


Mor, barn og ...?

En diskrimineringsrettslig analyse av reglene om etablering av medmorskap etter assistert befruktning med donorsæd til kvinner i likekjønnede ekteskap

UiO  Thea Borkhus Gabrielsen

Kvinnerettslig skriftserie nr. 109/ 2021.



Forord

Denne avhandlingen ble nominert av Institutt for offentlig rett til Senter for tverrfaglige kjønnsstudier ved Universitetet i Oslo pris for fremragende kjønnsforskning hvor den ble rangert som det tredje beste arbeidet.

I nominasjonen uttales det:

«Oppgaven er et nybrottsarbeid på kjønnsdiskrimineringsfeltet. Den viser det komplekse samspillet mellom vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønn og seksuell orientering. Det er det første rettsvitenskapelige arbeidet som gir en diskrimineringsrettslig vurdering av barnelovens og adopsjonslovens regler om etablering av medmorskap.

De rettslige vurderingene bygger på en kombinasjon av empirisk kunnskap om reglenes virkninger og konsekvenser for kvinnene og barna som berøres og rettslige kilder som spenner over rettsområder som familierett, barnerett, bioteknologirett, statsrett og menneskerettigheter. I vurderingen av om kravene som oppstilles er uforholdsmessig inngripende for dem de gjelder foretas det komplekse og sammensatte rettslige vurderinger. Det foretas en sammenstilling og avveining av ulike rettigheter, slik som barnets rett til kunnskap om biologisk opphav, foreldrenes rett til (etablering av) familieliv og likestilling av foreldreskap uavhengig av kjønn og seksuell orientering.

Oppgaven tetter gjennom sin rettslige og rettspolitiske analyse huller i eksisterende kunnskap. Den kommer ikke bare med kritikk men også med konkrete forslag til hvordan regelverket kan utformes for å gi like rettigheter til lesbiske medmødre og deres barn. Analysene og forslagene er høyst relevante for Barnelovutvalget, som i starten av desember 2020, leverte sin utredning som første steg på veien mot en ny barnelov. I utvalgets mandat var det et uttrykt ønske om et regelverk som kan sikre større likestilling mellom «mor og far». Medmor, den kvinnelige partneren til en fødende mor, var ikke nevnt i mandatet.

Oslo mars 2021

Anne Hellum
(veileder)

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Problemstilling og aktualitet	2
1.3	Materiale og metode.....	3
1.3.1	Rettskildebildet.....	3
1.3.2	Empiri	7
1.4	Avgrensning	7
1.5	Fremstillingen videre	9
2	DISKRIMINERINGSVERNET	9
2.1	Individuelt vern.....	10
2.1.1	Forbud mot å diskriminere	10
2.1.2	Diskrimineringsgrunnlag og årsakssammenheng.....	10
2.2	Forskjellsbehandling	14
2.2.1	Sammenligningsperson.....	14
2.2.2	Direkte forskjellsbehandling.....	14
2.2.3	Indirekte forskjellsbehandling	15
2.2.4	Mer enn en ubetydelig ulempe	16
2.3	Lovlig forskjellsbehandling	16
2.3.1	Saklig formål	16
2.3.2	Nødvendig	17
2.3.3	Ikke uforholdsmessig inngripende.....	17
2.4	Diskrimineringsvern i konflikt med annen lovgivning	18
3	ASSISTERT BEFRUKTNING MED DONORSÆD.....	18
3.1	Assistert befruktning etter bioteknologiloven.....	19
3.1.1	Paret som enhet?.....	19
3.1.2	Har man krav på behandling?.....	20
3.1.3	Befruktningsdyktighet <i>eller</i> lesbisk parforhold	20
3.1.4	Samtykke fra partner	21
3.1.5	Medisinsk og psykososial vurdering	21
3.1.6	Alder og helse	21
3.1.7	Barneomsorgsattest.....	22
3.1.8	Kort om krav til sædgiver og sædgiverregister	22
3.1.9	Valg av donor	22
3.2	Assistert befruktning utenfor godkjent helsevesen	24

4	ETABLERING AV JURIDISK FORELDRESKAP ETTER ASSISTERT BEFRUKTNING	24
4.1	Foreldreskap etter barnelova etter assistert befruktning i offentlig godkjent helsevesen	24
4.1.1	Mor	25
4.1.2	Farskap.....	25
4.1.3	Medmorskap	26
4.2	Foreldreskap ved assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen.....	27
4.2.1	Mor	27
4.2.2	Farskap.....	27
4.2.3	«Medmorskap»	28
5	ER REGLENE OM ETABLERING AV MEDMORSKAP ETTER ASSISTERT BEFRUKTNING TIL GIFTE LESBISKE PAR DISKRIMINERENDE?	30
5.1	Innenfor offentlig godkjent helsevesen.....	30
5.1.1	Diskrimineringsgrunnlag og årsakssammenheng.....	30
5.1.2	Direkte forskjellsbehandling.....	31
5.1.3	Saklig formål	33
5.1.4	Nødvendig	34
5.1.5	Forholdsmessig.....	37
5.1.6	Konklusjon.....	39
5.2	Utenfor offentlig godkjent helsevesen	39
5.2.1	Direkte forskjellsbehandling.....	40
5.2.2	Saklig formål	41
5.2.3	Nødvendig	43
5.2.4	Forholdsmessig.....	44
5.2.5	Konklusjon.....	46
6	RETTSPOLITISKE VURDERINGER	46
6.1	Negativ likestilling	47
6.2	«Mater est» eller erklæring for alle.....	48
6.2.1	Bedre veiledning.....	49
6.3	Kan vi åpne for flere typer sæddonor?.....	49
6.4	Skal fars genetikke bety mer enn medmors?	50
6.5	Samsvar mellom plikter og rettigheter	51
7	AVSLUTNING	52
8	LITTERATURLISTE	53

1 Innledning

1.1 Tema

Det som først fikk meg interessert i dette temaet var en nyhetsartikkel om et gift lesbisk par som ville ha barn. Etter å ha bestemt hvem som skulle gå gravid, ønsket de en sæddonor som lignet på medmor som er brun i huden med mørkt hår og brune øyne. Etter å ha vært i kontakt med Rikshospitalet, fikk de vite at de ikke hadde noen donorer med brun hud, og at det nærmeste var sæd fra en donor med brune øyne. Da valgte de å benytte en privat klinikk i Norge, som kunne tilby sæd fra Danmark, hvor utvalget er større. Gjennom svangerskapet var mor og medmor i kontakt med både fertilitetsklinikken, jordmor på helsestasjonen og fastlege, og de opplevde å bli møtt som et kommende foreldrepar. Men da barnets fødselsattest kom i posten sto mor oppført som aleneforelder.

Ingen av de jordmødrene og legene kvinnene hadde vært i kontakt med gjennom den assisterte befruktningen og svangerskapet hadde fortalt at medmorskaper må søkes om. Som de selv sa: «Vi trodde jo det skulle gå automatisk – vi var jo gift, og fikk assistert befruktning i Norge». Omtrent fire måneder etter fødselen hadde mors kone endelig status som medmor, og barnet to juridiske foreldre.¹ Hadde mor vært gift med en mann, ville farskapet oppstått ved fødselen, uten at de hadde trengt å sende inn verken søknad eller andre papirer.²

Denne høsten har også NRK hatt to artikler om kvinner som har fått avslag på søknad om medmorskaper eller stebarnsadoptjon av barn deres kvinnelige partner har født etter assistert befruktning.³ Jordmor på helsestasjon og fødeavdeling, fastlegen, barnas barnehage og skole og samfunnet rundt dem opplever kvinnene som en av barnets mødre. Befruktningen har vært et felles prosjekt, og de er kanskje til og med gift med den som har båret fram barnet. Likevel er de ikke juridisk forelder.

Det sosiale foreldreskapet forteller noe om hvem som har den daglige omsorgen for et barn, og hvem barnet og omverdenen anser som barnets forelder. Fremdeles assosierer mange familiebegrepet med mor og far, som bor sammen med et eller flere barn som er i slekt med dem begge. Men slik er det ikke lenger. Barn i dag kan ha én forelder, to skilte foreldre og i tillegg en eller to bonusforeldre. Foreldre og bonusforeldre kan være av samme eller forskjellig

¹ Personlig kommunikasjon i samtale med Nina Bahar, 21. september 2020 og UiO (2020).

² Jf. bl. § 3.

³ Svendseid (2020a og b).

kjønn.

Et lesbisk par som skal bli foreldre må bruke donorsæd. For at mors kone skal bli medmor må foreldrene søke Folkeregisteret om medmorskapskap etter barnelova § 3(2), og dokumentere at den assisterte befruktningen har skjedd i offentlig godkjent helsevesen og med samtykke fra medmor. En mann som er gift med mor ved fødselen blir barnets juridiske far etter barnelova § 3(1) uten at foreldrene trenger å foreta seg noe. Dette gjelder også der barnet har blitt til ved assistert befruktning med donorsæd.

Det biologiske og genetiske foreldreskapet forteller hvem som har gått gravid med barnet og hvem som har stått for kjønncellene i befruktningen. «Den kvinnen som føder barnet er biologisk mor, men ikke nødvendigvis genetisk mor».⁴ Hun som har gitt eggcellen og hun som har vært gravid, kan være to ulike kvinner. Og bare én av dem kan bli barnets *juridiske* mor.

Det juridiske foreldreskapet etter barnelova gir opphav til en rekke ulike rettigheter og plikter. Foreldrestatus gir forutsigbarhet og trygghet for både foreldrene og barnet. Dette er viktig uansett hvilket kjønn og hvilken seksuell orientering foreldrene har.

Jeg vil legge et diskrimineringsrettslig perspektiv på reglene om etablering av rettslig foreldreskap etter assistert befruktning med donorsæd. Temaet berører familierett, inkludert barnerett og hensynet til barnets beste, bioteknologi- og helserett og likestillings- og diskrimineringsrett.

1.2 Problemstilling og aktualitet

Oppgavens overordnede problemstilling er om reglene for etablering av medmorskapskap etter assistert befruktning til likekjønnede kvinnelige ektepar er diskriminerende.

For heterofile par gir pater est-regelen⁵ automatisk farskap til han som er gift med mor ved fødselen. Fordi ekteskap fortsatt er den forventede formen for samliv i Norge og fordi hva som skal til for å oppfylle vilkåret om å være gift er klart⁶ vil jeg kun drøfte reglenes virkning for ektepar.

Jeg vil ta et problemorientert utgangspunkt for diskrimineringsdrøftelsen og se på to ulike situasjoner. 1) Der assisterte befruktning har skjedd innenfor offentlig godkjent helsevesen, og

⁴ NOU 2009:5 side 32.

⁵ Bl. § 3(1).

⁶ Jf. ekteskapsloven.

2) Der assistert befruktning har skjedd utenfor offentlig godkjent helsevesen, for eksempel ved bruk av kjent donor.

Til forskjell fra heterofile må lesbiske søke Folkeregisteret om medmorskap etter barnelova eller Bufdir⁷ om stebarnsadopsjon etter adopsjonsloven for at mors kone skal få foreldrestatus til deres felles barn. Lesbiske kvinner som har fått barn ved assistert befruktning forteller om en opplevd diskriminering. Historien til det lesbiske paret som trodde de hadde gjort alt «riktig» ved å være gift og motta assistert befruktning i Norge, men likevel ble overrasket over at mor var oppført som aleneforelder, forteller at dette er en aktuell problemstilling. Det samme gjør høstens nyhetssaker om lesbiske par som har fått barn ved assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen og valgt å lyve til myndighetene for å få innvilget stebarnsadopsjon.⁸

Denne høsten avgir Barnelovutvalget sin utredning som et skritt på veien mot en mulig ny barnelov. I utvalgets mandat er ønsket om økt likestilling mellom «far og mor» fremhevet.⁹ Medmorskap er ikke nevnt. At barnelova nå skal gjennomgås gjør likevel at oppgavens problemstilling er aktuell.

1.3 Materiale og metode

1.3.1 Rettskildebildet

Diskrimineringsvernet er konkretisert i likestillings- og diskrimineringsloven. I 2018 ble likestillingsloven (om kjønn), diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og diskrimineringsloven om seksuell orientering erstattet av en samlet likestillings- og diskrimineringslov. Lovens formål er å fremme likestilling og forhindre diskriminering knyttet til alle diskrimineringsgrunnlag.¹⁰ Loven omfatter et bredt spekter av diskrimineringsgrunnlag, herunder kjønn, kjønnsidentitet, omsorgsoppgaver og seksuell orientering.¹¹

Diskrimineringsvernet må tolkes i lys av Grunnloven, som i § 98(2) slår fast at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Dette gir både en tolkningsfaktor og en rettslig skranke for lovgiver.¹²

⁷ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet.

⁸ Svenseid (2020b).

⁹ Barne- og familiedepartementet (2018) side 3.

¹⁰ Ldl. § 1 jf. Prop.81 L (2016-2017) side 310.

¹¹ Jf. ldl. § 6.

¹² Syse (2017) side 142.

Videre gir internasjonale rettskilder en viktig ramme for tolkningen av diskrimineringsvernet. Kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK), Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), Barnekonvensjonen (BK), Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) gir alle individ- og gruppespesifikke diskrimineringsforbud. Disse konvensjonene er inkorporert i og gitt forrang foran annen norsk lov i mrl. §§ 2 og 3. Konvensjonene er derfor en viktig kilde for besvarelse av oppgaven. Ved at konvensjonenes håndhevingsorganer har innfortolket flere diskrimineringsgrunnlag, har diskrimineringsvernet blitt utvidet fra de opprinnelige konvensjonstekstene.¹³ Slik praksis, her i form av generelle anbefalinger fra kvinnediskrimineringskomiteen og FNs barnekomité, samt avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) er derfor også en relevant kilde. Presumpsjonsprinsippet tilsier at norsk rett anses å være i overensstemmelse med folkeretten og tolkes i samsvar med denne. I tillegg til de bindende menneskerettsinstrumentene spiller også internasjonal sedvanerett, her den som kommer til uttrykk i Verdenserklæringen om menneskerettigheter, inn ved tolkning av diskrimineringsvernet.

Yogyakartaprinsippene er internasjonale prinsipper som utdyper hvordan menneskerettighetene også beskytter mot diskriminering med grunnlag i kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Prinsippene gir en oversikt over på hvilke områder det skjer tydelige menneskerettsbrudd overfor lhbt-personer og knytter disse rettigheter som allerede er uttrykte menneskerettigheter.¹⁴ At prinsippene er en kodifikasjon av eksisterende menneskerettighetspraksis,¹⁵ selv om de setter denne i et nytt lys, taler sterkt for å ta dem i betraktning ved tolkning av internasjonal rett. Prinsippene kan ikke binde stater, men Norge har uttrykt støtte til dem.¹⁶

Assistert befruktning til lesbiske par er et spørsmål om rettigheter for foreldre, men også for deres barn. I Grunnloven § 104(2) er barnets beste slått fast som et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som gjelder barn, og hensynet til barnets beste er derfor relevant i vurderingen av regelverket. Barnekonvensjonen og uttalelser fra FNs barnekomité gir videre grunnlag for å vurdere utstrekningen av barnets beste i avveiningen av ulike rettigheter og hensyn.

Det er flere lover som spiller inn i fastsettelse av medmorskap etter assistert befruktning. Bioteknologiloven regulerer tilgangen til og gjennomføringen av selve befruktningen. Barnelova

¹³ Strand (2015) side 113.

¹⁴ O'Flaherty (2017) side 7-8.

¹⁵ Hellum (2016) s. 198.

¹⁶ Se bl.a. Barne- og likestillingsdepartementet (2008).

gir vilkårene for juridisk medmorskap etter assistert befruktning i offentlig godkjent helsevesen, og disse er også utdypet i forskrift.¹⁷ Adopsjonsloven gir regler om stebarnsadoptsjon.

Forarbeider er en viktig rettskilde i oppgaven. I forbindelse med innføringen av likekjønnet ekteskap ble det også gjort endringer i barnelova, adopsjonsloven og bioteknologiloven.¹⁸ Disse forarbeidene, Ot.prp.nr.33 (2007–2008), er en viktig kilde til å se hvilke formål og hensyn lovgiver har ønsket å ivareta. Forarbeidene behandler endringer i alle lovene med sikte på at lovendringene på de ulike områdene var tilpasset hverandre: «Regjeringen vil sikre homofilles og lesbiskes rettigheter, støtte homofile og lesbiske i å leve åpent og aktivt motarbeide diskriminering. Samtidig er det viktig å sikre barnas rettigheter».¹⁹ Forarbeidene viser tydelig at retten til å gifte seg har en tydelig sammenheng med retten til å bli foreldre. Forarbeidene utdyper også hvilke metoder lovgiver ønsker og tillater at lesbiske par benytter for å få barn. Det gjøres ikke en diskrimineringsvurdering av reglene sett opp mot reglene om farskap. Disse forarbeidene, og de tilhørende endringene i loven, er dessuten mer enn ti år gamle. Det har vært en tydelig utvikling på diskrimineringsfeltet, lhbt-feltet og bioteknologisk utvikling siden da, men forarbeidene er fortsatt det klareste uttrykket for lovgiverviljen på området. For likestillings- og diskrimineringsloven finnes det omfattende forarbeider fra de fire tidligere diskrimineringslovene ble samlet til én felles lov i 2017.²⁰

Ingen dommer har hittil behandlet de diskrimineringsrettslige sidene ved reglene om medmorskap. Rettspraksis fra Høyesterett og andre domstoler som belyser diskrimineringsvernets utstrekning og barnets beste er uansett en relevant kilde for oppgaven. Det gis ikke fri retts hjelp i diskrimineringsaker, og det kommer derfor få diskrimineringsaker for de ordinære domstolene.

Enkeltpersoner som har fått krenket sine rettigheter etter likestilling- og diskrimineringsloven kan også klage inn saken for Diskrimineringsnemnda.²¹ Den samlede loven viderefører gjeldende rett, derfor er praksis etter de tidligere diskrimineringslovene og tidligere ombud og nemnd også relevant.²² Praksis fra Diskrimineringsnemnda vil være en relevant kilde til å fastslå rekkevidden av diskrimineringsvernet, selv om oppgavens konkrete spørsmål ikke har blitt besvart i nemnda. Praksis fra et slikt domstollignende forvaltningsorgan må tillegges stor vekt, særlig i mangel av domstolpraksis. Dette gjelder særlig der nemndas praksis trekker i

¹⁷ Forskrift om fastsetjing av medmorskap.

¹⁸ Lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv.

¹⁹ Ot.prp.nr.33 (2007–2008) side 1.

²⁰ Prop.81 L (2016-2017).

²¹ Jf. diskrol. § 7.

²² Prop.81 L (2016-2017) side 15.

samme retning, og der enkeltavgjørelser har stor rettslig kvalitet og bygger tydelig på primærkildene.²³

I denne oppgaven vil jeg se på om det er konflikt mellom diskrimineringsvernet og regler i barnelova og adopsjonsloven. Problemstillingen har vært reist i Diskrimineringsnemnda og dennes forgjengere i én runde, men saken ble til slutt avvist av nemnda som et lovspørsmål nemnda ikke kunne behandle.²⁴ Nemnda avviste derfor saken med den begrunnelse at deres håndheving ikke omfatter Stortingets virksomhet. Dette er i tråd med forarbeidene til diskrimineringsombudsloven som er klare på at nemnda ikke har myndighet til å treffe bindende vedtak om at en lov er i strid med diskrimineringslovgivingen.²⁵ I forarbeidene vises det også til en utvikling i nemndas praksis, der det later til at de har beveget seg helt bort fra å gi også ikke-bindende uttalelser om motstrid mellom diskrimineringslovgivingen og annen lovgiving.²⁶ Flere argumenter som kom opp under behandling av saken, særlig Barne- og likestillingsdepartementets begrunnelse for reglene, er interessante for besvarelsen av problemstillingen selv om nemnda ikke kunne behandle diskrimineringsspørsmålet.

Jeg har også brukt annen forvaltningspraksis for å svare på oppgavens problemstilling. Det finnes flere veiledere og rundskriv som gir argumenter til besvarelse av problemstillingen, slik som Helsedirektoratets veileder om assistert befruktning med donorsæd²⁷ og Bufdirs rundskriv til adopsjonsloven.²⁸ I tillegg finnes Bioteknologirådet som frittstående rådgivende organ. På begjæring fra myndighetene eller etter eget tiltak gir de uttalelser i spørsmål om bioteknologi.²⁹ Uttalelsene er relevant for å kartlegge hensyn og formål bak regelverket for etablering av medmorskap, særlig på helserettssiden. Mindretallet dissenser er inntatt i uttalelsene. Dette gjør at den samme uttalelsen kan være kilde til argumenter for ulike synspunkter.

Juridisk teori er en relevant kilde for å besvare oppgavens problemstillinger. Det finnes en del teori om diskrimineringsvernet og om barnets beste, og teori om hva som ligger i vilkårene for de ulike typene foreldreskap etter barnelova. I tillegg finnes det både juridisk og samfunnsvitenskapelig teori om medmorbegrepet og medmorrollen.³⁰

²³ Eriksen (2019) s. 327.

²⁴ DIN 1/2018 jf. diskrol § 1(2).

²⁵ Prop.80 L (2016-2017) side 73.

²⁶ Ibid. side 74.

²⁷ Helsedirektoratet (2015).

²⁸ Bufdir (2020b).

²⁹ Biotl. § 7-3.

³⁰ Se bl.a. Frantzen (2009) og Bjerklund (2019).

Til sist bruker jeg dansk rett som kilde. Rettsfellesskapet i Norden har tradisjonelt vært tett. I tillegg er Danmark kjent for å være et sted norske kvinner og par reiser for å motta assistert befruktning. Det er derfor interessant å se på hvordan disse spørsmålene er regulert der, særlig for å si noe om retten de lege ferenda.

Høsten 2020 avgir Barnelovutvalget sin utredning. Ekspertvurderinger av det gjeldende regelverket og hvilke vilkår for foreldreskap som anbefales i en ny barnelov ville vært viktige argumenter for vurderingen av dagens regelverk. Jeg så for meg å bruke argumenter fra utredningen som en kilde i oppgaven, men utvalgets frist for levering er utsatt til 1. desember 2020 på grunn av koronasituasjonen.

1.3.2 Empiri

Det finnes ingen eksakt oversikt eller statistikk over antallet medmødre i Norge, eller over antallet barn som vokser opp med to kvinnelige foreldre.³¹ Det kreves heller ikke kjente eller store tall for å konstatere en eventuell diskriminering.

For å komme inn i stoffet har jeg intervjuet lederen ved Reproduksjonsmedisinsk avdeling ved Kvinneklinikken på Rikshospitalet og en kvinne som både er blitt medmor og mor gjennom assistert befruktning. Dette er ikke nok til å gi grunnlag for noen videre kvalitativ analyse, men eksemplifiserer hvordan regelverket håndteres og oppleves av dem det gjelder.

Det har i de siste månedene vært flere saker i mediene om etablering av medmorskap. Sakene beskriver faktiske problemer som oppstår ved etablering av medmorskap for par som blir gravide ved assistert befruktning i og utenfor offentlig godkjent helsevesen. De gir også en inn-sikt i hvordan regelverket oppleves av de det gjelder, den «opplevde diskrimineringen».³² Jeg vil bruke eksempler fra noen av disse for å se på den faktiske virkningen regelverket har fått for faktiske personer. Sakene gir også et bilde av forvaltningspraksis og hvilke hensyn myndighetene legger til grunn i sine vurderinger, som det ikke finnes informasjon om andre steder.

1.4 Avgrensning

Utgangspunktet for oppgaven er det lesbiske ekteparet som ønsker barn sammen, og er sammen på tidspunkt for fødsel og i tiden etterpå. Medmorskapet blir et koblingsord mellom vil-

³¹ Bufdir (2020a).

³² Nordstrøm (2009) side 11.

kår og ulike rettsfølger.³³ Det er etableringen av medmorskap/annet foreldreskap etter assistert befruktning i disse parene som står i sentrum. I fjor ble det skrevet en oppgave om lesbiske pars rett til foreldrepenger der de begge føder barn med kort tids mellomrom.³⁴ Der ble ikke eventuelle diskriminerende virkninger av reglene om etablering av ulike former for foreldreskap diskutert. Jeg avgrenser mot videre vurderinger av virkningene på ulike rettsområder, og endring av allerede etablert medmorskap.

Fordi surrogati ikke er tillatt³⁵ og homofile mannlige par dermed ikke kan motta assistert befruktning i Norge, avgrenser jeg også mot foreldreskap i likekjønnede mannlige par. Jeg vil også avgrense mot behandling av spørsmål knyttet til kjønnsinkongruens.³⁶ Dette er for å få et utgangspunkt for sammenligning med tokjønnede par i de samme samlivsformene. I det lesbiske parforholdet hvor begge er *biologiske* kvinner, kan de bli foreldre på en anerkjent og legitim måte i Norge, men de vil for en graviditet trenge sæd fra noen utenfor paret.

Spørsmålet om etablering av foreldreskap etter assistert befruktning til lesbiske samboere, og transpersoners og homofile menns foreldreskap reiser også interessante problemstillinger. For å få etablert medmorskap etter assistert befruktning til kvinner i et ekteskapslignende *samboerskap*, kreves det tilsvarende søknad som for ektepar.³⁷ Til sammenligning krever etablering av farskapet kun erklæring fra far. Det er også uklart hva som ligger i begrepet «ekteskapslignende» i denne sammenhengen. «De burde gifte seg», sa leder ved Reproduksjonsmedisinsk senter ved Oslo universitetssykehus. Han siktet til at vilkårene for å motta assistert befruktning som lesbisk samboerpar er uklare.³⁸ Det er tydelig at det «ekteskapslignende» blant annet sikter på en viss varighet. Tidligere lovforarbeider peker på tre til fem år, Rikshospitalet krever to år, og det finnes private behandlere som ser varighetskravet som oppfylt når samboerskapet har vart ett til to år.³⁹

For å kunne gå i dybden på et område innenfor de formmessige rammene av oppgaven, må jeg avgrense mot beslektede problemstillinger og fokusere på assistert befruktning med donorsæd til lesbiske ektepar. Av plasshensyn behandler jeg heller ikke eventuelle EØS-rettslige sider ved fri bevegelse av tjenester på bioteknologifeltet.

³³ Eng (2007) side 105.

³⁴ Sperre (2019).

³⁵ Bl. § 2(2).

³⁶ Benestad (2020).

³⁷ Bl. § 4(4) sml. § 3(2).

³⁸ Personlig kommunikasjon i samtale med Peter Fedorcsak, overlege ved Reproduksjonmedisinsk avdeling ved Rikshospitalet, Oslo universitetssykehus 26. august 2020.

³⁹ Bl. § 4 (4) sml. biotl. § 2-2, Ot.prp.nr.64 (2002-2003) side 127, Oslo universitetssykehus (2020), Medicus (u.å.).

1.5 Fremstillingen videre

Kapittel to gir en kort oversikt over det individuelle diskrimineringsvernet. Dette vil være verktøyet for diskrimineringsvurderingen som kommer senere. I dette kapitlet vil jeg også presentere de diskrimineringsgrunnlagene som er aktuelle for oppgavens problemstilling, og hvem som er sammenligningsperson i diskrimineringsvurderingen.

Kapittel tre gir en oversikt over bioteknologilovens regler om assistert befruktning med donorsæd til gifte like- og ulikekjønnede par. I slutten av kapitlet gjør jeg kort rede for hvordan assistert befruktning utenfor godkjent helsevesen (ikke) er regulert.

I første del av kapittel fire gjør jeg rede for barnelovas etableringen av medmorskap etter assistert befruktning innenfor offentlig godkjent helsevesen, og hvilke regler som gjelder for ulikekjønnede par. Deretter ser jeg på reglene for etablering av foreldreskap etter assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen. I denne delen er adopsjonslovens regel om stebarnsadopsjon sentral.

Kapittel fem består av to diskrimineringsrettslige analyser. Etter mønster fra de to foregående kapitlene vil jeg først analysere reglene som gjelder for etablering av medmorskap etter assistert befruktning innenfor offentlig godkjent helsevesen. Så følger en diskrimineringsrettslig analyse av reglene om foreldreskap der parene har gått utenfor det godkjente helsevesenet for å bli gravide.

I kapittel seks vil jeg gi en rettspolitisk vurdering av reglene de lege ferenda. Der skal jeg blant annet vurdere to ulike måter etableringen av foreldreskap kan reguleres likt på, uavhengig av kjønn og seksuell orientering.

Avslutningsvis vil jeg oppsummere med utgangspunkt i problemstillingen og de mest aktuelle rettspolitiske vurderingene.

2 Diskrimineringsvernet

I 2018 trådte en ny likestillings- og diskrimineringslov i kraft. Denne loven erstattet fire lover som beskyttet hver sine diskrimineringsgrunnlag. Likestillings- og diskrimineringsloven har som formål å fremme likestilling og hindre diskriminering, jf. lovens § 1(1). I andre ledd er likestilling definert som «likeverd, like muligheter og like rettigheter», og det blir understreket at tilgjengelighet og tilrettelegging er en forutsetning for likestilling. Som rettesnor og

skranke for utøvende og lovgivende makt bestemmer Grunnloven § 98(2) at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». ⁴⁰

Norge er som nevnt forpliktet til å arbeide mot diskriminering gjennom en rekke internasjonale konvensjoner. KDK, EMK, BK, ØSK og SP er gjort til norsk lov og gitt forrang foran annen lovgivning i mrl. §§ 2 og 3.

2.1 Individuelt vern

2.1.1 Forbud mot å diskriminere

Alle mennesker har som et utgangspunkt krav på den samme rettsbeskyttelsen etter det alminnelige menneskerettslige prinsipp om likebehandling og ikke-diskriminering.⁴¹ Ldl. § 6(1) bestemmer likevel at kun diskriminering på gitte grunnlag er forbudt. Med diskriminering menes direkte eller indirekte forskjellsbehandling, jf. lovens §§ 7 og 8, som ikke er lovlig, jf. § 9.

Loven krever ikke diskriminerende formål hos den som diskriminerer. Den tidligere likestillingsloven om kjønn brukte formuleringen «formål eller virkning at en person behandles dårligere» for å understreke dette. Rettstilstanden er videreført.⁴²

2.1.2 Diskrimineringsgrunnlag og årsakssammenheng

Det følger av ldl. § 6 at ulovlig diskriminering må være knyttet til et av bestemmelsens diskrimineringsgrunnlag. Bestemmelsen lister opp grunnlagene «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse». Listen er ment å være uttømmende.⁴³ Ordlyden «på grunn av» i ldl. §§ 6, 7 og 8 innebærer at det er diskrimineringsgrunnlaget som markør hos den enkelte som må være *årsak* til forskjellsbehandlingen.

De aktuelle diskrimineringsgrunnlagene i en diskrimineringsrettslig analyse av reglene om etablering av medmorskap er kjønn og seksuell orientering, enten hver for seg eller i kombinasjon.

⁴⁰ Syse (2017) side 141-142.

⁴¹ Menneskerettighetserklæringen artikkel 2.

⁴² Prop.81 L (2016-2017) side 104, jf. Prop.88 L (2012-2013) side 83.

⁴³ Prop.81 L (2016-2017) side 96-97.

2.1.2.1 *Kjønn*

Kjønn er det første diskrimineringsgrunnlaget som nevnes i ldl. § 6. Dette var også det første av diskrimineringsgrunnlagene i dagens samlede lov som ble beskyttet i egen lov.⁴⁴ Kjønn-diskriminering av kvinner er gitt et særlig menneskerettighetsvern gjennom en egen konvensjon, og kjønn er også et vernet grunnlag i flere andre internasjonale konvensjoner.⁴⁵ Etter KDK artikkel 3 er Norge forpliktet til å sikre kvinner muligheten til å utøve og nyte sine menneskerettigheter på lik linje med menn.

Et lesbisk pars muligheter for å bli foreldre er tett knyttet opp til deres kjønn. En mannlig og en kvinnelig kjønnsceelle er en forutsetning for menneskelig befruktning. Selv med den utviklingen som har vært rettslig og medisinsk de siste årene kan ikke to kvinner få et barn sammen uten å få tilgang til sæd fra noen andre. Det er derfor nærliggende å tenke seg at eventuell diskriminering bygger på en biologisk kjønnskonstruksjon.

Den kulturelle og sosiale forståelsen av kjønn og kjønnsroller påvirker også hvordan familierelasjoner forstås i samfunnet. Dersom disse holdningene ligger til grunn for diskriminering, er det like fullt knyttet til kjønn. I tillegg er også kjønnsidentitet et uttrykt beskyttet grunnlag etter ldl. § 6(1).

2.1.2.2 *Seksuell orientering*

Seksuell orientering betegner «hvilket kjønn en persons kjærlighet og/eller seksualitet er rettet mot»⁴⁶. Dette er en klar ulikhet mellom heterofile og lesbiske par som ønsker å bli foreldre sammen. Seksuell orientering er et beskyttet diskrimineringsgrunnlag i ldl. § 6, og det siste diskrimineringsgrunnlaget som ble beskyttet i egen lov før sammenslåingen.⁴⁷

Seksuell orientering er ikke et eksplisitt beskyttet grunnlag i de bindende internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Flere av konvensjonene uttrykker forbud på diskriminering med grunnlag i «annen status»,⁴⁸ «status forøvrig»⁴⁹ og «stilling forøvrig».⁵⁰ Samlekategorie-

⁴⁴ Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 1978.

⁴⁵ Se bl.a. SP art. 2, 4 24, 26, ØSK art. 2 nr.2, EMK art. 14, BK art. 2.

⁴⁶ Prop.88 L (2012–2013) side 110.

⁴⁷ Diskrimineringsloven om seksuell orientering av 2013.

⁴⁸ EMD art. 14.

⁴⁹ ØSK art. 2.

⁵⁰ SP art. 26 og BK art. 2.

ne gir en fleksibilitet som har muliggjort en dynamisk tolkning av hvilke diskrimineringsgrunnlag som skal gis ekstra vern. Kvinnediskrimineringskomiteen er i sin generelle anbefaling nr. 28 klare på at KDK også gjelder lesbiske kvinner. I Yogyakartaaprinsippene står beskyttelse mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering i fokus.⁵¹ Prinsippene setter etablerte menneskerettigheter i sammenheng med seksuell orientering og kjønnsidentitet. De har hatt tydelig påvirkning siden de ble vedtatt.⁵² Det er klart at seksuell orientering nå er et beskyttet grunnlag også internasjonalt.⁵³ Nøyaktig hva forbudet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering innebærer påvirkes av nasjonale holdninger.⁵⁴

Selv om det ikke er tvil om at seksuell orientering er et diskrimineringsgrunnlag med samme vern som for eksempel kjønn, er det fremdeles mange lesbiske og homofile som blir møtt med fordommer og diskriminering. I forbindelse med endringene i bioteknologiloven i sammenheng med innføringen av samlet ekteskapslov, så lovgiver det nødvendig å understreke at sæddonorer ikke kan reservere seg mot at deres sæd brukes til assistert befruktning i lesbiske parforhold.⁵⁵

2.1.2.3 *Sammensatt diskriminering*

Likestillings- og diskrimineringsloven forbyr også diskriminering på grunn av «kombinasjoner av [lovens gitte grunnlag]». I den samlede loven av 2017 ble forbudet mot sammensatt diskriminering lovfestet for å tydeliggjøre det som allerede var gjeldende rett.⁵⁶ Forarbeidene til ldl. beskriver to typer sammensatt diskriminering, multippel og interseksjonell.⁵⁷ Multippel eller additiv diskriminering foregår når en person diskrimineres på grunnlag av to eller flere grunnlag samtidig. For eksempel kan en eldre, mørkhudet kvinne bli diskriminert på bakgrunn av både alder, kjønn og etnisitet. Interseksjonell eller kumulativ diskriminering er diskriminering på grunn av en «unik kombinasjon av flere diskrimineringsgrunnlag som gjensidig påvirker hverandre».⁵⁸ Forskning viser at homofile, lesbiske og bifile er særlig utsatt for sammensatt diskriminering.⁵⁹

Forarbeidene til ldl. understreker at det ikke er «mulig å trekke et skarpt skille mellom mul-

⁵¹ Yogyakartaaprinsippene, introduksjon.

⁵² O'Flaherty (2017) side 14-15.

⁵³ Hellum (2016) side 198.

⁵⁴ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 11.

⁵⁵ Ibid. side 55-56.

⁵⁶ Ldl. § 6(1) 1. pkt, jf. Prop.81 L (2016-2017) side 116.

⁵⁷ Prop.81 L (2016-2017) side 113.

⁵⁸ Ibid. side 113.

⁵⁹ Ibid. side 116.

tippel og interseksjonell diskriminering. Felles for de to typetilfellene er at diskrimineringen skyldes et samvirke av flere diskrimineringsgrunnlag, og at samvirket øker risikoen for diskriminering.⁶⁰ For at noe skal være sammensatt diskriminering må kombinasjonen av grunnlagene må ha spilt en avgjørende rolle. Forarbeidene understreker at terskelen for å bevise diskriminering ikke ble lavere ved at forbudet mot sammensatt diskriminering ble lovfestet.⁶¹

Det har etterhvert utviklet seg et mer interseksjonelt syn på likestilling også internasjonalt. I følge Hellum tyder dette på at Yogyakarta-prinsippene har hatt påvirkning.⁶² Man får ikke det fulle bildet av diskrimineringen en kvinne som også tilhører en annen sårbar gruppe opplever, kun ved å «legge sammen» diskrimineringen.⁶³ FNs kvinnediskrimineringskomité har blant annet kommet med flere generelle anbefalinger som går nærmere inn på særlige sårbarheter hos kvinner som tilhører bestemte grupper, herunder lesbiske.⁶⁴ Kvinnekomiteens generelle anbefaling nr. 28 peker på interseksjonalitet som «a basic concept for understanding the scope of the general obligation of State parties contained in article 2». KDK artikkel 2 er den grunnleggende bestemmelsen om statenes forpliktelser etter konvensjonen. Artikkelen forplikter blant annet statene til å lovfeste vernet mot kjønnsdiskriminering og gi rettsvern for kvinners rettigheter.⁶⁵

Forskjellen mellom gifte lesbiske og gifte heterofile par består i at det lesbiske paret har en annen seksuell orientering *og* at begge er kvinner. Diskrimineringsvurderingen i denne oppgaven blir derfor tatt med et utgangspunkt i sammensatt kumulativ diskriminering på bakgrunn av disse grunnlagene. Når et likekjønnet kvinnelig par ønsker barn sammen, er kjønn og seksuell orientering så sammenblandet at det er vanskelig å vurdere diskriminering basert på de enkelte grunnlagene hver for seg. Kjønn som biologisk utgangspunkt for menneskelig forplantning, og seksuell orientering som grunnlaget for hvem man er tiltrukket av, forelsker seg i og ønsker å stifte familie med, kan ikke løsrives fra hverandre i spørsmålet om lesbisk foreldreskap.

⁶⁰ Prop.81 L (2016-2017) side 113.

⁶¹ Ibid. side 116.

⁶² Hellum (2014).

⁶³ Fredman (2011) side 140.

⁶⁴ CEDAW/C/GC/28 side 4 og 7.

⁶⁵ KDK artikkel 2 a og e.

2.2 Forskjellsbehandling

For at en praksis eller regel skal være diskriminerende, må den i tillegg til å bygge på et diskrimineringsgrunnlag, innebære direkte eller indirekte forskjellsbehandling, jf. ldl. § 6 jf. §§ 7 og 8. Det er virkningen som avgjør om noe er diskriminerende, ikke hensikten.⁶⁶

2.2.1 Sammenligningsperson

For at noe skal være diskriminering må noen bli behandlet dårligere enn andre i en «tilsvarende situasjon», jf. ldl. § 7, eller enn andre «ville ha blitt», jf. ldl. § 8.

I vurderingen i kapittel tre og fire er sammenligningspersonen menn i familier hvor mor mottar assistert befruktning fra offentlig godkjent helsevesen, og menn i familier hvor mor får assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen.

Etter EMK § 12 har både menn og kvinner rett til å «gifte seg og stifte familie». Tilsvarende bestemmelser finnes i SP artikkel 23 og EMK artikkel 8. KDK inneholder også bestemmelser om retten til «familieplanlegging».⁶⁷ I Yogyakartaprinsippene er «to found a family» nedfelt som en rettighet i artikkel 24.

Bioteknologiloven § 2-3, med tittelen «Vilkår for inseminasjon», sier at inseminasjon kan finne sted blant annet når «mannen er befruktningsudyktig» og «når to kvinner er gift eller samboere i ekteskapslignende forhold». Befruktning utenfor kroppen krever at kvinnen (eller hennes mannlige partner, der han står for sæden) er befruktningsudyktig, eller «uforklarlig befruktningsudyktighet».⁶⁸ Tilgangen til, og behovet for, assistert befruktning med donorsæd avhenger altså av at paret enten består av to kvinner, *eller* av en kvinne og en mann som ikke lykkes i å få barn på egenhånd. Det som er felles i begge tilfeller er barneønsket og behovet for hjelp utenfra i form av sæd. Derfor må riktig sammenligningsperson med tiltenkt medmor være tiltenkt far i et heterofilt par som også trenger assistert befruktning med donorsæd.

2.2.2 Direkte forskjellsbehandling

«Med direkte forskjellsbehandling menes at en person behandles dårligere enn andre blir, har blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon» jf. ldl. § 7. Forarbeidene til diskrimi-

⁶⁶ Prop.81 L (2016-2017) side 314.

⁶⁷ Se bl.a. KDK art. 16 nr. 1 bokstav e om retten til å treffe beslutning om «antall barn og avstand mellom barnefødsler».

⁶⁸ Biotl. § 2-4.

neringsloven om seksuell orientering beskriver direkte forskjellsbehandling som situasjoner der «ellers like tilfeller behandles ulikt».⁶⁹

Et eksempel fra praksis er Diskrimineringsnemndas sak 2/2010. Der behandlet nemnda spørsmålet om diskriminering hos et boligselskap. En kvinne og en mann som ønsker bolig er i utgangspunktet like tilfeller hvor kun kjønn skiller. Boligselskapet tillot etter vedtektene ikke menn å eie eller bo i leilighet hos dem. Denne forskjellsbehandlingen med grunnlag i kjønn ble funnet direkte diskriminerende av nemda.

2.2.3 Indirekte forskjellsbehandling

Indirekte forskjellsbehandling er hvis en «tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse» stiller noen «dårligere enn andre» og forskjellsbehandlingen har rot i ett eller flere av grunnlagene i ldl. § 6. Indirekte diskriminering er ofte knyttet til strukturelle forhold i samfunnet.⁷⁰

Hvis en lov som fremstår kjønnsnøytral likevel rammer «kjønnskjevt»,⁷¹ får loven indirekte diskriminerende virkning. Regler som knyttet pensjonsopptjening til hele stillinger eller omfattende deltidsstillinger, rammer kjønnskjevt fordi kvinner oftere jobber deltid enn menn.

I forarbeidenes merknad til bestemmelsen blir det pekt på at indirekte diskriminering kjenne- tegnes av nøytralitet og manglete motivasjon for diskriminering. Man ønsker ikke å diskriminere, men likevel får en tilsynelatende nøytral bestemmelse i praksis diskriminerende virkning. I forarbeidene brukes eksempelet at en blind person i praksis kan bli utestengt hvis et sted har forbud mot hunder.⁷² Forbudet sier ingenting om selve funksjonsnedsettelsen. Men et forbud mot hunder betyr at en blind person som bruker førerhund ikke får brukt stedet på samme måte som andre.

Grensene for hva som er direkte og indirekte forskjellsbehandling er ikke alltid klare. Likestillings- og diskrimineringsnemnda vedtak 14/2010 behandlet spørsmålet om det var diskriminerende at en turnuslege ikke fikk ny plassering i trekningen av turnustjeneste i sitt distrikt. Turnuslegen kunne ikke delta i legevaksordningen der hun hadde fått jobb fordi tjenestestedet medførte at hun måtte flytte fra sin partner med sitt åtte måneder gamle diebarn, og barnet ikke kunne være alene på kveldstid. Uten å ta disse vaktene ville hun ikke få godkjent turnus-

⁶⁹ Prop.88 L (2012-2013) side 16.

⁷⁰ Prop.81 L (2016-2017) side 119.

⁷¹ Hellum (2008) side 19.

⁷² Prop.81 L (2016-2017) side 314-315.

tjenesten. Likestillingsombudet hadde vurdert at den manglende tilretteleggingen var direkte diskriminering. Nemnda var enige i at det hadde skjedd diskriminering, men landet etter noe overveielse på at denne var indirekte.

2.2.4 Mer enn en ubetydelig ulempe

At noen behandles eller stilles dårligere betyr at behandlingen fører til tap eller ulempe for dem sammenlignet med andre.⁷³ Helt «marginale og ubetydelige ulemper» vil ikke være nok til at noe er diskriminerende.⁷⁴

2.3 Lovlig forskjellsbehandling

Ikke all forskjellsbehandling er ulovlig diskriminering. Ldl. § 9 forteller hva som er lovlig forskjellsbehandling. Bestemmelsen om lovlig forskjellsbehandling er en videreføring av gjeldende rett fra tiden før samlet likestillings- og diskrimineringslov.⁷⁵

Også diskrimineringsforbudet i Grunnloven § 98 verner etter ordlyden kun mot forskjellsbehandling som er «usaklig eller uforholdsmessig». Når samfunnets interesser og beskyttelse av enkeltindividers rettigheter står i motsetning til hverandre, er det også i internasjonal praksis anerkjent at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Grensene for lovlig forskjellsbehandling avhenger av om diskrimineringen som vurderes er direkte eller indirekte. Det kreves mer for at direkte diskriminering skal være lovlig.⁷⁶

2.3.1 Saklig formål

Første vilkår for at forskjellsbehandling som bygger på et diskrimineringsgrunnlag skal være lovlig, er at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, jf. ldl. § 9(1) a. I forarbeidene er spørsmålet formulert som et spørsmål om forskjellsbehandlingen ivaretar en beskyttelsesverdig interesse.⁷⁷ Om et formål er saklig avhenger av en «konkret vurdering av om det er legitimt i det konkrete tilfellet».⁷⁸ I tillegg må det presenterte formålet være den faktiske begrun-

⁷³ Prop.81 L (2016-2017) side 314.

⁷⁴ Ibid. side 314.

⁷⁵ Ibid. side 315.

⁷⁶ Prop.81 L (2016-2017) side 119 jf. Prop.88 L. (2012-2013) side 161.

⁷⁷ Prop.81 L (2016-2017) side 315.

⁷⁸ I.c.

nelsen bak forskjellsbehandlingen.⁷⁹ Hvis en arbeidsgiver uttrykker at formålet bak at de ikke ansetter kvinner er at arbeidet kan være skadelig for fosterutviklingen hos gravide, mens de i realiteten frykter at kvinner arbeider saktere enn menn, er ikke dette et saklig formål.

Positiv særbehandling av underrepresenterte grupper er et lovlig formål likestillings- og diskrimineringsloven selv åpner for, jf. ldl. § 11 jf. 6(1). Saklige formål kan også ha opphav utenfor diskriminerings- og likestillingsretten. Som et eksempel vurderte Diskrimineringsnemnda i DIN 399/2019 at et tilbud om gratis «rosa jentetaxi» innebar forskjellsbehandling av menn. De kom deretter til at forskjellsbehandlingen var lovlig, fordi formålet om å beskytte unge kvinner mot «potensielle uhell, ubehagelige situasjoner eller overgrep» var saklig. Taxiene kjørte i en periode preget av sen festing, og det var Natteravnene som pekte ut de kvinnene de mente hadde behov for tilbudet.

2.3.2 Nødvendig

Selv om formålet bak en forskjellsbehandling er saklig, må forskjellsbehandlingen også være «nødvendig for å oppnå formålet», jf. ldl. § 9(1) b. En nærliggende tolkning av ordlyden «nødvendig» er at formålet ikke kan oppnås i den konkrete saken uten forskjellsbehandlingen. Finnes det handlingsalternativer som er mindre eller ikke diskriminerende, uten at disse er uforholdsmessig ressurskrevende, er dette et argument for at en forskjellsbehandling ikke er nødvendig.⁸⁰

En annen side av nødvendighetsvurderingen er om forskjellsbehandlingen er *egnet* til å oppnå formålet.⁸¹ Her er spørsmålet om forskjellsbehandlingen virker etter sin hensikt.

2.3.3 Ikke uforholdsmessig inngripende

En forskjellsbehandling som bygger på et saklig formål og er nødvendig for å oppnå formålet, må likevel ikke være uforholdsmessig inngripende overfor de som rammes, jf. ldl. § 9(1) c.

De midlene som er valgt for å beskytte et saklig formål må være forholdsmessige. Forarbeidene forteller at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor mål og middel veies mot konsekvensene for de som rammes av forskjellsbehandlingen⁸². Momenter i avveilingen er blant annet «hvilke diskrimineringsgrunnlag som rammes, om det er tale om direkte eller indi-

⁷⁹ Prop.81 L (2016-2017) side 315.

⁸⁰ Ibid. side 119.

⁸¹ Ibid. side 119.

⁸² Prop.81 L (2016-2017) side 315.

rette forskjellsbehandling og hvilket samfunnsområde forskjellsbehandlingen har skjedd på».
83

2.4 Diskrimineringsvern i konflikt med annen lovgiving

Likestillings- og diskrimineringsloven gjelder på alle samfunnsområder, jf. § 10. Vernet er tverrgående og legger seg dermed utenpå annen lovgiving.⁸⁴ Diskrimineringsvernet i Grl. § 98 gir også en rettslig skranke for lovgiver.⁸⁵ Grl. § 92 gir en tilsvarende skranke for menneskerettighetene, herunder diskrimineringsvernet som er gitt i konvensjoner Norge er bundet av.⁸⁶

Ved motstrid mellom forpliktelser som følger av KDK, SP, ØSK, EMK eller BK og norsk lov, skal konvensjonen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.

Ved motstrid mellom likestillings- og diskrimineringsloven og annen lovgiving, gjelder vanlige prinsippene for lovtolkning.

3 Assistert befruktning med donorsæd

Bioteknologiloven regulerer adgangen til og utføringen av assistert befruktning for lesbiske par og heterofile par med fertilitetsproblemer. Opprinnelig var regelverket om sæddonasjon utformet med utgangspunkt i heterofile ektepar.⁸⁷ Lesbiske par har hatt tilgang på assistert befruktning med donorsæd siden 2009, da bioteknologiloven ble endret for å tilpasses innføringen av felles ekteskapslov.⁸⁸

I dette kapittelet skal jeg se på om lesbiske og heterofile har samme adgang til assistert befruktning i det offentlig godkjente helsevesenet. I tillegg skal jeg si noe kort om grunner til at man kan ønske å bruke donorsæd utenfor offentlig godkjent helsevesen, enten med private ordninger fra noen man kjenner eller ved bruk av ikke-godkjent behandler eller metode i utlandet.

⁸³ Prop.81 L (2016-2017) side 315.

⁸⁴ Strand (2016) side 136.

⁸⁵ Syse (2017) side 142.

⁸⁶ Syse (2017) side 142.

⁸⁷ Jf. biotl. § 2-2 fra 2004 sml. partnerskapsloven.

⁸⁸ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 93.

3.1 Assistert befruktning etter bioteknologiloven

Biotl. § 2-1 a) legaldefinerer «assistert befruktning» som «inseminasjon og befruktning utenfor kroppen». Begrepet brukes likevel gjennomgående, både i bioteknologiloven og annen lovgivning, kun om det som skjer ved en godkjent helseinstitusjon, og ikke «private arrangementer».⁸⁹

3.1.1 Paret som enhet?

«Assistert befruktning kan *utføres på* kvinne som er gift ...», jf. biotl. § 2-2. Det er klart at kvinnen som skal gå gravid er *pasienten*. Men partner påvirker rammene for assister befruktning.

Fra januar 2021 blir eggdonasjon tillatt i Norge. Da kommer det samtidig et uttrykt forbud mot samtidig egg- og sæddonasjon i biotl. ny § 2-15 (3). For et lesbisk par betyr dette at de er nødt til å bruke egne egg, siden de er avhengige av å motta donert sæd. Ny § 2-15 (4) som trer i kraft i januar åpner for såkalt partnerdonasjon av egg, slik at et egg kan hentes fra den ene kvinnen, befruktes med donert sæd og deretter settes inn i den andre kvinnen. I forarbeidene brukes begrepet «eggmoren» som en betegnelse på den genetiske tilknytningen.⁹⁰ Partnerdonasjon ble diskutert i forbindelse med de nye endringene i bioteknologiloven. Også det mindretallet i Bioteknologirådet som verken ønsket å tillate dobbel- (både egg og sæd) eller embryodonasjon (ferdig befruktet embryo fra et annet par), var villig til å gjøre et unntak for lesbiske par hvor den ene kvinnen på medisinsk grunnlag donerer egg til partneren.⁹¹ Lovendringen som ble vedtatt krever ikke medisinsk grunnlag, og dette er det eneste tilfellet hvor Norge tillater kjent donor av kjønnsceller. Dette unntaket viser hvordan lovgiver kan ta tydelige hensyn til biologiske forskjeller mellom lesbiske og heterofile par for å gi dem det samme grunnlaget til å møte kravet om å stille med 50% av genmaterialet. Her er det også helt tydelig at paret leses som en enhet.

Folketrygden gir bidrag til dekning av deler av utgiftene til assistert befruktning.⁹² For assistert befruktning *utenfor* kroppen, jf. biotl. § 2-4, er bidrag «begrenset til inntil de tre første forsøkene per barn». Ved et nytt forhold, eller ved søskenforsøk, kan det gis refusjon av tre nye forsøk.⁹³ Et par bestående av to kvinner får bare støtte til tre forsøk til sammen per barn,

⁸⁹ Syse (2018) kapittel 2.1.

⁹⁰ Prop.34 L (2019-2020) side 37

⁹¹ Bioteknologirådet (2020a)

⁹² ftrl. § 5-22, Helsedirektoratet (1997).

⁹³ Helsedirektoratet (1997), under *antall forsøk ved befruktning utenfor kroppen*.

eller det kan gis refusjon til én av dem hvis de behandles samtidig.⁹⁴ Både partnerdonasjon og at antallet forsøk er knyttet til paret, viser at paret leses som en behandlingseenhet selv om bare én kvinne mottar assistert befruktning. Det er for øvrig klart at den som «donerer» egg til sin egen partner selv må være beskyttet av pasientrettighetslovene.

3.1.2 Har man krav på behandling?

Bioteknologiloven § 2-2 sier at assistert befruktning «kan utføres». På samme måte har biotl. §§2-3 og 2-4 om henholdsvis inseminasjon og befruktning utenfor kroppen ordlyden «kan finne sted» og «kan bare finne sted». En naturlig forståelse av ordet «kan» i disse lovbestemmelsene er at ingen har krav på assistert befruktning. I biotl. § 2-6(1) 1. pkt. slås dette klart fast med at «Beslutning om å foreta behandling med sikte på assistert befruktning treffes av lege».

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-2 har de som ønsker assistert befruktning krav på utredning. Hvis legen avviser dem etter bioteknologiloven. § 2-6 har de krav på ny vurdering, jf. pbrl. § 2-3. Deretter kan de eventuelt klage til fylkesmannen, jf. pbrl. § 7-2. Reglene er de samme uavhengig av hvem som er partner til kvinnen som skal motta behandlingen.

Det skal mye til for at fylkesmannen overprøver en medisinsk avgjørelse. Reproduksjonsmedisinsk avdeling ved Rikshospitalet, det største offentlige behandlingstilbudet for infertilitet, har ikke opplevd at noen har fått medhold i en slik klage.⁹⁵

3.1.3 Befruktningsdyktighet *eller* lesbisk parforhold

Det er et vilkår for inseminasjon til en kvinne som er del av et heterofilt par at mannen er «befruktningsudyktig», at det er «uforklarlig befruktningedyktighet» eller at «to kvinner er gift eller samboere i ekteskapslignende forhold».⁹⁶ Da bioteknologiloven åpnet for assistert befruktning til lesbiske par i 2009, var de den første gruppen «sosialt betinget infertile»⁹⁷ som fikk dette uten medisinsk begrunnelse.⁹⁸

Øvrige vurderings- og prioriteringskriterier er i utgangspunktet de samme for alle par som

⁹⁴ I.c.

⁹⁵ Personlig kommunikasjon i samtale med Peter Fedorcsak, overlege ved Reproduksjonmedisinsk avdeling ved Rikshospitalet, Oslo universitetssykehus 26. august 2020.

⁹⁶ Jf. biotl. § 2-3.

⁹⁷ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 56.

⁹⁸ Bioteknologirådet (2020a).

søker assistert befruktning, uavhengig av kjønn og seksuell orientering.⁹⁹ Befruktning *utenfor* kroppen, slik som IVF-behandling, krever i tillegg medisinsk indikasjon.¹⁰⁰

3.1.4 Samtykke fra partner

Etter bioteknologiloven § 2-5(2), skal behandlende lege påse at kvinnen (som skal motta behandling, altså mor) og hennes eventuelle ektefelle eller samboer har samtykket skriftlig til den assisterte befruktningen. Kravet til samtykke gjelder per behandling der det kreves flere forsøk før kvinnen blir gravid.¹⁰¹ Både en mannlig og en kvinnelig partner må samtykke, men hvilke følger dette får ut over at behandling kan starte, skal jeg se nærmere på i kapittel fire om etablering av juridisk foreldreskap.

3.1.5 Medisinsk og psykososial vurdering

Behandlende lege gjør en medisinsk og psykososial vurdering av kvinnen og hennes ektefelle, jf. biotl. § 2-6(1) 2. pkt. I vurderingen skal det legges vekt på omsorgsevne og hensynet til barnets beste, jf. 3. pkt. Legen kan innhente psykologvurdering eller uttalelser fra annet helsepersonell eller sosialtjenenesten hvis det er nødvendig.¹⁰² I 2020 kom det inn et nytt 4. ledd om at legen kan be om vurdering av omsorgsevnen fra en instans departementet bestemmer. Foreløpig er det ikke utpekt noen instans. Det er fortsatt behandlende lege som skal fatte endelig beslutning.¹⁰³ Denne vurderingen skal være lik uavhengig av kjønn og seksuell orientering.

3.1.6 Alder og helse

De som skal motta assistert befruktning blir vurdert etter strenge prioriteringskriterier. Disse varierer mellom ulike behandlere. Foruten omsorgsevnevurderingen, som er et krav uansett tilbyder, opererer offentlige sykehus og private klinikker med forskjellige krav til blant annet alder og vekt hos den assistert befruktning skal utføres på, altså mor.¹⁰⁴

⁹⁹ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 7.

¹⁰⁰ Jf. biotl. § 2-4 Jf. biotl. § 2-1 b).

¹⁰¹ jf. biotl. § 2-5(2) 2. pkt, hvor dette er presisert, sml. LF-2004-3054 hvor lagmannsretten mente dette måtte være et krav også da loven kun krevde samtykke for assistert befruktning kunne finne sted.

¹⁰² Renolen (2012).

¹⁰³ Prop.34 L (2019-2020) side 61.

¹⁰⁴ Oslo universitetssykehus (2020).

I juli 2020 inntrådte en lovfestet øvre aldersgrense på 46 år for en kvinne som skal motta assistert befruktning, jf. biotl. § 2-3a. Tidligere har det ikke fulgt noen aldersgrense av loven. Det er heller ikke gitt noen klare retningslinjer for helsevurderingen, annet enn at denne utføres av lege, jf. biotl. § 2-6. Mange behandlere har egne retningslinjer. Som eksempel prioriterer Rikshospitalet par der kvinnen som skal behandles ikke har fylt 39 år og har BMI under en gitt grense.¹⁰⁵

3.1.7 Barneomsorgsattest

De som søker om assistert befruktning må fremlegge barneomsorgsattest, jf. biotl. § 2-6(2) jf. politiregisterloven § 39. Dette er nytt etter lovendringen i 2020, og høringsinstansene var delte i synet på en standardisert egnethetsvurdering.¹⁰⁶ De fleste av høringsinstansene var enige om at barneomsorgsattesten ikke kunne være avgjørende, kun del av en helhetsvurdering.¹⁰⁷

3.1.8 Kort om krav til sædgiver og sædgiverregister

Sæddonor må være fylt 18 år og ikke fratatt rettslig handleevne, jf. biotl. § 2-9. Veilederen anbefaler at donor er mellom 25 og 45 år. Mulig sædgiver må være sosialt og medisinsk egnet til å donere sæd. Dette inkluderer å forstå konsekvensene donasjon kan ha senere i livet, være ved god fysisk og psykisk helse og ikke være kjent eller mistenkt bærer av en arvelig sykdom.¹⁰⁸

Donors identitet kobles til en donorkode.¹⁰⁹ Koden registreres i et sentralt sædgiverregister, jf. biotl. § 2-8. Virksomhetet som utfører assistert befruktning skal sørge for registrering av nødvendige opplysninger, jf. biotl. § 2-10 2. pkt.

Barnet har etter biotl. § 2-7 rett til opplysninger om donor ved fylte 18 år. For barn laget med sæd donert etter 1. januar 2021 blir aldersgrensen 15 år. Foreldrene får etter lovendringen plikt til å opplyse barnet om at det har blitt til med donert sæd «så snart det er tilrådelig».

3.1.9 Valg av donor

¹⁰⁵ Oslo universitetssykehus (2020).

¹⁰⁶ Prop.34 L (2019-2020) side 23.

¹⁰⁷ Prop.34 L (2019-2020) side 24.

¹⁰⁸ Helsedirektoratet (2015) kapittel 4.1.1.

¹⁰⁹ Ibid. kapittel 5.

Det er behandlende lege som velger egnet sæddonor, jf. biotl. § 2-10 1.pkt. For ulikekjønnede par velger legen en sæddonor som ligner far. Når paret består av to kvinner vil legen og paret ha en samtale om hvilke kjennetegn de ønsker donor skal ha.¹¹⁰

Rikshospitalet tilbyr behandling med donorsæd fra sin offentlige sædbank,¹¹¹ og dette er også tilbudet fra de andre offentlige behandlingsstedene. Private klinikker kan tilby behandling med donorsæd fra utlandet (ofte Danmark) hvor donor og donorregister oppfyller kravene etter bioteknologiloven. Prinsippet om fritt behandlingsvalg gjør at par også kan oppsøke klinikker i utlandet og få dekket like mange forsøk som de ville fått i Norge.¹¹²

Det kan være medisinske begrensninger i hvilken donor som passer paret, for eksempel for å unngå blodtypeuforlikhet hos mor og foster. Utvalget, spesielt i det offentlige, er også begrenset av hvem som melder seg som donor. Sæddonorer rekrutteres ofte blant de som allerede er blodgivere, og dette får blant annet følger for den etniske representasjonen blant sæddorene. Rikshospitalet forteller at de har veldig få muslimske sædgivere, og at holdninger til sæddonasjon påvirkes av kultur og religion.¹¹³

Det kan være sosiale grunner til at man ønsker et barn som ligner på begge foreldrene. I sak LDN 1/2016 vurderte Ligestillings- og diskrimineringsnemnda spørsmålet om manglende tilbud på sæd fra ikke-hvite donorer i sædbanken var diskriminerende og kunne gi offentlig behandler plikt til å kjøpe sæd fra utlandet for å svare på etterspørselen. Nemnda kom til at tilbudet ikke var i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av etnisitet. De mente at par ikke stilles dårligere så lenge «deres barneønske blir oppfylt, uavhengig av barnets utseende». Å pålegge sykehuset å importere sæd for å tilfredsstille krav fra noen mottakere, kunne etter nemndas vurdering også gi dårligere tilbud og lenger behandlingstid for andre barnløse. Klager måtte i henhold til nemnda vente til det fantes sæd av ønsket etnisitet i sædbanken eller benytte privat behandler. Vedtaket, som har vært gjenstand for kritikk, er ikke bragt innfor domstolene. En kritikk som har blitt reist er at denne begrensningen fører til at lesbiske par hvor den ene er hvit og den andre brun skyves ut på det private markedet – noe som er dyrere og har konsekvenser for etablering av medmorskap.¹¹⁴

¹¹⁰ Personlig kommunikasjon i samtale med Peter Fedorcsak, overlege ved Reproduksjonmedisinsk avdeling ved Rikshospitalet, Oslo universitetssykehus 26. august 2020.

¹¹¹ Oslo universitetssykehus (2020)

¹¹² Helsedirektoratet (1997) under *Infertilitet og PGD-behandling*.

¹¹³ Personlig kommunikasjon i samtale med Peter Fedorcsak, overlege ved Reproduksjonmedisinsk avdeling ved Rikshospitalet, Oslo universitetssykehus 26. august 2020.

¹¹⁴ UiO (2020).

3.2 Assistert befruktning utenfor godkjent helsevesen

Å donere sæd til eller *motta* assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen er ikke straffbart.¹¹⁵ Det er ikke kjent hvor mange par som blir (sosiale) foreldre på denne måten. Norske par står frie til å betale for behandling på ikke godkjente klinikker i utlandet, eller å bruke en privat donor de kjenner.

Reglene, eller mangelen på dem, gjelder formelt likt for lesbiske og heterofile par. Fødende mor vil uansett alltid bli forelder etter barnelova.¹¹⁶ Men adgangen til rettslig foreldreskap for den forelderen som ikke går gravid og føder påvirkes av om mors partner er enn mann eller kvinne.

Rettslig foreldreskap der paret har brukt denne typen assistert befruktning kommer jeg tilbake til i avsnitt 4.2 og 5.2.

4 Etablering av juridisk foreldreskap etter assistert befruktning

Juridisk foreldreskap utløser en rekke plikter og rettigheter for barn og foreldrene. Barnet har krav på omsorg fra de som har foreldreansvaret, og disse har rett til å ta avgjørelser som gjelder barnet, jf. bl. kapittel 5.

I dette kapittelet skal jeg redegjøre for reglene om etablering av foreldreskap etter assistert befruktning med donorsæd. I neste kapittel er det disse som skal vurderes opp mot diskrimineringsvernet. Jeg vil først se på etablering av foreldreskap etter assistert befruktning i offentlig godkjent helsevesen. Deretter vil jeg se på etablering av foreldreskap utenfor godkjent helsevesen.

4.1 Foreldreskap etter barnelova etter assistert befruktning i offentlig godkjent helsevesen

Når et barn blir født, sender jordmor eller legen fødselsmelding til folkeregisteret, jf. barnelova § 1. I folkeregisteret registreres ikke «funksjonene» mor, medmor eller far, men at en person har barn.¹¹⁷ Foreldreskap etter barnelova må legges til grunn i andre tvister, jf. bl. § 8.

¹¹⁵ Sml. biotl. § 7-5(2) a og b sml. (1).

¹¹⁶ Bl. § 2

¹¹⁷ Sørli (2017) note 13.

4.1.1 Mor

Barnelova § 2 bestemmer at den kvinnen som har født barnet er mor. Hvem som er mor etter norsk rett ble lovfestet i 1997.¹¹⁸ Lovfestingen er et resultat av medisinske endringer som gjorde det nødvendig å gi en definisjon av hvem som er mor etter barnelova.¹¹⁹

Dette utgangspunktet er en videreføring helt fra romersk rett: «Mater semper certa est» - hvem som er mor er alltid sikkert.¹²⁰

4.1.2 Farskap

Barnelova kapittel 2 regulerer, i tråd med sin tittel, «Kven som er foreldra til barnet». Barnelova § 3 gir i første ledd hovedregelen om farskap, «pater est»-regelen: «Som far til barnet skal reknast den mannen som mora er gift med ved fødselen». Regelen gir uttrykk for et gammelt romerrettsprinsipp, opprinnelig «Pater est quem nuptiae demonstrant», oversatt «far er den som ekteskapet utviser».¹²¹

Pater-est-regelen ble foreslått opphevet av Barnelovutvalget på 70-tallet.¹²² Forslaget ble møtt med kraftig kritikk fra politikere og det offentlige.¹²³ Argumentene var blant annet at å fjerne pater est-regelen kunne gi «en svekkelse av ekteskapet og økte administrative oppgaver».¹²⁴ Regelen ble videreført i dagens lov. Gifte fedre trenger derfor ikke å foreta seg noe for å få foreldreretten til sine barn. I NOU 2009:5, med tittelen «Farskap og annen morskap» uttrykker Farskapsutvalget at det fortsatt er «grunn til å tro at tanken om at morens ektemann er barnas far fremdeles anses som grunnleggende og selvfølgelig», og at regelen er «godt innarbeidet i borgernes bevissthet».¹²⁵ Regelen er så klar at en mann som ikke har sett sin kone «på flere år» like fullt er barnets rettslige far hvis kona føder et barn, så lenge de ikke er formelt separert.¹²⁶ Farskap fastsettes på samme måte uansett om far er biologisk far eller om barnet er blitt til ved hjelp av assistert befruktning med donorsæd eller ikke.

¹¹⁸ Kvalø (2018) note 4 og 5.

¹¹⁹ Ot.prp.nr.56 (1996–1997) side 16.

¹²⁰ Sørli (2018) side 181.

¹²¹ Lødrup (2016) side 384.

¹²² NOU 1977:35 side 41.

¹²³ NOU:2009 5 side 71.

¹²⁴ l.c.

¹²⁵ l.c.

¹²⁶ Jf. bl. § 3 (3), Lødrup (2016) side 384.

4.1.3 Medmorskap

Medmor-begrepet kom inn i barnelova i 2009.¹²⁷ Bakgrunnen var endringer i bioteknologiloven etter innføringen av likekjønnet ekteskap. Når bioteknologiloven tillot et par bestående av to kvinner å motta assistert befruktning, førte endringene i barnelova til at to kvinner kan være forelder til det samme barnet, og at begge har foreldrerett fra fødselen av.

Barnelova § 3 andre ledd om medmorskap starter med tilsvarende ordlyd som pater est-regelen i første ledd: «Som medmor til barnet skal reknast den kvinna so mora er gift meg ved fødselen». Deretter stilles ytterligere to vilkår i tillegg til ekteskapet. For at hun som er gift med mor skal regnes som medmor må barnet være «avla med assistert befruktning innafor godkjent helsestell» og kvinnen må ha samtykket til befruktningen. For assistert befruktning i utlandet er det også et krav at sædgivers identitet er kjent, jf. bl. § 3(2) siste pkt.

Prosedyren er nærmere beskrevet i medmorforskrifta. Forskriften oppstiller ikke ytterligere vilkår enn loven.¹²⁸ Søknad om medmorskap behandles av Folkeregisteret etter søknad fra minst en av partene, jf. forskriften § 4(1), og man kan klage til Skattedirektoratet etter reglene i forvaltningslova, jf. forskriftens § 6. Søknaden skrives på «fastsett blankett» og skal inneholde samtykke fra mors ektefelle, dokumentasjon fra godkjent helsestell som stadfester at assistert befruktning har skjedd og dokumentasjon som viser at barnet har rett til å få opplysninger om sædgivers identitet ved fylte 18 år, jf. medmorforskrifta § 5.¹²⁹

Assistert befruktning i barnelova §§ 3 og 4 tilsvarer assistert befruktning etter bioteknologiloven § 2-1, og «krev at sæd er tilbydd av godkjent helsestell, og at sædgivaren er omfatta av eit donorregister» jf. medmorforskrifta § 1.

«Godkjent helsestell» peker på godkjenning etter bioteknologiloven, jf. medmorforskrifta §2. Etter biotl. § 7-1 skal virksomheter godkjennes av departementet før de kan utføre medisinsk bruk av bioteknologi. Samtykke fra partner er også et krav etter bioteknologiloven § 2-5(2).

I utgangspunktet må alle vilkårene for medmorskap i ekteskapet være oppfylt på tidspunkt for fødsel, jf. medmorforskrifta § 3, tilsvarende barnelova § 3(2). Reelt sett er skjæringspunktet *befruktning*, siden det som må dokumenteres hovedsakelig er at prosedyren for assistert befruktning til en gift kvinne (etter bioteknologiloven) er fulgt.

¹²⁷ Se bl.a. bl. § 4a.

¹²⁸ Se departementets svar på dette i DIN 1/2018 side 7-8.

¹²⁹ Denne retten vil barn født med sæd donert etter 1. januar 2021 få ved fylte 15 år, jf. biotl. ny § 2-7.

I særlige tilfeller kan samtykke gitt etter behandling godkjennes.¹³⁰ Når assistert befruktning til enslige nå er tillatt,¹³¹ er det mulig at dette unntaket blir viktigere. Der samtykke fra far kun er nødvendig for å starte behandling, er samtykke fra medmor noe som må dokumenteres også når det søkes om medmorskap. Om mor får assistert befruktning som enslig kvinne, slik hun nå kan etter biotl., kan en mann hun gifter seg med før fødsel bli rettslig far. Fordi samtykke til *befruktning* kreves for medmorskap, er ikke medmorskap mulig å etablere når medmor kommer «inn i bildet» etter befruktning har skjedd. Skjæringspunktet for når vilkårene for foreldreskap skal være oppfylt er dermed ulikt avhengig av hvilket kjønn mors ektefelle har.

4.2 Foreldreskap ved assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen

Det er flere grunner til at par kan ønske å gå utenfor offentlig godkjent helsevesen. Begrenset tilgang på donorsæd og lang ventetid, alder eller helse som gjør at man ikke får tilgang til det offentlig godkjente tilbudet og økonomiske hensyn kan være medvirkende årsaker. Ønsket om en helt anonym donor, slik som ved bruk av en utenlandsk sædbank som ikke følger de norske kravene, eller en helt åpen donor paret kjenner fra før, kan også gjøre at det offentlig godkjente tilbudet ikke føles som det riktige for de som ønsker barn. At barnet skal kjenne sitt biologiske opphav fra tidlig alder og ønsket om et verdifelleskap med sæddonor kan også påvirke ønsket om en kjent donor.¹³²

Selv om det, som sett i avsnitt 3.1.9 er saklige hensyn som begrenser muligheten for å velge donor basert på etnisitet, kan denne begrensningen i utvalg også være en motivasjon for å oppsøke hjelp utenfor offentlig godkjent helsevesen.

4.2.1 Mor

Også ved assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen vil den som *føder* barnet bli mor, jf. bl. § 2.

4.2.2 Farskap

¹³⁰ Medmorforskriften § 3.

¹³¹ Biotl. § 2-3(1), endret fra 01. juli 2020.

¹³² Svenseid (2020a).

En mann som er gift med en kvinne som føder et barn, er barnets far, jf. bl. § 3(1). Dette gjelder uavhengig av biologiske realiteter og befruktningsmåte.

På grunn av pater est-regelen i barnelova § 3(1), vil farskap oppnådd ved assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen svært sjeldent bli gjenstand for kontroll. Det krever at barnet, mor, far eller han som mener han er far reiser sak etter barnelova § 6. Frem til dette eventuelt skjer, vil far vil være barnets juridiske forelder. Barnet vil også ha to juridiske foreldre fra fødselen uten at dette trenger noe vedtak. Et heterofilt par får derfor reelt sett større valgfrihet når det kommer til bruk av privat donor og assistert befruktning i ikke-godkjent helsevesen, uten at dette går på bekostning av fars mulighet til å bli rettslig forelder, enn et lesbisk par.

Har mors ektemann samtykket til assistert befruktning, skal det ved tvist om farskapet avgis dom for at han er far, med mindre det er «lite truleg at barnet er avla ved assistert befruktning», jf. bl. § 9. Her blir pater est-reglen preg en bevisregel, litt på samme måte som den virket for alt farskap innenfor ekteskapet før muligheten for DNA-bevis.

Hvis et heterofilt ektepar har mottatt assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen og det *ikke* oppstår tvist om farskapet, vil det farskapet som følger av pater est-regelen ikke bli utfordret. Fars befruktningsudyktighet er ikke relevant når han føres opp som juridisk far i Folkeregisteret.¹³³

4.2.3 «Medmorskap»

I ot.prp.nr.33 (2007-2008) er det understreket at «inseminasjon utenfor helsevesenets kontroll» ikke er omfattet, og at mors kone i slike tilfeller ikke kan bli medmor i kraft av barnelova.¹³⁴ Dette gjelder for eksempel når paret bruker en kjent donor fra vennegjengen eller en kjent eller anonym/ikke sporbar donor fra en ikke godkjent klinikk i utlandet.

Hvis to kvinner har mottatt assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen, vil de *ikke* oppfylle vilkårene etter barnelova § 3(2), gjengitt i medmorforskrifta §§ 1 og 2 i en søknad om medmorskap etter forskriftens § 5. Juridisk medmorskap etter barnelova er derfor ikke mulig å oppnå. Formelt er reglene for lesbiske og heterofile par de samme, men graden av kontroll med at vilkårene er oppfylt er større for det lesbiske paret. Konsekvensene av å gå utenfor offentlig godkjent helsevesen er at foreldreskap etter barnelova ikke kan oppnås. Li-

¹³³ Folkeregisterloven § 3-1 1).

¹³⁴ Ot.prp.nr.33 (2007-2008), kapittel 14, merknad til endringene i barnelova, til § 3.

kekjønnede kvinnelige ektepar som har gått utenfor offentlig godkjent helsevesen for å bli foreldre ved assistert befruktning oppfyller ikke vilkårene for medmorskap etter § 3(2). Dette følger klart av lovens ordlyd. Den eneste måten å etablere rettslig foreldreskap for mors kvinnelige partner i disse tilfellene er gjennom stebarnsadopsjon.

4.2.3.1 Stebarnsadopsjon

Adopsjonslovens formål er at «adopterte barn skal få en trygg oppvekst ved at det etableres varige, rettslige bånd som tilsvarer forholdet mellom barn og foreldre».¹³⁵ Stebarnsadopsjon har vært tillatt for likekjønnede par siden 2002, da med formelt inngått partnerskap som en av forutsetningene.¹³⁶

Etter adopsjonsloven § 13 kan en ektefelle adoptere sin ektefelles barn dersom denne samtykker. I utgangspunktet må den som søker ha oppfostret barnet i minst 5 år jf. § 13 2. pkt. Det kan gjøres unntak fra kravet om oppfostringstid hvis det er «særlige grunner» til det, jf. § 13 3. pkt.

Et likekjønnet par som har «benyttet ukjent sæddonor» kan etter forarbeidene være en slik særlig grunn.¹³⁷ At det i de tilfellene ikke er mulig å oppnå medmorskap etter barnelova er en del av begrunnelsen for dette unntaket. Parforholdet mellom kvinnene må være stabilt¹³⁸ og barnet må være planlagt i familien.¹³⁹

Barnets beste skal være et overordnet hensyn, jf. adopsjonsloven § 4. Adopsjonsmyndighetene må uansett oppfostringstid og andre omstendigheter rundt adopsjonen gjøre «en konkret vurdering av om adopsjonen vil være til barnets beste».¹⁴⁰ Det skal legges vekt på barnets behov for to juridiske foreldre.¹⁴¹

Et barn under 18 år kan ikke adopteres uten samtykke fra dem som har foreldreansvaret, jf. adopsjonsloven § 10. Det offentlige har et ansvar for å få fastsatt foreldreskap, jf. barnelova § 5, og et barn kan ikke ha både en far og en medmor, jf. § 4a(2). Barnets far skal derfor få mu-

¹³⁵ Jf. adopsjonsloven § 1.

¹³⁶ Partnerskapsloven § 4(2).

¹³⁷ Prop.88L (2016-2017) side 224.

¹³⁸ Som hovedregel vart minst to år, jf. forskrift om adopsjon § 1(2).

¹³⁹ Bufdir (2020b) side 21.

¹⁴⁰ Prop.88L (2016-2017) side 224.

¹⁴¹ Bufdir (2020b) side 21.

lighet til å delta i adopsjonssaken.¹⁴² Dermed blir det et vilkår for tidlig stebarnsadoptsjon i lesbiske ektepar at det ikke har vært mulig å fastsette farskapet, og usikkerhet rundt farskap kan påvirke utfallet av en søknad.¹⁴³

Har et lesbisk par brukt kjent donor, har barnet i utgangspunktet en far, og mors kone kan derfor ikke stebarnsadoptere barnet de har planlagt sammen

5 Er reglene om etablering av medmorskap etter assistert befruktning til gifte lesbiske par diskriminerende?

Den sentrale problemstillingen i dette kapittelet er om det er diskriminerende at gifte lesbiske par må søke om medmorskap etter assistert befruktning, når farskap skjer automatisk etter pater est-regelen. Jeg skal gjøre en diskrimineringsrettslig analyse av regelen om medmorskap etter assistert befruktning til ektepar i to situasjoner.

Først skal jeg vurdere tilfeller der assistert befruktning er utført i offentlig godkjent helsevesen etter prosedyrene i biotl. Deretter vil jeg se på situasjoner der assistert befruktning har skjedd utenfor offentlig godkjent helsevesen, slik som ved bruk av privat, kjent donor. Selv om regelen og formålene som skal beskyttes til en viss grad er like, er graden av forskjellsbehandling mellom medmødre og fedre i disse to situasjonene ulik. Derfor har jeg valgt å dele det opp i to diskrimineringsvurderinger.

5.1 Innenfor offentlig godkjent helsevesen

I lovprosessen la departementet «til grunn at par som ønsker seg barn vil følge den fremgangsmåten som myndighetene [...] legger opp til».¹⁴⁴ Denne fremgangsmåten er assistert befruktning i offentlig godkjent helsevesen etter biotl.

Her skal jeg vurdere om regelen om etablering av medmorskap for mors kvinnelige ektefelle i disse situasjonene er diskriminerende sammenlignet med regelen om farskap.

5.1.1 Diskrimineringsgrunnlag og årsakssammenheng

Det første steget i en diskrimineringsvurdering er om den som forskjellsbehandles omfattes av

¹⁴² Bufdir (2020b) side 22.

¹⁴³ l.c.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 75.

et beskyttet diskrimineringsgrunnlag, og om forskjellsbehandlingen skyldes dette grunnlaget, jf. ldl. § 6. Diskriminering som skjer på bakgrunn av kombinasjonen kjønn og seksuell orientering er vernet etter ldl. § 6. Medmorbestemmelsen i bl. § 3(2) og pater est-regelen i (1) er direkte knyttet til om mors ektefelle er en kvinne eller en mann, og dermed også til hvilken seksuell orientering mor og hennes partner har. Kravet til diskrimineringsgrunnlag og årsakssammenheng er oppfylt.

5.1.2 Direkte forskjellsbehandling

For at noe skal være diskriminerende kreves det forskjellsbehandling, jf. ldl. § 6 (4). Sørliie beskriver reglene for medmorskap som en videreføring av pater est-regelen på tross av manglende biologisk eller genetisk link.¹⁴⁵ Jeg er av den oppfatning at regelen for medmorskap i ekteskapet avviker så sterkt fra regelen for farskap at dette ikke er tilfellet. Selv om regelen om medmorskap etter assistert befruktning er et unntak fra et genetiske utgangspunkt, er den ikke en videreføring av pater est-regelen til også å gjelde i ekteskap mellom to kvinner slik Sørliie ser ut til å mene.¹⁴⁶ Medmorskap for en kvinne som er gift med mor krever søknad, jf. bl. § 3(2) og medmorforskrifta. Farskap via ekteskapet krever verken samtykke eller at andre vilkår bevises oppfylt.¹⁴⁷ Navs rundskriv om farskap og medmorskap underbygger at forarbeidene legger til grunn at medmorskap skal fastsettes i vedtaks form, også for gifte medmødre.¹⁴⁸

Selv om både det lesbiske og det heterofile paret har måttet oppfylle de samme vilkårene for å få assistert befruktning, er det kun gift medmor som etter barnelova må dokumentere det i ettertid for å få juridisk foreldreskap til barnet kona føder. At medmor i lovteksten møter tilleggsvilkår som far ikke møter, fremstår i utgangspunktet direkte forskjellsbehandler, jf. ldl. §7. Men det er som tidligere nevnt klart at det må mer enn en uvesentlig ulempe til for at noe skal være forskjellsbehandling i lovens forstand.

5.1.2.1 Er forskjellsbehandlingen mer enn en ubetydelig ulempe?

Barne- og likestillingsdepartementet argumenterer i DIN 1/2018 med at et formelt vedtak om medmorskap ivaretar partenes rettssikkerhet, siden det da etableres en tydelig klageadgang.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Sørliie (2018) side 184.

¹⁴⁶ l.c.

¹⁴⁷ Kvalø (2018) note 7, jf. bl. § 3(1).

¹⁴⁸ NAV (2013) kapittel 11.2.

¹⁴⁹ DIN 1/2018 side 7.

Departementet mener også at det er «lite byrdefullt» å måtte levere en slik søknad.¹⁵⁰ Mor og/eller medmor kan søke om medmorskap allerede fra assistert befruktning har skjedd, og rettsvirkningen trer da i kraft ved fødselen.¹⁵¹ Dette bidrar til å gjøre ulempen mindre enn om medmorskap ble fastsatt i ettertid.

I den første behandlingen av medmorspørsmålet anførte likestillingsombudet at å måtte søke om medmorskap ikke stilte medmor i en «såpass dårligere stilling» at det kunne rammes av forbudet mot diskriminering.¹⁵² Likestillings- og diskrimineringsnemnda var ikke enige i dette. De la blant annet vekt på at formålet ved den gamle diskrimineringsloven om seksuell orientering var å «fremme likeverd uavhengig av seksuell orientering» og vurderte at kravet til søknad utgjorde en «ikke marginal» ulempe.¹⁵³

Følgene av ikke å søke om medmorskap (i tide) kan være at barnet står uten to foreldre ved fødselen. Om noe skjer med mor under fødselen eller like etterpå gir dette både tiltenkt medmor og barnet dårligere sikkerhet enn om medmorskapet var etablert automatisk lik et far-skap.

Potensielle foreldre var ment å få god veiledning om hva som kreves for å oppfylle barnelovas vilkår.¹⁵⁴ Flere medmødre forteller at dette ikke er tilfellet.¹⁵⁵ Hvor lenge før fødselen søknad må leveres for at barnet skal ha en medmor ved fødselen, er det heller ikke gitt klare retningslinjer for. Dette gir en ekstra usikkerhet for en familie som allerede er i den sårbare situasjonen det er å vente barn.

Medmødre må gjøre noe ekstra som ikke kreves av fedre, og de må legge avgjørelsen om egne familieforhold i hendene på noen andre uten å vite utfallet sikkert før søknaden er behandlet. Følgene av feil ved søknaden eller prosessen kan gjøre at hun ikke er juridisk knyttet til barnet sitt fra fødselen. Dette er ikke en «marginal og ubetydelige ulempe»,¹⁵⁶ men en klar forskjellsbehandling som kan utgjøre diskriminering.

Regelen om etablering av medmorskap etter assistert befruktning i offentlig godkjent helsevesen er direkte forskjellsbehandling, jf. ldl. § 7.

¹⁵⁰ l.c.

¹⁵¹ Jf. medmorforskrifta § 4

¹⁵² LDO 16/749.

¹⁵³ LDN 32/2016 under *henleggelse* jf. diskrimineringsloven om seksuell orientering §1.

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 75.

¹⁵⁵ Svensenid (2020 a og b), UiO (2020), personlig kommunikasjon i samtale med Nina Bahar, 21. september 2020.

¹⁵⁶ Sml. Prop.81 L (2016-2017) side 314.

5.1.3 Saklig formål

Direkte forskjellsbehandling er ikke forbudt hvis forskjellsbehandlingen er lovlig, jf. ldl. 9. Vilkårene om at forskjellsbehandling må ha et saklig formål, være nødvendig og ikke være uforholdsmessig inngripende er kumulative.

Første spørsmål for å finne ut om forskjellsbehandlingen er lovlig er om disse er saklige etter ldl. § 9 bokstav a.

5.1.3.1 Kontrollerte former

Det første «[f]ormålet med å kreve at den assisterte befruktningen skal foretas i godkjent helseinstitusjon i Norge eller utlandet for at medmorskap skal kunne fastsettes etter barnelova, er å sikre at inseminasjonen skjer i kontrollerte former».¹⁵⁷

I forarbeidene blir det videre uttalt at «[d]er barnet er unnfanget i kontrollerte former ved assistert befruktning innenfor helsevesenet, vil tilblivelsesmåten være trygg og ikke noe motargument mot å innføre en medmor-regel».¹⁵⁸ I kontrast til hva som ligger i kontrollerte former, viser forarbeidene til risikoene med kjøp av sæd over internett, med mulig smitte av seksuelt overførbare sykdommer og overføring av arvelige sykdommer til barnet¹⁵⁹. I det offentlig godkjente helsevesenet blir donorens medisinske bakgrunn og mulige sykdommer kontrollert. Den donerte sæden blir fryst og satt i karantene mens donoren undersøkes.¹⁶⁰ Slik får behandler oversikt over helsetilstanden på donasjonstidspunktet før befruktning kan skje. Kontrollen muliggjør også et donorregister.

At assistert befruktning skal foregå i kontrollerte former er et saklig formål ved reguleringen om etablering av medmorskap.

5.1.3.2 Barnets beste

Det følger av Grunnloven § 104(2) og Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i handlinger og avgjørelser som berører barn. Barnekonvensjonen er tatt inn som og gitt forrang foran annen norsk lovgiving, jf. mrl. §§ 2 og 3. I bar-

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 74.

¹⁵⁸ l.c.

¹⁵⁹ l.c.

¹⁶⁰ Helsedirektoratet (2015).

nelova § 48 er barnets beste stadfestet som en innledende forutsetning ved all saksbehandling om foreldreansvar.

I forbindelse med innføringen av assistert befruktning til lesbiske par, ble det understreket at eventuelle lovendringer måtte være til barnets beste.¹⁶¹

Etter barnekonvensjonen art. 7 har barn så langt det er mulig rett til å «kjenne sine foreldre». *Foreldre* kan tolkes både som biologiske og juridiske foreldre, men i denne sammenhengen er det mest nærliggende å tolke det som de biologiske. Barnelova § 6a, om barnets rett til kunnskap om sin biologiske far, peker i notene på barnekonvensjonsartikkelen. Endringene i bioteknologiloven anerkjenner nå denne retten i enda yngre alder¹⁶².

Barnets beste er klart et saklig formål siden etablering av foreldreskap angår barn. Dette gjelder også barnets rett til kunnskap om eget opphav.

5.1.3.3 Praktiske og administrative hensyn

I sin uttalelse i Diskrimineringsnemndas sak 1/2018 skriver departementet at det er praktisk og administrativt mest hensiktsmessig at de lesbiske parene sender inn dokumentasjonen. Da unngår man at helsepersonell får oppgaver av ikke-helsefaglig karakter og utfordringer knyttet til personvern og taushetsplikt. Departementet argumenterer også med at formelt vedtak om medmorskap gir notoritet, og at det kan være viktig fordi «[m]edmorskap er en ordning som finnes i svært få land».

Også hensynet til notoritet og andre praktiske og administrative hensyn er saklige formål.

5.1.4 Nødvendig

Neste spørsmål blir om forskjellsbehandling i barnelova § 3(2) er nødvendig og egnet til å ivareta formålene som er gitt i forarbeidene. Er en forskjellsbehandling med grunnlag i kjønn og seksuell orientering nødvendig for å oppnå formålet?

5.1.4.1 Kontrollerte former

¹⁶¹ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 10.

¹⁶² Prop.34L (2019-2020) side 14-17 og biotl. ny § 2-7.

I høringsnotatet til endringene i barnelova i forbindelse med innføringen av samlet ekteskapslov ble det foreslått at assistert befruktning med ukjent donor på godkjent klinikk i Norge eller utlandet automatisk skulle gi medmorskap for mors kvinnelige ektefelle fra fødsel av, slik regelen er for farskap.¹⁶³ Flertallet av høringsinstansene var positive, og LDO pekte på at en slik regulering ville bidra til reell likestilling mellom homofile og heterofile par.¹⁶⁴ Departementet avviste forslaget fordi en slik regulering ikke hadde grunn i biologiske forhold, og det heller ikke var mulig å «gi et skinn av» medmor som barnets biologiske forelder.¹⁶⁵

Lovgiver gir ingen forklaring for hvorfor behovet for å sikre kontrollerte former er større når det gjelder lesbiske medmødre enn heterofile fedres farskap. Hensynet til at befruktning foregår i kontrollerte former blir ikke godt ivaretatt gjennom en forskjellsbehandling. Krav om søknad og dokumentasjon kan faktisk tenkes å gi motsatt effekt enn økt kontroll. Ved at myndighetene forskjellsbehandler foreldre med bakgrunn i kjønn og seksuell orientering, er det ikke usannsynlig at minoritetsgruppen mister en tillit til myndighetene som ikke tilpasser bioteknologi- og barnelovas løsning for foreldreskap til deres virkelighet.

I høringsnotatet ble det foreslått at behovet for kontroll kunne løses ved at (fødsels)klinikken kunne sende en bekreftelse på at barnelovas vilkår var oppfylt sammen med fødselsmeldingen.¹⁶⁶ Dette ville vært mye mindre krevende for de som forskjellsbehandles enn at de selv må søke.

Forskjellsbehandlingen er verken egnet eller nødvendig for å ivareta formålet om kontrollerte former for befruktning.

5.1.4.2 Barnes beste

Krav om medisinsk og psykososial vurdering, herunder barneomsorgsattest, av de som skal motta assistert befruktning ivaretar klart hensynet til barnets beste. Men dette skjer allerede før befruktning med donorsæd. Det er ikke noe som tilsier at krav om søknad for medmorskap etter barnelova sikrer dette formålet bedre enn det allerede blir gjennom prosessen etter biotl.

Kravet om at assistert befruktning må være utført i offentlig godkjent helsevesen, skal sikre barnets rett til kunnskap om eget biologisk opphav. Dette formålet ivaretas av bioteknologilovens krav om sentralt sædgiverregister, hvor donorkoden er knyttet til (føde)mor.

¹⁶³ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 68.

¹⁶⁴ Ibid. side 68.

¹⁶⁵ Ibid. side 72.

¹⁶⁶ Ibid. side 75.

En forskjellsbehandling i bl. § 3(2) er verken nødvendig eller egnet til å sikre hensynet til barnets beste. Hensynet sikres allerede ved prosedyren etter biotl. Dette skjer før befruktning og blir ikke påvirket av hvordan foreldreskap fastsettes etter barnelova.

5.1.4.3 Praktiske og administrative hensyn

Selv om formålet om å spare helsepersonell for ikke-helsefaglige oppgaver er saklig, er det ikke slik at dette aldri skjer. Hvis mor og medmor ikke kan vise vedtak om medmorskap fra folkeregisteret eller ikke bor sammen, sender lege eller jordmor melding om fødselen til NAV.¹⁶⁷ Dette har sammenheng med statens ansvar for å fastlegge medmorskap eller farskap, jf. bl. § 5. Kunne behandlende lege sendt melding til folkeregisteret etter befruktning? Alternativt kunne opplysninger om assistert befruktning føres på mors helsekort for gravide. Da kunne jordmor eller lege sende en fødselsmelding som også fortalte at barnet var resultat av assistert befruktning i godkjent helsevesen. Det er heller ikke oppgitt noen grunn for hvorfor registrering av medmorskap skal by på større personvernutfordringer enn registrering av morskap og en rekke andre opplysninger som registreres i forbindelse med svangerskapsoppfølging og fødsel.

Mye av ulempen ved forskjellsbehandlingen kunne vært avhjulpet om mødrene ikke selv måtte levere søknad og legge ved riktige vedlegg før vedtak kunne treffes. Denne forskjellsbehandlingen er heller ikke nødvendig når det finnes andre kanaler for å sende opplysninger om fødsler uten at foreldrene må gjøre det selv. Medmødre hadde ikke trengt å få en ekstra oppgave og usikkerhet fedre ikke får.

Etter barnelova § 5 skal det offentlige fastsette foreldreskapet for alle barn. Ved fødselen har jordmor eller lege allerede plikt til å sende fødselsmelding til folkeregisteret.¹⁶⁸ Ved å flytte det administrative ansvaret fra foreldrene til myndighetene ved helsevesenet, ville man fortsatt kunnet føre kontroll med eventuelle vilkår utover ekteskapet. Da ville forskjellsbehandlingen vært mindre byrdefull. Selv om et enkeltvedtak om medmorskap gir notoritet, er det også vanskelig å se hvorfor dette er nødvendig. Fødselsattest med navn til barnets foreldre som bekreftelse på hvem som er barnets foreldre etter norsk lov bør ha samme funksjon.¹⁶⁹ Da trengs ikke saksbehandling og enkeltvedtak om medmorskap.

Forskjellsbehandlingen er ikke nødvendig etter ldl. § 9(1) bokstav b.

¹⁶⁷ NAV (2013) punkt 11.4.

¹⁶⁸ Jf. helsepersonelloven § 35.

¹⁶⁹ Sml. folkeregisterloven § 10-7

5.1.5 Forholdsmessig

Etter ldl. § 9(1) bokstav c er forskjellsbehandling heller ikke lovlig hvis den er uforholdsmessig inngripende overfor de som rammes. Derfor blir neste spørsmål om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende. Jeg ønsker å vurdere dette selv om det er tilstrekkelig at en forskjellsbehandling ikke er *nødvendig* for at den skal innebære ulovlig diskriminering.

Vurderingen av hva som er «uforholdsmessig inngripende» krever en avveining mellom målet med forskjellsbehandlingen, hvordan målet blir forsøkt nådd og konsekvensene av de som rammes.¹⁷⁰

At medmorskap krever søknad kan gi medmor et rettighetstap som ikke rammer far. Å måtte søke om medmorskap kan gi usikkerhet og ubehag for medmor og hennes familie. Medmødre opplever det som nedverdiggende å søke om foreldreskap til et barn de på alle måter, utenom det rent biologiske, har vært med på å sette til verden.¹⁷¹ Uten å gå videre inn i rettsvirkningene av foreldreskapet er det også verdt å nevne at medmorskap er en forutsetning for at medmor skal kunne få foreldrepenge og sin del av foreldrepermisjonen. Hvis medmorskap ikke etableres i tide kan både familiens økonomi og medmors mulighet for selvstendig tilknytning til barnet bli påvirket. Dette kan ha store konsekvenser for de som rammes.

I sin generelle anbefaling til KDK artikkel 16, om å avskaffe diskriminering av kvinner i saker vedrørende ekteskap og familieforhold,¹⁷² viser Kvinnekomiteen til FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, der «[f]amilien er den naturlige og grunnleggende enhet i samfunnet, og har krav på samfunnets og statens beskyttelse».¹⁷³ EMK artikkel 12, om retten til å gifte seg og stifte familie og artikkel 8 om retten til respekt for familielivet skal også gi samme beskyttelse for kvinner og menn, jf. artikkel 14.

Yogyakartaprinsippene nr. 24 slår også fast at alle har rett til å starte en familie, uavhengig av seksuell orientering og kjønnsidentitet. Etter bokstav a) anbefales stater å sørge for at blant annet assistert befruktning, slik som sæddonasjon, kan tilbys uten diskriminering. Bokstav c) uttrykker at seksuell orientering, enten hos barnet eller foreldrene, ikke skal komme i veien for å la barnets beste være et overordnet hensyn.

¹⁷⁰ Sundet (2018) note 67.

¹⁷¹ UiO (2020).

¹⁷² CEDAW/C/GC/29

¹⁷³ Menneskerettighetserklæringen artikkel 16 nr. 3.

I 1992 behandlet EMD en sak hvor striden sto om det var diskriminerende at nasjonale regler ikke tillot to kvinner å ha rettslige foreldrebånd til det samme barnet.¹⁷⁴ Bare biologiske fedre kunne erklære foreldreskap. EMD pekte her på et skille mellom «privat-» og «familieliv» i artikkel 8. Å kunne leve i et anerkjent homofilt samliv med sin partner er dekket av retten til respekt for privatliv, men EMD mente ikke denne retten ikke ga statene plikt til å ha de samme mekanismene for å etablere foreldrerett uavhengig av kjønn og seksuell orientering.

I *S. and H. v. Austria*, nesten tjue år senere, kom EMD i storkammer kom til at statenes skjønnsmargin fortsatt må være vid i saker om bioetikk som omhandler «moralske og etiske spørsmål mot en bakgrunn av rask medisinske og vitenskapelig utvikling».

EMD tolker EMK artikkel 14 sett i sammenheng med artikkel 8 slik at retten til familieliv også er beskyttet mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering. Statene har en skjønnsmargin for om de tillater likekjønnede å gifte seg, eller om de bare tillater formelt inngåtte partnerskap til beskyttelse for retten til familieliv etter EMK art. 8.¹⁷⁵ Det er også opp til statene hvilke rettigheter de ulike formene for partnerskap skal utløse. Men hvis en type partnerskap utløser en rettighet for ulikekjønnede par og likekjønnede par kan inngå samme type partnerskap, må de få alle rettighetene dette medfører.

Norge ligger foran EMK når det kommer til å anerkjenne retten til likekjønnet ekteskap.¹⁷⁶ Å ha rett til å stifte familie ved assistert befruktning på samme vilkår som menn, bør innebære likebehandling i etablering av det juridiske foreldreskapet etter assistert befruktning. Det må være høy terskel for å tåle forskjellsbehandling i nasjonal lovgiving som går på bekostning av retten til samme vern av menneskerettighetene uavhengig av kjønn og seksuell orientering. Når Norge har vedtatt felles ekteskapslov og åpnet for assistert befruktning til lesbiske ektepar, må det kreves strenge hensyn for å tillate en forskjellsbehandling i etableringen av foreldreskap i situasjoner hvor assistert befruktning har skjedd i offentlig godkjent helsevesen.

Hensynet til barnets beste er et argument også *mot* forskjellsbehandling av medmødre og fedre. Det har nemlig flere sider enn kunnskap om biologisk oppgav. Barnekonvensjonen bygger på familien som samfunnets grunnleggende enhet.¹⁷⁷ Retten til familieliv er beskyttet i konvensjonens artikkel 16. Hva som utgjør et barns familie avhenger av både biologiske, sosiale og kulturelle faktorer.¹⁷⁸ Å beskytte familieenheten og forhindre at barnet blir separert fra sine

¹⁷⁴ *Kerkhoven and Hinke v. the Netherlands*.

¹⁷⁵ *Schalk and Kopf v. Austria*.

¹⁷⁶ Hellum (2016) side 204.

¹⁷⁷ CRC/C/GC/14avsnitt 59.

¹⁷⁸ BK artikkel 5.

omsorgspersoner er en viktig del av hensynet til barnets beste.¹⁷⁹ Blir barnet separert fra sine foreldre, skal det som hovedregel ha rett på samvær.¹⁸⁰ Disse rettighetene må beskyttes i like stor grad uavhengig av kjønn og seksuell orientering hos foreldrene. Fordi medmorskap ikke etableres automatisk ved fødsel, kan barnet stå uten denne rettigheten om noe skulle skje med mor før søknad om medmorskap er ferdigbehandlet. Særreguleringen av medmorskap er diskriminerende, går på tvers av flere viktige menneskerettigheter for foreldrene og barnet og den fører til andregjøring av lesbiske. En forskjellsbehandling av medmødre og fedre som påvirker barnets mulighet for juridisk tilknytning til sine omsorgspersoner, er uforholdsmessig inngripende overfor både barn og deres foreldre.

Forskjellsbehandlingen er ikke forholdsmessig, og dermed ikke lovlig etter ldl. § 9(1) c.

5.1.6 Konklusjon

I situasjoner hvor assistert befruktning har skjedd innenfor offentlig godkjent helsevesen er barnelova § 3(2) direkte diskriminerende med grunnlag i kjønn og seksuell orientering jf. ldl. § 6 og 7 og § 9 a-c.

Formålene forskjellsbehandlingen er ment å ivareta er saklige. Men forskjellsbehandling er ikke nødvendig for å ivareta formålene. Det er ikke noe særegent med lesbiske pars foreldreskap som ikke også gjelder foreldreskap for heterofile fedre etter assistert befruktning med donorsæd. I tillegg er forskjellsbehandlingen uforholdsmessig inngripende.

At gifte lesbiske par må søke for å få etablert medmorskap etter assistert befruktning, mens farskap skjer automatisk hos heterofile par er en uforholdsmessig inngripende forskjellsbehandling. At ansvaret for å levere søknad og dokumentasjon ligger hos det lesbiske paret er heller ikke nødvendig for å ivareta hensynet til kontroll og barnets beste.

5.2 Utenfor offentlig godkjent helsevesen

I dette avsnittet skal jeg se på virkningen av barnelova § 3(2) i situasjoner hvor par har mottatt assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen. Dette er blant annet der de har brukt kjent donor eller mottatt assistert befruktning på en ikke-godkjent klinikk i utlandet, med eller uten (helt) anonym donor.

¹⁷⁹ CRC/C/GC/14 avsnitt 60.

¹⁸⁰ BK artikkel 9 pkt. 3.

Motivasjonen for å gå utenfor det offentlig godkjente helsevesenet kan som nevnt i avsnitt 4.2 være mange. Problemstillingen her er hvorvidt ulik regulering av etablering av foreldreskap for lesbiske kvinner og heterofile menn, etter denne typen assistert befruktning, er diskriminerende.

5.2.1 Direkte forskjellsbehandling

Som beskrevet i kapittel fire er det kun lesbiske par som etter barnelova møter et krav om å dokumentere at assistert befruktning har skjedd innenfor offentlig godkjent helsevesen, jf. bl. § 3(2). I de tilfellene hvor parene har gått utenfor, vil farskap for en mann som er gift med mor etableres automatisk ved fødsel, jf. bl. § 3(1). Et lesbisk par i samme situasjon vil aldri kunne få etablert medmorskap etter barnelova, fordi medmorskap har flere vilkår enn farskap. Det er bare kvinner som må gå «veien om» adopsjonsloven for å stebarnsadoptere et barn deres kone føder etter assistert befruktning.

Dette er en direkte forskjellsbehandling som stiller dem dårligere enn fedre i samme situasjon.

5.2.1.1 *Er forskjellsbehandlingen mer enn en ubetydelig ulempe?*

Det anføres i forarbeidene at nektelse av medmorskap etter barnelova ikke utgjør en ulempe fordi det i disse tilfellene kan søkes om foreldreskap etter adopsjonslova.¹⁸¹

Når stebarnsadopsjon er gjennomført har barnet og det foreldre samme rettsstilling som om det var deres felles egenfødte barn, jf. adopsjonsloven § 25. På dette tidspunktet er ikke foreldrene lenger stilt i noen dårligere stilling enn om foreldreskapet ble etablert etter barnelova.

Det ligger derimot en klar ulempe i når stebarnsadopsjon kan skje. Det kan gjøres unntak i kravet om fem års oppfostringstid der barnet er planlagt i lesbiske par¹⁸² og saksbehandling i adopsjonssaker skal skje uten ubegrunnet opphold.¹⁸³ Formålet ved stebarnsadopsjon er «å etablere juridiske bånd [...] der det allerede er følelsesmessige foreldre-barn-forhold».¹⁸⁴ I dette, og i hele adopsjonslovens system ligger det implisitt at barnet allerede må være født før dette kan være aktuelt. Det kan være store variasjoner i saksbehandlingstid.¹⁸⁵ Men det er klart at en slik saksbehandling, selv uten eventuell klagebehandling, gjør at foreldreskap først

¹⁸¹ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 72.

¹⁸² Jf. adopsjonsloven 13(1) 3. pkt. jf. Prop.88L (2016-2017) side 224.

¹⁸³ Jf. forvaltningsloven § 11a(1) jf. adopsjonsloven § 35(1).

¹⁸⁴ Bufdir (2020b) s. 20.

¹⁸⁵ Bufdir (2015).

kan etableres noe tid etter fødsel. Dette vil kunne oppleves som en belastning for paret som ønsker seg barn, og som ønsker tryggheten i å være to foreldre fra fødsel.

Også saksbehandlingen i seg selv er en ulempe. Søknad om medmorskap etter barnelova skal oppfylle klare vilkår, og gifte fedre trenger ikke levere søknad. Før vedtak om stebarnsadopsjon vurderes det konkret om «adopsjonen vil være til barnets beste».¹⁸⁶ Det er ikke gitt hva som skal til for å oppfylle dette. Det gir en ekstra usikkerhet før et eventuelt vedtak som far ikke møter. Hvis stebarnsadopsjon ikke innvilges vil ikke mors kone ha noen rettslig tilknytning til barnet. Da stilles hun ikke bare dårligere enn en far ville blitt, men også dårligere enn sin kone, som er mor til barnet etter barnelova fra fødsel av.

Når gifte fedre etter assistert befruktning, med både kjent og ukjent donor utenfor offentlig godkjent helsevesen, oppnår farskap automatisk ved fødsel, er det klart at det å måtte søke stebarnsadopsjon er mer enn en uvesentlig ulempe for medmor. Å ikke kunne bli rettslig forelder fordi man har brukt en kjent donor stiller medmor¹⁸⁷ i en klart dårligere posisjon enn far. Dette er direkte forskjellsbehandling etter ldl. § 7.

5.2.2 Saklig formål

Første spørsmål blir om formålet ved forskjellsbehandlingen er saklig, jf. ldl. § 9(1) a.

5.2.2.1 *Barnets beste*

Hensynet til barnets beste, herunder kunnskap om eget opphav, er også en del av vurderingen av stebarnsadopsjon der par har mottatt assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen.

«Denne retten er bakgrunnen for reglane for etablering av foreldreskap i barnelova og også for at anonym sæddonasjon ikkje er tillate i Noreg. Barnets rett til kunnskap om kven far er, kan berre sikrast ved at opplysningar om identiteten hans blir gitt til norske styresmakter.»¹⁸⁸

Dette sa Bufdir i en av høstens mediasaker om lesbisk foreldreskap. Der trekker de også frem hensynet til fars mulighet til å bli hørt i en stebarnsadopsjonssak, og at «[e]in adopsjon vil

¹⁸⁶ Prop.88L (2016-2017) side 224.

¹⁸⁷ I avsnitt 5.2 brukes «medmor» om funksjonen kvinnen har i familien, selv om adopsjonsloven har et ukjønnnet foreldrebegrep.

¹⁸⁸ Avdelingsdirektør Anders Henriksen i Bufdir til NRK i saken Svenseid (2020b).

[...] bryte dei juridiske banda donor har til barnet, og kan ikkje gjerast om».¹⁸⁹

Hensynet til barnets beste er et saklig formål i alle avgjørelser som gjelder barn. Dette gjelder også i reguleringen av hvordan rettslig foreldreskap skal fastsettes etter assistert befruktning utenfor det offentlige godkjente helsevesenet.

5.2.2.2 Kontrollerte former og å unngå legitimering av assistert befruktning som ikke er tillatt

I forarbeidene uttrykker lovgiver en klar hensikt i å forhindre at kvinner benytter seg av mer risikable former for inseminasjon, selv om dette vil stille barn som er blitt til på denne måten i en dårligere juridisk posisjon.¹⁹⁰ De peker på at lesbiske kvinner med lovendringen ville få «mulighet til å få hjelp av teknologien som finnes i det norske helsevesenet».¹⁹¹

At staten stiller særlige krav til genetisk opphav hos de barna den selv er med på å sette til verden, er et saklig hensyn. Å spare barn for mulige helseproblemer ved å sikre at biologisk far (sæddonor) ikke bringer videre arvelige sykdommer, slik som schizofreni,¹⁹² er klart i tråd med hensynet til barnets beste.

I forbindelse med ny adopsjonslov ble foreslo Adopsjonslovutvalget en egen bestemmelse for stebarnsadopsjon av barn født etter assistert befruktning i utlandet, inkludert bruk av ukjent sæddonor. Dette ble avvist av barne- og likestillingsdepartementet, blant annet fordi «[e]n lovfesting kan gi en uheldig signaleffekt og framstå som en legitimering av surrogati og assistert befruktning som ikke er tillatt i Norge».¹⁹³

Kontrollerte former for befruktning gir myndighetene mulighet til å sikre at donert sæd kommer fra en frivillig, godkjent donor som ikke kjenner de som skal motta sæden. At donor og mottaker er ukjente for hverandre er et prinsipp for donasjon av de fleste former for vev i Norge.¹⁹⁴ Blodgiving, som er nærmest å sammenligne med sæddonasjon fordi begge er lite invaderende prosesser av celler som kroppen fornyer raskt, skjer også anonymt. Anonymitet reduserer sosialt press om å gjennomgå medisinske inngrep som ikke er nødvendige for donor. Kun noen former for ikke-anonym donasjon av organer tillates når det er nødvendig for å

¹⁸⁹ Svenseid (2020b).

¹⁹⁰ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) s. 74.

¹⁹¹ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) s. 74.

¹⁹² Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 74.

¹⁹³ Prop.88 L (2016-2017) side 19.

¹⁹⁴ Sml. transplantasjonslova § 17.

redde liv – slik som beinmarg og nyrer. Der kan genetisk slektskap være medisinsk heldig, noe som er helt motsatt for sæddonasjon.

På bioteknologiområdet er det stadige diskusjoner om hva som skal være tillatt. Balansen mellom det medisinske mulige, etikken og jussen er ikke alltid klar. Å ønske at befruktning skjer i «kontrollerte former» og unngå legitimering av assistert befruktning som ikke er tillatt i Norge er saklige formål.

5.2.3 Nødvendig

Siden formålene som skal beskyttes er saklige blir neste spørsmål om forskjellsbehandlingen er nødvendig og egnet til å ivareta dem, jf. ldl. § 9(1) b.

I en uttalelse om assistert befruktning til enslige kvinner fra i år, uttaler Bioteknologirådet at «[d]et er velkjent at en del nordmenn som på grunn av lovverket ikke får tilgang til de typen assistert befruktning de trenger for å unnfange barn, drar til utlandet for å kjøpe slik behandling der».¹⁹⁵

Stebarnsadoptsjon etter assistert befruktning på ikke-godkjent klinikk i utlandet eller ved bruk av privat donor, er i utgangspunktet kun mulig der mor ikke kjenner donors identitet.¹⁹⁶ En NRK-sak fra oktober 2020 forteller om par som har sett seg nødt til å lyve til myndighetene for å oppfylle dette kravet.¹⁹⁷ I stedet for at myndighetene får kontroll og barnets rett til opplysninger om eget opphav kan sikres, skjer det motsatte. Da er ikke reglene egnet til å oppfylle formålet.

Et lovverk som fører til at mennesker lyver til myndighetene for å oppnå en gitt rettsstilling, er ikke egnet til å beskytte formålet om at befruktning skal skje i kontrollerte former som sikres barnets rett til opplysninger om eget opphav.

I forarbeidene er det at «sæd kan [...] kjøpes over internett», og dermed brukes til ukontrollerte former for assistert befruktning, brukt som argument for at medmorskap må bygge på et krav om assistert befruktning i godkjent helsevesen.¹⁹⁸ Hvorfor trengs det forskjellsbehandling av medmor og far? Det er ikke klart hvorfor far ikke må søke om stebarnsadoptsjon der et heterofilt par har gått utenfor godkjent helsevesen. «Et ønske om å ha bedre kontroll med be-

¹⁹⁵ Bioteknologirådet (2020b).

¹⁹⁶ Se kapittel 4.2.

¹⁹⁷ Svenseid (2020b).

¹⁹⁸ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 74.

handlingen»¹⁹⁹ nødvendiggjør ikke forskjellsbehandling av medmødre. Heterofile par vil sannsynligvis ha mange av de samme insentivene for å gå utenfor offentlig helsevesen. Men dette gjenspeiles ikke i barnelovas regulering av farskap og medmorskap, verken for gifte eller samboende.²⁰⁰

Et formål med å stille krav om at den assisterte befruktningen skal skje i kontrollerte former er å forhindre at kvinner benytter seg av den mer risikable formen for inseminasjon.²⁰¹ Det samme hensynet gjør seg gjeldende for heterofile, befruktningsudyktige par. Hvorfor legger ikke lovverket opp til samme kontroll for disse? Noen av formålene bak reguleringene av medmorskap etter assistert befruktning, slik som barns rett til kunnskap om at det er blitt til ved donorsæd og om hvem som er biologisk far, er vanskeligere å sikre når det kommer til heterofile par. Et barn av to kvinner bør jo før eller siden oppdage at ikke begge mødrene kan være biologisk forelder, mens det er mindre åpenbart at en far er befruktningsudyktig.

Forskjellsbehandling er ikke nødvendig til å oppnå formålene ved bestemmelsene.

5.2.4 Forholdsmessig

Det siste spørsmålet blir også her om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende etter ldl. § 9(1) c.

Lovgiver anerkjenner at kravene i loven kan stille barn som blir til i «privat regi» i en «dårligere posisjon juridisk».²⁰² Får ikke lesbiske «medmødre» innvilget stebarnsadoptsjon, for eksempel fordi paret ønsker å være ærlige i prosessen og oppgi hvem som er barnets genetiske far, kan de ende helt uten foreldrerettigheter til barnet. At barnet rent praktisk kan skapes, hjelper lite for kvinner som ønsker å bli foreldre sammen hvis juridisk foreldreskap for begge ikke er mulig.

Medmor og barnet har i utgangspunktet ingen rettigheter overfor hverandre før stebarnsadoptsjonen er på plass. Og stebarnsadoptsjon krever en helt annen vurdering for medmødre, der fedre i de samme tilfellene får foreldrerettigheter ved fødsel etter pater est-regelen.

Den kjente sæddonoren kan erklære farskap etter bl. § 4 og få dette bevist ved DNA-analyse jf. § 7. Fars mulighet til å fremme denne retten fortrenge medmors rett, selv i de tilfellene

¹⁹⁹ l.c.

²⁰⁰ Barnelova § 3(2) sml. §§ 3(1) og 4(1).

²⁰¹ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 74-75.

²⁰² l.c.

hvor sæddonor er helt anonym, eller både han og mødrene er helt klar på at han ikke skal være rettslig og sosial forelder.

At medmor og barnet ikke har samme rettigheter overfor hverandre som hvis hun hadde vært en mann, er en alvorlig konsekvens av forskjellsbehandlingen. I HR-2007-732 behandlet Høyesterett en sak om adopsjon etter barnevernloven. Til forskjell fra tidlig stebarnsadopsjon hadde barnet i den saken bodd hos fosterforeldrene i størsteparten av sitt liv, og han kunne selv fortelle at han ønsket å bli adoptert. Fosterbarnsadopsjon ville bety at de biologiske foreldrene ble fratatt foreldreansvaret og all rett til samvær. Ved en tidlig stebarnsadopsjon fjernes til sammenligning biologisk fars *mulighet* til å få foreldreansvaret. En likhet mellom fosterbarnsadopsjon og stebarnsadopsjon er at barnets beste er det overordnede hensynet, jf. adopsjonsloven § 4 og barnevernloven § 4-20 (3) b. En forskjell er at biologisk far der et lesbisk par har mottatt assistert befruktning utenfor godkjent helsevesen ikke nødvendigvis er uegnet til å inneha omsorgen for barnet, mens de biologiske foreldrene i høyesterettssaken var det. Barn av lesbiske foreldre har generelt heller ikke den sårbarheten som kjennetegnet barnet i denne saken. Høyesterett vektla barnets behov for trygghet og tilhørighet, og adopsjon som en beskyttelsesfaktor.²⁰³ Dette behovet for tilhørighet, og at etablerte juridiske foreldreband er en beskyttelsesfaktor, viser hvor grunnleggende rettigheter det gripes inn i når lesbiske medmødre møter en helt annen vurdering enn en befruktningsudyktig far.

Virkingen av forskjellsbehandlingen kan bli alvorlig for de kvinnene og barna det gjelder ved et brudd mellom foreldrene. Etter bl. § 45 har ikke andre enn foreldre samværsrett til barnet med mindre en eller begge foreldre er døde. Da kan «slektningane [...] eller andre som er nær knytte til barnet» kreve at retten fastsetter om de skal ha samværsrett. I LB-2020-34721 behandlet lagmannsretten spørsmål om fri saksførsel for en lesbisk kvinne som ønsket å reise sak etter bl. § 45 om samværsrett til et barn hennes tidligere kone hadde født etter assistert befruktning. Vilårene for medmorskap etter bl. var ikke oppfylt. Retten viste til at forslaget om samværsrett for lesbiske som ikke hadde gjennomført stebarnsadopsjon var drøftet av lovgiver, men ikke fulgt opp.²⁰⁴ Mor var ikke død, og kvinnen som ønsket samvær inngikk uansett ikke i kretsen som kunne kreve samvær. Retten medgikk at EMD-praksis kan åpne for at andre med «en faktisk tilknytning» til barnet kan tilkjennes samværsrett, men fant at vilårene for å innvilge fri sakførsel ikke var oppfylt. Anke til Høyesterett ble avvist, og avgjørelsen er rettskraftig.²⁰⁵ Avgjørelsen viser at medmor og barnet har liten beskyttelse for sitt band hvis det oppstår et brudd mellom foreldrene. Spørsmål om tilsvarende samværsrett etter mors død er ikke behandlet.

²⁰³ HR-2007-732-A avsnitt 59.

²⁰⁴ LB-2020-34721 under *lagmannsretten bemerket* som viser til NOU: 2009:5.

²⁰⁵ HR-2020-1303-U.

Å lage reguleringer av foreldreskap som tar hensyn til barnets beste krever mer enn å sikre barnets rett til kunnskap om eget biologisk opphav. Muligheten for å kjøpe behandling i utlandet, heller enn å benytte seg av det norske systemet, gjør at vi ikke kan sikre at alle barn får kunnskap om sitt biologiske opphav. Den helsemessige siden av assistert befruktning kan derfor ikke underlegges den graden av kontroll myndighetene ønsker. Det lovgiver derimot *har* muligheten til å sikre er barnets juridiske tilknytning til begge sine sosiale foreldre. Etter BK artikkel 9 nr. 1 skal statene sikre at barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot sin vilje, med mindre det er nødvendig av hensyn til barnets beste. Etter art. 9 nr. 2 har barnet også rett til å opprettholde en forbindelse og kontakt med disse.

Seksuell legning, både hos barnet selv og foreldrene, er innfortolket som et ulovlig diskrimineringsgrunnlag av FNs barnekomité.²⁰⁶ Likestillings- og diskrimineringsloven gjelder på alle samfunnsområder og «tar særlig sikte på å bedre kvinners og minoriteters stilling», jf. ldl. §1 (3). Retten til familieliv er en grunnleggende rettighet. Det må svært viktige hensyn og helt nødvendig forskjellsbehandling til for å tåle at forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn og seksuell orientering gir alvorlige konsekvenser for medmødre og deres familier. Det er ikke oppfylt her.

Forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende etter ldl. § 9(1) c.

5.2.5 Konklusjon

Reglene om etablering av foreldrerettigheter for medmor etter assistert befruktning utenfor offentlig godkjent helsevesen er direkte diskriminerende, jf. ldl. §§ 6 og 7 jf. sml. § 9 a-c.

Selv om hensynene også her er saklige, er ikke forskjellsbehandling nødvendig for at de skal ivaretas. I tillegg er forskjellsbehandlingen uforholdsmessig inngripende, der den medfører at medmødre møter en helt annen saksbehandling enn menn gjør, og risikerer å få nei til å adoptere barna de har fått sammen med sin kone etter assistert befruktning med donorsæd. I tillegg er konsekvensene for medmor og barnets rettslige bånd for hverandre for store til å godta forskjellsbehandling.

6 Rettspolitiske vurderinger

²⁰⁶ Unicef (2007).

Konklusjonen i kapittel fem er at reglene om etablering av medmorskap etter assistert befruktning med donorsæd er direkte diskriminerende. Dette gjelder både der befruktningen har skjedd i og utenfor offentlig godkjent helsevesen. Formålene lovgiver ønsker å ivareta har ingen sammenheng med kjønn og seksuell orientering hos mors ektefelle, men får virkninger kun for medmødre siden fars foreldreskap følger automatisk av ekteskapet.

En eventuell ny barnelov «skal ivareta viktige hensyn som forholdet mellom barn og foreldre, barnets beste og likestilling mellom foreldre som omsorgspersoner og forsørgere».²⁰⁷ Ønsket om likestilling mellom foreldre bør ikke gjelde kun for en kvinne og en mann innenfor det Hellum i en annen sammenheng betegner som «den heteronormative tokjønnsmodellens privilegerte posisjon».²⁰⁸ Ønsket om likestilling må også få utslag i at reglene for etablering av medmorskap vurderes og endres i lys av en rettslig og faktisk virkelighet som er annerledes enn da medmorskap ble lovregulert for første gang.

Å konkludere med at reglene er diskriminerende gir ingen konkret løsning. Men det gir grunnlag for å argumentere for at reglene bør endres. Et ikke-diskriminerende regelverk kan utformes på ulike måter. Her ønsker jeg å fokusere på modeller for etablering av foreldreskap som bygger på henholdsvis negativ og positiv likestilling.

6.1 Negativ likestilling

Formålene reguleringen av medmorskap er ment å ivareta er minst like relevante der heterofile par ønsker assistert befruktning med donorsæd. De danske reglene kan brukes som et eksempel på en regulering som hvis den ble innført i Norge ville gitt såkalt «negativ likestilling». For å unngå unødvendig forskjellsbehandling kunne man i stedet for dagens system innført samme kontroll med både farskap og medmorskap etter assistert befruktning.

Derfor kan man se for seg en regulering som stiller krav om søknad eller annen formell kontroll for å fastsette foreldreskap for mors partner etter assistert befruktning for både medmor og far.

I Danmark må både medmor og far samtykke skriftlig til assistert befruktning og erklære medmorskap eller farskap. Befruktningen må skje «af en sundhedsperson eller under en sundhedspersons ansvar» jf. børneloven § 27. Som i Norge må ansvarlig helsepersonell blant annet

²⁰⁷ Barne- og familiedepartementet (2018) side 1.

²⁰⁸ Hellum (2016) side 192.

vurdere om paret er egnet til å bli foreldre, men det kreves ingen politiattest.²⁰⁹ Hvis vilkårene er oppfylt blir både medmorskap og farskap registrert av Familierettshuset (tilsvarende familievernkontoret) i forbindelse med fødselen, jf. børneloven §§3 a stk. 1 og 1 a. stk. 1. Slik Danmark etter børneloven legger opp til samme kontroll med medmorskap og farskap etter assistert befruktning kunne vi også ilagt fedre de samme kravene som medmødre. Da kan alle som får barn med en kvinne som har fått assistert befruktning med donorsæd enten søke slik medmor gjør nå, eller helsepersonell eller en representant fra myndighetene kan registrere foreldreskap og vurdere om vilkårene er oppfylt i forbindelse med fødselen.

En lik kontroll av samme vilkår for både medmorskap og farskap, er klart mer ressurskrevende enn å velge en løsning som bygger på utvidet pater est og/eller erklæring. I tillegg vil det som i dag ikke være åpenbart når heterofile par har brukt assistert befruktning og når de har gått utenfor godkjent helsevesen.

I tillegg er ulempene med å måtte søke om medmorskap (eller stebarnsadoptsjon) store. Med unntak av det som går på nedverdiggelse og andregjøring, vil konsekvensene av reguleringen heller ikke oppveies hvis det forskjellsbehandlende elementet fjernes.

6.2 «Mater est» eller erklæring for alle

Etter nåværende bl. § 5 har det offentlige et ansvar for å fastsette foreldreskap. Denne plikten vil nok stå seg også i en ny barnelov. Likekjønnet foreldreskap er ikke lenger noen kuriositet, men en helt vanlig samlivs- og familieform i dagens Norge. Da bør staten følge opp sin plikt til å fastsette foreldreskap på en måte som ikke diskriminerer på bakgrunn av kjønn og seksuell orientering.

Første alternativ er at pater est-regelen i ekteskap skal gjelde også for medmor. Da vil ekteskapet få samme bevisverdi for alle, og vi vil få en faktisk samlet ekteskapslov og en ekteskapsinstitusjon som har samme rettsvirkning og bevisverdi. Det er klart at biologisk kjønnsrolle i befruktningen har gitt opphav til kulturelle normer for hva som utgjør en familie. Men behovet for sæddonasjon er det samme for par bestående av lesbiske kvinner og heterofile par hvor mannen er infertil. I Norge, som har uttalt at vi støtter Yogyakarta-prinsippene og var tidlig ute med å tillate likekjønnet ekteskap, burde vi ha en løsning for etableringen av rettslig foreldreskap etter assistert befruktning som ikke diskriminerer med bakgrunn i hvilket kjønn mors ektefelle har.

²⁰⁹ BEK nr. 316 af 27/03/2019.

En annen regulering som gir likestilling i etableringen av foreldreskap er at mors partner må erklære foreldreskap uavhengig av kjønn og samlivsform. Dette forslaget har blant annet blitt trukket frem av FRI (tidligere Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner).²¹⁰ I kombinasjon med en utvidet pater est-regel, kan vi eventuelt stille krav om erklæring av foreldreskap for mors samboer, slik det nå gjelder for mors mannlige samboer etter bl. § 4(1). Da oppnår man også at ekteparet beholder sin særstilling, og denne blir reell for alle uavhengig av seksuell orientering. Fødselsattest med foreldrenes navn kan ivareta kravet om notoritet overfor land som ikke selv anerkjenner likekjønnet foreldreskap.

Uansett bør det ikke beholdes en modell hvor en gift medmor, gjennom å måtte søke om medmorskap, underlegges strengere kontroll enn en heterofil mannlige samboer. At det administrative ansvaret er lagt på de lesbiske foreldre selv, selv om vilkårene kunne vært kontrollert ved at ansatte i helsevesenet sendte dokumentasjon til Folkeregisteret, gir en andregjøring. Kvinnene har allerede gjennomgått samme behandling og kontroll i helsevesenet som et ulikekjønnet befruktningsudyktig par. Hvis valget står mellom det praktisk-administrative enkleste for staten og en løsning som fører til mindre opplevd andregjøring, bør vi velge det siste. Saksbehandling av søknader er heller ikke uten administrative kostnader.

6.2.1 Bedre veiledning

Uavhengig av hvordan foreldreskap skal reguleres i den nye barnelova, er det behov for bedre veiledning. Dersom lovgiver antar at lesbiske par skal velge lovens modell, må konsekvensene av ikke å gjøre dette formidles tydelig. Skal medmorskapet fortsatt bygge på en søknad, må behandlingstiden for denne være kjent, og parene må få god veiledning underveis i prosessen. Da sikrer man at det juridiske foreldreskapet, med den tryggheten det gir, er på plass ved fødselen. En slik regulering kan fortsatt kombineres med at biologisk far kan reise sak om farskap, og at opplysninger om donor må registreres for å ivareta barnets rett til kunnskap om sitt biologiske opphav.

6.3 Kan vi åpne for flere typer sæddonor?

Det er, som tidligere nevnt, mange grunner til at par ønsker å bruke kjent donor. I Danmark har de en lovgivning som balanserer dette ønsket og myndighetens behov for kontroll. Der kan en kjent donor og det lesbiske paret som skal bli foreldre kan sammen underskrive på at de samtykker til at mors kvinnelige ektefelle eller partner skal være barnets medmor.²¹¹ Assis-

²¹⁰ Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 70-71.

²¹¹ Børneloven § 27a stk 2.

tert befruktning med kjent donor må og kan der skje av eller under veiledning av helsepersonell.²¹² En kjent donor vurderes etter de samme helsemessige kriteriene som andre donorer.²¹³

En slik regulering kan avhjelpe på ressursituasjonen i sædbankene. Samtidig vil det sikre kontroll med helse og sikring av opplysninger av donor der par ønsker å bruke kjent donor. En negativ side ved en slik regulering er at det er vanskelig å forhindre at menn opplever press om å stille som donor fra venner og familie.

Danmark tillater også bruk av anonym donor, jf. lov om assistert reproduktion § 16. Ved bruk av anonym donor er det kun opplysninger om donorens hud-, hår- og øyenfarge, blodtype, høyde og vekt som er tilgjengelig. Danmark har ratifisert barnekonvensjonen, men den er ikke inkorporert i dansk rett.²¹⁴

Etter min mening kan ikke de kravene Barnekonvensjonen stiller, hensynet til barnets beste og opplysninger om biologisk opphav kombineres med å åpne opp for anonyme donorer i Norge igjen. Å tillate bruk av kjent donor i kontrollerte former kan derimot gi både valgfrihet for foreldrene, et mindre presset offentlig tilbud, hensynet til barnets kunnskap om eget opphav og oppfylle

6.4 Skal fars genetikk bety mer enn medmors?

Medisinsk utvikling og endringer i samfunnets holdninger gir nye muligheter. En ny lovregulering av medmorskap må ta hensyn til en endret situasjon. Sist ut i norsk sammenheng er at eggdonasjon blir tillatt i Norge fra 1. januar 2021.²¹⁵ Da åpnes det for partnerdonasjon av egg i lesbiske par.

Slik barnelova regulerer medmorskap i dag, må hun som genetisk er i slekt med barnet søke om å bli anerkjent som juridisk forelder. Dersom et par mottar behandling med partnerdonasjon av egg hos en ikke godkjent behandler i utlandet, vil de ikke få godkjent medmorskapet. Da vil barnets rett til kunnskap om biologisk opphav og medmor/eggmors rett til familieliv stå i fare om noe skulle skje i forholdet mellom foreldrene. En genetisk far kan ved tvist oppnå juridisk foreldreskap ved å dokumentere det genetiske slektskapet.²¹⁶

²¹² Lov om assistert reproduktion § 19.

²¹³ Sundheds og Ældreministeriet (2012) pkt. 10.3.1.

²¹⁴ BKI nr 6 af 16/01/1992.

²¹⁵ Bioteknologiloven ny § 2-15.

²¹⁶ Barnelova § 9.

At medmor fortsatt skal måtte søke om medmorskap til et barn hun er genetisk mor til er en uheldig virkning av barnelovas regler. Like ille er det at hun, ulikt en far, ikke kan få foreldreskapet fastslått ved å dokumentere genetisk slektskap.

6.5 Samsvar mellom plikter og rettigheter

Dersom samtykke til befruktning kan gi plikt til å være forelder, bør det også være grunnlag for en tilsvarende rettighet. Barnets beste og å ikke diskriminere foreldre i tilsvarende situasjoner på grunnlag av kjønn og seksuell orientering, kan begrunne at pater est-regelen bør utvides til å gjelde alle ektepar som mottar assistert befruktning. Skal medmor og far kunne idømmes samme plikt til foreldreskap, bør de også ha den samme rett til foreldreskap.

Reglene i barnelova §§ 6 til 9 skal gjelde «så langt de passer» for fastsetting av medmorskap, jf. § 9. Det betyr blant annet at det kan reises sak for domstolene om medmorskap. Barnelova § 9 (4) om at mors «ektemann eller samboer» som har samtykket til assistert befruktning kan idømmes farskapet «dersom det ikkje er lite truleg at barnet et avla ved assistert befruktning» vil også gjelde for medmorskap.

I en dansk dom fra 2018, sto striden mellom to kvinner, tidligere samboere, på den ene siden og deres felles barn og staten på den andresiden.²¹⁷ Mor hadde omsorgen alene etter bruddet. Barnet var blitt til etter assistert befruktning med samtykke fra medmor, og kvinnene hadde gått fra hverandre etter fødselen. Både mor og medmor ønsket at medmorskapet skulle opphøre. Kvinnene viste til at de ikke hadde fått veiledning om hva samtykket innebar da medmor underskrev før befruktning. De mente også at manglende biologisk tilknytning mellom medmor og barnet måtte få betydning, og at barnet ville få roligere og mer oversiktlige familieforhold dersom kun mor var oppført som forelder. Høyesteret kom til samme resultat som de tidligere domstolene: Juridisk medmorskap kunne idømmes hvis vilkårene var oppfylt, på samme måte som farskap kan fastslås ved dom. Det var til barnets beste å ha to foreldre. Foreldrenes vilje kunne ikke gi annet resultat.

Der graviditeten er planlagt i paret, som vi med moderne prevensjonsmidler må anta at den for ektepar ofte er, viser pater est-regelen tillit til foreldreskap som parets felles prosjekt. Heller enn å fjerne pater est-regelen fra barnelova, bør denne tilliten også vises lesbiske ektepar. Skal ekteskapet beholde sin særposisjon, må det i et stadig mer mangfoldig samfunn få samme virkning uavhengig av kjønn og seksuell orientering.

²¹⁷ BS-48699/2018-HJR.

7 Avslutning

Den overordnede problemstillingen for oppgaven er om reglene for etablering av medmorskap etter assistert befruktning til lesbiske ektepar er diskriminerende. Konklusjonen er at reglene diskriminerer disse parene. Sammenligningspersonen har gjennomgående vært menn i par som også trenger assistert befruktning med donorsæd for å bli foreldre. Både der assistert befruktning skjer i offentlig helsevesen, og der det skjer utenfor, blir medmor behandlet annerledes enn far når foreldreskap skal fastsettes.

Selv om formålene som skal ivaretas ved reguleringen er saklige, er ikke en forskjellsbehandling nødvendig eller egnet for å ivareta dem. Hensynet til barnets beste, barnets rett til opplysninger om eget biologisk opphav og formålet om å unngå at folk bruker ukontrollerte former for assistert befruktning, stiller seg ikke annerledes om foreldrene er to «sosialt infertile» lesbiske kvinner eller et befruktningsudyktig par bestående av en kvinne og en mann. Forskjellsbehandlingen ved etablering av medmorskap er også uforholdsmessig inngripende.

Som vist i kapittel seks kan en ikke-diskriminerende regulering av medmorskap utformes på ulike måter. Likebehandling kan oppnås ved at fedre også må gjennom samme søknad og kontroll, noe som både vil være praktisk utfordrende og kostnadskrevende. Alternativt kan pater-est regelen utvides til også å gjelde lesbiske gifte kvinner, eller man kan innføre en regel om at foreldreskap for mors partner alltid skal bygge på erklæring.

Barnets beste ivaretas best ved at begge foreldre sikres juridisk foreldreskap fra fødsel. En ny barnelov bør ta sikte på reell likebehandling av ulike typer foreldreskap, både med hensyn til etablering og rettsvirkning. Da får også ekteskapet samme rettsvirkning for foreldreskap uavhengig av kjønn og seksuell orientering hos mors partner.

8 Litteraturliste

Litteratur

- Barne- og likestillingsdepartementet (2008). Barne- og likestillingsdepartementet, «Bedre livskvalitet for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner», 25. juni 2008.
- Benestad (2020). Benestad, Esben Esther Pirelli, «Kjønnsinkongruens» i Store norske leksikon, 2020, <https://sml.snl.no/kj%C3%B8nnsinkongruens> hentet 27. september 2020.
- Bjerklund (2019). Bjerklund, Monika, «Fordi han som donerte aldri vil bli en pappa» i *Tidsskrift for kjønnsforskning* nr. 1, 2019, side 44-59.
- Bufdir (2015). Bufdir «Stebarnsadoptsjon», 2015, sist oppdatert 28. april 2020, https://bufdir.no/Adopsjon/Jeg_onsker_a_adoptere/Stebarnsadoptsjon/ hentet 12. november 2020.
- Bufdir (2020a). Bufdir, «Familie, foreldreskap og barn», 2020, https://bufdir.no/Statistikk_og_analyse/lhbtq/Barn_oppvekst_og_familie/ hentet 24.10.2020.
- Eng (2007). Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Eriksen (2019). Eriksen, Christoffer C., «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehaugen Sunge (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2019, side 293-333.
- Frantzen (2009). Frantzen, Torstein, «Trenger vi medmor» i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 4 (2009), side 271-218.
- Fredman (2011). Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, New York: Oxford University Press, 2. utg. 2011.
- Hellum (2008). Hellum, Anne og Kristen Ketscher, «Introduksjon til diskriminerings- og likestillingsretten», i *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Hellum, Anne og Kirsten Ketcher (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2008, side 17-30.

- Hellum (2014). Hellum, Anne, «Vern mot sammenatt diskriminering etter internasjonale menneskerettigheter og norsk rett, kvinner i krysset mellom kjønn og etnisitet», *Like rettigheter – Ulike liv*, Hellum, Anne og Julia Köhler-Olsen (red.), Oslo: Gyldendal, 2014, side 39-68.
- Hellum (2016). Hellum, Anne, «Vern mot diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk – noen utviklingslinjer i internasjonal og norsk rett», i *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse*, Førde, Reidun m.fl. (red.), Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016, side 191-213.
- Kvalø (2018). Kvalø, Kirsten og Kirsten Sandberg, «Kommentar til barnelova», Gyldendal Rettsdata 2018 hentet 10.09.20.
- Lødrup (1969). Lødrup, Peter, «Dumme menn og troll til kjerringer – refleksjoner over pater est-regelen» i *Nordisk gjenklang: Festskrift til Carl Jacob Arnholm*, Oslo: Tanum, 1969 side 711-726.
- Lødrup (2016). Lødrup, Peter, *Familieretten*, 8. utg, ved Tone Sverdrup, Oslo 2016.
- Medicus (u.å.). Medicus, «To kvinner som ønsker barn – hvordan går vi frem?» u.å. <https://medicus.no/to-kvinner-som-onsker-barn-hvordan-gar-vi-frem/> hentet 10. oktober 2020.
- Nordstrøm (2009). Nordstrøm, Tina, «Diskriminering på tvers», i *Kvinnerettslig skriftserie* nr. 83, 2010.
- O’Flaherty (2017). O’Flaherty, Michael, «The Yogyakarta principles at Ten» i *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, Hellum, Anne (red.), Oxon: Routledge, 2017, side 4-22.
- Oslo universitetssykehus (2020). Oslo universitetssykehus, «Veiledende prioriteringskriterier», 2020 <https://oslo-universitetssykehus.no/avdelinger/kvinneklinikken/reproduksjonsmedisinsk-avdeling> hentet 14. oktober 2020.
- Renolen (2012). Renolen, Ingrid, «Kommentar til bioteknologiloven», i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata, 2012, hentet 19. oktober 2020.
- Sperre (2019). Sperre, Maria de Michelis, «Folketrygdloven i møte med medmød-

res overlappende graviditeter», Masteroppgave Universitetet i Oslo 2018 <https://www.duo.uio.no/handle/10852/68949> [sitert 13. november 2020].

- Strand (2015). Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Oslo: Gyldendal 2015
- Strand (2016). Strand, Vibeke Blaker, «Håndheving av diskrimineringsvernet i møte med andre lover i velferdsstaten», i *Rettigheter i velferdsstaten: begreper, trender, teorier*. Ingunn Ikdahl og Vibeke Blaker Strand (red.), Oslo: Gyldendal, 2016, side 135-166.
- Sundet (2018). Sundet, Tron Løkken, "Kommentar likestillings- og diskrimineringsloven" i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata 2018 hentet 18. november 2020.
- Svenseid (2020a). Svendseid, Bergit Sønstebo, «Familien som ikke er lov: Fekk barn med kompisen.», NRK, https://www.nrk.no/vestland/xl/lesbiske-friederike-vil-vere-juridisk-mor-til-barna_-men-far-ikkje-stebarnsadoptere-1.14907039 hentet 29. september 2020.
- Svenseid (2020b). Svendseid, Bergit Sønstebo, «Laug til myndighetene for å få adoptere egne barn», NRK, <https://www.nrk.no/vestland/lesbiske-parlyg-om-saeddonor-for-a-fa-stebarnsadopsjon-1.14983216> hentet 4. oktober 2020.
- Syse (2017). Syse, Aslak, «Diskrimineringsvernets normative styrke – Et norsk eksempel til advarsel» i *Festskrift til KK*, Aune, Helga m.fl. (red.), Aarhus: Karnov Group, 2017, side 139-153.
- Syse (2018). Syse, Aslak, «Assistert befruktning. Særlig om eggdonasjon og surrogati», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 16 (2018) side 235-255.
- Sørli (2017). Sørli, Anniken, «Kommentar til lov om endring av juridisk kjønn», i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata 2017, hentet 22. september 2020.
- Sørli (2018). Sørli, Anniken, «Governing (trans)parenthood: The tenacious hold

of biological connection and heterosexuality» i *Queering International Law*, Otto, Diane (red.), Oxon: Routledge, 2018, side 171-190.

Unicef (2007).

Unicef, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3. utg. Genève 2007.

Universitetet i Oslo
(2020).

Universitetet i Oslo, «Hvordan står det til med likestillingen for lesbiske mødre i Norge i dag?», [podcast] (26.06.2020)
<https://www.uio.no/om/aktuelt/universitetsplassen/podkast/episoder/episode-4-uio-Anne-Hellum.mp3?vrtx=view-as-webpage>
hentet 01. juli 2020.

Lover og forskrifter

Lover

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
- 1978 Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).
- 1981 Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).
- 1991 Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven).
- 1992 Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).
- 1993 Lov 30. april 1993 nr. 40 om registrert partnerskap (partnerskapsloven).
- 1999 Lov 7. februar 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
- 1999 Lov 7. februar 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2003 Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven).
- 2008 Lov 27. juni 2008 nr. 53 om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par).
- 2010 Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).
- 2011 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av

	seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).
2016	Lov 17. juni 2016 nr. 46 om endring av juridisk kjønn.
2016	Lov 9. desember 2016 nr. 88 om folkeregistrering (folkeregisterloven).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
2020	Lov 19. juni 2020 nr. 78 om endringer i bioteknologiloven mv.

Forskrifter

2006	Forskrift av 7. april 2006 nr. 396 om krav til kvalitet og sikkerhet ved håndtering av humane celler og vev.
2008	Forskrift 15. desember 2008 nr. 1362 om fastsetjing av medmorskap [medmorforskrifta].
2018	Forskrift 22. juni 2018 nr. 959 om adopsjon.

Forarbeider

NOU 1977:35.	Lov om barn og foreldre (barneloven).
Ot.prp.nr.56 (1996–1997).	Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova).
Ot.prp.nr.64 (2002–2003).	Om lov om medisinsk bruk av bioteknologi m.m (bioteknologiloven).
Ot.prp.nr.33 (2007–2008).	Om lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par).
NOU 2009:5.	Farskap og annen morskap.
NOU 2009:21.	Adopsjon – til barnets beste: En utredning om de mange ulike sidene ved adopsjon.
Prop.88 L (2012–2013).	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
Prop.105 L (2012–2013).	Endringer i barnelova (farskap og morskap).
Prop.80 L (2016–2017)	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).
Prop.81 L (2016–	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og

2017).
Barne- og familiede-
partementet (2018).

Prop.34 L (2019-
2020).

Rundskriv, veiledere og retningslinjer

Helsedirektoratet
(1997).
NAV (2013).

Helsedirektoratet
(2015).
Bufdir (2020b).

Uttalelser fra Biotek- nologirådet

Bioteknologirådet
(2020a).

Bioteknologirådet
(2020b).

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørel- ser

HR-2007-732.

HR-2020-1303-U.

Lagmannsrettsavgjø- relser

diskrimineringsloven).

Barne- og familiedepartementet, «Utvalgsmandat til arbeidet med ny barnelov», <https://www.regjeringen.no/no/dep/bfd/org/styrrer-rad-og-utvalg/eksisterende/barnelovutvalget/id2637328/> hentet 2. oktober 2020.

Endringer i bioteknologiloven mv.

Helsedirektoratet. «Rundskriv til ftrl § 5-22: Bidrag til spesielle formål», 1997, R05-22 [sitert fra Lovdata].

NAV. «Rundskriv til barnelova: 51-00 Nr. 1 – Farskap og medmorsk-
skap», 2013, R51-01-01 [sitert fra Lovdata].

Helsedirektoratet. «Veileder for assistert befruktning med donor-
sæd.», 2015, IS-2418 [sitert fra Lovdata].

Bufdir, «Rundskriv til adopsjonsloven om saksbehandling ved søk-
nad om innenlands- og utenlandsadopsjon» 2020, BUFDIR-2020-
9002 [sitert fra Lovdata].

Bioteknologirådet. «Innspill fra Bioteknologirådet om eggdonasjon
– argumenter for og imot», 23. februar 2020
[https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2010/07/2020-02-23-
Brev-helse-og-omsorgskomiteen-om-eggdonasjon.pdf](https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2010/07/2020-02-23-Brev-helse-og-omsorgskomiteen-om-eggdonasjon.pdf) hentet 20.
august 2020.

Bioteknologirådet. «Skal enslige kvinner få rett til assistert befrukt-
ning?», 27. mars 2020

[https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2020/03/Uttalelse-om-
assistert-befruktning-for-enslige.pdf](https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2020/03/Uttalelse-om-assistert-befruktning-for-enslige.pdf) hentet 21. august 2020.

LF-2004-30543.

LB-2020-34721.

Praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda og dennes forgjengere

LDN 2/2010.

LDO 16/749.

LDN 1/2016.

LDN 32/2016.

DIN 1/2018.

DIN 399/2019.

Internasjonale rettskilder

Traktater og andre menneskerettighetsinstrumenter

Menneskerettighetserklæringen

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, 10. desember 1948.

EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.

SP

Konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.

ØSK

Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16. desember 1966.

VCLT

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969.

KDK

Konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 18. desember 1979.

BK

FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989.

Yogyakartaprinsippene

The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, Yogyakarta, november 2006.

Generelle anbefalinger fra Kvinnediskrimineringskomiteen

CEDAW/C/GC/28

Kvinnediskrimineringskomiteen, «General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Con-

CEDAW/C/GC/29	vention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», 16. desember 2010. Kvinnediskrimineringskomiteen, «General recommendation on article 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», 26. februar 2013.
<i>Generelle kommentarer fra Barnekomiteen</i> CRC/C/GC/14	Barnekomiteen, «General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)», 29. mai 2013.
<i>EMD-avgjørelser</i> Kerkhoven and Hinke v. the Netherlands. Schalk and Kopf v. Austria. S.H. and Others v. Austria.	Case of Kerkhoven and Hinke v. the Netherlands, no. 15666/89, 19. mai 1992. Case of Schalk and Kopf v. Austria, no. 30141/04, 24. juni 2010. Case of S.H. and Others v. Austria, no- 57813/00, 3. november 2011.
Utenlandske rettskilder:	
<i>Lover</i> Bekendtgørelse af FN-konvention om barnets Rettigheder. Bekendtgørelse om vurdering af forældreuegnetted. Børneloven. Lov om assisteret reproduktion.	Bekendtgørelse nr. 6 af 1. januar 1992 af FN-konvention af 20. november 1989 om Barnets Rettigheder [Danmark]. Lovbekendtgørelse nr. 316 af 27. mars 2019 om vurdering af forældreuegnetted i forbindelse med behandling med assisteret reproduktion [Danmark]. Lovbekendtgørelse nr. 772 af 7. august 2019 om børn (børneloven) [Danmark]. Lovbekendtgørelse nr. 902 af 23. august 2019 om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v. [Danmark].
<i>Rundskriv og veiledere</i> Sundheds- og Ældreministeriet	Vejleder nr. 9628 af 11. desember 2012 om autoriserede sundhedspersoners og vævscentres virksomhed og forpligtelser i forbindelse

(2012).

med kunstig befrugtning, [Danmark].

Rettspraksis

Sag

BS-48699/2018-HJR

Dansk Højesterets

dom

avsagt tirsdag 12. november 2019.

Forord

Denne avhandlingen ble nominert av Institutt for offentlig rett til Senter for tverrfaglige kjønnsstudier ved Universitetet i Oslo pris for fremragende kjønnsforskning hvor den ble rangert som det tredje beste arbeidet.

I nominasjonen uttales det:

«Oppgaven er et nybrottsarbeid på kjønnsdiskrimineringsfeltet. Den viser det komplekse samspillet mellom vernet mot diskriminering på grunnlag av kjønn og seksuell orientering. Det er det første rettsvitenskapelige arbeidet som gir en diskrimineringsrettslig vurdering av barnelovens og adopsjonslovens regler om etablering av medmorskap.

De rettslige vurderingene bygger på en kombinasjon av empirisk kunnskap om reglenes virkninger og konsekvenser for kvinnene og barna som berøres og rettslige kilder som spenner over rettsområder som familierett, barnerett, bioteknologirett, statsrett og menneskerettigheter. I vurderingen av om kravene som oppstilles er uforholdsmessig inngripende for dem de gjelder foretas det komplekse og sammensatte rettslige vurderinger. Det foretas en sammenstilling og avveining av ulike rettigheter, slik som barnets rett til kunnskap om biologisk opphav, foreldrenes rett til (etablering av) familieliv og likestilling av foreldreskap uavhengig av kjønn og seksuell orientering.

Oppgaven tetter gjennom sin rettslige og rettspolitiske analyse huller i eksisterende kunnskap. Den kommer ikke bare med kritikk men også med konkrete forslag til hvordan regelverket kan utformes for å gi like rettigheter til lesbiske medmødre og deres barn. Analysene og forslagene er høyst relevante for Barnelovutvalget, som i starten av desember 2020, leverte sin utredning som første steg på veien mot en ny barnelov. I utvalgets mandat var det et uttrykt ønske om et regelverk som kan sikre større likestilling mellom «mor og far». Medmor, den kvinnelige partneren til en fødende mor, var ikke nevnt i mandatet.

Oslo mars 2021

Anne Hellum
(veileder)