



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Thea Palmqvist

Barnkonventionen som svensk lag – för barnets bästa?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Allmänt	4
1.2 Syfte	4
1.3 Frågeställning	4
1.4 Avgränsning	4
1.5 Perspektiv och metod	5
1.6 Forskningsläge	5
1.7 Material och disposition	5
2 INTERNATIONELLA KONVENTIONER I SVENSK RÄTT	7
2.1 Internationella konventioners ställning i nationell rätt	7
2.2 Införlivande av internationella konventioner	8
2.3 Införlivande av barnkonventionen	9
3 BARNETS BÄSTA I BARNKONVENTIONEN	10
3.1 Allmänt om principen om barnets bästa och barnkonventionen	10
3.2 Definition av barnets bästa	11
3.3 Domstolens bedömning av barnets bästa	12
4 BARNETS BÄSTA I SVENSK RÄTT	14
4.1 Allmänt om principen om barnets bästa	14
4.2 Definition av barnets bästa	15
4.2.1 Barnets grundläggande rättigheter	15
4.2.2 Risken för att barnet far illa	15
4.2.3 Behovet av en nära och god kontakt med båda föräldrarna	16
4.3 Domstolens bedömning av barnets bästa	16
4.3.1 Barnperspektivet	16

4.3.2	Riskbedömningen	17
4.3.3	Barnets vilja	17
5	ARGUMENTATION I DEBATTEN	19
5.1	Allmänna argument om införlivandemetod	19
5.2	Juridiska argument	20
5.2.1	Barns rättigheter får starkare ställning	20
5.2.1.1	Motargument: Barns rättigheter skulle kunna få svagare reell ställning	21
5.2.2	Svårigheter i rättstillämpningen	21
5.2.2.1	Motargument: Problemet ska inte överdrivas	22
5.2.3	Tolkningssvårigheter	22
5.2.3.1	Motargument: Det finns vägledning för tolkning av barnkonventionen	23
5.3	Rättspolitiska argument	24
5.3.1	En inkorporering utgör en politisk markering	24
5.3.1.1	Motargument: En politisk markering i sig gör ingen skillnad	24
5.3.2	Det saknas behov av att inkorporera barnkonventionen	25
5.3.2.1	Motargument: Det finns brister i rättstillämpningen	26
5.3.3	En inkorporering skulle innebära en främmande maktförskjutning	27
5.3.3.1	Motargument: Domstolens roll är inte helt given	27
6	ANALYS	29
6.1	Allmän analys	29
6.2	Personlig reflektioner	31
7	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	33
7.1	Källor	33
7.1.1	Offentligt tryck	33
7.1.2	Elektroniska källor	34
7.2	Litteratur	35

Summary

In February 2016 The Inquiry on the rights of the child handed over a proposal for an act on incorporating the UN Convention on the Rights of the Child (CRC) into Swedish law. The purpose of this essay has been to illuminate this proposal in view of the principle of the best interests of the child, and the question at issue has been if the principle would get affected of incorporation – and in that case how. Emphasis has been given to the best interests of the child as it is stipulated in chapter 6 of the Parental Code regarding custody, residence and access.

In both the CRC and chapter 6 of the Parental Code, the best interests of the child is a flexible principle with certain stated guidelines. Largely the definitions are alike. However, the best interests of the child has capacity as a *general principle in the CRC* and composes a threefold concept – it is both a substantive right, an interpretative principle and a rule of procedure. Furthermore, the right of the child to be heard has been pointed out as crucial for the meaning and assessment of the principle. Swedish law only consider the will of the child as a part of the assessment taken as a whole, and the right of the child to be heard can also be restricted in different manners.

Incorporation would imply that the CRC became applicable as Swedish law, which is relatively rare in Sweden. Foremost, the juridical arguments in the debate have appeared to derive from a child's perspective and have therefore been the most relevant arguments for the question at issue. Based on how the best interests of the child is defined and assessed, together with occurring arguments in the debate, it is possible that incorporation would imply that the best interests of the child would be considered more as a general principle, like in the CRC, and therefore influence more legal areas. Regarding the best interests of the child in chapter 6 of the Parental Code, incorporation would possibly imply a renewed way of assessment. In the CRC the right of the child to be heard possesses a greater and more independent function, and it is possible that this approach would get acknowledgement in Swedish law after incorporation.

Sammanfattning

I februari 2016 lämnade Barnrättighetsutredningen förslag på hur barnkonventionen ska inkorporeras i svensk rätt. Uppsatsens syfte har varit att belysa detta förslag utifrån principen om barnets bästa, och dess frågeställning har varit om principen om barnets bästa skulle påverkas av en inkorporering – och i så fall hur. Fokus har legat på betydelsen av barnets bästa i 6 kap. föräldrabalken (FB) gällande vårdnad, boende och umgänge.

I både barnkonventionen och 6 kap. FB är barnets bästa ett flexibelt begrepp med vissa angivna utgångspunkter. I stort liknar definitionerna varandra. I barnkonventionen ses dock barnets bästa som en *grundprincip för hela konventionen*, och utgör ett tredimensionellt begrepp – barnets bästa är både en materiell rättighet, en tolkningsprincip och ett tillvägagångssätt. Barnets rätt att komma till tals har påpekats särskilt viktig för principens betydelse och bedömning. I svensk rätt är barnets vilja endast en del av en helhetsbedömning och barnets rätt att komma till tals kan villkoras på olika sätt.

En inkorporering skulle innebära att konventionen blir direkt gällande som svensk lag, vilket är relativt ovanligt i Sverige. Främst har debattens juridiska argument visat sig utgå från ett barnperspektiv och således varit mest relevanta för frågeställningen. Baserat på hur barnets bästa definieras och bedöms enligt svensk rätt och barnkonventionen, samt förekommande argument i debatten, kan tänkas att en inkorporering skulle innebära att barnets bästa skulle betraktas mer som en övergripande grundprincip, som i barnkonventionen, och således få genomslag på fler rättsområden. Vad gäller barnets bästa i 6 kap. FB skulle en inkorporering kunna innebära ett förnyat bedömningssätt. I barnkonventionen intar barnets rätt att komma till tals en starkare och mer självständig roll än den gör i svensk lagstiftning och rättstillämpning, och det kan tänkas att detta synsätt skulle anammas i svensk rätt.

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
Barnrättskommittén	FN:s kommitté för barnets rättigheter
Europadomstolen	Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta Nationerna
GC	General Comment (allmän kommentar från barnrättskommittén)
Ibid.	Ibidem (på samma ställe)
OHCHR	The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Kontoret för Högkommissarien för mänskliga rättigheter)
Prop.	Regeringens proposition
SoU	Socialutskottet
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
UNICEF	United Nations Children´s Fund (FN:s barnfond)
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties

1 Inledning

1.1 Allmänt

FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) antogs av FN:s generalförsamling utan omröstning 1989 och Sverige ratificerade densamma året därpå. Barns rättigheter var vid tidpunkten inget nytt i svensk rätt, och ratificeringen innebar i sig inga lagstiftningsåtgärder eftersom svensk rätt bedömdes stå i god överensstämmelse med konventionens krav. Några år efter ratificeringen började dock konventionens ställning i svensk rätt att diskuteras och röster som förespråkade en inkorporering att höjas. De senaste åren har Sverige också mottagit kritik från FN:s kommitté för barnets rättigheter (barnrättskommittén) för att inte ha gett barnkonventionen ett formellt erkännande som svensk lag.¹ Även om kraven tidigare inte fått gehör har debatten fortsatt och eskalerat i Barnrättighetsutredningens betänkande SOU 2016:19 *Barnkonventionen som svensk lag* som färdigställdes i februari 2016.

1.2 Syfte

Uppsatsens övergripande syfte är att belysa den eventuella inkorporeringen av barnkonventionen i svensk rätt utifrån principen om barnets bästa.

1.3 Frågeställning

För att uppfylla ovannämnda syfte är uppsatsens frågeställning sålunda formulerad: Kan det antas att principen om barnets bästa skulle påverkas av en inkorporering av barnkonventionen? Och om ja – på vilket sätt?

1.4 Avgränsning

Eftersom principen om barnets bästa återfinns inom många rättsområden, är uppsatsen avgränsad till principens betydelse i 6 kap. föräldrabalken (FB) gällande vårdnad, boende och umgänge. Av platsmässiga skäl behandlas endast de

¹ CRC/C/SWE/CO/4 p. 9–10; CRC/C/SWE/CO/5 p. 6.

argument för och mot inkorporering av barnkonventionen som har lyfts fram som mest centrala i debatten.

1.5 Perspektiv och metod

Uppsatsen utgår från en rättsdogmatisk metod för att fastställa gällande rätt och innebörden av principen om barnets bästa enligt såväl svensk rätt som barnkonventionen. Detta innebär att de allmänt accepterade rättskällorna används – för den svenska rättens vidkommande lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.² Uppsatsen berör dock inte praxis i någon större utsträckning då detta inte är direkt relevant för uppsatsens frågeställning. Vad gäller barnkonventionen existerar varken förarbeten eller praxis, varför främst barnrättskommitténs allmänna kommentarer anlitas.

Vad gäller framställningen av debatten och den argumentation som förts för och mot en inkorporering av barnkonventionen är metoden av mer deskriptiv karaktär. Analysen utgår vidare från ett barnperspektiv för att försöka undersöka vad en inkorporering av barnkonventionen skulle innebära för principen om barnets bästa. Den analytiska delen är således av mer diskuterande karaktär men innehåller också vissa komparativa inslag.

1.6 Forskningsläge

Trots att frågan om att inkorporera barnkonventionen länge har debatterats finns relativt lite forskning på området. Maarit Jänträ-Jareborg och Anna Singer är dock två aktörer som behandlat frågan, bland annat i "Folkrätten i familjerätten – familjerätten i folkrätten" (I *Folkrätten i svensk rätt*, 2012). I övrigt finns lite forskningsmaterial på området, varför uppsatsens behandling av ämnet blir desto mer intressant.

1.7 Material och disposition

Uppsatsen grundar sig i huvudsak på förarbeten till 6 kap. FB, så som prop. 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler*, Barnrättighetsutredningens betänkande SOU

² Kleineman s. 21.

2016:19 *Barnkonventionen blir svensk lag* samt de allmänna kommentarerna från FN:s barnrättskommitté. Det bör poängteras att barnrättskommitténs allmänna kommentarer är författade på engelska, men att svensk översättning finns att tillgå på Barnombudsmannens hemsida. Uppsatsen bygger dock genomgående på den engelska officiella originaltexten.

Som bakgrund till uppsatsen består kapitel 2 av en kort redogörelse för internationella konventioners ställning i svensk rätt. Därefter behandlar kapitel 3–4 definitionen och bedömningen av barnets bästa i barnkonventionen samt i 6 kap. FB. I kapitel 5 beskrivs de mest centrala argument som går att finna för och mot inkorporering av barnkonventionen. Slutligen används detta material för att i kapitel 6 försöka analysera om en inkorporering av barnkonventionen skulle påverka principen om barnets bästa, och i så fall på vilket sätt.

2 Internationella konventioner i svensk rätt

2.1 Internationella konventioners ställning i nationell rätt

En stat blir folkrättsligt bunden av en konvention genom att den ratificerar densamma, vilket följer av principen om *pacta sunt servanda*.³ Hur konventionen sedan blir en del av den nationella rätten beror på om staten är *dualistisk* eller *monistisk*.

I en monistisk stat blir en ratificerad internationell konvention automatiskt en del av nationell rätt så snart den trätt i kraft. Några ytterligare åtgärder behöver således inte vidtagas. Hur konventionens bestämmelser sedan tillämpas beror på vilken karaktär dessa har. Bestämmelser som anger rättigheter för enskilda (så kallade *self-executing treaties*) kan åberopas direkt inför nationell domstol, medan detsamma inte kan göras med bestämmelser som är förpliktigande för staten. Vilka bestämmelser som hör till vilken kategori är dock inte alltid uppenbart och får många gånger klargöras genom praxis.⁴

I en dualistisk stat som Sverige⁵ ses istället folkrätt och nationell rätt som två parallella rättssystem, existerande i olika sfärer. I Sverige måste därför ratificerade konventioner också införlivas i nationell rätt för att kunna tillämpas. Folkrätten tar dock inte ställning till *hur* en stat uppfyller sina förpliktelser enligt konventionen, huvudsaken är *att* staten faktiskt gör det. En konvention som inte har införlivats i Sverige är emellertid inte helt betydelselös eftersom principen om fördragskonform tolkning innebär att svensk rätt så långt som möjligt ska tolkas i enlighet med den internationella konventionen.⁶

³ Bring, Mahmoudi och Wrangle s. 45; Se även VCLT art. 14, 16 och 26.

⁴ Bring, Mahmoudi och Wrangle s. 55; Åhman s. 5.

⁵ Se Bring, Mahmoudi och Wrangle s. 62 f.

⁶ Bring, Mahmoudi och Wrangle s. 59 f.; Åhman s. 11 f.

2.2 Införlivande av internationella konventioner

Som ovan nämnts behöver monistiska stater inte vidtaga några införlivandeåtgärder för att en ratificerad, ikraftträd, konvention ska gälla direkt som nationell rätt. Dualistiska stater som Sverige har däremot främst två metoder för att införliva en konvention i det nationella rättssystemet – *transformation* och *inkorporation*. En annan variant är *konstaterande av normharmoni* som mer utgör ett konstaterande än en metod.⁷

Transformation innebär att innehållet i konventionen omarbetas till nationell författningstext och placeras in där den anses vara hemmahörande. Det är den nationella författningstexten och inte den ursprungliga konventionstexten som då blir gällande rätt och som kan åberopas inför domstol. Folkrättsligt är det dock fortfarande den autentiska konventionstexten som är bindande för staten.⁸

Inkorporation innebär istället att konventionen, i sin helhet eller endast delar av den, införs oförändrad i det nationella rättssystemet. Det är således den ursprungliga konventionstexten som blir gällande rätt,⁹ även om svensk översättning ska finnas med som bilaga i enlighet med 14 § lagen (1976:633) om kungörande av lagar och andra författningar.

Konstaterande av normharmoni hör samman med fördragskonform tolkning, eftersom den nationella rätten då presumeras överensstämma med konventionen och därför ska tolkas i enlighet med denna. Några lagstiftningsåtgärder vidtogs därmed inte då detta inte anses nödvändigt.¹⁰

⁷ Bring, Mahmoudi och Wrangé s. 59 f.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

2.3 Införlivande av barnkonventionen

När Sverige ratificerade barnkonventionen 1990 konstaterades normharmoni – svensk rätt och praxis bedömdes stå i god överensstämmelse med konventionens krav och några lagstiftningsåtgärder ansågs inte behövliga.¹¹

Efter ratifikationen kom dock normharmonin att ifrågasättas vilket ledde till att en parlamentarisk kommitté, Barnkommittén, tillsattes för att utreda läget.¹² Baserat på kommitténs slutsatser antogs 1998 en strategi om hur barnkonventionen skulle förverkligas i Sverige,¹³ vilken gällde fram till 2010 då en ny strategi togs fram.¹⁴ I enlighet med dessa strategier har bland annat lagstiftning omarbetats, kunskapsspridande insatser vidtagits och informationsspridning företagits. Barnombudsmannen, en statlig myndighet som enligt lag (1993:335) om Barnombudsman ska bevaka efterlevnaden av barnkonventionen, har också varit en central del i detta arbete.¹⁵

¹¹ Prop. 1989/90:107 s. 27 f.

¹² Dir. 1996:15.

¹³ Prop. 1997/98:182; bet. 1998/99:SoU6; rskr. 1998/99:171.

¹⁴ Prop. 2009/10:232; bet. 2010/11:SoU3; rskr. 2010/11:35.

¹⁵ Se SOU 2016:19 s. 123–132.

3 Barnets bästa i barnkonventionen

3.1 Allmänt om principen om barnets bästa och barnkonventionen

Principen om barnets bästa kan härledas ur två grundläggande värderingar som präglar hela barnkonventionen – för det första att barn är lika mycket värda som vuxna, för det andra att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd.¹⁶ Portalparagrafen om barnets bästa finns stadgad i artikel 3.1, som i sin svenska översättning enligt SÖ 1990:20 lyder:

Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.

Artikel 3.1 har av barnrättskommittén identifierats som en av konventionens grundprinciper för tolkning och genomförande av barnets rättigheter.¹⁷ Barnets bästa ska således betraktas som ett tredimensionellt begrepp – en materiell rättighet, en grundläggande rättslig tolkningsprincip samt ett tillvägagångssätt.

Barnets bästa utgör en *materiell rättighet* bestående i en rätt för barnet att få sitt bästa bedömt och satt i främsta rummet. Barnets bästa som en *grundläggande rättslig tolkningsprincip* innebär att principen ger vägledning för vilken tolkning av en rättsregel som ska ges företräde vid flera möjliga. Slutligen är barnets bästa också ett *tillvägagångssätt* då alla beslut av myndigheter som kan påverka barn måste innehålla en utvärdering av konsekvenser för barnet i fråga.¹⁸

Det finns inget sanktionssystem kopplat till barnkonventionen, däremot har barnrättskommittén enligt artikel 43 till uppgift att övervaka dess efterlevnad. Barnrättskommittén författar också allmänna kommentarer (General Comments)

¹⁶ Hammarberg s. 62 f.; Jfr CRC/C/GC/12 p. 18.

¹⁷ CRC/GC/2003/5 p. 12.

¹⁸ CRC/C/GC/14 p. 6.

som kan utgöra vägledning när konventionsstaterna ska tolka och tillämpa konventionens bestämmelser.¹⁹

Nedan ska närmare redogöras för hur barnets bästa i barnkonventionen definieras, samt hur begreppet bör bedömas enligt barnrättskommittén.

3.2 Definition av barnets bästa

Det finns inte någon konkret definition av barnets bästa, snarare ses begreppet som dynamiskt och under ständig utveckling. I avsaknad av en definition har istället ramar ställts upp för begreppets fastställande, inom vilka bedömningen ska ta utgångspunkt i.²⁰

Barnrättskommittén har följaktligen upprättat en icke-uttömmande lista över faktorer som kan ha betydelse när barnets bästa ska definieras. Denna lista är tänkt att ge såväl konkret vägledning som möjlighet till flexibilitet och innehåller bland annat följande faktorer:²¹

- *Bevarandet av familjemiljön och upprätthållandet av relationer*

Familjen anses vara den grundläggande enheten och den naturliga miljön för barnets utveckling. Barnet bör endast skiljas från sina föräldrar som en sista utväg om barnet till exempel riskerar att lida omedelbar skada. Om så ändå sker ska barnet kunna upprätthålla relationer till föräldrar och familj så länge det inte strider mot barnets bästa. Gemensamt föräldraansvar anses vidare i allmänhet vara det bästa för barnet.

¹⁹ OHCHR, *Committee on the Rights of the Child*, <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>>, besökt 2016-05-19.

²⁰ CRC/C/GC/14 p. 11.

²¹ Listans punkter baseras på CRC/C/GC/14 p. 50–79.

- *Omsorg om barnet och barnets skydd och säkerhet*

Barnet behöver omvårdnad och skydd för sin välfärd. I barnets välfärd omfattas såväl grundläggande materiella och fysiska behov som utbildningsmässiga och emotionella sådana. Barnet måste tidigt i livet knyta an till en omvårdare och upprätthålla denna anknytning över tid för att få en trygg miljö. Vad gäller barnets säkerhet måste barnet skyddas från alla former av fysiskt och psykiskt våld, skador, övergrepp och liknande.

Begreppet barnets bästa är således flexibelt och måste definieras individuellt. Konventionens övriga bestämmelser kan vara till hjälp för att fylla begreppet med innehåll, varför förhållandet mellan barnets bästa och övriga bestämmelser är tvåfaldigt. Samtidigt som barnets bästa ger vägledning om hur övriga bestämmelser ska tolkas (till följd av att begreppet även är en tolkningsprincip, se avsnitt 3.1), förser övriga bestämmelser begreppet med innehåll.²²

3.3 Domstolens bedömning av barnets bästa

Då domstolens bedömning av barnets bästa ska göras individuellt kan också olika faktorer få varierande tyngd beroende på omständigheterna. Många gånger kan faktorer stå i konflikt med varandra, så som att bevara familjemiljön och att skydda barnet från våld, varför den lösning som sätter barnets bästa i främsta rummet måste fastställas.²³

Barnrättskommittén har särskilt betonat sambandet mellan barnets bästa och barnets rätt att bli hörd enligt artikel 12 barnkonventionen, ett samband som får betydelse i bedömningen av barnets bästa.²⁴ I sin svenska översättning i SÖ 1990:20 lyder artikel 12:

²² CRC/C/GC/14 p. 32.

²³ CRC/C/GC/14 p. 80–81.

²⁴ CRC/C/GC/14 p. 43.

Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.

För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.

Barnrättskommittén har vidare särskilt betonat bestämmelsens betydelse i vårdnadsfrågor då domstolens beslut otvetydigt påverkar barnet.²⁵

Artikel 12 har precis som artikel 3.1 identifierats som en av konventionens grundprinciper.²⁶ Tillsammans anses barnets bästa och barnets rätt att bli hörd bredvid varandra vara avgörande för allt beslutsfattande i frågor som rör barnet. Barnets bästa ska således fastställas i samråd med barnet, samtidigt som barnets bästa och barnets åsikter bredvid varandra styr alla åtgärder och allt beslutsfattande. Artikel 3.1 kan därför inte tillämpas korrekt om inte artikel 12 respekteras, samtidigt som artikel 3.1 förstärker funktionaliteten i artikel 12.²⁷

²⁵ CRC/C/GC/12 p. 32 och 51–52.

²⁶ CRC/GC/2003/5 p. 12.

²⁷ CRC/C/GC/12 p. 71 och 74.

4 Barnets bästa i svensk rätt

4.1 Allmänt om principen om barnets bästa

Den grundläggande principen om att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge återfinns i 6 kap. 2 a § FB:

Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.

Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid

- risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa, och
- barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.

Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

Det framgår klart och tydligt att inga andra intressen får gå före barnets i beslut om vårdnad, boende och umgänge – barnets bästa skall vara *avgörande*. Lika klart och tydligt framgår dock inte vad barnets bästa egentligen innebär. Denna oklarhet har skapats medvetet i syfte att forma ett flexibelt begrepp som kan individanpassas i varje fall.²⁸

Begreppets flexibilitet öppnar emellertid inte dörren för en helt fri tolkning. För det första ger barnets grundläggande rättigheter i 6 kap. 1 § FB vägledning för tolkningen. För det andra innehåller 6 kap. 2 a § FB en uppräkningslista av omständigheter som särskilt avseende ska fästas vid – risken att barnet far illa, barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna och barnets egen vilja.²⁹ Uppräkningen är dock inte uttömmande och innebär inte att andra omständigheter utesluts från begreppets definition och bedömning.³⁰

²⁸ Sjösten s. 43.

²⁹ Prop. 1997/98:7 s. 104 f.; prop. 2005/06:99 s. 40.

³⁰ Sjösten s. 43.

4.2 Definition av barnets bästa

4.2.1 Barnets grundläggande rättigheter

Som ovan nämnts kan barnets grundläggande rättigheter i 6 kap. 1 § FB ge vägledning om innebörden av barnets bästa. Vid en tvist om vårdnad, boende eller umgänge kan nämligen den lösning som bäst anses främja barnets grundläggande rättigheter också få företräde.

Enligt bestämmelsen har barn rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Det fastställs även att barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart och inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Detta innebär att barnet har rätt till att få såväl materiella som psykiska behov tillfredsställda, rätt till att leva i ett stabilt förhållande och rätt till att få utvecklas. Vidare gäller ett absolut förbud mot kroppslig bestraffning, vilket är mer långtgående än straffbar misshandel enligt brottsbalken.³¹

4.2.2 Risken för att barnet far illa

Särskilt avseende ska fästas vid risken för att barnet eller annan i familjen utsätts för övergrepp, att barnet olovligt bortförs eller kvarhålls, eller att barnet annars far illa. Detta kan ses som en motpol till 6 kap. 2 a § andra strecksatsen FB. Samtidigt som en nära och god kontakt med båda föräldrarna i de allra flesta fall anses bäst för barnet, är nämligen barnets rätt att inte bli utsatt för övergrepp absolut. Dessutom kan barnet skadas även om barnet själv inte utsätts för våld men bevittnar sådant i hemmet.³²

Med övergrepp avses såväl fysiska som psykiska sådana. Vad gäller bortförande eller kvarhållande syftas på en förälders agerande i strid mot den rätt som tillkommer den andra vårdnadshavaren. Även andra faktorer som gör att barnet kan fara illa ska beaktas, till exempel om en förälder är missbrukare och därför kan komma att brista i sitt föräldraskap.³³

³¹ Prop. 1981/82:168 s. 22 och 60 f.; Sjösten s. 38.

³² Prop. 2005/06:99 s. 42.

³³ Prop. 1992/93:139 s. 37 f.

4.2.3 Behovet av en nära och god kontakt med båda föräldrarna

En av grundtankarna bakom reglerna i 6 kap. FB är att så långt som möjligt främja ett gemensamt föräldraansvar. En nära och god kontakt med föräldrarna anses i de allra flesta fall vara det som är bäst för barnet, men precis som övriga omständigheter utgör 6 kap. 2 a § andra strecksatsen FB bara en del av den helhetsbedömning som ska göras. Stadgandet är alltså ej avsett att skapa en presumtion för gemensam vårdnad – avsikten är snarare att föräldrarna ska ha gemensam vårdnad i samtliga fall då det är bäst för barnet.³⁴

Idén om barnets behov av båda sina föräldrar har emellertid fått en motpol genom den i praxis utarbetade *kontinuitetsprincipen*. Principen grundas på tanken att barn kan ta skada av att flyttas från sin invanda miljö, varför detta inte ska göras i onödan. Kontinuitetsprincipen får dock inte slentrianmässigt företräde – ibland bedöms omställningsproblematiken vara värd sitt pris om den innebär att barnet får en fungerande relation med båda sina föräldrar.³⁵

4.3 Domstolens bedömning av barnets bästa

4.3.1 Barnperspektivet

Vid alla beslut och åtgärder som rör barn ska det finnas ett tydligt *barnperspektiv*, vilket utgår från barnets fulla människovärde och integritet. Barnets syn på situationen måste således beaktas men inte alltid följas – det är till syvende och sist den vuxne som ska fatta beslut. Såväl långsiktiga som kortsiktiga effekter ska beaktas, vilket ska göras i en kombination av kunskap, beprövad erfarenhet och barnets egna åsikter.³⁶

Barnperspektivet balanserar på så sätt den vuxnes bedömning av barnets bästa och barnets egen vilja och uppfattning. Därmed är framförallt två faktorer av särskild betydelse för bedömningen av barnets bästa – dels riskbedömningen av om barnet

³⁴ Prop. 2005/06:99 s. 50 f.

³⁵ Sjösten s. 75 f.

³⁶ Prop. 2005/06:99 s.38 ff.

kan fara illa, dels barnets egna åsikter. Dessa två faktorer ska redogöras för närmare nedan.

4.3.2 Riskbedömningen

Eftersom risken att barnet far illa särskilt ska beaktas i bedömningen av barnets bästa enligt 6 kap. 2 a § FB måste en riskbedömning också göras.

Till att börja med gäller inte lika höga beviskrav som i brottmål. Det är *risken för effekt* som ska beaktas och det behöver således inte vara ställt utom allt tvivel att barnet, eller någon annan i familjen, kommer att fara illa. Föreligger konkreta omständigheter som talar för att en sådan risk finns räcker ofta det.³⁷ En nedlagd förundersökning innebär därför inte att ett påstått övergrepp inte behöver beaktas. Om uppgifter om våld förs fram måste en riskbedömning alltid göras, och en konstaterad risk ska alltid väga tungt i helhetsbedömningen.³⁸

4.3.3 Barnets vilja

Barnet har en rätt att komma till tals vid bedömningen av barnets bästa eftersom hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av ålder och mognad. Det går inte att säga generellt vid vilken ålder barnet nått sådan mognad att dess önskan i allmänhet bör följas. Av naturliga skäl ska dock normalt större vikt läggas vid äldre barns inställning än yngres.³⁹

Barnets vilja ska vidare bedömas som en del av helheten, särskilt eftersom det kan vara problematiskt att utröna barnets *verkliga vilja*. Vad barnet säger och vad barnets innersta önskan är måste inte alltid stämma överens eftersom barnet lätt påverkas utifrån på olika sätt.⁴⁰

Det händer också att barnets vilja inte korresponderar med vad som bedöms vara barnets bästa. Är så fallet ska en noggrann avvägning göras och det är inte självklart att barnets vilja får företräde. I doktrin har dock påpekats att barnets

³⁷ Prop. 1992/93:139 s. 37.

³⁸ Prop. 2005/06:99 s. 42.

³⁹ Prop. 1994/95:224 s. 53.

⁴⁰ Prop. 1981/82:168 s 66; prop. 1994/95:224 s. 27.

vilja ofta får stå tillbaka för vad som bedöms vara barnets bästa – vilket i sin tur baseras på schablonmässiga presumtioner som behovet av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar eller kontinuitetsprincipen. Barnet betraktas då inte som en egen rättighetsbärare, utan som ett objekt vars rättigheter förvaltas av någon annan. Istället hävdas att barn som utgångspunkt ska betraktas som kompetenta nog att förfoga över sina egna rättigheter och att endast begränsade undantag från detta ska göras.⁴¹

Det är dock inte alltid en avvägning måste göras utan ibland kan barnets vilja utgöra en helt fristående omständighet. Så kan till exempel vara fallet om barnet har en bestämd vilja som inte klart går emot vad som anses vara bäst för barnet. På så sätt kan barnets vilja bli ensamt avgörande istället för att endast utgöra en del av helhetsbedömningen.⁴²

Hur barnets vilja ska beaktas konkretiseras vidare i 6 kap. 19 § FB som ger domstolen möjlighet att tillsätta en utredning för att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda. I sådan utredning anges att barnets inställning ska försöka klarläggas *om det inte är olämpligt*. Om barnet inte är tillräckligt gammalt eller moget nog för att ha en egen uppfattning i saken, eller om barnet är särskilt känsligt och dess inställning känd genom annan utredning kan sådant klarläggande anses olämpligt.⁴³ Något liknande olämplighetsrekvisit finns inte i barnkonventionen.

⁴¹ Singer s. 35 f. och 41 f.

⁴² Prop. 1997/98:7 s. 106 och 199.

⁴³ Prop. 1994/95:224 s. 54.

5 Argumentation i debatten

Frågan om att inkorporera barnkonventionen har i princip diskuterats sedan Sverige ratificerade densamma. Mer genomgående har frågan behandlats av den parlamentariskt sammansatta Barnkommittén som lämnade sitt huvudbetänkande SOU 1997:116 *Barnets Bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige* i augusti 1997 samt senast i Barnrättighetsutredningens betänkande SOU 2016:19 *Barnkonventionen blir svensk lag* som färdigställdes i februari 2016.

Nedan redogörs för några av de mest centrala argumenten som framförts, vilka delats in i juridiska och rättspolitiska argument. Till varje argument lyfts också motargument fram. Först ska dock något kort nämnas om Sveriges allmänna ställning vad gäller införlivande av människorättskonventioner då barnkonventionen tillhör denna kategori.⁴⁴

5.1 Allmänna argument om införlivandemetod

Som nämnts i avsnitt 2.1 är Sverige en dualistisk stat och måste således införliva internationella konventioner för att dessa ska bli tillämpliga som svensk lag. En allmän uppfattning har länge varit att människorättskonventioner är illa lämpade för inkorporering eftersom de ofta saknar enhetlig juridisk terminologi och är skrivna med främmande konstruktionsteknik. Olika utredningar har menat att inkorporering av denna typ av konvention hade skapat oklarhet kring gällande rätt på detaljnivå.⁴⁵ Denna uppfattning har också gjort att transformering länge varit gällande införlivandemetod, särskilt på familjerättens område.⁴⁶

⁴⁴ Se preambel till barnkonventionen.

⁴⁵ Prop. 1973:90 s. 195; prop. 1975/76:209 s. 85.

⁴⁶ Jäterä-Jareborg och Singer s. 79.

Den traditionella uppfattningen har de senaste åren dock ifrågasatts, särskilt efter att Europakonventionen inkorporerades 1995.⁴⁷ Det framhölls dock att inkorporeringen av Europakonventionen inte skulle vara trendsättande – Europakonventionen ansågs bland annat ha en särställning i det allmänna rättsmedvetandet i jämförelse med andra människorättskonventioner och skulle därför också särbehandlas.⁴⁸ I takt med att Europakonventionen och även EUrätten fått mer inflytande i svensk rätt har det dock diskuterats om inte en ny vana att tillämpa främmande rätt har utvecklats i Sverige.⁴⁹

5.2 Juridiska argument

5.2.1 Barns rättigheter får starkare ställning

En domare ska vid ett seminarium ha uttalat: ”Lagar, förarbeten och doktrin har vi på våra arbetsrum, men barnkonventionen ligger nere i källaren. Och vi går inte ner i källaren och letar.”⁵⁰ Citatet belyser ett vanligt förekommande argument – en inkorporering av barnkonventionen skulle göra den till ett betydligt skarpare juridiskt verktyg än vad den är idag.

Barnrättighetsutredningen framhöll att en inkorporering skulle innebära att barnkonventionens bestämmelser ensamma kan ligga till grund för myndigheters beslut. Idag påverkar barnkonventionen beslutsfattandet endast indirekt genom fördragskonform tolkning (se avsnitt 2.1). Att barnkonventionen skulle kunna tillämpas som svensk lag understryktes därför som särskilt fördelaktigt när inte svensk lagstiftning i alla delar tar till vara på barns rättigheter – barnkonventionen skulle då kunna fungera som utfyllnad.⁵¹

Barns rättigheter enligt barnkonventionen skulle således kunna få en *formellt* stärkt ställning genom inkorporering. Barnrättighetsutredningen menade dock att även en stärkt *reell* ställning för rättigheterna var trolig. För det första menade

⁴⁷ Detta gjordes genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁴⁸ Prop. 1993/94:117 s. 34.

⁴⁹ SOU 2010:70 s. 314 ff.; SOU 2011:29 s. 241 f.

⁵⁰ Öster och Knutson, ”Barnkonventionen blir lag”, Advokaten nr 3 2016, s. 29.

⁵¹ SOU 2016:19 s. 366 f.

utredningen att barnkonventionen skulle bli tillämplig på alla rättsområden och tydligare ses som en helhet, vilket i sig skulle kunna leda till att barn i större utsträckning betraktades som rättighetsbärare. För det andra menade utredningen att övrig lagstiftning förmodligen skulle påverkas av inkorporeringen då rättigheterna skulle få större fokus.⁵²

5.2.1.1 Motargument: Barns rättigheter skulle kunna få svagare reell ställning

Det har hävdats att barns rättigheter inte alls skulle få en starkare reell ställning – snarare tvärtom. Flertalet artiklar i barnkonventionen behandlar *föräldrars* rättigheter (till exempel artikel 5), vilka befarats skulle kunna få för stort utrymme i relation till barns rättigheter.⁵³

Mårten Schultz, professor i civilrätt, har också framfört att en inkorporering av barnkonventionen snarare skulle få negativa konsekvenser för det effektiva skydd för mänskliga rättigheter som barn redan idag åtnjuter. Främst baserade Schultz sin argumentation på de negativa konsekvenser en inkorporering skulle kunna ha för rättssystemet i stort.⁵⁴ (Se närmare avsnitt 5.2.2)

5.2.2 Svårigheter i rättstillämpningen

Som nämnts i avsnitt 2.1 får enskilda bestämmelser i en konvention olika betydelse i rättstillämpningen beroende på om de är *self-executing* eller inte. Bestämmelser som besitter sådan egenskap kan nämligen åberopas direkt inför domstol, medan övriga inte kan det. Monistiska stater är vana vid denna problematik, medan den kan te sig främmande i en dualistisk stat som Sverige.⁵⁵

En annan oklarhet gällande rättstillämpningen är vad som skulle hända om barnkonventionens rättigheter kränks – skulle staten kunna bli skadeståndsskyldig? Bertil Bengtsson, professor i civilrätt, behandlade detta i en promemoria till Barnrättighetsutredningens betänkande. Bengtssons slutsats var

⁵² SOU 2016:19 s. 366–369.

⁵³ Ibid. s. 368.

⁵⁴ Schultz, ”Barnens rätt är fel”, Magasinet Neo nr 4 2011.

⁵⁵ SOU 2016:19 s. 379.

att det var osäkert vilka skadeståndsrättsliga konsekvenser inkorporering av barnkonventionen skulle kunna innebära. Vad gäller Europakonventionen har praxis utarbetats som gör det möjligt att utdöma ideellt skadestånd endast med stöd av Europakonventionen, och enligt Bengtsson skulle möjligtvis detsamma komma att gälla barnkonventionen. Bengtsson ansåg dock att barnkonventionen inte är särskilt välanpassad till detta då konventionsbestämmelsernas är av väldigt varierande karaktär.⁵⁶

Problematiken har också belysts av Schultz, som varnade för den ”skadeståndscirkus” som skulle kunna uppstå om barnkonventionen inkorporerades. Schultz framhöll att flertalet av konventionsbestämmelserna har oklar innebörd, vilket han menade skulle kunna skapa ett tämligen oklart rättsläge vad gäller skadeståndsrättsligt ansvarsutkrävande. Detta skulle enligt Schultz också påverka barns rättigheter negativt.⁵⁷

5.2.2.1 Motargument: Problemet ska inte överdrivas

Barnrättighetsutredningen uppmärksammade de svårigheter i rättstillämpningen inkorporering skulle kunna innebära, men hänvisade till att några sådana problem inte uppkommit i samband med Norges inkorporering av barnkonventionen. Kategorisering av vilka bestämmelser som skulle och inte skulle vara self-executing menade utredningen skulle utrönas genom praxis. Utredningen påpekade dessutom att problemet inte skulle överdrivas – inte heller i nationell rätt är alla bestämmelser sådana att de direkt och självständigt grundar rättigheter, utan många bestämmelser får betydelse först när de ses i ett större sammanhang.⁵⁸

5.2.3 Tolkningssvårigheter

Hitintills har barnkonventionen ratificerats av 196 stater.⁵⁹ Att så många stater kunnat enas och ratificera samma konvention innebär också att många formuleringar är relativt vaga, just för att varje stat ska ha möjlighet att tolka

⁵⁶ SOU 2016:19 s. 616–620.

⁵⁷ Schultz, ”Barnens rätt är fel”, Magasinet Neo nr 4 2011.

⁵⁸ SOU 2016:19 s. 379 och 399 f.

⁵⁹ OHCHR, *Status of ratification Interactive Dashboard – Convention on the Rights of the Child*, <<http://indicators.ohchr.org/>>, besökt 2016-05-19.

bestämmelserna utifrån sina egna förutsättningar. Vidare innehåller barnkonventionen en del målsättningsartiklar som är avsedda för successivt genomförande utifrån staternas kapacitet och förmåga.⁶⁰

Konventionens artiklar är således av varierande karaktär. Till exempel är en del bestämmelser utformade som direkta rättigheter för barnet (så som artikel 7 om rätt till namn och artikel 13 om rätt till yttrandefrihet), andra är utformade som förpliktelser för staten (så som artikel 6 om inneboende rätt till livet och artikel 15 om föreningsfrihet), medan en del har något oklart konkret innehåll (så som artikel 31 om barnets rätt till vila och fritid).⁶¹

Barnkommittén menade i sitt huvudbetänkande att oklarheter kring bestämmelsernas betydelse skulle skapa tolkningssvårigheter, som dessutom inte skulle kunna avhjälpas med praxis från någon gemensam domstol eller förarbeten till konvention eftersom inget av detta finns.⁶²

Maarit Jänträ-Jareborg, professor i internationell privat- och processrätt, har uttalat sig kring vad dessa tolkningssvårigheter skulle kunna innebära. Hon menade att barnkonventionens vaga bestämmelser många gånger kan tolkas på helt olika sätt och exemplifierade med artikel 3 om barnets bästa. Vad gäller omskärelse av små pojkar skulle till exempel både förespråkare och motståndare kunna använda bestämmelsen i sin argumentation – barnets bästa skulle kunna hävdas vara att följa sina föräldrars kultur och tradition, men också att själv få ta ställning till frågan i mogen ålder. Barnkonventionen skulle i sådant fall snarare öka än minska förvirringen enligt Jänträ-Jareborg.⁶³

5.2.3.1 Motargument: Det finns vägledning för tolkning av barnkonventionen

Barnrättighetsutredningen behandlade tolkningsproblematiken i sitt betänkande men menade att vägledning för tolkning av barnkonventionen finns att tillgå.

⁶⁰ SOU 1997:116 s. 114.

⁶¹ SOU 2016:19 s. 376.

⁶² SOU 1997:116 s. 19 och 114 f.

⁶³ Öster och Knutson, ”Barnkonventionen blir lag”, Advokaten nr 3 2016, s. 30.

Utredningen menade att barnrättskommitténs allmänna kommentarer utgör viktiga tolkningsverktyg, även om dessa inte är juridiskt bindande. Dessutom antog utredningen att Sverige snabbt skulle utveckla nationell praxis och förarbeten med direkta hänvisningar till barnkonventionen, eftersom sådan utveckling skett i Norge.⁶⁴

Barnrättskommitténs allmänna kommentarer har också i doktrin bedömts ha ett ovanligt stort inflytande med tanke på att de inte är juridiskt bindande.⁶⁵ Denna uppfattning har också bekräftats av Sveriges regering.⁶⁶

5.3 Rättspolitiska argument

5.3.1 En inkorporering utgör en politisk markering

Barnrättighetsutredningen framhöll att en inkorporering av barnkonventionen skulle utgöra en viktig politisk markering som både nationellt och internationellt skulle visa att barns rättigheter är en prioriterad fråga. På ett internationellt plan menade utredningen att Sverige skulle föregå med gott exempel genom att inkorporera barnkonventionen.⁶⁷ Detta har också betonats av UNICEF som uttalade att barnrättskommitténs kritik om att barnkonventionen inte har ställning som formell lag bör iaktas, åtminstone för att Sverige på ett trovärdigt sätt ska kunna uppmana andra länder att ta kommitténs påpekanden på allvar.⁶⁸

5.3.1.1 Motargument: En politisk markering i sig gör ingen skillnad

Även om Barnrättighetsutredningen menade att en politisk markering vore positiv menade den att det inte var markeringen i sig som var viktigast, utan vad den skulle kunna leda till. För att barns rättigheter ska stärkas menade utredningen att den politiska markeringen måste åtföljas av andra konkreta åtgärder för att få genomslag i praktiken. Som exempel lyfte utredningen fram Finland, där

⁶⁴ SOU 2016:19 s. 377 f. och 430 f.

⁶⁵ Jänterä-Jareborg och Singer s. 78.

⁶⁶ Skr. 2013/14:91 s. 10.

⁶⁷ SOU 2016:19 s. 369 f.

⁶⁸ Jörnruud och Stern s. 28.

inkorporering av barnkonventionen inte lett till några större förändringar eftersom några andra åtgärder inte vidtagits. Vidare framhöll Barnrättighetsutredningen att Sverige redan på många andra sätt markerat sin politiska vilja genom att internationellt ha varit aktiv i arbetet och debatten vad gäller barnrättighetsfrågor.⁶⁹

Thomas Hammarberg, tidigare FN-rådgivare för mänskliga rättigheter, har delvis anslutit sig till denna åsikt. Han menade att barnkonventionen har varit en viktig katalysator för förändring och att det viktigaste är att barns rättigheter uppmärksammas internationellt, inte det faktum att lagar reviderats i barnvänlig riktning. I grund och botten handlar det om attityder som ska förändras, något som enligt Hammarberg inte sker ”genom några få penndrag”.⁷⁰

Även Rädda Barnen har uttryckt vikten av att ett fokuserat barnrättsarbete fortsätter även efter inkorporering då organisationen menar att inkorporering i sig inte leder till att barns rättigheter automatiskt efterlevs. Andra åtgärder som utbildning och tillgängliggjorda tolkningsinstrument framhävs av organisationen som väsentliga även efter en inkorporering.⁷¹

5.3.2 Det saknas behov av att inkorporera barnkonventionen

När Sverige ratificerade barnkonventionen ansågs svensk rätt stämma bra överens med barnkonventionen (se avsnitt 2.3). Barnkommittén vidhöll denna ståndpunkt i sitt betänkande och menade att barn inte hade mycket att vinna på en inkorporering av barnkonventionen. Viktigare, menade kommittén, var att beakta barnkonventionen i varje lagstiftningsåtgärd och göra en ordentlig genomgång av befintliga lagar.⁷² Senast 2011 konstaterades svensk rätt stå i god överensstämmelse med barnkonventionen.⁷³

⁶⁹ SOU 2016:19 s. 369 ff.

⁷⁰ Hammarberg s. 60 och s. 76.

⁷¹ Dahlin, ”Domstolarna måste lyssna på barnen”, SvD Debatt, 2014-10-25.

⁷² SOU 1997:116 s. 19 och s. 115.

⁷³ Ds 2011:37 s. 19.

5.3.2.1 Motargument: Det finns brister i rättstillämpningen

Barnrättighetsutredningen kom till en annan slutsats än tidigare utredningar. Utredningen valde att fokusera på fyra kartläggningsområden – barn i migrationsprocessen, stöd och service till barn med funktionsnedsättning, barn som har bevittnat våld inom familjen samt barn som har utsatts för våld inom familjen.⁷⁴ Utredningen gjorde en del generella iakttagelser baserat på dessa kartläggningsområden men menade att samma brister kunde antas finnas även på andra områden. Bland annat kom utredningen fram till följande:⁷⁵

- *Barn ses inte som rättighetsbärare*
Kartläggningen visade att ett barnrättsbaserat synsätt många gånger saknades i beslutsprocesser och att barn snarare betraktades som mottagare av insatser och stöd än egna rättighetsbärare.
- *Barnets bästa används inte som ett tillvägagångssätt i beslutsfattandet*
Kartläggningen visade att innebörden av barnets bästa många gånger var relativt klar, men att principen som tillvägagångssätt inte fått samma genomslag i beslutsprocesser. Utredningen kunde se tendenser till att barnets bästa endast blev ett formellt krav snarare än något som skulle beaktas, bedömas och motiveras individuellt.
- *Barnets rätt att uttrycka sina åsikter och få dem beaktade i beslut tillgodoses inte*
Kartläggningen visade att barns rätt att komma till tals enligt artikel 12 barnkonventionen i svensk rätt många gånger var villkorad på olika sätt. Barn kunde till exempel bedömas vara för små, inte tillräckligt mogna eller i behov av skydd från att delta i beslutsprocessen. Sådana villkor menade utredningen

⁷⁴ SOU 2016:19 s. 145.

⁷⁵ SOU 2016:19 s. 280, 285 f., och 290 ff.; För fördjupning se SOU 2016:19 avsnitt 5.

inte kunde motivera inskränkning av barnets rätt att komma till tals, endast i vilken grad barnets åsikter rent faktiskt skulle beaktas. Vidare exemplifierade utredningen detta med olämplighetsrekvisitet i 6 kap. 19 § FB (se avsnitt 4.3.3).

5.3.3 En inkorporering skulle innebära en främmande maktförskjutning

Barnkommittén menade att en inkorporering av barnkonventionen skulle innebära en främmande maktförskjutning från lagstiftande makt till dömande makt eftersom det inte finns någon tradition av ”politisk” lagtolkning i Sverige – istället är det lagstiftaren som styr tolkningen i önskad riktning. Maktförskjutningen skulle bestå i att barnkonventionen endast skulle kunna omtolkas genom praxis, inte lagstiftning, och därmed bestå på annat sätt än ”vanlig lag”. Vidare menade kommittén att en sådan maktförskjutning skulle innebära att tolkningsansvaret överlämnades till domstolen, med risk för att tolkningen blev för snäv eller statisk. Kommittén ansåg det därför lämpligare att tolkningen gjordes politiskt av riksdagen som därefter skulle kunna stifta den lag som krävdes för barnkonventionens genomslag.⁷⁶

5.3.3.1 Motargument: Domstolens roll är inte helt given

Barnrättighetsutredningen framhöll att en eventuell maktförskjutning inte behövde utgöra argument mot inkorporering. Utredningens avsikt var att transformeringsarbetet skulle fortsätta även efter att barnkonventionen inkorporerats, varför lagstiftaren på detta sätt skulle ha fortsatt möjlighet att påverka tolkningen. Dessutom menade utredningen att det kunde antas att domstolarna skulle vara försiktiga med att överpröva lagstiftarens tolkning så länge denna var försvarbar. Att domstolarna skulle göra en för snäv tolkning bedömdes inte heller som troligt eftersom grundläggande lojalitet mot lagstiftarens syfte ansågs föreligga.⁷⁷

⁷⁶ SOU 1997:116 s. 114 f.

⁷⁷ SOU 2016:19 s. 381 f.

Karin Åhman, professor i offentlig rätt, bemötte också kritiken i ett rättsutlåtande och menade att domstolarnas roll i utvecklingen av fri- och rättigheter inte var helt given. Dessutom menade Åhman att svensk domstol genom inflytande från Europadomstolen och EU-domstolen utvecklat ett mer dynamiskt tolkningsförfarande som snarare skulle kunna främja än hämma barnkonventionens utveckling. Skulle domstolarna trots detta göra en för snäv tolkning menade vidare Åhman att ingenting skulle hindra lagstiftaren från att ge barn ytterligare skydd än det domstolarna uttolkade.⁷⁸

⁷⁸ Åhman s. 22.

6 Analys

6.1 Allmän analys

Uppsatsens syfte har varit att belysa den eventuella inkorporeringen av barnkonventionen i svensk rätt utifrån principen om barnets bästa. Uppsatsens centrala frågeställning har således varit att försöka undersöka om principen om barnets bästa skulle påverkas av en inkorporering, och i så fall på vilket sätt. Fokus har i detta hänseende legat på barnets bästa enligt 6 kap. FB. Ett försök att dra några sammanfattande slutsatser baserat på vad som redogjorts för i uppsatsen ska nu göras.

Barnrättighetsutredningen betänkande innehöll en djupgående diskussion om inkorporeringens för- och nackdelar. Många gånger belystes att inkorporering i sig inte var en tillräcklig åtgärd för att stärka barns rättigheter och utredningen förutsatte att transformeringsarbetet skulle fortsätta. Denna ståndpunkt ligger också i linje med de tidigare generella ställningstagandena vad gäller införlivande av människorättskonventioner, vilket redogjorts för i avsnitt 5.1.

Även om transformeringsarbetet fortsätter kvarstår frågan vad *inkorporering* skulle göra för skillnad för principen om barnets bästa i 6 kap. FB. Till att börja med kan det konstateras att främst de juridiska argumenten som lyfts fram är centrala för denna frågeställning. De rättspolitiska argumenten tar snarare utgångspunkt i ett samhällsperspektiv än ett barnperspektiv, även om de många gånger kläs i barnperspektivets kläder. Att en inkorporering av barnkonventionen skulle utgöra en politisk markering, eller innebära en maktförskjutning, är egentligen inte en fråga om barns rättigheter och barnets bästa – men argumenten framställs många gånger utifrån ett barnperspektiv och hur de skulle påverka barnets bästa på det ena eller andra sättet. Detsamma gäller frågan om behov av inkorporering finns eller ej – detta argument tenderar blandas ihop med frågan om det finns behov att *generellt stärka barns rättigheter*.

Ett argument som framförts är att barns rättigheter skulle stärkas genom inkorporering, både formellt och reellt. I avsnitt 3.1 har redogjorts för att principen om barnets bästa i barnkonventionen ska ses som ett tredimensionellt begrepp som utgör en grundprincip för hela konventionen. I svensk rätt finns visserligen principen på diverse håll i lagstiftningen men utgör inte samma grundprincip för alla barnrättsliga frågor som i barnkonventionen. Genom en inkorporering kan det således tänkas att principen om barnets bästa hade fått genomslag på fler rättsområden än i nuläget. Idag finns dock principen redan stadgad i 6 kap. FB och det är därför mer svårspökat vad en inkorporering skulle innebära just för principens betydelse i de fall då 6 kap. FB är tillämpligt.

Barnrättighetsutredningens gjorde i sin kartläggning vissa generella iakttagelser och fann brister i rättstillämpningen. Utredningen fann bland annat att barn inte sågs som rättighetsbärare, att barnets bästa inte tillämpades som tillvägagångssätt samt att barnets rätt att komma till tals inte alltid tillgodosågs. Samtliga av dessa brister gällde själva *rättstillämpningen*, inte den materiella rätten som sådan. Vad gäller specifikt principen om barnets bästa i 6 kap. 2 a § FB skulle det därför kunna tänkas att inkorporering skulle innebära *ett förändrat tillämpningssätt* snarare än en förändrad definition av principen.

Hur principen om barnets bästa ska tillämpas styrs både i barnkonventionen och i svensk rätt genom vissa uppställda ramar. I svensk rätt anges att hänsyn ska tas till barnets egna åsikter, barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar samt att risken för att barnet far illa ska bedömas och beaktas. Främst är det diskutabelt om hänsynstagandet till barnets egna åsikter korresponderar med barnkonventionens krav. I barnkonventionen har barnet enligt artikel 12 en absolut rätt att komma till tals, medan svensk rätt villkorar denna rättighet på olika sätt – 6 kap. 19 § FB innehåller till exempel ett olämplighetsrekvisit som inte har någon motsvarighet i barnkonventionen. Barnkonventionen innehåller endast begränsningar i vilken mån barnets åsikter ska beaktas, men oavsett har barnet alltid en rätt att komma till tals – en rättighet som enligt barnrättskommittén dessutom identifierats som särskilt viktig i vårdnadsfrågor.

I barnkonventionen tycks således barnets rätt att komma till tals intaga en starkare ställning än i svensk rätt. I barnkonventionen har dessutom denna rätt identifierats som en av konventionens grundprinciper, och dess nära relation till principen om barnets bästa har särskilt understrukits av barnrättskommittén. I svensk rätt ses barnets åsikter snarare som en beståndsdel av bedömningen, en del av helheten, och inte som en egen fristående rättighet. Här märks alltså skillnader, och det kan därför tänkas att inkorporering av barnkonventionen skulle innebära att barnets rätt att komma till tals skulle få en starkare ställning i bedömningen av barnets bästa enligt 6 kap. FB, och att barnets åsikter skulle väga tyngre i beslutsfattandet än det gör idag.

En helt annan fråga är om dessa eventuella förändringar skulle vara i enlighet med principen om barnets bästa. I svenska förarbeten har uttalats att vad som bedöms vara barnets bästa och barnets egen vilja kan krocka och att beslutsfattare då i enlighet med barnperspektivet måste göra en rimlig avvägning. I doktrin har påpekats att denna avvägning ofta innebär att barnets åsikter får ge vika. Barnrättskommittén har istället uttalat att barnets bästa och barnets åsikter båda är av avgörande betydelse i barnkonventionen. I barnkonventionen tycks dessa principer således ses som jämställda och en del av samma enhet medan de i svensk rätt många gånger betraktas som motstående, varav vad som bedöms vara barnets bästa ofta får företräde. Vad principen om barnets bästa egentligen innebär kan med andra ord uppfattas olika – vad som rent objektivt är bättre eller sämre för barnet kan därför också svårligen fastställas.

6.2 Personlig reflektioner

Uppsatsens syfte har inte varit att ta ställning i frågan om inkorporering vore för barnets bästa eller ej, men det kan trots detta vara på sin plats med några korta personliga reflektioner.

Enligt min åsikt har uppsatsen visat att det inte säkert kan sägas vad en inkorporering av barnkonventionen skulle innebära, däremot är spekulationerna många. På ytan kan det tyckas paradoxalt att överhuvudtaget ifrågasätta att barnkonventionen skulle få ställning som svensk lag – barnkonventionen värnar ju

om barnets bästa, och hur skulle då en inkorporering av densamma vara till barnens nackdel? Denna uppfattning tror jag dock bottnar i en föreställning om att en inkorporering av barnkonventionen är likställt med att ta tillvara på barns rättigheter.

I verkligheten är dock inkorporering av barnkonventionen endast ett av verktygen i verktygslådan. Istället för att, som debatten ibland tenderat, bedöma en inkorporering utifrån vilket verktyg som glänser starkast i verktygslådan, bör utgångspunkten vara vilket verktyg som *verkligen behövs* – samt vad detta innebär för bygget i stort.

7 Käll- och litteraturförteckning

7.1 Källor

7.1.1 Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1973:90 *med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.*

Prop. 1975/76:209 *om ändring i regeringsformen.*

Prop. 1981/82:168 *om vårdnad och umgänge m.m.*

Prop. 1989/90:107 *om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.*

Prop. 1992/93:139 *om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn.*

Prop. 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*

Prop. 1994/95:224 *Barns rätt att komma till tals.*

Prop. 1997/98:7 *Vårdnad, boende och umgänge.*

Prop. 1997/98:182 *Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige.*

Prop. 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler.*

Prop. 2009/10:232 *Strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige.*

Utredningsbetänkanden

SOU 1997:116 *Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige.*

SOU 2010:70 *Ny struktur för skydd av mänskliga rättigheter.*

SOU 2011:29 *Samlat, genomtänkt och uthålligt? En utvärdering av regeringens nationella handlingsplan för mänskliga rättigheter 2006–2009.*

Ds 2011:37 *Hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med rättigheterna i barnkonventionen – en kartläggning.*

SOU 2016:19 *Barnkonventionen blir svensk lag.*

Övrigt offentligt tryck

Dir. 1996:15 *Barnkonventionen och svensk rätt.*

Bet. 1998/99:SoU6.

Rskr. 1998/99:171.

Bet. 2010/11:SoU3 *Strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige.*

Rskr. 2010/11:35.

Skr. 2013/14:91 *Åtgärder för att stärka barnets rättigheter och uppväxtvillkor i Sverige.*

7.1.2 Elektroniska källor

Committee on the Rights of the Child, *CRC/GC/2003/5 General Comment No. 5 (2003): General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child,*

<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2003%2f5&Lang=en>, 27 november 2003.

Committee on the Rights of the Child, *CRC/C/SWE/CO/4, Concluding Observations: Sweden (2009)*

<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/SWE/CO/4>, 26 juni 2009.

Committee on the Rights of the Child, *CRC/C/GC/12 General comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, <*

<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en>, 20 juli 2009.

Committee on the Rights of the Child, *CRC/C/GC/14, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration,*

<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14_&Lang=en>, 29 maj 2013.

Committee on the Rights of the Child, *CRC/SWE/CO/5, Concluding Observations on the fifth periodic report of Sweden (2015),*

<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/SWE/CO/5&Lang=En>, 6 mars 2015.

OHCHR, *Committee on the Rights of the Child,*

<www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>, besökt 2016-05-19.

OHCHR, *Status of ratification Interactive Dashboard – Convention on the Rights of the Child*, <<http://indicators.ohchr.org>>, besökt 2016-05-19.

7.2 Litteratur

Bring, Ove, Mahmoudi, Said & Wrangé, Pål, *Sverige och folkrätten*, 5. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Dahlin, Elisabeth, ”Domstolarna måste lyssna på barnen”, SvD Debatt 2014-10-25.

Hammarberg, Thomas: ”Barnets rättigheter – en ny attityd”, i: Dunér, Bertil (red.), *FN och de mänskliga rättigheterna*, Juridik & samhälle, Stockholm, 1995.

Jäterä-Jareborg, Maarit & Singer, Anna: ”Folkrätten i familjerätten – familjerätten i folkrätten”, i: Stern, Rebecca & Österdahl, Inger (red.), *Folkrätten i svensk rätt*, Liber, Malmö, 2012.

Jörnruud, Martin & Stern, Rebecca, *Barnkonventionens status: en utvärdering av för- och nackdelar med barnkonventionen som svensk lag*, UNICEF Sverige, Stockholm, 2011.

Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatisk metod”, i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Schultz, Mårten ”Barnens rätt är fel”, *Magasinet Neo* nr 4 2011.

Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, 6. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, 4. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Åhman, Karin: *Rättsutlåtande om inkorporation av Barnkonventionen*, Uppsala Faculty of Law Working Paper 2011:4.

Öster, Ulrika och Knutson, Tom, ”Barnkonventionen blir lag”, *Advokaten* nr 3 2016, Sveriges advokatsamfund, Stockholm 1983-.