

Rättsfallsanalys

- Från snack till verkstads arbete med strategisk processföring

Andrea Bondesson



Funktionsrättskonventionen
– Från snack till verkstad!

Författare: Andrea Bondesson
(Inledning av Lars Lindberg)

Textbearbetning och grafisk form: Tor Gustafsson

ISBN: 978-91-88677-05-1 (tryck)
978-91-88677-06-8 (pdf)

© Från snack till verkstad/Funktionsrätt Sverige 2018

Innehåll

Inledning	5
Konventionskonform tolkning- en teoretisk genomgång	7
Inhemsk svensk rätt	9
Europakonventionen	12
EU-rätten	13
Hur kan man argumentera för konventionskonform tolkning?	14
När är det idé att argumentera för konventionskonform tolkning?	17
Slutsatser	18
Diskussion utifrån våra praktiska erfarenheter	21
Domstolsprocessens plats i det intressepolitiska arbetet	23
Bilaga 1: Våra fall	29
Fall 1: A mot Lekebergs kommun	29
Fall 2: D mot Gemensamma nämnden för social myndighetsutövning i Mora, Orsa och Älvdalens kommuner	45
Fall 3: Y mot Upplands Väsby	54
Fall 4: K mot Stockholms stad	59
Bilaga 2: Fördjupning om Europakonventionen och EU-rätt	78
Litteratur	97

Inledning

Går det att få genomslag i rättsliga sammanhang för FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning? Trots att den så kallade Funktionsrättskonventionen inte är svensk lag?

Den utmaningen antog Funktionsrätt Sverige 2015 då projektet Från snack till verkstad startade med stöd av Arvsfonden. Projektet har bedrivit det rättsliga arbetet genom att stödja medlemsförbunden att driva enskilda rättsfall till domstol.

"Fallet Anders"

Av de fyra fallen så fick "fallet Anders" särskilt stor betydelse. Kammarrätten i Göteborg kom 2017 fram till att Lekebergs kommuns beslut att tvinga Anders att flytta från sitt boende stod i strid med Europakonventionen. Det är första gången detta har skett i ett LSS-ärende.

I denna rapport redovisas erfarenheterna av strategisk processföring utifrån Funktionsrättskonventionen.

En lärdom från projektet är att det kvarstår mycket arbete för att få domstolarna att beakta Funktionsrättskonventionen i rättsliga avgöranden.

Konventionskonform tolkning - är det ett krav?

Rapporten är författad av juristen Andrea Bondesson som även gör en teorigenomgång av var åsikterna går isär om huruvida konventionskonform tolkning är ett krav eller en valmöjlighet när det gäller konventioner för mänskliga rättigheter som inte har blivit en del av svensk lagstiftning. Hon menar att det tycks finnas en starkare skyldighet att tolka Europakonventionen utifrån Funktionsrättskonventionen. Detsamma kan sägas om kravet att tolka EU-rätten utifrån Funktionsrättskonventionen.

Använd alla tillgängliga rättskällor

För att öka chanserna till genomslag för funktionsrättigheter blir hennes slutsats därför att det är av stor vikt att

"För att öka chanserna till genomslag för funktionsrättigheter blir hennes slutsats därför att det är av stor vikt att använda sig av alla tillgängliga rättskällor."

använda sig av alla tillgängliga rättskällor: nationell rätt, Europarätt men även annan internationell rätt som Sverige är bunden av.

Genomgången av hur domstolarna har bedömt vår argumentation visar att konventionskonforma tolkningar har svårt att vinna genomslag. Den visar också att domstolarna kan avfärda sådan argumentation utan någon som helst motivering.

En orsak till detta är att domstolarna tenderar att anta att internationell rätt stämmer överens med svensk rätt och att de därför inte behöver bry sig om den - om inte motsatsen bevisas.

Andrea Bondesson betonar att det kan finnas ett behov av att ytterligare förstärka argumentationen med mer praxis. Inte minst finns det ett stort behov av att driva fler ärenden. Här kan strategisk processföring användas som ett intressepolitiskt verktyg.

Men det konstateras också att rättigheter och skyldigheter måste skrivas in i svensk lag om en konvention ska kunna användas direkt i myndigheter och domstolar. Detta kan exempelvis göras genom att konventionstexten blir svensk lag. Europakonventionen är ett exempel på detta och Barnkonventionen kommer att bli inkorporerad i svensk lag till 2020.

I en rekommendation till Sverige 2014 uttrycker FN oro över att Funktionsrättskonventionen inte har införlivats i svensk lagstiftning och att tolkningen av den därmed överläts till myndigheter och domstolar. FN-kommittén yrkar på att Sverige säkerställer att konventionen inkorporeras till svensk rätt så att den kan bli tillämplig som svensk lag.

Lars Lindberg, projektledare, Från snack till verkstad

Konventionskonform tolkning

- en teoretisk genomgång

Sverige har ett dualistiskt rättssystem. Detta innebär att internationell rätt inte blir direkt tillämplig hos svenska myndigheter och domstolar efter ratificering. Ratificering kallas den process där riksdagen eller regeringen godkänner att Sverige ska vara bunden av en konvention.

Riksdagen ratificerade Funktionsrättskonventionen 2008, SÖ 2008:26, och den trädde i kraft i Sverige 2009. Hela Sverige, stat, kommun och landsting, är därmed bundna av Funktionsrättskonventionen. Det innebär att staten och med staten regeringen har en skyldighet att se till att konventionen genomförs fullt ut i Sverige.

Rättigheterna måste genomföras

För att konventionens rättigheter och skyldigheter ska bli direkt tillämpliga hos svenska myndigheter och domstolar krävs emellertid något mer. Det krävs att rättigheterna och skyldigheterna förs in i lag eller annan författning. Diskriminering i form av bristande tillgänglighet är ett exempel på en bestämmelse som har genomförts i svensk lagstiftning, se 1:4 punkt 3 i Diskrimineringslagen.

Ligger hela makten och ansvaret för att personer med funktionsnedsättning kan åtnjuta sina rättigheter på regering, riksdag och kommunala beslutande församlingar? Nej, myndigheter och domstolar har enligt regeringens strategi för mänskliga rättigheter (ID-nummer: Skr. 2016/17:29) också en skyldighet att tolka svensk rätt utifrån Funktionsrättskonventionen. Detta om det behövs för att Sverige så långt som möjligt ska uppfylla sina internationella förpliktelser. Detta kallas konventionskonform, normkonform eller fördragskonform tolkning.

I denna skrift väljer vi att genomgående använda begreppet konventionskonform tolkning. Konventionskonform tolkning innebär att en svensk bestämmelse tolkas så att den så långt möjligt stämmer överens med vad som står i

"För att konventionens rättigheter och skyldigheter ska bli direkt tillämpliga hos svenska myndigheter och domstolar krävs emellertid något mer. Det krävs att rättigheterna och skyldigheterna förs in i lag eller annan författning."

en eller flera artiklar i en konvention.

Ett exempel: LSS

Vi tar ett exempel från Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS:

LSS har till syfte och mål att personer med omfattande funktionsnedsättningar ska kunna leva som andra, uppnå jämlika levnadsvillkor och vara fullt delaktiga och inkluderade i samhället. Personer som får insatser ska genom dessa tillförsäkras goda levnadsvillkor, §§ 5-7. Dessa bestämmelser kan tolkas mot bakgrund av Funktionsrättskonventionens rättigheter och syfte.

- Syftet med konventionen är att ge alla personer med funktionsnedsättning möjlighet att fullt ut åtnjuta alla sina mänskliga rättigheter på lika villkor som andra - artikel 1.
- Alla personer med funktionsnedsättning har rätt till det personella stöd, däribland personlig assistans, som krävs för att kunna leva ett fullt delaktigt och inkluderat liv i samhället, fritt från isolering - artikel 19.
- Alla personer med funktionsnedsättning har rätt till tillfredsställande levnadsvillkor - artikel 28.

En tolkning av LSS mot bakgrund av Funktionsrättskonventionen kan innebära att en tolkning av jämlika levnadsvillkor, full delaktighet och inkludering, samt goda levnadsvillkor förstås på ett sätt som överensstämmer med Funktionsrättskonventionens syn på delaktighet, inkludering, tillfredsställande levnadsvillkor och ett lika åtnjutande av sina rättigheter.

Konventionen, särskilt om man ser till den tolkning som den har getts av övervakningskommittén, uttrycker att rätten gäller full delaktighet¹. Personer med funktions-

1. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment on article 19: Living independently and being included in the community, CRPD/C/GC/5, (cit. CRPD/C/GC/5) 2017-09-27.

nedsättning ska kunna vara delaktiga i samhällets alla delar, kunna jobba, studera, ha en självvald fritid, vara föräldrar, hänga med kompisar, träna och så vidare. Var leder det här oss? Till att man kan förstärka argumenten för att LSS, med hänvisning till konventionens krav, ska ges en tolkning som stämmer överens med de ursprungliga förarbetena, främst proposition 1992/93:159. Där en helhetsbedömning av individens behov ska göras och där individen bland annat ska ha möjlighet att göra allt detta som konventionen kräver.

Tre sätt att argumentera

Det finns i huvudsak tre olika sätt som man kan argumentera för att en konventionskonform tolkning ska göras utifrån Funktionsrättskonventionen:

Dessa är:

1. Konventionskonform tolkning av svensk rätt på folkrättslig grund.
2. Konventionskonform tolkning av Europakonventionen som lag utifrån Funktionsrättskonventionen, och
3. Konventionskonform tolkning av EU-rätten (och Europakonventionen enligt folkrättslig och europeisk princip utifrån Funktionsrättskonventionen.

Inhemsk svensk rätt

Ovan har vi gett ett exempel på hur konventionskonform tolkning kan användas. En av projektets utgångspunkter var att domstolar och myndigheter inte i tillräcklig utsträckning använder sig av konventionskonform tolkning. Projektet gjorde därför tidigt en genomgång av svenska fall där domstolar har använt sig av konventionskonform tolkning.

Högsta domstolen har använt sig av konventionskonform tolkning av svensk rätt utifrån Europakonventionen ett

flertal gånger innan det att Europakonventionen blev svensk lag: NJA 1988 s. 572, NJA 1989 s. 131, NJA 1991 s. 188, NJA 1991 s. 512, NJA 1992 s. 363, NJA 1992 s. 513 och NJA 1992 s. 532.

Ett senare hovrättsfall, RH 2014:9, bör också särskilt nämnas. Detta fall handlar om ett diskriminerande nekande av barnförsäkring till ett barn med funktionsnedsättning. Hovrätten konstaterade i detta fall att kränkningen var särskilt allvarlig då likabehandlingsprincipen avseende försäkringar i artikel 25 Funktionsrättskonventionen inte hade iakttagits.

Ytterligare stöd för att myndigheter och domstolar ska använda sig av konventionskonform tolkning kan man hitta i flera förarbeten. Detta framgår exempelvis av SoU 2010:70, *Ny struktur för skydd av mänskliga rättigheter*, s. 130-131, där det bland annat framgår att en enskild som för talan i domstol kan hänvisa till konventionsbestämmelser som stöd för att en svensk lagbestämmelse ska tolkas på ett visst sätt.

Regeringen framhäver vidare i *Regeringens strategi för det nationella arbetet med mänskliga rättigheter*, skrivelse 2016/17:29, att myndigheter och domstolar ska tillämpa konventionskonform tolkning, s. 10-11. Regeringen ägnar i denna skrivelse avsnitt 6.1 åt just normkonform tolkning, s. 26:

(...) Både myndigheter och domstolar är skyldiga att så långt det är möjligt tolka svenska rättsregler på ett sådant sätt att de blir förenliga med Sveriges konventionsåtaganden, vilket uppnås genom s.k. fördragskonform tolkning. Det finns material som kan användas i syfte att tillgodogöra sig konventionernas närmare innebörd, inte minst i form av förarbeten, praxis och allmänna kommentarer till konventionstexterna.

Myndigheter spelar en viktig roll i arbetet med att säkerställa full respekt för Sveriges internationella åtaganden om mänskliga rättigheter, bland annat genom att beakta principen om fördragskonform tolkning. Regeringen avser därför att följa hur principen om fördragskonform tolkning tillämpas i myndigheters verksamhet.

Här bör även nämnas att Europadomstolen i målet Gube-

rina v. Kroatien, ansökan 23682/13, 2016-03-22 (Se bilaga 2) slår fast att staten inte endast hade att beakta Europakonventionens bestämmelser utan även att staten skulle ha beaktat Funktionsrättskonventionens principer vid tillämpningen av nationell rätt.

Detta klagande av staternas positiva skyldigheter blir relevant även i en svensk kontext eftersom Sverige ratificerat Europakonventionen.

Är det verkligen en skyldighet?

Är det då verkligen en skyldighet för myndigheter och domstolar att använda sig av konventionskonform tolkning av inhemsk svensk rätt utifrån Funktionsrättskonventionen? Och i så fall under vilka förutsättningar?

Ovan har vi redogjort för stöd för att konventionskonform tolkning ska tillämpas om det i ett enskilt fall är nödvändigt för att Sverige så långt som möjligt ska leva upp till sina förpliktelser enligt internationell rätt som inte har införlivats i svensk rätt.

Uppsala universitet har nyligen redovisat en rapport som delvis kommer fram till en annan slutsats. Rapporten, *Principen om fördragskonform tolkning - förhållande till Sveriges konventionsåtaganden om mänskliga rättigheter*, är skriven av Patrik Bremdal, Maria Grahn Farley och Jane Reichel.² Rapportförfattarna gör en skillnad mellan europarätt och övrig internationell rätt.

Utifrån genomgången av svensk praxis menar rapportförfattarna att myndigheter och domstolar inte är skyldiga att använda sig av konventionskonforma tolkningar såvitt avser övrig internationell rätt. Istället menar rapportförfattarna att det är en av flera lagtolkningsprinciper som kan användas för att tolka och tillämpa svensk rätt.

2. Patrik Bremdal, Maria Grahn Farley och Jane Reichel, *Principen om fördragskonform tolkning - förhållande till Sveriges konventionsåtaganden om mänskliga rättigheter*, Uppsala Universitet, 2017, (cit. Bremdal, Grahn Farley och Reichel).

Europakonventionen

Europakonventionen har en särställning i svensk rätt. Dels är den en folkrättslig traktat som Sverige ratificerat, dels har den införlivats som lag i Sverige och slutligen har det i regeringsformen skrivits in att ingen annan svensk föreskrift får antas i strid med Europakonventionen.

Sedan 1994 gäller Europakonventionen såsom lag i Sverige, SFS 1994:1219. Europakonventionen ska alltså tillämpas som svensk lag. Liksom annan svensk rätt ska Europakonventionen och dess i svensk lag genomförda tilläggsprotokoll tolkas konventionskonformt med ratificerad internationell rätt, exempelvis Funktionsrättskonventionen.

Även utifrån Europakonventionens ställning som en folkrättslig traktat ska övriga svenska föreskrifter för att uppfylla Europakonventionens krav tolkas konventionskonformt mot Europakonventionens krav. Bremdal med flera menar att det finns en starkare skyldighet att tolka svensk rätt konventionskonformt utifrån Europakonventionen inklusive gällande tilläggsprotokoll jämfört med andra internationella traktat. Denna skyldighet beror just på att denna konvention med flertalet protokoll gäller som lag i Sverige.

Redan här bör nämnas att man ska ta hänsyn till annan gällande internationell rätt vid tolkningen av Europakonventionen utifrån folkrättsliga principer, Wienkonventionen om traktaträtten artikel 31 § 3 (c). I bilaga 2 redovisar vi praxis från Europadomstolen som visar att domstolen på olika sätt har tagit hänsyn till Funktionsrättskonventionen.

Europakonventionen har medfört att svensk rätt tolkats annorlunda och även att svensk lag helt satts åt sidan och Europakonventionen tillämpats istället, se bland andra NJA 2012 s. 1038, NJA 2005 s. 805, NJA 2005 s. 462, NJA 2009 s. 463, NJA 2013 s. 502.

EU-rätten

EU-rätten gäller i Sverige och har vid konflikt företräde framför nationell rätt.³ Såväl Europakonventionen som Funktionsrättskonventionen är en del av EU-rätten.

Europadomstolen har vid flera tillfällen tolkat Europakonventionen utifrån Funktionsrättskonventionen. EU-domstolen har tolkat EU-rätt utifrån Funktionsrättskonventionen. EU-stadgan lyfter specifikt rättigheter för personer med funktionsnedsättning i artikel 21 om icke-diskriminering och artikel 26 om rätt för personer med funktionsnedsättning att åtnjuta det sociala skyddsnätet. EU-stadgan får inte tolkas på ett sätt så att den försämrar det skydd Funktionsrättskonventionen ger.

Vad kan vi dra för slutsatser av det här? Jo, att så fort vi har en fråga som på något sätt regleras av EU-rätt kan vi återropa Funktionsrättskonventionen som tolkningsunderlag. Följande situationer kan urskiljas:

- Att sekundärrätt, inklusive svensk genomförandelagstiftning av sådan rätt, ska tolkas i ljuset av Funktionsrättskonventionen.
- Att Europakonventionen som en EU-rättslig princip ska tolkas i ljuset av Funktionsrättskonventionen.
- Att EU-stadgan inte får tolkas på ett sätt så att den försämrar rättigheterna enligt Funktionsrättskonventionen.

I detta sammanhang hänvisar vi återigen till Uppsala universitets rapport om konventionskonform tolkning. Rapportförfattarna menar att det finns en stark skyldighet att tolka EU-rätten konventionskonformt mot Funktionsrättskonventionen.⁴ Denna skyldighet beror på att EU-rätten gäller som lag i Sverige.⁵

3. Regeringsformen 2:19.

4. Se Bremdal, Grahn Farley och Reichel.

5. Regeringsformen 1:10 och 10:6, Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen samt Fördraget om europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version) artikel 288.

Hur kan man argumentera för konventionskonform tolkning?

Nedanstående tips och argument för konventionskonform är framtagna med grund i de rättsfall och förarbeten som presenteras under avsnittet *Inhemsk svensk rätt*.

- **Ange tydliga skäl för varför domstolen ska pröva en konventionskonform tolkning**

Detta är mycket svårt, enligt våra erfarenheter från de fall vi har stöttat. Här är det mycket viktigt att i varje läge underbygga argumentationen med rättsligt stöd.

- **Ange tydliga skäl för varför presumtionen om att svensk rätt överensstämmer med konventionen ska brytas**

Det finns en rättsprincip som innebär att myndigheter och domstolar antar att svensk rätt stämmer överens med de internationella konventioner som Sverige är bunden av.⁶

En myndighet eller domstol kommer alltså inte utan särskild anledning att titta i Funktionsrättskonventionen eller annan internationell rätt.

Det är upp till den som vill att myndigheten eller domstolen ska använda sig av konventionskonform tolkning att visa att det faktiskt behövs. Alltså att visa, eller i varje fall argumentera för, att svensk rätt inte stämmer överens med den internationella rätten.

Ordningen är något annorlunda när det gäller EU-rätten. EU-rätten har dels företräde, dels finns ordningen med förhandsavgöranden, se artikel 267 Funktionsfördraget. Om det råder oklarheter om hur EU-rätten ska tolkas och tillämpas kan eller ska en domstol vända sig till EU-domstolen.⁷

6. SoU 2010:70 s. 130-131.

7. Angående förhandsavgöranden se vidare exempelvis Chalmers,

Det ger vissa möjligheter, givet de slutsatser rörande konventionskonform tolkning av sekundär EU-rätt utifrån Funktionsrättskonventionen som vi har dragit ovan under avsnittet *EU-rätten*. Det innebär nämligen att man som klagande kan be, eller i vissa fall begära, att den svenska domstolen inhämtar ett förhandsavgörande, alltså ett förhandsavgörande av hur EU-rätten ska tolkas i ljuset av Funktionsrättskonventionen och hur det påverkar EU-rättens tillämpning.

Det är viktigt att underbygga en sådan förfrågan eller begäran med tydliga och starka argument för att det råder oklarheter om hur EU-rätten ska tolkas. Det är likaså viktigt att hänvisa till stöd för att EU-domstolen tar hänsyn till Funktionsrättskonventionen i sin tolkning av EU-rätten.

Stöd för detta kan du finna under avsnittet *EU-rätten*. Enligt artikel 267 § 3 är en nationell högsta instans skyldig att inhämta ett förhandsavgörande om det råder oklarheter om hur EU-rätten ska tolkas.⁸ Underätter, vars avgöranden kan överklagas, kan begära förhandsavgöranden men måste inte, se artikel 267 § 2.

- **Hitta tolkningar av nationell lagstiftning som håller sig inom ramen för den nationella lagstiftningens ordalydelse**

När man väl har redogjort för stöd för att konventionskonform tolkning ska användas och att svensk rätt inte stämmer överens med den internationella rätten gäller det att visa hur de nationella bestämmelserna ska tol-

Davies, Monti s. 174-198.

8. Detta innebär vidare att ett väl underbyggt påstående om att det råder oklarheter om hur EU-rätten ska tolkas kan vara ett argument för att beviljas prövningstillstånd i högsta instans, se återigen Chalmers, Davies, Monti s. 174-198. Grunderna för prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen framgår av Förvaltningsprocesslagen § 36. Grunderna för prövningstillstånd i Högsta domstolen framgår av Rättegångsbalken 54:10. (Inte alla ärenden kan överklagas till dessa högsta instanser vilket innebär att andra regler kan gälla för dessa ärenden.)

kas. Det gäller alltså att redogöra för vad en konventionskonform tolkning faktiskt ger i det enskilda fallet. Ett exempel på detta redovisas under det inledande avsnittet om konventionskonform tolkning.

Graderna av skillnader mellan den svenska rätten och den internationella varierar. En konventionskonform tolkning kan användas på flera olika sätt. Bland annat för att få till en annan tolkning av begrepp och justera definitioner av bestämmelser. En grundläggande princip måste emellertid alltid följas. Den är att en konventionskonform tolkning aldrig kan gå emot den nationella lagstiftningens ordalydelse.

Man kan alltså aldrig få mer än vad den nationella lagstiftningen (inklusive Europarätten) ger utrymme för.

- **Nationell lagstiftning antagen före eller efter ratifikationen av Funktionsrättskonventionen?**

Liksom det finns en presumtion för att svensk rätt stämmer överens med ratificerade konventioner, alltså bindande internationell rätt, finns det en presumtion för att den svenske lagstiftaren inte vill lagstifta emot ratificerade konventioner. Detta innebär att det kan vara lättare att ha framgång med argument om konventionskonform tolkning av lagstiftning som är antagen efter det att Funktionsrättskonventionen trädde ikraft för Sveriges del. Funktionsrättskonventionen trädde ikraft för Sverige 2009-01-14.

- Finns ställningstagande från lagstiftaren att lagstiftningen ifråga stämmer överens med konventionen?

Om lagstiftaren har tagit ställning för att en viss lagstiftning stämmer överens med Funktionsrättskonventionen eller någon annan konvention är det svårt att hävda motsatsen.

Ett sådant ställningstagande från lagstiftaren finner man i förarbetena till den lagstiftning det är fråga om. Enligt vår mening beror emellertid verkan av ett så-

dant ställningstagande av hur precist det är. Om det av förarbetena endast framgår att lagstiftningen står i överensstämmelse med konventionen eller att konventionen har beaktats bör möjligheterna att ifrågasätta detta vara större än om det rör sig om ett mer precist uttalande.

- Räcker nationell lagstiftning för att uppfylla konventionens krav?

Om nationell lagstiftning eller andra bestämmelser som reglerar ärendet räcker för att uppfylla konventionens krav kan en konventionskonform tolkning inte göras. Det finns heller ingen anledning att göra en.

När är det idé att argumentera för konventionskonform tolkning?

Vid ansökan:

Beroende på hur ansökan går till torde den enskilde många gånger inte alls ange något rättsligt stöd för sin ansökan.

Det handlar istället om att berätta vad man behöver och varför. Varför det man behöver faller inom ramen för den sökta förmånen eller tillståndet. Många gånger är det av fullständigt avgörande betydelse att ge in en god och tillräcklig bevisning.

Om den enskilde tror att hen kan få sin ansökan beviljad utifrån endast svensk rätt är det, enligt vår mening, bättre att inte i det här stadiet åberopa internationell rätt. Däremot kan det vara en god idé att beskriva sina behov på ett sådant sätt att rättigheterna ändå blir lyfta vid ansökan.

Vid omprövning eller ändring⁹:

I detta stadie kan det många gånger vara bra att argumen-

9. I den nya förvaltningslagen benämns omprövning ändring.

tera för en konventionskonform tolkning.

Vid överklagan:

I detta stadié kan det många gånger vara bra att argumentera för en konventionskonform tolkning.

Vid överklagan som kräver prövningstillstånd:

I detta stadié kan det många gånger vara bra att argumentera för en konventionskonform tolkning.

Slutsatser

Sammanfattningsvis får konstateras att regeringens tydliga strategi ännu inte fått genomslag och att åsikterna går isär om huruvida konventionskonform tolkning är ett ska-krav eller en valmöjlighet när det gäller i Sverige ej genomförda konventioner för mänskliga rättigheter.

Skyldigheten att tolka Europakonventionen utifrån Funktionsrättskonventionen förefaller vara starkare. Detsamma kan sägas om kravet att tolka EU-rätten utifrån Funktionsrättskonventionen.

I detta sammanhang vill vi lyfta en komparativ genomgång som har gjorts, redigerad av Waddington och Lawson. Olika kapitelförfattare har i den sammanställningen redogjort för användningen av Funktionsrättskonventionen inom elva jurisdiktioner samt praxis från Europadomstolen och EU-domstolen. Waddington och Lawson har analyserat resultaten.

Waddington menar att domstolar runt om i Europa, EU-domstolen och Europadomstolen, använder sig av konventionskonform tolkning i lite olika situationer. För att förstärka en argumentation och bedömning som de skulle ha kommit till i vilket fall som helst. Eller för att faktiskt förändra eller utveckla en tolkning av den relevanta lagstiftningen.¹⁰

10. Waddington och Lawson s. 548-549.

Använder konventionen för att lösa inhemska problem

Waddington menar vidare att domstolarna i de flesta fall verkar använda Funktionsrättskonventionen för att lösa problem eller svårigheter med inhemsk lagstiftning snarare än för att uppfylla internationella skyldigheter om mänskliga rättigheter. Hon menar även att en reglerad skyldighet att se till Funktionsrättskonventionen i praktiken inte påverkar tillämpningen. Prejudikat som tar hänsyn till konventionen verkar spela roll, särskilt inom det relevanta rättsområdet.

Domarna förefaller inte i någon större utsträckning bilda sig en egen uppfattning om vad konventionen faktiskt innebär. Huruvida domstolarna påverkas av att ombud eller amicus curiae åberopar konventionen verkar oklart. Waddington antyder att så inte är fallet men samtidigt framhävs fall där en nationell institution för mänskliga rättigheter eller en organisation från civilsamhället har engagerat sig och åberopat Funktionsrättskonventionen. I vissa av dessa fall har domstolarna hänvisat till och tolkat inhemsk rätt utifrån Funktionsrättskonventionen. Engagerade och kunniga domare och ombud verkar vidare spela viss roll.

En specifik möjlighet som lyfts rör vidare den att hänvisa en viss fråga till en högre domstol¹¹ eller förhandsavgöranden inom EU-rätten. En tydlig fråga från en underrätt om konventionskonforma tolkningar utifrån Funktionsrättskonventionen kan därmed få högsta instans att ta ställning till frågan. På så sätt kan prejudikat skapas.¹²

Konventionen kan förändra värderingar

Anna Lawson lyfter vidare den roll som Funktionsrättskonventionen kan ha i att förändra och förstärka värderingar. Alltså inte genom en konventionskonform tolkning utifrån en eller flera artiklar utan genom argument som framhäver konventionens värderingar, principer. En sådan värderingsförändring kan exemplifieras med para-

11. För de allmänna domstolarna i Sverige regleras denna fråga av Rättegångsbalken 56:13-15.

12. Waddington och Lawson s. 576-593.

digmskiftet från den medicinska modellen för funktionshinder till den människorättsbaserade modellen.

Det kan därmed även finnas i en poäng att argumentera på detta lite mer "fluffiga" sätt i inlagor.¹³

"Enligt vår mening är det av stor vikt att använda sig av alla tillgängliga rättskällor i överklaganden och inlagor: nationell rätt, Europarätt men även annan internationell rätt som Sverige är bunden av"

Använd alla tillgängliga rättskällor

Enligt vår mening är det av stor vikt att använda sig av alla tillgängliga rättskällor i överklaganden och inlagor: nationell rätt, Europarätt men även annan internationell rätt som Sverige är bunden av. Att åberopa andra konventioner för mänskliga rättigheter som berör ärendet ifråga och har samstämmiga rättigheter med någon eller flera av ovanstående rättskällor kan stärka argumentationen, se artikel 31 punkt 3c Wienkonventionen om traktaträtten.¹⁴ Det är också värt att nämna att Europadomstolen i Demir hänvisar just till ovanstående artikel i Wienkonventionen.

Det är av stor vikt att ha en välunderbyggd argumentation, såväl kring rättsligt stöd för konventionskonforma tolkningar som vad en sådan faktiskt konkret leder till. Inte minst med tanke på att den komparativa genomgången visar att domstolarna inte ofta själva aktivt tolkar Funktionsrättskonventionen. Den komparativa genomgången visar även den (om än osäkra) påverkan som civilsamhällesorganisationer och nationella institutioner för mänskliga rättigheter har haft på praxis, samt den möjliga betydelsen av engagerade och kunniga individer.

Det finns emellertid risker med ovan beskrivet tillvägagångssätt. Att åberopa alla rättsliga grunder som kan ge den enskilde rätt täcker upp på så sätt att domstolen kan tänkas hålla med om någon eller flera av grunderna. Risken ligger i att domstolen inte känner sig bunden av att bemöta och bedöma alla grunderna. Utifrån denna risk kan ett annat tillvägagångssätt vara att fokusera på en eller ett par starka grunder, exempelvis Europakonventionen och tillämplig svensk lagstiftning.¹⁵

13. Waddington och Lawson s. 567-569.

14. Wienkonventionen om traktaträtten, SÖ 1988:36.

15. Diskussion under Från snack till verkstads seminarium 2018-09-24 om Europakonventionen och Funktionsrättskonventionen i svensk

Diskussion utifrån våra praktiska erfarenheter

Den rättsliga argumentationen

- Vad har fungerat?

Går det att få genomslag för att konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, Funktionsrättskonventionen, i rättsliga sammanhang trots att den inte är svensk lag?

Den utmaningen antog Funktionsrätt Sverige 2015 då projektet Från snack till verkstad startade med stöd av Arvsfonden. Det har skett genom att stödja medlemsförbunden att driva enskilda rättsfall till domstol. I bilaga 1 "Våra fall" redogör vi grundligt för fyra olika fall som drivits inom ramen för projektet. Vi beskriver hur processen har sett ut och hur argumentationen har förts i olika instanser.

Syftet med att arbeta med strategisk processföring var att försöka förmå domstolarna att använda sig av konventionskonforma tolkningar utifrån Funktionsrättskonventionen. Olika sätt att göra detta på har vi redovisat i teoridelen samt i redogörelsen för alla ärendena.

Vi har arbetat med konventionskonforma tolkningar av svensk rätt och Europakonventionen som svensk lag. Vi har inte provat konventionskonforma tolkningar av EU-rätt. Anledningen till det ligger i att de rättsområden vi har fokuserat på inte är EU-rättsligt reglerade.

Vi har hela tiden haft en mycket väl underbyggd argumentation kring varför domstolarna ska ta hänsyn till internationell rätt.

Vi har avseende skyldigheten att tolka inhemsk svensk rätt konventionskonformt hänvisat till praxis, förarbeten och regeringens strategi för arbetet med mänskliga rättigheter.

När det gäller skyldigheten att tillämpa Europakonventionen
domstol. Argument framfört av Ola Linder, jurist vid Lagen som verktyg, Independent Living Institute.

"Syftet med att arbeta med strategisk processföring var att försöka förmå domstolarna att använda sig av konventionskonforma tolkningar utifrån Funktionsrättskonventionen."

"Förvaltningsrätten avfärdade hela vår rättsliga argumentation kring konventionskonform tolkning och Europakonventionen som svensk lag med en mening."

nen och tolka inhemsk rätt utifrån Europakonventionen har vi åberopat svensk praxis, regeringsformen och litteratur. Avseende skyldigheten att tolka Europakonventionen utifrån Funktionsrättskonventionen har vi använt oss av praxis från Europadomstolen.

Vad har då fungerat? Hur har domstolarna bemött och bedömt vår argumentation?

Fall 1: A mot Lekebergs kommun (Se bilaga 1)

Förvaltningsrätten avfärdade hela vår rättsliga argumentation kring konventionskonform tolkning och Europakonventionen som svensk lag med en mening. Att den inte föranleder någon annan bedömning.

Kammarrätten bemötte och bedömde vår argumentation utifrån Europakonventionen som svensk lag. Majoriteten fann som ovan redogjorts för att den aktuella tillämpningen av LSS stred mot LSS och därför saknade stöd i lag och därav var den inte tillåten enligt Europakonventionen. Minoriteten fann att tillämpningen av LSS inte stred mot LSS men att en proportionalitetsbedömning utifrån Europakonventionen utföll till A:s fördel.

Kammarrätten bemötte inte alls vår argumentation utifrån Funktionsrättskonventionen. Vare sig i den del den avsåg LSS eller Europakonventionen.

Fall 2: D mot Gemensamma nämnden för social myndighetsutövning i Mora, Orsa och Älvdalens kommuner (Se bilaga 1)

Förvaltningsrätten bemötte inte vår argumentation kring vare sig Europakonventionen, Funktionsrättskonventionen eller hänvisningen till A:s fall.

Däremot gjorde förvaltningsrätten vad som endast kan beskrivas som en proportionalitetsbedömning utifrån socialtjänstlagen. Förvaltningsrätten vägde kommunens intressen mot D:s och fann att D:s önskan att få bo kvar skul-

le ges särskild vikt. Rätten anförde vidare att kommunen inte visat att deras föreslagna alternativ var bättre.

Fall 3: Y mot Upplands Väsby kommun (Se bilaga 1)

Förvaltningsrätten bemötte inte vår argumentation kring vare sig Europakonventionen eller Funktionsrättskonventionen. Förvaltningsrätten gjorde enbart en bedömning utifrån skollagen.

Bedömningen rörde hur de formella förutsättningarna för en avstängning var uppfyllda. Då rätten fann att så inte var fallet gjordes ingen vidare bedömning.

Fall 4: K mot Stockholms stad (Se bilaga 1)

I förvaltningsrätten hade K inte argumenterat utifrån internationell rätt. Kammarrätten bedömde helt kort att stadens beslut inte stred mot något svenskt konventionsåtagande eller mot regeringsformen. Då hade vi argumenterat utförligt kring såväl Funktionsrättskonventionen som Europakonventionen.

Bedömningen i övrigt utgick helt från svensk rätt. Vid tiden för denna rapport inväntar vi besked om prövnings-tillstånd av Högsta förvaltningsdomstolen.

"Kammarrätten bedömde helt kort att stadens beslut inte stred mot något svenskt konventionsåtagande eller mot regeringsformen. Då hade vi argumenterat utförligt kring såväl Funktionsrättskonventionen som Europakonventionen. Bedömningen i övrigt utgick helt från svensk rätt."

Domstolsprocessens plats i det intressepolitiska arbetet

Att tillsammans med medlemsförbunden och externt ombud driva principiellt viktiga rättsfall har varit en stor och viktig del av projektet. Det har fördjupat funktionsrättsrörelsens kunskap om konventionskonforma tolkningar.

En god bevisning är i de flesta fall av avgörande betydelse för att få rätt.

I tre av fallen kom vi in tidigt i processen, i första instans. Bortsett från resursåtgången talar avgörande skäl för att

välja fall som befinner sig tidigt i processkedjan. Detta för att kunna bygga en sammanhållen och stark rättslig argumentation, med god bevisning, redan från början.

Är muntlig förhandling alltid en fördel?

"Genomgången av hur domstolarna har bedömt vår argumentation visar att konventionskonforma tolkningar har svårt att vinna genomslag.

Den visar också att domstolarna kan avfärda sådan argumentation utan någon som helst motivering."

Vi hade muntlig förhandling i ett av fyra fall (Fall 1, se bilaga 1). Det går inte att dra slutsatsen att muntlig förhandling alltid är till fördel. Huruvida förhandling bör begäras beror på en mängd faktorer. Dels handlar det om det finns ett behov av vittnesbevisning, om det är till fördel för argumentationen att förhandling hålls, den enskildes inställning och huruvida dennes närvaro i rättssalen är av godo eller inte.

Dels handlar det om tillgången till ett kunnigt, erfaret och engagerat ombud. Utan ett sådant ombud kan vi inte rekommendera en begäran om muntlig förhandling. Det behövs ett ombud som kan hantera motparten, ställa frågor och ifrågasätta, som kan förhöra vittnen och som kan plädera övertygande.

Svårt få genomslag för konventionskonforma tolkningar

Genomgången av hur domstolarna har bedömt vår argumentation visar att konventionskonforma tolkningar har svårt att vinna genomslag.

Den visar också att domstolarna kan avfärda sådan argumentation utan någon som helst motivering. Det finns således mycket kvar att göra. Det kan finnas ett behov av att ytterligare förstärka argumentationen med mer praxis, förarbeten, och doktrin. Inte minns finns det ett stort behov av att driva fler ärenden.

Den argumentation som fick genomslag i A rörde Europakonventionen som svensk lag. Målet kom inte längre än till kammarrätt och det finns ett behov av att få till en prövning av funktionsrätt utifrån Europakonventionen i högsta instans.

Seminarium om konventionskonform tolkning

Från snack till verkstad hade ett seminarium om Europakonventionen och Funktionsrättskonventionen i svensk domstol i september i 2018.¹⁶ Vid detta diskuterade vi frågan om hur konventionskonforma tolkningar kan få ett större genomslag. Behovet av att driva fler fall lyftes liksom behovet av mer kunskap hos domstolarna.

Den (förhoppningsvis) kommande etableringen av en nationell institution för mänskliga rättigheter kom även upp som en möjlig faktor som skulle kunna stärka mänskliga rättigheter. Vid seminariet presenterades även ett förslag om att försöka engagera Advokatsamfundet. Det skulle kunna handla om att erbjuda samfundet utbildning om mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning och deras användning i domstol. Det skulle också, vilket har diskuterats tidigare, vara värdefullt att försöka få till samarbete med Advokatsamfundet om strategisk processföring.

"Utifrån en eller ett par starka grunder"

Vi diskuterade även frågan om att koncentrera argumentationen mer kring en eller par starka grunder. Detta för att förmå domstolarna att faktiskt bemöta de grunder som åberopas. I de fall som projektet har engagerat sig i har vi åberopat alla relevanta rättsliga grunder, svensk rätt, Europakonventionen, Funktionsrättskonventionen och annan relevant internationell rätt. Ett nästa steg skulle därför kunna vara att driva ett fall utifrån en eller par starka grunder, exempelvis Europakonventionen och relevant svensk rätt. Eller svensk rätt och Funktionsrättskonventionen.

Som framhölls av Ola Linder, jurist vid Lagen som verktyg, Independent Living Institute, blir denna typ av processföring mindre klientvänlig. Istället för att åberopa alla de grunder som kan hjälpa den enskilde väljer man ut en eller ett par. Denna typ av process blir därmed än mer "strategisk" än de vi har varit med om att driva.

¹⁶ Seminarium om Europakonventionen och Funktionsrättskonventionen i svensk domstol, 2018-09-24, hos Funktionsrätt Sverige, Sundbyberg.

Om en sådan process ska drivas är det av stor vikt att inte glömma den enskildes intressen och att vara tydlig med vilka risker och potentiella vinster som en sådan process kan innebära. Det blir alltså än mer viktigt att finna en klient som vill att ärendet drivs av principiella skäl snarare än för att endast själv få rätt.

"Vi menar att det är av stor vikt att funktionsrättsrörelsen fortsätter detta arbete. De framgångar som vi har haft visar att strategisk processföring kan göra skillnad."

Försöka utveckla praxis

Att arbeta med strategisk processföring handlar om att försöka utveckla, förändra, eller förtydliga praxis. Det görs med ett tydligt syfte. I vårt fall var syftet att försöka utveckla en praxis där domstolarna tillämpar konventionskonforma tolkningar utifrån Funktionsrättskonventionen. Det vidare målet med detta var att stärka och påskynda genomförandet av Funktionsrättskonventionen i Sverige och därigenom stärka funktionsrätten för personer med funktionsnedsättning.

Vi menar att det är av stor vikt att funktionsrättsrörelsen fortsätter detta arbete.¹⁷ De framgångar som vi har haft visar att strategisk processföring kan göra skillnad. Särskilt A:s fall bör lyftas fram här. Kammarrätten tillämpade Europakonventionen och gjorde en verklig bedömning av A:s levnadsvillkor om han skulle tvingas flytta. Detta avgörande står i skarp kontrast mot bland andra HFD 2012 ref. 59 och HFD 2016 not. 7. Kammarrättens dom ledde inte endast till att A:s rättigheter uppfylldes utan även till ett avgörande som kan användas i andra fall.

Då det är ett kammarrättsavgörande är det givetvis inte av samma dignitet som ett prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen men det kan ändå användas. Dels användas för att stärka en argumentation kring att Europakonventionen ska tillämpas i frågor som rör rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Dels för att hävda rätten att få välja var man vill bo i liknande fall som A:s.

17. Andra som har arbetat med detta är till exempel DHR - Delaktighet Handlingskraft Rörelsefrihet, och likaså föreningen Lagen som verktyg som är kopplad till vårt systerprojekt Med lagen som verktyg.

Viktig del i det intressepolitiska arbetet

Att arbeta med strategisk processföring är ett sätt att försöka stärka rättigheterna för personer med funktionsnedsättning och se till att de säkerställs i praktiken. Strategisk processföring kan därför vara en viktig del i det intressepolitiska arbetet. En del som inte handlar om att försöka få politiker och andra makthavare att ändra sig eller göra det de har lovat.

Istället handlar det om att föra rättsliga processer där man å en enskilds vägnar kräver hens rätt. Där man hävdar, och anger rättsligt stöd för, att man har rätt – Att det redan finns en rätt till det som krävs och därmed en juridiskt utkrävbar förpliktelse för motparten att leverera. Det är ett annat sätt att jobba och kräver delvis andra resurser. Det kräver jurister. Det kräver att jurister ges tid och möjlighet att arbeta med strategisk processföring. Det kräver att funktionsrättsrörelsen prioriterar detta och tillför resurser.

Om funktionsrättsrörelsen skulle välja att prioritera strategisk processföring och använda det sida vid sida med annat intressepolitiskt arbete är det vår övertygelse att detta kan stärka rättigheterna för personer med funktionsnedsättning.

"Det är ett annat sätt att jobba och kräver delvis andra resurser. Det kräver jurister. Det kräver att jurister ges tid och möjlighet att arbeta med strategisk processföring".

Bilaga 1: Våra fall

Fall 1: A mot Lekebergs kommun

Bakgrund

A har bott på Sanna gård sedan 1996, bostad med särskild service (gruppboende) enligt § 9 p. 9 LSS, och haft daglig verksamhet där under än längre tid, § 9 p. 10 LSS. Kumla kommun har bekostat insatserna i enlighet med nu införda § 16 c LSS, det vill säga placering i annan kommun än bosättningskommunen.

2014 beslutade Kumla kommun att verkställa A:s insatser i kommunal regi. A överklagade beslutet vilket slutligen fastställdes av HFD 18 mars 2016, mål nr 6460-14.

A har ansökt om förhandsbesked enligt § 16 st. 3 LSS för att Lekebergs kommun ska ta över ansvaret för insatserna och låta honom bo kvar på Sanna gård, belägen i Lekebergs kommun, och dagverka inom stiftelsen Sanna.

17 maj 2016 fattade Lekebergs kommun beslut om att bevilja A sökta insatser men att avslå hans ansökan om att dessa ska verkställas vid och inom stiftelsen Sanna. Istället anför man att behoven kan tillgodoses inom den egna kommunala verksamheten.

A inväntade då dom från HFD. A hade vid denna tid redan begärt förhandsbesked från Lekebergs kommun men handläggningen hade pausats i väntan på besked från HFD.

Högsta förvaltningsdomstolen anförde i målet mot Kumla

kommun i korthet bland annat följande som skäl för att kommunen gavs rätt att flytta A:

- HFD hade endast att ta ställning till om A genom kommunens beslut var tillförsäkrad goda levnadsvillkor.
- HFD hänvisade vidare till HFD 2012 ref. 59 och anförde att huvudregeln är att insatser enligt LSS ska tillgodoses i den egna kommunen, det vill säga Kumla kommun (Sanna gård ligger i Lekebergs kommun).
- Med hänvisning till HFD 2012 ref. 59 konstaterade HFD vidare att en lång boendetid och en påtaglig påfrestning inte är tillräckligt för att ges rätt att bo kvar. Att A bott på Sanna gård betydligt längre än vad som gällde i HFD 2012 ref. 59 var inte i sig tillräckligt för att medföra en annan bedömning.
- Justitierådet Rynning var av skiljaktig mening och ansåg att A skulle få bo kvar på Sanna gård. Skälet var att den medicinska utredningen enligt henne visade att A genom flytten i sig inte längre skulle tillförsäkras goda levnadsvillkor.

Lekebergs kommun beviljade sökta insatser men avlog verkställighet vid Sanna gård och inom stiftelsen Sanna. Som motivering för beslutet anförde kommunen att den enskilde inte har någon ovillkorlig rätt att välja var insatserna ska verkställas så länge hen uppnår goda levnadsvillkor. Vidare anförde kommunen att behoven kan tillgodoses inom kommunens ordinarie verksamhet.

Varför vi tog fallet

Det fanns fyra huvudsakliga skäl till att vi antog det här fallet. De var följande:

- Ärendet hade enligt vår bedömning stor principiell betydelse. Personer som bor i gruppbostad eller annan bostad med särskild service har inte lika möjligheter att välja var de vill bo som andra.
- Kränkningen av Funktionsrättskonventionen, främst

artikel 19 om rätten till ett inkluderande liv i samhället och rätten att välja var och med vem man vill bo, var mycket tydlig. Genom vår rättsutredning av ärendet fann vi även att artikel 8 om rätt till respekt för sitt privatliv i Europakonventionen var tillämplig.

- Givet den rådande praxisen gällande verkställighet av bostad med särskild service enligt LSS ansåg vi att fallet inte gick att vinna enbart med tillämpning av svensk rätt. HFD 2012 ref. 59 liksom domen i 6460-14 hade stor betydelse för denna bedömning. Bedömningen stärktes av RÅ 2007 ref. 62, RÅ 2010 ref. 91, HFD 2011 ref. 48.
- Den tillgängliga bevisningen i form av främst läkarintyg var redan mycket stark. Bevisningen kunde även kompletteras så att den blev än starkare.

Förvaltningsrätt

Överklagande

I förvaltningsrätten yrkade vi i huvudsak följande:

- I första hand att beviljade insatser ska verkställas vid Sanna gård och inom stiftelsen Sanna.
- I andra hand att ärendet ska återförvisas till Lekebergs kommun för ny bedömning.

Som grund för dessa yrkanden anfördes i huvudsak följande:

- Lekebergs beslut ska ändras då beslutet står i strid med LSS; A vill bo på Sanna gård, han har rätt till självbestämmande, inflytande och att så långt möjligt få välja var han vill bo enligt LSS. A har rätt till en lämplig bostad och lämpligheten ska bedömas utifrån hans perspektiv.
- Lekebergs beslut ska ändras då en konventionskonform tolkning av LSS utifrån Funktionsrättskonventio-

nen krav ger A rätt att så långt möjligt få välja var han vill bo och till det personella stöd som krävs för att han ska kunna bo där.

- Lekebergs beslut ska ändras då beslutet står i strid med Europakonventionen artikel 8 och artikel 1 protokoll 1. En konventionskonform tolkning av Europakonventionen utifrån Funktionsrättskonventionens rättigheter ger A rätt att få beviljade insatser verkställda vid Sanna gård och inom stiftelsen Sanna.
- Lekebergs beslut ska ändras då A inte uppnår goda levnadsvillkor genom beslutet om att inte bevilja honom bostad med särskild service vid Sanna gård och daglig verksamhet inom stiftelsen Sanna.
- Lekebergs beslut ska ändras då detta står i strid med As rätt till ett effektivt rättsmedel till skydd för sina rättigheter inom ramen för en fullständig proportionalitetsbedömning.
- Lekebergs kommuns beslut ska ändras då det står i strid med Regeringsformen (RF) 1 kap 2 § där det anges att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet och att den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten.

Särskilt anges att det allmänna ska trygga rätten till bostad samt verka för social omsorg och trygghet och för goda förutsättningar för hälsa och att det allmänna ska värna den enskildes privatliv och familjeliv.

Särskilt anges även att det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av funktionshinder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.

Utveckling av grunderna för talan

- Avseende ren svensk rätt argumenterade vi utifrån LSS, JB, diskrimineringslagen och RF.
- Ur LSS åberopade vi särskilt bestämmelserna om självbestämmande, medinflytande och goda levnadsvillkor och hur dessa har tolkats i de ursprungliga förarbetena¹⁸.

Vi hävdar att dessa bestämmelser ska tolkas konventionskonformt med Funktionsrättskonventionens artikel 19 om rätt att välja var man vill bo och till det stöd som behövs för att kunna bo där. Inom denna rättighet ryms rätten att vara fullt ut inkluderad och delaktig i samhället och leva fri från isolering. Vi framhävde att denna rätt endast kan tillförsäkras A genom att han ges rätt att bo kvar och verka inom stiftelsen Sanna.

- Vi tryckte vidare på den betydelse som den egna bostaden ges i förutnämnda förarbeten till LSS. Vi använde oss även av Socialstyrelsens handbok om bostad med särskild service, vari anges att den enskildes önskemål om lokalisering av bostad ska tillgodoses så långt möjligt¹⁹.
- Vi åberopade artikel 28 och 17 i Funktionsrättskonventionen; rätt till ständigt förbättrade levnadsvillkor och till stöd för utgifter kopplade till funktionsnedsättning samt till personlig integritet. Vi argumenterade för att kostnaden för stödet i form av bostad med särskild service och daglig verksamhet faller under artikel 28. Såvitt avser artikel 28 lyfter denna även särskilt rätten till en lämplig bostad. Vi framhävde att A:s bostad vid Sanna gård är den enda lämpliga bostaden för honom.
- Vi argumenterade ingående för att en flytt från Sanna gård och den dagliga verksamheten inom stiftelsen skulle medföra att A inte längre tillförsäkrades goda levnadsvillkor enligt LSS.

18. Proposition 1992/93:159, Stöd och service till vissa funktionshindrade.

19. Socialstyrelsen, Bostad med särskild service för vuxna enligt LSS – stöd för rättstillämpning och handläggning, 2007, s. 30, (cit. Socialstyrelsens handbok).

- Vi lyfte bristen på en tillfredsställande planering av flytten från Lekeberg kommuns sida. Sådan planering har framhävts som viktig i såväl HFD 2012 ref. 59 som HFD 6460-14. Vi anförde att det finns en skillnad vid bedömning av hemflyttning som det var fråga om i målen mot Kumla och nyansökan som i fallet med Lekeberg. Som stöd för detta resonemang använde vi oss av Förvaltningsrätten i Karlstads dom i mål nummer 1570-13. Vi hänvisade också till att den enskildes önskemål ska tillgodoses så långt som möjligt vid nyansökan²⁰. Vi argumenterade också särskilt kring den dagliga verksamheten.
- Ur Europakonventionen åberopade vi artikel 8, 13 och artikel 1 protokoll 1: Vi hävdade att artikel 8 och artikel 1 protokoll 1 om rätt till respekt för sitt privatliv och sitt hem och rätt till respekt för sin egendom ger A rätt att bo kvar på Sanna gård och till att få personellt stöd vid Sanna gård. Vi konstaterade inledningsvis att A:s lägenhet i gruppboenden vid Sanna gård utgör hans hem enligt artikel 8 samt att risken att förlora sitt hem är ett extremt intrång i rätten till respekt för detta.²¹

Av Europadomstolens praxis framgår vidare att artikel 8 kan medföra positiva skyldigheter för konventionsstaterna såvitt avser personer med funktionsnedsättning. Kravet för detta är att det ska finnas en direkt och omedelbar koppling till rättigheterna under artikel 8.²² Vi menade att en sådan koppling finns mellan As rätt till respekt för sin bostad och sitt privatliv och Lekebergs beslut om insatser.

Av Europadomstolens praxis framgår vidare att en minskning av personellt stöd kan utgöra ett intrång i rätten till personlig autonomi och mänsklig värdighet inom ramen för rätten till respekt för sitt privatliv.²³

20. Se Socialstyrelsens handbok s. 30.

21. Stöd för detta konstaterande fann vi i Europadomstolens avgörande i *Winterstein and others v. France*, ansökan 27013/07, 2013-10-17, (cit. Winterstein).

22. Se *Botta v. Italien*, ansökan 153/1996/772/973, 1998-02-24 (cit. Botta).

23. Se *McDonald v. Förenade Kungariket*, ansökan 4241/12, 2014-08-20 (cit. McDonald). Av både detta fall och *Botta* framgår vidare att

Watts mot Förenade Kungariket

Vi hittade ett beslut från Europadomstolen som till stor del berörde samma fråga som vårt ärende: Watts v. Förenade Kungariket²⁴. Detta fall skulle visa sig bli avgörande för vår framgång.

Watts rörde en kommuns beslut att stänga ett äldreboende och tvinga de boende att flytta till andra boenden istället. Europadomstolen fann att denna åtgärd utgjorde ett intrång i klagandens rättigheter under artikel 8, bland annat på grund av den stress och ångest som klaganden kände över flytten. I Watts gjorde Europadomstolen en proportionalitetsbedömning och vägde kommunens ekonomiska besparing mot den enskildes behov och välmående.

Utredningen i målet visade att den enskilde, en kvinna med demens, skulle känna viss stress och må dåligt av flytten men inte att hon skulle ta skada av den. Mot beaktande av detta, samt att nationell domstol hade anfört att bedömningen av tillåtligheten av flytten hade blivit en annan om starka negativa hälsoeffekter hade blivit visade, fann Europadomstolen intrånget tillåtet.²⁵

Proportionalitetsbedömning

Vi gjorde en ingående proportionalitetsbedömning mellan Lekebergs kommuns intressen av att A skulle flytta och A:s intresse att få bo kvar och dagverka inom stiftelsen Sanna. Vi vägde kommunens ekonomiska och organisatoriska intressen mot de negativa konsekvenser som skulle drabba A vid en flytt på grund av hans funktionsnedsättningar; inklusive inskränkningarna i självbestämmande, medbestämmande, inkludering, delaktighet och möjligheten att leva som andra. Vi konstaterade vidare att kommunens angivna skäl för flytten: att behoven kan tillgodoses inom ordinarie verksamhet, inte är ett godtagbart skäl för att begränsa artikel 8 § 1, se artikel 8 § 2.

rätten till respekt för sitt privatliv innefattar rätt till respekt för sin fysiska och mentala integritet.

24. Watts v. Förenade Kungariket, ansökan 53586/09, 2010-05-04 (cit. Watts).

25. Se Watts.

Vi hävdade vidare att artikel 8 Europakonventionen ska tolkas konventionskonformt med främst artikel 19 Funktionsrättskonventionen.

Hyreslagens besittningsskyddsregler är bindande

A har ett förstahandskontrakt till sin bostad vilket skyddas av rätten till respekt för sin egendom enligt artikel 1 protokoll 1 Europakonventionen.²⁶ Vi hävdade att hyreslagens, Jordabalken (JB) kap. 12, regler om besittningsskydd skulle tillämpas på detta.²⁷ Detta besittningsskydd skulle prövas gentemot Lekebergs kommun och inte mot stiftelsen Sanna. Som stöd för detta resonemang anförde vi att hyreslagens besittningsskyddsregler är tvingande till hyresgästens förmån, samt att den enda möjligheten att säga upp hyresavtalet var efter en skälighetsbedömning, se JB kapitel 12. Vi lyfte vidare bestämmelserna om förhandsbesked, LSS § 16 st. 3²⁸. Av förarbetena till denna bestämmelse framgår att möjligheten till förhandsbesked ska underlätta för personer i behov av bostad med särskild service att få bestämma var de vill vara bosatta och att få möjlighet att bo kvar när placerande kommun vill ta hem personen till den egna kommunen.²⁹

Kumla kommun gavs av HFD rätt att flytta A och kommunen hade tillika hävdad att A skulle ansöka om förhandsbesked om han önskade bo kvar på Sanna gård. A:s rätt till sin bostad och till sin egendom som skyddas av JB, Europakonventionen och RF 2:15 måste prövas med beaktande av hans långa boendetid och mot Lekebergs kommun för att inte bli illusorisk och ineffektiv. Om så inte sker skulle A fräntas de praktiska möjligheterna att göra sitt besittningsskydd gällande eftersom en förutsättning för att han skulle kunna bo på Sanna gård var att det offentliga stod för utgifterna för omsorgen.

26. Se exempelvis Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2015, s. 571.

27. Se *Bostadsdomstolen*, RBD 1994:8 och Socialstyrelsen, *Bostad med särskild service för vuxna enligt LSS – stöd för rättstillämpning handläggning*, 2007 s. 80-81.

28. Även LSS § 16 c var av betydelse.

29. Prop. 2010/11:49, *Ansvarsfördelning mellan bosättningskommun och vistelsekommun*, s. 72.

Slutligen hävdade vi att A:s rätt till ett effektivt rättsmedel kränks om en fullständig proportionalitetsbedömning inte görs, artikel 13 Europakonventionen samt artikel 13 Funktionsrättskonventionen.³⁰ Detta eftersom en sådan proportionalitetsbedömning ska göras för att bedöma om såväl intrång i rättigheter enligt artikel 8 och artikel 1 protokoll 1 Europakonventionen är tillåtna.

Vi menade vidare att den bedömning av verkställighetsbeslut som följer av svensk praxis enligt bland andra HFD 2011 ref. 48, HFD 2012 ref. 59 och HFD mål nummer 6460-14 intet uppfyller kravet på proportionalitetsbedömning. Ingen helhetsbedömning gjordes i dessa avgöranden och kommunernas skäl vägdes intet mot den enskildes. Vi fann istället att en så gott som strikt presumtion ställs upp för att den enskilde tillförsäkras goda levnadsvillkor genom beslutet om verkställighet.

Begäran om muntlig förhandling

A begärde muntlig förhandling för att kunna ha vittnesförhör med intygande läkare, psykologer och god man. Huruvida vi skulle begära muntlig förhandling eller inte var en svår fråga.

Förvaltningsrätten avslog A:s begäran om muntlig förhandling. Förvaltningsrätten fann det inte sannolikt att en muntlig förhandling skulle tillföra något som väsentligen påverkade bedömningen av ärendet. En muntlig förhandling ansågs därför vara onödig. Vi fick istället slutföra vår talan skriftligen.

Förvaltningsrättens dom

Förvaltningsrätten meddelade dom 2017-04-19. Överklagandet avslogs. Förvaltningsrätten ansåg inte att skillnaderna mellan detta mål och Kumla-målet var sådana att det fanns skäl att göra en annan bedömning än den HFD gjorde i 6460-14.

30. Hur vi menade att denna proportionalitetsbedömning skulle göras framgår av avsnittet om artikel 8 Europakonventionen.

Förvaltningsrätten avfärdade det medicinska underlaget och argumentationen kring internationell rätt med en mening. Att de inte medför någon annan bedömning. Förvaltningsrätten ansåg vidare att ett eventuellt hyresrättsligt besittningsskydd saknade rättslig relevans i målet.

Kammarrätt

Vi överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg.

Överklagandet

Vi hävdade att det fanns skäl att meddela prövningstillstånd utifrån alla prövningstillståndsgrunder.

- **Ändringsdispens:** vi anförde att förvaltningsrättens prövning inte var fullständig. Förvaltningsrätten tog inte hänsyn till de skillnader som fanns mot A:s tidigare ärenden och till den medicinska bevisningen. Förvaltningsrätten prövade inte heller A:s grundläggande rättigheter. Vi tryckte vidare på bristen på en god planering vilket framhävts som viktigt i praxis.

Vi menade vidare att förvaltningsrättens rättstillämpning var bristfällig. Att domen stod i strid med kontinuitetsprincipen, och möjligheten att leva som andra och till självbestämmande och medbestämmande, LSS §§ 5-7.

Förvaltningsrätten avkunnade vidare sin dom utan att varken ha redogjort för, utvärderat eller på något sätt tagit hänsyn till de åberopade rättigheterna i bland annat Europakonventionen och Funktionsrättskonventionen.

Förvaltningsrätten avslog hans yrkanden utan vidare motivering. Vi menade att dessa förhållanden utgjorde en allvarlig brist i den rättstillämpning som A enligt grundlag, förvaltningsprocesslagen och Europakonventionen kunde ställa krav på. Såvitt framgick av domen hade ingen proportionalitetsbedömning gjorts och

i varje fall inte redovisats.

Vi ifrågasatte förvaltningsrättens ställningstagande att ett hyresrättsligt skydd saknade relevans i målet. Slutligen anförde vi att bristen på en muntlig förhandling utgjorde ett allvarligt processuellt fel som kan ha inverkat på utgången.

- **Prejudikatsdispens:** Målet rörde flera viktiga frågor avseende Europakonventionens tillämpning som svensk lag i fall som rör personer med funktionsnedsättning, tillämpningen av konventionskonforma tolkningar av svensk rätt utifrån Funktionsrättskonventionen och om hur ett hyresrättsligt besittningsskydd förhåller sig till beslut om verkställighet enligt LSS. Det finns ett behov av ett vägledande avgörande för att pröva hur tillämpningen av LSS i verkställighetsfrågor avseende bostad med särskild service förhåller sig till Europakonventionens krav.

Det behövs ett vägledande avgörande för hur besittningsskyddet enligt JB, Europakonventionen och RF förhåller sig till beslut om verkställighet enligt LSS.

- **Granskningsdispens:** Förvaltningsrätten redovisade inte om en konventionskonform tillämpning av LSS i förhållande till åberopad Europakonvention som är svensk lag, och den i övrigt åberopade internationella rätten gjordes. Ingen redovisning av värderingen av den åberopade omfattande bevisningen i målet gjordes. Dessutom vägrades muntlig förhandling.
- **Extraordinär dispens:** Att vägra A muntlig förhandling utgjorde ett allvarligt processuellt fel.

A yrkade i första hand att beviljade insatser skulle verkställas inom stiftelsen Sanna och i andra hand att målet skulle återförvisas till kommunen. A yrkade också på muntlig förhandling.

Som grund för sina yrkanden anförde A i huvudsak samma omständigheter och rättsliga resonemang som i förvaltningsrätten. Till detta åberopade A artikel 6 § 1

Europakonventionen för att hävda sin rätt till en muntlig förhandling i målet.

Samma skriftliga bevisning som i förvaltningsrätten åberopades. Ett antal vittnesförhör med medicinsk expertis samt partsförhör med god man för A åberopades också.

Utveckling av talan

A utvecklade sin talan i kammarrätten på i huvudsak samma sätt som i förvaltningsrätten. Några skillnader och förtydliganden redogörs för nedan:

- Praxis från HFD avseende verkställighetsbeslut vid placering i bostad med särskild service innefattar diskriminering. Denna praxis medför att personer i behov av särskilt stöd och som har rätt till stöd i form av bostad med särskild service inte på lika villkor kan välja var de vill bo. Detta trots att LSS ger utrymme för en sådan valmöjlighet.

För att respektera rätten att välja var man vill bo måste konventionsstaterna se till att inga lagar eller praxis direkt eller indirekt hindrar personer att välja var de vill bo.

Att med hänvisning till nuvarande svensk domstolspraxis hindra A att välja var han vill bo trots att en proportionalitetsbedömning skulle utfalla till hans fördel innefattar ett brott mot hans rättigheter.

- LSS ger inte utrymme för tvång. Inspektionen för vård och omsorg (IVO) har i ett beslut 2015-12-12, Dnr 8.26943/2015-13 slagit fast att en flytt mot den enskildes vilja utgör just tvång. Ärendet gällde flytt från en bostad med särskild service till en annan. A menade därför att flytten inte heller av denna anledning var tillåten.
- Domstolen har att göra en fullständig proportionalitetsbedömning. LSS bestämmelser om valfrihet, självbestämmande, medinflytande och integritet har såvitt avser verkställighetsbeslut och beslut om ändrad verkställighet tolkats restriktivt av domstolarna, RÅ

2007 ref. 62. Domstolarna prövar hittills endast om den enskilde uppnår goda levnadsvillkor genom beslutet om verkställighet eller ändrad verkställighet. Om domstolen finner att så är fallet görs ingen vidare bedömning. Den enskildes vilja och önskemål vägs inte mot kommunens skäl för sitt beslut. Om den enskilde anses få sina behov tillgodosedda och uppnå goda levnadsvillkor spelar det således ingen roll vilka andra skäl som denne anför för att få ett annat beslut.

A har rätt till ett effektivt rättsmedel till skydd för sina rättigheter, artikel 13 Europakonventionen, James m.fl. v. Förenade kungariket, (ansökan nr. 8793/79), 1986-02-21 (James), §§ 84 - 85. A har rätt till en hel prövning av sin sak. Prövningen ska ge effektiva garantier för hans rättigheter och inte endast ett formellt och illusoriskt skydd, artikel 6 § 1 Europakonventionen. Den prövning som ska göras är en proportionalitetsbedömning, artikel 8 och artikel 1 protokoll 1 Europakonventionen.

Av artikel 13 Funktionsrättskonventionen framgår att konventionsstaterna ska säkerställa lika tillgång till rättssystemet för personer med funktionsnedsättning som för andra.

För att tillgodose Europakonventionens krav på en proportionalitetsbedömning kan LSS tolkas konventionskonformt med Europakonventionen. Om det inte är tillräckligt ska Europakonventionen ges företräde och en proportionalitetsbedömning göras oavsett. Detta följer av RF 2:19 och 11:14. De bestämmelser i LSS som nu är aktuella är antagna efter Europakonventionens införande som svensk lag. Det är dessutom inte bestämmelserna i sig som står i vägen för en uppfyllelse av Europakonventionens krav. Det är praxis. Europakonventionens krav måste anses väga tyngre än icke-bindande praxis från Högsta förvaltningsdomstolen. Detta följer av rättskällehierarkin, där lag går före praxis. Europakonventionen har medfört att svensk rätt tolkats annorlunda och även att svensk lag helt satts åt sidan och Europakonventionen tillämpats istället, se bland andra NJA 2012 s. 1038, NJA 2005 s. 805,

NJA 2005 s. 462, NJA 2009 s. 463, NJA 2013 s. 503.

- Vi utvecklade och förstärkte vår argumentation kring hur en proportionalitetsbedömning skulle gå till och vad som skulle ingå i den.
- A bör, inom ramen för det förvaltningsrättsliga förfarandet, kunna få sitt besittningsskydd beaktat. Om så inte sker ges han inte tillgång till ett effektivt rättsmedel. Förvaltningsmyndigheter och domstolar ska beakta allas likhet inför lagen och iakttä saktighet och opartiskhet, RF 1:9.

Om en prövning av besittningsskyddet inte görs får A inte samma skydd av lagen och han blir diskriminerad, jfr diskrimineringslagen 1:1, 1:4 p. 1, 2:12 p. 1.

- Den bedömning av verkställighetsbeslut som följer av Högsta förvaltningsdomstolens praxis såsom den kommer till uttryck i bland annat HFD 2012 ref. 59, HFD 2011 ref. 48 och i mål nummer 6460-14 ställer upp en så gott som strikt presumtion till kommunernas fördel för att den enskilde tillförsäkras goda levnadsvillkor genom beslutet om verkställighet. Den enskilde ges inte en verklig prövning av konsekvenserna av beslutet om verkställighet. Den enskildes vilja beaktas inte heller, såsom framhålls som viktigt i såväl LSS som Funktionsrättskonventionen.

Den muntliga förhandlingen

Kammarrätten i Göteborg höll på begäran muntlig förhandling 2017-11-15. Under den muntliga förhandlingen hölls vittnesförhör med medicinsk expertis, samt partsförhör med god man/pappa. Kommunen åberopade ingen egen muntlig bevisning.

Under pläderingen argumenterade vi utifrån den rättsliga argumentation som vi fört i förvaltningsrätt och skriftligen i kammarrätten. Vi refererade utförligt Europadomstolens beslut i Watts v. Förenade Kungariket.

Kammarrättens dom - Kammarrätten i Göteborg mål nummer 2564-17

Majoriteten:

Kammarrätten förklarade att Europakonventionen gäller som lag i Sverige och refererade artikel 8 och 13, samt hänvisade till Watts v. Förenade Kungariket. Kammarrätten pekade vidare på att en inskränkning av rättigheterna enligt artikel 8 endast kan godtas om den är laglig, nödvändig och proportionerlig. Kammarrätten vidtog därefter först en bedömning av om nämndens beslut var lagligt, enligt kammarrätten menades med det frågan om det var förenligt med LSS.

Kammarrätten konstaterade att det fanns en skillnad mellan målet mot Lekeberg och målet mot Kumla kommun i det att det nu var fråga om en nyansökan.

Kammarrätten anförde även bland annat följande:

Det bör i sammanhanget framhållas att nämnden inte har anført några särskilda organisatoriska aspekter eller andra förhållanden som medför att A:s insatser lämpligen bör ges inom kommunens egen verksamhet. Det har inte heller kommit fram några beaktansvärda skäl i övrigt som talar mot att insatserna utformas och verkställs i enlighet med hans ansökan. s. 11

Kammarrätten konstaterade att även konsekvenserna av flytten skulle beaktas, med beaktande av HFD 2012 ref. 59 och HFD 2016 not. 7 (Kumlamålet). Kammarrätten värderade de negativa konsekvenser av en flytt som A gjort gällande. Kammarrätten fann att A hade visat, det vill säga styrkt, dessa negativa konsekvenser genom den omfattande bevisning som presenterats.

Kammarrätten fastslog slutligen:

Kammarrätten bedömer mot denna bakgrund att situationen för A nu är sådan att han inte är tillförsäkrad goda levnadsvillkor om han måste flytta från Sanna gård. Detta gäller oavsett vart flytten går och även om det sker efter god förberedelse på sätt som nämnden redogjort för. Bostället på Sanna gård och den dagliga verksamheten inom stiftelsen Sanna är mycket nära förknippade med varandra. Insatser enligt LSS ska vara varaktiga och samordnade samt

anpassade till mottagarens individuella behov. För att A nu ska vara tillförsäkrad goda levnadsvillkor krävs enligt kammarrättens mening därför även att den dagliga verksamheten fortsättningsvis tillhandahålls av stiftelsen Sanna. s. 12

Kammarrätten konstaterade att detta ledde till att nämndens beslut inte var lagligt i den meningen att det inte stod i överensstämmelse med LSS.

Skiljaktig mening avseende motiveringen:

Kammarrättsrådet Ann-Charlotte Borlid höll med om bedömningen avseende skillnaden mellan nyansökan och hemtagningsbeslut. Däremot ansåg hon att det inte fanns skäl att göra en annan bedömning avseende goda levnadsvillkor än den som gjorts i HFD 2016 not. 7.

Ann-Charlotte Borlid fann i likhet med majoriteten att artikel 8 Europakonventionen var tillämplig. Hon fann, med beaktande av sin bedömning av goda levnadsvillkor, att beslutet hade stöd i lag. Hon gick därefter vidare till att göra en proportionalitetsbedömning.

Hon konstaterade därefter:

Kommunen har inte fört fram några egentliga skäl för varför beslutet ska anses tillgodose ett angeläget allmänt behov, i den delen det innebär ett avslag på ansökan om fortsatt verkställighet av insatser enligt LSS vid Sanna gård och stiftelsen Sanna. Det har inte heller kommit fram några sådana skäl i målet i övrigt. Det kan därmed inte klart konstateras att inskränkningen av A:s rättigheter är nödvändig för att tillgodose ett angeläget allmänt behov. Mot bakgrund av detta och vid en avvägning mot den allvarliga skada som A riskerar vid en flyttning bedömer jag därför att det inte heller vore proportionerligt att flytta honom från hans nuvarande boende, oavsett förhållandena vid det boende han i så fall skulle flyttas till. En flyttning av honom skulle därmed, under de nu angivna förutsättningarna, utgöra en otillåten kränkning av hans rättigheter enligt artikel 8 EMKR. s. 14-15

Hur gick det?

Vi vann målet i kammarrätten och kommunen överklagade inte. A fick därmed rätt att bo kvar på Sanna gård och fortsatt ha sin dagliga verksamhet inom stiftelsen Sanna.

Fall 2: D mot Gemensamma nämnden för social myndighetsutövning i Mora, Orsa och Älvdalens kommuner

Bakgrund

Fallet rör rätten att välja var man vill bo.

D har ett eget hus som ligger granne med hans föräldrars hus. D är i behov av personellt stöd för att klara av vardagens alla delar. För detta var han beviljad boendestöd, kontaktperson, ledsagning, avlösarservice och daglig verksamhet. Samtliga insatser förutom boendestödet var beviljade enligt LSS medan boendestödet var beviljat enligt socialtjänstlagen. Hans föräldrar stöttade även upp nattetid på så sätt att de antingen sov hos honom eller tvärtom.

Genom beslut avslog nämnden ansökan om fortsatt boendestöd med motiveringen att behovet kunde tillgodoses på annat sätt. Ansökan gällde även tillsyn och stöd nattetid. Nämnden hänvisade senare till att D kunde ansöka om gruppboende. Närmaste gruppboende ligger långt från D:s nuvarande boendeort och han skulle genom beslutet tvingas lämna såväl familj som socialt nätverk och den häst som han rider varje vecka och har mycket bra kontakt med.

Fallet kom till oss under vårvintern 2018 genom Dalarnas rättighetscentrum, en antidiskrimineringsbyrå, som hade åtagit sig att hjälpa till med ärendet.

Varför vi tog fallet

Det fanns tre huvudsakliga skäl till att vi antog det här fallet. De var följande:

- Vi ville få möjlighet att sprida vår erfarenhet av att arbeta med internationell rätt i domstolsprocesser till antidiskrimineringsbyråerna. Under hösten 2017 hade vi tillsammans med Lagen som verktyg och Myndigheten för delaktighet en seminarieturné som vände sig till antidiskrimineringsbyråerna. Att samarbeta om ett fall var ett bra sätt att fortsätta kontakterna på.
- Det mesta jobbet var redan gjort då ärendet var snarlikt A. Då D:s ärende i stort sätt rörde samma fråga som A:s ärende var grundarbetet redan gjort. Vi kunde använda de rättsutredningar som redan gjorts och mycket av underlagen till inlagorna i A:s process. Vi återopade även A:s kammarrättsdom.
- Ombud fanns. Eftersom Dalarnas rättighetscentrum redan hade åtagit sig ärendet var ombudsfrågan löst. Vår roll var mer konsultlik.

Förvaltningsrätt

D hade med sin företrädare redan skrivit ett bra överklagande. D hänvisade bland annat till de negativa konsekvenser som på grund av hans funktionsnedsättning skulle drabba honom om beslutet kvarstod.

- Han hänvisade till att han skulle bli tvungen att flytta långt bort och att han skulle förlora sitt sociala nätverk och möjlighet till delaktighet i samhället.
- D menade vidare att det fanns rimliga möjligheter till stöd i hans egna hem med den nu väl fungerande personalen.
- Han beskrev vidare hur negativt det hade varit för honom att bo på gruppboende i samband med gymnasietiden.

- D tillbakavisade även kommunens påstående att målsättningen varit att han skulle kunna bo självständigt med endast visst stöd.
- Slutligen förde D en mycket god rättslig diskussion kring de av kommunen åberopade rättsfallen.

Kompletteringen

Vi samarbetade med Dalarnas rättighetscentrum om en komplettering till överklagandet. Bevisningen var inte lika stark i detta ärende som i A:s. Det fanns en del brister som vi inte kunde rätta till.

Grunderna kompletterades på följande sätt i kompletteringen:

- D har rätt till självbestämmande, socialtjänstlagen 1:1, 5:7 st. 1-2, LSS §§ 5-6, protokoll 4 artikel 2 till Europakonventionen 1994:1219, artikel 3, 19 och 28 Funktionsrättskonventionen.
- D har rätt till respekt för sitt hem och sin egendom, RF 2:15, artikel 8 och artikel 1 protokoll 1 Europakonventionen.

Vi utvecklade detta på i huvudsak följande sätt:

- **D har rätt till självbestämmande.**

Av 1:1 SoL framgår att socialtjänstens verksamhet bland annat ska främja aktivt deltagande i samhällslivet och bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet. Av 5:7 st. 1-2 framgår vidare att socialnämnden ska verka för att personer som av psykiska eller andra skäl möter betydande svårigheter i sin livsföring får möjlighet att delta i samhällets gemenskap och leva som andra. Socialnämnden ska vidare medverka till att personen får bo på ett sätt som är anpassat efter dennes behov av särskilt stöd.

Vid tillämpningen av 4:1 SoL ska dessa principer beaktas. Stöd ska ges på ett sätt som möjliggör för D att delta i samhällets gemenskap och leva som andra. D ska vidare få möjlighet till ett boende som faktiskt fungerar för honom. Beslutet ska vidare bygga på respekt för D:s självbestämmanderätt och integritet

samt främja de andra principer som uppräknas i 1:1 SoL.

Som framgår av överklagandet kommer en flytt medföra att D förlorar den samhällsgemenskap han ingår i nu. Flytten kommer att leda till mycket negativa konsekvenser för honom på grund av hans funktionsnedsättningar. Tidigare vistelser på boende, där D var motiverad och väl förberedd under flera år har inte fungerat. Huset är D:s permanenta bostad och han vill bo där. Ovan angivna bestämmelser i socialtjänstlagen framhäver att personer med funktionsnedsättning ska få möjlighet att bo som andra. I D:s fall innebär det att så långt möjligt kunna bo i sitt egna hus. Om det inte vore för sitt ej fullt ut tillgodosedda stödbehov skulle han bo hela tiden i detta hus.

- **D:s rätt till stöd enligt svensk lag framgår av 4:1 SoL** vilken ska tolkas mot bakgrund av 1:1 och 5:7 SoL. Som Nämnden själv anför i sin utredning ska utgångspunkten vara att den enskilde har möjlighet att bo kvar hemma. Nämnden anför vidare att valet av boendeform ska präglas av stor hänsyn till den enskildes önskemål. På grund av de negativa konsekvenser som följer på en flytt tillförsäkras inte D skäliga levnadsvillkor. Som skäl för sitt beslut anger Nämnden att det att behoven kan tillgodoses på annat sätt. D menar att det finns starka skäl att anta att en plats i en bostad med särskild service inte skulle vara billigare än att bevilja fortsatt boendestöd. D menar vidare att kommunens kostnader måste vägas mot de negativa konsekvenser som drabbar honom vid en flytt.

D tryckte även på betydelsen av den nuvarande dagliga verksamheten.

- D åberopade vidare **protokoll 4 artikel 2 till Europakonventionen om rätten att välja sin bosättningsort**. Europakonventionen är svensk lag och ska tillämpas som sådan. DV vill bo kvar i sin nuvarande boendeort. Den påtänkta gruppboenden finns 8 mil därifrån. Nämndens beslut tvingar D att flytta och utgör där-

med en inskränkning av hans rätt att välja sin bostadsort. För att en inskränkning ska vara tillåten ska den ha stöd i lag, svara mot ett legitimt ändamål och vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle, vara proportionerlig. Av artikel 2 i protokoll 4 punkt 3 framgår vilka ändamål som kan föranleda legitima begränsningar av rätten att välja sin bostadsort. Ekonomiska skäl omnämns inte. Punkt 4 är inte tillämplig i nu aktuellt fall då frågan inte rör en allmän begränsning inom ett specifikt område utan är riktat just mot Danny. Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Zeteo, kapitel 21 avsnitt 3. Situationen ska således bedömas mot punkt 3. Av detta följer att nämnden inte av ekonomiska skäl kan begränsa D:s rörelsefrihet. Nämndens motivering att behoven kan tillgodoses på annat sätt är inte heller en tillåten begränsningsgrund.

- D har enligt **Funktionsrättskonventionen artikel 19 rätt att välja var han vill bo och till det stöd som krävs för att han faktiskt ska kunna bo där.** Funktionsrättskonventionen reglerar som det framgår av texten att den enskilde personen har rätt att få välja var och med vem man vill bo. Vidare att rätt föreligger till det stöd som behövs för att kunna vara fullt delaktig och inkluderad i samhället. Rättigheterna i artikel 19 ska tolkas och tillämpas på ett sätt som för D leder till största möjliga oberoende, självbestämmande, lika möjligheter och inkludering, se de allmänna principerna i artikel 3. D har rätt att inte tvingas flytta till en bostad med särskild service för att få sitt stödbehov tillgodosett.

Artikel 19 ger D rätt till det stöd som behövs för att han ska kunna bo där han vill. Han har enligt artikel 28 § 1 Funktionsrättskonventionen rätt till en lämplig bostad och till en tillfredsställande levnadsstandard. D har också rätt till offentligt stöd för utgifter relaterade till sin funktionsnedsättning, artikel 28(a) och (c). Kostnad för personellt stöd i form av boendestöd enligt socialtjänstlagen är en sådan kostnad som är relaterad till funktionsnedsättning. Vi argumenterade även utifrån Funktionsrättskommitténs femte allmänna kommentar

om artikel 19.

Vi påpekade att Sverige har ratificerat Funktionsrättskonventionen och är därmed bunden av den, SÖ 2008:26. Konventionen är bindande och gäller utan undantag även för kommuner, se artikel 27 och 29 Wienkonventionen om traktaträtten från 1969 (SÖ 1975:1).

- **D har rätt till respekt för sitt hem och sin egendom**

D äger sitt eget hus och har därmed rätt till respekt för sitt hem och sin egendom enligt RF 2:15, Europakonventionen artikel 8 och artikel 1 protokoll 1. D vistas så mycket som möjligt i sitt egna hus utifrån det stöd han får enligt Sol och LSS. Kommunen har avslagit ansökan om boendestöd. Motiveringen är att D:s behov kan tillgodoses på annat sätt, i en gruppboende långt borta. Detta är direkt felaktigt. D förlorar då möjligheten att bo i och nyttja sitt hem och kommer att drabbas av andra negativa konsekvenser. Han förlorar den samhällsgemenskap som är så oerhört viktig för hans känsla av identitet och tillhörighet, och som framhävs som viktig i *Friedl v. Österrike*, ansökan 15225/89, 1995-01-331 och *Winterstein m.fl. v. Frankrike*, ansökan 27013/07, 2013-10-17. Europadomstolen har i *Friedl* slagit fast att rätten till respekt för sitt privatliv omfattar rätten för den enskilde att utveckla sin personlighet och identitet, att ha relationer och ett socialt liv i samhället. Kommunens beslut nekar D den rättigheten.

Boendestödet är en förutsättning för att D ska kunna bo kvar i sitt hus. D menar därför att kommunens beslut utgör en inskränkning av hans rätt till respekt för sitt hem och sin rätt till respekt för sin egendom enligt Europakonventionen. Europadomstolen har slagit fast att risken att förlora sitt hem är ett extremt intrång i rätten till respekt för sitt hem, se *Winterstein*. Europadomstolen har vidare slagit fast att artikel 8 kan innebära positiva förpliktelser för staten när det kommer till personer med funktionsnedsättning och att indragning av personligt stöd kan utgöra en begränsning av artikel 8, se *Botta v. Italien*, ansö-

kan 153/1996/772/973, 1998-02-24 och McDonald v. Förenade Kungariket, ansökan 4241/12, 2014-08-20. Kommunens beslut tvingar bland annat D att flytta. Kommunens beslut aktualiserar artikel 8 liksom artikel 1 protokoll 1. I denna situation ska det bedömas om inskränkningen av rättigheterna är tillåten. Av artikel 8 § 2 EKMR framgår att motiveringen att behoven kan tillgodoses på annat sätt inte är en tillåten grund för begränsning enligt EKMR. Ekonomiska skäl kan vara en tillåten grund för begränsning, begränsningen ska då ha stöd i lag och vara proportionerlig. D menar att begränsningen inte är proportionerlig. Detsamma gäller för artikel 1 protokoll 1.

- **Svensk rätt, inklusive Europakonventionen som svensk lag ska tolkas utifrån Funktionsrättskonventionen.** Denna tolkning stärker ytterligare den kränkning som redan föreligger av ovan nämnda artiklar i Europakonventionen. Av artikel 2 protokoll 4 framgår vidare att nämnden inte har något legitimt skäl för flytten. Av detta följer att beslutet att dra in D:s boendestöd utgör en kränkning av ovan nämnda artiklar i Europakonventionen med tillhörande protokoll. D menar vidare att en annan tillämpning av socialtjänstlagen är fullt möjlig. 4:1 SoL, särskilt läst tillsammans med 1:1 och 5:7 SoL, ger utrymme för att bevilja D fortsatt boendestöd.

I detta sammanhang vill D även framhålla att också socialtjänstlagen och LSS ska tolkas utifrån Funktionsrättskonventionen. Principerna om självbestämmande, delaktighet i samhället och jämlika levnadsvillkor stärks av artikel 19 Funktionsrättskonventionen och den konventionskonforma tolkning som ska göras av socialtjänstlagen utifrån detta. En sådan tolkning medför att fortsatt boendestöd ska beviljas.

- **Annan internationell rätt stärker ytterligare D:s rättigheter.** D vill i detta sammanhang även lyfta artikel 15 i den reviderade Europeiska sociala stadgan som ger personer med funktionsnedsättning rätt till oberoende, social integrering och delaktighet i sam-

hällslivet. Dessa rättigheter återfinns även i artikel 26 i EU-stadgan om grundläggande rättigheter. Nämnas bör även artikel 21 i EU-stadgan vilken ger D rätt till frihet från diskriminering. Dessa instrument stärker genom sin samstämmighet D:s rätt till oberoende och delaktighet. Han har därtill rätt till social säkerhet och socialförsäkringsskydd, vilka lästa tillsammans med rätten till en tillfredsställande levnadsstandard och en lämplig bostad, ytterligare stärker denna samstämmighet, artikel 9 och 11 Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. I relation till artikel 15 i den sociala stadgan ska också särskilt framhållas att inga åtgärder får vidtas som riskerar hälsan hos en person med funktionsnedsättning, Council of Europe, Commissioner for human rights, Recommendation of the commissioner for human rights on the implementation of the right to housing, 2009, CommDH(2009)5, s. 16.

- **Relevant praxis.**

Relevant praxis att utgå från är Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2564-17 där en person (A) i D:s ålder som i över tjugo år bott på ett och samma ställe med ett förstahandskontrakt gavs rätt att bo kvar. D har bott 27 år i sitt hem, ett hem som han äger. Den negativa inverkan som en flytt skulle ha på D liknar det som förekommer i nämnda mål. I nämnda mål slår kammarrätten fast att Europakonventionen är tillämplig i frågor om stöd till personer med funktionsnedsättning avseende rätten att välja var man vill bo. Nu aktuellt fall rör denna fråga och Europakonventionen är tillämplig.

Förvaltningsrättens dom - mål nummer, 856-18, 2018-06-19

Förvaltningsrätten biföll vårt överklagande och beviljade D fortsatt boendestöd samt tillsyn eller stöd nattetid.

Förvaltningsrätten refererade socialtjänstlagens bestämmelser i 3:5-6, 4:1 och 5:7. Rätten refererade vidare till förarbetena

som bland annat fastslår att det inte finns en obegränsad frihet för den enskilde att välja sociala tjänster oberoende av kostnader, proposition 2000/01:80 s. 91.

Förvaltningsrättens domskäl tål att delvis citeras:

Nämndens beslut ger inte tydligt uttryck för att dessa insatser (boendestöd dag- och nattetid enligt ansökan, Andreas anmärkning) inte kan tillförsäkra D en skälig levnadsnivå. Nämnden ger uttryck för att behovet skulle kunna tillgodoses på annat sätt, nämligen genom att D erbjuds en plats på ett boende med särskild service enligt 9 § LSS. Målet med insatser enligt LSS är att den enskilde ska uppnå goda levnadsvillkor, vilket är ett högre ställt mål än en skälig levnadsnivå. Utredningen inte ger tillräckligt stöd för att placering i ett boende med särskild service är en mer lämplig insats för att tillgodose D:s behov.

Nämnden har anfört att insatser i hemmet skulle innebära en sådan merkostnad för kommunen att det är motiverat att, mot hans vilja, placera D i en bostad med särskild service.

Stor hänsyn bör tas till D:s egna önskemål om att få bo kvar i sin egen bostad med likvärdiga stödinsatser som han haft enligt tidigare beslut samt med tillägget att han beviljas stöd motsvarande väntetid under nätterna. Detta framstår som den mest lämpliga insatsen för D, som på detta sätt tillförsäkras en skälig levnadsnivå. Hans överklagande ska därför bifallas." s. 5

Hur gick det?

D vann alltså i förvaltningsrätten och fick sitt boendestöd tillbaka samt stöd under natten. Kommunen överklagade inte, men verkställigheten dröjer.

Fall 3: Y mot Upplands Väsby

Bakgrund

Fallet rör rätten till en inkluderande grundskoleutbildning på lika villkor.

Y började redan i förskoleklass på kommunal skola i Upplands Väsby kommun. Y:s föräldrar informerade skolan i förväg om Y:s behov och behov av en egen resursperson. Y fick inte någon resurs och skolan tillgodosåg enligt föräldrarna inte elevens behov, även om anpassningar gjordes.

Y fick efter en tid en resurs men samarbetet med skolan och stödet fungerade inte tillfredsställande. Ett första åtgärdsprogram upprättades först i mars 2017. Föräldrarna berättar att pedagoger vid flera tillfällen hållit fast Y och även dragit ut hen från gymnastiksalen.

Skolan hade flera alternativ till hur situationen skulle lösas, bland annat föreslog skolan att Y skulle byta till en annan skola med inriktning mot elever med hans funktionsnedsättning, autism, utan intellektuell funktionsnedsättning. Det var dock långa köer och problemen fortsatte. Y fick inte det stöd hen behövde.

Sedermera stängde skolan av Y och meddelade att hen efter avstängningen skulle börja i en annan klass.

Varför vi tog fallet

Vi ansåg att Y:s situation i skolan utgjorde en tydlig kränkning av rätten till en inkluderande utbildning då det bristande stödet resulterade i hel eller delvis isolering från skolkamrater och en sämre undervisning.

Beslut om avstängning och omplacering

Utgångspunkten i ärendet var att hjälpa Y att överklaga det senaste beslutet om åtgärdsprogram.

Skolan fattade emellertid i mitten av mars beslut om att stänga av eleven från skolan och meddelade att barnet skulle omplaceras till en annan skolenhet. Elevens funktionsnedsättning i kombination med ett bristfälligt bemötande från personalen ledde till ett utåtagerande beteende hos eleven. Skolan ansåg att detta utgjorde en säkerhetsrisk för övriga elever och att personalen hade en mycket svår arbetsmiljö.

Skolan fattade därefter beslut om tillfällig omplacering till en annan skola. Y skulle där arbeta i ett studierum tillsammans med elevassistent. I rummet fanns även andra elever som var och en arbetade med sitt. Det fanns också en autismpedagog, även om denne inte svarade för Y. Den gamla skolan uppgav också att Y inte skulle få komma tillbaka till sin gamla klass utan att en annan lösning skulle tas fram.

I och med beslutet om avstängning och omplacering valde vi i samråd med Y:s föräldrar att fokusera på att överklaga det. Vi hade tyvärr inte tid att göra både och. Y:s föräldrar överklagade åtgärdsprogrammet själva.

Förvaltningsrätten

Beslut om avstängning överklagas till förvaltningsrätt och inte till Skolväsendets överklagandenämnd, skollagen kapitel 28 § 9 punkt 1.

Beslut om omplacering däremot överklagas till Skolväsendets överklagandenämnd. Frågan i detta fall rörde inte en renodlad omplacering utan egentligen ett beslut om enskild undervisning (om än i annan skolenhet), varför rektorn formellt kunde fatta det beslutet. Överklagande görs till Skolväsendets överklagandenämnd enligt skollagen kapitel 28 § 16 punkt 2.

Ovanstående medför att själva den delen av överklagan-

det som gällde just den enskilda undervisningen, omplaceringen, inte kunde prövas av förvaltningsrätten. Överklagande av denna del borde därför ha gjorts separat. Detta var en miss från vår sida. Y:s föräldrar hade emellertid överklagat det senaste åtgärdsprogrammet.

Den gamla skolan beslutade som ovan redogjorts för att stänga av Y enligt skollagen kapitel 5 § 14 och att tillfälligt omplacera hen till en annan skola. Efter en kortare tid på denna andra skola föreslog den gamla skolan att hen skulle komma tillbaka men till ett ensamt rum tillsammans med elevassistent, detta som en del av den tillfälliga omplaceringen.

Överklagandet

Yrkande: Y yrkade att beslutet om omplacering upphävs och att hen får vara fortsatt placerad i sin gamla klass och skola.

Som grunder för sitt yrkande åberopade Y följande:

- **Y har rätt att vara fortsatt placerad i sin klass, 10:30-10:31 st. 1 Skollagen.**
- **Y har rätt till utbildning på lika villkor som andra, utan diskriminering av något slag, Skollagen kapitel 7, Regeringsformen 2:18, Diskrimineringslagen 2:5, Europakonventionen protokoll 1 artikel 2 samt Regeringsformen 1:2 st. 2 och 5.**

Denna rätt framgår även av, och förstärks av, för Sverige bindande internationell rätt; av den Europeiska sociala stadgan artikel 17, av EU-stadgan om de mänskliga rättigheterna artikel 14, av Den allmänna deklarationen om de mänskliga rättigheterna artikel 26 (ej från början bindande men utgör numera sedvanerätt), av Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter artikel 13, av Barnkonventionen artikel 28-29 och av FNs konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning artikel 24.

- **Y har rätt till särskilt stöd och till skälig anpassning.** Y har rätt att få detta stöd i en inkluderande undervisning, Skollagen 3:5a-11, Funktionsrättskonventionen

artikel 24 § 2, 3(a) och 4, Barnkonventionen artikel 23.

Utveckling av talan

Företrädare för Y utvecklade sin talan på i huvudsak följande sätt:

- **Rektorn hade inte rätt att fatta ett sådant ingripande beslut om omplacering**, jfr Skolväsendets överklagandenämnds beslut 2008-04-03 dnr 08:59. Skolan har inte tagit sitt ansvar och bemött Y med den kunskap och kompetens som är nödvändig för hens funktionsnedsättning.
De svårigheter som rektorn hänvisar till i sitt beslut beror på detta felaktiga bemötande och det bristande stödet. Y kan alltså inte lastas för dessa. Y har genom besluten blivit isolerad och mår mycket dåligt av omplaceringarna.
- **Vi utvecklade argumentationen utifrån Barnkonventionen och Funktionsrättskonventionen och den konventionskonforma tolkning som ska göras utifrån dessa.**

Vi refererade till allmänna kommentarer: Barnrättskommittén har tagit fram en allmän kommentar om rätten till utbildning, General comment nr 1 on the aims of education, CRC/GC/2001/1, 2001-04-17 och General comment nr 9 (2006) on the rights of children with disabilities, CRC/C/GC/9, 2007-02-27. Kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning har tagit fram en allmän kommentar om rätten till utbildning: General comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education, CRPD/C/GC/4, 2016-11-25. Vi framhävde särskilt att elever med funktionsnedsättning ska få ta del av en inkluderande undervisning och få det stöd och de anpassningar som krävs för att kunna göra det och utvecklas så långt möjligt. Vi tryckte vidare på barnets bästa som återfinns i såväl artikel 3 Barnkonventionen som artikel 7 Funktionsrättskonventionen.

- **Vi åberopade vidare Diskrimineringslagen** och hävdade att behandlingen av Y utgjorde såväl direkt diskriminering som diskriminering på grund av bristande tillgänglighet. Y var i en jämförbar situation med övriga elever. Givet att hen fick det stöd hen hade rätt till skulle skolsituationen vara bra. Avstängningen och omplaceringen har samband med hens funktionsnedsättning och därav utsätts hen för direkt diskriminering. Av samma skäl och då skolan inte har fullgjort sina skyldigheter enligt skollagen har Y även blivit utsatt för diskriminering i form av bristande tillgänglighet.

Förvaltningsrätten redogör för överklagandet på följande sätt:

Y har inte fått någon varning innan beslutet och de har inte haft möjlighet att yttra sig innan beslutet då beslut om avstängning fattades på kvällen den 15 mars 2018. Avstängningen beror bland annat på att skolan anmälts till barn- och elevombud, DO och till JO. Y:s specialpedagog har varit arg på Y och inte behandlat honom med respekt. Avstängningen kommer inte att hjälpa då Y redan har det svårt och han diskrimineras på skolan. Y har inte fått vara med under olika aktiviteter med sina kompisar i klassen. s. 2 i domen.

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom, - mål nr 1792-18, meddelad 2018-04-23

Tiden för avstängningen hade redan löpt ut när överklagandet inkom till förvaltningsrätten. Rätten ansåg dock att beslutet gällde ett allvarligt ingrepp mot en elev varför beslutet skulle prövas ändå.

Förvaltningsrätten avvisade som ovan konstaterats den del av överklagandet som gällde själva omplaceringen. Förvaltningsrätten redogjorde sedan för femte kapitlet skollagens bestämmelser om avstängning. Förvaltningsrätten konstaterade att kapitel 5 § 16 kräver att elevens vårdnadshavare får möjlighet att yttra sig över en tänkt avstängning innan beslut fattas. Rätten konstaterade vidare att det av utredningen i målet föreföll som om någon sådan underrättelse inte hade skett. Ett beslut om

avstängning är en ingripande åtgärd som ställer stora krav på rättssäkerhet. Y går dessutom i årskurs ett. Förvaltningsrätten upphävde därför beslutet om avstängning.

Hur gick det?

Förvaltningsrätten upphävde beslutet om avstängning och det överklagades inte. Beslutet hade emellertid redan löpt ut. Då omplaceringen, själva beslutet om enskild undervisning, utgjorde ett nytt beslut avskrev Skolväsendets överklagandenämnd överklagandet av åtgärdsprogrammet. Y bytte sedermera till en skola, klass, med inriktning mot autism.

Fall 4: K mot Stockholms stad

Bakgrund

K har bott i gruppboende i mer än 20 år, först i Upplands Väsby kommun och från 2011 i Stockholms stad. Han har under hela den tiden varit beviljad kontaktperson enligt LSS. Kontaktpersonen var och är en förutsättning för att K ska kunna få andra sociala kontakter än sina anhöriga och få tillgång till kultur- och fritidsliv på lika villkor som andra. Genom kontaktpersonen kom K ut i, och blev inkluderad i, samhället.

I juli förra året fattade Stockholms stad beslut om att avslå K:s ansökan om fortsatt stöd av kontaktperson.

Staden motiverade beslutet bland annat med att K har anhörigkontakter. Staden hade utifrån samma omständigheter tidigare motiverat bifall med att K behövde andra kontakter än sina anhöriga. Staden menade även att boende i gruppboende, daglig verksamhet med mera var tillräckligt för att han inte skulle vara socialt isolerad. Den sista meningen i stadens beslut bör citeras:

”Med hänsyn till att K haft insatsen kontaktperson och känt sin kontaktperson under lång tid, beviljas insatsen under en 2 månader period (...). Detta för att K och hans kontaktperson ska ha tid att avveckla relationen.”

Varför vi tog fallet

- Vi kom in i den här processen i kammarrätten. Fallet rörde en principiellt viktig fråga. Det har blivit svårare att få kontaktperson och att få behålla den. Det finns inga avgörande från högsta instans, Högsta förvaltningsdomstolen, om rätten till kontaktperson.
- Vi bedömde att en konventionskonform tolkning av LSS utifrån främst Funktionsrättskonventionen artikel 19 var möjlig och kunde göra skillnad. Vi bedömde även att artikel 8 Europakonventionen var tillämplig.
- K uttryckte själv att han ville ha kvar sin kontaktperson och att han ville ha hjälp med att överklaga.

Överklagandet

I sitt överklagande anförde K i huvudsak följande:

- Omständigheterna med boende, sysselsättning och kontakten med anhöriga har inte förändrats, därför borde **kontinuitetsprincipen i LSS** gälla.
- K framhävde vidare att **kontakten med anhöriga inte stärker hans självständighet** så som är tanken med LSS och därför inte ersätter behovet av en kontaktperson. Han kan på grund av sin funktionsnedsättning inte heller skapa egna vänskapsrelationer och är därför beroende av en kontaktperson.
- K anförde vidare att hans hörsel och därmed **kommunikationsförmåga hade försämrats** ytterligare och därför stärkte behovet av en välkänd kontaktperson att umgås med. K gav in medicinsk bevisning och intyg från kontaktpersonen och personal på den dagliga verksamheten.

Förvaltningsrättens avslag

Avslaget motiverades på i huvudsak följande sätt:

Boende i gruppboestad utesluter inte rätt till kontaktperson, jämför RA 1995 ref. 47.

Staden är inte formellt bunden av sina tidigare beslut om rätten till insats av kontaktperson. Av utredningen framgår att K i varje fall ibland deltar i boendets eller den dagliga verksamhetens aktiviteter samt att han har kontakt med sin familj. Han vill ha kvar sin kontaktperson för att det är hans vän att hitta på saker tillsammans med.

En viktig uppgift för en kontaktperson är att bryta isolering. Utredningen visade sammanfattningsvis inte att K är så socialt isolerad som krävs för rätt till kontaktperson.

Kammarrätten

K överklagade blankt och begärde anstånd för att utveckla skälen för att kammarrätten skulle bevilja prövningstillstånd samt grunderna för talan. Kammarrätten beviljade sökt anstånd.

Kompletteringen av överklagandet

Som skäl för prövningstillstånd anförde vi i huvudsak följande:

- **Ändringsdispens:**
Förvaltningsrätten har lagt för stor vikt vid att K har anhörigkontakter och utgår från att dessa tillsammans med boende i gruppboestad och daglig verksamhet innebär tillräcklig social samvaro.

Förvaltningsrätten tar inte hänsyn till att K vill göra andra aktiviteter än de som boendet erbjuder eller att syftet med insatser enligt LSS är att den enskilde ska

få leva som andra. Målet bör även prövas utifrån en konventionskonform tolkning av LSS utifrån internationell rätt, främst Funktionsrättskonventionen. Målet bör vidare prövas utifrån Europakonventionen artikel 8. Slutligen bör också målet prövas utifrån hur de systematiska nyprövningarna av insatserna förhåller sig till principen om gynnande besluts negativa rättskraft, kravet på saklighet och opartiskhet i 1 kap. 9 § RF samt kontinuitetsprincipen i 7 § 2 st. LSS. K menar även att åberopade intyg visar att han har behov av sökta insatser.

- **Prejudikatsdispens:**
Det saknas vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen avseende rätten till kontaktperson enligt 9 § p. 4 LSS. Det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet prövas utifrån de rättigheter som Europakonventionen ger. Det är vidare av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet prövas utifrån en konventionskonform tolkning av LSS utifrån Funktionsrättskonventionen och annan relevant internationell rätt. Det är även av vikt för ledningen av rättstillämpningen att kammarrätten prövar huruvida nyprövningen av Kristoffer Ekelunds rätt till insatser förhåller sig till principen om gynnande besluts negativa rättskraft, kravet på saklighet och opartiskhet i 1 kap. 9 § RF samt kontinuitetsprincipen i 7 § 2 st. LSS.

Yrkande: K yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beviljar honom fortsatt rätt till kontaktperson enligt 9 § 4 p. LSS.

Grunder för vårt överklagande

Som grunder för vårt överklagande anförde vi följande:

- Beslutet att inte bevilja K fortsatt insats av kontaktperson **står i strid med hans rätt** att få sina behov tillgodosedda och att tillförsäkras goda levnadsvillkor, LSS § 7.

- **Beslutet leder för K till social isolering** och till att han inte längre kan vara delaktig och inkluderad i samhället vilket står i strid med 5 och 7 § LSS, artikel 8 Europakonventionen, artikel 19 och 28 Funktionsrättskonventionen samt 1 kap. 2 § RF.
- Beslutet **omöjliggör för K att kunna genomföra självvalda kultur- och fritidsaktiviteter** vilket står i strid med 6 § 1 st. LSS, RÅ 1995 ref. 47, Kammarrätten i Göteborg mål nr 2341-15, 2566-14, 5944-13 samt 6984-25, samt artikel 12 och 30 Funktionsrättskonventionen.
- Beslutet **står i strid med kontinuitetsprincipen** i 7 § 2 st. LSS. Insatsen har dragits in trots att omständigheterna inte har förändrats, annat än till det sämre.
- Ordningen med att slentrianmässigt nypröva insatser enligt LSS **står i strid med gynnande besluts negativa rättskraft** och det krav på saklighet och opartiskhet som framgår av 1 kap. 9 § RF.

Utveckling av talan

- K har rätt till insatsen kontaktperson enligt LSS.

Vi lyfte förarbetena till LSS, proposition 1992/93:159, som framhäver LSS karaktär av rättighetslag och respekten för den enskildes självbestämmanderätt, inverkan och medbestämmande i insatser.

Vidare lyfte vi att förarbetena menar att kontaktpersonen ska hjälpa den enskilde att få andra kontakter än sina anhöriga. Vi använde oss av Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nummer 6702-13 som lägger vikt vid den sökandens uttryckta behov av att få ha en egen vän som han kan umgås med och som inte är personal på gruppboenden eller familjemedlem. Vi hänvisade även till RÅ 1995 ref. 47 som fastslår att boende i gruppboende inte utgör ett hinder för att beviljas andra insatser samt att det är den enskildes samlade behov av insatser som ska vara vägledande.

Av Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål num-

mer 6984-15 framgår att den enskilde kan ha rätt till kontaktperson för att kunna genomföra andra aktiviteter än de som boendet erbjuder. K har en sådan önskan.

K trivs på den dagliga verksamheten, med uppgifterna och sina kolleger, men har inget socialt utbyte av dem på sin fritid. På boendet spenderar K mycket tid ensam på sitt rum. För att viss insats enligt 9 § LSS ska nekas personen med funktionsnedsättning på grund av att behovet tillgodoses på annat sätt, skall behovet också faktiskt tillgodoses på annat sätt.

Boendepersonalen tillgodoser inte K:s behov av social samvaro och möjlighet till kultur- och fritidsliv och kan inte heller göra det. Personalen är inte självvalda kontakter. Många av aktiviteterna som boendet erbjuder är för hela gruppen och de har K litet intresse av att vara med i. Aktiviteterna blir dessutom ofta inställda med kort varsel på grund av situationen på boendet.

En personal är inte en egenvald kontakt och inte heller någon till vilken det finns en sådan nära relation att man kan anförtro sig åt denna. En kontaktperson är inte anställd av kommunen utan får ett uppdrag och är ett icke-professionellt stöd på det sättet att det inte krävs någon speciell yrkeskompetens (se prop. 1992/93:159 s. 75).

För att K ska ha möjlighet till social samvaro med andra än personal, medboende eller kollegor under tiden för den dagliga verksamheten, är han i behov av sin kontaktperson. K har en långvarig och nära relation med sin kontaktperson, det är med denne han kommer bort från sitt boende och hittar på saker i samhället. På grund av sin funktionsnedsättning kan K själv inte skapa varaktiga vänskapsrelationer. Med kontaktpersonen hittar K på saker som han själv verkligen vill göra. Han får även del av kontaktpersonens sociala nätverk.

Med sin kontaktperson blir K en annan person. Han fattar egna beslut, formulerar önskemål om aktiviteter

och tar självmant kontakt. Tack vare insatsen kontaktperson utvecklas K självständighet och endast med detta stöd uppfylls målen med LSS; självbestämmande, självständighet och delaktighet.

- Principen om **gynnande besluts negativa rättskraft samt kontinuitetsprincipen i LSS** ger K rätt att behålla insatsen kontaktperson. K har haft insatsen kontaktperson beviljad av den nuvarande hemkommunen sedan 2011. Insatsen har beviljats med samma motivering. De omständigheter som har legat till grund för dessa beslut har varit desamma allt sedan 2011. Omständigheterna är alltjämt desamma. Insatsen kontaktperson avslogs 2016 med en ny motivering som återger en annan tolkning av förarbetena till LSS, syftet med insatsen kontaktperson och vilka behov som den ska svara mot. I nu aktuellt beslut avslår nämnden ansökan om fortsatt insats med hänvisning till att anhörigkontakt finns, samt att han deltar i aktiviteter på boendet och har daglig verksamhet. Dessa omständigheter har förelegat hela tiden.

K åberopade ett rättsutlåtande utfärdat av Andreas Pettersson för att visa att nyprövningen av hans insatser, vid oförändrade omständigheter, inte står i överensstämmelse med vare sig principen om negativ rättskraft för gynnande beslut eller kravet på saklighet och opartiskhet i regeringsformen. Omständigheterna som har legat till grund för besluten om att bevilja kontaktperson är oförändrade, funktionsnedsättningen har dessutom i viss mån försämrats och möjligheter till social samvaro på boendet likaså. Att vid sådana förhållanden regelmässigt tidsbegränsa besluten är inte sakligt och objektivt.

K menade vidare, med hänsyn till att omständigheterna är desamma, att han även med beaktande av kontinuitetsprincipen i 7 § 2 st. LSS har rätt att fortsatt behålla insatsen kontaktperson. Av förarbetena till LSS framgår att den enskilde måste kunna lita på att insatser ges så länge behov föreligger och att kontinuiteten skall garanteras, s 172 prop. 1992/93:159.

Konventionskonform tolkning av LSS utifrån internationell rätt

- K har rätt till insatsen kontaktperson utifrån den **konventionskonforma tolkning som ska göras av LSS** utifrån internationell rätt.

Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade och rätten till kontaktperson ska tolkas konventionskonformt med Sveriges internationella åtaganden. Vi argumenterade utifrån främst Funktionsrättskonventionen men även annan internationell rätt.

Ur Funktionsrättskonventionen åberopade vi bland annat **artikel 19** om rätten till det stöd som behövs för att kunna leva ett oberoende och inkluderat liv i samhället. Vi använde oss av Kommitténs femte allmänna kommentar General comment on article 19: Living independently and being included in the community, CRPD/C/18/1, 2017-08-29. Kommittén utvecklar i denna vad ett oberoende liv i samhället innebär och vilken hjälp den enskilde har rätt till. Att leva ett oberoende liv handlar inte om att kunna klara sig själv utan att ha rätt och möjlighet att bestämma över sitt liv, inklusive val av vardagliga aktiviteter.

Artikel 19 är tillämplig i nu aktuellt fall eftersom insatsen kontaktperson är en sådan stödtjänst som möjliggör för K att vara inkluderad och delaktig i samhället. Insatsen kontaktperson gör att han får tillgång till ett socialt liv, kan delta i kulturella aktiviteter och gå på sportevenemang. Genom kontaktpersonen får K vidare tillgång till dennes sociala kontaktnät och därmed, genom kontaktpersonen, ett utökat socialt nätverk. K är beroende av insatsen kontaktperson för att förhindra isolering. Av artikel 19 b och av ovanstående skrivningar tagna ur den femte allmänna kommentaren framgår att stöd ska ges för social inkludering.

Alla stödtjänster- och former ska syfta till att kunna leva ett oberoende liv. Kommittén är starkt kritisk

mot stödformer där den enskilde inte har möjlighet att välja vem som ger stöd och service, där den enskilde inte har full möjlighet att själv välja aktiviteter, där den enskilde lever tillsammans med andra personer med funktionsnedsättning just på grund av att de har ett stödbehov. Där stödet är knutet till en särskild boendeform såsom en gruppbostad, § 16 (c) i den allmänna kommentaren nr 5. Aktiviteter som görs inom ramen för gruppboendet, i gemenskap med andra boende eller med personal, medför inte att Funktionsrättskonventionens krav på stöd för att kunna vara fullt inkluderad i samhället är uppfyllt. Det stöd som K har rätt att förvänta sig under konventionen är ett individuellt stöd som ger honom möjlighet att göra självvalda aktiviteter.

Kommittén framhäver vidare rätten till självbestämmande och rätten att utifrån individuella behov välja stödform. Stöd ska kunna ges för delaktighet i kulturliv, i fritid och för andra personliga intressen. Alla former av stöd ska respektera den enskildes självbestämmande och möjligheter till ett självvalt deltagande i samhället, § 28-31.

- I relation till rätten till det stöd som behövs för att leva ett oberoende, delaktigt och inkluderat liv i samhället ska också **artikel 15 i den Reviderade europeiska sociala stadgan** nämnas. Denna ger personer med funktionsnedsättning rätt till oberoende, social integrering och delaktighet i samhällslivet. Se också artikel 14 i den sociala stadgan.

K menar att rätten till kontaktperson enligt 9 § 4 p. LSS ska tolkas utifrån tillämplig internationell rätt och tillämpas på ett sätt som gör att han får möjlighet att delta i samhällslivet på lika villkor som andra och inte drabbas av isolering på grund av indragen insats. K menar vidare att rätten till kontaktperson ska tolkas på så sätt att han får möjlighet att göra i sanning självvalda aktiviteter.

Som har framgått ovan och av bifogade intyg krävs för detta att han får stöd av sin kontaktperson. Som

Förvaltningsrätten i Stockholm i sina domskäl har påpekat ger svensk praxis utrymme för att bevilja kontaktperson om gruppboendet inte faktiskt tillgodoser behoven, RÅ 1995 ref. 47.

Av förarbetena till LSS framgår att kontaktpersonen ska vara en medmänniska som hjälper den enskilde till sociala kontakter, att komma ut i samhället och att bryta isolering. Det handlar också om att vara ett komplement till anhörigkontakt. Behovet av en kontaktperson för de som bodde på vårdhem omnämns särskilt. En jämförelse bör här kunna göras med dagens gruppboendestäder, särskilt med hänsyn till Kommittén för rättigheters stora fokus på den enskildes självbestämmande vad gäller vardagliga aktiviteter och vem de görs med, och med hjälp av.

Av NJA 1991 s. 188 framgår att svensk lag i rimligaste mån ska tolkas konventionskonformt. En sådan tolkning medför med nödvändighet att K måste beviljas fortsatt insats av kontaktperson. En annan utgång leder för K till social isolering, varvid han inte får sina behov tillgodosedda, 7 § 1 st. LSS.

I detta sammanhang lyfte vi även **artikel 28 Funktionsrättskonventionen** vilken ger personer med funktionsnedsättning rätt till en tillfredsställande levnadsstandard, bl.a. genom stöd för behov som är relaterade till funktionsnedsättning.

Rätten till en tillfredsställande levnadsstandard och till social trygghet framgår även av artikel 11 och 9 Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

Även artikel 12 Funktionsrättskonventionen om rätten till självbestämmande är av stor vikt i detta sammanhang. Respekten för den enskildes själv- och medbestämmande i insatser framgår av 6 § 1 st. LSS.

Artikel 30 Funktionsrättskonventionen ger vidare personer med funktionsnedsättning rätt att på lika villkor som andra kunna delta i kulturliv och ha en aktiv fritid. Rätten att kunna delta i kulturliv framgår

även av artikel 15(1)(a) Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Denna rätt innefattar rätten till tillgång och tillträde för personer med funktionsnedsättning, §§ 16 (b), 30-31, 54 (d) Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheters allmänna kommentar nr 21 om rätten för alla att ta del i kulturlivet, E/C.12/GC/21, 2009.

Artikel 9 Funktionsrättskonventionen handlar om rätten till tillgång och tillträde till alla anläggningar och verksamheter som är öppna för eller erbjuds allmänheten. Sådana anläggningar och verksamheter är exempelvis biografier, restauranger, bowlinghallar och idrottsanläggningar. Kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning slår i sin allmänna kommentar nr 2 om artikel 9 fast att personer med funktionsnedsättning bör erbjudas assistans och annan personlig service för att få full tillgång och tillträde till alla sådana platser, § 20 allmän kommentar nr 2, CRPD/C/GC/2, 2014.

Artikel 19 om rätten till ett oberoende, fullt delaktigt och inkluderat liv i samhället ska tolkas och tillämpas tillsammans med artikel 12, 28 och 30. Detta på ett sätt som för K leder till delaktighet och inkludering i samhället, inklusive sociala kontakter, kultur- och fritidsutbud och till självbestämmande.

Samtliga dessa artiklar ska också tolkas och tillämpas på ett sätt som överensstämmer med de allmänna principerna i artikel 3. K har alltså rätt till det personliga stöd som krävs för hans oberoende, självbestämmande, fulla och faktiska deltagande och inkludering i samhället, lika möjligheter och tillgänglighet. Artikel 9, 12, 28 och 30 stärker ytterligare den konventionskonforma tolkning som ska göras av LSS utifrån Funktionsrättskonventionen. **Alla mänskliga rättigheter är inbördes beroende av varandra och utgör en helhet.** Ovan nämnda artiklar ur Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och den Reviderade europeiska sociala stadgan stärker därför ytterligare K:s rätt till stöd i form av kontaktperson.

Vi anförde vidare att förvaltningsrätten i sina domskäl tog ställning för att boende i gruppboende, deltagande i daglig verksamhet och kontakt med anhöriga är tillräckligt för att inte vara socialt isolerad. K menar att detta ställningstagande är felaktigt och att LSS här ska tolkas mot bakgrund av ovan redogjorda artiklar ur Funktionsrättskonventionen. En sådan tolkning är, som visats ovan, möjlig att göra inom ramen för LSS ordalydelse. En konventionskonform tolkning medför att rätten till kontaktperson inträder när den enskilde har behov av denna insats för att få kontakter och aktiviteter utanför boendet och den dagliga verksamheten. K har detta behov och RÅ 1995 ref. 47 ger även möjlighet att i dylika fall bevilja insats.

Artikel 8 i Europakonventionen

- Europakonventionen gäller såsom lag i Sverige, SFS 1994:1219. Europakonventionen ska således tillämpas som lag. Europadomstolen tar hänsyn till Funktionsrättskonventionen när man tillämpar Europakonventionen. Ur Europakonventionen åberopade vi artikel 8.

För att visa att artikel 8 omfattar stöd till personer med funktionsnedsättning och möjligheten att ha relationer och ett socialt liv i samhället hänvisade vi till *Botta v. Italien*, *Kacper Nowakowski v. Polen*, *McDonald v. Förenade Kungariket* samt *Friedl v. Österrike*, ansökan 15225/89, 1995-01-331.

Nu aktuellt fall rör rätten till personligt stöd för K. Stödet, i form av kontaktperson, är avgörande för att K ska kunna ha, bibehålla och utveckla sociala relationer och ett socialt liv i samhället, kunna utveckla sin personlighet och identitet och därmed åtnjuta respekt för sin rätt till privatliv. Insatsen kontaktperson är direkt knuten till K möjlighet att åtnjuta sina under artikel 8 Europakonventionen skyddade rättigheter. Det personliga stödet, i form av kontaktperson, har dragits in. Artikel 8 är därmed tillämplig i nu aktuellt fall och det rör sig om en begränsning av rättigheterna. K har erhållit insatsen oavbrutet under 21 års tid, av nu-

varande nämnd sedan 2011. Beslutet att dra in insatsen grundar sig inte på någon som helst positiv förändring av K:s personliga eller övriga omständigheter.

Som framgår ovan ska **Europakonventionen tolkas utifrån Funktionsrättskonventionen**. Artikel 8 ska därmed tolkas utifrån K:s rätt till det personliga stöd han behöver för att kunna leva ett inkluderat, delaktigt och socialt liv i samhället, med en tillfredsställande levnadsstandard. Artikel 8 ska vidare tolkas på ett sätt som leder till att K på lika villkor som andra kan bestämma över sitt liv, inklusive sin vardag och fritids- och kulturaktiviteter som han vill delta i.

K menar att **begränsningen av hans rättigheter inte är proportionerlig**. För att vara tillåten ska en begränsning vara föreskriven i lag, syfte till ett legitimt ändamål och vara proportionerlig. Staterna har en rörelsefrihet i detta avseende.

En förutsättning för att K ska må bra och kunna ha ett socialt liv i samhället är att han får behålla sin kontaktperson. Vid **proportionalitetsbedömningen** bör också beaktas att gruppboendet har sämre förutsättningar än förut att erbjuda individuella aktiviteter, samt att de aktiviteter som erbjuds inte är sådana som K vill delta i om han får välja själv.

Nämnden anför som skäl för beslutet att dra in insatsen att K inte är socialt isolerad utan att han genom boende i gruppboende, daglig verksamhet och anhörigkontakter uppnår goda levnadsvillkor. Genom intyg framgår att så inte är fallet. Nämnden har inte anfört några andra skäl för beslutet att dra in insatsen. Mot bakgrund av detta, och då K är beroende av insatsen kontaktperson för att kunna åtnjuta sina rättigheter under artikel 8 Europakonventionen, särskilt tolkade i ljuset av Funktionsrättskonventionen, är begränsningen av hans rättigheter inte proportionerlig.

K tvingas istället att bära en individuell och överdriven börda då han genom indragningen förlorar möjligheten att komma ut i samhället på lika villkor som andra,

till ett socialt liv och till delaktighet i kultur- och fritidsutbud. Av intyg framgår att K genom indragningen av insatsen blir isolerad.

Detta innebär sammanfattningsvis att indragningen av insatsen kontaktperson utgör en kränkning av K:s rättigheter under artikel 8 Europakonventionen. LSS kan i nu aktuellt fall tolkas på ett sätt som harmoniserar med Europakonventionens krav. Såväl lagstiftningens ordalydelse som förarbetena till LSS och syftet med insatsen tillåter det.

En tolkning av LSS som harmoniserar med **Regeringsformen 1:2** stärker K:s rätt till fortsatt insats av kontaktperson. Denna grundlagsbestämmelse ska användas som tolkningsunderlag vid tillämpning av annan lag; på samma sätt som LSS och Europakonventionen ska tolkas konventionskonformt med Funktionsrättskonventionens.

Regeringsformen 1:2 stärker K:s rätt till respekt för sitt privatliv och till värdighet enligt Europakonventionen artikel 8. Regeringsformen 1:2 stärker vidare K:s rätt till goda levnadsvillkor och till social inkludering i samhället genom att personlig välfärd ska vara ett grundläggande mål för den offentliga verksamheten, däribland att verka för social omsorg.

K:s rätt att behålla insatsen kontaktperson stärks av att det allmänna ska verka för att alla ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet.

Kammarrätten beviljade prövningstillstånd.

Kammarrätten i Stockholms dom - mål nummer 4532-17, meddelad 2018-05-24

Kammarrätten fastslog först att det inte förelåg några hinder för staden att nypröva rätten till ansökan. Kammarrätten fastslog vidare att boende i gruppboende samt daglig verksamhet inte i sig hindrar att han beviljas kontaktperson. Kammarrätten fortsatte:

”Av journalanteckningarna från K:s boende framgår att han deltar i aktiviteter där tillsammans med andra boende och med personal. Det framgår också att han har kontakter med sin familj och bland annat deltar i resor tillsammans med dem.

Kammarrätten instämmer mot denna bakgrund i förvaltningsrättens bedömning att utredningen inte visar att K, utöver de insatser enligt LSS han har beviljats, även har behov av kontaktperson enligt LSS för att uppnå goda levnadsvillkor. Enligt kammarrättens mening strider beslutet att avslå K:s ansökan om kontaktperson inte heller mot något svenskt konventionsåtagande eller mot regeringsformen. Överklagandet ska därför avslås.” s. 4

Högsta förvaltningsdomstolen

Vi överklagade kammarrättens dom blankt och begärde anstånd till efter sommaren för att komma in med skäl för prövningstillstånd och utveckla grunderna för vår talan. Högsta förvaltningsdomstolen medgav anstånd till 2018-08-31.

Överklagandet

Som skäl för att vi skulle beviljas prövningstillstånd anförde vi i huvudsak följande. Vi åberopade bara prejudikatsdispens.

- Prejudikatsdispens: **Det saknas vägledande avgöranden** från Högsta förvaltningsdomstolen avseende **rätten till kontaktperson** enligt 9 § 4 p. LSS. Kammarpraxis på området är inte entydig och det är därför av vikt för ledningen av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen får möjlighet att pröva målet.

Det saknas vägledning i hur **begreppet ”social isolering”** ska tolkas. Förvaltningsrätterna och kammarrätterna lägger vidare olika stor vikt vid betydelsen av daglig verksamhet och gruppboende vid bedömningen av behovet av kontaktperson. Såväl kammarrätterna

som förvaltningsrätterna lägger vidare avgörande vikt vid tillgången till anhörigkontakter. Det behövs ett vägledande avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen i hur stor vikt som ska läggas vid dessa, med beaktande av att det i förarbetena till LSS anges att insatsen kontaktperson bland annat ska syfta till att den enskilde får andra kontakter än sina anhöriga, prop. 1992/93:159 s. 75.

- Det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet prövas utifrån de rättigheter som artikel 8 Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna ger. **En proportionalitetsbedömning ska göras.** Kammarrättens bedömning motsvarar inte kravet på en proportionalitetsbedömning. Det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen prövar målet utifrån en sådan proportionalitetsbedömning.
- Det är vidare av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet **prövas utifrån en konventionskonform tolkning av LSS utifrån Funktionsrättskonventionen och annan relevant internationell rätt.** Ur Funktionsrättskonventionen är främst artikel 19, 28, 30 och 12 av intresse. Av praxis från Europadomstolen, bl.a. Cam v. Turkiet, ansökan 51500/08, 2016-02-23, framgår att även Europakonventionen ska tolkas utifrån Funktionsrättskonventionen. I detta sammanhang är vidare Guberina v. Kroatien, ansökan 23682/13, 2016-03-22 av särskild betydelse. Europadomstolen konstaterar i detta avgörande att staten skulle ha beaktat Funktionsrättskonventionens principer vid tillämpningen av nationell rätt.
- Kammarrätten avfärdar K:s ingående rättsliga argumentation kring ovanstående med en mening: att stadsdelsnämndens beslut inte strider mot något svenskt konventionsåtagande. Kammarrätten har inte redogjort för sitt resonemang. Det saknas vägledande avgöranden som visar hur Europakonventionen och övrig åberopad internationell rätt, inklusive den konventionskonforma tolkning av svensk rätt som ska göras utifrån dessa, påverkar tillämpningen av LSS i mål om rätt till kontaktperson.

- Det är även av vikt för ledningen av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen prövar huruvida nyprövningen av K:s rätt till insatser förhåller sig till **kontinuitetsprincipen** i 7 § 2 st. LSS, principen om gynnande besluts negativa rättskraft samt kravet på objektivitet och opartiskhet i 1 kap. 9 § RF. Såvitt avser principen om negativ rättskraft samt 1 kap. 9 § RF hänvisar K särskilt till det i kammarrätten presenterade rättsutlåtandet utfärdat Andreas Pettersson, juris doktor och lektor i offentlig rätt vid Södertörns högskola.

Yrkande: K yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, beviljar honom fortsatt rätt till kontaktperson enligt 9 § 4 p. LSS.

Grunder för vårt överklagande

Som grunder för vårt överklagande anförde vi i huvudsak följande:

- Beslutet att inte bevilja K fortsatt insats av kontaktperson står i strid med hans rätt att få sina behov tillgodosedda och att tillförsäkras goda levnadsvillkor, LSS § 7.
- Beslutet leder för K till social isolering och till att han inte längre kan vara delaktig och inkluderad i samhället vilket står i strid med 5 och 7 § LSS, artikel 8 Europakonventionen, artikel 19 och 28 Funktionsrättskonventionen samt 1 kap. 2 § RF.
- Beslutet omöjliggör med några få undantag för K att kunna genomföra självvalda kultur- och fritidsaktiviteter vilket står i strid med 6 § 1 st. LSS, RÅ 1995 ref. 47, Kammarrätten i Göteborg mål nr 2341-15, 2566-14, 5944-13 samt 6984-25, samt artikel 12 och 30 Funktionsrättskonventionen.
- Kammarrätten tar i sin dom inte hänsyn till kontaktpersonens funktion som ett sällskap och vän som vare sig är personal på gruppboenden eller en anhörig, jfr Kammarrätten i Göteborg mål nr 6702-13.

- Beslutet står i strid med kontinuitetsprincipen i 7 § 2 st. LSS. Insatsen har dragits in trots att omständigheterna inte har förändrats, annat än till det sämre.
- Ordningen med att systematiskt ompröva insatser enligt LSS står i strid med gynnande besluts negativa rättskraft och det krav på objektivitet och opartiskhet som framgår av 1 kap. 9 § RF, se till ovan hänvisat rättsutlåtande av Andreas Pettersson.
- Kammarrätten har inte på ett tillfredsställande sätt motiverat sin bedömning att K inte har rätt till kontaktperson.
- Inte heller har kammarrätten redogjort för sitt resonemang kring att kommunen har nekat K fortsatt kontaktperson efter ca 15 år, trots att inget i hans situation har förändrats. Inte heller har praxis eller lagstiftning förändrats.
- Kammarrätten har inte redogjort för sin prövning av LSS utifrån Sveriges internationella åtaganden. K menar att en sådan prövning medför en tillämpning av LSS som berättigar honom till stöd av en kontaktperson.
- Det har under en längre tid varit oroligheter på boendet.
- Som framgår av intyg från biträdande enhetschef inom socialtjänsten kan aktiviteter på boendet bli inställda med kort varsel.
- De aktiviteter som genomförs är i de flesta fallen för hela gruppen.
- K umgås inte med sina arbetskamrater på den dagliga verksamheten utanför arbetstid.
- Kammarrätten tar i sin dom inte hänsyn till att syftet med insatser enligt LSS är att den enskilde ska få möjlighet att så långt som möjligt leva som andra och uppnå delaktighet och jämlikhet, 5 § LSS. En person i hans ålder utan hans funktionsnedsättning har möjlighet att göra självvalda fritids- och kulturaktiviteter,

såsom att träffa vänner och annat, med i varje fall viss beaktansvärd frekvens. För att uppfylla syftet med LSS och tillförsäkra K goda levnadsvillkor är han i behov av sin kontaktperson. Genom kontaktpersonen fick K tillgång inte bara till dennes sällskap och fritidsaktiviteter, utan även ett mycket betydelsefullt socialt utbyte med kontaktpersonens vänner och familj. Den enskildes samlade behov av insatser ska vara vägledande, jfr RÅ 1995 ref. 47, Kammarrätten i Göteborg mål nr 2341-15, 2566-14, 5944-13.

- De intyg som K har åberopat visar att avsaknad av insatsen kontaktperson leder till social isolering.

Vi utvecklade även den grund som berörde frågan om att kammarrätten inte har redogjort för sin prövning av LSS utifrån Sveriges internationella åtaganden.

I denna del lyfte vi och utvecklade den argumentations som vi förde i kammarrätten, utifrån Funktionsrättskonventionen och Europakonventionen.

Vi bad även om att få tillfälle att komplettera grunderna om Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd.

Hur gick det?

Vid tiden för denna rapport har Högsta förvaltningsdomstolen ännu inte beslutat i frågan om prövningstillstånd.

Bilaga 2:

Fördjupning om tillämpning av Europakonventionen och EU-rätt

Europakonventionen som lag

Europakonventionen gäller såsom lag i Sverige, SFS 1994:1219. Europakonventionen ska således tillämpas som lag. Svensk lag kan för att uppfylla detta krav tolkas konventionskonformt mot Europakonventionens krav. Bremdal med flera menar att det finns en stark skyldighet att tolka svensk rätt konventionskonformt utifrån Europakonventionen inklusive gällande tilläggsprotokoll³¹.

Denna skyldighet beror just på att denna konvention med flertalet protokoll gäller som lag i Sverige.³² Om det inte räcker ska Europakonventionen många gånger tillämpas direkt.

Europakonventionen har medfört att svensk rätt tolkats annorlunda och även att svensk lag helt satts åt sidan och Europakonventionen tillämpats istället, se bland andra NJA 2012 s. 1038, NJA 2005 s. 805, NJA 2005 s. 462, NJA 2009 s. 463, NJA 2013 s. 502.

Direkt tillämpning

Under vilka förutsättningar ska då Europakonventionen med som lag gällande tilläggsprotokoll tillämpas direkt om en konventionskonform tolkning inte räcker för att uppfylla konventionens krav? Man kan skilja på tre olika situationer:

1. Det finns ingen annan tillämplig svensk lagstiftning.

31. Se vidare Bremdal, Grahn Farley och Reichel.

32. Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna

2. Svensk lagstiftning antagen efter Europakonventionen trädde ikraft som svensk lag står i strid med Europakonventionens krav.
3. Svensk lagstiftning antagen före Europakonventionen trädde ikraft som svensk lag står i strid med Europakonventionens krav.

1. Det finns ingen annan tillämplig svensk lagstiftning

I dessa fall ska Europakonventionen som regel tillämpas direkt.³³ Detsamma gäller för det fall att det finns andra typer av föreskrifter än lag som står i strid med Europakonventionen. Det vill säga regeringsförordningar eller myndighetsföreskrifter. Europakonventionen får då företräde framför dessa andra föreskrifter och ska som regel tillämpas direkt.

Detta följer av principen "lex superior" som säger att föreskrift av högre rang har företräde framför föreskrifter av lägre rang.³⁴ Det framgår även av grundlag, regeringsformen 11:14 och 12.

2. Svensk lagstiftning antagen efter Europakonventionen trädde ikraft som svensk lag står i strid med Europakonventionens krav

I dessa fall får Europakonventionen (givetvis även som lag gällande tilläggsprotokoll) företräde framför den svenska lagregeln. Detta följer av Regeringsformen 2:19 som stadgar att ingen lag eller föreskrift får antas som strider mot den.³⁵

33. Hur utfallet blir i det enskilda fallet beror även på vilken utformning den europarättsliga regeln har och hur den blir tillämpbar i praktiken.

34. Se avsnittet **Konventionskonform tolkning av EU-rätten (även inbegripet Europakonventionen som en eu-rättslig princip) utifrån Funktionsrättskonventionen** för en diskussion hur EU-rätten förhåller sig till detta.

35. För det fall det rör sig om föreskrift av lägre rang antagen efter Europakonventionen trädde ikraft som lag faller den alltså av två anledningar. Både på grund av principen om lex superior, Regeringsformen 11:14 eller 12:10 samt på grund av Regeringsformen 2:19.

3. Svensk lagstiftning antagen före Europakonventionen trädde ikraft som svensk lag står i strid med Europakonventionens krav

För dessa situationer kan vi inte tillämpa vare sig Regeringsformen 2:19 eller 11:14 alternativt 12:10. Det rör sig om normer av samma rang. Här får vi istället använda andra lagstiftningsprinciper eller rättstillämpningsprinciper/kollusionsprinciper. Som har nämnts ovan i fotnot 3 används dessa principer för att tillämpa lagstiftning. Principerna ger vägledning i hur en bestämmelse ska tolkas och tillämpas i ett enskilt fall.

Som ovan anförts finns först att det finns en skyldighet för svenska myndigheter och domstolar att tolka svensk rätt konventionskonformt med Europakonventionen både utifrån det faktum det är en folkrättslig traktat och en som svensk lag. Detsamma gäller tilläggsprotokollen. Det gör att en svensk lag antagen före 1995 ska tolkas konventionskonformt på folkrättslig grund. Var kommer då Funktionsrättskonventionen in i bilden? Jo, genom just konventionskonform tolkning. Europadomstolen har nämligen tolkat Europakonventionen konventionskonformt med Funktionsrättskonventionen.

Europadomstolen om hur rättigheterna ska tillämpas

Europadomstolen har i sin tolkning och tillämpning av Europakonventionen och dess tilläggsprotokoll många gånger varit mycket dynamisk. Europadomstolen tar hänsyn till andra internationella konventioner. Europadomstolen har i detta ställningstagande bland annat hänvisat till artikel 31 paragraf 3 punkt c i Wienkonventionen om traktaträtten som anger som relevant tolkningsunderlag relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna. Europadomstolens ställningstagande blir mycket tydligt i *Demir and Baykara v. Turkey*, ansökan 34503/97, 2008-11-12.

Europadomstolen framhåller att rättigheterna inte får bli teoretiska och illusoriska utan ska vara praktiska och ef-

fektiva, se exempelvis *Artico v. Italien*, ansökan 6694/74, 1980-05-13 och *Airey v. Irland*, ansökan 6289/73, 1979-10-09. Staten har en positiv skyldighet att säkerställa ett effektivt åtnjutande av rättigheterna, se *Sörensen and Rasmussen v. Danmark*, ansökan 52562/99 52620/99, 2006-01-11.

Rättigheterna får inte heller tillämpas på ett sätt som gör att andra, för sakfrågan i målet direkt relevanta, internationella konventioner blir ineffektiva, se bland andra *Demir and Baykara v. Turkey*, ansökan 34503/97, 2008-11-12, §§ 66-70.

Europadomstolen menar alltså att Europakonventionen och dess tilläggsprotokoll ska tillämpas på ett sätt som leder till att rättigheterna får faktisk verkan. De ska alltså i praktiken skydda enskilda mot kränkningar. Rättigheterna ska också tolkas och tillämpas mot bakgrund av sitt ändamål och syfte, se *Golder v. Förenade Kungariket*, ansökan 4451/70, 1975-02-21, *Mamatkulov and Askarov v. Turkiet*, ansökan 46827/99 46951/99, 2005-02-04.

I målet *Demir och Baykara mot Turkiet* framhåller Europadomstolen även att Europakonventionen ska tolkas i ljuset av annan internationell rätt och tolkningen av densamma.

85. The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.

86. In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies.

Europadomstolen tolkar Europakonventionen utifrån Funktionsrättskonventionen

Europadomstolen har i sin praxis tagit hänsyn till annan internationell rätt, däribland Funktionsrättskonventionen. Detta framgår av flera fall, varav några refereras nedan. Oliver Lewis menar att det är mer ovanligt att Europadomstolen faktiskt märkbart använder Funktionsrättskonventionen för att tolka Europakonventionen än att den endast anger Funktionsrättskonventionen som relevant tolkningsmaterial³⁶.

I Europadomstolens dom i *Cam v. Turkiet*, ansökan 51500/08, 2016-02-23, tar domstolen hänsyn till FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning:

53. The Court reiterates that in interpreting and applying Article 2 of Protocol No. 1, account must also be taken of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties and that the Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part (see *Catan and Others*, cited above, § 136). The provisions on the right to education set out in such instruments as the European Social Charter or the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities should therefore be taken into consideration. Lastly, the Court emphasises that the object and purpose of the Convention, as an instrument for the protection of individual human beings, requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (*ibid.*). (...)

65. The Court considers that Article 14 of the Convention must be read in the light of the requirements of those texts regarding reasonable accommodation – understood as “necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case” – which persons with disabili-

36. Lisa Waddington, Anna Lawson, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice – A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford University Press, 2018, Oliver Lewis i kapitlet om Council of Europe s. 89-130. (cit. Waddington och Lawson)

ties are entitled to expect in order to ensure “the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms” (Article 2 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities ...). Such reasonable accommodation helps to correct factual inequalities which are unjustified and therefore amount to discrimination (see paragraph 54 above).

I *Stanev v. Bulgarien*, ansökan 36760/06, 2012-01-17, finner Europadomstolen att den är skyldig att ta hänsyn till den växande betydelse som internationella överenskommelser om personer med psykisk funktionsnedsättning lägger vid att tillerkänna dessa personer så stor rättshandlingsförmåga som möjligt. Se följande utdrag:

244. The Court is also obliged to note the growing importance which international instruments for the protection of people with mental disorders are now attaching to granting them as much legal autonomy as possible. It refers in this connection to the United Nations Convention of 13 December 2006 on the Rights of Persons with Disabilities and to Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on principles concerning the legal protection of incapable adults, which recommend that adequate procedural safeguards be put in place to protect legally incapacitated persons to the greatest extent possible, to ensure periodic reviews of their status and to make appropriate remedies available (see paragraphs 72-73 above).

245. In the light of the foregoing, in particular the trends emerging in national legislation and the relevant international instruments, the Court considers that Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted as guaranteeing in principle that anyone who has been declared partially incapable, as is the applicant’s case, has direct access to a court to seek restoration of his or her legal capacity.

I *A. N. v. Litauen* anför Europadomstolen att staten, med anledning av A. Ns funktionsnedsättning, borde ha vidtagit åtgärder för att säkerställa tillgång till rättssystemet och hänvisar till artikel 13 Funktionsrättskonventionen:

102. The Court reiterates that the applicant was a person suffering from mental illness, a factor which militated in favour of the State employing measures to help him to ensure effective access to justice (see Article 13 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, para-

graph 69 above). (...) A. N. v. Litauen, ansökan 17280/08, 2016-05-31

Europadomstolen för ett liknande resonemang i M.S. v. Kroatien (No. 2), ansökan nr. 75450/12, 2015-02-19:

157. Furthermore, although the judge conducting the proceedings visited the applicant in the hospital, the documents submitted before the Court do not show that he made any appropriate accommodations to secure her effective access to justice (see paragraph 46 above, Article 13 CRDP). In particular, there is no evidence that he informed the applicant of her rights or gave any consideration to the possibility for her to participate in the hearing (see paragraph 22 above).

Det gör Europadomstolen även i M.H. v. Förenade Kungariket, ansökan 11577/06, 2013-10-22:

93. That being said, the Court has accepted that with regard to persons who, on account of their mental disabilities, are not fully capable of acting for themselves, there is no doubt that special procedural safeguards may be called for (see, among other authorities, Winterwerp, cited above, § 60; see also the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, cited at paragraphs 49 – 50 above). When a mental patient is not fully capable of acting for herself on account of her mental disabilities, by definition the compensatory safeguards to which the State might have recourse in order to remove the legal or practical obstacles barring such a person from being able to benefit from the procedural guarantee afforded by Article 5 § 4 may well include empowering or even requiring some other person or authority to act on the patient's behalf in that regard.

Europadomstolen har även i Kacper Nowakowski v. Polen, ansökan 32407/13, 2017-01-10, tolkat artikel 8 utifrån artikel 23 Funktionsrättskonventionen och slagit fast att en döv pappa skulle ha fått stöd för att kunna kommunicera med sin son vid umgänge:

93. In the Court's view, the domestic courts should have envisaged additional measures, more adapted to the specific circumstances of the case (see, *mutatis mutandis*, Gluhaković, cited above, where in regulating contact the authorities failed to take into account the father's work schedule). Having regard to the specifics of the applicant's

situation and the nature of his disability, the authorities were required to implement particular measures that took due account of the applicant's situation. The Court refers here to the second sentence of Article 23 § 2 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which provides that "State Parties shall render appropriate assistance to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities." (see paragraph 49 above).

I *Guberina v. Kroatien*, ansökan 23682/13, 2016-03-22, slår Europadomstolen vidare fast att staten skulle ha beaktat Funktionsrättskonventionens principer vid tillämpningen av nationell rätt:

92. Moreover, the Court notes that by adhering to the requirements set out in the CRPD the respondent State undertook to take its relevant principles into consideration, such as reasonable accommodation, accessibility and non-discrimination against persons with disabilities with regard to their full and equal participation in all aspects of social life (see paragraph 34-37 above), and in this sphere the domestic authorities have, as asserted by the Government, implemented certain relevant measures (see paragraph 62 above). In the case in question, however, the relevant domestic authorities gave no consideration to these international obligations which the State has undertaken to respect.

93. It accordingly follows, contrary to the Government's assertions, that the issue in the instant case is not the fact that the relevant domestic legislation left no room for an individual evaluation of the tax exemption requests of persons in the applicant's situation. The issue in the present case is rather that the manner in which the legislation was applied in practice failed to sufficiently accommodate the requirements of the specific aspects of the applicant's case related to the disability of his child and, in particular, to the interpretation of the term "basic infrastructure requirements" for the housing of a disabled person (compare *Topčić-Rosenberg*, cited above, §§ 40-49).³⁷

37. För en kritisk analys av EU-domstolens användning och tolkning av Funktionsrättskonventionen i *Guberina v. Kroatien* se Lisa Waddington, Anna Lawson, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice – A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford University Press, 2018, s. 119.

Ovanstående är ett urval av Europadomstolens praxis. I ovanstående fall hänvisas Funktionsrättskonventionen till, antingen för en tolkning eller som ett konstaterande av att Funktionsrättskonventionen ska tas hänsyn till.

Denna praxis från Europadomstolen kan inte kallas konsekvent, se Oliver Lewis resonemang i Waddington och Lawson, refererad ovan. Som exempel kan ett fall lyftas där Funktionsrättskonventionen nämns som relevant men där sedan ingen vidare analys eller användning av denna sker. Fallet A.-M.V. v. Finland, ansökan 53251/13, 2017-03-23 bör särskilt uppmärksammas.

Detta fall gällde en person med intellektuell funktionsnedsättning som, genom sin ställföreträdare, nekades att välja var han ville bo. Europadomstolen refererade artikel 12 Funktionsrättskonventionen om rätt till självbestämmande och likhet inför lagen som relevant internationell rätt.

I nästa steg fann emellertid Europadomstolen att artikel 8 Europakonventionen tillät denna begränsning. Europadomstolen motiverade detta bland annat med att klaganden inte hade förmåga att fullt ut förstå konsekvenserna av det val han ville göra. Europadomstolen redogjorde inte för sin syn på hur en tolkning av artikel 8 utifrån artikel 12 Funktionsrättskonventionen påverkade dess ställningstagande. Artikel 12 nämndes inte överhuvudtaget i själva domskälen. Detta trots att den tolkning av artikel 12 som FNs Kommitté för rättigheter för personer med funktionsnedsättning i sin första allmänna kommentar har gjort står i skarp motsats till Europadomstolens ställningstagande.³⁸

Oliver Lewis går till och med så långt som att påstå att det finns en ovilja från Europadomstolens sida att tolka eller tillämpa Funktionsrättskonventionens standarder. Lewis framför i sina slutsatser den mycket betydelsefulla roll som civilsamhällesorganisationer har spelat i de fall som Europadomstolen har brytt sig om Funktionsrättskonventionen. Antingen som ombud eller som en inter-

38. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General comment No. 1 -Article 12: Equal recognition before the law*, CRPD/C/GC/1, 2014-05-19.

vention av tredje part, *amicus curiae*.³⁹

Svensk tolkning och tillämpning av Europakonventionen

Europakonventionens rättigheter som är svensk lag ska tolkas och tillämpas i enlighet med Europadomstolens praxis, vilken har inlemmats i det svenska rättsliga systemet.

Detta menar den före detta professorn i offentlig rätt Karin Åhman.⁴⁰ Av detta resonemang följer att även nationell tillämpning av Europakonventionen ska ta hänsyn till Funktionsrättskonventionen. I detta sammanhang blir det emellertid även viktigt att lyfta en diskussion kring Högsta domstolens syn på Europadomstolens praxis ställning i svensk rätt.

Som har refererats ovan har Högsta domstolen vid ett flertal fall tolkat svensk rätt konventionskonformt med Europakonventionen och i vissa fall tillämpat Europakonventionen direkt eller till och med åsidosatt svensk rätt.

Professor Joakim Nergelius beskriver såväl Europadomstolens som EU-domstolens praxis ökade betydelse för svensk rätt på ett klart och kortfattat sätt i en artikel i Svensk Juristtidning.⁴¹ Nergelius menar att svenska domstolars hänsynstagande till Europakonventionen och Europadomstolens praxis har ökat under åren.

Denna utveckling är inte oomstridd. I en artikel i Advokaten anför exempelvis justitierådet Stefan Lindskog att Högsta domstolen måste försöka skapa en egen praxis utifrån Europadomstolens praxis. Det vill säga en praxis avseende hur Europakonventionen som svensk lag ska tolkas.⁴²

39. Waddington och Lawson s. 129-130.

40. Åhman, Karin, Grundläggande rättigheter och juridisk metod, Norstedts Juridik AB, 2015, s. 112

41. Nergelius, Joakim, *SvJT 2017 s. 783 Prejudikat(o)bundenhet inom den konstitutionella rätten – var ne bis in idem ett unikum?*, Svensk Juristtidning, 2017-11-30.

42. Cato, Mats, Uppfattningarna går isär om Högsta domstolens roll i normbildningen, Advokaten – Tidskrift för Sveriges advokatsamfund,

EU-rätten

EU-rätten gäller i Sverige⁴³. Vilken verkan en specifik EU-rättsakt får beror på vilken typ av bestämmelser det rör sig om. EU kan lagstifta och anta olika sorters bestämmelser. Fördragen inklusive Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna⁴⁴ hör till primärrätten, alltså EUs konstitution, se artikel 1 och 7 Fördraget om Europeiska Unionen⁴⁵.

Förutom primärrätten finns även sekundärrätt. Sekundärrätten står under primärrätten, den är alltså lägre i rang. Det finns olika former av sekundärrätt, vilka beskrivs i artikel 288 Funktionsfördraget. Förordningar är bindande i sin helhet och direkt tillämpliga. Ett direktiv är bindande men ska genomföras nationellt. Det är sedan de nationella bestämmelserna eller programmen som ska tillämpas⁴⁶. Beslut är bindande för dem de riktar sig emot. Det finns även andra sorters, icke-bindande, sekundärrätt.

Det är inte bara så att EU-rätten gäller i Sverige utan den har också företräde framför annan svensk rätt.⁴⁷

Nr 9 2013 Årgång 79. Stefan Lindskog är för närvarande ordförande i Högsta domstolen. I denna artikel lägger även såväl Fredrik Wer-säll, tidigare justitieråd och hovrättspresident för Svea hovrätt, samt Anna Skarhed, tidigare justitieråd och nuvarande Justitiekansler fram sin syn på hur svenska domstolar bör förhålla sig till Europarätten.

43. Regeringsformen 1:10 och 10:6, Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen samt Fördraget om europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version) artikel 288.

44. Härefter EU-stadgan.

45. Härefter EU-fördraget eller FEU.

46. Under vissa förutsättningar kan direktiv få direkt effekt, alltså bli direkt tillämpliga. En redogörelse för vilka dessa förutsättningar är faller emellertid utanför ramen för denna framställning.

47. EU-rättens företräde framför nationell författning fastslås i EU-domstolens dom i *Costa v ENEL* (6/64). Även fallet *van Gend en Loos* (26/62) är av betydelse.

EU har tillträtt Funktionsrättskonventionen

EU har tillträtt Funktionsrättskonventionen, Council decision 2010/48/EC.

Enligt artikel 216 § 2 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (konsoliderad version)⁴⁸ är EU bunden av konventionen och med EU medlemsstaterna inom de områden EU redan har kompetens att lagstifta. Det innebär dock inte automatiskt att Funktionsrättskonventionen kan tillämpas inom ramen för EU-rätten. Istället kan det krävas genomförandelagstiftning. Det beror på hur klara och precisa artiklarna är.⁴⁹

I Council decision 2010/48/EC biläggs en lista med områden där EU har kompetens och redan då befintliga rättsakter som faller inom konventionens områden. De rör bl.a. områdena tillgänglighet, självständigt boende, social integration, arbete, sysselsättning, rörlighet för personer och tillgång till information. Ministerrådet (Council) har även antagit en uppförandekod som gäller mellan rådet, medlemsstaterna och kommissionen. Uppförandekoden syftar till att fastställa EU:s interna ordning för genomförande av konventionen och representation i frågor om konventionen, dokument 2010/C 340/08.

EU har lämnat in en inledande rapport över hur det går med implementeringen av Funktionsrättskonventionen. I denna beskriver EU bland annat vilken ställning internationella konventioner har inom EU-rätten:

European Union international agreements

14. The EU can conclude agreements in international law with non-member countries and other international organisations. Under Article 216(2) TFEU, agreements concluded by the Union are binding on its institutions and Member States. In accordance with CJEU case law, such agreements prevail over provisions of Union secondary legislation. This means that such provisions must be interpreted and app-

48. Härefter Funktionsfördraget eller FEUF.

49. Se artikel 216 Funktionsfördraget och Chalmers, Damian, Davies, Gareth, Monti, Giorgio, *European Union Law*, 3u, Cambridge University Press, 2014, s. 112-113. (cit. Chalmers, Davies, Monti)

lied in a manner that is consistent with those agreements.⁵⁰

Det som beskrivs i ovanstående citat är konventionskonform tolkning. Det innebär att sekundärrätten ska tolkas konventionskonformt med Funktionsrättskonventionen. Europeiska unionens domstol⁵¹ har i flera fall tolkat EU-rätten konventionskonformt med Funktionsrättskonventionen. Nationella myndigheter och domstolar är skyldiga att ta hänsyn till, och följa, EU-domstolens tolkningar av EU-rätten, även i andra fall än det ärende som EU-domstolens dom avser.⁵² EU-domstolens praxis är därför av stor vikt vid tolkning och tillämpning av EU-rätten. Nedan följer en genomgång av tre domar. Detta är endast ett urval av domar.

I domen i de förenade målen C-335/11 och C-337/11, Ring och Werge, anför EU-domstolen bland annat följande:

28 It should be noted, as a preliminary point, that, by virtue of Article 216(2) TFEU, where international agreements are concluded by the European Union they are binding on its institutions, and consequently they prevail over acts of the European Union (...)

29 It should also be recalled that by the primacy of international agreements concluded by the European Union over instruments of secondary law means that those instruments must as far as possible be interpreted in a manner that is consistent with those agreements (...)⁵³

I domen i mål C-363-12, Z, (Surrogatmödraskapsfallet), slås bland annat samma sak som ovan citerats ur Ring och Werge fast. EU-domstolen konstaterar vidare:

75 It follows that, in the present case, the UN Convention is capable of being relied on for the purposes of interpre-

50. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention - Initial report of States parties due in 2012 - European Union, CRPD/C/EU/1, 2014-12-03, § 14. (cit. CRPD/C/EU/1)

51. Härefter EU-domstolen.

52. Se vidare Chalmers, Davies, Monti s. 192-195.

53. EU-domstolens dom i de förenade målen C-335/11 och C-337/11, Ring och Werge, 2013-04-11, §§ 28-29. (cit. Ring och Werge)

ting Directive 2000/78, which must, as far as possible, be interpreted in a manner that is consistent with that Convention (see HK Denmark, paragraph 32).⁵⁴

EU-domstolen prövar i nyss citerade dom huruvida Funktionsrättskonventionen kan användas för att ifrågasätta ett direktivs giltighet. Med andra ord att välja att låta bli att tillämpa ett direktiv på grund av att det står i strid med Funktionsrättskonventionen. EU-domstolen finner att det inte är möjligt:

90 In those circumstances, without there being any need to examine the nature and broad logic of the UN Convention, it must be held that the provisions of that Convention are not, as regards their content, provisions that are unconditional and sufficiently precise within the meaning of the case-law cited in paragraphs 85 and 86 of the present judgement, and that they therefore do not have direct effect in European Union law. It follows from this that the validity of Directive 2000/78 cannot be assessed in the light of the UN Convention.⁵⁵

I domen i mål C-356-12, Glatzel, hänvisas till både Ring och Werge och Surrogatmödraskapsfallet. EU-domstolen konstaterar även att en bestämmelse i ett direktiv som är klar och tydlig och inte lämnar något tolkningsutrymme inte kan tolkas konventionskonformt med Funktionsrättskonventionen.⁵⁶

För mer information om Funktionsrättskonventionens genomförande och tillämpning inom EU-rätten se exempelvis *Study on challenges and good practices in the implemen-*

54. EU-domstolens dom i mål C-363-12, Z, 2014-03-18. (cit. Surrogatmödraskapsfallet).

Ett intressant perspektiv på EU-domstolens tolkning av Funktionsrättskonventionen i Surrogatmödraskapsfallet framförs av Lisa Waddington. Hon menar att domstolen, trots sitt resonemang kring Funktionsrättskonventionen, här snarare tillämpar en medicinsk modell för funktionshinder istället för den sociala eller människorättsbaserade. Se Lisa Waddington, Anna Lawson, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice – A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford University Press, 2018 s. 146-47.

55. Surrogatmödraskapsfallet § 90. För en djupare redogörelse för kriterierna för direkt effekt avseende internationella konventioner se domen i sin helhet.

56. EU-domstolens dom i mål C-356-12, Glatzel, 2014-05-22, §§ 68-71. (cit. Glatzel).

*tation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*⁵⁷ Se även *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice – A Comparative Analysis of the Role of Courts*, kapitlet The European Union. Boken är refererad ovan.

Europakonventionen som en EU-rättslig princip

Europakonventionen är inte bara svensk lag utan även en del av EU-rätten såsom en EU-rättslig princip, se artikel 6 punkt 3 i EU-fördraget.

Det innebär att så fort det är fråga om tillämpning av EU-rätt och en rättighet som återfinns i Europakonventionen är den senare tillämplig såsom en EU-rättslig princip.

Som har redogjorts för ovan har EU-rätten företräde framför svensk rätt vid en konflikt. Detta innebär således att Europakonventionen i dessa fall får företräde framför svensk rätt, oavsett om den är antagen före eller efter det att Europakonventionen blev svensk lag.

EUs stadga om de grundläggande rättigheterna

När vi diskuterar EU-rätten är det också av stor vikt att nämna Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna⁵⁸ vilken är tillämplig så fort någon annan EU-rätt är tillämplig, se artikel 6 punkt 1 EU-fördraget och artikel 51 EU-stadgan. EU-stadgan kan endast tillämpas när någon annan EU-rätt är tillämplig. EU-stadgan utvidgar alltså inte EU-rättens räckvidd.

I EU-stadgan slås vidare fast att de rättigheter i EU-stadgan som motsvarar rättigheter i Europakonventionen ska ges samma mening och räckvidd som de i Europakonventionen, se artikel 52 punkt 3 EU-stadgan. Denna bestämmelse hindrar emellertid inte EU-stadgan från att

57. European Foundation Centre, Study on challenges and good practices in the implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities VC/2008/1214.

58. Härefter EU-stadgan.

tillhandahålla ett starkare skydd än Europakonventionen. Sist är det också viktigt att nämna att EU-stadgan inte får tolkas på ett sådant sätt att den försämrar det skydd i andra internationella konventioner som EU är bunden av. Detsamma gäller för bland annat Europakonventionen och medlemsstaternas konstitutioner, se artikel 53 EU-stadgan. EU-stadgan får alltså inte tolkas så att den försämrar vare sig det skydd Funktionsrättskonventionen eller våra grundlagar erbjuder.

Litteratur:

Patrik Bremdal, Maria Grahn Farley och Jane Reichel, Principen om fördragskonform tolkning - förhållande till Sveriges konventionsåtaganden om mänskliga rättigheter, Uppsala Universitet, 2017.

Cato, Mats, Uppfattningarna går isär om Högsta domstolens roll i normbildningen, Advokaten – Tidskrift för Sveriges advokatsamfund.

Chalmers, Damian, Davies, Gareth, Monti, Giorgio, European Union Law, 3u, Cambridge University Press, 2014.

Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 2015

European Foundation Centre, Study on challenges and good practices in the implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities VC/2008/1214.

Nergelius, Joakim, SvJT 2017 s. 783 Prejudikat(o)bundenhet inom den konstitutionella rätten – var ne bis in idem ett unikum?, Svensk Juristtidning.

Lisa Waddington, Anna Lawson, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice – A Comparative Analysis of the Role of Courts, Oxford University Press, 2018,

Åhman, Karin, Grundläggande rättigheter och juridisk metod, Norstedts Juridik AB

Det här är inte en fullständig källförteckning.
Se fotnoter för referenser till övriga källor.



Funktionsrättskonventionen

– Från snack till verkstad!

Går det att få genomslag i rättsliga sammanhang för FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning - **Funktionsrättskonventionen**?

Trots att konventionen inte är svensk lag?

Den utmaningen antog **Funktionsrätt Sverige** 2015. Då startade projektet Från snack till verkstad med stöd av Arvsfonden. I den här rapporten redovisas erfarenheterna av projektets arbete med så kallad "strategisk processföring" utifrån Funktionsrättskonventionen.

En lärdom från projektet är att det kvarstår mycket arbete för att få domstolarna att beakta Funktionsrättskonventionen i rättsliga avgöranden.

Läs mer om projektet Från snack till verkstad på webbplatsen funktionsrattskonventionen.se

**Funktionsrätt
Sverige** 

Funktionsrätt Sverige, Box 1386, 172 27 Sundbyberg
Tel +46 8 546 404 00

www.funktionsratt.se