



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Armina Savanovic

Principen om Margin of Appreciation

- kränks den enskilda individens intresse till förmån för det allmänna i mål om abort?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Nilsén

Termin: HT 2014

Innehållsförteckning

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRORD	8
1 INLEDNING	9
1.1 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING	10
1.2 TEORI OCH METOD	10
1.3 FORSKNINGSLÄGE	11
1.4 MATERIAL	11
1.5 DISPOSITION	12
2 EUROPAKONVENTIONEN	
OM SKYDD FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA	13
2.1 POSITIVA OCH NEGATIVA FÖRPLIKTELSE	13
2.2 TOLKNING AV KONVENTIONEN	14
2.3 ANSVARSBÄRARE	17
3 THE MARGIN OF APPRECIATION	18
3.1 INSKRÄNKNINGSMÖJLIGHET	18
3.1.1 HUVUDPRINCIPERNA	19
3.1.2 DEN EUROPEISKA RÄTTSKULTUREN	20
4 PRAXIS	22
4.1 VO v. FRANCE (2004)	22
4.2 TYSIAC v. POLAND (2007)	23
4.3 A, B AND C v. IRELAND (2010)	23

5 ANALYS OCH DISKUSSION	25
5. 1 TILLÅTNA RESTRIKTIONER	25
5. 1. 1 LAGLIG INSKRÄNKNING AV ART 2	25
5. 1. 2 LAGLIG INSKRÄNKNING AV ART 8	28
5. 2 KRÄNKS DEN ENSKILDA INDIVIDENS INTRESSE TILL FÖRMÅN FÖR DET ALLMÄNNA VID TILLÄMPNING AV PRINCIPEN MARGIN OF APPRECIATION?	29
5. 2. 1 FOSTRETS INTRESSE	29
5. 2. 2 DEN LEVANDE INDIVIDENS INTRESSE	30
5. 2. 3 DET PRIVATA V. DET OFFENTLIGA INTRESSET	31
5. 2. 4 LEDER PRINCIPEN MARGIN OF APPRECIATION TILL DISKRIMINERANDE UTFALL GÄLLANDE RÄTTEN TILL ABORT?	32
5. 3 SAMMANFATTANDE KRITIK OCH FÖRSLAG TILL LÖSNING	33
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35

Summary

The European Convention for on Human Rights (ECHR) came into force after World War II and is today signed by 47 Member States. Moreover, every state that adopts the Convention undertakes the responsibility to guarantee the individual's rights and freedoms provided therein. The highest condemnatory instance dealing with human rights violations is, in lieu to this, the European Court of Human Rights (ECtHR) with its seat in Strasbourg. The ECtHR has, in addition, through its case law, developed the *Margin of Appreciation*; a principle that expands the scope of state's interpretation, implementation and ratification of the ECHR, all in accordance with the national development of the sovereign state. The scope prevents, furthermore, violations of state sovereignty, national legislation, state culture and moral.

The ECHR claims that an individual may be deprived his or her rights, however, only in cases where the individual, him- or herself, is threatening and/or infringing the rights of other individuals, or possess a danger to the sovereign state. Despite this fact, individual rights may be restricted on other means with regards to the *Margin of Appreciation*. The referred restriction occurs, moreover, when the interest of the individual is in conflict with the interest of the state, and where the outcome results in a benefit for the state.

This thesis discusses the applicability and the outcomes of the Margin of Appreciation with focus on individuals. It is, moreover, important to stress that it, through an analysis of the ECtHR case law where the principle has been to date, may be concluded that individual's rights and freedoms are being violated in advantage for the common good. Additionally, the individuals in the cases have all been pregnant women who have been denied a desired abortion. These women represent, in lieu to this, a discriminated minority group whose rights have been infringed to the benefit of the sovereign state with regards to the *Margin of Appreciation*. As it has been shown, there is a tendency that the principle deviates from the

aim of the ECHR to instead albeit to go beyond what may be considered to be appropriate. Finally, the paper outlines the applicability of the principle in practice and its consequences for the individual.

Sammanfattning

Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna tillkom efter andra världskriget och är undertecknad av 47 medlemsstater. Samtliga konventionsstater har genom antagandet av konventionstexten förbundit sig att garantera de fri- och rättigheter som föreskrivs däri. Den högsta dömande instansen vid en kränkning av de mänskliga fri- och rättigheterna är Europadomstolen som har sitt säte i Strasbourg. Genom praxis har Europadomstolen framställt en princip vid namn *Margin of Appreciation* vilken ger stater ett visst utrymme vid tolkning, tillämpning och ratificering av Europakonventionen, allt i enlighet med den suveräna statens nationella utveckling. Principen antogs av Europadomstolen för att undvika kränkning av medlemsstaternas suveränitet, nationella lagstiftning, kultur och moral eftersom de är bundna av Europakonventionens bestämmelser.

Enligt Europakonventionen får en individs rättigheter kränkas endast i de fall eftersom individen i fråga hotar och/eller kränker andra individers rättigheter eller om hen utgör en fara för staten. Trots detta faktum kan en individs rättigheter inskränkas på andra grunder genom principen *Margin of Appreciation*. Den inskränkning som åsyftas är den kränkning som sker när individens intressen krockar med statens intressen, när det privata krockar med det allmänna, till förmån för det offentliga med hänvisning till principen.

I uppsatsen diskuteras tillämpligheten och konsekvenserna av principen *Margin of Appreciation* med fokus på individen och hens påverkan av denna. Genom analys av Europadomstolens praxis, i mål där principen har varit aktuell, har slutsatsen om att individer får sina rättigheter kränkta till förmån för det allmänna kunnat dras. Individerna i målen har varit gravida kvinnor som har blivit nekade en önskad abort. Dessa kvinnor utgör en av principen diskriminerad grupp vars rättigheter har fått ge vika till förmån för den nationella statens intresse. Principen *Margin of Appreciation* har alltså en tendens till att avvika från Europakonventionens syfte om än mer än vad som kan betraktas vara lämpligt. I uppsatsen

redogörs det för principens tillämpning i praktiken samt de konsekvenserna av, för individen, negativ karaktär.

Förord

Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna har tillkommit efter andra världskriget och är idag en av de mest respekterade och betydelsefulla konventionerna genom tiderna. Konventionen garanterar alla Europas medborgare en trygghet där individens rättigheter står i centrum och anses vara självklara eftersom de står fast i tid och otid. Trots detta kan man vid en närmare anblick av Europadomstolens praxis urskilja intressen som står i konflikt med varandra varför verkligheten framstår som oklar. Det är detta som kommer att stå i fokus för den här avhandlingen. Jag kommer alltså att belysa bristerna i konventionen och tillämpningen av densamma. Utgångspunkten för analysen kommer att ligga i den problematik som individer möter vid abortfrågor för att se till den konflikt Europadomstolen möter när man måste ta hänsyn till både staternas suveränitet och konventionens ändamål. Jag har, genom undersökningens gång, stött på flertalet svårigheter gällande ämnet som visade sig vara känsligare och svårare än vad jag först trodde att det skulle vara eftersom frågan rör individer som tvingats lämna ut sin mest intima del av sitt privatliv till ett offentligt organ. Detta föranledde mig till att söka hjälp av min handledare, det är också den här människan som jag vill tacka. Tack, Per Nilsén, för din hjälpande hand och vägledning.

1 Inledning

Efter andra världskriget fann sig Europa i att ha en avsaknad av ett verktyg som skulle garantera människans rättigheter i samhället varför Europakonventionen med skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) skapades. EKMR trädde i kraft 1950 och är idag undertecknad av 47 medlemsstater vars skyldighet är att tillförsäkra alla människors rättigheter i samhället de lever i genom att tillämpa konventionens bestämmelser. Europadomstolen som har säte i Strasbourg är den avgörande domstolen i mål rörande staternas åtaganden i förhållande till traktatet och man har här genom praxis även utvecklat principen *Margin of Appreciation*.

Margin of Appreciation är en skönsmarginall som tillåter stater göra en arbiträr värdering vid implementering och tillämpning av EKMR och innebär således att den nationella domstolen beslutar om hur rättigheterna i EKMR ska adaptas till den nationella rätten på ett så effektivt sätt som möjligt. Således är det den nationella domstolen som bedömer om en inskränkning av EKMR:s bestämmelser är rättfärdigad eller inte, allt i enlighet med Europadomstolens praxis.

Som det är tydligt framtaget ger Europadomstolen medlemsstaterna rätten att inskränka de enligt EKMR grundläggande rättigheterna. Detta utrymme ges för att man inte bara ska tillgodose varje individs behov men även statens individuella anspråk eftersom varje stat har en egen samhällsstruktur och rättsflora. Principen är med andra ord ett åtagande till att förena staterna och dess olikheter med varandra under det gemensamma EKMR.

Det följande är en redogörelse av innebörden av principen och dess tillämplighet i praktiken där jag genom argumentation kommer att framhäva problematiken mellan EKMR:s syfte och staternas möjlighet att inskränka detta genom användning av skönsmarginalen. Huvudfrågan i uppsatsen är därför huruvida principen om skönsmässig bedömning bidrar till att individers rättigheter inskränks vid tillgodoseendet av statens anspråk på suveränitet. För att underlätta arbetets gång har jag avgränsat uppsatsen

till att endast behandla mål om abort i vilka *Margin of Appreciation* har varit aktuell.

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka om principen *Margin of appreciation* främjar oönskade utfall vid tillämpningen av EKMR:s bestämmelser. Detta redogörs genom att utröna de svaga punkter som finns i Europadomstolens bedömning i den praxis rörande principen och dess bidrag till oönskade utfall för individen genom diskriminering av dennes rättigheter. Dessa rättigheter exemplifieras genom en analys av rätten till abort.

Eftersom syftet med uppsatsen är att skildra huruvida principens tillämpning resulterar i en kränkning av den enskildes intresse till förmån för nationalstaten, eller inte, fann jag det naturligt att avgränsa rapporten till att enbart omfatta Europakonventionens artikel 2, rätten till liv, och artikel 8, rätten till privatliv, eftersom fokus ligger på abortfrågan som är omdebatterad.

Följande frågor skall besvaras:

1. Kränks den enskilda individens intresse till förmån för det allmänna av Europadomstolen vid tillämpning av principen *Margin of Appreciation*?

Den ovan nämnda fråga exemplifieras genom en analys av frågan:

2. Leder principen om *Margin of Appreciation* till diskriminerande utfall gällande rätten till abort?

1.2 Teori och Metod

Som det tidigare har påpekats så är huvudmålet att granska och analysera principen för att se huruvida den uppfyller de mål som ställts upp som fundament av EKMR. Det är det enskilda och det allmänna intresset som krockar, det är individen och staten som kollisionen avser, det är det stängda och det öppna klimatet som försöker tränga undan varandra och det är den

här problematiken som jag studerar. Till min hjälp har jag valt att använda mig av en rättsdogmatisk teori eftersom analysen sker med utgångspunkt i ett internrättsligt perspektiv för den kritiska granskningen av principen i förhållande till EKMR:s fundamentala syfte. I uppsatsen framställs EKMR med dess tillkomst, syfte och tillämplighet, varefter en likartad beskrivning av *Margin of Appreciation* görs. Vid tillämpning av principen framställs vissa riktlinjer enligt Europadomstolens praxis, även dessa skildras i uppsatsen.

1.3 Forskningsläge

Principen *Margin of Appreciation* förekommer relativt ofta i Europadomstolens praxis trots det faktum att tillämpningen av principen har fått utstå hård kritik i litteraturen som behandlar EKMR och dess tillämpning. Litteraturen framhåller att det är lätt att missbruka principen medan praxis visar på en strävan att finna lösningen på konflikt mellan skönsmarginalen och EKMR:s syfte. Utifrån studier av litteratur samt elektroniska källor har det visat sig att principen är ett omdebatterat ämne inom mänskliga rättigheter eftersom den behandlar vikten av staters suveränitet, samhällsstruktur, rättssystem och sedvänjor. Samtidigt äventyrar den individens rättigheter genom att öppna upp för kränkningar av dessa. Trots detta vill jag återknyta till det faktum, som tidigare nämnts, att staternas egentliga intresse ligger i att följa bestämmelserna i EKMR. Jag kommer, detta till trots, ständigt förhålla mig kritiskt till principens tillämpning eftersom mitt arbete går ut på att belysa dess brister.

1.4 Material

Gällande det material som jag har använt vid redogörelsen för EKMR och principen *Margin of Appreciation* är det viktigt att framföra att litteraturen oftast har varit bristfällig avseende belysningen av principen, eftersom all litteratur som behandlar Europakonventionen om skydd för de mänskliga

rättigheterna endast ger ett marginaliserat utrymme för principens syfte och dess betydelse i helhet. Med anledning av detta har jag fått söka mig till elektroniska källor för att kunna få en klar helhetsbild vilket krävs för en omfattande analys av det här slaget. De elektroniska källorna utgörs av Europadomstolens internationella hemsida med praxis från Europadomstolen. Här har jag funnit all information som krävs för att kunna tolka principens betydelse i praktiken samt de principer som den ger uttryck för. I uppsatsen analyseras enbart tre rättsfall på grund av brist på utrymme. Dock kan andra relevanta rättsfall komma till att omnämnas för att stärka argumentationen som förs.

1.5 Disposition

Uppsatsen behandlar Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) samt principen *Margin of Appreciation*. Huvudtexten är indelad i tre delar. Den första delen behandlar EKMR:s tillkomst, syfte samt tolkningen av denna medan den andra delen omfattar principens innebörd, grundbegrepp och dess tillämpning. Den tredje kategorin behandlar Europadomstolens praxis i vilken *the Margin of Appreciation* har haft en bärande roll i avgörandet av målen. De rättsfall som har legat till grund för min bedömning har varit de som behandlar artikel 2 (rätten till liv) och 8 (rätten till privatliv) i EKMR och inskränkningen av denna. Hänsyn tas enbart till dessa nu nämnda artiklar eftersom de utgör grunden för min analys och underlättar därmed besvarandet av frågeställningarna i uppsatsen. Analysen och diskussionen faller in under samma rubrik så de går in i varandra och behandlar tillåtna inskränkningar, intressen som står i konflikt med varandra, svar på frågeställningarna och avslutningsvis sammanfattande kritik.

2 Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna

Efter andra världskriget var Europa i behov av ett verktyg för att garantera människans rättigheter i samhället varför Europarådet bildades. Intentionen med rådet var att skapa en europeisk gemenskap som skulle genomsyras av demokrati och rättsstatlighet, samverkan och solidaritet, allt inom ett demokratiskt Europa. Den ursprungliga stadgan undertecknades av 10 medlemsstater den 5 maj 1949 vars primära åtagande blev att stärka och understödja respekten för individens rätt. Man ville undvika och förhindra att liknande kränkningar av människors fri och rättigheter som skedde under krigets gång skulle upprepas. Kort därefter, den 4 november 1950, utarbetades och undertecknades den *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, vari försäkringar för individens mänskliga rättigheter fastslogs. Idag har konventionen blivit undertecknad av 47 medlemsstater vars skyldighet är att tillförsäkra alla människors rättigheter i samhället genom att tillämpa konventionens bestämmelser.¹ Konventionens bestämmelser utgör en minimistandard för mänskliga rättigheter varför stater i praktiken får tillmätta en högre standard än den som stadgas däri.

2.1 Positiva och negativa förpliktelser

Fri- och rättigheterna enligt EKMR är uppdelade i två kategorier; positiva och negativa rättigheter där de negativa består av de fundamentala rättigheterna. Till grund för detta ligger även uppdelningen av det privata och det offentliga, främst till skydd för individen och dess rätt till privatliv utan statligt ingripande.²

Den negativa statsförpliktelsen att inte ingripa i den privata sfären är dock inte absolut, stater är istället också positivt förpliktade att till skydd för individen lagstifta om att brott som sker utanför den offentliga

¹ Danelius, s. 17

² Danelius, s. 347-350

sfären straffbeläggs. Skillnaden mellan de positiva och negativa rättigheterna är inte kristallklar varför ständig avvägning mellan den enskildas och statens intressen görs, vilket också ger nationerna ett visst handlingsutrymme.³

2.2 Tolkning av konventionen

Den mest grundläggande rättigheten är rätten till liv och stadgas i art 2 EKMR. Denna utgör tillsammans med art 8 huvudfokus för min uppsats varför jag har valt att framställa dem i originalform nedan så att läsaren får en bättre uppfattning om deras ordalydelse.

ARTIKEL 2

Rätt till liv

1. *Envars rätt till livet skall skyddas genom lag. Ingen skall avsiktligen berövas livet utom för att verkställa domstols dom i de fall då han dömts för brott som enligt lag är belagt med sådant straff.*
2. *Ingen skall anses ha berövats livet i strid med denna artikel, när detta är en följd av våld som var absolut nödvändigt*
 - a) *för att försvara någon mot olaglig våldsgärning,*
 - b) *för att verkställa en laglig arrestering eller för att hindra någon som lagligen är berövad friheten att undkomma,*
 - c) *för att i laglig ordning stävja upplopp eller uppror.*

ARTIKEL 8

Rätt till skydd för privat- och familjeliv

1. *Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.*
2. *Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.*

³ Danelius, s. 347-350

Livet är ett fundament som krävs för att rättigheter i allmänhet ska kunna åtnjutas och kan därför inte ges upp i nödsituationer eller undantas vid konventionsstaternas användning av skönsmarginalen *Margin of Appreciation*, mer om den längre ner. Rätten till liv uppfattas således vara en absolut rättighet som gäller alla. Min fråga är dock om den även gäller foster i abortfrågor? Mer om detta längre ner.

Rätten till privatliv är sammanlänkat med familjen, hemmet och skyddet för korrespondens varför de svårligen kan skiljas från varandra.⁴ Vilka rättigheter som ryms under denna ses vid tolkning och för att ge läsaren en liten tankeställare så kan denna rättighet inskränkas varför den inte är absolut likt den föregående bestämmelsen. Mer om detta längre ner.

Vid tolkning av de stadgade rättigheterna i EKMR ska man använda sig av en autonom tolkning, med andra ord, en tolkning som gäller samtliga medlemsstater.⁵ Dock är det viktigt att påvisa att majoriteten av de begrepp som presenteras är väl abstrakta varför en även vidare tolkning är accepterad. Detta eftersom bestämmelserna måste vara anpassningsbara till varje stats nationella domstol och rätt. Varje suverän stat har sin rättskultur och sina traditioner vilka korresponderar med varandra ur ett historiskt perspektiv, men språkmässigt är de mer konfliktladdade i förhållande till tolkningen av traktattexten. Konventionen har blivit översatt till flertalet olika språk vilket bidrar till en potentiellt vidare tolkning, särskilt i beaktande av det faktum att en korrekt översättning aldrig kan göras varför synonymer istället tillfogas. Detta leder till att konventionstexten uppfattas och tolkas olika.⁶

Vid tolkning av internationella traktat så som EKMR faller det naturligt att se till bestämmelserna i Wienkonventionen (VCLT) om traktaträtt. VCLT:s artikel 31 stadgar att varje tolkningsförsök måste stämma överens med konventionsartikelns syfte vilket innebär att förarbeten

⁴ Danelius, s. 347

⁵ Danelius, s. 51

⁶ Cameron, s. 72-75

innebär en sekundär källa vilket också framgår av VCLT:s artikel 32.⁷ Resonemanget i hur artiklarna ska tillämpas är till synes skälig eftersom EKMR är en levande konvention som lever samman med det ständigt förändrade samhället och den ständigt förändrade rättsutvecklingen varför annat än en dynamisk tolkning inte är förhanden.⁸

2.3 Ansvarsbärare

Vid tillämpningen av EKMR är det staterna som bär det primära ansvaret vilka Europadomstolen förlitar sig på. Framkommer det emellertid att tillämpningen har blivit felaktig ingriper Europadomstolen, således enbart om det finns fog att anta att staten brister i tillämpningen av rättigheterna. Detta är ett bevis på Europadomstolens måttfullhet vid bedömning av staters bedömningar i nationella mål vilket också har sin grund i att EKMR, och dess subsidiära karaktär, och staternas hegemoni är i jämvikt med tillämpningen och de rättfärdigade inskränkningarna av de i konventionen uppräknade rättigheterna.⁹

⁷ Wienkonventionen om traktaträtten.

⁸ Danelius, s. 50

⁹ Danelius, s. 52

3 The Margin of Appreciation

Margin of Appreciation är en princip som ger staterna en marginal, en viss möjlighet att inskränka EKMR:s bestämmelser, vid implementeringen och tillämpningen av dessa för att de ska stämma överens med nationell lag, kultur och moral. Vid framtagande av principen tog man hänsyn till det faktum att samtliga stater skiljer sig åt från varandra, man ville visa respekt och bidra med ett öppet klimat för dessa skillnader samtidigt som staterna förenades. Europadomstolen har med principen som verktyg förenat de medborgerliga rättigheterna med staternas suveränitet.

Principens fundament existerar i både rättsvetenskapen och inom den civil jurisdiktionen, men den mest utvecklade läran på området har sitt ursprung i Tyskland och är, till motsats från Europadomstolens praxis, mycket snävare. Den marginalbredd som accepteras av Europadomstolen rättfärdigas genom det argument att man vill förhindra en eventuell konflikt mellan statssuveräniteten och konventionsbestämmelserna.¹⁰

3.1 Inskränkningens möjlighet

Den inskränkningens möjlighet som ges ska ske genom lag men enbart om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Om en inskränkning är rättfärdigad avgör Europadomstolen genom att se till varierande faktorer som bland annat välbefinnande, moral och den allmänna säkerheten i staten. Principen tillåter alltså medlemsstaterna att implementera konventionen och dess bestämmelser olika.¹¹

Principen om Margin of Appreciation har emanerat i EKMR:s subsidiära bemärkelse där EKMR får en mindre betydelse i förhållande till nationell lag. Vidare återges EKMR:s tillämpning i det andra stycket i artiklarna 8-11. Dessa representerar undantag till huvudregeln som finns

¹⁰ Council of Europe, Judicial professions, The Lisbon Network

¹¹ Bakircioglu, s. 711-712

presenterat i artiklarnas första stycke¹² och visar på att inskränkningar får ske genom lag, om det är nödvändigt och om det är till skydd för nationell säkerhet. Artiklarna 8 (rätten till privatliv) och 10 (yttrandefrihet) krockar med varandra eftersom de behandlar allmänna intressen trots det faktum att de är avsedda att värna om individens intressen.

Alla samhällen är dynamiska, som det framkommer ovan, samtliga stater utvecklas ständigt varför konventionen också måste göra det och tolkas i ljuset av nuet. För att orientera staterna i tillämpningen av skönssmarginalen har Europadomstolen lagt fram ett fåtal viktiga principer till hjälp.

3.1.1 Huvudprinciperna

Principen om nödvändighet menar på att det krävs att inskränkningen ska vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle och till skydd för viktiga allmänna intressen. Nödvändighet innebär följaktligen att en avvägning görs mellan det allmänna och enskilda intresset, det privata och det offentliga, det stängda och det öppna klimatet. Viktigt att poängtera är också att nödvändighetskravet varierar beroende på hur starkt skyddet för en viss rättighet är, exempelvis absoluta jämfört med relativa. De absoluta som bland andra rätten till liv får aldrig kränkas. För att en inskränkning ska anses vara nödvändig måste den också vara proportionell i förhållande till allmänintresset varför vi kommer in på proportionalitetsprincipen.¹³

Proportionalitetsprincipen menar, precis som det har blivit sagt, att inskränkningen måste vara rimlig i förhållande till det enskilda och det allmänna intresset för att anses vara nödvändig.¹⁴ För att en inskränkning av EKMR av det slaget ska vara aktuell måste staten även föra, en i högsta grad väsentlig, argumentation som visar på att staten följer syftet med EKMR trots den företagna inskränkningen. Vad som är

¹² Cameron, s. 113

¹³ Danelius, s. 53

¹⁴ Danelius, s. 53

proportionellt avgörs från fall till fall men generellt är möjligheten att inskränka rättigheterna snäv.¹⁵

Utöver detta tillåter principen även inskränkningar som görs på basis av *moral* även om moral är i sig svårdefinierat och svårbedömt. Enligt praxis från Europadomstolen finns det ingen samsyn gällande moralfrågor stater emellan varför man har låtit de nationella domstolarna avgöra vad som är skyddsvärt i den egna staten.¹⁶ Ett område inom vilket moral diskuteras är frågan om abort, vilken behandlas längre fram i uppsatsen. Trots olika meningsbildningar och åsikter är det möjligt, sett till Europadomstolens praxis, att utröna en viss gemensam europeisk moral genom att studera staters ageranden. Genom att se likheter i ageranden kan man se ett visst agerandemönster inom gemenskapens stater och det är denna som utgör den europeiska samsynen. Denna utvecklas dock hela tiden eftersom det europeiska samhället är under ständig förändring varför moral som grund för inskränkning av konventionsbestämmelserna inte är fast. Med detta sagt förstår man att gränsdragningen för vad som är tillåtet och inte tillåtet inte är flytande och fler frågor uppkommer. Vad som däremot kan slås fast är att den stat som inte utvecklar sin syn på moral i samband med samhällsutvecklingen riskerar att bli sanktionerad.¹⁷

3.1.2 Den europeiska rättskulturen

Vid benämningen *europeisk rättskultur* ser man till mångkulturalismen som visar på den tolerans som finns för olikheterna staterna emellan. Kultur och tradition speglar medlemsstaterna som i sina samhällen skapar dignitet och moral. Mångkulturalismen menar på att det är detta faktum som gör det svårt att se normer och andra värden som tillhör ett samhälle i ett annat sammanhang eftersom det oftast resulterar i en normkonflikt mellan den nationella- och den internationella nivån. Som det tidigare har påvisats har alla människor rätt till de fundamentala rättigheterna så som rätten till liv. De fundamentala rättigheterna utgör också minimirättigheter, det vill säga,

¹⁵ Cameron, s. 112

¹⁶ Danelius, s. 52

¹⁷ Council of Europe, Judicial professions, The Lisbon Network

de ska respekteras och förverkligas utan att de begränsas på något vis samtidigt som de får inkludera fler fördelar än vad som är stadgat i EKMR. Problemet består dock i att varje medlemsstat får tolka bestämmelserna som de vill varför implementeringen och tillämpningen av dessa, som ovan nämnt, kan variera från stat till stat.¹⁸ Normkonflikter av det slaget sker dock sällan. *Margin of Appreciation* ger staterna utrymme och har tolerans för anpassning, ser till folket som helhet där individens tolkning av konventionen spelar en viktig roll. Det är den här tanken som definierar den europeiska rättskulturen som legitimeras genom att den tillvaratar samtliga individers anspråk och tillgodoser dem genom att konventionen rättas efter dem. Vid en närmre eftertanke kan man här utläsa att konventionen lätt kan missbrukas eftersom den på ett enkelt sätt kan inskränkas. Vid sådana situationer är svårt att avgöra var gränsen går för att en inskränkning ska anses vara rättfärdigad eller inte. Trots detta finns en gyllene ledning om att varje anpassning ska stämma överens med den anslutande statens grundlag som måste förbli oinskränkt.¹⁹

¹⁸ Namil, s. 291-293

¹⁹ Namil, s. 335-336

4 Praxis

Nedan presenteras tre olika avgöranden i vilka Europadomstolen har tillämpat principen *Margin of Appreciation*. Eftersom uppsatsens fokus ligger på rätten till abort och moralfrågorna därkring har ett noggrant urval av rättsfall gjorts för att tillgodose syftet med uppsatsen. Samtliga rättsfall är avgöranden i abortfrågor. Nedan presenteras varje avgörande och deras huvuddrag separat för att en djupare skildring av Europadomstolens förda argumentation kring principens tillämpning i det enskilda fallet ska följa därefter.

4.1 Vo v. France (2004)

I *Vo v. France*²⁰ hade en kvinna i sin sjätte månad av graviditeten åkt in till franskt sjukhus för kontroll där vårdpersonalen av misstag hade orsakat fostrets död, så kallad *homicide*. Kvinnan i målet förde en straffrättslig process i Frankrike utan framgång för att Europadomstolen skulle ta upp målet. Talan som grundades på art 2 EKMR avslogs eftersom den inte föll in under konventionens bemärkelse. Europadomstolen argumenterade att det inte fanns en europeisk enhetlig syn på när livet börjar och även om art 2 skulle ha varit tillämpligt på fostret så hade Frankrike inte gjort sig skyldig till kränkning av rätten till liv. Abortfrågan har tvingat Europadomstolen att ta ställning till och avgöra om ett foster har rätt till liv och om graviditet är en offentlig aspekt avseende, istället, rätten till privatliv, eller om man ska ge staterna den möjligheten att själva hitta en balans på synen mellan fostret och den gravida kvinnans fri- och rättigheter.

²⁰ European Court of Human Rights, Case of Vo v. France, Application no. 53924/00, Judgment of 8 July 2004

4.2 Tysiac v. Poland (2007)

I fallet *Tysiac v. Poland*²¹ riskerade den havande kvinnan att bli blind om graviditeten fortgick. Tillgång till abort nekades av staten trots att visst lagligt utrymme för terapeutiska aborter fanns under Polens konstitution. Europadomstolen fällde Polen och den klagande fick ersättning för kränkningen och rättegångskostnaderna. Trots det faktum att det var en fråga om abort på grund av hälsoskäl så var det rätten till privatliv enligt art 8 som hade kränkts i fallet. Här konstaterade man även att man som stat vid avvägning mellan det offentliga och privata intresset måste se till den fysiska integriteten hos den havande kvinnan och främst säkra den eftersom den, rätten till privatliv, utgör en positiv förpliktelse för staten.²²

4.3 A, B and C v. Ireland (2010)

I *A, B and C v. Ireland*²³ öppnades en möjlighet upp för Europadomstolen att besvara de ovan nämnda öppna frågorna. I fallet rör det sig om tre kvinnor som beslutade sig för att resa utomlands för att kunna genomgå en abort eftersom detta var olagligt i hemlandet. Samtliga sökanden hade erhållit aborter i Storbritannien. Den första kvinnan sökte abort på grund av hälsoskäl och välbefinnande, den andra lika så och den tredje sökte abort utomlands eftersom hon fruktade att det fortsatta havandeskapet skulle utgöra en stor livsfara för henne. Den tredje kvinnan befann sig alltså i en någorlunda skild situation från de andra två och kunde ha fått till en laglig abort i Irland i enlighet med Irländsk lag. Dock hävdade hon att hon var oförmögen att genomdriva sin rätt till abort i Irland på grund av avsaknaden av ett effektivt förfarande. Gällande de två första sökanden fanns det ingen grund till att neka kvinnorna en laglig abort.

Samtliga kvinnor har genomgått en abort, dock genom tillfällig utlandsvistelse. Den Europeiska domstolen för de mänskliga

²¹ European Court of Human Rights, Case of Tysiac v. Poland, Application no. 5410/03, Judgment of 24 September 2007

²² Tysiac v. Poland § 107

²³ European Court of Human Rights, Case of A, B and C v. Poland, Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010

rättigheterna fann att det faktum att kvinnorna hade rest utomlands för att kunna genomgå en abort var styrkt, lika så påståendet om att resan i sig *utgjorde en betydande psykisk börda för varje sökande* utan att vidare beakta andra frågor i tvisten. I morallänseende fan domstolen att resan som var tvungen att utföras är ett rent stigma eftersom det ses som en kriminell handling, vilket den inte var.²⁴

Gällande de två första sökandena fann domstolen att de nationella rättsmedlen inte var uttömda eftersom de inte hade ansökt om abort till skydd för hälsa eller välbefinnande som den nationella staten ger en konstitutionell rätt till^{25,26}. Beträffande den tredje sökanden fick domstolen ta ställning till om man ska godkänna rätt till abort på grundval av fara för liv. Klagomålet ogillades enligt art 2 i EKMR eftersom det var uppenbart ogrundat och brast bevismässigt. Sökanden kunde inte visa på att det fanns en relevant risk för hennes liv till följd av resetiden utomlands för aborten. Fallet framskreds dock på grundval av art 8 i EKMR, med rätten till respekt för privatlivet, med kompletterande frågor till följd av art 13 och 14 (5) i EKMR.

²⁴ A, B, C v. Ireland § 126

²⁵ A, B, C v. Ireland § 149

²⁶ Värt att tilläga är det faktum att det tar ca nio månader, en hel havandeperiod, från det att man ansöker om prövning i sak hos nationell domstol till det att en faktisk prövning av saken sker. Detta är anledningen till att dessa kvinnor har sökt sig utomlands för vård innan de hade uttömt de inhemska medlen.

5 Analys och diskussion

Det måste ständigt göras en helhetsbedömning av rättigheterna under Europakonventionen (EKMR) vilket således innebär att bestämmelserna måste tolkas tillsammans och inte var för sig för att lämpliga rättighetsavvägningar och åtgärder ska kunna vidtas. Jag kommer att kunna uttala mig om vissa sakfrågor mer säkert och precist än andra som får bli diskuterade i framtida avgöranden och forskning inom ämnesområdet.

5.1 Tillåtna restriktioner

Argumentationen för inskränkande abortlagstiftning bygger på att inskränkningen är tillåten enligt art 8 i EKMR. Denna måste vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till moral eller andras fri – och rättigheter. Inskränkningar med verkan av moral är dock betydligt svårare att göra gällande särskilt om inskränkningen är radikal. Trots det faktum att inskränkningen är att anse vara tillåten så måste staten i fråga tillgodose medborgaren den rätt som denna har. I fallet *Tysiac v. Poland* var staten skyldig att tillgodose medborgarna med tillgång till abort eftersom det utgör en positiv statskyldighet.

Gällande frågan om fostret har något skydd under art 2 i EKMR har Europadomstolen hänvisat till nationell lagstiftning eftersom svaret på frågan baseras på den status som fostret bär. En inskränkning av den fundamentala rätten till liv kan motiveras om den är att anse vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle varför man måste se till den enskilda nationalstaten trots det faktum att en eventuell samsyn, om att rätten till liv inte får inskränkas, råder i Europa.

5.1.1 Laglig inskränkning av art 2

Att leva är en grundläggande mänsklig rättighet som ger oss rätt att åtnjuta andra rättigheter, men när två intressenter plötsligt möter varandra och båda hävdar rätten till liv blir det problematiskt.

Skyddsnivån för art 2 är relativt hög och dess skyddsområde regleras genom lag. Hur starkt det lagliga skyddet är för foster framkom i *Vo v. France*. Rätten till liv är en absolut rättighet för samtliga levande, intokat födda, individer varför det är svårt att ta ställning till om foster omfattas av bestämmelsen eller inte. Ett foster är en människa, inte ett djur eller enzym av annat slag, varför man rent faktiskt kan hävda att ett foster besitter mänskliga rättigheter. Även om det inte råder konsensus bland medlemsstaterna kring frågan om när liv börjar så råder det enighet om att ett foster är en människorättsbärare.²⁷

Argumentation kan föras om att livet börjar vid befruktning, alltså när en kvinna blir havande, eller senare under graviditeten. Fostrets juridiska ställning beror helt enkelt på det sammanhang som det omnämns i. Hur som helst får fostret absolut rätt till liv först vid födseln vilket man kom fram till i *X v. The United Kingdom*²⁸ efter en utredning om även foster omfattas av termen *envar*. Detsamma gäller samtliga bestämmelser i EKMR samtidigt som det i fallet poängteras att fostret inte kan exkluderas helt om det skulle röra sig om speciella förhållanden. Domstolen i målet framhåller att ett foster har ett större skyddsvärde ju längre kvinnan kommer i graviditeten. Med detta sagt är synsättet på foster alltså dynamiskt och skyddsvärdet växer i takt med kvinnans havandeskap. Dock är det viktigt att återknyta till det tidigare sagda; liv liksom död är absoluta tillstånd och rätten till liv är förbehållet för endast födda individer.

Rätten till liv reserveras för födda personer av Europadomstolen eftersom en möjlig människa inte bör ha större rätt än vad den havande människan, som teoretiskt sätt har fått ställa sitt välmående eller liv på spel på grund av graviditeten, har.²⁹ Detta innebär dock inte att fostret inte har ett skyddsvärde eftersom situationerna varierar från fall till fall varför avgörandet borde tillhöra den havande kvinnan och hennes synsätt på graviditeten utan inblandning från staten. Förvisso tas inte den moraliska aspekten av att *ta ett liv* bort genom att låta beslutet om abort

²⁷ *Vo v. France* § 38

²⁸ European Court of Human Rights, Case of *X v. The United Kingdom*, Application no. 7215/75, Judgment of 5 November 1981

²⁹ *X v. The United Kingdom*

istället ligga på kvinnan även hon är en förnuftig människa och kompetent till att fatta begivna beslut. Dock måste hänsyn tas till hennes kapacitet om att uppfostra ett möjligt barn, vilket inbegrips i det nu sagda, varför foster inte behöver ses som livsvärdiga personer.³⁰

Vad som inbegrips under termen *kapacitet* är bland annat *liv* och *välbefinnande* som, när det kommer till sin spets, står emot fostrets intressen som senare får ge vika. Likt fallet *Tysiac v. Poland* finns det flera risker som en havande kvinna eventuellt kan bemöta under havandeskapet, kanske även riskera livet, varför hon ska ha rätt till självbestämmanderätt gällande hennes individuella och fysiska integritet.

Europakonventionen ser, precis som jag, ett större skyddsvärde i den havande kvinnan än i fostret om hennes välmående är skäl till abort. Med andra ord ger rätten till liv i art 2 rätt till abort om det finns terapeutiska implikationer.³¹ Denna konventionsbestämmelse kränks alltså om en individ nekas abort trots det faktum att denna uppfyller de nu ställda kraven för abort.

För att en inskränkning ska vara tillåten måste den tänkta åtgärden vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Åtgärden måste även vara proportionell vari det inskränkta och det skyddade intresset vägs mot varandra. Som det tidigare har blivit sagt står det staten fritt att avgöra vilket intresse som ska prioriteras men om åtgärden är allt för långtgående och avviker från det som vi idag kallar ett demokratiskt samhälle så är inskränkningen att anses vara otillåten. Gällande abort och hård lagstiftning kring den frågan är det moral och andra individers fri- och rättigheter som är de tänkbara skyddsintressena. Gällande restriktiv abortlagstiftning är moral som grund ganska vag men överensstämmer med skönsmarginalen *Margin of Appreciation* och skyddar fostret trots avsaknad av definitiv rätt till liv. Den stat som förbjuder abort prioriterar alltså fostrets intressen framför den havande kvinnans intressen genom legala klausuler.

³⁰ SOU 1971:58 s. 106

³¹ X v. The United Kingdom

5.1.2 Laglig inskränkning av art 8

Frågan om abort ska främst ses i ljuset av art 8, rätten till respekt för privatliv.³² Rätten till respekt för privatlivet utgör inte en plikt för staten att avstå från att blanda sig in i privata förhållanden. Istället utgör det ett krav på aktion för att möjliggöra rätten till privatliv för sina medborgare samt låta den klagande få påverka den eventuella juridiska processen, trots det faktum att art 8 inte innehåller några processuella anspråk.³³

A, B, C fallet är ytterst komplext eftersom samtliga sökanden har olika frågor rörande både positiva och negativa aspekter av art 8 samtidigt som Europadomstolen har en tvetydig ställning gentemot frågan om abort. Tidigare har domstolen haft en stark ovilja att fastställa fostrets status konventionell mening varför det ännu är oklart huruvida de ännu inte födda omfattas av art 2 som ovan har berörts. Vid sidan av denna tydliga ovilja att placera in ofödda under konventionen visar domstolen även på ett ifrågasättande av förekomsten av rätten till självbestämmande gällande den havande kvinnan. I enlighet med art 8 ska hennes rätt till självbestämmande upprätthållas varför hon utan premisser bör kunna välja om hon vill fortskrida sin graviditet eller inte. Art 8 har varit framgångsrik i *Tysiack* målet, dock är det noterbart att det endast berodde på att det saknades medel för att kunna bestrida avslag på en abort. Detta kan jämföras med den tredje sökanden i *A, B, C* målet där art 8 också har varit framgångsrik på grund av behovet av effektiva förfaranden för att avgöra om rätt till laglig abort fanns. Frågor av mindre komplexa slag rörande avsaknad av lagliga aborter under särskilda omständigheter har däremot avvisats av Europadomstolen, exempel på detta är de två första sökandena i *A, B, C* målet.

Som det ovan har diskuterats så gäller det att finna en balans mellan skyddet för fostret och den havande kvinnans självbestämmande och rätt till liv och välmående. En möjlighet till detta nu sagda finns knapphändigt eftersom stater har ett alldeles för stort skönsutrymme trots det faktum att en europeisk samsyn om att balansen skulle falla till förmån

³² X v. The United Kingdom och *Tysiack v. Poland*

³³ *Tysiack v. Poland*

för den havande kvinnan³⁴ har växt fram.³⁵ Det faktum att Europadomstolen ger Irland ett brett handlingsutrymme är en indikation på domstolens tolerans gentemot stater som är i otakt med den rådande europeiska konsensus som råder. Grunden i det här fallet kan ha varit Irlands starka moraliska ställning till fostrets juridiska status och dess rätt till liv. Vidare kan det även bero på att den rådande europeiska samsynen håller på att växa samman eftersom de stater som är i otakt snart är ikapp. Detta hade resulterat i att den rådande oenigheten tar slut. Möjligen kan staterna själva lösa den konflikt där fostret och modern står mot varandra men så länge Europadomstolen förvägrar fostret absolut rätt till liv innan födseln kommer kvinnans rättigheter och hennes intressen alltid gå före.

5.2 Kränks den enskilda individens intresse till förmån för det allmänna av Europadomstolen vid tillämpning av principen *Margin of Appreciation*?

Principen om *Margin of Appreciation* skapades för att balansera det överstatliga mot det statliga i mål vid Europadomstolen. Bedömningsmarginalen, som principen också kallas, är inte obegränsad eftersom det skulle innebära en försummelse av syftet med EKMR och inskränkningar, av de medborgerliga rättigheterna, av det allvarligaste slaget hade varit tillåtna. Abortfrågan och den prohibitiva lagstiftningen på området faller de in under de tillåtna inskränkningarna av art 8 med hänvisning till staternas *Margin of Appreciation*.

5.2.1 Fostrets intresse

Gällande de absoluta rättigheterna är det förbjudet för en stat att stödja sig på principen om *Margin of Appreciation* vilket framkommer i *Vo v. France*. Motsägelsefullt framkommer det även att en stat får grunda sin inskränkning

³⁴ I var fall när hennes välmående eller liv står på spel.

³⁵ A, B, C v. Irland

på bedömningsmarginalen gällande art 2 eftersom det råder oenighet mellan konventionsstaterna om när skyddet för liv inträder. Europadomstolens argument i fallet lyder som så att EKMR är ett dynamiskt instrument som ska tolkas och tillämpas i ljuset av dagens samhälle. Jag anser, likt ett antal skiljaktiga domare i målet, att Europadomstolens resonemang inte är hållbart och att fostret måste tilldelas en status för att oenigheten ska få ett slut. Jag har i samtliga rättsfall beaktat Europadomstolens resonemangföring och inställning som ständigt utmärks av återhållsamhet gällande abortfrågan. Europadomstolen undviker att lösa problematiken och hänvisar ständigt till den rådande oenigheten konventionsstaterna emellan varför ett juridiskt avgörande gällande fostrets status inte skulle vara för handen. Sammantaget innebär detta att fostrets eventuella intressen inte beaktas vid bedömningen eftersom den enskilda födda individens rättigheter går före.

5.2.2 Den levande individens intresse

Som det ovan har påvisats kan bedömningsmarginalen *Margin of appreciation* inte tillämpas på de absoluta rättigheterna i EKMR, däri inkluderat art 2, rätten till liv. En inskränkning av art 2 kan därför inte rättfärdigas med hänvisning till marginalen enligt huvudregeln. En inskränkning av det slaget klassificeras som *grav* och är absolut förbjuden enligt EKMR och Europadomstolen. Grava kränkningar av individers fundamentala rättigheter kan illustreras genom exemplet; en kvinna önskar genomgå en abort på grund av medicinska eller andra privata skäl (vid exempelvis risk att förlora sitt liv om hon fortsätter med havandeskapet) men nekas på grund av restriktiv lagstiftning. Följaktligen gör sig den stat som kränker rätten till liv och rätten till privatliv genom en restriktiv lagstiftning på området sig skyldig till att ha brutit mot EKMR. Vidare innebär detta att den staten gör sig straffrättsligt ansvarig för konventionsbrott vid kränkning en havande kvinnas rätt till abort eftersom hennes liv är av fundamentalt värde och privatliv av samhällelig acceptans.

Den återhållsamheten som diskuterades tidigare är för Europadomstolen ett verktyg för att inte förlora sin legitimitet och benämns

som *judicial self-restraint*. Denna kan förklaras vara en ”mild form av immunitet.”³⁶ Europadomstolen kan med hänvisning till sin immunitet tillåta att rättighetskränkningar sker för att själv inte riskera att gå utanför sitt juridiska mandat. Med hänsyn för de mänskliga rättigheterna och syftet med dessa kan Europadomstolen trots allt förlora sin legitimitet om återhållsamheten är särskilt radikal. Det är i det här hänseendet som frågan om abort och rätten till liv blir problematisk. Europadomstolens ovilja att fastställa en förklaring till när skyddet för liv inträder har bidragit till denna problematik varför situationen blir ännu mer problematiskt även för den havande kvinnan, särskilt om hon bara *tror* sig riskera sitt liv som i *A, B, C v Ireland* fallet. Kvinnan nekades talerätt eftersom hennes talan var uppenbart ogrundad och bevismässigt ohållbar. I det fall hennes talan inte hade fortskridit enligt art 8 EKMR hade det varit ett rent bevis på diskriminering från Europadomstolen. Det var bara den tredje sökanden som fick sin röst hörd gällande art 8 och rätten till privatliv medan de andra två sökandena avvisades med hänvisning till att de inte hade uttömt de inhemska rättsmedlen. Sammantaget ser Europadomstolen inte bara till individens intressen men även till statens.

5.2.3 Det privata v. det offentliga intresset

Att inkludera rätten till abort i art 8 EKMR kan ses som en utopi enligt min åsikt trots det faktum att individuella rättigheter erkänns alltmer samtidigt som staters radikala syn på individer och deras samlevnad ogillas. Konventionstexten tolkas som så att rätten till privatliv ska skydda individen från offentligt ingripande i det privata, vari även abortfrågan faller in. Individen ska ha fria val och kunna avgöra vad denna önskar utan att staten lägger sig i. Om en havande kvinna vill genomgå en abort så bör det medicinska ingreppet vara tillgängligt oavsett skäl med respekt för de mänskliga rättigheterna som syftar till att stärka och understödja respekten för individens rätt. Argument kan föras kring att det finns en växande europeisk samsyn gällande rätten till privatliv varför frågan om abort

³⁶ Heidelberg s. 2

inbegripen under artikeln. Dock vill jag hävda att den ständigt kommer att reserveras på grund av statlig inblandning som grundar sin argumentation på principen om *Margin of Appreciation* varför individen aldrig kommer att kunna göra fria val, i var fall inte utan att lämna ut sitt privatliv till någon inom vården eller inför en nämnd. Sammantaget kommer den enskilda individens intressen alltid kränkas till förmån för det offentliga med hänvisning till *Margin of Appreciation*.

5.2.4 Leder principen om *Margin of Appreciation* till diskriminerande utfall gällande rätten till abort?

Den europeiska samsynen är den vägledande och avgörande faktorn för Europadomstolens bedömning från fall till fall. Denna samsyn, moral, som råder vid tidpunkten för bedömning är alltså utslagsgivande för om en minoritetsgrupp kommer att riskera utsättas för diskriminering. Enligt min mening är det paradoxalt att stater i brist på en europeisksamsyn ska kunna inskränka havande kvinnors rättigheter så som rätten till liv och rätten till privatliv. Havande kvinnor är en minoritetsgrupp och bör erhålla ett större skydd vilket EKMR brister i på grund av en alltför bred tillämpning av principen *Margin of Appreciation*. En konventionsstat har rätt att bevara sina traditioner, sin kultur etc. men inte ska skyddet för privatliv förkastas eftersom offentliga intressen och statssuveränitet går före. *Margin of Appreciation* har skapat en stor handlingsfrihet för stater som mot sitt syfte, om att öppna upp för europeisk acceptans och mångkulturalism, har öppnat upp för vida inskränkningar av individers fri- och rättigheter. Detta handlingsutrymme bör göras snävare istället för bredare, särskilt när det gäller synen på abort. Det är skrämmande att en kvinna ska behöva nekas abort även om hennes liv och/eller välbefinnande sätts på risk.

5.3 Sammanfattande kritik och förslag till lösning

Margin of Appreciation är en princip som bygger på statssuveränitet samtidigt som mångkulturalism och acceptans råder mellan staterna. Detta är enbart vackra ord för den observanta som ser på principen ur ett kritiskt perspektiv. Principen om *Margin of Appreciation* bidrar till kränkningar av den enskildas intressen till förmån för det offentliga ur flera aspekter som ovan har anförts. Sett till EKMR och dess syfte är diskriminering inte önskvärt men tas till av Europadomstolen för att förena statssuveräniteten och statsförpliktelserna enligt EKMR. I praxis rörande frågan om abort framkommer krocken mellan konventionsbestämmelserna och den rådande statsmoralen som tydligast. EKMR skapades för att tillgodose alla individers behov men det är inte enkelt för Europadomstolen att avgöra konventionsbestämmelsernas tillämplighet i varje enskilt fall eftersom konventionsstaterna har olika kulturer och interpreterar samma fri- och rättigheter på skilda sätt.

Europadomstolen ska eftersträva objektivitet, hederlighet och garanterar allas lika värde, inte motsatsen. Trots detta varierar utfallet av de fall som domstolen dömer i troligen i lika stor grad som antalet individer som EKMR skyddar eftersom varje människa är unik och kräver det skydd som är bäst lämpat för henne.

Gällande frågan om abort skulle Europarådet kunna förenkla det juridiska förhållandet genom att definiera fostrets status som, i sin tur, absolut inte orsakar en kränkning av kvinnans rättigheter vid beaktande av det ovan sagda. En definition av fostrets status hade snarare inneburit ett auktoriserande av hennes inställning till graviditeten vari även respekt för hennes privatliv och självbestämmande hade tagits i akt. Jag lägger fram detta förslag eftersom frågan om abort torde vara den enskilda kvinnans val och att hennes vilja och liv alltid borde gå före fostrets intressen oavsett anledning, något som inte går att läsa ut ur Europadomstolens praxis eller EKMR. Detta är en självklarhet enligt min uppfattning. Vad som däremot kan utläsas ur praxis, och som går hand i hand med det nu sagda, är att

staten endast får inskränka den privata sfären vid livsduglighet och att det är kvinnan som har självbestämmanderätt samt rätt att välja om hon ska genomgå en abort eller inte fram till dess. Dock uppstår här en problematik eftersom oenighet om när liv börjar råder staterna emellan vilket är ännu en anledning till varför en definition av fostrets status behövs. Om en definition inte kan ses som en lösning torde Europarådet åtminstone skapa ett tilläggsprotokoll till EKMR där graviditetsrättigheter tas upp.

Förslagen till lösningar har lagts fram eftersom frågan om abort är känsloladdad, precis som andra områden som faller innanför principen *Margin of Appreciation*, samt eftersom de abortsökande kvinnorna får stå ut med den impotens inför att bli nekade den valfrihet i fall som rör deras, i högsta grad, intima del av livet. Lösningarna skulle bidra till en snävare användning av principen samtidigt som både det offentliga och privata intresset skulle tillgodoses. Europadomstolen hade möjligen inte gått utanför sin kompetens varför flera intressen hade tillgodosetts parallellt med varandra så länge principen om allas lika värde inte överskrids. Minoritetsrättigheter förstärks och missbruk av principen undviks.

Käll- och litteraturförteckning

Offentliga tryck

Den europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

SOU 1971:58, Rätten till Abort / 1965 års abortkommitté, Stockholm, 1971.

Wienkonventionen om traktaträtten, Recueil des traités des Nations Unies, Volym 1155, s. 331.

Litteratur

Cameron Ian, An introduction to the European Convention on Human Rights, 6th edition, Iustus Förlag AB 2011.

Danelius Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, fjärde upplagan, Nordstedts 2012.

Namli, Elena & Gunner, Göran, Allas värde och lika rätt, perspektiv på mänskliga rättigheter, Studentlitteratur 2005.

Elektroniska källor

Bakircioglu Onder, The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, German Law Journal, Vol. 08 No 07, 2007. (2015-01-06)

http://germanlawjournal.com/pdfs/Vol08No07/PDF_Vol_08_No_07_711-734_Articles_Bakircioglu.pdf

Council of Europe, Judicial professions, The Lisbon Network, "The Margin of Appreciation, Introduction." (2015-01-06)

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

Heidelberg, Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, Speech by Mr Dean Spielmann President of the European Court of Human Rights, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 13 December 2013 (2015-01-06)

http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf

Europadomstolen

European Court of Human Rights, Case of A, B and C v. Poland, Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010

European Court of Human Rights, Case of Tysiac v. Poland, Application no. 5410/03, Judgment of 24 September 2007

European Court of Human Rights, Case of Vo v. France, Application no. 53924/00, Judgment of 8 July 2004

European Court of Human Rights, Case of X v. The United Kingdom, Application no. 7215/75, Judgment of 5 November 1981