

DEN UFORSONLIGE STRIDEN OM DEN TYSKE ABORTLOVGIVNINGEN

NOEN ANMERKNINGER I ANLEDNINGEN AV
FORFATNINGSDOMSTOLENS AVGJØRELSE FRA 28.5.1993
(- BvF 2/90 - - 2 BvF 4/92 - - 2 BvF 5/92 -)

AV KNUT PAPENDORF

Ved forfatningsdomstolens avgjørelse er det etter 1975 andre gangen at den tyske forfatningsdomstolen befatter seg med abortlovgivningen. Det er tvilsomt om denne avgjørelsen vil roe gemyttene. Spørsmålet om svangerskapsavbrudd og den slagordaktige debatten om § 218 StGB (tysk straffelov) hadde forut for domsavgjørelsen gitt næring til en mangeårig uforsonlig strid i Forbundsrepublikken. (For ytterligere detaljer om striden viser jeg til f.eks. *Frommel* 1991, *Schünemann* 1991). Det kan ventes en skjerpet kamp, der på den ene siden de progressive står med kvinnebevegelsen i spissen, på den andre siden de konservative med den katolske kirken og dens allierte. I denne kampen er abortspørsmålet bare en brikke i en re-ideologiseringskampanje, der konservative verdier som den tradisjonelle familie, skjerpning av strafferetten osv. sees som stabiliserende faktorer mot en verden i oppløsning.

Men for å være litt mere systematisk: I 1974 hadde den den gangen sittende sosial-liberale regjeringen besluttet en tidsfristmodell i spørsmålet om svangerskapsavbrudd. Denne lovgivningen ble i 1975 forkastet av forfatningsdomstolen som forfatningstridig (BVerfGE 39, 1 ff.) fordi loven tillot abort også i tilfelle, der ikke spesielle indikasjoner for svangerskapsavbrudd var til stede. Bundet av denne dommen besluttet Forbundsdagen 1976 de inntil nylig i BRD gjeldende §§ 218–219 d StGB, eller for å si det med et enkelt ord, en **indikasjonsmodell**. Ifølge den var selvbestemt svangerskapsavbrudd lovlig bare i følgende tilfeller:

- i tilfelle av medisinsk indikasjon
- " " eugenisk "
- " " etisk "
- " " sosial "

Det var en kvalifisert leges oppgave å uttale seg om en slik indikasjon forelå.

I DDR gjalt derimot en **tidsfristmodell** som ga den gravide rett til "å la en lege i en gynekologisk institusjon eller ved en fødeavdeling utføre et svangerskapsavbrudd innen 12 uker etter svangerskapets begynnelse" dersom det er gått minst 6 måneder etter det siste svangerskapsavbruddet.¹

¹ Denne retten bygger på § 153 StGB-DDR i "Lov om svangerskapsavbrudd" av 9.3.1972 samt samtidig utstedte bestemmelser om håndhevelsen av loven.

Som kjent ble gjenforeningen av de to tyske stater fullbyrdet den 3.10.1990. Det viktigste rettsgrunnlaget for gjenforeningen finnes i "Avtale(n) mellom Forbundsrepublikken Tyskland og Den tyske demokratiske republikken om etableringen av Tysklands enhet - Gjenforeningsavtalen" (EVertr) av 31.8.1990. Dette betød slutten på DDR som selvstendig stat og en overføring av det vest-tyske (retts-)systemet på de fem delstater i det tidligere DDR Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt og Thüringen.²

Avløsningen av DDR-strafferetten er imidlertid ikke generell. Art. 9 I EVertr åpner muligheten for at bestemmelser i DDR-strafferetten skal kunne fortsette å gjelde inntil videre i særlige tilfeller dersom det gjøres vedtak om det.

Her så sosialdemokratene en ny sjanse for å fremme tidsfristmodellen og med dette tilpasse den juridiske til den samfunnsmessige virkeligheten. Ideen var å utvide muligheten til tidsfristmodellen i DDR til også å omfatte kvinnene i BRD. Sosialdemokratenes pressmiddel var at gjenforeningsavtalen ikke kunne bli vedtatt i Forbundsdagen uten deres støtte. For at gjenforeningsavtalen skulle bli vedtatt, måtte det foretas grunnlovsendringer med to tredjedels flertall i Forbundsdagen og koalisjonen av CDU, CSU og FDP rådet ikke over et slikt flertall. Det må også nevnes at FDP etter en del frem og tilbake til syvende og sist sluttet seg til SPD-leiren i dette spørsmålet.

Kompromisset i gjenforeningsavtalen mellom Forbundsrepublikken Tyskland og DDR, samt mellom regjeringen og opposisjonen kom i stand bokstavelig talt i siste minutt.

Etter den skisserte rettssituasjonen gjaldt følgende ved svangerskapsavbrudd:

I henhold til art. 31 IV 4 EVertr skulle denne retten fortsatt gjelde, med mindre den lovgivende myndighet blir enig om en felles tysk løsning innen 31.12.1992.

Den 25. juni 1992 vedtok flertallet i Forbundsagens (alt i alt 355 parlamentsmedlemmer fra SPD, FDP, CDU, PDS og Bündnis 90) etter en langvarig dragkamp at tidsfristmodellen med påbudt legekonsultasjon skal gjelde for hele Tyskland. En stor gruppe CDU/CSU-representanter (alt i alt 249) i Forbundsagen samt delstaten Bayern klaget i neste omgang avgjørelsen inn for forfatningsdomstolen for å få belyst om abortloven som nettopp var vedtatt, var forenlig med forfatningen. I slutten av juli 1992 ble loven undertegnet av forbundsrepresentant v. Weizsäcker – den siste forutsetning for at loven kunne tre i kraft, men igjen kom det en reaksjon fra CDU/CSU-gruppen og Bayern: En midlertidig forrøyning skulle hindre at loven trådte i kraft. Med sin avgjørelse av 4.8.1992 bestemte forfatningsdomstolen at loven skulle settes midlertidig ut av kraft inntil det var avklart om loven var forenlig med forfatningen. Dette

² Til en del problemer i denne sammenheng se Papendorf 1993.

innebærer at tidsfristmodellen gjaldt inntil videre i de nye delstatene og indikationsmodellen i de gamle (se Frankfurter Rundschau (FR) fra 3.8.1992, s. 4).

Dette synes som en enkel midlertidig løsning. Men slik var det naturligvis ikke. Et konkret spørsmål kan anskueliggjøre stridens kjerne: Kan en kvinne fra den tidligere Forbundsrepublikken og som gjennomfører en abort innen 12-ukers-fristen, komme inn under "åstedsprinsippet" (**Tatortprinzip**)?

Anvendelsen av åstedsprinsippet innebærer at en kvinne som gjennomfører en abort i en av de nye delstatene, ikke kan straffes fordi handlingen ikke er straffbar på stedet den utføres. Legges "domisilprinsippet" (**Wohnsitzprinzip**) til grunn vil derimot retten som gjelder på bostedet, d.v.s. § 218 StGB, få anvendelse. Jeg kan her bare grovt skissere de rettslige detaljene: Anvendelsen av åstedsprinsippet baserer seg bl.a. på den såkalte "interlokale strafferetten" som kommer til anvendelse dersom det praktiseres ulik rett i en stats forskjellige delområder (jvf. *Fischer* 1991, s. 582, *Vormbaum* 1991, s. 182, *Schinemann*, *ibid.*, s. 382 f.).

Vormbaum (1991, s. 182) peker med rette på at anvendelsen av domisilprinsippet i virkeligheten ville føre til absurde resultater: Dersom f.eks. to kvinner, hvorav den ene bor i det tidligere Øst-Berlin og den andre et steinkast unna i det tidligere Vest-Berlin, skulle gjennomføre et svangerskapsavbrudd i den samme klinikken i Øst-Berlin, ville den ene kvinnen begå en straffbar handling i motsetning til den andre kvinnen som ville ha handlet i samsvar med loven.

Men da dommen falt var alt dette juridiske spissfindigheter og bare av retts-historisk interesse. At forfatningsdomstolen brukte akkurat 9 måneder for avgjørelsen sin, berodde nok på tilfældigheter. Men denne lange tiden ga ikke mye håp om en avgjørelse i tidsfristmodellens favør. Første reaksjonen etter at dommen var falt var at katolikkene og konservative feiret dommen som en suksess. Den andre siden så i dommen en "katastrofe", istedenfor "å hjelpes blir man moralsk og sosialt straffet" og det ble fryktet at Tyskland ville gå i retning av et "klassesamfunn", der bare de bedrestilte kvinner kan tillate seg et svangerskapsavbrudd, mens de andre må gripe til strikkenåla.

Hva var det materielle grunnlaget for slik vurdering av dommen?

Hvis man velger et positivt perspektiv så kan det fastslås at det for første gang i (hele) Tyskland gjelder en tidsfristmodell. Med dette blir i siste instans kvinnens selvråderett over hennes egen kropp slått fast (*de With* 1993, s. 196).

Dommens selve kjernen er utsagn om et svangerskapsavbrudd i de første tre måneder etter unnfangelsen er *rettstridig*, men dog *straffri*, hvis det har kommet til en legekonsultasjon i en autorisert konsultasjons-institusjon i det minste tre dager før inngrepet. Med dette har forfatningsdomstolen støttet sin rettsoppfattning fra 1975: Siden det "gryende liv" også er beskyttet av grunnloven, har staten en beskyttelsesplikt som den gangen også ble konkretisert via strafferetten. Nå, snart 20 år senere, har man også i det tyske rettsapparat forstått at straff ikke forhindrer abort.

Forfatningsdomstolen hadde bestemt at det gamle lovverk bare skulle gjelde inntil 15. juni 1993. Deretter gjelder en overgangsregulering for hele Tyskland inntil Forbundsdagen har vedtatt en ny svangerskapslov.

Med andre ord, man straffer ikke kvinner mer, men man uttrykker sin moralske indignasjon ved å si at kvinnen i tilfelle av svangerskapsavbrudd har handlet rettsstridig.

For leser som ikke er kjent med særegenheter ved den tyske strafferettsdogmatikk skal bare nevnes det alle tyske jussstudenter må lære seg i første semesteret: Den tyske strafferettsdogmatikk differenserer mellom den objektive gjerningsbeskrivelse (Tatbestandsmäßigkeit), rettsstridighet (Rechtswidrigkeit) og skyld (Schuld). Rettsstridigheten kan bortfalle ved foreleggelse av f.eks. nødverge eller berettigete interesser – som f.eks. ved en medisinsk indikasjon – skyld ved foreleggelse av straffrihetsgrunner som f.eks. utilregnelighet.

For *Ute Gerhard* som er en av Tysklands mest renommerte kvinneforskere, er da også det viktigste budskapet av dommen at svangerskapsavbrudd for hele svangerskapet skal anses som rettsstridig og som noe som er forbudt. Man ønsker ikke å straffe kvinnen. Men det ønskede resultat skal bare muliggjøres ved at det iverksettes tiltak av kontrollerende og disiplinierende art. *Gerhard* trekker her parallellen til romerrettens "imbecillitas sexus", det vil si til kjønnsespesifikk, kvinnelig åndssvakhet som ble brukt i romerretten som straffrihetsgrunn til kvinnens "favør" (1993, s. 149).

Jeg kommer nå til dommens utpensling av legekonsultasjonen – i sammenheng med rettsstridsreservasjon – et tyngdepunkt i dommen.

Og her kommer det store "men": Legekonsultasjonen eller rettere sagt proseyden til denne konsultasjonen, viser berettigelsen av *Gerhards* analyse og med dette forfatningsdomstolens mistillit overfor kvinnene: Ved disse konsultasjoner skal det nemlig føres protokoll, der alder, sivilstand, statstilhørighet, antall svangerskap eller avbrudd, grunner for avbruddet og den brukte tiden for konsultasjonen skal protokolleres. Disse konsultasjonskontorer underligges statlig kontroll, og skal regelmessig kontrolleres. Konsultasjonskontorer og institusjoner som foretar avbruddet skal organisasjonsmessig være adskilt. Og det viktigste: Konsultasjonen skal være "resultatåpen, men tross alt i favør av det gryende liv".

Denne dobbelheten har da også ført til en hel del reaksjoner i juridiske tidsskrifter som dokumenteres i overskrifter som "Halv og halv?" (*Denninger* 1993) eller "På halv vei" (*Hassemer* 1993) og "Delseier som pyrrhosseier" (*Eylmann* 1993).

Alt dette kan kanskje tolkes som bevis på avstanden til den virkelige verden for den mannsdominerte tyske høyesteretts-jussen; 70 % av befolkningen ønsker seg en ren tidsfristmodell (se FR 29.5.1993, s. 3). Forfatningsdomstolens 2. senat,

med 7 mannlige og 1 kvinnelig dommer, blir da også kalt for "prinsesse Snehvít senatet". Men konsekvensene av denne rettsoppfatningen er ikke livsfjerne, men nokså følbare: Denne rettsstridsavgjørelsen fører til at det tyske trygdesystemet ikke mer gir betaling av selve inngrepet, bare før- og etteromsorg blir dekket. Bare i tilfelle av medisinsk og embryopatisk indikasjon og ved en indikasjon på grunn av voldtekt betaler sykekassen inngrepet.

Hva skjer nå med de kvinner som ikke har anledning til å betale inngrepet selv? Den senere diskusjonen har blitt dominert av å finne pragmatiske løsninger i slike tilfelle. For det første ble det lansert en "fondsløsning", der man på delstatsnivå eller forbundsnivå diskuterer og delvis alt har realisert etableringen av pengefonds som skal muliggjøre at kvinner med dårlig råd skal kunne finansiere avbruddet. Det andre alternativet er en utvidet bruk av sosialhjelp via en "romslig" tolkning av regelverket. Det siste er løsningen i de fleste "nye delstater". I delstaten Thüringen mener man f.eks. at denne løsningen kan anvendes i de fleste tilfeller (FR 17.6.1993, s. 4).

Med dette er det også nevnt et annet aspekt av forfatningsdomstolens avgjørelse: nemlig dens utpregete øst-vest-problematikk. For det første er konsultasjonsmodellen noe nytt for de nye delstater. Østtyske kvinner hadde lenge levet uten problemer med en tidsfristmodell uten konsultasjonsplikt.

Ut over det finnes det i de nye delstater ikke den nødvendige infrastruktur angående den nødvendige konsultasjonspraksis. Oppgaven blir å bygge opp denne strukturen. Den vil binde mange ressurser som egentlig bør bli brukt for helt andre formål.

Avslutningsvis må det sies noe til rettens selvforståelse og dens språkbruk:

I den første konteksten er spørsmålet hvordan domstolen praktiserer den nødvendige tilbakeholdenhet overfor andre forfatningsorganer. En dokumentasjon som nylig ble trykket opp i Frankfurter Rundschau er med overskriften "Quo vadis Bundesverfassungsgericht". Undertittelen er "Dommer som lovgiver" (*Wahl*, FR 30.6.1993, s. 10). En annen artikkel som kom før domsavgjørelsen konkluderte i overskriften med "Dommerne setter seg på lovgiverens plass" (*Buß & Schmidt-De Caluwe*, FR 7.12.1992, s. 12). Analysen av disse artikler kan ikke utdypes her, men det er ganske innlysende at forfatningsdomstolen spesielt med sine vidtfavnende overgangsregler gir Forbundsdagen og med dette lovgiveren lite spillerom.

I mange bidrag som beskjeftiger seg med dommen ble dens innviklede språk kritisert. Den har ført til at offentligheten brukte dager for å forstå dommen. *Ute Gerhard* konstaterer i denne sammenheng at dommen ikke har ført til rettsklarhet og rettsikkerhet, men til "rettsfordreining" (1993, s. 148).

En annen litt mildere kritiker, sosialdemokratens siste statssekretær i justisdepartementet, *Hans de With*, reflekterer på bakgrunn av domsavgjørelse og

dens formel "på folkets vegne". Men, skriver han, "nesten ingen kvinnelig normalborger – og det er dem det gjelder først og fremst . . . har forstått dommen med en gang. Og mange jurister hadde vanskeligheter med å ordne rettens tankegang fra begynnelsen av riktig. En kategorisk plikt for forfatningsdomstolen skulle være . . . å bestrebe seg om på å formulere seg enkelt og kort". (1993, s. 198). Han har rett!

Litteraturliste

- Buß, Annette & Schmidt-De Caluwe, Reimund:* Die Richter setzen sich an die Stelle des Gesetzgebers. FR 7.12.1992, s. 12 og 8.12.1992, s. 18.
- Denninger, Erhard:* Halb und halb? KritV Sonderheft 1/1993, s. 128 ff.
- Eylmann, Horst:* Teilerfolg als Phyrhussieg. KritV Sonderheft 1/1993, s. 140 ff.
- Fischer, Dirk:* Unterschiedliches Strafrecht in Deutschland? MDR 1991, s. 582 ff.
- Frommel, Monika:* Grundrecht auf Abtreibung? Neue Kriminalpolitik 1991, s. 28 ff.
- Gerhard, Ute:* Kein Kommentar! KritV Sonderheft 1/1993, s. 147 ff.
- Hassemer, Winfried:* Auf halber Strecke. KritV Sonderheft 1/1993, s. 156 ff.
- Papendorf, Knut:* "Den tyske gjenforeningen, eller den vanskelige veien mot tysk rettsenhet. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1-2/1993, s. 132 ff.
- Schünemann, Bernd:* Quo vadis § 218 StGB? ZRP 1991, s. 379 ff.
- Vormbaum, Thomas:* Probleme der Strafrechtsanwendung im vereinten Deutschland. Strafverteidiger 4/1991, s. 176 ff.
- Wahl, Rainer:* Richter als Gesetzgeber. FR fra 30.6.1993, s. 10.
- de With, Hans:* Rechtspolitischer Kurzkomentar zum Urteil des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.5.1993 zu § 218 StGB neue Fassung. KritV Sonderheft 1/1993, s. 196 ff.

Adresse: Dr. phil. Knut Papendorf
Institutt for rettsossologi
St. Olavsgt. 29
N-0166 Oslo.