

# أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحرفيات الأساسية

الجزء الثاني

ترجمة

الدكتور أحمد السوداني



### ثالثاً : الحق في الحياة والسلامة الجسدية

#### المادة الثانية

[...]

لكل شخص الحق في الحياة والسلامة البدنية. لا يمكن انتهاك حرية الشخص كما لا ينبغي أن تقييد هذه الحقوق إلا بموجب قانون.

#### الحكم 58

**حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 1/39 يتعلق بأسقاط الحمل**

**حكم المحكمة رقم 74/6 الصادر عن الغرفة الأولى في 25 فبراير 1975**

الأساس الدستوري للحق في الحياة.

#### المادة 1

1. لا تنتهك كرامة الإنسان، ويجب على كل سلطة عمومية أن تحترمها وتحميها.

#### المادة 2

«لكل شخص الحق في الحياة والسلامة الجسدية. لا تنتهك حرية الشخص. ولا يمكن أن تنهى هذه الحقوق إلا بقانون. من القانون الأساسي الصادر في 23 مايو 1949 (وهو دستور ألمانيا الفيدرالية حالياً).»

#### مضامين حكم المحكمة

1. تعتبر الحياة التي تنمو في الرحم «ككائن حي قانوني مستقل»، وتجب له الحماية الدستورية وفقاً للعدد 2 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي (الدستور) ولا يجب فقط على الدولة أن تمنع الاعتداء عليه وإنما يجب أن تتخذ موقف الواقي والحاامي لها.

2. يجب على الدولة أن تتولى حماية الحياة في النمو في الرحم تجاه الأم أيضاً.

3. تكون الحماية لحياة الجنين طوال مدة الحمل ويكون له الأفضلية على حق المرأة الحامل في تقرير مصير الجنين، ولا يمكن أن يمنع إلا لفترة محددة فقط.
4. يرفض الدستور نفسه قانونياً إجهاض الحامل، ويجب أن يعبر المشرع عن هذا بوسائل متعددة ويفرض العقوبات. ويعتبر من الأهمية بمكان أن تكون جميع التدابير المتخذة لحماية حياة الذين لم يولدوا (الأجنحة) منسجمة مع روح دستور الجمهورية الألمانية. وبالتالي عندما يتذرع تحقيق الحماية التي ينص عليها الدستور بوسائل أخرى، يجب على المشرع أن يستخدم كافة التدابير في القانون الجنائي لحماية الحياة في النمو في الرحم.
5. لا يمكن أن يطلب من المرأة الاستمرار في الحفاظ على الحمل إذا كان يشكل خطراً على حياة الأم، وأيضاً لقادري خطر حدوث ضرر شديد لصحتها. بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع حر في تقدير أوضاع أخرى غير عادية، وذلك عندما تكون وضعية الأم في حالات مماثلة للحالات السابقة.
6. تعتبر المحكمة بأن إصلاح القانون الجنائي الخامس بتاريخ 18 يونيو 1975 غير دستوري لأنه يتعارض مع الالتزام الدستوري لحماية نمو الحياة في الرحم (الحمل) = (الجنين).

- I -

### ملخص القرار

تعتبر المادة 218 من المدونة الجنائية للمراجعة الخامسة للقانون الجنائي الصادر في 18 يونيو 1974 مخالفة للدستور خاصة منها العدد 1 من الفقرة 2 من المادة العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي، وتعتبر وبالتالي باطلة ولملغية لسبب عدم تجريمهها إيقاف الإجهاض، إذا لم يوجد سبب جوهري ووجيه للقيام به، وذلك انسجاماً مع نظام القيم المكرسة في القانون الأساسي.

### الأسس الدستورية للحكم

يعتبر العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي القانوني لهذا الحكم، وهو قانون يحمي نمو حياة الجنين في الرحم، الذي يشكل «كائناً حياً قانونياً مستقلاً».

أ) يعتبر الإدراج الضمني للحق في الحياة (حقاً واضحاً) في القانون الأساسي، على خلاف ما كان عليه الوضع في دستور فيمار الذي كان في ظله «القضاء على الحياة أمراً لا قيمة له» فاستغلت

النازية هذا الفراغ التشريعي، واستعملت التدابير ذات الطابع الرسمي للتصفيه الجنسية والاعتداء على الحق في الحياة، ولهذا نص العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الأولى من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي على إلغاء عقوبة الإعدام والمادة 102 منه على إقرار القاعدة الأساسية لحياة الإنسان وتحديد مفهوم للدولة، وفي إشارة للنظام السياسي الذي ييز بان العبرة بالأفراد أهمية خاصة وبالتالي يقرر الحق في حياة أو موت المواطنين.

ب) يلاحظ أيضاً بأن العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الأولى من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي تبدأ حرفيًا بـ «الكل له الحق في الحياة»، ويمكن من هنا أن نؤكّد بأن الحق في الحياة جاء في سياق تاريخي للفرد من الجنس البشري ويكون وفقاً للمعرفة البيولوجية (علم وظائف الأعضاء) الذي يقرّ بأن الحياة تكون على الأقل في اليوم بعد الخصوبة (البوبيضة).

ولم يحدد العرض الذي قدمه هينريشسین أمام اللجنة الخاصة بتعديل القانون الجنائي في الاجتماع 74 بشكل دقيق مراحل نمو الحياة البشرية، ونهاية الميلاد مثلاً. فمسألة النهاية الشخصية للإنسان لا تظهر إلا بعد مضي بعض الوقت عن ميلاد الجنين، ولا يمكن وبالتالي تقتصر الحماية المضمونة في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي على الإنسان التام الولادة (أي بعد الولادة)، بل تشمل أيضاً غير المولودين القابلين للحياة بشكل مستمر ويضمن الحق في الحياة للكل أن «يحيا»، ولا يمكن التمييز بين مختلف أطوار نمو الحياة في الولادة، ولا بين المولودين أو غير المولودين.

ولهذا يجب أن تفهم عبارة «الكل» في العدد 1 من الفقرة 2 من القانون الأساسي أنها تعني «كل حي». أو بعبارة أخرى، كل فرد من الجنس البشري فيه الحياة، وبالتالي الجنس البشري الذي لم يولد بعد.

ج) يجب أيضاً على الرغم من أن «كل» سواء في اللغة القانونية أو اللغة العادية عادة ما تفهم بمعنى الشخص التام، وهو فهم يعتمد على التفسير الحرفي البسيط، ويستبعد إدراج الأجنحة التي لم يولدوا من الحماية المنصوص عليها في العدد الأول من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي. ويجب للرد على ذلك بأن يدرج على الأقل في معنى هذه القاعدة القانونية الدستورية نمو الحياة في الرحم في مجال الحماية القانونية للحق في الحياة وضمان حماية وجود الإنسان وستكون ناقصة إذا لم تشمل حياة الذين لم يولدوا، وهذا يعني المرحلة السابقة عن الحياة الكلية وينسجم هذا التفسير الواسع أيضاً مع المبدأ المقرر في أحكام المحكمة الذي يرتكز على «يعتمد في الحالات المشكوك فيها على التفسير القادر على تطوير القواعد القانونية التي تهم الحقوق الأساسية...»

2. يستمد إجبار الدولة على حماية كل حياة إنسانية مباشرة من العدد 1 من الفقرة 2 من المادة من المادة 1 من القانون الأساسي، كما يستمد ضمنيا الحق في حماية الحياة في النمو من العدد 1 من المادة 2، التي ترتبط بحماية كرامة الإنسان المضمنة في الفقرة 1 من المادة 1 من الفقرة 2 من القانون الأساسي، لأنه حيث توجد حياة الإنسان، يجب أن توجد له كرامة تناسبه.

3. ليس ضروريا في هذه المسألة أن يتخذ قرار مخالف للسوابق القضائية، كما هو في الإقرار العلمي لتحديد ما إذا كان الجنين غير المولود يتمتع بالحقوق الأساسية، أو يفتقر إلى الأهلية القانونية لحقه في الحياة، وبالتالي يجب أن يحمى، ولو بالقواعد الدستورية الموضوعية، بناء على ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية.

لأن الأحكام القانونية التي تضمن الحقوق الأساسية لا تحمي فقط الحقوق الشخصية للفرد في مواجهة الدولة، وإنما في نفس الوقت أيضاً تمنع بنية لنظام القيم الموضوعية التي تستند إلى روح النص الدستوري، وتتجذر شرعيتها في كل مجالات الحقوق وتفرض توجهات، وتدفع الأجهزة نحو التشريع الإداري والقضائي. وتحدد وبالتالي إجبار الدولة دستوريا بحماية الذين لم يولدوا (الجنين). وهذه البنية يمكن أن تستمد بسهولة من مضمون القانون الموضوعي للقواعد القانونية الضامنة للحقوق الأساسية.

1. تلزم الدولة بالحماية الواسعة للحياة، ولا يطلب منها فقط أن تمنع عن التدخل المباشر في الحياة في طور النمو في الرحم. وإنما يفرض عليها أن تتخذ موقف الواقي والحمي لهذه الحياة، وهذا يعني أساساً بأنه يجب أن تحميها من الاعتداء عليها من الآخرين، كما يجب أن يكون هذا الالتزام خاضعاً في كل الأحوال إلى النظام القانوني الذي يحدد اختصاصاتها وصلاحياتها.

ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار إجبار الدولة على محمل الجد وفقاً لطبيعة «الكائن القانوني الحي الحمي» ضمن نظام قيم القانون الأساسي، اعتباراً بأن حياة الإنسان تشكل أسمى درجة في القيم ضمن النظام القانوني المقرر لها دستوريا، كما تشكل أساساً حيوياً لكرامة الإنسان، التي تعتبر شرطاً أولياً لبقاء الحقوق الأساسية.

2. تضطلع الدولة إجبارياً بحماية نمو الحياة المستمرة في رحم كل أم، وما لا يشك فيه أن الاتحاد الطبيعي الذي يوجد بين حياة من لم يولد بعد وأمه، يشكل علاقة ذات طبيعة خاصة جداً، وليس لها تشابه ضمن باقي العلاقات الحيوية الإنسانية، خاصة أن الحمل ينتمي إلى المجال الحميسي للمرأة، ومع ذلك فإنه يحمى بموجب العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون الأساسي، وإذا كان الجنين طرفاً بسيطاً من جسم الأم، فإن عملية الإجهاض تحصر في نطاق خاص يحدده المشرع.

خاصة وأن «غير المولود (الحمل) هو إنسان مستقل»، ويوجد تحت الحماية الدستورية، ولهذا يأخذ الإجهاض بعدا اجتماعيا يكون سببا دافعا وحاجة حقيقة لتنظيمه من طرف الدولة. حتى إذا كان من حق المرأة أن تتمتع بحرية تنمية شخصيتها من خلال حرية التصرف بشكل واسع شامل، فإن مسؤوليتها الشخصية في اتخاذ القرار ضد أن تصبح أما، وما يمكن أن يترتب عليها من الالتزامات تقتضي بالتأكيد إقرار الحماية لها، ومع ذلك فهذا الحق لا يقرر لها بصورة غير مقيدة، لأن حقوق الغير يقيدها النظام الدستوري والأعراف الجيدة. ويمكن أن يكون هذا الحق في أي لحظة عرضة للاعتداء دون أن يكون لذلك سبب وجيء يبرره.

ويكون مستحيلا أن يوجد التوازن بين إقرار حماية حياة الجنين، ومنح المرأة في نفس الوقت حرية إسقاط الحمل، ويعني الإجهاض وبالتالي إنهاء حياة من لم يولد بعد (الجنين). ولذلك يجب أن يبني الترجيح بالنظر إلى كلتا القيمتين اللتين لها علاقة بكرامة الإنسان، وبالتالي تشكل كرامة الإنسان نقطة محورية في نظام القيم المكرسة دستوريا، وتعتبر العدد 1 من الفقرة 2 من المادة العدد 1 من الفقرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي كمراجع قانوني، وسند لمنع الأفضلية للحق في حماية الجنين على حق المرأة في إقرار مصير الحمل.

ويمكن في بعض الحالات أن يؤثر الحمل والولادة وتعليم الأبناء على حق الأم في تطوير شخصيتها، مع ذلك فإن إجهاض حياة من لم يولد بعد يعد تدميرا للحياة، وبالتالي فإن المبدأ الأكثر توازنا في الاعتدال، يكون عندما تساهم النصوص القانونية المحمية له دستوريا، خاصة منها ما ينص عليه العدد 2 من المادة 19 من القانون الأساسي. ولهذا يجب أن تمنع الأفضلية لحماية الجنين، وتستمر هذه الحماية بشكل أساسي خلال كافة مراحل الحمل.

3. يلاحظ مما سبق، بأن الأساس الدستوري يفرض وجود نظام قانوني لا يسمح بالإجهاض، ولا يمنح للأم الحق في إقرار مصير الجنين كطريقة وحيدة، بل يجب على الدولة من منطلق واجبه الأساسي أن تحمي الجنين، وتعتبر الإجهاض سلوكا غير قانوني، كما يجب على المشرع أن يكرس صراحة في النظام القانوني عدم الموافقة على الإجهاض.

ولا يمكن للدولة أن تتهرب من مسؤوليتها، وتعلن عن «وجود مجال غير منظم بالقانون»، أو تمنع عن القيام بالتقييم، أو ترك اتخاذ قرار في الإجهاض إلى تقدير كل فرد على حدة.

## - II -

1. يجب على الدولة أن تفي بواجبها تجاه الحماية الفعالة للحياة في طور النمو في الرحم (الجنين) ويجب على المشرع أن يحدد عاجلا الإجراءات الالزمة للحماية التي يراها ملائمة لضمان حماية الحياة بشكل فعال.

2، يمكن التساؤل إلى أي مدى تكون الدولة ملزمة بالدستور، وتستعين بالقانون الجنائي (باعتباره وسيلة أكثر حزماً على تنظيمه)، من أجل حماية الحماية أثناء الحمل، وللإجابة على هذا، لا يمكن تقسيم السؤال حول ما إذا كانت الدولة ملزمة باتخاذ عقوبات على سلوك معين، بدلاً من إجراء تحليل شامل، بأن تعتبر من جهة، بأن «قيمة الحمل ككائن قانوني محمي»، والضرر الاجتماعي المسبب فيه بواسطة سلوك عدواني مقارنة مع سلوك آخر مماثل ذي قيمة مماثلة (من وجهة نظر أخلاقية واجتماعية) يعاقب عليه جنائياً. ومن جهة أخرى، يجب أن يراعي التنظيم القانوني ما كان مقبولاً تقليدياً في هذا المجال، وأيضاً تطوير دور القانون الجنائي في المجتمع المعاصر، وذلك بتفعيل التطبيق العملي للعقوبات، وأيضاً وضع عقوبات قانونية بديلة.

يستمر التزام الدولة بالاضطلاع بحماية حياة الجنين في طور النمو تجاه الأم. ويشكل الارتباط الطبيعي الوثيق بين حياة الجنين الذي لم يولد بعد، وبين الأم علاقة ذات طابع خاص لا مثيل لها في العلاقات الحيوية الأخرى. ويندرج الحمل بالتأكيد ضمن المجال الخاص للمرأة.

ويحظى وبالتالي بالحماية وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 2 المرتبطة بالفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي. وسيظل إسقاط الحمل ضمن المجال الخاص لاتخاذ القرار الذي يفتقر فيه المشرع إلى صلاحيات للتدخل، حتى لو كان الجنين مجرد جزء من التركيب العضوي للأم، (انظر أحكام المحكمة الدستورية 32/6 [41]، 389/6 [433]، 344/27 [350]، 373/32 [379]).

ويعتبر الجنين، مع ذلك، كائناً إنسانياً قائماً بذاته، ويحظى بحماية الدستور. وسيكون إذن لإسقاط الحمل بعد اجتماعي، ومن ثم فهو لا يقبل التنظيم فقط من قبل الدولة، لأن هناك ضرورة حقيقة تستدعي ذلك.

ويشمل حق المرأة في تكوين شخصيتها - حرية العمل وفقاً لما هو منصوص عليه في مفهومها الواسع ومسؤولية المرأة الخاصة في اتخاذ القرار ضد الأئمة وتعبياتها - ويمكن بالتأكيد أن يتطلب إقراراً وحماية. غير أن هذا الحق لا يُخول بدون قيود؛ لأن هذا تقيده حقوق الآخرين والنظام الدستوري والأداب العامة.

ولا يمكن أبداً منذ البداية أن يشمل هذا الحق صلاحية التدخل في المجال القانوني للغير دون سبب مناسب يبرر ذلك، ناهيك عن تدمير هذه الحياة، ولا حتى عندما يكون ذلك تبعاً لطبيعة الأشياء في حد ذاتها، وتكون هناك مسؤولية خاصة مرتبطة بهذه الحياة.

يستحيل أن يوجد توازن يحمي حياة الجنين، وفي نفس الوقت يخول للمرأة الحامل الحق في إسقاط الحمل ذلك لأن إسقاط الحمل يمثل دائماً تدمير حياة الجنين الذي لم يولد بعد. وبالتالي في

الموازنة التي ينبغي القيام بها يجب «أخذ كلتا القيمتين بعين الاعتبار في علاقتها بكرامة الإنسان التي تمثل محور منظومة قيم الدستور» (انظر أحكام المحكمة الدستورية 202/35 [225]).

وبأخذ الفقرة 1 من المادة 1 من القانون الأساسي كمرجع، يجب أن يعطى القرار الأولوية لعمر الجنين في الحياة إزاء حق المرأة الحامل في تقرير مصيرها. وفي الحقيقة يمكن أن تتضمن بعض إمكانيات تطوير الشخصية بسبب الحمل والولادة وتربية الأطفال. بالمقابل، فحياة الجنين الذي لم يولد بعد، يتم تدميرها بواسطة إنهاء الحمل. ويكون مبدأ تحقيق التوازن أكثر اعتدالاً عندما تتوافق المواقف المحامية دستورياً، وبأخذ المبدأ المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة التاسعة عشرة من القانون الأساسي 5 يجب أن تعطى الأولوية لحماية الجنين. هذه الأفضلية تدوم خلال فترة الحمل بأكملها ولا يمكن الطعن فيها أثناء فترة محددة.

وكان للقانون الجنائي دائمًا وظيفة حماية القيم الأساسية للحياة، وحياة كل فرد وكل إنسان، ويعتبر الحياة من أهم المصلحة القانونية الجديرة بالعناية، كما تم توضيحه سابقاً، بينما الإجهاض يدمر حياة الإنسان المقدسة، ويؤدي إلى قتل الآخر، والدليل الأكثر وضوحاً على سلبية هذا السلوك هو التنصيص عليه في الباب المتعلق بالجرائم والجنح المرتكبة ضد الحياة.

وإدراجها في القانون الخامس المقدم لتعديل القانون الجنائي، وفي القانون الجنائي الجاري به العمل أشار إليه بكونه «يسبب في قتل محصول الحمل».

والتعبير المأثور اليوم هو الإجهاض، ولا يمكن أن يحجب هذا الوضع عن أي تنظيم قانوني، ولا أن يتجاهل واقع من يقوم به، ولا أن يقبل الاعتداء على حياة الإنسان غير القابلة للتصرف، والمضمون حمايتها في الفكرة 2 من المادة الثانية من القانون الأساسي. وبالتالي، فإن استعمال القانون الجنائي للعقاب على أعمال الإجهاض هو بالتأكيد أمر شرعي. ويترتب مما سبق أيضاً بأن السلوك الإجهاضي في كل زمان يجب أن يصنف صراحة من المنظور القانوني أنه ظلم غير مبرر.

وفي آخر التماس عندما تكون الحياة التي يأمر الدستور بحمايتها، ولا يمكن أن تتحقق هذه الحماية بوسيلة أخرى، سيكون واجباً على المشرع أن يضع أحكاماً قانونية واضحة في القانون الجنائي تهدف إلى حماية حياة الجنين في طور النمو في الرحم، وتكون أحكاماً تراعي مبدأ التنااسب (المكتن الأساسي لدولة القانون) السادس في كل فروع القانون العام، بما في ذلك القانون الدستوري.

ويجب على المشرع أن يستعمل هذه الوسيلة كطريقة وحيدة لحماية هذا الحق بحذر واعتدال، عندما لا تكون هناك وسيلة أخرى لتحقيق الحماية الفعالة للحق في الحياة. ويكون ذلك ضرورياً نظراً لأهمية «الكائن الحي القانوني المحمي». وهذا لا يعني أن الدولة ملزمة مطلقاً أن تعم

بالعقوبة، وإنما تلجأ إليها عندما لا تكفي الوسائل الأخرى، ومن هنا فإن إجبار الدولة بالتجوء إلى العقوبة إجبار «ناري».

وقد وضعت قاعدة قانونية أساسية لمواجهة هذا الأمر تمنح الحرية في كل الأحوال، ويترتب عنها التزام على الدولة للعقاب على سلوك معين، ويفترض هذا التناقض إلى الشرعية عندما تكون الدولة ملزمة بواسطة قواعد أخلاقية أساسية للحماية الفعالة «للكائن الحي القانوني» له أهمية خاصة لمواجهة طرف ثالث، فإن التدابير التي تتخذها الدولة لحماية هذا الحق غير القابل للانتهاك، تسمح لها (للدولة) أن تنتهك حقوق أساسية لأطراف أخرى.

3. يمكن أن يشكل الحق في حياة من لم يولد عبئاً على المرأة، ومن هنا يمكن أن نطرح سؤالاً معيناً عما إذا كانت الدولة تعمل مثلاً في هذه الحالات على استعمال القانون الجنائي، وتجرم المرأة على الاحتفاظ بالحمل إلى نهاية وضعه، وحق المرأة - في احترام لهذا الكائن الحي القانوني - يتوقف على القيم الحيوية في الدرجة التي لا يمكن دعمها وتتوافق مع الآخر، ولا يسمح في هذه الحالة من التنازع بصفة عامة بالتقدير الأخلاقي الأحادي.

ويمكن أن يتوصل إلى الإجهاض في مرتبة من القرار بالضمير، ويجب على المشرع أن يراعي التحفظ الخاص، ويعتبر في مثل هذه الحالة بأن تصرف المرأة لا يستحق العقوبة، ويصرف النظر عن وسائل العقوبة الجنائية، ويكون ذلك في كل الأحوال للترجح الذي يندرج ضمن اختصاصاته، ويكون مقبولاً دستورياً.

د - يسعى الترجح الإجمالي «للحياة ضد الحياة» أن يرخص بالإتلاف افتراضياً للأصغر لصالحة الاحتفاظ بحياة الأكبر افتراضياً بشكل غامض. وهذا يتنافى مع الالتزام بتوفير الحماية الفردية لكل حياة خاصة وملموسة.

وقد طور القضاء الدستوري المبدأ انطلاقاً من عدم دستورية نص قانوني، تلحق بنيته وأثاره القانونية ضرراً بمجموعة من الأشخاص.

والواجب أن يضع المشرع توجيه القانون في مجتمعه لفائدة حماية الحقوق، ويجب أن يبرز هذا بصفة خاصة حول «الكائن الحي القانوني» الشخصي للحياة، ولا يمكن أن يتم التخلص من حماية كل حياة، وبصفة خاصة يراعي الهدف - إنقاذ حياة الآخرين - من أجل كل حياة إنسانية أيضاً، الحياة التي توجد بمشقة في النمو في الرحم - التي لها نفس القيمة، ولا يمكن وبالتالي أن تضع تحت أي ظرف من الظروف تقويمًا متقيزاً، وأخرى أن تخضع إلى ترجيح من وجهة نظر حسابي.

لذلك قيل بأنه لا يمكن «لحساب الإجمالي» أن يكون مقبولاً، وحتى عندما يكون مقبولاً فإنه ينقضه الأساس الحقيقي، ولا توجد معطيات كافية لإثبات ذلك، ومع دخول النص الجديد حيز

التطبيق، فإن حالات الإجهاض في علاقتها مع القانون الجاري به العمل، حسب رئيس السلطة التنفيذية، تقوم على أساس اعتبارات واسعة وتفصيلية توصل إلى استنتاج بأن يوجد في الجمهورية الفيدرالية إجهاض بزيادة 40% من العدد الإجمالي للإجهاض سواء منه القانوني أو غير القانوني.

وفي هذا الصدد، ونظراً للأهمية الكبرى «للكائن الحي القانوني» لا يمكن أن يقرر فيه التجارب.

### ثالثاً

1. يجب بهذه الطريقة على الدولة أن تفي بواجبها بحماية حياة الجنين بشكل فعال. وهي مسألة يجب على المشرع أن يحددها في أول خط، بتحديد التدابير الوقائية المناسبة والفعالة في نظره من أجل حماية الحق في الحياة بفعالية [...].

2. يمكن التساؤل: إلى أي مدى تكون الدولة ملزمة بالدستور لاستعمال القانون الجنائي - باعتباره وسيلة أكثر حسماً على تنظيمه - لحماية حياة أثناء الحمل؟

للإجابة عن هذا التساؤل، لا يمكن تقسيم السؤال الساذج بما إذا كانت الدولة ملزمة باتخاذ عقوبات على سلوك معين؟ أو بدلاً عنها تقوم بتحليل شامل يأخذ بعين الاعتبار، من جهة، قيمة الكائن القانوني المحمى، والضرر الاجتماعي الذي يسببه السلوك العدائي، بالمقارنة مع تصرفات أخرى مماثلة (من وجهة النظر الأخلاقية والاجتماعية) التي تستوجب العقوبة من الناحية الجنائية من جهة أخرى، نظراً للقيم الأخلاقية والاجتماعية المعاقب على المس بها جنائياً، ومن جهة ثالثة، أن تنظم ما كان مقبولاً تقليدياً وتطور دور القانون الجنائي في المجتمع بالتفعيل العملي، وبالتهديد بالعقوبة، وإمكانية إيجاد عقوبات قانونية بديلة [...]؟

كان للقانون الجنائي دائماً وظيفة حماية القيم الأساسية للحياة البشرية، وحياة كل فرد، وحياة كل إنسان. ويشكل هذا الحق عنصراً أساسياً للمصالح القانونية الأكثر أهمية كما تم توضيح ذلك سابقاً؛ ولذلك يعتبر إسقاط الحمل تدميراً بشكل لا رجعة فيه لحياة بدأت في النشوء. وإسقاط الحمل وبالتالي فعل ينتج عنه موت الجنين، ويتجلى هذا بوضوح في كون توصيف هذا السلوك موجوداً في الفصل المتعلق بـ«الجرائم والجنح ضد الحياة».

وأدرج في القانون الخامس المتعلق بتعديل القانون الجنائي، وفي القانون الجنائي المعول به إلى الآن ما يسمى «التسبب في الموت لنتائج الحمل». ويستعمل اليوم تعبير «إسقاط الحمل» ولا يمكن لأى تنظيم قانوني أن يغطي على هذا الفعل، وبهذا العمل تنتهك حرمة حياة الإنسان المضمنة، في العدد 1 من الفقرة 2 من المادة 2 من القانون الأساسي.

ويعتبر استعمال القانون الجنائي من هذا المنظور لمعاقبة مرتکب الإجهاض أمراً مشروعاً بدون أدنى شك [...]. ويستفاد مما سبق أيضاً أن هذا السلوك يجب التعامل معه في كل وقت وحين من الناحية القانونية على أنه ظلم [...].

وفي نهاية المطاف، عندما يستحيل تحقيق الحماية بالشكل الذي يأمر به الدستور بوسائل أخرى، فيمكن أن يجبر المشرع على استعمال وسائل القانون الجنائي لحماية الحياة التي تكون في طور النمو (الجنين). وتشكل طبعاً القاعدة القانونية الجنائية آخر التدابير المتاحة للمشرع. وفقاً لمبدأ التناسب (من أجل إرساء دولة القانون) الذي يسود في كل قوانين العالم بما في ذلك القانون الدستوري.

ويجب على المشرع أن يستعمل هذه الوسيلة بحذر واعتدال. لكن لا يستعمل هذا التدبير إلا إذا كان مستحيلاً أن تتحقق الحماية الفعالة للحياة بطريقة أخرى. ويكون هذا ضرورياً نظراً لقيمة وأهمية «الحق القانوني المحمي». إلا أن هذا لا يعني أن الدولة ملزمة «إجباراً مطلقاً» بالمعاقبة، بل يجب عليها أن تلجأ «نسبياً» إلى العقوبة الجنائية بعدما أخذت بعين الاعتبار ضعف الوسائل الأخرى.

وتم الاعتراض أمام هذا الوضع بالاعتماد على قاعدة قانونية أساسية التي تنم الحرية، ومع ذلك يمكن أن يتفرع عنها التزام الدولة بالعقوبة على سلوك محدد. ويفترض هذا الاعتراض إلى أساس؛ وهو أن الدولة عندما تكون ملزمة - بواسطة قاعدة أخلاقية أساسية - بالحماية الفعالة لحق قانوني له أهمية خاصة ضد تدخلات الآخرين، فإن التدابير التي تتخذها لحماية هذا الحق غير قابل للانتهاك، ستنتهي بدورها مجالات حرية أصحاب الحقوق الأساسية الآخرين [...]

3. [...] يمكن أن يشكل حق الجنين الذي لم يولد بعد عبئاً للمرأة قد يتجاوز حدود ما يتعلق عادة بالحمل. ومن ثم تظهر مسألة العجز عن التحمل.

ومن هنا يمكن أن يطرح سؤال معين: هل يمكن للدولة في مثل هذه الحالات أيضاً أن تستعمل القانون الجنائي لإجبار المرأة على الحفاظ على الحمل إلى نهاية وضعه؟

ويجب أن يتم� احترام حياة من لم يولد بعد وحق المرأة في عدم التضحية - حرصاً على الاحترام تجاه هذا الحق الدستوري - بقيم حيوية إلى درجة لا تطاق. ولا يسمح في حالات النزاع هذه، التي لا تقبل بصفة عامة تقريباً أخلاقياً لا لبس فيه والتي قد يرقى فيها قرار إسقاط الحمل إلى درجة قرار واع جدير بالاحترام، ويجب على المشرع أن يراعي التحفظات الخاصة.

وإذا اعتبر المشرع في هذه الحالات أن تصرف المرأة بإسقاط الحمل لا يستوجب العقوبة واستغنى عن وسائل العقوبة الجنائية، فسيكون هذا ناتجاً في جميع الأحوال عن ترجيح يندرج ضمن صلاحيات المشرع، ويمكن أن يكون مقبولاً من الناحية الدستورية [...]

ج [...]

لا يتفق الترجيح العام «لحياة ضد حياة» الذي عن طريقه يفترض السماح بتدمير حياة أقل عد من أجل الحفاظ على حياة عدد أكبر على ما يبدو، مع وجوب توفير الحماية الفردية لكل حياة خاصة ومحددة.

وقد طور الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية مبدأ عدم دستورية نص قانوني - بنية وأثاره التطبيقية يؤدي إلى إلحاق الضرر بمجموعة محددة من الأشخاص - لا يمكن دحضها بدعوى أن بفضل هذا الحكم أو غيره من أحكام القانون قد يُفيد مجموعة أخرى من الأشخاص، على أن توجه القانون في مجمله يأتي لفائدة حماية الحقوق. ويجب أن يخدم هذا المبدأ بشكل خاص جدا الحق القانوني الخاص «لحياة». (انظر أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية 151/12 [168] 328/15، 97/18 [333]، 108 [269]، 260/32 [269]).

ولا يمكن أن يتم التخلی عن حماية الحياة بشكل خاص من أجل الامتثال لهدف إنقاذ حياة الآخرين، الجدير بالثناء في حد ذاته. فحياة الإنسان - وأيضا الحياة التي بالكاد بدأت في النشوء - يكون لها نفس القيمة، وبالتالي لا يمكن في أي ظرف من الظروف أن تخضع لتنيس مختلف ناهيك عن أن تخضع للترجيح من الناحية العددية [...].

ولقد قيل بأنه لا يمكن (لحساب الإجمالي) أن يكون مقبولا، وحتى عندما يكون مقبولا فإن ينقصه الأساس الحقيقي، لأنه لا توجد معطيات كافية تبين أن عدد حالات الإجهاض - بعد دخول القواعد القانونية الجديدة حيز التنفيذ - انخفضت بشكل ملحوظ مقارنة مع القواعد القانونية المعول بها إلى حد الآن.

وقد خلص ممثل السلطة التنفيذية على أساس اعتبارات شاملة ومقارنات مفصلة [...] إلى أنه، بإدراج قانون الآجال النهائية للإجهاض في جمهورية ألمانيا الفيدرالية، يتوقع زيادة 40% في العدد العام لحالات الإجهاض المشروعة وغير المشروعة على حد السواء [...].

في هذا الصدد، وبالنظر إلى الأهمية البالغة للحق القانوني الواجب حمايته، لا ينبغي أن يكون مجال تجارب [...].

**ملاحظة:** فيما يلي 27 صفحة وإن كان التصويت الفردي لقاضيين فقط.