

Stockholm den 17 oktober 2016

R-2016/0762

Till Socialdepartementet

S2016/01918/FST

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 12 april 2016 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet Barnkonventionen blir svensk lag (SOU 2016:19).

En övergripande princip i FN:s konvention om barnets rättigheter är barnets bästa. Det innebär att barnets intressen alltid ska beaktas av myndigheter och privata institutioner vid alla beslut och åtgärder som berör barn. Denna princip ska vara vägledande vid tolkningen av konventionens övriga artiklar. Det är viktigt att komma ihåg att konventionen inte stadgar att barns intressen alltid ska vara utslagsgivande. Principen om barnets bästa ska dock alltid väga tungt vid beslutsfattandet. Detta gäller vid mål- och intressekonflikter såväl i enskilda konkreta fall, som när frågan berör grupper av barn eller alla barn i samhället. Detta reser krav på framtagandet av modeller för konsekvensanalyser.

Övergripande normer har genom FN-stadgan, FN:s konvention om mänskliga rättigheter och efterföljande FN-konventioner, EU-inträdet samt inkorporeringen av Europakonventionen fått ett ökat inflytande på beaktning av nationell lagstiftning. Svenska myndigheter och domstolar är i dag vana att förhålla sig till och tillämpa övergripande principer.

Från Advokatsamfundets utgångspunkt är det angeläget att Sverige i enlighet med konventionsåtagandet ”vidtar alla lämpliga lagstiftnings-, administrativa och andra åtgärder för att genomföra de rättigheter som erkänns i denna konvention”. Sverige har redan infört principen om barnets bästa i lagtexter i föräldrabalken, socialtjänstlagen, lagen om vård av unga, skollagen, namnlagen och utlänningslagen samt lagen om stöd och service för vissa funktionshindrade. Detta till trots har det vid Barnrättskommitténs

granskning framkommit att djupare kunskap om innebörden av principen om barnets bästa saknas och att konsekvensanalyser saknas eller är undermåliga.

För att på bästa, snabbaste och mest effektiva sätt säkerställa de fri- och rättigheter som stadgas för barn i Barnkonventionen, anser Advokatsamfundet att konventionen bör inkorporeras i svensk lag med undantag för den föreslagna straffbestämmelsen, vilken Advokatsamfundet avstyrker. Advokatsamfundet vill framhålla följande synpunkter.

Allmänna synpunkter

Alltsedan Sverige år 1990 ratificerade Barnkonventionen är Sverige som stat, i folkrättslig mening, bunden av Barnkonventionen. Detta innebär att domstolar och andra myndigheter redan i dag är skyldiga att, så långt det är möjligt, tolka nationella rättsregler i enlighet med Barnkonventionens lydelse. Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning att det i dagsläget finns en rad brister när det gäller genomslaget för barns rättigheter enligt Barnkonventionen. Den rättsliga ställningen för barn i Sverige behöver därför stärkas.

Enligt Advokatsamfundets mening skulle en inkorporering av Barnkonventionen innebära att barns rättigheter och ställning får en mer framskjuten plats än i dag, vilket självfallet får anses positivt. Det skulle vidare innebära att Barnkonventionen blir tillämplig på samtliga rättsområden och att Barnkonventionen på ett tydligare sätt än i dag kan tillämpas i de situationer där barnets rättigheter åsidosätts i annan lagstiftning. Det finns således många fördelar med en inkorporering.

Advokatsamfundet inser att det med en inkorporering följer en rad tillämpningsproblem utifrån det förhållandet att inkorporering som sätt för att införliva internationella överenskommelser kräver att instrumentet kan tillämpas enligt sin ordalydelse. Barnkonventionen innehåller en hel del vaga formuleringar och allmänt hållna artiklar som ger upphov till tolkningssvårigheter. Konventionens artiklar ska läsas som en helhet, samtidigt som att vissa artiklar är direkt tillämpliga (self-executing), medan andra inte är det. Det framstår i vissa fall även som oklart vilka artiklar som faktiskt är direkt tillämpliga. Det kan vidare befaras att med en inkorporering av Barnkonventionen blir rättstillämpningen inte så enhetlig och förutsägbar som annars brukar krävas vid lagstiftningsarbete i det svenska rättssamhället. Barnrättskommittén ger staterna vägledning kring tolkningen, men deras allmänna kommentarer är inte juridiskt bindande. Någon överstatlig domstol som ger ledning i tolkningsfrågan finns inte.

Advokatsamfundet är av uppfattningen att konsekvenserna av en inkorporering inte fullt ut har analyserats och den kartläggning som utredningen gjort är för begränsad för att kunna läggas till grund för samtliga övriga rättsområden. Sverige har till exempel återkommande fått kritik för sin hantering av barn som gärningspersoner avseende bland annat anhållande och häktning. I viss mån är det även önskvärt med en genomgång av barns rätt i frågor om omhändertagande och annan tvångsvård. Advokatsamfundet saknar en sådan analys i den aktuella utredningen.

Vid en helhetsbedömning är fördelarna med en inkorporering, enligt Advokatsamfundets mening, av sådan art att en inkorporering förespråkas. Mot bakgrund av det nu anförda bör emellertid proportionalitetsprincipen beaktas i stor utsträckning vid bedömningarna av de rättigheter som Barnkonventionen stipulerar ställt i relation till de bestämmelser i andra lagar som aktualiseras i de enskilda ärendena och målen.

En fortsatt djupgående transformering, som även utredningen förespråkar, får anses vara ett sätt att öka förutsebarheten och transparensen, vilket i sin tur innebär att grundläggande rättssäkerhetsaspekter inte åsidosätts.

Konventionens originalspråk är engelska, franska, kinesiska, ryska och spanska. Vid en inkorporering blir dessa texter gällande i Sverige. Inget av språken har tolkningsföreträde, vilket i sig innebär tolkningsproblem för rättstillämparen. Utredningen pekar även på att den svenska, översatta, versionen har brister. Enligt Advokatsamfundets mening måste en översyn av den svenska översättningen göras omgående för att öka transparensen och förutsägbarheten.

Vid en inkorporering kommer det att krävas omfattande stöd- och utbildningsinsatser för hur konventionens artiklar ska tillämpas. Detta bedöms vara av avgörande betydelse för att Barnkonventionen ska få ett betydande genomslag i svensk rättstillämpning.

Barn i migrationsprocessen

Advokatsamfundet saknar inledningsvis en konsekvensanalys av hur Barnkonventionen förhåller sig till den nu gällande tillfälliga lagen (2016:752) om begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, som kommer att vara i kraft om Barnkonventionen inkorporeras i enlighet med förslaget den 1 januari 2018.

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning att i ärenden där sökanden är ett barn, måste barnets skäl för ansökan utredas och framgå av Migrationsverkets beslut. Migrationsverkets bedömning av skälen för ansökan måste ha barnet i fokus. Detta är i linje med nuvarande bestämmelser, bl.a. 1 kap. 10 § utlänningslagen (2005:716). Nuvarande beslutsmotiveringar av Migrationsverket och migrationsdomstolarna saknar emellertid alltför ofta ett barnkonsekvensperspektiv.

Med en inkorporering av Barnkonventionen föreslås en starkare koppling till Barnkonventionens artikel 3, genom att det i lagen anges uttryckligen att barnets bästa ska utredas och särskilt beaktas i fall som rör ett barn. Vid bedömningen av barnets bästa ska hänsyn tas till barnets åsikter. Vidare ska en utökad informationskyldighet gentemot barnet införas, där informationen ska anpassas till barnets mognad, ålder och andra individuella förutsättningar. Advokatsamfundet vill i detta avseende påpeka att särskilt vad gäller små barn, så kan en sådan informationskyldighet snarare vara till nackdel än till fördel för barnet och dess mående. I detta avseende torde proportionalitetsprincipen få särskild betydelse för bedömningen av vilken information som ska ges till barnet.

Proportionalitetsprincipen torde även få stor betydelse vid bedömningen av barnets rätt till uppehållstillstånd, då barnets bästa enligt Advokatsamfundets mening måste ställas i proportion till möjligheten att bibehålla en reglerad invandring, låt vara att Advokatsamfundet förordar mer generösa regler för uppehållstillstånd än de som nu är gällande.

Förslaget att barnet ges en utökad rätt att få framföra sina åsikter i alla frågor som rör barnet, inte bara i tillståndsärenden, är i grunden positivt. Enligt Advokatsamfundets mening behövs dock en mer djupgående analys av och vägledning i hur detta ska gå till i praktiken.

Barnkonventionens förhållande till EU-rätten behöver analyseras ytterligare. Detta särskilt då regelsystemet inom det migrationsrättsliga området till största delen består av EU-förordningar och EU-direktiv.

Stöd och service till barn med funktionsnedsättning

Förslagen innebär att långtgående bestämmelser om informationsskyldighet till barnet, barnets rätt att uttrycka sina åsikter samt att få dem beaktade, införs i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade. Advokatsamfundet anser att det finns en stor risk för att detta kommer att vålla svårigheter i tillämpningen. Advokatsamfundet saknar en djupgående analys av vad detta kommer att innebära i praktiken. Även i detta avseende bör proportionalitetsprincipen få en avgörande betydelse för i vilka situationer som barnets bästa ska tillmätas särskild vikt och i vilka situationer det är lämpligt att inhämta barnets åsikter.

Barn som har utsatts för våld inom familjen och barn som har bevittnat våld inom familjen

Utredningen föreslår – mot bakgrund av att det i Sverige visats föreligga en oacceptabelt sämre rättssäkerhet för barn som misshandlas än för vuxna – en ny straffbestämmelse: ”Misshandel av barn”. Advokatsamfundet anser i och för sig att det är angeläget att barn som utsätts för våld ges ett likvärdigt straffrättsligt skydd som vuxna, men avstyrker förslaget.

Till skillnad från vad som gäller för misshandel i dag innebär förslaget att det inte kommer att krävas att våldet har orsakat smärta. Advokatsamfundet vill i detta avseende framhålla att väsentliga bevisproblem skulle kunna uppstå vid avsaknad av ett smärtrekvisit. I dagsläget är även ett sådant hänsynslöst beteende som inte orsakar smärta, kriminaliserat inom ramen för brottet ofredande. Mot denna bakgrund finns det skäl att ifrågasätta nödvändigheten av att införa en ny lagregel. Den föreslagna bestämmelsen är dessutom så vagt utformad att det skulle vara mycket svårt för en förälder, förskolelärare eller lärare att förutse när det utan straffansvar är tillåtet att ta tag i ett barn eller använda annat våld som inte försakar smärta. Ytterst kan denna osäkerhet vara till nackdel för

barn, då vuxna kan komma att avstå från att ingripa i situationer där barn utsätter sig för fara. De gränsdragningar som finns kring ofredande är däremot genom nuvarande praxis väl klarlagda och ger ett tillräckligt skydd även för barn.

En särskild misshandelsparagraf med uttrycklig barninriktning ställer särskilda krav på handläggningen. Brott mot barn utreds i allmänhet av de särskilt utbildade barnutredarna inom polisen och vid de tillgängliga Barnhusen i Sverige. En inkorporering av Barnkonventionen kan förväntas leda till ökad specialisering och kunskap om utsatta barn. Efter en tids rättstillämpning kan dessa omständigheter också ligga till grund för utvärdering, forskning, kunskap och utveckling avseende samhällets handläggning av de särskilt utsatta barnen. En reflektion kring detta resonemang ger vid handen att många oklarheter kring denna fråga troligen går att lösa om förhören med barnen blir bättre. Redan i dag företräds barn i aktuella mål av ett eget biträde, s.k. särskild företrädare, som har att tillvarata barnets rättigheter. Ett stort ansvar åvilar dessa företrädare som när de är med vid förhör med barnen måste se till att relevanta frågor ställs av utredande polis. Att vissa mål ogillas till följd av formaliafel vid förhören med barnet löses inte av det nu föreslagna lagförslaget utan kan endast avhjälpas med bättre och tydligare rutiner kring utredningarnas genomförande och annan metodutveckling.

Avslutningsvis kan man även peka på att ett införande av lagbestämmelsen skulle göra det lättare att åtala föräldrar för icke fysiskt smärtsamma kränkningar. Fråga är om detta verkligen främjar barnets bästa. Det finns skäl att överväga om det inte är bättre att i större utsträckning försöka hantera sådana situationer inom ramen för socialtjänsten, än genom att barnen ska behöva möta sina föräldrar i en rättssal.

Förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen

Utredningen föreslår att principerna om barnets bästa och rätten att uttrycka åsikter ska komma till explicit uttryck i förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen. Det föreslås att nya bestämmelser införs i lagarna enligt vilket barnets bästa ska utredas och särskilt beaktas i ärenden och mål som rör barn. Barnet ska få relevant information och ges möjlighet att framföra sina åsikter i frågor som rör barnet. Barnets åsikter ska tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. Utredningen framhåller att dessa principer ska gälla i ärenden som rör barn, både där barnet är direkt adresserat i ärendet och i ärenden som mer generellt rör barn i allmänhet i samhället eller till exempel en viss grupp av barn eller barn i ett visst område.

De föreslagna bestämmelserna, som innebär att barnets ställning framhävs inom en rad rättsområden, avviker avsevärt från den aktuella förfarandelagstiftningen. Det finns anledning att påpeka att huvudprincipen i förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen är skriftlig handläggning. Det finns en stor risk för att de nu aktuella förslagen kommer att vålla avsevärda tillämpningssvårigheter. Advokatsamfundet saknar en djupgående analys av vad detta kommer att innebära i praktiken. Även i detta avseende bör proportionalitetsprincipen få en avgörande betydelse för i vilka mål och ärenden som

barnets bästa ska tillmätas särskild vikt och i vilka situationer det rent faktiskt är lämpligt att inhämta barnets åsikter.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg