

# Kvinden og fosteret i nyere menneskeretlig praksis

JANNE ROTHMAR HERRMANN, Ph.d. stipendiat, cand.jur., Forskningsafdeling II, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

Artiklen drøfter forholdet mellem kvindens rettigheder og fosterets status i situationer, hvor der ikke er en interessekonflikt.

Keywords: Right to life, Abortion, foetus, European Court of Human Rights

Fosterets status i menneskeretten har især været knyttet til abortspørgsmålet og dermed et underliggende *konfliktperspektiv* mellem kvinde og foster. Den menneskeretlige forståelse af retten til livet inkluderer – i hvert fald for fødte mennesker – også retten til at leve og overleve, hvilket bl.a. fremgår af FN's Konvention om Civile og Politiske Rettigheder (CCPR) art. 6 og komitéens fortolkning heraf (se navnlig CCPR General Comment no. 6: The right to life, 30/04/82, punkt 5). I relation til fosteret kunne man karakterisere en sådan ret som en ret til at blive født levende, og retten kan på linje med abortspørgsmålet udspille sig i et konfliktperspektiv med kvinden, hvor eksempelvis kvindens manglende samtykke til kejsersnit betyder, at fosteret ikke overlever. Men fosterets ret til liv og blive født levende kan også udspille sig i et *harmoniperspektiv*, hvor kvinde og foster ikke har modsatrettede interesser, fordi kvinden ønsker at fosteret skal blive til et levendefødt barn.

Denne artikel vil reflektere over fosterets status i menneskeretten fra et harmoniperspektiv for at afdække om og i hvilket omfang fosteret ydes en beskyttelse, når man fjerner spørgsmålet fra abortspørgsmålets konfliktbaserede kontekst. Hvis man sammenholder abortstatistikken med fødselstallet, er det tydeligt, at de fleste graviditeter munder ud i fødslen af et barn, og dermed må formodes at være ønskede. Fosterets status i et harmoniperspektiv hænger derfor også sammen med i hvor høj grad menneskerettighederne sikrer kvindens rettigheder ved at beskytte den graviditet og det foster, som hun ønsker skal blive til et barn.

De menneskeretlige normer kommer til udtryk i forskellige menneskeretlige systemer og instrumenter. Instrumenterne kan bestå af konventioner, deklamationer og rekommandationer, og det er omdiskuteret, hvordan disse instrumenters retlige karakter skal opfattes. Det kan have en betydning om eller hvordan en konvention er inkorporeret i national ret, om der er tale om en hard law eller soft law retskilde og om den enkelte borger har adgang til at indbringe en klage for en domstol eller et fortolkende organ. Instrumenterne

udspringer også fra forskellige systemer, eksempelvis FN systemet eller Europarådet. De menneskeretlige normer kan dog også anskues på en måde, hvor det ikke er afgørende i hvilket system eller instrument en bestemt norm kommer til udtryk. De kan anskues som ligeartede, fordi de argumentativt supplerer indholdet af hinanden. At der er et sådant samspil mellem de menneskeretlige værdier kan man bl.a. se et eksempel på i sagen *Evans v. UK* (application no. 6339/05 af 7. marts 2006<sup>1</sup> – sagen omtales mere uddybende senere nedenfor). Her hentede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) argumenter ikke bare fra en anden Europarådskonvention, som Storbritannien ikke havde underskrevet (Bioetikkonventionen), men også fra Unesco's Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, ligesom man forholdte sig til en række sager fra amerikansk og israelsk domspraksis (pr. 31-42). Ved at bruge en værdibaseret fortolkningsstil bliver retskildeanvendelsen således bredere end i den traditionelle retskildelære (se hertil Ketscher 2000, s. 277). Samme tilgang er valgt her.

I artiklen tager jeg udgangspunkt i en sag fra EMD *Vo v. France*. Dette er indtil videre den eneste sag, der omhandler harmonisationen. Derefter afdækkes beskyttelsen af det ønskede svangerskab i forskellige relevante menneskeretlige instrumenter. Selvom denne sag, om en national lovgivning, der ikke gav mulighed for at straffe "ødelæggelsen" af et foster i strafferetligt regi, er den eneste af sin art, kunne man forestille sig andre harmonisationer hvor kvinden og foster har en sammenfaldende interesse i fødslen af et sundt barn. Det kunne udmøntes i en deraf følgende interesse i at modtage medicinsk behandling, der er virksom overfor kvindens sygdom uden samtidig at skade fosteret, eller i at kvinden ikke skal udføre arbejdsopgaver eller arbejde i et arbejdsmiljø, der er skadeligt for fosteret. Et andet eksempel kunne være regler, der tvinger kvinder til at få abort mod hendes vilje, sådan som der har været eksempler på i forbindelse med den kinesiske étbarns-politik (de kinesiske regler er kort beskrevet i Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager, Årsberetning 2005, s. 17).

## Vo v. France

EMD og den tidligere Kommission (EMK) har i flere sager haft spørgsmålet om fosterets status til bedømmelse. Det drejer sig hovedsageligt om sagerne *Paton v. UK* (Application 8416/79 X v. the United Kingdom, decision of 13 May 1980 on the admissibility of the application),<sup>2</sup> *Boso v. Italy* (Application no. 50490/99 Giampiero Boso v. Italy, Decision as to the admissibility, 5 September 2002), *H. v. Norway* (Application no. 17004/90 R.H.

1 Evans-sagen blev efterfølgende indbragt for Storkammeret, hvor den blev hørt den 22. november 2006. Den endelige dom forelå endnu ikke ved denne artikels udarbejdelse.

2 Omtales her som *Paton v. UK*, idet der henvises til den nationale sag *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees* [1979] QB 276; [1978] 3 WLR 687; [1978] 2 All ER 987.

v. Norway, Decision of 19 May 1992 on the admissibility of the application) og Brüggemann & Scheuten v. Germany (Application no. 6959/75, Rose Marie Brüggemann & Adelheid Scheuten v. the Federal Republic of Germany, Report adopted by the Commission on 12 July 1977), der alle omhandlede fosterets status i konfliktperspektivet, idet sagernes kontekst var abortspørgsmålet. Praksis på dette område viser en stor tilbageholdenhed med at definere om og i hvilken udstrækning fosteret er omfattet af retten til liv i art. 2, men fastslår dog bl.a., at et absolut forbud mod abort, der inkluderer situationer, hvor et sådant indgreb er nødvendigt af hensyn til kvindens liv, vil være i strid med hendes ret til liv. Fosterets ret til liv kan derfor ikke forstås som en absolut rettighed. Omvendt er en graviditet ikke en fuldstændig privat sag for kvinden, i Brüggemann & Scheuten fastslog Kommissionen, at en graviditet bringer kvindens krop og hendes ret til privatliv ind i en ny sfære, hvor hendes rettigheder mødes med det spirende fosters rettigheder og statens interesse i at varetage disse. Også i konfliktperspektivet vil fosteret således kunne have en status, selvom dens omfang er uafklaret i menneskerettighedsorganernes praksis.

I *Vo v. France* (Application no. 53924/00 af 8. juli 2004) fik domstolen for første gang lejlighed til at forholde sig til spørgsmålet om fosterets status i et harmoniperspektiv. Her var spørgsmålet om det var en overtrædelse af EMRK art. 2, at et foster efter den nationale franske lovgivning ikke kunne anses for at være et offer for uagtsomt drab, og kvinden derfor ikke havde nogen strafferetlige muligheder for at drage lægen til ansvar for "ødelæggelsen" af hendes foster.

Klageren, der var gravid i 6. måned, skulle undersøges rutinemæssigt på hospitalet. Samme dag skulle en kvinde med samme efternavn have fjernet sin spiral. Da lægen kaldte på "Madame Vo" i venteværelset, svarede klageren. Efter en kort samtale konstaterede lægen, at hun havde svært ved at forstå fransk, og efter at have kigget i journalen begyndte han at fjerne spiralen uden at undersøge hende først. Herved gik der hul på fosterhinden med tab af fostervand. Lægen blev nu klar over, at der var sket en forveksling, og klageren blev indlagt på hospitalet. Lægen forsøgte nu forgæves, at fjerne den rigtige kvindes spiral, men besluttede at den måtte fjernes den følgende dag under fuld narkose. I forbindelse med denne operation var det igen fejlagtigt klageren, der blev ført til operationsstuen, idet hun dog undgik den fejlagtige operation idet hun protesterede og blev genkendt af narkoselægen. Efter en uge blev det konstateret, at det mistede fostervand ikke var blevet gendannet og graviditeten måtte derfor afbrydes på en medicinsk indikation.

Dommen blev afsagt med dissens både for så vidt angår udfaldet og for så vidt angår begrundelsen.

Klagerens sag hvilede primært på påstanden om, at det nu var videnskabeligt bevist, at livet begynder ved befrugtningen, og at det barn, der er blevet til ved en befrugtning men endnu ikke er født, hverken er et bundt celler eller en ting, men en person. Hun gjorde gældende, at art. 2, der gælder "enhver" derfor måtte forstås som omfattende alle mennesker, og ikke blot personer, der har status som en retlig personlighed. Klageren ønskede således, at fosteret skulle omfattes af beskyttelsen i art. 2, så staten ville være forpligtet til at beskytte rettigheden ved strafforfølgelse.

Et flertal af dommerne tager i deres vurdering udgangspunkt i en konstatering af, at EMD endnu ikke har taget stilling til om den ufødte er omfattet af art. 2, og henviser til de tidligere sager, hvor fosterets ret til liv har været diskuteret, idet spørgsmålet hidtil udelukkende har været rejst i forbindelse med abort (pr. 75-80). I den hidtidige praksis er det ufødte barn ikke blevet anset for en person, og hvis det ufødte barn har en ret til liv er retten begrænset af moderens rettigheder og interesser. På den anden side har EMD og den tidligere EMK, som jeg vender tilbage til senere nedenfor, ikke udelukket muligheden for, at rettigheder i særlige tilfælde kan udstrækkes til at omfatte det ufødte barn. Klageren vandt således ikke gehør for sine synspunkter.

Vo v. France adskiller sig fra de tidligere sager ved, at der her er tale om en kvinde, der ønskede at fuldføre sin graviditet, og et foster, der var rask og måtte formodes at være levedygtigt<sup>3</sup>. Aborten var således et resultat af lægens fejl. EMD udviser alligevel den samme tilbageholdenhed med at definere menneskerettens beskyttelse af fosteret, selvom man i en tidligere sag netop ikke havde afskåret sig fra denne mulighed. På linje med de tidligere sager anføres det, at spørgsmålet i vidt omfang er uafklaret, at der ikke hersker en fælles europæisk konsensus på området – hverken i videnskabelig eller juridisk forstand, og at staterne inden for denne sfære er tillagt en skønsmargin. Der lægges også vægt på, at fosterets status i den nationale franske lovgivning ikke er defineret (pr. 81-87). Derfor anser domstolen det hverken for muligt eller ønskeligt at fastslå om det ufødte barn er omfattet af menneskerettens beskyttelse. Det anføres, at fosterets liv var tæt forbundet med kvindens, og kunne beskyttes gennem hende. Derfor lægger domstolen vægt på, at kvinden kunne have opnået erstatning ved at indlede en administrativ sag, hvorfor en sag i strafferetligt regi var overflødig<sup>4</sup>. Selv hvis art. 2 var anvendelig i sagen, er der således ikke sket en krænkelse.

I dissenserne peges der derimod på en række fortolkningsmuligheder, der følger i forlængelse af det spor domstolen og kommissionen tidligere har lagt ud i sager om fosterets status.

I dommer Mularonis dissens, der mente, at artikel 2 også omfattede fosteret, peges der på, at der findes en konsensus i alle de nationale retssystemer om at adgangen til abort ikke skal være fuldstændig fri: *"Although legal personality is only acquired at birth, this does not to my mind mean that there must be no recognition or protection of 'everyone's right to life' before birth. Indeed, this seems to me to be a principle that is shared by all member States of the Council of Europe, as domestic legislation permitting the voluntary termination of pregnancy would not have been necessary if the fetus was not regarded as having a life that should be protected. Abortion therefore constitu-*

---

3 Se omtalen af den patologiske undersøgelse af fosteret i pr. 14.

4 Den franske stat gjorde gældende, at klageren ikke havde udtømt de nationale retsmidler. Hun anførte derimod, at *"while her recourse to the criminal courts had, unforeseeably, proved unsuccessful, the possibility of applying to the administrative courts had in the meantime become statute-barred"*. Se nærmere pr. 43-45.

*tes an exception to the rule that the right to life should be protected, even before birth*<sup>5</sup>. Ved at stille denne konsensus i forgrunden kunne man således nå et andet resultat, der lå i forlængelse af en tidligere afgørelse, hvor Kommissionen valgte at holde en mulighed åben for, at man i nogle situationer kunne omfatte fosteret af en beskyttelse (Paton v. UK-sagen, der omtales mere uddybende senere nedenfor).

I en separat begrundelse anfører den franske dommer Costa (pr. 3 og 17 i den separate begrundelse),

I voted in favour of finding no violation of Article 2, but would have preferred the Court to hold that Article 2 was applicable ... I see no good legal reason or decisive policy consideration for not applying Article 2 in the present case. On a general level, I believe (in company with many senior judicial bodies in Europe) that there is life before birth, within the meaning of Article 2, that the law must therefore protect such life, and that if a national legislature considers that such protection cannot be absolute, then it should only derogate from it, particularly as regards the voluntary termination of pregnancy, within a regulated framework that limits the scope of the derogation. The actual circumstances of Mrs Vo's case made it all the more appropriate to find that Article 2 was applicable: she was six months pregnant (contrast this – purely for illustration purposes – with the German Federal Constitutional Court's view that life begins after fourteen days gestation), there was every prospect that the foetus would be born viable and, lastly, the pregnancy was clearly ended by an act of negligence, against the applicant's wishes.

Synspunktet synes udover formodningen om levedygtighed at lægge nogen vægt på fosterets ”formål” som defineret af kvinden.

I dette tilfælde var fosterets formål at blive til et barn, hvilket taler for en større beskyttelse end tilfælde, hvor fosterets formål ikke er at blive til et barn og svangerskabet afbrydes efter en anmodning om abort. Fosterets status ville efter en sådan formålsafhængig beskyttelse være flettet ind i kvindens rettigheder og beskyttelsen afhængig af den status hun selv tildelte fosteret. Dette aspekt diskuteres nærmere senere nedenfor.

At EMD ikke anser fosteret i *Vo v. France* for omfattet af art. 2, kan forekomme meget tilbageholdende. Selvom abortsagerne afviser, at fosteret har en absolut ret til livet, så lod EMK det være et åbent spørgsmål i *Paton v. UK* om fosteret slet ikke var omfattet af art. 2 eller modsat var omfattet af bestemmelsen, dog med ”*certain implied limitations*”. Dette spørgsmål er ikke blevet endeligt afklaret i senere praksis. Domstolen har i flere sager understreget, at EMRK er ”*a living instrument*”, der skal fortolkes dynamisk og dermed løbende tilpasses udviklingen. Denne fortolkningsklausul må afvejes med staternes *margin of appreciation*, og der består således et skisma mellem de to grundlæggende principper i denne type sager. Der er flere eksempler på, at den dynamiske fortolkning for alvor sætter ind, når der i staternes nationale lovgivninger og praksis eller i internationale eller europæ-

---

5 Dommer Mularonis dissens med tilslutning fra dommer Straznicka (dissensens præmisser er unummereret).

iske instrumenter findes at være en klar overensstemmende europæisk "trend". *Present-day conditions* må således bedømmes ud fra, hvordan man på europæisk plan anskuer problemstillingen. Dette var tilfældet i både *Marckx v. Belgium* (application no. 6833/74 af 13. juni 1979, pr. 41) og *Sigurjónsson v. Iceland* (application no. 16130/90 af 30. juni 1993, pr. 35). Om et område falder inden- eller udenfor staternes skønsmargin hænger således sammen med i hvor høj grad der er "*a growing measure of common ground*" eller om der er generel europæisk uenighed om spørgsmålet (se også van Dijk 1998, s. 87). Dette fremgår også generelt af de sager, der omhandler beskyttelsen af fosteret, idet EMD nok har henvist til spørgsmålets moralske karakter, men også altid har knyttet dette til, at der ikke hersker enighed om spørgsmålet, hverken i de nationale europæiske lovgivninger eller i juridisk, videnskabelig eller filosofisk forstand. Bedømmelsen af hvorvidt der hersker europæisk konsensus om et givent spørgsmål kan være svær at foretage, hvilket også spores i Vo's mange separate begrundelser og dissenser. Staternes skønsmargin synes således – i hvert fald i denne sammenhæng – at være et indskrænkende fortolkningsprincip, der i nogen forstand har forrang for den udvidende, dynamiske fortolkning, idet EMD dog ifølge egen praksis kan efterprøve om staten forvalter sin margin proportionelt og i god tro<sup>6</sup>. At EMD bliver nødt til at være et genspejl af de normer, der dominerer blandt medlemsstaterne er på den ene side indlysende; en overstatslig instans risikerer ellers at miste legitimitet. På den anden side må den dynamiske fortolkning, hvis rettighederne i konventionen skal have et tidssvarende indhold, i et vist omfang sætte en grænse for, hvor langt staternes skønsmargin rækker. EMD har da også i andre sager fastslået, at europæisk enighed ikke kan være det eneste parameter i fastlæggelsen af marginens rækkevidde, i *Rasmussen v. Denmark* (application no. 8777/79 af 28. november 1984, pr. 40) anføres det, at "*The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background; in this respect one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States*". I Vo-sagen forholdte flertallet sig dog ikke til, at de nationale abortlovgivninger alle udtrykte en vis konsensus i værdiopfattelsen af fosteret i relation til abortspørgsmålet.

Vo v. France udgør som tidligere nævnt den eneste sag i EMD's praksis om fosterets status i harmoniperspektivet, og behandler det omdiskuterede og i et vist omfang uafklarede spørgsmål om fosterets plads i strafferetten. Den danske kommenterede straffelov fremhæver, at fosteret som udgangspunkt skal være født, før det ydes beskyttelse i strafferetten og nævner, at det blandt de strafferetlige teoretikere har været et omdiskuteret spørgsmål, hvornår skiftet fra abortlovgivning til straffelov sker. Som følge heraf anføres det, at det er uafklaret om straffelovens bestemmelse om uagtsom legemsbeskadigelse kan bruges i en situation, hvor barnet fødes handicappet, fordi fosterets normale udvikling er blevet påvir-

---

6 Jf. sagerne *Handyside v. UK* (application no. 5493/72 af 7/12/1976) og *Sunday Times v. UK* (application no. 6538/74 af 26/04/1979).

ket af voldelige, medikamentelle eller andre indgreb (Greve m.fl. 2005, s. 307-308). I dansk ret har abortspørgsmålet i den historiske udvikling flyttet sig fra en kriminalisering af "fosterdrab" i straffeloven til en regulering i en særskilt abortlov, der tager udgangspunkt i kvindens selvbestemmelsesret og et gradueret syn på fosteret. At abortspørgsmålet oprindeligt havde sine rødder i strafferetten synes at være en underliggende forudsætning, der siden er fulgt med i særloven, idet der heller ikke her er blik for at der kan være andre forhold end den klassiske opfattelse af abort, der kunne være strafferetligt relevante. At Vo-sagen omhandler fosterets plads i strafferetten kunne således være en begrundelse for, at andre harmonisationer kunne anskues anderledes i den fremtidige menneskeretlige praksis.

På den anden side er det ikke givet, at EMD ville nå det modsatte resultat i andre harmonisationer. Et centralt argument i Vo-dommen er den pluralisme, der hersker i Europa med hensyn til, hvordan man retligt anskuer fosteret. Dette argument bruger domstolen til at forklare sin tilbageholdenhed med at lade fosteret være beskyttet af retten til liv. Så længe fosterets retsstilling er uafklaret i de nationale retssystemer og domstolen ikke har blik for den konsensus, der rent faktisk også er i de nationale retssystemer, kunne EMD således fortsat tænkes at være afvisende overfor at tildele fosteret en menneskeretlig beskyttelse også i andre harmonisationer. Sagens udfald understreger det – i denne kontekst – uhensigtsmæssige i den traditionelle personretlige opfattelse af fosteret, hvor fødslen definerer begyndelsestidspunktet for, hvornår man kan være en person i juridisk forstand med mulighed for at være indehaver af rettigheder. En mere moderne og formålsafhængig anskuelse af fosteret, sådan som det anskues i persondatabeskyttelsesretten<sup>7</sup> (Blume 2003, s. 14-15) kunne yde fosteret (og kvinden) en beskyttelse i Vo v. France. Imod en formålsafhængig anskuelse kunne man indvende, at den risikerer at blive arbitrær, og rejser problemstillingen, hvem der så er berettiget til at beslutte om et konkret formål er beskyttelsesværdigt. Under omstændigheder som i Vo v. France ville den formålsafhængige anskuelse være knyttet til kvindens autonomi, idet det er hendes statustilskrivelse for fosteret, der bliver afgørende, og således harmonere med, at autonomiprincippet generelt er et grundlæggende princip inden for bio- og sundhedsretten<sup>8</sup> (Mason 2006, s. 124 note 19).

---

7 Peter Blume anfører, at et fostre i det omfang det giver mening skal ydes retlig beskyttelse og betragtes som individer indenfor databeskyttelsesretten.

8 Mason anfører, at en accept af fosterdrab i Vo-sagen ikke ville true retten til abort, men faktisk ville beskytte kvinden og hendes ønske om at bevare svangerskabet, men anfører desuden, at *"this is, admittedly, the easy case. The reluctance...to address the fetal question directly may largely be born of the fear of establishing precedents that cannot then be controlled and which might open dangerous floodgates in the realm of maternal/fetal conflict in circumstances where the woman does not want to remain pregnant"*.

## Er fosterets formål afgørende for beskyttelse i andre sammenhænge?

Som nævnt indledningsvist om de metodiske overvejelser, anskues de menneskeretlige normer her, som ligeartede værdier, der argumentativt kan supplere og udfylde hinanden. Det er derfor relevant at overveje om fosterets formål er afgørende for beskyttelse i andre menneskeretlige systemer og instrumenter.

I denne sammenhæng må man fremhæve Europarådets Konvention om Menneskerettigheder og Biomedicin fra 1997 (Bioetikkonventionen). Det fremgår af art. 29, at EMD har kompetence til at afgive vejledende udtalelser om fortolkning af konventionen. Selvom en krænkelse af Bioetikkonventionen ikke i sig selv kan danne grundlag for en klagesag til EMD, kan konventionen virke i sammenhæng med EMRK<sup>9</sup>. Bioetikkonventionen beskytter ikke udtrykkeligt retten til liv, men har flere bestemmelser, der alligevel kan være relevante at nævne i forhold til spørgsmålet om hvorvidt fosterets formål er relevant for dets beskyttelse. Art. 18 (2) forbyder således, at et menneskeligt embryon skabes udelukkende til forskningsformål. Den formålsafhængige anskuelse af fosteret kommer således direkte til udtryk, idet et rent instrumentelt formål ikke må begrunde skabelsen af et liv<sup>10</sup>. Art. 18 (1) foreskriver, at i det omfang lovgivningen tillader forskning på embryoner in vitro, skal den også sikre en tilstrækkelig beskyttelse af embryonet.

Europarådets recommendation 1046/1986 on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes understreger, at det er nødvendigt at få en definition af fosterets biologiske status, idet man er opmærksom på at udviklingen i teknologien har gjort embryonets og fosterets retlige position særlig usikker, idet deres juridiske status ikke er defineret i lovgivningen. Bioetikkonventionen repræsenterer således et lille skridt på vejen i forhold til rekommendationens synspunkter. Fokus er dog på forskning i relation til det begyndende liv, og adskiller sig herved fra Vosagen, hvor formålet var langt mindre kontroversielt og ikke forbundet til de bioteknologiske landvindinger, idet formålet her var fødslen af et barn.

EMD har også haft lejlighed til at bedømme retten til liv for så vidt angår denne problemstilling, nemlig om befrugtede æg kunne siges at have en ret til livet.

---

9 Se *Evans v. UK* application no. 6339/05 af 07/03/2006, hvor EMRK art. 8 blev fortolket på baggrund af Bioetikkonventionen. At Storbritannien ikke har underskrevet Bioetikkonventionen gør i øvrigt sagen så meget desto mere interessant.

10 Modsat er der ingen hindringer for, at en kvinde bliver gravid med det formål at abortere for at producere fostervæv til brug for behandling. Dette illustrerer sammenhængen mellem kvindens og fosterets rettigheder, og at der således er en skærpet beskyttelse for embryoner in vitro, som fremstår som en af kvinden uafhængig entitet.

I Evans v. UK application no. 6339/05 af 07/03/2006 havde klageren sammen med sin partner påbegyndt IVF behandling. I den forbindelse blev der konstateret forstadier til kræft i æggestokkene, som skulle bortopereres. Inden operationen blev hun tilbudt én behandlingscyklus, hvor man medikamentelt fremkaldte modning af et antal æg. Hun blev informeret om, at man ikke på den pågældende klinik frøs ubefrugtede æg (hvilket i øvrigt heller ikke er en succesfuld teknik). I stedet befrugtede man æggene med partnerens sæd og begge parter blev informeret om, at deres samtykke til IVF behandling kunne tilbagekaldes når som helst indtil tidspunktet for implantationen af de befrugtede æg i kvindens livmoder. Implantationen kunne først foretages når der var gået 2 år siden operationen. I mellemtiden ophævede parterne imidlertid deres samliv, og partneren meddelte klinikken, at han tilbagekaldte sit samtykke, og at de befrugtede æg derfor skulle destrueres.

EMD afviste, at der var sket en krænkelse af art. 2 (pr. 45-47) med henvisning til Vo v. France og overvejelserne heri om den manglende europæiske konsensus om livets begyndelse og staternes skønsmargin.

Der forekommer dog at være en relevant forskel på de to sager. De befrugtede ægs formål var at blive brugt til IVF-behandling. Hvor fosteret i Vo-sagen allerede havde udviklet sig i de 6 måneder svangerskabet havde varet, forholder det sig lidt anderledes med de befrugtede æg i Evans-sagen. Deres oprindelige formål var at blive til børn, men formålet var mindre realiseret, og var desuden betinget af et fortsat samtykke fra såvel kvinden som manden. Som led i IVF-behandlingen må man forvente at visse æg ikke ville blive implanteret og gå til grunde, eller blive frasorteret af den læge eller laborant, der skulle udvælge netop de æg, der skulle forsøges implanteret. Der er altså en grundlæggende forskel på de to mulige beskyttelsesobjekter i Vo og i Evans. Derudover var der i Evans uenighed om det fortsatte formål med de befrugtede æg. Hvis man havde anlagt en mere dynamisk anskuelse i Vo, der lagde vægt på fosterets formål, ville man stadig kunne have nået et andet resultat i Evans, idet formålet her dels ikke var realiseret endnu, og at der var uenighed om formålet mellem de parter, der var kompetente til at beslutte dette formål.

## Retten til liv i FN's konventioner

Retten til liv, som i Vo og Evans ikke fandtes at omfatte hverken de uimplanterede befrugtede æg eller det 6 måneder gamle foster, er en værdi der også er beskyttet i andre menneskeretlige instrumenter. Jeg vil derfor i det følgende afdække i hvilket omfang fosteret er beskyttet heraf.

Universal Declaration of Human Rights (FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder) beskytter retten til liv i art. 3: *"Everyone has the right to life, liberty and security of person"*. Rettighederne i konventionen gælder, jf. art. 2, enhver *"without distinction of any kind, such as ... birth or other status"*. Efter Verdenserklæringen blev vedtaget i 1948 fik the Human Rights Commission of the Economic and Social Council til opgave at lave udkast til de to konventioner, Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) og Covenant

on Civil and Political Rights (CCPR). Sidstnævnte beskytter retten til liv i art. 6 (1): *“Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life”*. Hvorvidt denne ret også omfattede fosteret var et spørgsmål man med vilje lod være åbent ved konciperingen<sup>11</sup>. The Human Rights Committee, der offentliggør sin fortolkning af konventionen i sine *General Comments*, har aldrig behandlet spørgsmålet om, hvorvidt beskyttelsen gælder fostre<sup>12</sup>. Derimod har komitéen fokuseret artikel 6 omkring kvinders ret til liv i forbindelse med abort, således at staterne skal sikre, at kvinderne ikke har nødig at få foretaget livstruende aborter i det skjulte<sup>13</sup>. Art. 24 foreskriver også, at *“1. Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State. 2. Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name”*. Fødte børn udgør således formentlig den nedre grænse for, hvem der er omfattet af beskyttelsen. Dog er fosteret udtrykkeligt beskyttet i CCPR art. 6 (5), hvorefter dødsstraf ikke må eksekveres når det drejer sig om en gravid kvinde.

FN's Børnekonvention beskytter også retten til liv, idet art. 6 lyder: *“1. States Parties recognize that every child has the inherent right to life. 2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.”...* *“For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years”*, jf. art. 1. I den første arbejdstekst, der blev vedtaget fremgik det, at *“a child is every human being from the moment of birth ...”*<sup>14</sup>. Både under 1980<sup>15</sup> og 1989<sup>16</sup> gruppens arbejde blev det diskuteret, hvorvidt definitionen skulle nævne fødslen eller endda befrugtningen som en nedre grænse. Ingen af forslagene blev dog vedtaget, tværtimod blev man i 1980 gruppen enige om at lade *“from the moment of birth”* udgå af teksten som et kompromis, idet der både var delegerede, der mente at en beskyttelse fra fødselstidspunktet stred mod deres nationale lovgivning, hvor beskyttelsen gjaldt fra befrugtningen, og delegerede som mente, at man måtte opgive at definere et begyndelsestidspunkt for at imødegå den store variation, der var i de nationale lovgivninger. Da 1988 gruppen diskuterede retten til liv, var man enige om ikke

---

11 UN Doc. A/3764, punkt 112.

12 I General Comment 6: The Right to life (art. 6): 30/04/82, punkt 5, udtales det, at *“the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression “inherent right to life” cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that States adopt positive measures. In this connection, the Committee considers that it would be desirable for States parties to take all possible measures to reduce infant mortality”*. En reel indsats mod spædbarnsdødelighed kan dog også betyde et værn for fosteret.

13 General Comment 28, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, punkt 10.

14 Basic working text as adopted by the 1980 Working Group, E/CN.4/1349, p. 2.

15 Considerations 1980 Working Group E/CN.4/L.1542, p. 5-6.

16 Considerations 1989 Working Group E/CN.4/1989/42, p. 15-16.

at genåbne diskussionen om livets begyndelse<sup>17</sup>. På den anden side fremgår det udtrykkeligt af præambelens 9. betragtning, at *"the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth"* (min udhævning). Præambelen og koncipisternes udtrykkelige fravalg synes således at trække i hver sin retning i fortolkningen af, hvorvidt fosteret er omfattet af retten til liv. Hvis man sammenligner med EMD's fortolkning er der en tilbøjelighed til at tillægge "deltagernes hensigt" betydelig vægt, når det drejer sig om de områder, hvor staterne overlades en betydelig skønsmargin. Dette var i hvert fald tilfældet for så vidt angår den daværende Kommissions afgørelse af abortspørgsmålet i *Brüggemann & Scheuten v. Germany*: *"... when the European Convention of Human Rights entered into force, the law on abortion in all Member States was at least as restrictive as the one now complained of by the applicants. In many European countries the problem of abortion is or has been the subject of heated debates on legal reform since. There is no evidence that it was the intention of the Parties to the Convention to bind themselves of any particular solution"*<sup>18</sup>

Hensynet i præambelens 9. betragtning hænger således formentlig sammen med, at fosteret f.eks. i art. 24(2)d er ydet en indirekte beskyttelse, idet staterne er pålagt at give kvinder adgang til svangreomsorg<sup>19</sup>. Art. 24(2)d er en rettighed, der er tillagt kvinden, selvom det klart fremgår af art. 24(1), at formålet er barnets ret til sundhed og kvinden er så at sige et instrument til at implementere og udfolde denne ret. Bestemmelsen er således et eksempel på, at fosteret også kan styrkes i rettigheder gennem sin tilstedeværelse i hendes krop. Desuagtet er fosteret kun tildelt en afledt status – staten er forpligtet til at stille tilbud til rådighed, men kvinden kan autonomt til- eller fravælge tilbuddet.

FN konventionerne beskytter således fosterets ret til livet set fra et harmoniperspektiv, idet beskyttelsen udfoldes gennem kvinden og er afhængig af den status, hun tilskriver fosteret. Denne mekanisme havde EMD også for øje i *Vo* sagen, idet den manglende retlige status for fosteret i den nationale lovgivning ikke medførte, at fosteret slet ikke var ydet

17 Considerations 1988 Working Group E/CN.4/1988/28, p. 5-7.

18 *Brüggemann & Scheuten v. Germany*, application 6959/75 adopted by the Commission on 12 July 1977, præmis 64. At der kan bestå et skisma mellem den oprindelige hensigt og en levende formålsfortolkning fremgår tydeligt af Opsahls separate begrundelse (tiltrådt af Nørgaard og Kellberg) præmis 2-3: *"... a 'Fristenlösung' based on self-determination – is the one most consistent with what we think a right to respect for private life in this context ought to mean in our time ... nevertheless, we must admit that such a view cannot easily be read into the terms of Art. 8. The problem is not a new one and traditional views of the interpretation and application of this Article have to be taken into account notwithstanding the rapid development of views on abortion in many countries"*.

19 Bestemmelsen lød i øvrigt i sine udkast "to ensure appropriate health care for expectant mothers" og "to ensure appropriate pre- and post-natal health care for mothers and their children" inden den endelige udformning af bestemmelsen, der udelukkende refererer til kvinden, jf. Considerations 1989 Working Group E/CN.4/1989/48, p. 74-74, punkt 414.

beskyttelse, *"the life of the foetus was intimately connected with that of the mother and could be protected through her"* (pr. 86). I den konkrete sag var kvindens civilretlige muligheder dog i mellemtiden blevet forældet inden det viste sig, at sagen ikke kunne forfølges strafferetligt.

## Øvrig beskyttelse af svangerskabet

Fosterets ret til livet eller at blive født levende hænger også sammen med i hvor høj grad den gravide kvindes og fosterets ret til sundhed under svangerskabet er beskyttet.

FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder foreskriver i art. 25, at *"enhver har ret til en sådan levested, som er tilstrækkelig til hans og hans families sundhed og velvære, herunder til føde, klæder, bolig og lægehjælp og de nødvendige sociale goder og ret til tryghed i tilfælde af arbejdsløshed, sygdom, uarbejdsdygtighed, enkestand, alderdom eller andet tab af fortjenstmulighed under omstændigheder, der ikke er selvforskyldt."*

Mødre og børn har krav på særlig omsorg og hjælp. *Alle børn skal, hvad enten de er født i eller udenfor ægteskab, have den samme sociale beskyttelse*". Den særlige beskyttelse for mødre og børn, synes ikke umiddelbart at kunne udstrækkes til at gælde fosteret. Derimod kan fosteret være en faktor i familiens sundhed. Verdenserklæringen giver dog ikke svar på, hvordan denne ret skal fortolkes.

FN's Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder (CESCR) art. 12 anerkender *"the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health"*. For fuldt ud at realisere rettigheden er staten forpligtet til at tage de skridt, der er nødvendige for *"the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child"*, jf. art. 12.2.(a). Der er således klart et krav om, at gravide kvinder skal have stillet sundheds- og behandlingstilbud til rådighed, der specifikt er møn- tet på det foster, hvis formål er at blive til et barn.

FN's Kvindekonvention (CEDAW) foreskriver i art. 12.2, at der skal stilles sundheds- ydelser til rådighed, om nødvendigt gratis, til gravide kvinder, ligesom at der skal sikres tilstrækkelig ernæring under graviditet og amning. Fosteret er således i kraft af den beskyttelse, der ydes kvinden, givet en vis ret til sundhed under graviditeten. At kvindens autonomi reelt er den beskyttede interesse afspejler sig i art 16.1(e), hvorefter en kvinde har ret til reproduktiv autonomi. I CEDAW komitéens General Recommendation nr. 24 af 02/02/1999 synes den skærpede forpligtelse til at stille sundhedsydelser til rådighed for gravide kvinder at være begrundet i, at graviditet og barnefødsel udgør et unikt karakteristika for kvinder, og derfor potentielt udgør en særlig fare for diskrimination<sup>20</sup>. At konventionens bærende princip er forbud mod forskelsbehandling af kvinder fremgår også af præ-

---

20 Se særligt pkt. 1, 2, 6, 12 (a) og 27.

amblen. Beskyttelsen af fosterets sundhed<sup>21</sup> er således sekundær og virker kun i et harmoni-udgangspunkt, hvor kvinden bestemmer, at fosterets formål er en fortsat graviditet og i sidste ende et barn, og derfor drager omsorg for det og opsøger svangreomsorg. Omvendt ydes fosteret, hvis formål er at blive til et barn, et reelt værn mod sundhedsmæssig diskrimination, som følge af den gravide kvindes særlige status. Fosteret er således berettiget til at få stillet sundhedsfaglig omsorg til rådighed i kraft af sin relation til kvinden, selvom staten ikke er pålagt forpligtelser direkte i forhold til fosteret. Denne opfattelse genfindes som nævnt ovenfor i Børnekonventionens art. 24(2)d.

Kvindekonvention forpligter også staterne til at yde særlig beskyttelse for gravide kvinder i forhold til udførelse af arbejde, der kan være skadeligt for dem, og til løbende at re-vurdere sin beskyttelseslovgivning, således at den udgør et reelt og dynamisk instrument til beskyttelse af gravide kvinder, jf. art. 11.2 (d) og 11.3. Fosteret er således ydet en indirekte beskyttelse, idet bestemmelsens formulering *"To provide special protection to women during pregnancy in types of work proved to be harmful to them"* alene synes at tage sigte på den gravide kvinde, hvorved det er hendes sundhed og reproduktive autonomi, der er den primære beskyttelsesinteresse, ud fra konventionens underliggende rationale, om at kvinden ikke må udsættes for diskrimination, og der derfor skal træffes særlige foranstaltninger til at beskytte hende, således at naturlige biologiske og fysiologiske funktioner og processer, der er knyttet til hendes køn, kan udfoldes/gennemføres uden at hun stilles anderledes eller ringere.

Derudover kan det overvejes, hvilken beskyttelse staten eventuelt positivt kan være pålagt at yde fosteret eller en graviditet som led i at sikre kvinden respekt for retten til privatliv og familieliv, jf. EMRK art. 8. I Evans-sagen fastslog EMD, at en beslutning om at blive forælder er omfattet af begrebet privatliv, men fandt ikke, at der var sket en krænkelse af art. 8, idet IVF var en behandlingsform som *"gives rise to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is no clear common ground amongst the Member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one"* (pr. 57-69). Omvendt må en beslutning om forældreskab, der er blevet realiseret ved etableringen af en graviditet, uanset om dette er sket naturligt eller ved kunstig befrugtning, falde uden for skønsmarginen. Staten kan af de nævnte hensyn være berettiget til at regulere de betingelser, der kan knyttes til brug af befrugtningsbehandling, men når svangerskabet er etableret, må den gravide kvinde som udgangspunkt garanteres en respekt for dette aspekt af privatlivet, idet statens berettigelse til at regulere svangerskabet især knytter sig til under hvilke betingelser det kan afbrydes.

---

21 Det bemærkes, at retten til at få adgang til behandling også er optaget i Børnekonventionens art. 23 og 24, men som tidligere nævnt omfatter denne formentlig kun børn fra og med fødslen.

## En gordisk knude?

At fosterets rettigheder hænger nært sammen med kvindens rettigheder giver i et vist omfang sig selv. Mens denne relation oftest har været belyst ud fra et konfliktbaseret udgangspunkt, som det er tilfældet med abort, mener jeg det er lige så vigtigt at anskue fosterets rettigheder ud fra et harmonibaseret udgangspunkt, idet en manglende fosterbeskyttelse også kan betyde en svækket ret for kvinden til at undfange og gennemføre et svangerskab uden indblanding udefra.

Vo-sagen illustrerer et centralt problem ved at anvende det konfliktbaserede perspektiv på en harmonibaseret situation. Det betyder ikke blot noget for fosteret, men også for kvindens rettigheder, idet hendes ret til at stifte familie faktisk bliver dårligere beskyttet end hendes ret til at få abort. Herved overser man, at en fejl eller forsømmelse, der fratager hende muligheden for det potentielle barn også må anskues som en grov krænkelse af hendes kropslige integritet (Mason 2005, s. 109-110).

Fosterets uafklarede retlige situation betyder således, at konfliktperspektivet også kommer til at normere harmonisituationen. Mens dette er naturligt i lande, hvor abortspørgsmålet er kontroversielt og kvinder til stadighed må tilkæmpe sig ret til kropslig autonomi, fremstår det som en uhensigtsmæssig løsning i en retsorden hvor abortspørgsmålet – om end det for nogle kan være kontroversielt – under nærmere betingelser overlades til kvinden selv at beslutte. Hvis abortspørgsmålet således ikke længere er til forhandling, idet retsordenen hviler på, at kvinder har og fortsat skal have et retskrav på fri abort, fremstår det som uhensigtsmæssigt, at dette spørgsmål stiller kvinden ringere i andre aspekter af hendes reproduktive autonomi.

Idet Vo-sagen anså kvinde og foster for at være en enhed i den forstand, at fosteret kunne beskyttes gennem hende, fordi lægen evt. kunne sanktioneres for legemsbeskadigelse mod kvinden og gøres erstatningsansvarlig for en sådan skade i det civilretlige system, afviste man klagerens ønske om, at hendes foster skulle anses for at være en – i denne sammenhæng – af hende uafhængig enhed. Men at anerkende fosteret som en enhed i denne sammenhæng behøver ikke nødvendigvis at medføre indskrænkninger andetsteds i kvinders ret til reproduktiv autonomi, primært retten til abort.

Det er ikke livet som sådan der er beskyttet i artikel 2 – det er retten til livet. Det betyder, at staten er forpligtet til lovmæssigt at beskytte individet mod forsætligt drab. Staten skal aktivt sørge for at implementere denne beskyttelse – der skal altså følges op med handlinger fra statens side – sager om ulovligt berøvelse af livet skal således efterforskes og rejses for domstolene (det var netop denne beskyttelse klageren i Vo-sagen ønskede for sit foster).

Retten til liv er altså en negativ rettighed, dvs. en frihed til at nyde rettigheden uden indblanding, men staten kan være pålagt positive forpligtelser for at sikre beskyttelsens implementering. Sådanne positive forpligtelser har EMD indfortolket i retten til liv ud fra *effet utile* princippet selvom det ikke følger umiddelbart af bestemmelses ordlyd (van Dijk 1998, s. 74).

At der er tale om en negativ rettighed, eventuelt med de positive forpligtelser der kan følge af effekten af hensyn, betyder også, at man ikke har ret til at få stillet en andens krop til rådighed, selv ikke hvis denne krop er den nødvendige betingelse for ens egen fortsatte eksistens eller eksistensmulighed. Indenfor den fagfilosofiske litteratur illustrerer Judith Jarvis Thomson denne pointe med det kendte violinist-eksempel: En berømt og bevidstløs violinist lider af en alvorlig nyresygdom. Der findes kun én person med den rette blodtype. Denne person kidnappes af Foreningen af Musikelskere og forbindes til violinisten. Hospitalets overlæge afviser at adskille personen fra violinisten, da dette ville være det samme som at slå ham ihjel, og anfører at det jo også kun er nødvendigt at være forbundet med ham i 9 måneder (Thomson 1971, s. 47-66). Anlægger man hendes synsvinkel eller opfattelse af retten til liv kan statens positive forpligtelser således ikke indebære, at staten med magt bruger et individs krop af hensyn til et andet beskyttet individ/retsgode. Herved må en ret til fri abort principielt anerkendes, og denne opfattelse af retten til liv lukker således i nogen grad de overvejelser, der relaterer sig til konfliktperspektivet.

Som det er illustreret i denne artikel behandles harmonisituationen på baggrund af konfliktperspektivet. Derved er kvindens status i et harmoniperspektiv dårligere beskyttet end kvindens status i konfliktperspektivet. En beskyttelse af harmonisituationen kræver således enten en afklaring af konfliktspørgsmålet, således at fosterbeskyttelse ikke sker på bekostning af kvindens rettigheder, eller en ny måde at opfatte fosterets retlige status på, hvor kvindens autonomi og hendes hensigt med graviditeten i højere grad er styrende for fosterets status, således at det ønskede svangerskab også bliver en beskyttet sfære, som andre ikke må gribe uønsket ind i.

Indtil nu har konfliktsituationen og harmonisituationen været bundet sammen i en gordisk knude – en knude der ikke kan bindes op, selvom mange har forsøgt. Men måske kan retten løsne op for denne knude, således at de to situationer kan anskues hver for sig, og ikke filtret ind i hinanden, hvis man får blik for at der er tale om to afgørende forskellige situationer, som ikke behøver at normere hinanden.

Uanset om Vo-sagen er repræsentativ for kommende sager, der har sit omdrejningspunkt i harmonisituationen, så illustrerer den, at der er behov for et nyt teoretisk fundament, der kan håndtere hybrider som fosteret, idet en beskyttelse der afhænger af betingelsen om at være blevet levendefødt ikke udgør en tidssvarende beskyttelse, herunder af kvindens reproduktive autonomi.

## Litteratur

- Blume, Peter. *Databeskyttelsesret*. 2. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.
- Detrick, Sharon. *The United Nations Convention on the Rights of the Child – A Guide to the Travaux Préparatoires*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Greve, Vagn, Asbjørn Jensen, Gorm Toftegaard Nielsen. *Kommenteret straffelov – Speciel del*. 8. omarbejdede udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

- Lorenzen, Peer, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen. *Den Europæiske Menneskeretskonvention – EMRK-kommentar (art. 1-10)*. 2. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.
- Ketscher, Kirsten. "Mod en argumentativ ret", s. 272-287, Jussens venner, hefte 5-6. Oslo: Universitetsforlaget, 2000.
- Mason, JK. "What's in a name? The vagaries of *Vo v France*", s. 97-112, *Child and Family Law Quarterly* 17:1, 2005.
- Mason, JK & GT Laurie. *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*. 7. udgave. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Thomson, Judith Jarvis. "A Defence of Abortion", s. 47-66, *Philosophy and Public Affairs*, Fall 1971.
- Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager, Årsberetning 2005, [www.sico.ankl.dk](http://www.sico.ankl.dk)
- Van Dijk, P. og GHJ van Hoof. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3. udgave. Den Haag: Kluwer Law, 1998.