



Sveriges inkorporering av Barnkonventionen: ett utmanande av den svenska abortlagstift- ningen?

Maya Mbog Rosén

Avdelningen för mänskliga rättigheter

Historiska institutionen

Kurskod: MRSG31

Termin: VT2020

Handledare: Olof Beckman

Omfång: 10,402 ord



Abstract:

Syftet med denna uppsats är att undersöka och analysera om den nationella inkorporeringen av Barnkonventionen (CRC) har någon inverkan på den svenska abortlagstiftningen, eftersom det i konventionens preambel konstateras att ett barn måste inneha särskilt skydd både före och efter födseln. Syftet är också att analysera vem som ses som ett barn och därmed rättighetsinnehavare.

Frågan som uppsatsen syftar till att undersöka kan sammanfattas som; Utmanar Sveriges inkorporering av CRC den svenska abortlagstiftningen?

Jag undersöker också vilken nationell juridisk status konventionen kommer att ges och jämför den med Europakonventionens nationella status.

De källor som används är nationella lagtexter, närmare bestämt ECHR art 2,3,8, CRC, den svenska abortlagstiftningen, den svenska folkbokföringslagen och rättsfall från Europakommissionen och Europadomstolen Jag har också studerat vetenskapligt publicerade artiklar och texter.

Metoderna som används är: den doktrinära metoden och begreppsanalys.

Teorierna är: naturrätt, rättspositivism, människatesen och potentialitetsargumentet.

Mina resultat fastslår att CRC och dess preambel kan utmana den svenska abortlagstiftningen men att det i svensk lagstiftning anges fri abort fram till graviditetsvecka 18 (med särskilda skäl fram till vecka 22) vilket inte anses vara i strid med Europadomstolen. Sverige är ett land där rättspositivism genomsyrar rättssystemet och därför spelar det ingen roll vad som formuleras i Barnkonventionens preambel eftersom den gällande rätten är den svenska abortlagstiftningen.

Nyckelord: *abortion, ECHR, CRC, pro-life, abortlagstiftning, folkbokföringslag, legal positivism*

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	6
1 Inledning och bakgrund	7
1.1 Problemformulering, syfte och frågeställningar	8
1.2 Forskningsetiska bedömningar	8
1.3 Material och avgränsningar	9
1.4 Primärmaterial	10
1.5 Sekundärmaterial och tidigare forskning.....	11
1.6 Doktrinär metod	12
1.7 Begreppsanalytisk metod.....	12
1.8 Naturrättslära som teori.....	14
1.9 Rättspositivism som teori.....	15
1.10 Människatesen som teori.....	15
1.10.1 Potentialitetsargumentet.....	16
DEL 2 - Analys av material.....	16
2.1 Barnkonventionen och dess preambel	16
2.2 Vem är barn och därmed rättighetsinnehavare?.....	18
2.2.1 Vem är ett barn enligt Barnkonventionen?.....	18
2.2.2 Vem är ett barn enligt ECHR?.....	19
2.3 Vem är barn enligt svensk lag?.....	21
2.3.1 Abortlagstiftningen.....	21
2.3.2 Folkbokföringslagen.....	22
2.4 Vem är ett barn Vem är ett barn enligt naturrätten och människatesen?.....	23
2.5 Vem är ett barn enligt rättspositivismen.....	25
2.6 Från internationell till nationell lag	26
2.6.1 Dualism och indirekt inkorporering	27

2.7	För vem gäller folkrätten?.....	28
2.8	ECHR's status inom svensk lag.....	31
2.8.1	Rättsfall.....	32
DEL 3 Diskussion och slutsats.....		40
3.1	Diskussion.....	40
3.2	Slutsats och svar på frågeställningar.....	40
3.2.1	Vem ses som barn och därmed rättighetsinnehavare utifrån de valda teorierna?.....	41
3.2.2	Påverkar inkorporeringen av Barnkonventionen den rådande svenska abortlagstiftningen? Och isåfall hur?.....	42
4.	Litteraturlista.....	43

Förkortningar

a.prop	Angiven proposition
Art.	Artikel
CRC	Convention on the Rights of the Child (Barnkonventionen)
ECHR	Europeiska Konventionen om Skydd för de mänskliga rättigheterna
kap.	Kapitel
prop.	Proposition
RF	Regeringsform (1974:152)
SMER	Statens medicinsk-etiska råd

Del 1 - Inledning och bakgrund

1. Inledning

Frågeställningen om när livet slutar kan tyckas komplex. Metafysiska och religiösa men även vetenskapliga och filosofiska perspektiv har dominerat diskussionen så länge vi kan minnas och ett definitivt svar har aldrig konstaterats. En diskussion relaterad till denna men som om möjligt varit ännu mer het och känsloladdad är när livet börjar och när ett foster blir ett barn med faktiska mänskliga rättigheter. Olika åsikter och perspektiv på när ett foster faktiskt innehar mänskliga rättigheter råder i världen. Sverige har en relativt modern syn på när livet börjar på så sätt att den juridiska gränsen för livsduglighet är relativt andra länder satt sent in i graviditeten.

Diskussionen om abort har varit aktuell i många år och någon global konsensus kring när livet börjar har hittills varit svårt att uppnå. Sveriges abortlagstiftning har ifrågasatts i en omvärld som generellt har en mer konservativ syn på abort och vars gräns för livsduglighet är satt betydligt tidigare i graviditeten.

Sverige inkorporerade den första januari 2020 Barnkonventionen, i sin helhet, i svensk lag vilket automatiskt inkluderar en inkorporering av dess preambel. I § 6 i preambeln fastslås följande;

Bearing in mind that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child, "the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth."¹

¹ United Nations, "Convention on the Rights of the Child", RES44/25, 1989, Brownlie, Ian. & Goodwin-Gill, Guy S. (red.), Brownlie's documents on human rights, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, s.459.

Denna formulering väckte direkt intresse hos mig då den fastslår att ofödda barn, på grund av sin utsatthet och omogenhet, behöver särskilt juridiskt skydd både före och efter födsel.

Med denna formulering i åtanke kommer denna uppsats resonera kring om inkorporeringen av Barnkonventionen kommer påverka den svenska abortlagstiftningen på något vis och isåfall hur.

1.1 Problemformulering, syfte och frågeställningar

Jag vill tydligt poängtera att denna uppsats inte ämnar att redogöra för argument varken för eller mot abort. Uppsatsen syftar istället på att redogöra för följande;

1. för vilken status Barnkonventionen har i svensk lag i relation till den redan existerande abortlagstiftningen
2. om inkorporeringen har någon effekt på den svenska abortlagstiftningen och kvinnors rätt till sin egen kropp.
3. när ett foster är att betraktas som en rättighetsinnehavare - det vill säga, ett barn. Därför är det av vikt att redogöra för olika teorier med olika åsikter om vem som ses som barn och därmed rättighetsinnehavare.

För att uppsatsen ska kunna uppfylla sina uttalade syften ställer jag mig följande frågor;

1. Vem ses som ett barn och därmed rättighetsinnehavare?
2. Påverkar inkorporeringen av Barnkonventionen den rådande svenska abortlagstiftningen?
Och isåfall hur?

1.2 Forskningsetiska bedömningar

Jag har inte genomfört några intervjuer eller använt mig av någon annan form av uppgiftslämnare eller undersökningsdeltagare. Av denna anledning är det inte relevant att beakta de olika forskningsetiska bedömningarna i form av informationskravet, samtyckeskravet, nyttjandekravet eller konfidentialitetskravet. Jag har inte heller behövt behandla några personuppgifter. Jag vill dock poängtera att jag är medveten om att ämnet abort kan vara känsligt för många.

1.3 Material och avgränsningar

Tillgången på källmaterial som behandlar min frågeställning är begränsad då Sveriges inkorporering av Barnkonventionen ännu är ny, samt att vetenskapen om Barnkonventionens preambel och dess uttalande om ofödda barn är knapp. Jag har i min urvalsprocess använt mig av Lunds Universitets litteraturlösningsdatabas där jag uteslutande sökt efter vetenskapliga artiklar. Jag har i min process valt bort alla populärvetenskapliga artiklar, studentuppsatser samt artiklar och texter av författare jag inte kände till sedan innan och vars arbete inte är ”peer reviewed” eller referentgranskat.

Materialet jag använder mig av i denna uppsats är vetenskapligt publicerat och i stor mån juridiskt.

Jag studerar juridiska texter, rättsfall, forskningsarbeten och artiklar.

I rättsfallen har jag studerat de delar som jag anser relevanta för uppsatsens syfte och frågeställning. Jag har studerat de delarna av rättsfallen som rör rätten till liv (artikel 2, 3 och 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, artikel 1 och 3 i FN:s Konvention om Barnens rättigheter samt den svenska abortlagstiftningen.) Jag har valt ut de här specifika delarna av konventionerna och lagtexterna då jag under uppsatsens gång insåg att det är de delarna som uppmärksammas mest i nationella och internationella abortdiskussioner.

Jag har valt ett rättsfall från Europakommissionen och ett från Europadomstolen. Detta har jag gjort för att jag vill få en bild av hur de olika instanserna, vars faktiska uppdrag var att tolka och reda ut oklarheter kring ECHR, har beslutat i fall angående abort. Europakommissionen var den första instansen som fick i uppdrag att göra detta och jag anser att det är av vikt att ta reda på hur deras domar löd eftersom det kan vara en indikation på hur tanken bakom ECHR:s artiklar var och vad de egentligen betyder. Jag valde även att analysera ett relativt nytt fall från Europadomstolen - detta eftersom jag vill få ett modernt och aktuellt perspektiv på hur ECHR ”bör” tolkas.

Sökorden jag använt mig av i min urvalsprocess är:

Convention on the Rights of the Child, CRC, CRC Preamble, Abortion CRC, Barnkonventi

nen, barns rättigheter, inkorporering, children's rights, crc abortion.

1.4 Primärmaterial

Primärmaterialet i denna uppsats är; Barnkonventionens preambel, Barnkonventionen (CRC), och Europeiska Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (ECHR). Jag kommer även använda mig av ett relevant rättsfall från Europadomstolen och Europakommissionen. För att bedöma vilka rättsfall som är relevanta till uppsatsens syfte har jag på the European Court of Human Rights hemsida sökt efter "reproductive rights" samt "access to abortion"², men fallen jag studerat har först och främst refererats till i relevanta artiklar jag studerat och därigenom har jag blivit introducerad till relevanta rättsfall.

De rättsfall jag använder som primärmaterial är skriftliga domar direkt från domstolen/kommissionen och har inte återberättats i någon annan litteratur. Rättsfallen kan därför i forskning hänseende betraktas som primärmaterial. Rättsfallen jag kommer referera till i denna uppsats är;

P. and S. v. Poland (App.no. 57375/08, 2012 Eur. Ct. H.R) och *P. and S. v. Poland (App.no. 57375/08, 2012 Eur. Ct. H.R)* och *R.H. v. Norway, App. No. 17004/90, 1992 Eur. Ct. H.R.*

Jag kommer även utgå ifrån utvalda delar av svensk lagstiftning som jag anser relevanta för främst frågeställning 2) "Påverkar inkorporeringen av Barnkonventionen den rådande svenska abortlagstiftningen? Och isåfall hur?"

Jag använder mig av

- 1.SFS 2010:1408. Europakonventionen,
- 2.SFS 1991:481 (med ändringar t o m SFS 2016:1016). Folkbokföringslag
3. SFS 1974:595 (med ändringar t o m SFS 2013:271). Abortlag

Jag har valt ut dessa rättskällor eftersom det är de som reglerar gränsen för livsduglighet och de juridiska definitionerna av barn i svensk lagstiftning.

² <https://hudoc.echr.coe.int/>. Hämtad 5 maj 2020.

1.5 Sekundärmaterial och tidigare forskning

De delar av rättsfallen som jag undersöker i min uppsats där rätten tolkar konventioner och dess bestämmelser använder jag som sekundärt material eftersom det är någon annans tolkning. Jag använder mig också av relevant litteratur. Jag har med hjälp av mina sökord letat fram mitt sekundära material och därmed kan jag fastställa dess relevans.

I inledningen refererar jag främst till; McConnell, Lee & Smith, Rhona K. M. (red.), *Research methods in human rights* (2018) och Halldenius, Lena, *Argumentationsanalys - Ett metodkompendium* (2016).

I analysen refererar jag främst till; Orend, Brian, *Human rights: concept and context* (2002), Alston, Philip, *The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child* (1990), Finnegan, Thomas, *International Human Rights Law and the "Unborn": Texts and Travaux Preparatoires* (2016), Puppinck, Grégor, *Abortion in European law: Human Rights, Social Rights And The New Cultural Trend* (2015),

McCall-Smith, Kasey, *To incorporate the CRC or not – is this really the question?* (2019), Byrnes, Andrew, Renshaw, Catherine *Within The State*, Daniel, Moeckli, Sangeeta, Shah, Sandesh, Sivakumaran & David J, Harris . (red.) (2018), Jörnruud, Martin, Stern, Rebecca, *Barnkonventionens status En utvärdering av för- och nackdelar med barnkonventionen som svensk lag* (2011), Pfeffer, Barbara, *Abortion, Moral Law, And The First Amendment: The conflict Between Fetal Rights and Freedom of Religion* (2017), Kilkelly, Ursula, "The UN convention on the rights of the child: incremental and transformative approaches to legal implementation" (2019), Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämning* (2007) och Hydén, Håkan, *Rättsregler en introduktion till juridiken* (2011).

Jag har inte adderat några källor i min slutsats utan endast hänvisat till litteraturen från analysen. Detta för att min slutsats ska utgå helt ifrån analysen och diskutera resultaten av mina studier från analysen,

1.6 Doktrinär metod

Inom juridiken ses en doktrin som en rättskälla som endast kan undersökas via noggrann analys. För att utföra denna analys används den doktrinära metoden som tillvägagångssätt. Den doktrinära metoden beskrivs ofta som ”the core legal research method” och kan beskrivas som en betydelsefull metod för att undersöka vad rättskällan säger.³ Jag har valt att använda den doktrinära metoden för att på bästa sätt kunna studera hur rättskällorna är uppbyggda och formulerade hos första instansen för att sedermera undersöka hur de översätts på nationellt plan och hur individer kan ha användning för dem i praktiken och i sitt nationella rättsväsende. Detta är relevant för uppsatsens syfte och frågeställningar, främst frågeställning nummer 2) ”Påverkar inkorporeringen av Barnkonventionen den rådande svenska abortlagstiftningen? Och isåfall hur?”.

För att besvara frågeställning nummer 2 behövs en analys av de olika rättskällorna. Jag kommer med hjälp av den doktrinära metoden analysera hur den är uppbyggd, hur diskussionerna och debatterna innan konventionen fastslagits gick till och vad som sades och hur relevanta artiklar är formulerade. Jag kommer även analysera hur ECHR som är en folkrättslig rättskälla kan tolkas på dels nationell och europeisk nivå. Detta gör jag genom att applicera den doktrinära metoden på två rättsfall från Europadomstolen. Min förhoppning är att detta ska tydliggöra hur artiklarna ska tolkas på nationell nivå.

Den doktrinära metoden används under avsnitt 2.1 - 2.3.5, samt 2.6, 2.7 och 2.8 eftersom jag under dessa avsnitt studerar rättskällor.

1.7 Begreppsanalytisk metod

För att få en fördjupad förståelse av vad de relevanta begreppen i de utvalda rättskällorna faktiskt betyder ser jag ett behov av att komplettera den doktrinära metoden med den begreppsanalytiska metoden.

Innan jag går närmre in på vad den begreppsanalytiska metoden innebär vill jag börja med att

³ McConnell, Lee & Smith, Rhona K. M. (red.), *Research methods in human rights*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2018, s.24-25.

definiera vad ett begrepp är. Lena Halldenius beskriver i sin bok *Begreppsanalys - Ett metodkompendium* (2018) hur ett begrepp kan definieras som det abstrakta innehållet i en språklig term.⁴

Vidare är det viktigt att förtydliga vad skillnaden mellan ett begrepp och en term. Vi uttrycker *begreppet* med hjälp av *termen*. Halldenius skriver att distinktionen mellan begrepp och term inte alltid är enkel att förstå, men för att förenkla relationen mellan begreppet och termen redogör hon för synonymer och homonymer.

Synonymer är när två olika ord har samma eller i princip samma betydelse. Exempel; ”stillastående” och ”stationär”.

Homonymer är när en *term* har mer än en betydelse. Ett exempel som Halldenius tar upp är ”svamp”. Denna term kan syfta på t.ex organismen som växer i skogen, en bit skumplast eller infektionssjukdomen. En homonym är alltså när en *term* uttrycker flera olika *begrepp*.

I denna uppsats ska jag med hjälp av den begreppsanalytiska metoden undersöka om termen ”barn” är en homonym. Alltså om termen ”barn” kan uttrycka flera olika begrepp.⁵ Metoden hjälper mig även att förstå vilka egenskaper, konsekvenser och effekter termen ”barn” har beroende på vilket begrepp man tillskriver det. Detta gör jag för att besvara frågeställning 1) ”Vem ses som ett barn och därmed rättighetsinnehavare?”⁶

Denna metod används i avsnitt 2.1 - 2.5 eftersom det är i alla avsnitt är relevant att studera vilka begrepp som tillskrivs termen ”barn”. I avsnitt 2.1 - 2.3.5 arbetar den tillsammans med den doktrinära metoden och i resterande arbetar det självständigt.

⁴ Halldenius, Lena, *Begreppsanalys - Ett metodkompendium*, Avdelningen för mänskliga rättigheter, Lunds Universitet, 2018, s.3, 151.

⁵ ibid. s.3-4.

⁶ Rienecker, Lotte & Stray Jørgensen, Peter, Att skriva en bra uppsats, TPB, Johanneshov, 2010, s.172-173.

1.8 Naturrättslära som teori

För att besvara frågeställning 1) ”Vem ses som ett barn och därmed rättighetsinnehavare?” är det relevant att redogöra för olika perspektiv. Ett av de perspektiv som har en tydlig bild av när en person ska anses som rättighetsinnehavare är naturrättsläran. Naturrättsläran talar om sunt förnuft och dess koppling till rätt. Den fastslår att det finns principer om mänskligt uppförande, att människan ska agera rationellt och att det rationella tänkandet gör människan till en rättighetsinnehavare.⁷

Den ursprungliga tanken bakom naturrätten är att de auktoritära moralnormerna som vi människor lutar oss på när vi tolkar och dömer varandras beteende inte har sin grund i religion eller det övernaturliga utan snarare det naturliga. I dagsläget går inte alla förespråkare efter den ursprungliga tanken. Idag finns det dels en religiös sida av naturrätten, men även en sekulär.⁸

Den religiösa sidan anser att Gud har gett oss moralnormer att leva efter, främst i form av de 10 budorden och den gyllene regeln.

Den sekulära sidan anser att det finns naturliga, moraliska regler som varje person med sunt förnuft och en förmåga att agera rationellt följer.⁹

Sammanfattningsvis kan naturrättsläran summeras som en idé om att det är det är förmågan att agera rationellt och moraliskt som gör en människa till innehavare av mänskliga rättigheter. Saknar en person dessa förmågor kan den alltså inte ses som en innehavare av mänskliga rättigheter - ett faktum som är intressant i diskussionen om ofödda foster och om/när de ska räknas som rättighetsinnehavare då de till stor del saknar dessa förmågor.

⁷ McConnell, Lee & Smith, Rhona K. M. (red.), *Research methods in human rights*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2018, s.47-48.

⁸ Orend, Brian, *Human rights: concept and context*, Broadview Press, Peterborough, Ont., 2002, s.195.

⁹ *ibid.* s.202.

1.9 Rättspositivism som teori

Det svenska rättssystemet präglas av en rättspositivistisk inställning och därför är det relevant att resonera utifrån teorin om rättspositivism. I denna uppsats är det relevant att analysera utifrån den rättspositivistiska teorin eftersom det är den som anses prägla det svenska rättssystemet och således är avgörande för att kunna undersöka för frågeställning 1; ”Vem ses som rättighetsinnehavare?”. Rättspositivismen ser inte nödvändigtvis någon korrelation mellan lag och moral även om lagar allt som oftast har sitt ursprung i vad vi anser vara moraliskt och etiskt korrekt. Ett exempel som stärker argumentet för att lag och moral inte alltid har en koppling är, som Bentham nämner, stater där t. ex folkmord var juridiskt korrekt, alltså lagligt. Exempel på detta är Nazityskland och Apartheidsystemet i Sydafrika.

För de tidiga förespråkarna av rättspositivism låg folkrättens kraft i antalet suveräna stater som ratificerat, antagit och/eller deltagit i utformandet de folkrättsliga konventionerna. Rättspositivismen lägger stor vikt vid att lagar ska vara fastslagna i skrift och anser således olika metafysiska teorier, ex naturrätt, onödiga.¹⁰

1.10 Människatesen som teori

Våra mänskliga rättigheter har enligt människatesen sina rötter i att vi är människor och en rättighetsinnehavare räknas som sådan om den har biologiska föräldrar av mänsklig natur. Brian Orend redogör i sin bok *Human rights: concept and context* (2002) för det som han kallar ”necessary and sufficient condition” alltså nödvändiga och tillräckliga villkor. Enligt Orend är biologisk mänsklighet ett nödvändigt kriterium för att inneha mänskliga rättigheter - men inte tillräckligt. För att inneha mänskliga rättigheter ska en person även ha grundläggande intressen eller behov av att leva ett minimalt gott liv samt respektera andras mänskliga rättigheter. Detta kallar Orend för moralisk godhet och är alltså någonting som en biologisk människa måste uppfylla för att bli en rättighetsinnehavare.¹¹

¹⁰ ibid. s 51-54.

¹¹ Orend, Brian, *Human rights: concept and context*, Broadview Press, Peterborough, Ont., 2002, s.39-44.

Enligt Eric Brandstedt är människatesen central i diskussionen om vem som innehar mänskliga rättigheter. Han fastslår att den är allmänt erkänd och att många håller med om att vi har mänskliga rättigheter just i kraft av att vi är människor. Han skriver vidare att människatesen kan påstås ta form i *FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna* där det fastslås att: ”Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter.”

Brandstedt resonerar vidare kring människatesen och kommer fram till att den kan tolkas på en mängd olika sätt. T.ex finns arttillhörighetstolkningen som fastslår att individer har mänskliga rättigheter i kraft av tillhörighet i arten *Homo sapiens*.¹²

1.10.1 Potentialitetsargumentet

Potentialitetsargumentet säger att det är fel att döda en framtida, potentiell person eftersom denne i framtiden kommer att inneha mänskliga rättigheter.¹³

Jag har valt att inkludera potentialitetsargumentet som ett komplement till människatesen eftersom de på ett flertal sätt påminner om varandra.

För att förenkla resonemanget;

1. Det är fel att beröva en potentiell person om livet
2. Ett foster med mänskliga föräldrar är en potentiell person
3. Det är fel att beröva ett mänskligt foster om livet.

Del 2 - Analys av material

2.1 Barnkonventionen och dess preambel

Inledningsvis krävs en definition och förklaring av vad en preambel är och vilken funktion den fyller i praktiken. En preambel är en inledning eller ett förarbete till en rättskälla. Rättskällan kan vara en stats konstitution, en rättsakt från EU eller ett internationell traktat. I preambel anges tolkningsdirektiv för att förstå och underlätta tillämpningen av de artiklar som i detta fall Barnkonventionen, innehåller. Preambeln kan ses som det som ger artikeln liv och

¹² Brandstedt, Eric ”I kraft av att vara människa” i Arvidsson, Malin, Halldenius, Lena & Sturfelt, Lina (red.), *Mänskliga rättigheter i samhället*, Första upplagan, Bokbox förlag, Malmö, 2018, s.17.

¹³ Orend, Brian, *Human rights: concept and context*, Broadview Press, Peterborough, Ont., 2002, s.38-39.

är nödvändig för att förstå konventionens påståenden.¹⁴

Barnkonventionens har, precis som tidigare nämnt, en preambel i sin inledning. I den sjätte paragrafen fastslås följande;

Bearing in mind that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child, "the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth."¹⁵

Debatterna och diskussionerna som ledde fram till preambeln är viktiga att studera eftersom de ger en indikation på hur författarna resonerade. Gruppen kom överens om att barn behöver speciell omsorg och särskilt hjälp, men man valde först att utelämna orden "före såväl som efter födseln". En delegat från USA uttryckte faran med att institutionalisera en särskild synvinkel på abort i konventionen eftersom det skulle kunna leda till att både personer som är för och mot abort hittar juridiskt stöd för sin position i konventionen.

Delegater som var för en inkludering av orden "före såväl som efter födseln" argumenterade att uttrycket var neutralt eftersom det inte specificerade hur långt innan födseln det gällde.¹⁶

I slutändan resulterade diskussionerna i en inkludering av det omdiskuterade uttrycket - dock skrevs detta uttalande ner i konventionens "travaux préparatoire" - alltså dokumentationen av diskussionen och debatten kring hur konventionen skulle framställas och formuleras;

"In adopting this preambular paragraph, the Working Group does not intend to prejudice the interpretation of article 1 or any other provision of the Convention by the State Parties."¹⁷

Slutligen vill jag konstatera att preambeln är likställd med själva konventionen och dessutom fungerar som ett verktyg för att tolka artiklarna som konventionen innehåller. Sverige har se-

¹⁴ Lemely A, Mark, "Without Preamble" i *Boston University Law Review*, 1 Mars 2020, s.359,360.

¹⁵ United Nations, "Convention on the Rights of the Child", RES44/25, 1989, Brownlie, Ian. & Goodwin-Gill, Guy S. (red.), *Brownlie's documents on human rights*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, s.459.

¹⁶ Alston, Philip, "The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child" i *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, No. 1 (Feb. 1990), s.166-167.

¹⁷ *ibid.* s.167.

dan 1 januari 2020 inkorporerat Barnkonventionen i dess helhet i svensk lag, således har även preambeln lika hög rättslig status som övriga svenska lagar.

2.2. Vem är ett barn och därmed rättighetsinnehavare?

2.2.1 Vem är ett barn enligt Barnkonventionen?

Frasen "... före såväl som efter födelse" har redan gett uppskov till många diskussioner. När Barnkonventionen först började formuleras pågick en diskussion om när barndomen faktiskt börjar. Efter diskussion enas man kring att man skulle använda begreppet "barn", samt begreppet "människa" utan att fastställa en lägre åldersgräns för skyddet av de mänskliga rättigheterna. År 1988 tog Malta och Senegal fram två oberoende ändringsförslag som främjade införandet av en ändring av artikel 1 i Barnkonventionen som innebar att införa "varje människa från befruktning" i artikel 1. Istället för att införa den nya formuleringen kompromissade man och beslutade sig för den rådande, slutgiltiga versionen av Barnkonventionens preambel där orden "before as well as after birth" återfinns och en lägre åldersgräns för vad som räknas som ett barn inte inkluderas i artikel 1.¹⁸

Uttalandet i § 6 inbjuder onekligen till diskussion angående vad konventionen egentligen menar med begreppet "barn". Faktum är dock att § 6 benämner det ofödda fostret som ett "barn".

"...the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth"¹⁹

Fostret, eller som det fastslås i § 6, barnet, behöver särskilt juridiskt skydd såväl före som efter födsel. Detta kan ge en antydning till vad konventionen faktiskt menar att ett barn är - vilket enligt denna formulering lutar åt att ett foster inkluderas i begreppet "barn" och alltså bör åtnjuta samma skydd som barn.

¹⁸ Finnegan, Thomas, "International Human Rights Law and the "Unborn": Texts and Travaux Préparatoires" i *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 1 November 2016, s.112-113.

¹⁹ United Nations, "Convention on the Rights of the Child", RES44/25, 1989, Brownlie, Ian. & Goodwin-Gill, Guy S. (red.), *Brownlie's documents on human rights*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, s.459.

Artikel 4 i Barnkonventionen fastslår att samtliga stater som ratificerat Barnkonventionen ska vidta de lämpliga och nödvändiga juridiska åtgärder för att fastställa de rättigheter som konventionen fastslår.²⁰ Detta är ett exempel på en artikel som kan behöva tolkas när den ska användas i praktiken. När ska de juridiska skydden träda i kraft? I samband med barnets födsel eller innan? För att hitta vägledning och hjälp att tolka denna artikel ser man till preambeln som i detta fall fastslår att ett barn bör åtnjuta lämpligt juridiskt skydd även *före* födseln. Artikel 3b) uttrycker att juridiskt skydd är nödvändigt för att barn ska få möjlighet att växa och utveckla god hälsa; ett ändamål som kräver särskild vård och skydd till både barnet och dennes mor²¹. Detta skulle, med hjälp av preambelns sjätte paragraf, kunna tolkas som applicerbart både före och efter födsel.

2.2.2 Vem är ett barn enligt ECHR?

För att undersöka frågeställningen vidare måste den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna, eller ECHR, tas i beaktande. Detta för att det i en av Sveriges grundlagar, Regeringsformen, står följande.

” Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.”²²

Denna uppsats kommer lägga särskilt fokus på artiklarna 2,3 och 8 i ECHR. I enlighet med den doktrinära metoden studerar jag vad som faktiskt konstateras i de utvalda artiklarna, hur de kan tolkas och hur de används i praktiken.

Artikel 2 lyder som följande;

4.Envars rätt till liv skall skyddas genom lag. Ingen skall avsiktligen berövas livet utom för att verkställa domstols dom i det fall då han dömts för ett brott som enligt lag är belagt med sådant straff.

²⁰ ibid.

²¹ ibid.

²² 2 kap. §19. SFS 2010:1408. Europakonventionen.

2. Ingen skall anses ha berövats livet i strid med denna artikel, när detta är en följd av våld som var absolut nödvändigt

a) för att försvara någon mot olaglig våldsgärning,

b) för att verkställa en laglig arrestering eller för att hindra någon som lagligen är berövad friheten att undkomma,

c) för att i laglig ordning stävja upplopp eller uppror.²³

Denna artikel fastslår att alla människors liv ska vara juridiskt skyddade. Den naturliga frågan är då - vem räknas som människa och ska därmed ha juridiskt skydd? Enligt Grégor Puppincq, generaldirektör för European Center for Law and Justice (ECLJ), har Europadomstolen hållit denna fråga öppen för medlemsstaterna att tolka när ett liv börjar och därmed när det juridiska skyddet bör starta²⁴. Vidare skriver Puppincq att Europadomstolen bör fastställa hur man tolkar praxis inom konventionens parametrar och dess juridiska resonemang. Fortsättningsvis konstaterar Puppincq faktumet att abort kriminaliserades i stor utsträckning i anslutning till att konventionen utarbetades eftersom det ansågs vara en direkt kränkning av rätten till liv.²⁵

Artikel 3 lyder som följer;

”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.”²⁶

Denna artikel kan användas i syftet att motsätta sig aborträtt och möjligheten att genomföra en abort. Detta eftersom en abort innebär att avsluta en graviditet och därav avsluta ett fosters liv. Även denna artikel är dock beroende av att fostret ska räknas som en människa, eftersom det endast är människor som är skyddade av samtliga artiklar i ECHR. Precis som föregående artikel är alltså denna öppen för tolkning.

²³ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, september 1953, hittas på https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf. Hämtad 10 maj 2020

²⁴ Puppincq, Grégor, ”Abortion in European law: Human Rights, Social Rights And The New Cultural Trend” i *Ave Maria International Law Journal*, 2015, s.30-31

²⁵ *ibid.*

²⁶ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, september 1953, hittas på https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf. Hämtad 10 maj 2020.

Artikel 8 lyder som följer;

1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välstånd, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.

Artikel nummer 8 fastslår varje individs rätt till ett privatliv och rätten att få ta hand om sin egen familj utan inblandning från staten. Detta med undantag för om statens ingripande är nödvändigt för att upprätthålla demokratin eller landets välstånd. Denna artikel används ofta i argument för aborträtten. Om varje individ har rätt till sitt privatliv och familjeliv i synnerhet utan ingripande från staten, är det då rättfärdigat att staten lagstiftar om abort som i högsta grad är en del av privat - och familjeliv?

2.3 Vem är barn enligt svensk lag?

Detta kapitel utgår från ett svenskt perspektiv. Syftet är att undersöka på vilket sätt inkorporeringen av Barnkonventionen skulle kunna påverka den svenska abortlagstiftningen, således måste uppsatsen klargöra vilka bestämmelser som faktiskt finns i Sverige.

2.3.1 Abortlagstiftningen

I den svenska abortlagstiftningen fastställs fri abort till och med vecka 18 samt om aborten inte på grund av sjukdom hos personen som bär fostret kan förväntas medföra allvarlig fara för hens hälsa eller liv. Efter vecka 18 krävs ett särskilt tillstånd från Socialstyrelsen och ett sådant tillstånd får endast lämnas om det föreligger synnerliga skäl för aborten. Det är även olagligt för en läkare att vägra genomföra en abort.²⁷

Vidare skriver Thomas Lindén i sin artikel från 2019 hur tillstånd för sen abort prövas av Socialstyrelsens rättsliga råd, som just nu nått konsensus om att gränsen för livsduglighet går vid vecka 22 + 0. Alltså, fortsätter Lindén beviljar det Rättsliga rådet, under förutsättning att det

²⁷ §§ 1-3 §10 i Abortlag (1974:595 med ändringar t.o.m. SFS 2013:271).

finns synnerliga skäl, abort till och med vecka 21 + 6.²⁸

2.3.2. Folkbokföringslagen

Den svenska folkbokföringslagen är formulerad och baserad på Världshälsoorganisationens (WHO) kriterier för när ett foster ska räknas som ett barn – vilket är efter 22 veckor. I 2§ fastställs även att folkbokföring ska ske när ett barn föds levande i landet och om modern är folkbokförd eller om fadern är folkbokförd och vårdnadshavare. § 24 säger även att alla barn som fötts levande, samt alla dödfödda barn vars död inträffat efter vecka 22, ska anmälas till Skatteverket. Inför implementeringen av Folkbokföringslagen yttrade Statens medicinsk-etiska råd (SMER) sig och rekommenderade att den dåvarande definitionen av barn (28e havandeskapsveckan) skulle ändras till den 22a havandeskapsveckan. Bakgrunden till rekommendationen var att det i 24 § i den dåvarande folkbokföringslagen (1991:481) inte fanns en direkt precisering av vad som menas med barn. Den enda definitionen som då existerade var Socialstyrelsens, där barn klassades som alla levandefödda samt dödfödda som avlidit efter 28e havandeskapsveckan. SMER skriver vidare att de år 1997 tog ställning till en skrivelse till socialdepartementet där det föreslogs att Sverige skulle ansluta sig till WHO:s definition av barn. I enlighet med den definitionen skall alla foster levande eller döda, som väger minst 500 gram anmälas som barn. Om födelsevikten är okänd ska en graviditetslängd av minst 22 havandeskapsveckor gälla och om graviditetslängden inte heller är känd gäller en fosterlängd på minst 25 cm.²⁹

I SFS 2013:380 Lag om ändring i folkbokföringslagen (1991:481) formulerades dock § 24 om till att precisera definitionen av barn - vilket gjordes enligt SMER's yttrande och i enlighet med WHO:s rekommendation vilket som tidigare nämnt är 22 veckor.

”Ett barns födelse ska anmälas till Skatteverket om barnet föds inom landet. Detsamma gäller om barnet föds utom landet och ska folkbokföras enligt 2 § andra stycket.

²⁸ Lindén, Thomas, ”Lagstiftningen för abort håller fortfarande” i *Läkartidningen*, 2019, hittas på <https://lakartidningen.se/signerat/2019/03/lagstiftningen-for-abort-haller-fortfarande/>. Hämtad 10 maj 2020.

²⁹ Statens medicinsk-etiska råd (Smer). *Yttrande Framställan om ändrad definition av barn enligt folkbokföringslagen* (Ert dnr Fi 2005/5346). 10 maj 2006. Dnr 13/2006.

Föds barnet på ett sjukhus eller enskilt sjukhem ska inrättningen göra anmälan. Om en barnmorska hjälper till vid födelsen i annat fall, ska hon göra födelseanmälan. Anmälan ska göras så snart som möjligt.

I andra fall ska barnets vårdnadshavare göra anmälan inom en månad från födelsen.

Anmälan enligt första stycket ska göras för en nyfödd, som efter födelsen andats eller visat något annat livstecken, samt dödfödd som avlidit efter utgången av tjuogoandra havandeskapsveckan.”³⁰

2.4 Vem är ett barn enligt naturrätten och människatesen?

I detta avsnitt kommer jag analysera vem som ses som ett barn och därmed rättighetsinnehavare enligt både naturrätten och människatesen. Jag ser ingen anledning att i denna analys göra en distinktion mellan de två teorierna eftersom de på många sätt är sammankopplade och en uppdelning mellan de två hade lett till en mindre sammanhängande analys.

Naturrättens utgångspunkt i frågan om vem som innehar mänskliga rättigheter poängterar kopplingen mellan moral och lag. Brian Orend skriver att mänskliga rättigheter inte är fakta om oss utan snarare någonting vi innehar när vi ser värdet i att bemöta varandra på det sätt vi anser att vi förtjänar. De mänskliga rättigheterna beskriver inte vilka, eller vad vi är utan de beskriver hur vi ska behandla våra medmänniskor. De mänskliga rättigheterna beskriver inte vår natur utan vårt beteende. Våra egna mänskliga rättigheter bestäms med andra ord utifrån om vi respekterar andras mänskliga rättigheter. Enligt detta perspektiv kan en persons mänskliga rättigheter tas ifrån dem ifall de inte respekterar andras mänskliga rättigheter.³¹

Det finns ingenting i detta perspektiv som säger att barn är ett undantag. Det blir dock mer komplext i diskussionen om ofödda barn. Foster har av uppenbara skäl inte möjligheten att respektera andra människors rättigheter. De har inte heller möjligheten att uppvisa god moral. Enligt Orend finns det inget internationellt dokument som besvarar frågan om ett foster innehar mänskliga rättigheter. Orend redogör för biologisk mänsklighet och fastslår att en person måste uppfylla nödvändiga och tillräckliga villkor för att betraktas som en människorättsinne-

³⁰ SFS 1991:481 (med ändringar t o m SFS 2016:1016). Folkbokföringslag.

³¹ Orend, Brian, *Human rights: concept and context*, Broadview Press, Peterborough, Ont., 2002, s.18-19.

havare. Biologisk mänsklighet, alltså att en person är av mänsklig art och har två föräldrar av mänsklig art, är ett nödvändigt villkor. Enligt Orend räcker detta dock inte.

Den biologiska människan måste även ha grundläggande intressen samt respektera andras mänskliga rättigheter för att betraktas som innehavare av mänskliga rättigheter. Biologisk mänsklighet är alltså bara ett nödvändigt villkor, men grundläggande intressen och god moral är tillräckliga villkor och är avgörande i om en människa räknas som en rättighetsinnehavare.³² Orend tillägger även att personen måste vara levande - alltså att hjärtat måste slå och blod måste strömma genom ådrorna. Han utesluter alltså döda kroppar och framtida generationer som rättighetsinnehavare. Han gör dock en distinktion mellan framtida generationer och foster. Ett foster existerar och lever och på så sätt skiljer det sig från döda kroppar och framtida generationer som inte än genomgått befruktningen. Han tillägger även att ett foster har föräldrar av mänsklig natur - dock tydliggör han inte sin ståndpunkt i frågan om foster bör ses som innehavare av mänskliga rättigheter.³³

I och med det faktum att foster är av biologiskt mänsklig natur uppfylls det nödvändiga villkoret. Om ett foster har grundläggande intressen är enligt mig öppet för debatt. Ett friskt foster har ett intresse av att t.ex. få i sig näring för att kunna växa och utvecklas - vilket är ett grundläggande intresse. Ett foster har däremot inte en förmåga att uppvisa god moral.

Orend nämner också potentialitetsargumentet i sin text - alltså, bör ett foster inneha mänskliga rättigheter i och med att det efter sin födsel har potential att bli en välfungerande människa med grundläggande intressen och god moral?³⁴

Barbara Pfeffer konstaterar i texten "Abortion, Moral Law, And The First Amendment: The conflict Between Fetal Rights and Freedom of Religion" att varken juridik eller renodlad naturrätt ger mycket stöd för att rätten till "potentiellt liv" skulle gå före personen som bär fostrets rätt till sin egen kropp. Trots detta finns det domstolar som ger fostret full rätt att födas,

³² ibid s.39-41.

³³ ibid. s.41-42.

³⁴ ibid s.38.

samt inskränker personen som bär fostrets rätt till autonomi och integritet.³⁵

Vidare skriver Pfeffer att det är vanligt att pro-life rörelsen hänvisar till naturrätten och beskriver abort som dels någonting onaturligt eftersom människans biologiska syfte är att föröka sig - men de gör också en stark koppling till lag. Som uppsatsen tidigare konstaterat spelar kopplingen mellan lag och moral en stor roll inom naturrätten. Pfeffer skriver slutligen att eftersom förbud mot mord är grundläggande inom naturrätten hävdar pro-life rörelsen att fostret, som en oskyldig ”förperson”, faller i kategorin icke-försvarbart mord, är därför föremål för straffreglering.³⁶

2.5 Vem är ett barn enligt rättspositivismen?

Rättspositivism är naturlagens motsats. Rättspositivismen gör stor skillnad mellan lag och moral och fastslår att allt som är lag inte behöver vara ekvivalent med god moral, trots att lagar oftast baseras på vad vi anser vara god moral. För att validera och rättfärdiga just folkrätt hänvisar rättspositivismen till samtycket av medlemsstater som uttrycks i t.ex. underskrift och/eller ratificering av en internationell konvention. Alltså, det som de flesta anser rimligt, gör lagen eller konventionen legitim.³⁷

Förespråkarna för den moderna rättspositivismen Jeremy Bentham (1748-1832) och John Austin (1790-1859) skiljer på vad lagen är (*de lege lata*) och vad lagen bör vara (*de lege ferenda*). Inom rättspositivismen är det alltid de nedskrivna lagarna som gäller. *De lege lata* och *de lege ferenda* fastslår alltså att om en lag hittas nedskrivnen är det den som gäller oavsett om den anses vara omoralisk eller inte.

På grund av detta är det, på ett nationellt plan, enkelt att studera vem som räknas som barn.

I Sverige råder det enligt lag (1974:595) fri abort till och med graviditetsvecka 18 och därefter krävs ett särskilt tillstånd från Socialstyrelsen fram till vecka 22 + 0 då man fastställt att gränsen för livsduglighet är.³⁸

³⁵ Pfeffer, Barbara, ”Abortion, Moral Law, And The First Amendment: The conflict Between Fetal Rights and Freedom of Religion” i *William & Mary Journal of Women & the Law*, 2017 s.284.

³⁶ *ibid.* s.300-302.

³⁷ McConnell, Lee & Smith, Rhona K. M. (red.), *Research methods in human rights*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2018, s.50.

³⁸ SFS 1991:481 (med ändringar t o m SFS 2016:1016). Folkbokföringslag.

Rättspositivismen fastslår att det är den gällande rätten, alltså den som utövas i nationella domstolar. Den gällande rätten är i Sverige är den svenska abortlagstiftningen eftersom det är den som används i domstolar och den svenska abortlagstiftningen fastslår att gränsen för livsduglighet går vid vecka 22+0. Detta kan tolkas på så sätt att ett foster, enligt den gällande rätten och därmed rättspositivismen, blir ett barn efter vecka 22+0 och därmed blir rättighetsinnehavare.

2.6 Från internationell till nationell lag

Folkrätt och nationell rätt verkar på helt olika nivåer och plan. Sättet internationella konventioner är uppbyggda på skiljer sig avsevärt från sättet våra svenska, nationella lagar är uppbyggda på. Allt ifrån språk och formuleringar till instanser skiljer sig vilket medför komplexitet i processen att översätta folkrätt till nationell rätt. Risken för att det ska uppstå missförstånd och misstolkningar är stor och enligt juristen Kasey McCall-Smith krävs det ofta ytterligare lagstiftningsåtgärder för att implementera en folkrättslig, internationell rättsskyldighet i ett nationellt system.³⁹

McCall-Smith skriver vidare att processen att översätta folkrätt till nationell rätt är enklare inom vissa rättssystem.

I kapitlet "Within the state" beskriver Andrew Byrnes och Catherine Renshaw hur internationella konventioner kan fungera som ett skydd för medborgare inom enskilda stater - men skyddets omfattning beror på konventionerna rättsstatus i det nationella systemet.

Författarna betonar att konventioner som är inkorporerade i nationell lag, antingen i sin helhet eller som komplement, i praktiken faktiskt kan bidra med ett avgörande skydd av de mänskliga rättigheterna. De konstaterar även att ECHR utgör en stor del i de flesta medlemsstaternas nationella lagstiftning. Vidare konstaterar författarna att diskussionen om vilken plats folkrätten har i den nationella rätten oftast skiljer sig beroende på om staten har ett;

1. Monistiskt rättssystem. Inom detta rättssystem utgör bestämmelserna i en ratificerad konvention en del av den nationella lagen utan att en lagstiftande översättningsprocess behövs.
2. Dualistiskt rättssystem. Här är folkrätten och den nationella rätten helt olika system som opererar på olika nivåer och folkrätten måste anpassas och översättas av ett lagstiftande organ

³⁹ McCall-Smith, Kasey. *To incorporate the CRC or not – is this really the question?*. International Journal of Human Rights. Vol. 23 Tredje upplagan. 2019. s.425-441.

innan den blir en del av den nationella rättsordningen.⁴⁰

Eftersom Sverige har ett dualistiskt rättssystem kommer fokuset i denna uppsats vara på den typen av system.

2.6.1 Dualism och indirekt inkorporering.

Att vi i Sverige har ett dualistiskt rättssystem innebär som tidigare nämnt att endast en ratificering av en konvention inte innebär att konventionen automatiskt blir en del av den nationella lagstiftningen. Konventionen måste istället anpassas och översättas till en nationell lag i form, t.ex. en förordning, en lag eller en föreskrift beroende på hur vilken status konventionen ska få. Detta krävs för att konventionen och dess bestämmelser ska kunna åberopas i nationella domstolar.⁴¹

Sverige har, tillsammans med länder som t.ex. Österrike, gett ECHR en konstitutionell status i och med 19§ i Regeringsformen⁴². Detta ger konventionen högsta möjliga juridiska status och gör den överordnad alla andra lagar.

I en dualistisk stat ses internationell rätt och nationell rätt som helt separata system oberoende av varandra. Detta innebär att nationell lagstiftning inte kan förlora sin giltighet och legitimitet i en dualistisk stat, oavsett om de strider mot folkrätten. Viktigt att understryka är dock att en stat inte kan åberopa nationell lagstiftning som ett skäl att slippa undan sina folkrättsliga åtaganden.⁴³

Artikel 4 i Barnkonventionen fastslår att alla konventionsstater ska vidta alla lämpliga lagstiftnings-, administrativa och andra åtgärder för att inkorporera de rättigheter som erkänns i konventionen, men enligt Ursula Kilkelly finns det inte ett specifikt sätt att göra detta på. Konventionsstaterna har använt sig av olika tillvägagångssätt och vidtagit olika åtgärder, så-

⁴⁰ Byrnes, Andrew, Renshaw, Catherine "Within The State" i . I *International Human Rights Law*, Daniel, Moeckli, Sangeeta, Shah, Sandesh, Sivakumaran & David J,Harris . (red.), *International human rights law*, Third edition, Oxford University Press, Oxford, 2018, s.484-486.

⁴¹ *ibid* s.488.

⁴² SFS 2010:1408. Europakonventionen.

⁴³ Jörnruud, Martin, Stern, Rebecca, *Barnkonventionens status En utvärdering av för- och nackdelar med barnkonventionen som svensk lag*. Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt. 2011. s.7.

väl rättsliga som icke-rättsliga, för att förverkliga konventionens bestämmelser. Vidare särskiljer Kilkelly direkt inkorporering från indirekt inkorporering.⁴⁴

Direkt inkorporering innebär antingen ett fullt införlivande där konventionen implementeras i sin helhet, eller ett delvist införlivande där specifika bestämmelser får ställning inom nationell lag. Effektiviteten av direkt inkorporering påverkas enligt Kilkelly av många olika faktorer. En viktig faktor är just om det rättsliga systemet är monistiskt eller dualistiskt. Kilkelly anser att direkt inkorporering är mer effektivt i ett monistiskt rättssystem i och med att en ratificerad internationell konvention utan vidare rättsliga åtgärder utgör en del av den nationella lagstiftningen. På grund av detta undviker man t.ex. risker som är förknippade med politisk eller offentlig debatt som i sin tur kan leda till ett beslut om att inte införliva konventionen över huvud taget, eller endast införliva utvalda bestämmelser snarare än konventionen i sin helhet. Detta leder, enligt Kilkelly, till att det blir svårare att genomföra en lyckad inkorporering där konventionen får en hög status i länder med dualistiska rättssystem, som Sverige. Detta i och med att det krävs en lagstiftningsakt från riksdagen för att inkorporera konventionen till nationell lagstiftning samt för att det krävs en politisk debatt för att nå fram till en faktisk inkorporering vilket medför en risk för att konventionen i fråga avfärdas helt.⁴⁵

2.7 För vem gäller folkrätten?

För att resonera kring om vad som faktiskt krävs av nationella lagstiftningsorgan för att genomföra en inkorporering av folkrättsliga traktat är det av betydelse att veta hur dessa traktat är uppbyggda. I detta kapitel analyseras de internationella konventionerna som är relevanta för uppsatsen, det vill säga ECHR och Barnkonventionen.

En stor skillnad som är relevant att poängtera är att lagstiftning på nationell nivå, alltså i detta fall svensk abortlagstiftning, främst reglerar skyldigheter och rättigheter mellan enskilda individer och medborgare som rör sig inom statens gränser medan folkrättens subjekt, alltså vem folkrätten reglerar, är stater. Alla regler och bestämmelser som finns inom folkrätten riktar sig

⁴⁴ Kilkelly, Ursula, "The UN convention on the rights of the child: incremental and transformative approaches to legal implementation" i *International Journal of Human Rights*. Vol. 23 Tredje upplagan, Mars 2019, s.323-324.

⁴⁵ ibid s.326-330.

alltså mot stater och behandlar förhållandet mellan stater.⁴⁶

Det folkrättsliga systemet har grundtanken att alla stater är juridiskt likställda alltså kan ingen stat reglera och bestämma vad en annan stat ska göra. Därför, skriver Joel Samuelsson och Jan Melander (2007), är lagstiftning per definition uteslutet.⁴⁷

Lagstiftning kräver att lagstiftaren har en överordnad makt att binda reglernas mottagare juridiskt, vilket av nämnda anledning inte fungerar. De primära rättskällorna inom folkrätten är därför istället avtal - alltså fördrag, konventioner och/eller traktat - mellan stater.⁴⁸

Konventioner om mänskliga rättigheter skiljer sig lite från övriga internationella konventioner eftersom de i princip alltid reglerar relationen mellan staten och enskilda individer. Detta är ett system som brukar benämnas som vertikalt och skiljer sig från system där de man skapar rättigheter och skyldigheter mellan enskilda personer, vad som brukar benämnas som horisontellt.

Staten kan dock ha antingen direkt eller indirekt ansvar för enskilda personers eventuella kränkningar av andra individers rättigheter. Om konventionen i fråga anger rättigheter för enskilda personer – någonting som konventioner om mänskliga rättigheter gör – så kan konventionen eller specifikt utvalda delar av den om de är tydliga nog, vara föremål för direkt tillämplig i en nationell domstol. Konventioner som fungerar på det sättet benämnas ”self-executing treaties”. Om en konvention endast innebär förpliktelser för staten så kan den inte användas för direkt tillämpning i domstol. Ibland är det dock svårt att avgöra vad som gäller eftersom vissa konventioner kan rikta sig både till enskilda individer och stater.⁴⁹

Folkrätten kan alltså både reglera förhållandet mellan stater på ett internationellt plan, men den kan också reglera förhållande mellan en stat och dess medborgare samt medborgare (enskilda individer) emellan. Detta gäller konventioner som rör mänskliga rättigheter, vilket de

⁴⁶ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, TPB, Enskede, 2007, s.34.

⁴⁷ *ibid.*

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ Jörnruud, Martin, Stern, Rebecca, *Barnkonventionens status En utvärdering av för- och nackdelar med barnkonventionen som svensk lag*. Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt. 2011. s.7.

nämnda konventionerna (ECHR och Barnkonventionen) gör. Konventionerna består av en kombination av artiklar vars bestämmelser är av främst de två sistnämnda typerna (stat —> individ samt individ —> individ) . För att visa på hur de olika typerna används i konventionerna är det relevant att redogöra för exempel. I Barnkonventionen regleras förhållandet mellan stat och medborgare i t.ex. artikel 4;

”States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.”⁵⁰

I artikel 4 i Barnkonventionen fastslås således att varje medlemsstat bär ansvaret för att vidta de juridiska åtgärder som krävs för att bestämmelserna i konventionen ska kunna följas.

I ECHR regleras förhållandet mellan främst individer men också mellan stat och individ i t.ex. artikel 5:

...var och en har rätt till frihet och personlig säkerhet. Ingen får berövas friheten utom i följande fall och i den ordning som lagen föreskriver:

- a) när någon är lagligen berövad friheten efter fällande dom av behörig domstol,
- b) när någon är lagligen arresterad eller på annat sätt berövad friheten, antingen därför att han underlåtit att uppfylla en domstols lagligen meddelade föreläggande 8, 9 eller i syfte att säkerställa ett fullgörande av någon i lag föreskriven skyldighet...⁵¹

Denna artikel fastslår att varje enskild individ har rätt till privatliv, personlig säkerhet och frihet samt att ingen annan enskild individ får inskränka denna rätt. Vidare konstateras att staten är den enda som har rätt att beröva en enskild individ dess frihet ifall det finns en laglig grund för detta som t.ex. en fällande dom behörig av en domstol.

⁵⁰ United Nations, ”Convention on the Rights of the Child”, RES44/25, 1989, Brownlie, Ian. & Goodwin-Gill, Guy S. (red.), *Brownlie's documents on human rights*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, s.459.

⁵¹ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, september 1953, hittas på https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf. Hämtad 10 maj 2020.

2.8 ECHR's status inom svensk lag

Sverige undertecknade ECHR år 1950 den svenska regeringen föreslog 1993 att konventionen i sin helhet skulle införlivas i svensk lagstiftning via en grundlagsreferens.⁵²

I propositionen redogjorde regeringen för skillnaden mellan monistiska och dualistiska rättsstater samt erkänner Sverige som en stat med dualistiskt system. Vidare konstaterar den att svensk rätt inte på alla punkter överensstämmer med artiklarna som utgör ECHR och att detta är ett problem som kan undvikas genom att inkorporera konventionen i sin helhet samt markera dess status. Regeringen uttrycker ett flertal skäl till att det är nödvändigt att inkorporera ECHR.

”Ett skäl är, uttalar kommittén, att den gällande svenska ordningen är ovanlig i Europa. Det är därför naturligt att Sverige nu inkorporerar konventionen och därigenom dels markerar dess betydelse för svensk rätt och klargör dess status, dels skapar ett uttryckligt underlag att direkt tillämpa konventionen vid våra domstolar och andra rättstillämpande myndigheter.”⁵³

Vidare fastslår regeringen i sitt förslag att konventionen bör inkorporeras som en särskild lag och för att markera dess betydelse ska den tilldelas en viss konstitutionell status. Detta sker i form av en ny bestämmelse i Regeringsformen som fastställer att ingen annan lag eller föreskrift får meddelas i strid med konventionen och Sveriges åtaganden till följd av den.⁵⁴

Denna proposition ledde till att ECHR idag är av särskild betydelse för svenska jurister och svensk lag. Sedan 1995 gäller alltså ECHR som svensk lag och i enlighet med RF 2:19 får ingen annan lag eller författning meddelas i strid med konventionen.⁵⁵

Europakonventionen inkorporerades som tidigare nämnts som en särskild bestämmelse i Regeringsformen (RF) som är en svensk grundlag. I Sverige finns det fyra centrala rättskällor;

⁵² Prop 1993/94:117 sid.32.

⁵³ a.prop, sid. 33.

⁵⁴ a.prop, sid. 35.

⁵⁵ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, Tolkning och tillämpning, TPB, Enskede, 2007, s.36.

lagtexter, förarbeten, domstolspraxis och doktriner.⁵⁶

Det existerar också tre typer av skrivna rättsregler; grundlagar, lagar och förordningar. ECHR har blivit en del av RF som enligt Håkan Hydén (2011) är den viktigaste grundlagen i Sverige. ECHR hittas i 2 kap. som behandlar grundläggande fri-och rättigheter av särskilt betydelse för olika former av politisk verksamhet (ex. yttrandefrihet, tryckfrihet, mötesfrihet, demonstrationsrätt). I RF finns både lag som kan förändras (dock med viss begränsning) genom lagstiftning - men det finns även bestämmelser som är orubbliga. ECHR som utgör 2 kap. § 19 äger en starkare ställning än övriga rättighetskatalogen i den svenska grundlagen eftersom den ska tillämpas av domstolar och myndigheter.⁵⁷

ECHR har således en status som är högre än både Barnkonventionen och svensk abortlagstiftning och i enlighet med bestämmelsen får inte någon annan svensk lag eller författning stå i strid med konventionen. För att resonera kring om Barnkonventionen och/eller svensk abortlagstiftning står i strid med ECHR måste det tydliggöras vad ECHR faktiskt fastslår angående ett fosters rätt till liv.

2.8.1 Rättsfall

Uppsatsen har redogjort för vad som står i de relevanta bestämmelserna i ECHR samt fastslagit att de är öppna för tolkning. Artikel 38 i Internationella domstolens stadga fastslår att de korrekta rättskällorna för folkrätt är

- internationell sedvanerätt
- internationella, folkrättsliga konventioner
- generella rättsprinciper.

När svar inte kan hittas i de folkrättsliga konventionerna krävs det att man ser över internationell sedvanerätt och/eller generella rättsprinciper. Även i Sverige är domstolspraxis och doktriner två av de fyra centrala rättskällorna. För att tolka vad som står i ECHR behövs alltså ett redogörande för hur Europadomstolen och Europakommissionen (formellt Europarådets

⁵⁶Hydén, Håkan, Rättsregler en introduktion till juridiken, Författarna och Studentlitteratur, Lund, 2011, s.157-163.

⁵⁷ ibid s.125-127.

kommission för de mänskliga rättigheterna,) har tolkat konventionen. Jag har studerat några av de rättsfall som Puppnick refererar till i sin artikel ”Abortion in European law: Human Rights, Social Rights And The New Cultural Trend” i Ave Maria International Law 14 Journal (2015). Detta för att få tydlighet i vem som räknas som barn och därmed innehavare av rätten till liv, alltså studera hur domstolen valt att tolka konventionen och speciellt artiklarna 2,3 och 8.

Europakommissionen var en instans som var aktiv 1953–1999 och hade uppgiften att granska anmälningar om brott mot ECHR. Europakommissionen var föregångare till Europadomstolen men saknade, till skillnad från Europadomstolen, auktoriteten att utdela några juridiska påföljder utan ägnade sig endast åt rekommendationer. Europadomstolen har en uppföljningsmekanism och tilldelades auktoriteten att ställa stater som misstänkts bryta mot ECHR inför rätta - något Europakommissionen inte hade.

H v. Norway

Detta rättsfall togs upp inför Europakommissionen år 1992.

I rättsfallet H v. Norway vill en kvinna vars graviditet passerat tolfte veckan genomföra en abort. Kvinnan kallas in till ett råd bestående av två läkare och hon fick uppge skälen till den önskade aborten. Det förefaller inte finnas några medicinska skäl till aborten, utan endast sociala skäl och faktorer. Aborten godkändes samma dag och genomfördes den 5 September 1986 när fostret var 14 veckor och en dag gammalt. Sökanden begärde redan i augusti samma år om åtgärder som skulle hindra kvinnan från att genomföra aborten - en begäran som avslogs av stadsdomstolen, Högsta domstolen samt Högsta domstolens kommitté för överklaganden. Sökanden inledde vidare den 10 mars 1987 i stadsdomstolen i Oslo förfarande mot staten där han representerades av Socialministeriet där han krävde bland annat åtal och skadestånd med motiveringen att aborten påstås ha genomförts i konflikt med artiklarna 2, 3, och 8 i konventionen med avseende på sig själv och fostret.

Kommissionen studerar först och främst relevant nationell lagstiftning (alltså den som var gällande vid tidpunkten) och konstaterar att det i den norska abortlagstiftningen fastslås att om en graviditet leder till allvarliga komplikationer för en kvinna ska hon erbjudas informa-

tion och råd om det stöd som samhället kan erbjuda henne samt att kvinnan har rätt till råd och stöd som gör det möjligt för henne att fatta det slutliga beslutet. Om kvinnan har fått tillgång till nämnd information och stöd och ändå tar beslutet att hon inte kan gå igenom graviditeten så kan detta göras före slutet av den 12:e graviditetsveckan och om allvarliga medicinska skäl inte talar emot det. Efter det 12:e graviditetsveckan kan en abort, enligt dåvarande norsk lagstiftning, genomföras om;

- a) graviditet, födelse eller vård av barnet medför en orimlig börda för kvinnans fysiska och psykiska hälsa.
- b) graviditet, födelse eller vård av barnet kan placera kvinnan i en svår livssituation
- c) det finns en stor risk att barnet drabbas allvarligt sjukdomar till följd av ärftlig disposition, sjukdom eller skadligt inflytande under graviditeten.

Efter den 18:e veckan kan en graviditet inte avslutas, förutom om det föreligger särskilt allvarliga skäl och omständigheter. Om det finns anledning att anta att fostret är livskraftigt, kan dock inte en abort godkännas under några omständigheter.

Sökanden anser att ett brott mot artikel 2 i konventionen begåtts då han ansåg att avslutandet av graviditeten i 14:e graviditetsveckan gammalt inte var nödvändigt för att skydda moderns liv eller hälsa. Vidare hävdade sökanden att bristen på skydd för det ofödda barnet under Norsk lag är bristfälligt och i sig självt utgör ett brott mot artikel 2 i konventionen.

Kommissionen uppmärksammar i sin dom att uttrycket "alla" inte är definierat i konventionen, och inte heller termen "liv". Vidare fastställer de att artikel 2 innehåller två separata men likväl sammanhängande fundamentala element. I första meningen anges att rätten till liv ska skyddas genom lag. Den andra meningen i punkt 1 innehåller ett förbud mot avsiktligt berövande av liv. Detta förbud begränsas av undantagen som fastslås i a) b) och c) i punkt 2. Begränsningarna lyder;

- a) att försvara någon mot olaglig våldsgärning,
- b) verkställande av en laglig arrestering eller för att hindra en person som lagligen är berövad

friheten att fly,

c) för att i laglig ordning förhindra ett upplopp eller uppror.

Kommissionen uttryckte att alla ovanstående begränsningar syftar på personer som är födda och därav inte kan applicerad på foster.

Den allmänna användningen av termen "alla" i konventionen och de sammanhang denna term används i artikel 2 inkluderar inte de ofödda.⁵⁸

Sökanden menar vidare att inga åtgärder vidtogs för att undvika risken att det 14 veckor gamla fostret skulle känna smärta under aborten. Han hävdar att detta utgör omänsklig behandling eller tortyr och åberopar artikel 3 i konventionen som lyder följande:

”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.”⁵⁹

Kommissionen menar att denna anklagelse saknar grund och bevis. Genomförandet av aborten som genomgått i detta fall anses av kommissionen inte ha bidragit till något brott mot artikel 3 i konventionen.

Sökanden ansåg också att ett brott mot artikel 8 i konventionen begåtts eftersom sökanden och kvinnan som bar fostret bodde tillsammans som en familj även om de inte var gifta. Han påstår att han som far till det 14 veckor gamla fostret har rättigheter till sitt eget barn, enligt artikel 8 i konventionen. Rättigheter som han ansåg tagits ifrån honom i och med aborten och dess genomförande trots hans motsättning till den. Han argumenterar också att fostret i vecka 14 bör anses vara en del av hans familj.

Kommissionen konstaterar att artikel 8 i konventionen ska garantera rätten till privatliv och familjeliv. Kommissionen finner dock att någon tolkning av den potentiella faderns rättigheter

⁵⁸ R.H. v. Norway, App. No. 17004/90, 1992 Eur. Ct. H.R.

⁵⁹ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, september 1953, hittas på 26 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf. Hämtad 10 maj 2020.

enligt dessa bestämmelser inte är relevant i detta fall.

I samband med en kvinnans abort måste först och främst hennes rättigheter beaktas och tas hänsyn till och i detta fall var modern var bekymrad över graviditeten och konsekvenserna av den.

Kommissionen finner därför att ifall det förekommit eventuella störningar som kan antas vara resultat av beslutet att godkänna aborten så var de motiverade och nödvändiga för att skydda moderns rättigheter. Kommissionen konstaterade vidare att när man överväger vilka rättigheter en far har enligt artikel 8, bör man i första hand ta hänsyn till kvinnans rättigheter eftersom kvinnan är den person som berörs av graviditeten och vars intressen först och främst bör skyddas.

Nämnda motiveringar (tillsammans med ett antal andra som jag inte ansåg relevanta med hänvisning till kapitel 1.2 i denna uppsats) låg till grund för Europakommissionens avfärdande av ansökan.⁶⁰

P. AND S. v. POLAND

Detta rättsfall är inkluderat för att påvisa hur ECHR, en internationell konvention, kan tolkas på nationell nivå. Detta görs i enlighet med den doktrinära metoden. De sökande är födda 1993 och 1974 samt är bosatta i Lublin. Personen född 1974 är förälder till personen född 1993. Den 9 april 2008 åkte den första sökanden till Public University Health Care Unit i Lublin där hon berättade att hon hade blivit våldtagen den 8 april 2008 av en pojke i hennes egen ålder. Personalen meddelade att de varken kunde undersöka henne eller ge medicinsk hjälp eftersom hon var minderårig och det krävdes därför samtycke från hennes juridiska vårdnadshavare. Således involverades hennes förälder. Våldtäkten resulterade i graviditet och sökandena beslutade tillsammans att en abort skulle vara det bästa alternativet med tanke på den första sökandens mycket unga ålder samt att graviditeten var ett resultat av tvingat samlag och att hon ville fullfölja sin utbildning.

⁶⁰ R.H. v. Norway, App. No. 17004/90, 1992 Eur. Ct. H.R.

Sökanden som bar fostret blev hänvisad till en katolsk präst, enligt sökanden själv utan att ha blivit tillfrågad vilken tro hon hade eller om hon önskat att träffa prästen. Detta motsätter sig dock staten som argumenterar för att hon själv önskat ett möte med prästen. Under samtalet försökte prästen övertyga den första sökanden om att hon skulle fullfölja graviditeten. Den första sökanden berättade för honom att hon inte kunde fatta beslutet själv och att hon förlitade sig helt på sina föräldrar. Sökanden fick sedermera ett uttalande skrivet av Dr W.S (chef för den gynekologiska avdelningen) som fastställde att hon ville fortsätta med graviditeten och sökanden undertecknade den. Sökandena hävdade senare att hon hade undertecknat eftersom hon inte hade velat vara otrevlig mot läkaren och prästen.

Sökandena vände sig till chefen för den gynekologiska avdelningen som hänvisade till dokumentet den första sökanden undertecknat och fastställde att hon inte tänkte genomföra aborten.

När sökandena vidare begav sig till Warsawa i hopp om att få genomföra aborten där möttes de bl.a. av prästen som, tillsammans med anti-abort grupper, försökte få den första sökanden att fullfölja graviditeten. Detta gjordes i hennes mors frånvaro (den andre sökanden).

Som Puppinck (2015) hävdade har Europadomstolen hållit det öppet för medlemsstaterna att tolka artikel 3 i ECHR och alltså själva bestämma när ett liv startar och därmed när det juridiska skyddet bör initieras. Polen, som detta rättsfall kommer från, fastslår i artikel 4a i The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act från 1993 att;

1. A termination of pregnancy may be performed only by a doctor, when:

- 1) The pregnancy poses a threat to the life or health of the pregnant woman,*
 - 2) Prenatal examinations or other medical conditions indicate that there is a high probability of a severe and irreversible fetal defect or incurable illness that threatens the fetus's life,*
- 2. There are reasons to suspect that the pregnancy is a result of an unlawful act.⁶¹*

⁶¹ The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act 28 antagen av den polska parlamentet 7 januari 1993.

Värt är även att tillägga artikel 1 i samma lagstiftning vid denna tidsperiod konstaterade att varje människa innehar rätten till liv ända från befruktningen.⁶²

Sökandena ansåg att omständigheterna i fallet hade gett upphov till ett brott av artikel 3 i ECHR avseende den första sökanden, alltså den gravida kvinnan.

Europadomstolen fastslår att enligt den väl etablerade rättspraxisen måste kränkningen uppnå en viss lägstanivå för att falla inom räckvidden för brott mot artikel 3. Bedömningen av denna lägstanivån är relativ; det beror på ett antal omständigheter i fallet, såsom behandlingens varaktighet, de fysiska och psykiska konsekvenserna av behandlingen och i vissa fall offrets kön, ålder och hälsotillstånd.

Europadomstolen bedömde att behandlingen gentemot den yngre sökanden är ”omänsklig” eftersom den bland annat förutsågs, pågick under flera timmar i sträck och orsakade antingen kroppsskada eller intensivt psykiskt och mentalt lidande. Domstolen konstaterar vidare att behandlingen är att betrakta som ”förnedrande” eftersom målet var att väcka rädsla, ångest och underlägsenhet hos offret. Domstolen skriver vidare att avsikten med den förnedrande behandlingen inte är relevant i detta fall och inte rättfärdigar en kränkning av artikel 3. Domstolen anser alltså i detta fall att uppsåt inte är av relevans.

Europadomstolen bestämmer, med hänsyn till omständigheterna i fallet i sin helhet, att myndigheternas behandling av den yngsta, och första sökanden är mycket beklagligt och att hennes lidande uppnått lägstanivån för brott mot artikel 3 i konventionen och därav dras slutsatsen att ett brott mot artikel 3 har begåtts.

Europadomstolen fastställer att det huvudsakliga syftet med artikel 8 är att skydda individen mot godtyckliga och icke-legitima inblandningar från offentliga myndigheter. Alla ingripanden som offentliga myndigheter ska ha behörighet att genomföra enligt artikel 8 första stycket måste vara motiverade i enlighet med andra stycket som fastslår att;

⁶² P. and S. v. Poland, App.no. 57375/08, 2012 Eur. Ct. H.R.

- de bör ske i överensstämmelse med lagen och/eller med hänsyn till den nationella och allmänna säkerheten,
- för att gynna landets ekonomiska välstånd
- till förebyggande av oordning eller brott
- för att skydda andra personers rättigheter och friheter.

Enligt domstolens rättspraxis innebär begreppet ”nödvändighet” att ingripandet motsvarar och står i proportion till det behov som finns. Ingripandet ska alltså inte vara för omfattande om behovet för ingripandet inte kräver det.

Domstolen har dock fastställt att artikel 8 inte kan tolkas så att den ger en rätt till abort, men har bekräftat att förbudet mot abort när det söks av hälsoskäl och / eller välbefinnande faller inom ramen för rätten att få sitt privatliv respekterat och följaktligen lyder under artikel 8. Vidare konstaterar domstolen att staten har en skyldighet att säkerställa sökanden en ordentligt respekt för deras privatliv - någonting som staten inte gjort i detta fall. Staten borde, enligt domstolen, ha tagit hänsyn och visat intresse för sökandens åsikter och perspektiv samt gett sökanden en möjlighet att uttala sig utan att representanter från staten blandat sig i.

Sökanden borde, med hänsyn till de specifika omständigheterna i ärendet, och särskilt arten av de beslut som ska fattas, ha fått en chans att vara en del av beslutsprocessen i sin helhet för att kunna ge henne det korrekt och nödvändigt stöd och skydd.

Med hänsyn till omständigheterna i ärendet drar domstolen slutsatsen att myndigheterna underlåtit att uppfylla skyldigheterna de åtagit sig enligt artikel 8 då de misslyckats att respektera och godtyckligt involverat sig i sökandens privatliv. Därför, skriver domstolen, har ett brott mot artikel 8 begåtts.⁶³

⁶³ P. and S. v. Poland, App.no. 57375/08, 2012 Eur. Ct. H.R.

DEL 3 - Diskussion och slutsats

3.1 Diskussion

Sverige har valt att följa WHO:s rekommendationer och införa fri abort till graviditetsvecka 18 men med särskilda skäl till vecka 22. Detta är vad svensk lag säger och detta anses inte ligga i konflikt med ECHR eftersom lagstiftningen gått igenom efter att RF 2 kap 19 § införts. Hade den svenska abortlagstiftningen varit i konflikt med ECHR hade den alltså inte gått igenom. I Sverige är det i enlighet med rättspositivismen den gällande rätten den rätt som i praktiken faktiskt tillämpas av domstolar och ämbetsmän - och i detta fall är det den svenska abortlagstiftningen. Alltså är det den som gäller.

Efter att ha efterforskat och analyserat Barnkonventionen drar jag slutsatsen att det finns utrymme för eventuella tolkningar som kan ligga i konflikt med ECHR och den nationella abortlagen. Sverige har inkorporerat Barnkonventionen i sin helhet och därav konventionens preambel. Det går inte att bortse från preambeln eftersom den, enligt internationella generella rättsprinciper, fungerar som hjälpmedel och en vägvisare när artiklarna i konventionen är svåra att förstå och applicera i praktiken. Det är alltså oundvikligt att behöva ta hjälp av preambeln i den praktiska inkorporeringen av Barnkonventionen.

Nu är både ECHR och Barnkonventionen ratificerade och inkorporerade i sin helhet i svensk lag. Detta innebär att Sverige som en konventionsstat har skyldighet att se till så att ingen svensk medborgare får sina konventionsbaserade rättigheter kränkta. Deras inkorporering innebär också att man kan anta att den svenska lagstiftningen inte står i strid med de åtaganden Sverige har enligt konventionerna. Om rum för tolkning förekommer så är utgångspunkten att den svenska lagen bör tolkas i främst Europadomstolen och av FN:s människorättskommitté.

3.2 Slutsats och svar på frågeställningar

Uppsatsens syften var att redogöra för följande;

1. för vilken status Barnkonventionen har i svensk lag i relation till den redan existerande abortlagstiftningen
2. om inkorporeringen har någon effekt på den svenska abortlagstiftningen och kvinnors rätt till sin egen kropp.

3. när ett foster är att betraktas som en rättighetsinnehavare - det vill säga, ett barn

För att uppsatsen skulle nå sitt syfte ställdes följande frågor till materialet;

1. Vem ses som barn och därmed rättighetsinnehavare?
2. Påverkar inkorporeringen av Barnkonventionen den rådande svenska abortlagstiftningen? Och isåfall hur??

3.2.1 Vem ses som barn och därmed rättighetsinnehavare utifrån de valda teorierna?

Naturrettsläran anser som tidigare nämnts att en individ ska ha förmågan att agera rationellt och förnuftigt för att inneha rättigheter. Slutsatsen jag kan dra efter att ha studerat denna teori är att ett ofött barn inte kan klassas som en rättighetshavare överhuvudtaget eftersom den inte under någon vecka under graviditeten har förmågan att agera rationellt och förnuftigt.

Människatesen fastslår att alla människor har mänskliga rättigheter i kraft av sin mänskliga natur. Alla som har två mänskliga föräldrar innehar alltså mänskliga rättigheter vilket enligt min tolkning kan betyda att ett ofött barn har mänskliga rättigheter i kraft av sina föräldrar.

Potentialitetsargumentet säger att alla som är potentiella rättighetsinnehavare innehar mänskliga rättigheter. Detta argument kan alltså enligt mig tydligt användas för att utmana den svenska abortlagstiftningen.

Jag valde att analysera utifrån den rättspositivistiska teorin eftersom det i Sverige råder en rättspositivistisk inställning. Detta innebär i praktiken att den gällande rätten är, och endast den är, den rätt som utövas i domstolar. Den gällande rätten är för tillfället den svenska abortlagstiftningen som säger att gränsen för livsduglighet går vid vecka 22+0 - vilket innebär att ett foster efter vecka 22+0 är att räkna som ett barn och därmed rättighetsinnehavare. Eftersom den svenska abortlagstiftningen är den gällande rätten spelar den i praktiken ingen roll vad som står i Barnkonventionen eller ECHR. Det är den svenska abortlagstiftningen som är

avgörande i frågan om definitionen av barn.

3.2.2 Påverkar inkorporeringen av Barnkonventionen den rådande svenska abortlagstiftningen? Och isåfall hur?

Inkorporeringen av Barnkonventionen skulle kunna utmana den svenska abortlagstiftningen. Det som eventuellt kan tolkas som utmanande är terminologin i §6 i Barnkonventionens preambel där man använder begreppet ”barn” för att beskriva ett ofött foster.

Min slutsats är således att inkorporeringen av Barnkonventionen skulle kunna påverka den rådande svenska abortlagstiftningen. Det finns alltså en risk att personer som är kritiska mot abort exploaterar Barnkonventionen och använder preambeln som juridiskt stöd. Motreaktionen på en sådan exploatering skulle kunna vara att referera till ECHR som en del av Rege- ringsformen och argumentera att konventionen inte fastslår något som står i strid med den svenska abortlagen. Jag anser att detta är så långt det går att föra diskussionen på ett nationellt plan.

Nästa steg skulle vara att ta konflikten till Europadomstolen eftersom det är de som på euro- peisk nivå kan tolka ECHR. Problemet är att Europadomstolen består av faktiska människor med olika åsikter och tankar som med stor sannolikhet kommer påverka sättet de tolkar ECHR. Om domstolen utgörs av personer som förespråkar människatesen och potentialitets- argumentet kommer ECHR vara öppen för att tolka även till deras fördel. Detta betyder att även om vi i Sverige har en nationell definition av när ett foster blir ett barn kommer Europa- domstolen kunna argumentera för att vår tolkning är fel. Inkorporeringen av Barnkonventio- nen har alltså öppnat en dörr till en nationell juridisk konflikt om abortgräns och således öpp- nat en dörr för kritik från Europadomstolen.

Jag vill även tillägga att preambeln för tillfället inte är lika omtalad som själva konventionen vilket medför att komplexiteten i konventionen inte kommit upp till diskussion. Men om preambelns 6 § blir omtalad och omdiskuterad så tror jag att personer som ställer sig kritiska till abort kommer kunna anse sig ha hittat juridiskt argument för att utmana rådande svensk abortlagstiftning.

4. Litteraturförteckning:

Alston, Philip, "The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child" i *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, No. 1 (Feb. 1990).

Arvidsson, Malin, Halldenius, Lena & Sturfelt, Lina (red.), *Mänskliga rättigheter i samhället*, Första upplagan, Bokbox förlag, Malmö, 2018.

Byrnes, Andrew, Renshaw, Catherine "Within The State" i . I *International Human Rights Law*, Daniel, Moeckli, Sangeeta, Shah, Sandesh, Sivakumaran & David J,Harris . (red.), International human rights law, Third edition, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, september 1953, hittas på https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf. Hämtad 10 maj 2020.

Finnegan, Thomas, "International Human Rights Law and the "Unborn": Texts and Travaux Preparatoires" i *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 1 November 2016.

Halldenius, Lena, *Begreppsanalys - Ett metodkompendium*, Avdelningen för mänskliga rättigheter, Lunds Universitet, 2018.

<https://hudoc.echr.coe.int/>. Hämtad 5 maj 2020.

Hydén, Håkan, *Rättsregler en introduktion till juridiken*, Författarna och Studentlitteratur, Lund, 2011.

Jörnruud, Martin, Stern, Rebecca, *Barnkonventionens status En utvärdering av för- och nackdelar med barnkonventionen som svensk lag*. Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt. 2011.

Kilkelly, Ursula, "The UN convention on the rights of the child: incremental and transformative approaches to legal implementation" i *International Journal of Human Rights*. Vol. 23 Tredje upplagan, Mars 2019.

Lemely A, Mark, "Without Preamble" i *Boston University Law Review*, 1 Mars 2020 .

Lindén, Thomas, "Lagstiftningen för abort håller fortfarande" i *Läkartidningen*, 2019, hittas på <https://lakartidningen.se/signerat/2019/03/lagstiftningen-for-abort-haller-fortfarande/>. Hämtad 10 maj 2020.

McCall-Smith, Kasey. *To incorporate the CRC or not – is this really the question?*.

International Journal of Human Rights. Vol. 23 Tredje upplagan. 2019.

McConnell, Lee & Smith, Rhona K. M. (red.), *Research methods in human rights*, Routledge, Abingdon, Oxon, 2018.

Orend, Brian, *Human rights: concept and context*, Broadview Press, Peterborough, Ont., 2002.

P. and S. v. Poland, App.no. 57375/08, 2012 Eur. Ct. H.R.

Pfeffer, Barbara, "Abortion, Moral Law, And The First Amendement: The conflict Between Fetal Rights and Freedom of Religion" i *William & Mary Journal of Women & the Law*, 2017.

Prop 1993/94:117 sid.32.

Puppinck, Grégor, "Abortion in European law: Human Rights, Social Rights And The New Cultural Trend" i *Ave Maria International Law Journal*, 2015.

R.H. v. Norway, App. No. 17004/90, 1992 Eur. Ct. H.R.

Rienecker, Lotte & Stray Jørgensen, Peter, *Att skriva en bra uppsats*, TPB, Johanneshov, 2010.

Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, TPB, Enskede, 2007.

Statens medicinsk-etiska råd (Smer). *Yttrande Framställan om ändrad definition av barn enligt folkbokföringslagen* (Ert dnr Fi 2005/5346). 10 maj 2006. Dnr 13/2006.

SFS (974:595 (med ändringar t.o.m. SFS 2013:271) Abortlag.

SFS 1991:481 (med ändringar t o m SFS 2016:1016). Folkbokföringslag.

SFS 2010:1408. Europakonventionen.

The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act 28 antagen av den polska parlamentet 7 januari 1993.

United Nations, "Convention on the Rights of the Child", RES44/25, 1989, Brownlie, Ian. & Goodwin-Gill, Guy S. (red.), *Brownlie's documents on human rights*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.

United Nations, Statute of the International Court of Justice, 26 juni 1945.