

Cecilia Frilund

STATERS SKYLDIGHET ATT BEHANDLA OLIKA –
EN GRANSKNING AV FASTSTÄLLDA KRITERIER
BETRÄFFANDE RÄTTEN TILL SJUKVÅRDSERSÄTTNING
FÖR FERTILITETSBEHANDLING

Avhandling pro gradu i folkrätt och
mänskliga rättigheter
Fakulteten för samhällsvetenskaper och
ekonomi
Handledare: Catarina Krause
Åbo Akademi
2020

ÅBO AKADEMI – FAKULTETEN FÖR SAMHÄLLSVETENSKAP OCH EKONOMI
Abstrakt för avhandling pro gradu

Ämne: Folkrätt och mänskliga rättigheter

Författare: Cecilia Frilund

Arbetets titel: Staters skyldighet att behandla olika – en granskning av fastställda kriterier beträffande rätten till sjukvårdsersättning för fertilitetsbehandling

Handledare: Catarina Krause

Abstrakt:

Avhandlingen avser att granska de kriterier som Folkpensionsanstalten (FPA) fastställt gällande rätten att ansöka om och bli beviljad subventionerade kostnader för fertilitetsbehandling i förhållande till förbud mot diskriminering. Enligt nuvarande praxis förutsätter rätten till sjukvårdsersättning för fertilitetsbehandling ett sjukdomskriterium, vilket försätter kvinnliga par och ensamstående kvinnor i en ogynnsam position, trots att lagen om assisterad befruktning 2006/1237 fastställer att kvinnliga par och ensamstående kvinnor har rätt att genomgå fertilitetsbehandling på samma grunder som ett heterosexuellt par. Uppsatsen syftar till att granska om sjukdomskriteriet ger upphov till diskriminering baserat på sexuell läggning, kön och civilstånd utgående från regleringen i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR).

Avhandlingens frågeställningar besvaras genom en rättsdogmatisk metod med fokus på rättspraxis från Europeiska människorättsdomstolen (Människorättsdomstolen). De centrala internationella bestämmelserna identifieras och analyseras i relation till relevant finländsk lagstiftning. Den finländska lagstiftning som presenteras är diskrimineringslagen 2014/1325, lag om assisterad befruktning 2006/1237 och sjukförsäkringslagen 2004/1224. En redogörelse för FPA:s kriterier för rätt till sjukvårdsersättning presenteras också i uppsatsen.

Likaså belyser avhandlingen hur Människorättsdomstolen identifierar och tolkar särbehandling. Konventionsstater har inte enbart negativa förpliktelser enligt EKMR, utan även positiva förpliktelser som innebär att det finns en skyldighet för stater att aktivt inte inskränka konventionsrättigheter. I avhandlingen konstateras att staterna tillerkänns snäv tolkningsmarginal när det gäller särbehandling på grund av sexuell läggning eller kön. Det krävs därmed ytterst övertygande och vägande skäl för att särbehandling på grund av sexuell läggning eller kön ska kunna rättfärdigas. Särbehandling utgör inte diskriminering per se, utan endast vid sådana tillfällen där situationerna är analoga och en stat inte kan uppvisa att särbehandlingen har en objektiv och försvarlig grund. En diskussion kring Människorättsdomstolens praxis att implementera materiell ojämlikhet som grund för diskriminering förs i avhandlingen.

Enligt iakttagelser i denna avhandling bör kvinnliga par och ensamstående kvinnor ha rätt till sjukvårdsersättning för fertilitetsbehandling utan att det föreligger någon form av sjukdom, eftersom det inte går att bevisa att särbehandlingen baseras på objektiv och försvarlig grund. Stater har en skyldighet att behandla olika, och den slutliga analysen tyder på att Finland inte lyckats behandla olika beträffande kvinnliga par och ensamstående kvinnors rätt till sjukvårdsersättning i samband med fertilitetsbehandling.

Nyckelord: diskriminering, fertilitetsbehandling, assisterad befruktning, särbehandling, sexuell läggning, kön, mänskliga rättigheter, reproduktiva rättigheter, folkrätt

Datum: 9.6.2020

Sidor: iv, 67, X

Ord: 24 300

Innehållsförteckning

1 Introduktion	1
1.1 Bakgrund.....	1
1.2 Frågeställning och avgränsning.....	3
1.3 Material och metod.....	5
2 Relevanta bestämmelser ur ett internationellt perspektiv	7
2.1 Centrala begrepp	7
2.2 Rätt till skydd för privat- och familjeliv.....	10
2.2.1 Tillämpning av skyddet för privat- och familjeliv	10
2.2.2 Privat- och familjeliv i förhållande till sexuell läggning och kön.....	12
2.2.3 Rätt att bilda familj.....	16
2.3 Skyddet mot diskriminering enligt konventionsrätten	19
2.3.1 Förbud mot diskriminering.....	19
2.3.2 Diskrimineringsförbudet i förhållande till sexuell läggning, kön och civilstånd ...	24
2.3.3 Direkt diskriminering och indirekt diskriminering	30
3 Gällande nationell rätt	35
3.1 Diskrimineringslagen 2014/1325	35
3.2 Lag om assisterad befruktning 2006/1237	38
3.3 Sjukförsäkringslag 2004/1224 och FPA:s kriterier för rätt till sjukvårdsersättning	41
4 Att identifiera särbehandling	45
4.1 Staters skyldighet att behandla olika i olika situationer	45
4.2 Staters positiva förpliktelser	49
4.3 Positiva åtgärder och rimliga anpassningsåtgärder	53
4.4 Fastställande av särbehandling.....	56
4.4.1 Avgöra förekomst av ojämlik behandling.....	56
4.4.2 Kravet på objektiv och försvarlig grund	58
5 Sammanfattning	64
Källförteckning	I

Förkortningar

FPA	Folkpensionsanstalten
GrUU	Grundlagsutskottets utlåtande
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta Nationerna
HBTQI	Paraplybegrepp för homosexuella, bisexuella, transpersoner, queerpersoner och intersexuella
IVF-behandling	In vitro-fertilisering
Människorättsdomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
RFSU	Riksförbundet för sexuell upplysning
RP	Regeringsproposition
Seta	Seksuaalinen tasavertaisuus
THL	Terveyden ja hyvinvoinnin laitos
TP 12	Tilläggsprotokoll 12 till Europeiska konventionen
WHO	World Health Organization

*It is not our differences that divide us.
It is our inability to recognize, accept, and celebrate those differences.*

Audre Lorde

1 Introduktion

1.1 Bakgrund

Enligt förhandlingsresultatet om regeringsprogrammet från 3.6.2019 nämns som en målsättning att barn - och familjeanpassning i Finland ska främjas. Det betonas att Finland ska fungera som ett barn - och familjevänligt land som är inkluderande och likställt. Vidare framhålls att ”människor ska stödas i sin strävan efter önskat antal barn. En familj kan bildas på många olika sätt och olika familjemodeller är lika värdefulla.”¹ I den nationella lagen om assisterad befruktning 1237/2006 2 § fastslås att par som lever tillsammans i äktenskap, i registrerat partnerskap eller under äktenskapsliknande förhållanden har rätt till assisterad befruktning, d.v.s. fertilitetsvård.² Detta innefattar med andra ord både heterosexuella par och två homosexuella kvinnor som lever tillsammans. Ensamstående kvinnor har enligt samma lag rätt till assisterad befruktning.³ Det här är ett steg i rätt riktning när det gäller rätten till en jämlik fertilitetsvård för alla som önskar få barn. Lagen om assisterad befruktning antogs år 2006 och har utnämnts av Seta som en milstolpe för regnbågsfinland.⁴ Syftet med att påbörja fertilitetsbehandling är att denna förhoppningsvis ska resultera i en graviditet. Enligt fertilitetskliniken Ovumia Fertinovas prislista för assisterad befruktning ligger priset på en IVF-behandling kring 2000 - 3000 €.⁵ Det bör dock poängteras att det oftast krävs fler än en behandling innan den resulterar i graviditet. Till följd av detta är det inte en självklarhet att de personer som längtar efter barn har råd att genomgå fertilitetsbehandling, eftersom kostnaderna snabbt riskerar att bli höga.

Folkpensionsanstaltens (härefter FPA) regler kring rätt till sjukvårdsersättningar slår fast att sjukvårdsersättningar för fertilitetsbehandling endast kan beviljas i det fall där barnlösheten är en följd av sjukdom.⁶ FPA:s kriterier för rätt till sjukvårdsersättning grundar sig i sin tur på sjukförsäkringslagen 1224/2004. Det som här förefaller problematiskt gällande sjukförsäkringslagen och därmed också rätt till sjukvårdsersättningar för fertilitetsbehandling,

¹ Förhandlingsresultat om regeringsprogrammet, Ett inkluderande och kunnigt Finland – Ett socialt, ekonomiskt och ekologiskt hållbart samhälle, 3.6.2019.

² Lag om assisterad befruktning, 22.12.2006/1237, 2 § mom 1.

³ *Ibid.*

⁴ Seta ry (seksuaalinen tasavertaisuus) är en finländsk människorättsorganisation som jobbar för jämlikhet för alla oavsett sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck, <https://sv.seta.fi>.

⁵ Ovumia Fertinova, fertilitetsklinik, <https://www.ovumia.fi/sv/prislista/>.

⁶ FPA:s förmånsanvisning om sjukvårdsersättningar 22.01.2020, s. 42.

är kravet på en konstaterad ”sjukdom”. Eftersom två kvinnor som lever tillsammans av rent uppenbara biologiska skäl inte kan få barn tillsammans utan assisterad befruktning/fertilitetsbehandling, är orsaken till barnlöshet inte nödvändigtvis sjukdom (exempelvis infertilitet). Att sjukdom utgör grunden för rätten till sjukvårdsersättningar som kan erhållas från FPA vid fertilitetsbehandling leder i sin tur till att kvinnliga par och ensamstående kvinnor riskerar att nekas ersättning mer frekvent än heterosexuella par som försöker få barn.

Möjligheten till assisterad befruktning ska ses som individuell rättighet för varje kvinna, oavsett civilstånd och sexuell läggning. I Belgien har alla kvinnor upp till 43 års ålder rätt till återbetalning av laboratoriekostnader för sex stycken IVF-cykler sedan 2003.⁷ Även om Finland, i jämförelse med många andra europeiska länder, har en tämligen liberal och jämlik lagstiftning kring assisterad befruktning så missgynnas kvinnliga par och ensamstående kvinnor i praktiken av nuvarande reglering. Accessen till fertilitetsbehandling begränsas genom att det förutsätts en medicinskt konstaterad sjukdom för att vårdtagaren ska ha rätt att ansöka om och bli beviljad sjukvårdsersättning.

Ofrivillig barnlöshet definieras av FPA som ”en situation där kvinnan och/eller mannen har konstaterats ha en grundsjukdom som orsak till barnlöshet [...]”⁸ men ofrivillig barnlöshet kan självfallet basera sig på andra grunder än endast sjukdomstillstånd. Att vara fertil men inte kunna bli gravid och bilda familj utan assisterad befruktning p.g.a. sexuell läggning eller civilstånd, bidrar till ojämställdhet i fråga om rätten till ekonomiska subventioner. Kvinnliga par och ensamstående kvinnor tillhör grupper i samhället som på grund av sitt kön, sin sexuella läggning och sin sociala status tenderar att diskrimineras mer frekvent jämfört med andra grupper. Om det inte existerar några medicinska hinder för att bli gravid och skaffa barn, borde det år 2020 inte heller finnas några ekonomiska hinder för detta. Av principiella skäl är det därför viktigt att undersöka om det nuvarande kravet på medicinskt konstaterad sjukdom för rätt till beviljad sjukvårdsersättning kan anses utgöra en form av diskriminering enligt gällande nationella och internationella normer och regleringar.

⁷ European Centre for Parliamentary Research and Documentation (ECPRD), http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/b50d9310-07f1-4691-9f2f-137cbc0cf75d/No_12_September_2016_in_vitro_fertilisation.pdf.

⁸ <https://elamassa.fi/hem-och-familj/barnlosheten-tarde-pa-parforhallandet-barn-med-hjalp-av-fertilitetsbehandlingar/?lang=sv.>,

1.2 Frågeställning och avgränsning

Syftet med denna avhandling är att utreda om det förekommer diskriminering genom FPA:s krav på *sjukdom* som grund för rätten att ansöka om och erhålla ekonomisk ersättning för fertilitetsbehandling enligt nuvarande regler för sjukvårdsersättningar. Går det att påvisa att grunderna för rätten till sjukvårdsersättning för fertilitetsbehandling gynnar en heteronormativ tvåsamhetsnorm och tillika försummar individen på grund av sexuell läggning, kön och civilstånd? I avhandlingen granskas den finländska sjukförsäkringslagen som i sin tur utgör grunden för vem som har rätt till sjukvårdsersättningar. Den centrala problematiken kretsar kring hur ersättningspraxisen hanteras utgående från sjukförsäkringslagen. Vad som behöver besvaras är frågan om det skulle vara nödvändigt att ändra på den finländska lagstiftningen, eller kan en ändring av riktlinjerna för FPA:s regler för rätten till sjukvårdsersättning anses vara tillräcklig för att garantera en jämlik behandling?

Principen om kravet på objektiv och försvarlig grund är väsentlig eftersom det de facto förekommer situationer eller tillfällen när en inskränkning av en rättighet inte anses vara förbjuden eller utgöra en kränkning. Alla former av särbehandling utgör inte diskriminering automatiskt, och det finns situationer där stater är skyldiga att behandla olika för att uppnå en faktisk jämlikhet. Genom att undersöka ifall FPA:s ersättningskriterier faller inom ramen för statens tolkningsmarginal kan frågan om eventuell förekomst av diskriminering besvaras. För att avgöra vilken typ av diskriminering den aktuella frågeställningen omfattas av behöver en diskussion om både formell och materiell diskriminering föras fram. Avhandlingens frågeställningen söker svar på huruvida det skulle kunna anses vara så att sjukdomskriterierna fastställda av FPA inte orsakar diskriminering utan helt enkelt är baserade på objektiv grund och syftet för kriterierna är nödvändigt.

Begreppet familj och familjeliv kommer att förklaras och definieras, men familjerätt som sådan behandlas inte desto mer. En diskussion förs också kring frågan om det existerar en rättighet att bli förälder enligt internationella normer. Kränks skyddet av privat- och familjeliv när kriterierna för rätten till subventionerad ersättning för assisterad befruktning kan anses vara begränsande för en specifik grupp i samhället? I detta fall drabbas lesbiska kvinnor och ensamstående kvinnor av ett regelverk som leder till ojämställdhet och därför är det just dessa grupper som avhandlingen fokuserar på. Eftersom kvinnor specifikt är den grupp som drabbas

av ersättningskriterierna vore det rimligt att fråga sig om FPA:s nuvarande praxis kan anses utgöra diskriminering på grund av kön.

Enligt gällande lagstiftning är det inte möjligt för två homosexuella män att använda sig av assisterad befruktning för att kunna skaffa barn tillsammans och därför syftar begreppet homosexuell eller samkönade par enbart till lesbiska par i denna avhandling.⁹ Ensamstående kvinnor tillhör en sårbar grupp, dels på grund av sin sociala status (d.v.s. civilstånd), och dels på grund av sitt kön. Detta bidrar till att ensamstående kvinnor ur ett socio-ekonomiskt perspektiv tenderar att diskrimineras mer strukturellt än många andra grupper i samhället. Den ekonomiska konsekvens som uppkommer genom rådande kriterier för ersättning vid fertilitetsbehandling orsaker därmed dubbel ojämlikhet för ensamstående kvinnor. Civilstånd *per se* definieras inte som en enskild diskrimineringsgrund enligt EKMR, men statusen som sådan kommer att diskuteras och granskas i kombination med kön och sexuell läggning. Med assisterad befruktning eller fertilitetsbehandling avses i denna avhandling insemination och IVF-behandling, eftersom dessa två är de vanligaste typerna av fertilitetsbehandling som kvinnor genomgår.¹⁰

Med tanke på att avhandlingen berör ämnet jämlikhet kopplat till samkönade förhållanden och reproduktiva rättigheter behöver aspekten kring heteronormativitet belysas, om än väldigt kortfattat. Någon noggrannare redogörelse för HBTQI-personers rättigheter ur ett internationellt perspektiv kommer emellertid inte att presenteras här även om frågeställningen tangerar samkönade pars rättigheter.¹¹

Avhandlingen skrivs ur ett folkrättsligt perspektiv med fokus på ett problem som orsakas av en nationell reglering. Finland har förbundit sig att respektera både nationella och internationella normer och principer gällande diskrimineringsförbudet. Den nationella lagstiftningen får inte stå i strid med de rättigheter som garanteras av EKMR, och därför är det väsentligt att besvara frågan om huruvida den finländska staten misslyckats i att behandla personer i olika situationer olika. Om svaret är ja har den finländska staten gjort sig skyldig till diskriminering.

⁹ Lag om assisterad befruktning, 22.12.2006/1237, 2 § mom. Lesbisk är ett uttryck för en homosexuell kvinna, Seta, <https://sv.seta.fi/lhbtqi-fakta/>.

¹⁰ Söderström-Anttila och Laivuori 2018, s. 16.

¹¹ Akronymen HBTQI syftar till homosexuella, bisexuella, transpersoner, queers och intersexuella. Detta är ett samlingsbegrepp för grupper med sådan sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck som anses avvika från normen, <https://thl.fi/sv/web/jamstallldhet/framjande-av-jamstallldhet/ordlista>.

1.3 Material och metod

Avhandlingen inleds med förtydligande av de centrala begrepp som tillämpas inom området och även av den aktuella terminologin kring assisterad befruktning. Dessutom presenteras för ämnet användbar statistik om fertilitetsbehandlingar i det andra kapitlet. Det viktigaste instrumentet som analyseras är Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (härefter EKMR). Eftersom privat- och familjeliv omfattas av EKMR artikel 8 granskas principen i samma kapitel. Det andra kapitlet omfattar även de internationella reglerna som förbjuder diskriminering; artikel 14 EKMR och artikel 1 i tilläggsprotokoll 12 (härefter TP 12). Avhandlingens fokus är riktat på förbud mot diskriminering och indirekt diskriminering och hur detta förbud preciseras enligt internationella normer. Rättspraxis från Europeiska människorättsdomstolen (härefter Människorättsdomstolen) gällande direkt diskriminering och indirekt diskriminering utgör en primärkälla eftersom den visar på riktlinjer för hur medlemsstater ska tolka och bedöma grunder för diskriminering och särbehandling. Alla rättsfall som omnämns och refereras till i avhandlingen kommer från Människorättsdomstolen. Tillämpningspraxisen är betydelsefull då det gäller att avgöra hur avhandlingens frågeställning skulle kunna bedömas av Människorättsdomstolen.

I det tredje kapitlet granskas de nationella lagar som berör ämnesområdet och därmed även FPA:s kriterier för sjukvårdsersättningar. Sjukförsäkringslagen är relevant för avhandlingens syfte, eftersom FPA:s ersättningskriterier baseras på just denna lagstiftning. Av självklara skäl utgör den finländska diskrimineringslagen en viktig grund i sammanhanget. En skildring av den nuvarande nationella lagstiftningen kring assisterad befruktning och dess bakgrund är nödvändig för att visa på hur utvecklingen av lagen framskridit och den juridiska tyngd som ger kvinnliga par och ensamstående kvinnor rätt att ta del av assisterad befruktning. Regeringspropositioner ingår som en del av det undersökta materialet.

Det fjärde kapitlet granskar fastställande av särbehandling. Stater har en skyldighet att behandla olika personer i olika situationer olika, och ett sådant eventuellt misslyckande kan ge upphov till diskriminering. Trots att diskrimineringsförbudet är starkt förekommer det situationer där särbehandling kan tillåtas, och därmed är förbudet mot diskriminering inte absolut. Staters tolkningsmarginal är betydelsefull eftersom den ger utrymme för nationell tolkning av Europakonventionen. Tolkningsmarginalens bredd varierar beroende på ämne och ärende.

Som grund för den slutliga analysen utgör EKMR artikel 14 och artikel 8, tilläggsprotokoll 12 artikel 1 de primära källorna tillsammans med syfte och tillämpning av sjukförsäkringslagen 2004/1224. Avslutningsvis presenteras i avhandlingen en sammanfattning av den analys som bygger på granskningen av diskrimineringsgrunder i förhållande till rätten till subventionerad fertilitetsvård enligt finländsk lagstiftning och FPA:s ersättningsprinciper. I avhandlingen tillämpas en rättsdogmatisk metod vid redogörelsen över rättsläget. Avhandlingen skrivs ur ett folkrättsligt perspektiv även om det juridiska problemet hänför sig främst till en nationell bestämmelse som grundar sig på nationell lagstiftning. Det som berör den huvudsakliga frågeställningen omfattas likväl av internationella normer eftersom internationell rättspraxis tydligt visar på att det råder en ovisshet om hur långt diskrimineringsförbudet sträcker sig. Utöver rättspraxis och centrala principer och normer används även observationer och kommentarer från rättsforskare i form av artiklar och monografier som en del utav materialet.

Artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan) inkluderar ett allmänt förbud mot diskriminering, vilket binder alla EU:s medlemsstater att följa de regler som artikeln fastslår.¹² De regler som fastställts i EU-stadgan riktar sig till unionens institutioner, organ, byråer och även till unionens medlemsstater när dessa utövar unionsrätten, något som bekräftats i artikel 51 (1).¹³ Såsom stipuleras i EU-stadgans artikel 52 utgör stadgan endast ett minimiskydd, vilket innebär att varje medlemsstat är fri att utforma ett mer omfattande skydd gällande diskriminering. EU-rätten är emellertid inte tillämpbar för att besvara de relevanta frågeställningarna i denna avhandling, och därför används inte EU-stadgan som ett specifikt instrument för att besvara eller tolka avhandlingens frågeställning. I nuläget existerar det inte någon gemensam EU-lagstiftning för assisterad befruktning eller fertilitetsbehandling utan varje medlemsstat har rätt att utforma sin nationella lagstiftning kring tillgång och rätt till assisterad befruktning.¹⁴ Den gemensamma EU-lagstiftningen kring assisterad befruktning hänför sig främst till användning, förvaring och transport av vävnader och celler.¹⁵ EKMR erbjuder ett skydd mot diskriminering på områden som inte omfattas av EU-rätten, vilket gör att EKMR är det huvudsakliga rättsinstrumentet som granskas i denna avhandling.

¹² Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, (2000/C 364/01), 18.12.2000.

¹³ 1. Bestämmelserna i denna stadga riktar sig, med beaktande av subsidiaritetsprincipen, till unionens institutioner, organ och byråer samt till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, (2000/C 364/01), 18.12.2000.

¹⁴ European Society of Human Reproduction and Embryology, 2017, <https://www.eshre.eu/Press-Room/Resources.aspx>.

¹⁵ *Ibid.*

2 Relevanta bestämmelser ur ett internationellt perspektiv

2.1 Centrala begrepp

Assisterad befruktning innebär ett alternativt sätt att åstadkomma graviditet. Detta sker genom att könsceller tillvaratas och befruktas i laboratoriemiljö. Metoden kallas också för fertilitetsbehandling och tack vare medicinsk forskning och vetenskapliga framsteg finns det idag flertalet metoder och behandlingar för den som av olika orsaker inte kan bli gravid utan vård. Louise Brown, det så kallade första IVF-barnet, föddes år 1978.¹⁶ Forskarna Robert G. Edwards och Patrick Steptoe utvecklade den banbrytande metoden med provrörsbefruktning som resulterade i att infertila kvinnor fick möjligheten att bli gravida och föda barn.¹⁷ Edwards blev senare tilldelad Nobelpriset i medicin tack vare utvecklingen av IVF-behandling.¹⁸ IVF-behandling (in vitro-fertilisering) och inseminering utgör de vanligaste formerna av assisterad befruktning för kvinnor.¹⁹ Båda metoderna kan utföras med egna eller donerade könsceller.²⁰ Enligt en statistikrapport från Institutet för hälsa och välfärd (THL) påbörjades 14 000 assisterade befruktningar år 2016, varav 18,2 % ledde till födseln av ett barn.²¹ Resultatet blev 2 442 barn, vilket i sin tur uppskattningsvis utgjorde 6,5 % av alla barn födda i Finland under samma år.

Det är ingen överdrift att påstå att möjligheten till assisterad befruktning har varit banbrytande när det kommer till att kunna bilda familj trots fertilitetsproblematik, uppskattningsvis har över 8 miljoner barn fötts genom assisterad befruktning sedan metoden uppfanns 1978.²² Som bekant har, förutom heterosexuella par, även kvinnliga par och ensamstående kvinnor rätt till fertilitetsbehandling i Finland. Av den orsaken är inte infertilitet den enda orsaken till att en kvinna genomgår fertilitetsbehandling idag, till skillnad från när metoden för provrörsbefruktning utvecklades med syftet att heterosexuella par som led av

¹⁶ Mitchell 2012, s. 77.

¹⁷ *Ibid.*, s. 78.

¹⁸ <https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/2010/edwards/facts/>.

¹⁹ Söderström-Anttila och Laivuori 2018, s. 16.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Statistiken över assisterad befruktning bygger på information om provrörsbefruktning, mikroinjektionsbehandlingar, överföring av frysta embryon och artificiella inseminationer. Statistiken över assisterad befruktning samlas in årligen från alla finländska kliniker som utför assisterad befruktning, både inom den privata och den offentliga sektorn. Datainsamlingen baseras på siffror som klinikerna själva har uppgett. Alla kliniker som erbjöd assisterad befruktning i Finland åren 2016-2017 ingår i materialet. Institutet för hälsa och välfärd (THL), Finlands officiella statistik, Statistikrapport 16/2018, 23.5.2018.

²² European Society of Human Reproduction and Embryology, <https://www.focuseonreproduction.eu/article/ESHRE-News-GlobalIVF18>.

fertilitetsproblem skulle kunna bli gravida. Det existerar således inte något krav på infertilitet som förutsättning för att en kvinna i Finland ska ha rätt att genomgå assisterad befruktning.²³ En mer utförlig redogörelse av Finlands lag om assisterad befruktning 1237/2006 tas upp i kapitel 3 i avhandlingen.

Finland beskrivs ofta som ett förebildsland när det kommer till jämställdhet och jämlikhet. Sedan år 2017 har Finland en jämlik äktenskapslag och redan år 2006 trädde lagen om assisterad befruktning i kraft, vilken garanterar kvinnliga par och ensamstående kvinnor rätt till fertilitetsbehandling.²⁴ Av denna orsak är det nödvändigt att utreda varför kvinnliga par och ensamstående kvinnor inte kan ansöka om sjukvårdsersättning från FPA för fertilitetsbehandling utan ”sjukdom” som villkor. Av uppenbara biologiska orsaker är det inte möjligt för två kvinnor att bli gravida tillsammans. En ensamstående kvinna befinner sig i praktiken i samma dilemma som ett kvinnligt par ifall hon bestämmer sig för att skaffa barn och bilda familj på egen hand. För att en befruktning ska ske behövs ofrånkomligen både äggceller och sädesceller, oavsett om det rör sig om samlag eller assisterad befruktning. Detta förutsätter i sin tur att det finns donerade sädesceller att tillgå i fråga om assisterad befruktning. Ifall det vore så att kvinnliga par och ensamstående kvinnor kunde åstadkomma befruktning och graviditet utan att ta hjälp av assisterad befruktning vore den aktuella frågeställningen inte alls relevant. Det går att anta att heterosexuella par uppsöker fertilitetsvård exklusivt på grund av problem med den egna reproduktiva hälsan. Till följd av detta konstateras sannolikt att ”sjukdom” är den bakomliggande faktorn till barnlöshet i uteslutande fall för heterosexuella par vilket i sin tur berättigar till subventioner för behandlingarna från FPA.

Social- och hälsovårdsministeriet noterar i ett pressmeddelande 17.4.2015 att kriterierna för fertilitetsbehandling gäller alla jämlikt och att endast medicinska orsaker kan utgöra ett hinder för att genomgå behandlingen.²⁵ Det poängteras att olika grupper inte får diskrimineras vid fertilitetsbehandlingar och att kvinnliga par, ensamstående kvinnor, transsexuella och personer med HIV ska erbjudas tillgång till behandlingarna.²⁶

²³ Infertilitet innebär oförmåga att bli gravid. Orsaken till barnlöshet är oftast svårt att förklara, men är vanligen kopplad till medicinska skäl, https://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=dlk00151.

²⁴ Äktenskapslag 13.6.1929/234; Lag om assisterad befruktning 22.12.2006/1237.

²⁵ https://mmm.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/1271139/hedelmoityshoidon-perusteet-koskevat-yhdenvertaisesti-kaikkia.

²⁶ *Ibid.*

Tidigare har den som varit i behov av donerade könsceller varit tvungen att uppsöka privat sjukvård för att genomgå fertilitetsbehandling, men sedan hösten 2019 kan remisser utfärdas till den offentliga hälso- och sjukvården för fertilitetsbehandling med donerade könsceller.²⁷ Orsaken till den tidigare situationen är, att endast privata kliniker tidigare har haft tillgång till könscellsbanker och därmed kunnat erbjuda donerade könsceller. Donerade könsceller är nödvändiga för att en behandling i form av assisterad befruktning ska kunna genomföras, både för personer som lider av infertilitet och därmed själva inte har funktionerande ägg eller spermier, samt för kvinnliga par och ensamstående kvinnor. För heterosexuella par är det inte alltid nödvändigt med donerade könsceller, utan endast i de fall där könscellsproduktionen inte fungerar normalt, ifall de egna könscellerna inte är funktionsdugliga eller om det finns en påfallande hög risk för att barnet får en svår ärftlig sjukdom om de egna könscellerna används.²⁸ Genom att den offentliga sjukvården numera också erbjuder fertilitetsbehandling med donerade könsceller, bidrar det till att fertilitetsvården blir mer tillgänglig för alla, oavsett livssituation och sexuell läggning. Det är viktigt att notera att denna fråga inte enbart handlar om den ekonomiska aspekten när det gäller möjlighet till assisterad befruktning, utan även om vilket budskap som förmedlas gällande familjekonstellationer på ett samhälleligt plan och vem som egentligen anses ha rätt till att bilda familj.

Ur en ekonomisk synvinkel medför upprättandet av könscellsbanker inom den offentliga sjukvården en positiv utveckling när det gäller samhällets möjlighet att kunna erbjuda en mer jämställd och inkluderande fertilitetsvård. Vad som trots det orsakar ojämlikhet är det faktum att behandlingarna ska finansieras privat och den totala kostnaden för behandlingen tenderar att bli hög. Såsom tidigare konstaterats krävs det oftast ett flertal fertilitetsbehandlingar innan en graviditet uppstår, något som ytterligare förhöjer den totala kostnaden för den som genomgår assisterad befruktning. Enligt rådande priser för fertilitetsbehandlingar inom den privata sjukvården beräknas en IVF-behandling kosta strax under 2 500 € och en insemination runt 300 €. ²⁹ Därutöver förutsätter behandlingarna i ett kvinnligt par eller en ensamstående kvinnas fall behovet av donerade spermier, vilket kostar mellan 462 – 650 € per behandling.³⁰ Vid en IVF-behandling ska även hormonsprutor tas i samband med behandlingen, vilket

²⁷ <https://www.sttinfo.fi/tiedote/hus-inleder-fertilitetsbehandlingar-med-donerade-konsceller?publisherId=23980819&releaseId=69867717>.

²⁸ <https://www.ovumia.fi/sv/donering-av-aggceller/>.

²⁹ <https://www.ovumia.fi/sv/prislista/>, <https://www.auraklinikka.fi/svenska/priser/>.

³⁰ *Ibid.*

medför ytterligare utgifter.³¹ Det är inte sällan som det krävs mer än en behandling innan en befruktning sker och resulterar i en graviditet.³² Sammanlagt kan kostnaderna överstiga 10 000 € om flertalet behandlingar eller behandlingsformer behövs – en summa som för många personer är oöverkomligt hög och för en del kräver tagande av lån.

Även om den offentliga hälso- och sjukvården numera utgör ett alternativ till den privata, är priserna för fertilitetsbehandling så pass höga att det kan utgöra ett ekonomiskt hinder, speciellt för en ensamstående kvinna.³³ När fertilitetsbehandling genomförs av icke-medicinska orsaker förväntas klienterna/klienten stå för hela kostanden på egen hand, utan någon subvention från FPA. Ifall det är så att ett kvinnligt par eller en ensamstående kvinna skulle lida av infertilitet eller annat som försvårar deras/dennas förmåga att bli gravida/gravid har hon rätt till sjukvårdsersättning, men då bör det bevisas genom medicinsk undersökning att det föreligger fertilitetsproblem.³⁴ Det kan konstatera att den främsta orsaken till att ett kvinnligt par eller en ensamstående kvinna genomgår assisterad befruktning är personliga omständigheter kopplade till sexualitet, kön och civilstånd och inte infertilitet.

2.2 Rätt till skydd för privat- och familjeliv

2.2.1 Tillämpning av skyddet för privat- och familjeliv

Artikel 8 i EKMR garanterar var och en skydd för den privata sfären och individens självbestämmanderätt.³⁵ Omfattningen av artikel 8 har utvidgats under årens lopp och Människorättsdomstolen har tolkat begreppet privatliv till att omfatta mångfacetterade områden, så som skyddet av personuppgifter, individens identitet, fysisk och psykisk identitet, och relationer till andra och den yttre världen.³⁶ Artikel 8 lyder enligt följande:

1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till

³¹ <https://www.auraklinikka.fi/svenska/provrorsbefruktning-ivf>.

³² Söderström-Anttila 2009, s. 9-10.

³³ <https://www.suomi.fi/medborgare/parforhallande-och-familj/fa-och-varda-barn/guide/infertilitetsbehandling-och-adoption/ofrivillig-barnloshet-och-fertilitetsbehandling>.

³⁴ <https://elamassa.fi/hem-och-familj/barnlosheten-tarde-pa-parforhallandet-barn-med-hjalp-av-fertilitetsbehandlingar/?lang=sv>.

³⁵ de Vries 2018, s. 667.

³⁶ *Ibid.*

förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.³⁷

Artikeln består av två primära områden; den första punkten berör de fyra sektionerna privatliv, familjeliv, hem och korrespondens som skyddas, och den andra punkten berör omständigheter där skyddet kan inskränkas. Formuleringen i artikeln är ospecifik och relativt öppen. Ingen tydlig avgränsning görs mellan de två sektionerna i artikeln. Vad som är att betrakta som privatliv respektive familjeliv är inte heller specificerat i EKMR, utan innehållet tolkas av Människorättsdomstolen. Generellt har artikeln tolkats brett och rättigheterna omfattar flera olika företeelser och tillämpningsområden. Rätt till skydd för privatliv enligt artikel 8 är vidsträckt, och skyddar mot flera olika åtgärder och handlingar. Övergripande kan rätten till skydd för privatliv anses innebära att varje enskild person har rätt att utvecklas så som den väljer i förhållande till andra, utan att någon utomstående blandar sig i. EKMR brukar benämnas som ett levande instrument och därmed har det skett en rättsutveckling genom Människorättsdomstolens praxis, eftersom tillämpningsområdet har utökats dels på grund av den teknologiska utvecklingen och digitalisering av samhället och dels uppkomsten av nya och liberala värderingar.

Hem och korrespondens utgör de resterande områdena som artikel 8 omfattar. Artikel 8 (2) fastställer tydligt att en konventionsstat inte får blanda sig i områden som räknas upp i 8 (1), något som utgör en negativ förpliktelse för stater. Det centrala i artikel 8 är att varje person ska ha rätt att leva sitt liv så som hen själv vill utan inblandning från externa håll, så som till exempel andra personer eller myndigheter, och att skyddet för den personliga integriteten ska upprätthållas. Skyddet för privat- och familjeliv, hem och korrespondens kan enligt punkt 2 i artikeln begränsas under särskilda omständigheter; ”med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter”.³⁸ Detta innebär att skyddet av privat- och familjeliv, hemmet och korrespondens inte är absolut, utan kan inskränkas om en situation så kräver. För det första bör en inskränkning av skyddet alltid ha stöd i *lag* och vara *nödvändig*. Det stadgade undantaget bör för det andra uppfylla de uppräknade intressena; den nationella säkerheten, den allmänna

³⁷ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, 4.6.1950, artikel 8.

³⁸ *Ibid.*, artikel 8 (2).

säkerheten eller statens ekonomiska välstånd, för att förebygga oordning eller brott, för att skydda hälsa eller moral eller att skydda för andra personers fri- och rättigheter.

Artikel 8 är därmed konstruerad så att punkt 1 behandlar rättigheterna som sådana, medan punkt 2 fastställer grunderna för förhållanden som kan föranleda att en rättighet från punkt 1 kan begränsas eller inskränkas. Människorättsdomstolen har fastställt att artikel 8 också inbegriper positiva förpliktelser för stater; rättigheterna som räknas upp i 8 (1) ska inte endast skyddas från inblandning från externa håll, utan konventionsstaterna ska inte bara frånhålla sig från att kränka rättigheterna, utan även aktivt vidta åtgärder för att en kränkning inte ska ske.³⁹ För att kunna ta ställning till huruvida en kränkning enligt artikel 8 skett, bör Människorättsdomstolen först avgöra huruvida klagomålet faller under artikelns tillämpningsområde för att sedan kunna undersöka klagan om kränkning. För att kunna åberopa artikel 8 (1) bör kränkningen kunna omfattas av de fyra rättsområden som listas upp. Om en kränkning av rättigheterna under artikel 8 förekommit bör domstolen även avgöra om fallet ska behandlas enligt positiv eller negativ förpliktelse.⁴⁰

Tolkningsmarginalen är väsentlig när det kommer till artikel 8. Konventionsstaterna åtnjuter en viss tolkningsmarginal när det gäller att tolka konventionens rättigheter, oavsett om det berör en positiv eller negativ förpliktelse.⁴¹ Tolkningsmarginalen möjliggör en inskränkning för konventionsstaterna om en inskränkning kan anses vara nödvändig. Formuleringen ”rätt till skydd” (right to respect) påverkar staters tolkningsmarginal. Rätten till skydd mot något förutsätter att en tredje part, d.v.s. staten, inte endast ska avstå från att ingripa i de rättigheter som är skyddade (negativa) men samtidigt vidta sådana åtgärder som krävs för att skydda den enskilda individens liv från angrepp från andra parter (positiva). En mer utförlig redogörelse och granskning av tolkningsmarginalen, positiva och negativa förpliktelser ges i kapitel 4.

2.2.2 Privat- och familjeliv i förhållande till sexuell läggning och kön

Människorättsdomstolen har upprepade gånger uttalat att det varken är rimligt eller nödvändigt att definiera begreppet privatliv.⁴² Rättspraxis visar på att artikel 8 täcker vittomfattande rättigheter och intressen, och inbegriper flertalet aspekter av en individs

³⁹ de Vries 2018, s. 669.

⁴⁰ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 524.

⁴¹ *Ibid.*, s. 523.

⁴² de Vries 2018, s. 670.

fysiska och sociala identitet.⁴³ Baserat på tidigare domar som utfärdats från Människorättsdomstolen, går det att dra slutsatsen att det viktigaste ändamålet med artikel 8 är att skydda individen från godtycklig inblandning från offentliga myndigheter.⁴⁴ Genom sin rättspraxis har domstolen gett riktlinjer för hur innebörd och omfattning kring artikel 8 ska tolkas. Tack vare domstolens breda tolkning av privatliv och den generösa inställningen till definitionen av personliga intressen har rättspraxisen kunnat utvecklas i linje med den sociala och tekniska utvecklingen.⁴⁵ I sin tolkning av begreppet privatliv har domstolen ofta hänvisat till principen om personlig självbestämmanderätt.⁴⁶ Domstolen har noterat att rätten till privatliv inkluderar en rätt till personlig utveckling, rätt att etablera och upprätthålla förhållanden till andra personer och skyddet av självbestämmanderätt.⁴⁷

Begreppet privatliv har enligt Människorättsdomstolen förklarats som aspekter som relaterar till personlig identitet, vilket inkluderar en individs fysiska, psykiska och sociala identitet. Detta innefattar därmed sektioner som berör någons namn, familjerelationer, könsidentitet, personlig autonomi, sexuell läggning och etnisk identitet samt reproduktiva rättigheter.⁴⁸ Sexuell läggning har erkänts som ett element som omfattas av privatliv enligt Människorättsdomstolen. Sexuell läggning är kopplat till personlig identitet, vilket bidrar till att sexuell läggning faller under sektionen privatliv. Domstolen har hänvisat till att sexuell läggning anses höra till den mest intima delen av privatlivet, vilket inte är överraskande.

Enligt WHO är sexualitet en väldigt central aspekt i människors liv och omfattar kön, könsidentitet och könsroller, sexuell läggning, erotik, njutning, intimitet och reproduktion.⁴⁹ En människas sexuella läggning är därmed en del av sexualiteten.⁵⁰ Sexuella aktiviteter sker i en privat sfär och inkluderar åtminstone en person, men vanligtvis flera. Artikel 8 är den artikel som mest framgångsrikt använts vid tillämpningen av rättigheter som berör sexuell läggning.⁵¹ Könsidentitet har sedan länge konstaterats omfattas av begreppet privatliv och

⁴³ FRA 2010, s. 80.

⁴⁴ *P. och S. mot Polen*, 57375/08, p. 94; *Nunez mot Norge* 55597/09, p. 68.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ de Vries 2018, s. 670.

⁴⁷ *E.B. mot Frankrike*, 43546/02, p. 43.

⁴⁸ de Vries 2018, s. 680, Pellonpää 2012, s. 656-657.

⁴⁹ World Health Organization (WHO), *Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach*, 2017.

⁵⁰ Sexuell läggning definieras enligt Regnbågsankan.fi som ett begrepp som tillämpas för att kategorisera människor utgående ifrån vem de attraheras av eller käre i, <https://www.regnbagsankan.fi/utbildning/fakta-om-hbtiq/>.

⁵¹ Johnson 2013, s. 93.

därmed även artikel 8.⁵² Kön och könsidentitet innebär inte entydigt samma sak. Kön kan anses vara ett paraplybegrepp som kan delas upp i underkategorier; kropp, juridiskt kön, könsidentitet och könsuttryck.⁵³ Könsidentitet kan beskrivas som en individs självupplevda kön, d.v.s. vilket kön man själv uppfattar sig vara. Könsidentitet har stark koppling till självbestämmanderätten eftersom ingen annan kan bestämma vilket kön en individ ska tillhöra.⁵⁴

Fallet *Dudgeon mot Förenade kungariket* beträffande homosexuella handlingar mellan vuxna samtyckande män utgjorde en vändpunkt för hur privatliv skulle tolkas i förhållande till homosexuella relationer. Enligt Nordirländsk lagstiftning hade en del homosexuella handlingar mellan samtyckande vuxna män kriminaliserats, vilket den klagande hävdade att kränkte hans rätt till skydd för privatliv.⁵⁵ Människorättsdomstolen fastslog att lagen utgjorde en kränkning av rätten till skydd för privatliv enligt artikel 8. Domen grundade sig på en europeisk utvecklad konsensus i syfte att avskaffa straffrättsliga påföljder för homosexuella handlingar och statens oförmåga att bevisa att underlåtenhet att inte tillämpa lagstiftningen skulle leda till moraliskt förfall.⁵⁶ Tvärtemot fann domstolen i *Handyside mot Förenade kungariket* att konventionsstaten hade en bred tolkningsmarginal för att skydda den allmänna moralen.⁵⁷

I *Dudgeon mot Förenade kungariket* fastslog Människorättsdomstolen att friheten att delta i sexuella aktiviteter i enlighet med ens sexuella läggning ses som 'en mycket intim aspekt' (a most intimate aspect) av privatlivet och att en inskränkning av denna frihet kräver 'särskilt motiverade skäl' (particularly serious reasons) för att rättfärdigas.⁵⁸ Därmed antog domstolen en inställning att homosexuella aktiviteter som sker i samtycke i en privat sfär ska vara fria från inskränkning. Rättspraxis visar på att inskränkning i den sexuella sfären ofta är kopplad till individers sexuella läggning.⁵⁹ Undantag föreligger hur som helst i situationer där sexuella

⁵² Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 536.

⁵³ RFSL, <https://www.rfsl.se/hbtqi-fakta/begreppsordlista/>.

⁵⁴ Frågan om självbestämmanderätten i förhållande till könsidentitet under EKMR artikel 8 avgjordes av Människorättsdomstolen i fallet *Goodwin mot Förenade kungariket* 28957/95; Yogyakartaprinciperna artikel 3.

⁵⁵ *Dudgeon mot Förenade kungariket*, 7525/76.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁷ *Handyside mot Förenade kungariket*, 5493/72, p. 24.

⁵⁸ *Dudgeon mot Förenade kungariket*, p. 52.

⁵⁹ de Vries 2018, s. 685.

aktiviteter kan medföra fysisk skada vilket styrktes i fallet *Laskey, Jaggard och Brown mot Förenade kungariket*.⁶⁰

En aspekt som hänförs till sexuell läggning är huruvida samkönade förhållanden anses vara juridiskt erkända och regleras på samma sätt som ett heterosexuellt förhållande, exempelvis i frågor som berör adoption och vårdnad om barn.⁶¹ Samkönade par som lever tillsammans i ett stadigvarande förhållande omfattas av begreppet familjeliv samt privatliv på samma villkor som ett heterosexuellt par.⁶² Principen behandlades först i fallet *Schalk och Kopf mot Österrike* där Människorättsdomstolen påpekade att samkönade par som har ett stadigvarande förhållande faktiskt faller under familjeliv snarare än privatliv.⁶³

Människorättsdomstolen noterade följande i *Schalk och Kopf mot Österrike*:

In view of this evolution, the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently, the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* relationship, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.⁶⁴

I ljuset av att attityderna till samkönade pars samlevnad förändrats mycket under de senaste årtiondena kan man härleda en mer liberal inställning från konventionsstaterna gentemot samkönade förhållanden och äktenskap. Människorättsdomstolens beslut i *Schalk och Kopf* avvek från tidigare praxis genom att fastslå att ”familjeliv” inkluderar samkönade förhållanden och inte endast heterosexuella förhållanden. En konsekvens av avgörandet hänför sig till att medlemsstaterna behöver upprätta någon form av juridiskt ramverk för hur relationer mellan samkönade ska uppfattas i förhållande till begreppet familjeliv. Utvecklingen av tolkningen av begreppet ”familjeliv” är ett illustrerande exempel på hur Människorättsdomstolen har använt EKMR som ett levande instrument och tagit den sociala och samhällsliga utvecklingen i beaktande vid avgöranden och tolkning. Domstolen bekräftade principen om att samkönade par omfattas av ”familjeliv” i artikel 8 i fallet *P.B. och J.S. mot Österrike* samma år som *Schalk och Kopf*.⁶⁵

⁶⁰ *Laskey, Jaggard och Brown mot Förenade kungariket*, 21627/93; 21628/93; 21974/93, p. 44.

⁶¹ de Vries 2018, s. 686.

⁶² *Vallianatos m.fl. mot Grekland*, 29381/09, 32684/09, p. 73-74; *X m.fl. mot Österrike*, 19010/07, p. 95; *P.B. och J.S. mot Österrike*, 18984/02, p. 30; *Schalk och Kopf mot Österrike*, 30141/04, p. 92-94.

⁶³ *Schalk och Kopf mot Österrike*, p. 94.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *P.B. och J.S. mot Österrike*, p. 30.

I *Schalk och Kopf* ansåg Människorättsdomstolen att det dock inte vara motiverat att ta ställning till en eventuell begränsning till rätten till insemination och rätten till adoption eftersom de sökande inte hade fört fram en begäran om detta.⁶⁶

2.2.3 Rätt att bilda familj

Begreppet familj har en viktig betydelse inom internationella mänskliga rättigheter. I den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheter artikel 16(1) beskrivs familj som ”den naturliga och grundläggande enheten i samhället och har rätt till samhällets och statens skydd.”⁶⁷ Konceptet *familj* har förändrats mycket under de senaste åren och det hegemoniska heteronormativa förhållningssättet till familj är inte längre obestridlig. Till följd av påtryckningar från bland annat civilsamhällsorganisationer har politiska och juridiska påföljder uppstått, vilket har resulterat i en mer jämlik lagstiftning berörande familjerelaterade områden. Flertalet av de europeiska staterna har erkänt samkönade äktenskap eller registrerade partnerskap, men fortfarande saknas lagstiftning i flera stater.⁶⁸ Människorättsdomstolen hade tidigare haft en relativt heteronormativ praxis eftersom ett stadigvarande förhållande mellan samkönade länge ansågs falla under sektionen privatliv, vilket skulle indikera att ”familjeliv” är ett heteronormativt koncept som inte kan appliceras på samkönade förhållanden eller relationer.⁶⁹ Den nya praxisen är betydelsefull för tolkningen av artikel 8 och utsträckning av positiva och negativa förpliktelser gällande homosexuellas och andra sexuella minoriteters rättigheter för medlemsstaterna.

Vikten av familjeliv styrks i EKMR artikel 8 genom att rätten till skydd för familjeliv utgör ett av de centrala områden som omspanns av artikeln. Reproduktiv hälsa omfattas därmed av skyddet för privat -och familjeliv.⁷⁰ Människorättsdomstolens inställning gentemot ”familjeliv” har i regel varit att behandla begreppet i relation till faktiska sociala och känslomässiga band som existerar mellan familjemedlemmar, dock är inte juridiska eller biologiska band utan betydelse när det gäller att fastställa förekomsten av familjeliv.⁷¹ En rad

⁶⁶ Pellonpää 2012, s. 673.

⁶⁷ Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, 10.12.1948.

⁶⁸ Scherpe 2013, s. 83.

⁶⁹ Johnson 2013, s. 113. Heteronormativitet är ett koncept som används inom feministisk och queer teori för att beskriva heterosexualitet som norm i samhället. Ambjörnsson beskriver heteronormativitet som ”de institutioner, lagar, strukturer, relationer och handlingar som upprätthåller heterosexualitet som något enhetligt, naturligt och allomfattande – alltså det som bidrar till att en viss sorts heterosexuellt liv framstår som det mest åtråvärda och naturliga sättet att leva”, Ambjörnsson 2018, s. 47.

⁷⁰ Schabas 2015, s. 372.

⁷¹ *X., Y. och Z mot Förenade kungariket*, 21830/93, p. 36.

faktorer påverkar tolkningen av vad som räknas till begreppet ”familj”, men generellt omfattas formella relationer av artikel 8.⁷² Människorättsdomstolen har inte alltid uttalat att begreppet ”familjeliv” inte enbart berör äktenskapsrelationer utan även omfattar andra konstellationer av relationer där det väsentliga är varaktighet.

EKMR artikel 12, rätt att ingå äktenskap, är den artikel som explicit garanterar rätten att bilda familj.⁷³ Eftersom avhandlingens huvudsakliga fokus inte riktas mot innehållet i artikel 12 kommer inte någon noggrannare granskning av denna inte redovisas här. Trots att artikel 12 uttryckligen stipulerar att ”män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj” är det inte möjligt att påstå att artikeln som sådan garanterar en rätt att bilda familj, adoptera eller att genomgå assisterad befruktning med syfte att få barn.⁷⁴ Det bör poängteras att artikel 12 endast har konstaterats skydda rätten att bilda familj inom ett äktenskap.⁷⁵ En viss kritik som kan lyftas fram mot Människorättsdomstolens rättspraxis gällande tolkningen av familjeliv och äktenskap är att det tenderar existera en hierarki mellan vilka familjekonstellationer som stöds.⁷⁶ Doktrinen om att samkönade förhållanden länge sågs omfattas av privatliv snarare än familjeliv tyder på att den heterosexuella kärnfamiljen betraktades som ”den riktiga familjen”.⁷⁷ Emellertid tillämpar Människorättsdomstolen numera principer som inkluderar andra typer av familjekonstellationer utöver den traditionella kärnfamiljen.

Genom praxis har Människorättsdomstolen konstaterat att artikel 8 skydd för familjeliv hänför sig till att skydda sådana familjeband som redan existerar.⁷⁸ Skyddet av familjeliv förutsätter således förekomsten av en *familj*.⁷⁹ Av den orsaken går det inte att argumentera för att artikel 8 garanterar någon rätt att bilda familj. Artikel 8 (1) omfattar rätten att etablera och utveckla relationer med andra individer, rätt till individuell utveckling och självbestämmanderätt och ett flertal andra områden så som den personliga autonomi och identiteten, men rätten till skydd för familjeliv innebär inte direkt en rättighet att bilda familj,

⁷² Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 526.

⁷³ Giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet, EKMR, artikel 12.

⁷⁴ Gällande adoption se *Di Lazzaro mot Italien*, 31924/96, p. 139; *Emonet m.fl. mot Schweiz*, 39051/03, p. 92.

⁷⁵ *Goodwin mot Förenda kungariket*, 28957/95, p. 98.

⁷⁶ Gonzales-Salzberg 2019, s. 95.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 96. Gonzales-Salzberg hävdar att familjerätten enligt EKMR fortfarande anses tillhöra den heterosexuella matrisen. Den heterosexuella matrisen myntades av queerteoretikern Judith Butler och beskriver ett nät av kulturell förståelse genom vilket genus och kroppar naturaliseras, Gonzales-Salzberg hänvisar till Butler s. 96. Se även Butler 2002, s. 194.

⁷⁸ *Fretté mot Frankrike*, 36515/97, p. 41; *S.H. m.fl. mot Österrike*, 57813/00, p. 78-120.

⁷⁹ Schabas 2015, s. 389.

utan snarare respekt för valet att bilda familj eller respekt för valet att låta bli att bilda familj.⁸⁰ Skyddet för familjeliv enligt artikel 8 sträcker sig alltså inte så långt att det enligt nuvarande normer existerar en rättighet att bilda familj. Det är viktigt att påpeka att EKMR endast utgör ett minimiskydd och att konventionsstaterna har rätt att erbjuda ett högre skydd för mänskliga rättigheter genom nationell lagstiftning. Genom att lagen om assisterad befruktning 2006/1237 tillåter kvinnliga par och ensamstående kvinnor att genomgå fertilitetsbehandling kan detta ses som en garanti av den finländska staten för att som kvinna få möjlighet att bli gravid.⁸¹

Människorättsdomstolen konstaterade i fallet *S.H. m.fl. mot Österrike* att tillämpningen av assisterad befruktning omfattas av rätt till skydd för privat- och familjeliv.⁸² I och med *S.H. m.fl. mot Österrike* kunde domstolen slå fast att det bland konventionsstaterna saknas en enhetlig inställning gentemot assisterad befruktning och att staterna därmed inte kan anses vara skyldiga att erbjuda sådan typ av behandling med syfte att åstadkomma graviditet.⁸³ Tolkningsmarginalen hos konventionsstaterna är bred gällande assisterad befruktning. Det existerar således inget krav på att staterna ska tillåta assisterad befruktning, men staterna ges möjlighet att erbjuda rätten till assisterad befruktning.⁸⁴ Således kan man å ena sidan konstatera att Finlands bestämmelser kring assisterad befruktning, i jämförelse med flera andra europeiska stater, är relativt jämställd och generös,⁸⁵ i det avseendet att stater inte kan anses ha någon skyldighet att upprätta någon form av behandling för assisterad befruktning. Men å andra sidan ställer den nuvarande regleringen gällande assisterad befruktning krav på att individen till följd av sexuell läggning och kön behöver bekosta hela avgiften för fertilitetsbehandling på egen hand om en sjukdom inte utgör orsaken till barnlösheten.

I fallet *Dickson mot Förenade kungariket* nekades ett gift par möjlighet att genomgå assisterad befruktning för att kunna föda ett gemensamt barn med motiveringen att den ena parten satt fängslad.⁸⁶ Trots omständigheterna bedömde Människorättsdomstolen att statens beslut att neka paret tillgång till assisterad befruktning inte kunde anses skäligt. Domstolen ansåg att staten hade misslyckats med att göra en skälig avvägning mellan

⁸⁰ *E.B. mot Frankrike*, 43546/02, p. 41- 43.

⁸¹ Lag om assisterad befruktning 22.12.2006/1237, 2 §.

⁸² *S.H. m.fl. mot Österrike*, p. 82.

⁸³ *Ibid.*, p. 95-97.

⁸⁴ *E.B. mot Frankrike*, p. 43.

⁸⁵ Calhaz-Jorge; De Geyter; Kupka; Wyns; Wyns; Mocanu; Montrenko; Scaravelli; Smeenk; Vidakovic & Goossens, 2020.

⁸⁶ *Dickson mot Förenade kungariket*, 44362/04, p 66.

konventionsrättigheter.⁸⁷ På basen av detta kunde man argumentera för att artikel 8 omfattar rätten för ett par att genomgå assisterad befruktning för att kunna bli biologiska föräldrar, detta är dock inte något som Människorättsdomstolen uttalat.

2.3 Skyddet mot diskriminering enligt konventionsrätten

2.3.1 Förbud mot diskriminering

Förbud mot diskriminering utgör en av de mest betydelsefulla principerna inom skyddet av mänskliga rättigheter. Förbudet mot diskriminering fastställs även i andra centrala internationella verktyg, såsom FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.⁸⁸ Utöver internationella konventioner garanteras också principen om förbud mot diskriminering i Finlands grundlag under kapitel 2 om grundläggande fri- och rättigheter.⁸⁹ Det kan konstateras att förbudet mot diskriminering innehar en grundläggande position inom det rättsliga skyddet både nationellt och internationellt. Förbudet mot diskriminering är starkt även inom den europeiska rättssäkerheten, och förbudets status är utan tvekan fundamentalt för skyddet av grundläggande mänskliga rättigheter. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna i artikel 21 innehåller också ett förbud mot diskriminering, vilket vittnar om förbudets betydelse för att garantera EU-medborgarnas rättssäkerhet.⁹⁰ Syftet med diskrimineringsförbud är att alla människor i ett demokratiskt samhälle ska erhålla samma rättigheter och möjligheter. Ingen grupp eller enskild individ ska exkluderas eller behandlas annorlunda eller kränkande genom diskriminering.

EKMR utgör ett instrument som binder medlemsstaterna att respektera de bestämmelser som slagits fast i enlighet med dess reglering. Skyddet som garanteras av EKMR omfattar enskilda individers rättigheter. Konventionsrätten har utvecklats främst genom rättspraxis och specifikt genom Människorättsdomstolens doktrin om konventionen som ett levande instrument, vilket förutsätter att omständigheterna tolkas i ljuset av de aktuella förhållanden och värderingar

⁸⁷ Pellonpää 2012, s. 667.

⁸⁸ Den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, 10.12.1948, artikel 1 och 2; Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, 16.12.1966, artikel 2; Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, 16.12.1966, artikel 3.

⁸⁹ Finlands grundlag, 731/1999 6 § 1 mom.

⁹⁰ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 26 oktober 2012/C 326/02. EUT 2012/C 326/391-407.

som är rådande i samhället. EKMR stipulerar ett minimiskydd för mänskliga rättigheter i Europa, vilket innebär att stater är berättigade att erbjuda ett mer långtgående skydd än vad EKMR erbjuder.

Diskriminering innebär att personer som befinner sig i liknande situationer behandlas olika utan objektiv och försvarlig grund (objective and reasonable justification).⁹¹ Kravet på en ”liknande situation” innebär inte att situationerna måste vara identiska, utan att de bör vara av relevant liknande slag (relevantly similar).⁹² Särbehandling utgör inte automatiskt ett brott *per se*, utan särbehandling är tillåtet ifall den baseras på en objektiv bedömning med hänsyn till de normalt rådande omständigheterna och ifall det finns ett legitimt syfte med skillnaden i behandling. Det bör även finnas ett rimligt förhållande mellan proportionaliteten mellan medel som används och de mål som eftersträvas att förverkligas.⁹³ Diskrimineringen måste inte ha skett uppsåtligt för att utgöra ett brott, utan den kan botten i allmän policy eller en åtgärd som har oproportionerligt skadliga effekter för en viss grupp individer.⁹⁴

EKMR tillhandahåller två bestämmelser med förbud mot diskriminering; artikel 14 samt artikel 1 i tilläggsprotokoll 12 (TP 12).⁹⁵ De två föreskrifterna är olika så till vida att tilläggsprotokoll 12 innehåller en oberoende och autonom garanti mot icke-diskriminering, medan artikel 14 är en tillägsbestämmelse. Artikel 14 kan endast åberopas i sådana fall då en rättighet som faller inom ramen för skyddet av en materiell mänsklig rättighet i enlighet med EKMR. Tillämpningen av artikel 14 bör alltså ske i kombination med en materiell rättighet, exempelvis i enlighet med artikel 8, eftersom en eventuell kränkning bör baseras på någon form av rättighet eller frihet som konventionen garanterar.⁹⁶ Avsiktligen innehåller artikel 1 i TP 12 inte någon sådan begränsning.⁹⁷ TP 12 stöder förbudet mot diskriminering genom att garantera alla lika behandling vid åtnjutande av alla rättigheter som nämns i artikel, men även rättigheter som fastställts i nationell rätt. TP 12 antogs med syftet att ytterligare stärka skyddet mot diskriminering och därmed även stärka diskrimineringsförbudet.⁹⁸ Utöver att det inte görs

⁹¹ Schabas 2015, s. 564.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *D.H. m.fl. mot Tjeckien*, 57325/00, p. 75.

⁹⁵ Gerards 2018, s. 998.

⁹⁶ FRA 2010, s. 60.

⁹⁷ Gerards 2018, s. 998.

⁹⁸ Explanatory Report to Protocol No. 12 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000, European Treaty Series No. 177.

någon skillnad på tillämpningsområdet mellan artikel 14 och artikel 1 TP 12, det har slagits fast att dessa ska tolkas på liknande sätt.

Artikel 14 i EKMR lyder:

1. Åtnjutandet av varje rättighet som anges i lag skall säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.⁹⁹

Artikel 14 kan endast åberopas tillsammans med en substansartikel (materiell rättighet), men för att artikel 14 ska kunna tillämpas behöver nödvändigtvis inte en substansartikel faktiskt ha kränkts.¹⁰⁰ Människorättsdomstolen har gett en bred tolkning till substansartiklarna i tillämpningssyfte för diskrimineringsförbudet.¹⁰¹ Det är ändå viktigt att påpeka att de diskrimineringsgrunder som anges i artikeln inte är uttömmande; det som är avgörande för tillämpningen av artikel 14 är huruvida de faktiska omständigheterna i målet kan anses falla inom ramarna för substansartiklarnas räckvidd. Detta innebär inte att det är nödvändigt att artikel 14 tillämpas när målets omständigheter omfattas av en substansartikels räckvidd, utan istället behöver det bevisas att det föreligger ett objektiva samband mellan innehållet i respektive bestämmelser.¹⁰²

Å ena sidan kunde man hävda att artikel 14 är begränsad i sin räckvidd genom att den utgör en tilläggsbestämmelse som endast gäller i förhållande till åtnjutande av de övriga rättigheter som skyddas av EKMR. Å andra sidan omfattar artikel 14 ett brett område eftersom dess mångsidiga karaktär utgör en icke-diskrimineringsklausul som inte är begränsad till en fullständig förteckning över diskrimineringsgrunder.¹⁰³ Den karaktär som artikel 14 innefattar har betydande konsekvenser vad gäller dess tolkning och tillämpning, artikeln har uppfattats som ostrukturerad och dess tolkning har ansetts ge upphov till motstridiga domar och praxis.¹⁰⁴ Människorättsdomstolens praxis om icke-diskriminering har dock ansetts sakna en tydlig linje i fråga om tolkning av diskrimineringsförbudet och att förfaringsättet inte är

⁹⁹ EKMR, artikel 14.

¹⁰⁰ Se dock *Prins Hans-Adam II av Liechtenstein mot Tyskland*, 42527/98, p. 92.

¹⁰¹ Gerards 2018, p. 999.

¹⁰² *Ibid.*, s. 1000.

¹⁰³ Arnardóttir 2007, s. 14.

¹⁰⁴ *Ibid.*

konsekvent, men går inte att förneka att diskrimineringsklausulens betydelse har ökat över de senaste årtiondena och att den har åberopats allt oftare.¹⁰⁵

Den autonoma karaktär som artikel 14 innehar medför att ett brott mot en annan artikel inte behöver ha skett, utan det räcker med att ett brott mot artikel 14 ska ha inträffat; exempelvis så måste inte en individs privatliv *de facto* ha kränkts (artikel 8) för att det ska gå att hävda att en stat inte lyckats skydda en individs privatliv, vilket skulle innebära att diskriminering har förekommit. Därför har stater en positiv förpliktelse att se till att privatlivet skyddas från diskriminering. Skulle artikel 14 tolkas striktare så är det troligt att den inte skulle vara lika effektiv. Det första fallet i sitt slag, *the Belgian Linguistics case*, ger en fundamental riktlinje för hur domstolen ska tolka och avgöra om det föreligger en skillnad i behandling.¹⁰⁶ Som en central princip fastslog domstolen att en kränkning av artikel 14 kan ha skett utan att en annan artikel också ska ha kränkts.¹⁰⁷ Som nämnts behöver inte särbehandling automatiskt utgöra diskriminering, vilket också har slagits fast genom rättspraxis.

Domstolen har konstaterat att det inte är lätt att fastställa tydliga principer gällande tillämpningen av artikel 14, men i *Rasmussen mot Danmark* framkom ett distinkt tillvägagångssätt i tolkningen av artikel 14.¹⁰⁸ I fallet *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket* konstaterade Människorättsdomstolen att ”en skillnad i behandling är diskriminerande om den inte har någon objektiv eller försvarlig motivering”, med andra ord saknar ett legitimt syfte.¹⁰⁹

Ungefär samma slutsats har säkerställts av domstolen genom annan rättspraxis; diskriminering innebär olikbehandling utan en objektiv och försvarlig grund, av personer i relativt liknande situationer.¹¹⁰ I fallet *Stec m.fl. mot Förenade kungariket* bekräftade domstolen att det enligt tilläggsprotokoll 1 artikel 1 inte krävs att en stat ska erbjuda eller upprätta socialskyddssystem (exempelvis sociala förmåner), därför omfattas socialskyddssystem inte av artikel 1.¹¹¹ Men utifall att en stat frivilligt erbjuder sociala förmåner, faller dessa inom räckvidden för artikel 1 och omfattas därmed också av artikel 14

¹⁰⁵ Gerards 2013, s. 100, 102.

¹⁰⁶ *Belgian Linguistics case*, 23.07.1968.

¹⁰⁷ *Ibid.* A 6.

¹⁰⁸ *Rasmussen mot Danmark*, 8777/79, A 87.

¹⁰⁹ *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket*, 9214/80; 9473/81; 9474/81, p. 72.

¹¹⁰ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 786.

¹¹¹ Gerards 2018, s. 1001, hänvisar till *Stec m.fl. mot Förenade kungariket*, 65731/02 och 65900/01.

och staten bör då garantera att förmånerna erbjuds utan någon form av diskriminering. Domstolens generella inställning har varit att alla rättigheter som nämns i EKMR måste garanteras åt alla på ett jämlikt sätt.¹¹²

Det generella förbudet mot diskriminering i artikel 1, TP 12 lyder enligt följande:

1. Åtnjutandet av varje rättighet som anges i lag skall säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.
2. Ingen ska bli diskriminerad av en offentlig myndighet på någon grund som nämnts under punkt 1.¹¹³

Den första paragrafen i artikel 1 omfattar kategorier av diskriminering och här listas olika diskrimineringsgrunder. Precis som artikel 14 är listan av diskrimineringsgrunder inte fullständig, utan kan ses som illustrerande snarare än uttömmande.¹¹⁴ Den andra paragrafen fastslår att offentliga myndigheter eller annan statlig aktör inte har rätt att diskriminera någon på de grunder som yttras i den första paragrafen.

Den förklarande rapporten (Explanatory Report) från Europarådet tillhandahåller icke-bindande kommentarer gällande TP 12 och dess tillämpning.¹¹⁵ Liksom artikel 14 så förbjuder artikel 1 inte all form av särbehandling. Den förklarande rapporten konstaterar att tillämpningsområdet för skydd enligt artikel 1 gäller i de fall där en person diskrimineras 1) i åtnjutande av rättigheter som uttryckligen garanterats enligt nationell lag; 2) i åtnjutande av en rättighet som kan härledas ur ett tydligt åtagande från en offentlig myndighet enligt nationell lag, d.v.s. där en offentlig myndighet är skyldig att enligt nationell lagstiftning att uppträda på ett specifikt sätt; 3) av en offentlig myndighet i utövandet av prövningsrätt (exempelvis vid beviljade av vissa subventioner); 4) genom någon annan handling eller underlåtenhet av en offentlig myndighet (exempelvis vid polisens uppträdande vid kontroll av ett eventuellt upplopp).¹¹⁶

¹¹² Gerards 2018, s. 1001.

¹¹³ Tilläggsprotokoll 12 till Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 4.11.2000.

¹¹⁴ Gerards 2018, s. 1003.

¹¹⁵ Explanatory Report to Protocol No.12.

¹¹⁶ Explanatory Report to Protocol No. 12, p. 22.

Enligt den förklarande rapporten så ska termen ”diskriminering” förstås och tolkas på samma sätt i artikel 1 som i artikel 14, definitionen ska alltså ses som identisk.¹¹⁷ Människorättsdomstolen slår fast detta genom rättspraxis. I fallet *Sejdić och Finci mot Bosnien och Herzegovina* tillämpade domstolen för första gången artikel 1 TP 12 i fråga om diskriminering.¹¹⁸ Domstolen övervägde att tillämpa artikel 1 i fallet *Sarvez cravka ”Riječ života” m.fl. mot Kroatien*, men hänvisade till att en kränkning av artikel 14 i kombination med artikel 9 hade förekommit och ansåg att det inte var nödvändigt att undersöka separat huruvida ett brott mot artikel 1 TP 12 förekommit.¹¹⁹

För att ett brott mot artikel 14 ska konstateras, krävs det att en kränkning av en materiell rättighet som garanterats av konventionen har förekommit. I motsats till detta kan TP 12 tillämpas på varje lagstadgad rättighet, det vill säga även rättigheter som tilldelats genom nationell lagstiftning.¹²⁰ Det existerar föga rättspraxis i åtal baserade på protokollet 12 artikel 1, vilket kan tolkas som att detta begränsar dess validitet.¹²¹ Till dags dato har 20 europeiska stater ratificerat protokoll 12. Finland ratificerade protokollet 1.4.2005.¹²² I nuläget föreligger en viss oklarhet kring hur Människorättsdomstolen tolkar och tillämpar artikel 1 i TP 12. Därmed är det svårt att avgöra hur artikel 1 stärker effektiviteten i EKMR inom området för icke-diskriminering och huruvida artikel 1 kommer att ha inverkan på tillämpningen av artikel 14.¹²³

2.3.2 Diskrimineringsförbudet i förhållande till sexuell läggning, kön och civilstånd

Både sexuell läggning och kön eller könsidentitet tillhör den mest intima delen av en individs privata sfär, och särbehandling baserad på dessa grunder tenderar att förutsätta speciellt vägande och objektiva skäl. Sexuell läggning är ett relativt nytt tillägg i förteckningen över

¹¹⁷ Begreppen skiljer sig en aning på franska, artikel 1 ”*sans discrimination aucune*” och artikel 14 ”*sans distinction aucune*” men innebörden är densamma, Explanatory Report to Protocol No. 12, p. 18.

¹¹⁸ Gerards 2018, s. 1002, hänvisar till *Sejdić och Finci mot Bosnien och Herzegovina* 27996/06 och 34836/06.

¹¹⁹ Fallet berörde den Kroatiska statens vägran att registrera kyrkor som religiösa samfund, med syfte att dessa skulle få tillstånd att utöva religionsundervisning, *Sarvez cravka ”Riječ života” m.fl. mot Kroatien*, 7798/08. Domstolen hänvisade till *Sejdić och Finci*, p. 51.

¹²⁰ FRA 2010, s. 60.

¹²¹ *Ibid.*, s. 63.

¹²² https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=xhK27flf., Ett flertal stater har varit motvilliga att signera TP 12 eftersom det har ansetts innehålla för många oklarheter och att dess tillämpning skulle vara för omfattande, Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 819.

¹²³ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 822.

potentiella diskrimineringsgrunder.¹²⁴ Civilstånd utgör också en väsentlig del av en individs privatliv och hänför sig till en människas position i samhället, vilket i sin tur är nära sammankopplat till andra aspekter såsom kön, etniskt ursprung och sexuell läggning. På basen av denna hypotes förefaller det som att ensamstående kvinnor tenderar att missgynnas av FPA:s sjukvårdsersättningskriterier på grund av sitt civilstånd snarare än kön.

Varken i artikel 14 eller TP 12 artikel 1 nämns sexuell läggning eller civilstånd som enskild diskrimineringsgrund under EKMR, men listan är inte uttömmande, utan ger utrymme för tolkning vilket också framgår av den europeiska rättspraxisen.¹²⁵ Genom rättspraxis står det klart att diskrimineringsgrunderna kön och sexuell läggning ofta går hand i hand, exempelvis i fråga om rätt till sociala förmåner, rätt att gifta sig och adoptionsrätt. Civilstånd som enskild diskrimineringsgrund är däremot inte lika bekräftad genom rättspraxis. I både artikel 14 och artikel 1 TP 12 uttrycks ”ställning i övrigt” (other status) som skydd mot diskriminering. Människorättsdomstolen har klargjort att civilstånd kan infalla under kategorin *ställning i övrigt* och därmed utgöra en grund för diskriminering.¹²⁶ Domstolen har i en del diskrimineringsfall behandlat civilstånd (marital status) i kombination med kön och har därmed konstaterats utgöra diskrimineringsgrunder. Eftersom civilstånd anknyts till kön och sexuell läggning kommer civilstånd som diskrimineringsgrund att här behandlas i samband med kön och sexuell läggning.

Inom Människorättsdomstolens praxis har det emellertid hänvisats till suspekta grunder (suspect grounds), vilket tyder på att det föreligger en hierarki mellan diskrimineringsgrunderna i artikel 14.¹²⁷ I *fallet Eweida m.fl. mot Förenade kungariket* kunde domstolen slå fast att bland annat kön och sexuell läggning omfattas av suspekta grunder.¹²⁸ Domstolen behöver inte alltid konstatera suspekta grunder för att proportionalitetskriteriet ska innebära att vissa former av särbehandling kräver ”mycket tungt vägande skäl” (very weighty reasons) eller ”särskilt allvarliga och vägande skäl” (particularly serious and weighty reasons) för att kunna rättfärdigas.¹²⁹

¹²⁴ Begreppet sexuell läggning syftar till att beskriva en persons sexuella orientering i fråga om vem denne blir attraherad av eller blir kär i, <https://www.regnbagsankan.fi/utbildning/fakta-om-hbtiq/>.

¹²⁵ Explanatory Report on Protocol No.12, p. 20.

¹²⁶ *Şerife Yiğit mot Turkiet*, 3976/05, p. 79.

¹²⁷ *Clift mot Förenade kungariket*, 7205/07, p. 72.

¹²⁸ *Eweida m.fl. mot Förenade kungariket*, 48420/10, p.71.

¹²⁹ Schabas 2015, s. 575.

Frågan om skydd mot diskriminering på grund av sexuell läggning uppkom i Människorättsdomstolens rättspraxis genom fallet *Dudgeon*, men då i samband med EKMR artikel 8, rätt till privatliv.¹³⁰ I fallet *Salgueiro da Silva Mouta mot Portugal* avvisade domstolen att diskriminerande behandling enbart baserad på sexuell läggning skulle ha förekommit,¹³¹ och först år 2003 introducerades testet om mycket tungt vägande skäl (very weighty reasons test) i fallet *L. och V. mot Österrike*.¹³² Testet om mycket tungt vägande skäl har utvecklats av Människorättsdomstolen och fungerar som ett substitut till staters tolkningsmarginal.¹³³ Tillämpningen av detta test innebär i praktiken en snävare tolkningsmarginal för stater, och tillämpningen av testet om tungt vägande skäl resulterar med största sannolikhet i att en kränkning kan konstateras ha förekommit.¹³⁴

Människorättsdomstolen fastslog i fallet *L. och V mot Österrike* att det, i likhet med särbehandling baserat på kön, likaledes krävs specifikt övertygande och vägande skäl för att motivera särbehandling baserad på sexuell läggning.¹³⁵ Det kan därmed konstateras att staters tolkningsmarginal är smal och att särbehandling som baseras enbart på sexuell läggning är oacceptabel.¹³⁶ Doktrinen om staters tolkningsmarginal (margin of appreciation) grundar sig på att konventionsstater ska ha utrymme för tolkning och implementering av EKMR i enlighet med den egna suveräna utvecklingen. Syftet med tolkningsmarginalen är att stater själva ska kunna besluta hur tillämpningen av EKMR inkluderas i den nationella rätten på mest effektiva sätt. Detta ger medlemsstaterna möjlighet att begränsa de grundläggande rättigheterna på bekostnad av individens skydd för specifika rättigheter.¹³⁷

Målet *Karner mot Österrike* berörde rätt till bostad för samkönat partnerskap.¹³⁸ Nationell domstol nekade den homosexuelle sökande status som livskamrat till sin avlidne partner, vilket i sin tur bidrog till att han inte ansågs ha rätt till sin hyresbostad. Människorättsdomstolen hävdade att det förelåg en europeisk konsensus till förmån för den

¹³⁰ *Dudgeon mot Förenade kungariket*, 7525/76.

¹³¹ Gerards 2018, s. 1024, hänvisar till *Salgueiro da Silva Mouta mot Portugal*, 33290/96.

¹³² Gerards 2018, s. 1024, hänvisar till *L. och V. mot Österrike*, 39392/98 och 39829/98.

¹³³ Gerards 2017, s. 9.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *L. och V. mot Österrike*, p. 45. Domstolen har identifierat ett antal kategorier där särbehandling endast kan motiveras med tungt vägande skäl eller av särskilt allvarlig orsak (particularly serious reasons), dessa är ras och etnicitet, nationalitet, födelse eller ursprung, sexuell läggning, mental eller fysisk funktionsnedsättning, kön (genus) och religion, Gerards 2017, s. 9; Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 796.

¹³⁶ Tobler 2014, s. 557.

¹³⁷ *Ibid.*, s. 534-535.

¹³⁸ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 803, hänvisar till *Karner mot Österrike*, 40016/98.

sökande, vilket fick domstolen att fastställa att den svarande staten hade fört fram otillräckliga skäl och fann således en kränkning av artikel 8 tillsammans med artikel 14.¹³⁹ I *Sousa Goucha mot Portugal* konstaterade domstolen att sexuell läggning är av intim karaktär, men fastställde inte domen på basen av ett konstaterande om diskriminering på suspekt grund.¹⁴⁰

En dom som fått stor betydelse gällande artikel 14 och sexuell läggning är fallet *E.B. mot Frankrike*.¹⁴¹ Den sökande, en lesbisk kvinna som levde i ett samkönat förhållande, blev nekad rätten till ensamstående adoption av den franska staten, varpå kvinnan yrkade på diskriminering på grund av sexuell läggning. Enligt fransk lag är ensamstående adoption tillåtet, vilket gjorde att fallet omfattades av artikel 8 vid tillämpning av artikel 14.¹⁴² Eftersom kvinnans sexuella läggning i detta fall var den omtvistade aspekten efterlyste domstolen ”specifikt övertygande och tungt vägande orsaker för att motivera särbehandling när rättigheten omfattas av artikel 8.”¹⁴³ Människorättsdomstolen avgjorde att den sökandes sexualitet hade varit den avgörande faktorn när hon nekades rätt till adoption, och fann därmed kränkning av artikel 8 tillsammans med artikel 14.¹⁴⁴

Det bör noteras att det förekommit en viss ambivalens i Människorättsdomstolens praxis kring fall som berört samkönade äktenskap och rätten till närstående adoption.¹⁴⁵ I fallet *Schalk och Kopf*, som diskuterats i avsnitt 2.2.2., tog domstolen i betraktande den attitydförändring som skett inom många europeiska stater i fråga om samkönade förhållanden och godkände att samkönade par som lever i ett stadigvarande förhållande ska underställas sektionen familjeliv istället för privatliv.¹⁴⁶ Som tidigare också nämnts i avsnitt 2.2.3 så har inte Människorättsdomstolen uttalat att samkönade par har någon rätt att gifta sig under artikel 12 eller under artikel 8 i kombination med artikel 14.¹⁴⁷ Även om domen i *Schalk och Kopf* utgjorde en vändpunkt för samkönat partnerskap betonade domstolen bristen på europeisk konsensus gällande samkönade pars rätt att gifta sig. Avsaknad av konsensus

¹³⁹ *Karner mot Österrike*, p. 41.

¹⁴⁰ Gerards 2018, s. 1024, hänvisar till *Sousa Goucha mot Portugal*, 70434/12, p. 27.

¹⁴¹ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 804, hänvisar till *E.B. mot Frankrike*, 43546/02.

¹⁴² *E.B. mot Frankrike*, p. 49.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 91.

¹⁴⁴ *E.B. mot Frankrike*.

¹⁴⁵ Gerards 2018, s. 1024, hänvisar till *Schalk och Kopf mot Österrike*, 30141/04.

¹⁴⁶ *Schalk och Kopf mot Österrike*, p. 94.

¹⁴⁷ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 804, hänvisar till *Vallianatos m.fl. mot Grekland*, 29381/09 och 32684/09. Fallet berörde möjligheten att ingå registrerat partnerskap (Civil Unions) vilket enligt grekisk lag förutsatte par av olika kön, något som ansågs som ett brott mot artikel 14 i kombination med artikel 8.

uteslöt därmed tillämpligheten av testet om mycket vägande skäl och domstolen lämnade därmed en bred tolkningsmarginal åt respektive stat.¹⁴⁸

I målet *Gas och Dubois mot Frankrike* ansåg Människorättsdomstolen att det inte förekommit någon kränkning av artikel 14. I det aktuella fallet vägrade staten bevilja adoption till förmån för den homosexuella partner som levde med barnets biologiska mor i ett registrerat partnerskap.¹⁴⁹ I likhet med *Gas och Dubois* hänförs också *X m.fl. mot Österrike* till adoption med homosexuell partner. Fallet *X m.fl. mot Österrike* skiljer sig dock från *Gas och Dubois* på den punkten att närståendeadoption var tillåtet för både gifta och ogifta par enligt österrikisk civillag (Civil Code).¹⁵⁰ Domstolen kunde därmed konstatera att det vore diskriminerande att tillåta närståendeadoption till heterosexuella par men inte till homosexuella par.¹⁵¹ Gerards påpekar att äktenskapet som institution har givits en speciell status genom Människorättsdomstolens praxis och att testet om mycket vägande skäl inte omfattas i kontexten av samkönade äktenskap, men detta tolkas annorlunda om diskrimineringen inte berör äktenskap utan andra former av partnerskapskonstellationer.¹⁵² Om sådana partnerskapskonstellationer endast hänför sig till par av olika kön eller om sådana konstellationer inte existerar kommer domstolen med stor sannolikhet att tilldela staten en snäv tolkningsmarginal och fastställa förekomsten av diskriminering när samkönade par missgynnas av detta.¹⁵³

Människorättsdomstolen fann inte något brott mot artikel 8 i relation till artikel 14 i fallet *S.H. m.fl. mot Österrike*, och upphävde därmed den första domen genom att hänvisa till statens breda tolkningsmarginal.¹⁵⁴ Domstolen fastslog i *S.H. m.fl. mot Österrike* att fertilitetsbehandling *per se* inte utgör en enskild rättighet, men omfattas likväl av artikel 8 om skydd för privat- och familjeliv.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Gerards 2018, s. 1024.

¹⁴⁹ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 805, hänvisar till *Gas och Dubois mot Frankrike*, 25852/07. Människorättsdomstolens motivering baserades på att registrerat partnerskap inte kunde likställas med ett äktenskap, vilket var en förutsättning för en närståendeadoption enligt fransk lag, *Gas och Dubois mot Frankrike*, p. 62-69.

¹⁵⁰ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 805, hänvisar till *X m.fl. mot Österrike*, 19010/07, p. 142-144.

¹⁵¹ *X m.fl. mot Österrike*, p. 152-153.

¹⁵² Gerards 2018, s. 1024.

¹⁵³ *Ibid.*, s. 1024-1025.

¹⁵⁴ *S.H. m.fl. mot Österrike* (GC), 578137/00, p.116.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 51-55.

I och med fallet *Abdulaziz, Cabales och Balkandali* stod det klart att kön utgör en suspekt diskrimineringsgrund enligt Människorättsdomstolen.¹⁵⁶ Domstolen poängterade att jämställdhet mellan könen är en viktig målsättning för Europarådets medlemsstater, och att det krävs bevis med mycket tungt vägande skäl innan en särbehandling på grund av kön ska anses vara förenlig med EKMR.¹⁵⁷ Att det förekommer konsensus om att förbjuda diskriminering på grund av kön utgör fortfarande en orsak till tillämpning av testet om mycket vägande skäl.¹⁵⁸ Det är först i senare fall som Människorättsdomstolen har börjar beakta existerande stereotyper och traditionella könsroller mellan män och kvinnor i samhället.¹⁵⁹

Konsensusgrund (consensus rationale) kan innebära att mycket tungt vägande skäl inte alltid är nödvändiga i könsdiskriminerande fall, detta illustrerades i *Petrovic mot Österrike*.¹⁶⁰ Trots att Människorättsdomstolen uttalade att testet om mycket vägande skäl var tillämpligt i fallet eftersom diskrimineringen tydligt baserats på kön, så ansåg domstolen att det vid denna tidpunkt inte fanns någon gemensam standard på detta område (no common standard).¹⁶¹

I *Wessels-Bergervoet mot Nederländerna* fann Människorättsdomstolen att den sökande blivit av med sina pensionsförmåner enbart för att hon var en gift kvinna.¹⁶² Domstolen uttalade att mycket tungt vägande skäl måste läggas fram innan en särbehandling på grund av kön och civilstånd är förenlig med EKMR.¹⁶³ Genom domen i *Wessel-Bergervoet* går det att konstatera att diskriminering baserat på kön i kombination med civilstånd utgör en suspekt diskrimineringsgrund. Det är dock svårt att avgöra på basen av domen huruvida testet för mycket tungt vägande skäl skulle kunna tillämpas på en klagan om diskriminering som grundar sig explicit på civilstånd.

¹⁵⁶ Gerards 2018, s. 1026, hänvisar till *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket*.

¹⁵⁷ *Abdulaziz, Cabales och Balkandali*, p. 78.

¹⁵⁸ *Staatkundig Gereformeerde Partij mot Nederländerna*, 58369/10, p. 72-73 och 76-77; *Emel Boyras mot Turkiet*, 61960/08, p. 51.

¹⁵⁹ Gerards 2018, s. 1026.

¹⁶⁰ Gerards 2018, s. 1026, hänvisar till *Petrovic mot Österrike*, 20458/92. Fallet berörde en far som inte kunde erhålla föräldraledighet, eftersom detta endast erbjöds till kvinnor.

¹⁶¹ *Petrovic mot Österrike*, p. 39. Domstolen påpekade att vid slutet av 1980-talet var det endast ett fåtal stater som erbjöd faderskapsledighet och drog därmed slutsatsen att de österrikiska myndigheterna beslut föll inom staternas tolkningsmarginal.

¹⁶² *Wessel-Bergervoet mot Nederländerna*, 34462/97, p. 48.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 49.

2.3.3 Direkt diskriminering och indirekt diskriminering

Artikel 14 eller artikel 1 TP 12 innehåller inte någon närmare definition av vad direkt diskriminering innebär. Direkt diskriminering kan beskrivas som olikbehandling av personer i liknande situationer eller relevant liknande situationer, som baseras på identifierbar karaktär eller status.¹⁶⁴ Det förekommer direkt diskriminering om en individ eller en grupp missgynnas jämfört med hur andra i en likartad situation behandlas eller behandlats, och om den annorlunda behandlingen grundar sig på individens eller gruppens karaktär eller status.¹⁶⁵

För att kunna fatta ett avgörande kring huruvida direkt diskriminering kan anses ha förekommit utgår Människorättsdomstolen från fastställda kriterier.¹⁶⁶ Frågorna som ställs är; 1) omfattas de faktiska omständigheterna av en eller flera materiella rättigheter som nämns i EKMR? 2) kan diskrimineringen härledas ur en diskrimineringsgrund som omfattas av artikel 14? 3) har personer i liknande situationer behandlats annorlunda? 4) kan skillnaden i behandling härledas från staten? 5) har skillnaden i behandling en objektiv och försvarlig grund? 6) är syftet och åtgärden proportionerliga och 7) hur ser statens tolkningsmarginal ut?¹⁶⁷

Artikel 14 kan endast åberopas i kombination med en substansartikel, d.v.s. diskrimineringen måste baseras på en materiell rättighet som faller inom räckvidden för EKMR. Diskrimineringen bör baseras på en av grunderna som stipuleras ut i artikel 14 eller artikel 1 TP 12, men som redan nämnts är de uppräknade grunderna inte uttömmande. Grunden har enligt praxis tolkats så att den ska kunna anknytas till en individs karaktär och vara urskiljbar.¹⁶⁸

För att kunna avgöra huruvida en annan person i liknande situation behandlats annorlunda behövs ett jämförelseobjekt. Den sökande behöver kunna påvisa för domstolen att hen utsatts för diskriminering i och med att andra personer erhållit bättre behandling, och att skillnaden i behandlingen baseras på en diskrimineringsgrund.¹⁶⁹ Den diskriminerande åtgärden behöver kunna härledas till ett statligt ingrepp eller förfarande. Att det föreligger en objektiv och

¹⁶⁴ Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No.12 to the Convention, Council of Europe, 31.12.2019, s. 11.

¹⁶⁵ FRA 2010, s. 22.

¹⁶⁶ Burri 2013, s. 95.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Gerards 2018, s. 1004.

¹⁶⁹ FRA, 2010, s. 23.

försvarlig grund hänger ihop med konventionsstatens tolkningsmarginal. Rent generellt har Människorättsdomstolen lämnat en snäv tolkningsmarginal åt staterna vad gäller diskriminering på grund av kön och sexuell läggning, eftersom dessa utgör suspekta grunder.¹⁷⁰ All form av särbehandling utgör inte automatiskt direkt diskriminering. Förhållandet mellan syftet och åtgärden med särbehandlingen behöver kunna påvisas vara proportionerligt i ansatsen för att uppnå ett legitimt mål, för att särbehandlingen inte ska vara förbjuden.¹⁷¹

Människorättsdomstolen har länge valt att inte implementera konceptet om indirekt diskriminering.¹⁷² En delförklaring till detta är det faktum att diskrimineringsförbud i EKMR inte innehåller en uttömmande lista på diskrimineringsgrunder, och att det, eftersom all form av särbehandling omfattas av diskrimineringsförbudet, inte heller kan anses nödvändigt att definiera huruvida särbehandlingen är direkt eller indirekt.¹⁷³ Successivt har domstolen dock börjat implementera konceptet indirekt diskriminering med syftet att motverka strukturell och dold särbehandling, vilket syns i fallet *Di Trizio mot Schweiz*.¹⁷⁴

Indirekt diskriminering uppstår genom att neutrala åtgärder, principer eller förfaranden orsakar oproportionerliga eller ofördelaktiga effekter för individer eller för en specifik grupp individer.¹⁷⁵ Indirekt diskriminering exemplifieras av en åtgärd som på ett abstrakt plan ter sig problemfri men som blir problematisk i praktiken.¹⁷⁶ I en del situationer kan neutrala åtgärder som fått negativa effekter för en viss grupp ha skapats med avsikt att diskriminera, men det kan fortfarande vara svårt att bevisa i praktiken att en sådan avsikt existerat.¹⁷⁷ För att kunna fastslå att det inte är fråga om indirekt diskriminering bör det kunna bevisas att den neutrala åtgärden har antagits av sakliga skäl.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Schabas 2015, s. 574.

¹⁷¹ *Petrovic mot Österrike*, p. 30; *Sejdić och Finci mot Bosnien och Herzegovina*, p. 42; *Stec m.fl. mot Förenade kungariket*, p. 51.

¹⁷² Burri 2013, s. 91-92; Gerards 2018, s. 1005-1006.

¹⁷³ Gerards 2018, s. 1006.

¹⁷⁴ Gerards 2018, s. 1006, hänvisar till *Di Trizio mot Schweiz*, 7186/09.

¹⁷⁵ Schabas 2015, s. 568.

¹⁷⁶ För att illustrera ett exempel på indirekt diskriminering: en del stater har allmän och obligatorisk värnplikt. Detta orsakar problem för individer som tillhör Jehovas vittne, eftersom de av religiösa skäl inte utför värnplikt och därmed utsatta av indirekt diskriminering om de tvingas utföra allmän värnplikt, Tobler, 2008, s. 8.

¹⁷⁷ Schabas 2015, s. 568.

¹⁷⁸ Tobler 2008, s. 8.

Bevisbördan gällande indirekt diskriminering bör som sagt först innefatta en neutral åtgärd, princip eller förfarande. För att en åtgärd eller förfarande ska bedömas som neutralt behöver det omfatta någon form av krav som alla inkluderas av.¹⁷⁹ För det andra behöver den neutrala åtgärden, principen eller förfarandet leda till negativa konsekvenser för en individ eller grupp som i sin tur omfattas av en diskrimineringsgrund.¹⁸⁰ Vid indirekt diskriminering är det olikheter i effekt som utgör diskriminering och inte olikheter i behandling vilket är fallet vid direkt diskriminering.¹⁸¹ Det bör därmed understrykas att de som blir utsatta för indirekt diskriminering i praktiken inte skulle bli mindre drabbade än de som utsätts för direkt diskriminering.¹⁸²

Människorättsdomstolens praxis tyder på konceptuellt tillvägagångssätt vid fastställande av förekomst av indirekt diskriminering. Den första frågan som behöver besvaras är huruvida det kan konstateras *prima facie* förekomst av indirekt diskriminering.¹⁸³ För att avgöra om indirekt diskriminering förekommit måste den sökande kunna bevisa att en neutral åtgärd eller ett förfaringsätt har varit ogynnsamt eller lett till negativa effekter för en viss grupp.¹⁸⁴ När det existerar *prima facie* indirekt diskriminering måste den svarande kunna ge en objektiv motivering till åtgärden eller förfaringsättet och påvisa att syftet är legitimt och nödvändigt.¹⁸⁵ I fråga om bevisbörda är statistiska bevis särskilt användbara för att visa på förekomst av indirekt diskriminering.¹⁸⁶ Statistiska bevis kan tillämpas med omvänd bevisbörda, något som Människorättsdomstolen slog fast i fallet *Hoogendijk mot Nederländerna*.¹⁸⁷

I målet *D.H. m.fl. mot Tjeckien* fann Människorättsdomstolen att romska elever systematiskt blivit utsatta för indirekt diskriminering. De romska barnen blev tvungna att utföra tester som medvetet utarbetats så att de skulle prestera ett sämre resultat än barn från majoritetsbefolkningen.¹⁸⁸ På basen av testresultaten placerades de romska eleverna i specialskolor avsedda för barn med inlärningssvårigheter, vilket gjorde att en stor andel

¹⁷⁹ FRA 2010, s. 30.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ FRA 2010, s. 30.

¹⁸² Tobler 2008, s. 8.

¹⁸³ Gerards 2018, s. 1006; Burri 2013 s. 93.

¹⁸⁴ Burri 2013, s. 93.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Schabas 2015, s. 572.

¹⁸⁷ *Hoogendijk mot Nederländerna*, 58641/00.

¹⁸⁸ Schabas 2015, s. 569, hänvisar till *D.H. m.fl. mot Tjeckien*, 57325/00.

romska barn hamnade utanför det vanliga utbildningssystemet.¹⁸⁹ Domstolen fann att ett brott mot artikel 14 tillsammans med artikel 2 protokoll 1 förekommit i fallet.¹⁹⁰ Resultatet från testerna som barnen utförde kunde inte rättfärdiga skillnaden i behandlingen som följde. Liksom vid bedömning av direkt diskriminering bör det finnas ett jämförelseobjekt för att man ska kunna avgöra om kriteriet eller principen medför betydligt mera negativa effekter för vissa individer än för andra i en jämförlig situation.¹⁹¹ I *D.H. m.fl. mot Tjeckien* utgjorde de tjeckiska barnen som tillhörde majoritetsbefolkningen ett jämförelseobjekt.

Generellt används statistiska bevis för att konstatera förekomsten av faktisk indirekt diskriminering. Senare rättspraxis har visat på att domstolen kan beakta också andra typer av bevis och väga in alla bevis i kombination med varandra.¹⁹² Exempelvis kan ett *prima facie* fall av indirekt diskriminering baseras på begränsade antal statistiska bevis i kombination med rapporter från icke-statliga organisationer eller internationella organisationer som stöder de sökandes argument eller till och med deriverar fakta i ett specifikt fall.¹⁹³

Det bör poängteras att den aktuella frågeställningen inte karaktäriseras av den traditionellt formella typen av diskriminering som främst diskuterats ovan. Rättspraxisen från Människorättsdomstolen gällande avgöranden kring förekomst av diskriminering består till största del av en tolkningsdoktrin om förekomst av faktisk skillnad i behandling. I den för avhandlingen relevanta frågeställningen står det klart att det inte rör sig om ett diskrimineringsfall där en kränkning skett på grund av skillnad i behandling, snarare tvärtom. Det problematiska med sjukdomskravet för rätt till beviljad ersättning för fertilitetsbehandling grundar sig på att reglerna är lika för alla – både för heterosexuella par, kvinnliga par och ensamstående kvinnor och därmed blir ojämlik. Merparten av de rättsfall som omfattar en kränkning av artikel 14 och/eller TP 12 artikel 1 grundar sig på händelser där olikbehandling av personer i liknande situationer förekommit och resulterat i diskriminering.

Om ett heterosexuellt par utgör jämförelseobjekt vid frågan om rätt till ersättning för fertilitetsbehandling behöver ett kvinnligt par eller en ensamstående kvinna kunna bevisa att

¹⁸⁹ *D.H. m.fl. mot Tjeckien*, 57325/00, p. 190.

¹⁹⁰ *D.H. m.fl. mot Tjeckien*, p. 210.

¹⁹¹ FRA 2010, s. 31.

¹⁹² Gerards 2018, s. 1006-1007.

¹⁹³ Gerards 2018, s. 1007, hänvisar till målen *Oršuš mot Kroatien*, 15766/03; *Opuz mot Turkiet*, 33401/02; *A. mot Kroatien*, 55164/08.

det heterosexuella paret erhållit en bättre behandling, och att skillnaden i behandling grundar sig på kön och/eller sexuell läggning. Skillnaden i behandling i detta fall beror dock inte på att ett heterosexuellt par skulle ha fått en bättre behandling än övriga vårdtagare vad gäller subventionerad fertilitetsbehandling, utan i det att regleringen är likadan för alla, oavsett sexuell läggning eller civilstånd.

Beträffande eventuell förekomst av diskriminering är det avgörande att inse att ett heterosexuellt par inte skulle komma att uppsöka fertilitetsvård för att bli gravida utan ett bakomliggande fertilitetsproblem, medan både ett kvinnligt par och en ensamstående kvinna behöver göra det. Den ekonomiska ojämlikheten baseras därmed på att regleringen av rätten till ersättning är neutral, och därför kan det vid en första anblick uppfattas som ett fall av indirekt diskriminering. Det centrala är dock att det inte handlar om en skillnad i effekt på grund av sjukförsäkringslagen och FPA:s ersättningspraxis, utan diskrimineringen baseras på en avsaknad av skillnad i behandling. Vanligtvis är det just *skillnad i behandling* som orsakar förekomst av diskriminering men i detta specifika fall är det en avsaknad av skillnad i behandling som förorsakar direkt diskriminering.

3 Gällande nationell rätt

3.1 Diskrimineringslagen 2014/1325

Diskrimineringslagen omfattar sex olika kapitel som behandlar allmänna bestämmelser, främjande av likabehandling, förbud mot repressalier, tillsyn, rättssäkerhet och påföljder samt särskilda bestämmelser. Syftet med diskrimineringslagen är att motverka diskriminering och samtidigt främja likabehandling och därmed mera effektivt upprätta rättssäkerhet för den som blivit utsatt för diskriminering.¹⁹⁴ Lagens tillämpningsområde berör både offentlig och privat verksamhet, men det innefattar inte sådan verksamhet som berör privatliv, familjeliv eller religionsutövning.¹⁹⁵ Definitionen av *myndighet* syftar bland annat till statliga myndigheter, kommunala myndigheter och självständiga offentligrättsliga inrättningar. Diskrimineringslagen kan även tillämpas i sådana fall då andra organ ansvarar för förvaltningsuppgifter.¹⁹⁶ I enlighet med 2 kap i diskrimineringslagen fastslås att myndigheterna har en skyldighet att främja likabehandling inom sin verksamhet och bruka sådana åtgärder som krävs för att understöda likabehandling. De åtgärder som genomförs bör vara effektiva, ändamålsenliga och proportionerliga.¹⁹⁷ En skyldighet att främja likabehandling tillfaller också utbildningsanordnare och arbetsgivare.

I 3 kap 8 § fastställs ett förbud mot diskriminering och repressalier som lyder:

Ingen får diskrimineras på grund av ålder, ursprung, nationalitet, språk, religion, övertygelse, åsikt, politisk verksamhet, fackföreningsverksamhet, familjeförhållanden, hälsotillstånd, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller någon annan omständighet som gäller den enskilde som person. Diskriminering är förbjuden oberoende av om den grundar sig på ett faktum eller ett antagande i fråga om personen själv eller någon annan.

Diskriminering som avses i denna lag är förutom direkt och indirekt diskriminering även trakasserier, vägran att göra rimliga anpassningar samt instruktioner eller befallningar att diskriminera.¹⁹⁸

Den första sektionen redogör här för diskrimineringsgrunder medan den andra sektionen förtydligar vilka förhållanden som avser diskriminering, vilket även inkluderar trakasserier och vägran att anpassa förhållanden och tillstånd så att ingen försummas, samt förbud mot att

¹⁹⁴ Diskrimineringslag 30.12.2014/1325.

¹⁹⁵ *Ibid.*, 2 §.

¹⁹⁶ *Ibid.*, 4 §.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 5 §.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 8 §.

ge instruktioner eller att uppmana till diskriminering. Sexuell läggning ingår som grund enligt diskrimineringslagen, men dock inte kön.¹⁹⁹ Förbud mot diskriminering på grund av kön och bestämmelser som främjar jämställdhet regleras i lagen om jämställdhet mellan kvinnor och män.²⁰⁰ Syftet med jämställdhetslagen är främst att förebygga diskriminering gentemot kvinnor i arbetslivet, men också att förebygga diskriminering på grund av könsidentitet och könsuttryck.²⁰¹ Jämställdhetslagen uttrycker explicit förbud mot diskriminering mellan könen, i detta fall man och kvinna, och genom det som uttrycks i 2 § kan det konstateras att lagen är begränsad eftersom stadgandena inte kan tillämpas ”på relationer mellan familjemedlemmar eller på andra förhållanden i privatlivet”. Av denna orsak är inte jämställdhetslagen relevant för den aktuella forskningsfrågan.²⁰²

Kapitel 3 i diskrimineringslagen slår fast vilka grunder som reglerar särbehandling. Diskrimineringslagen 3 kap 9 § definierar positiv särbehandling som ”sådan proportionerlig särbehandling som syftar till att främja faktisk likabehandling eller att förhindra eller undanröja olägenheter som beror på diskriminering är inte diskriminering.”²⁰³ I 11 § beskrivs legitima grunder för särbehandling; det konstateras att ”särbehandling inte är diskriminering, om behandlingen föranleds av lag och annars har ett godtagbart syfte och medlen för att uppnå detta syfte är proportionerliga.”²⁰⁴ Positiv särbehandling och särbehandling ska inte tolkas identiskt. Positiv särbehandling syftar till att i praktiken förbättra ställningen för svagare grupper i samhället, men får inte tillämpas på ett sådant sätt att det gynnar en viss grupp på andra grupper bekostnad.²⁰⁵ Positiv särbehandling ska riktas till individer som befinner sig i ofördelaktigare position och åtgärderna bör vara sakliga och nödvändiga.²⁰⁶

För att särbehandling de facto ska vara legitim krävs det att behandlingen motiveras genom lagstiftning. Utöver vid sådana omständigheter anses särbehandling också vara skäligen ifall det 1) inte finns några bestämmelser om en legitim grund, 2) ifall särbehandlingen har ett godtagbart syfte med avseende på de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga

¹⁹⁹ Diskrimineringslag, 30.12.2014/1325, 8 §.

²⁰⁰ Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män, 30.12.2014/1329.

²⁰¹ *Ibid.*, 1 §.

²⁰² *Ibid.*, 2 §.

²⁰³ Diskrimineringslag, 30.12.2014/1325, 9 §.

²⁰⁴ *Ibid.*, 11 §.

²⁰⁵ Diskrimineringsombudsmannen, *Guide till positiv särbehandling*, s. 6,

<https://www.syrjinta.fi/documents/14476/0/Guide+till+positiv+särbehandling/e60bab99-f973-41ba-95f9-0ae9ae4a4c9e>.

²⁰⁶ *Ibid.*

rättigheterna och 3) medlen som använts för att uppnå syftet är proportionerliga.²⁰⁷ I händelse av att sjukdomskriteriet för rätt till att ansöka och bli beviljade ersättning för fertilitetsbehandling för kvinnliga par och ensamstående kvinnor inte vore ett uttalat krav, kunde då den formen av särbehandling tolkas som legitim med godtagbart syfte? Det saknas idag lagstadgad bestämmelse som skulle motivera att FPA:s ersättningskriterier kunde tolkas som legitima och proportionerliga.

Direkt diskriminering kännetecknas av ”när någon på grund av en omständighet som gäller honom eller henne som person behandlats på ett mer ofördelaktigt sätt än någon annan har behandlats, behandlas eller skulle behandlas i en jämförbar situation.”²⁰⁸ Direkt diskriminering innebär alltså att det förekommit en behandling eller ett förfarande som förblir ogynnsam för någon, i jämförelse med någon annan. För att kunna hänvisa till en *jämförbar situation* vid behandling av ärenden som rör direkt diskriminering bör det existera ett jämförelseobjekt för att påvisa förekomsten av direkt diskriminering. Av 13 § framgår det att termen diskriminering avser både direkt och indirekt diskriminering. Indirekt diskriminering i Diskrimineringslagen definieras enligt följande:

Indirekt diskriminering ska anses förekomma när regler, kriterier eller förfaringsätt som framstår som jämlika kan komma att missgynna någon på grund av en omständighet som gäller honom eller henne som person, om inte regeln, kriteriet eller förfaringsättet har ett godtagbart syfte och medlen för att nå detta syfte är lämpliga och behövliga.²⁰⁹

I enligt med den generella definitionen av indirekt diskriminering förutsätts det förekomst av kriterier, principer eller förfaringsätt som framstår neutrala och jämlika för alla, men som i praktiken missgynnar individen eller en viss grupp individer. Vidare krävs det också sakligt skäl och syfte till att förfaringsättet, principen eller kriteriet har antagits för att det inte ska framstå som indirekt diskriminering.

De tillsynsmyndigheter som övervakar att diskrimineringslagen efterföljs är diskrimineringsombudsmannen, diskriminerings- och jämställdhetsnämnden och

²⁰⁷ Det finns dock situationer när bestämmelsen inte ska tillämpas; vid utövande av offentlig makt eller fullgörande av offentliga förvaltningsuppgifter, när det är fråga om självständigt yrkes- eller näringsutövande eller stödjande av näringsverksamhet, vid erhållande av utbildning inklusive specialiseringsutbildning och omskolning, vid medlemskap eller medverkan i arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation eller vid särbehandling av etniskt ursprung, Diskrimineringslag 3 kap 11 §.

²⁰⁸ *Ibid.*, 10 §.

²⁰⁹ *Ibid.*, 13 §.

arbetarskyddsmyndigheten.²¹⁰ Den som har utsatts för diskriminering har rätt att få gottgörelse från den myndighet, arbetsgivare, utbildningsanordnare eller tillhandahållare av varor eller tjänster som gjort sig skyldig till diskrimineringen.²¹¹

3.2 Lag om assisterad befruktning 2006/1237

Lagen om assisterad befruktning trädde i kraft 1.9.2007.²¹² Innan dess hade Finland inte haft en särskild lagstiftning om assisterad befruktning.²¹³ Lagen ska tillämpas ”så att könsceller eller embryon från en människa förs in i en kvinna för att åstadkomma graviditet.”²¹⁴ Lagen omfattar även donation och lagring av könsceller och embryon och utesluter så kallad heminsemination från definitionen.²¹⁵ Alla donatorer, könsceller och embryon ska vara registrerade.²¹⁶ Lagen omnämner inte vilka specifika metoder som avses med assisterad befruktning, vilket gör definitionen bred men det oaktat syftas här endast på behandling som utförs av legitimerad läkare i enlighet med 24 §.

I 2 § fastställs vem som har rätt att genomgå fertilitetsbehandling, och lagen förklarar att *par* är en ”kvinna och en man som lever tillsammans i äktenskap eller under äktenskapsliknande förhållanden eller två kvinnor som lever tillsammans i äktenskap, i registrerat partnerskap eller under äktenskapsliknande förhållanden”,²¹⁷ och vidare att *den som får behandling* innebär ”ett par, eller en kvinna som inte lever i äktenskap, i registrerat partnerskap eller under äktenskapsliknande förhållanden.”²¹⁸ I och med moderskapslagen 253/2018, som initierades som ett medborgarinitiativ och som antogs via lagutskottets betänkande,²¹⁹ fick kvinnliga par rätt till assisterad befruktning på lika villkor som heterosexuella par.

I 1 mom. garanteras två homosexuella kvinnor som ”lever tillsammans i äktenskap, i registrerat partnerskap eller under äktenskapsliknande förhållanden” samma rätt till fertilitetsbehandling som ett heterosexuellt par. Könsceller som donerats före lagens

²¹⁰ Diskrimineringslag 3 kap 18 §.

²¹¹ *Ibid.*, 23 §.

²¹² https://oikeusministerio.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/laki-hedelmoytyshoidoista-voimaan-syyskuussa-2007.

²¹³ RP 3/2006.

²¹⁴ Lag om assisterad befruktning, 22.12.2006/1237, 1 §.

²¹⁵ *Ibid.*, 1 § 3.

²¹⁶ *Ibid.*, 22 §.

²¹⁷ *Ibid.*, 2 § 1 mom.

²¹⁸ *Ibid.*, 2 mom.

²¹⁹ LaUB 1/2018 rd, MI 3/2016 rd.

ikraftträdande (1.4.2019) får användas till fertilitetsbehandling, men donatorn bör ge sitt samtycke till att de donerade könscellerna får användas för assisterad befruktning av ett kvinnligt par. En donators könsceller får användas av andra par endast ifall donatorn har gett sitt samtycke till detta, principen om samtycke från donatorn riktar sig därmed inte specifikt till kvinnliga par.²²⁰ Detta grundar sig på 16 § som stipulerar om donatorns samtycke till användning av könsceller.²²¹ I enlighet med moderskapslagen 3 § så kan moderskap endast fastställas,²²² för den kvinnliga part vilken inte fött barnet, om hon i samråd med sin kvinnliga partner som fött barnet gett sitt samtycke till fertilitetsbehandlingen, och om faderskap till barnet inte fastställts i enlighet med faderskapslagen.²²³ Ensamstående kvinnor erbjuds rätt att genomgå assisterad befruktning på samma villkor som par. I enlighet med faderskapslagen så blir den man vars spermier använts för behandling far till barnet vid tidpunkten för assisterad befruktning. Detta ska ske i samråd med modern, antingen före eller efter behandlingen, förutsatt att mannen har gett sitt samtycke.²²⁴

Det finns ett antal situationer som utgör hinder för assisterad befruktning.²²⁵ Med verksamhetsenheter inom hälso- och sjukvård avses hälsovårdscentraler, specialiserad sjukvård, sjukhus och separata verksamhetsenheter för sjukvård eller andra enheter som ansvarar för vården som bestämts i enlighet med lag.²²⁶ Fram tills hösten 2019 har endast privata kliniker kunnat erbjuda fertilitetsbehandling med donerade könsceller.²²⁷ Heterosexuella par har haft möjlighet att genomgå assisterad befruktning via den offentliga sjukvården, förutsatt att de inte varit i behov av donerade könsceller. De eller den som alltså tidigare har varit i behov av donerade könsceller har varit hänvisade till den privata sjukvården, men nuförtiden är detta inte längre nödvändigt eftersom den offentliga sjukvården kan erbjuda fertilitetsbehandling med donerade könsceller i och med upprättandet av

²²⁰ Lag om ändring av lagen om assisterad befruktning, 254/2018.

²²¹ Lag om assisterad befruktning, 22.12.2006/1237, 16 §.

²²² Moderskapslag 20.4.2018/253, 3 §.

²²³ Faderskapslag 13.1.2015/11.

²²⁴ *Ibid.*, 3 §.

²²⁵ Assisterad befruktning får inte utföras, om 1) den som får behandling inte har gett sitt skriftliga samtycke, 2) den ena parten i ett par som får behandling är gift eller lever i registrerat partnerskap med en tredje person, 3) graviditeten på grund av kvinnans ålder eller hälsotillstånd kan medföra betydande fara för kvinnan eller barnets hälsa, 4) den som gett sitt samtycke till assisteras befruktning har återkallat samtycke eller avlidit, 5) det är uppenbart att barnet inte kan tryggas en balanserad uppväxt, eller 6) det finns anledning att anta att barnet kommer lämnas för adoption, Lag om assisterad befruktning, 8 §.

²²⁶ *Ibid.*, 2 §.

²²⁷ <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/04/26/mer-jamlik-fertilitetsvard-offentliga-sektorn-startar-uppkoncellsbank>.

offentliga könsclcellsbanker.²²⁸ Detta ska ses som en positiv utveckling eftersom upprättandet av könsclcellsbanker inom den offentliga sjukvården möjliggör en mer jämställd och inkluderande fertilitetsvård.

Ingenstans i lagen om assisterad befruktning nämns att assisterad befruktning endast får genomföras för att motverka ofrivillig barnlöshet. Rent medicinskt tolkas ofrivillig barnlöshet ofta synonymt med infertilitet och enligt FPA kan ofrivillig barnlöshet jämföras med en sjukdomssituation när en kvinna inte blir gravid efter tolv genomförda insemineringsförsök.²²⁹ Enligt grundlagsutskottets utlåtande 16/20006 (hädanefter GrUU) om regeringens proposition med förslag till lag om assisterad befruktning skulle lagförslaget innebära särbehandling utifrån civilstånd och delvis utifrån sexuell läggning.²³⁰ GrUU poängterar att lagförslaget inte strider mot grundlagens jämlikhetsbestämmelse i 6 §,²³¹ och att lagförslaget ligger inom marginalen för lagstiftarens prövningsrätt.²³² GrUU anser därmed att lagförslaget faller inom ramen för Finlands tolkningsmarginal när lagstiftningen främjar en viss samhällsutveckling. Det bör poängteras att Människorättsdomstolens tolkning inte nödvändigtvis behöver vara i linje med GrUU.

GrUU 25/2006 tillhandahåller en motivering för att begränsa utförandet av assisterad befruktning på endast medicinska grunder, vilket skulle innebära att fertilitetsbehandling förvägras kvinnor som inte lever med en man eller under äktenskapsliknande förhållanden.²³³ I en avvikande mening i GrUU 25/2006 framhålls att om rätten till assisterad befruktning begränsas enligt ovanstående motivering, skulle kvinnans rätt till fertilitetsbehandling stå i direkt relation till hennes civilstånd och sexuella läggning och att individuella faktorer som sådana inte får användas som grund för särbehandling.²³⁴ I den avvikande meningen konstateras att det inte presenterats en godtagbar grund för särbehandling av kvinnor enligt grundlagen 6 § 2 mom.²³⁵ Att särbehandling inte får förekomma utan godtagbara skäl stipuleras i grundlagen 6 §. Den aktuella frågeställningen söker bland annat svar på huruvida särbehandling av kvinnliga par och ensamstående kvinnor kan anses vara godtagbar med

²²⁸ <https://www.sttinfo.fi/tiedote/hus-inleder-fertilitetsbehandlingar-med-donerade-konsceller?publisherId=23980819&releaseId=69867717>.

²²⁹ <https://elamassa.fi/hem-och-familj/barnlosheten-tarde-pa-parforhallandet-barn-med-hjalp-av-fertilitetsbehandlingar/?lang=sv>.

²³⁰ GrUU 16/2006 rd, s. 2.

²³¹ Finlands grundlag 11.6.1999/731, 6 §.

²³² GrUU 16/2006 rd, s. 2.

²³³ GrUU 25/2006 rd.

²³⁴ *Ibid.*, s. 4.

²³⁵ *Ibid.*

hänvisning till det faktum att kvinnliga par och ensamstående kvinnor inte kan bli gravida utan tillgång till fertilitetsbehandling.

3.3 Sjukförsäkringslag 2004/1224 och FPA:s kriterier för rätt till sjukvårdsersättning

Syftet med sjukförsäkringslagen är att en försäkrad person tryggas rätten till ersättning för kostnader som uppstått i samband med behandling av sjukdom och inkomstbortfall som orsakats av kortvarig oförmåga att arbeta samt graviditet och vård av barn.²³⁶ Lagen avser ”ersättningar för kostnader som orsakats av sjukvård, graviditet eller förlossning och om begränsning av ersättning för vård som anordnas av staten, en kommun eller en samkommun gäller på motsvarande sätt vård som anordnas av landskapet Åland.”²³⁷ Med stöd av lag kan alltså den som lider av ofrivillig barnlöshet ansöka och bli beviljad ersättning för de kostnader som är nödvändiga i samband med assisterad befruktning.²³⁸

I 3 § stipuleras att FPA ansvarar för verkställandet av sjukförsäkringslagen och följer och övervakar att lagen och förordningar och föreskrifter beaktas och genomförs.²³⁹ Enligt sjukförsäkringslagen är personer försäkrade om de är stadigvarande bosatta i Finland. Också personer som är arbetstagare eller bedriver företag i Finland är försäkrade enligt finländsk sjukförsäkringslag även om de själva inte bor permanent i Finland.²⁴⁰

Kapitel 2 om gemensamma bestämmelser om sjukvårdsersättningar i sjukförsäkringslagen beskriver tillämpningen av sjukvårdsersättningar och eventuella begränsningar.²⁴¹ Sjukvårdsersättningar betalas ut till den som omfattas av en försäkring för vård och undersökningar som utförts av läkare eller tandläkare, samt för läkemedel som skrivits ut av läkare för att behandla den försäkrades sjukdom eller kliniska näringspreparat och salvabaser som skrivits ut av läkare eller sjukskötare.²⁴² Det som är avgörande för huruvida en försäkrad person ska ha rätt att erhålla sjukvårdsersättning eller inte, är att det bör kunna fastställas att en sjukdom är den bakomliggande orsaken till kostnader för vården och/eller eventuella

²³⁶ Sjukförsäkringslag, 21.12.2004/1224, 1 §.

²³⁷ *Ibid.*, 2 §.

²³⁸ RP 3/2006, s. 7.

²³⁹ Sjukförsäkringslag, 3 §.

²⁴⁰ <https://www.kela.fi/web/sv/sjukvardsersattningar?inheritRedirect=true>

²⁴¹ Sjukförsäkringslag, 2 kap.

²⁴² *Ibid.*

läkemedel. Detta kan förefalla som en självklar faktor eftersom begreppet sjukvårdsersättning kan antas beskriva vilken typ av ekonomisk ersättning det gäller. Den allmänna principen för erhållande av ersättning bygger på att den försäkrade personens nödvändiga sjukvårdskostnader och nödvändiga kostnader vid graviditet och förlossning rent ekonomiskt överstigit den självriskandel som anges i lagen.²⁴³ I 2 kap 3 § anges begränsningar i fråga om erhållande av sjukvårdsersättning.²⁴⁴

Med stöd av sjukförsäkringslagen verkställer FPA lagens förordningar och föreskrifter och i enlighet med sjukförsäkringslagen ersätter FPA en del avgifter som debiterats serviceproducenter inom den privata hälso- och sjukvården när det är fråga om ”nödvändig behandling av sjukdom”²⁴⁵. Det som avses med nödvändig behandling är synonymt med vad som föreskrivs i sjukförsäkringslagen. I 1 kap 3 § i sjukförsäkringslagen fastslås följande:

Folkpensionsanstalten svarar för verkställigheten av sjukförsäkringen samt följer och övervakar att denna lag och de förordningar och föreskrifter som utfärdats med stöd av den iakttas och genomförs. Folkpensionsanstalten fastställer dessutom de blanketter som behövs vid verkställigheten av denna lag.²⁴⁶

I praktiken är det alltså FPA som verkställer och övervakar att sjukförsäkringslagen följs. FPA ansvarar även för de blanketter som ska säkerställa att lagen förverkligas.²⁴⁷ För att erhålla sjukvårdsersättning är det alltså från FPA som den försäkrade individen bör ansöka om ekonomisk ersättning. I FPA:s bedömning av om vården varit nödvändig beaktas god medicinsk praxis, enhetliga grunder för icke-brådskande vård i enlighet med det tjänsteutbud inom hälso- och sjukvården som avses i hälso- och sjukvårdslagen.²⁴⁸

²⁴³ Sjukförsäkringslag, 2 kap 2 §.

²⁴⁴ *Ibid.*, 2 kap 3 §, exempelvis ersätts inte preventiv vård (med undantag för tandvård), vaccinationer, hälsoundersökningar, undersökningar utfärdade av läkarintyg för körkort eller studier, screeningundersökningar, vetenskapliga undersökningar, kostnader för anskaffning av vårdtillbehör, vård dags- poliklinik-, expeditions- eller andra motsvarande avgifter eller material.

²⁴⁵ <https://www.kela.fi/web/sv/sjukvardsersattningar?inheritRedirect=true>.

²⁴⁶ Sjukförsäkringslag, 1 kap 3 § 1 mom.

²⁴⁷ *Ibid.*, 2 mom.

²⁴⁸ <https://www.kela.fi/web/sv/sjukvardsersattningar?inheritRedirect=true>.

FPA:s förmånsanvisning om sjukvårdsersättningar från 22.1.2020 inkluderar en paragraf om fertilitetsbehandling. Första momentet lyder:

Både kvinnan och mannen kan få ersättning för kostnaderna för fertilitetsbehandling om barnlösheten beror på sjukdom. Om barnlösheten beror på åldersrelaterad minskning av antalet äggceller är det inte fråga om ersättningsgill behandling av sjukdom. Fertilitetsbehandling efter sterilisering ersätts i regel inte. Fertilitetsbehandling efter sterilisering kan ersättas om steriliseringen har utförts på grund av sjukdom. Kostnader som en könscellsdonator haft ersätts inte, eftersom det inte är fråga om behandling av en sjukdom hos donatorn.²⁴⁹

Enligt anvisningarna innebär detta att en kvinna eller man kan ansöka om ersättning för fertilitetsbehandling, ifall barnlösheten beror på en sjukdom.²⁵⁰ Vidare nämns att kunden själv bör ansöka om ersättning för fertilitetsbehandling, samt att det till ansökan bör bifogas ett läkarutlåtande om sjukdomen.²⁵¹ Fertilitetsbehandling ersätts inte ifall barnlösheten är ett resultat av minskande antal äggceller som hänför sig till åldersrelaterade orsaker. Den kvinna som söker vård för ofrivillig barnlöshet har rätt att ansöka om och bli beviljad ersättning om hon är under 43 år.²⁵² Generellt betalas ingen ersättning ut ifall en sterilisering genomförs, men om steriliseringen utförts på grund av sjukdom kan fertilitetsbehandlingen ersättas.²⁵³ Det är endast fertilitetsbehandlingen i sig som ersätts, medan kostnaderna för en eventuell könscellsdonator däremot inte ersätts.

Ingenstans i FPA:s anvisningar om sjukvårdsersättningar definieras termen ”fertilitetsbehandling”. Av den orsaken kan man anta att begreppet fertilitetsbehandling ska tolkas som metoder som utförs av en läkare med syftet att åstadkomma graviditet i enlighet med vad som anges i lag om assisterad befruktning.²⁵⁴ Eventuell sjukdom diagnostiseras genom en medicinsk undersökning som utförs innan en assisterad befruktning påbörjas.²⁵⁵ Om resultatet från undersökningen inte uppvisar någon egentlig förekomst av sjukdom som orsak till barnlösheten ersätter inte sjukförsäkringen kostnaderna för assisterad befruktning.²⁵⁶ Med andra ord har alla, oavsett sexuell läggning, kön eller social status, rätt att erhålla ersättning efter en fertilitetsbehandling förutsatt att sjukdomsdiagnos föreligger. Detta innebär

²⁴⁹ FPA:s förmånsanvisning om sjukvårdsersättningar 22.01.2020, s. 42., tillgängligt på <https://www.kela.fi/documents/10192/3240485/Sairaanhoitokorvaukset.pdf>.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*, mom. 3.

²⁵² <https://elamassa.fi/hem-och-familj/barnlosheten-tarde-pa-parforhallandet-barn-med-hjalp-av-fertilitetsbehandlingar/?lang=sv>, besökt 16.4.2020.

²⁵³ FPA:s förmånsanvisning om sjukvårdsersättningar 22.01.2020, s. 42.

²⁵⁴ Lag om assisterad befruktning, 22.12.2006/1237.

²⁵⁵ RP 3/2006, s. 7.

²⁵⁶ *Ibid.*

att det inte finns något hinder för kvinnliga par eller ensamstående kvinnor att bli beviljade sjukvårdsersättning från FPA om deras barnlöshet kan kopplas till medicinska orsaker. FPA:s kriterier för rätt till sjukvårdsersättning grundar sig som nämnts på sjukförsäkringslagens bestämmelser om rätten till sjukvårdsersättning.²⁵⁷ Enligt 1 § får en försäkrad person ersättning för vård, föreskriven undersökning och behandling av den försäkrades sjukdom som utförts av läkare.²⁵⁸ I enlighet med de kriterier som fastställts i sjukförsäkringslagen baseras FPA:s sjukvårdsersättningskriterier på bestämmelser som antagits på nationell lagstiftande nivå.

Den nuvarande ersättningspraxisen och de fastställda kriterierna är ett resultat av en neutral lagstiftning som syftar till att primärt ge heterosexuella par med fertilitetsproblem bättre möjlighet att bli gravida, eftersom sjukdomskravet är centralt. Som en produkt av denna likabehandlingsprincip i fråga om rätt till ersättning för fertilitetsbehandling riskerar kvinnliga par och ensamstående kvinnor att gå miste om subventionerad fertilitetsbehandling. Detta är en följd av ersättningskravet på *sjukdom* som orsak till barnlöshet för rätten till subventionerad fertilitetsbehandling. Effekten av sjukförsäkringslagen och FPA:s sjukvårdsersättningskriterier är dessvärre missgynnande gentemot kvinnliga par och ensamstående kvinnor som önskar bli gravida. Ett heterosexuellt par genomgår knappast fertilitetsbehandlingar ifall en sjukdom inte ligger till grund för barnlösheten, medan exempelvis en ensamstående kvinna som på egen hand vill bli gravid, behöver vända sig till sjukvården för att påbörja assisterad befruktning och på så vis kunna skapa en egen familj. Detsamma gäller för lesbiska kvinnor som befinner sig i ett stadigvarande förhållande och önskar att bli gravida genom fertilitetsbehandling.

Sjukförsäkringslagen grundar sig på att den finländska staten har rätt att bestämma över vem som har rätt att ansöka och bli beviljad sjukvårdsersättning, och i den meningen är lagen inte ogiltig. Problemet ligger i att staten misslyckats med att bedöma och ta hänsyn till människors olika situationer och förutsättningar rent praktiskt. Kränkningen baseras på att det saknas flexibilitet gällande FPA:s ersättningskrav för beviljande av subventioner för fertilitetsbehandling. Ifall det vore så att sjukförsäkringslagens tolkning av orsak till barnlöshet inte vore synonym med infertilitet skulle ersättningspraxisen inte vara missgynnande för kvinnliga par och ensamstående kvinnor.

²⁵⁷ Sjukförsäkringslag 1224/2004, 1 kap 3 §.

²⁵⁸ *Ibid.*, 2 kap 1 §.

4 Att identifiera särbehandling

4.1 Staters skyldighet att behandla olika i olika situationer

I en typisk diskrimineringsituation har en person behandlats annorlunda eller mindre fördelaktigt jämfört med hur andra personer, som befunnit sig i en liknande situation, blivit behandlade. Det bör alltså bevisligen ha förekommit skillnad i behandling för att diskriminering ska kunna konstateras ha ägt rum.²⁵⁹ Det existerar dock situationer där särbehandling inte anses vara förbjudet eller ge upphov till diskriminering. Att påvisa särbehandling kan i praktiken vara utmanande, eftersom den sökande och staten tenderar att vara oense gällande huruvida särbehandling förekommit och den sökande kan även komma att ifrågasätta de skäl som staten, aningen genom beslut eller lagstiftning, angett som orsak för skillnad i behandling.²⁶⁰ I *E.B. mot Frankrike* hävdade staten att beslutet att vägra den sökande, en lesbisk kvinna, rätten till adoption, grundade sig på att barnet skulle komma att sakna en fadersfigur och inte på kvinnans sexuella läggning.²⁶¹ Människorättsdomstolen ansåg dock att statens agerande avslöjade särbehandling på grund av kvinnans sexuella läggning.²⁶²

Särbehandling utgör inte diskriminering ifall inte situationerna är analoga, d.v.s. likartade. En stat behöver endast kunna motivera särbehandling i det fall där situationerna är analoga och personerna befinner sig i ”relevant liknande situationer” (relevantly similar situations).²⁶³ Det är väsentligt att den sökande kan påvisa förekomsten av en analog situation. Människorättsdomstolen kan bedöma att den sökandes ställning inte kan sägas vara en likartad situation jämfört med den grupp personer som den sökande har identifierat att åtnjuter mer gynnsam behandling än den själv.²⁶⁴

Detta framkom tydligt i målet *Burden och Burden mot Förenade kungariket* där Människorättsdomstolen ansåg att relationen mellan två systrar som delat bostad i över trettio år inte kunde likställas med relationen hos ett gift par eller hos ett samkönade par som lever i

²⁵⁹ Arnardóttir 2007, s. 14.

²⁶⁰ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 788, hänvisar till *Karlheinz Schmidt mot Tyskland*, 13580/88.

²⁶¹ *E.B. mot Frankrike*, 43546/02.

²⁶² *Ibid.*, p. 80-90.

²⁶³ Harris, O’Boyle; Warbrick 2014, s. 789, hänvisar till *Zarb Adami mot Malta*, 17209/02. Människorättsdomstolen uttalade att i *Zarb Adami* ”However, not every difference in treatment will amount to a violation of Article 14. It must be established that other persons in an analogous or relevantly similar situation enjoy preferential treatment and that this distinction is discriminatory.” p. 71.

²⁶⁴ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 789.

registrerat partnerskap.²⁶⁵ Nära släktskap är inte jämförbart med en förbindelse mellan två vuxna individer som valt att gifta sig eller ingå i registrerat partnerskap.²⁶⁶ Eftersom jämförelseobjektet inte betraktades som analogt, kunde domstolen inte avgöra huruvida en särbehandling skulle ha varit legitim. Domstolens fann att diskriminering inte förekommit.²⁶⁷ I fallet *Konstantin Markin mot Ryssland* slog Människorättsdomstolen fast att män och kvinnor är i analoga situationer när det kommer till föräldraledighet, eftersom syftet med föräldraledighet är att föräldrar ska stanna hemma och ta hand om det nyfödda barnet.²⁶⁸ Domstolen tillade även att stereotypa antaganden om kön inte kan användas för att motivera särbehandling.²⁶⁹

Rättspraxis från Människorättsdomstolen har länge karaktäriserats av en formell tolkning av doktrinen om likabehandling och diskriminering. Ursprungligen uttryckte domstolen främst oro inför fall där faktisk skillnad i behandling kunde uppstås.²⁷⁰ Tillämpningen av artikel 14 har gett upphov till motstridiga uppfattningar om domar och bedömningar.²⁷¹ Det har emellertid noterats att domstolen i vissa fall varit återhållsam i sin tillämpning av testet om analoga situationer och i stället låtit ett ärende konvergera med frågan om huruvida det funnits en motivering till särbehandlingen.²⁷² Denna analyslinje från Människorättsdomstolen återspeglar vikten av att en motivering utgör grunden för förbudet mot diskriminering, vilket i sin tur innebär att staters skyldighet att tillämpa artikel 14 följaktligen i första hand är negativ.²⁷³ Domstolens rättspraxis tydliggör det faktum att artikel 14 utgör ett viktigt verktyg för säkerställandet av statens jämlika behandling av individer som befinner sig i liknande situationer.²⁷⁴

Under senare år har dock en ny conceptualisering kunnat urskiljas i Människorättsdomstolens rättspraxis. Från att ha följt en formell tillämpning av diskrimineringsförbudet har domstolen sedermera valt att tolka jämlikhet och särbehandling ur ett mer materiellt perspektiv.²⁷⁵ Att acceptera skillnad som grundläggande del i principen om likabehandling anses vara en

²⁶⁵ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 789, hänvisar till *Burden och Burden mot Förenade kungariket*, 13378/05.

²⁶⁶ *Burden och Burden mot Förenade kungariket*, p. 62-63.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 66.

²⁶⁸ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 789, hänvisar till *Konstantin Markin mot Ryssland*, 30078/06.

²⁶⁹ *Konstantin Markin mot Ryssland*, p. 143.

²⁷⁰ Gerards 2018, s.1005.

²⁷¹ Se exempelvis *Stubbings m.fl. mot Förenade kungariket*, 22083/93 och 22095/93, *Carson mot Förenade kungariket*, 42184/05.

²⁷² Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 789 -790.

²⁷³ Kapotas 2014, s. 293.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*, s. 293-294.

avgörande faktor till denna nya utformning, och Människorättsdomstolens domslut i fallet *Thlimmenos mot Grekland* kan ses som en vändpunkt.²⁷⁶

I målet *Thlimmenos mot Grekland* fastslogs det för första gången att materiell ojämlikhet (substantive inequalities) omfattas av artikel 14.²⁷⁷ Fallet *Thlimmenos* gällde ett Jehovas vittne som i sin klagan hävdade att han blivit nekad en revisortjänst på grund av sin tidigare brottmålsdom för vägran att bära militäruniform, en handling som grundade sig på mannens religiösa övertygelse. Människorättsdomstolen fann en kränkning av artikel 14 i kombination med artikel 9, eftersom orsaken till att utesluta Thlimmenos från den yrkespositionen han ansökte om inte hade proportionerligt syfte och att sådan skillnad i behandling inte faller inom ramen för vad som är tillåtet enligt artikel 14.²⁷⁸

Den sökandes klagan innefattade därmed inte åtskillnaden som gjorts i samband med yrkesansökan och personer med brottmålsdomar. Snarare utgjordes den centrala skillnaden i behandling i *Thlimmenos* av å ena sidan personer som dömts för brott som begåtts uteslutande på grund av deras religiösa övertygelse, och å andra sidan personer som dömts för andra brott.²⁷⁹ Stora avdelningen (Grand Chamber) underströk att rätten att inte diskrimineras gäller vid åtnjutande av de rättigheter som garanteras enligt EKMR. Rätten att inte diskrimineras kränks även i de fall där stater, utan objektiv och rimlig motivering, inte lyckas behandla personer vars situationer är väsentligt olika, på olika sätt.²⁸⁰ Punkt 44 i *Thlimmenos* karakteriserar domstolens linje:

The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification [...] However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.²⁸¹

²⁷⁶ *Thlimmenos mot Grekland*, 34369/97.

²⁷⁷ Materiell ojämlikhet kan beskrivas som ett resultat av en faktisk situation, medan formell ojämlikhet omfattas av direkt diskriminering.

²⁷⁸ *Thlimmenos mot Grekland*, p. 41-42. Artikel 9 i EKMR innefattar rätten till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 42.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 44.

²⁸¹ *Thlimmenos mot Grekland*, p. 44.

Domstolen konstaterade alltså att en överträdelse av artikel 14 i kombination med artikel 9 förekommit, och ansåg att staten misslyckats att införa lämpliga undantag från regeln att personer som dömts för ett allvarligt brott utesluts från den yrkestjänst som Thlimmenos sökt.²⁸² Därmed demonstrerade Människorättsdomstolen att stater har en skyldighet att behandla individer i olika situationer olika för att jämlikhet ska kunna uppnås. Detta medför rent praktiskt att en sökande kan föra klagan över oskälig likabehandling i olika fall, på samma vis som klagan kan föras över ojämlig behandling i liknande fall.²⁸³

Två år efter domen i *Thlimmenos* gjorde domstolen en liknande bedömning i målet *Pretty mot Förenade kungariket*.²⁸⁴ Fallet gällde en sökande som hävdade att absolut förbud mot assisterat självmord utgjorde diskriminering eftersom hon själv inte kunde utföra självmord på grund av sitt sjukdomstillstånd. Människorättsdomstolen stipulerade i sitt utlåtande att det vid tillämpningen av artikel 14 förutsätts en skillnad i behandling mellan personer, som befinner sig i jämförbara eller relevant jämförbara situationer och att det inte föreligger någon objektiv och rimlig grund till behandlingen i fråga. Handlingen har således inte ett legitimt syfte och det finns inte heller ett rimligt förhållande mellan de använda medlen och det eftersträvade målet. Diskriminering kan alltså även anses uppstå när stater, utan en objektiv och rimlig grund, inte behandlar olika sådana personers vars situationer är väsentligt olika.²⁸⁵ I *Pretty* fann domstolen inte någon kränkning av artikel 14.²⁸⁶

Slutsatserna i *Thlimmenos* blir tillämpliga även i den aktuella frågeställningen. Det förefaller som att frågan kring kvinnliga par och ensamstående kvinnors rätt till ersättning för fertilitetsbehandling hänför sig till en situation i vilken den finländska staten inte lyckats behandla olika personer i liknande situationer olika. I detta fall rör det sig alltså om en oskälig likabehandling som i praktiken utmynnar i förekomst av diskriminering.

²⁸² *Thlimmenos mot Grekland*, p. 48.

²⁸³ Gerards 2018, s. 1005, hänvisar till *Taddeucci och McCall mot Italien*, 51362/09.

²⁸⁴ *Pretty mot Förenade kungariket*, 2346/02.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 88.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 90.

4.2 Staters positiva förpliktelser

I fallet *Yordanova m.fl. mot Bulgarien* bestämde Människorättsdomstolen för att härleda positiva förpliktelser utifrån tillämpningen om materiell diskriminering.²⁸⁷ I *Yordanova m.fl. mot Bulgarien* hade den bulgariska staten beslutat att förstöra bostäder som tillhörde bulgariska medborgare av romskt ursprung, eftersom bostäderna var olagligt byggda. Den bulgariska staten hävdade att beslutet att förstöra bostäderna var en logisk konsekvens av den olovliga bosättningen. Vidare angav staten som motivering att ett beslut att inte verkställa planen att riva bostäderna i sin tur skulle försätta den romska gruppen i en mer privilegierad position än majoritetsbefolkningen.²⁸⁸ Denna motivering ansåg Människorättsdomstolen vara otillräcklig, eftersom den inte beaktade den socialt utsatta och diskriminerande situation som den romska gruppen befann sig i.²⁸⁹ Den bulgariska staten försökte eliminera ojämlikhet genom olik behandling, men detta utgjorde i sig en kränkning av artikel 14.²⁹⁰ Domstolen fann att ett verkställande av beslutet att förstöra de olagligt byggda bostäderna skulle innebära en kränkning av de sökandes rätt till respekt för sina hem i enlighet med artikel 8 i EKMR.²⁹¹

För att uppnå faktisk jämlikhet omfattas konventionsrätten av staters skyldighet att anta positiva förpliktelser. Genom att vidta särskilda åtgärder kan stater garantera den faktiska och materiella jämlikheten, det vill säga att alla människor likmätigt ska kunna åtnjuta möjligheter och förmåner i samhället, snarare än endast den formella jämlikheten.²⁹² I fallet *Horváth och Kiss mot Ungern* konstaterade Människorättsdomstolen att en stat kan bli skyldig att implementera positiva förpliktelser i samband med rätt till utbildning för medlemmar ur grupper som har drabbats av diskriminering med bestående effekter.²⁹³ I fall stater, myndigheter, serviceproducenter och arbetsgivare inte lyckas vidta lämpliga åtgärder för att undvika inskränkningar av materiella rättigheter ökar risken för att regler och praxis ger upphov till diskriminering.²⁹⁴ Positiva förpliktelser innebär en skyldighet att uppfylla rättigheter enligt artikel 14, stater är alltså förpliktade att komplettera, utvidga eller anpassa

²⁸⁷ Gerards 2018, s. 1005, hänvisar till *Yordanova m.fl. mot Bulgarien*, 2544/06.

²⁸⁸ *Yordanova m.fl. mot Bulgarien*, p. 97.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 129.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*, p. 144.

²⁹² FRA, 2018, s. 70.

²⁹³ *Horváth och Kiss mot Ungern*, 11146/11, p. 104.

²⁹⁴ FRA, 2018, s. 70.

gynnsam behandling för grupper som annars riskerar att missgynnas.²⁹⁵ Alternativt kan en stat helt utesluta en gynnsam behandling för alla för att uppfylla kraven enligt artikel 14.²⁹⁶

Medan skyldigheten att uppfylla positiva förpliktelser framträder i Människorättsdomstolens nyare rättspraxis kvarstår det faktum att stater även innehar en negativ förpliktelse vid tillämpandet av konventionsrättigheterna. Redan i ett tidigt skede kunde domstolen konstatera att det inte är enbart negativa förpliktelser som uppkommer genom EKMR.²⁹⁷ I *Belgian Linguistic case* fastslogs följande:

Thus, persons subject to the jurisdiction of a Contracting State cannot draw from Article 2 of the Protocol (P1-2) the right to obtain from the public authorities the creation of a particular kind of educational establishment; nevertheless, a State which had set up such an establishment could not, in laying down entrance requirements, take discriminatory measures within the meaning of Article 14.²⁹⁸

Skillnaderna mellan positiva och negativa förpliktelser är tydliga. Negativa förpliktelser härleds direkt från EKMR, medan positiva förpliktelser generellt förutsätter statliga åtgärder.²⁹⁹ Negativa förpliktelser å sin sida utgår från att staten avstår från eventuell inblandning. I *Nachova m.fl. mot Bulgarien* kunde en annan aspekt urskiljas gällande staters positiva förpliktelser.³⁰⁰ Det framkom därigenom att det föreligger en positiv förpliktelse att skydda offer från kränkningar som uppkommer ur den procedurmässiga aspekten genom artikel 14, vilket gör stater skyldiga att undersöka motiv bakom våldsamma handlingar kopplade till rashat, religiöst hat eller homofobi.³⁰¹

På liknande grunder i *Opuz mot Turkiet* fastställde Människorättsdomstolen att artikel 14 omfattar en skyldighet att skydda.³⁰² Detta kan även medföra att stater måste uppvisa en tillräcklig noggrannhet vid utredning och åtal av brott, och vid behov även följa upp ärenden

²⁹⁵ *E.B. mot Frankrike*, 43546/02; *Konstantin Markin mot Ryssland*, 30078/06.

²⁹⁶ Arnardóttir 2017, s. 151.

²⁹⁷ Gerards 2019, s. 108.

²⁹⁸ *Belgian Linguistic case*, 1474/62, p. 9, sektion IB; Se även *Marckx mot Belgien*, 6833/74, p. 31.

²⁹⁹ Gerards 2019, s. 132.

³⁰⁰ *Nachova m.fl. mot Bulgarien*, 43577/98 och 43579/98.

³⁰¹ Arnardóttir 2017, s. 152, hänvisar till *Nachova m.fl. mot Bulgarien*, p. 168; *Angelova och Iliev mot Bulgarien*, 55523/00; *Milanovic mot Serbien*, 44614/07; *M.C. och A.C. mot Rumänien*, 12060/12.

³⁰² *Opuz mot Turkiet*, 33401/02.

och vidta skyddsåtgärder.³⁰³ Det förefaller relativt oklart huruvida tilläggsprotokoll 12 ger upphov till positiva förpliktelser för stater.³⁰⁴

Den förklarande rapporten till tilläggsprotokoll 12 förklarar att ”the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals.”³⁰⁵ Artikel 1 TP 12 skapar således en negativ förpliktelse gentemot staterna att inte diskriminera individer. I punkt 25 i den förklarande rapporten föreskrivs att ”The article [1] is not intended to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relation between private persons.”³⁰⁶ Därigenom bekräftas det att artikel 1 inte är avsedd att ålägga en allmän positiv förpliktelse för stater att vidta åtgärder för att förebygga eller avlägsna diskriminering i förhållanden mellan privatpersoner.

Vidare förklaras att detta grundar sig på det faktum att tilläggsprotokollet till EKMR, vilket innehåller bestämmelser om individuella rättigheter i ett kort och komprimerat format, inte skulle utgöra ett lämpligt instrument för en tillfredsställande definition av de olika elementen i en så pass omfattande skyldighet av en programmatisk karaktär.³⁰⁷ Emellertid föreslår den förklarande rapporten att en positiv skyldighet inte kan uteslutas ur artikel 1 i TP 12 och att en skyldighet kan uppstå ifall det finns tydliga luckor i den nationella lagstiftningen gällande skydd mot diskriminering.³⁰⁸ Det stipuleras att i synnerhet under omständigheter rörande privatpersoner skulle ett misslyckande att skydda mot diskriminering vara så pass tydligt och allvarligt att det skulle ålägga staten ett ansvar och då kan artikel 1 i TP 12 bli gällande i enlighet med domen i fallet *X och Y mot Nederländerna*.³⁰⁹

De positiva förpliktelser som uppkommer genom artikel 1 är sannolikt begränsade. Det bör påpekas att det första stycket i artikel 1 hänvisar till ”åtnjutande av en rättighet enligt lag” (the enjoyment of any right set forth by law) och att det andra stycket förbjuder diskriminering

³⁰³ Arnardóttir 2017, s. 152.

³⁰⁴ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 820.

³⁰⁵ Explanatory Report to Protocol No. 12, p. 24.

³⁰⁶ Explanatory Report to Protocol No. 12, p. 25.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

³⁰⁹ *Ibid.*, hänvisar till *X och Y mot Nederländerna*, 8978/80, p. 23-24, 27 och 30.

”från någon offentlig myndighet” (against any public authority).³¹⁰ Punkt 28 i den förklarande rapporten specificerar räckvidden gällande positiva förpliktelser för artikel 1:

These considerations indicate that any positive obligation in the area of relations between private persons would concern, at the most, relations in the public sphere normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility (for example, arbitrary denial of access to work, access to restaurants, or to services which private persons may make available to the public such as medical care or utilities such as water and electricity, etc). The precise form of the response which the state should take will vary according to the circumstances. It is understood that purely private matters would not be affected. Regulation of such matters would also be likely to interfere with the individual's right to respect for his private and family life, his home and his correspondence, as guaranteed by Article 8 of the Convention.³¹¹

Det ovannämnda antyder att varje positiv skyldighet som berör rättsförhållanden mellan privatpersoner, på sin höjd ska gälla rättsförhållanden inom den offentliga sfären vilka normalt regleras i lag, och för vilka staten ansvarar för (som exempel nämns här bland annat godtyckligt nekande till sjukvård). Den exakta omfattningen av statens ansvar varierar beroende på sakförhållandena. Rent privata angelägenheter skulle inte påverkas, eftersom sådana frågor skulle kunna påverka individens rätt till respekt för privat- och familjeliv, hemmet och korrespondens i enlighet med artikel 8 i EKMR.

Fertilitetsbehandling utförs inom både den privata och offentliga sjukvården, och faller därmed innanför ramarna för ett område som staten bär ansvar för. Eftersom rätten till ersättning för fertilitetsbehandlingar berör privatpersoner i förhållande till andra privatpersoner borde det föreligga ett ansvar hos staten att anta positiva förpliktelser för att undvika att någon part, i praktiken, blir föremål för diskriminering. Statens skyldighet att tillhandahålla positiva förpliktelser under artikel 1 TP 12 avgörs på basen av de specifika förhållandena som råder i enskilda situationer och bedömningen görs *in casu* - från fall till fall.

³¹⁰ Explanatory Report to Protocol No. 12, p. 27.

³¹¹ *Ibid.*, p. 28.

4.3 Positiva åtgärder och rimliga anpassningsåtgärder

Som redan nämnts kan en stat bli föremål för positiva förpliktelser. Rättspraxis från Människorättsdomstolen innefattar främst svar på frågan huruvida staten, i vissa situationer är skyldig, snarare än tillåten att vidta positiva förpliktelser.³¹² Positiva förpliktelser är dock inte identiska med *positiva åtgärder* (positive actions).³¹³ Positiva åtgärder och fördelaktig behandling är generellt antagna för att eliminera eller kompensera för faktiska ojämlikheter i samhället, eller för att skapa en mer proportionell representation av vissa grupper.³¹⁴ Positiva åtgärder syftar till att inte endast garantera jämlikhet inför lagen, utan också lika tillgång till sociala förmåner såsom sysselsättning, utbildning och hälso- och sjukvård.³¹⁵ Konceptet med positiva åtgärder grundar sig på tanken om att rättsregler gällande tillgången till sociala förmåner bör ta hänsyn till att olika grupper i samhället inte har samma utgångspunkt vad gäller möjlighet till att använda sig av dessa förmåner.³¹⁶ Följaktligen är formell likabehandling oftast inte tillräcklig för att uppnå jämlik fördelning av samhällsliga resurser.³¹⁷ Hittills har domstolen inte haft möjlighet att utveckla någon doktrin om positiva åtgärder.³¹⁸ Den rättspraxis som hänför sig till positiva åtgärder härleds vanligtvis till det arbetsrättsliga området.³¹⁹

Målet *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina* berörde utformningen av valsystem.³²⁰ För att vara valbara i parlaments- och presidentval behövde kandidaterna klargöra vilken av tre etniska valkretsar de tillhörde (den serbiska, bosniska eller kroatiska).³²¹ Enligt de sökande utgjorde detta krav diskriminering eftersom det resulterade i ett uteslutande av representation av etniska minoriteter, i detta fall judar och romer. Den statliga regeringen hävdade att detta var nödvändigt för att uppnå balans och proportionell representation av olika etniska grupper inom samhället i Bosnien och Hercegovina.³²² Människorättsdomstolen

³¹² FRA, 2018, s. 77.

³¹³ Van Caeneghem 2019, s. 557.

³¹⁴ Gerards 2018, s. 1012.

³¹⁵ De Schutter 2007, s. 759.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ De Schutter 2007, s. 759.

³¹⁸ Gerards 2018, s. 1012.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Gerards 2018, s. 1012, hänvisar till *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*, 27996/06 och 34836/06.

³²¹ *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*, p. 12.

³²² *Ibid.*, p. 34-35.

förtydligade att EKMR inte förbjuder stater att behandla grupper olika för att avskaffa faktiska ojämlikheter.³²³

I *Sejdić och Finci* förefaller det som om domstolen inte godtog att eliminering av ojämlikheter och ersättning för ojämlikhet utgjorde en skälig grund för ojämlik behandling och fann således en överträdelse av artikel 14.³²⁴ Människorättsdomstolen har generellt lämnat en bred tolkningsmarginal åt stater när det handlar om att främja nationella minoriteters deltagande i offentliga angelägenheter.³²⁵ Däremot har domstolen uttalat att stater kan inneha positiva förpliktelser att tillhandahålla särskilt skydd för personer eller minoriteter som kan klassas som speciellt utsatta för att kompensera för deras utsatthet i samhället.³²⁶

Hittills har inte Människorättsdomstolen gett någon konkret utarbetad tolkning av begreppet positiva åtgärder och har inte heller utvecklat specifika normer för användningen av positiva åtgärder.³²⁷ Enligt Van Caeneghem finns det skäl att hävda att positiva förpliktelser kan, beroende på kontext, enskild situation och behovet av skydd för en specifikt utsatt grupp, inkludera att stater vidtar positiva åtgärder för att försäkra alla grupper likvärdigt åtnjutande av rättigheterna och friheterna i EKMR.³²⁸ Inom senare praxis har Människorättsdomstolen myntat ett begrepp som påminner om positiva åtgärder – *rimliga anpassningsåtgärder* (reasonable accommodation).³²⁹ Rimliga anpassningsåtgärder avser att avlägsna och bemöta hinder för individer, vilka tillhör grupper med medfödda egenskaper (inherent characteristics), som uppstår i interaktion med den fysiska och sociala miljön.³³⁰

Anpassningsåtgärderna kan exempelvis omfatta en anpassning av befintliga regler, förfaringsätt, praxis eller infrastruktur så att alla grupper har likvärdiga möjligheter till tillträde och deltagande i samhället fullt ut.³³¹ Det centrala med rimliga anpassningsåtgärder är att förverkliga materiell jämlikhet. Åtgärderna hänför sig ofta till insatser i förhållande till anställning, offentliga tjänster, utbildning och allmänna sociala tjänster.³³² Såsom begreppet

³²³ *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*, p. 44.

³²⁴ *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*. En överträdelse av artikel 14 konstaterades i kombination med artikel 3 i protokoll 1 enligt Människorättsdomstolen, *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*, p. 50.

³²⁵ *Partei Die Friesen mot Tyskland*, 65480/10.

³²⁶ Gerards 2018, s. 1012, hänvisar till *Yordanova m.fl. mot Bulgarien* och *Horváth och Kiss mot Unger*, p. 104.

³²⁷ Gerards 2018, s. 1012.

³²⁸ Van Caeneghem 2019, s. 557.

³²⁹ Gerards 2018, s. 1012.

³³⁰ Henrard 2017, s. 963.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

indikerar så är åtgärderna som utförs eller vidtas inte absoluta, utan begränsas till vad som kan anses vara *rimligt*.

Ursprungligen utvecklades skyldigheter för rimliga anpassningsåtgärder som ett uttryck för rätten till likabehandling.³³³ Det skulle vara möjligt att införliva åtagandet om rimliga anpassningsåtgärder med staters andra positiva förpliktelser vilka syftar till att effektivt utforma åtgärder som gynnar personers åtnjutande av grundläggande rättigheter.³³⁴ Åtaganden om rimliga anpassningsåtgärder kan även betraktas som en form av olikbehandling. Dessutom relaterar statens skyldighet till olikbehandling och rimliga anpassningsåtgärder till förbudet mot indirekt diskriminering.³³⁵ Detta grundar sig på att förbud mot indirekt diskriminering omfattar åtgärder som inte direkt orsakar en diskriminerande effekt, men som i praktiken gynnar majoritetsgruppen och följaktligen har oproportionerliga följder för minoritetsgrupper. Rimliga anpassningsåtgärder skulle i praktiken motverka eller förhindra en ofördelaktig effekt och därmed hämma indirekt diskriminering. Med andra ord innebär förbudet mot indirekt diskriminering underförstått en skyldighet att vidta skäliga anpassningsåtgärder för att undvika uppkomsten av indirekt diskriminering.³³⁶

Människorättsdomstolens rättspraxis i fråga om rimliga anpassningsåtgärder är inte speciellt omfattande, men det första rättsfallet som inkluderar rimliga anpassningsåtgärder är *Çam mot Turkiet*.³³⁷ Målet berörde en musikakademis vägran att anta en kvinnlig student på grund av hennes blindhet. Människorättsdomstolen bedömde att staten måste tillgodose sådana behov hos elever som den aktuella sökanden hade, eftersom hon på grund av sin blindhet ansågs vara i en speciellt sårbar position. Domstolen fann en överträdelse av artikel 14 i kombination med artikel 2 protokoll 1, och noterade att diskrimineringen på grund av funktionshinder omfattade vägran att tillhandahålla rimliga anpassningsåtgärder.³³⁸

En liknande utgång kunde Människorättsdomstolen konstatera i målet *Guberina mot Kroatien*.³³⁹ Målet tangerade en klagan från en far till ett allvarligt handikappat barn gällande skattemyndigheternas underlåtenhet att ta hänsyn till barnets specifika behov vid fastställande

³³³ Henrard 2017, s. 964.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Gerards 2018, s. 1013, hänvisar till *Çam mot Turkiet*, 51500/08.

³³⁸ *Çam mot Turkiet*, p. 67.

³³⁹ Gerards 2018, s. 1013, hänvisar till *Guberina mot Kroatien*, 23682/13.

av faderns rätt till skattebefrielse vid anskaffningen av en för barnet anpassad bostad. Domstolen ansåg att de nationella myndigheterna hade antagit en alltför restriktiv hållning vid tillämpningen av för målet relevant skattelagstiftning, genom att inte erkänna den faktiska skillanden i Guberinas situation med avseende på grundläggande krav på infrastruktur som motsvarade familjens boendebehov. Enligt domstolen hade den kroatiska staten bortsett från andra nationella bestämmelser som behandlar frågan om byggnaders tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, samt från att iaktta statens (Kroatiens) skyldighet under FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD).³⁴⁰

4.4 Fastställande av särbehandling

4.4.1 Avgöra förekomst av ojämlig behandling

Tidigare i denna avhandling har det konstaterats att artikel 14 och artikel 1 TP 12 inte är uttömmande, och vid återopande av diskriminering tenderar Människorättsdomstolen att tolka diskrimineringsgrunderna brett. Varken artikel 14 eller artikel 1 TP 12 innehåller några tydliga bestämmelser om begränsningar, men det går dock inte att härleda någon absolut karaktär ur artiklarnas bestämmelser och särbehandling är konstant förbjudet så länge behandlingen saknar objektiv och försvarlig grund.³⁴¹ Genom rättspraxis har domstolen utformat egna normer för att bedöma huruvida särbehandling är motiverad.³⁴² I det avseendet finns det inte några skillnader i hur bedömningsnormer används i mål som berör artikel 14 och artikel 1 TP 12.³⁴³

Som bekant utgör inte all form av särbehandling eller misslyckande att behandla olika personer i olika situationer per automatik diskriminering, utan endast under sådana omständigheter då objektiv och försvarlig grund saknas.³⁴⁴

³⁴⁰ *Guberina mot Kroatien*, p. 91-92., Konventionen om rättigheter med personer med funktionsnedsättning, 27.1.2007, A/RES/61/106.

³⁴¹ *D.H. m.fl. mot Tjeckien*, p. 175; *Hoogendijk mot Nederländerna*.

³⁴² Speciellt riktgivande har bedömningarna i målen *Belgian linguistics case* och *Marckx mot Belgien* visat sig vara för utvecklingen av Människorättsdomstolens normer för att avgöra förekomst av särbehandling.

³⁴³ *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*, p. 55; *Ramaer och Van Willigen mot Nederländerna*, 34880/12, p. 89-90.

³⁴⁴ *Molla Sali mot Grekland*, 20452/14, p. 135; *Fabris mot Frankrike*, 16574/08, p. 56.

För att avgöra om särbehandlingen utgör diskriminering eller ojämlig behandling behöver Människorättsdomstolen tillämpa följande test:

1. Har det förekommit skillnad i behandling av den sökande som befinner sig i liknande eller analog situation som den person eller den grupp som denne refererar till – eller ett misslyckande att behandla olika personer i olika situationer olika?
 - a. Om svaret är nej: Särbehandlingen kan accepteras och utgör inte diskriminering;
 - b. Om svaret är ja: Se punkt 2.
2. Är skillnaden i behandling – eller frånvaro av skillnad i behandling - baserad på objektiv och försvarlig grund?
 - a. Finns det ett legitimt syfte?
 - b. Är de använda medlen proportionella i förhållande till det eftersträvande målet?³⁴⁵

För att föra en klagan om förekomst av särbehandling bör den sökande kunna bevisa att denne har behandlats annorlunda än en annan person eller en grupp som befinner sig i relevant liknande position, eller att hen har behandlats liknande som en grupp som befinner sig i en helt annan situation.³⁴⁶ Den andra personen eller gruppen utgör därmed ett jämförelseobjekt. Vad gäller kriteriet för motivering till särbehandling, ger domstolen en viss tolkningsmarginal åt staten. Tolkningsmarginalen varierar beroende på omständighet i ärendet, ämnesområde och ärendets bakgrund.³⁴⁷

Tolkningsmarginalens bredd varierar mycket och står ständigt i relation till nationella tolkningar; å ena sidan utgör tolkningsmarginalen en intressevägning mellan åberopande av statlig suveränitet och motpartens egen uppfattning av den aktuella situationen, å andra sidan konkretiserar marginalen behovet av ett effektivt skydd för mänskliga rättigheter.³⁴⁸ Vid avsaknad av gemensam europeisk konsensus tenderar domstolen att ge en bredare tolkningsmarginal åt staten, det samma gäller vid frågor som berör moraliska och etiska dilemman.³⁴⁹

³⁴⁵ Gerards 2018, s.1014; Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, 2019, s. 15.

³⁴⁶ Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, 2019, s. 15.

³⁴⁷ *Rasmussen mot Danmark*, 8777/79, p. 40.

³⁴⁸ Arnardóttir 2007, s. 19.

³⁴⁹ McGoldrick 2016, s. 28-29.

Om statens tolkningsmarginal är snäv tillämpas istället testet om mycket tungt vägande skäl som diskuterats i avsnitt 2.3.3. Testet förutsätter en mycket noggrann granskning av motiveringen till skillnad i behandling. Människorättsdomstolen konstaterade i målet *L. och V mot Österrike* att särbehandling baserat på kön och sexuell läggning förutsätter specifikt övertygande och vägande skäl.³⁵⁰

Enligt Människorättsdomstolens tolkningsmodell krävs det ett behov av motivering endast om ärendet *faktiskt* uppvisar skillnad i behandling. Detta kan innebära formell särbehandling (ojämlik behandling i liknande fall) eller materiell särbehandling (likabehandling i olika fall eller bristande jämlikhet som resultat).³⁵¹ Skillnaden i behandling måste ge upphov till reella nackdelar eller olägenheter för en grupp eller en person jämfört med andra i en analog situation. Domstolen har dock poängterat att jämförelseobjektet inte behöver befinna sig i identiskt liknande situation eller i fullständigt analog situation.³⁵² Den sökande bör alltså i samband med sin klagan kunna bevisa att hen befunnit sig i en relevant liknande situation som någon annan som behandlats på ett annat sätt.³⁵³ Element som kännetecknar olika situationer och avgör jämförbarheten måste bedömas mot bakgrund av ämne och syfte tillsammans med åtgärden som utgör skillnaden i enskild fråga, och inte i ett abstrakt sammanhang.³⁵⁴ Analysen av huruvida två personer eller grupper befinner sig i jämförbara situationer i den mening som avses i en analys av särbehandling eller diskriminering är både specifik och kontextuell.³⁵⁵ Följaktligen är tillämpningen av kriteriet om jämförbarhet starkt beroende av omständigheterna *in casu*.³⁵⁶

4.4.2 Kravet på objektiv och försvarlig grund

Det är inte sällan som nationella myndigheter konfronteras med olika situationer som kräver olika rättsliga lösningar. Dessutom syftar vissa rättsliga distinktioner till att enbart korrigera de faktiska skillnaderna.³⁵⁷ Artikel 14 och artikel 1 TP 12 förbjuder således inte särbehandling som grundar sig på en objektiv bedömning av i huvudsak olika faktiska omständigheter och

³⁵⁰ *L. och V. mot Österrike*, p. 45.

³⁵¹ Gerards 2018, s. 1014.

³⁵² *Laduna mot Slovakien*, 31827/02, p. 56.

³⁵³ *Fábián mot Ungern*, 78117/13, p. 113; *Clift mot Förenade kungariket*, 7205/07, p. 66.

³⁵⁴ *Fábián mot Ungern*, p. 121; FRA 2018, s. 47.

³⁵⁵ Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, 2019, s. 15.

³⁵⁶ Det finns omständigheter där Människorättsdomstolen inte godtar jämförbarheten med hänvisning till att staten inte kan hållas ansvarig för vissa skillnader, exempelvis om de uppstår naturligt eller är ett resultat av tekniska skillnader, Gerards 2018, s. 1015.

³⁵⁷ *Belgian linguistics case*, p. 10 (lagdelen).

som, med hänsyn till allmänintresset, skapar en rättvis balans mellan skyddet av samhällets intressen och respekten för de rättigheter och friheter som skyddas enligt EKMR.³⁵⁸ Enligt den tolkningsdoktrin som Människorättsdomstolen tillämpar kommer en skillnad i behandling att vara diskriminerande om den saknar objektiv och försvarlig motivering, det vill säga om skillnaden saknar legitimt syfte eller om det inte finns ett rimligt proportionalitetsförhållande mellan medlen som används och det eftersträvade målet. Denna slutsats har presenterats av domstolen genom en rad rättsfall.³⁵⁹

Den första frågan som bör besvaras är huruvida syftet med skillnaden i behandling är legitim. Varken artikel 14 eller artikel 1 TP 12 är uttömmande till sin karaktär, vilket betyder att Människorättsdomstolen kan bestämma vilka syften eller mål som kan godtas som legitima.³⁶⁰ Av domstolens rättspraxis framgår det att vissa syften eller mål aldrig kan anses legitimera ojämlik behandling.³⁶¹ Den motivering som staten tillhandahåller bör ha en rationell grund och bevisbar premiss.³⁶²

Mot bakgrund av den av Människorättsdomstolen tillämpade rättspraxisen tenderar domstolen att acceptera de målsättningar som staten presenterar gällande legitimitet för sitt handlande.³⁶³ Med detta sagt innebär detta inte att domstolen anser att skillnaden i behandling nödvändigtvis kan motiveras bara för att målsättningen betraktas som legitim.³⁶⁴ När det kommer till att acceptera respekt för traditionella åsikter som legitimt mål har domstolen intagit en relativt ambivalent position. I *Konstantin Markin mot Ryssland* avfärdade domstolen statens motivering genom att hävda följande:

In particular, references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex. [...] Similarly, the difference in treatment cannot be justified by reference to traditions prevailing in a certain country. The Court has already found that States may not impose traditional gender roles and gender stereotypes.³⁶⁵

³⁵⁸ *Zarb Adami mot Malta*, p. 73.

³⁵⁹ *Molla Sali mot Grekland*, p. 135; *Abdulaziz, Cabales och Balkandali*, p. 72; *Belgian linguistic case*, p. 10 (lagdelen).

³⁶⁰ Gerards 2018, s. 1016.

³⁶¹ Exempelvis syften som ansetts ogiltiga redan på nationell nivå och därmed inte är förenliga med inhemsk lagstiftning eller olikbehandling som härrör från negativa attityder gentemot en viss minoritet kan inte betraktas som legitim, *Hode och Abdi mot Förenade kungariket*, 22341/09, p. 53-54; *L. och V. mot Österrike*, p. 22.

³⁶² Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 793.

³⁶³ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 793

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Konstantin Markin mot Ryssland*, p. 127 och p. 142.

I målet *Kozak mot Polen* uttalade domstolen däremot att ”The Court accepts that protection of the family in the tradition sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which may justify a difference in treatment.”³⁶⁶ I ljuset av att EKMR ska fungera som ett levande instrument bör det poängteras att tolkningen av legitimt syfte måste ses ur perspektivet av rådande omständigheter. Den ökade medvetenheten om och acceptans av exempelvis nya former av familjekonstellationer på nationell nivå förutsätter att domstolen beaktar denna utveckling i sin handläggning av ärenden. Detta torde i sin tur resultera i att staten framöver kommer att ställas inför utmaningar då den förväntas presentera hållbara och legitima motivering till skillnad i behandling av enskilda personer. I målet *Bayev m.fl. mot Ryssland* ansåg Människorättsdomstolen att det inte fanns någon anledning att betrakta upprätthållandet av familjevärderingar som grunden i samhället som oförenligt med ett erkännande av den sociala acceptansen av homosexualitet, särskilt med tanke på den växande allmänna benägenheten att inkludera förhållanden mellan par av samma kön i begreppet *familjeliv*.³⁶⁷

Efter att Människorättsdomstolens konstaterat att det existerar ett legitimt syfte till olikbehandling följer en granskning av rimlig proportionalitet i förhållande till de använda medlen och det eftersträvade målet.³⁶⁸ Proportionalitetstestet ska illustrera att det faktiskt inte förekommer något rimligt proportionalitetsförhållande mellan de statliga medel som används och det legitima målet som förväntas uppnås. Det har förekommit fall som vid en första anblick anses ha ett legitimt mål, men som vid en närmare granskning inte kan motiveras.³⁶⁹ Även om finansiella eller budgetmässiga överväganden rent generellt kan ses som rimliga har domstolen fastställt att de, som sådana, inte utgör en tillräcklig grund för särbehandling på grund av suspekta skäl, såsom kön och sexuell läggning.³⁷⁰

Människorättsdomstolen bör ta i beaktande den subsidiära karaktär som EKMR tillskrivits; domstolens roll är inte att ersätta de behöriga nationella myndigheterna genom att bedöma om, och i så fall i vilken utsträckning, skillnader i annars liknande situationer motiverar differentierad behandling. Detta faktum ger stater en egen tolkningsmarginal.³⁷¹ Domstolen har slagit fast följande gällande tolkningsmarginalens bredd ”will vary according to the

³⁶⁶ Gerards 2018, s. 1017, hänvisar till *Kozak mot Polen*, 13102/02, p. 98. Se även *Karner mot Österrike*, 40016/98, p.41; *X m.fl. mot Österrike*, 19010/07.

³⁶⁷ *Bayev m.fl. mot Ryssland*, 67666/09, p. 67.

³⁶⁸ Gerards 2018, s. 1017.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Gerards 2018, s. 1017, hänvisar till *Vrountou mot Cypern*, 33631/06, p. 79.

³⁷¹ Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12, 2019, s. 19.

circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting states.”³⁷² Med andra ord ställs tolkningsmarginalens räckvidd i relation till en existerande eller icke-existerande konsensus bland konventionsstaterna.

När det kommer till frågor som berör sociala eller ekonomiska områden har Människorättsdomstolen fastställt att nationella myndigheter är bättre lämpade att instifta regleringar som främjar nationella samhälleliga intressen. Detta grundar sig på det faktum att de nationella myndigheterna har direkt kännedom kring sådana områden, vilket resulterar i en bredare tolkningsmarginal eftersom domstolen generellt respekterar den nationella lagstiftningen såvida den inte är *uppenbart ogrundad* (manifestly without reasonable foundation).³⁷³ Ju mindre bevisen tyder på att statens skillnad i behandling avviker från en gemensam konsensusgrund, desto mindre är sannolikheten att domstolen fördömer regeln.³⁷⁴ I allmänhet har domstolen avvisat sådana regler eller lagar som inte uppbringar individuell rättslig bedömning utifrån en individs behov.³⁷⁵

Människorättsdomstolen har identifierat diskrimineringsgrunder som medför en snävare tolkningsmarginal.³⁷⁶ Av ett flertal domar framgår det att ingen skillnad i behandling som baseras uteslutande, eller i avgörande grad, på en persons etniska ursprung kan motiveras på ett objektivet sätt i ett modernt demokratiskt samhälle som bygger på principerna om mångfald, pluralism och respekt för olika kulturer.³⁷⁷ Enligt Arnardóttir tyder rättspraxis på att Människorättsdomstolen har utvecklat en viss distinktion mellan å ena sidan en snäv tolkningsmarginal och en strikt granskning av suspekta diskrimineringsgrunder som hänför sig till medfödda personliga egenskaper eller grundläggande val som har ett betydande inflytande på en persons identitet och existens, och å andra sidan en bredare

³⁷² Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 794, hänvisar till *Petrovic mot Österrike*, p. 38. Se även *Stummer mot Österrike*, 37452/02, p. 88 och *Carson m.fl. mot Förenade kungariket*, p. 61.

³⁷³ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 794-795, hänvisar till *Burden och Burden mot Förenade kungariket*, p. 60; *Stec m.fl. mot Förenade kungariket*, p. 52; *Carson m.fl. mot Förenade kungariket*, p. 61; *Andrejeva mot Lettland*, 55707/00, p. 83

³⁷⁴ Harris; O’Boyle; Warbrick 2014, s. 795.

³⁷⁵ Gerards 2018, s. 1017, hänvisar till *Kiyutin mot Ryssland*, 2700/10, p. 72-73. Fallet *Kiyutin* berörde en rysk inhemsk lag som krävde att personer som ansökte som uppehållstillstånd behövde uppvisa att de inte var smittade av HIV, annars avslogs ansökan. Människorättsdomstolen invände mot lagen eftersom dess karaktär inte medförde någon individuell rättslig bedömning och förutsatte inte att de ryska myndigheterna tog hänsyn till ytterligare faktorer, så som den sökandes övriga hälsorisker eller familjeband.

³⁷⁶ Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12, 2019, s. 19.

³⁷⁷ Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12, 2019, s. 19, hänvisar till *D.H m.fl. mot Tjeckien*, p. 176 och *Sejdić och Finci mot Bosnien och Hercegovina*, p. 43-44.

tolkningsmarginal av andra diskrimineringsgrunder.³⁷⁸ Andra diskrimineringsgrunder syftar i detta fall på egenskaper som inte direkt har en koppling till personlig status eller påverkar en persons dagliga liv eller hindrar någon från att delta i samhället på samma villkor.³⁷⁹ Särbehandling på grund av sexuell läggning och kön är som bekant inte legitimt utan mycket vägande skäl.³⁸⁰ Statens tolkningsmarginal vid ärenden som berör särbehandling på grund av sexuell läggning och kön skulle således bli snävare än om särbehandlingen endast grundade sig på civilstånd.

En faktor som påverkar avgörandet om proportionalitet är vikten av att undersöka om liknande resultat kunde ha uppnåtts genom andra medel eller tillvägagångssätt.³⁸¹ Om det rör sig om ett fall av indirekt diskriminering krävs det inte att Människorättsdomstolen gör åtskillnad mellan proportionalitet och legitimt syfte.³⁸² Människorättsdomstolen har klargjort att dess uppgift inte är att ersätta den nationella lagstiftningen, och att identifieringen av andra alternativ inte är avgörande.³⁸³ I enlighet med domstolens utvärdering i *Rasmussen mot Danmark*, erbjuder tolkningsmarginalen möjlighet för staten att välja mellan olika alternativ.³⁸⁴ Det faktum att vissa förfaranden resulterar i en tydlig skillnad gällande inverkan på enskilda individer kommer inte att vara avgörande trots att åtgärden kan anses vara oproportionerlig, om den övergripande effekten uppnås med rimlig tolerans.

Eftersom EKMR först och främst är ett instrument som ämnar skydda mänskliga rättigheter, måste Människorättsdomstolen ta hänsyn till eventuella förändrade förhållanden i de fördragsslutande staterna och agera på tänkbar ny konsensus om vilka normer som ska uppnås vid en bedömning av ett diskrimineringsfall.³⁸⁵ Människorättsdomstolen har inte definierat termen europeisk konsensus, och av den orsaken finns inga precisa riktlinjer om när en sådan existerar. Domstolen har istället ansett att konsensus föreligger då den generella rättsutvecklingen går mot ett visst håll.³⁸⁶ I nuläget verkar det inte finnas någon europeisk konsensus när det kommer till rätten till ersättning för assisterad befruktning. Av den orsaken skulle Människorättsdomstolen kunna hävda att nuvarande kriterier för rätt till subventionerad

³⁷⁸ Arnardóttir 2015, s. 12.

³⁷⁹ Arnardóttir 2015, s. 12. Exempel på sådana diskrimineringsgrunder är bl.a. språk, politisk åsikt och egendom.

³⁸⁰ Abdulaziz, *Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket*, p. 78.

³⁸¹ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 795; Schabas 2015, s. 565.

³⁸² Schabas 2015, s. 566.

³⁸³ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014, s. 795.

³⁸⁴ Harris; O'Boyle; Warbrick 2014 s. 795, hänvisar till *Rasmussen mot Danmark*, p. 41 och *Stubbings m.fl. mot Förenade kungariket*, p. 74-76.

³⁸⁵ Guide on Article 14 and on Article 1 of Protocol No. 12, s. 19.

³⁸⁶ Dzehtsiarou 2015, s. 10.

fertilitetsbehandling baserad på en objektiv och försvarlig grund och om staten kunde erhålla rimliga och motiverade skäl till att FPA:s tolkning av sjukförsäkringslagen samt att ersättningspraxisen uppfyller legitima mål och är proportionerliga. Avsaknaden av en europisk konsensus är dock inte avgörande och tillämpas inte heller per automatik.³⁸⁷

Det är dock inte troligt att den nuvarande ersättningspraxisen kan anses vara stiftad på objektiva och försvarliga grunder, eftersom den i praktiken ger upphov till oskälig likabehandling som i sin tur orsakar materiell ojämlikhet. Analysen i denna avhandling tyder på att kravet på *sjukdom* för rätt till beviljad ersättning för fertilitetsbehandling orsakar direkt diskriminering gentemot kvinnliga par och ensamstående kvinnor, eftersom dessa befinner sig i en annan livssituation än heterosexuella par.

³⁸⁷ Dzehtsiarou 2015, s. 211. Se även McGoldrick 2016, s. 28.

5 Sammanfattning

Synen på *familj* har förändrats mycket under de senaste åren. Mot bakgrunden av att attityderna i samhället mjuknat, blivit mer inkluderande och accepterande är den traditionella och hegemoniska uppfattningen om kärnfamiljen inte längre obestridlig. Detta har utmynnat i en mer öppen och jämlik lagstiftning kring familjerelaterade frågor. I flera av konventionsstaterna syns en mer liberal inställning gentemot samkönade förhållanden och äktenskap, och Människorättsdomstolens praxis har medfört juridiska konsekvenser för medlemsstaterna att upprätta juridiska ramverk för hur relationer mellan samkönade ska uppfattas i förhållande till begreppet familjeliv. Utvecklingen av tolkningen av begreppet *familjeliv* illustrerar hur EKMR fungerar som ett levande instrument som löper i linje med samhällsutvecklingen. För den aktuella frågeställningen står det dock klart att andra former av familjekonstellationer förutom kärnfamiljen, inte ges ett lika starkt rättsligt skydd. Trots att den nyare rättspraxisen från Europeiska människorättsdomstolen är betydelsefull för tolkningen och tillämpningen av artikel 8 så har den finländska lagstiftningen inte lyckats tillämpa tillräckliga positiva förpliktelser för att i praktiken jämlikt stöda mångfalden av familjekonstellationer.

Av uppenbara skäl har sjukförsäkringslagen 2004/1224 antagits för att kunna trygga inkomsten för den som av olika orsaker går miste om sin inkomst till följd av sjukdom. Av den anledningen förefaller det försvarbart att bestämmelserna kring ersättningspraxis förutsätter ett krav på just sjukdom. Alla har, oavsett sexuell läggning, kön eller social status, rätt att erhålla ersättning efter fertilitetsbehandling förutsatt att sjukdomsdiagnos utgör grund för barnlöshet. Detta innebär följaktligen att det inte finns något juridiskt hinder för kvinnliga par eller ensamstående kvinnor att bli beviljade sjukvårdsersättning från FPA så länge som deras barnlöshet kan kopplas till medicinska orsaker. Således är principen om rätten till ersättning för fertilitetsbehandling antagen på grunder som syftar till jämlik behandling.

Vad som dock orsakar en konflikt i praktiken enligt nuvarande lagstiftning är det faktum att kvinnliga par och ensamstående kvinnor behöver genomgå assisterad befruktning för att kunna bli gravida, till skillnad från heterosexuella par som, högst troligen, uteslutande genomgår assisterad befruktning p.g.a. infertilitet. Det i sin tur bidrar till att försätta homosexuella kvinnor och ensamstående kvinnor i en ogynnsam position, trots att de rent

fysiologiskt sett är fertila. Kriterierna som fastställs i sjukförsäkringslagen och därmed också FPA:s sjukvårdsersättningspraxis är neutrala, men orsakar i praktiken ojämlik fördelning av ekonomisk ersättning för fertilitetsbehandling. Effekten av sjukförsäkringslagen är ofrånkomligen missgynnande gentemot kvinnliga par och ensamstående kvinnor som önskar bli gravida och bilda familj.

Människorättsdomstolen har slagit fast, i enlighet med *Thlimmenos*, att stater har en skyldighet att behandla individer i olika situationer olika för att jämlikhet i praktiken ska kunna uppnås.³⁸⁸ Rätten att inte bli diskriminerad kränks i situationer där staten, utan objektiv och rimlig motivering, inte lyckas behandla personer olika, vars situationer är väsentligt olika. Därmed kan det konstateras att den finländska staten har misslyckats med att behandla olika personer, i olika situationer på ett sådant sätt som i praktiken skulle resultera i jämlikhet. Den centrala skillnaden i behandling för denna aktuella frågeställning är baserad på sexuell läggning och kön, samt civilstånd.

För att illustrera ett tydligt exempel på varför skillnaden i behandling hänför sig till sexuell läggning, kön och civilstånd kan ett heterosexuellt par i en heterosexuell relation fungera som ett jämförelseobjekt: med utgångspunkten att inte något fertilitetsproblem föreligger, skulle det heterosexuella paret inte uppsöka någon fertilitetsvård för att bli gravida, medan både ett kvinnligt par och en ensamstående kvinna är tvungna (på grund av biologiska orsaker samt sexuell läggning och civilstånd) att göra det. Dessutom drabbar det aktuella förfarandet enbart kvinnor, vilket därför försätter explicit kvinnor i en ofördelaktig ekonomisk situation jämfört med heterosexuella par.

Den aktuella frågeställningen tangerar direkt diskriminering i form av materiell ojämlikhet. För att uppnå faktisk jämlikhet har Finland som konventionsstat en skyldighet att anta positiva förpliktelser eller en sådan form av särbehandling som syftar till att faktiska ojämlikheter elimineras. Genom att vidta särskilda åtgärder garanteras den faktiska och materiella jämlikheten, vilket bidrar till att alla ska kunna åtnjuta likadana möjligheter och förmåner i samhället. Den tolkningsdoktrin som Människorättsdomstolen tillämpar vid avgörande om förekomst av diskriminering förutsätter att särbehandlingen saknar objektiv och försvarlig grund, det vill säga om skillnaden i behandling saknar legitimt syfte eller om

³⁸⁸ *Thlimmenos mot Grekland*, 34369/97.

det inte finns ett rimligt proportionalitetsförhållande mellan medlen som används och det eftersträvade målet.

Doktrinen om staters tolkningsmarginal grundar sig på att konventionsstater ska ha utrymme för tolkning och implementering av konventionsrättigheterna i enlighet med den egna nationella samhällsutvecklingen. Staters tolkningsmarginal anses krympa i takt med att samhällsutvecklingen går mot ett visst håll i en stat. Människorättsdomstolen tenderar att godkänna en inskränkning av en konventionsrättighet om en stat kan erbjuda rimliga och godtagbara skäl för detta. Samtidigt har Människorättsdomstolen förbehållit sig rätten att vidta åtgärder gentemot staten om förfarandet inte uppvisar acceptabla resultat eller om förfarandet står i strid med rättigheter som Europakonventionen skyddar.

I målet *Eweida m.fl. mot Förenade kungariket* kunde Människorättsdomstolen slå fast att bland annat kön och sexuell läggning omfattas av suspekta grunder vilket innebär att proportionalitetskriteriet förutsätter att särbehandlingen kan motiveras med mycket tungt vägande skäl för att anses vara legitima.³⁸⁹ Testet om mycket tungt vägande skäl har utvecklats av domstolen och fungerar som ett substitut till staters tolkningsmarginal och tillämpningen av testet erbjuder i praktiken en snävare marginal. Det bör poängteras att Människorättsdomstolen har gett motstridiga domar i diskrimineringsfall och det är svårt att urskilja tydliga riktlinjer för hur tolkningen sker. Exempelvis fann domstolen ingen kränkning av artikel 8 i kombination med artikel 14 i fallet *S.H. m.fl. mot Österrike*, i motsats till fallet *X m.fl. mot Österrike* där en kränkning av samma artiklar ansågs ha förekommit.³⁹⁰ De faktiska omständigheterna i ett mål betonas för att ett avgörande i frågan om huruvida diskriminering har förekommit ska kunna fattas.

Avslutningsvis kan det konstateras att nuvarande finländsk lagstiftning och ersättningspraxis medför att kvinnliga par och ensamstående kvinnor systematiskt utsätts för oskälig likabehandling på grund av sexuell läggning, kön och civilstånd och därmed kränks EKMR artikel 8 i kombination med artikel 14 och TP 12 artikel 1. Finland har valt att tillämpa en inkluderande lag om assisterad befruktning som berättigar både kvinnliga par och ensamstående kvinnor till att genomgå fertilitetsbehandling.³⁹¹ Men detta till trots förblir

³⁸⁹ *Eweida m.fl. mot Förenade kungariket*, 48420/10, p.71.

³⁹⁰ *S.H. m.fl. mot Österrike*, 578137/00; *X m.fl. mot Österrike*, 19010/07.

³⁹¹ Lag om assisterad befruktning, 22.12.2006/1237, 2 § 1 mom.

resultatet av likabehandlingen ofördelaktig i och med att subventionerna från FPA för fertilitetsbehandlingar tenderar att beviljas mer frekvent till heterosexuella par som en följd av att ersättningskravet på *sjukdom* som orsak till barnlöshet utgör grund för rätten till ersättning. Människorättsdomstolen kunde hävda att kravet på sjukdom som grund för rätt till ersättning för fertilitetsbehandling baserar sig på någon objektiv och försvarlig grund, och att ersättningspraxisen har ett legitimt mål och dessutom uppfyller proportionalitetskriterier. Det förefaller dock osannolikt eftersom förfarandet orsakar en materiell ojämlikhet som endast drabbar en viss grupp i samhället, det vill säga kvinnor; lesbiska och ensamstående.

Enligt ovanstående granskning borde rådande ersättningspraxis från FPA för fertilitetsbehandling upphävas. För att undvika att möjligheten och rätten att bilda familj ska komma att vara oavhängig av personers ekonomiska kapacitet vore det väsentligt att FPA:s sjukvårdsersättningskriterier i fråga om fertilitetsbehandling inte grundar sig på ett krav på sjukdom i de fall där vårdtagaren antingen är en kvinna som lever i ett förhållande med en annan kvinna eller är en ensamstående kvinna. Valet att bli gravid och bilda familj, antingen med sin partner eller på egen hand, är en rättighet som inte bör inskränkas genom ekonomiska hinder. Istället för att begränsa olika typer av familjekonstellationer bör den nationella regleringen av rätt till subventionerad fertilitetsbehandling snarare stöda och främja förekomsten av olika familjemodeller och tillgodose behovet av olikbehandling på grund av olika situationer.

I enlighet med diskrimineringslagen 2014/1325 är det tillåtet att anta positiv särbehandling för att främja faktisk likabehandling och förhindra eller undanröja sådana förfaranden som orsakar diskriminering.³⁹² Människorättsdomstolen har även uttalat att det inte är förbjudet att eliminera faktiska ojämlikheter genom att behandla olika. Av den orsaken vore slopandet av kravet på uppvisad sjukdom för rätt till sjukvårdsersättning inte en ogrundad form av särbehandling och inte heller oproportionerlig. Genom att inte förutsätta förekomst av *sjukdom* hos kvinnliga par eller ensamstående kvinnor som genomgår assisterad befruktning skulle rätten till subventionerad fertilitetsbehandling i Finland vara jämlik.

³⁹² Diskrimineringslag, 30.12.2014/1325, 3 kap 9 §.

Källförteckning

MONOGRAFIER OCH ARTIKLAR

Ambjörnsson, Fanny, *Vad är queer*. Andra upplagan, Natur & kultur, 2018.

Arnardóttir, Oddný Mjöll, 'Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights – Innovation or Business as Usual?'. 3 *Oslo Law Review*, s. 250-171, 2017.

Arnardóttir, Oddný Mjöll, 'The Differences that Make a Difference: Recent Developments on the Discrimination Grounds and the Margin of Appreciation under Article 14 of the European Convention on Human Rights (ECHR)'. 14 *Human Rights Law Review*, s. 647-679, 2014.

Arnardóttir, Oddný Mjöll, 'Non-Discrimination under Article 14 ECHR: the Burden of Proof'. 51 *Scandinavian Studies in Law*, s. 13-39, 2007.

Burri, Susanne D., 'Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts and some Case Law of the EU and the ECHR'. *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Issue 1, s. 80-103, 2013.

Butler, Judith, *Gender Trouble: Tenth Anniversary Edition*. Routledge, 2002.

Calhaz-Jorge, C.; De Geyter, Ch.; Kupka, Wyns, M.S.; Wyns, C.; Mocanu, E.; Montrenko, T.; Scaravelli, G.; Smeenk, J.; Vidakovic, S. & Goossens, V., 'Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)'. *Human Reproduction Open*, Volume 2020, Issue 1, s. 1-15, 6.2.2020.

Dzehtsiarou, Kanstantin, *European consensus and the legitimacy of the European Court Human Rights*. Cambridge University Press, 2015.

Gerards, Janneke, *General principles of the European Convention on Human Rights*. Cambridge University Press, 2019.

Gerards, Janneke, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* i Dijk, Pieter van; Hoof, Fried van; Rijn, Arjen van & Zwaak, Leo (red.), 5th Edition, Intersentia Publisers, 2018.

Gerards, Janneke, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination'. M.Balboni (red.) *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Editoriale Scientifica, Forthcoming, 2017.

Gerards, Janneke, 'The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights'. *Human Rights Law Review*, Volume 13, Issue 1, s. 99-124, 2013.

Gonzales-Salzberg, Damian A., *Sexuality and Transsexuality Under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*. Hart Publishing, 2019.

Harris, David J.; O'Boyle, Michael, & Warbrick, Colin (red.) *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. Third edition, Oxford University Press, 2014.

Henrard, Kristin, 'Duties of reasonable accommodation on grounds of religion in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: A tale of (baby) steps forward and missed opportunities'. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 1, s. 961-983, 2017.

Johnson, Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. Routledge, 2013.

Kapotas, Panos, *The EU Accession to the ECHR* i Kosta, Vasiliki.; Skoutaris, Nikos & Tzevelekos, Vassilis (red.), Oxford: Hart Publishing, 2014.

McGoldrick, Dominic, 'A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its application by the Human Rights Committee', *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 65, Issue 1, s. 21-60, 2016.

Mitchell, Ian, *The Right to Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interest of Children*. Academic and Scientific Publications, 2012.

Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford University Press, 1st edition, 2015.

Schutter, Olivier De, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* i Scheik, Dagmar; Waddington, Lisa & Bell, Mark (red.), IUS Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Hart Publishing, 2007.

Scherpe, Jens M., 'The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights'. *The Equal Rights Review*, Vol. 10, s. 83-96, 2013.

Söderström-Anttila, Viveca, 'Assisterad befruktning vid behandling av ofrivillig barnlöshet'. *Finska Läkaresällskapets handlingar*, Årgång 169 nr. 1, s. 8-14, 2009.

Söderström-Anttila, Viveca & Laivuori, Hannele, 'Etiska aspekter i samband med fertilitetsbehandling'. *Finska läkaresällskapets handlingar*, årgång 178 nr. 1, s. 16-22, 2018.

Pellonpää, Matti; Gullans, Monica; Pölönen, Pasi & Tapanila, Antti, *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Talentum Media Oy, 5. Painos, 2012.

Tobler, Christa, 'Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law – A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons'. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 74 (3), s. 521-561, 2014.

Van Caenegem, Jozefin, *Legal Aspects of Ethic Data Collection and Positive Action: The Roma Minority in Europe*. Springer, 2019,

Vries, Karin de, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* i Dijk, Pieter van; Hoof, Fried van; Rijn, Arjen van & Zwaak, Leo (red.), 5th Edition, Intersentia Publishers, 2018.

KONVENTIONER OCH STADGOR

2007 Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, New York 24.1.2007, i kraft 3.5.2008, A/RES/61/106.

2000 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, Strasbourg 18.12.2000, i kraft i och med Lissabonfördragets ikraftträdande 1.12.2009, 2000/C364/01 och 2012/C326/02.

1966 Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, General Assembly resolution 2200A (XXI), New York 16.12.1966, i kraft 3.1.1976.

1966 Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, General Assembly Resolution 2200A (XXI), New York 16.12.1966, i kraft 23.3.1976.

1950 Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom 4.6.1950, i kraft 3.9.1953. Tilläggsprotokoll 12, Rom 4.11.2000, i kraft 1.4.2005.

DEKLARATIONER, RESOLUTIONER OCH REKOMMENDATIONER

1948 FN:s Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, Förenta Nationernas generalförsamling, 10.12.1948, 217 A (III).

NATIONELL LAGSTIFTNING

Diskrimineringslagen 1325/2014, i kraft 1.1.2015

Faderskapslag 13.1.2015/11

Finlands grundlag 731/1999, i kraft 1.3.2000

Lag om assisterad befruktning 2006/1237

Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män 8.8.1986/609

Lag om ändring av lagen om assisterad befruktning 254/2018

Moderskapslag 253/2018

Sjukförsäkringslag 2004/1224

Äktenskapslag 13.6.1929/234

RÄTTSFALL FRÅN EUROPEISKA MÄNNISKORÄTTSDOMSTOLEN

A. mot Kroatien, 55164/08, 14.01.2011.

Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985.

Andrejeva mot Lettland, 55707/00, 18.02.2009.

Angelova och Iliev mot Bulgarien, 55523/00, 26.10.2007.

Bayev m.fl. mot Ryssland, 67666/09 och 44092/12 och 56717/12, 13.11.2017.

Belgian Linguistics case, 23.07.1968.

Burden och Burden mot Förenade kungariket, 13378/05, 29.04.2008.

Clift mot Förenade kungariket, 7205/07, 22.11.2010.

Çam mot Turkiet, 51500/08, 23.05.2016.

Carson mot Förenade kungariket, 42184/05, 16.03.2010.

Di Lazzaro mot Italien, 31924/96, 10.7.1997.

- Di Trizio mot Schweiz*, 7186/09, 02.02.2016.
- Dickson mot Förenade kungariket*, 44362/04, 04.12.2007.
- D.H. m.fl. mot Tjeckien*, 57325/00, 13.11.2007.
- Dudgeon mot Förenade kungariket*, 7525/76, 22.10.1981.
- E.B. mot Frankrike*, 43546/02, 22.1.2008.
- Emel Boyras mot Turkiet*, 61960/08, 02.03.2015.
- Emonet m.fl. mot Schweiz*, 39051/03, 13.12.2007.
- Eweida m.fl. mot Förenade kungariket*, 48420/10, 27.05.2013.
- Fabris mot Frankrike*, 16574/08, 07.02.2013.
- Fábián mot Ungern*, 78117/13, 05.09.2017.
- Fretté mot Frankrike*, 36515/97, 26.2.2002.
- Gas och Dubois mot Frankrike*, 25951/07, 15.06.2012.
- Goodwin mot Förenda kungariket*, 28957/95, 11.7.2002.
- Guberina mot Kroatien*, 23682/13, 12.09.2016.
- Handyside mot Förenade kungariket*, 5493/72, 7.12.1976.
- Hode och Abdi mot Förenade kungariket*, 22341/09, 06.02.2013.
- Hoogendijk mot Nederländerna*, 58641/00, 6.1.2005.
- Horváth och Kiss mot Ungern*, 11146/11, 29.04.2013.
- Karlheinz Schmidt mot Tyskland*, 13580/88, 18.07.1994.
- Karner mot Österrike*, 40016/98, 24.10.2003.
- Kiyutin mot Ryssland*, 2700/10, 15.09.2011.
- Konstantin Markin mot Ryssland*, 30078/06, 22.03.2012.
- Kozak mot Polen*, 13102/02, 02.06.2010.
- L. och V. mot Österrike*, 39392/98 och 39829/98, 09.04.2003.

- Laduna mot Slovakien*, 31827/02, 04.06.2012.
- Laskey, Jaggard och Brown mot Förenade kungariket*, 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19.2.1997.
- M.C. och A.C. mot Rumänien*, 12060/12, 12.07.2016.
- Marckx mot Belgien*, 6833/74, 13.06.1979.
- Milanovic mot Serbien*, 44614/07, 20.06.2011.
- Molla Sali mot Grekland*, 20452/14, 19.12.2018.
- Nachova m.fl. mot Bulgarien*, 43577/98 och 43579/98, 06.07.2005.
- Nunez mot Norge* 55597/09, 28.6.2011.
- Opuz mot Turkiet*, 33401/02, 09.09.2009.
- Oršuš mot Kroatien*, 15766/03, 16.03.2010.
- P. och S. mot Polen*, 57375/08, 30.10.2012.
- P.B. och J.S. mot Österrike*, 18984/02, 22.7.2010.
- Partei Die Friesen mot Tyskland*, 65480/10, 28.04.2016.
- Petrovic mot Österrike*, 20458/92, 27.03.1998.
- Pretty mot Förenade kungariket*, 2346/02, 29.07.2002.
- Prins Hans-Adam II av Liechtenstein mot Tyskland*, 42527/98, 12.07.2001.
- Ramaer och Van Willigen mot Nederländerna*, 34880/12, 23.10.2012.
- Rasmussen mot Danmark*, 8777/79, 28.11.1984.
- Salgueiro da Silva Mouta mot Portugal*, 33290/96, 21.03.2000.
- Sarvez cravka "Riječ života" m.fl. mot Kroatien*, 7798/08, 09.03.2011.
- Schalk och Kopf mot Österrike*, 30141/04, 22.11.2010.
- Sejdić och Finci mot Bosnien och Herzegovina* 27996/06 och 34836/06, 22.12.2009.
- Şerife Yiğit mot Turkiet*, 3976/05, 2.11.2010.

S.H. m.fl. mot Österrike, 578137/00, 3.11.2011.

Sousa Goucha mot Portugal, 70434/12, 22.06.2016.

Staatkundig Gereformeerde Partij mot Nederländerna, 58369/10, 10.07.2012.

Stec m.fl. mot Förenade kungariket, 65731 och 65900/01, 12.4.2006.

Stubbings m.fl. mot Förenade kungariket, 22083/93 och 22095/93, 22.10.1996.

Stummer mot Österrike, 37452/02, 07.07.2011.

Taddeucci och McCall mot Italien, 51362/09, 30.06.2016.

Thlimmos mot Grekland, 34369/97, 6.4.2000.

Vallianatos m.fl. mot Grekland, 29381/09, 7.11.2013.

Vrountou mot Cypern, 33631/06, 13.01.2016.

Wessel-Bergervoet mot Nederländerna, 34462/97, 2.6.2002.

X m.fl. mot Österrike, 19010/07, 19.2.2013.

X., Y. och Z mot Förenade kungariket, 21830/93, 22.4.1997.

Yordanova m.fl. mot Bulgarien, 2544/06, 24.09.2012.

Zarb Adami mot Malta, 17209/02, 20.09.2006.

FN-DOKUMENT

Explanatory Report to Protocol No. 12 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000, European Treaty Series No. 177.

EU-DOKUMENT

FRA, *Handbook on European non-discrimination law*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018. <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-non-discrimination-law-2018-edition>. Hämtad 5.5.2020.

FRA, *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt*, Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, Europarådet, 2010.
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_SV.pdf. Hämtad 22.1.2020.

Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Prohibition of discrimination, Council of Europe, 1st edition, 31 December 2019.
https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf. Hämtad 20.4.2020.

Tobler, Christa, 'Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination'. European Commission & Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, September 2008. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/aa081c13-197b-41c5-a93a-a1638e886e61>. Hämtad 6.6.2020.

NATIONELLA DOKUMENT

Grundlagsutskottets utlåtande 16/2006 till Regeringens proposition med förslag till lag om assisterad befruktning samt lag om ändring av lagen om faderskap.

Grundlagsutskottets utlåtande 25/2006 till Regeringens proposition med förslag till lag om assisterad befruktning samt till lag om ändring av lagen om faderskap.

Regeringens proposition RP 3/2006 till Riksdagen med förslag till lag om assisterad befruktning samt till lag om ändring av lagen om faderskap.

Lagutskottets betänkande 1/2018 remiss till Medborgarinitiativet om Moderskapslag (MI 3/2016).

Medborgarinitiativet MI 3/2016 till Riksdagen med förslag till moderskapslag och till vissa lagar som har samband med den.

ÖVRIGA KÄLLOR

Diskrimineringsombudsmannen, *Guide till positiv särbehandling*, <https://www.syrjinta.fi/documents/14476/0/Guide+till+positiv+särbehandling/e60bab99-f973-41ba-95f9-0ae9ae4a4c9e>. Hämtad 17.4.2020.

European Centre for Parliamentary Research and Documentation, http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/b50d9310-07f1-4691-9f2f-137cbc0cf75d/No_12_September_2016_in_vitro_fertilisation.pdf. Hämtad 17.4.2020.

European Society of Human Reproduction and Embryology, <https://www.focusonreproduction.eu/article/ESHRE-News-GlobalIVF18>. Hämtad 17.02.2020.

European Society of Human Reproduction and Embryology, <https://www.eshre.eu/Press-Room/Resources.aspx>. Hämtad 6.6.2020.

FPA:s förmånsanvisning om sjukvårdsersättningar, 03.01.2020, <https://www.kela.fi/documents/10192/3240485/Sairaanhoitokorvaukset.pdf>. Hämtad 28.1.2020.

Förhandlingsresultat om regeringsprogrammet 3.6.2019, *Ett inkluderande och kunnigt Finland – Ett socialt, ekonomiskt och ekologiskt hållbart samhälle*, https://valtioneuvosto.fi/sv/artikeln/-/asset_publisher/10616/sallistava-ja-osaava-suomi-sosiaalisesti-taloudellisesti-ja-ekologisesti-kestava-yhteiskunta?p_p_auth=MAEKM4DK. Hämtad 6.6.2020.

Institutet för hälsa och välfärd (THL), Finlands officiella statistik, Statistikrapport 16/2018, 23.5.2018, http://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/136391/Tr16_2018.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Hämtad 29.1.2020.

Social- och hälsovårdsministeriets pressmeddelande, *Kriterier för fertilitetsbehandling gäller alla jämlikt*, 17.4.2015, https://mmm.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/1271139/hedelmotyshoidon-perusteet-koskevat-yhdenvertaisesti-kaikkia. Hämtad 29.1.2020.

Yogyakarta Principles on the application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression, <https://yogyakartaprinciples.org/principle-3/>. Hämtad 25.5.2020.

World Health Organization (WHO): *Sexual health and its linkages to reproductive health: an operational approach*, 18.8.2017. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/258738/9789241512886-eng.pdf;jsessionid=5971E6067EE3F31BC598CEB9BC452D7F?sequence=1>. Hämtad 6.6.2020.

INTERNETKÄLLOR

<https://www.auraklinikka.fi/svenska/priser/>. Hämtad 27.2.2020.

<https://www.auraklinikka.fi/svenska/provrorsbefruktning-ivf>. Hämtad 1.3.2020.

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=eztSmnjP. Hämtad 29.1.2020.

<https://elamassa.fi/hem-och-familj/barnlosheten-tarde-pa-parforhallandet-barn-med-hjalp-av-fertilitetsbehandlingar/?lang=sv>. Hämtad 15.4.2020.

<https://www.kela.fi/web/sv/sjukvardsersattningar?inheritRedirect=true>. Hämtad 6.6.2020.

<https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/2010/edwards/facts/>. Hämtad 6.2.20.

https://oikeusministerio.fi/sv/artikel/-/asset_publisher/laki-hedelmoityshoidoista-voimaan-syyskuussa-2007. Hämtad 6.6.2020.

<https://www.ovumia.fi/sv/donering-av-aggceller/>. Hämtad 24.2.2020.

<https://www.ovumia.fi/sv/prislista/>. Hämtad 29.1.2020.

<https://www.regnbagsankan.fi/utbildning/fakta-om-hbtiq/>. Hämtad 2.3.2020.

<https://www.rfsl.se/hbtiq-fakta/begreppsordlista/>. Hämtad 6.6.2020.

<https://sv.seta.fi>. Hämtad 28.1.2020.

<https://www.suomi.fi/medborgare/parforhallande-och-familj/fa-och-varda-barn/guide/infertilitetsbehandling-och-adoption/ofrivillig-barnloshet-och-fertilitetsbehandling>. Hämtad 29.1.2020.

<https://svenska.yle.fi/artikel/2019/04/26/mer-jamlik-fertilitetsvard-offentliga-sektorn-startar-upp-konscellsbank>. Hämtad 29.1.2020.

<https://www.sttinfo.fi/tiedote/hus-inleder-fertilitetsbehandlingar-med-donerade-konsceller?publisherId=23980819&releaseId=69867717>. Hämtad 24.2.2020.

https://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=dlk00151. Hämtad 19.02.2020.

<https://thl.fi/sv/web/jamstalldhet/framjande-av-jamstalldhet/ordlista>. Hämtad 20.4.2020.