

16. maj 2002

Notat om fordele og ulemper ved en inkorporering af De forenede Nationers konvention om barnets rettigheder i dansk ret.

FNs børnekonvention er formentlig den konvention, der er ratificeret af flest lande – alle FN's medlemslande undtagen to (USA og Somalia). Men det er formentlig også den konvention, der i størst omfang overtrædes eller i alt fald ikke opfyldes til fulde blandt FN's konventioner. Det skyldes nok flere forhold. Bl.a. medtager konventionen – i modstrid med de fleste andre menneskerettighedskonventioner – ikke blot borgerlige og politiske rettigheder, men også økonomiske, kulturelle og sociale, som i kraft af deres mere politiske indhold og karakter af programmerklæringer, kan være vanskeligere at kræve overholdt.

Dernæst er konventionen givet til beskyttelse af en gruppe mennesker, som i alt fald ikke traditionelt har haft muligheden for at danne eller få dannet pressionsgrupper af en styrke som man ellers ser. Det er i vidt omfang tilfældet i de enkelte lande og dette præger naturligvis også den internationale interesse, debat og kontrol.

På denne baggrund bliver det særlig vigtigt, hvilken opfyldelsesform de enkelte stater vælger i den forstand, at der her er tale om et særligt behov for en effektiv opfyldelse med udgangspunkt i hensigtsmæssige og engagerende lovgivningsmæssige og administrative forholdsregler. Men det er også vigtigt, at konventionen tildeles en sådan status, at den er et egnet instrument med henblik på at skabe en folkelig opbakning og med henblik på at være et velegnet udgangspunkt for private organisationers arbejde med børns rettigheder.

1. Almindelige bemærkninger om traktater, status og opfyldelsesmetoder.

En traktat er en juridisk bindende aftale mellem to eller flere stater. Ofte er den indgået ved en international organisations mellemkomst, som f.eks. De forenede Nationer, evt. således, at der i den forbindelse etableres et særligt overvågningsapparat.

En konvention er forpligtende for staterne. Det vil sige, at ud fra en folkeretlig betragtning er konventionen ikke bindende i staterne med mindre der er truffet beslutning herom. Konventionen forpligter hver enkelt ratificerende stat til at opfylde konventionens indhold, men den måde, hvorpå dette sker er i princippet overladt til hver enkelt stat, blot opfyldelsen sker som krævet og forudsat i traktaten.

En lang række lande har bestemmelser i deres forfatning, hvorefter traktater uden videre er en del af deres nationale ret, når de er gyldigt indgået – undertiden endda med højere rang end almindelig lovgivning. Det gælder f.eks. stort set alle de nyere demokratier.

Andre lande hylder det såkaldt dualistiske princip, hvorefter det i princippet påhviler den enkelte stat at indrette sin interne lovgivning, det vil f.eks. sige de forskellige relevante love, på en sådan måde at konventionens bestemmelser opfyldes. Eksempel: Kræver en konvention, at en udlænding får tildelt gratis tolk i forbindelse med en straffesag ved domstolene, skal retsplejeloven ændres, såfremt der ikke allerede i forvejen ydes gratis tolkebistand. De nordiske lande og altså herunder Danmark baserer sig på det dualistiske princip.

Der er dog ikke tale om vandtætte skodder. Det er en almindelig opfattelse, at en konvention, selvom den ikke er opfyldt ved konkrete nationale skridt og altså alene binder staten som sådan, dog har indvirkning på den interne retstilstand på følgende måder.

1. I henhold til **fortolkningsreglen** bør den nationale ret, såfremt den kan fortolkes på flere måder, fortolkes på den måde, som bedst bringer den i overensstemmelse med traktatens krav. Dette fortolkningshensyn skal tages af alle myndigheder, også af kommuner og domstole.
2. **Formodningsreglen**. Selvom der måtte være strid mellem en indgået traktat og en national regel er der en formodning for, at dette ikke har været lovgivningsmagtens hensigt (hvilket naturligvis kunne modsiges f.eks. af bemærkningerne til et lovforslag) og derfor kan den retsanvendende myndighed formode, at ingen ønsker en folkeretsstridig adfærd, hvorefter man vælger at ”fortolke” intern ret, således at der ikke sker konventionsbrud.
3. **Instruktionsreglen**. Selve det forhold at regering eller regering og folketing har tiltrådt en traktat, må ses som udtryk for, at de myndigheder overfor, hvilke regeringen har instruktionsbeføjelser, først og fremmest centraladministrationen og lokale statslige myndigheder, uden videre må gå ud fra, at de skal opfylde traktatens krav også selv om specifikke interne opfyldelsesforanstaltninger ikke er gennemført.

Det er vigtigt, at gøre sig klart, at alle disse tre regler vil kunne være relevante i forhold også til børnekonventionen. Søger man en effektiv efterlevelse, lider de imidlertid af visse mangler, hvilket vil fremgå af det følgende.

Det er vigtigt, at gøre sig klart, at det forhold at traktaten binder staten som sådan, betyder at ingen vel nok så selvstændig administrativ enhed, det være sig en kommune eller en domstol, kan handle i strid med konventionens regler uden at staten derved bliver ansvarlig. Med andre ord: En stat kan ikke undskylde manglende overholdelse af en konvention ved at henvise til, at det drejer sig om et emne, der er overladt til det kommunale selvstyre. Ønsker kommunerne ikke at følge konventionens forpligtelser er det statens pligt, at ændre lovgivningen således, at en konventionsmæssig optræden sikres.

Det skal ydermere tilføjes, at betingelsen for en anvendelse af og en pligt til anvendelse af konventionen i medfør af de tre nævnte regler er, at den relevante konventionsbestemmelse er ”self-executing”. Det vil sige, at bestemmelsen skal være så koncis og klart affattet, at den er egnet til at blive lagt til grund for retsanvendelse i konkrete tilfælde. En bestemmelse

som f.eks. artikel 55 i FN-pagten, hvorefter FNs medlemslande forpligter sig til at søge at fremme almen respekt og overholdelse af menneskerettigheder er af en sådan vag og ubestemt karakter, at den ikke kan betragtes som "self-executing". Det vil jo være en rent politisk afgørelse at tage stilling til, hvornår denne bestemmelse er overtrådt og bestemmelsen er således ikke egnet til at blive brugt af en domstol eller af en administrativ myndighed i et konkret tilfælde. (Om karakteren af børnekonventions bestemmelser i den her nævnte relation henvises til det følgende).

2. Karakteren af børnekonventionen og den valgte opfyldelsesform i en række andre lande.

Det er allerede nævnt, at konventionen indeholder såvel traditionelle borgerlige og politiske rettigheder (f.eks. ytringsfrihed, foreningsfrihed, forsamlingsfrihed osv.), som kulturelle, økonomiske og sociale rettigheder, f.eks. retten til en uddannelse. Karakteren af især de sidste rettigheder indebærer ofte, at der er tale om ikke-self-executing bestemmelser. Bestemmelsen i artikel 26 om, at deltagerstaterne skal anerkende ethvert barns ret til at nyde godt af social sikkerhed, bl.a. under hensyntagen af de forhåndenværende midler, må således formentlig karakteriseres som værende ikke-self-executing. Derimod er en bestemmelse som artikel 37, litra c, hvorefter "ethvert barn, der er berøvet friheden (skal) holdes adskilt fra voksne med mindre en sådan adskillelse ikke anses at tjene barnets tarv ..." uden tvivl et eksempel på en self-executing bestemmelse. Det gælder en lang række andre artikler i konventionen. Her skal jeg blot yderligere nævne artikel 12, hvorefter deltagerstaterne skal sikre et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, retten til frit at udtrykke disse synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet ... Med henblik herpå, hedder det videre "skal barnet især gives mulighed for at udtale sig i enhver behandling ved dømmende myndighed eller forvaltningsmyndighed af sager, der vedrører barnet enten direkte eller gennem en repræsentant eller et passende organ i overensstemmelse med de i national ret foreskrevne fremgangsmåder."

Mange af konventionens bestemmelser modsvarer i øvrigt bestemmelser i Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og fundamentale frihedsrettigheder – en konvention der jo blev inkorporeret ved lov til at være en del af dansk ret i 1992.

I en række nabolande er konventionen allerede en del af national ret i kraft af en generel inkorporationsbestemmelse i landets forfatning. Det gælder således de baltiske lande og Holland. (I disse lande har forfatningsdomstole i øvrigt ved forskellige lejligheder tilsidesat nationale love, fordi de stred imod konventioner, der var inkorporeret i kraft af en generel forfatningsbestemmelse. Det gælder således i Estland, hvor forfatningsdomstolen har tilsidesat en restriktiv familiesammenføringslov under henvisning til Den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 8).

3. Justitsministeriets inkorporationsudvalgs principielle overvejelser om, hvilke konventioner, der egner sig til inkorporering (Betænkning 1407).

Folkeretten, og det gælder også specielt Wienerkonventionen om traktatretten, stiller ikke krav til, hvilke opfyldelsesmetoder et land vælger, når det drejer sig om at efterleve internationale konventioner. Der er således valgfrihed, når det gælder spørgsmålet om, at gøre konventionen som sådan til en del af national lov eller ændre relevante dele af lovgivningen, evt. indføje nye dele for at opfylde konventionen. Det er således et politisk/hensigtsmæssigt kriterium, der afgør om man vælger det ene eller det andet.

Et kriterium kunne f.eks. være om konventionen tilsigter at beskytte en særlig udsat gruppe, der står svagt overfor samfundet i øvrigt, f.eks. børn – hvis man i øvrigt går ud fra, hvad jeg mener er korrekt, at en integration styrker konventionens efterlevelse.

Dette kriterium har ikke været drøftet af udvalget, som i stedet har diskuteret følgende:

Kriterium 1. Betydning af om konventionen er en ”generel konvention” eller en ”speciel konvention”.

Efter udvalgets opfattelse er en konvention generel, hvis den i princippet omfatter alle personer og indeholder mange forskellige rettigheder og friheder. Som eksempel herpå kan nævnes Den europæiske menneskerettighedskonvention og FNs konvention om borgerlige og politiske rettigheder.

Udvalget anser derimod en konvention for speciel, såfremt den kun omfatter ”bestemte kategorier af personer eller bestemte rettigheder”. Som et eksempel herpå nævner udvalget en konvention, der beskytter mod ”krænkelser i forhold til en særlig gruppe af mennesker (f.eks. kvinder og børn) eller yder beskyttelse på visse områder (f.eks. tortur og racediskrimination). Som et eksempel på en speciel konvention nævnes FNs børnekonvention.

Udvalget finder, at en inkorporering i første række bør omfatte de generelle konventioner, for så vidt de er egnede til inkorporering.

Kriterium 2. Betydningen af om konventionen er ”egnet” til at blive inkorporeret. Dette begreb svarer til dels til det ovenfor nævnte ”self-executing”, heri ligger at man i retsanvendelsen er i stand til at uddrage rettigheder og pligter af bestemmelsen i modsætning til vage programerklæringer der vanskeligt lader sig udmønte i praksis. Udvalget understreger dog, at afgørelsen om inkorporeringsmetode ikke udelukkes blot fordi en bestemmelse er vagt affattet. Den kan nemlig blive egnet til at blive anvendt, hvis der findes en praksis fra et kontrolorgan, der præciserer indholdet og omfanget af den pågældende bestemmelse.

Kriterium 3. Eksistensen af et kontrol- eller håndhævelsessystem i relation til konventionen.

Efter udvalgets opfattelse er en praksis fra kontrolorganer, f.eks. konventions-komiteer, noget der kan bidrage til at præcisere konventionernes enkelte bestemmelser og derved yde vejledning til de nationale myndigheder ved fortolkningen og anvendelsen af de pågældende konventioner. Det er ikke afgørende for udvalget, om der er etableret en individuel klageadgang til kontrolorganet. En manglende individuel klageadgang ”udelukker således ikke nødvendigvis en inkorporering af den pågældende konvention”(s. 157).

Kriterium 4. Konventionens praktiske anvendelse i national ret. Udvalget finder, at det forhold at en konvention ofte påberåbes eller anvendes af danske retsmyndigheder afspejler et praktisk behov for konventionens bestemmelser som kan tale for en inkorporering.

Udvalget er imidlertid klar over, at dette argument så at sige bider sig selv i halen. En manglende anvendelse eller påberåbelse kan jo netop være udtryk for, at konventionen ikke er inkorporeret og derved ikke er (særlig) kendt.

Baseret på disse principper foreslår udvalget, at FNs konvention om borgerlige- og politiske rettigheder, FNs konvention om afskaffelse af rasediskrimination og FNs torturkonvention inkorporeres, medens man ikke kan anbefale, at FNs konvention om barnets rettigheder, om afskaffelse af alle former for diskrimination mod kvinder og FNs konvention om økonomiske-, sociale- og kulturelle rettigheder inkorporeres.

4. Kommentarer til de af udvalget opstillede kriterier.

Det bemærkes indledningsvis, at udvalget ikke generelt fraråder inkorporering af bestemmelser der indeholder økonomiske-, sociale- og kulturelle rettigheder (som børnekonventionen gør i ret vidt omfang) det siges at disse rettigheder også kan være så klart og koncist udformet, at de er egnede til at blive inkorporeret.

I øvrigt skal jeg, om de opstillede kriterier bemærke, at de for så vidt alle sammen indeholder relevante momenter, når man skal tage stilling til, hvilke konventioner der (undtagelsesvist) skal inkorporeres i et land, hvis forfatning og retstilstand i øvrigt er præget af dualisme, det vil sige, at traktater er én ting og intern ret noget andet.

Når udvalget i første række foreslår, at de generelle konventioner i første række inkorporeres skyldes dette bl.a., at de i princippet omfatter alle personer og mange forskellige rettigheder og friheder, og ikke en speciel konvention som børnekonventionen, må det dog understreges at børnekonventionen i princippet omfatter eller har omfattet os alle. Og at betegne konventionen om afskaffelse af diskrimination af kvinder som en speciel konvention, fordi den ikke omfatter alle personer, forekommer måske også mindre rimelig. Den omfatter i alt fald et stort antal mennesker, ca. halvdelen af jordens befolkning.

Ser man, hvem der i praksis er omfattet af torturkonventionen udgør de forhåbentligt et meget lille mindretal af verdensbefolkningen, hvilket til en vis grad jo også gælder konventionen om afskaffelse af rasediskrimination.

At et kontrolorgan af international karakter fastlægger en praksis kan være af vigtighed for det land, der har inkorporeret en konvention. Det letter domstolenes og de andre myndigheds anvendelse af konventionens bestemmelser. Men i betragtning af, at de forskellige FN-komiteers udtalelser jo kun er henstillinger (og ikke altid modtages lige seriøst og positivt af medlemslandene) samt i betragtning af at et (vagt) internationalt kontrolsystem herved kommer til at udelukke en styrket national kontrol, må man også stille spørgsmålstejn ved betydningen af dette kriterium, omend det ikke er uden interesse. Som ovenfor antydet kunne et yderligere kriterium, hvis vigtighed forekommer mig at være ubestrideligt være om konventionen tilsigter at beskytte en udsat gruppe, der i øvrigt har vanskeligt ved at tage vare på egne rettigheder, f.eks. netop børn.

Et andet ikke irrelevant kriterium kunne også være det internationale samfunds forventninger, om direkte anvendelighed af konventionen i det nationale system.

Specielt i relation til Danmark er forholdet jo for tiden det, at omsorgssvigt, seksuelt misbrug (incest, børneporno mv.) fængsling af børn m.v. er væsentlige emner i den offentlige debat, hvorfor en inkorporering af en konvention, der netop fremhæver betydningen af forholdsregler overfor disse svigt men i øvrigt også andre, f.eks. overdreven udsættelse for medievold, kunne styrke diskussionen og de ansvarliges indsats. Hvor kønsdiskrimination efter alt at dømme er på retur og har været stærkt på retur, kan det samme ulykkeligvis ikke siges om respekten for barnets rettigheder (herved er der ikke taget stilling til om, hvorvidt konventionen om kvindediskrimination ikke også burde inkorporeres).

5. Kommentarer til udvalgets beslutning om ikke at foreslå inkorporering af børnekonventionen.

Udvalget foreslår som nævnt, at FNs konvention om borgerlige og politiske rettigheder, om afskaffelse af alle former for racediskrimination og FNs torturkonvention inkorporeres, medens man ikke kan anbefale at konventionen om barnets rettigheder gøres til dansk lov.

Begrundelsen herfor er følgende:

Der er tale om en speciel konvention, jf. ovenfor, der indeholder en række vagt formulerede bestemmelser, men dog også en række bestemmelser der er egnede til umiddelbar brug i national ret. Der er ingen individuel klageadgang til den komité, der er knyttet til børnekonventionen. Komiteen har ikke hidtil vedtaget generelle anbefalinger vedrørende konventionens rettigheder (hvilket en række andre komiteer i nogle af de andre konventioner har). Det betyder, skriver udvalget, at der ikke på nuværende tidspunkt "findes tilstrækkelige fortolkningsbidrag der kan præcisere bestemmelsernes indhold og omfang" (s. 275). Man nævner, at disse forhold vil kunne ændre sig, f.eks. hvis der etableres en individuel klageadgang, og hvis der i den forbindelse udvikler sig en relevant praksis om fortolkningen af konventionen. Den betragtning fremføres yderligere at en inkorporering af andre konventioner end Den europæiske menneskerettighedskonvention "i første omgang alene bør omfatte et begrænset antal konventioner af hensyn til at tilvejebringe et grundlag for at opnå gradvis erfaring med anvendelsen af inkorporerede konventioner" (s. 275).

Dette er naturligvis et synspunkt, som kan fremføres, men som jo ikke i sig selv taler imod at inkorporere børnekonventionen.

At der ikke er individuel klageret, men at der dog findes en fortolkende komité, synes heller ikke at kunne være afgørende. Især ikke da komiteens udtalelser, ofte baseret på regeringsrapporter og rapporter fra uafhængige Ngo'er eller f.eks. Børnerådet jo er lige så bindende eller uforbindende som udtalelser fra de komiteer der er knyttet til torturkonventionen og racediskriminationskonventionen.

Hovedargumentet er således: ”mængdebetraktningen” (ikke for mange konventioner på en gang) og spørgsmålet om det politisk mindre heldige i ikke at styrke børnenes retsstilling internt, drøftes ikke.

(Med nogenlunde samme argument afvises det at foreslå konventionen om afskaffelse af diskrimination mod kvinder inkorporeret. Der er dog til denne konvention siden december 2000 knyttet en individuel klageadgang, men den er altså ret ny og der har derfor ikke, fremhæves det, været mulighed for at træffe afgørelser i individuelle klagesager).

6. Kritik og afsluttende bemærkninger.

Udover ”mængdeargumentet” (inkorporering af fire i stedet for tre konventioner) synes udvalgets betragtninger ikke at indeholde påpegning af forhold, der kan tale imod en inkorporering. Og berettigelsen af mængdeargumentet kan med god grund drages i tvivl. Det må imidlertid erkendes, at en inkorporering af børnekonventionen vil kunne skabe større politiske problemer end inkorporeringen af de andre konventioner. Børnekonventionen indeholder bestemmelser, der er ganske aktuelle i den politiske debat og som, såfremt de påberåbes med større styrke, vil kunne skabe visse problemer. Det er et tegn på, at selv i et veludviklet velfærdssamfund som Danmark er der dele af børnekonventionen, som tiltrænger øget opmærksomhed og styrkede gennemførelsesskridt.

Lad mig nævne følgende:

Børns fjernelse til udlandet (artikel 11), barnets ret til at udforme egne synspunkter og udtrykke i disse i forhold, der vedrører barnet, og muligheden for at udtale sig overfor forvaltningsmyndigheder i sager, der vedrører barnet (artikel 12), tanke- og religionsfrihed (artikel 14) (en person under 18 år kan ikke udmelde sig af den danske folkekirke uden forældremyndighedsindehaverens samtykke), beskyttelse af barnet mod materiale i medierne, der skader dets velfærd (artikel 17), beskyttelse af flygtningebørn (artikel 22), udnyttelse til prostitution, pornografiske materialer m.v. (artikel 34) og forbud mod at fængsle børn sammen med voksne (artikel 37). Andre eksempler kunne tilføjes.

Det er min opfattelse, at næppe nogen anden konvention regulerer så mange emner af aktuel interesse - også for et i øvrigt veludviklet samfund som Danmark. Det gælder både antallet af berørte personer såvel som antal og karakteren af rettigheder. I forhold til såvel FNs almindelige menneskerettighedskonvention (som jo i øvrigt i det store hele svarer til den allerede inkorporerede europæiske konvention) og tortur- og racediskriminationskonventionen er børnekonventionen og dens krav til indholdet af dansk ret og dansk praksis af betydelig mere vidtrækkende omfang.

Det kan derfor ud fra en menneskeretlig betragtning overraske, at konventionen ikke tildeles den styrke, som en inkorporering ville betyde.

Inkorporeringen ville være af stor signalværdi såvel i Danmark som udenfor, jf. forslagene fra børnekonventions-komiteen. Inkorporeringen ville give de mange organisationer, foreninger m.v., der arbejder frivilligt i børnenes interesse, et velegnet grundlag for deres arbejde og for deres kontakter med myndighederne. Velsagtens kan børnekonventionen som traktat også anvendes i den forbindelse, men det virker betydelig mindre stærkt at basere sig på et internationalt dokument i forhold til vægten af dansk lovgivning.

Erfaringen taler herom sit eget sprog. Den europæiske konvention er blevet anvendt ved domstolene i langt større omfang efter inkorporeringen i 1992, medens de øvrige ikke inkorporerede konventioner kun yderst sjældent påberåbes eller anvendes. I betænkningen (side 59) nævnes således, at i perioden fra 1992 er der kun tolv afgørelser, hvor andre konventioner om menneskerettigheder end Den europæiske menneskerettighedskonvention er blevet påberåbt og/eller anvendt af danske domstole, medens der til sammenligning i samme periode blev truffet 158 afgørelser, hvor Den europæiske konvention blev påberåbt og/eller anvendt. At anvendelsen af den inkorporerede konvention er stigende er beskrevet af medlem af den europæiske menneskerettighedsdomstol Peer Lorenzen i Lov og Ret, 1997, s. 4f.

Ovenstående betragtninger og kendsgerninger fører naturligvis til den erkendelse, at det kan være noget besværligere at inkorporere børnekonventionen end andre konventioner. Mange års praksis m.h.t. fængslinger af børn sammen med voksne og diskussionen herom havde formentlig ændret sig, hvis forbuddet havde været en del af en egentlig dansk lovgivning. Det samme gælder artikel 12s krav om, at børn skal have ret til at give deres opfattelser til kende, når offentlige myndigheder træffer afgørelser, der vedrører dem. Adskillige lignende eksempler kunne nævnes.

Det må således erkendes, at det er en større ”politisk mundfuld” at styrke børnenes retsstilling ved at inkorporere børnekonventionen, end det er at inkorporere de foreslåede. Det må imidlertid være vanskeligt med et udgangspunkt i et så veludviklet demokratisk velfærdssamfund som Danmark at argumentere herimod.

I princippet er Danmark forpligtet til at handle efter konventionen, hvad enten den er inkorporeret eller ej. Men dens faktiske betydning og dens retningsgivende værdi vil utvivlsomt øges ved en inkorporering.

Da en sådan inkorporering imidlertid, som det fremgår af ovenstående, meget vel kan tænkes at stille krav til ændringer i retsfor skrifter og praksis i større omfang end de konventioner som foreslås inkorporeret, kunne man tænke sig specielt udredningsarbejde etableret netop omkring børnekonventionen med henblik på at folketinget i løbet af en kortere periode vil kunne tage speciel stilling til dennes position i dansk ret.

Med venlig hilsen

Ole Espersen