



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emelie Jägfeldt

Kvinnan och fostret

En diskursanalys av Europadomstolens syn
på den kvinnliga kroppen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Offentlig rätt

VT 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Frågeställning och syfte	7
1.2 Metod och material	7
1.2.1 Genusrättsvetenskaplig metod	9
1.2.2 Diskursanalytisk metod	10
1.3 Avgränsningar och terminologi	10
1.4 Disposition	11
2 RADIKALFEMINISMEN I FOKUS	13
2.1 Radikalfeminismen och moderskapet	13
2.2 Tre radikalfeministiska teorier	15
2.2.1 Shulamith Firestone	15
2.2.2 Catherine MacKinnon	16
2.2.3 Iris Young	17
3 ABORT I EUROPA	19
3.1 Abortingreppet	19
3.2 En historisk bakgrund	19
3.3 En europeisk konsensus	23
4 FYRA ABORTLAGSTIFTNINGAR	25
4.1 Sverige	25
4.2 Irland	27
4.3 Polen	29
4.4 Storbritannien	31

5	EUROPAKONVENTIONEN	33
5.1	Tillkomst	33
5.2	Innehåll	34
5.3	Principer	35
5.4	Kontroll	37
5.5	Avvisningsgrunder	38
5.6	Klagorätt	39
6	EUROPADOMSTOLENS PRAXIS	41
6.1	Praxis på området	41
6.1.1	Rätten till liv	41
6.1.2	Förbudet mot tortyr	42
6.1.3	Rätten till respekt för privatlivet	43
6.1.4	Rätten till yttrandefrihet	44
6.1.5	Förbudet mot diskriminering	45
6.2	Sex rättsfall	46
6.2.1	Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland	46
6.2.2	D v. Ireland	47
6.2.3	Evans v. The United Kingdom	48
6.2.4	Tysiac v. Poland	49
6.2.5	A, B and C v. Ireland	50
6.2.6	R.R. v. Poland	52
6.3	Praxis tolkad ur ett nationellt lagstiftningsperspektiv	53
7	DISKURSANALYS UR ETT RADIKALFEMINISTISKT PERSPEKTIV	55
7.1	Reflektioner utifrån diskursanalysen	55
7.1.1	En första diskurs	55
7.1.2	En andra diskurs	59
7.1.3	En tredje diskurs	64
7.2	Analys utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv	65
8	AVSLUTNING	70
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

Women have performed abortions during all times. For most of history abortion, however, has been treated as a social taboo and was therefore illegal in most countries until the mid 1900's. The sexual revolution during the 1960's and 1970's, combined with major scientific advances in the field of human reproduction, has come to play a critical role in a changed view of the role of women in society. At present, Europe occupies a highly fragmented approach to the abortion issue. Swedish and English abortion legislation is in this context very liberal in comparison with Irish and Polish abortion legislation, which tends to give priority to the rights of the unborn fetus. The basis for these different legislations is, amongst other things, religious and cultural differences building on very different views on female sexuality.

This thesis deals with analyzing the view of the European Court upon the female body, relative to the human reproduction, from a radical feminist point of view. In order to undertake this analysis, a discourse analysis method is primarily applied. The starting point for the discourse analysis is that, inter alia, legal entities are to a large extent created as a result of the discussions taking place in Court. The law in this context is not addressed as an objective truth, but as a social construction based on societal values. The thesis analysis is based on three theories as represented by Shulamith Firestone, Catherine MacKinnon and Iris Young. The focus of the analysis is sex rulings of the European Court concerning reproduction. Five of these Court cases deal with abortion, while the remaining case deals with the right not to become a parent as a result of artificial insemination.

The discourse analysis shows that the European Court occupies an ambivalent attitude towards the female body, which tends to be given a very relative value depending on various circumstances. From a radical feminist point of view, the analysis points to three key discourses in the six Court cases. These discourses are the Court's reluctance to discuss abortion in terms of bodily integrity, the Court's tendency to discuss abortion almost exclusively as a conflict between the mother and the fetus, and finally the Court's reluctance to discuss abortion as an issue affecting women as a group. The European Court thus rarely chooses to discuss the woman's physical and physiological integrity with respect to her body as such, but almost exclusively in relation to the fetus, the society and public morals. From a radical feminist point of view, these discourses could be interpreted as an expression of society's domination over women – this since the female body is often described in terms of a passive construction, the primary purpose of which is to ensure human reproduction.

If the European Court, however, were to shift focus with respect to the abortion issue in order to address primarily the bodily integrity, the result would become a very powerful political statement by the Court. In view of

the subsidiary nature of the European Convention, it is likely that the member states would hereby come to challenge the Court's action as a possible violation of the international law principle of sovereignty. It remains to consider whether such a strong political statement, in relation to the woman's bodily integrity, would be worth the risk.

Sammanfattning

Kvinnor har låtit utföra abort under alla tider. Under merparten av historiens gång har ingreppet emellertid behandlats som ett samhälleligt tabu och var därför olagligt i flertalet länder fram till mitten på 1900-talet. Den sexuella revolutionen under 1960- och 1970-talet, i kombination med stora vetenskapliga framsteg på området för mänsklig reproduktion, har kommit att spela en avgörande roll för en förändrad syn på kvinnans roll i samhället. I nuläget intar Europa ett mycket splittrat förhållningssätt till abortfrågan. Svensk och engelsk abortlagstiftning är i detta sammanhang mycket liberal i jämförelse med irländsk och polsk abortlagstiftning, som tenderar att prioritera det ofödda fostrets rättigheter. Till grund för dessa skilda lagstiftningar ligger bl.a. religiösa och kulturella olikheter, vilket ofta inbegriper mycket olika synsätt på den kvinnliga sexualiteten.

Denna uppsats syftar till att analysera Europadomstolens syn på den kvinnliga kroppen, i förhållande till den mänskliga reproduktionen, ur ett radikalfeministiskt perspektiv. För att genomföra analysen tillämpas primärt en diskursanalytisk metod. Utgångspunkten för diskursanalysen är att bl.a. rättssubjekten till stor del skapas genom de diskussioner som förs i rätten. Rätten behandlas därför inte som en objektiv sanning, men som en social konstruktion baserad på samhälleliga värderingar. Uppsatsens analysdel utgår från tre teorier presenterade av Catherine MacKinnon, Iris Young och Shulamith Firestone. Fokus för analysen är sex avgöranden från Europadomstolen som berör reproduktion. Fem av rättsfallen behandlar abort, medan återstående rättsfall behandlar rätten att inte bli genetisk förälder till följd av konstgjord befruktning.

Den diskursiva analysen visar att Europadomstolen intar en ambivalent inställning till den kvinnliga kroppen, som ges ett mycket relativt värde beroende av olika yttre omständigheter. Utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv kan pekas på tre centrala diskurser i de sex rättsfallen. Dessa diskurser är Europadomstolens tveksamhet inför att diskutera abort i termer av kroppslig integritet, domstolens tendens att diskutera abort nästan uteslutande som en konflikt mellan modern och fostret samt domstolens tveksamhet inför att diskutera abort som en fråga som berör kvinnor som grupp. Europadomstolen diskuterar således sällan kvinnans fysiska och psykiska integritet med avseende på hennes kropp som sådan, men nästan uteslutande i förhållande till fostret, samhället och den allmänna moralen. Utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv skulle dessa diskurser kunna tolkas som ett uttryck för samhällets maktutövning över kvinnan – detta då kvinnokroppen ofta beskrivs som en passiv konstruktion vars primära syfte är att säkra den mänskliga reproduktionen.

Om Europadomstolen, emellertid, skulle skifta fokus med avseende på abortfrågan till att behandla framför allt den kroppsliga integriteten, skulle detta medföra ett mycket kraftigt politiskt ställningstagande från domstolens

sida. Med tanke på Europakonventionens subsidiära natur är det troligt att medlemsstaterna härmed skulle peka ut domstolens agerande som en eventuell kränkning av den folkrättsliga suveränitetsprincipen. Det återstår att ta ställning till om ett sådant kraftigt politiskt ställningstagande, i förhållande till kvinnans kroppsliga integritet, vore värt den risken.

Förord

Jag vill inledningsvis tacka min handledare Vilhelm Persson, som har berett mig många goda synpunkter under arbetets gång! Jag vill också tacka Bengt Lundell som har hjälpt till att organisera mycket behjälpliga handledarträffar.

Jag vill vidare tacka mina vänner och kurskamrater Maria Cronkvist, My Pettersson och Susanne Persson som har varit ett fantastiskt stöd under denna period! Utan regelbundna kaffepauser med sagda kamrater hade jag förmodligen försvunnit in i någon bok och aldrig setts till igen.

Jag vill också tacka min far Hans, som alltid har stöttat mig under min studietid, liksom min syster Kristina som tålmodigt har lyssnat på mitt ältande om olika rättsfall under vårens gång! Detta trots att hon i egenskap av socionom anser att jurister är skrämmande människor som bör undvikas i största möjliga mån. Tack för att du har gjort ett undantag i mitt fall!

Lund, maj 2012

Emelie Jägfeldt

Förkortningar

CEDAW	The Committee on the Elimination of Discrimination against Women
EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska Unionens domstol
Europadomstolen	Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna i Strasbourg
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionen (Maastrichtfördraget)
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta Nationerna
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
UNHRC	The United Nations Human Rights Committee

1 Inledning

Få frågor vällar så mycket debatt och moralpanik i Europa och världen som de som berör sexualitet och reproduktion. Sexuella övergrepp, tvångssteriliseringar, abort, surrogatmödraskap och ägg- och spermadonationer är alla ämnen som har gett upphov till en stor mängd motstridiga åsikter och lagstiftningar. I centrum för dessa starka krafter står att finna den enskilda kvinnan och hennes kropp. I sfären runt omkring henne finner vi det ofödda fostret, den presumptive fadern och även det samhälle som kvinnan befinner sig i. Reproduktion är ett ämne som berör inte enbart den kvinna som bär fostret, men som står i samband med många andra intressehavare. Kvinnans kropp och dess inneboende sexualitet blir därför ett objekt som skärskådas i många olika sammanhang i syfte att upprätthålla moraliska värderingar och samhällsliga intressen. Ingen kvinna kan sägas helt och hållet råda över sin egen kropp, då denna i vissa sammanhang står under statens beskydd och i vissa andra sammanhang förvägras ingrepp/behandlingar som anses stå i strid med det allmännas intresse. Kvinnan kommer därför stundtals att betraktas som offer för omständigheterna (som t.ex. vid sexuella övergrepp) och stundtals som ett självständigt och handlande subjekt som förväntas anpassa sig till omgivningens normer (som t.ex. vid abort). Härav uppstår ett motsatsförhållande mellan behovet av att å ena sidan skydda och respektera kvinnans kropp och sexualitet, å andra sidan behovet av att kontrollera hennes ageranden. Detta då i princip samtliga samhällen uppställer vissa ramar för vad som utgör acceptabelt agerande i förhållande till reproduktion.

1.1 Frågeställning och syfte

Mitt syfte är att utreda och analysera domstolens syn på den kvinnliga kroppen, i förhållande till den mänskliga reproduktionen, ur ett radikalfeministiskt perspektiv. Utgångspunkten för analysen är sex rättsfall från Europadomstolen som rör abort och rätten att bli genetisk förälder. Då merparten av rättsfall från Europadomstolen som berör reproduktion behandlar abort, och då detta ingrepp är tydligt kopplat till många samhällsliga föreställningar om moral och sexualitet, kommer detta ingrepp att vara av centralt fokus för min diskussion. Abortfrågan är av vidare intresse för min undersökning, då det är ett av de ämnen som kanske allra tydligast splittrar Europa med avseende på just moral. Syftet med min undersökning är således inte att utreda rätten till abort under Europakonventionen, vilket besvarades nekande i ett rättsfall från år 2010.¹

1.2 Metod och material

Jag kommer i mitt arbete att använda mig primärt av en diskursanalytisk metod, som innebär att jag studerar Europadomstolens diskussioner om

¹ A, B and C v Ireland.

kvinnan och hennes kropp ur ett språkmässigt perspektiv. Jag kommer således inte att fokusera på de olika utgångarna i fallen, men snarare på domskälen i sig. I kapitel 1.2.2 följer ett förtydligande av den diskursanalytiska metoden. I syfte att förklara denna har jag hämtat inspiration från Ulrika Anderssons avhandling ”Hans (ord) eller hennes?”² Metoden tillämpas framför allt i kapitel 7.1.

Jag kommer utifrån denna analysmetod inte att referera enbart till majoritetens uttalanden, men också till de resonemang som förs av de skiljaktiga domarna. Anledningen till detta är att jag vill bidra med en nyanserad bild av hur diskussionerna kan förmodas ha sett ut under överläggningarna, med hänsyn till domarnas mycket olika åsikter i frågan. Då de sex rättsfallen visar på relativt inkonsekventa domskäl, med en ofta låg samstämmighet hos de beslutande domarna, kan man många gånger få intrycket av att domsluten är relativt slumpmässiga i förhållande till de diskussioner som har föregått dessa. Syftet med att hänvisa också till de skiljaktiga domarna är att ge en bättre helhetsbild av hur kvinnan och hennes kropp har diskuterats *mellan* Europadomstolens domare, snarare än att fixera sig vid hur majoriteten har valt att formulera ett specifikt domslut. Att utgå från juridiken som ett diskussionsforum, med ett synliggörande av de meningsskiljaktigheter som ofta gömmer sig bakom domsluten, är i detta avseende en metod som möjligen skulle kunna föra den juridiska forskningen framåt - detta genom att peka på de samhälleliga värderingar som ofta ligger till grund för domslutens nästintill slumpmässiga natur i vissa känsliga frågor.

Jag kommer i mitt arbete också att använda mig av en genusrättsvetenskaplig metod, som tillämpas i syfte att tolka resultaten till följd av diskursanalysen. Då jag har valt att analysera rättsfallen ur ett radikalfeministiskt perspektiv, kommer jag att lägga vikt vid texter skrivna av Shulamith Firestone, Catherine MacKinnon och Iris Young. Anledningen till att jag har valt att studera dessa författare är att samtliga kan kopplas till det radikalfeministiska perspektivet, som utgår från en ojämlig samhällsordning och där kvinnan intar en underordnad position på grund av sitt kön. Det faktum att bl.a. Firestones teori presenterades för förhållandevis längesedan³, och då mycket har skett på området för reproduktion sedan dess, har inte setts som ett hinder för att tillämpa hennes teori på ett principiellt plan. När jag i analysdelen hänvisar till de tre författarna och redogör för hur de eventuellt skulle ha bedömt Europadomstolens diskussioner, är detta på intet vis den enda möjliga tolkningen. Inte heller delar jag nödvändigtvis dessa författares alla ståndpunkter. Min förhoppning är tvärtom att mitt arbete ska kunna ses som en utgångspunkt för diskussioner kring kvinnans kropp ur ett kvinnoperspektiv, snarare än jag har för avsikt att propagera för den teori som jag anser vara ”den rätta.” Då jag under arbetets gång refererar till de olika författarna, är det upp till läsaren själv att bilda sig en uppfattning om hur man skulle kunna förstå Europadomstolens syn på kvinnans kropp.

² Andersson 2004.

³ *The Dialectic of Sex* publicerades första gången år 1970.

I kapitel 1.2.1 följer ett förtydligande av den genusrättsvetenskapliga analysmetoden. Metoden tillämpas framför allt i kapitel 7.2.

I den del som behandlar abort i Europa kommer jag att använda mig av en rättshistorisk metod. Syftet är att presentera en bakgrund till det europeiska samhällets syn på abort och hur denna har varierat över tid. Tanken är härmed att bereda läsaren en bättre förståelse för abortingreppets kontroversiella natur och juridiska behandling i Europa idag. Detta skulle i sin tur kunna hjälpa läsaren att dra egna slutsatser utifrån Europadomstolens resonemang i de presenterade rättsfallen, bl.a. med utgångspunkt av ingreppets mycket osäkra ställning på ett både moraliskt och juridiskt plan. Metoden tillämpas framför allt i kapitel 3.2.

I den del som presenterar abortlagstiftningen i fyra europeiska länder (Sverige, Irland, Polen och Storbritannien) tillämpas en rättsdogmatisk metod. Syftet är att, utifrån studier av nationell lagstiftning, praxis och doktrin, bereda läsaren en bättre förståelse för Europadomstolens resonemang inte bara ur ett radikalfeministiskt perspektiv, men också med utgångspunkt av de olika rättsfallens nationella kontext. Metoden tillämpas framför allt i kapitel 4. Eventuella slutsatser i detta avseende presenteras i kapitel 6.3. I kapitel 3.3 utgår jag på samma vis från gällande rätt, men ur ett internationellt perspektiv och med fokus på Europarådets resolutioner och rekommendationer på området.

Anledningen, slutligen, till att jag i vissa delar har använt mig av en rättshistorisk samt rättsdogmatisk metod, är att jag har velat peka på några avgörande historiska och lagstiftningsmässiga faktorer som har påverkat abortfrågans behandling i Europadomstolen också *utanför* ramarna för genusperspektivet. Detta för att bereda läsaren en mer nyanserad bild av det europeiska samhällets syn på abort överlag.

1.2.1 Genusrättsvetenskaplig metod

I syfte att förstå den genusrättsvetenskapliga metoden måste vi studera dess kritiska förhållningssätt till rätten. Vad som utmärker genusrättsvetenskapen är att den inte betraktar rätten som objektiv, enhetlig och fri från mänsklig subjektivitet. Tvärtom anser man att kön är en faktor som i hög grad påverkar rätten och dess utformning, varför den måste förstås i ett socialt sammanhang. Antitesen till detta synsätt, i enlighet med Hans Kelsens rättslära, utgår från att rätten i ett parlamentariskt demokratiskt system symboliserar den enda och uniforma folkviljan. Genusrättsvetenskapen vill emellertid peka på en rättslig pluralism. Även de normer och värderingar som inte syns i gällande rätt, men som rör sig i gränstrakterna av vår föreställningsvärld, ger enligt genusrättsvetenskapen uttryck för att rätten är ett mänskligt skapat fenomen.⁴

⁴ Gunnarsson 2009, s. 103-109.

Sverige är ett av de länder som traditionellt sett värderar den rättspositivistiska läran högt. Svensk rättsvetenskap präglas därför av den rättsdogmatiska traditionen baserad på ett strikt normhierarkiskt system. En utgångspunkt för denna tradition är man inte betvivlar rätten *som sådan*. Kunskap och verklighet ifrågasätts inte utifrån det objekt som studeras, men tas för given *med utgångspunkt av* rätten. Genusrättsvetenskapen, å andra sidan, betraktar normer som uttryck för värderingar och föreställningar om hur saker är och bör vara. Rätten, ur detta perspektiv, är därför ett flytande och föränderligt fenomen likväl som en faktor som formar och påverkar vår sociala verklighet bl.a. med avseende på kön.⁵

1.2.2 Diskursanalytisk metod

Den diskursanalytiska metoden, i likhet med genusrättsvetenskapen, bygger på ett socialkonstruktivistiskt förhållningssätt. Den diskursanalytiska metoden skiljer sig härmed från den rättsdogmatiska metoden som utgår från att fakta och begrepp existerar oberoende av texten. Att använda sig av en diskursanalytisk metod är att inta motsatt hållning, då man anser att verkligheten och dess subjekt ”skapas” med hjälp av rätten. Verkligheten är enligt den diskursanalytiska metoden inte ett orubbligt faktum, men något som förmedlas genom det språk vi använder oss av. Hur man i olika rättsliga dokument och avgöranden diskuterar t.ex. rättssubjekten, kan härmed ses som en konstruktion av vad vi uppfattar som verklig kunskap. Inget subjekt kan i enlighet med detta tankesätt ses som en autonom, avgränsad enhet men måste förstås som sociala konstruktioner. Den diskursanalytiska metoden fokuserar således inte på att utreda gällande rätt, men syftar primärt till att identifiera vad som sägs i diskursen – och hur det sägs.⁶ En fördel med den diskursanalytiska metoden, å ena sidan, är synliggörandet av sådan rätt som eventuellt kräver en mer djupgående granskning av det juridiska materialet för att komma upp till ytan, men som kan vara av avgörande betydelse för hur t.ex. olika rättssubjekt beskrivs i praxis. En nackdel med den diskursanalytiska metoden, å andra sidan, är att identifieringen av eventuella diskurser sker med utgångspunkt av viss subjektivitet hos forskaren själv – allt beroende på vilka diskurser som väljer att uppmärksammas och utifrån vilket perspektiv detta sker. Hur man ska förhålla sig till de olika metoderna inom ramen för den juridiska forskningen, och vad som utgör objektivitet och subjektivitet i detta sammanhang, återstår att diskutera. Utgångspunkten för denna uppsats är emellertid att en sådan diskursanalys kan ske på ett relativt objektivt sätt, så länge som det bakomliggande perspektivet för den efterföljande analysen presenteras öppet för läsaren.

1.3 Avgränsningar och terminologi

Jag kommer i huvudsak att avgränsa min undersökning till fem avgöranden från Europadomstolen som behandlar abort. Jag kommer även att studera ett

⁵ Gunnarsson 2009, s. 91, 97, 103.

⁶ Andersson 2004, s. 39-41, 43.

avgörande som behandlar rätten att bli genetisk förälder. Trots mitt fokus på abort har jag valt att granska detta avgörande, då frågan i fallet är om en destruktion av gemensamt skapande embryon bör ske mot moderns vilja, då fadern motsätter sig att bli förälder. Denna situation skulle nämligen, beroende på när man anser att livet har sin början, kunna ses som en typ av abort där kvinnan och mannen intar omvända roller.

Jag kommer i den del som beskriver abortlagstiftningar i Europa att begränsa mig till fyra länder: Sverige, Irland, Polen och Storbritannien. Tanken är att jämföra och kontrastera två förhållandevis liberala abortlagstiftningar (Sverige och Storbritannien) med två restriktiva abortlagstiftningar (Polen och Irland.) Jämförelsen, som tidigare nämnts, syftar till att bereda läsaren en bättre förståelse för vilken samhällsutveckling som ligger till grund för dessa länders skilda uppfattningar med avseende på kvinnlig reproduktion. Samtliga rättsfall som ingår i min analys har dessutom initierats i dessa länder, varför det ofta är möjligt att tolka Europadomstolens domskäl med bakgrund av dessa nationella lagstiftningar, se vidare kapitel 6.3. Det är inte många svenska rättsfall som berör abort som har behandlats på internationell nivå.⁷ En beskrivning av vår svenska lagstiftning är därför av intresse framför allt ur ett komparativt perspektiv.

Beroende på när man anser att livet har sin början skulle preventivmedel och s.k. akuta p-piller kunna beskrivas som metoder för att avbryta en graviditet. När jag fortsättningsvis diskuterar abort åsyftar jag emellertid de inducerade abortmetoder som indelas i medicinska och kirurgiska aborter, se vidare kapitel 3.1. När jag i mitt arbete diskuterar fostret åsyftar jag allt liv som har uppstått till följd av befruktning inuti moderns kropp, oberoende av graviditetens stadium. Med embryo avses den livsform som har uppstått till följd av befruktning, innan det har implanterats i kvinnans kropp.

Den sexuella revolutionen avser slutligen den sociala rörelse som inföll under 1960- och 1970-talet och som präglades av stora omvälvningar i västvärlden i förhållande till synen på sexualiteten, med en ökad liberalisering av bl.a. abortlagstiftningar till följd.

1.4 Disposition

Arbetets disposition syftar till att inledningsvis ge läsaren en grundläggande förståelse för synen på abort i Europa samt Europadomstolens praxis på området. Utifrån denna bakgrund är tanken sedan att läsaren bättre ska kunna förstå och tillgodogöra sig den efterföljande diskursanalysen, med fokus på framför allt den blivande modern.

I kapitel två presenteras radikalfeminismen som utgångspunkt för arbetet. I kapitel tre ges en bakgrund till synen på abort i Europa ur ett historiskt och juridiskt perspektiv. I kapitel fyra redogörs för gällande rätt med hänsyn till abort i Sverige, Irland, Polen och Storbritannien. I kapitel fem följer en

⁷ Se dock M.S. v. Sweden.

presentation av Europakonventionen, dess innehåll samt principer som ligger till grund för dess tolkning. I samma kapitel ges en kort presentation av Europadomstolen, domstolens avvisningsgrunder och klagorätten. I kapitel sex presenteras en sammanfattning av Europadomstolens praxis på området utifrån artikel 2, 3, 8, 10 och 14. I samma kapitel presenteras mer ingående de sex avgöranden som sedermera analyseras ur ett radikalfeministiskt perspektiv, liksom en kortfattad analys av denna praxis tolkad ur ett nationellt lagstiftningsperspektiv. Kapitel sju ägnas åt en diskursanalys av rättsfallen, med det radikalfeministiska perspektivet i fokus. En sammanfattning och eventuella slutsatser presenteras i kapitel åtta.

2 Radikalfeminismen i fokus

För att förstå det radikalfeministiska perspektivet i förhållande till abort, måste vi först känna till något om dess relation till den mänskliga reproduktionen. I kapitel 2.1 görs en kort introduktion till radikalfeminismen och dess inställning till moderskapet. I kapitel 2.2 följer en introduktion av tre teorier framlagda av Shulamith Firestone, Catherine MacKinnon och Iris Young.

2.1 Radikalfeminismen och moderskapet

Förespråkare för den radikala feminismen anser att vårt samhälle i grund och botten styrs av män och manliga värderingar. En utgångspunkt för denna teori är att kvinnan är underordnad mannens maktutövning på ett strukturellt plan. Radikalfeminismen hänvisar ofta till sexualiteten, explicit eller implicit, som en inneboende kärna av identitet starkt förknippad med kön. Sexualiteten är enligt detta förhållningssätt inte flytande och föränderlig på samma sätt som kön. Tvärtom måste sexualitet och reproduktion förstås *i förhållande till* könstillhörigheten.⁸

Radikalfeminismen utmärks av ett antal gemensamma utgångspunkter. För det första anser anhängarna till detta synsätt att könsrollerna är produkter av miljön. Å andra sidan, vilket kan tyckas motsägelsefullt, anser man att många egenskaper som beror av kvinnans biologiska förutsättningar är unika för just kvinnor och bör respekteras.⁹ Det existerar alltså inom radikalfeminismen två motpoler som kontrasterar mot varandra, då man å ena sidan intar en socialkonstruktivistisk hållning gentemot kön och å andra sidan bedömer kvinnans biologiska egenskaper som särskilt värdefulla.

För det andra menar man att könsmaktsordningen i samhället bygger på att männen under större delen av historien har dominerat över kvinnorna i det politiska, ekonomiska och privata livet. Kate Millett myntade på 1970-talet uttrycket *patriarkatet* som beskriver denna maktordning.¹⁰ Begreppet utgår från en typ av analogi mellan stat och familj. Monarkens makt över staten jämförs i detta sammanhang med mannens/husfaderns makt över hustru och familj. Familjen betraktas som "patriarkatets maktbas" där mannens makt över kvinnan kan jämföras med statens oinskränkta makt över individen. Familjen är därför en enhet vars konstruktion har blivit skarpt kritiserad av radikalfeminismen. Korrelationen mellan mannens och statens maktutövning är vidare intressant bl.a. med avseende på reproduktionen. Valerie Bryson har i detta sammanhang uttalat att staten kan ses som en konfliktarena som är systematiskt partisk mot kvinnor. Statsmakten är enligt

⁸ Se bl.a. MacKinnon 1987.

⁹ Larsson, s. 160.

¹⁰ Millett 1970.

detta synsätt en manlig kreation som typiskt sett bygger på en strikt hierarkisk organisation.¹¹

Det är slutligen värt att notera att många radikalfeminister vill peka på den nära kopplingen mellan våld, makt, sexualitet och reproduktion. Att studera kvinnans juridiska ställning utan att på samma gång beakta hennes sexualitet och biologiska/reproduktiva egenskaper, anses därför ofta vara meningslöst. Det finns inom radikalfeminismen således en vilja att särskilt betona kvinnans roll i samhället till följd av dessa faktorer. Huruvida den kvinnliga reproduktionen och barnens behov är något som bör framhävas och prioriteras i strävan för jämlikhet mellan könen, eller om reproduktionen tvärtom utgör ett hinder för kvinnlig frigörelse, är emellertid frågor som delar radikalfeminismen i olika läger.

Under 1960- och 1970-talet betraktades moderskapet av många feminister som en typ av idealbild konstruerad utifrån en patriarkal ideologi. Moderskapet ansågs vara en institution som förslavade kvinnan genom att hålla kvar henne i hemmet och aktivt utesluta henne från yrkeslivet samt den ekonomiska och politiska sfären. Simone de Beauvoir, Adrienne Rich och Shulamith Firestone är några av de feminister som i enlighet med denna uppfattning har velat framhäva kvinnans biologiska roll som barnaföderska och hur den har kommit att begränsa hennes värld och valmöjligheter. Man refererade i detta sammanhang ofta till det s.k. ”Madonna/Hora-komplexet”. Detta beskrev man som en tendens hos samhället att ställa idealbilden av den oskuldsfulla, goda husmodern i motsats till bilden av den sexuellt lösaktiga, ansvarslösa skökan. Rich menade att man härmed måste skilja på moderskapet som det beskrivs och regleras utifrån manliga normer och moderskapet som det kan beskrivas enligt kvinnors egna erfarenheter.¹²

Under 1970-talet och 1980-talet uppstod en motsatt inställning hos många feminister i förhållande till moderskapet. Många ville nu uppvärdera synen på moderskapet som sades vara förknippad med många unika kunskaper, färdigheter och talanger. Moderskapet beskrevs i positiva termer av bl.a. många afroamerikanska skribenter, vilket har tolkats som ett tecken på att upplevelsen av moderskapets lågt värderade ställning skulle kunna kopplas till faktorer som klass, kultur och etnisk bakgrund¹³. Inställningen till kvinnans biologiska roll, bl.a. som barnaföderska, har dock i många kretsar kommit att få en mer framhållen karaktär under de senaste årtiondena. Särskilt i USA har man talat om en ”moderskapets renässans” då klassiskt kvinnliga värderingar, så som förmåga till omtanke, medkänsla och barnuppfostran, har kommit att hyllas i jämförelse med typiskt manliga egenskaper, beskrivna så som ”aggressiva och maktlystna”. Inom denna sfär ifrågasätter man alltså inte kvinnans centrala roll som barnaföderska och att hon präglas starkt av denna roll. Tvärtom anser man att samhället borde inta en mer respektfull position i förhållande till moderskapet.¹⁴

¹¹ Larsson 2006, s. 157-169.

¹² Gemzöe 2004, s. 101-102.

¹³ Gemzöe 2004, s. 102-103.

¹⁴ Larsson 2006, s. 160-161.

2.2 Tre radikalfeministiska teorier

Jag kommer i kapitel 2.2.1- 2.2.3 att presentera tre feministiska teorier som är av intresse med avseende på den kvinnliga reproduktionen och samhällets syn på den kvinnliga kroppen. Denna presentation är utgångspunkt för arbetets analysdel i kapitel 7.

2.2.1 Shulamith Firestone

Shulamith Firestones teori syftar primärt till att uppmärksamma kvinnans centrala roll som barnaföderska. Firestone anser härmed att kvinnans biologiska förutsättningar och reproduktiva egenskaper är vad som under historien har gett upphov till ojämlikhet mellan könen – detta då graviditet, förlossning och barnaföstran är vad som hindrar kvinnan från att delta i samhället på samma villkor som mannen.¹⁵ Förtrycket av kvinnan i egenskap av hennes kön kan därför sammanfattas som kvinnans kamp att kontrollera naturen, vilket inbegriper människans biologiska funktioner. Firestone betraktar med andra ord naturen själv som ursprunget till kvinnans underordnade ställning i samhället, medan mannen enbart förstärker och cementerar detta faktum.¹⁶

Firestone är ivrig förespråkare till preventivmedel, abort och en statligt organiserad barnomsorg och betraktar härmed abort som en viktig aspekt av kvinnans sexualitet. Hon ställer sig vidare positiv till bl.a. konstgjord befruktning, som hon anser skulle kunna befria kvinnan från sina ”biologiska bojar”. Dock finns enligt Firestone många hinder att övervinna i hopp om att förändra synen på reproduktionen:

”At the other extreme there are more distant solutions based on the potentials of modern embryology, that is, artificial reproduction, possibilities still so frightening that they are seldom discussed seriously. We have seen that the fear is to some extent justified: in the hands of our current society and under the direction of current scientists (few of whom are female or even feminist), any attempted use of technology to ‘free’ anybody is suspect.”¹⁷

Att samtiden förhåller sig skeptisk till dessa nya tekniker, menar Firestone, kan enbart tolkas utifrån kvinnans samtida situation. Hennes inställning och vanor kan endast tolkas som ett uttryck för det patriarkala förtrycket. Kvinnor agerar och väljer som de gör, därför att det är nödvändigt ur ett socialt perspektiv.¹⁸ I ett utopiskt samhälle, menar Firestone, är kvinnor fullkomligt integrerade i samhället och kan agera och välja fullkomligt fritt i förhållande till sin sexualitet.¹⁹

Firestones tankegångar är intressanta, då jag i mitt arbete utgår från att reproduktion och abort måste ses som viktiga aspekter av kvinnans

¹⁵ Firestone 1979.

¹⁶ Firestone 1979, s. 4.

¹⁷ Firestone 1979, s. 193.

¹⁸ Firestone 1979 s. 3.

¹⁹ Firestone 1979, s. 195.

sexualitet och då kvinnans roll som barnaföderska ofta präglar synen på henne som rättssubjekt. Jag återkommer till dessa reflektioner i kapitel 7.

2.2.2 Catherine MacKinnon

Catherine MacKinnons teori syftar primärt till att synliggöra den samhälleliga kopplingen mellan våld och sexualitet. Sexualiteten, anser MacKinnon, kan inte betraktas åtskild från kön och reproduktion.²⁰ MacKinnon vänder sig härmed mot argument tidigare framförda av bl.a. Susan Brownmiller, som anser att sexualbrott inte är ett uttryck för sexualitet men endast en renodlad form av maktutövning.²¹ MacKinnon menar å andra sidan att sexualitet och våld är begrepp som måste förstås i en integrerad helhet, då de definierar och formar varandras existens. Ett angrepp på kvinnans kropp, enligt MacKinnon, är inte enbart förekomsten av penetration men också ett angrepp på kvinnans sexualitet. MacKinnon anser vidare att definitionen av sexuella övergrepp har uppställts av män, varför kvinnors erfarenheter av vad som utgör ett sådant övergrepp har kommit att förbises av lagstiftaren:

”The point of view of men up to this time, called objective, has been to distinguish sharply between rape on the one hand and intercourse on the other /.../ The male point of view defines them by distinction. What women experience does not so clearly distinguish the normal, everyday things from those abuses from which they have been defined by distinction.”²²

MacKinnon representerar det strukturella perspektiv som säger att varje angrepp på kvinnans sexualitet är en våldsbaserad handling riktad mot alla kvinnor som grupp i samhället. Ingen skarp linje kan skönjas mellan ”vanliga” våldsbrott mot kvinnor (t.ex. misshandel) och sexualbrott. De är samtliga handlingar som bottnar i en erotisering av våld och är, enligt MacKinnon, ett uttryck för den manliga aggressiviteten.²³ Samhällets tendens att dela upp kvinnans erfarenheter i förhållande till hennes kropp och sexualitet mellan vad som å ena sidan beskrivs som ”normalt” och ”vardagligt” och å andra sidan ”abnormt” och ”våldspåverkat”, resulterar därför ofta i en orealistisk syn på den verklighet som kvinnor befinner sig i.

På samma vis anser MacKinnon att man inte bör dra en gräns mellan sexualitet och abort, då dessa två element är tätt förknippade med varandra. Hon menar att abortdebatten således har kommit att fokusera felaktigt på att skilja mellan kontrollen av kvinnors sexualitet och kontrollen av kvinnors reproduktion. Då MacKinnon föredrar att diskutera kvinnor som samhällsgrupp, snarare än som individer med rättigheter, är hon dessutom skeptisk till att betrakta abort som en fråga som rör privatlivet. Hon menar att det med ett sådant synsätt finns risk för att staten undgår sin positiva skyldighet att garantera möjligheten till abort för kvinnor i praktiken – detta

²⁰ MacKinnon 1989 s. 184.

²¹ Brownmiller 1976.

²² MacKinnon 1987 s. 86.

²³ MacKinnon 1987.

då en rätt till respekt för ett sådant beslut inte nödvändigtvis medför en statens skyldighet att tillhandahålla läkare som vill utföra ingreppet.²⁴

MacKinnons tankegångar är intressanta, då jag i mitt arbete utgår från att sexualitet och reproduktion måste förstås i ett integrerat sammanhang. Även den kvinnliga reproduktionen och samhällets syn på abort skulle i så fall kunna tolkas och analyseras i termer av maktutövning och våld. Synen på graviditet och barnafödande som något vardagligt och naturligt skulle också i vissa sammanhang kunna användas som ett retoriskt maktmedel i syfte att kontrollera den kvinnliga kroppen. Jag återkommer till dessa reflektioner i kapitel 7.

2.2.3 Iris Young

Iris Youngs teori pekar på betydelsen av hur kvinnor och män lever sina liv i förhållande till sina kroppar. Young anser härmed att kvinnan tenderar att anpassa sina rörelsemönster och olika fysiska aktiviteter till sitt kön. Då kvinnor av samhället har kommit att drillas till återhållsamhet och självmedvetenhet, menar Young, utnyttjar kvinnan mycket sällan sina kroppsliga resurser till fullo. Anledningen till detta är att samhället ofta betraktar den kvinnliga kroppen som ett passivt objekt, snarare än som ett handlande subjekt.²⁵ Det är mer konkret själva patriarkatet som strävar efter att definiera kvinnan som ett objekt och som en ren kropp:

”An essential part of the situation of being a woman is that of living the ever-present possibility that one will be gazed upon as a mere body, as shape and flesh that presents itself as the potential object of another subject’s intentions and manipulations, rather than as a living manifestation of action and intention.”²⁶

Young anser att denna objektifiering bidrar till att kvinnor generellt sett är mer självmedvetna än män och ofta har en mer distanserad relation till sin kropp. I viss mån måste kvinnan därför alltid skapa ett avstånd till och leva åtskild från sin kropp, som får en tvetydig roll i förhållande till hennes identitet. Ett aktivt handlande och ett utåtriktat agerande kan ur en kvinnas perspektiv innebära att hon utsätter sig för vissa risker, då ett sådant uppträdande ofta utmanar bilden av hennes kropp som en passiv konstruktion. Ofta ser man sådan aktiv handling som att kvinnan ”bjuder in” sin omgivnings objektifierande uppmärksamhet.²⁷ Det finns dock större risker förknippade med den kvinnliga kroppen:

”She also lives the threat of invasion of her body space. The most extreme form of such spatial and bodily invasion is the threat of rape. But we daily are subject to the possibility of bodily invasion in many far more subtle ways as well. It is acceptable, for example, for women to be touched in ways and under circumstances that it is not acceptable for men to be touched...”²⁸

²⁴ MacKinnon 1987 s. 93-102.

²⁵ Young 2005 s. 42-45.

²⁶ Young 2005 s. 44.

²⁷ Young 2005 s. 44-45.

²⁸ Young 2005 s. 45.

Young ställer sig själv frågande till om hennes teori går att tillämpa på vilken fysisk aktivitet som helst.²⁹ Vilka aktiviteter skulle i så fall kunna vara exempel på när den kvinnliga kroppen blir en arena för samhällets normer och värderingar? Och när kan vi skönja att den kvinnliga kroppens uttryck är konsekvenser av hur samhället vill definiera den?

Youngs tankegångar är intressanta, då jag i mitt arbete utgår från att kvinnans kropp på ett juridiskt plan innehar en oklar status. Den kvinnliga reproduktionen och samhällets syn på abort kan därför ses som ett exempel på ett sådant rättsområde där den kvinnliga kroppen alternerar mellan rollen som objekt och subjekt. Just abortfrågan aktualiserar också många situationer då en kvinnas aktiva handlande tenderar att medföra vissa risker, särskilt med avseende på moral. Jag återkommer till dessa reflektioner i kapitel 7.

²⁹ Young 2000 s. 45.

3 Abort i Europa

Denna del är tänkt att ge läsaren en bakgrund till abortingreppets kontroversiella natur och juridiska behandling i Europa idag. Jag kommer i kapitel 3.1–3.2 därför att ge en kort redogörelse för abortingreppet samt en bakgrund till synen på abort i Europa ur ett rättshistoriskt perspektiv. Förekomsten av eller bristen på en juridisk konsensus i frågan är vidare av betydelse för att förstå Europadomstolens motiveringar av domar på området. Jag kommer i kapitel 3.3 därför att diskutera huruvida det kan sägas föreligga en konsensus i Europa med avseende på abortingreppet, och situationer då ett sådant ingrepp eventuellt bör tillåtas, med utgångspunkt av gällande rätt.

3.1 Abortingreppet

Abort, som definieras som varje avbrytande av en graviditet, indelas ofta i *spontana* och *inducerade aborter*. Spontana aborter är en synonym till missfall medan inducerade aborter avser alla aborter som provoceras fram genom medicinsk eller kirurgisk metod.³⁰ Inducerade aborter indelas vidare i *terapeutiska* och *selektiva* aborter. Terapeutiska aborter genomförs i syfte att skydda kvinnans liv och hälsa medan selektiva aborter avser alla aborter som genomförs trots att ingen risk för kvinnans liv eller hälsa föreligger.³¹

Inom svensk sjukvård använder man sig av två abortmetoder, den *medicinska* och *kirurgiska abortmetoden*. Medicinsk abort innebär att kvinnan via slidan intar piller som innehåller olika hormoner, som exempelvis antiprogesteron och prostaglandin, vilket ger upphov till sammandragningar av livmodern och leder till missfall. Kirurgisk abort utförs genom tömning och skrapning av livmodern med hjälp av en kyrett och vakuumaspiration, ibland efter uppmjukning av livmodern med hjälp av bl.a. hormonbehandling. Kirurgisk abort kan i Sverige utföras fram till den tolfte graviditetsveckan. Därefter sker abort genom intag av abortpiller i kombination med en efterföljande skrapning av livmodern.³²

3.2 En historisk bakgrund

Framkallande av abort har förekommit under alla tider. Historiskt sett kan nämnas metoder så som intag av medicinska och giftiga växter, vassa föremål som har förts upp i underlivet, injicering av olika ämnen i livmodern, livmoderssprutor, katetrar och sonder, heta bad, hård träning och våld mot magen. Bruket av sprutor, sonder och katetrar var omtalad i många europeiska länder under 1930-talet och bestod av instrument som i kombination med olika ämnen användes för införande av eller tömning av

³⁰ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/spontaneous+abortion>.

³¹ www.bbc.co.uk/ethics/abortion/medical/selective_1.shtml.

³² Lennerhed 2008 s. 82-83.

vätska från livmodern. Många kvinnor blev sterila eller avled till följd av de olika metoderna, ofta under svåra blödningar och utdragna smärtförlopp. Sonder och katetrar förekom i Frankrike redan på 1700-talet och spred sig till andra europeiska länder under 1800-talets gång. Försäljning av instrumenten förekom i svenska butiker under början av 1900-talet och började synas i annonser och reklam under 1920-talet. I Sverige var det under 1800-talet även vanligt med intag av arsenik eller fosfor i syfte att framkalla abort, vilket ledde till många ofrivilligt gravida kvinnors död. Det var vanligt att kvinnorna skrapade loss fosfor från tändstickor och sedan intog pulvret tillsammans med vätska. Den välkända abortmetoden, med många gånger dödlig utgång, ledde till ett förbud av fosfortändstickor år 1901.³³

Under 1900-talets gång, i takt med stora medicinska och vetenskapliga framsteg på området liksom i takt med kvinnans ökade frigörelse, ökade tillgången till säkra aborter markant i merparten av världens industriländer. Idag utförs de flesta aborter i dessa länder på sjukhus eller i närvaro av läkare, under lagligt reglerade former. I början av år 2012 publicerades emellertid en forskningsrapport från WHO som visar att antalet olagliga aborter i världen ökar på nytt. Mellan år 1995 och år 2008 ökade andelen illegala aborter från 44 till 49 procent av alla aborter totalt sett. Aborterna utförs ofta under fattiga och medicinskt osäkra förhållanden, varför illegala aborter utgör en av de främsta orsakerna till mödradödlighet i världen idag.³⁴ Emellertid har abortfrekvensen visat sig vara lägst i de länder som har liberala abortlagstiftningar³⁵. Tidigare forskning på området visar att västra Europa har den jämförelsevis lägsta andelen illegala aborter i världen, medan norra Europa och södra Europa hamnar på en andra- respektive tredjeplats.³⁶ Av WHO:s rapport kan således utläsas att illegala aborter är ett problem framför allt i östra Europa. Polen är härmed ett av de länder som är ökänt för sitt höga antal illegala aborter och många underjordiska abortklinikerna, se vidare kapitel 4.3.

Europa, liksom resten av världen, intar idag ett splittrat förhållningssätt till abortfrågan. Huruvida abort är lagligt och under vilka omständigheter som sådana ingrepp är lagliga, varierar från land till land. I nationell lagstiftning kan skönjas tydliga gränsdragningar i förhållande till de indikationer som en kvinna kan åberopa i syfte att utföra ett abortingrepp. De olika indikationerna kan rangordnas i en fallande skala där de mest liberala abortlagstiftningarna tillåter abort på kvinnans egen begäran och de mest restriktiva abortlagstiftningarna inte tillåter abort överhuvudtaget, alternativt enbart i fall av fara för kvinnans hälsa och liv. I mitten av skalan står att finna abortlagstiftningar som tillåter ingrepp i fall av sexuella övergrepp, fosterskador, mental hälsa och andra socioekonomiska indikationer.³⁷

³³ Lennerhed 2008 s. 80-93.

³⁴ www.sydsvenskan.se/varlden/article1602915/Farliga-aborter-vaxande-problem.html.

³⁵ [www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(11\)61786-8/abstract](http://www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(11)61786-8/abstract).

³⁶ [www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(07\)61575-X/fulltext](http://www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(07)61575-X/fulltext).

³⁷ World Abortion Policies 2007.

I nuläget tillåter 40 av Europakonventionens 47 medlemsstater abort på breda medicinska och socioekonomiska grunder. Undantag är Malta, Irland, Andorra, Monaco, Liechtenstein, San Marino och Vatikanen.³⁸ På Malta är abort förbjudet oavsett orsak, medan övriga länder tillåter abort endast i syfte att rädda moderns liv. År 2011 genomdrevs vidare en ny konstitution i Ungern som många befarar kommer att kunna leda till ett abortförbud.³⁹ Mer liberala abortlagstiftningar står att finna bl.a. i de skandinaviska och baltiska länderna, Storbritannien, Grekland, Tyskland, Österrike, Frankrike, Belgien och Nederländerna. Spanien och Portugal hade tidigare mycket restriktiva abortlagstiftningar, varefter ingreppet kom att legaliseras i de båda länderna år 2007 respektive år 2010.⁴⁰ I de flesta europeiska länder med liberala abortlagstiftningar är abort tillåten på moderns egen begäran. Storbritannien, Finland och Island utgör undantag i detta avseende.⁴¹ På grund av en mycket brett tillämpad tolkning av vad som utgör hot mot den gravida kvinnans hälsa, är abort dock i praktiken tillåten på begäran också i Storbritannien.⁴² Det är mot denna bakgrund inget sammanträffande att de avgöranden från Europadomstolen som presenteras i kapitel 6.2 framför allt berör den polska och irländska abortlagstiftningen.

Europa, liksom Sverige, har under de senaste århundradena genomgått en rad omvälvande förändringar. Allt sedan den sexuella revolutionen under 1960- och 1970-talet har det europeiska samhället kommit att präglas av enorma tekniska och vetenskapliga framsteg på det område som berör mänsklig reproduktion. Organtransplantationer till och från foster, fosterdiagnostik, forskning kring svåra sjukdomar med hjälp av aborterade foster, provrörsbefruktning och surrogatmödraskap är bara några av de nya tekniker som har uppkommit under de senaste årtiondena. Vissa menar att den tekniska utvecklingen har bidragit till kvinnans frigörelse på så vis att moderskapet får sägas ha ”demokratiserats” – detta då fler och fler kvinnor, tack vare tekniken, får chansen att bli mödrar medan allt färre kvinnor tvingas att förbli barnlösa mot sin vilja.⁴³ Andra menar att utvecklingen, med ett ökat fokus på den kroppsliga integriteten i frågor som rör reproduktion, tvärtom har bidragit till att samhället mer ”hänsynslöst” tenderar att definiera den kvinnliga kroppen som en ”arena” för laglig reglering och kontroll.⁴⁴ Oavsett vilken ståndpunkt man väljer att anamma, är det tydligt att den reproduktiva tekniken spelar en stor roll med avseende på kvinnans roll både som förälder och som samhällsmedlem.

Trots alla tekniska framsteg, är Europa fortfarande ett samhälle som präglas av vitt skilda uppfattningar i förhållande till religion och moral. Synen på

³⁸ Joint Observations of the Centre for Reproductive Rights and International Reproductive and Sexual Health Law Programme i A, B and C v. Ireland, p. 209 och World Abortion Policies 2007.

³⁹ www.dn.se/nyheter/varlden/ungern-antog-omstridd-forfattning och www.hrw.org/news/2011/06/23/hungary-reforms-needed-new-constitution.

⁴⁰ Abortion Worldwide s. 3-4.

⁴¹ World Abortion Policies 2007.

⁴² World Abortion Policies 2002 s. 157.

⁴³ Nordborg s. 136-138.

⁴⁴ Miller s. 15.

abort i de olika europeiska länderna har därför inte varit statisk under 1900-talets gång. Redan på 1950-talet var många abortlagstiftningar i bl.a. Sovjetunionen och vissa stater i Östeuropa mer liberala än i Västeuropa. Många kvinnor från exempelvis Sverige, Danmark, Österrike och Nederländerna reste därför under denna tid till länder som Polen, Tjeckoslovakien och det forna Jugoslavien för att utföra abort.⁴⁵ I samband med den sexuella revolutionen under 1960- och 1970-talet fick dock flera västländer en betydligt mer liberal abortlagstiftning. Några av dessa länder var Sverige, Storbritannien, Frankrike och Västtyskland.⁴⁶ Andra länder, som exempelvis Irland och Polen, är fortfarande starkt präglade av den katolska kyrkan och har valt att bevara eller återgå till en restriktiv abortlagstiftning med hänsyn till framför allt religiösa föresatser. I dessa länder talar man ofta om att livet tar sin början i befruktningssögonblicket, medan man i de skandinaviska länderna tvärtom ofta utgår från att livet tar sin början vid födseln. I de olika europeiska länderna förekommer därför mycket olika lagstiftningar, inte enbart med avseende på abort, men också med avseende på bl.a. biomedicinsk forskning och metoder för konstgjord befruktning.

En del forskning visar på en skiftning i abortdebatten i Europa, som har kommit att bli mer och mer inriktad på vikten av att förhindra abort i ett tidigt skede. Då de huvudsakliga argumenten för abort i Europa under 1960- och 1970-talet berörde kvinnors rätt att kontrollera sina kroppar och vikten av att värna om dessa kvinnors hälsa, menar somliga att abortdebatten sedan slutet på 1990-talet har kommit att fokusera på vikten av att undvika abort i syfte att förhindra dödandet av ett potentiellt barn.⁴⁷ Man kan i detta sammanhang skönja en förändrad attityd med avseende på modern och fostret även i Sverige. Från att tidigare ha betraktat fostret som en del av kvinnan, kan man efter 1990-talets mitt därför skönja en tendens i svensk rätt att utgå från modern och fostret som två skilda individer.⁴⁸ Tendensen är tydlig också ur ett europeiskt perspektiv, med hänsyn till Europadomstolens fokus på abort som en konflikt mellan framför allt modern och fostret, se vidare kapitel 7.1.2. En annan skiftning i abortdebatten kan härledas till många staters önskan om att öka befolkningstillväxten – ett problem som troligtvis inte uppfattades som lika relevant före tillkomsten av effektiva preventivmedel. Länder som Frankrike och Polen är exempel på länder vars regeringar under senare år har uttryckt en oro inför låga födslotal.⁴⁹ Vissa länders regeringar, som t.ex. Ungern, har dessutom uttryckt oro för att abort i detta sammanhang minskar naiviteten och således riskerar att bidra till det nationella pensionssystemets kollaps.⁵⁰ I takt med att den sexuella revolutionen har klingat av, har abortdebatten således i allt högre grad kommit att lyftas fram också som en folkdemografisk fråga.⁵¹

⁴⁵ Knudsen 2002 s. 220-221.

⁴⁶ Perselli 1998 s. 117.

⁴⁷ Knudsen 2002 s. 222-223.

⁴⁸ Perselli 1998 s. 124-131 och Prop. 1994/95:142.

⁴⁹ World Abortion Policies 2002 s. 150, 37.

⁵⁰ www.dn.se/ledare/huvudledare/ratt-till-abort.

⁵¹ Knudsen 2002 s. 218-219.

Synen på kvinnan och hennes roll inom familjen och samhället varierar slutligen från land till land. Skandinavien är således känt för en mycket liberal inställning till bl.a. sex och samlevnad och en öppen debatt kring jämställdhet mellan könen, medan många länder i södra och östra Europa präglas av ett mer konservativt förhållningssätt till familjekonstruktioner och könsroller överlag. Även äktenskapets betydelse för reproduktion varierar från land till land, men har på många håll i Europa kommit att minska under de senaste femtio åren bl.a. till följd av förbättrad tillgång till preventivmedel. Vad beträffar synen på sexualitet i Europa är vidare värt att notera en gradvis utveckling mot samhällelig acceptans i förhållande till homosexuella och transexuella. En sådan utveckling har under de senaste årtiondena vuxit sig starkare bl.a. utifrån nationella lagstiftningar och internationella domstolsavgöranden som tenderar att se mer och mer till den enskilda individens rättigheter.⁵² Även om Europas länder fortfarande har mycket skilda lagstiftningar bl.a. med avseende på abort, är det således tydligt att det europeiska samarbetet inom ramen för bl.a. Europakonventionen ligger till grund för behovet av en större harmonisering med avseende på moraliska värderingar och människosyn.

3.3 En europeisk konsensus

En av Europadomstolens stora svårigheter, när en dom som rör abort ska förkunnas, är att göra en tillfredsställande avvägning mellan medlemsländernas mycket skilda lagstiftningar på området. Huruvida en rätt till abort kan sägas ha stöd av en europeisk konsensus, är härmed långt ifrån självklart. Europadomstolen uttrycker i flera rättsfall på området mycket motstridiga åsikter i frågan, vilket ofta leder till kompromissartade domslut och med förhållandevis många skiljaktiga domare. Vissa domare har i detta sammanhang pekat på en omfattande konsensus bl.a. vad gäller abort som tillåts i syfte att skona kvinnans liv eller hälsa. Andra menar att sådana abortlagstiftningar knappast kan sägas utgöra grund för en europeisk konsensus i realiteten.⁵³ Likväl existerar ett visst juridiskt underlag vad gäller en sådan eventuell konsensus. På en konferens i Kairo 1994 antog t.ex. 179 länder världen över, varav många europeiska stater, en handlingsplan för de kommande tjugo åren som bl.a. uppmanade ländernas regeringar att stärka sitt engagemang avseende illegala aborter och kvinnors hälsa.⁵⁴

I detta sammanhang kan nämnas rekommendationer och resolutioner utfärdade av Europarådet som definierar abort som en hälsofråga. Ett exempel är den rekommendation från år 2010 där man konstaterade vissa framsteg sedan konferensen i Kairo, men som uppmanade Europeiska regeringar att se över, jämföra och uppdatera sina nationella lagstiftningar vad gäller sexuell och reproduktiv hälsa.⁵⁵ I en resolution från Europarådet

⁵² Se bl.a. *Goodwin v. The United Kingdom* och *Dudgeon v. The United Kingdom*.

⁵³ Skiljaktiga domare *Finlay Geoghegan i A, B and C v. Ireland*.

⁵⁴ Summary of the Programme of Action of the Cairo ICPD, 1994.

⁵⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe Recommendation 1903 (2010).

år 2008 tog man också tydlig ställning för att abort är en fråga som aktualiserar bl.a. rätten till självbestämmande och rätten att kontrollera den egna kroppen:

”In most of the Council of Europe member states the law permits abortion in order to save the expectant mother’s life. Abortion is permitted in the majority of European countries for a number of reasons, mainly to preserve the mother’s physical and mental health /.../ The Assembly is nonetheless concerned that, in many of these states, numerous conditions are imposed and restrict the effective access to safe, affordable, acceptable and appropriate abortion services /.../ The assembly affirms the right of all human beings, in particular women, to respect for their physical integrity and to freedom to control their own bodies. In this context, the ultimate decision on whether or not to have an abortion should be a matter for the woman concerned, who should have means of exercising this right in an effective way.”⁵⁶

Den handlingsplan som antogs i Kairo, liksom Europarådets resolutioner och rekommendationer, har emellertid varit föremål för stor debatt angående deras innebörd. I en dispyt över hur begreppet ”reproduktiv hälsa” skulle tolkas i handlingsplanens mening uttryckte bl.a. Europakommissionen år 2002 att man inte var beredd att definiera en rätt till abort som en aspekt av reproduktiv hälsa:

“The term ‘reproductive health’ was defined by the United Nations (UN) in 1994 at the Cairo International Conference on Population and Development. All Member States of the Union endorsed the Programme of Action adopted at Cairo. The Union has never adopted an alternative definition of ‘reproductive health’ to that given in the Programme of Action, which makes no reference to abortion.”⁵⁷

I detta sammanhang kan också nämnas Europarådets resolution från år 2011 där man rekommenderade samtliga medlemsstater att införa samvetsklausuler i nationell lagstiftning. Sådana samvetsklausuler innebär att ingen anställd inom sjukvården, inget sjukhus och ingen institution skulle kunna tvingas utföra aborter i strid med personliga övertygelser. Dock måste sådana föreskrifter också garantera den gravida kvinnan en rätt till abort. Sverige är i nuläget en av de få medlemsstater som hittills inte har lagstiftat om sådana samvetsklausuler. Även om resolutionen inte är bindande, lades nyligen fram en motion som syftar till inrättandet av sådana samvetsklausuler.⁵⁸

Många europeiska länder har slutligen varit föremål för skarp kritik från ett flertal internationella organisationer avseende abortfrågan. Flera FN-organ, som t.ex. UNHRC och CEDAW, har i olika rapporter anmärkt på vissa länders restriktiva abortlagstiftningar och uppmanat till liberaliseringar framför allt i syfte att värna om kvinnors hälsa.⁵⁹ Mycket talar därför för att Europa har ett stort intresse av att se över sina abortlagstiftningar och uppmuntra forskning på det område som berör kvinnlig sexualitet, reproduktion och abort – även ur ett internationellt perspektiv.

⁵⁶ Resolution 1607 (2008).

⁵⁷ European Parliament, 24 October 2002: Question no 86 by Dana Scallon (H-0670/02).

⁵⁸ Motion 2011/12:So642 och www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Samvetsfrihet-i-svensk-sjukvar_GZ02So642/?text=true.

⁵⁹ Se bl.a. CEDAW’s rapport CEDAW/C/POL/6 som kritiserar Polens abortlagstiftning.

4 Fyra abortlagstiftningar

Jag kommer i denna del att redogöra kortfattat för gällande rätt i Sverige liksom i de länder som berörs av Europadomstolens kanske mest betydelsefulla avgöranden på området: Irland, Polen och Storbritannien. Jag kommer även att ge en kort historisk bakgrund till dessa länders abortlagstiftningar. I den del som avser Storbritannien kommer jag att ge en kort redogörelse också för den nationella reglering som rör skapandet och förstörandet av mänskliga embryon. Detta då avgörandet från Storbritannien, som är föremål för diskursanalysen i kapitel 7, rör även denna lagstiftning.

4.1 Sverige

Sveriges första abortlag trädde i kraft år 1938 och innebar att legal abort medgavs med stöd av så kallade tvåläkarintyg alternativt tillstånd från Medicinalstyrelsen. Under 1960-talet, i takt med den sexuella revolutionen, kom emellertid abortingreppet att beviljas i allt större utsträckning.⁶⁰ Den nuvarande svenska abortlagen trädde i kraft år 1975 och utgör i princip fri abort. Den största ökningen av antalet aborter skedde innan legaliseringen och har sedan dess ökat och sjunkit i varierande grad under olika tidsperioder. År 2010 utfördes 37 693 aborter i Sverige totalt och 29,9 aborter på 1000 kvinnor.⁶¹

Före år 1934 var abort olagligt oavsett omständigheterna. Under Magnus Erikssons allmänna landslag från år 1350 och Kristoffers landslag från år 1442 var ingreppet belagt med dödsstraff fram till år 1778, då Gustav den tredjes försök till att avskaffa lagen resulterade i en viss strafflindring. Dödsstraffet för barnamord avskaffades härmed för de fall då gärningen inte var uppsåtlig. I 1864 års strafflag fastslogs att den person som gjorde sig skyldig till försök till fosterfördrivning (som brottet kallades under denna tid) istället skulle dömas till mellan två och sex års straffarbete.⁶² Under 1800-talet var den allmänna uppfattningen i Sverige att fostret ägde ett självständigt liv. Fostrets mor och hennes liv och hälsa ansågs således inte ha företräde framför barnets.

Från slutet av 1800-talet och fram till 1930-talet kunde dock skönjas en tendens till lindrigare straff för fosterfördrivning. År 1921 infördes en lag som innebar att illegala abortörer riskerade straffarbete på upp till sex år. Kvinnan bestraffades ofta mildare. Rättspraxis från år 1934 utgör en brytpunkt då det nu fastslogs en rätt till abort av medicinska skäl, dvs. till skydd för moderns liv eller hälsa. Principen om barnets absoluta rätt framför moderns var härmed upphävd. Olika riksdagsmotioner och utredningar kom

⁶⁰ Socialstyrelsen 2010 s. 12.

⁶¹ Socialstyrelsen 2010 s. 14.

⁶² Jakobsson m.fl. 1987 s. 20-21, 11, 14-15.

därefter att ligga till grund för 1938 års lagstiftning som alltså tillät abort av medicinska skäl.⁶³

Förklaringen till den negativa inställning till abort som dominerade under 1800-talet och 1900-talets tidigare skede kan förklaras utifrån den tidens religiöst förankrade samhälle. Sverige var under århundraden starkt präglad av kyrkans syn på äktenskapet, varför barn födda utom äktenskapet saknade rättslig identitet. Barn utom äktenskapet saknade således arvsrätt från modern fram till år 1905. Arvsrätt från fadern kom inte att regleras lagligt förrän under 1970-talet. Även kyrkans syn på fostret, som ett uttryck för Guds vilja, bidrog till stigmatiseringen av abortingreppet. Barn som föddes utanför äktenskapet var därför rättslösa, identitetslösa och utan social status. Även barnens mödrar förlorade ofta socialt anseende, blev utfrysta och hånade. Ofta bestraffades kvinnorna med s.k. ”kyrkoplikt” och måste då göra offentlig avbön under gudstjänsten samt sitta på avskild plats i kyrkan. Den ogifta modern sades även föra med sig olycka och sjukdomar, varför ett önskat barn många gånger berövade modern hennes hela samhällsliga ställning och existens. Således placerades många oönskade barn på barnhus, medan andra blev dödade av sina mödrar. År 1770 tillkom Gustav den tredjes ”barnamordsplakat” – en lag som avsåg att komma till rätta med de tämligen vanligt förekommande barnamorden, men med syftet att tillgodose statens behov av en befolkningstillväxt. Lagen möjliggjorde att de ogifta mödrarna kunde föda barnen anonymt, eller som det också kallades, ”obemärkt”.⁶⁴

Äktenskapets centrala funktion i förhållande till mor och barn måste också förstås utifrån dåtidens begränsade tillgång till preventivmedel. Äktenskapets socioekonomiska funktion kan härmed sägas ha fungerat som ett kontrakt mellan man och kvinna som garanterade mannens försörjning av sin hustru och sina barn, då kvinnans självständiga försörjning försvårades av bristen på sådana medel. Inte förrän i takt med p-pillrets introduktion på 1960-talet möjliggjordes en kontroll av den kvinnliga reproduktionen. Det är därför ingen slump att den sexuella revolutionen – med många lagreformer i sitt farvatten – inföll under samma tidsperiod.

År 1962 uppstod en häftig debatt i det svenska samhället mot bakgrund av de s.k. ”neurosedynkatastroferna” då det visade sig att läkemedel som använts av blivande mödrar hade gett upphov till allvarliga fosterskador. Händelsen kom att leda till godkännandet av ytterligare en indikator för abort år 1963, den s.k. fosterskadeindikationen. Händelsen fick uppföljning i och med den s.k. ”Polen-affären” år 1965, då Riksåklagaren väckte åtal mot kvinnor som hade rest till Polen och låtit utföra abort. Fallet väckte stor uppmärksamhet i media och ledde till en våg av sympatier för de involverade kvinnorna, varpå regeringen kom att besluta om åtalseftergift.⁶⁵ Vidare debatt i media och riksdag i kombination med 1965 års

⁶³ Swärd 1983 s. 28-31.

⁶⁴ Hirdman 1992 s. 72, 76-78.

⁶⁵ Swärd 1983 s. 35-40 och Perselli 1998 s. 118.

abortutredning resulterade i en proposition år 1974 där man lade fram ramverket till en ny abortlag, som i stort sett är den lag som gäller än idag.⁶⁶

Den nuvarande svenska abortlagen (1974:595) trädde i kraft år 1975 och innebär i princip fri abort. Alla kvinnor som söker abort i Sverige har dessutom rätt till rådgivning av specialutbildad personal före ett eventuellt abortingrepp, som t.ex. en kurator eller psykolog.⁶⁷ Även den svenska abortlagstiftningen innehåller emellertid krav på tidsgränser och medicinska bedömningar. Lagen innebär att en kvinna som vill få ett abortingrepp utfört kan beviljas detta på egen begäran fram till graviditetsvecka 18. Efter denna tidpunkt krävs tillstånd från Socialstyrelsen, vilket kan medges vid synnerliga skäl. Ett sådant tillstånd kan endast lämnas om fostret inte bedöms som livsdugligt utanför livmodern. Huruvida synnerliga skäl föreligger prövas av Socialstyrelsens Rättsliga Råd, som gör en individuell bedömning utifrån läkarbedömning och kuratorsutredning.⁶⁸ Det är alltid tillåtet att avbryta en graviditet oavsett tidpunkt om det föreligger risk för kvinnans hälsa eller liv. Om det brådskar kan en läkare i sådana fall utföra ett ingrepp utan att först ha ansökt om tillstånd hos Socialstyrelsen.⁶⁹ Mellan år 2006 och år 2010 inkom mellan 350 och 500 ansökningar om abort efter graviditetsvecka 18, varav en majoritet beviljades. De främsta orsaker som angavs var sociala problem eller skador hos fostret.⁷⁰

Ett par betydelsefulla förändringar i lagen har inträtt efter år 1975. År 1996 tog man bort den tidigare 12-veckorsgränsen och som bedömdes ha en i realiteten endast symbolisk funktion. Sedan år 2008 beviljas även utländska kvinnor abort i Sverige, trots att de inte är bosatta, folkbokförda eller asylsökande i landet.⁷¹ Motivet till förändringen var bl.a. att abort är en tjänst som omfattas av ramverket för hälso- och sjukvård i Sverige varför alla har rätt att behandlas utifrån principen om respekt för alla människors lika värde.⁷²

4.2 Irland

Irland har en av Europas mest restriktiva abortlagstiftningar. Lagstiftningen kan förstås kanske främst i relation till den katolska kyrkans starka ställning. Fostret räknas enligt irländsk rätt som en person från befruktningsogonblicket och framåt, varför livet betraktas som heligt i samtliga utvecklingsfaser. Abort är tillåten enligt irländsk lag endast i syfte att rädda moderns liv. Abort betraktas i de flesta fall därför som ett brott och kan leda till fängelsestraff både för den som låter utföra ingreppet och den som får det utfört. Irlands abortförbud grundar sig på *The Offences against*

⁶⁶ Swärd 1983 s. 38-40, 46 och Prop. 1974/70.

⁶⁷ Helström 2009 s. 9.

⁶⁸ Socialstyrelsen 2010 s. 12.

⁶⁹ Perselli 1998 s. 122.

⁷⁰ Socialstyrelsen 2010 s. 18.

⁷¹ SOU 2005:90, Prop. 2006/07:124 och Socialstyrelsen 2010 s. 12.

⁷² Prop. 2006/07:124 s. 5-6.

the Person Act från år 1861 som även reglerar rätten till abort på Nordirland.⁷³

Till följd av Storbritanniens liberalisering av aborträtten⁷⁴ uppstod oro och debatt angående tillämpligheten av engelsk praxis även på Irland. En folkomröstning hölls därför i frågan år 1983. Folkomröstningen resulterade i ett tillägg till konstitutionen som placerar moderns och fostrets rätt till liv på samma nivå. Tillägget innebar därför i praktiken ett krav på att vidta åtgärder för att öka skyddet för den senare parten.⁷⁵ Före år 1983 var det emellertid vanligt förekommande att irländska center för familjeplanering informerade om möjligheten att resa till England och där utföra abort. Ofta bidrog dessa informationscenter också med namn och adresser till de olika abortklinikerna. Efter år 1983 uppstod en mycket infekterad debatt med avseende på abortfrågan, då somliga hävdade att tjänsterna stod i strid med konstitutionens nya tillägg. På uppmaning av regeringen år 1988 och 1990 kom Irlands högsta domstol därför att utfärda permanenta förbud gentemot tillhandahållandet av sådana tjänster.

Under 1990-talet komplicerades abortfrågan ytterligare i samband med förhandlingar om EU-fördraget, då Irlands abortlagstiftning fick lov att utgöra ett undantag i förhållande till unionens regelverk i övrigt.⁷⁶ I ett avgörande från Europadomstolen år 1992 fastslogs emellertid att Irlands lagstiftning som förbjöd information om abort utomlands stred mot Europakonventionen, varpå landet uppmanades att se över sin lagstiftning på detta område.⁷⁷

År 1992 inträdde en förändring i irländsk praxis till följd av rättsfallet *Attorney general v. X*. I fallet hade en 14-årig flicka blivit våldtagen. Irlands justitiekansler ansökte då om ett förordnande som förbjöd flickan och hennes familj från att lämna landet, då man fruktade att hon skulle låta utföra abort utomlands. Flickan och hennes familj, som redan befann sig i England, reste då hem till Irland för att driva frågan vidare i de irländska domstolarna. Flickan var under rättsprocessens gång mycket deprimerad och ville överhuvudtaget inte befatta sig med fostret. Eftersom Irlands högsta domstol bedömde risken för att flickan skulle begå självmord som överhängande om hon inte beviljades abort, medgavs ett undantag i syfte att rädda hennes liv.⁷⁸ Debatten som följde efter *Attorney general v. X* gav upphov till två folkomröstningar år 1992 som medförde att konstitutionen gavs två ytterligare tillägg. De nya tilläggen innebar att det irländska folket godkände rätten till information om abort utomlands samt möjligheten för gravida kvinnor att resa utomlands i syfte att utföra abort.⁷⁹

⁷³ World Abortion Policies 2002 s. 68.

⁷⁴ The Abortion Act 1967 och *R v. Bourne*.

⁷⁵ World Abortion Policies 2002 s. 68.

⁷⁶ World Abortion Policies 2002 s. 68.

⁷⁷ *Open Door & Dublin Well Woman v Ireland*.

⁷⁸ *Attorney general v. X*.

⁷⁹ *A, B and C v Ireland*, p.45-49.

Det dröjde till år 1995 innan den nya lagstiftningen presenterades i form av *The Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act 1995*. Lagstiftningen var då utformad på sådant vis att all informationsverksamhet som rör abort måste ske under mycket restriktiva och diskreta former. Informationen får inte förmedlas på sådant sätt att det kan uppfattas som ett uppmanande till ingrepp. Inte heller får information tillhandahållas genom offentliga medel eller spridas i publikationer till personer som inte har beställt sådan information. Lagstiftningen påtalar vidare att de personer som informerar om abort inte får tjäna ekonomiskt på att tillhandahålla sådan information. Det är också förbjudet för all sjukhuspersonal att boka tid åt eller hänvisa kvinnan vidare i syfte att underlätta ett abortingrepp utomlands.⁸⁰ Lagstiftningen från år 1995 ledde återigen till oro och debatt i det irländska samhället. Huvudfrågan denna gång var om lagstiftningen kunde anses vara förenlig med konstitutionen. Irlands högsta domstol konstaterade i slutändan att den nuvarande lagstiftningen utgjorde en "fair and reasonable balancing of conflicting rights."⁸¹

År 2002 hölls en ytterligare folkomröstning i abortfrågan, då regeringen lade fram ett förslag på ännu ett tillägg till konstitutionen. Tillägget innebar att rätten till abort på grund av risk för självmord, så som den fastslogs i *Attorney general v. X*, skulle elimineras. Förslaget röstades ner av det irländska folket med en knapp majoritet.⁸² Hur den irländska konstitutionen och lagstiftningen om abort ska tolkas har under de senaste tjugo åren varit föremål för omfattande forskning och utredningar på Irland, då man bl.a. har ställt sig frågande till om abort skulle kunna tillåtas i fall av fosterskador. I samtliga fall har man dock varit osäker på vilket alternativ till nuvarande lagstiftning som skulle kunna fungera, då man menar att det i nuläget inte finns någon utbredd konsensus i frågan.⁸³ Två rättsfall som har behandlats i Europadomstolen har dock kommit att uppmärksamma frågan om Irlands restriktiva lagstiftning i fall av fosterskador och en risk för moderns hälsa är förenlig med Europakonventionen⁸⁴, se vidare kapitel 6.

4.3 Polen

Om Irland under de senaste hundra åren har bevarat en negativ inställning till abort, har Polen tvärtom kännetecknats av stora svängningar i frågan. Polen, i likhet med Irland, är ett samhälle präglad av den katolska religionens starka ställning och med en upphöjd syn på fostrets rättigheter. Dock har Polen en något mindre restriktiv abortlagstiftning avseende de indikationer som godkänns som grund för abort. Abort är tillåten enligt polsk lag i syfte att rädda moderns liv, med hänsyn till kvinnans fysiska och mentala hälsa, i fall av sexuella övergrepp och incest och ifall av allvarliga

⁸⁰ World Abortion Policies 2002 s. 69 och www.irishstatutebook.ie/1995/en/act/pub/0005/print.html.

⁸¹ A, B and C v Ireland, p.61.

⁸² A, B and C v Ireland, p.50-54.

⁸³ A, B and C v. Ireland, p.62-88.

⁸⁴ D. v Ireland och A, B and C v Ireland.

fosterskador. Abort är inte tillåtet av socioekonomiska skäl. Abortingreppet måste utföras av medicinskt kunnig personal och måste godkännas av kvinnans föräldrar om hon inte har uppnått myndig ålder. Ingreppet får enbart utföras fram till den tolfte graviditetsveckan, om inte graviditeten hotar kvinnans hälsa eller liv.⁸⁵

Abort var förbjudet i Polen fram till år 1932 då ny lagstiftning godkände abort ifall av fara för kvinnans hälsa eller liv och ifall av sexuella övergrepp och incest. År 1956 godkände man även abort på medicinska grunder och på grund av ”svåra levnadsförhållanden” – ett begrepp som inbegrep bl.a. fosterskador. 1956 års lagstiftning förblev relativt konstant fram till år 1990 i samband med att Polens första icke-kommunistiska regering sedan andra världskriget kom till makten. År 1993 eliminerade den nya regeringen rätten till abort på grund av ”svåra levnadsförhållanden”. Den nya lagstiftningen innebar att en risk för liv och hälsa alternativt fosterskador måste bekräftas av två läkare och kompletterande tester, medan ett sexuellt övergrepp måste intygas av en åklagare. Abortingrepp på privata kliniker förbjöds med stadgade fängelsestraff på upp till två år för de läkare som utför abort i strid med lagen. En ändring i abortlagen förtydligade vidare fostrets status som person från befruktningsoptionen och framåt. Fostrets rättsliga skydd i förhållande till modern stärktes därför markant under denna period.⁸⁶

Dessa, något plötsliga, förändringar av den polska abortlagstiftningen kan bl.a. förklaras med utgångspunkt av kommunismens fall år 1989-1990. Det faktum att den liberaliserade lagstiftningen under det kommunistiska styret hade förenklat kvinnors tillgång till abort, ledde till att många i efterhand kopplade samman kommunismen med abort. Man kom härmed att hänvisa till kvinnorna som själviska och narcissistiska då de sades ha dragit fördel av den kommunistiska regimen för sina egna syften, varefter mer konservativa värderingar – med idealbilden av kvinnan som husmor och hemmafru – kom att florera på nytt.⁸⁷

Till följd av den nya lagstiftningen uppstod en infekterad debatt om rätten till abort. Samma år kom en vänsterorienterad regering tillbaka till makten och ville återinföra rätten till abort på grund av ”svåra levnadsförhållanden”. Polens president, som var motståndare till abortingreppet, vägrade dock att skriva under den nya akten och lagstiftningen förblev densamma som tidigare. Två år senare, med en ny president vid makten, genomdrevs en mer liberal abortlagstiftning som bl.a. tillät ”svåra levnadsförhållanden” som grund för abort liksom rätten för privata kliniker att utföra ingreppet. Det skulle dock inte dröja länge förrän Polens högsta domstol kom fram till att den nya lagen stod i strid med konstitutionens underförstådda garanti för rätten till liv. Rätten till abort på grund av ”svåra levnadsförhållanden” togs därför återigen bort och kom i slutändan att ersättas av 1993 års mer restriktiva lagstiftning, *The 1993 Family Planning (Protection of the Human*

⁸⁵ World Abortion Policies 2002 s. 37.

⁸⁶ World Abortion Policies 2002 s. 38.

⁸⁷ Herzog 2011 s. 176, 192

*Foetus and Conditions Permitting Pregnancy Termination) Act and related statuses.*⁸⁸

Det existerar idag ett stort antal underjordiska abortkliniker i Polen och det är därför svårt att veta hur många aborter som utförs i landet varje år. Det förekommer även en utbredd ”abortturism” som innebär att många polska kvinnor reser till grannländer, så som Tjeckien och Ukraina, i syfte att få abort utförd. På grund av en vanlig brist på sexualupplysning och billiga preventivmedel misstänker man att det utförs förhållandevis många aborter på polska kvinnor i jämförelse med andra europeiska nationaliteter. Forskning från år 1996 uppskattade att ca 50 000 olagliga aborter genomfördes i Polen varje år – en siffra som misstänks vara flera gånger högre i realiteten.⁸⁹

4.4 Storbritannien

Abort i England, Wales och Skottland regleras i *The Abortion Act* från år 1967. Abort är tillåten enligt engelsk lag i syfte att rädda kvinnans liv, i syfte att bevara moderns fysiska och psykiska hälsa, på grund av fosterskador eller på grund av socioekonomiska skäl. En rätt till abort på grund av sexuella övergrepp är inte reglerat i lag. Abortingreppet är lagligt fram till den tjugofjärde graviditetsveckan och måste godkännas av två läkare utifrån de grunder som uppställs i lagen.⁹⁰ Efter 1967 års liberaliseringar agerade Storbritannien värd för många utländska kvinnor som reste till landet i syfte att utföra abort. Man beräknar att omkring 20 000 spanska kvinnor, 15 000 franska kvinnor, 4000 västtyska kvinnor och 2000 amerikanska kvinnor lät utföra aborter i England under denna tidsperiod. I början av 1990-talet beräknades omkring 6000 irländska kvinnor utföra abort i England varje år – en siffra som misstänktes vara betydligt högre om man bortsåg från den officiella statistiken.⁹¹ Efterföljande liberaliseringar i många europeiska länder ledde dock med åren till en minskning av detta antal resenärer.

Före 1800-talets början betraktades det inte som ett brott i det engelska samhället att avbryta en graviditet innan fostret hade nått ”kveckningsfasen” dvs. den fas under graviditeten då man kan känna fostrets rörelser i livmodern. Efter denna fas betraktades abort emellertid alltid som ett brott, även om sådana fall mycket sällan ledde till åtal. År 1803 tillkom Englands första abortlagstiftning. Lagen innebar att den person som lät utföra en abort efter kveckningsfasen kunde dömas till dödsstraff, medan en person som lät utföra en abort innan kveckningsfasens inträde kunde bestraffas med upp till fjorton års deportation samt spöstraff. År 1837 fick abortlagen en ny utformning genom *The Offences against the Person Act*. Den nya lagen, som skulle komma att gälla i hundra år, innebar att en person som försökte

⁸⁸ World Abortion Policies 2002 s. 39.

⁸⁹ World Abortion Policies 2002 s. 40.

⁹⁰ World Abortion Policies 2002 s. 155.

⁹¹ Rolston m.fl. 1994 s. 38.

framkalla missfall hos en kvinna eller lät tillverka medel för sådan fosterfördrivning kunde bestraffas med fängelse på upp till fjorton år. En kvinna som försökte utföra eller lät utföra ett abortingrepp på sig själv bestraffades på samma vis. Akten medgav inga undantag för situationer då abort skulle kunna vara tillåten. Likväl var den allmänt rådande uppfattningen att ett sådant ingrepp kunde tillåtas i syfte att rädda moderns liv. År 1929 kriminaliserade *The Infant Life (Preservation) Act* de fall då en person försökte utföra eller lät utföra abort om fostret bedömdes som kapabelt att födas vid liv, i regel efter den tjugooåttonde graviditetsveckan. Enda undantaget gällde för de fall då aborten utfördes i syfte att rädda moderns liv, vilket också antogs gälla för de fall som hänförde sig till ett tidigare skede av graviditeten.⁹²

År 1938 inträdde en viktig förändring i engelsk praxis då man i rättsfallet *Rex v. Bourne* fastslog att abort var tillåten i de fall då moderns fysiska och psykiska hälsa var i fara på grund av graviditeten. I fallet hade en läkare åtalats för att ha låtit utföra en abort på en kvinna som blivit våldtagen. Läkaren friades dock från anklagelserna då domstolen ansåg det legitimt att utföra abort i sådana fall då ett abortingrepp skulle kunna förhindra kvinnan från att bli ett ”mentalt och fysiskt vrak.”⁹³

I Nordirland var abortlagstiftningen samma som i England fram till år 1968, då England antog en mer liberal abortlagstiftning. I Nordirland tillämpar man fortfarande *The Offences against the Person Act*, men som har fått en något vidare tolkning i och med praxis som godkänner abort på bl.a. minderåriga och mentalt handikappade vuxna kvinnor. Två rättsfall från år 1993 och 1994, s.k. ”D” Case och ”A” Case, slog härmed fast att abort kan tillåtas i de fall då det finns en risk att modern tar allvarlig psykisk skada av en fortsatt graviditet.⁹⁴

År 1990 antogs *The Human Fertilisation and Embryology Act* som reglerar skapandet av mänskliga embryon, forskning kring sådana embryon och de processer som innefattar embryon i fall av konstgjord befruktning. De personer som bidrar med könsceller till skapandet av ett sådant embryo, måste bekräfta sitt godkännande till sådan behandling skriftligen. Denna person kan vidare återkalla sitt samtycke när som helst innan befruktning har ägt rum i kvinnans livmoder. I nuläget kan sådana embryon bevaras under maximalt fem års tid.⁹⁵ En uppmärksam fråga har härmed kommit att bli om skapandet och ett eventuellt förstörande av sådana embryon kan sägas vara etiskt godtagbart bl.a. med avseende på rätten till liv.⁹⁶

⁹² World Abortion Policies 2002 s. 156.

⁹³ *Rex v. Bourne* och *D v. Ireland*, p.12.

⁹⁴ World Abortion Policies 2002 s. 158, *D v. Ireland*, p.3 och

www.healthpromotionagency.org.uk/resources/sexual/pdfs/abortions.pdf.

⁹⁵ www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents.

⁹⁶ *Evans v. The United Kingdom*.

5 Europakonventionen

Jag kommer i denna del att ge en kortfattad redogörelse för Europakonventionen och Europadomstolens kontroll av denna. I kapitel 5.1-5.2 ges en redogörelse för konventionens tillkomst och innehåll. I kapitel 5.3 följer en presentation av de centrala principer som Europadomstolen tillämpar vid tolkningen av konventionen. I kapitel 5.4 ges en kort redogörelse för Europadomstolens kontroll av konventionens efterlevnad. I kapitel 5.5-5.6 redogörs för domstolens avvisningsgrunder samt klagorätten.

5.1 Tillkomst

Efter andra världskriget fanns ett stort behov i Europa av att upprätta en samverkan för att främja respekten för de mänskliga rättigheterna. Tanken var att man skulle utgå från FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna som hade antagits år 1948, men att man denna gång skulle frambringa en deklaration som var rättsligt förpliktande och som skulle stå under internationell övervakning av ett överordnat organ. Som en följd av detta tillkom *Europarådet*. Europarådet bildades ursprungligen av tio stater som skrev under dess stadga år 1949: Belgien, Danmark, Frankrike, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Nordirland, Norge, Storbritannien och Sverige. Inom några år hade dessa stater utarbetat en konvention som undertecknades och ratificerades år 1950 respektive 1953: *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (Europakonventionen.) Sedan dess har tillkommit fjorton tilläggsprotokoll till konventionen.⁹⁷ Europakonventionen kan endast tillträdas av stater som är medlemmar i Europarådet. Det krävs att sådana stater har ett demokratiskt statsskick och att de – som Turkiet – ligger åtminstone till viss del i Europa. Till följd av Lissabon-fördragets ikraftträdande år 2009 utgör EU-fördraget numera den juridiska grunden för unionens anslutning till Europakonventionen, vilket i sin tur underlättar tolkningen av EU:s lagar i ljuset av konventionen.⁹⁸

Efterlevnaden av konventionen övervakas av *Europadomstolen*, vars övervakning är subsidiär till medlemsstaternas nationella rättstillämpning. Man bör i detta sammanhang skilja mellan monistiska och dualistiska rättssystem. Monistiska rättssystem betraktar Europakonventionen som del av den inhemska rätten, medan dualistiska rättssystem skiljer mellan inhemsk och internationell rätt. Sverige, som är en monistisk konventionsstat, inkorporerade Europakonventionen med svensk lag år 1995 genom *Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*.⁹⁹

⁹⁷ Danelius 2007 s. 17-18.

⁹⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_human_rights_convention_sv.htm.

⁹⁹ Danelius 2007 s. 33, 36.

Enligt RF 2 kapitlet 19 § får ingen lag eller föreskrift meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt konventionen. Sverige är förpliktigt att åtlyda konventionens bestämmelser och respektera Europadomstolens avgöranden (art 1 och art 46.)

5.2 Innehåll

Europakonventionen upptar följande mänskliga fri- och rättigheter:

- rätt till liv (artikel 2),
- förbud mot tortyr samt omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (artikel 3),
- rätt att inte utsättas för slaveri eller tvångsarbete (artikel 4),
- rätt till personlig frihet (artikel 5),
- rätt till domstolsprövning och en rättvis rättegång (artikel 6),
- förbud mot bestraffning utan stöd i lag (artikel 7),
- rätt till respekt för privatliv, familjeliv, hem och korrespondens (artikel 8),
- tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet (artikel 9),
- yttrandefrihet (artikel 10),
- mötes- och föreningsfrihet (artikel 11),
- rätt att ingå äktenskap och bilda familj (artikel 12),
- rätt till effektivt rättsmedel (artikel 13),
- förbud mot diskriminering med avseende på rättigheterna i konventionen (artikel 14).

Alla bestämmelser i konventionen är principiellt sett lika viktiga, även om vissa rättigheter i praxis – som exempelvis yttrandefriheten – tenderar att framhållas som överordnade i förhållande till de övriga.¹⁰⁰ Det är möjligt att göra inskränkningar i artikel 8-11 under förutsättning att dessa är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle. Det är framför allt i förhållande till dessa artiklar som principen om medlemsstaternas bedömningsmarginal liksom proportionalitetsprincipen har kommit att utvecklas.¹⁰¹ Med avseende på bl.a. rätten till respekt för privatlivet säger man mer specifikt att det är tillåtet att göra inskränkningar vad gäller statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter (art 8.)

En medlemsstat kan ha rätt att försumma sin skyldighet att garantera ovan nämnda rättigheter i fall av nödläge eller krig, ”derogation” (art 15.) Nödläget måste i så fall vara sådant att det hotar nationens hela existens. Dock kan sådan derogation aldrig godtas med avseende på artikel 2, 3, 4 (punkt 1) och 7 – utom i de fall då ett dödande enligt artikel 2 kan hänföras

¹⁰⁰ Åhman 2005 s. 37-38.

¹⁰¹ Åhman 2005 s. 32.

till dödande i krig. Medlemsstater som vidare har antagit tilläggsprotokoll som förbjuder dödsstraffet får inte heller derogera med avseende på detta förbud.¹⁰² Medlemsstaterna har dessutom alltid en rätt att avvika från artikel 10, 11 och 14 med avseende på utlänningars politiska verksamhet – en sällan tillämpad bestämmelse, men som får förmodas ta sikte på de fall då immigranter kan sägas ha ”importerat” interna problem och stridigheter till det nya landet (art 16) . Det är även möjligt att derogera då det förekommer ett missbruk av konventionens bestämmelser i strid med konventionens syfte (art 17.) Slutligen finns ett förbud mot s.k. *détournement de pouvoir* som innebär att inskränkningar av konventionsrättigheterna inte får ske i annat syfte än vad som ursprungligen har angivits (art 18).¹⁰³

Man bör vidare skilja mellan statens *positiva* och *negativa* förpliktelser i förhållande till konventionens bestämmelser. Många av dessa, som exempelvis artikel 2, 3, 5, 8, 10 och 11, innebär en skyldighet för staten att *inte* blanda sig i den enskildes liv och angelägenheter. Detta motsvarar en negativ förpliktelse för staten. En positiv förpliktelse, å andra sidan, innebär att staten *måste* upprätta ett visst skydd till förmån för den enskilde som innebär att hon eller han kan freda sig från sådana eventuella övergrepp. En sådan förpliktelse kan tillgodoses genom lagstiftning och genom att staten bistår med övervakningsorgan som kan hjälpa till att upprätthålla lag och ordning.¹⁰⁴ Gränsdragningen mellan statens positiva och negativa förpliktelser är synnerligen relevant med avseende på abortfrågan och dess relation till den privata respektive offentliga sfären, se vidare kapitel 6.1.3.

5.3 Principer

Europakonventionens bestämmelser är mycket allmänt hållna och det är därför långt ifrån självklart hur man bör tolka dessa. Europadomstolens praxis är i detta avseende avgörande för att förstå innebörden av de fri- och rättigheter som kommer till uttryck häri. I denna del ges en kort presentation av domstolens mest centrala tolkningsprinciper, som är av grundläggande betydelse för att följa argumentationen i de rättsfall som presenteras i kapitel 6.

Europakonventionen är ett folkrättsligt dokument. Detta betyder att en tolkning av konventionens bestämmelser måste ske i ljuset av internationellt stadgade tolkningsregler. Vägledande i detta avseende är *Wienkonventionen om traktaträtten* som bl.a. fastslår att en traktat ska tolkas primärt utifrån sina ordalag. Dock måste traktaten tolkas i ljuset av sitt syfte liksom den måste förstås i sin helhet, utan att konflikter mellan traktatens bestämmelser uppstår (art 31.) Europadomstolen har vidare framhållit att konventionen bör tolkas dynamiskt, då konventionen måste förstås i sitt samtida sammanhang. De olika begrepp som förekommer i konventionen, i syfte att uppnå en miniminivå av europeisk standard i förhållande till sina fri- och

¹⁰² Danelius 2007 s. 42.

¹⁰³ Danelius 2007 s. 44.

¹⁰⁴ Danelius 2007 s. 50-51.

rättigheter, måste dessutom ges en autonom tolkning oberoende av nationella lagstiftningar. Begrepp som exempelvis ”liv” och ”privatliv” tolkas således fritt av Europadomstolen oberoende av hur dessa begrepp regleras i de olika länderna.¹⁰⁵ Dock har alla medlemsstater möjligheten att göra vissa reservationer i förhållande till konventionens bestämmelser vid sitt tillträde till denna, varför medlemsstaterna får sägas ha ett visst tolkningsföreträde framför domstolen i dessa fall.¹⁰⁶

Legalitetsprincipen innebär att varje inskränkning av en rättighet som uppställs i konventionen måste vara föreskriven i lag. Lagen eller föreskriften måste vara formulerad på ett klart och tydligt vis, med tydligt uppställda gränser för de fall då offentliga myndigheter har rätt att ingripa i den enskildes liv och angelägenheter. Lagen eller föreskriften måste också utgöra korrekt rättstillämpning i det enskilda fallet med tanke på den nationella lagstiftningen, liksom den måste vara förenlig med allmänna rättsgrundsatsar på ett mer övergripande plan.¹⁰⁷

Effektivitetsprincipen innebär att det inte är tillräckligt att en medlemsstat upprätthåller en konventionsrättighet enbart i teorin. Europadomstolen har härmed fastslagit att konventionen uppställer en garanti för praktiska och effektiva rättigheter i motsats till rättigheter som snarare kan beskrivas som illusoriska.¹⁰⁸ Av detta följer att en medlemsstat kan sägas ha en positiv förpliktelse att leva upp till sådana effektivitetskrav när den enskilde saknar medel att tillgripa i fall av en konventionskränkning.¹⁰⁹

Europadomstolens främsta uppgift med avseende på konventionen är att se till att medlemsstaterna respekterar de grundläggande fri- och rättigheter som fastslås häri. Europadomstolen är således ingen ordinär rättsinstans som är tänkt att pröva de nationella domstolarnas avgöranden i sak. Istället utgår Europadomstolen från att de nationella domstolarna är bäst lämpade att döma i frågor av lokal beskaffenhet. Medlemsstaternas domstolar åtnjuter härmed en s.k. *margin of appreciation* som innebär att deras avgöranden bör godkännas, utom i de fall då de tydligt strider mot konventionens bestämmelser. Hur bred denna bedömningsmarginal får anses vara beror i hög grad av den aktuella frågans natur. Frågor som rör allmän moral och som inte kan sägas ha stöd av en europeisk konsensus, medför ofta att Europadomstolen förlämnar medlemsstaterna en bred bedömningsmarginal. I ett flertal fall som rör abort har man därför konstaterat att det är en fråga som får sägas falla inom staternas bedömningsmarginal.¹¹⁰ Man måste i detta sammanhang ha i åtanke konventionens subsidiära natur, vilket innebär att medlemsstaterna själva väljer hur de vill uppfylla en förpliktelse enligt konventionen.¹¹¹

¹⁰⁵ Danelius 2007 s. 46-47.

¹⁰⁶ Danelius 2002 s. 55.

¹⁰⁷ Åhman 2005 s. 25-26, 41-42.

¹⁰⁸ Airey v. Ireland.

¹⁰⁹ Se bl.a. Gustafsson v. Sweden.

¹¹⁰ Se bl.a. A, B and C v. Ireland, Knudsen v. Norway och X v. Austria.

¹¹¹ Åhman 2005 s. 33.

I konventionens artikel 8-11 föreskrivs att en inskränkning av dessa rättigheter bl.a. måste vara nödvändiga, godtagbara och proportionerliga i ett demokratiskt samhälle för att kunna vara förenlig med konventionen. Artikel 8, som rör rätten till privatlivet, är en av de bestämmelser som ofta hamnar i fokus med avseende på en sådan intresseavvägning mellan den enskilde och staten. Ett exempel på en inskränkning som enligt Europadomstolen inte har ansetts vara godtagbar var en lag som kriminaliserade homosexuella handlingar på Nordirland. Domstolen ansåg i detta fall att inskränkningen berörde en sådan ”intim aspekt” av klagandes privatliv att bl.a. målet för kriminaliseringen inte kunde sägas falla inom ramarna för statens bedömningsmarginal.¹¹²

Proportionalitetsprincipen innebär att en åtgärd som i och för sig är förenlig med konventionen kan bedömas som oproportionerlig, om de medel som vidtas i syfte att nå ett visst mål inte står i rimlig proportion till detta. En sådan oproportionerlig åtgärd utgör ett brott mot konventionen i sig.¹¹³ Principen är endast aktuell med avseende på konventionens derogabla rättigheter. För att en inskränkning ska bedömas som godtagbar, bör åtgärden ifråga vara den minst möjliga ingripande. Det är också medlemsstaten som har bevisbördan i detta avseende. Huruvida en åtgärd är proportionerlig måste vidare bedömas i ljuset av omständigheterna i det enskilda fallet. Faktorer som spelar in i denna bedömning är inskränkningens natur, i vilken grad den enskilde drabbas till följd av denna, om den enskilde tillhör en särskilt utsatt grupp i samhället eller om staten skulle kunna kompensera för inskränkningen på något vis.¹¹⁴

5.4 Kontroll

Före år 1998 övervakades tillämpningen av Europakonventionen av tre organ gemensamt: *Kommissionen*, *Europadomstolen* och *Europarådets ministerkommitté*. Efter denna tidpunkt är dock Europadomstolen ensam ansvarig för att behandla alla mål fram till deras slutliga avgöranden.¹¹⁵

Europadomstolen består av domare från varje medlemsstat (art 20.) Dessa utses för en tidsperiod på nio år, får inte vara äldre än 70 år och kan väljas för endast en mandatperiod (art 23.) Domstolens sammansättning beror av målets natur. Domstolen kan således verka i egenskap av kommitté ”*Committee*” som består av tre domare, kammare som består av sju domare ”*Chamber*” eller stor kammare som består av sjutton domare ”*Grand Chamber*”. Mål som sakprövas avgörs vanligen av en kammare, medan avvisanden och avskrivningar av mål kan göras av en tremanskommitté (art 26 p.1.) Numera kan en enskild domare även avvisa enkla mål på egen hand (art 27.) En kommitté kan avvisa ett enskilt klagomål eller ta upp detta till prövning om frågan i målet kan besvaras utifrån domstolens redan

¹¹² Åhman 2005 s. 32-34 och *Dudgeon v. The United Kingdom*.

¹¹³ Danelius 2007 s. 49.

¹¹⁴ Åhman 2005 s. 37-38.

¹¹⁵ Danelius 2002 s. 20-21.

fastslagna praxis på området (art 28.) Om inget beslut har fattats enligt artikel 27 eller 28, kan en kammare bestämma att ta upp frågan till prövning och avgöra målet i sak (art 29.) Om ett pågående mål i en kammare visar sig vara av stor betydelse för tolkningen av konventionen, eller om ett beslut i en kammare riskerar att gå emot tidigare praxis på området, kan frågan dock innan sitt avgörande, med parternas godkännande, hänskjutas till domstolen i stor sammansättning (art 30.) Parterna i ett mål kan, inom tre månader från det att ett avgörande har förkunnats i en kammare, begära att målet ska hänskjutas till den stora kammaren, vilket kan ske när frågan är av betydelse för tolkningen av konventionen (art 43.) Om domstolen vid ett avgörande finner att en medlemsstat har gjort sig skyldig till ett brott av konventionen, kan denna tillerkänna den förfördelade parten skadestånd (art 41.)

5.5 Avvisningsgrunder

Europadomstolen måste som ett första steg avgöra om ett aktuellt mål kan sägas vara "admissible". I annat fall avvisas målet, vilket är fallet för merparten av de klagomål som inkommer till domstolen. Ett mål får prövas av Europadomstolen endast i de fall då de nationella rättsmedlen har uttömts (art 35 p.1.) Enligt samma artikel måste ett sådant klagomål ha inkommit till domstolen inom sex månader från det att frågan slutligen avgjordes i nationell domstol. Kravet på uttömmande innebär emellertid viss flexibilitet, då ett sådant rättsmedel måste vara tillräckligt och effektivt också ur klagandes synpunkt.¹¹⁶ Således anses inte extraordinära rättsmedel, som t.ex. resning, vara ett effektivt rättsmedel enligt konventionens mening. Om klagomålet rör tolkning av en medlemsstats konstitution eller grundlag, måste Europadomstolen söka avgöra om frågan faller inom ramarna för medlemsstatens högsta domstols kompetensområde.¹¹⁷ Kravet på ett uttömmande av nationella rättsmedel innefattar inte sådana fall då nationell praxis tydligt visar att klaganden skulle ha haft mycket små chanser till framgång genom att driva sin talan på hemmaplan.¹¹⁸ Blotta tvivel hos den klagande i detta avseende befriar emellertid inte denna från att åtminstone försöka vidta rättsliga åtgärder¹¹⁹. Vad beträffar eventuella rättegångskostnader anser man inte heller att klagandes ekonomiska situation befriar henne från att göra sådana försök.¹²⁰ En eventuell risk för sådana kostnader kan inte medföra att ett nationellt rättsmedel kan betraktas som ineffektivt.¹²¹ Den enskilde kan dock alltid invända att det i fallet fanns speciella omständigheter som hindrade honom eller henne från att använda sig av rättsmedlet.¹²²

Mål ska avvisas då de är oförenliga med konventionen i tre primära avseenden: *ratione materiae*, *ratione personae* eller *ratione loci*. *Ratione*

¹¹⁶ Selmouni v. France.

¹¹⁷ Danelius 2007 s. 27-29.

¹¹⁸ Radio France v. France.

¹¹⁹ Pellegrini v. Italy.

¹²⁰ Cyprus v. Turkey.

¹²¹ Dawson v. Ireland.

¹²² Danelius 2007 s. 28.

materiae innebär ett avvisande på grund av att den åberopade kränkningen inte avser en fri- eller rättighet i konventionen (art 35 p.3 a.) *Ratione personae* innebär ett avvisande på grund av att ett klagomål riktar sig mot en annan privatperson, vilket inte täcks av konventionens tillämpningsområde. *Ratione loci* innebär ett avvisande på den grund att ett klagomål hänför sig till ett konventionsbrott som har skett utanför en medlemsstats territorium.¹²³ Mål som hänför sig till tiden före en medlemsstats tillträde av konventionen ska också avvisas utifrån principen om förbudet mot retroaktivitet, *ratione temporis*. Mål kan även avvisas om de är anonyma, avser en fråga som redan har prövats av domstolen, är uppenbart ogrundade, bedöms utgöra ett missbruk av klagorätten eller inte kan sägas ha medfört allvarliga men för den klagande (art 35 p.2 och art 35 p.3 a och b.) Artikel 35.3 gäller dock endast med avseende på privatpersoner. Mellanstatliga klagomål är "admissible" så länge som man har uttömt de nationella rättsmedlen och respekterat sexmånadersfristen.¹²⁴

5.6 Klagorätt

Domstolen kan döma i *mellanstatliga* och *enskilda* klagomål. Ett mellanstatligt klagomål innebär att en medlemsstat anmäler en annan medlemsstat då man anser att den har kränkt en rättighet eller skyldighet enligt konventionen. Sådana anmälningar har förekommit relativt sällan.¹²⁵ Ett enskilt klagomål innebär att privatpersoner, grupper av sådana personer och privata organisationer har rätt att klaga till domstolen om de anser att de har blivit kränkta med avseende på någon av konventionens rättigheter (art 34.) Myndigheter och offentliga organ har ingen klagorätt.¹²⁶

Klagorätt tillkommer den som har uttömt de nationella rättsmedlen, överklagat till Europadomstolen inom sex månader, undgått avvisning på övriga grunder och som dessutom kan sägas ha *offerstatus* ("the victim".) Det räcker att en person påstår att den har utsatts för en kränkning för att målet ska kunna tas upp till prövning (art 34.) En sådan offerstatus inträder när en person kan sägas ha blivit direkt eller indirekt kränkt till följd av att någon av konventionens uppställda fri- och rättigheter har försumrats. Således är det inte möjligt att klaga över konventionen endast i egenskap av engagerad samhällsmedlem ("actio popularis.") Det krävs inte för klagorätt att personen ifråga har varit föremål för ett beslut i strid med konventionens bestämmelser. Klagorätt föreligger även då en lag är av stor betydelse för en person, även om den ännu inte har tillämpats med avseende på denna.¹²⁷ I ett av Europadomstolens avgöranden ansågs två organisationer ha klagorätt vad beträffade ett irländskt förbud att delge information om abort utomlands, trots att de ännu inte hade överträtt förbudet. Fallet innebar

¹²³ Ett undantag gäller för de fall att en tjänsteman som agerar på uppdrag av medlemsstaten ifråga utför en kränkning utanför den statens territorium, varför ett ansvar enligt konventionen likväl kan utkrävas.

¹²⁴ Danelius 2007 s. 27-31.

¹²⁵ Se bl.a. Austria v. Italy, Ireland v. The United Kingdom och Cyprus v. Turkey.

¹²⁶ Danelius 2007 s. 23-24.

¹²⁷ Danelius 2007 s. 24-25.

vidare att ett antal privatpersoner ansågs ha klagorätt på grund av att de var kvinnor i fertil ålder, trots att ingen av de klagande kvinnorna var bekräftat gravid. Eftersom kvinnorna fick sägas tillhöra den grupp i samhället som riskerade att i hög grad komma att påverkas av förbudet, ansåg domstolen likväl att de hade offerstatus.¹²⁸ I ett annat närliggande avgörande gavs en tysk kvinna, som inte var gravid, klagorätt i förhållande till Tysklands dåvarande restriktiva abortlagstiftning på den grund att hon var kvinna.¹²⁹

Det framgår vidare av Europadomstolens praxis att det är i huvudsak den gravida eller fertila kvinnan som anses ha klagorätt med avseende på abortfrågan. Närstående till kvinnan har i flera fall nekats klagorätt då deras klagomål har bedömts som uppenbart ogrundade alternativt oförenliga med konventionen. Exempel på detta är flera fall där presumtiva fäder har överklagat sina partners beslut att utföra abort, men utan framgång.¹³⁰ Helt okända personer som har överklagat en kvinnas beslut om abort, bl.a. utifrån det ofödda fostrets rätt till liv, har även dessa nekats klagorätt.¹³¹

¹²⁸ Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland.

¹²⁹ Brüggemann and Scheuten v. Germany.

¹³⁰ X v. The United Kingdom och Boso v. Italy.

¹³¹ Knudsen v. Norway och X v. Austria.

6 Europadomstolens praxis

Jag kommer i kapitel 6.1 att redogöra för hur Europadomstolen har tolkat artikel 2, 3, 8, 10 och 14 i förhållande till kvinnlig reproduktion och abort på ett mer övergripande plan. Jag kommer i kapitel 6.2 därefter att presentera sex rättsfall som berör reproduktion mer ingående. Fem av fallen behandlar abort, medan ett av fallen rör rätten att inte bli genetisk förälder till följd av konstgjord befruktning. I kapitel 6.3 följer en kort analys av denna praxis tolkad ur ett nationellt lagstiftningsperspektiv.

6.1 Praxis på området

Jag kommer i denna del att redogöra för artikel 2, 3, 8, 10 och 14 som de har tolkats i Europadomstolens praxis i förhållande till reproduktion och abort. I den mån som vissa begrepp framstår som otydligt definierade, kommer jag att redogöra för hur dessa artiklar har tolkats även på andra rättsområden enligt konventionen.

6.1.1 Rätten till liv

Rätten till liv enligt konventionens artikel 2 har ett flertal gånger kommit att prövas i förhållande till abortfrågan. I *X v. The United Kingdom* fastslogs att bestämmelsen inte kan tolkas som en absolut rätt till liv för fostret, bl.a. med hänsyn till vikten av att skydda moderns liv. I *VO v. France* konstaterades vidare att det inte var möjligt eller ens önskvärt att besvara frågan huruvida ett foster kunde betraktas som en person, på grund av bristen på en europeisk konsensus angående när livet tar sin början. Fostrets/embryots juridiska status ansågs härmed falla inom medlemsstaternas bedömningsmarginal. I *Evans v. The United Kingdom* bekräftades denna hållning, då man ansåg att förstörandet av gemenskap skapade embryon knappast innebar en kränkning av konventionens artikel 2, då den nationella lagstiftningen ifråga inte definierade embryot som en självständig person, se vidare kapitel 6.2.3. Rätten till liv i förhållande till den ofrivilligt gravida kvinnan prövades i *A, B and C v. Ireland*, då en kvinna klagade på den irländska statens underlåtelse att implementera en rätt till abort i fall av risk för moderns liv. Domstolen valde dock att prova fallet under artikel 8.

Man kan mot bakgrund av det sagda sluta sig till att Europadomstolen i flertalet fall som rör abort föredrar att undvika en tillämpning av konventionens artikel 2. En rätt till liv med stöd av denna artikel, både vad gäller modern och fostret, är därför mycket osäker. Osäkerheten kan förstås med hänsyn till artikelns primära tillämpning i domstolens övriga praxis. Sådan praxis har hittills tenderat att fokusera på bl.a. statliga myndigheters behandling av eller oförmåga att skydda individer i polisförvar och fängelse¹³². Andra exempel på mål som har behandlats i enlighet med denna

¹³² Se bl.a. *Velikova v. Bulgaria* och *Keenan v. The United Kingdom*.

artikel är sådana som rör statens underlåtelser att vidta skyddsåtgärder i förhållande till olika hälsovådliga aktiviteter, t.ex. i fall av kärnkraftssprängningar eller explosioner till följd av kemiska läckor på en allmän soptipp¹³³. Dessa mål uppvisar en tydlig koppling mellan statens handlanden/underlåtelser och den skada som har inträffat för den enskilde. Detta beror på att konventionens artikel 2 anses vara kränkt endast när den beror på en brist på skydd från de statliga myndigheternas sida, då klagomål endast kan riktas mot staten för handlingar eller underlåtelser som denna bär tydligt ansvar för¹³⁴. Det är i detta sammanhang inte förvånande att abort, som ofta balanserar på gränsen mellan att beskrivas som en privat och offentlig angelägenhet, därför ogärna diskuteras av domstolen utifrån konventionens artikel 2.

6.1.2 Förbudet mot tortyr

Europadomstolen har vid tre tillfällen prövat huruvida ett nekande av abort har inneburit tortyr för de ofrivilligt gravida kvinnorna. I *A, B and C v. Ireland* och *Tysiack v. Poland* besvarades denna fråga nekande. I *R.R. v. Poland* ansåg man emellertid att förvägrandet av medicinska tester, som hade kunnat bekräfta en rätt till abort, fick sägas nå upp till den miniminivå av lidande hos den gravida kvinnan som motsvarade tortyr, se vidare kapitel 6.2.4-6.2.6.

För att misshandel ska kunna bedömas som tortyr enligt konventionens artikel 3, har Europadomstolen uttalat att behandlingen måste nå upp till en miniminivå av gravhet ("minimum level of severity"). Bedömningen av denna miniminivå av gravhet är relativ och beror på omständigheterna i fallet, som t.ex. behandlingens varaktighet, dess fysiska och mentala konsekvenser, och – i vissa fall – offrets kön, ålder och hälsotillstånd.¹³⁵ Sådan behandling har bedömts vara "omänsklig" bl.a. då den har pågått flera timmar i sträck, orsakat direkt kroppsskada och intensivt fysiskt och psykiskt lidande hos offret.¹³⁶ Det krävs inte att det har funnits ett syfte att förnedra offret genom denna behandling.¹³⁷ Sådan behandling har vidare bedömts vara "förnedrande" då den hos offret har gett upphov till känslor av ångest, rädsla och underlägsenhet som har haft en förnedrande effekt på offret.¹³⁸ Denna rädsla och ångest, enligt kommissionen, behöver inte ha uppkommit till följd av ett fysiskt eller kroppsligt övergrepp från statens sida, men kan vara av rent psykisk karaktär.¹³⁹ T.ex. har domstolen bedömt att extrem rädsla hos den enskilde, i kombination med dåliga levnadsförhållanden i fängelseförvar, utgjorde tortyr då personen ifråga fruktade verkställandet av ett dödsstraff utfärdat av staten¹⁴⁰.

¹³³ Se bl.a. *Öneryildiz v. Turkey* och *L.C.B v. The United Kingdom*.

¹³⁴ *Van Dijk m.fl.* 2006 s. 352.

¹³⁵ *Ireland v. the United Kingdom*.

¹³⁶ *Labita v. Italy*.

¹³⁷ Se bl.a. *Kukayev v. Russia* och *Ireland v. The United Kingdom*.

¹³⁸ Se bl.a. *Iwanczuk v. Poland* och *Wiktorko v. Poland*.

¹³⁹ *Van Dijk* 2006 s. 416-417.

¹⁴⁰ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*.

En stor andel mål från domstolen som rör tortyr behandlar misshandel av personer i olika offentliga miljöer, som t.ex. i fängelser, skolor och i samband med förhör genomförda på uppdrag av staten¹⁴¹. Även utvisning har kommit att aktualisera artikel 3 på grund av de ofta fysiska och mentala konsekvenser hos de utvisade till följd av dessa beslut. Således har domstolen fastslagit att staten bär ett ansvar för att inte utlämna personer till ett land där de troligtvis skulle komma att utsättas för tortyr¹⁴². Det har också konstaterats att statliga myndigheters handlanden och underlåtelser i förhållande till sjukvård kan hänföras till konventionens artikel 3.¹⁴³ Slutligen kan nämnas att Europadomstolen i två mål har fastslagit att våldtäkt måste ses som en form av tortyr, t.ex. när den sker i samband med polisförhör.¹⁴⁴ Majoriteten av den praxis som behandlar tortyr uppvisar härmed en tydlig koppling mellan statens handlanden/underlåtelser och den skada som har inträffat för den enskilde – vare sig behandlingen sker inom ramen för fängelser, skolor eller offentlig sjukvård. Det är i detta sammanhang inte förvånande att abort, som alltså balanserar på gränsen mellan att beskrivas som en privat och offentlig angelägenhet, därför sällan diskuteras av domstolen också utifrån konventionens artikel 3.

6.1.3 Rätten till respekt för privatlivet

Flertalet rättsfall som rör abort har prövats under konventionens artikel 8. Samtliga gravida eller fertila kvinnorna som har klagat i förhållande till abort, har dessutom klagat under artikel 8. En kränkning av denna artikel ansågs föreligga i *Tysiac v. Poland, R.R. v. Poland* och *A, B and C v. Ireland* (även om man i sist nämnda mål ansåg kränkningen vara godtagbar och proportionerlig enligt artikel 8.2.) Se vidare kapitel 6.2.1-6.2.6.

Europadomstolen har konstaterat att rätten till respekt för privatlivet innefattar bl.a. könstillhörighet, sexuell läggning, en persons sexliv, psykiska och fysiska integritet liksom en persons beslut att bli eller inte bli förälder.¹⁴⁵ Således har artikel 8 kommit att aktualiseras bl.a. i förhållande till homosexuella och transsexuella personers rättigheter samt sexuella övergrepp¹⁴⁶. Även abortlagstiftningar har rent generellt ansetts beröra kvinnans rätt till privatliv. Dock har man fastslagit att kvinnans rätt till privatliv måste vägas mot det ofödda fostrets rättigheter, varför ett avbrytande av en graviditet inte enbart sägs falla inom moderns privata sfär – detta då den gravida kvinnans privatliv får sägas vara intimt förknippat med det växande fostret.¹⁴⁷

¹⁴¹ Se bl.a. *Aksoy v. Turkey, Campbell and Cosans v. the United Kingdom* och *Ireland v. The United Kingdom*,

¹⁴² *Soering v. The United Kingdom*.

¹⁴³ *Powell v. The United Kingdom*.

¹⁴⁴ *Aydin v. Turkey* och *M.C. v. Bulgaria*.

¹⁴⁵ *Dudgeon v. the United Kingdom, Tysiac v. Poland* och *Evans v. The United Kingdom*.

¹⁴⁶ Se bl.a. *Dudgeon v. the United Kingdom* och *Goodwin v. The United Kingdom*.

¹⁴⁷ Se *Brüggenmann v. Germany, Tysiac v. Poland* och *VO v. France*.

Med avseende på abort aktualiseras ofta gränsdragningen mellan statens positiva och negativa skyldigheter, se kapitel 5.2. Gränsdragningen kan i sin tur kopplas till frågan om ingreppet bör tolkas primärt som en privat eller offentlig angelägenhet. Man skulle å ena sidan kunna hävda att staten har en negativ förpliktelse att inte ifrågasätta kvinnans beslut att avbryta en graviditet, då ett sådant beslut kan sägas hänföra sig till rätten till respekt för privatlivet enligt konventionens artikel 8. Å andra sidan är en sådan negativ förpliktelse av liten betydelse för en ofrivilligt gravid kvinna, om det inte samtidigt existerar en positiv förpliktelse för staten att garantera utförandet av ett abortingrepp på sjukhus eller hos en läkare. Avvägningen mellan dessa två förpliktelser är i högsta grad aktuell om man bl.a. ser till Europarådets rekommendation som behandlar samvetsklausuler. Man kan i detta sammanhang fråga sig om abort framför allt bör diskuteras inom ramen för den privata eller offentliga sfären – och vilka följder en sådan kategorisering skulle kunna ha för ofrivilligt gravida kvinnor i praktiken, se vidare kapitel 7.

6.1.4 Rätten till yttrandefrihet

Rätten till yttrandefrihet har prövats i ett flertal avgöranden som rör abort. I *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* ansåg man att ett förbud av information om abort utomlands stred mot konventionens artikel 10, se vidare kapitel 6.2.1. På samma vis ansåg man i *Women on Waves v. Portugal* att en kränkning av artikel 10 hade ägt rum, då portugisiska krigsskepp sökte förhindra skepp från att segla in på portugisiskt vatten i syfte att sprida information om bl.a. abort. I *Hoffer and Annen v. Germany* intog Europadomstolen motsatt ståndpunkt. I fallet hade två privatpersoner delat ut pamfletter i närheten av ett sjukhus som jämförde en läkares utföranden av abort med holocaust ("Then: Holocaust/Today: Babycast"), vilket resulterade i nationella åtal för bl.a. ärekränkning. Europadomstolen ansåg att referensen till holocaust utgjorde en sådan allvarlig kränkning av läkares personliga heder och rättigheter att ingen kränkning av konventionens artikel 10 kunde sägas ha ägt rum.

Yttrandefriheten innefattar åsiktsfrihet och informationsfrihet. Europadomstolen har i detta sammanhang framhållit att även information och åsikter som får anses vara av kontroversiell, oroväckande och chockerande karaktär omfattas av dessa friheter, vilket är en förutsättning för alla demokratiska samhällen.¹⁴⁸ Artikel 10 innefattar emellertid inget allmänt förbud mot censur i skrift, i motsats till svenska Tryckfrihetsförordningen.¹⁴⁹ Yttrandefriheten får inskränkas, förutom av samma anledningar som räknas upp i konventionens artikel 8 p.2, för bl.a. annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids och för att upprätthålla domstolars auktoritet och opartiskhet (art 10 p.2).

¹⁴⁸ Van Dijk 2006 s. 774.

¹⁴⁹ Karnovs lagkommentarer: Carl-Henrik Ehrenkrona.

6.1.5 Förbudet mot diskriminering

Vad beträffar abort och reproduktion, har de berörda kvinnorna klagat under konventionens artikel 14 i flertalet av dessa fall.¹⁵⁰ I *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* anförde man bl.a. att informationsförbudet avseende abort var diskriminerande mot kvinnor, eftersom män aldrig förvägras information med avgörande betydelse för deras reproduktion och hälsa. I *Evans v. The United Kingdom* ansåg den klagande kvinnan dessutom att hon diskriminerades i egenskap av kvinna som undergick in vitro-behandling. Detta då hon efter att befruktningen ägt rum, till skillnad från andra kvinnor, var helt underkastad spermadonatorns vilja. Hittills har Europadomstolen inte prövat några klagomål enligt artikel 14 i förhållande till abort och reproduktion – detta oberoende av om en kränkning har ansetts föreligga i enligt konventionens övriga bestämmelser eller ej.

Förbudet mot diskriminering har ingen självständig innebörd men gäller endast med avseende på konventionens övriga bestämmelser. Det har uppmärksamats att Europadomstolen tenderar att avhålla sig från att tillämpa artikeln, då man ofta anser att samma garantier till skydd står att finna i konventionens ”huvudsakliga” bestämmelser. När en sådan kränkning enligt en ”huvudsaklig” bestämmelse anses ha ägt rum, intar domstolen därför ofta hållningen att det inte är nödvändigt att utreda en eventuell kränkning också enligt artikel 14.¹⁵¹ Med tanke på artikelns kompletterande natur, kan man dock fråga sig när bestämmelsen i så fall bör tillämpas? Domstolens inkonsekventa hållning i relation till begreppet ”ojämlik behandling” har härmed kommit att kritiseras också av Europadomstolens domare själva.¹⁵² De diskrimineringsgrunder som vidare räknas upp i artikel 14, som t.ex. kön, hudfärg och religion, är inte uttömmande men bara exempel på sådana grunder. All olikbehandling är inte att betrakta som diskriminering. Således föreligger diskriminering endast om det inte har funnits en objektivt godtagbar anledning till särbehandlingen, om de personer som har behandlats olika befinner sig i en likvärdig position och om denna särbehandling får sägas vara oproportionerlig med tanke på dess syfte.¹⁵³

Anledningen till att artikel 14 aldrig har kommit att prövas i förhållande till abort, kan till viss del förstås utifrån artikelns kompletterande natur. Situationen kan också förstås utifrån definitionen av olikbehandling, som kräver att de olikhandlade personerna befinner sig i en likvärdig position. Frågan är härmed om män och kvinnor kan sägas befinna sig i en likvärdig position i förhållande till reproduktionen, eller om kvinnans reproduktiva egenskaper tvärtom försvårar en jämförelse med mannen i detta avseende? En sådan komparation beror förstås på vilka kriterier man utgår från, varför domstolen sällan har kommit att analysera speciellt ingående vilka olikheter

¹⁵⁰ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, D v. Ireland, A, B, C v Ireland och Evans v. The United Kingdom.*

¹⁵¹ Van Dijk 2006 s. 1028-1031.

¹⁵² *Airey v. Ireland, dissenting opinion of Judge Evrigenis.*

¹⁵³ Karnovs lagkommentarer: Carl-Henrik Ehrenkrona.

som är avgörande vid jämförelsen av två fall¹⁵⁴. Slutligen är värt att dra sig till minnes att Europakonventionen tar sikte på individuella rättigheter. Klagorätten tillkommer framför allt klagande individer, privata organisationer och grupper av personer som samtliga måste ha signerat överklagandet.¹⁵⁵ Även i detta sammanhang kan man inse svårigheterna för en klagande kvinna att ensam stödja sig på artikel 14, utan att kunna visa på en bred uppslutning av andra kvinnor som samtidigt styrker överklagandet.

6.2 Sex rättsfall

Jag kommer i denna del att ge en kortfattad redogörelse för de sex rättsfallens bakgrunder, domskäl och utgångar. En mer ingående analys av domskälen följer i kapitel 7.

6.2.1 Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland

I *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* klagade två organisationer, en amerikansk medborgare och tre irländska medborgare under konventionens artikel 8, 10 och 14. I fallet hade Irlands högsta domstol utfärdat restriktioner som förbjöd de två organisationerna, *Open Door* och *Dublin Well Woman*, från att tillhandahålla information om möjligheten till abort utomlands. De båda organisationerna och de fyra kvinnorna – varav endast två hade direkt koppling till organisationerna - överklagade då till Europadomstolen som ansåg att klagorätt förelåg i samtliga fall. Man ansåg härmed att de klagande – även om ingen var bekräftat gravid – tillhörde den grupp fertila kvinnor i samhället som löpte risken att komma att påverkas av restriktionerna.

De klagande hävdade inledningsvis att restriktionerna utgjorde en otillåten inskränkning av deras rätt att delge och ta del av information enligt konventionens artikel 10. Domstolen instämde i denna del. Man ansåg dessutom att restriktionerna var oproportionerliga och inte nödvändiga i ett demokratiskt samhälle enligt konventionens artikel 10.2, bl.a. med tanke på restriktionernas absoluta natur och som inte tog hänsyn till den presumtiva moderns ålder och hälsa. Domstolen pekade på det faktum att information om abort utomlands redan stod att finna i många importerade engelska tidningar och telefonkataloger, men som tog än mindre hänsyn till kvinnors hälsa. Man ansåg dessutom att utredningen talade för att irländska kvinnor under de rådande förhållandena riskerade att utföra abort i ett senare skede på grund av bristande information och utan möjlighet till uppföljning inom den irländska sjukvården. Klagandena ansåg vidare att restriktionerna utgjorde en kränkning av deras rätt till respekt för privatlivet enligt konventionens artikel 8. Man hävdade också att artikel 8 i kombination med artikel 14 utgjorde diskriminering mot kvinnor, eftersom irländska män aldrig nekades information som berörde deras hälsa och reproduktion. Det

¹⁵⁴ Van Dijk 2006 s. 1036-1038.

¹⁵⁵ Van Dijk 2006 s. 53.

faktum att domstolen redan hade konstaterat en överträdelse av konventionens artikel 10 medförde dock att man inte ansåg sig tvingad att pröva fallet även under denna artikel.

Europadomstolens avgörande var inte enhälligt. Således ansåg 8 av 23 domare att de kvinnor som inte var direkt berörda av organisationernas informationsverksamhet – men som alltså ansågs ha klagorätt på grund av att de var kvinnor i fertil ålder – inte kunde sägas ha offerstatus. Lika många domare ansåg att restriktionerna inte utgjorde en kränkning av konventionens artikel 10 överhuvudtaget. Domare Cremona uttryckte i detta sammanhang att restriktionerna knappast kunde sägas vara oproportionerliga då det fortfarande var tillåtet att ha en åsikt om abortförbudet i största allmänhet och då förbudet inte kunde sägas förhindra gravida kvinnors rörelsefrihet. Domare Pettiti, Ruso och Rocha ansåg att restriktionerna endast begränsade sig till skyddet för mänskligt liv och därför inte kunde sägas ha en koppling till sexualmoral. Om Irlands grannländer hade avkriminaliserat droger, anmärkte dessa domare, hade informationsverksamhet om droghandel utomlands knappast bedömts som godtagbar på Irland. Domare Blayney ansåg slutligen att restriktionerna inte kunde sägas vara oproportionerliga eftersom det ofödda fostrets rätt till liv måste betraktas som en mänsklig rättighet.

6.2.2 D v. Ireland

I *D v. Ireland* klagade en irländsk medborgare under konventionens artikel 3, 8, 10, 13 och 14. I fallet var kvinnan gravid med tvillingar då hon fick veta att det ena fostret hade slutat att utvecklas. Det visade sig omgående att även det andra fostret led av en genetisk åkomma som skulle leda till barnets död efter födseln. Kvinnan som inte ville fortgå graviditeten, reste då till England där hon lät utföra abort. Hon övervägde inte att vidta några rättsliga åtgärder på Irland innan denna tidpunkt, då de läkare som hon hade träffat tidigare under graviditetens gång hade uttalat att de inte trodde att hon skulle tillåtas en abort. Efter abortingreppet genomgick kvinnan medicinska komplikationer på Irland. Hon vågade då inte berätta för sjukhuspersonalen att hon hade låtit utföra en abort utomlands, men sade istället att hon hade haft ett missfall. Kvinnan klagade därefter till Europadomstolen över att hon hade varit tvungen att resa utomlands i syfte att utföra en abort trots allvarliga fosterskador liksom hon klagade över restriktionerna i 1995 års lagstiftning. Kvinnan beskrev situationen som psykologiskt utmattande, då hon måste utföra ingreppet i ett annat land och utan möjlighet till stöd i hemlandet. Som mor till två barn på Irland, kunde hon dessutom omöjligt ha stannat kvar i England för att motta sådant stöd.

Kvinnan klagande under konventionens artikel 3 då hon ansåg att situationen innebar ett misslyckande från den irländska statens sida att försäkra sig om att hon inte blev utsatt för ”omänsklig och förnedrande behandling.” Hon klagade vidare under konventionens artikel 8 då hon ansåg att situationen innebar en oproportionerlig inblandning i hennes privat- och familjeliv från den irländska statens sida liksom ett statens

misslyckande att leva upp till sin positiva skyldighet att värna om denna rättighet. Kvinnan klagade även under konventionens artikel 10 över 1995 års lagstiftning och det faktum att hennes doktor inte hade kunnat hänvisa henne för vård utomlands. Kvinnan klagade också under konventionens artikel 13 över att hon inte hade haft tillgång till ett effektivt rättsmedel i hemlandet liksom under konventionens artikel 14 då hon ansåg att hon varit utsatt för diskriminering i egenskap av gravid kvinna. Kvinnan anmärkte i detta sammanhang på att det inte existerade någon lagstiftning på Irland som fastslog hennes rätt till abort i fall av fosterskador. Att hon under sin sjuttonde graviditetsvecka skulle ha uppskjutit en abort för att inleda en lång och krävande rättsprocess med osäkert resultat var därför otänkbart.¹⁵⁶

Europadomstolens uppgift blev inledningsvis att avgöra huruvida kvinnan hade uttömt de nationella rättsmedlen enligt konventionens artikel 35 och om hon hade gjort allt som rimligen kunde begäras av henne i detta syfte. Domstolen drog slutsatsen att det inte var omöjligt att den irländska konstitutionen hade kunnat tolkas som att abort är tillåten ifall av fosterskador, varför det inte ansågs uteslutet att en nationell rättsprocess hade kunnat utfalla till kvinnans fördel. Man medgav att kvinnans möjlighet att driva en framgångsrik rättsprocess med tanke på hennes långt framskridna graviditet visserligen var liten, men långt ifrån obefintlig. Man ansåg nämligen inte att det var uteslutet att de irländska domstolarna skulle ha ansett att fallet var av sådan konstitutionell betydelse att man i så fall hade kunnat avgöra fallet inom några dagar. Det faktum att en eventuell process hade kunnat bli kostsam, påpekade domstolen med hänvisning till tidigare praxis, befriade inte kvinnan från skyldigheten att vidta rättsliga åtgärder.¹⁵⁷ Denna bedömning, i kombination med att kvinnan inte hade sökt formell juridisk rådgivning i tid, resulterade i att Europadomstolen avvisade fallet.

6.2.3 Evans v. The United Kingdom

I *Evans v. The United Kingdom* klagade en engelsk medborgare under konventionens artikel 2, 8 och 14. I fallet hade kvinnan och hennes make påbörjat en behandling på en befruktningssjukhus, då det visade sig att kvinnan hade drabbats av cancer i äggstockarna. Man förklarade då för paret att det fanns en möjlighet att tillvarata ägg från kvinnan före en eventuell operation av äggstockarna och som senare skulle kunna användas vid konstgjord befruktning. Paret signerade dokument där de båda bekräftade sitt samtycke till sådan behandling. De informerades vid detta tillfälle om att de när som helst skulle kunna återkalla sina samtycken före embryonas implantering i kvinnans livmoder för befruktning. Året därpå sprack parets förhållande och kvinnans make kontaktade då kliniken i syfte att återkalla sitt samtycke till vidare behandling. Kvinnan inledde då en rättsprocess och vidhöll att embryona hade rätt till skydd enligt konventionens artikel 2 och 8. Hennes make hävdade dock att han hade samtyckt till en behandling

¹⁵⁶ Kvinnan hade sedan tidigare två barn.

¹⁵⁷ Cyprus v. Turkey.

endast *tillsammans* med sin före detta hustru och att han hade återkallat sitt samtycke helt i enlighet med gällande lag. De engelska domstolarna avvisade kvinnans yrkanden, då man fastslog att embryon enligt engelsk lag inte definieras som personer med självständiga rättigheter.

Kvinnan klagade då till Europadomstolen och vidhöll att engelsk lag stred mot konventionens artikel 2, 8 och 14 eftersom denna lag godkände destruktion av embryon skapade gemensamt av henne och hennes make. Domstolen, bl.a. med stöd av utgången i *VO v. France*, drog dock slutsatsen att embryots rätt till liv enligt artikel 2 inte kunde sägas vara kränkt i konventionens mening eftersom frågan när livet tar sin början faller inom medlemsstaternas bedömningsmarginal. Dock ansåg man konventionens artikel 8 vara tillämplig då man menade att en destruktion av parets embryon onekligen berörde kvinnans rätt till respekt för sitt privatliv. Domstolen ansåg att det centrala dilemman i fallet var den intressekonflikt som förelåg mellan kvinnan och mannen och deras helt oförenliga önskemål med avseende på embryona. I en fortsatt diskussion med hänvisning till tidigare praxis pekade domstolen på att staters bedömningsmarginal ökar i de fall som rör moraliska och etiska frågor och då det saknas en europeisk konsensus på området. I slutändan konstaterade domstolen därför att engelsk lag i fallet hade upprätthållit en godtagbar balans av motstridiga intressen enligt konventionens artikel 8, varför man inte ansåg att kvinnans önskan om att bli förälder kunde överväga makens rätt till respekt för sitt beslut att inte bli förälder. Eftersom ingen kränkning av artikel 8 ansågs föreligga, medförde detta att domstolen inte ansåg sig tvingad att pröva fallet enligt artikel 14.

Domstolens avgörande var inte enhälligt. Således ansåg 4 av 17 domare att fallet hade medfört en kränkning av konventionens artikel 8 och 14. Domare Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann och Ziemele ansåg att fallet onekligen utgjorde en inblandning från den engelska statens sida i förhållande till kvinnans rätt till respekt för sitt privatliv och sitt beslut att bli genetisk förälder. Man ansåg härmed att kvinnans önskan om att bli förälder vägde tyngre än makens brist på samtycke bl.a. på grund av kvinnans sjukdomshistoria och då det var hennes sista chans att bli genetisk förälder. Man pekade också på att konsekvenserna av statens inblandning i klagandes privatliv var att man skulle förstöra kvinnans ägg.

6.2.4 Tysiac v. Poland

I *Tysiac v. Poland* klagade en polsk medborgare under konventionens artikel 3, 8 och 13. I fallet led kvinnan av en ögonsjukdom, myopi, som innebar att hennes syn var svårt nedsatt. När klaganden fick veta att hon var gravid för tredje gången, informerade hennes läkare henne om att graviditeten innebar en allvarlig risk med tanke på hennes sjukdom och rådde henne att låta sterilisera sig efter födseln. Kvinnans läkare vägrade dock att utfärda ett certifikat som skulle ge henne rätt till abort. Kvinnan tog då kontakt med en annan läkare som utfärdade ett certifikat som intygade graviditetens hälsorisker. Nästa läkare som kvinnan träffade ansåg inte att hälsorisken var

överhängande och skrev därför en anteckning om detta på certifikatet. Som en följd av detta förtföljde kvinnan graviditeten. Efter födseln av hennes barn blev kvinnans syn omgående sämre. Undersökningar bekräftade att hon nu kunde se föremål enbart på några meters avstånd, riskerade att bli blind och troligtvis skulle behöva assistans under resten av sitt liv. Kvinnan inledde då en rättsprocess och vidhöll att de ansvariga läkarna hade hindrat henne från att utföra abort av hälsoskäl i enlighet med polsk lag. De polska domstolarna avvisade i slutändan kvinnans yrkanden och hon klagade då till Europadomstolen. Hon var vid detta tillfälle ensamstående med tre barn, arbetslös och kunde enbart se föremål på 1,5 meters avstånd.

Kvinnan klagade inledningsvis under konventionens artikel 3, då hon ansåg att hon – genom ett nekade av möjligheten till abort – hade utsatts för omänsklig och förnedrande behandling med tanke på den stress och ångest som kvinnans försämrade syn hade medfört för henne och hennes familj. Europadomstolen drog emellertid slutsatsen att omständigheterna i fallet inte kunde anses medföra en kränkning av konventionens artikel 3. Man konstaterade dock att det inte existerade någon effektiv rättslig procedur som kunde ha bidragit till att fastslå om det förelåg en rätt till abort av hälsoskäl i fallet - trots att detta alltså är tillåtet enligt polsk lag. Detta hade onekligen gett upphov till svår rädsla och ångest hos den berörda kvinnan. Domstolen ansåg därför att den polska staten hade underlåtit att leva upp till sin positiva skyldighet att garantera kvinnans rätt till respekt för sitt privatliv enligt konventionens artikel 8. Eftersom man hade prövat kvinnans klagomål under artikel 8, ansåg man sig inte tvingad att pröva klagomålet under artikel 13 och artikel 14.

Tysiac v. Poland visade på en hög grad av samstämmighet hos Europadomstolens domare. Endast 1 av 7 domare ansåg att ingen kränkning av konventionens artikel 8 förelåg. Domare Borrego Borrego gav härmed uttryck för en motsatt ståndpunkt då han bl.a. ansåg att de polska läkarna hade gjort en korrekt bedömning då man hade nekat kvinnan en abort, eftersom det hade varit ”osäkert” huruvida en allvarlig risk för kvinnans hälsa faktiskt förelåg. Han ansåg därför att domstolen i fallet hade fokuserat allt för mycket på kvinnans förmodade rädsla och ångest.

6.2.5 A, B and C v. Ireland

I *A, B and C v Ireland* klagade två irländska medborgare och en litauisk medborgare under konventionens artikel 2, 3, 8, 13 och 14. De två irländska kvinnorna klagade på Irlands abortförbud trots en risk för moderns hälsa och den litauiska kvinnan klagade på den irländska statens underlåtelse att implementera rätten till abort trots en risk för moderns liv. I fallet hade de irländska kvinnorna låtit utföra abort i England då ingen av dem trodde sig ha rätt att utföra abort i hemlandet. Den första klagande, Ms. A, var ogift, arbetslös, levde under fattiga förhållanden och hade sedan tidigare fyra barn. Samtliga barn var vid abortens tidpunkt placerade i fosterhem, då Ms. A tidigare lidit av depressioner och alkoholism och då det yngsta barnet var handikappat. Hon hade blivit gravid av misstag och var nu orolig för att en

ytterligare depression nu skulle äventyra hennes möjligheter till återförening med barnen. Ms. A, som levde under fattiga förhållanden, var tvungen att låna pengarna till aborten med hög ränta och var mycket orolig inför aborten som skedde i hemlighet. Trots att medicinska komplikationer uppstod till följd av aborten vågade kvinnan inte söka vård i hemlandet efter sin återkomst. Den andra klagande, Ms. B, hade även hon blivit oavsiktligt gravid och haft vissa svårigheter med att finansiera en abort utomlands. Efter återkomsten till Irland uppstod medicinska komplikationer till följd av aborten, varför Ms. B sökte upp en klinik i Dublin som hade kontakt med den engelska kliniken. Den tredje klagande, Ms C, lät även hon utföra en abort i England då hon inte trodde att hon skulle få rätt till en abort på Irland. Hon hade tidigare mottagit behandling för cancer och var nu orolig för att en graviditet skulle äventyra hennes hälsa. Efter hennes hemkomst till Irland hade komplikationer uppstått till följd av abortingreppet, varefter kvinnan menade att hon inte hade beretts tillräcklig vård på hemmaplan. Med bakgrund av dessa händelser överklagade kvinnorna till Europadomstolen.

Ms C klagade under konventionens artikel 2 då hon ansåg att statens underlåtenhet att reglera de situationer då det föreligger en risk för moderns liv utgjorde en kränkning av denna bestämmelse. Klagomålet avvisades på grund av att man inte ansåg det vara klarlagt att komplikationer till följd av abortingreppet hade utgjort en risk för kvinnans liv. Man påpekade vidare att inga hinder förelåg att utföra aborten utomlands, varför ingen sådan risk bedömdes ha varit aktuell. De tre kvinnorna klagade även tillsammans under konventionens artikel 3, då man ansåg att Irlands restriktiva abortlagstiftning bidrog till en stigmatisering och diskriminering av ofrivilligt gravida kvinnor vilket fick sägas utgöra förnedrande behandling. Domstolen uttryckte i detta avseende att det visserligen fick sägas vara uppenbart att lagstiftningen bidrog till en psykologisk börda för de kvinnor som måste resa utomlands i syfte att utföra abort, men anmärkte vidare att förnedrande behandling i konventionens mening måste uppnå en viss nivå av "kännbar svårighetsgrad" för att bedömas som tortyr, varför klagomålet avvisades även på denna grund. De tre kvinnorna klagade också under konventionens artikel 8, då man ansåg att den restriktiva abortlagstiftningen på Irland inverkar på deras privat- och familjeliv liksom fysiska integritet. Vad beträffar de irländska kvinnorna instämde Europadomstolen till viss del i detta, men ansåg att restriktionerna var föreskrivna i lag och hade ett legitimt syfte, nämligen att värna om det irländska folkets moraliska uppfattning enligt 1983 års folkomröstning. Man ansåg också att restriktionerna fick sägas vara proportionerliga, då man menade att frågans moraliska karaktär fick sägas ge upphov till en bred bedömningsmarginal hos den irländska staten.

Vad beträffar den litauiske klaganden, slöt sig Europadomstolen till att den irländska staten hade underlåtit att uppfylla sin skyldighet att implementera en rättslig regim som hade kunnat hjälpa klaganden att avgöra om det fanns en rätt till abort i fall av fara för moderns liv. Underlåtenheten sades medföra en kränkning av konventionens artikel 8. Klagandenas klagomål med

avseende på artikel 14 avvisades, då man menade att en eventuell ojämlik behandling fick sägas vara berättigad då man hade godkänt restriktionerna enligt artikel 8.

Europadomstolens avgörande var inte enhälligt. Således ansåg 6 av 17 domare att även de irländska klagandena var offer för en kränkning enligt konventionens artikel 8. Domare López Guerra och domare Casadevall ansåg härmed att domstolen hade felaktigt fokuserat på den irländska lagstiftningens kompatibilitet med konventionens artikel 8, då man borde ha fokuserat mer på kvinnornas situation i de enskilda fallen. Domare Finlay Geoghegan ställde sig å andra sidan skeptisk till domstolens utgångspunkt av medlemsstaternas lagstiftning som grund för en europeisk konsensus. Domare Rozakis, Fura, Hirvelä, Malinverni och Poalelungi intog motsatt ståndpunkt och ansåg att det existerade en tydlig konsensus i Europa med utgångspunkt av gällande abortlagstiftningar som i regel tillåter abort på bredare basis än irländsk lag. Man pekade också på att en europeisk konsensus med avseende på mänskliga rättigheter minskar staternas bedömningsmarginal, vilket man ansåg borde ha skett i fallet. Domare Rozakis och de övriga gav härmed uttryck för en stark indignation inför det faktum att det irländska folkets uppfattning om moral hade fått stå över en europeisk konsensus, liksom inför domstolens bedömning att ingen kränkning av kvinnornas privatliv var aktuell eftersom de inte hade förbjudits från att resa utomlands.

6.2.6 R.R. v. Poland

I *R.R. v. Poland* klagade en polsk medborgare under konventionens artikel 3, 8 och 13. I fallet hade ultraljudstester visat att en gravid kvinna bar på ett foster som man misstänkte led av en genetisk skada. Kvinnan och hennes make gjorde klart att man i sådana fall önskade utföra en abort. Trots att kvinnan därefter tog kontakt med olika läkare och sjukhusinrättningar upprepade gånger, dröjde man emellertid så pass lång tid med att utföra resterande tester att graviditeten översteg den tidsgräns då modern kunde tillåtas abort enligt polsk lag. Under de sex veckor som förflöt från det att man först hade uttryckt en misstanke om fosterskador och fram till sista datum för tillåten abort, skrev kvinnan brev till olika sjukvårdsinrättningar, skickades fram och tillbaka mellan olika läkare och kliniker och blev vid ett tillfälle även inlagd under flera dagar medan läkare lät utföra irrelevanta tester. Inte förrän tidsgränsen för tillåten abort hade passerat kunde man bekräfta att fostret led av en allvarlig genetisk åkomma. Kvinnan födde kort tid därefter ett barn med Turners syndrom. Kvinnan inledde då en rättsprocess som i slutändan gav henne rätt till viss ersättning. Hon överklagade sedan till Europadomstolen.

Kvinnan klagade under konventionens artikel 3 då hon ansåg att hon hade blivit utsatt för omänsklig och förnedrande behandling då de ansvariga läkarna medvetet hade nekat henne vård som hon hade rätt till enligt polsk lag. Domstolen instämde i denna del. Man menade att kvinnan, i sitt sårbara tillstånd, hade utsatts för sex veckors vånda inför hennes egen och hennes

barns framtid och välfärd, vilket hade gett upphov till akut rädsla och ångest hos den klagande. Man ansåg vidare att kvinnans lidande hade förstärkt av det faktum att de genetiska testerna hela tiden hade funnits tillgängliga och borde ha utförts enligt polsk lag. Europadomstolen ansåg därför att kvinnans lidande hade varit av ett sådant slag att den hade medfört en kränkning av konventionens artikel 3. Kvinnan klagade även under konventionens artikel 8 över att hon hade nekats abort som hon hade haft rätt till enligt polsk lag. Domstolen instämde också i denna del. Men påpekade i detta sammanhang att en stat som agerar inom sin bedömningsmarginalers gränser och som har antagit en lagstiftning som tillåter abort i vissa situationer måste upprätthålla en rättslig procedur som möjliggör abort, inte bara i teorin, men också i praktiken. Eftersom man i fallet inte hade kunnat visa på en sådan procedur, trots en tidsrymd på över sex veckor, ansåg domstolen att den polska staten hade misslyckats med att leva upp till sin positiva skyldighet i detta avseende. Eftersom man hade prövat kvinnans klagomål under artikel 8, ansåg man sig inte tvingad att pröva klagomålet under artikel 13.

R.R. v. Poland visade på en hög grad av samstämmighet hos Europadomstolens domare. Endast 1 av 7 domare ansåg att det inte hade skett någon kränkning av konventionens artikel 3 och 8. Två domare gav uttryck för delvis avvikande åsikter. Domare Bratza ansåg härmed att det hade skett en kränkning av konventionens artikel 8, men att domstolen gick för långt då man ansåg att kvinnans känslor av rädsla och ångest skulle kunna utgöra grund för kränkning enligt konventionens artikel 3. Domare De Gaetano ansåg tvärtom att det hade skett en kränkning av konventionens artikel 3, men knappast av artikel 8, då det i fallet inte var fråga om att göra en avvägning mellan moderns och det ofödda barnets liv som i *Tysiack v. Poland*. Den huvudsakliga kränkningen bestod istället av att man hade hindrat klagande från att fatta ett informerat beslut genom att vägra henne en vederbörlig diagnos, vilket alltså hade gett upphov till tortyrliknande rädsla och ångest.

6.3 Praxis tolkad ur ett nationellt lagstiftningsperspektiv

Det är värt att notera att Europadomstolens praxis i hög grad beror av ländernas nationella lagstiftningar. Ingen europeisk konsensus kan i nuläget sägas ligga till grund för ingreppet (åtminstone inte vad gäller samtliga indikationer), varför domstolen mycket svårigen har att beakta de olika ländernas inställning till abort när en dom ska avkunnas på området. Irland, Polen och Storbritannien är länder präglade av mycket olika syn på bl.a. fostret och den kvinnliga sexualiteten. Som tidigare har konstaterats är Irland och Polen alltjämt starkt knutna till den katolska kyrkan och definierar fostret som en person från befruktningens ögonblicket och framåt. Storbritannien, å andra sidan, har genomgått stora förändringar i lag och praxis under de senaste hundra åren och har en betydligt mer liberal inställning till abortingreppet överlag.

Det är mot denna bakgrund tydligt att Europadomstolens uttalanden om kvinnans ställning i relation till abort beror i hög grad av konventionens subsidiära natur. En tendens hos Europadomstolen att döma i målen med utgångspunkt av de nationella lagstiftningarna måste därför ofta förstås som en nödvändighet utifrån ett politiskt perspektiv, snarare än som en direkt strävan efter att uttala sig om kvinnans ställning i detta avseende. Europadomstolens domare har bevisligen mycket olika åsikter i frågan. Det är därför svårt att enbart utifrån majoritetens domslut, likväl som utifrån de skiljaktiga domarnas resonemang, uttala sig definitivt om en gemensam europeisk syn på den kvinnliga kroppen. Ett exempel på detta är *A, B and C v. Ireland* där man tydligt undvek att uttala sig om kvinnans ställning avseende abort, just på grund av frågans politiska natur. Istället löstes dilemmat genom att man ”sköt på frågan” och bollade tillbaka problematiken till den irländska statens bedömningsmarginal. Detta skedde trots att domstolen 1) redan hade konstaterat att medlemsstaternas bedömningsmarginal minskar i de fall det går att visa på en europeisk konsensus och 2) trots att en sådan konsensus ansågs existera i fall av en risk för moderns liv. *A, B and C v. Ireland* visar därför tydligt på Europadomstolens rädsla inför att underkänna nationell lagstiftning, även när den befins vara oförenlig med övriga europeiska värderingar. Det är på samma vis ingen slump att domstolen i *R.R. v. Poland* gjorde bedömningen att tortyr hade ägt rum framför allt med utgångspunkt av den nationella lagstiftningen.

Som tidigare har konstaterats ska de begrepp som förekommer i konventionen ges en autonom tolkning oberoende av de nationella lagstiftningarna. Begrepp som ”liv” och ”privatliv” ska alltså tolkas fritt av Europadomstolen oberoende av hur de regleras i medlemsstaterna. Av rättsfallen ovan framgår dock, åtminstone vad gäller abort, att detta ytterst sällan sker. Tvärtom framgår med all tydlighet i bl.a. *Evans v The United Kingdom* att målets avgörande till största del grundade sig på den nationella definitionen av mänskligt liv. De juridiska definitionerna i detta avseende är onekligen så centrala för de nationella lagstiftningarnas utformningar, att domstolen knappast skulle kunna drista sig till att formulera egna definitioner på området utan att samtidigt underkänna flera av medlemsstaternas lagar i sin helhet. Med tanke på Irlands och Polens starka anknytning till katolicismen, skulle ett eventuellt underkännande av dessa länders abortlagstiftningar inte komma att begränsa sig till den politiska sfären, men dessutom innebära ett angrepp på hela den katolska kyrkan. Att hänvisa till staternas bedömningsmarginal i abortfrågan är kanske därför en nödvändighet för Europadomstolen, inte enbart ur ett politiskt perspektiv, men också ur ett religiöst sådant.

7 Diskursanalys ur ett radikalfeministiskt perspektiv

Jag kommer i denna del att granska Europadomstolens diskussioner i syfte att identifiera eventuella diskurser som förs i rättsfallen med avseende på den kvinnliga kroppen. Jag kommer att söka förklaringar till sådana eventuella tendenser framför allt utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv. De tre diskurser som jag anser vara framträdande i rättsfallen presenteras i kapitel 7.1. Diskurserna analyseras sedan utifrån Firestones, MacKinnons och Youngs teorier i kapitel 7.2.

7.1 Reflektioner utifrån diskursanalysen

I kapitel 7.1.1-7.1.3 redogörs för de tre diskurser som jag anser vara framträdande i de sex rättsfallen från Europadomstolen.

7.1.1 En första diskurs

Det kan inledningsvis konstateras att Europadomstolen tycks föredra att diskutera abort som en fråga som rör privatlivet enligt artikel 8. I fyra av de sex rättsfallen klagade de berörda kvinnorna även under artikel 3 och hävdade att de restriktiva abortlagstiftningarna innebar tortyr i form av omänsklig och förnedrande behandling. Dock var det bara i ett av fallen, *R.R. v. Poland*, som Europadomstolen ansåg att sådan omänsklig och förnedrande behandling var för handen. Detta berodde inte på att kvinnan hade blivit nekad abort eller att hon hade tvingats att föda ett barn mot sin vilja. Istället sades tortyren bestå av den ovisshet och oro som kvinnan hade känt under de sex veckor då hon hade förvägrats vård. I *A, B and C v Ireland* och i *Tysiac v. Poland*, som innebar liknande omständigheter, ansåg domstolen dock inte att tortyr hade ägt rum. Detta trots att majoriteten i sist nämnda fall bl.a. fastslog att:

”...The applicant suffered severe distress and anguish when contemplating the possible negative consequences of her pregnancy and upcoming delivery for her health.”¹⁵⁸

Man kan härmed skönja en viss motvilja hos Europadomstolen inför att diskutera den ofrivilliga graviditeten och dess följder i termer av kroppslig integritet. Endast i *R.R. v. Poland* sades kvinnans lidande motsvara tortyr, men alltså i första hand därför att förvägrandet av erforderlig vård stred mot Polens nationella lagstiftning. Trots att man i domskälen ofta bekräftar förekomsten av psykiskt och fysiskt lidande hos kvinnorna till följd av de ofrivilliga graviditeterna, diskuteras å andra sidan inte de påtvingade graviditetsförloppen och förlossningarna som ett lidande i självständig bemärkelse. Inte heller det faktum att en ofrivilligt gravid kvinna, som i *A, B and C v. Ireland*, inte vågade söka vård på Irland efter medicinska

¹⁵⁸ *Tysiac v. Poland*, p. 124.

komplikationer till följd av aborten, definieras som en aspekt av förnedrande eller omänsklig behandling. I domskälen påpekar man istället vid flera tillfällen att kvinnornas lidanden inte lever upp till den ”minimivå av gravhet” som utgör tortyr, varför ett sådant lidande tycks betraktas som en naturlig del av kvinnans existens och biologiska roll. Eftersom graviditet *i sig* är ett naturligt fenomen, tycks man med andra ord inte uppleva nekandet av abort som något som kan leda till sådana psykiska och fysiska påfrestningar för kvinnor att de kan sägas vara orsakade av staten.

Å andra sidan är det tydligt att Europadomstolen ofta definierar abort som en hälsofråga. Detta framgår inte minst av de rekommendationer och resolutioner från Europarådet som redogjordes för i kapitel 3.3. Dock kan skönjas en tendens hos Europadomstolen, i de diskussioner som rör de gravida kvinnornas hälsa i de enskilda fallen, att undvika mer djupgående beskrivningar av eventuella hälsorisker i termer av psykisk och fysisk integritet. I *D v. Ireland*, då man konstaterade att den klagande kvinnan hade sex veckor för att föra en talan (innan tidsgränsen för laglig abort var utgången i grannlandet), gjorde man följande anmärkning:

”While she may have been able to extend further given the serious abnormality in question /.../ each day of pregnancy that passed after the confirmed diagnosis took the applicant further away from her initial aim of not carrying a dead and a condemned foetus closer to term.”¹⁵⁹

Europadomstolen noterar här en uppenbart problematisk situation som hänför sig till just gravida kvinnor som vill klaga över en abortlagstiftning. Emellertid diskuterar man inte vidare det faktum att varje dag som skulle ha förflutit, fram till målets avgörande och under tiden som fostret utvecklades, hade kommit att innebära en allt större psykisk och fysisk påfrestning för kvinnan i samband med ett eventuellt abortingrepp. Att kvinnan härmed skulle bli tvungen att utföra ett mer omfattande ingrepp, till följd av en eventuellt utdragen rättsprocess, uppmärksammas inte som en avgörande kränkning av vare sig kvinnans kroppsliga och psykiska integritet. Istället för att peka på eventuella följder för bl.a. kvinnans kropp, talar man därför om ett ”window of opportunity” på sex veckor som utgångspunkt för att driva en rättsprocess innan möjligheten till abort är definitivt utsläckt.

Det är i regel den fysiska, påtagliga och bevisbara aspekten av hälsa som värdesätts främst i domstolens diskussioner. Kvinnornas psykiska umbäranden, å andra sidan, beskrivs i rättsfallen ofta som något subjektivt, personligt och mindre allvarligt än fysiska och objektivt bevisbara skador. Ett sådant psykiskt lidande ges därför endast undantagsvis en avgörande betydelse med avseende på kvinnans kroppsliga integritet.¹⁶⁰ Det är tydligt att domstolen finner det problematiskt att försöka bedöma de psykologiska konsekvenserna av restriktiva abortlagstiftningar, då man tycks vara osäker inför om ett sådant lidande borde kunna ses som en aspekt av kvinnans kroppsliga integritet överhuvudtaget. I *A, B and C v. Ireland*, då domstolen

¹⁵⁹ *D v. Ireland*, p. 95.

¹⁶⁰ *R.R. v. Poland*.

diskuterar huruvida de klagande kvinnornas resor utomlands i syfte att utföra abort kan sägas ha utgjort en psykisk börda, skriver majoriteten bl.a. på följande vis:

”As to the psychological impact on the applicants of their travelling abroad for an abortion, the Court considers that this is by its nature subjective, personal and not susceptible to clear documentary or objective proof.”¹⁶¹

Vad som är personligt, eller självupplevt av kvinnorna, diskuteras alltså som något som är svårt att bevisa, varför domstolen tycks vilja dra en gräns mellan de psykiska och fysiska konsekvenserna av restriktiva abortlagstiftningar – allt för att undvika frågan om vad som utgör definitionen av kroppslig integritet. Vissa domare ger uttryck för mycket starka åsikter vad gäller denna fråga. I *Tysiac v. Poland* konstaterar skiljaktiga domare Borrego Borrego bl.a. följande:

”In *D v. Ireland*, everything must be objective. In the present case, everything is subjective /.../The court attaches great relevance to the applicant’s fears, although these fears were not verified and, what is more, they turned out to be unfounded.”¹⁶²

På samma sätt är skiljaktiga domare Bratza mycket kritisk till att Europadomstolen i *R.R. v. Poland* valde att tolka kvinnans rädsla och oro i termer av tortyr:

”The circumstances of the present case are in my view far removed from those of physical or mental ill-treatment by officials of the State or degrading conditions of detention which have traditionally been the subject of findings of a violation of the article.”¹⁶³

Dessa tankegångar bekräftar en inställning som säger att kvinnors lidanden till följd av nekad abort inte kan förstås som en följd av statens handlanden, men istället måste förstås som en privat aspekt av kvinnors liv. Frågan om vad som utgör s.k. objektiv, tillräcklig och bevisbar rädsla är därför långt ifrån fastställd, då domare Borrego Borrego till och med väljer att hänvisa till denna som irrelevant i de fall den beskrivs som ”not verified” eller ”unfounded.” Detta trots att kvinnorna i *Tysiac v. Poland* och *R.R. v. Poland* till följd av de nekade aborterna fruktade blindhet samt risken att föda ett handikappat barn (vilket också skedde.) Men som domare Borrego Borrego konstaterar i detta sammanhang:

“It is true that the applicant’s eyesight has deteriorated /.../ But the Court is neither a charity institution nor the substitute for a national parliament.”¹⁶⁴

Stundtals uppstår vissa märkliga resonemang hos Europadomstolen med avseende på situationer då nekandet av abort eventuellt har medfört en hälsorisk för modern. Ett exempel på detta är i samband med Ms C:s klagomål under konventionens artikel 2 i *A, B and C v. Ireland*, då majoriteten avvisade klagomålet utifrån följande argumentation:

¹⁶¹ *A, B and C v. Ireland*, p. 126.

¹⁶² *Tysiac v. Poland*, p. 9, 12.

¹⁶³ *R.R. v. Poland*, partly dissenting opinion of Judge Bratza.

¹⁶⁴ *Tysiac v. Poland*, dissenting opinion of Judge Borrego Borrego.

”The Court recalls that /.../ there was no legal impediment to the third applicant travelling for an abortion abroad /.../ and none of her submissions about post-abortion complications concerned a risk to her life.”¹⁶⁵

Hälsorisen till följd av brist på nationell lagstiftning som skonar kvinnans liv i fall av en komplicerad graviditet, tolkades härmed som en hälsorisk som inte kunde bevisas därför att kvinnan hade haft möjlighet att utföra aborten utomlands – och dessutom hade överlevt detta abortingrepp. Problemet blir förstås att en kvinna, som lever i ett land med restriktiv abortlagstiftning, aldrig kan bevisa en akut hälsorisk i samband med en graviditet så länge som hon inte väljer att stanna kvar i hemlandet och inväntar fysiska och bevisbara skador. Kvinnans kropp och hälsa diskuteras härmed av domstolen som relativa begrepp, som saknar ett absolut skyddsvärde med avseende på nationell lagstiftning, men som får anses vara tryggad utifrån tillgänglig sjukvård i andra stater. Det är tvivelaktigt om en medlemsstats nationella lagstiftning i något annat sammanhang som rör hälsa hade kunnat godtas på liknande grunder.

Vad beträffar de klagande kvinnornas oro inför eventuella hälsorisker till följd av graviditeten, är det intressant att jämföra med övrig praxis från Europadomstolen. I *Soering v. The United Kingdom* konstaterade man att en person, som riskerade dödsstraff utomlands till följd av en eventuell utvisning, åtnjöt ett skydd utifrån konventionens artikel 3 bl.a. på grund av den intensiva rädsla som den klagande förmodades erfarva inför verkställandet av detta straff¹⁶⁶. Blotta risken för att den klagande skulle uppleva sådan rädsla bedömdes i fallet alltså utgöra tortyr, medan de rättsfall som rör abort uppställer betydligt högre krav på bevisningen kring ett sådant lidande i samband med en hälsorisk. Återigen, med hänsyn till övrig praxis utifrån konventionens artikel 3, kan man anta att detta beror på att abortfrågan inte nödvändigtvis anses hänföra sig till statens primära ansvarsområde.

Det är i detta sammanhang värt att notera att Europadomstolen i två mål har fastslagit att våldtäkt måste ses som en form av tortyr och att medlemsstaterna har en positiv skyldighet att söka motverka sådan behandling också när den sker mellan privatpersoner.¹⁶⁷ Ett tvång inför samlag är enligt Europadomstolen således att definiera som omänsklig och förnedrande behandling som kan kopplas till den kroppsliga integriteten. Ett tvång inför reproduktion, å andra sidan, kan kopplas till den kroppsliga integriteten endast under mycket speciella omständigheter. Detta kan jämföras med övrig praxis från Europadomstolen där man har konstaterat att misshandel bedöms som ”omänsklig” bl.a. då den har pågått flera timmar i sträck, orsakat direkt kroppsskada och intensivt fysiskt och psykiskt lidande hos offret.¹⁶⁸ En nio månader lång graviditet och eventuell förlossning tycks emellertid inte falla inom ramarna för denna bedömning. Varför? Man kan i

¹⁶⁵ A, B and C v. Ireland, p. 158.

¹⁶⁶ Soering v. The United Kingdom, p. 106

¹⁶⁷ Aydin v. Turkey och M.C. v. Bulgaria.

¹⁶⁸ Labita v. Italy.

detta sammanhang ana en ambivalent inställning hos Europadomstolen till kvinnlig sexualitet. Å ena sidan har man i praxis konstaterat att rätten till respekt för privatlivet innefattar bl.a. sexuell läggning, en persons sexliv samt psykiska och fysiska integritet.¹⁶⁹ I *Dudgeon v. The United Kingdom* uttalade majoriteten till och med att kriminaliseringen av vissa sexuella handlingar berörde en sådan ”intim aspekt” av klagandes privatliv att den berörda statens lagstiftning inte föll inom ramarna för statens bedömningsmarginal. Vad gäller kvinnlig sexualitet och reproduktion, tycks domstolen emellertid vara mycket tveksam inför hur dessa begrepp ska definieras. I *Open Door and Dublin Well Woman* uttalade skiljaktiga domare Pettiti, Russo och Lopes Rocha i detta sammanhang att abort inte kan ses som en aspekt av sexualiteten. Tvärtom ansåg de att en restriktiv abortlagstiftning endast bör förstås utifrån dess syfte att skydda fostret:

“Under Irish law the constitutional obligation is to protect such life while the future mother is in Ireland, which in turn necessitates the adoption of measures that can be implemented on Irish territory; it in no way concerns sexual morality.”¹⁷⁰

Dessa tankegångar bekräftar en vilja hos flera av Europadomstolens domare att dra en skarp gräns mellan kvinnans sexualitet och reproduktion. Man kan tänka sig att en sådan hållning syftar till att simplificera den moraliska problematiken förknippad med abort, i de fall då man anser att fostrets rätt till liv torde utsläcka kvinnans intresse av att inte bli förälder. Trots detta kan det tyckas paradoxalt att en påtvingad graviditet - som i rent fysisk bemärkelse ofta inverkar på den kroppsliga integriteten i större omfattning än ett påtvingat samlag - aldrig har kommit att definieras som tortyr, men tvärtom stundtals beskrivs som ett asexuellt fenomen. För en kvinna som blir ofrivilligt gravid till följd av sex, är förstås gränsen mellan sexualiteten och reproduktionen hårfin. Inställningen som säger att abort inte rör sexualmoral tar vidare ingen hänsyn till de fall då en graviditet, till följd av t.ex. en våldtäkt, bidrar till att kvinnan upplever ett pågående övergrepp i strid med sin kroppsliga integritet. Resultatet blir i detta fall en utgångspunkt av kvinnans kropp som en förhållandevis passiv deltagare i den mänskliga reproduktionen.

7.1.2 En andra diskurs

Det kan vidare konstateras att Europadomstolens diskussioner om abort utgår från att det föreligger en intressekonflikt mellan framför allt modern och fostret. Som redan har konstaterats fastslog Europadomstolen i *Brüggemann and Scheuten v. Germany* att ett avbrytande av en graviditet inte enbart kan sägas falla inom moderns privata sfär, då den gravida kvinnans privatliv alltid får sägas vara intimt förknippat med fostret. I detta sammanhang utgår domstolen från att moderns och fostrets rätt till liv befinner sig på en likvärdig nivå. Ingen av de två parterna anses därför ha en mer uttalad rätt till liv än den andra - en ståndpunkt som också stämmer väl överens med den utveckling av synen på fostret som har skett i

¹⁶⁹ *Dudgeon v. The United Kingdom* och *Tysiack v. Poland*.

¹⁷⁰ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, dissenting opinion of Judge Pettiti m.fl.

svensk rätt under de senaste tjugo åren, se kapitel 3.2. Fostret, enligt flertalet domare i Europadomstolen, är därför inte att betrakta som en del av kvinnans kropp, men diskuteras genomgående som ett självständigt subjekt vars intressen alltid måste vägas mot moderns. Den ofrivilligt gravida kvinnans vilja och behov kan därför bedömas och utvärderas endast i relation till fostret:

”The woman’s right to respect for her private life must be weighed against other competing rights and freedoms invoked including those of the unborn child.”¹⁷¹

” The interference in question is in fact a corollary of the constitutional protection accorded to those unable to defend themselves (i.e. the unborn) /.../ I am convinced that any inconvenience or possible risk from the impugned injunction which has been represented as indirectly affecting women who may wish to seek abortion /.../ cannot /.../ outweigh the above considerations in the overall assessment.”¹⁷²

Vilka övriga konkurrerande intressen som möjligen skulle kunna vara för handen - bortsett från det ofödda fostrets rättigheter - nämns inte vidare. Även om Europadomstolen i många sammanhang fastslår att abort är en fråga av moralisk natur, nämner man således inget i rättsfallen som tyder på att det föreligger en konflikt också mellan kvinnan och samhället, eller mellan kvinnan och hennes partner. Inte heller beskrivs graviditeten någonsin som en konflikt mellan den blivande fadern och fostret, då man i flera avgöranden har konstaterat att fadern saknar talorätt i detta avseende.¹⁷³ Trots att moral får sägas vara samhällets uppfattning om vad som utgör godtagbart etiskt handlande, beskrivs abort alltså genomgående som en konflikt som äger rum endast med avseende på kvinnan i relation till fostret. Kvinnans kropp i detta sammanhang beskrivs ofta som en passiv arena för sådana interna motsättningar. Kvinnans egen vilja med avseende på graviditeten hamnar sällan i fokus och ges i domskälen endast ett relativt värde som beror av olika yttre omständigheter. Sådana yttre omständigheter kan vara kvinnans ålder, hennes eget och fostrets hälsotillstånd och huruvida kvinnan frivilligt har inlåtit sig på samlag eller blivit utsatt för sexuella övergrepp. Att det var framför allt med utgångspunkt av sådana yttre omständigheter som informationsförbudet om abort ansågs vara oproportionerligt i *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, framgår indirekt av majoritetens följande uttalanden:

”The Court is first struck by the absolute nature of the Supreme Court injunction which imposed a ”perpetual” restraint on the provision of information to pregnant women concerning abortion facilities abroad, regardless of age or state of health or their reasons for seeking counselling on the termination of pregnancy. On that ground alone the restriction appears over broad and disproportionate.”¹⁷⁴

“...The court has considered it useful to distinguish between health (physical and mental) and other well-being reasons to describe why the applicants choose to obtain abortions.”¹⁷⁵

¹⁷¹ A, B and C v. Ireland, p. 213.

¹⁷² Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, dissenting opinion of Judge Cremona.

¹⁷³ X v. The United Kingdom och Boso v. Italy.

¹⁷⁴ Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, p. 73-74.

¹⁷⁵ A, B and C v. Ireland, p. 125.

Utgångspunkten är således att det krävs *godtagbara skäl* för att en kvinnas önskan om att utföra abort ska kunna väcka samhällets sympatier. Den ofrivilligt gravida kvinnans person i egenskap av aktiv och integrerad samhällsmedlem anses inte kunna ge henne en prioriterad ställning i förhållande till fostret. I de sex rättsfallen är det endast vid ett enda tillfälle som Europadomstolens skiljaktiga domare Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni och Poalelungi ger uttryck för en sådan ståndpunkt:

”...The values protected – the rights of the foetus and the rights of a living person – are, by their nature, unequal: on the one hand there are the rights of a person already participating, in an active manner, in social interaction, and on the other hand there are the rights of the foetus /.../ whose participation in social interaction has not even started.”¹⁷⁶

Fostrets försvarslöshet i relation till den ofrivilligt gravida kvinnan nämns genomgående i domstolens diskussioner. Ett flertal skiljaktiga domare utgår vidare från att det ofödda barnet har *en rätt* att födas:

“The right of the unborn to be born I clearly a human right...”¹⁷⁷

“All human beings are born free and equal in dignity and rights. Today the Court has decided that a human being was born as a result of a violation of the European Convention on Human Rights. According to this reasoning, there is a Polish child, currently six years old, whose right to be born contradicts the Convention /.../ and I find it frightening.”¹⁷⁸

Skiljaktiga domare De Meyer går steget längre, då han till och med anser att fostrets rättigheter är så fundamentala att problematiken kring abort inte ens kan sägas begränsa sig till den allmänna uppfattningen om moral:

“In this context, it is indeed essentially that right (the right of unborn children) which is at stake, much more so than the protection of morals...”¹⁷⁹

De ofrivilligt gravida kvinnorna, å andra sidan, beskrivs i regel inte som försvarslösa – detta oavsett de abortlagstiftningar som gäller i kvinnornas länder, deras personliga omständigheter samt många gånger tragiska levnadsöden. Sådana omständigheter i de enskilda fallen presenteras ofta som bakgrundsfakta i målet, men har å andra sidan ingen avgörande betydelse för kvinnans status som offer för omständigheterna vid den senare bedömningen. I *Open Door and Dublin Well Woman* uttalar skiljaktiga domare Cremona bl.a. följande:

”The interference in question is in fact a corollary of the constitutional protection accorded to those unable to defend themselves (i.e. the unborn) /.../ There is also a certain proportionality in that the prohibition in question /.../ does not extend to measures restricting freedom of movement of pregnant women or subjecting them to unsolicited examinations.”¹⁸⁰

¹⁷⁶ A, B and C v. Ireland, dissenting opinion of Judges Rozakis m.fl, p. 2.

¹⁷⁷ Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, dissenting opinion of Judge Blayney.

¹⁷⁸ Tysiac v. Poland, dissenting opinion of Judge Borrego Borrego, p. 15.

¹⁷⁹ Door and Dublin Well Woman v. Ireland, dissenting opinion of Judge De Meyer.

¹⁸⁰ Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, dissenting opinion of Judge Cremona.

Dessa exempel på domstolens uttalanden visar att fostret i regel anses inta en mer försvarslös ställning än den ofrivilligt gravida kvinnan, som man tvärtom menar förfogar över alla förutsättningar att tillvarata sina intressen så länge som hon bl.a. besitter rörelsefrihet. Man kan emellertid fråga sig hur väl domare Cremonas uttalande - då han hävdade att det irländska informationsförbudet var proportionerligt utifrån en sådan förmodad rörelsefrihet – stämmer överens med senare praxis på området. Således visade det sig i *A, B and C v. Ireland* att Europadomstolen, med utgångspunkt av denna rörelsefrihet, uteslöt att Ms C:s graviditet utgjorde en risk för hennes liv och hälsa därför att hon hade valt att resa utomlands för abort. Även i *D v. Ireland* var rörelsefriheten till nackdel för den klagande kvinnan, som bl.a. på grund av sitt beslut att resa utomlands för abort sedan nekades rätten att driva en nationell rättsprocess på Irland.¹⁸¹ Ett sådant aktivt handlande från kvinnans sida, som det innebär att resa utomlands för abort, tycks härmed endast stärka fostrets position som försvarslöst i relation till modern. Resultatet blir att den ofrivilligt gravida kvinnans likväl som fostrets behov av statligt skydd kommer att stå i direkt relation till varandra. Ju fler aktiva åtgärder en ofrivilligt gravid kvinna vidtar för att få sin vilja igenom i syfte att utföra abort, ju mer försvarslös ställning anses fostret inta, varför en kvinnas aktiva handlanden i samband med abort blir att bedöma som mer och mer klandervärda. En ofrivilligt gravid kvinna som stannar kvar i hemlandet och inväntar det oönskade resultatet – i form av t.ex. kroppsliga skador eller ett handikappat barn – tycks tvärtom ha bättre förutsättningar för att betraktas som ett försvarslöst offer i förhållande till fostret.

I *Evans v. The United Kingdom* intog Europadomstolen motsatt hållning i jämförelse med de rättsfall som rör abort. I fallet, som alltså rörde ett eventuellt förstörande av gemensamt skapade embryon, intog mannen och kvinnan således omvända roller då mannen ifråga tydligt motsatte sig att bli förälder. I denna situation ansåg Europadomstolen emellertid inte att det förelåg en konflikt mellan mannen och fostret. Tvärtom konstaterade majoriteten att den centrala konflikten förelåg mellan den klagande kvinnan och hennes partner:

”The dilemma central to the present case is that it involves a conflict between the article 8 rights of two private individuals: the applicant and J. Moreover, each person’s interest is entirely irreconcilable with the other’s, since if the applicant is permitted to use the embryos J. will be forced to become a father...”¹⁸²

Med denna utgångspunkt fokuserade man därefter på att göra en avvägning mellan parternas, som man uttryckte sig, konkurrerande intressen:

”As regards the balance struck between the conflicting rights of the parties to the IVF treatment, the Grand Chamber /.../ has great sympathy for the applicant, who clearly desires a genetically related child above all else. However, given the above considerations, including the lack of European consensus on this point, it does not consider that the applicant’s right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense should

¹⁸¹ *A, B and C v. Ireland* och *D. v. Ireland*.

¹⁸² *Evans v. The United Kingdom*, p. 73.

be accorded greater weight that J's right to respect for his decision not to have a genetically related child with her."¹⁸³

I fallet diskuterar man genomgående mannens vilja att inte bli förälder som en utgångspunkt för rättsfallets avgörande. Detta kan upplevas som remarkabelt med tanke på att de ofrivilligt gravida kvinnornas vilja, i de fall som rör abort, inte berörs i domskälen överhuvudtaget. Abort beskrivs i dessa fall framför allt som en moralisk fråga, medan *Evans v. The United Kingdom* sägs behandla en intressekonflikt mellan de två föräldrarna. Följden blir att reproduktionen i detta sammanhang diskuteras i termer av ett aktivt val och ställningstagande från faderns sida, medan abort däremot ofta beskrivs som kvinnans strid mot en okontrollerbar och mytisk naturkraft. Anmärkningsvärt är vidare att de rättsfall som rör abort inte diskuterar de blivande fädernas eventuella samtycke överhuvudtaget, medan man i detta fall tvärtom förlämnar den blivande moderns vilja att bli förälder en avsevärd tyngd. Det är också först i detta rättsfall som domstolen i sitt avgörande väljer att uttryckligen förkunna sina sympatier för kvinnans situation, med tanke på hennes innerliga önskan om att få barn. Skiljaktiga domare Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann och Ziemele går steget längre då de konstaterar följande:

"When the effect of the legislation is such that, on the one hand, it provides a woman with the right to take a decision to have a genetically related child but, on the other hand, effectively deprives a woman from ever again being in this position, it inflicts in our view such a disproportionate moral and physical burden on a woman that it can hardly be compatible with article 8 and the very purposes of the convention protecting human dignity and autonomy."¹⁸⁴

Man beskriver här kvinnans önskan att bli förälder som en sådan avgörande aspekt av hennes mänskliga värdighet och autonomi att ett nekande av denna rätt skulle innebära en oproportionerlig moralisk och fysisk börda. Man kan fråga sig varför en kvinnas önskan att *bli* förälder tycks ge upphov till en så påtagligt större medkänsla från domstolens sida än en kvinnas önskan om att *inte* bli förälder i de fall som rör abort? En förklaring i detta sammanhang skulle kunna vara avsaknaden på en europeisk definition av mänskligt liv. I *Evans v. The United Kingdom* hade embryot ännu inte hunnit implanteras i kvinnans livmoder och definierades därför inte som en person enligt engelsk lagstiftning. Konsekvensen av ett sådant resonemang blir dock att man utgår från att allt mänskligt liv endast kan förstås i relation till den kvinnliga kroppen – och först då embryot befinner sig inuti denna. Men är det rimligt att på detta vis definiera liv enbart utifrån dess relation till ett av de två könen? Eller vore det överhuvudtaget möjligt att definiera ett embryo som ett foster, redan innan en sådan implantering har ägt rum? Dessa är frågor som återstår att diskutera inom ramen för vidare forskning på området.

¹⁸³ *Evans v. The United Kingdom*, p. 90.

¹⁸⁴ *Evans v. The United Kingdom*, p. 13.

7.1.3 En tredje diskurs

Det kan slutligen konstateras att Europadomstolen i sina diskussioner ofta utgår från kvinnan - i förhållande till det processrättsliga förfarandet – som en könsneutral individ, med samma förutsättningar som alla andra europeiska medborgare. Således talar man sällan om kvinnor som grupp med unika reproduktiva egenskaper eller om eventuella konsekvenser till följd av denna biologiskt betingade roll. Problemet med att undvika att diskutera kvinnor i egenskap av grupp, är förstås att dessa unika egenskaper ofta försätter kvinnan i ett helt annat utgångsläge med avseende på en eventuell rättsprocess än mannen. Hennes kropp och kroppsliga förutsättningar blir ur detta perspektiv ofta ”osynliga” i rättsfallens domskäl. Ett undantag är rättsfallet *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, där ett antal kvinnor gavs klagorätt eftersom de sades tillhöra den grupp fertila kvinnor som riskerade att påverkas av förbudet ifråga. Den beviljade klagorätten gav emellertid upphov till stor oenighet hos Europadomstolens domare, då en tredjedel inte ansåg att kvinnorna kunde sägas ha offerstatus endast utifrån sådana reproduktiva egenskaper. Skiljaktiga domare Baka uttryckte sig i detta sammanhang på följande vis:

”...An applicant should be required to show that there is a direct and immediate interference, or at least a possible risk of a direct interference with his or her individual rights before he or she can be considered to be a “victim” before the Court /.../ They were not stated to be either pregnant or clients of the corporate applicants.”¹⁸⁵

Som tidigare har konstaterats, i syfte att bedöma om en statlig åtgärd är förenlig med proportionalitetsprincipen, är Europadomstolen tänkt att bl.a. beakta huruvida den enskilde tillhör en särskilt utsatt grupp i samhället. I *A, B and C v. Ireland* och *Tysiack v. Poland* sammanfattar man kvinnornas levnadsförhållanden som präglade av fattigdom, sjukdom, alkoholism och med ensam vårdnad om barnen. Dessa omständigheter läggs fram som bakgrundsfakta i målen och hänvisas till som ”personal circumstances.”¹⁸⁶ I slutändan utgör de emellertid inte någon grund för att Europadomstolen ska komma att bedöma kvinnorna som en särskilt utsatt grupp. Tvärtom tycks domstolen bl.a. ta för givet att kvinnor tenderar att ta det största ansvaret för barn, då man aldrig någonsin kommenterar detta förhållande. Således undviker man att diskutera kvinnors föräldraansvar som en faktor som, i realiteten, försvårar kvinnors förutsättningar att driva en rättsprocess parallellt. I *D v. Ireland* ansåg man således att de nationella rättsmedlen var praktiskt tillgängliga för den klagande kvinnan, trots att hon skulle ha behövt driva en konstitutionell talan inom loppet av sex veckor samtidigt som hon hade ansvar för två barn. Kvinnan åberopade flera problematiska aspekter av en sådan process i realiteten, så som omöjligheten att motta eftervård utomlands då hon hade ansvar för barn hemma på Irland samt övriga familjära plikter. Europadomstolen invände dock följande:

¹⁸⁵ *Open Door and Dublin Well Woman*, partly dissenting opinion of Judge Baka.

¹⁸⁶ *A, B and C v. Ireland*, p. 125.

”...The Court finds that, in the question of whether article 40.3.3 excluded an abortion in the case of a fatal foetal abnormality was novel, it was, nevertheless, an arguable one with sufficient chances of success...”¹⁸⁷

“...It was equally feasible that the courts could have considered the novel point to be of such constitutional importance /.../ to render judgements within days.”¹⁸⁸

Domstolen beskriver härmed kvinnans chanser till rättslig framgång utifrån vad som är ”arguable”, ”sufficient” och ”feasible”. Detta innebär att domstolen utgår från abort som en fråga som bör tolkas genom praxis på grundval av vad som är ”möjligt” och ”troligt”. Visserligen är väl denna typ av osäkerhet alltid att räkna med, också vad gäller praxis på andra rättsområden. Problemet är förstås att ingen ofrivilligt gravid kvinna under sådana osäkra förhållanden anser det vara lönsamt att i realiteten genomgå en rättsprocess där hennes kroppsliga integritet sätts på spel utifrån oförutsebara regler. Detta då hon, till skillnad från klagande i mål på andra rättsområden, inte har något att vinna på att invänta ett rättsligt avgörande jämfört med att t.ex. utföra aborten utomlands. Man kan därför ifrågasätta huruvida Europadomstolens utgångspunkt av den klagande kvinnan som en könsneutral, självständig och socialt isolerad individen verkligen stämmer överens med den verklighet som utgör kvinnors vardag överlag.

Visserligen, som tidigare har konstaterats, tar Europakonventionen sikte framför allt på individuella rättigheter. Likväl är det kanske ingen slump att Europadomstolen kategoriskt avvisar diskriminering som grund för kränkning av konventionen vad avser abort, då det förstås är betydligt mer kontroversiellt att uttala sig om kvinnor som grupp än att uttala sig om en klagande kvinna utifrån hennes personliga omständigheter. Möjligen är det också denna tveksamhet hos Europadomstolen inför att ge abortfrågan en offentlig och politisk karaktär, som leder till att man föredrar att diskutera abort som en privat fråga enligt konventionens artikel 8.

7.2 Analys utifrån ett radikalfeministiskt perspektiv

Vad gäller Europadomstolens motvilja inför att tolka abort som en aspekt av den kroppsliga integriteten, kan först pekats på den inställning som tycks utgå från att graviditeten under alla omständigheter är ett naturligt fenomen. Att en påtvingad graviditet därför sällan diskuteras som en typ av kroppsligt övergrepp är en diskurs som kan tolkas utifrån både Firestones, MacKinnons och Youngs teorier. Firestone hade troligtvis argumenterat för att denna diskurs beror på att kvinnan som rättssubjekt tenderar att definieras framför allt som barnaföderska. Hennes identitet och samhällsfunktion är härmed kopplade till reproduktionen, varför själva graviditeten ses som en typ av mytisk naturkraft och som inte bör ifrågasättas när den väl har uppstått:

¹⁸⁷ D v. Ireland, p. 92.

¹⁸⁸ D v. Ireland, p. 96.

”Pregnancy is barbaric /.../ Moreover, childbirth hurts /.../ Today all this has been confused. The cult of natural childbirth itself tells us how far we’ve come from true oneness with nature /.../ Perhaps a mystification of childhood, true faith, makes it easier for the woman involved.”¹⁸⁹

Problemet, menar Firestone, är att moderskapet omgärdas av så många mytiska och nästintill religiösa föreställningar kring dess upphöjda status att detta leder till en stark skepsis inför alla eventuella bevis på motsatsen. Gravitet och förlossning i sig, menar Firestone, är ”barbariskt” och ”smärtsamt” – dock är varje förnekande av moderskapet en mycket riskabel akt för den enskilda kvinnan:

”At the present time, for a woman to come out openly against motherhood on principle is physically dangerous. She can get away with it only if she adds she is neurotic, abnormal, child-hating and therefore ‘unfit’.”¹⁹⁰

Men är människan redo för att utnyttja reproduktionsteknologin (inbegripet abortingreppet) i syfte att frigöra kvinnan från dessa ”kroppsliga våndor”? Firestone menar att så inte är fallet. Hon hänvisar härmed till den motvilja som finns i samhället inför att utmana rådande familjekonstruktioner- och värderingar baserade på den manliga dominansen (eller som åtminstone fanns fortfarande år 1969):

”A recent Harris Poll /.../ found a surprising number willing to consider the new methods. The hitch was that they would consider them only where they reinforced and furthered present values of family life and reproduction, e.g., to help a barren woman have her husband’s child. Any question that could be interpreted as a furthering of liberation *per se* was rejected flatly as unnatural. /.../ It was not the “test tube” baby itself that was though unnatural /.../ but the new value system, based on the elimination of male supremacy and the family.”¹⁹¹

Hur skulle då en jämförelse med vårt samtida samhälle kunna tänkas falla ut, om vi bl.a. ser till Europadomstolens motvilja inför att definiera abort som en aspekt av den kroppsliga integriteten? Det är inte otänkbara att Firestone, med bakgrund av ovan presenterade resonemang, skulle ha tolkat domstolens attityd som en typ av förtryck av kvinnan i rättsprocessen. Detta då hennes roll som barnaföderska ofta tas för given, vilket alltså hindrar henne från att delta i samhället på samma villkor som mannen. Den nya reproduktionsteknologin, menar Firestone, och inställningen till denna överlag är troligtvis de enda medel som står till buds för att ändra på denna situation:

”...Until the taboo is lifted, until the decision not to have children or to have them by artificial means is as legitimate as traditional child-bearing, women are as good as forced into their female roles.”¹⁹²

MacKinnon hade förmodligen haft en något annorlunda syn på Europadomstolens denna diskurs. Då MacKinnon hävdar att sexualitet,

¹⁸⁹ Firestone s. 188-189.

¹⁹⁰ Firestone s. 189-190.

¹⁹¹ Firestone s. 187-188.

¹⁹² Firestone s. 190.

reproduktion och våld måste förstås i ett integrerat sammanhang, hade hon möjligen hävdad att ett nekande av abort kan förstås som en typ av manlig våldsutövning. Ett angrepp på kvinnans kropp, enligt MacKinnon, är ett angrepp på kvinnans hela sexualitet. Och kanske är det inte endast den klassiska definitionen av våldtäkt som utgör den enda möjliga preciseringen av sexuell våldsutövning mot den kvinnliga kroppen – allt beroende på var man anser att sexualiteten slutar och våldet tar vid. Kanske har vi, enligt MacKinnons tankegångar, helt enkelt vant oss vid att i de flesta sammanhang betrakta abort som ett asexuellt fenomen, därför att det inte ”liknar” sex:

”The crime of rape /.../ is defined around penetration. That seems to me a very male point of view on what it means to be sexually violated /.../ Rape is defined according to what men think violates women, and that is the same as what they think of as the *sina qua non* of sex.”¹⁹³

Bristen på ett erkännande av abortingreppet som en rättighet i konventionens mening¹⁹⁴ skulle enligt MacKinnon därför möjligen kunna ses som en typ av våldshandling mot den kvinnliga kroppen. I detta sammanhang kan bl.a. hänvisas till de skiljaktiga domarna i *Open Door and Dublin Well Woman* då dessa hävdade att abort inte bör ses som en fråga om sexualmoral. MacKinnon hade i detta sammanhang säkert pekat på att uttalandet skulle kunna ses som en typiskt manlig definition av vad som utgör övergrepp, då man tenderar att dra skarpa gränser mellan sex, våld och reproduktion. I realiteten, enligt MacKinnon, står dessa faktorer i skarp kontrast till kvinnors egna upplevelser och erfarenheter av sina kroppar och då man ofta uppfattar sådana gränsdragningar som icke-existerande. Ur kvinnans perspektiv står det ”normala” eller ”vardagliga” således inte i motsatsställning till de övergrepp som, ur ett typiskt manligt perspektiv, beskrivs som ”abnorma”. Då flertalet kvinnor möjligen hade klassificerat både sex, graviditet och abort som relativt ”normala” fenomen, hade man utifrån en sådan klassifikation förmodligen kunnat hänvisa till samtliga situationer som innebär ett kroppsligt tvång så som ”abnorma”. Kanske hade MacKinnon hävdad att Europadomstolen tvärtom genomgående tycks vilja tolka graviditeten som något ” normalt ” och abort som något ” abnormt. ” Om så vore fallet, kan man dock fråga sig varför Europadomstolen samtidigt vill definiera abort som en hälsofråga? Young hade möjligen sökt förklara Europadomstolens denna hållning med utgångspunkt av samhällets objektifiering av den kvinnliga kroppen. Enligt Young betraktar samhället ofta kvinnokroppen som en passiv arena för samhällets motstridiga åsikter, avsikter och moraliska värderingar, varför kvinnor överlag måste anpassa sina handlingar så att de inte står i strid med sådana intressen. Att domstolen härmed fokuserar mindre på kvinnans vilja och önsknings, och mer på hennes fysiska hälsotillstånd, är en naturlig följd av ett sådant synsätt. När Europadomstolen beskriver abort som en hälsofråga, gör man sin bedömning framför allt utifrån fysiskt påtagbara skador på kroppen som har uppkommit utan påverkan från kvinnan själv. Kvinnans egen vilja och

¹⁹³ MacKinnon 1987 s. 87.

¹⁹⁴ A, B and C v. Ireland.

avsikter med sin kropp är därför inte central i Europadomstolens diskussioner då man i sin bedömning föredrar att fokusera på den passiva kroppens umbäranden till följd av yttre skeenden:

“An essential part of the situation of being a woman is that of living the ever-present possibility that one will be gazed upon as a mere body, as shape and flesh that presents itself as the potential object of another subject’s intentions and manipulations...”¹⁹⁵

Vad gäller Europadomstolens benägenhet att diskutera abort framför allt som en konflikt mellan mor och foster, kan denna diskurs tolkas utifrån både Firestones, MacKinnons och Youngs teorier. Firestone hade i detta sammanhang kanske hävdad att förminskningen av abortens komplicerade natur till att omfatta enbart denna motsättning, kan förstås utifrån samhällets vilja att primärt definiera kvinnan som barnaföderska. Av samma anledning skulle man därför ta för givet att kvinnan bär det främsta ansvaret för att skydda och fostra barnen. En kvinnas motsatta avsikter i detta avseende kommer därför att stå i bjärt kontrast till samhällets uppfattning om vad som är hennes mest behjärtansvärda uppgifter. I *Evans v. The United Kingdom* ville kvinnan tvärtom (och över allt annat) få rätt att föda ett genetiskt besläktat barn. Således är det först i detta rättsfall som Europadomstolen uttrycker sina sympatier för kvinnans situation på ett otvetydigt vis – kanske därför att kvinnans vilja och önsknings får anses ligga i linje med hennes roll som barnaföderska. MacKinnon hade här troligtvis argumenterat för att tendensen till att söka avgränsa abort till moderns privata sfär och utan att se övriga pågående konflikter i relation till ingreppet, skulle kunna tolkas som en vilja att definiera abort som en fråga utan offentlig och politisk karaktär. Slutligen hade Young kanske poängterat att man här, återigen, verkar vilja reducera en svår och komplicerad fråga till att fokusera enbart på kvinnans passiva kropp. Detta då till och med definitionen av liv, som den framträder i *Evans v. The United Kingdom* utgår från embryots eller fostrets relation till den kvinnliga kroppen.

Vad slutligen gäller Europadomstolens motvilja inför att uttala sig om kvinnor som grupp, kan denna diskurs tolkas utifrån både Firestones, MacKinnons och Youngs teorier. Firestone skulle här kanske ha hävdad att tendensen kan tolkas som en rädsla hos domstolen inför att avslöja sin syn på kvinnan som barnaföderska. Ett sådant öppet ställningstagande är förstås enklare att undvika så länge som man fokuserar på den enskilda individens personliga omständigheter. MacKinnon, å andra sidan, hade troligtvis pekat på att tendensen måste ses som ett medvetet agerande från Europadomstolens sida. Att hänvisa till konsekvenserna av ett nekat abortingrepp utifrån en kvinnas ”personliga omständigheter” blir på detta vis ett sätt att aktivt reducera ingreppet till kvinnans privata sfär. Anledningen till varför man vill diskutera abort som en privat fråga, enligt MacKinnon, är att man vill undgå ett politiskt ställningstagande som skulle kunna medföra vissa skyldigheter för staten i realiteten. Två exempel på när denna tendens har fått genomslag i Europadomstolens avgöranden är *D v. Ireland* samt *A, B and C v Ireland*. I *D v. Ireland* undvek man härmed att

¹⁹⁵ Young 2005 s. 44.

diskutera kvinnors överlag sämre förutsättningar för att driva en rättsprocess i realiteten bl.a. med tanke på hennes ofta primära ansvar för barn och familj. I *A, B and C v. Ireland* diskuterade man på samma vis kvinnors rörelsefrihet och möjlighet att resa utomlands för abort tämligen oberoende av de många praktiska hinder som förelåg i realiteten. När Europadomstolen tenderar att utgå från de klagande kvinnorna som könsneutrala individer, istället för som en särskilt utsatt grupp med unika reproduktiva egenskaper, är detta således ett exempel på hur man enligt MacKinnon undviker att tolka övergrepp utifrån kvinnans perspektiv:

”Formally, the state is male in that objectivity is its norm /.../ The foundation for its neutrality is the pervasive assumption that conditions that pertain among men on the basis of gender apply to women as well...”¹⁹⁶

Risken med ett sådant synsätt är att de strukturella problem som följer av en eventuellt ojämlig maktfördelning i samhället, på grund av könstillhörighet, mycket svårligen kan lösas med utgångspunkt av den enskilda, könsneutrala individen:

”I think this has a lot to do with why we can’t organize women on the abortion issue. When women are segregated in private, separated from each other, one at a time, a right to that privacy isolates us at once from each other and from public recourse. This right to privacy is a right of men to be let alone to oppress women one at a time.”¹⁹⁷

Att inte diskutera kvinnor som grupp, får alltså som direkt konsekvens att abort måste behandlas som en privat fråga. Att en fråga definieras som privat, enligt MacKinnon, får vidare den konsekvensen att det blir svårare att diskutera abort i termer av statligt tvång. Så länge som staten inte ingriper i kvinnans beslut att låta utföra abort, som det heter, kan staten inte heller hållas ansvarig för vad som sker till följd av det nekade ingreppet:

”...The right to privacy is not thought to require social change. It is not even thought to require any social preconditions, other than non-intervention by the public.”¹⁹⁸

”...The problem is getting anything private to be perceived as coercive /.../ This is why feminism has seen the personal as the political. The private is the public for those for whom the personal is the political /.../ So women got abortion as a private privilege, not as a public right. We got control over reproduction that is controlled by “a man or The Man”, an individual man or the doctors of the government.”¹⁹⁹

Young, å andra sidan, hade i detta sammanhang kanske hävdade att Europadomstolens inställning beror på att ett hänvisande till kvinnans ”personliga omständigheter” är en enkel metod för att undvika att beskriva hennes kropp i termer av absoluta värden. Detta då det måste betraktas som definitivt mer politiskt kontroversiellt att ge en grupp personer absoluta rättigheter, jämfört med att ge en individ vissa relativa rättigheter.

¹⁹⁶ MacKinnon 1989 s. 162-163.

¹⁹⁷ MacKinnon 1987 s. 102.

¹⁹⁸ MacKinnon 1989 s. 191.

¹⁹⁹ MacKinnon 1987 s. 100.

8 Avslutning

Sammanfattningsvis kan konstateras att Europadomstolen intar en mycket ambivalent hållning i relation till den kvinnliga kroppen med avseende på abort. Kvinnans kroppsliga integritet med avseende på reproduktion beskrivs därför inte i absoluta termer, men får i de flesta av rättsfallen stå tillbaka i brist på en egentlig definition. Hur en sådan kroppslig integritet - i kombination med den kvinnliga sexualiteten och reproduktionen - kan och bör preciseras på ett juridiskt plan återstår att diskutera inom ramen för vidare forskning på området.

Man kan fråga sig vad som ligger bakom medlemsstaternas mycket skiftande syn på kvinnokroppen och abort. I både Sverige och Storbritannien har utvecklingen mot mer liberala abortlagstiftningar skett genom mycket stegvisa förändringar över tid och framför allt i praxis. I detta sammanhang bör väl praxis ses framför allt som ett resultat av den bakomliggande samhällsutvecklingen vad gäller moral, värderingar och olika samhälleliga intressen, snarare än som den primära startpunkten för sådana förändringar. Det är i så fall intressant att söka förklaringar till synen på abort i de olika medlemsstaterna utifrån sådana faktorer som kan förmodas ha format länderna på ett mer kulturellt plan.

Polen och Irland har i detta sammanhang bevarat eller återinfört restriktiva abortlagstiftningar under de senaste hundra åren utifrån framför allt religiösa och politiska grunder. Framför allt i Polen har abortfrågans reglering präglats av tvära kast mellan religion och politik. Både Storbritannien och Sverige är i detta sammanhang sekulariserade länder, medan Polen och Irland är länder alltjämt starkt knutna till den katolska kyrkan. Framför allt i Sverige kan skönjas en tydlig tendens till en mer liberal syn på sexualitet som har stärkts i takt med kyrkans försvagade ställning. Synen på sexualitet är härmed mycket annorlunda i Sverige och Storbritannien jämfört med i Polen och på Irland, bl.a. utifrån religiösa föresatser. Kopplingen mellan sexualitet och religion är därför säkerligen central vad beträffar vidare forskning på området. Det vore i detta sammanhang också av stor betydelse om Europadomstolen vågade ta ställning mer otvetydigt för att reproduktion och abort bör ses som aspekter av den kvinnliga sexualiteten. Möjligen är det först när man erkänner abort som en fråga som rör sexualiteten – bl.a. i enlighet med MacKinnons teori – som man skulle kunna föra en diskussion om hur ett nekande av ingreppet påverkar kvinnor som grupp, också i realiteten.

Som tidigare har konstaterats framgår att Europadomstolens uttalanden om kvinnans ställning vad gäller abort i hög grad beror av konventionens subsidiära natur. Domstolens rädsla inför att underkänna de enskilda medlemsstaternas lagstiftningar, i synnerhet vad gäller frågor av djupgående moralisk, religiös och kulturell natur, är härmed förståelig med hänsyn till den folkrättsliga suveränitetsprincipen.

Likväl måste Europadomstolens diskurser nog sägas ge uttryck för vissa bestämda ståndpunkter avseende abort från domstolens sida, oavsett om de är medvetna ställningstaganden eller ej. Europakonventionen är tänkt att garantera ett minimiskydd för mänskliga rättigheter. Att hänskjuta en fråga till staternas bedömningsmarginal, som skedde i *A, B and C v. Ireland*, innebär således inte endast att domstolen aktivt väljer att undvika ett besvarande av denna, men också en tydlig markering av vad som inte faller inom ramarna för detta skydd. Att en rätt till abort inte sägs falla inom konventionens tillämpning, är därför en tydlig indikation på att kvinnans reproduktiva egenskaper skapar oreda även i Europas allra högsta rättsinstanser – och att kvinnan än så länge besitter en mycket osäker rättsställning i förhållande till sin kropp i detta avseende.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Svensk rätt

SOU 2005:90 Abort i Sverige

Prop. 1974:70 Kungl. Majrts proposition med förslag till abortlag, m.m.

Prop. 1994/95:142 Fosterdiagnostik och abort

Prop. 2006/07:124 Abort för utländska kvinnor och förebyggande av oönskade graviditeter

Motion 2011/12:So642 Samvetsfrihet i svensk sjukvård

Utländsk rätt

The Offences against the Person Act 1861 (Irland och Storbritannien)

The Abortion Act 1967 (Storbritannien)

The Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act 1995 (Irland)

The 1993 Family Planning (Protection of the Human Foetus and Conditions Permitting Pregnancy Termination) Act and related statuses (Polen)

The Infant Life (Preservation) Act 1929 (Storbritannien)

The 1990 Human Fertilisation and Embryology Act (Storbritannien)

Litteratur

Andersson, U., *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Lund, Bokbox: 2004

Brownmiller, S., *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Harmondsworth, Penguin: 1976

- Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, tredje upplagan, Stockholm, Norstedts juridik: 2007
- Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, andra upplagan, Stockholm, Norstedts juridik: 2002
- Firestone, S., *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution*, London, Women's P: 1979
- Gunnarsson, Å., *Genusrättsvetenskap*, Lund, Studentlitteratur: 2009
- Gemzöe, L., *Feminism*, Stockholm, Bilda förlag: 2004
- Helström, L., *Om abort*, Stockholm, Gothia Förlag: 2009
- Herzog, D., *Sexuality in Europe: A Twentieth-Century History*, Cambridge, Cambridge, University Press: 2011
- Hirdman, Y., *Kvinnohistoria: Om kvinnors villkor från antiken till våra dagar*, Stockholm, Utbildningsradion: 1992
- Jakobsson, S., och Jakobsson, S.W., *Orons och förtvivlans gerningar: Ogifta kvinnors vånda för havandeskaps och barnbörds skull: Stockholmsförhållanden 1887 t.o.m. 1901*, Stockholm, Allmänna Förlaget: 1987
- Knudsen, L., *Induced Abortion and Family Formation in Europe i Kaufman, F., m.fl., Family life and Family Policies in Europe, Volume 2, Problems and Issue in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press: 2002
- Larsson, R., *Politiska ideologier i vår tid*, sjunde upplagan, Lund, Studentlitteratur AB: 2006
- Lennerhed, L., *Historier om ett brott: Illegala aborter I Sverige på 1900-talet*, Stockholm, Atlas: 2008
- MacKinnon, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press: 1989
- MacKinnon, C., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press: 1987
- Miller, R.A., *The Limits of Bodily Integrity: Abortion, Adultery and Rape Legislation in Comparative Perspective*, Aldershot, Ashgate Publishing limited: 2007

Millett, K., *Sexual Politics*, London, Sphere books: 1971

Nordborg, G., *Konstruktioner av moderskap och faderskap – genom reproduktionsteknologin och i rätten i Kvinnoperspektiv på rätten* (Red. Nordborg, G.) Uppsala, Iustus Förlag: 1995

Perselli, J., *Fostersyn i svensk rätt*, Linköping, Tema, Linköpings universitet: 1998

Rolston, B., m.fl., *Abortion in the New Europe: A Comparative Handbook*, Westport, Connecticut, Greenwood Press: 1994

Swärd, S., *Varför Sverige fick fri abort: Ett studium av en policyprocess*, Stockholm, Stockholms universitet: 1983

Van Dijk, P., m.fl., *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, fjärde upplagan, Antwerpen, Intersentia: 2006

Young, I., *Throwing Like a Girl: A Phenomenology of Feminine Body Comportment, Motility and Spatiality* i *On Female Body Experience: Throwing Like a Girl and Other Essays*, New York, Oxford University Press: 2005

Åhman, K., *Europadomstolens principer i Offentlighetsprinciper* (Red. Marcusson, L.) Uppsala, Iustus Förlag: 2005

Tidningsartiklar

www.dn.se/ledare/huvudledare/ratt-till-abort, publicerat 20.12.2010

www.dn.se/nyheter/varlden/ungern-antog-omstridd-forfattning, publicerat 18.04.2011

[www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(11\)61786-8/abstract](http://www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(11)61786-8/abstract), publicerat 19.01.2012.

[www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(07\)61575-X/fulltext](http://www.lancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(07)61575-X/fulltext), publicerat 13.10.2007

www.sydsvenskan.se/varlden/article1602915/Farliga-aborter-vaxande-problem.html, publicerat 21.01.2012

Övriga publikationer och lagstiftning på internet

Aborter 2010, Socialstyrelsen, Sveriges officiella statistik: Hälsa- och sjukvård, publicerat år 2011 på www.socialstyrelsen.se, hämtat 07.03.2012

Abortion Worldwide: Seventeen Years of Reform, Briefing Paper, publicerat 26/10 år 2011 på <http://reproductiverights.org/en/document/abortion-worldwide-seventeen-years-of-reform>, hämtat 15.04.2012.

CEDAW's report CEDAW/C/POL/6, *Sixth periodic report of States parties: Poland*, publicerat 13/12 år 2004 på http://www.karat.org/wp-content/uploads/2011/11/CEDAW_C_POL_6.pdf, hämtat 05.04.2012.

European Parliament, 24 October 2002: Question no 86 by Dana Scallon (H-0670/02), publicerat på www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20021024+ANN-01+DOC+XML+V0//EN&query=QUESTION&detail=H-2002-0670, hämtat 18.03.2012

Karnovs lagkommentarer (elektronisk version), Carl-Henrik Ehrenkrona: kommentar 54 till *Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, uppdaterad 01.07.2011, hämtat från Karnovs databas 16.04.2012

Parliamentary Assembly of the Council of Europe Recommendation 1903 (2010) entitled: *Fifteen years since the International Conference on Population and Development Programme of Action*, publicerat på <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1903.htm>, hämtat 10.04.2012

Resolution 1607 (2008): *Access to safe and legal abortion in Europe*, publicerat på <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta08/ERES1607.htm>, hämtat 16.04.2012

Summary of the Programme of Action of the Cairo International Conference on Population and Development, 1994 ("The Cairo ICPD, 1994"), publicerat på <http://www.un.org/ecosocdev/geninfo/populatin/icpd.htm>, hämtat 25.03.2012

World Abortion Policies 2007, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, publicerat på http://www.un.org/esa/population/publications/2007_Abortion_Policies_Chart/2007_WallChart.pdf, hämtat 04.03.2012

World Abortion Policies 2002: Country profiles, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, publicerat år 2002 på www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm, hämtat 07.03.2012

www.bbc.co.uk/ethics/abortion/medical/selective_1.shtml

http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_human_rights_convention_sv.htm

www.healthpromotionagency.org.uk/resources/sexual/pdfs/abortions.pdf

www.hrw.org/news/2011/06/23/hungary-reforms-needed-new-constitution

www.irishstatutebook.ie/1995/en/act/pub/0005/print.html

www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents

<http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/spontaneous+abortion>

www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Samvetsfrihet-i-svensk-sjukvar_GZ02So642/?text=true

Rättsfallsförteckning

A, B and C v. Ireland 25579/05

Aydin v. Turkey 23178/94

Airey v. Ireland 6289/73

Aksoy v. Turkey 21987/93

Attorney General v. X 1992 No. 846P

Austria v. Italy 788/60

Boso v. Italy 50490/99

Brüggemann and Scheuten v. Germany 6959/75

Campbell and Cosans v. The United Kingdom 7511/76, 7743/76

Cyprus v. Turkey 25781/94

D. v. Ireland 26499/02

Dawson v. Ireland 21826/02

Dudgeon v. The United Kingdom 7526/76

Evans v. The United Kingdom 6339/05

Goodwin v. The United Kingdom 28957/95

Gustafsson v. Sweden 15573/89

Hoffer and Annen v. Germany 397/07 och 2322/07

Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia 48787/99

Ireland v. The United Kingdom 5310/71

Iwanczuk v. Poland 25196/94

Keenan v. The United Kingdom 27229/95

Knudsen v. Norway 11045/84

Kukayev v. Russia 29361/02

Labita v. Italy 26772/95

L.C.B v. The United Kingdom 23413/94

M.C. v. Bulgaria 39272/98

M.S. v. Sweden 20837/92

Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland 14234/88 och 14235/88

Pellegrini v. Italy 30882/96

Powell v. The United Kingdom 45305/99

R v. Bourne (1939) 1KB 687

Radio France and Others v. France 53984/00

R.R. v. Poland 27617/04

Selmouni v. France 25803/94

Soering v. The United Kingdom 14038/88

Tysiac v. Poland 5410/03

Velikova v. Bulgaria 41488/98

VO v. France 53924/00

Women on Waves v. Portugal 31276/05

X v. Austria 7045/75

X v. The United Kingdom 8416/79

Öneryildiz v. Turkey 48939/99