

Abort i grundlagen?

En juridisk och historisk analys av varför abort ej bör ges konstitutionell status



Lotta Vahlne Westerhäll
Per Arvidsson
Rickard Lyckander
Andreas Stenkar Karlgren

 CLAPHAM
INSTITUTET

 sallux
ECPM FOUNDATION

Rapport 9:2024

Copyright: Claphaminstitutet och författarna, 2024

Om rapportförfattarna:

Lotta Vahlne Westerhäll är professor emerita i juridik, Göteborgs universitet.

Per Arvidsson är leg läkare, med dr i klinisk fysiologi, forskare vid Lund och Oxfords universitet.

Rickard Lyckander och Andreas Stenkar Karlgren är advokater.

Redaktör för rapporten är Per Ewert, fil dr i politisk historia.

Rapporten är framtagen med stöd från Livets Fond samt Sallux.

Omslagsbild: Janko Ferlič on Unsplash

ISBN: 978-91-88163-98-1

Since 2011, the activities of Sallux have been financially supported by the European Parliament. The liability for any communication or publication by Sallux, in any form and any medium, rests with Sallux. The European Parliament is not responsible for any use that may be made of the information contained therein.

Innehåll

1. Inledning och syfte med rapporten.	4
1.1 Regeringens utredning	4
2. Abort i Sverige	
– historik och nutidsteckning.	5
2.1 Genomförande av abort i Sverige	5
2.2 Abortkommittén och 1938 års abortlag	7
2.3 Tvåläkarintyget och vägen fram till den nya abortlagen	10
2.4 Fri abort på begäran – 1975 års abortlag	11
3. Grundläggande rättsprinciper	15
3.1 Utgångspunkter i Europakonventionen och Europakommissionen/Europadomstolen	15
3.2 Europakonventionen och rätten till liv	16
3.3 Abortlagstiftningen som del av den medicinska rätten	19
4. Abort och konstitution - internationella exempel.	21
4.1 Exemplet USA	21
4.2 Exemplet Frankrike	24
4.3 Några övriga nationella exempel	25
5. Abort i relation till begrepp som ”rättighet” och ”frihet”	28
5.1 Gällande principer i befintlig abortlag	28
5.2 Rättighet och frihet – positiva och negativa friheter	29
5.3 Positiva och negativa friheter i normgivningshierarkin	29
5.4 Den svenska grundlagen och dess rättsreglering	30
5.5 Kan abort betraktas som en rättighet i grundlagen?	33
6. Slutsatser och rekommendationer	35
Källor	38

1. Inledning och syfte med rapporten

De viktigaste bakgrundsfaktorer som har gett upphov till denna rapport inträffade 24 juni 2022 samt 4 mars 2024. Det första datumet var dagen då USA:s Högsta domstol meddelade domen *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, som omprövade tidigare prejudikat på abortområdet. Det mest kända av dessa var *Roe v. Wade* från 1973, som hade slagit fast att delstaterna inte fick förbjuda abort under graviditetens första två tredjedelar, men där *Dobbs*-domslutet förde tillbaka beslutanderätten till delstaterna. Domslutet orsakade starka reaktioner i många länder, både positiva och negativa sådana, och krav väcktes på olika håll om att inkludera aborter i konstitutioner eller motsvarande lagtext. Sverige var ett av dessa länder, där en statlig utredning har tillsatts för att analysera förutsättningarna för detta. Denna rapport ska betraktas som faktaunderlag i denna process.

Det andra datumet, våren 2024, röstade franska parlamentet igenom den nya formuleringen om abort som en "garanterad frihet" i den franska konstitutionen. Det är det första land på många år som infört en sådan formulering, och processen i Frankrike är en som Sverige och andra länder kommer att behöva förhålla sig till. Det finns därför anledning att analysera både det franska exemplet och andra exempel utifrån internationell och svensk rättspraxis för att nå en juridiskt hållbar slutsats i frågan om huruvida svensk lagstiftning hjälps eller stjälps om aborter skulle skrivas in i svensk grundlag, eller om de önskemål som framförts i debatten efter *Dobbs*-domen kan anses uppfylla inom befintlig lagstiftning.

Syftet med denna rapport är att analysera de juridiska förutsättningarna för att grundlagsstadga en rätt till aborter i den svenska regeringsformen. Som bakgrund kommer vi att presentera en historisk bakgrundsteckning av hur ämnet har hanterats i såväl internationell lagstiftning och rättstillämpning samt framtagandet av svensk abortlag. Utöver den juridiska dimensionen väcker abortfrågan naturligtvis också en rad etiska och andra frågor. Den primära inriktningen med denna rapport är dock juridisk, eftersom det är just denna dimension frågan gäller i nu pågående process.

1.1 Regeringens utredning

Regeringen tillsatte den 15 juni 2023 en parlamentariskt sammansatt kommitté, som ska utreda några frågor om det skydd för grundläggande fri- och rättigheter som gäller enligt regeringsformens andra kapitel.¹ Kommittén ska överväga om detta skydd i vissa delar bör ändras och om helt nya grundläggande fri- och rättigheter bör införas. Kommittén ska bland annat bedöma om en rätt till abort bör läggas till i regeringsformen.

I Sverige har vi sedan år 1975 en abortlag (1974:595), som ger alla gravida rätt till fri abort till och med graviditetsvecka 18. När Högsta domstolen i USA omprövade prejudikatet i domen *Roe vs. Wade*, som sedan 1973 gett kvinnor konstitutionell rätt till abort under de första två tredjedelarna av graviditeten, höjdes röster för att tillgången till abort inte bör tas för given. Detta medförde att aborternas roll i

1 Några frågor om grundläggande fri- och rättigheter, Dir. 2023:83.

lagstiftningen kom att diskuteras i Sverige, men också i andra länder såsom Frankrike, Polen och Slovakien.

I nu nämnda kommittédirektiv framhåller regeringen behovet av en utredning. Regeringen menar att det skydd som rätten till abort har genom vanlig positiv rätt inte framstår som tillräckligt starkt med hänsyn till den påverkan och innebörd som en oönskad graviditet kan ha för den gravida och hennes kroppsliga integritet. Det bör därför utredas om en rätt till abort bör införas i regeringsformen 2 kapitel. Kommittén ska göra en internationell jämförelse av grundlagsskydd för aborträtten i den utsträckning kommittén bedömer lämplig, bedöma om en ny grundläggande fri- och rättighet - rätten till abort - bör läggas till i regeringsformen och lämna de förslag till grundlagsändringar som kommittén bedömer är motiverade.

Kommittén ska vara sammansatt med ledamöter som företräder de olika partier som har representation i riksdagen. I Sverige har det sedan länge eftersträvats bred politisk enighet i frågor som rör ändring av grundlag. Kommittén ska därför sträva efter att finna samlade lösningar på dylika frågor. Kommittén ska slutligen, i den mån det behövs, beakta Sveriges internationella förpliktelser om mänskliga rättigheter.

Även vi menar att dessa frågor är angelägna, och presenterar därför denna rapport som kunskapsunderlag kring dessa i varje samhälle så grundläggande frågor om medicinetik, människovärde, rättigheter och friheter och hur ett civiliserat samhälle bäst hanterar balansen mellan dessa.

2. Abort i Sverige – historik och nutidsteckning

Frågan om svensk lagstiftning och aborter kan inte främst avhandlas som svar på domstolsutslag i USA, utan behöver passas in i svensk lagstiftningshistoria. Vi behöver därför nämna något om framväxten av nuvarande abortlagstiftning och de hänsyn som tidigare utredningskommittéer har gjort. Men först några ord om nu gällande praxis.

2.1 Genomförande av abort i Sverige

Rätten till fri abort gäller i befintlig abortlag oavsett varför en kvinna vill göra abort, och det är alltid den gravida kvinnan som ska fatta beslutet. Alla har möjlighet till abort i Sverige, även asylsökande och papperslösa. Även utländska kvinnor har rätt att få abort utförd i Sverige. I sådana fall bekostas aborten av kvinnan själv eller hennes hemland.

Aborten genomförs på olika sätt beroende på tidpunkt i graviditeten, och de flesta aborter i Sverige görs tidigt i graviditeten. Det finns två huvudsakliga typer av

abort, medicinsk och kirurgisk.² Medicinsk abort går att genomföra under hela den period då abort är tillåten, och är i Sverige den avgjort vanligaste metoden – 2021 var 96 procent av alla aborter medicinska. Den medicinska aborten påbörjas på abortmottagningen. Kvinnan får ett preparat som startar aborten, och får därefter gå hem. Någon dag senare får hon komma tillbaka till mottagningen, där hon får ytterligare ett preparat som gör att livmodern får sammandragningar. Hon stannar sedan kvar på mottagningen och efter några timmar kommer det en blödning med klumpar och fostret stöts ut. Ibland kan hon få ta den andra omgången tabletter hemma, en så kallad hemabort. Efter aborten är det vanligt att blöda i cirka två veckor.

Kirurgisk abort kan användas från omkring graviditetsvecka 7 till 13, men som regel inte under väldigt tidig graviditet. Ett sådant kirurgiskt ingrepp inleds ofta med att ett preparat ges som mjukar upp livmoderhalsen. Därefter blir kvinnan nedsövd och läkaren för in ett instrument kopplat till en sug, som suger ut foster och moderkaka ur livmodern. Efteråt får kvinnan stanna kvar på mottagningen i några timmar för att vila. Efter en kirurgisk abort blöder man vanligtvis mindre än efter en medicinsk abort. Efter vecka 13 är medicinsk metod alltid förstahandsvalet, men då är aborten ofta mer långdragen. Om ett sådant abortförsök misslyckas genomförs istället en kirurgisk abort med dilatation och extraktion. Ingreppet innebär att livmoderhalsen vidgas med läkemedel och instrument varefter fostret sönderdelas och tas ut.

År 2021 utfördes 33 697 aborter i Sverige. 61 procent av aborterna utfördes före vecka 7 och 86 procent före vecka 9. Abort är vanligast bland kvinnor i åldern 25 - 29 år.³ Drygt en procent av alla aborter, 516 aborter, utfördes efter vecka 18. En sådan abort föregås av en prövning av Socialstyrelsens rättsliga råd. Modern måste då genomgå en utredning av kurator och läkare, och efter det beslutar Rättsliga rådet om abort ska få genomföras eller ej. Abort efter vecka 18 är enligt lagtexten tillåtet enbart vid "synnerliga skäl". Det vanligaste skälet till en sen abort är att man upptäckt fosterskador. Senare abort kan också beviljas av sociala skäl – till exempel om den som är gravid är mycket ung, har svåra livsförhållanden eller missbruk.

Lagtexten specificerar inte någon övre tidsgräns för när en sådan abort kan tillåtas. Istället vilar ansvaret för tillämpningen hos Socialstyrelsens rättsliga råd, som för närvarande har satt livsduglighetsgränsen till vecka 22. Rättsliga rådets tolkning av "synnerliga skäl" har dock lett till en praxis där till exempel alla ansökningar som hänvisar till fosterskador beviljas. Fosterskadorna, med eller utan kromosomavvikelse, kan utgöra alltifrån medfödda svåra hjärtfel till klumpfot, gomspalt och Downs syndrom.

Om graviditeten hotar kvinnans liv kan den avbrytas även efter vecka 22. Det klassas då inte som abort utan som "avbrytande av havandeskap".⁴ Man försöker då rädda barnet om så är möjligt, men fokus ligger på att rädda moderns liv.

2 För en konkret översikt, se Internetmedicin.se, uppslagsord Abort, <https://www.internetmedicin.se/obstetrik-och-gynekologi/abort>

3 Socialstyrelsen, Statistik om aborter 2022, <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/statistik/2023-5-8521.pdf>

4 Abortlagen 1974:595, 6 §.

Begreppet "livsduglighet" gör att lagen är flexibel och ska följa den medicinska utvecklingen. Detta är också en av anledningarna till att en konstitutionell formulering om abort är svår att motivera. En rättighet som skrivs in i grundlag måste betraktas som principiell, inte flexibel utifrån förutsättningarna, och måste därför anses orimlig att tillämpa i fallet abort.

2.2 Abortkommittén och 1938 års abortlag

1938 fick Sverige sin första abortlag, Lagen om avbrytande av havandeskap, efter en statlig utredning.⁵ Före abortlagens tillkomst var abort i praktiken endast accepterat, men inte lagligt, på medicinsk indikation, och några hundra sådana aborter genomfördes årligen. Vad som utgjorde en medicinsk indikation var inte närmare definierat. Någon exakt siffra på antalet illegala aborter vid tiden finns inte att tillgå, men en rapport från Medicinalstyrelsen uppskattade att drygt tiotusen aborter årligen genomfördes i Sverige i början av 1930-talet, med en påtaglig obalans mellan stad och landsbygd, där abortfrekvensen i Stockholmsområdet vida översteg den inom resten av landet.⁶

I utredningen konstaterades att födelsetalet varit kraftigt vikande från slutet av 1800-talet och fram till 1930-talet. Antalet illegala aborter i förhållande till antalet levande födda barn uppskattades ha ökat med 60 procent från 1922 till 1930, antalet kvinnor som vårdats efter abort (spontan, medicinskt indikerad samt illegal) hade ökat med 8 procent från 1930 till 1933, samtidigt som antalet levande födda sjunkit med 9 procent.⁷

Kommittén underströk svårigheterna i att kartlägga de exakta motiven bakom de många illegala aborterna, men diskuterade som sannolika bidragande faktorer förändringar i samhällets syn på utomäktenskapliga förbindelser, hög arbetslöshet, sviktande bostadsmarknad och försörjningssvårigheter. Antalet "okynnesaborter" beräknade kommittén till lågt, men inte obetydligt.⁸ Man fann också att en kulturell förskjutning skett, där den vitt spridda missuppfattningen att aborten endast handlar om kvinnans rätt till kroppsligt självbestämmande hade kommit att bidra till en ökad acceptans för abort:

Många hävda — utan hänsyn till berörda skillnad [mellan att förhindra uppkomsten av ett liv och att utplåna ett liv som redan uppstått] — den åsikten att fostret endast är en del av kvinnans kropp, som hon fritt bör få råda över. Att nu angivna förskjutning i uppfattningen haft stor betydelse för fosterfördrivningsfrekvensen kan icke betvivlas.⁹

Trots det relativt stora antalet illegala aborter lagfördes endast ett fåtal kvinnor. Av det dryga tjugotal som årligen fälldes för fosterfördrivning mellan 1929 och 1933 dömdes till villkorlig dom i nästan samtliga fall. I ljuset av den då grundläggande uppfattningen att skyddet för människolivet principiellt bör omfatta även

5 SOU 1935:15 Betänkande med förslag till lagstiftning om avbrytande av havandeskap angivet av en därtill förordnad kommitté.

6 K A Edin. Undersökning av abortförekomsten i Sverige under senare år. Gleerup, 1934.

7 SOU 1935:15, 18, 27.

8 Ibid, 26.

9 Ibid, 22.

fostrets liv uppfattades därför straffhotet vara helt otillräckligt för att motarbeta aborterna. Eftersom aborttalet bedömdes vara i ökande såg kommittén behovet att bekämpa roten till problemet, det vill säga de bakomliggande faktorer som fick kvinnor att efterfråga abort:

Här må dock med skärpa betonas att i kampen mot det onda tyngdpunkten måste ligga i strävan att angripa detsamma i dess rot, att undanröja de sociala missförhållanden som merendels ligga bakom kvinnans önskan att bli befriad från sitt havandeskap. Så som förhållandena nu utvecklats blir denna uppgift en angelägenhet som icke tål uppskov. Tydligt är att ju mer abortoseden utbreder sig och tenderar till att bli en normal utväg från bekymren vid ett icke önskat havandeskap, dess svårare blir det att få makt över densamma.¹⁰

Några potentiella ekonomiska stödåtgärder angavs för att hjälpa blivande mödrar i trångmål. Oaktat tillkomsten av dessa och andra stödjande åtgärder konstaterade kommittén att aborttalet ändå fortsatt öka i alla grupper och noterade att "ett utbyggande av dessa åtgärder icke kan vara tillfyllest för fosterfördrivningens bekämpande". I stället efterfrågades mer djupgående sociala förändringar, uttryckligen överlappande med de av makarna Myrdal förordade reformerna i *Kris i befolkningsfrågan*. Man rekommenderade också en "utvidgad och förbättrad upplysnings- och uppfostringsverksamhet angående det sexuella livet" i syfte att framkalla en "etiskt fördjupad, ansvarsfull uppfattning av detta för individ, familj och samhälle viktiga livsområde".¹¹

Kommittén fann sig således i en svår situation. Å ena sidan såg man det angeläget att begränsa antalet aborter, som i flertalet fall sågs som "ett samhällsont av så allvarlig beskaffenhet" att en ny abortlag inte fick bidra till en ytterligare ökning av abortfrekvensen.¹² Å andra sidan såg man framför sig en fortsatt efterfrågan på abort som i brist på legala alternativ, till relativt stor del skulle mötas av illegala ingrepp.

Abortkommittén föreslog i sitt yttrande en lag där abort var straffbart förutom i tre undantagsfall. Det mest omdiskuterade blev det som åberopade sociala skäl - "när barnets tillkomst skulle ådraga kvinnan varaktig nöd eller ofärd."¹³ Flera remissinstanser riktade skarp kritik mot förslaget om en rent social indikation för abort, då man fruktade en glidning mot allt vidare tillämpning och stigande aborttal.¹⁴ Lagrådet uttryckte exempelvis att "den socialt betingade nöd eller ofärd eller ofärd, som ett barns tillkomst kan ådraga en kvinna, bör kunna avväjas på annat sätt än genom fostrets fördrivande".¹⁵ Framförallt betonade man svårigheten att på ett rättssäkert sätt tillämpa lagen:

[Kommitténs förslag] förutsätter, att den nöd eller ofärd, som skulle orsakas av barnets framfödande, skall vara att karakterisera såsom varaktig för att abortframkallning på grund därav skall vara tillåtlig. Bortsett från den större

10 Ibid, 28.

11 Ibid, 37.

12 Ibid, 39.

13 Ibid, 9.

14 Denna farhåga har sedermera blivit en realitet.

15 SOU 1937:6 Yttrande i abortfrågan avgivet av befolkningskommissionen, 11.

osäkerhet i lagtolkningen, som detta synnerligen svårbedömliga och i ett flertal fall obedömliga villkor kommer att förorsaka, måste det vid restriktiv tolkning av lagstadgandet i hög grad inskränka antalet av de fall, varå stadgandet blir tillämpligt.¹⁶

Efter denna skarpa kritik kom den rent sociala indikationen att ersättas av en medicinsk sådan, exempelvis där graviditeten bedömdes medföra allvarlig risk för modern. En blandad medicinsk-social indikation accepterades dock, exempelvis där modern ansågs lida av en sådan kroppslig eller själslig svaghet att havandeskap, förlossning och spädbarnsskötsel under dessa förhållanden bedömdes utgöra en allvarlig och påtaglig fara för hennes hälsa. Den slutgiltiga utformningen av Lagen om avbrytande av havandeskap (1938:318) innebar att tillstånd för abort gavs efter särskild prövning av två läkare i samråd eller med intyg från Medicinalstyrelsen, samt med skriftligt samtycke från barnets far, och vid minderårig moder dennas förälder. Abort tilläts om något av följande skäl var uppfyllt:

- när på grund av sjukdom, kroppsfel eller svaghet hos kvinnan barnets tillkomst skulle medföra allvarlig fara för hennes liv eller hälsa,
- när kvinnan blivit gravid under förhållanden som är straffbelagda och som grovt åsidosatt kvinnans handlingsfrihet, exempelvis våldtäkt och utnyttjande av minderårig, eller
- när det finns risk för att moderns och faderns arvsanlag kan medföra sinnessjukdom, sinnesslöhet eller svår kroppslig sjukdom hos barnet.

I likhet med förslaget från Abortkommittén kopplades det tredje skälet som regel till krav på samtidig sterilisering i fall där modern bedömdes bära på olämpliga arvsanlag.

Gränsen för abort sattes vid 20 veckor, förutom vid fall av sjukdom eller kroppsfel hos kvinnan. Någon specifik medicinsk motivering för denna gräns gavs ej, utöver att man önskat vinnlägga sig om ett tillräckligt stort avstånd till den praktiska gränsen för när levandefödda barn hade en chans att överleva spädbarnstiden. 1938 fanns ingen neonatal intensivvård, och barn födda före cirka trettionde graviditetsveckan hade mycket små utsikter att överleva.

I den speciella motiveringen till lagförslaget framkommer några detaljer som klargör kommitténs intentioner och förhoppningar. En sådan är diskussionen om läkarens roll i mötet med den abortsökande kvinnan, där kommittén uttrycker att det bland dessa läkare kan finnas många som är "särskilt ägnade att intala kvinnan mod och tillförsikt samt förmå henne att bära fram sitt foster", och att en sådan "personlig påverkan från läkarens sida" sannolikt var minst lika viktig som ekonomiska stödåtgärder från samhällets eller enskildas sida för att förhindra abort.¹⁷ Upprepade passager tillerkänner också tydligt det ofödda barnets status som människa med ett principiellt skyddsvärde som individ. Följande är det kanske mest talande exemplet, taget ur diskussionen om tidsgräns:

Emellertid är det självklart, att ett ingrepp, som avser att offra fostrets liv till förmån för moderns eller samhällets intresse, icke får göras på en tidpunkt då fostret hunnit så långt i sin utveckling att det, om det födes med

16 Ibid, 21.

17 SOU 1935:15, 138.

liv och därefter blir föremål för omvårdnad, också kan förbliva vid liv. I sådant fall skulle för att utsläcka fostrets liv erfordras icke allenast havandeskapets avbrytande, utan därutöver ett dödande av fostret under eller efter ingreppet, vilket under inga förhållanden kan legaliseras.¹⁸

Här talar utredarna helt öppet om den konflikt aborten utgör mellan det ofödda barnets respektive moderns och samhällets intressen. Diskussionen är inte olik den i Statens medicinsk-etiska råds utredning från 2019, men illustrerar samtidigt den värdeförskjutning som skett över tid. Där Abortkommittén fann fetucid helt oacceptabelt, är detta istället den praktiska lösning som Smer förordar:

Det viktigaste är att kvinnans syfte med aborten kan säkerställas och att en situation där kvinnans självbestämmande ställs mot människovärdet undviks. Fetucid innebär också att kvinnan/föräldrarna/vårdpersonalen besparas det möjliga obehag det kan innebära att det framfödda fostret visar livstecken.¹⁹

Sammantaget utgjorde 1938 års abortlag ett avsteg från den tidigare rådande rättsliga situationen där alla icke medicinskt motiverade aborter var illegala och teoretiskt sett straffbara. Det var med insikt i problemets art och omfattning, och med tydlig oro för den framtida utvecklingen som Abortkommittén avlade sin rekommendation. Intentionen var att aborten skulle ses som ett ingrepp som togs till i nödfall, och att antalet aborter skulle vara så lågt som möjligt. I och med abortlagens införande intog staten försiktigt en ny position som avspeglade en ökad efterfrågan och en i grunden förändrad syn på abort.

2.3 Tvåläkarintyget och vägen fram till den nya abortlagen

Den statliga utredningen *Abort i Sverige* från 2005 sammanfattar den utveckling som följde på 1938 års lag.²⁰ Lagen kom att stå relativt oförändrad fram tills den ersattes av 1974 års abortlag, men tolkades och tillämpades under de första åren mer restriktivt än lagstiftaren åsyftat, specifikt avseende den kombinerade socialmedicinska indikationen. Detta var en inte oväntad följd av lagens ansvarsfördelning, då man ålade ”samvetsgranna läkare” att bedöma huruvida havandeskap, förlösning, och/eller därpå följande omsorg om barnet skulle medföra ”allvarlig och påtaglig risk för hälsan”, utan att närmare definiera vad detta skulle innebära.²¹ Under åren 1939-43 genomfördes totalt blott 55 legala aborter med hänsyn till i huvudsak sociala skäl, och frågan om lagens tillämpning och faktiska funktion blev föremål för stor uppmärksamhet. Efter en genomlysning²² reviderades lagen därför 1946 där en mer renodlad socialmedicinsk indikation skrevs in, så att abort tilläts

18 Ibid, 117.

19 Livstecken efter sen abort. Smer 2019:1, 20.

20 SOU 2005:90, Abort i Sverige.

21 Lag om avbrytande av havandeskap. *Svensk juridisk tidskrift* 1938, <https://svjt.se/svjt/1938/432>

22 SOU 1944:51, Betänkande i abortfrågan avgivet av 1941 års befolkningsutredning.

när eljest med hänsyn jämväl till kvinnans levnadsomständigheter kan antagas att hennes kroppsliga eller själsliga krafter skulle allvarligt nedsättas genom barnets tillkomst och vården av densamma.²³

Tillsammans med en förändring av strafflagen, med straffrihet efter abort vid ”synnerligen förmildrande omständigheter”,²⁴ innebar denna revision att abortlagen nu i praktiken fått den sociala indikation som 1934 års utredning förordat.

De legala aborterna ökade påtagligt i antal efter lagens tillkomst. 1939 utfördes totalt 523 aborter; 1943 hade siffran stigit till 990; 1951 var antalet 6 328. En ny statlig utredning fann att samtidigt som de legala aborterna hade ökat kraftigt i antal, hade de illegala aborterna sannolikt minskat i ungefär motsvarande omfattning, så att det totala antalet aborter kunde antas vara relativt konstant.²⁵ Utredningen föreslog en förändring av ansökningsprocessen, så att en lokal nämnd skulle pröva ansökningar, och avslag på begäran skulle överprövas av Medicinalstyrelsen.

Under 1960-talet skedde stora omvälvningar i samhället, och synen på såväl sexualiteten som på abort hade förändrats i breda lager i befolkningen, åtminstone delvis på grund av att p-pillret 1964 kom till den svenska marknaden. Parallellt med detta kom en förändrad praxis inom ramarna för 1938 års abortlag med 1946 års tillägg om den socialmedicinska indikationen. Där tidigare en ansökan till Medicinalstyrelsen varit det vanligaste tillvägagångssättet - en process som visat sig ofta vara både långdragen och oförutsägbar - kom nu systemet med tvåläkarintyg att dominera. Lagens vaga formuleringar avseende vad som utgjorde en acceptabel indikation för abort kom nu att användas mer flexibelt. I slutet av 1960-talet godkändes så gott som samtliga ansökningar, vilket talar för en utbredd attitydförändring inom läkarkåren.²⁶

En stigande efterfrågan på abort, tillsammans med en ökad tillgänglighet ledde till en radikal ökning av aborttalet utan någon egentlig förändring i lagstiftningen. 1960 gjordes 2 792 legala aborter; ett årtionde senare var antalet 16 100. 1974, det sista året med 1938 års lag, genomfördes 30 636 aborter. Inom loppet av femton år hade antalet legala aborter ökat mer än tiofalt. Lagen fyllde inte längre sitt ursprungliga syfte.

2.4 Fri abort på begäran – 1975 års abortlag

1965 tillsattes en ny kommitté med uppdraget att se över abortlagens utformning, bland annat för att ”överväga om en ytterligare liberalisering bör ske”.²⁷ Rapporten som lämnades 1971 upprepade tidigare förslag om utökade samhällliga stödåtgärder för att minska efterfrågan på abort. Utredningens titel ”Rätten till abort” indikerar samma grundhållning som återkommande framförs i dagens diskussion, men skulle den gången stöta på motstånd bland remissinstanser och riksdag. Utredarna underströk att de ”radikalt ändrade villkoren för födelsekontroll (p-piller och spiral)” i grunden förändrat synen på sexuell utlevnad och familjeplanering.

23 SOU 2005:90, 41.

24 Proposition 1946:156 angående ändring i lagen om avbrytande av havandeskap

25 SOU 1953:29, Abortfrågan, Betänkande avgivet av 1950 års abortutredning.

26 Stefan Swärd, Varför Sverige fick fri abort: ett studium av en policyprocess. Stockholms universitet, 1984.

27 SOU 1971:58 Rätten till abort, 1965 års abortkommitté, 24.

Med skiftande samhällsvärderingar kom också andra perspektiv på lagstiftning – ett tema som genomsyrar rapporten. Där 1938 års abortlag lutat sig mot grundantagandet att mänskligt liv är skyddsvärt, förkastades nu idén om att sådant skulle tillåts avgöra under vilka förutsättningar abort bör tillåtas:

[Exemplifieringen] torde vara tillräcklig för att belysa hur omöjligt det är att anlägga moraliska värderingar när det gäller frågan om abort, om man inte vill hamna i rent godtyckliga lösningar.²⁸

Eftersom straff för illegal abort i praktiken inte längre utdelades, föreslog utredningen att helt slopa förbudet mot abort, oavsett hur långt graviditeten fortgått. Att förbjuda abort ansågs stå för förlegade tänkesätt vilka ersatts av en allt större tilltro till människornas egen längtan att få barn och vårda barn, vilket beskrivs som "ett långt bättre värn för kvinnans graviditet än samhällets förbudspolitik".²⁹

Utredningen röjer alltså en kraftig förändring i grundsyn, från en avvägning mellan olika moraliska överväganden, till en rent pragmatisk, där "kvinnorna befrias från skyldigheten att finna sig i att graviditet fortsätter"³⁰

Eftersom de kirurgiska abortmetoderna medförde vissa risker för kvinnan, föreslog utredarna att abort skulle tillåtas på mycket vida indikationer efter prövning av en nämnd knuten till den gynekologiska sjukvården. Den farmakologiska aborten var 1971 en framtidsvision snarare än praktisk möjlighet, men "torde inte behöva bli föremål för särskild lagstiftning".³¹ Utredningen efterfrågade alltså i praktiken en allmän rätt till abort utan tidsgräns, vilket skulle göra Sverige till världens mest abortliberala land.

Detta extrema förslag blev föremål för livlig debatt, och över 100 yttranden inkom vilka publicerades i en särskild SOU.³² Särskilt intressant är yttrandet från ärkebiskopen Ruben Josefson, dels för dess stringenta etiska analys av förslaget, men framför allt då det åtnjöt uttalat stöd från så gott som samtliga kyrkor och kristna samfund i riket.³³

Nästintill samtliga remissinstanser efterfrågade en övre tidsgräns efter vilken abort i princip inte kunde tillåtas. En nästan lika stor majoritet avfärdade tanken på att en särskild nämnd skulle tillstyrka eller avslå en abortansökan. Lagstiftaren hörsammade kritiken, och i propositionen för en ny abortlag föreslogs fasta tidsgränser för fri respektive tillståndspliktig abort.³⁴

När den nya abortlagen (SFS 1974:595) trädde i kraft 1 januari 1975 hade alltså den stora förändringen avseende abortfrekvens redan skett; året då den nya abortlagen trädde i kraft utfördes 32 526 aborter, klart jämförbart med det föregående året. Den stora nyheten var istället att abort nu kunde få utföras fritt, utan angivande av skäl, under de första tolv veckorna av graviditeten. Denna förenklade

28 Ibid, 103.

29 Ibid, 106.

30 Ibid, 116.

31 Ibid, 109.

32 SOU 1972:39, Abortfrågan. Remissyttranden över 1965 års abortkommittés betänkande Rätten till abort (SOU 1971:58).

33 Ibid, 96f.

34 Prop 1974:70 med förslag till abortlag

beslutsprocess lede till att antalet aborter efter vecka 12 minskade påtagligt, genom att de flesta aborter tidigarelades. Men både den allmänna debatten och regeringens proposition innehöll även här omfattande etiska diskussioner, som underströk vikten av moralisk eftertanke inför ett abortbeslut. Den nya lagstiftningen kom till för att harmonisera juridiken med en ny etablerad praxis, efter en mycket omfattande utrednings- och remissgång. Slutresultatet blev dock att utredningens syn på abort som en oinskränkt *rättighet* avvisades, och ersattes av ännu gällande abortlags avvägning att istället betrakta abort som en *möjlighet* som kunde erbjudas under vissa omständigheter. Denna avvägning är angelägen att beakta också inför nu aktuellt förslag att betrakta aborter som en rättighet, inte bara i enskild lag, utan till och med i grundlag.

Där 1938 års abortlag förlade beslutet till prövande instans, föll nu i stället bestämmanderätten på kvinnan. För att kombinera detta med en absolut bortre tidsgräns för abort behövdes en ny motivering. Lagen utformades därför med *livsduglighet* (viabilitet) som absolut gräns för abort, även efter prövning av Socialstyrelsens rättsliga råd. För närvarande är denna gräns alltså satt vid 22 fulla veckor i flertalet fall, men vid sjukdom eller missbildning hos fostret kan abort medges även långt senare.

Fem år efter abortlagens tillkomst tillsattes en ny kommitté med uppdraget att utvärdera lagens konsekvenser. I samband med detta anordnades en utfrågning den 23 oktober 1980, som ger ytterligare en intressant inblick i hur det offentliga samtalet om abort har förändrats sedan dess. Allvarliga reflektioner lyftes från såväl statsminister Thorbjörn Fälldin (C) som dåvarande och blivande partiledarna och ministrarna Gösta Bohman (M) och Lars Leijonborg (Fp).³⁵

Fälldin uttryckte som sin personliga inställning att ett havandeskap endast borde kunna avbrytas vid vissa specifika omständigheter: "Att avbryta den under hänvisning till att familjen inte på ekonomiska skäl orkar med fler barn är ju ett nederlag för det trygghetssamhälle som vi har försökt bygga upp i materiell mening. [...] Det helt avgörande är den respekt vi kan få för att ett sådant här ingrepp ska ske bara när ingen annan möjlighet står till buds för att klara situationen." Gösta Bohman instämde: "Jag har i grunden samma personliga syn på det här som Thorbjörn Fälldin," och beskrev att hans parti önskat en striktare lagstiftning, och förklarade att "för mig var det här ett av de allra svåraste avgöranden jag någonsin har varit med om i Sveriges riksdag, det vill jag gärna säga." Lars Leijonborg menade i sin tur: "Någon ändring måste ske. [...] Bara det faktum att var tredje graviditet slutar i abort är ett oacceptabelt faktum." Han refererade vidare till hur "aborten blivit ett preventivmedel, som Thorbjörn Fälldin säger, och det var aldrig meningen" och reflekterade över vilka möjliga inslag som skulle kunna införas i lagen "som hindrar att lagen på detta sätt missbrukas." Han fortsatte: "När riksdagen enhälligt bestämde att efter så här pass kort tid den här lagstiftningen har gällt utvärdera den [...] det är klart att där ligger en manifestation av att alla politiker här i landet känner att detta har inte blivit som vi har tänkt oss; detta är oacceptabelt."

Statsminister Fälldin sammanfattade med att det finns en övertro på att den här sortens etiskt viktiga frågor enbart kan beröras med lagstiftning: "Det rör man

35 Citaten från samlingen återgivna i programmet "Stopp för fria aborter?", SVT (1980) tillgänglig på SVT Play, <https://www.svtplay.se/video/jnGMAnK/stopp-for-fri-abort?id=jnGMAnK>

vid genom opinionsbildning, genom att få människor att acceptera uppfattningen: avbrytande av havandeskap, eller abort, det är något man kan ta till endast när kvinnans liv på ett eller annat sätt är i fara, eller om havandeskapet är resultatet av en våldtäkt. [...] Det är denna uppfattning, de här värderingarna som vi som människor måste vara bärare av.”

Det råder ingen tvekan om att det politiska samtalet i abortfrågan har ändrat karaktär över tid, från 1980-talets självklara erkännande från samtliga borgerliga partier av aborten som etiskt problematisk eftersom det handlar om att utsläcka ett liv, till dagens offentliga samtal som där frihetsaspekten blivit helt dominerande.

Det kan noteras att den etiska dimensionen fanns med också i justitieminister Lenart Geijers (S) proposition till 1974 års abortlag, där inledningsstycket slår fast: ”I propositionen betonas att abort allttjämt måste betraktas som en nödfallsutväg och att födelsekontrollen måste ske med hjälp av olika preventiva åtgärder.”³⁶ Regeringens proposition konstaterade fortsättningsvis att ”abortoperation skiljer sig från andra operativa ingrepp genom att den ger anledning till skiftande moraliska och etiska värderingar”, och minister Geijer förklarade att ”man bör därför undvika att till abortverksamheten binda sådan personal som av exempelvis moraliska eller religiösa skäl har svårt att acceptera sådant arbete”.³⁷ Vad gäller abort efter vecka 18 stadgar propositionen att abort får ”företas bara i undantagsfall”³⁸, vilket också blev lagstiftarens mening. Detta harmonierar dock knappast med nu rådande praxis.

Frågan om samvetsfrihet ligger utanför syftet med denna rapport, men vi kan under alla omständigheter konstatera en avsevärd förskjutning i den politiska och etiska argumentationen från såväl vänster- som högersidan sedan abortlagens införande. Denna bakgrund är relevant för att sätta frågan i det historiska och även etiska sammanhang den förtjänar. En utvärdering av 1975 års abortlag ligger även den utanför denna rapport, men är angelägen för lagstiftare, vårdapparater och övriga myndigheter. Målet med abortlagen var att genom mer tillgängliga aborter skapa en situation med fler önskade barn, mindre ohälsa, tryggare hemförhållanden och så vidare. Hur resultaten blivit och vilka vägval som bör göras framöver framstår som en central del i det offentliga Sveriges utvärdering av abortlagens resultat.

Abortlagen har de senaste åren också stått inför viktiga diskussioner om gränsdragningar, en diskussion som rimligen torde behöva fortsätta även framgent. Den medicintekniska utvecklingen har gett ett minskande fönster mellan legal abort och livsduglighet, vilket idag i praktiken överlappar.³⁹ Problemet belyses av Statens medicinsk-etiska råd, som rekommenderar lösningen att viabilitet - det vill säga livsduglighet - helt enkelt lyfts ut ur diskussionen.⁴⁰ Smers lösning är långtifrån självklar, men pekar än en gång på att abortfrågan rymmer etiska dimensioner av allvarlig natur, något som kommer att gälla även i framtiden. Justeringar i lagen har skett upprepade gånger i takt med skiftande samhällstrender, medicinteknisk

36 Prop 1974:70.

37 Ibid. 31, 77.

38 Prop 1974:70 1-2

39 Katrin Trysell, ”Fler extremt tidigt födda överlever”, *Läkartidningen* (2019) <https://lakartidningen.se/Aktuellt/Nyheter/2019/03/Fler-extremt-tidigt-fodda-overlever/>

40 Livstecken efter sen abort, *Smer* 2019:1, 19

utveckling, och förändrade värderingar i befolkningen. Som exempel på detta får nämnas 1971 års utredning med förslag om helt fri abort oavsett graviditetsvecka – ett förslag som avvisades som alltför radikalt. Få människor efterfrågar idag en helt oinskränkt rätt till abort i Sverige. Detta pekar på att denna sakfråga är alltför komplex för att hanteras som en principiell rättighet i grundlag.

3. Grundläggande rättsprinciper

3.1 Utgångspunkter i Europakonventionen och Europakommissionen/Europadomstolen

Efter andra världskriget fick naturrätten som rättsfilosofi en renässans. Under Nürnberggrättegångarna kunde inte de åtalade naziförbrytarna ställas inför rätta med utgångspunkt i gällande rätt i Tyskland, eftersom den positiva rätten i landet hade sanktionerat antisemitism och rasism genom Nürnberglagarna. Judars människovärde hade definierats bort, och enbart riksmedborgare (Reichsbürger) hade fulla politiska och medborgerliga rättigheter. Åktenskap mellan judar och tyskar förbjöds och ogiltigförklarades för att skydda tyskt blod och den tyska äran. Den inhemska rätten hade legaliserat former av systematiska övergrepp och kränkningar mot mänskliga rättigheter.

De tydligaste uttrycken för naturrättens återfödelse efter dessa övergrepp var Nürnberggrättegångarna mot nazistförbrytarna som åtalades för brott mot mänskligheten, FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna samt Europakonventionen (EKMR). Den senare antogs 1950 och innehåller samma krav om mänskliga rättigheter som FN-förklaringen. Den gäller i de flesta av Europas länder och bygger på innehållet i FN-förklaringen. EKMR innehåller regler om fri- och rättigheter såsom rätten till liv, tortyrförbudet, yttrandefrihet, rätten till rättvis rättegång, skydd för äganderätten, förbud mot dödsstraff, förbud mot dubbel lagföring och rätt att överklaga domar. Konventionen är inkorporerad i svensk lag genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Regeringsformen anger att ingen lag eller föreskrift i Sverige får meddelas i strid med EKMR. Med detta avses att den nationella lagstiftningens grund ska ligga i konventionens personalistiska människosyn och naturrättsliga etik med grundläggande värden - exempelvis liv, hälsa, frihet och kunskap - och människors rätt att förverkliga dessa. Naturrätten med grundläggande värden eller egenvärden, utgår ifrån människans natur, det vill säga det som kännetecknar människan som person till skillnad från andra varelser. De svenska lagarna har dock kritiserats för att inte i alla delar följa EKMR; detta gällde bland annat överklagande av förvaltningsbeslut.

De nu nämnda mänskliga rättigheterna är framför allt uttryck av naturrätt men även en del av folkrätten, det vill säga den internationella rätt som Sverige anslutit sig till. De mänskliga rättigheterna gäller för alla och slår fast att alla människor föds fria och ska själva få bestämma över sina liv. De mänskliga rättigheterna reglerar i grunden förhållandet mellan staten och individen. De utgör en begränsning av statens makt över individen och slår samtidigt fast vissa skyldigheter för staten. Ett exempel är att staten är skyldig att skydda individens rättigheter från att kränkas av andra enskilda. Ett annat är att staten ska se till att varje människa kan förverkliga och utkräva sina rättigheter enligt konventionen. I detta och kommande kapitel analyserar vi dessa rättigheter, och hur väl de kan eller inte kan samordnas med en rätt till abort i nationell grundlag.

3.2 Europakonventionen och rätten till liv

Regeringsformen stadgar att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.⁴¹ Hur förhåller sig då den svenska abortlagstiftningen till reglerna i EKMR, som saknar en uttrycklig bestämmelse som reglerar rätten till abort. I ett rättsfall från Europadomstolen⁴² klargjorde dock domstolen att EKMR är ett levande instrument som bör tolkas i den situation som är aktuell för tillfället. Tolkningen av EKMR följer de uppfattningar och åsikter som finns i dagens samhälle.⁴³ Detta ligger också i linje med vår slutats i denna rapport: att grundlag inte ska brukas för att söka permanenta enskilda lagar – exempelvis abortlagen – som i normal lagstiftningsprocess är föremål för kontinuerlig förändring.

Frågan om hur rätten till abort är reglerad i EKMR har fokuserat på frågan om rätten till liv i artikel 2 EKMR. Rätten till liv ger ett skydd för fostret och det blivande barnet och är därför nära knutet till abortfrågan. Artikelns två delar lyder som följer:

- 1) Envars rätt till livet skall skyddas genom lag. Ingen skall avsiktligt 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 för att försvara någon mot olaglig våldsgärning, för att verkställa en laglig arrestering eller för att hindra någon som lagligen är berövad friheten att undkomma eller för att i laglig ordning stävja upplopp eller uppror.

Artikel 2 skapar en komplex sammansättning, och frågorna som aktualiseras är komplicerade. Artikel 2 handlar om den värdighet som åtföljer det mänskliga livet. Var och en är berättigad till alla de rättigheter och friheter som uttalas i denna förklaring utan åtskillnad av något slag. En av rättigheterna i artikel 8 är individens

41 Regeringsformen, 2 kapitlet 19 §.

42 *Soering v. The United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161 §87.

43 J. Nordenfeldt (1987), "Human Rights – What They Are and What They Are Not" i *Nordic Journal of International Law*, 3-8; Puppinc, G, "Abortion and the European Convention on Human Rights" i *Irish Journal of Legal Studies* 2013, 142-193.

rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv. Den innebär att ingen ska behöva utsättas för godtyckliga eller olagliga inskränkningar i sitt privatliv.

Genom Europadomstolen får konventionen sitt egentliga innehåll, och det åligger domstolen att avgöra om konventionsbrott har skett och de berörda staterna blir skyldiga att verkställa domarna och se till att liknande kränkningar inte sker igen.⁴⁴ Således fanns ingen avsikt att kodifiera en begränsning av de nationella befogenheterna att reglera möjligheten till abort. Fram till 1990-talet var abortlagstiftning uteslutande en nationell fråga. Så småningom började dock abortlagstiftning komma på tal i Europadomstolen i samband med frågor gällande rätten till liv, informationsfrihet och rätten till respekt för privat- och familjeliv.⁴⁵

Internationell rätt rymmer ett flertal centrala juridiska dokument som direkt eller indirekt påverkar enskilda länders lagstiftning. Till skillnad från den amerikanska konstitutionen preciserar EKMR inte vad som avses med "liv" eller när skyddet i artikel 2 börjar eller slutar. I litteraturen⁴⁶ har gjorts gällande att artikel 2 i EKMR också gäller den ofödde. Någon uttrycklig begränsning till födda personer har inte dock gjorts i artikelns text. Preambeln till FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna tar sikte på "all members of the human family."⁴⁷ Mot bakgrund av detta torde det vara svårt att förstå artikeln så att den inte skulle omfatta levande men icke födda. Uttrycket "envar" i EKMR:s artikel 2 torde därmed betyda "varje medlem i människosläktet".

I konventionen används ett brett och inkluderande språk för att beskriva dem som är föremål för mänskliga rättigheter. I avsaknad av en europeisk samsyn i den vetenskapliga och legala definitionen av livets början, anses konventionsstaterna efter eget omdöme få besluta om detta. Frågan om livets början har flera gånger också blivit föremål för Europakommissionens prövning.⁴⁸ Ett av de mest kända rättsfallen var *X v. the United Kingdom*.⁴⁹ I detta mål ville en kvinna som var i åttonde graviditetsveckan inte fullfölja graviditeten som innebar hälsorisker för henne. Kvinnans före detta make försökte emellertid hindra henne från att avbryta havandeskapet genom att stämma henne inför domstol. The High Court of Justice avlog mannens begäran och förklarade bland annat att domstolen endast kunde stoppa en handling som innebar en kränkning av annans rättighet. Domstolen anförde vidare att fostret enligt inhemsk rätt inte har rättigheter innan sin födelse, det vill säga innan barnet blir fysiskt oberoende av modern. På grund av detta har fadern till fostret ingen rätt att förhindra aborten.

Fadern förde saken vidare till Europakommissionen. I sitt avgörande underströk Europakommissionen att frågan huruvida foster omfattas av artikel 2 i EKMR har

44 F. Fabbrini (2011); "The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights, and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the other side of the Atlantic" i *Columbia Journal of European Law*, s. 27.

45 Ibid, 30.

46 Patrick J. Flood, "Does International Law Protect the Unborn Child?", <https://www.uffl.org/vol16/flood06.pdf>, 7.

47 FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/english>

48 Europakommissionen, formellt Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna, var ett till Europarådet knutet organ som existerade 1953–1999 med uppgiften att granska anmälningar om brott mot Europakonventionen. Kommissionen var placerad i Strasbourg och ska ej förväxlas med Europeiska kommissionen, som är en av Europeiska unionens institutioner.

49 Decision of the commission, Application no. 8416/78, 13 maj 1980.

lämnats öppen, och hänvisade till ett tidigare rättsfall.⁵⁰ Europakommissionen noterade i nu aktuella rättsfall att uttrycket *everyone* används i flera artiklar, såsom artiklarna 2, 5, 6, 8, 11 och 12, men att uttrycket inte har definierats i konventionen. Europakommissionen menade att konventionsstaterna har en viss bedömningsmarginal i hur lagstiftningen formuleras. För huvudfrågan i denna rapport kan dock tilläggas att Europakommissionen också utgick från att foster har rätt till liv, och att denna rättighet måste respekteras av konventionsstaterna i en abortkontext, så länge fostret visar tecken på livsduglighet.⁵¹

Europadomstolen fick ta hänsyn till liknande frågor bland annat i målet *Vo v. France*. Sammanhanget var att en läkare av misstag hade utfört en operation på en gravid kvinna som egentligen inte skulle opereras. Ingreppet ledde till att fostret på cirka 21 veckor dog, och läkaren åtalades för vållande till annans död. Europadomstolen menade dock som slutlig instans fast att frågan om livets början falla inom konventionsstaternas *margin of appreciation*⁵², men domstolen uteslöt inte att den själv kan ta ställning till frågan i framtiden, eftersom konventionen är ett levande instrument som måste tolkas dynamiskt i ljuset av samhällets utveckling. Domstolen slog däremot fast att ett barn före födseln "belongs to the human race", och att "[w]henever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus", samt att Europakommissionens formuleringar "cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother".⁵³ Europadomstolen pekar alltså i sina ställningstaganden på att en graviditet innebär en situation med två individer där bådas intressen behöver tas tillvara.

Artikel 8 i EKMR reglerar var och ens rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv och förbjuder statsmakten att ingripa annat än om det med stöd av lag är nödvändigt för att skydda och uppnå vissa legitima ändamål. För att ett rättighetsintrång i ett demokratiskt samhälle ska vara nödvändigt och rättfärdigt, måste detta dessutom svara mot ett trängande socialt behov samt vara proportionerligt till ändamålet.

År 2010 avgjorde Europadomstolen målet *A, B & C v. Ireland*, vilket öppnade möjligheten att sätta en minimistandard för vilket skydd en kvinna som vill genomgå abort har rätt till och huruvida abortförbud kan anses vara ett konventionsbrott. Bakgrunden till målet var att tre myndiga kvinnor, benämnda A, B och C, åkte från sitt hemland Irland till England för att genomgå abort med anledning av Irlands restriktiva abortlag. Abort i Irland var endast lagligt om det existerade en verklig och väsentlig risk för kvinnans liv, som endast kunde avväjas om graviditeten avbröts.⁵⁴ En gravid kvinna hade dock rätt att genomföra abort utomlands utan att bli lagförd vid hemkomsten.

Trots att samsynen i abortfrågan var klarlagd, ansåg domstolen inte att denna begränsade tolkningsutrymme. Detta hölls brett då ingen europeisk konsensus förelåg gällande definitionen av livets början. Således argumenterade domstolen

50 Application no. 6959/75.

51 Application no. 7215/75.

52 Denna term kan översättas med staternas tolkningsutrymme, diskretionär prövningsrätt eller tolkningsmarginal.

53 *Vo v France*, Application no. 53924/00.

54 United Nations, *Abortion Policies and Reproductive Health around the World*, 2014, 22 f.

i *A, B & C v. Ireland* att moderns rättigheter och fostrets potentiella rättigheter är "inextricably interconnected", och att det därför är nödvändigt att tillerkänna ett brett tolkningsutrymme i frågor som rör avvägningen mellan fostrets och moderns rättigheter. Med hänsyn till irländarnas djupt moraliska åsikter i abortfrågan och oenigheten gällande konventionsstaternas syn på fostrets rätt till liv, fann Europadomstolen att den restriktiva abortlagen i Irland inte hade överskridit tolkningsutrymmet, och att Irland hade lyckats balansera de konkurrerande intressena på ett proportionerligt sätt.⁵⁵

Av utgången i målet framkommer att det inte går att utröna en fristående aborträtt ur artikel 8 i EKMR. Detta uttalas också i målet *P and S v. Poland*, "that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion".⁵⁶ Detta innebär i sin tur att kvinnans självbestämmanderätt, som skyddas av artikeln, inte räcker för att slå fast en fristående rätt till abort. Däremot har Europadomstolen slagit fast i målet *R.R. v. Poland*,⁵⁷ att de länder som tillåter abort åläggs en skyldighet att skapa en procedurram som möjliggör för kvinnan att utöva sin rätt till laglig abort. Enligt praxis i EKMR är det därefter upp till varje enskild konventionsstat att bestämma, huruvida man ska tillåta abort eller inte. Det är dock för långtgående att hävda, att EKMR ger en rätt till abort, då Europadomstolen har valt att upprätthålla också mycket restriktiva abortlagar, såsom på Irland och Malta. Däremot kräver domstolen att de stater som tillgodoser abort ska se till att möjligheten är reell och effektiv.

Detta nödvändiggör dock på intet sätt ett konstitutionellt skydd för aborter. Ett konstitutionellt krav och kravet på processuella regler för åtkomst i nationella abortlagar är inte kompatibla storheter. Sammanfattningsvis ger Europakonventionen inget konstitutionellt skydd för möjligheten till abort. Däremot tillåter den nationella abortlagar – det vill säga precis det system vi idag har i Sverige.

3.3 Abortlagstiftningen som del av den medicinska rätten

Den nu pågående politiska processen handlar om huruvida en rätt till behandling kan eller bör lagfästas i svensk grundlag – i det aktuella fallet en rätt till abort. En viktig fråga för perspektivet är huruvida en patient i något annat fall i svensk sjukvård kan hävda rätten till vård.

Den svenska medicinska rätten kännetecknas av tre regelkomplex med sinsemellan stora olikheter men också stora likheter. Den mest iögonfallande olikheten är att regelkomplexen har olika adressater. Reglerna i hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL, riktar sig till vårdgivaren, reglerna i patientsäkerhetslagen (2010:659), PSL, till vårdpersonalen och reglerna i patientlagen (2014:821), PL, riktar sig till patienterna. Det är alltså från och med 2015 som regler tillskapats som riktar sig till patientkollektivet. Möjligheten att få patientstatus och de möjligheter som står till buds som patient, är grunden för patienträtten. "Rätten" att

55 *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010.

56 *P and S v. Poland*, no 57375/08, ECHR 2012.

57 *R.R. v. Poland*, appl no 27617/04, ECHR 2011 samt *Christine Goodwin v the United Kingdom*, app no 25680/94, ECHR 2011.

bli patient har inte fått någon explicit utformning i någon av ovan nämnda lagar. Detta gäller i kombination med att patienten inte kan överklaga beslut som rör vården i det enskilda fallet. Det finns alltså ingen formell besvärsväg och därmed inte heller någon juridisk "rätt" att bli patient.

Precis som man inte kan besvära sig för att få rätt att bli patient, kan man inte såsom patient göra gällande några juridiska rättigheter avseende vården och behandlingen, då man blivit patient. När patienten väl har erhållit vård kan vederbörande dock, om vederbörande så önskar, få klarlagt om någon felaktighet har blivit begången i vården.

Det existerar inte heller någon legal rätt att erhålla akut eller planerad hälso- och sjukvård i Sverige. Därmed inte sagt att den enskilde inte skulle få den vård han eller hon behöver; frågan handlar snarare om tillgänglighet till vården – det vill säga att vård erhålls inom de ekonomiska ramar som står tillbuds. Det saknas därmed också möjlighet att få ett nej till vård överprövat vid domstol. Denna grundläggande princip i lagstiftningen är ytterligare ett skäl till att det saknas rimliga skäl att infoga abort som rättighet i grundlagen.

Begreppet "tillgänglighet" i lagen hänger samman med vårdgivarens skyldighet att tillhandahålla hälso- och sjukvård. Uppgiften att tillhandahålla vård innebär samtidigt en möjlighet för den enskilde att komma i åtnjutande av vården, att "få patientstatus". Detta är således ingen rättighet för den tilltänkta patienten utan en möjlighet, som kan vara mer eller mindre stark. I tillgänglighetsbegreppet ligger att det är "upp till" vårdgivaren att låta patienten omfattas av vården. Rätt till vård och behandling kan således endast ses som en "kvasirättighet",⁵⁸ eftersom den enskilde inte kan erhålla en "positiv rättighet"⁵⁹ i det konkreta fallet, utan endast en förmodad garanti för framtiden: att vissa minimikrav på en god vård upprätthålls. Den enskilde ges i svensk lagstiftning en möjlighet att konkurrera om knappa resurser, men aldrig att ställa rättsligt förpliktande krav. Patientens icke rättsligt utkrävbara krav har i stället reglerats som *skyldigheter* för vårdgivare och vårdpersonal. Den som har ansvar för hälso- och sjukvården av patienten avgör om och i så fall vilka av vården formulerade behandlingsalternativ som kan erbjudas patienten.

I abortlagen 1 § stadgas att "om en kvinna begär att hennes havandeskap ska avbrytas, får abort utföras om åtgärden vidtas före utgången av artonde havandeskapsveckan och den inte på grund av sjukdom hos kvinnan kan antas medföra allvarlig fara för hennes liv eller hälsa".⁶⁰ Lagtexten beskriver inte situationen så att kvinnan har "rätt till" abort, trots att detta ständigt upprepas i det offentliga samtalet. Precis som vid andra vårdåtgärder finns ingen legal "rätt" till abortåtgärden, eftersom sådana över huvud taget inte finns inom hälso- och sjukvårdsrätten, till skillnad från exempelvis socialförsäkringsrätten. Redan nu nekas kvinnor abort när de söker på icke medicinsk grund, och så kommer rimligtvis att ske även i framtiden.

Ytterligare en faktor som stöder att abortlagstiftningen hör till hälso- och sjukvårdsrätten, snarare än grundlagarna, är den omständigheten att endast den som

58 Se vidare härom i Lotta Westerhäll, *Patienträttigheter*, Nerenius-Santérus 1994.

59 Positiv rättighet är ett annat uttryck för en överklagbar rättighet.

60 Abortlagen 1974:595, 1 §, vår kursivering.

är behörig att utöva läkaryrket får utföra abort eller avbryta havandeskap. Vidare ska abort eller avbrytande av havandeskap ske på allmänt sjukhus eller på annan sjukvårdsinrättning som Inspektionen för vård och omsorg, IVO, har godkänt. Socialstyrelsens beslut i ärende om tillstånd till abort eller avbrytande av havandeskap får inte överklagas, vilket ytterligare stärker lagens andemening att utförande av abort inte har innebörden av en rättighet. Detta torde vara en omständighet som starkt talar för att utförande av en abort inte kan få konstitutionellt skydd.

Skyldigheterna för vårdgivare och vårdpersonal har dock under de senaste decennierna blivit allt tydligare. Detta gäller både i HSL och i den från och med 2011 gällande PSL. Detta "synliggörande" av patienten i de båda lagstiftningarna har lett till att man mera allmänt börjat tala om "patienträttigheter", utan att man för den skull har menat legala rättigheter.

Abortlagstiftningen tillhör den medicinska rätten, vilken alltså saknar överklagbara rättigheter i sin legala konstruktion. En konstitutionell rättighet ger ett starkare skydd än en "vanlig" legal rättighet. Att börja med tillskapandet av en konstitutionell rättighet på ett område som saknar "vanliga" legala rättigheter låter sig inte göra, det vore att börja i helt fel ände. Om legala rättigheter skulle tillskapas på hälso- och sjukvårdsområdet skulle detta medföra oerhört omfattande legala förändringar. Även de ekonomiska konsekvenserna av att skapa en rättighetslagstiftning på hälso- och sjukvårdsområdet skulle högst troligt vara mycket omfattande. Sverige har tidigare sagt nej till detta, se exempelvis de statliga utredningarna Vårdens svåra val, 1993:93, respektive 1995:5.

4. Abort och konstitution - internationella exempel

4.1 Exemplet USA

Den amerikanska konstitutionen⁶¹ ger ett omfattande skydd för de mänskliga rättigheterna, och respekten för dessa är god. En kombination av statliga institutioner, oberoende domstolar, enskilda organisationer och fria medier försvarar individens och olika grupperns åtnjutande av dessa rättigheter. Flera av FN:s centrala konventioner om mänskliga rättigheter har dock inte ratificerats. USA tillämpar dödsstraff såväl federalt som i en majoritet av delstaterna. Den amerikanska konventionen om mänskliga rättigheter har ratificerats av majoriteten av länderna på de amerikanska kontinenterna, och stadgar att rätten till liv skall skyddas "in general, from the moment of conception".⁶²

61 USA:s konstitution är världens näst äldsta ännu gällande skrivna grundlag och också den äldsta ännu gällande med en federal statsordning.

62 American Convention on Human Rights, II:4, https://en.wikisource.org/wiki/American_Convention_on_Human_Rights

Sommaren 2022 beslutade Högsta domstolen i USA att riva upp den federala bestämmelsen om fri abort i hela USA fram till omkring graviditetsvecka 27, och återföra beslutsrätten till delstaterna. Detta satte igång en omfattande process där abortrestriktiva och abortliberala delstater gick i olika riktning. Till och med 2023 har sex delstater haft folkomröstningar om att skriva in aborter i sina delstatskonstitutioner, och under 2024 finns planer på att göra detsamma i ytterligare 13 delstater.⁶³ De tre viktigaste domarna från den amerikanska Högsta domstolen i detta ärende är *Roe v. Wade* (1973), *Planned Parenthood v. Casey* (1992) och *Dobbs v. Jackson WHO* (2022), och vi kommer att beröra dessa närmare nedan.

En central fråga i debatten kring aborter och grundlag är frihetsbegreppet och hur detta förhåller sig till rättigheter kontra folksuveränitet. Vi har redan berört Europadomstolens resonemang om att en rättighet på nationell nivå, alltså en decentraliserad rättighet, på många sätt är mer demokratisk än en centraliserad rättighet, då den främjar närhetsprincipen genom att låta folkvalda representanter fatta besluten så nära medborgarna som möjligt. Denna fråga behandlas också i USA-domen *Dobbs v. Jackson* (2022), som ledde till upphävandet av *Roe v. Wade*. Domen handlar om hur begreppet frihet (liberty) i den amerikanska grundlagens fjortonde tillägg bör tolkas.⁶⁴

Det fjortonde tillägget till USA:s konstitution kom till år 1868 i efterdyningarna av det amerikanska inbördeskriget och slaveriets upphörande. Tillägget, som alltså i första hand gällde upphörandet av slaveriet, hade dock en mycket bredare effekt, då det stärkte den federala grundlagens räckvidd. Det konstitutionella skyddet, vilket tidigare enbart hade berört förhållandet mellan den enskilde och federationen, utvidgades till att omfatta även den enskildes förhållande till delstaterna. Detta gällde i synnerhet kravet att delstaterna inte fick "*deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.*"⁶⁵

Bestämmelsen har i praxis tolkats inte enbart som en processuell garanti, utan också som en materiell regel som begränsar lagstiftarens befogenheter. Rättssamhället kan med andra ord alltså göra vissa inskränkningar av grundläggande friheter, vilket framgår av *Dobbs v. Jackson WHO* (2022). En självklar fråga är vad begreppet omfattar och hur domstolarna avgränsar dess räckvidd. Kan det omfatta rätten att göra abort?

I *Roe v. Wade* (1973)⁶⁶ uppvisades inget större intresse för att hitta en exakt grund för det konstitutionella skyddet av den personliga integriteten. Merparten av domarna hänvisade dock till det fjortonde tillägget som den personliga integritetens korrekta grund. Samma tanke uttrycktes också av majoriteten i den ovan nämnda domen *Planned Parenthood v. Casey* (1992), varför mycket av analysen i *Dobbs v. Jackson WHO* (2022) kom att handla just om detta tillägg genom hänvisningar till domen *Planned Parenthood v. Casey*.

63 Mabel Felix, Laurie Sobel, and Alina Salganicoff, "Addressing Abortion Access through State Ballot Initiatives", *Women's health policy* 9 feb 2024, <https://www.kff.org/womens-health-policy/issue-brief/addressing-abortion-access-through-state-ballot-initiatives/>

64 *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al.* No. 19-1392. 2022.

65 Citatet är hämtat från avsnitt 3 i det 14:e tillägget, där det talas om att en person kan hindras från att inneha federala eller statliga ämbeten efter att ha engagerat sig i uppror som riktar sig mot USA:s grundlag.

66 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Den återkommande konstitutionella konflikten mellan de folkvalda lagstiftarna och domstolarnas rättsskapande makt återfanns således i *Roe v. Wade*. Majoriteten i *Dobbs v. Jackson WHO* (2022) vill undvika tillämpningen av "raw judicial power"⁶⁷ till förmån för demokratiska processer. Att i grundlagen skydda en rättighet innebär ett undantag från demokratins regler. Därför bör domstolarnas önskan att expandera det grundlagsskyddade området utan klar konstitutionell grund avstyras. I stället bör uppgiften om en utvidgning av det konstitutionellt skyddade området inte falla på domstolarna. Om grundlagen anses böra ändras, ska det ske efter moget övervägande och på ett betryggande sätt, där folksuveränitetens princip bör råda. Denna princip måste anses relevant också i den pågående processen i Sverige.

Under åren 1973-2022, då möjligheten till abort åtnjöt konstitutionellt skydd i USA, hade detta skydd givits domstolsvägen och inte med hjälp av folksuveräniteten. Förändringen skedde genom att domstolen ändrade sitt tidigare beslut med stöd av en annorlunda sammansättning av domstolen. Något dylikt kan inte ske i Sverige, där grundlagen präglas av folksuveräniteten, i betydelsen att all makt utgår från folket (1 kap. 1 § regeringsformen). Ett särskiljande drag för Sverige är dock att vårt land saknar tydliga rättsliga mekanismer som hindrar lagstiftaren att handla i strid med befintliga genom folksuveränitet stiftade lagar, inklusive grundlagarna. Detta innebär att lagstiftaren själv har uppdraget att kontrollera huruvida den utövar sin "makt under lagarna", och detta dilemma löses inte av att lagstiftaren skulle skriva in abort i regeringsformen.

Till detta kan också läggas att USA:s Högsta domstols undanröjande av det konstitutionella skyddet för abort ligger på en lägre nivå än vad tillkomsten av ett grundlagsskydd för abort i den svenska grundlagen skulle komma att få om ett sådant tillskapades. Det skulle bli ett mycket starkare skydd med två på varandra samstämmiga riksdagsbeslut med nyval emellan. Frågan uppträder då om ett sådant steg inte är att skjuta högt över målet? Inga argument för ett faktiskt behov av ett dylikt starkt grundlagsskydd har lyfts fram i den svenska debatten. Några sådana framkommer inte heller i de kommittédirektiv som regeringen gett pågående utredning. Allt detta ger sammantaget ytterligare tyngd åt att ett sådant behov inte heller är påkallat.

Sverige har historiskt varit återhållsamt med att anordna folkomröstningar i komplexa frågor, vilket är en god praxis. Dessa pågående processer pekar på vikten av att låta juridiska beslut avgöras främst utifrån juridiska principer. Abortfrågan är just en sådan fråga. Huvudfrågan i nuläget handlar dock inte om huruvida abortfrågan bör avgöras i folkomröstning, utan om den bör skrivas in i grundlagsdokument. Här följer några av de mest belysande nutida och historiska situationerna, och den mest aktuella hämtas från Frankrike.

67 "Raw judicial power" betyder domstolsmakt, till skillnad från demokratisk/folklig makt.

4.2 Exemplet Frankrike

1975 införde Frankrike en liknande modell som Sverige med fri abort under graviditetens första fas, och i anslutning till 2024 års beslut refererar många till Simone Veil, den hälsominister under vilken abortlagen infördes. Noteras kan dock att hon i sitt tal vid lagens införande betonade den etiska dimensionen och att samhället aldrig fick glömma att detta ingrepp måste betraktas såsom "undantagsfall", för att det aldrig ska uppfattas som att samhället uppmuntrar till abort. Veil uppmanade också kommande generationer att "bevara livets höga värde".⁶⁸ Detta är en viktig bakgrund för att sätta de nu pågående processerna i sitt historiska och etiska sammanhang.

Den politiska processen efter avskaffandet av *Roe v Wade* ledde till att Frankrike i mars 2024 lade till följande formulering i konstitutionens 34:e artikel:

La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la **liberté garantie** à la femme d'avoir recours à une **interruption volontaire de grossesse**.⁶⁹

Nyckelformuleringen i tillägget är alltså att Frankrike herefter ska ha en "garanterad frihet" till "frivilligt avbrytande av graviditet". Initiativet till denna förändring kom via ett initiativ från en vänsterkoalition i nationalförsamlingen. Partierna på högerkanten menade att aborter redan fanns i lagen och har ett stort stöd i opinionen, och att en sådan formulering i grundlagen därför inte behövdes.⁷⁰ Opinionstrycket blev dock så stort att alla större partier till slut ställde sig bakom tillägget i konstitutionen.

Den centrala ordalydelsen genomgick dock några centrala förändringar i processen fram till slutligt beslut. Det ursprungliga vänsterförslaget ville skriva in en "rättighet", men de övriga partierna ansåg en sådan skrivning som olämplig och föreslog istället "frihet", vilket i slutänden landade i det beslutade "garanterad frihet".⁷¹

Trots det starka politiska trycket på att sluta upp bakom den nya formuleringen i konstitutionen kan ändå några relevanta kritiska synpunkter från den franska debatten lyftas fram. I senaten lyftes också problematiken i lagens införande av "garanterad frihet" som helt ny term i konstitutionen, eftersom det är mycket oklart hur en sådan formuleras ska tolkas i övrig lagstiftning och praktisk tillämpning. Det skapar också en märklig situation där en viss frihet ska betraktas som garanterad i konstitutionen och andra inte.⁷²

68 *Constitutionnalisation de l'IVG*, CNEF, 1 mars 2024, <https://www.lecnef.org/articles/143042-constitutionnalisation-de-l-ivg>

69 Frankrikes konstitution, artikel 34, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>. Vår fetstil.

70 "French lawmakers pass resolution to enshrine abortion as constitutional right" *Le Monde* 30 okt 2023, https://www.lemonde.fr/en/france/article/2022/11/24/french-parliament-votes-to-enshrine-abortion-as-constitutional-right_6005502_7.html

71 Julien Lemaigen "Abortion in France: The necessary steps to enshrine right to access in the Constitution", *Le Monde* 25 jan 2024, https://www.lemonde.fr/en/politics/article/2022/11/24/right-to-abortion-in-france-the-necessary-steps-before-it-gets-enshrined-in-the-constitution_6005536_5.html

72 *Abortion in the French Constitution: Doubts of the French Senate Laws*, Alliance Vita, 16 feb 2024, <https://www.alliancevita.org/en/2024/02/abortion-in-the-french-constitution-senate/>

Ytterligare en kritik har varit att tillägget inte förändrar något alls i själva lagstiftningen, men skulle i framtiden kunna användas för att avskaffa varje begränsning av abort, ända fram till barnets födelse.⁷³ Justitieministern genmälde i senatsdebatten att formuleringen ”garanterad frihet” inte ska innebära en obegränsad rättighet, varpå senatorn Philippe Bas replikerade: ”Om termen saknar juridisk betydelse, skall den inte införas. Om den däremot har betydelse, och därmed kan bli grundval för domare att utdöma kompensation till en person som inte kan få abort med hänvisning till att sådan inte tillhandahålls av regeringen och parlamentet, då blir termen en tvingande rättighet. Det skulle innebära att makten flyttas från parlamentet till domstolarna, och det kan jag inte ställa mig bakom.”⁷⁴

Ytterligare en kritik som framfördes i senaten var att fransk abortlag har haft två rättigheter som lagstiftaren var noga med att säkerställa i 1975 års abortlag: dels friheten att få abort utförd, och dels friheten för vårdpersonal att avstå av samvetsskäl, och kritikerna menade: ”Det framstår därför som beklagligt att grundlagsfästa endast en av dessa två friheter.”⁷⁵ Detta eftersom den senare friheten nu riskerar att framstå som ett hinder för den ”garanterade frihet” som nu införts i konstitutionen, utan att lagstiftaren har formulerat vad detta egentligen innebär.

4.3 Några övriga nationella exempel

I den debatt som har väckts sedan sommaren 2022 har påståenden framförts om olika länder med påstått konstitutionella garantier för abort, men där formuleringarna i realiteten går i motsatt riktning. Kenya är ett sådant exempel. Abort finns visserligen omnämnt i landets konstitution, artikel 26, men andemeningen i artikeln handlar om livet som grundläggande rättighet:

Article 26, Right to life

- 1) Every person has the right to life.
- 2) The life of a person begins at conception.
- 3) A person shall not be deprived of life intentionally, except to the extent authorised by this Constitution or other written law.
- 4) Abortion is not permitted unless, in the opinion of a trained health professional, there is need for emergency treatment, or the life or health of the mother is in danger, or if permitted by any other written law.⁷⁶

För europeisk räkning har Jugoslavien lyfts fram som det land som har skrivit in aborter i sin konstitution. Det kommunistiska landet hade visserligen en formulering i 1974 års konstitution som har uttolkats som en rätt till abort, men formuleringen är allmänt hållen:

Artikel 191

Det är en mänsklig rättighet att fritt besluta om familjeplanering.⁷⁷

73 “French lawmakers pass resolution to enshrine abortion as constitutional right” *Le Monde* 30 okt 2023

74 *Abortion in the French Constitution: Doubts of the French Senate Laws*, Alliance Vita, 16 feb 2024

75 Ibid.

76 Kenyas konstitution, https://constituteproject.org/constitution/Kenya_2010

77 Jugoslaviens konstitution 1974, https://ia903003.us.archive.org/4/items/1974YugoslavConstitution/Yugoslavia-Constitution1974_text.pdf

Under nu aktuell debatt har det hävdats att de ex-jugoslaviska staterna därefter har behållit denna formulering. Det är i bästa fall en sanning med stor modifikation, men en mer rättvisande beskrivning är snarare att de nya staternas grundlagar i huvudsak går i motsatt riktning.

Kroatiens konstitution har en formulering som kan beskrivas som positiv till föräldraskap, men utan att relatera till abort. Texten slår endast fast att "Rättigheter som rör barnafödelse, moderskap och barnavård skall regleras i lag". Denna formulering kombineras i sin tur med andra artiklar om att "staten skall skydda moderskap, barn och unga", att familjen ska ges särskilt beskydd från staten, samt att föräldrarna är de som har ansvar och frihet för barnens uppfostran.⁷⁸

Kroatiens konstitution får därmed betraktas som mer positiv till familjebildning än till abort. Denna inställning blir ännu tydligare i andra ex-jugoslaviska länder. Aktuell formulering i Serbiens konstitution, under rubriken "Frihet till fortplantning" lyder:

Artikel 63

Envar ska ha frihet att besluta om de ska fortplanta sig eller ej. Republiken Serbien skall uppmuntra föräldrar att besluta sig om att få barn, och skall assistera dem i detta syfte.⁷⁹

Slovenien går i liknande riktning, under rubriken "Valfrihet i barnafödande":

Artikel 55

Envar skall vara fri att bestämma huruvida de ska föda barn. Staten skall garantera möjligheterna att utöva denna frihet, och skall skapa sådana förutsättningar som ger föräldrar möjlighet att besluta att få barn.⁸⁰

Montenegro slutligen för en liknande, kanske ännu starkare grundhållning i sin konstitution, under rubriken "Skydd för moder och barn".

Artikel 73

Moder och barn skall åtnjuta särskilt skydd.

Staten skall skapa förhållanden som uppmuntrar barnafödande.⁸¹

Slutsatsen från det jugoslaviska exemplet är att när den kommunistiska diktaturen föll ersattes den ospecificerade formuleringen om frihet att besluta om familjplanering med mer familjevänliga skrivelser i de nya demokratiska staterna. De internationella erfarenheterna pekar snarare på att olika länder i olika tider har använts som exempel av radikala abortförespråkare för att argumentera för den lösning som nu föreslås i Sverige. Under 1970-talet var det Jugoslaviens allmänna formulering som lyftes fram som förebild, men efter Berlinmurens fall blev

78 Kroatiens konstitution, artikel 57, 62-64, https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/inline-files/CONSTITUTION_CROATIA.pdf

79 Serbiens konstitution, http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Constitution_%20of_Serbia_pdf.pdf

80 Sloveniens konstitution, <https://www.us-rs.si/media/constitution.pdf>

81 Montenegros konstitution, https://www.constituteproject.org/constitution/Montenegro_2013

det istället USA och *Roe v Wade* som blev världens mest långtgående förebild för dem som önskade fästa aborter som konstitutionell rättighet.

Dessa båda exempel fäster samtidigt uppmärksamheten på en annan central omständighet. De som argumenterar för att skriva in aborter i länders konstitution gör det under förevändning att de därmed har skapat ett oåterkalleligt beslut. Så är dock inte alls fallet. I både Jugoslavien och USA har dessa formuleringar dragits tillbaka och ersatts dels av en mer barnvänlig hållning, dels av en utveckling som i fallet USA blivit djupt internt splittrande mellan abortliberala och abortrestriktiva delstater.

Detta faktum pekar på ett avgörande feltänk bakom de angivna skälen till att grundlagsfästa en rätt till abort. Grundlagarna kan i likhet med andra lagar förändras, och gör det också, när förutsättningar eller den allmänna opinionen förändras. På det här området utgörs dessa förändringar å ena sidan av att en kommunistisk diktatur ersattes av demokratiska stater, och i andra fallet av den medicinvetenskapliga utvecklingen. Vid tiden för *Roe v Wade* låg gränsen för ett fosters livsduglighet omkring tjuugoåttonde graviditetsveckan, varför gränsen slogs fast där. Sedan dess har dock de medicinska möjligheterna förbättrats och barn kan räddas till livet nedåt tjugonde veckan.

Att något vid en viss historisk tidpunkt slås fast som en konstitutionell rättighet är alltså ingen garanti för att detta faktum kommer att kvarstå där för tid och evighet. Den historiska erfarenheten på abortområdet pekar tvärtom i motsatt riktning. Både allmän lag och grundlag är dynamiska företeelser som genomgår omformuleringar när förutsättningar förändras. Och så måste det också vara i ett demokratiskt land. Detta förhållande understryker dock vikten av en hållbar människosyn där det omätbara människovärdet följer existensen och inte kroppsliga eller mentala funktioner, samt en hållbar etik som ligger till grund för demokratin. Till detta kommer den personalistiska människosyn och naturrättsliga etik som ligger till grund för FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och EKMR, som sedan 1995 är inkorporerad i svensk lagstiftning. Det understryker också vikten av att inte låta så viktiga frågor som grundlagarna övertas av ambitioner att slå fast ideologiska ställningstaganden i syfte att motverka eventuella framtida förändringar i opinionsläget. Vårt lands lagstiftning bör vila tryggt i den demokratiska principen att lag skall i varje tid byggas. Därmed bör vi även avstå frestelsen att bruka grundlagen som ett medel för att försöka binda kommande riksdagars frihet att utforma framtidens lagstiftning, i sin grundlagsfästa roll som folkets främsta företrädare.

5. Abort i relation till begrepp som ”rättighet” och ”frihet”

5.1 Gällande principer i befintlig abortlag

Den svenska debatten i politik och medier behandlar ofta aborter som en ”rättighet”. Detta är dock en juridiskt sett oriktig beskrivning av svensk abortlag, och även av internationell rätt. Aborter är i den svenska abortlagen aldrig beskriven i form av en rättighet, utan i form av en möjlighet som i vissa fall kan tillåtas, i andra fall inte. Fram till och med graviditetsvecka 18 får abort utföras, mellan vecka 19 och 22 får den utföras under vissa förutsättningar, vilket avförs från fall till fall av Socialstyrelsens etiska råd. Efter graviditetsvecka 22 är aborter förbjudna i samtliga fall.

Det finns dock ett inslag i abortlagen som utgör en fastslagen rättighet: den gravida kvinnans rätt till stödsamtal. Två gånger slår abortlagen fast att den gravida har rätt till stödjande samtal, både före och efter genomförd abort. Detta är en icke-förhandlingsbar rättighet som indikerar att en abort skiljer sig från andra ingrepp i svensk sjukvård, och som lagstiftaren inser kan medföra särskilda psykiska påfrestningar. Aborter som sådana anges däremot aldrig som en rättighet, utan som en möjlighet under vissa specifika omständigheter. Detta är en central faktor som behöver vägas in i relation till de önskemål som väckts om att inkludera abort som rättighet i grundlagen.

På det mer övergripande planet synes mycket tala för att abortfrågan aldrig kan besvaras fristående utan att samtidigt diskutera fostrets rätt till liv. Enighet saknas bland världens länder om när fostrets rätt till liv inträder; en vanlig uppfattning är dock tidpunkten då fostret är livsdugligt utanför kvinnans kropp. Men några viktiga följdfrågor inträder här: Kan man överhuvud ge konstitutionellt skydd för en rättighet som är villkorad av en annan individs rätt till liv?⁸² Är frågan om livets början (när den nu anses inträffa) nödvändig att besvara för att avgöra frågan om konstitutionellt skydd vid abort? En villkorad rättighet torde komma att ligga utanför vad som kan ge ett konstitutionellt skydd. De rekvisit som ska ingå i en bestämmelse som ska åtnjuta ett konstitutionellt skydd ska vara klara och entydiga, så att både den formella och materiella rättssäkerheten är uppfyllda. Detta kan aldrig bli fallet om rekvisiten är villkorade. Denna omständighet utgör i sig ett kraftfullt argument för att en nationell abortregel inte bör införlivas i konstitution eller grundlag.

82 Se SOU 1989:51 Den gravida kvinnan och fostret – Två individer. Om fosterdiagnostik. Om sena aborter.

5.2 Rättighet och frihet – positiva och negativa friheter

I diskussioner om konstitutionellt skydd för sådant som i bred bemärkelse karakteriseras som mänskliga rättigheter är det centralt att skilja mellan sådana rättigheter som är positiva och negativa.

Positiva rättigheter innebär att individer har rätt att erhålla något, och för att dessa rättigheter ska tillgodoses krävs en aktiv insats från stater eller andra aktörer. Exempel på sådana rättigheter inkluderar rätten till bostad, utbildning och arbete. Förverkligandet av positiva rättigheter är beroende av politiska beslut och deras implementering. Med *negativa rättigheter* avses rätten att undvika något, såsom att undgå att bli dödad, misshandlad eller bestulen. För att säkerställa dessa rättigheter krävs naturligtvis etablerandet av rättssystem, men den negativa rättigheten i sig kräver ingen aktiv handling från någon annan. Den innebär däremot att stater eller andra aktörer ska avstå från att utföra vissa handlingar, såsom att använda våld, förhindra yttrandefrihet eller stjäla egendom. I förlängningen av dessa rättigheter kan krav emellertid ställas på att staten ingriper för att skydda dessa rättigheter. Enkelt uttryckt kan man istället använda begreppen *rättighet till* som synonym med en positiv frihet och *frihet från* som synonym med en negativ frihet.

5.3 Positiva och negativa friheter i normgivningshierarkin

Helt centralt i begreppet stat är auktoriteten att upprätta lagar och andra normer. Detta anses så väsentligt att landomfattande lagar ibland används som bevis för att en stat föreligger; konstitutionen blir här det konstitutiva för staten. Konungariket Sverige får sin första landsomfattande lag vid Magnus Erikssons styre på 1300-talet, vilket betraktas som landskapens och lagsagornas enande till ett rike. Vid den tiden var alla lagar av samma valör. Det skulle dröja till 1600-talet innan man började tala om "fundamentallag" som en särskild lagkategori som inte kunde ändras. Detta synsätt fick under Frihetstiden (1766) stegvis ge vika för ett annat synsätt där former angavs för hur riksdagen skulle "förklara, tillägga, lämpa och förbättra" formuleringar i grundlagen.⁸³

En grundlag fyller funktionen som överordnad alla andra lagar och föreskrifter också genom att offentliga organ, så som domstolar och förvaltningsmyndigheter, inte får tillämpa föreskrifter som befinner sig strida mot grundlag. Lagar syftar till att ge stat och enskilda positiva eller negativa anvisningar om handling. En lag som inte ger en anvisning eller har betydelse för tolkningen av andra anvisningar är i praktiken utan innehåll.

I de flesta rättsstater finns ett konstitutionellt skydd för rättighetskataloger som tar sikte på hur långt de folkvaldas beslutsfattande kan ingripa i medborgarnas liv utan att dessa behöver höras i allmänna val. Det konstitutionella rättighetskyddet ligger därmed på en överordnad plats i den suveräna statens normhierarki. Grundlag är med andra ord normhierarkiskt högst, som det uttrycks i

83 *Sveriges konstitutionella urkunder*, (SNS förlag, Stockholm 1999), 12.

regeringsformen: "grundlag går före lag."⁸⁴ I Sverige består denna normhierarki av 1) grundlag som antas genom särskilda procedurer, 2) lag som stiftas av riksdagen, 3) förordning som meddelas av regeringen och 4) föreskrifter som utfärdas av myndighet. Syftet med detta är ytterst sett att garantera ramarna för det allmännas normgivning. Respekten för detta konstitutionella skydd innebär att domstolar har en skyldighet att åsidosätta sådana normer som strider mot överordnade normer i normgivningshierarkin.

Normhierarkins syfte är att skapa nödvändig flexibilitet eller inflexibilitet i det allmännas normgivningsmakt. Denna normgivningshierarki anges av konstitutionen, som i sin tur bemyndigar underställda normgivare (riksdag, regering och myndighet) rätten att lämna vidare allt snävare områden av normgivning till underställda organ. Det är därför riksdagen som lämnar möjlighet till regeringen att utfärda förordningar och där ange vad som kan regleras genom myndighetsföreskrifter. Ju längre ner i normgivningshierarkin, desto mindre normgivningsmakt tillkommer normgivaren.

Denna normgivningsordning anger ramarna för det politiska beslutsfattandet och upprätthåller på det sättet dels den representativa demokratins grundsats att all makt ska utgå från folket. De mest fundamentala rättigheterna har uppgiften dels att skydda den enskilde från övergrepp från statsmakten, och dels skydda det allmänna från att en politisk majoritet ska skada den representativa demokratin genom att ingripa i de fria valen och dess förutsättningar. Exempel på sådana rättigheter är sådana som tar sikte på det fria meningsutbytet, den fria opinionsbildningen och andra förutsättningar för öppna, demokratiska och allmänna val. Normgivningshierarkin uppfyller emellertid också syftet att garantera vissa grundläggande rättigheter i förhållande till det allmänna. Sådana exempel är skyddet för kroppslig integritet (förbudet mot dödsstraff och kroppsstraff) och rätten till rättssäkerhet. Den sistnämnda är till sin natur kopplad de övriga rättigheterna, på sådant sätt att man utan en rättvis rättegång inte heller kan åtnjuta ett skydd från det allmänna.

5.4 Den svenska grundlagen och dess rättsreglering

Sveriges grundlag ger ingen definition av vad en grundlag är, men en av grundlagarna, regeringsformen, anger i sitt första kapitel vilka fyra som är rikets grundlagar. I Sverige är det regeringsformen som närmast svarar mot författningen eller konstitutionen i andra länder. I Sverige används sedan länge begreppet grundlag, vilket består av två delar, *grund*, och *lag*. Av regeringsformens första kapitel framgår att all offentlig makt i Sverige utgår från folket, att denna makt utövas under lagarna och det är riksdagen som stiftar lag. Den andra delen, *grund*, ska tolkas som grundläggande; grundlag utgör således basen för den underkastelse av makten som lagarna syftar till, men även som grundplåt för andra angivna höga ändamål. Häribland kan nämnas respekten för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet - verkandet för att demokratins idéer blir vägledande och jämlikhet. Sett till regeringsformens innehåll kan de centrala delarna anses vara formerna för normgivningsmakten, utpekandet av och ordningar

84 Regeringsformen, 11 kap, 14 §.

för de högsta organen (statschefen, riksdag, regering, rättsskipningen) och angivandet av grundläggande fri- och rättigheter.

Begreppet grundlag har juridiskt sett en lagteknisk betydelse på så vis att det krävs vissa särskilda kvalificerade förfaranden för att stifta, ändra eller upphäva grundlag. Syftet med att uppställa särskilt kvalificerade förfaranden är naturligtvis att skydda riket från att tillfälliga majoriteter snabbt och lätt ska kunna slå undan benen för rikets centrala uppbyggnad och maktutövning. Vi kan så långt dra slutsatsen att det som hör hemma i svensk grundlag är det grundläggande och mest centrala: principerna, inte undantagen, de höga och goda idéerna, inte detaljerna, det som anses värt att skydda från tillfälliga majoriteters möjlighet att skaka om rikets centrala värden och former.

All offentlig makt i Sverige utgår från folket, och riksdagen är folkets främsta företrädare. Så slås det fast i regeringsformen – den grundlag som utgör grunden för vår demokrati.⁸⁵ Regeringsformen beskriver hur landet ska styras, vilka demokratiska rättigheter medborgarna har och hur den offentliga makten ska fördelas. Konstitutionell rätt behandlar den konstitutionella rättens tre centrala teman: maktindelning och andra förutsättningar för utövande av offentlig makt, skyddet för grundläggande rättigheter samt rättsligt genomdrivande av konstitutionellt rättsliga normer. I den här aktuella frågan är framför allt de grundläggande fri- och rättigheterna av intresse.

I regeringsformens andra kapitel finns en så kallad rättighetskatalog som anger de grundläggande fri- och rättigheterna. Där uppställs särskilda förutsättningar och former för begränsande av fri- och rättigheterna. Begränsningarna utgörs i korthet av att de måste ske genom lag, endast för att tillgodose ändamål som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle och aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt.

I regeringsformen uttrycks på två olika platser stadganden som kan uppfattas som rättigheter. Det gäller dels 1 kap 2 § regeringsformen där en lång rad positiva rättigheter uttrycks, det handlar om rätt till personlig, ekonomisk och kulturell välfärd, hållbar utveckling, att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara, et cetera. I faktisk mening saknar denna rättighetskatalog konstitutionell betydelse eftersom de varken anger några förklaringar till vad detta faktiskt innebär eller några begränsningar för underställda normgivare att stifta lag.

Den centrala rättighetskatalogen finns istället i regeringsformens andra kapitel, där ovan nämnda opinionsfriheter, rätt till kroppslig integritet och rätt till rätts-säkerhet uttrycks. I rättighetskatalogen regleras också egendomsskydd, upphovsrätt, rätt till stridsåtgärder på arbetsmarknaden, näringsfriheter och rätt till utbildning. De flesta av de positiva rättigheterna är införda efter grundlagens införande 1974. Samtliga positiva rättigheter (förutom förbud mot dödsstraff och kroppsstraff) kan inskränkas genom lag stiftad av regeringen. 2 kap 20-25 § anger förutsättningarna för begränsningar av de negativa friheterna. Opinionsfriheterna får begränsas med hänsyn till rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskildas anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och

85 Regeringsformen, 1 kap, 1 och 4 §.

beivrandet av brott.⁸⁶ Mötesfriheten och demonstrationsfriheten får begränsas av hänsyn till ordning och säkerhet vid sammankomsten eller demonstrationen eller till trafiken. I övrigt får dessa friheter begränsas endast av hänsyn till rikets säkerhet eller för att motverka farsot⁸⁷. Till detta kommer den reglering som anger att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.⁸⁸

Sammanfattningsvis kan alltså noteras att även om de grundläggande rättigheterna i grundlagen har ett skydd är de positiva rättigheternas plats där i huvudsak en markering av deras betydelse för det allmänna. Eftersom de flesta av dessa rättigheter ändå kan inskränkas genom underordnade normer är betydelsen av grundlagsskyddet i stort illusoriskt. Ett belysande exempel är regeringsformens formulering att samernas rätt att bedriva renskötsel regleras i lag.⁸⁹ Det är fullt tänkbart att riksdagen i lag skulle reglera denna rätt på ett mycket strikt sätt. Någon grundlagsskyddad rätt till renskötsel finns därför i praktiken inte, eftersom det bara är en anvisning om vem i normgivningshierarkin som kan reglera rättigheten. På samma sätt är det med rätten till utbildning, där regeringsformen stadgar att alla barn som omfattas av allmän skolplikt har rätt till kostnadsfri grundläggande utbildning i allmän skola.⁹⁰ I praktiken utgör detta dock ingen mer omfattande förpliktelse än att det allmänna måste definiera vilka barn som omfattas av allmän skolplikt, eller vilken utbildning som anses grundläggande för att reducera betydelsen av denna rättighet.

Å ena sidan kan de positiva rättigheterna därigenom anses vara alltför oskyddade, men å andra sidan är det rimligt att riksdagen ges vida ramar för de skyldigheter som finns för det allmännas verksamhet. Detta gäller dels för att inte allt för långt inskränka den representativa demokratin, och dels eftersom akuta förhållanden av nationell betydelse kan göra långa beslutsprocesser direkt skadliga. Aktuella exempel på detta är Coronapandemin och kriget i Ukraina. Just detta är också syftet bakom den bedömningsmarginal som EKMR ger de fördragsslutande staterna. Om lagstiftaren skulle välja att formulera positiva eller negativa rättigheter med en sådan tyngd som en grundlagsformulering innebär, inskränks automatiskt handlingsutrymmet för statens demokratiska institutioner. En sådan inskränkning av folksuveräniteten skulle riskera att förlora allmänhetens förtroende i Sverige.

86 Regeringsformen, 2 kap 23 §.

87 Ibid, 2 kap 24 §.

88 Ibid, 2 kap 19 §.

89 Ibid, 2 kap 17 §.

90 Ibid, 2 kap 18 §.

5.5 Kan abort betraktas som en rättighet i grundlagen?

En rätt till abort skulle närmast vara att kategorisera som en positiv konventionell rättighet, vars funktion skulle förutsätta en skyldighet för sjukvården att tillhandahålla abort. Om en sådan ändring av regeringsformen skulle vara minimalistisk skulle den innebära ett stadgande som uttrycker att *rätten till abort regleras i lag* eller *rätten till fri abort regleras i lag*. En sådan rättighet skulle i den närmaste innebära att ansvaret faller på riksdagen att reglera ramarna för abortlagstiftningen – det vill säga så som är fallet idag. En sådan reglering skulle i sådant fall vara helt överflödigt.

En annan tolkningsmöjlighet vore att säga att var och en har rätt till fri abort. Detta skulle emellertid skapa ett påtagligt problem i relation till Sveriges åtaganden i förhållande till EKMR (som har ett absolut stöd i regeringsformen), eftersom varje uttryck för en positiv rättighet till abort skulle behöva begränsas av Europadomstolens krav på skydd för fosters rätt till liv när de visat tecken på livsduglighet. Här skulle ett grundlagsstadgande sålunda behöva ta höjd för en rättighetsavvägning. Detta kan antingen ske genom ett bemyndigande för riksdagen att stifta lag på området, eller att man ställde rätten till den fria aborten under EKMR:s ramar.

Ingen av dessa lösningar skulle dock göra det praktiskt möjligt att definiera vilken positiv rättighet som faktiskt tillkommer någon. Den sortens stadganden är som bäst politiska markeringar. Som sämst får det oförutsedda konsekvenser för normgivningen i andra sammanhang, och skapar avsevärd osäkerhet om vilka ramar som faktiskt gäller i landet. Ett konkret exempel är möjligheten att den medicinska utvecklingen går snabbare än grundlagen hinner förändras. Givet det stabila opinionsläget som idag finns för abort i Sverige, ligger denna möjlighet avsevärt närmare till hands än att en sådan grundlagsformulering skulle ge det eftersträfvade skyddet för en positiv rätt till abort.

Utifrån denna bakgrund skulle en rätt till abort i grundlagen i praktiken enbart fungera som en symbol, inte som en rättsligt betydelsefull bestämmelse. Det helt avgörande för tillämpningen skulle nämligen - precis som nu - vara detaljerna, mätandet och uträkningen av aktuell graviditetsvecka. Den ordning för normprövning som gäller för offentliga organ skulle knappast få någon reell betydelse för en rätt till abort. Tillämpningen av aborters laglighet skulle fortfarande regleras av vanlig lag eller underordnade föreskrifter. Det skulle bli fråga om ett hedersomnämmande i rättighetskatalogen, en opåkallad pose, ett verkningslöst slag i luften.

Det framstår därför som olämpligt att spänna på den skyddsapparat som ett grundlagsskydd innebär kring en rätt till abort. Rättighetskatalogen är fel forum för symbolpolitik. De allra flesta ser frågan om aborts tillåtlighet som något beroende på omständigheter där ny vetenskap och etiska överväganden kan och bör vara av betydelse för ändrade synsätt och tillämpning av när abort ska vara och inte vara tillåtet.

Det skulle behövas mycket omfattande förändringar i den politiska opinionen kring aborter för att utgöra en realistisk utmaning till den reglering Sverige i dag har på området. Det framstår som helt osannolikt att sådant sker hastigt. Den

ändring som skedde genom Högsta domstolens avgörande i USA kan inte ske i Sverige, där tillåtligheten för abort är reglerad i lag. Regeringsformens rättighetskatalog är inte heller avsett som ett forum för att signalera sympatier mot opinioner eller prejudicerande beslut i andra länder.

Om så omfattande samhällsförändringar skulle ske att förutsättningarna kring abort förändrades på ett genomgripande sätt vore det oegentligt att försöka förhindra detta genom grundlagssystemets tröghet, och dessutom i strid med andra rättigheter som grundlagsskyddet skulle kunna användas mot. Det är motiverat att använda grundlagarna som vapen för att hindra odemokratiska tillfälliga majoriteter från att kasta bort en surt förvärvad mötesfrihet, yttrandefrihet och rörelsefrihet eller andra demokratiska spelregler. Att slå fast abort som en rättighet i grundlagen skulle dock riskera att kollidera med att andra rättigheter som redan finns i rättighetskatalogen skulle kunna tolkas eller värderas annorlunda än i dag, kanske framför allt ett brett erkännande av det ofödda barnet som rättighetsbärrare. En förändrad syn på aborts tillåtlighet skulle i realiteten bygga på rättighetsargumentation som - hur oönskad den än kan te sig för nutida politiker - ändå är förenlig med den fria åsiktsbildning som den svenska folkstyrelsen bygger på.

Ett införande av abort i grundlagens rättighetskatalog skulle slutligen också medföra att detta skulle kunna komma att betraktas som en sådan rättighet som kan omfattas av en överklaganderätt. Om abort skulle införas i en rättighetskatalog, skulle det alltså kunna anses vara en sådan civil rättighet som medför besvärsmätt i domstol med stöd av artikel 6 i EKMR. För att rätten till domstolsprövning enligt denna artikel ska vara tillgodosedd krävs dock inte att organet som prövar en civil rättighet ska kallas för domstol. I praxis har olika nämnder i Sverige godtagits som med de krav som artikel 6 ställer.⁹¹

Rätten till domstolsprövning enligt denna artikel innefattar inte en rätt till överprövning, vilket således innebär att det rättsliga rådet kan bli den enda instansen med behörighet att pröva den nya grundlagsrättigheten om abort skulle införas i regeringsformen. Om Sverige skulle hamna i det läget skulle vi därmed ha skapat en situation som ligger närmre det amerikanska exempel som hela denna process syftade till att undvika: det vill säga att abortfrågans gränser blir domstolarnas arena. Den som vill undvika en situation där denna fråga hamnar i händerna på enskilda domare - eller nämndemän nominerade av politiker - bör därför undvika att styra riktningen rakt mot en ökad domstolsmakt över frågan om abort.

91 Se exempelvis Brottskadenämnden (se Europadomstolens avgörande den 1 juli 1997 i målet Rolf Gustafson mot Sverige); Resegarantinämnden (RÅ 2002 ref. 104); Presstödsnämnden (NJA 2002 s. 288 och RÅ 2004 ref. 122), samt Överklagandenämnden i Överklagandenämnden för studiestöd (HFD 2015 ref 6). Om prövningen i Socialstyrelsens rättsliga råd uppfyller kraven enligt artikel 6 har såvitt känt inte prövats och får därmed betraktas som en oklar rättsfråga. Rådets sammansättning, med domare som ordinarie ledamöter, och dess självständiga ställning i förhållande till Socialstyrelsen talar för att kraven som artikel 6 ställer är uppfyllda.

6. Slutsatser och rekommendationer

Att skriva in en rätt till abort i Sveriges grundlag framstår utifrån ovanstående genomgång som apart. Inte ens de mest radikala förespråkarna för fri abort borde se denna som så grundläggande att det är en fråga för landets konstitution. Vår övergripande slutsats i denna rapport kan sammanfattas: **Det saknas juridiskt hållbara skäl att ge abortfrågan konstitutionell status.** Skälen till detta är många.

- Medicinsk rätt i Sverige ger i nuläget inga juridiskt fastslagna rättigheter för patienten på något område – allra minst på det konstitutionella planet. I det läget vore det väsensfrämmande för det svenska rättssystemet att av politiska skäl införa en sådan rättighet på ett enda vårdområde – därtill det som kanske mest av alla omgärdas av svåra etiska avvägningar.
- Livsdugligheten är en central faktor i befintlig svensk abortlagstiftning, vilket innebär en inbyggd och oundgänglig flexibilitet som gör att denna lag ständigt måste vara öppen för omformulering. Detta faktum gör också att en fastslagen formulering på konstitutionell nivå får anses fungera som hindrande för den flexibilitet som en abortlag rimligen måste ha.
- Grundlagsförändringar bör aldrig ske lättvindigt, utan växa fram ur ett behov i det egna landet, inte införas som reaktion på sådant som sker i annat land. Avskaffandet av en federal bestämmelse i USA genom Högsta Domstolens upphävande av en tidigare dom ligger dessutom på en lägre nivå än vad tillkomsten av ett grundlagsskydd för abort i den svenska grundlagen skulle utgöra. En sådan förändring vore ojämförligt drastisk för sitt syfte och vore att skjuta över det juridiska målet.
- Att i grundlagen skydda en positiv rättighet som inte är grundad i naturrätt, innebär en form av intrång i demokratins förutsättningar och regler. Önskemål om att expandera det grundlagsskyddade området utan klar konstitutionell grund bör därför avstyras. I sådana fall grundlagen anses böra ändras, ska det ske efter moget övervägande och på ett betryggande sätt, där folksoveränitetens princip bör råda.
- Konstitutionellt skydd kan rimligen aldrig ges till en rättighet som är villkorad av en annan individs intressen och rättigheter. Frågan om när och hur den ofödda människans rättigheter inträder anses i svensk och andra länders lagstiftning helt central för när abort får utföras. De rättliga rekvisit som på ett rättssäkert sätt ska ges konstitutionellt skydd behöver vara klara och entydiga. Men en rättighet som bygger på att vissa villkor uppfylls lämpar sig illa att fästa i grundlag.
- Om konstitutionellt skydd skulle ges till abort finns det två alternativ, där båda har dramatiska effekter som de flesta skulle anse problematiska. 1) Abort som en absolut rättighet. 2) Abort som relativ rättighet. Om grundlagen skulle inkludera en absolut rätt till abort kan det antingen innebära att nuvarande regelverk kring aborter måste skrivas in i grundlagen. Detta skulle vara en helt apart konstruktion som i grunden inte skulle kunna göra annat än att fördröja en önskad förändring av abortlagstiftningen. En annan uttolkning av en sådan absolut rättighet skulle innebära fri abort utan möjlighet till inskränkning i lag, vilket framstår som absurt, givet de allmänt accepterade begränsningar som finns i befintlig abortlag. Om en grundlagsreglering å

andra sidan skulle bli en relativ rättighet kommer man även fortsatt att kunna inskränka den i lag med vissa begränsningar. Under sådana förhållanden blir betydelsen av en sådan rättighet mycket svag eftersom den bedömningsmarginal inom vilken sådan lagstiftning ryms är tämligen vid. Det enda återstående alternativet är att knyta rättigheten till något annat kriterium, exempelvis fostrets livsduglighet. Under sådana förhållanden skulle en sådan rättighet kunna medföra att möjligheten till abort i praktiken tvärtom begränsas, vilket knappast är det som förändringens tillskyndare har önskat.

- Processen i Frankrike understryker att abort inte kan betraktas som en "rättighet" i konstitutionell mening. Landets beslut att istället skriva in abort som "garanterad frihet" innebär dock ingen faktisk förändring av befintlig lag och praxis, utan framstår snarare som ett politiskt ställningstagande, och grundlagar och konstitutioner bör generellt stå på en högre nivå än den sortens markeringar.
- Övriga internationella erfarenheter av länder som antagit eller tolkat in abort under konstitutionen visar att sådana åtgärder inte alls innebär en sådan oåterkallelighet som har hävdats i debatten. Både USA och Jugoslaviens exempel visar tvärtom på att förändringar inom medicinvetenskap och politik har förändrat eller avskaffat sådana skrivningar. Även detta illustrerar det ogrundade i idén med att försöka permanenta en viss inställning till abort via grundlagsbeslut.
- Till detta kan slutligen också läggas att om aborter skulle införas som rättighet i grundlag, skulle någon med nödvändighet behöva uttolka var de gränser ska sättas som nästan alla i Sverige önskar ha. En sådan situation skulle i det läget öppna möjligheten till överklagande för den som nekas abort i en vecka där sådana idag är förbjudna. Denna gränsdragning skulle i sådant fall landa hos domstolarna istället för till politiken och professionen, vilket är just en sådan utveckling som förslaget att grundlagsfästa aborter tycks ha velat undvika.

Dessa samlade omständigheter gör att skäl saknas för ett konstitutionellt skydd på abortlagstiftningens område, särskilt eftersom frågans uppkomst och politiska hantering snarast uppfattas som en politisk meningsyttring utan någon djupare förankring i ett verkligt juridiskt behov.

Regeringens direktiv till den nu aktuella utredningen spänner över en rad angelägna områden inom området rättsstat och friheter. Frågan om aborter och grundlag sticker ut från de övriga och upptar därtill det minsta utrymmet i kommittédirektiven, vilket indikerar att detta ämne beretts plats i utredningen av ideologiska skäl, snarare än juridiska. När det gäller så viktiga frågor som grundlagförändringar är det av största vikt att sådana byggs utifrån genomtänkta juridiska argument. De problem som har visat sig i andra länder, och det faktum att kraven på konstitutionell garanti för aborter framstår som ett försök att möta aktivistiska krav. Lagstiftning – framför allt i grundlag – bör dock aldrig bygga på aktivism, utan på välgrundade juridiska överväganden, där hela lagstiftningen bygger på gemensamma rättsstatliga principer.

En sammantagen bedömning – oavsett om man önskar ett abortliberalt eller abortrestriktivt samhälle – är att avvägningar kring aborter lämpligast hanteras

i abortlagen och andra relevanta delar av befintlig lagstiftning. Regeringsformen är tänkt för den sorts fri- och rättigheter som har sin grund i naturrätten och sin täckning i internationella konventioner, och som kan åtnjuta ett närmast unisont stöd bland folket och hela det politiska fältet. Möjligheten till abort tillhör inte den kategorin. De skäl som utredningskommittén, riksdagen och den allmänna debatten i denna fråga främst bör utgå ifrån är av juridisk natur, snarare än känslomässig, aktivistisk eller ideologisk. På strikt juridisk grund rekommenderar vi därför att förslaget om aborter i regeringsformen avslås.

Låt oss avsluta med att påminna om den kritik som framfördes i den franska senaten inför landets beslut att införa en "garanterad frihet" till abort. Även om det finns juridiska distinktioner mellan de olika begrepp som föreslogs i den franska processen gäller likafullt samma grundläggande problem, klädda i ord som var och en kan förstå:

Om termen saknar juridisk betydelse, skall den inte införas. Om den däremot har betydelse [...] då blir termen en tvingande rättighet.

Båda dessa alternativ är orimliga för grundlagsskrivningar generellt, och framför allt i en så komplex fråga som aborter. Alla förslag om att infoga formuleringar om abort i svensk grundlag bör därför avvisas i sin helhet.

Källor

Internationella konventioner

FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna,

<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/english>

American Convention on Human Rights,

https://en.wikisource.org/wiki/American_Convention_on_Human_Rights

Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna,

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG

Konstitutioner och motsvarande dokument

Frankrikes konstitution

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>

Jugoslaviens konstitution 1974

https://ia903003.us.archive.org/4/items/1974YugoslavConstitution/Yugoslavia-Constitution1974_text.pdf

Kenyas konstitution,

https://constituteproject.org/constitution/Kenya_2010

Kroatiens konstitution,

https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/inline-files/CONSTITUTION_CROATIA.pdf

Montenegros konstitution

https://www.constituteproject.org/constitution/Montenegro_2013

Sloveniens konstitution

<https://www.us-rs.si/media/constitution.pdf>

Serbiens konstitution

http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Constitution_%20of_Serbia_pdf.pdf

Sveriges regeringsform

<https://rkrattsbaser.gov.se/sfst?bet=1974:152>

USA:s konstitution

<https://constitution.congress.gov/constitution/>

Övriga lagar, propositioner och förarbeten

Lag om avbrytande av havandeskap (1938), <https://svjt.se/svjt/1938/432>

Proposition 1946:156, Angående ändring i lagen om avbrytande av havandeskap

Prop 1974:70

Abortlag (1974:595)

Prop. 1975/76:209

Lag om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (1994:1219)

Patientsäkerhetslagen (2010:659)

Patientlagen (2014:821)

Hälso- och sjukvårdslagen (2017:30)

Statliga utredningar och kommittédirektiv

SOU 1935:15 Betänkande med förslag till lagstiftning om avbrytande av havandeskap angivet av en därtill förordnad kommitté

SOU 1937:6 Yttrande i abortfrågan avgivet av befolkningskommissionen

SOU 1944:51 Betänkande i abortfrågan avgivet av 1941 års befolkningsutredning

SOU 1953:29 Abortfrågan, Betänkande avgivet av 1950 års abortutredning

SOU 1971:58 Rätten till abort, 1965 års abortkommitté

SOU 1972:39 Abortfrågan, Remissyttranden över 1965 års abortkommittés betänkande

SOU 1984:54 Tvångsmedel - Anonymitet - Integritet

SOU 1989:51 Den gravida kvinnan och fostret - Två individer. Om fosterdiagnostik. Om sena aborter

SOU 1993:93 resp 1995:5, Vårdens svåra val

Kommittédirektiv från justitiedepartementet, "Skyddet för den personliga integriteten", dir 2004:51

SOU 2005:90 Abort i Sverige.

Kommittédirektiv från justitiedepartementet, "Några frågor om grundläggande fri- och rättigheter", dir. 2023:83.

Rättsliga avgöranden

USA:s högsta domstol:

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al. No. 19-1392. 2022.

Europakommissionen:

Application no. 6959/75

Application no. 7215/75

Application no. 8416/78

Europadomstolen:

Soering v. The United Kingdom, Series A no. 161, ECHR 1989,

Vo v France, no. 53924/00, ECHR 2004

A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, ECHR 2010.

R.R. v. Poland, appl no 27617/04, EHCR 2011

Christine Goodwin v the United Kingdom App no 25680/94, EHCR 2011

P and S v. Poland, no 57375/08, ECHR 2012.

EU-domstolen:

Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds and Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (2001), European Court of Justice, 55, 80, 90, 94 och 95

Litteratur

Edin, KA, Undersökning av abortförekomsten i Sverige under senare år. Gleerup, 1934.

Nordenfeldt, J, (1987), *Human Rights – What They Are and What They Are Not. I:* Nordic Journal of International Law

Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela & Ovey, Clare (2021), *The European Convention on Human Rights*, 8 u., Oxford University press, Glasgow

Seifert, Josef, et al, *Wie erkennt man Naturrecht?* Universitätsverlag, Heidelberg, 1998,

Statens medicinsk-etiska råd, *Livstecken efter sen abort*. Smer 2019:1

Sveriges konstitutionella urkunder, SNS förlag, Stockholm 1999

Swärd, Stefan. Varför Sverige fick fri abort: ett studium av en policyprocess. Stockholms universitet, 1984.

United Nations, *Abortion Policies and Reproductive Health around the World*, 2014

Westerhäll, Lotta, *Patienträttigheter*, Nerenius-Santéus 1994.

Vahlne Westerhäll, Lotta (2003), "EU och den svenska sjukvården: om patienters rättigheter", i *Den gränslösa välfärdsstaten: svensk socialpolitik i det nya Europa*, Stockholm: Agora – (Agoras årsbok 2003)

Vahlne Westerhäll, Lotta (2003), Tillstånd till och ersättning för sjukvård utomlands, *Europarättslig tidskrift* 2003

Vahlne Westerhäll, Lotta (2020), *Svensk patientlagstiftning. Lärobok om patienters "rätt" i hälso- och sjukvården*; 3:e upplagan

Internetkällor

Abortion in the French Constitution: Doubts of the French Senate Laws, Alliance Vita, 16 feb 2024, <https://www.alliancevita.org/en/2024/02/abortion-in-the-french-constitution-senate/>

Fabbrini, F (2011); *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights, and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the other side of the Atlantic*. I: Columbia Journal of European Law
<https://www.uffl.org/vol16/flood06.pdf> Commission

Felix, Mabel; Laurie Sobel, Alina Salganicoff, "Addressing Abortion Access through State Ballot Initiatives", *Women's health policy* 9 feb 2024, <https://www.kff.org/womens-health-policy/issue-brief/addressing-abortion-access-through-state-ballot-initiatives/>

"French lawmakers pass resolution to enshrine abortion as constitutional right"
Le Monde 30 okt 2023, https://www.lemonde.fr/en/france/article/2022/11/24/french-parliament-votes-to-enshrine-abortion-as-constitutional-right_6005502_7.html

Internetmedicin.se, <https://www.internetmedicin.se/obstetrik-och-gynekologi/abort>

Lemaignen, Julien "Abortion in France: The necessary steps to enshrine right to access in the Constitution", *Le Monde* 25 jan 2024, https://www.lemonde.fr/en/politics/article/2022/11/24/right-to-abortion-in-france-the-necessary-steps-before-it-gets-enshrined-in-the-constitution_6005536_5.html

Socialstyrelsen, *Statistik om aborter 2022*, <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/statistik/2023-5-8521.pdf>

"Stopp för fria aborter?", SVT (1980) tillgänglig på SVT Play, <https://www.svtplay.se/video/jnGMAnK/stopp-for-fri-abort?id=jnGMAnK>

Trysell, Katrin, "Fler extremt tidigt födda överlever", *Läkartidningen* (2019)
<https://lakartidningen.se/Aktuellt/Nyheter/2019/03/Fler-extremt-tidigt-fodda-overlever/>