om samvittigheten, også utenfor de ekstreme tilfellene.

¹⁵³ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter art. 1

¹⁵⁴ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, forord

¹⁵⁵ Birchley 2011

¹⁵⁶ Birchely 2011

Hanne Sophie Greve uttalte på stortingsmøtet at «[l]over kan aldri fange opp uendeligheten av praktiske kombinasjonstilfeller som karakteriserer virkeligheten. Samvittigheten er det viktigste redskapet i mellommenneskelige relasjoner for å hindre at den svakere part får sine menneskerettigheter krenket der loven tier eller er uvirksom.»¹⁵⁷ I tilfeller i samfunnet der vi ikke har lover eller regler som bestemmer handlingsmåte, er vi avhengige av samvittighet som rettesnor.

For å kunne dra nytte av en annen grunnleggende rettighet som ytringsfrihet, må mennesker også kunne ha tanker, tro og samvittighet som former egne meninger. Samvittighetsfriheten er altså en del av grunnlaget for et fungerende demokratisk samfunn. Fjernes samvittighetsfriheten vil man også fjerne all debatt rundt vanskelige moralske og etiske vurderinger. Greve uttalte om samvittigheten som avgjørende etisk styringsredskap, at «[s]amvittigheten er menneskets reflektert[e] vurdering som skal hjelpe mennesket til å handle rett og avstå fra urett.»¹⁵⁸

Tranøy benytter i sin bok om medisinsk etikk begrepet «autonomi» om det at «alle har samme rett – og plikt – til å gjøre seg opp sin egen mening når det gjelder moralske spørsmål.»¹⁵⁹

Dette er også et kjennetegn på enkeltmenneskers samvittighet generelt i samfunnet.

Samvittigheten går dypt inn i enkeltmenneskers moralske oppfatninger. Tranøy skriver videre generelt at:

«Vi kan ikke bekjenne oss til autonomi, til moralsk selvbestemmelsesrett som grunnleggende verdi, uten samtidig å bekjenne oss til toleransen som moralsk prinsipp. Om vi sier til en voksen og myndig person at du skal få gjøre deg opp din egen mening i spørsmål som for deg er moralsk viktige, bare de stemmer med de meninger *vi* har, da fremstår vi som både intolerante og selvmotsigende. Å respektere og akseptere at en annen har moralsk selvbestemmelsesrett, er å finne seg i – ja, tåle – at den andre har andre meninger i moralske spørsmål enn man selv har. Det gjelder ikke bare andres meninger: Det er også å respektere deres rett til å *handle* annerledes enn jeg selv finner rett og rimelig – innen etisk forsvarlige rammer.»¹⁶⁰

Her diskuterer Tranøy momenter som ligger i kjernen av samvittighetsfriheten. Et samfunn der den eneste aksepterte samvittighet er flertallets, har ikke samvittighetsfrihet. Greve formulerer det videre som at «[s]amvittighetsfriheten er en spesiell menneskerettighet ved både å være en rettighet for samvittighetsinnehaveren; og et vern for medmennesker da den er

¹⁵⁷ Greve 2013

¹⁵⁸ Greve 2013

¹⁵⁹ Tranøy 2005 s. 42

¹⁶⁰ Tranøy 2005 s. 43

et virkemiddel til realiseringen av medmenneskers menneskerettigheter. Skal samfunnet fremme menneskerettighetene, må det hjelpe hvert enkelt menneske til å utvikle kritisk samvittighet, og ikke straffe vel funderte samvittighetsuttrykk.»¹⁶¹

Momentene ovenfor viser viktigheten av samvittighetsfriheten som rettighet, noe som taler for at det skal tungtveiende formål til for at inngrep i samvittighetsfriheten skal være forholdsmessige.

6.5.2 Legeetikk og hensynet til legenes samvittighet

Legeyrket er tradisjonelt et yrke som verdsetter høy grad av etisk integritet. Det er også et yrke hvor man svært ofte må ta stilling til etiske problemstillinger. Det taler for å gi yrkesutøverne et visst spillerom for den enkeltes samvittighet, ihvertfall når det gjelder etisk vanskelige oppgaver.

De legeetiske regler¹⁶² § 1 lyder som følger:

«En lege skal verne menneskets helse. Legen skal helbrede, lindre og trøste. Legen skal hjelpe syke til å gjenvinne sin helse og friske til å bevare den.

Legen skal bygge sin gjerning på respekt for grunnleggende menneskerettigheter, og på sannhet og rettferdighet i forhold til pasient og samfunn.»

Reglene for legeetikk viser det grunnleggende fokuset i legegjerningen på å redde liv og helbrede sykdom. Legene involverer seg i enkeltmenneskers liv, ofte når enkeltmenneskene er i en krisesituasjon. Da er det spesielt viktig å ha med seg den grunnleggende respekten og etiske bevisstheten som de legeetiske regler fremstiller. Det er også stor grad av skjønnsutøvelse i legegjerningen, hvilket krever at legene har et indre moralsk kompass i møte med sine pasienter. Et notat skrevet i samarbeid mellom tankesmiene Civita og Skaperkraft formulerer det som at fordi «lærebokkunnskap og å følge faglige prosedyrer og sjekklister ikke er tilstrekkelig for å utøve god legekunst, er den gode legen avhengig av å utvikle, fininnstille og bevare godt moralsk skjønn.»¹⁶³ Videre understrekes det i notatet at «medisinen er en moralsk aktivitet fordi den hele tiden involverer beslutninger med ikke bare faglige premisser, men også verdi-premisser og verdivalg, spesielt knyttet til pasienters velferd. For å

¹⁶¹ Greve 2013

¹⁶² Legeetiske regler

¹⁶³ Civita-notat nr.17/2012 punkt V

utøve moralsk praksis på en god måte, trengs moralsk integritet. Derfor må utøverne av helseprofesjonene selv ha moralsk integritet, noe som igjen forutsetter samvittighetsfrihet.»¹⁶⁴

Giles Birchley viser til studier som har vist at det gjentatte ganger å handle mot sin samvittighet kan skape utbrenthet hos legen og dernest føre til negative konsekvenser for pasienten. Han viser også til at samvittighet kobles til dype moralske verdier som er en essensiell del av et individs moralske integritet. Å handle mot dette kan, ifølge Birchley, føre til tap av selvrespekt, ubehag og desensibilisering av samvittigheten. Av samvittighetens karakter versus fornuften trekker han videre fram at «conscience has a more univeral property that is independent of notions of its reliability; that of providing an internalised second opinion over our thoughts and actions that is less easily persuaded than the faculties of reason.» Han påpeker videre som forklaring at der fornuften sier «vil ikke», sier samvittigheten «kan ikke».¹⁶⁵ Dette betyr ikke at den enkelte leges samvittighetsoverbevisning kan karakteriseres som generelt riktig, eller bedre enn andres samvittighetsoverbevisning. Det betyr heller at det kan ligge en verdi i å tilrettelegge for en leges mulighet til å følge sin samvittighet i tilfeller der dette ikke krenker pasientens rettigheter i signifikant grad.

Samtidig kan man ikke forvente å kunne følge alle sine samvittighetsoverbevisninger i et arbeidsforhold; det ville kunne undergrave andres rettigheter. Videre er det heller ikke alle typer samvittighetsoverbevisninger samfunnet kan være villig til å godta. En samvittighetsoverbevisning om ikke å behandle mennesker av en annen hudfarge vil bryte såpass grunnleggende med de menneskerettigheter og verdier Norge er bygget på, at den ikke vil kunne aksepteres.

Videre kan man på den ene siden si at en lege skal skille egne personlige meninger fra det profesjonelle rom. På den annen side har alle mennesker personlige overbevisninger som til en viss grad påvirker dem, også i arbeidslivet. Dermed vil alle leger ha personlige overbevisninger som påvirker hverdagen og utøvelsen av yrket på et vis, også på andre områder enn abort. En leges mening om visse typer behandling vil til en viss grad påvirke rådgivningen rundt det, selv om legen forsøker å opptre objektivt. Det faktisk å klare å opptre nøytralt og objektivt er en tilnærmet umulig oppgave. Samtidig er det viktig at også leger må forholde seg til regler og oppgaver de er pålagt. En lege kan ikke fortelle en pasient at denne

¹⁶⁴ Civita-notat nr.17/2012 punkt V

¹⁶⁵ Sitater og sammendrag fra Birchley 2012

ikke har rett på en behandling denne har rett på, fordi legen av overbevisningsgrunner, eller andre grunner, ikke vil at pasienten skal få denne behandlingen.

I Pichon fra EMD argumenterer dommerne med at det finnes andre steder enn den profesjonelle sfære å manifestere overbevisningen eller troen sin, og blant annet på det grunnlaget kunne ikke apoteket nekte å selge reseptbelagt prevensjon.¹⁶⁶ En fastlege kan ha et klart standpunkt mot abort utenom arbeidstiden. På bakgrunn av dette kan man si at abortmotstanden ikke skal komme til uttrykk i enkeltkonsultasjoner. Dersom legen er abortmotstander kan han eller hun bruke eksempelvis politiske virkemidler for å søke å gjøre abort ulovlig, eller strengere regulert, istedenfor å la standpunktet gå ut over enkeltkvinner i pasientrolle.

Wicclair skriver imidlertid at «[t]he point is to allow individuals to refrain from performing actions against their conscience and preserve their moral integrity. However permitting x to refrain from acting against x's conscience is not to be confused with enabling x to prevent y from performing legal actions that are contrary to x's (but not y's) ethical or religious beliefs.»¹⁶⁷ Videre argumenterer han med at det å henvise til en annen ikke betyr at man deler pasientens mål, men at legen ønsker å respektere pasientens autonomi selv om legen er uenig i pasientens valg.¹⁶⁸

I de legeetiske regler § 6 andre ledd står det at «[e]n lege kan avslå å ta en pasient under behandling, såfremt denne har rimelig anledning til å få hjelp av en annen lege.»¹⁶⁹ På den ene siden kan man si dette blir annerledes med en fastlege. Ved å gå inn i fastlegeordningen og ta på seg listansvar har man som lege allerede tatt på seg ansvaret for å ta pasienten under behandling. Da er det naturlig at fastlegen må ta hele ansvaret, og ikke kan sile ut de oppgavene han selv ikke ønsker å utføre.

I noen tilfeller må pasientene imidlertid gå til en annen enn fastlegen, selv om de fortsatt står på fastlegens liste. Argumentet med at fastlegen har påtatt seg ansvaret kan også anvendes på sykehusleger. Ved å jobbe på sykehus har legen sagt ja til å behandle de som blir innlagt, men en slik tolkning av de legeetiske regler vil gjøre § 6 andre ledd uten særlig innhold.

¹⁶⁶ Pichon 2001

¹⁶⁷ Wicclair 2011 s. 112

¹⁶⁸ Wicclair 2011 s. 40

¹⁶⁹ Legeetiske regler

Paragraf 6 andre ledd første punktum andre komma viser at forutsetningen for å avslå en pasient er at denne har «rimelig anledning til å få «hjelp av en annen lege». De reservasjonslegene som har uttalt seg om spørsmålet det siste året har presisert at de ønsker å opprettholde et system der de avtaler med en kollega som tar konsultasjonene og henviser kvinnen til abort.¹⁷⁰ Dermed passer de på at kvinnen har «rimelig anledning til å få hjelp av en annen lege», jf. § 6. Det er den personlige utførelsen de vil reservere seg mot.

Det finnes imidlertid mange legespesialiteter hvor man uansett ikke vil ha noe med abort å gjøre, eksempelvis ved de fleste sykehusavdelinger. En lege kan velge en av disse spesialitetene eller jobbe privat. Imidlertid kan enkelte spesialiteter innebære geografiske begrensninger med tanke på hvor man kan bosette seg. Dessuten vet man ikke om disse spesialitetene i fremtiden kan bringe med seg nye etiske vurderinger som vil kunne utløse reservasjonsønske på samvittighetsgrunnlag. Eksempelvis vil legalisering av eutanasi medføre potensielle reservasjonsønsker innenfor spesialiteter som i dag ikke har reservasjonsrett som et aktuelt tema. Det er også et behov for flere fastleger i Norge, noe som gjør det viktig å beholde de man har.

Enkelte pasienter kan også oppleve det som positivt at legene tar aktive valg i vanskelige problemstillinger, og at ikke alle leger lander på det samme standpunktet når det gjelder etisk vanskelige valg. En fastlege som velger å henvise til abort kan være like reflektert i sitt valg som en fastlege som velger ikke å henvise. Imidlertid vil det trolig bidra til opprettholdelse av legeyrkets etiske bevissthet, dersom man lar legene få komme til disse konklusjonene selv. Ved å gi rom for å ta et bevisst valg i vanskelige situasjoner, vil man ende opp med noen som ikke tar samme valg som flertallet, og det er kanskje ikke så negativt, såfremt begge grupper - både pasienter og leger - respekterer hverandre, og mindretallet ikke forsøker å sabotere andres rettigheter. Dette belyser at legene må tenke selv, uansett om de vil henvise til abort eller ikke.

6.5.3 Type behandling

Selv om selvbestemt abort er lovlig i dag, og det store flertall av befolkningen støtter denne loven, er det stor enighet om at uansett hvilket standpunkt man har når det gjelder abort er det et vanskelig og omstridt tema, da det handler om grunnleggende menneskelige spørsmål rundt livets begynnelse. Både gjennom religion og andre livssyn har folk ulike meninger om hva

¹⁷⁰ Se kapittel 2

som defineres som et menneskeliv. For noen er et foster like verdifullt, og bør ha like sterkt vern, som et født menneske, jf. punkt 2.7. For leger med denne overbevisningen kan det oppleves som svært vanskelig å medvirke til det som for dem er å ta et menneskeliv. Meland og Schei skriver i sin kronikk at «[i]ngen har kunnet fremføre argumenter som på tvingende måte tilsier at [abort] er etisk uproblematisk, for eksempel ved å vise klare kvalitative forskjeller mellom et foster og et nyfødt barn.»¹⁷¹ Parlamentarikerforsamlingen i Europarådet fokuserer også på at det er tale om liv og død-spørsmål i Resolution 1763. Punkt 1 omtaler at ingen skal måtte medvirke til handlinger som «could cause the death of a human foetus or embryo», herunder abort. At det er tale om så grunnleggende spørsmål er et sterkt argument for at legene bør kunne reservere seg mot å gjennomføre abortkonsultasjon og henwise til abort.

Abort er videre ikke en tradisjonell del av legenes oppgaver. I Den Hippokratiske legeed¹⁷² står det at «[p]å samme måte vil jeg aldri gi noen kvinne et fosterdrivende middel.»¹⁷³ En lege kan imidlertid ikke la være å utføre en oppgave fordi den ikke hører til dennes tradisjonelle oppgaver. Legeyrket er i stadig utvikling. Ny forskning fører til stadig endring i behandlinger og konsensus om beste behandling, hvilket det tidvis kan være uenighet om hva er. Derimot er det prinsipiell forskjell på å pålegge en lege å forholde seg til nye retningslinjer som er etisk uproblematisk, og det å pålegge nye oppgaver som dreier seg om liv og død-problematikk.

I en uttalelse fra Rådet for legeetikk skriver rådet angående assistert befruktning at det er «urimelig å pålegge fastlegene henvisningsplikt, siden det ikke dreier seg om behandling av sykdom eller er en situasjon som krever rask avklaring. Dersom legen oppfylder informasjonsplikten og har avtale med en annen lege som er villig til å henwise, kan ikke rådet se at lesbiske par risikerer å fratras en lovbestemt rettighet.»¹⁷⁴ Sitatet relaterer seg til assistert befruktning, men heller ikke ved abort uten helsemessig begrunnelse er det naturlig å omtale graviditet som en sykdom. Rådet synes også å mene at henvisning til assistert befruktning er det som eventuelt kan diskuteres og problematiseres, mens henvisning til abort allerede har en akseptabel løsning i avtalene fastlegene har med hverandre.¹⁷⁵ Behovet for henvisning til abort, er kun unntaksvis av akutt art, og ved vanlig timebestilling hos fastlegen vil ventetid

¹⁷¹ Meland og Schei 2012

¹⁷² Hippokrates fra Kos (ca. 460-377 f.Kr) var en gresk lege som er kjent som «legekunstens far». Han hadde sterkt fokus på etikk i legegjerningen. Den hippokratiske legeed har stått sterkt i medisinske miljøer, og fortsatt henvises det gjerne til denne i spørsmålet om hvordan en lege skal være. Kilde: Hippokrates fra Kos, snl.no.

¹⁷³ Hippokrates fra Kos, snl.no 2013

¹⁷⁴ Markestad og Hytten 2010

¹⁷⁵ Markestad og Hytten 2010

også kunne variere. Opplever kvinnen at hun ikke kan vente på legetime kan hun selv gå direkte til sykehuset, jf. abortforskriften § 1.

6.5.4 Hvor delaktig fastlegen er i abortprosessen

På en side kan det virke ganske annerledes å henvise, enn å faktisk utføre selve aborten. Det er ikke engang sikkert kvinnen faktisk bruker henvisningen hun får hos fastlegen.

Konsultasjonen hos fastlegen gjelder muligheten for abort. Ved å få henvisningen gis kvinnen mulighet til å dra videre til sykehuset med sitt ønske. Den endelige aborten foretas ikke før hun drar til sykehuset, og hun kan ombestemme seg helt fram til inngrepet starter. Kvinnen kan, som nevnt, også henvende seg direkte til sykehuset uten henvisning. Abortkonsultasjonen kan derfor synes å være mer et forberedende ledd, som ikke er avgjørende for abortspørsmålet.

Et synspunkt er at den opprinnelige fastlegen egentlig kun henviser til en henviser, og at kvinnen må gjennom et ekstra ledd og tåle påkjenningen ved å føle seg avvist av sin opprinnelige fastlege. Dette taler for at fastlegenes ønske om reservasjon egentlig ikke er beskyttelsesverdig, sammenliknet med ekstrabelastningen det kan påføre kvinnen.

På den annen side er tilfellet med reservasjonslegene nettopp å ta avstand fra handlingen, men samtidig anerkjenne at et demokratisk flertall har gjort abort lovlig – noe som må respekteres av legen, uansett hvor uenig legen er. Legen skal ikke oppfordre kvinner til å ta abort.

Kvinnen kommer selv med sitt ønske, og har en lovbeskyttet rett til et abortinngrep. Ved ikke å selv henvise viser legen at han eller hun ikke kan støtte en slik avgjørelse på grunn av egne samvittighetskvaler om når livet begynner. Ved å gi time hos en annen lege «anerkjenner» legen likevel at legekantoret ikke er stedet for å endre abortpraksis eller lovgivning. Legen respekterer flertallets avgjørelse, men sier at han eller hun personlig likevel ikke ønsker å være en del av denne prosessen.

Det er heller ikke kun tale om et skjema som skal fylles ut, men om undersøkelse, informasjon og eventuell veiledning. Dermed er fastlegen likevel ganske involvert i prosessen som etterhvert leder fram til en abort, selv om det er kvinnen som selv tar valget.

Argumentasjonen bak avgrensning av den positivt oppregnede reservasjonsretten i abortloven og abortforskriften, er at disse legene og annet helsepersonell faktisk må utføre abort-handlingen, og at de av disse som opplever dette som vanskelig rent etisk bør få slippe. Etter

abortforskriften § 15 har legen ved medikamentell abort også forskriftsfestet fritak fra å skrive ut resepten på medikamentene i forbindelse med aborten, dette selv om kvinnen inntar medikamentene selv, jf. § 15 tredje ledd. I merknader til forskriften § 15 utdypes det at også det å skrive ut riestimulerende medikamenter omfattes av reservasjonsretten. I disse tilfellene er det ikke legen som utfører selve handlingen å fjerne fosteret. Det er ikke tale om operasjonssal og faktisk å utføre et inngrep, men om å skrive ut en resept på et legemiddel som kvinnen selv tar, og som setter i gang fødselen. Rådet for legeetikk uttaler om hendelsesforløpet at «[i] dag foregår abort oftest som en medisinsk behandling ved at kvinnen får en abortpille og sendes hjem fra sykehuset. Oppgaven til sykehuslegen og sykepleier/jordmor som begge har juridisk reservasjonsrett, kan derfor være meget beskjeden; legen kan forordne pillen uten kontakt med kvinnen og sykepleier/jordmors oppgave er å gi pillen til kvinnen.»¹⁷⁶ En slik medvirkning til abort kan også synes administrativ og fjern fra selve abortforløpet, men det er likevel en viktig del av prosessen som leder frem til avbudd av et svangerskap.

Dette kan tyde på mer uklare skiller for de ulike stegene i prosessen om hva som egentlig er administrativt, og hva som er deltakelse i aborten. Rådet for legeetikk uttaler videre at «[u]t fra moralhensyn kan man derfor diskutere om oppgaven til de med reservasjonsrett er mer utøvende enn oppgaven til fastlegen som består i informasjon, samtale, rådgivning og skriftlig henvisning».¹⁷⁷ Ved å gi legene rett til ikke å skrive ut slike midler, har man anerkjent at det kan være vanskelig for legene å bidra til abort, også når bidragene er fjernere enn selve utførelsen. Dette taler for at også fastlegene bør kunne reservere seg mot abortkonsultasjoner og å henvise til abort.

6.6 Hensynet til kvinners helse

6.6.1 Abort som rettighet

Retten til helse er ikke direkte en del av EMK, men er likevel folkerettslig anerkjent som en menneskerettighet. Når abort regnes som en del av helsetilbudet blir spørsmålet videre om retten til abort kan regnes for å være en del av helsetjenester som menneskerettighet, i alle tilfeller, noen tilfeller eller ingen tilfeller.

¹⁷⁶ Rådet for legeetikk 2012 s. 3

¹⁷⁷ Rådet for legeetikk 2012 s. 3

I *Vo mot Frankrike* hadde blant annet en navneforveksling ført til at en gravid kvinne i sjettemåned mistet sitt ufødte barn. Kvinnen klagde saken inn for EMD med påstand om at legens uaktsomhet som førte til aborten var et brudd på EMK art. 2 om rett til liv, men fikk ikke medhold. EMD vekt tilbake fra å ta tydelig standpunkt til fosterets stilling etter art. 2.

Domstolene påpeker at art. 2 om rett til liv ikke er en absolutt rettighet for et foster, og at alle medlemsland i Europarådet har tillatt abort når det er nødvendig for å redde mors liv. Det påpekes videre at EMK art. 8 ikke kan bli tolket slik at abortspørsmålet kun er en del av den gravide kvinnens privatliv. Man må veie blant annet den gravide kvinnen og fosterets rettigheter og friheter opp mot hverandre. I tillegg påpeker EMD at det er tale om et etisk vanskelig spørsmål.

EMD har konstatert at dersom abort er nødvendig for å redde kvinnens liv, har hun rett på abort etter EMK art. 2 om rett til liv.¹⁷⁸ Dermed er abort en menneskerett der det er fare for kvinnens liv. EMD har også vært tydelig på at domstolen ikke ønsker å overprøve nasjonal lovgivning i abortspørsmålet.¹⁷⁹ Men dersom landet har gjort abort lovlig må denne utformes på en måte som gjør aborttilbudet tilgjengelig og ikke diskriminerende.

Et spørsmål er videre om abort kan være en del av retten til privatliv etter EMK art. 8. I en storkammerdom fra 2010, *A, B og C mot Irland*, var det tale om to kvinner som ønsket abort på grunn av helsemessige og sosiale grunner, mens det for den tredje kvinnen var tale om mulig fare for hennes eget liv og skade på barnet. EMD uttaler i dommen at:

«While Article 8 cannot, accordingly, be interpreted as conferring a right to abortion, the Court finds that the prohibition in Ireland of abortion where sought for reasons of health and/or well-being about which the first and second applicants complained, and the third applicant's alleged inability to establish her qualification for a lawful abortion in Ireland, come within the scope of their right to respect for their private lives and accordingly Article 8.»¹⁸⁰

Det EMD sier er at rett til abort i utgangspunktet ikke er vernet av art. 8, men i visse tilfeller kan problemstillingen likevel komme innenfor art. 8. EMD kom til at art. 8 har et vidt virkeområde, og selv om den ikke gjelder alle aborttilfeller, så gjaldt den alle disse tre tilfellene. I lys av skjønnsmarginen kom EMDm ut fra inngrepsvurderingen etter andre ledd, likevel til at det ikke var noen krenkelse i tilfellene hvor aborten var ønsket av helsemessige og sosiale grunner. Den tredje kvinnen, hvor det kunne være fare for liv, fikk medhold.

¹⁷⁸ Paton 1980

¹⁷⁹ *Boso v. Italia* 2002 og *Norge* 1992

¹⁸⁰ *A, B og C mot Irland* 2010 avsnitt 214

Dommen kan tilsi at EMD mener at klarhet i reglementet rundt abort vil være vernet av art. 8. Landene har frihet til selv å bestemme lovligheten av abort og hvor vidtrekkende denne skal være, men reglene rundt og informasjonen må være klare. Den tredje kvinnen klarte ikke å finne ut om helsetilstanden hennes gjorde at hun kunne fått lovlig abort i Irland, og dette var et brudd på retten til privatliv etter art. 8.

Aall skriver at «[a]vveiningen mellom kvinners selvbestemmelsesrett og fosterets rettsbeskyttelse er et moralsk ladet og ømtålig spørsmål hvor statene har en betydelig skjønnsmargin. [...] Det er derfor klart at kvinnen ikke kan bygge noen ubetinget rett til abort på artikkel 8. På den annen side er det tilsvarende klart at et abortforbud berører hennes rett til privatliv slik at artikkel 8 kommer til anvendelse.»¹⁸¹

Abort er dermed ikke en generelt vernet menneskerettighet etter EMK art. 8, selv om visse sider av abortspørsmålet er innenfor art. 8. Hvis staten først har lovlig selvbestemt abort, må innholdet av denne være klart, tilgjengelig og ikke-diskriminerende. Abort der det er fare for mors liv er en rettighet etter EMK art. 2 om rett til liv.

6.6.2 Kvinners helse

Mindretallet på én person i Rådet for legeetikk skriver i rådets uttalelse til sentralstyret at «det for kvinner som har gjennomført en abort, og som har problemer etterpå, kanskje særlig for kvinner som får det psykisk tungt etter inngrepet og lurer på om avgjørelsen var riktig, vil være vanskelig å søke hjelp hos en fastlege som har avvist å veilede pasienten før aborten.»¹⁸²

Det er viktig å ivareta kvinner som har tatt det vanskelige valget om abort, og dette er et argument som trekker i retning av at fastlegers reservasjon kan skape så store ulemper for kvinnen at det er nødvendig å pålegge fastlegen selv å henvise. Flertallet i rådet stemte imidlertid likevel for at dette hensynet ikke veide tyngre enn hensynet til legens samvittighet.

6.6.3 Formålets tyngde i balanseringen

I Eweidasaken fikk Eweida medhold i at forbudet mot å bære kors utenpå uniformen var et uforholdsmessig inngrep. Noen kunder og passasjerer kan oppleve seg støtt over å se andres uttrykkelse av tro over en i utgangspunktet nøytral uniform. Folk er imidlertid vant til å se

¹⁸¹ Aall 2011a s. 198-199

¹⁸² Rådet for legeetikk 2012 s. 6 punkt 2

ulike former for at mennesker uttrykker tro gjennom hva de har på seg. En flyselskapansatt er heller ikke normalt en person som av ulike grunner forventes å se helt nøytral ut. I slike tilfeller vil eksempelvis en dommer kunne oppfattes annerledes. Flyselskapet godtok etterhvert også synlige religiøse symboler. Dermed var det ikke tale om særlige ulemper, samtidig som det å bære korset var svært viktig for Eweida. Konklusjonen ble da at inngrepet var uforholdsmessig.

EMD uttrykker videre i Eweida at i saker som gjelder to motstridende konvensjonsrettigheter er statene generelt gitt en vid skjønnsmargin.¹⁸³ Samvittighetsfriheten på den ene siden, og ikke-diskriminering av seksuell legning på den andre siden. For Ladele, som ikke ville registrere homofile partnerskap, ville det vært mulig å ordne med en løsning som førte til at de som ville registrere seg ikke engang kom til å merke at Ladele reservert seg. Slik var ordningen andre steder. Likevel ble inngrepet ikke ansett som uforholdsmessig av EMD. Derfor ser det ut til at så lenge formålet er tungtveiende nok, trengs det nærmest ikke være tale om ulemper før EMD gir staten stort spillerom via skjønnsmarginen.

Til Ladeles ønske om ikke å registrere likekjønnede partnerskap sier EMD at «[t]he Court recalls that in its case-law under Article 14 it has held that differences in treatment based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification».¹⁸⁴ Det skal altså spesielt mye til før EMD godtar en reservasjon som innebærer diskriminering av homofiles rettigheter. For McFarlanes del var det også tale om diskriminering av homofile og lesbiske.

Ved diskriminering av homofile er det tale om å behandle ulikt på bakgrunn av legning, altså en ikke-modifiserbar egenskap ved en person. En abortsøkende kvinne er i en midlertidig tilstand. Legens ønske om ikke å bidra til abortprosessen handler ikke om at legen mener kvinnen har et galt levesett eller om henne som person. Reservasjonen handler om at fastlegen opplever fosteret som et barn og et grunnleggende syn på når livet begynner, i tillegg til eventuelt ulik vektlegging av hensynet til kvinne og foster. Det er tale om å reservere seg mot å medvirke til en type behandling, ikke å reservere seg mot pasienten. Dette, i tillegg til at abort ikke er en ubetinget konvensjonsrettighet, er avgjørende for at inngrepets formål ikke er like tungtveiende i spørsmålet om fastlegens reservasjon mot abortkonsultasjon og

¹⁸³ Eweida 2013 avsnitt 106

¹⁸⁴ Eweida 2013 avsnitt 105

henvisning til abort, som homofiles rett til ikke-diskriminering i sakene til Ladele og McFarlane i Eweida.

6.7 Forholdsmessighet av en eventuell regel som pålegger fastleger personlig å konsultere og henvise kvinner til abort, uten å mulighet for å gi kvinnen time direkte hos en annen fastlege

6.7.1 Problemstilling

Etter å ha sett på de motstående hensyn mer generelt går jeg nå over i drøftelsen av de ulike typetilfellene. Den overordnede problemstillingen for punkt 6.7 er om en eventuell regel som krever at fastleger personlig konsulterer og henviser kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege, er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

6.7.2 Hvor sentral denne oppgaven er i fastlegeyrket

Ifølge folkehelseinstituttet ble det utført 15 343 aborter i Norge i 2011, og dette tallet har ligget stabilt siden år 2000.¹⁸⁵ Dersom kvinnene er jevnt fordelt mellom de 4189 fastlegene i Norge i slutten av 2011,¹⁸⁶ og alle kvinnene først gikk til fastlegen sin for å få henvisning, har hver enkelt fastlege gjennomsnittlig 3,7 konsultasjoner i året som faktisk fører til abort. Det er imidlertid en god del kvinner som henvender seg direkte til sykehuset. Samtidig vil noen av kvinnene som får henvisning av fastlegen omstemme seg på et senere tidspunkt. Sistnevnte gruppe er det nok likevel få av. I tillegg kommer de kvinnene som ønsker konsultasjon angående abort, men som etter konsultasjonen ikke ønsker henvisning. Disse er det vanskelig å oppdrive god statistikk på, men antallet kvinner som henvender seg direkte til sykehuset er nok betraktelig høyere enn de som ombestemmer seg på fastlegekonsultasjon. En kronikk i Tidsskrift for Den norske legeforening angående forventet fastlegemangel i Norge viser til at

¹⁸⁵ Folkehelseinstituttet 2012

¹⁸⁶ Hovedtallsrapport 2011

en fastlege har gjennomsnittlig 3400 konsultasjoner i året.¹⁸⁷ Tallene viser at henvisning til abort utgjør en marginal del av fastlegekonsultasjonene.

Mindretallet i Rådet for legeetikk sin uttalelse til sentralstyret mener imidlertid at «argumentet om at abortsøknader gjelder kun et lite antall av fastlegens konsultasjoner, ikke holder. For kvinnen det gjelder, er det kanskje den viktigste og vanskeligste konsultasjonen i hennes liv, og den gangen hun aller mest trenger fastlegens hjelp og støtte.»¹⁸⁸

Fra et fastlegesynspunkt er fastlegegjerningen likevel så mye mer at det kan synes uforholdsmessig om noe som dreier seg om svært få tilfeller i året, og der fastlegen påser at kvinnen får time hos en annen lege, skal ekskludere han fra hele yrkesretningen.

At oppgaven er en så liten del av yrkesoppgavene tilsier også at den legen kvinnens fastlege har en avtale med, ikke vil få særlig mange ekstra konsultasjoner. Det er heller ikke kjent at disse legene har klaget på ulemper på grunn av denne ordningen. I forarbeidene til abortloven vektlegges det angående legers reservasjonsrett mot å utføre abort at «[s]vangerskapsavbrudd vil selv på en gynekologisk avdeling normalt bare være en mindre del av det arbeid som utføres der, og det vil som regel ikke volde større vansker om en lege, eller et par av sykepleierne skulle be seg fritatt for å assistere ved svangerskapsavbrudd.»¹⁸⁹

At det dreier seg om en så liten del av fastlegeyrket og at det et fåtall fastleger som i dag reserverer seg, taler derfor samlet sett for at det å pålegge fastlegen personlig å ta alle abortkonsultasjoner og henvide til abort ikke er forholdsmessig.

6.7.3 Ulemper ved reservasjon

Den gravide kvinnen kan ha et sterkt ønske om å snakke med sin egen fastlege og ikke en fremmed fastlege om abort. Det kan da være en påkjenning om fastlegen ikke vil ta konsultasjonen, og hun må gå direkte til en annen lege. En slik opplevelse kan skape skyldfølelse og vanskeligheter for en kvinne i en allerede vanskelig situasjon. Legen er den profesjonelle part som har valgt yrket og yrkesretningen. Dette taler for at hensynet til fastlegens samvittighet bør vike av hensyn til kvinnen i en sårbar situasjon. For noen kvinner kan det være vanskelig å gå til fastlegen sin med abortproblematikk. Andre kan i en slik

¹⁸⁷ Wesnes m.fl 2012

¹⁸⁸ Rådet for legeetikk 2012 s. 8 punkt 7

¹⁸⁹ Ot.prp.nr. 38 (1974-1975) s. 30

situasjon imidlertid føle det som en trygghet å komme til en person de kjenner i en slik situasjon. Ikke å få time hos egen fastlege kan det gjøre situasjonen enda vanskeligere.

«Ingen pasient skal være usikker på og måtte sjekke på forhånd om fastlegen har reservert seg mot å hjelpe dem. Har en lege valgt å bli fastlege kan ikke lege og kommune velge å frata pasientene rett til fastlegetjenester», uttalte statssekretær Robin Kåss i HOD til VG.¹⁹⁰ På spørsmål i samme artikkel om hva som veier tyngst av pasientens rett på helsetilbud og legens samvittighet, svarer imidlertid Trond Markestad, leder i Rådet for legeetikk, at «[j]eg ser egentlig ingen konflikt. Så lenge legen sørger for at pasienten har det samme tilbudet [gjennom avtale med kollega som bistår med henvisning], ser jeg ingen grunn til å tvinge leger til å handle på tvers av sin samvittighet. Toleranse er noe som går to veier».¹⁹¹

Også i andre situasjoner enn abortspørsmålet kan det bety mye for pasienter å prate med sin egen fastlege. Eksempelvis ved oppfølging av behandling, eller vanskeligheter man vil prate med en man kjenner om. Da kan det også være en påkjenning å måtte gå til en annen lege. Det kan føles som om man må begynne helt på nytt igjen, samtidig som det er umulig å lage en ordning som gjør at man alltid kan komme på konsultasjon hos fastlegen personlig.

Kvinnene må også uansett til sykehuset for å få utført aborten, men det kan hende kvinnen ønsker en konsultasjon med fastlege før hun tar skrittet og går til sykehuset for å få utført abortinngrepet. Eksempelvis kan hun være usikker på hva hun skal velge, og ønsker rådgivning fra en lege hun kjenner og har tillit til. Det finnes forskjellige organisasjoner der en kvinne som vurderer abort kan henvende seg for å prate med kompetente mennesker, men igjen kan det hende kvinnen ønsker å prate med en lege hun kjenner. Videre kan kvinnen bo på et avsidesliggende sted med lang reise til disse organisasjonenes kontorer, og hun ønsker kanskje ikke å ha en slik samtale over telefon.

Det opplyses imidlertid på Haukeland universitetssjukehus sine internettsider om fremgangsmåten ved selvbestemt abort at kvinnen først får en konsultasjon med en sykepleier, og at «[d]ersom du er i tvil i ditt val kan sjukehuset gi tilbod om rettleiing.»¹⁹² Sykehuset legger da til rette for at kvinnen kan få veiledning om hun ønsker det.

¹⁹⁰ Gustavsen 2012a

¹⁹¹ Gustavsen 2012a

¹⁹² Haukeland.no om fremgangsmåter ved svangerskapsavbrot 2010

På et samfunnsplan er legene betalt av det offentlige for å gjøre et arbeid, og det bør da kunne forventes at legen gjør de oppgavene han er pålagt. Til syvende og sist er det tale om innbyggernes skattepenger, og utførelsen av en oppgave flertallet ønsker at skal utføres. På bakgrunn av dette kan man si at samfunnet bør kunne kreve at legene gjør sine pålagte oppgaver personlig om de har mulighet til det, slik at dersom kvinnen har rett på konsultasjon og henvisning skal legen gjøre dette.

Abort er et innarbeidet tilbud i det norske helsevesen, selv om det ikke er uomstridt. Folket har på demokratisk vis valgt at selvbestemt abort skal være tillatt, og myndighetene må derfor passe på å legge til rette for at denne retten ikke skal bli uthulet. Noen fastleger kan måtte ta abortkonsultasjoner og henwise til abort for å klare å ivareta sitt ansvar for kvinnens allmenlegetilbud etter fastlegeforskriften § 10, eksempelvis på små steder der det er langt til neste legekantor. Man kan neppe forvente at kvinner skal reise milevis til et annet fastlegekantor for å få abortkonsultasjon. Ifølge Helen Brandstorp, fastlege i Finnmark, er imidlertid «flerlegepraksis [...] regelen i dagens Finnmark, og ellers.»¹⁹³ Det er fastlegen som eventuelt må påse at han har gode ordninger slik at kvinnen får ivaretatt sin rettighet, og minimere ulempene så godt han kan.

6.7.4 Alternative løsninger

EMK art. 9 andre ledd viser at det må skje en balansering av rettigheter. Men dersom den motstridende rettigheten, her kvinnens rett til veiledning og henvisning til abort, kan ivaretas på en annen måte er det et sterkt argument for at inngrepet i samvittighetsfriheten ikke er nødvendig i et demokratisk samfunn.

EMD argumenterte i Eweida med at det at flyselskapet senere fant å kunne endre reglementet, slik at det religiøse smykket likevel kunne brukes, viser at det tidligere forbudet ikke var strengt nødvendig.¹⁹⁴ På bakgrunn av dette konkluderer EMD med at det ikke er noe «evidence of any real encroachment on the interests of others».¹⁹⁵

Myndighetenes tidligere holdning til fastlegers reservasjon mot henvisning til abort, har vært at dette ikke er problematisk. I tilsynssaken fra 2004 finner helsetilsynet at det «ikke var

¹⁹³ Brandstorp 2013

¹⁹⁴ Eweida 2013 avsnitt 94

¹⁹⁵ Eweida 2013 avsnitt 95

uforsvarlig at De ikke henviste denne kvinnen til svangerskapsavbrudd.»¹⁹⁶ I et brev fra 1979 skriver Sosialdepartementet at de ikke kan «se at den aktuelle sak reiser problemer av betydning for gjennomføring av abortloven i Nord-Trøndelag idet lege kan og vil henvise de abortsøkende til annen lege som kan gi den nødvendige bistand.»¹⁹⁷ At myndighetene hele tiden har uttrykt at de ikke ser noe problem med at fastleger har ordninger der en annen lege tar abortkonsultasjonene, kan også tilsi at det å nekte denne praksisen ikke er nødvendig. HOD har heller ikke vist konkrete grunner for at noe har endret seg, slik at ordningen nå er et problem for pasientene. Tvert om viser Helsedirektoratets undersøkelse fra 2012 at ingen fylker rapporterer om at kvinner har problemer med å få helsehjelpen de trenger.¹⁹⁸

Abortforskriften § 17 er en bestemmelse om stillingsutlysning og opplysning om reservasjonsrett.

«For å sikre sykehuseiers plikter etter abortloven §14, kan det ved utlysning av stillinger for helsepersonell fastsettes i ansettelsesvilkårene at de som ansettes må være villige til å påta seg de plikter og oppgaver som påhviler avdelingen/institusjonen, herunder svangerskapsavbrudd. Helsepersonell som søker stilling ved sykehus eller annen institusjon hvor svangerskapsavbrudd vil kunne bli utført, skal på anmodning oppgi om de ønsker seg fritatt fra å utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd.»

Her har lovgiver gitt helsepersonell en reservasjonsrett, samtidig som sykehuset skal kunne ivareta sine lovpålagte oppgaver ved å kunne ansette personell som er villig til å utføre abort. Abortloven § 14 pålegger sykehustjenesten å til enhver tid kunne utføre svangerskapsavbrudd. Balanseringen blir slik at helsepersonell kan reservere seg, samtidig som man da risikerer å ikke få den jobben man ønsket dersom det er behov for å ansette helsepersonell som ikke reserverer seg. Samtidig er det «for å sikre sykehuseiers plikter» at ansettelsesvilkårene kan innebære at man må utføre abort. Ordlyden tilsier at ansettelsesvilkår om å utføre abort kan stilles dersom sykehuset ser at dette er et behov.

Forarbeidene til abortloven utdyper at «[e]tter første ledd er fylkeskommunen pålagt plikt til å sørge for at kvinnene kan få utført svangerskapsavbrudd. Det er derfor nødvendig at de ansettende myndigheter blir gjort kjent med i hvilken utstrekning helsepersonell ønsker seg

¹⁹⁶ Tilsynssak 2004

¹⁹⁷ Sosialdepartementet 1979

¹⁹⁸ Helsedirektoratet 2012, for mer om undersøkelsen se punkt 2.6

fritatt for å assistere ved eller utføre svangerskapsavbrudd da det vil bli nødvendig å ta tilbørlig hensyn til dette forhold ved tilsetting av nye leger og sykepleiere.»¹⁹⁹

Slik ivaretar man også hensynet til reservasjonspersonell, ved at sykehus ikke kan bestemme at de aldri vil ansette helsepersonell som reserverer seg. I merknader til abortforskriften utdypes det at § 17 er der for å «oppretholde en reell adgang for kvinner til å få utført svangerskapsavbrudd». Også Parlamentarikerforsamlingen sin Resolution 1763 om reservasjonsrett understreker tydelig at forutsetningen for reservasjonsrett må være at det finnes løsninger som gjør at pasientene får sin lovbestemte rettighet.

Et spørsmål er om det er mulig å ha en tilsvarende løsning når det gjelder henvisning til abort, slik at dersom kommunen ser at det trengs en fastlege som ikke reserverer seg for å opprettholde et forsvarlig helsetilbud på stedet, kan kommunen kreve at den som blir ansatt, eller får fastlegeavtale, er villig til å henvise til abort. Et annet alternativ er en løsning der enkeltleger gis eksplisitt rett til reservasjon, men at kommunen kan nekte å gi denne dersom dette vil skape et uakseptabelt tilbud for abortkonsultasjoner i primærhelsetjenesten på stedet.

En slik løsning kan skape en del vanskelige skjønsmessige vurderinger, og forskjellige kommuner kan ha ulik oppfatning av når reservasjonsrett skal kunne gis. Det er kanskje likevel en løsning som i større grad kan ivareta både kvinnens rettighet og fastlegens samvittighet.

Videre er det et spørsmål om det kunne vært mulig å lage en informasjonsordning slik at pasienter kan finne ut om fastlegen reserverer seg før en eventuell timebestilling, eller at dette må opplyses på fastlegens hjemmeside. På nettsider som legelisten.no kommenteres allerede reservasjonspraksis hos enkelte leger. Slik kan man skape en forutberegnelig ordning der en kvinne ikke plutselig oppdager at fastlegen hun har bygget en relasjon med ikke vil henvise henne til abort. Samtidig må ordningen med å få konsultasjon hos en annen lege opprettholdes slik at de som ikke ønsker å bytte fastlege selv om fastlegen ikke vil henvise til abort, har denne muligheten.

I et skriv utarbeidet av Forening for helsepersonells reservasjonsrett foreslår de selv en slik løsning for å skape forutsigbarhet for pasienter. «I spørsmålet om reservasjon kan vi langt på

¹⁹⁹ Ot.prp.nr. 38 (1974-1975) s. 30

vei løse dette ved at NAV listen over fastleger tar med en anmerkning, eks en R ev. med tilleggskode(r), for å informere om reservasjon, ev. type reservasjon.²⁰⁰

Det er imidlertid ikke sikkert man tenker gjennom muligheten for eventuell abortkonsultasjon når man velger fastlege. Å være uønsket gravid er nok sjeldent noe man tenker at kommer til å skje før man er i situasjonen, og da er det gjerne litt sent å bytte fastlege. I slike tilfeller har reservasjonslegen uansett ansvar for at kvinnen får abortkonsultasjon og henvisning ved at hun får time hos en annen fastlege. Dermed blir hun likevel ivaretatt, og fastlegen må ta ansvar for at dette skjer på en ansvarlig og god måte som ikke støter kvinnen når hun ringer for å få time til abortkonsultasjon.

Det kan videre være et aspekt at det ved en abortkonsultasjon ikke er praktiske hensyn som gjør at kvinnen ikke får konsultasjonen hos egen fastlege, men at fastlegen ikke ønsker konsultasjonen. Det er kanskje ikke det at kvinnen ikke får konsultasjon hos egen fastlege som er det største problemet for henne, men at fastlegene ikke selv ønsker å bistå kvinnen i å få sin lovfestede rettighet til abort, noe som kan oppleves som en påkjenning.

Kanskje kan en slik påkjenning avhjelpes nettopp ved en opplysningsordning, slik at kvinnen vet at for en eventuell abortkonsultasjon får hun time hos en annen lege. Opplever kvinnen det som problematisk å ha en fastlege som reserverer seg kan hun bytte fastlege, noe det i utgangspunktet skal være reell mulighet for. I merknader til forskrift om fastlegeordning § 4 om det kommunale ansvaret for fastlegeordningen presiseres det at «[k]apasiteten må blant annet være stor nok til at mulighetene for å bytte fastlege er tilstede». Ihvertfall på større steder vil det som hovedregel være fastleger med ledig listekapasitet.

6.7.5 Avgrensning av reservasjonsønsker

Wicclair viser i sin etiske framstilling til to ytterpunkter i reservasjonsspørsmålet. Et der all reservasjon tillates, og et der ingen reservasjon tillates. Han argumenterer videre med at det heller bør skje et kompromiss, noe som igjen åpner for problemstillingen om hvor linjen skal trekkes, hvem som skal trekke linjen og hvilke krav som må være oppfylt for en eventuell reservasjonsinnvilgelse.²⁰¹ Abortforskriften hjemler reservasjon mot å delta ved selve abortinngrepet, og dette er en innarbeidet regel. Dersom man nå skal aktivt godkjenne også legers reservasjon mot henvisning til abort vil man kunne få mange reservasjonsønsker og det

²⁰⁰ Felde og Haaland 2012 punkt IV B

²⁰¹ Wicclair 2011 s. 34-35 flg

kan bli vanskelig å trekke grensen for hva som kan godtas og hva som ikke kan godtas. Slik kan det skapes usikkerhet, og man vil kanskje ende opp med en primærhelsetjeneste der pasienter blir kastet rundt fra lege til lege ettersom de forskjellige fastlegene har forskjellige ting de vil reservere seg mot. Dette kan videre skape usikkerhet og svekke tilliten til helsetjenesten.

Samfunnsøkonomisk er det også lettest dersom man sier at alle fastleger må utføre alle oppgaver. Da slipper man å finregulere reservasjonsrett, samt rapporteringer og arbeid med alternative løsninger. I tillegg minsker man muligheten for at mange forskjellige reservasjoner skal undergrave systemet med en primærlege man forholder seg til over tid. Disse argumentene taler for at å nekte fastlegene å reservere seg er tilstrekkelig nødvendig etter art. 9 andre ledd, og at det ikke finnes gode alternative løsninger.

En slik løsning kan imidlertid også synes noe lettvindt. Man kan ikke bare avfeie alle reservasjonsønsker fordi det kan bli vanskelig å trekke grensen. Man må tørre å ta debatten. Noen reservasjonsønsker vil åpenbart ikke kunne innfris. Andre vil være mer i en gråson. Men det kan ha en verdi å legge til rette for reservasjon der dette er praktisk mulig og ikke skaper for store ulemper for andre, spesielt der det handler om liv og død, jf punkt 6.5.1-6.5.3. Dessuten har praksisen med reservasjon mot henvisning til abort vært der i over 30 år, uten at praksisen synes å ha sklidd veldig ut. Tvert imot har HOD godtatt praksisen og sagt at det at kvinnen må gå til annen lege må være en akseptabel ulempe for å respektere legens samvittighet når det gjelder henvisning til abort.

Hvis man klart regulerer omfanget og innholdet av reservasjonsrett for fastleger vil staten lettere kunne pålegge plikter for fastlegen. For eksempel at en fastlege som reserverer seg mot henvisning til abort må påse at kvinnen får mulighet til å bestille time hos en annen fastlege innen rimelig tid. På den måten kan man balansere slik at kvinnen får henvisning, og fastlegen får ivareta sin samvittighet. Som tidligere nevnt kan man ikke lovregulere pasientmøter. Disse må hver enkelt fastlege ha bevissthet rundt, og være påpasselig slik at man alltid møter en pasient på en god måte. Uansett hvor uenig man er i pasientens valg.

6.7.6 Fellesliste

Under lovskravet ble konseptet med at fastlegen kan ha fellesliste presentert (se punkt 4.2.5). I noen tilfeller organiserer fastleger som nærmer seg pensjonsalder også slik at en ny lege kommer inn og deler listen med sikte på å etterhvert ta over.

Hvis kvinnen har fastleger med fellesliste vil fastlegene mellom seg kunne avtale at enkelte leger eksempelvis ikke tar abortkonsultasjoner. Denne løsningen følger av at legene deler ansvaret mellom seg, og kvinnen kan ikke påvirke denne konstellasjonen. Det er ikke særlig forskjell for pasientenes del på om fastlegene har organisert seg med fellesliste, eller om de har gruppepraksis og tar enkelte konsultasjoner for hverandre.

At fastlegene kan organisere seg på en slik måte, og få samme resultat som hvis kvinnen får direkte time hos en annen fastlege enn sin egen, taler sterkt for at det er uforholdsmessig å nekte denne løsningen for andre leger.

I de neste punktene (punkt 6.7.7-6.7.9) drøfter jeg de konkrete gruppene av fastleger. Alle momentene over er da relevante argumenter i disse avsluttende punktene av drøftelsen.

6.7.7 Fastleger med fastlegeavtale før eventuell regelendring

Spørsmålet er om det å kreve at fastleger med fastlegeavtale inngått før en eventuell regelendring personlig konsulterer og henviser kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege, er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning til abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

Disse fastlegene kan oppleve det som svært vanskelig om de blir satt på valget mellom å begynne å henviser til abort eller slutte i jobben sin. For noen leger er det helt uaktuelt å trosse samvittigheten og begynne å henviser til abort, noe som gjør at de enten må slutte eller fortsette med reservasjonspraksisen og håpe på at myndighetene eller kommunen godtar det.

Et arbeidsforhold kan imidlertid endre seg. I Eweida var registrering av partnerskap ikke en del av Ladeles opprinnelige oppgaver. Slik registrering var for henne en helt ny oppgave hun ikke kunne forutse at hun måtte utføre da hun ble ansatt. Dette kunne også virke spesielt urettferdig ettersom det fantes måter å organisere kontoret på som gjorde at de likekjønnede parene fikk ivaretatt sine rettigheter, samtidig som Ladeles reservasjonsønske ble ivaretatt.

Likevel kom EMD til at inngrepet ikke var uforholdsmessig. Samfunnet er i stadig utvikling, og arbeidstakere må til en viss grad godta å pålegges nye oppgaver. I Ladeles sak var imidlertid inngrepets formål om ikke-diskriminering av homofile en konvensjonsrettighet og svært tungtveiende. Det dreide seg heller ikke medvirkning til liv-død-problematikk, som i abortspørsmålet. Hensynet til fastlegene veier mye tyngre enn hensynet til Ladele i Eweida. I tillegg kommer aspektet med at ulempene for kvinnene i stor grad kan avhjelpes på andre måter, samt at de ikke står i fare for å miste sin rett til abortkonsultasjon og henvisning.

Konklusjonen blir at det å kreve at fastleger med fastlegeavtale inngått før en eventuell regelendring personlig konsulterer og henviser kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege, ikke er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning til abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

6.7.8 Fastleger med reservasjonsklausul i fastlegeavtalen, hvor avtalen er inngått før en eventuell regelendring

Denne gruppen faller også innunder punkt 6.7.7, og samme konklusjon vil gjelde dem. Det at disse fastlegene i tillegg til det som kommer frem over har en reservasjonsklausul i avtalen, gjør at jeg likevel vil gjøre noen egne bemerkninger rundt denne gruppen.

Disse fastlegene har, som nevnt tidligere, en klausul i fastlegeavtalen sin om at de ikke trenger å henvise til abort såfremt de har en avtale med en annen lege som tar disse konsultasjonene. Legene har gjort sitt syn kjent for kommunen i avtaleprosess og fått en eksplisitt godkjenning av sin reservasjon. Reservasjonen har vært en slags forutsetning for å inngå fastlegeavtale. Disse har derfor god grunn til å forvente å fortsette praksisen med å reservere seg mot å ta abortkonsultasjoner og henvise til abort.

I disse tilfellene er det også tydelig at kommunen selv ikke ser på det som nødvendig at akkurat denne fastlegen henviser til abort, og at spørsmålet allerede er løst på en tilfredsstillende måte, jf. EMDs argumentasjon om at sykehuset var nærmere til å vurdere risikoen enn en internasjonal domstol i Eweidasaken.²⁰²

Disse momentene kommer i tillegg til alle momentene for fastlegene med fastlegeavtale før en eventuell regelendring, uten reservasjonsklausul. Konklusjonen om at det å kreve at fastlegene

²⁰² Se punkt 6.3

konsulterer og henviser til abort er uforholdsmessig, står seg derfor enda sterkere for fastlegene med reservasjonsklausul i fastlegeavtale inngått før en eventuell regelendring.

6.7.9 Fastleger som inngår fastlegeavtale etter en eventuell regelendring

Det neste spørsmålet er om det å kreve at fastleger med fastlegeavtale inngått etter en eventuell regelendring personlig konsulterer og henviser kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege, er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning til abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

McFarlane, samlivsrådgiveren i Eweida, visste at han ikke kunne reservere seg mot å veilede likekjønnede par allerede da han begynte på videreutdanningen sin til seksualterapeut. Der sier EMD at det å miste jobben likevel var en svært alvorlig konsekvens. At McFarlane visste at det ikke var mulighet for reservasjon er, ifølge EMD, ikke avgjørende for konklusjonen, men er en faktor i balanseringen i forholdsmessighetsvurderingen. Den viktigste og avgjørende faktoren for EMD er imidlertid at «the employer's action was intended to secure the implementation of its policy of providing a service without discrimination.»²⁰³ Også der er altså formålet om å ikke diskriminere homofile det mest tungtveiende, som gir Storbritannia en vid skjønnsmargin.

EMD åpner dermed i sin argumentasjon for at også i tilfeller der arbeidstaker visste om at han ikke kunne reservere seg når han gikk inn i jobben, kan inngrep være uforholdsmessig. Men dette vil være en faktor som trekker i retning av at inngrepet er forholdsmessig. Det er mindre inngripende å måtte unngå visse jobber fordi man ikke kan utføre alle arbeidsoppgaver, enn å miste jobben man har, der man tidligere har kunnet reservere seg.

Alle de generelle argumentene i forholdsmessighetsvurderingen gjelder også for disse legene, men hensynet til at denne legen ikke har hatt en like høy forventning om å kunne reservere seg som legene med fastlegeavtale før regelendring, trekker likevel i disse legenes disfavør i balanseringen mellom rettighetene.

Momentet med at det er tale om en liv-død-problemstilling, sammen med den tradisjonelle legeetikken, at fastlegen uansett har ansvar for at kvinnen får time hos en annen fastlege slik

²⁰³ Eweida 2013 avsnitt 109

at hun ikke mister sin rettighet, og at formålet for inngrepet er mindre tungtveiende i dette spørsmålet enn i Eweidasaken, er imidlertid avgjørende for at inngrepet heller ikke er forholdsmessig for disse fastlegene. Derfor er konklusjonen at det å kreve at fastleger med fastlegeavtale inngått etter en eventuell regelendring personlig konsulterer og henviser kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege, ikke er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning til abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

6.8 Problemstillingen rundt abort kommer opp i løpet av legetime

6.8.1 Innledning og problemstilling

I punkt 6.8 vil jeg drøfte forholdsmessigheten av de inngrepene i fastlegenes samvittighet som oppfyller lovskravet (se punkt 4.3). Hovedproblemstillingen er om regelen om at fastleger må konsultere og henwise kvinner som er kommet på legetime til abort er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd. Problemstillingen deles nedenfor inn i tre ulike typetilfeller.

6.8.2 Fastlegen sier med en gang at ikke kan gjennomføre konsultasjon, og gir ny time hos annen fastlege

Her er det tale om en situasjon der fastlegen ikke spør ut og undersøker kvinnen, men sier fra med en gang om at han ikke kan gjennomføre abortkonsultasjon og henwise til abort, og sørger for at kvinnen får time hos en annen fastlege. Problemstillingen er om det å pålegge fastlegen i denne situasjonen å gjennomføre konsultasjonen og henwise kvinnen til abort er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens helserett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

Innholdet av fastlegens oppgaver etter abortloven sine saksbehandlingsregler ble presentert i punkt 2.3. Der vises det at det er kvinnen selv som tar avgjørelsen om hun trenger henvisning til abort eller ikke, og at det i utgangspunktet ikke er fastlegen som tar en medisinsk avgjørelse. Dermed kan det på den ene siden hevdes at det fastlegen gjør er kun å stadfeste at han har informert kvinnen og foretatt de nødvendige forundersøkelser.

På den annen side er legen ansvarlig for de henvisningene han skriver. Også det å fastslå lengden på svangerskapet er en del av legens medisinske oppgaver. Det er tale om en henvisning som ikke er gyldig uten legens signatur. For fastlegen å si at kvinnen må få ny time hos en annen fastlege blir da et slags kompromiss for legen. Eventuelt at kvinnen får tilbud om en ny time, samtidig som fastlegen informerer om at hun kan gå direkte til sykehuset.

Det kan være en påkjenning for kvinnen om fastlegen forteller at han reserverer seg mot å henvise til abort når hun allerede har møtt opp på time. Dersom pasienten ikke opplyser på forhånd hva timen gjelder og først presenterer problemstillingen på fastlegekontoret sier Felde at da:

«[V]il jeg nok først vise forståelse for hennes situasjon og lytte til hva hun har på hjertet. Jeg vil så ganske raskt informere om at jeg ikke kan henvise henne, og tilby en rask time hos min kollega vegg i vegg. Hun må nok regne med å komme tilbake, men det er det også mange leger, også de som ikke reserverer seg, som praktiserer; nemlig å ta abortsøkende kvinner inn til to samtaler før de bestemmer seg. Hvis hun på tross av informasjon om min reservasjon, ønsker å snakke med meg om sin situasjon og eventuelt sin tvil, vil jeg selvfølgelig ha en så åpen og profesjonell samtale om dette som mulig. Hvis hun settes opp hos en kollega, vil dette være prioritert, og hun vil få en time innen samme uke, kanskje allerede dagen etter, også litt avhengig av hvor mye dette haster.»²⁰⁴

Hun påpeker imidlertid at sekretærene opplyser om reservasjonen når pasientene tar kontakt, og at denne løsningen har fungert effektivt, ettersom hun ikke har vært i denne situasjonen de siste fem årene.²⁰⁵

Det å nekte å henvise til abort kan være en måte for legen å uttrykke sin misnøye og avstand fra kvinnens valg. Fastlegen kan da oppleves som dømmende og vanskelig. Som den profesjonelle part, bør kanskje legen holde disse meningene for seg selv, og heller utføre de arbeidsoppgavene myndighetene har pålagt han eller henne.

Alle leger må tenke gjennom måten de møter pasienter på. En leges dømmende og paternalistiske holdning kan være ubehagelig og føles både krenkende og avvisende nesten uansett grunn for å oppsøke lege. På samme tid kan en leges iherdige forsøk på å møte pasienten på en god måte oppleves ubehagelig og krenkende dersom legen av rent

²⁰⁴ Personlig kommunikasjon 25.10.2012

²⁰⁵ Personlig kommunikasjon 25.10.2012

medisinskfaglige vurderinger ikke gir pasienten det han eller hun ønsker. Det går ikke an å lovregulere pasient-lege-relasjoner slik at ubehagelige situasjoner unngås.

Videre kan en lege som er villig til å henvise til selvbestemt abort, men som egentlig er mot slik abort, selv med sine beste intensjoner oppleves som dømmende og overtalende til at kvinnen skal la være å ta abort. Reservasjonslegenes overbevisning er at fosteret allerede fra unnfangelse er et menneske, og det er nok derfor vanskelig å framstå som nøytral i en samtale som for fastlegen handler om liv og død, jf. punkt 2.7. Samtidig kan andre leger kanskje innimellom mene den beste løsningen for en kvinne er å ta abort, eksempelvis hvis fastlegen mener denne kvinnen ikke er i stand til å ta seg av et barn. Da kan kvinnen oppleve et slags press i retning av å ta abort, selv om fastlegen prøver å veilede nøytralt. Selvbestemt abort er ikke fastlegens avgjørelse, men kvinnens. Kanskje er det derfor ikke en så stor ulempe for kvinnen å ta abortkonsultasjonen med en lege som opplever seg som mer nøytral. Dette kan gi sunnere og bedre samtaler. Det er mulig at de med sterke standpunkter i abortdebatten på både den ene og andre siden bør avstå fra slike konsultasjoner av hensyn til en sårbar, og kanskje lett påvirkbar, situasjon.

Barr v. Matthews er en engelsk dom hvor en gravid kvinne saksøkte legen sin på grunn av problemer rundt informasjon om abort, hvor barnet også hadde funksjonshemninger. Den gravide kvinnen hadde gått til en kvinnelig lege som var mot abort, for å få henvisning til abortklinikkk. Legen ble frikjent, men det er i oppgavens sammenheng tankemønsteret i den engelske domstolen som er interessant.²⁰⁶

I denne dommen uttrykker den engelske domstolen at løsninger hvor legen har en avtale med en annen lege som tar konsultasjonen, ved at legen straks informerer kvinnen om sitt standpunkt og hjelper kvinnen med å få ny time hos den andre legen, er den mest hensiktsmessige og riktige for å ivareta både hensynet til pasienten og legen. Slik slipper pasienten å forholde seg til en lege som, kanskje på tross av iherdig innsats, er preget av sitt personlige syn uten å gi uttrykk for det. Kanskje vil vi egentlig få tryggere lege-pasient-relasjoner ved en slik løsning. Legen skal gi råd i en sårbar og vanskelig situasjon. Kvinnen bør ikke være redd for at legen har underliggende personlige meninger som preger disse rådene. Og for en lege som mener et foster er et like verdifullt menneskeliv som et nyfødt barn eller en voksen, vil det være uhyre vanskelig å rådgi nøytralt. Kanskje bør disse legene da, av hensyn til pasienten, avstå fra disse konsultasjonene, som nevnt i tidligere avsnitt. Og

²⁰⁶ Barr v. Matthews 2000

kanskje bør man prøve å spare kvinnen for ekstrabelastningen det kan være i en så vanskelig avgjørelse å skulle lure på om legen gir nøytrale råd, eller er påvirket av personlig overbevisning. Statens helsetilsyn skisserer en tilsvarende løsning i tilsynssaken fra 2004:

Statens helsetilsyn mener at det riktige av Dem ville vært med en gang å opplyse om at De av samvittighetsgrunner ikke ville henvise henne videre, uten å stille inngående spørsmål om kvinnens situasjon og tanker rundt valget om svangerskapsavbrudd. Deretter skulle De ha hjulpet henne med å finne en lege som kunne henvise henne eller bedt henne fremsette sin begjæring direkte overfor sykehuset.»²⁰⁷

Fastlegen må selvfølgelig da med en gang fremsette sit syn på en så skånsom og respektfull måte som mulig, og ikke grave og spørre i kvinnens konkrete situasjon. Kvinnen mister med dette ikke sin lovfestede rett til veiledning og henvisning, samtidig som legen får ivaretatt sin samvittighetsfrihet.

Konklusjonen er derfor at det å pålegge fastlegen i denne situasjonen å gjennomføre konsultasjonen og henvise kvinnen til abort ikke er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

6.8.3 Fastlegen gjennomfører abortkonsultasjon, men vil deretter ikke henvise til abort

I disse tilfellene presenterer kvinnen sitt ønske om aborthenvisning, legen går inn i konsultasjonen, drøfter problemstillingen med kvinnen og foretar undersøkelsene. Når det så kommer til henvisningen sier fastlegen at han ikke ønsker å skrive denne av samvittighetsgrunner. Problemstillingen blir om det å pålegge fastlegen i denne situasjonen å henvise kvinnen til abort er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

En situasjon der fastlegen gjennomfører konsultasjonen, men nekter å henvise, kan fort oppleves svært vanskelig og inngripende for kvinnen. Hun forteller gjerne om en vanskelig og svært personlig situasjon, og kan sitte igjen med en følelse av å ha blitt utlevert på en svært vanskelig måte. Også i tilsynssaken fra 2004 uttaler Statens helsetilsyn at en slik tilnærming ikke var omsorgsfull hjelp i en vanskelig situasjon:

²⁰⁷ Tilsynssak 2004

«Statens helsetilsyn har forståelse for at kvinnen opplevde Deres informasjon og veiledning som utidig og formanende når De likevel ikke ville henvise henne. [...] Videre må det være helt klart at De ikke har noen opplysningsplikt når De i utgangspunktet ikke har til hensikt å henvise til svangerskapsavbrudd. Statens helsetilsyn mener at De ved å stille spørsmål og gi veiledning har utsatt kvinnen for en belastning ved å måtte fortelle om sin situasjon, for så etterpå å få vite at De ikke vil hjelpe henne. Dette mener Statens helsetilsyn er en behandling som ikke kan anses som omsorgsfull hjelp overfor en kvinne som er i en vanskelig situasjon.»²⁰⁸

En slik påkjenning kan også være vanskelig for kvinnens senere psykiske helse og tillit til helsevesenet, og hun må gjennom enda en abortkonsultasjon med en annen lege for å få henvisningen. Denne situasjonen skaper derfor større ulemper for kvinnen. Fastlegen har mulighet til å reservere seg mot hele abortkonsultasjonen og henvisning, en løsning som ivaretar fastlegens samvittighetsfrihet, samtidig som ulempene for kvinne er mye mindre enn i en situasjon der fastlegen går inn i konsultasjonen og deretter ikke vil henvise. Fastlegen kan altså velge en annen løsning for å ta hensyn til sin samvittighet, som gjør at kvinnen slipper å gå gjennom to abortkonsultasjoner og påkjenningen ved å bli avvist etter å ha utlevert seg og sin situasjon. Dermed veier hensynet til fastlegen ikke like tungt i denne situasjonen som i situasjonen der fastlegen reserverer seg mot hele konsultasjonen, i forhold til ulempene denne reservasjonen skaper for kvinnen.

Konklusjonen er at det å pålegge fastlegen å henvise kvinnen til abort dersom han går inn i abortkonsultasjonen er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

6.8.4 Problemstillingen rundt abort kommer opp underveis i legetimen

Den siste problemstillingen er om det å pålegge fastlegen å gå inn i abortkonsultasjon og henvise kvinnen til abort når spørsmålet om abort kommer opp underveis i legetimen, er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

Kvinnen kan eksempelvis ha oppsøkt fastlegen fordi hun er sliten og trøtt, og så finner de etterhvert ut at hun er gravid. Da er fastlegen allerede inne i en konsultasjon med kvinnen, og har gjerne allerede pratet og diskutert med kvinnen rundt personlige og kanskje sårbare

²⁰⁸ Tilsynssak 2004

forhold. I noen tilfeller kan det være for liten tid til abortkonsultasjon, og kvinnen må uansett få time en annen dag. Eventuelt kan det hende fastlegen opplever at kvinnen bør ta noen dager og tenke litt før en eventuell abortkonsultasjon. Slike forhold vil variere i de ulike situasjoner, og det er vanskelig å si noe helt generelt om eksempelvis hvor stor påkjenning det da vil være for en kvinne å måtte få ny time hos en annen lege. Det vil imidlertid som regel være et klart skille fra og med der abortspørsmålet kommer opp, og da kan fastlegen med en gang si fra om sitt syn og gi kvinnen tilbud om abortkonsultasjon hos en annen fastlege. Det er også en del veiledningsplikter og undersøkelser som skaper et skille mellom abortkonsultasjon og annen konsultasjon. Fastlegen har da ikke gravd og spurt kvinnen i tilknytning til selve abortspørsmålet.

Konklusjonen er derfor at det å pålegge fastlegen å gå inn i abortkonsultasjon og henvise kvinnen til abort når spørsmålet om abort kommer opp underveis i legetimen, ikke er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

6.9 Konklusjoner for forholdsmessighetsvurderingen

Den første hovedkonklusjonen i forholdsmessighetsvurderingen er at en eventuell regel som krever at fastleger personlig konsulterer og henviser kvinner til abort, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen får time direkte hos en annen fastlege, ikke er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd. Dette gjelder både leger med inngått avtale før en eventuell regelendring, med og uten reservasjonsklausul, og leger som inngår avtale etter en eventuell regelendring.

Den andre hovedkonklusjonen er at regelen om at fastleger må konsultere og henvise kvinner som er kommet på legetime til abort, selv om legen sier fra med en gang og gir kvinnen time hos en annen fastlege, ikke er «necessary in a democratic society» for å ivareta kvinnens rett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd. Dette gjelder også dersom spørsmålet rundt abort kommer opp i løpet av legetimen, og fastlegen med en gang sier at han ikke kan gå inn i abortkonsultasjon og henvise. Dersom fastlegen går inn i konsultasjonen, er det å pålegge han å henvise til abort «necessary in a

democratic society» for å ivareta kvinnens helserett til veiledning, undersøkelse og henvisning i forbindelse med abort, jf. EMK art. 9 andre ledd.

7 Konklusjon

En fastlege som av samvittighetsgrunner ikke vil henwise til abort har etter mitt syn reservasjonsrett i følgende tre tilfeller:

- 1) Fastlegen tar ikke personlig abortkonsultasjoner, men praktiserer en ordning der kvinnen får direkte time for abortkonsultasjon og henvisning hos en annen fastlege.
 - a. Denne ordningen er ikke i strid med abortlov, abortforskrift og fastlegeforskrift.
 - b. Dersom staten skulle lage en regel som påbyr fastleger personlig å ta abortkonsultasjoner, uten mulighet for å praktisere en ordning der kvinnen gis direkte time hos en annen fastlege, vil regelen være et uforholdsmessig inngrep i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 andre ledd, og dermed en krenkelse av EMK art. 9.
- 2) Abortspørsmålet kommer opp i begynnelsen av en legetime, fastlegen gir straks beskjed om at han ikke kan gjennomføre abortkonsultasjon og henwise kvinnen til abort, og gir kvinnen ny time hos en annen fastlege.
 - a. Regelen om at fastlegen må henwise til abort i slike tilfeller er et uforholdsmessig inngrep i fastlegens samvittighetsfrihet etter EMK art. 9 andre ledd, og dermed en krenkelse av EMK art. 9.
 - b. Regelverket er imidlertid såpass lite spesifikt om problemstillingene, jf. kapittel 4, at når man tolker abortlov, abortforskrift og fastlegeforskrift i lys av EMK art. 9, vil konklusjonen likevel bli at fastlegen har reservasjonsrett i dette tilfellet etter gjeldende rett.
- 3) Abortspørsmålet kommer opp underveis i en legetime, fastlegen gir beskjed med en gang abortspørsmålet kommer opp at han ikke kan gjennomføre abortkonsultasjon og henwise kvinnen til abort, og gir kvinnen ny time hos en annen fastlege.
 - a. I dette tilfellet vil de samme underpunktene gjelde som i tilfelle nr. 2, se bokstav a-b.

En fastlege har etter mitt syn ikke reservasjonsrett i følgende tilfelle:

- 4) Fastlegen gjennomfører abortkonsultasjon, men vil deretter ikke henwise til abort
 - a. For denne situasjonen følger det av abortlov, abortforskrift og fastlegeforskrift at legen må henwise kvinnen til abort dersom hun ønsker det. Denne regelen er ikke et uforholdsmessig inngrep i fastlegens samvittighetsfrihet etter EMK art. 9, og dermed ikke en krenkelse av art. 9.

8 Kildeliste

8.1 Lover

Abortloven	Lov om svangerskapsavbrudd av 13.juni 1975 nr. 50.
Helse- og omsorgstjenesteloven	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. av 24.juni 2011 nr. 30
Helsepersonelloven	Lov om helsepersonell m.v. av 2.juli 1999 nr. 64.
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr. 30.

8.2 Forskrifter

Abortforskriften	Forskrift om svangerskapsavbrudd. FOR 2001-06-15 nr. 635.
Fastlegeforskriften	Forskrift om fastlegeordning i kommunene. FOR 2012-08-29 nr. 842.
Fastlegeforskriften (2000)	Forskrift om fastlegeordning i kommunene. FOR 2000-04-14 nr. 328 (opphevet).

8.3 Forarbeider

Innst.S.nr.231 (1995-1996)	Innstilling fra sosialkomiteen om erfaringer med lov om svangerskapsavbrudd m.v.
NOU 2013: 1	Det livssynsåpne samfunn. En helhetlig tros- og livssynspolitikk.
Ot.prp.nr. 53 (1977-1978)	Om lov om endring i lov av 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd.
Prop. 91. L (2010-2011)	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

8.4 Stortingsmeldinger

St. Meld 17 (1982-1983)	Erfaringer med lov om svangerskapsavbrudd og svangerskapsforebyggende tiltak.
St. Meld. 7(2009 – 2010)	Gjennomgang av særlovshjemler for statlig tilsyn med kommunene. 11.12.2009.

8.5 Konvensjoner/traktater

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004. Vedlegg nr. 1 i menneskerettsloven (1999).
FNs verdenserklæring om menneskerettigheter	Universal Declaration of Human Rights. Vedtatt 10. desember 1948.
Kvinnediskrimineringskonvensjonen	Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med protokoll. Vedlegg nr. 9 i menneskerettsloven (1999).
Statute of the Council of Europe	London, 5.V.1949. Tilgjengelig på http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm#FN1 [Lastet ned 08.03.2013].
Wienkonvensjonen	Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969, Wien. I kraft 27. januar 1980.

8.6 Resolusjoner

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

8.7 Dommer

8.7.1 Dommer og avgjørelser fra EMD

A, B og C mot Irland	A, B og C mot Irland, European Court of Human Rights, Application No. 25579/05 (Grand Chamber Judgment, Strasbourg, 16.desember 2010).
Airey	Airey mot Irland, European Court of Human Rights, Application No. 6289/73 (Judgment, Strasbourg, 9.oktober 1979).
Boso	Boso mot Italia, European Court of Human Rights, Application No. 50490/99 (Court Decision (Final), Strasbourg, 5.september 2002).
Bayatyan	Bayatyan mot Armenia, European Court of Human Rights, Application No. 23459/03 (Grand Chamber Judgment, Strasbourg, 7.juli 2011).
C mot Storbritannia	C mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 10358/83. (Commision decision, 15.desember 1983).
Eweida	Eweida m.fl mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10 (Judgment, Strasbourg, 15.januar 2013).
Handyside	Handyside mot Storbritannia, European Court of Human Rights, Application No. 5493/72 (Judgment, Strasbourg, 7.desember 1976).
Kalac	Kalac mot Tyrkia, European Court of Human Rights, Application No. 20704/92 (Judgment, Strasbourg, 1.juli 1997).
Leyla Sahin	Leyla Sahin mot Tyrkia, European Court of Human Rights, Application No. 44774/98 (Judgment, Strasbourg 10.november 2005).
Olsson	Olsson mot Sverige (No 1), European Court of Human Rights, Application No. 10465/83 (Judgment, Strasbourg, 24.mars 1988).
Paton	Paton mot Storbritannia. 3 EHHR 408 1980.

Pichon	Pichon and Sajous mot Frankrike, European Court of Human Rights, Application No. 49853/99 (admissibility decision 2.oktober 2001).
Refah Partishi	Refah Partishi (the Welfare Party) m.fl mot Tyrkia, European Court of Human Rights, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 og 41344/98 (Judgment, Strasbourg, 13.februar 2003).
Vo mot Frankrike	Vo mot Frankrike, European Court of Human Rights, Application No. 53924/00 (Judgment, Strasbourg, 8.juli 2004).

8.7.2 Høyesterettsdommer

Rt.2005 s. 833

8.7.3 Andre lands domstoler

Barr v. Matthews	Barr v. Matthews (2000) 52 BMLR 2717 (UK).
Janaway	Regina v. Salford Area Health Authority (Respondent) Ex Parte Janaway [1988] 2 W. L. R. 442; HA [1988] 3 All ER 1079 249 (UK). / Janaway v. Salford Health Authority, 3 All E.R. 1079 (H.L. 1988) (UK).

8.8 Innstillinger, rundskriv og andre offentlige uttalelser

Helsedirektoratet 2010	Helsedirektoratet (2010). Bioteknologiloven - Undersøkelse om holdninger til etiske problemstillinger. Tilgjengelig på http://helsedirektoratet.no/kvalitet-planlegging/bio-gentechnologi/Documents/bioteknologi-etikk.pdf [Lastet ned 10.01.2013].
Helsedirektoratet 2012	Helsedirektoratet (2012). Bestilling - Undersøkelse av omfang av samvittighetsbegrunnede reservasjoner mot å utføre oppgaver i den kommunale helse- og omsorgstjenesten og spesialisthelsetjenesten. Deres ref: 201003820. Vår ref: 11/3327. Dato: 01.06.2012. Tilgjengelig på http://www.helsedirektoratet.no/Om/nyheter/Documents/samvittighetsbegrunnede_%20reservasjoner.pdf [Lastet ned 03.05.2013].

- HOD 2009** Helse- og omsorgsdepartementet (2009). Brev til Rådet for legeetikk: «Spørsmål angående reservasjonsrett for leger». Ref. nr. 200805256, 24.02.2009.
- Hovedtallsrapport 2011** Helsedirektoratet (2011). Styringsdata for fastlegeordningen, 4. kvartal 2011. Skrevet av Per Øivind Gaardsrud.
- Rundskriv I-3/2005** Rundskriv I-3/2005 (02.03.2005). Statusrapport om fastlegeordningen i Norge etter 2 1/2 år - oppfølging i den enkelte kommune. Helse- og omsorgsdepartementet. Tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rundskriv/2005/i-32005.html?id=109511> [Lastet ned 09.03.2013].
- Rundskriv I-4/2011** Rundskriv I-4/2011. Helse- og omsorgsdepartementet. Om reservasjon for leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten. 31.10.2011. Tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rundskriv/2011/i-42011-adgang-for-leger-i-den-kommunale.html?id=661801> [Lastet ned 09.03.2013].
- Sosialdepartementet 1979** Sosialdepartementet (1979). Lov om utførelsen av de offentlige legeforretninger - offentlige legers reservasjonsrett i samband med lov om svangerskapsavbrudd. Ref. 21195/79 H. dir. 3 MBC/br. 14.08.1979.
- Tilsynssak 2004** Helsetilsynet (2004). Tilsynssak, ref nr.04/1385.

8.9 Litteratur

8.9.1 Bøker

- Aall 2007** Aall, J. (2007). *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, Fagbokforlaget.
- Aall 2011** Aall, J. (2011). *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utg. Bergen, Fagbokforlaget.
- Andenæs 2009** Andenæs, M.H. (2009). *Rettskildelære*. 2. utg. Oslo, M. H. Andenæs.

- Hammer 2001** Hammer, L.M. (2001). *The international human right to freedom of conscience: some suggestions for its development and application*. Aldershot, Ashgate.
- Jacobs, White og Ovey 2010** Jacobs, F.C, White, R.C.A. og Ovey, C. (2010). *The European Convention on Human Rights*. Fifth edition. Oxford, University Press.
- Nguyên-Duy, Smith og Baldersheim 2009** Nguyên-Duy, I, Smith, E. og Baldersheim, H. (2009). *Tvistløsningsordninger mellom stat og kommune*. Oslo, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo.
- Ruud og Ulfstein 2006** Ruud, M. og Ulfstein, G. (2006). *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, Universitetsforlaget.
- Tranøy 2005** Tranøy, K.E. (2005). *Medisinsk etikk i vår tid*. 4.utg. Fagbokforlaget.
- Syse 1993** Syse, A. (1993). *Abortloven: juss og verdier*. Oslo, Ad notam Gyldendal.
- Wicclair 2011** Wicclair, M.R. (2011). *Conscientious Objection in Health Care*. Cambridge, Cambridge University Press.
- 8.9.2 Artikler**
- Aall 2010** Aall, J. (2010). Waiver of Human Rights: Setting the Scene (Part I/III). *Nordic Journal of Human Rights*, 28 (3-4), s. 300-370.
- Bakke 2013** Bakke, K.A. (2013). Vil ikke være en del av abortprosessen. *Dagens medisin*. Publisert 31.01.2013. Tilgjengelig på <http://www.dagensmedisin.no/nyheter/vil-ikke-vare-en-del-av-abortprosessen> [Lastet ned 30.03.2013].
- Birchley 2012** Birchley, G. (2012). A clear case for conscience in healthcare practice. *J Med Ethics*, 38, s. 13-17. Tilgjengelig på <http://jme.bmj.com.pva.uib.no/content/38/1/13.full> [Lastet ned 22.05.2013].
- Bråten 2011** Bråten, K.E. (2011). Ingen generell reservasjonsrett. *Tidsskrift for Den norske legeförening*, 131 (11), s. 1112. Tilgjengelig på <http://tidsskriftet.no/article/2109271> [Lastet ned 13.12.2012].
- Clemet 2012** Clemet, K. (2012). Abort og god samvittighet. *Kristin Clemets blogg*. Publisert 19.02.2012. Tilgjengelig på

http://clemet.blogg.no/1329665096_abort_og_samvittighet.html [Lastet ned 09.03.2013].

Gustavsen 2012a

Gustavsen, Ø. (2012). Legeopprør mot regjeringens abortordre. *VG NETT*. Publisert 10.02.12, endret 25.02.12. Tilgjengelig på <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10043190> [Lastet ned 13.02.2013].

Gustavsen 2012b

Gustavsen, Ø. (2012). Fastlegens kontrakt: Slipper å henvise til abort. *VG NETT*. Publisert 08.03.2012. Tilgjengelig på <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10061414> [Lastet ned 13.02.2013].

Hill 2010

Hill, D.J. (2010). Abortion and conscientious objection. *Journal of Evaluation in Clinical Practice*, 16, s 344-350. Tilgjengelig på <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1365-2753.2010.01398.x/full> [Lastet ned 22.05.2013].

Ioannou 2007

Ioannou, L. (2007). Læge nægter at henvise gravide til abort. *ekstrabladet.dk*. Publisert 10.07.2007. Tilgjengelig på <http://ekstrabladet.dk/nyheder/samfund/article-949-50.ece> [Lastet ned 11.01.2013].

Magelssen og Fredheim 2011

Magelssen, M. og Fredheim, O.M.S. (2011). Når bør leger ha reservasjonsrett? *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 131 (24), s. 2518-2519. Tilgjengelig på <http://tidsskriftet.no/article/2185259> [Lastet ned 27.09.2012].

Markestad og Hytten 2010

Markestad, T. og Hytten, K. (2010). Hvor går grensen for reservasjonsretten. *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 130 (18), s. 1844-1845. Tilgjengelig på <http://tidsskriftet.no/article/2017093> [Lastet ned 27.09.12].

Meland og Schei 2012

Meland, E. og Schei, E. (2012). Hvorfor ikke bare forby bakstrevske holdninger? *Bergens Tidende*, 06.02.2012.

Kallestad 2012

Kallestad, J. (2012). Nekter å bøye seg for statsministeren. *Vårt Land nettutgave*. Publisert 23.02.2012. Tilgjengelig på <http://www.vl.no/folk/nekter-a-boye-seg-for-statsministeren/> [Lastet ned 09.03.2013].

Våge 2012

Våge, I. (2012). Samvittighetsleger gir ikke opp kampen. *Vårt Land nettutgave*. Publisert og oppdatert 15.02.2012.

Tilgjengelig på <http://www.vl.no/samfunn/samvittighetsleger-gir-ikke-opp-kampen> [Lastet ned 09.03.2013].

Wesnes, Kristoffersen og Burman 2012

Wesnes, S.L, Kristoffersen, E.S. og Burman, R.A. (2012). Fastlegeordningen trenger flere leger. *Tidsskrift for Den norske legeförening*, 132 (6), s. 674-676. Tilgjengelig på <http://tidsskriftet.no/article/2237928> [Lastet ned 03.01.2013].

8.10 Andre kilder

Brev til helseministeren 2012

Brev til helseministeren (2012). Adressert til Statsråd Anne-Grethe Strøm-Erichsen. Fra Arbeidsgruppen for reservasjonsrett for helsepersonell v/Gunhild Felde. Helsepersonells reservasjonsrett i etisk omstridte saker. Bergen, 28.01.2012. Tilgjengelig på <http://www.samvittighetsfrihet.org/brev-hod.pdf> [Lastet ned 10.03.2013].

Civita-notat nr.17/2012.

Civita-notat nr.17/2012. Samvittighetsfrihet og fastlegers reservasjonsrett. Notat i samarbeid med Skaperkraft. Skrevet i samarbeid mellom Kristin Clemet fra Civita og Morten Magelssen og Hallvard N. Jørgensen fra Skaperkraft. Tilgjengelig på <https://docs.google.com/file/d/0B0aGjcdWAj5ZUWpXekdIWFNFUUU/edit> [Lastet ned 26.05.2013].

Debatt om reservasjonsrett

Debatt om reservasjonsrett 24.10.2012. I regi av Filosofisk poliklinikk. Debattanter: Gunhild Felde, Knut-Arne Wensaas, Bård Nylund og Eivind Meland. Ordstyrer Edvin Schei. Haukeland universitetssjukehus.

Doc. 12347 2010

Doc. 12347 (2010). *Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection*. Report. Social, Health and Family Affairs Committee. Rapporteur: Ms Christine McCafferty, United Kingdom, Socialist Group. 20.07.2010. Tilgjengelig på <http://assembly.coe.int/ASP-/Doc/-XrefViewPDF.asp?FileID=12506&Language=EN> [Lastet ned 11.01.2013].

Felde og Haaland 2012

Felde, G. og Haaland, E. (2012). Reservasjonsrett for leger, Møte med stortingspolitikere 15.5.2012. Tilgjengelig på www.samvittighetsfrihet.org [Lastet ned 12.02.2013].

- Folkehelseinstituttet 2012** Folkehelseinstituttet (2012). Abort - faktaark med statistikk. Tilgjengelig på http://www.fhi.no/eway/-default.aspx?pid=233&trg=MainLeft_6039&MainArea_5661=6039:0:15,4576:1:0:0:::0:0&MainLeft_6039=6041:70825::1:6043:1:::0:0 [Lastet ned 23/11/2012].
- Greve 2013** Greve, H.S. (2013). Samvittighetsfrihet – grunnleggende menneskerettighet og avgjørende etisk styringsredskap. Innlegg på Nasjonalt møte om samvittighetsfrihet og reservasjonsrett i et demokratisk, pluralistisk samfunn. Stortinget, 22.januar 2013.
- Haukeland.no om fremgangsmåte ved svangerskapsavbrot 2010** www.haukeland.no (2010). Om fremgangsmåte ved svangerskapsavbrot/ planlagt abort. Publisert 16.05.2010, endret 25.09.2012. Tilgjengelig på <http://haukeland.no/-pasient/behandlinger/Sider/svangerskapsavbrot-planlagt%20abort.aspx> [Lastet ned 09.01.2013].
- Hippokrates fra Kos, snl.no** Hippokrates fra Kos. Norsk nettleksikon, snl.no. Tilgjengelig på http://snl.no/Hippokrates_fra_Kos [Lastet ned 14.01.2013].
- HOD om fastlegeordningen 2009** Helse- og omsorgsdepartementet (2009). Fastlegeordningen. Tilgjengelig på http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/tema/helse-og_omsorgstjenester_i_kommunene/fastlegeordningen.html?id=115301 [Lastet ned 10.03.2013].
- Kommentar til artikkel av Brandstorp (2013)** Brandstorp, H. (2013). Kommentar til artikkel. Lagt inn 23.01.2013. Tilgjengelig på <http://www.dagensmedisin.no/nyheter/avviste-reservasjon-ved-aborthenvisning/> [Lastet ned 26.02.2013].
- Legeetiske regler** Etiske regler for leger, 1966, endringer senest 2002. Vedtatt av landsstyret i Den norske legeforening. Tilgjengelig på <http://legeforeningen.no/om-legeforeningen/organisasjonen/rad-og-utvalg/organisasjons-politiske-utvalg/etikk/etiske-regler-for-leger/> [Lastet ned 26.02.2013].
- National Health Service Regulations 2004** National Health Service (NHS) (General Medical Services Contracts) Regulations 2004.
- Rammeavtalen** Rammeavtalen om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene, ASA 4310 for perioden 2013-2014. Inngått mellom Kommunesektorens organisasjon (KS) og Den norske legeforening (Legeforeningen),

Rådet for legeetikk 2012

Rådet for legeetikk v/Brænden, O. og Markestad T. (2012). Reservasjonsmulighet for leger - uttalelse til sentralstyret. Deres ref: 11/105, Vår ref: 08/4176. 15.03.2012.

Spørsmål og svar om fastlegeordningen 2009

Spørsmål og svar om fastlegeordningen (2009). Sist oppdatert 01.12.2009. Tilgjengelig på <http://www.-regjeringen.no/nb/dep/hod/tema/helse- og omsorg- tjenester i kommunene/hvordan-velge-fastlege-.html?id=434722> [Lastet ned 08.03.2013].

9 Liste over figurer

Figur 1 Fastlegeordningen.....	9
Figur 2 Prosessen	11