

Lund Disability Human Rights Clinic 2020

Finansierad av

VINNOVA

Sveriges innovationsmyndighet

Lund Disability Human Rights Clinic 2020

Denna rapport har producerats som en del av Lund Disability Human Rights Clinic på Raoul Wallenberg Institutet för mänskliga rättigheter.

Rapporten skrevs av studenter på kursen Människorättspraktik vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet. Kursen gör det möjligt för studenter vid Juristprogrammet att arbeta med konkreta ärenden och rättsutredningar under ledning av forskare och lärare vid Juridiska fakulteten och Raoul Wallenberg Institutet. Uppgifterna kommer från och utreds i samarbete med och till förmån för människorättsorganisationer. Uppgiften som ligger till grund för denna rapport kommer från Funktionsrätt Sverige. Arbetet har till stor del finansierats av Vinnova och är en del av ett projekt initierat 2015 av Uppsala universitet och Civil Rights Defenders.

Vid frågor kontakta anna.bruce@rwi.lu.se.

Fritt skolval – för vem?

Skollagens regler om att neka elever med funktionsnedsättning skolval och skolskjuts i relation till elevens rättigheter enligt CRPD och CRC.

Alicia Persson
Erika Redelius
Josefine Svahn

Handledare: Anna Bruce

The effective application of the child's right to education is primarily a question of will. Only the political will of governments and of the international community will be able to promote this essential right to a point at which it will contribute to the fulfilment of every individual and to the progress of every society.

– Amadou-Mahtar M'Bow, tidigare generaldirektör för UNESCO

Innehållsförteckning

| | |
|---|-----------|
| Fritt skolval – för vem? | 3 |
| 1. Sammanfattning | 7 |
| 2. Inledning | 9 |
| 2.1. Bakgrund | 9 |
| 2.2. Betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter | 10 |
| 2.3. Typfall och konsekvenser för individen | 11 |
| 3. Allmänna utgångspunkter | 13 |
| 3.1. Funktionsnedsättning som diskrimineringsgrund | 13 |
| 3.2. Ålder som diskrimineringsgrund | 14 |
| 3.3. Försvårad diskriminering vid intersektionell eller multipel diskriminering | 15 |
| 3.4. Lager av åtagande i relation till utbildning i CRPD | 16 |
| 3.5. Omedelbara skyldigheter eller progressiv implementering? | 18 |
| 3.5.1. Två logiker om implementering | 18 |
| 3.5.2. CRPD | 19 |
| 3.5.3. CRC | 20 |
| 3.5.4. Om argumentation | 21 |
| 3.6. Generella principer som genomsyrar CRPD | 21 |
| 3.7. Generella principer som genomsyrar CRC | 25 |
| 3.8. Konventionernas tillämpningsområden | 26 |
| 3.8.1. CRPD | 26 |
| 3.8.2. CRC | 26 |
| 3.9. Konventionerna i svensk domstol | 27 |
| 3.10. FN:s övervakningskommittéer och allmänna kommentarer | 28 |
| 4. Materiellt om CRPD och CRC | 31 |
| 4.1. CRPD | 31 |
| 4.1.1. Artikel 24 CRPD om rätten till utbildning | 31 |
| 4.1.2. Artikel 5 CRPD om jämlikhet och icke-diskriminering | 33 |
| 4.1.3. Artikel 7 CRPD om barn med funktionsnedsättning | 35 |
| 4.1.4. Artikel 9 CRPD om tillgänglighet | 36 |
| 4.1.5. Nyusti and Takács v. Hungary | 38 |
| 4.2. CRC | 39 |
| 4.2.1. Artikel 23 CRC om barn med funktionsnedsättning | 39 |
| 4.2.2. Artikel 2 CRC om icke-diskriminering | 40 |
| 4.2.3. Artikel 28 och 29 CRC om rätten till utbildning | 42 |
| 4.2.4. Budget och CRC | 43 |
| 4.3. Kritik från FN:s övervakningskommittéer | 43 |
| 5. Skollagens bestämmelser i relation till CRPD och CRC | 46 |
| 5.1. Typfall 1 – Kommunen nekar eleven fritt skolval | 46 |
| 5.1.1. CRPD | 46 |
| 5.1.2. Framtida rättigheter som kan påverkas - <i>H.M v. Sweden</i> | 50 |
| 5.1.3. CRC | 52 |
| 5.2. Typfall 2 – Kommunen nekar skolskjuts | 54 |
| 5.2.1. CRPD | 54 |
| 5.2.2. CRC | 57 |
| 6. Bedömning av rättsläget | 58 |
| 6.1. Styrkor och svagheter med CRPD | 58 |
| 6.2. Styrkor och svagheter med CRC | 58 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 6.3. | <i>Slutsatser</i> | 59 |
| 7. | Annex – internationell rätt i det svenska rättssystemet | 62 |
| 7.1. | <i>Monistiska och dualistiska rättssystem</i> | 62 |
| 7.2. | <i>Fördragskonform tolkning</i> | 62 |
| 7.3. | <i>Inkorporeringen av CRC och fördragskonform tolkning</i> | 63 |
| 7.4. | <i>Inkorporeringen och tolkningsfrågan</i> | 64 |
| 7.5. | <i>Rättighetens karaktär</i> | 64 |
| 7.5.1. | <i>Rättsligt bindande eller målstadgande?</i> | 64 |
| 7.5.2. | <i>Urgendamålet</i> | 65 |
| 7.6. | <i>Möjligheten att föra en fullgörelsetalan om rätten till utbildning</i> | 66 |

1. Sammanfattning

Sverige har åtagit sig att skydda och värna om de rättigheter som stadgas i de internationella instrumenten CRPD¹ och CRC². Det innebär att all svensk lagstiftning måste vara förenlig med CRPD och CRC. Det går därför att diskutera svensk lagstiftning i relation till CRPD och CRC och även att diskutera om svenska lagar bryter mot konventionernas stadganden.

Den svenska skollagen innehåller regler som medför att elever med funktionsnedsättning har ett mer begränsat skolval än andra elever. Syftet med den här rapporten är därför att undersöka om skollagen bryter mot CRPD och/eller CRC. Syftet är vidare att undersöka hur Funktionsrätt Sverige i så fall kan använda konventionerna för att angripa skollagens regler. Rapporten utgår från två typfall där personer med funktionsnedsättning riskerar att bli utsatta för diskriminering. En utförlig beskrivning av typfallen finns i avsnitt 2.3, men sammanfattningsvis är det första typfallet att en elev nekas plats på en skola och det andra typfallet är att eleven nekas skolskjuts. Orsaken i båda fallen är att eleven har en funktionsnedsättning som på något sätt medför organisatoriska och/eller ekonomiska svårigheter för elevens hemkommun respektive skola.

Diskriminering på grund av funktionsnedsättning och ålder är två grunder som båda omfattas av CRPD och CRC. De två diskrimineringsgrunderna gör att barn med funktionsnedsättning riskerar att bli utsatta för både multipel och intersektionell diskriminering – något som förvärrar den diskriminering gruppen utsätts för.

Den diskriminerande lagstiftningen riskerar därför att få allvarliga konsekvenser för den utsatta gruppen, men lagstiftningen är inte det enda problemet. Det bakomliggande problemet är att Sverige har brustit i sina förpliktelser att göra alla skolor och skoltransporter tillgängliga. Det leder till att elever med funktionsnedsättning inte bara har ett lika stort behov som andra elever att välja skola – utan de har i de flesta fall ett *större* behov av att välja skola.

¹ Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York 13 december 2006, SÖ 2008:26. Även kallad funktionsrättskonventionen och förkortas CRPD i text och fotnoter.

² Konventionen om barnets rättigheter, Convention on the Rights of the Child, New York 20 november 1989. Inkorporerad i svensk rätt genom Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter. I Sverige vanligtvis känd som 'barnkonventionen'. Förkortas "CRC" i text och fotnoter.

De otillgängliga skolorna och skoltransporterna leder också till ett ökat behov av individuella lösningar. De individuella lösningarna brukar formuleras i termer av att staten är skyldig att vidta *skäliga anpassningar*. Staten har en *omedelbar* skyldighet att tillhandahålla skälig anpassning, men kraven är inte lika omfattande som kraven på de åtgärder staten ska vidta för att göra alla skolor tillgängliga för alla. Det finns således flera lager av problemet som ska åtgärdas inom olika tidsramar.

Utredningen av CRPD utgår från rätten till en inkluderande utbildning. Det går att kritisera den svenska lagstiftningen eftersom det mer begränsade skolvalet kan bidra till segregering och därför motverka den inkluderande utbildningen som CRPD betonar. Lagstiftningen går även att kritisera vad gäller skolskjuts eftersom elever med funktionsnedsättning inte har lika möjligheter som elever utan funktionsnedsättning. Det är allvarligt eftersom lika möjligheter är en grundläggande princip i CRPD. Lagstiftningen är diskriminerande enligt konventionens definition och svenska staten är därmed skyldig att upphäva den.

Utredningen av CRC utgår från principen om icke-diskriminering. Vår slutsats är att lagstiftningen är diskriminerande inom ramen för konventionen och att svenska staten är därför skyldig att upphäva den. Konventionen innehåller flera artiklar som vid första anblick verkar erbjuda ett starkt skydd, men eftersom artiklarna endast är målstadganden blir rättigheterna svåra att kräva in i praktiken.

Rapporten visar att den svenska lagstiftningen går att kritisera både utifrån CRPD och CRC. Lagstiftningen diskriminerar personer med funktionsnedsättning enligt båda konventionernas definition och svenska staten är därför skyldig enligt båda konventionerna att upphäva den. CRPD är dock den konvention som erbjuder starkast skydd, där alla artiklar bidrar till att förstärka varandra och ger en kraftfull argumentation mot den svenska lagstiftningen. CRPD innehåller också en moderniserad syn på funktionsnedsättning som CRC saknar.

2. Inledning

2.1. Bakgrund

Redan 1859 betonade filosofen John Stuart Mill vikten av utbildning. I sitt kända verk *On Liberty* frågar Mill retoriskt ”Is it not almost a self-evident axiom that the State should require and compel the education, up to a certain standard, of every human being who is born its citizen?”.³ Idag är en god utbildning inte bara en förutsättning för att utveckla individens värdighet och person – utan även för en ljus framtid.⁴ Trots att utbildning har ansetts vara en av de mest grundläggande rättigheterna sedan lång tid tillbaka har vissa individer än idag inte samma möjligheter att tillgodogöra sig rättigheten. Rätten till utbildning tillhör nämligen andra generationens rättigheter, något som innebär att stater ska utveckla och bibehålla ett skolsystem *inom ramen för deras tillgängliga resurser*.⁵ I Sverige har det lett till att elever som är mer kostsamma för staten inte har samma möjligheter som andra elever till exempel när det kommer till rätten att välja skola.

Enligt den svenska regeringsformen har alla barn som omfattas av den allmänna skolplikten rätt till kostnadsfri grundläggande utbildning.⁶ Huvudregeln är att eleven ska gå på den kommunala skola som elevens vårdnadshavare vill att hen ska gå på.⁷ Kommunen får dock frångå vårdnadshavarens önskemål till exempel om den önskade placeringen skulle medföra betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter för kommunen.⁸

Samma utgångspunkter gäller för fristående grundskolor. Huvudregeln är således att även fristående grundskolor ska vara öppna för alla elever som har rätt till utbildning i grundskolan. För att en fristående skola ska kunna bedriva skolverksamhet ska elevens hemkommun ge ett bidrag för varje elev.⁹ Om en elev har ett omfattande behov av särskilt

³ Mill (1859), s. 96.

⁴ Hodgson (1998), s. 19.

⁵ Ibid. s. 73, här kursivt.

⁶ 2 kap. 18 § 1 st. kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform, förkortas ”RF” i fotnoter. Rättigheten stadgas även i 7 kap. 3 § Skollag (2010:800) som hänvisar till 2 kap. 18 § RF. Skollag (2010:800) förkortas ”Skoll” i fotnoter.

⁷ 10 kap. 30 § 1 st. 1 men. Skoll.

⁸ 10 kap. 30 § 2 st. 1 p. Skoll.

⁹ 10 kap. 37 § Skoll.

stöd¹⁰ ska hemkommunen också lämna ett tilläggsbelopp till skolans huvudman för att täcka extra kostnader.¹¹ Hemkommunen är dock inte skyldig att betala tilläggsbeloppet om skolvalet medför att ”betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter uppstår för kommunen”.¹² Om hemkommunen beslutar att inte betala tilläggsbelopp för en elev har huvudmannen på den fristående skolan ingen skyldighet att ta emot eller ge fortsatt utbildning åt eleven.¹³

Skollagen är uppbyggd på liknande sätt om eleven behöver skolskjuts, till exempel för att eleven har en lång väg till skolan eller för att eleven har en funktionsnedsättning. Eleven har som utgångspunkt rätt till kostnadsfri skolskjuts. Även här är rättigheten dock svagare om eleven väljer att gå i en annan skola än den skola hemkommunen anvisat eleven till. Hemkommunen kan neka eleven skolskjuts om skolvalet medför organisatoriska eller ekonomiska svårigheter för hemkommunen.¹⁴

2.2. Betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter

Möjligheten för elever med funktionsnedsättning att välja skola är, som framkommit av föregående avsnitt 2.1, beroende av om valet medför ”betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter” för hemkommunen. En central fråga för rapporten i stort och framförallt avvägningen mellan kommunens och elevens intressen är därför vad begreppet ”betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter” egentligen innebär.¹⁵

Lagkommentaren till skollagen förtydligar att huvudmannen för den fristående skolan ska i de flesta fall kunna tillgodose elevens behov inom ramen för det allmänna grundbeloppet. Tilläggsbelopp ska därför i regel bara utgå när en elev är i behov av extraordinära stödåtgärder som inte har koppling till den vanliga undervisningen. Bestämmelserna blir därför i regel endast aktuella när skolan behöver lägga mer betydande resurser för att

¹⁰ I regel just på grund av en funktionsnedsättning.

¹¹ 10 kap. 39 § 1 st. 1 p. SkoL.

¹² 10 kap. 39 § 3 st. SkoL.

¹³ 10 kap. 35 § 2 st. SkoL.

¹⁴ Se 10 kap. 40 § SkoL i förening med 10 kap. 32 § 2 st. 2 men. SkoL.

¹⁵ Vad gäller skolskjuts är rättigheten ännu svagare eftersom det inte behöver handla om ”betydande” svårigheter för att hemkommunen ska kunna neka eleven skolskjuts.

tillgodose en enskild elevs behov. Det kan till exempel handla om att eleven behöver tekniska hjälpmedel, assistenthjälp och anpassning av skollokal.¹⁶

2.3. Typfall och konsekvenser för individen

I den här rapporten kommer vi att diskutera skollagens regler i relation till barnets rättigheter enligt CRC och CRPD. Vi kommer att redogöra för relevanta rättigheter i de olika konventionerna och diskutera hur rättigheterna interagerar med varandra. Slutligen kommer vi även att utvärdera olika sätt för Funktionsrätt Sverige att gå framåt för att förbättra situationen för elever med funktionsnedsättning. För att rapporten ska bli så användbar som möjligt kommer vi att relatera rättigheterna till två typfall. Typfallen ska fungera som generaliseringar av de verkliga fall som Funktionsrätt Sverige möter där rapportens frågor aktualiseras.

Det första typfallet som kan bli aktuellt är att en skola nekar en elev med funktionsnedsättning plats på grund av ekonomiska eller organisatoriska svårigheter.

Det andra typfallet är att eleven inte kan gå på en skola för att elevens hemkommun inte beviljar eleven skolskjuts till skolan på grund av ekonomiska eller organisatoriska svårigheter. I det andra typfallet får eleven visserligen plats på skolan, men kan likväl inte utnyttja platsen eftersom kommunen inte beviljar hen skolskjuts.

Konsekvenserna i båda fallen är att eleven med funktionsnedsättning får ett mer begränsat skolval och har därför inte samma möjligheter som elever utan funktionsnedsättning. Det är särskilt problematiskt eftersom barn med funktionsnedsättning i regel inte bara har ett lika stort behov som andra att välja skola, utan till och med ett *större* behov. Det ökade behovet ligger i att svenska staten återkommande brister i sina skyldigheter att göra skolor och transportmedel tillgängliga för alla människor oavsett funktionsförmåga.¹⁷ Skollagens regler går därför också att kritisera rent allmänt utifrån rättsprincipen att ”ingen skall skörda vinning

¹⁶ Eriksson (2020), besökt 2020-10-22.

¹⁷ En skyldighet som framkommer tydligast i artikel 9 CRPD, se avsnitt 4.1.4.

av sin egen orättsgärning” – som i det här fallet alltså ligger i statens och kommunernas underlåtenhet att göra skolor och transportmedel tillgängliga.¹⁸

Den bristande tillgängligheten tillsammans med skollagens regler särbehandlar därför elever med funktionsnedsättning negativt i tre olika steg. För det första kan eleverna inte gå på vilken skola som helst eftersom alla skolor inte är tillgängliga. För det andra finns det en risk att den eller de skolor som är tillgängliga nekar eleven plats på grund av ekonomiska och organisatoriska svårigheter. Den risken blir aktuell om den skola som passar eleven bäst inte är den skola som hemkommunen har anvisat. För det tredje finns det en risk att eleven – trots att hen får en plats på den mest lämpliga skolan – inte kan utnyttja platsen eftersom kommunen inte beviljar eleven skolskjuts.

Skollagens regler begränsar således elevens möjligheter att välja skola. Förutom aspekten att eleven ska kunna välja den skola som passar bäst till exempel ur tillgänglighetssynpunkt finns det en social aspekt som är värd att belysa. En risk med skollagens regler är att eleven med funktionsnedsättning inte kan fortsätta i samma grupper som elevens kompisar från förskolan eller tidigare skola. Den absoluta majoriteten av alla människor skulle sannolikt skriva under på att det är en trygghet att möta en ny miljö – till exempel en ny skola – tillsammans med personer de känner sedan tidigare. Lika viktigt kan det vara att ha möjligheten att bryta sig fri och börja på en annan skola om personen inte trivs med de personer hen har gått med tidigare. Eftersom elever med funktionsnedsättning inte har samma valmöjlighet finns det därför en risk att skollagens regler även får negativa *sociala* konsekvenser för individen.¹⁹ Den sociala aspekten är särskilt problematisk i ljuset av att det är mer än dubbelt så vanligt att elever med funktionsnedsättning blir utsatta för mobbning jämfört med andra elever.²⁰ Det finns därför en mångbottnad problematik med skollagens regler som gör behovet av förändring ännu större.

¹⁸ Rättsprincipen kommer från *Riggs vs Palmer*, ett mål i New Yorks appellationsdomstol 1889. I målet slog domstolen fast att en mördare inte kan arva efter sitt offer, även fast den aktuella lagen inte uttryckligen stadgade det undantaget från arvsrätten.

¹⁹ Att sociala aspekter är viktiga att beakta framgår bland annat av artikel 6.2 CRC som stadgar att konventionsstaterna ska till det yttersta av sin förmåga säkerställa barnets överlevnad och utveckling. Utifrån artikel 6.2 CRC går det att kritisera att barn med funktionsnedsättning inte har samma möjlighet som jämnåriga att välja – eller välja bort – en skola utifrån sociala aspekter. Artikel 6.2 CRC borde därför fylla ut den lucka i SkOLL som finns när det gäller att ta hänsyn till elevens intressen som motvikt till att ett skolval medför organisatoriska eller ekonomiska svårigheter för kommunen.

²⁰ Fridh (2018), s. 53.

3. Allmänna utgångspunkter

3.1. Funktionsnedsättning som diskrimineringsgrund

För att något ska räknas som diskriminering kräver de allra flesta ramverk att ett missgynnande har skett *på grund av* något. Skillnaden mellan diskriminering och orättvis behandling i allmänhet är således att diskriminering har ett samband med en grund som lagstiftaren har bedömt som särskilt skyddsvärd. Funktionsnedsättning är en vanlig diskrimineringsgrund som till exempel skyddas i den svenska diskrimineringslagen.²¹

CRPD innehåller ingen definition av begreppet funktionsnedsättning, utan preambeln erkänner att det är ett begrepp under utveckling.²² Första artikeln innehåller dock en exemplifiering av vilka som omfattas av begreppet ”personer med funktionsnedsättning”. Det är bland annat personer som har en långvarig fysisk, psykisk, intellektuell eller sensorisk funktionsnedsättning. För att omfattas av CRPD ska funktionsnedsättningen dessutom i samspel med olika hinder kunna motverka personers fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra.²³

För att förstå synen på funktionsnedsättning i CRPD är det centralt att förstå utvecklingen av synen på funktionsnedsättning. Den traditionella synen på funktionshinder bygger på den medicinska modellen. Den ser funktionshinder som ett medicinskt problem som måste botas för att individen ska kunna åtnjuta rättigheter och delta i samhället fullt ut.²⁴ Den medicinska modellen av funktionshinder har fått stark kritik eftersom den lägger problemet på individen. På så sätt kan stater också komma undan sitt ansvar att göra samhället tillgängligt för alla.

Under 1970-talet växte den sociala modellen fram som en kontrast till den medicinska modellen. Den sociala modellen av funktionshinder betonar att ett funktionshinder uppstår i samband med en otillgänglig miljö. Det är därför miljön som måste anpassas så den fungerar för olika funktionsnedsättningar – inte tvärtom. Den sociala modellen flyttar på så sätt fokus från att se problemet i *individen* med funktionsnedsättning till att se problemet i en

²¹ Se 1 kap. 5 § 4 p. diskrimineringslag (2008:567), förkortas ”DL” i text och fotnoter.

²² Preamble e) CRPD.

²³ Artikel 1 CRPD.

²⁴ Shakespeare (2006), s. 14.

otillgänglig miljö.²⁵ Modellen belyser också varje människas inneboende värde och tittar först i andra hand – om det överhuvudtaget behövs – på personens medicinska behov.²⁶

Under de senaste åren har ytterligare ett sätt att se på funktionshinder vuxit fram.

Människorättsjuristen Theresia Degener beskriver en människorättsmodell av funktionshinder som ett alternativ med ursprung i CRPD. Precis som den sociala modellen kritiserar människorättsmodellen att funktionsnedsättning anses vara en avvikelse från “normal hälsa” som automatiskt medför att personen inte kan delta fullt ut i samhället.²⁷

Människorättsmodellen skiljer sig dock från den sociala modellen genom att den belyser att funktionsnedsättningar inte är ett hinder mot att människor ska kunna åtnjuta mänskliga rättigheter. Den sociala modellen kan istället ses som en *förklaring* till varför personer med funktionsnedsättning exkluderas från samhället.²⁸

3.2. Ålder som diskrimineringsgrund

Ålder uppräknas explicit som en diskrimineringsgrund i preambel p) CRPD, och som något vilket försvårar diskrimineringen människor med funktionsnedsättning redan utsätts för.

Åldersdiskriminering är vanligtvis främst kopplat till yrkeslivet, både när det gäller att arbetsgivare antar att äldre arbetstagare inte hänger med i utvecklingen eller att yngre arbetstagare misstänks sakna kompetens endast på grund av ålder. Det betyder dock inte att barn inte kan drabbas av åldersdiskriminering. Kraven för att något ska räknas som diskriminering är just otillbörlig och orättvis behandling på grund av att någon tillhör en viss grupp. Det finns ett antagande i moderna samhällen om att någons ålder är sammankopplad med vissa karaktärsdrag. Det är problematiskt, då alla människor till exempel inte får mer begränsad fysisk förmåga för att de blir äldre. På samma sätt går det inte att utgå från att en person har en lägre mognadsgrad eller bristande erfarenhet och kompetens för att hen är ung.²⁹

²⁵ Ibid s. 21.

²⁶ Degener (2014), s. 6, besökt 2020-10-23.

²⁷ Ibid s. 3.

²⁸ Ibid s. 6.

²⁹ Byrne (2012), s. 422.

Visserligen finns rimliga begränsningar på vad barn får och inte får göra med hänsyn till att de är just barn. Det får dock inte sträcka sig så långt att det kan komma att påverka saker som större risk för övergrepp och mindre möjligheter att bli lyssnad på, vilket är verkligheten för barn idag.³⁰

På flera platser i CRPD finns indikationer på att ålder är en viktig faktor att ta hänsyn till vid implementering av rättigheter, inte minst när det gäller barns rättigheter. Bland annat finns artikel 4.3 om barns betydelse vid samråd och artikel 13.1 om åldersrelaterade anpassningar i anslutning till rättssystemets tillgänglighet. Även artiklarna 3(h), 7, 18.2, 16.2 och 23 CRPD ägnar tillvarata barn med funktionsnedsättnings rättigheter.

Själva existensen av CRC och annan lagstiftning som ägnar skydda barns intresse visar på att barn är en utsatt grupp med särskilda skyddsintressen, som således även bör räknas som en diskrimineringsgrund. Viktigt att notera är dock att CRC inte skyddar barn mot diskriminering *i allmänhet*, utan endast när det gäller tillämpningen av CRC:s rättigheter.³¹

3.3. Försvårad diskriminering vid intersektionell eller multipel diskriminering

Med *multipel diskriminering* förstås en situation där en person diskrimineras på två eller fler grunder, med effekten att diskrimineringen blir sammansatt eller förvärrad.³² *Intersektionell diskriminering* beskriver jämförelsevis en situation där flera diskrimineringsgrunder samverkar på ett sådant sätt att de är oskiljaktiga.³³

Intersektionell diskriminering erkänner att människor inte upplever diskriminering på samma sätt, som om de vore en homogen grupp, utan istället som individer med egna erfarenheter, identiteter och omständigheter i livet. Intersektionell diskriminering innebär således vidkännandet av de faktiska verkligheterna och upplevelser av förvärrad diskriminering som många personer tvingas uppleva. Det innebär också att intersektionell diskriminering erkänner

³⁰ Ibid.

³¹ Mer om CRC:s tillämpningsområde i avsnitt 3.8.2.

³² CEDAW/C/2010/47/GC.2, para 12.

³³ Ibid. para. 18.

att strukturella ojämlikheter som existerar inte bara ger upphov till intersektionell diskriminering, utan också legitimerar diskrimineringen.³⁴

Multipel och intersektionell diskriminering tas upp i paragraf p) i preambeln i CRPD. Paragrafen kräver att staterna ska se med oro "på de svåra förhållanden som möter personer med funktionsnedsättning som är utsatta för flerfaldiga eller försvårade former av diskriminering"³⁵ på grund av någon av de grunder som räknas upp.

3.4. Lager av åtagande i relation till utbildning i CRPD

Målet i CRPD är att barn med funktionsnedsättningar ska kunna välja skola och ha samma kvalitet på utbildningen som barn utan funktionsnedsättning. Detta framgår av artikel 24 CRPD, som betonar rätten till en inkluderande utbildning.³⁶

Problemet med inkluderande utbildning kan sägas vara uppdelat i två lager enligt CRPD. Att skolor överlag är sämre anpassade genom att vara fysiskt otillgängliga eller ha brister socialt eller i inkluderande pedagogik är ett lager av problematiken. Detta kräver en lösning utifrån artikel 9, som behandlar tillgänglighet, och 24 CRPD och grundtanken att miljöer ska anpassas efter individen. Dock kan det inte möjligtvis ske omedelbart med hänsyn till statens resurser, tid för planering och utveckling, infrastruktur samt utbildning av lärare. Problemen med anpassningen kan hänföras till artiklarna 9, 2 och 4 om tillgänglighet samt universell utformning.³⁷ Det krävs strukturella lösningar, flexibilitet och beredskap för individuella anpassningar som *kan* komma att behövas. Denna del är det proaktiva, det som syftar åt att fullt förverkliga artikel 24 CRPD. Målen är höga och åtgärder måste därför kunna vidtas progressivt.

Det andra lagret blir det om skälig anpassning³⁸ och stöd. Det strukturella problemet finns redan, påverkar individen och måste därmed åtgärdas omedelbart. Denna del är det reaktiva. Eftersom problemen i det första lagret inte kan lösas omedelbart är skälig anpassning en nödlösning; det hade inte varit nödvändigt med individuellt stöd i samma utsträckning om

³⁴ Smith (2016), s. 96.

³⁵ I engelska originaltexten "multiple or aggravated forms of discrimination".

³⁶ Se avsnitt 4.1.1.

³⁷ Se definitionen av universell utformning i avsnitt 4.1.4.

³⁸ Se artikel 5.2 och 24.2(c) CRPD.

skolorna (och samhället i stort) uppfyllde kraven på universell utformning. Detta lager har betydligt lägre mål än det första, det kräver endast en skälighetsbedömning och en lämplig åtgärd av något slag för individen, inte för systemet som helhet. Detta bör egentligen innebära att rättigheterna för individen är lättare att inkräva omedelbart.³⁹ För att det reaktiva ska kunna fungera i praktiken krävs dock beredskap i form av ett system grundat på flexibilitet för att kunna understödja individuella anpassningar när problemen uppstår.

För att uppnå målbilderna har staten ett antal styrmedel. Dessa inkluderar exempelvis budgetering, utbildning och det som är mest relevant i vårt fall, lagstiftning. Lagstiftning som verktyg kan appliceras på samtliga lager av problemen. Krav på icke-diskriminerande lagstiftning syns vara ett krav enligt art. 5.1 CRPD, *“alla människor är [...] utan någon diskriminering berättigade till lika skydd och lika förmåner enligt lagen”*. Att ha en lagstiftning som är diskriminerande⁴⁰ strider direkt mot detta krav. Vidare strider det därigenom också mot art. 4.1(a) *“vidta alla ändamålsenliga lagstiftningsåtgärder”* och 4.1(b) *“vidta alla ändamålsenliga åtgärder, däribland lagstiftning”* om konventionsstaternas åtaganden enligt CRPD.

Varför just lagstiftning är det lämpliga verktyget i vårt fall är för att problemet som i sista hand borde kunnat lösas genom individuella anpassningar fortfarande kvarstår. Detta tyder på att lagstiftningen är bristfällig och på att kraven inte är ställda högt nog. Barn med funktionsnedsättnings behov av att välja skola beror på att skolorna som sådana inte är väl utformade, men eftersom detta inte går att lösa i dagsläget krävs en temporär, omedelbar lösning som främst bör vara skälig anpassning. Trots att *alla* skolmiljöer borde vara tillgängliga tillåter den svenska regleringen en skälighetsbedömning och därmed – i förlängningen – otillgängliga skolor och skoltransporter. När lagstiftningen är klandervärd och många skolor dåligt anpassade borde det vara en självklarhet att barn med funktionsnedsättning fritt kan välja de skolor som faktiskt är mest tillgängliga. Det inkluderar i förlängningen också skolskjuts, eftersom skolskjuts i många fall är en nödvändig förutsättning⁴¹ för att barnen ska kunna åtnjuta rätten till utbildning.

Sammanfattningsvis kommer individuella anpassningar in som en nödlösning på nödlösningen, på grund av de strukturella kränkningar av konventionen som personer med

³⁹ Vidare diskussion om skälig anpassning i avsnitt 4.1.1 *Skälig anpassning och andra stödåtgärder*.

⁴⁰ Se avsnitt 4.1.2, 5.1.1 och 5.2.1 om artikel 5 CRPD.

⁴¹ Se avsnitt 4.1.3, 5.1.1 och 5.2.1 om artikel 7 CRPD.

funktionsnedsättning regelbundet utsatts för. Mycket talar för att de progressiva skyldigheterna för staten inte har uppfyllts⁴² och därför blir det extra viktigt med ett skyddsnät för de utsatta, här i form av ett rimligt regelverk som försäkrar att situationerna där staten misslyckats i och med bristande utbildningsmöjligheter åtminstone ska kunna åtgärdas genom möjligheten att välja ett av de fåtal tillgängliga alternativ som existerar. Viktigt att observera är dock att den tillgängliga skolan inte alltid är den skola barnet önskar gå i. Det kan lika gärna vara så att staten anvisar en elev till en mer tillgänglig skola som ligger längre bort, med syfte att minska ekonomiska och organisatoriska svårigheter genom att inte behöva anpassa den närliggande skolan. Barnets rättighet att välja skola av annan anledning än tillgänglighet, som att vara nära sin tidigare umgängeskrets eller dylikt, är dock lika giltig som tillgänglighetsargumentet.⁴³

3.5. Omedelbara skyldigheter eller progressiv implementering?

3.5.1. Två logiker om implementering

Desto svårare mål staterna har att uppnå, desto större utrymme måste staterna få att uppfylla målen. Det finns två huvudsakliga logiker för hur målen ska uppnås, det vill säga hur rättigheterna ska implementeras. En logik är att rättigheterna implementeras *progressivt*, men under förutsättningen att åtgärder faktiskt vidtas – även om förändringen sker gradvis. Den andra logiken är att rättigheterna ska implementeras omedelbart, men att det då inte går att kräva så mycket av staten.

Att något implementeras progressivt innebär att staten genom gradvis arbete gentemot ett mål så småningom kommer att uppnå det. Det går inte att kräva att resultatet står färdigt redan imorgon eftersom det anses vara orimligt, ofta med hänvisning till ekonomiska eller organisatoriska svårigheter, men någon typ av framsteg ska kunna observeras. Proaktiva mål faller ofta under progressiv implementering.

⁴² Utredningen görs inte i rapporten med hänsyn till avgränsningar, men se t.ex. kritik från funktionsrättskommittén i *Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "Concluding observations on the initial report of Sweden"* UN Doc CRPD/C/SWE/CO/1 (2014) p. 5, 11, 15, 17, 19, 21, 25, 27 och 47.

⁴³ Se artikel 5.1 (avsnitt 4.1.2) och 7.1 (avsnitt 5.1.1) CRPD om att ha rättigheter på lika villkor som andra.

Omedelbar implementering betyder motsatsvis att åtgärder på ett problem ska ske så fort situationen uppstår och kommer till statens kännedom. Detta är förstås inte möjligt när det kommer till storskaliga förändringar som kan kräva politiska beslut, bebyggelse och andra liknande insatser. När det gäller individen och dennes behov i en specifik situation är omedelbar implementering mer relevant. Detta kan exempelvis handla om saker som att det uppstår problem med tillgänglighet i någons hem.⁴⁴ Reaktiva åtgärder kan i många fall implementeras omedelbart. Vid åtgärder kopplade till ett specifikt barn ska dessutom barnets bästa vara det ledande intresset, något som talar för att staterna ska implementera rättigheterna omedelbart.⁴⁵

3.5.2. CRPD

Art. 4.2 CRPD: ”Med avseende på **ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter** åtar sig varje konventionsstat att vidta åtgärder och till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser och, där så behövs, inom ramen för internationellt samarbete, för att trygga att rättigheterna gradvis förverkligas i sin helhet, utan att det ska inkräkta på de åtaganden i denna konvention som är omedelbart tillämpliga enligt internationell rätt.”

Frågan om vad medlemsstaterna åtagit sig att göra omedelbart enligt CRPD är komplicerad. Utbildning måste i sig betraktas vara en socioekonomisk rättighet, som enligt art. 4.2 CRPD kan implementeras successivt. Vår fråga gäller dock inte enbart rätten till utbildning som sådan, utan även regleringar som kan anses vara diskriminerande.

I de fall då progressiv implementering är acceptabelt finns ett antal krav. Ett av dessa krav är att anledningen bakom att åtgärden inte kan göras omedelbart måste bero på legitima resursbegränsningar. Det får inte bero på politisk inaktivitet eller ovilja. Begreppet ”gradvis förverkliga” förutsätter även en rörelse framåt i utvecklingen; situationen får inte vara stillastående eller gå bakåt (så kallad *retrogression*). Det måste kunna observeras att arbete sker mot att rättigheten är på väg att förverkligas.

⁴⁴ Se t.ex. H.M. v. Sweden, avsnitt 5.1.2.

⁴⁵ Se vidare om barnets bästa i avsnitt 3.7.

Progressiv implementering är inte godtagbart angående åtaganden som ska vara omedelbart tillgängliga enligt internationell rätt. I dessa fall kan bristande resurser alltså inte åberopas som ursäkt för att inte göra något omedelbart. Detta gäller främst i fall där miniminivåer av rättigheter inte ännu är uppnådda och i vissa fall av diskriminering.⁴⁶

3.5.3. CRC

Art. 4 CRC: ”Konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder, administrativa åtgärder och andra åtgärder för att genomföra de rättigheter som erkänns i denna konvention. I fråga om **ekonomiska, sociala** och kulturella rättigheter ska konventionsstaterna till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser för att vidta sådana åtgärder”

I CRC behandlas frågan om implementering i artikel 4.⁴⁷ CRC ger rättigheter för det individuella barnet och inte för barn som grupp.⁴⁸ Varje enskild artikel i konventionen måste undersökas för att klargöra om artikeln skapar en inkrävbar rättighet eller endast är ett målstadgande. När CRC blev lag i Sverige uppstod frågan om vilka rättigheter som förverkligas 1) direkt genom konventionen, 2) genom att riksdagen ska stifta andra lagar för att förverkliga dem eller 3) genom målstadganden som så småningom ska beaktas i exempelvis budgetbeslut.

För att avgöra vilken kategori en rättighet tillhör enligt CRC kan ses till ordalydelsen. Det är den engelska ursprungstexten som är avgörande. *Recognize* är den starkaste formuleringen, och kan anses betyda att rättigheten redan finns genom konventionen utan ytterligare åtgärd. Dock kan detta vara missvisande, då vissa artiklar stadgar att detta är beroende av statens tillgängliga resurser.⁴⁹ Uttrycket *to the maximum extent of their available resources*, på svenska översatt till *till fullo*, indikerar dock att de artiklar som artikel 4 CRC hänvisar till endast är politiskt målstadgande. Landet ska då över tid sträva efter att uppfylla den utifrån landets ekonomiska prioriteringar och därigenom möjligheter.⁵⁰ Argumentation bör således kunna föras om att Sveriges ekonomiska förutsättningar är tillräckliga för att legitima

⁴⁶ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights ”General Comment No. 3: The nature of States parties' obligations” (1990), paras. 1 och 10.

⁴⁷ Se avsnitt 4.2.2 om artikel 2 CRC.

⁴⁸ Grahn-Farley (2020) s. 13.

⁴⁹ Ibid. s. 14.

⁵⁰ Ibid. s. 15.

resursbegränsningar inte är ett argument för alltför långsam implementering.

3.5.4. Om argumentation

Går det att argumentera för att Sverige har en omedelbar skyldighet att åtgärda problemen med skolval och skolskjuts för barn med funktionsnedsättning? Det saknas tydliga riktlinjer på området och det kan vara svårt att få till omedelbara insatser. Frågan faller mycket på om det går att bevisa att reglerna är diskriminerande som de ser ut idag. I förlängningen innebär det en diskussion kring när bristande tillgänglighet kan anses övergå i diskriminering.⁵¹ Om något är diskriminerande skapar artikel 2.1 CRC en möjlighet att argumentera för att rättigheten ska implementeras omedelbart. När det handlar om möjligheten att åtnjuta mänskliga rättigheter har konventionsstaterna en skyldighet att vidta åtgärder tills barn med funktionsnedsättning kommer i en jämförbar situation med barn utan funktionsnedsättning. Här måste det i det enskilda fallet därför föras en stark argumentation om vilket barn som ska utgöra en jämförelseperson. Är det ett barn som söker till samma skola som det aktuella barnet? Ett barn i samma kommun? Län? Här finns inget givet svar, utan det kommer att handla om hur stark argumentation som kan föras i det enskilda fallet.

Om Sverige inte anses ha en omedelbar skyldighet att ändra lagstiftningen är den återstående lösningen att poängtera Sveriges skyldighet att agera skyndsamt för att uppfylla kraven för progressiv implementering. Det är i så fall upp till den klagande parten i en process att bevisa att Sverige inte uppfyller kraven för progressiv implementering och att staten måste göra mer.

3.6. Generella principer som genomsyrar CRPD

Artikel 3 återger konventionens principer. Att konventionens principer återfinns i en självständig artikel istället för i en av konventionens kärnartiklar eller preambeln är något unikt för CRPD. Detta visar på att principerna i CRPD är utav stor vikt. Artikeln finns i början av konventionen eftersom principerna ska vägleda staterna vid tolkningen och

⁵¹ Se avsnitt 4.1.4 om artikel 9 CRPD.

implementeringen av konventionen. Artikeln består av 8 paragrafer som stadgar olika principer.⁵²

Paragraf (a) stadgar artikelns första princip: respekt för inneboende värde. Värdighet har under lång tid spelat en central roll i hur människor tänker kring juridik och mänskliga rättigheter. Det är en princip som ingår i flera andra instrument som behandlar mänskliga rättigheter.⁵³ I konventionen nämns principen även flera gånger i både preambeln och andra artiklar.⁵⁴ Trots sin betydelse inom mänskliga rättigheter är begreppet svårtolkat och omdiskuterat. Det grundläggande som är ostridigt är att alla människor har ett inneboende värde som ska respekteras och att vissa beteenden motstrider detta. Det återstår att se om FN:s kommitté för personer med funktionsnedsättning⁵⁵ kommer att klargöra sin uppfattning av begreppet.

En annan princip som paragraf (a) tar upp är principen om autonomi. Detta innebär att få vara i kontroll över sitt eget liv och göra sina egna val. Denna princip tar sig även uttryck i preambeln, där det nämns att principen är utav särskild vikt för personer med funktionsnedsättning.⁵⁶ Principen finns i flera artiklar men kommer till sin spets i artikel 12 om rättskapacitet.⁵⁷ Den allmänna kommentaren till artikel 12 kan underlätta tolkningen av begreppet, även om den inte nämner autonomi uttryckligen.⁵⁸

Paragraf (a) tar även upp principen om självständighet. Detta är ett snävare begrepp än autonomi och innebär rätten att inte behöva vistas på institution, att hinder mot att delta i samhället ska tas bort och att personlig assistans ska finnas att tillgå.⁵⁹

Paragraf (b) behandlar icke-diskriminering, som är en väletablerad princip. Principen syns på flera ställen i konventionen.⁶⁰ Principen om icke-diskriminering är därmed central i

⁵² Se artikel 3 CRPD.

⁵³ Se till exempel Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (1997).

⁵⁴ Se till exempel preambel h) och artikel 1 CRPD.

⁵⁵ Kallas även funktionsrättskommittén och är CRPD:s övervakningsorgan

⁵⁶ Se preambel n) CRPD.

⁵⁷ Se artikel 12 CRPD.

⁵⁸ Se General Comment No. 1 (2014) *on equal recognition before the law*.

⁵⁹ Bantekas, Stein och Anastasiou (2018), s. 94.

⁶⁰ Se preambel h) och p) CRPD, definition i artikel 2 CRPD, skyldigheten som följer utav artikel 4 CRPD, artikel 5 CRPD som är principens huvudsakliga artikel samt exempelvis artikel 24 CRPD där principen nämns.

konventionen. Principen inkluderar både direkt och indirekt diskriminering, trakasserier och vägran av skälig anpassning.⁶¹

Paragraf (c) stadgar rätten till fullständigt och faktiskt deltagande och inkludering i samhället. Deltagande har traditionellt sett varit kopplat till särskilda aktiviteter, men CRPD går längre och bekräftar en rätt till effektivt deltagande i samhället i stort. Deltagande saknar definition i konventionen⁶², men det står klart att principen är tätt sammankopplad med inkludering, jämlikhet och respekt för inneboende värde. Fokuset på inkludering visar tydligt på skiftet från medicinsk modell till den människorättsmodellen. Det är oklart vilken relation principerna inkludering och deltagande har till varandra. En del artiklar sätter principen om inkludering före principen om deltagande, särskilt artiklar om självständighet, men andra artiklar sätter principen om deltagande först, exempelvis artikel 9. I fråga om utbildning ses de dock som separata principer.⁶³

Paragraf (d) slår fast principen om respekt för olikheter och acceptering av personer med funktionsnedsättning som en del av den mänskliga mångfalden och mänskligheten. Denna princip visar tydligt på skiftet från medicinsk modell till människorättsmodellen. Principen tas upp i både preambeln och i andra artiklar.⁶⁴ Principen är nära sammankopplad med principerna om lika möjligheter och respekt för inneboende värde. Detta syns exempelvis på hur principen tas upp i artikel 8, som betonar vikten av medvetandegörande som en del i att öka respekten för rättigheter och värdighet för personer med funktionsnedsättning.⁶⁵

Paragraf (e) behandlar principen om lika möjligheter som är en hörnsten av konventionen.⁶⁶ Principen är allmänt förekommande, både i internationell och nationell rätt.⁶⁷ Principen är särskilt viktig för socioekonomiska rättigheter, då personer med funktionsnedsättning ska ha lika möjligheter som andra när det gäller exempelvis möjligheten och tillgången till utbildning och arbete.

⁶¹ Se definitionen av diskriminering på grund av funktionsnedsättning i artikel 2 CRPD som nämner "purpose or effect" och därmed inkluderar både direkt och indirekt diskriminering. Artikel 2 nämner även att underlåtenhet göra skälig anpassning går under definitionen av diskriminering. Se även Committee on the Rights of Persons with Disabilities "General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination" para. 18 som nämner att även trakasserier räknas som diskriminering

⁶² Se brist på definition i artikel 2 CRPD.

⁶³ Bantekas, Stein och Anastasiou (2018), s. 98-99.

⁶⁴ Se preambel i) CRPD och exempelvis artikel 8 CRPD.

⁶⁵ Se artikel 8 CRPD.

⁶⁶ Detta syns på hur principen tas upp i andra artiklar genom konventionen, exempelvis artikel 24 och 29 CRPD.

⁶⁷ Se till exempel Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979.

Paragraf (f) tar upp principen om tillgänglighet. Principen visar och bekräftar CRPD:s syfte.⁶⁸ Kommittén ser principen som ett förhandsvillkor för att på ett effektivt och jämlikt sätt kunna åtnjuta civila, politiska, ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Kommittén anser särskilt att det finns en stark koppling mellan tillgänglighet och principen om lika möjligheter, då tillgänglighet krävs för att skapa lika möjligheter. Kommittén säger även att vägran av tillgänglighet ska ses i kontexten av diskriminering. Tillgänglighet ska dock skiljas från skälig anpassning som är individfokuserat. Tillgänglighet framstår som en hörnsten i principerna om icke-diskriminering, deltagande och inkludering.⁶⁹

Paragraf (g) stadgar principen om jämställdhet mellan kvinnor och män, som är en väletablerad princip inom internationell rätt.⁷⁰ Detta bekräftar uppfattningen av konventionen som ett instrument för icke-diskriminering och jämlikhet.⁷¹

Paragraf (h) stadgar principen om respekt för den fortlöpande utvecklingen av förmågorna hos barn med funktionsnedsättning och respekt för funktionsnedsatta barns rätt att bevara sin identitet.⁷²

Principerna ska alltså vägleda staterna vid tolkning och implementering. Ytterligare hjälp kan hämtas från konventionens preambel, som ska visa konventionens syfte, underliggande filosofi och författarnas avsikter. Preambeln ger inga rättigheter eller skyldigheter men används som ett instrument för att tolka och tydliggöra artiklar, särskilt de som är otydliga i sin utformning. På samma sätt som principerna genomsyrar hela konventionen är preambeln viktig för att utläsa och förstå konventionens syfte.⁷³

⁶⁸ Kan observeras genom att principen tas upp i preambel v) CRPD.

⁶⁹ Bantekas, Stein och Anastasiou (2018) s. 102.

⁷⁰ Detta syns på flera konventioner som behandlar ämnet, se till exempel Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979.

⁷¹ Se artikel 6 CRPD om kvinnor med funktionsnedsättning.

⁷² Barn tas även särskilt upp i preambel r) och artikel 7 CRPD.

⁷³ Bantekas, Stein och Anastasiou (2018) s. 3.

3.7. Generella principer som genomsyrar CRC

CRC har fyra allmänna principer som alla tilldelats särskilda artiklar. De har ingen inbördes rangordning.⁷⁴ Alla artiklar i konventionen ska tolkas i ljuset av dessa principer, vilket kan uttolkas ur artiklarnas ordalydelse.⁷⁵

Artikel 2 behandlar principen om icke-diskriminering. Det är en allmän princip genom frasen "*the rights set forth in the present Convention*", vilket innebär att alla konventionens artiklar ska tolkas i ljuset av denna princip. Principen är uppdelad i två diskrimineringsförbud. Det första är ett förbud mot diskriminering vid användning av konventionen. Detta tas upp i första stycket av artikeln som även tar upp diskrimineringsgrunder. Första stycket är även accessoriskt, vilket innebär att det inte går att åberopa ensamt. Det gäller dessutom endast inom statens jurisdiktion och endast rättigheterna i konventionen.⁷⁶ Det andra stycket är ett allmänt diskrimineringsförbud som innebär en rätt att inte diskrimineras på grund av föräldrars, vårdnadshavares eller familjemedlemmars ställning, verksamhet, uttryckta åsikter eller tro. Det allmänna diskrimineringsförbudet är inte begränsat av varken konventionens rättigheter eller statens jurisdiktion.⁷⁷

Artikel 3 stadgar principen om barnets bästa. Det är en av konventionens ledande principer genom frasen "*in all actions concerning children*". Barnets bästa är inte den avgörande faktorn vid beslut, men ska tas med i bedömningen. Detta kan utläsas genom att artikeln stadgar att barnets bästa ska vara "*a primary consideration*".⁷⁸

Artikel 6 tar upp rätten till liv och utveckling. Det är ett skydd för livet just nu⁷⁹ men ger även en rätt till att utvecklas och nå vuxen ålder. Rätten till utveckling är målstadgande då den är beroende av statens tillgängliga resurser.⁸⁰

⁷⁴ Grahn-Farley (2019a) s. 15.

⁷⁵ Se ordalydelsen i artiklarna 2, 3, 6 och 12 CRC.

⁷⁶ Se artikel 2.1 CRC.

⁷⁷ Se artikel 2.2 CRC.

⁷⁸ Se artikel 3.1 CRC. Här fetmarkerat. Jämför att det istället kan stå att något ska vara det *avgörande* intresset i ett beslut, något som konventionstexten brukar markera genom att intresset ska vara "*the primary consideration*".

⁷⁹ Se artikel 6.1 CRC.

⁸⁰ Se artikel 6.2 CRC.

Artikel 12 behandlar rätten att bli hörd. Denna princip kan användas i kombination med barnets bästa: för att veta vad som är barnets bästa måste barnet höras och få möjlighet att uttrycka sina åsikter. Dock kan det i vissa specifika fall vara det bästa för barnet att inte höras.⁸¹

3.8. Konventionernas tillämpningsområden

3.8.1. CRPD

Första artikeln i CRPD anger att konventionens syfte är att värna, skydda och tillförsäkra mänskliga rättigheter för personer med *funktionsnedsättning*. CRPD innehåller ingen definition av funktionsnedsättning och preambeln betonar att funktionsnedsättning är ett begrepp under förändring.⁸²

CRPD går att tillämpa bara i relation till *konventionsstaterna*. Artikel 4.1(d) ger staten ett ansvar att se till att alla statliga aktörer och institutioner agerar i enlighet med CRPD. Viktigt att notera är dock att staten även är skyldig att vidta åtgärder för att motverka funktionsdiskriminering i relation till *alla* personer, organisationer och enskilda företag. På så sätt får CRPD effekt både i relation till statliga och privata aktörer.⁸³

Däremot är konventionen tillämplig på *alla* mänskliga rättigheter. Det innebär till exempel att diskrimineringsförbudet i artikel 5 gäller för alla mänskliga rättigheter och inte bara rättigheterna i CRPD.⁸⁴

3.8.2. CRC

Som namnet avslöjar är CRC – *barnkonventionen* – tillämplig på *barns* rättigheter. I första artikeln definieras barn som “varje människa under 18 års ålder, om inte barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller för barnet”.⁸⁵ Av socialtjänstlagen framgår att svensk rätt

⁸¹ Grahn-Farley (2020) s. 23.

⁸² Se artikel 1 CRPD och avsnitt 3.1.

⁸³ Se artikel 4.1(d) CRPD.

⁸⁴ Se artikel 4.1 och 5 CRPD.

⁸⁵ Se artikel 1 CRC.

också använder 18 år som myndighetsålder. CRC är därför tillämplig på alla människor som inte fyllt 18 år.⁸⁶

Förutom ålderskriteriet har CRC ett materiellt avgränsningsområde. Andra artikeln i CRC anger att konventionsstaterna ska respektera och tillförsäkra varje barn rättigheterna i CRC.⁸⁷ Den materiella avgränsningen innebär att CRC inte skyddar barn mot diskriminering i *allmänhet*, utan endast när det gäller tillämpningen av CRC:s rättigheter.⁸⁸

3.9. Konventionerna i svensk domstol

I många länder med ett monistiskt rättssystem⁸⁹ är bestämmelserna i CRPD ”*self-executing*”, vilket innebär att bestämmelserna är direkt tillämpliga i den nationella domstolen. Sverige har dock ett dualistiskt rättssystem.⁹⁰ Det innebär att det är bara genom principen om svag fördragskonform tolkning⁹¹ som internationella konventioner är direkt tillämpliga i nationell domstol. CRPD kan därför åberopas i svensk domstol genom att hänvisa till att svenska bestämmelser ska tolkas i *ljuset av* CRPD.⁹²

Det är dock oklart om det går att tolka CRC med fördragskonform tolkning sedan CRC blivit svensk lag. Av samma anledning uppstår också frågan om en viss bestämmelse i CRC är direkt tillämplig eller inte.⁹³

För att en konventionsbestämmelse ska kunna inkorporeras krävs det i regel att den är skriven på ett så tydligt sätt att domstolar och myndigheter kan tillämpa bestämmelsen enligt dess ordalydelse. Det omfattas också av begreppet ”*self-executing*”. Begreppet ”*self-executing*” har dock tolkats på flera olika sätt i doktrin. Utredningen om författningspublicering m.m. menade att det därför är lätt att misstolka begreppet ”*self-executing*”. Begreppet bör därför inte användas för att ange förutsättningarna för att en traktat ska kunna inkorporeras.⁹⁴

⁸⁶ 2 § 3 st. socialtjänstlag (2001:453).

⁸⁷ Se artikel 2.1 CRC.

⁸⁸ Grahn-Farley (2019a), s. 41.

⁸⁹ Jämför avsnitt 7.1.

⁹⁰ Jämför avsnitt 7.1.

⁹¹ Jämför avsnitt 7.2 och SOU 2016:19.

⁹² SOU 2016:19, s. 392.

⁹³ Ibid. Jämför avsnitt 7.2.

⁹⁴ SOU 2016:19, s. 393.

En jämförelse går att göra med Norge som inkorporerade CRC 2003. Den norske professorn Elgesem konstaterar att det fortfarande idag är högst oklart hur norska domstolar tillämpar begreppet ”*self-executing*”. Barnrättighetsutredningen menar dock att frågan om vilka rättigheter i CRC som är, respektive inte är, direkt tillämpliga bör överlämnas till rättstillämpningen.⁹⁵

Slutligen är det därför viktigt att komma ihåg att Funktionsrätt Sverige – som part – inte har något ansvar för att utreda gällande rätt. Den bästa strategin kan därför vara att argumentera stenhårt utifrån stark fördragskonform tolkning, något som dessutom har stöd i regeringens uttalanden i propositionen om inkorporeringen av CRC.⁹⁶ Sedan är det upp till motparten att föra argumentation om att fördragskonform tolkning *inte* är tillämplig, vilket blir svårare eftersom motparten då måste hitta JO-beslut 2020-06-30, Dnr 9119-2019 (eller motsvarande stöd) och argumentera på ett liknande sätt som vi gör i avsnitt 7.4.

3.10. FN:s övervakningskommittéer och allmänna kommentarer

FN har nio kärnkonventioner där både CRPD och CRC ingår. Varje kärnkonvention har en kommitté som övervakar staternas förpliktelser och arbete med konventionen.⁹⁷

Kommittéerna tar också fram allmänna kommentarer som beskriver innehållet i en viss artikel. Kommentarererna ger en auktoritativ tolkning av hur artikeln ska förstås, tillämpas och implementeras på nationell nivå.⁹⁸

Rättstillämpare beaktar ofta kommentarererna i sitt arbete och kommentarererna får särskilt stor betydelse vid en fördragskonform tolkning, det vill säga när nationell rätt tolkas i ljuset av den internationella rätten.⁹⁹ I dagsläget¹⁰⁰ är det inte helt klart vilken behörighet FN-kommittéerna har och vilken tyngd som går att fästa vid uttalanden från kommittéerna, som t.ex. allmänna kommentarer och rapporter om staters efterlevnad av konventionerna. I doktrinen finns det olika röster som tillmäter kommittéernas uttalanden olika stor tyngd.

⁹⁵ Ibid s. 399.

⁹⁶ Se avsnitt 7.3.

⁹⁷ Förenta nationen (u.å), besökt 2020-10-12.

⁹⁸ Chöler, Erdtman och Linder (2018) s. 61-62; Kanter (2015) s. 79.

⁹⁹ Chöler, Erdtman och Linder (2018) s. 61-62.

¹⁰⁰ Skrivet oktober 2020.

Maria Grahn-Farley, universitetslektor, docent i offentlig rätt, betonar att kommittéernas uttalanden inte är rättsligt bindande utan endast rekommendationer. Genom till exempel allmänna kommentarer kan kommittéerna framföra synpunkter på hur en bestämmelse ska tolkas, men kommittéerna har *inte* folkrättslig behörighet att föreskriva *rättsligt bindande* tolkningar.¹⁰¹ Grahn-Farley menar att det enda sättet att ge traktat större inflytande på den nationella rätten är genom lagstiftning, inte genom ”anti-formalistiska tolkningar av FN-kommittéernas mandat”.¹⁰²

Däremot, menar Grahn-Farley, går det att använda kommentarerna för att belysa i detalj vilka rättigheter en konvention ger och vilka krav konventionen ställer på staterna. Domstolen kan använda kommentarerna för att belysa en internationell rättighetskonsensus, men kommentarerna kan också användas för att sätta en viss standard. När FN-traktaten inte närmare definierar t.ex. vilken standard som ”skäliga” anpassningar kräver kan de allmänna kommentarerna användas för att belysa en internationell konsensus om hur hög standard som går att kräva.¹⁰³

En person som tillmäter de allmänna kommentarerna något större vikt är Robert Uerpmann-Witzack, professor i offentlig rätt och folkrätt vid Regensburg universitet. Uerpmann-Witzack belyser, som Grahn-Farley, att Funktionsrättskommitténs formella uppgift är att ge råd och rekommendationer. Det är inte kommittén som har det sista ordet i specifika fall, till skillnad från en domstol. Uerpmann-Witzack betonar att det däremot inte heller är staterna som har befogenhet att tolka CRPD. Istället, menar Uerpmann-Witzack, att det är konventionsstaterna *i gemenskap* som styr över tolkningen av en konvention. Med det synsättet går det därför inte att ange generellt vilken status de allmänna kommentarerna har. Uerpmann-Witzack menar – som Grahn-Farley – att det istället måste avgöras traktat för traktat beroende på hur stor internationell rättighetskonsensus som föreligger i en fråga.¹⁰⁴

Med stöd av Uerpmann-Witzacks inspel om att de allmänna kommentarernas status bör avgöras för varje enskilt traktat blir det i relation till CRPD vitalt att belysa CRPD:s

¹⁰¹ Grahn-Farley (2019b) s. 65.

¹⁰² Ibid. s. 111.

¹⁰³ Funktionsrätt Sverige (u.å); Grahn-Farley (2019b) s. 111.

¹⁰⁴ Uerpmann-Witzack (2018) s. 40.

procedurregler. I regeldokumentet betonar kommittén att allmänna kommentarer främjar implementeringen av CRPD och assisterar konventionsstaterna i att uppfylla deras förpliktelser.¹⁰⁵

Slutligen är det viktigt att notera att de allmänna kommentarerna bygger på ett stort antal rapporter om staters efterlevnad av CRPD, s.k. *concluding observations*.

Övervakningskommittéerna har rätt att tolka en traktat¹⁰⁶ och är i regel också de som har bäst insyn i den praktiska tillämpningen av traktaten. Enligt 31.3.b VCLT är all praxis angående en konventions tillämpning viktig för att tolka en traktat. Allmänna kommentarer och *concluding observations* bygger på omfattande och noggranna analyser av hur stater har tillämpat CRPD.¹⁰⁷ Sammanfattningsvis finns det därför goda skäl att förlita sig på de allmänna kommentarerna för att tolka artiklarna i CRPD. När det gäller *concluding observations* är det dock viktigt att komma ihåg att de är relaterade till det enskilda landets specifika situation och inte objektivt till traktatstexten. På så sätt skiljer sig övervakningskommittéer från domstolar.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2010) s. 17, regel 47.

¹⁰⁶ Jämför art. 31.2(b) VCLT. Tolkingsrätten gäller visserligen endast så länge traktatstexten är oklar enligt konventionellt språkbruk. Det följer också av ren logisk. Om traktatstexten vore helt klar och i sig ge tillräcklig vägledning om vilken innebörd en bestämmelse har, skulle dock supplementära som allmänna kommentarer inte behövas från första början.

¹⁰⁷ Jämför art. 31.3(b) VCLT.

¹⁰⁸ Grahn-Farley (2019b) s. 87.

4. Materiellt om CRPD och CRC

4.1. CRPD

4.1.1. Artikel 24 CRPD om rätten till utbildning

Allmänt

Rätten till utbildning är en grundläggande mänsklig rättighet som regleras i artikel 24 CRPD. Artikeln slår fast att alla konventionsstater har en skyldighet att erkänna rätten till utbildning för personer med funktionsnedsättning utan diskriminering och på lika villkor som andra.¹⁰⁹

För att uppfylla sina åtaganden enligt CRPD ska konventionsstaterna säkerställa ett inkluderande¹¹⁰ utbildningssystem på alla nivåer. Staternas skyldigheter gäller därför bland annat förskolor¹¹¹ och grundskolor¹¹², men även utbildning på eftergymnasial nivå.¹¹³ Utbildningssystemet ska också fullt utveckla varje människas potential och förstärka respekten för de mänskliga rättigheterna, de grundläggande friheterna och den mänskliga mångfalden. Ett centralt värde som utbildningssystemet ska utveckla är personligheten, begåvningen och kreativiteten hos personer med funktionsnedsättning.¹¹⁴

Inkludering och grundutbildning på lika villkor

Andra punkten i artikel 24 exemplifierar särskilda åtaganden som konventionsstaterna har. Konventionsstaterna måste säkerställa att personer med funktionsnedsättning får tillgång till

¹⁰⁹ Konventionens originaltext talar om "realizing this right [rätten till utbildning] without discrimination and on the basis of equal opportunity" (art. 24.1 CRPD).

¹¹⁰ Konventionstexten talar om "an *inclusive* education system" [här kurs.]. I den svenska översättningen står det "ett *sammanhållet* utbildningssystem" [här kurs.], men för den aktuella texten är "ett inkluderande utbildningssystem" en mer rättvisande översättning.

¹¹¹ Översättning av originaltextens "pre-schools".

¹¹² Översättning av originaltextens "primary schools".

¹¹³ Originaltexten talar om "inclusive educational system *at all levels*". Den allmänna kommentaren utvecklar dock att 'all levels' inkluderar "preschools, primary, secondary and tertiary education, vocational training and lifelong learning". Se Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education", punkt 8.

¹¹⁴ Se artikel 24.1(a) CRPD. Originaltexten talar om "The full development of human potential and sense of dignity and self-worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental freedoms and human diversity".

en inkluderande utbildning på lika villkor som andra.¹¹⁵ Motsatsvis innebär det att personer med funktionsnedsättning har en rätt att inte bli exkluderade eller segregerade.¹¹⁶ I den allmänna kommentaren till artikel 24 belyser funktionsrättskommittén att exkludering uppstår när stater hindrar studenter med funktionsnedsättning från att få tillgång till viss utbildning eller förnekar studenterna utbildning helt.¹¹⁷ Elever med funktionsnedsättning får därför inte utestängas från kostnadsfri obligatorisk undervisning på grund av funktionsnedsättningen.¹¹⁸

För att en stat ska uppfylla sina förpliktelser enligt artikel 24 måste all exkludering från det allmänna utbildningssystemet vara förbjuden. Det innebär bland annat att det är förbjudet för konventionsstaterna att ha bestämmelser i lag¹¹⁹ eller annan författning¹²⁰ som begränsar inkludering på grund av att personen har en funktionsnedsättning. Det innebär att en stat inte får begränsa personens möjligheter till inkluderande utbildning för att det innebär en oproportionerlig börda för staten.¹²¹ Staterna får dessutom aldrig sänka ribban för det slutgiltiga målet¹²², för att det anses vara en oproportionerlig börda i det enskilda fallet.

Dessutom ska personer med funktionsnedsättning på lika villkor som andra få tillgång till en kostnadsfri och inkluderande grundutbildning *på sin hemort*.¹²³ I den allmänna kommentaren till artikel 24 belyser funktionsrättskommittén att alla utbildningssystem¹²⁴ måste vara tillgängliga för alla personer utan diskriminering. Det innebär bland annat att byggnader och skoltransporter ska vara inkluderande, tillgängliga¹²⁵ och säkra för alla elever.¹²⁶

¹¹⁵ Artikel 24.2(b) CRPD. Originaltexten talar om att "State Parties shall ensure that [...] Persons with disabilities can access an inclusive, quality and free primary education and secondary education on an equal basis with others in the communities in which they live".

¹¹⁶ Skillnaden mellan exkludering och segregering: exkludering innebär att en person inte får delta i gemenskapen. Segregering innebär istället att människor som inte får delta i gemenskapen skapar en egen miljö, ofta med likasinnade. Se Lindell (u.å), besökt 2020-09-14.

¹¹⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education", punkt 11.

¹¹⁸ Se artikel 24.2(a) CRPD.

¹¹⁹ Översättning av konventionstextens "legislative provisions".

¹²⁰ Översättning av konventionstextens "regulatory provisions".

¹²¹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education", punkt 18.

¹²² Dvs. ett fullt inkluderande utbildningssystem för alla personer oavsett funktionsförmåga.

¹²³ Se artikel 24.2(b) CRPD.

¹²⁴ Översättning av "education systems".

¹²⁵ Översättning av "accessible".

¹²⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education", punkt 22.

Skälig anpassning och andra stödåtgärder

För att rätten till utbildning ska kunna realiserats krävs det i många fall att utbildningen anpassas på olika sätt. Konventionsstaterna har därför en skyldighet att erbjuda personer med funktionsnedsättning skälig anpassning utifrån personens behov. Utöver det har personen rätt till nödvändigt stöd *inom det allmänna utbildningssystemet* för att underlätta utbildningen.¹²⁷ Begreppet *skälig anpassning* innebär att anpassningen ska vara relevant, effektiv och legitim för personen med funktionsnedsättning.¹²⁸

4.1.2. Artikel 5 CRPD om jämlikhet och icke-diskriminering

Jämlikhet och icke-diskriminering återfinns som fundamentala principer inom flera internationella instrument om mänskliga rättigheter.¹²⁹ De är nära sammanbundna med människovärde och utgör därför hörnstenar i alla mänskliga rättigheter. Jämlikhet och icke-diskriminering utgör en del av kärnan av konventionen och aktualiseras konsekvent genom hela konventionen genom frasen ”*på lika villkor som andra*” som nämns i flera artiklar. Detta kopplar ihop konventionens alla artiklar med artikel 5 och därmed även principen om icke-diskriminering.¹³⁰

Vad gäller jämlikhet är konventionen baserad på faktisk jämlikhet, och inte formell. Till skillnad från formell jämlikhet så försöker faktisk jämlikhet även bekämpa strukturell och indirekt diskriminering samt tar hänsyn till maktrelationer. Vad gäller de olika typerna av diskriminering så omfattar artikel 5 både direkt och indirekt diskriminering inom den offentliga sektorn, men även inom den privata sektorn om den läses ihop med artikel 4.1(e). Detta innebär att staten har ett ansvar över att se till att även privata aktörer följer konventionen.¹³¹ Att både direkt och indirekt diskriminering omfattas framgår av definitionen av diskriminering på grund av funktionsnedsättning i artikel 2, som nämner att ”varje

¹²⁷ Se artikel 24.2(c) CRPD.

¹²⁸ Broderick och Ferri (2019), s. 110 och Committee on the Rights of Persons with Disabilities: ”General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination”, punkt 25(a). Se även avsnitt 3.4 om lagring av åtaganden och avsnitt 5 om skäligheten.

¹²⁹ Till exempel artikel 7 FN:s allmänna förklaring av de mänskliga rättigheterna och artikel 14 europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.

¹³⁰ Se till exempel artikel 24.1 CRPD.

¹³¹ Artikel 4.1 CRPD stadgar vad konventionsstaterna åtagit sig i och med anslutandet till konventionen. Artikel 4.1(e) CRPD stadgar att staterna ska: vidta alla ändamålsenliga åtgärder för att avskaffa diskriminering på grund av funktionsnedsättning från *alla* personers, organisationers och enskilda företags sida [här kurs.].

åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av funktionsnedsättning som har till syfte eller verkan¹³² att inskränka eller omintetgöra erkännande, åtnjutande och utövande på lika villkor som andra” omfattas av definitionen. Eftersom även verkan av diskrimineringen är utav betydelse omfattas även indirekt diskriminering.

Artikeln består av fyra punkter. Punkt ett stadgar att alla personer är lika inför och enligt lagen. Detta innebär att alla är skyddade av lagen men även har rätt att använda lagen till sin egen fördel. Punkt ett tar även upp att alla är berättigade till lika skydd enligt lagen, vilket innebär att nationell lagstiftning inte får diskriminera personer med funktionsnedsättning. En ytterligare rättighet som följer utav punkt ett är lika förmåner enligt lagen, som kräver att stater eliminerar alla hinder mot lika skydd av lagen för personer med funktionsnedsättning samt att lagen skapar fördelar för dessa personer.¹³³

Punkt två tar upp kravet på ett lagstadgat förbud mot diskriminering och staters skyldighet att garantera lika och effektivt rättsligt skydd mot diskriminering på alla grunder.¹³⁴ Artikeln ställer krav på att staten måste skydda personer från alla typer av diskriminering, detta inkluderar direkt och indirekt diskriminering, vägran av skälig anpassning samt trakasserier.¹³⁵ Diskriminering kan ske på flera grunder (multipel diskriminering) och dessa grunder kan även interagera med varandra på ett sådant sätt att de är oskiljaktiga (intersektionell diskriminering).¹³⁶

Punkt tre tar upp kravet på att staterna måste säkerställa att skälig anpassning tillhandahålls. Skälig anpassning definieras i artikel 2. Punkt fyra gäller “särskilda åtgärder som är nödvändiga för att påskynda eller uppnå faktisk jämlikhet för personer med funktionsnedsättning”, och att dessa inte är diskriminerande enligt konventionen. Konventionen tillåter alltså positiv särbehandling.¹³⁷ Det kan vara både temporära och permanenta åtgärder.

¹³² ”Purpose or effect” i den engelska originaltexten.

¹³³ Se artikel 5.1 CRPD.

¹³⁴ Se artikel 5.2 CRPD.

¹³⁵ Se definitionen av diskriminering på grund av funktionsnedsättning i artikel 2 CRPD.

¹³⁶ Se Committee on the Rights of Persons with Disabilities: ”General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination” och även avsnitt 3.3.

¹³⁷ Se artikel 5.3 och 5.4 CRPD.

För att avgöra huruvida något är diskriminerande eller ej har kommittén använt sig av en standard som kallas "objective-and-reasonable". Den innebär att syften som är legitima och som använder sig av medel som är baserade på objektiva och skäliga kriterier inte anses vara diskriminerande. För att ett syfte ska anses vara legitimt ska det vara kompatibelt med bestämmelserna, syftena och målen i konventionen. Flera offentliga intressen har ansetts vara skyddsvärda i den mån att lagregler och bruk som värnar om dessa intressen inte anses vara diskriminerande. Detta gäller exempelvis allmänhetens säkerhet. Det är i väldigt få fall som ett syfte inte ansetts vara legitimt, det gäller endast väldigt absurda fall. För argumentationens del gäller det därför att lägga mer vikt vid nästa steg, där det krävs att de medel som används för att uppnå syftet ska vara objektiva och skäliga. För att vara objektiva måste medlen bidra till det legitima syftet. De måste även vara skäliga, där kommittén lagt fokus på *effekten* av åtgärden. Medel som har allvarliga konsekvenser för den grupp som drabbas har mindre chans att anses vara skäliga.¹³⁸ Detta syns exempelvis i fallet *H.M, v. Sweden*, där konsekvenserna för den drabbade blev väldigt stora. Detta var en bidragande faktor till att bestämmelserna i fallet ansågs vara diskriminerande.¹³⁹

Flera allmänna skyldigheter som hänför sig till jämlikhet och icke-diskriminering tillkommer staterna till följd av konventionen. Givetvis ska staterna respektera, skydda och fullfölja rättigheterna i konventionen.¹⁴⁰ Staterna ska särskilt modifiera eller upphäva gällande lagar, regler, sedvänjor och bruk som diskriminerar.¹⁴¹

4.1.3. Artikel 7 CRPD om barn med funktionsnedsättning

Efter att CRC varit det första rättsliga dokument som behandlat funktionsnedsatta barns rättigheter direkt fungerar CRPD:s artikel 7 som en stor uppgradering. Var CRC brister i formuleringar (främst användandet av *bör* angående rättigheter istället för *ska* i artikel 23 om barn med funktionsnedsättning) tar CRPD en stark utgångspunkt i funktionsnedsatta barns rätt till mänskliga rättigheter på lika villkor som andra barn och principen om barnets bästa. Skillnaden beror till viss del på att CRPD upprättades långt efter CRC (2006 v. 1989), när samhället i stort utvecklats mycket angående mänskliga rättigheter.

¹³⁸ Nilsson (2017) s. 80-81.

¹³⁹ Se avsnitt 5.1.2.

¹⁴⁰ Se artikel 4 CRPD.

¹⁴¹ Se artikel 4.1(b) CRPD.

Ett barn definieras enligt art. 1 CRC som varje människa under 18 års ålder, om inte barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller för barnet. Eftersom CRPD saknar en egen definition av vilka som kan räknas som barn är det sannolikt samma definition som är gällande. Åldern när någon blir myndig refererar i denna mening endast till när någon erhåller rättskapacitet, och inte till saker som rösträtt eller rätten att dricka alkohol.¹⁴²

Artikel 7.1 CRPD kräver att konventionsstaterna vidtar alla *nödvändiga åtgärder* för att säkerställa att barn med funktionsnedsättning fullt åtnjuter alla mänskliga rättigheter på lika villkor som andra barn. Vad som kan anses vara en nödvändig åtgärd i artikel 7.1 CRPD måste förstås som en åtgärd utan vilken rättigheten inte kunnat implementeras. Något är *nödvändigt* när det inte finns någon annan, mindre betungande, åtgärd som kan ske istället och uppnå samma resultat, förutsatt att resultatet i sig också är nödvändigt. En stat kan inte under längre tid skylla på bristande resurser för att komma runt vad som betraktas vara en nödvändig åtgärd enligt CRPD. Vad som istället kan komma på fråga är om skyldigheten för staten är omedelbar implementering, eller om det finns anledning för dem att kunna implementera rättigheten progressivt istället.¹⁴³ Även i situationer där bristande resurser kan vara en godtagbar anledning till att progressiv implementering av en åtgärd är acceptabelt innebär detta alltså inte att åtgärden per definition är mindre nödvändig.

4.1.4. Artikel 9 CRPD om tillgänglighet

Artikel 9 behandlar tillgänglighet, som är en av konventionens principer enligt artikel 3.¹⁴⁴ Principen har traditionellt tolkats som att det endast är den fysiska miljön som ska göras tillgänglig för att staten inte ska bryta mot konventionen. Så är dock inte fallet, vilket tydligt kan utläsas ur artikelns ordalydelse. Artikeln lyfter ut flera områden som kräver tillgänglighet.¹⁴⁵ Kommittén har visat oro över hur vissa stater fokuserar endast eller för mycket på den fysiska miljön, och inte på till exempel information och kommunikation i lika stor grad.¹⁴⁶ Detta visar på ignorans vad gäller mångfalden hos personer med

¹⁴² Bantekas, Stein & Anastasiou (2018), s. 205. Se även avsnitt 4.1.

¹⁴³ Se avsnitt 3.5 om implementering.

¹⁴⁴ Se artikel 3 CRPD.

¹⁴⁵ Se artikel 9.1 CRPD.

¹⁴⁶ Se Committee on the Rights of Persons with Disabilities 'Concluding Observations on the Initial Report of Belgium' UN Doc CRPD/C/BEL/CO/1 (28 October 2014) p. 21 och Costa Rica UN Doc CRPD/C/CRI/CO/1 (12 May 2014) p. 19.

funktionsnedsättning, något som staterna måste erkänna enligt preambeln och respektera enligt artikel 3.¹⁴⁷

Artikel 9.2 tar upp statens skyldigheter i förhållande till artikeln. Kommittén har visat att de vill att tillgängligheten ska implementeras i lagstiftningen på två sätt; det ska implementeras och bli det normala i lagar kring konstruktion, byggnad, transport, information och kommunikation, men det ska även bli ett ämne i lagar om lika möjligheter, jämlikhet och deltagande.¹⁴⁸

Om staten endast ger möjlighet till begränsad tillgänglighet kan detta i vissa fall ses som diskriminerande. Det är diskriminerande om en service eller byggnad med bristande tillgänglighet etablerades *efter* att relevanta tillgänglighetsstandarder blev introducerade. Det är även diskriminerande om full tillgänglighet till service eller byggnad hade kunnat uppnås när den etablerades genom skäliga anpassningar.¹⁴⁹ Vad gäller tidsramen för att uppfylla skyldigheterna måste skillnad göras mellan nya projekt och att göra existerande miljöer, transport m.m. tillgängliga. Redan etablerade projekt har en längre tidsram för att uppnå tillgänglighet.¹⁵⁰ Huruvida skyldigheterna är omedelbara eller progressiva är inte helt klart. Kommittén har lutat mot att skyldigheterna är progressiva, vilket kan ses i fall *Nyusti and Takács v. Hungary*.

Artikel 9 är nära sammankopplad med artikel 24 om utbildning, som är utav stor vikt för denna rapport. Detta eftersom tillgänglighet är ett förhandsvillkor för full och lika delaktighet i samhället. För att kunna tillgodogöra sig den inkluderande utbildningen krävs det att utbildningen är tillgänglig. Detta gäller inte bara den fysiska miljön, utan även till exempel skolskjuts¹⁵¹ och information och kommunikation.¹⁵² För att göra utbildningen inkluderande och tillgänglig kan med fördel konceptet om universell utformning användas.¹⁵³

Universell utformning definieras i artikel 2 i CRPD som:¹⁵⁴

¹⁴⁷ Se preambeln i) och artikel 3(d) CRPD.

¹⁴⁸ Funktionsrättskommittén (2014): General Comment No. 2. p. 29.

¹⁴⁹ Ibid. p. 34.

¹⁵⁰ Ibid. p. 24.

¹⁵¹ Se General Comment No. 4 (2016) *on the right to inclusive education*, p. 22.

¹⁵² Ibid. p. 49.

¹⁵³ Ibid. p. 63 e).

¹⁵⁴ Se artikel 2 CRPD.

sådan utformning av produkter, miljöer, program och tjänster att de ska kunna användas av alla i största möjliga utsträckning utan behov av anpassning eller specialutformning. ”Universellt utformade” ska inte utesluta hjälpmedel för enskilda grupper av personer med funktionsnedsättning där så behövs.

Det nämns även som en av staternas skyldigheter enligt artikel 4, som dessutom tar upp tillgänglighet som en viktig del.¹⁵⁵ Universell utformning utgår alltså från tillgänglighet för alla vilket i sin tur ger möjlighet till en inkluderande utbildning.

4.1.5. Nyusti and Takács v. Hungary

I fallet *Nyusti and Takács v. Hungary* hade två personer med synskador skrivit kontrakt med en privatbank, vilket gav dem möjligheten att använda deras bankkort och bankomater. De kunde dock inte använda bankomaterna eftersom det inte fanns något stöd som hjälpte dem. Även om de inte hade möjlighet att använda bankomaterna på samma sätt som andra så betalade de ändå samma avgifter som andra av bankens kunder. Det innebar att de fick mindre service men till samma pris som andra kunder. Personerna krävde då anpassning av de bankomater som fanns i närheten av deras hem, vilket banken avslag då de menade på att vissa andra bankomater redan var tillgängliga. Efter att ha uttömt alla nationella medel vände sig personerna till kommittén.

Kommittén konstaterade att det är statens ansvar att se till att även privata aktörer följer konventionen enligt artikel 4 CRPD. De ansåg att staten därmed misslyckats med sina skyldigheter enligt artikel 9.2 (b) CRPD. Kommittén rekommenderade därför att staten skulle säkerställa att den privata aktören anpassade automaterna så att de blev tillgängliga för alla. Detta gällde inte bara automaterna i närheten av personernas hem, utan alla automater. Kommittén nämnde dock att på grund av kostnaderna för att anpassa automaterna så skulle det göras successivt.¹⁵⁶

Fallet kan visa att kommittén lutar mot att skyldigheter enligt artikel 9 kan uppfyllas över tid, och inte är omedelbara.¹⁵⁷ Det är däremot fortfarande inte klart vad som gäller, då kommittén endast kommenterade det specifika fallet och inte gav någon vägledning i vad som gäller

¹⁵⁵ Se artikel 4.1(f) CRPD.

¹⁵⁶ *Nyusti and Takács v. Hungary*, p. 9.5.

¹⁵⁷ Se avsnitt 3.5.1.

generellt. Fallet kan även visa att tillgänglighet måste uppnås i alla delar av samhället. Det var inte tillräckligt att banken hade gjort vissa bankomater tillgängliga, utan kommittén slog fast att alla bankomater skulle göras tillgängliga för att staten inte skulle bryta mot artikel 9.

Fallet är även ett tydligt exempel på hur stater kan bli ansvariga för privata aktörers agerande. Detta ansvar följer utav artikel 4.1(e) som stadgar att stater är ansvariga för att vidta alla ändamålsenliga åtgärder för att avskaffa diskriminering på grund av funktionsnedsättning även från enskilda företags sida.¹⁵⁸ Privata aktörer faller därmed inom konventionens tillämpningsområde, även om staten blir den som bär ansvaret.

För just våra typfall kan detta fall användas i argumentationen. Det visar både på att staten har ett ansvar över privata aktörer, alltså fristående skolor, men också på att det inte är tillräckligt att endast vissa skolor görs tillgängliga. Enligt fallet bör alla skolor göras tillgängliga i enlighet med artikel 9, även om fallet även visar att detta kan ske progressivt i enlighet med statens resurser.

4.2. CRC

4.2.1. Artikel 23 CRC om barn med funktionsnedsättning

Syftet med artikel 23 är att åtgärder från staten angående förverkligande av rättigheter för barn med funktionsnedsättning ska leda till vissa specifika mål. Huvudsyftet med första punkten i artikeln är att barn med funktionsnedsättningar ska vara inkluderade i samhället. Andra punkten innebär att barn har rätt till assistans, samt att assistansen ska vara lämplig för barnets omständigheter.¹⁵⁹

Stater måste, för att uppnå kraven i art. 23, utveckla och på ett effektivt sätt implementera sammanhängande riktlinjer, med en handlingsplan som siktar på att barnet fullt kan åtnjuta rättigheter i konventionen utan diskriminering, samt att barnet och dennes vårdare får ”*special care*”¹⁶⁰ och den assistans de har rätt till enligt konventionen. Kommittén uppmanar i den

¹⁵⁸ Se artikel 4.1(e) CRPD.

¹⁵⁹ General Comment no. 9 (2006): The rights of children with disabilities.

¹⁶⁰ Se artikel 23 p. 2 CRC.

allmänna kommentaren om barn med funktionsnedsättning stater att göra särskild vård och assistans till barn med funktionsnedsättning till en hög prioritet och investera så mycket resurser som möjligt för att eliminera diskriminering mot barn med funktionsnedsättning och maximera deras inkludering i samhället.¹⁶¹ Vård och assistans ska vara utformade för att försäkra att barn med funktionsnedsättning har effektiv tillgång till, och gynnas av, utbildning, förberedelse för arbetslivet med mera.

Effekter

Artikel 23 är en relativt svag artikel. Genom uttrycket "*recognize*" är den endast målstaigande och rättigheterna däri kan därför inte inkrävas av individen. Den använder också uttryck som "*should*" istället för att göra skyldigheterna för staten tvingande.

Skydd för barn med funktionsnedsättning finns dock inte bara i CRC:s artikel 23, utan också i artikel 2:s första led genom principen om icke-diskriminering. Denna rättighet är betydligt starkare än artikel 23.¹⁶² Vid argumentation om barn med funktionsnedsättnings rättigheter kan artikel 23 alltså fördelaktigen användas som en inkörsport till artikel 2, istället för att argumentera utifrån artikel 23 själv.¹⁶³

4.2.2. Artikel 2 CRC om icke-diskriminering

Artikel 2 i CRC behandlar principen om icke-diskriminering, som är en utav konventionens fyra allmänna principer. Detta kan utläsas genom frasen "*the rights set forth in the present Convention*", vilket innebär att alla artiklar i konventionen ska tolkas i ljuset av artikel 2. Av denna fras följer även att punkt 2.1 är en accessorisk rättighet, vilket innebär att den inte kan åberopas ensam utan måste åberopas tillsammans med andra rättigheter i konventionen.¹⁶⁴ I övrigt är skillnaderna mellan 2.1 och 2.2 att andra punkten är ett målstaigande, dock inte beroende av statens resurser. 2.1 gäller endast inom statens jurisdiktion och endast

¹⁶¹ General Comment no. 9 (2006): The rights of children with disabilities.

¹⁶² Se bland annat den svenska översättningens användande av "ska" i artikel 2 jämfört med "bör" i artikel 23.

¹⁶³ Grahn-Farley (2019a) s. 135 f.

¹⁶⁴ Se ordalydelsen i artikel 2.1.

rättigheterna i konventionen¹⁶⁵, medan 2.2 är ett allmänt diskrimineringsförbud som inte begränsas av konventionens rättigheter eller statens jurisdiktion.¹⁶⁶

CRC saknar en definition av begreppet diskriminering. Barnrättskommittén har lutat mot definitionen *olika behandling i lika fall utan en objektiv och rimlig motivering och utan ett legitimt syfte under konventionen*.¹⁶⁷ Barnrättskommittén har i övrigt inte varit helt klara med hur de uppfattar diskriminering inom konventionens ramverk. Mest fokus har legat på direkt diskriminering, men även multipel och indirekt diskriminering har nämnts. På senare tid har kommittén även nämnt intersektionalitet.¹⁶⁸

Grunderna för diskriminering som finns listade i artikeln är inte uttömmande.

Barnrättskommittén har varit väldigt öppna med att godkänna andra grunder för diskriminering, däribland ålder. Alla grunder är lika viktiga. CRC var den första av FN:s konventioner om mänskliga rättigheter som explicit nämner funktionsnedsättning som en grund för diskriminering. Kommittén har förklarat detta med att barn med funktionsnedsättning tillhör en av de mest utsatta grupperna av barn, samt belyst risken för multipel diskriminering.¹⁶⁹

Principen ger upphov till både negativa och positiva förpliktelser för staten. Staterna rekommenderas särskilt att förändra eller upphäva lagstiftning för att förhindra och eliminera diskriminering.¹⁷⁰ Eftersom icke-diskriminering är en allmän princip inom konventionen tar den inte hänsyn till en stats ekonomiska resurser för förverkligande. Detta är något kommittén har uttalat sig om, men deras uttalanden är inte bindande.¹⁷¹ Huruvida principen om icke-diskriminering är en omedelbar eller progressiv rättighet är kontroversiellt. En del argumenterar för att det är en omedelbar rättighet och att en stat därmed inte kan argumentera

¹⁶⁵ Grahn-Farley (2019a) s. 40-41.

¹⁶⁶ Ibid, s. 43.

¹⁶⁷ Se General Comment No. 20 (2016) *on the implementation of the rights of the child during adolescence* p. 21.

¹⁶⁸ Se General Comment No. 20 (2016) *on the implementation of the rights of the child during adolescence* para. 21; Committee on the Elimination of Discrimination against Women and CRC Committee, *Joint general recommendation/GC 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices* (4 November 2014) CRC/C/GC/18 p. 14.

¹⁶⁹ Se General Comment No. 9 (2007) *on children with disabilities*, p. 8.

¹⁷⁰ Se General Comment No. 21 (2017) *on children in street situations*, p. 14.

¹⁷¹ CRC Committee, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 44 of the Convention: Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: France* (1994) CRC/C/15/Add.20 para. 19; CRC Committee, *Consideration of reports submitted by States Parties Under Article 44 of the Convention: Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Bolivia* (1993) CRC/C/15/Add.1 para. 14.

för progressivt förverkligande. Detta är dock fortfarande en öppen fråga som kräver argumentation. Det kan därmed bli olika resultat i olika fall.¹⁷²

4.2.3. Artikel 28 och 29 CRC om rätten till utbildning

Artikel 28 CRC skyddar barns rätt till utbildning. Första meningen i artikel 28.1 betonar att alla konventionsstater erkänner barnets rätt till utbildning. Artikeln exemplifierar sedan åtgärder som konventionsstaterna särskilt ska fokusera på för att *gradvis*¹⁷³ förverkliga rätten till utbildning. Centralt för den här rapporten är att konventionsstaterna ska göra grundskoleutbildningen tillgänglig för alla.¹⁷⁴

Utgångspunkten är att rätten till utbildning är ett målstadgande som inte går att åberopa direkt i domstol. Viktigt är dock att de flesta länder, däribland Sverige, har någon form av skolplikt som ger barnet en skyldighet att gå i skolan.¹⁷⁵

Barnets rätt till utbildning ska tolkas utifrån ett diskrimineringskydd, något som belyser att staterna ska tillförsäkra alla barn rätten till utbildning. Det innebär bland annat att stater inte kan göra rätten till utbildning till en klassfråga eller en fråga om vem staterna anser ”behöver” utbildning.¹⁷⁶

Artikel 29 förtydligar vad utbildningen ska innehålla.¹⁷⁷ Centralt för rapporten är att utbildningen ska utveckla barnets fulla potential¹⁷⁸ och respekten för de mänskliga rättigheterna¹⁷⁹. Utbildningen ska också förbereda barnet för ett fritt samhälle med betoning på bland annat tolerans och jämställdhet mellan könen.¹⁸⁰

Andra stycket i artikel 29 betonar att varken artikel 28 eller artikel 29 får tolkas så att det medför en inskränkning i den enskildes och organisationers rätt att inrätta och driva

¹⁷² Vandenhole, Erdem Türkelli & Lembrechts (2019) s. 57. Jämför även avsnitt 3.10.

¹⁷³ Ordet ”gradvis” är viktigt eftersom det tydliggör att rätten till utbildning är en progressiv rättighet.

¹⁷⁴ Artikel 28 CRC.

¹⁷⁵ Grahn-Farley, Maria (2019a), s. 155.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Något som också är starkt kopplat till artikel 6.2 CRC.

¹⁷⁸ Artikel 29.1(a) CRC.

¹⁷⁹ Artikel 29.1(b) CRC.

¹⁸⁰ Artikel 29.1(d) CRC.

utbildningsinstitutioner.¹⁸¹ Det öppnar på så sätt för möjligheten till specialskolor, något som Funktionsrättskommittén ställer sig djupt kritiska till. Funktionsrättskommittén menar att specialskolor bidrar till en ökad segregering och berättigar särbehandling av barn med funktionsnedsättning. Den som delar funktionsrättskommitténs bild måste därför tillämpa artikel 29.2 CRC *tillsammans* med artikel 24 CRPD när det gäller barn med funktionsnedsättning. En argumentation som är kritisk mot specialskolor skulle bygga på att det enda rimliga sättet att tolka artikel 29 CRC och artikel 24 CRPD är i ljuset av CRPD:s principer och att rättigheten innebär en rätt att välja *mellan olika inkluderande utbildningsmiljöer*. Det följer också av konventionernas allmänna principer som till exempel principen om lika möjligheter, tillgänglighet och universell utformning.¹⁸²

4.2.4. Budget och CRC

Angående budget har CRC ingen specifik rekommendation om vilken procentsats av statsbudgeten som ska gå till förverkligandet av barns rättigheter. Den insisterar dock på att barn ska vara en prioritet.¹⁸³ Mönster i många medlemsstater visar dock att inte bara är detta inte fallet, utan budgeten för stöd till barn har dessutom minskat över åren¹⁸⁴. Detta har många allvarliga konsekvenser för barn med funktionsnedsättningar vilka, om alls prioriterade, ofta är lågprioriterade.

*However, it should not be forgotten that it is the State Party's ultimate responsibility to oversee that adequate funds are allocated to children with disabilities along with strict guidelines for service delivery.*¹⁸⁵

4.3. Kritik från FN:s övervakningskommittéer

Vi vill också belysa att skollagens regler har fått kritik från FN:s övervakningskommittéer för såväl CRPD som CRC. Sverige ska enligt artikel 35 CRPD rapportera till Funktionsrättskommittén om hur mänskliga rättigheter skyddas i Sverige. Rapporten ska

¹⁸¹ Artikel 29.2 CRC.

¹⁸² Jämför artikel 2-4 CRPD.

¹⁸³ Tolkning av artikel 4 CRC.

¹⁸⁴ Se Barnrättskommittén: CRC General Comment No. 9 (2007), *The rights of children with disabilities*, s. 6. Se även *retrogression* i avsnitt 3.5.2.

¹⁸⁵ *Ibid.*

fokusera på rättigheter för personer med funktionsnedsättning enligt CRPD och vilka åtgärder staten har vidtagit för att verkställa sina skyldigheter.¹⁸⁶

Sveriges rapport till kommittén från september 2012 förbereddes av Socialdepartementet i samarbete med majoriteten av övriga departement.¹⁸⁷ I rapporten tar departementen upp att det svenska utbildningssystemet bygger på inkludering och att det endast är 1.7% av alla elever som får sin utbildning utanför det allmänna utbildningssystemet.¹⁸⁸ Däremot nämner ingen av de 30 punkter som rör utbildning att rätten att välja skola är svagare för elever som har en funktionsnedsättning.¹⁸⁹ Vidare tar Sverige upp att det finns en rätt till gratis skolskjuts för elever med funktionsnedsättning¹⁹⁰, men inte att rätten till skolskjuts är svagare om eleven väljer en annan skola än den som kommunen hänvisar eleven till.¹⁹¹

I maj 2014 granskade Funktionsrättskommittén Sveriges rapport om implementeringen av CRPD. I granskningen uttrycker kommittén sin oro för att skolor kan neka elever med funktionsnedsättning plats på grund av organisatoriska och ekonomiska svårigheter. Kommittén uppmanar att Sverige ska garantera att alla barn med funktionsnedsättning inkluderas i det allmänna utbildningssystemet och att barnen får det stöd som de behöver.¹⁹²

Även Barnrättskommittén har riktat kritik mot att skolor kan neka elever med funktionsnedsättning plats om det medför betydande organisatoriska eller ekonomiska svårigheter för skolan.¹⁹³ Barnrättskommittén uppmanar dessutom Sverige att anta en människorättsmodell av funktionsnedsättning och mer specifikt att Sverige ska se till att alla

¹⁸⁶ Artikel 35.1 CRPD.

¹⁸⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities via Socialdepartementet (2012), p. 3, besökt 2020-10-26.

¹⁸⁸ Ibid. p. 184.

¹⁸⁹ Ibid. Jfr. p. 57-99 och 184-214 samt fotnot 23-49 och 96-107 i Committee on the Rights of Persons with Disabilities via Socialdepartementet: *Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Initial reports submitted by States parties under article 35 of the Convention – Sweden*, 18 september 2012. p. 3, besökt 2020-10-26.

¹⁹⁰ Ibid. Jfr p. 85 och 186 samt fotnot 42 och 44 i Committee on the Rights of Persons with Disabilities via Socialdepartementet (2012), p. 3, besökt 2020-10-26.

¹⁹¹ Ibid. Jfr. p. 57-99 och 184-214 samt fotnot 23-49 och 96-107 i Committee on the Rights of Persons with Disabilities via Socialdepartementet (2012), p. 3, besökt 2020-10-26 och Committee on the Rights of Persons with Disabilities via Socialdepartementet: 'Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Initial reports submitted by States parties under article 35 of the Convention – Sweden', (2012), i sin helhet, besökt 2020-10-26.

¹⁹² Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2014): "Concluding observations on the initial report of Sweden", p. 47-48.

¹⁹³ Committee on the Rights of the Child: "Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden adopted by the Committee at its 68th session (12 – 30 January 2015)", 4 februari 2015, p. 39(c).

barn har tillgång till utbildning på ett icke-diskriminerande sätt. För att uppfylla Barnrättskommitténs uppmaningar måste Sverige avskaffa bestämmelserna i skollagen som villkorar antagningen av barn med funktionsnedsättning.¹⁹⁴ Svenska staten måste dessutom omfördela sina resurser så att staten kan ge tillräckligt stort tekniskt, ekonomiskt och socialt¹⁹⁵ stöd för att försäkra att inga skolor behöver neka en elev med funktionsnedsättning plats på grund av ekonomiska eller organisatoriska svårigheter.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Jämför avsnitt 2.2.

¹⁹⁵ Rapporten använder uttrycket ”*human support*” som direkt översatt innebär *mänskligt* stöd. På svenska är dock *socialt* stöd en vanligare formulering.

¹⁹⁶ Committee on the Rights of the Child: ”Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden adopted by the Committee at its 68th session (12 – 30 January 2015)”, 4 februari 2015, p. 40(c).

5. Skollagens bestämmelser i relation till CRPD och CRC

5.1. Typfall 1 – Kommunen nekar eleven fritt skolval

5.1.1. CRPD

Artikel 24 CRPD om utbildning

Som tidigare nämnts är det första typfallet att en skola¹⁹⁷ nekar en elev med funktionsnedsättning plats på grund av ekonomiska eller organisatoriska svårigheter. Utifrån CRPD går de svenska reglerna att kritisera eftersom de medför att elever med funktionsnedsättning inte får tillgång till en inkluderande utbildning på lika villkor som andra. Dessutom kan reglerna medföra att personer med funktionsnedsättning stängs ute helt från vissa skolor. I relation till Funktionsrättskommitténs uttalanden är det problematiskt eftersom personer med funktionsnedsättning har en rätt att inte bli exkluderade eller segregerade. Exkludering uppstår just när stater hindrar studenter med funktionsnedsättning viss utbildning eller förnekar studenterna utbildning helt.

Även om de svenska reglerna inte förnekar någon elev utbildning helt¹⁹⁸ får elever med funktionsnedsättning mer begränsade valmöjligheter. På sikt kan det leda till en segregering med skolor som har få eller inga elever med funktionsnedsättning. Kommunerna och skolorna är inte ens skyldiga att göra en intresseavvägning mellan den enskilda elevens och kommunens respektive skolans intressen. Ekonomi anses visserligen i regel vara ett legitimt syfte så länge en inskränkning är proportionerlig. Som skollagens regler ser ut idag beaktas dock inte de motstående intressena överhuvudtaget. Skolor har en möjlighet att neka eleven plats på grund av ekonomiska eller organisatoriska svårigheter. I det ledet beaktas överhuvudtaget inte elevens intresse av att gå på den aktuella skolan. Därför måste skollagens regler anses vara ett oproportionerligt sätt att nå målet att spara pengar.

Det är inte bara den enskilda eleven med funktionsnedsättning som drabbas av skollagens regler, utan även samhället i stort. Att vissa skolor kommer att ha få eller inga elever med

¹⁹⁷ Dvs. en skola som inte är den som kommunen anvisat, gäller oavsett om det är en annan kommunal skola eller en fristående skola.

¹⁹⁸ Alla barn har till och med skolplikt.

funktionsnedsättning är i sig en situation som går att kritisera utifrån artikel 24 CRPD. Konventionstexten belyser vikten av att utbildningssystemet bland annat ska förstärka respekten för den mänskliga mångfalden.¹⁹⁹ Om kommuner segregeras så att alla elever med funktionsnedsättning placeras till en mindre andel skolor kommer det att påverka mångfalden negativt. En central del i rätten till inkluderande utbildning är att mångfald ska respekteras och uppskattas. Skollagens bestämmelser riskerar därför inte bara att medföra negativa konsekvenser för den enskilda eleven, utan även för samhället i stort.

Artikel 5 CRPD om jämlikhet och icke-diskriminering

Artikel 5 sätter upp krav på en lags utformning. En lag får inte diskriminera personer med funktionsnedsättning eftersom alla är berättigade till lika skydd enligt lagen enligt artikel 5.1. Den lagstiftning som tillämpas idag ger ett system där elever med funktionsnedsättning diskrimineras då de inte har möjlighet att välja skola på lika villkor som andra.

Diskriminering på grund av funktionsnedsättning definieras i artikel 2 som:

varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av funktionsnedsättning som har till syfte eller verkan att inskränka eller omintetgöra erkännande, åtnjutande eller utövande på lika villkor som andra av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, ekonomiska, sociala, kulturella och civila området eller på andra områden. Det omfattar alla former av diskriminering, inklusive underlåtenhet att göra skälig anpassning.

Lagen gör en åtskillnad mellan elever som har en funktionsnedsättning och elever som inte har en funktionsnedsättning. Följden av detta blir att elever med funktionsnedsättning får en inskränkt möjlighet att välja skola i jämförelse med andra elever. Detta innebär att de inte får välja skola på lika villkor som andra vilket leder till exkludering och segregering, något som kan kritiseras utifrån artikel 24. Frasen "på lika villkor som andra" kopplar ihop artikel 5 med artikel 24.2(b) som stadgar att personer med funktionsnedsättning på lika villkor som andra ska få *tillgång* till en inkluderande och kostnadsfri utbildning. Gällande lagstiftning begränsar tillgången till utbildning för elever med funktionsnedsättning, medan lagstiftningen inte inskränker tillgången för andra elever. Lagstiftningen är därmed direkt diskriminerande mot personer med funktionsnedsättning. Direkt diskriminering sker när personer med funktionsnedsättning behandlas sämre än en person i en jämförbar situation på grund av funktionsnedsättningen. Avsikten bakom är inte relevant för att avgöra om diskriminering har

¹⁹⁹ Artikel 24.1(a) CRPD.

skett²⁰⁰, därav är det oväsentligt att lagstiftningen inte skapades i syfte att diskriminera. En diskriminerande avsikt kan däremot göra diskrimineringen värre.

Även om aktionen i detta fall faller inom definitionen av diskriminering i konventionen innebär inte detta att missgynnandet är otillåtet. Aktionen bryter inte mot konventionen om det finns ett legitimt syfte som uppnås med objektiva och skäliga medel. I fallet är det legitima syftet ekonomiska och organisatoriska svårigheter, vilket knappast kan ses som ett illegitimt syfte.²⁰¹ Lagstiftningen kan även ses som ett objektiva medel, eftersom den bidrar till att uppnå syftet. Däremot blir effekterna av missgynnandet oerhört allvarliga för individen. Det går därmed att argumentera för att lagstiftningen inte är skälig, och att individens intresse ska väga tyngre än statens. Liknande argument har tidigare visat sig starka, exempelvis i fallet *H.M v. Sweden*.²⁰²

Om lagstiftningen är diskriminerande är detta allvarligt, eftersom diskriminering kränker det inneboende värdet och värdigheten hos varje människa.²⁰³ Respekt för det inneboende värdet är en allmän princip i konventionen, varpå kränkning av denna kan ses som särskilt allvarligt.²⁰⁴

Elever med funktionsnedsättning har rätt till utbildning på samma villkor som andra och har därmed även rätt att inte diskrimineras. Rättigheterna ger upphov till såväl positiva som negativa skyldigheter för staten.²⁰⁵ Enligt den allmänna kommentaren till artikel 5 ger rätten till lika skydd enligt lagen upphov till en positiv skyldighet för staten. Staten måste därmed se till att den gällande lagstiftningen inte är diskriminerande, varken till sin utformning eller verkan. Om lagstiftningen i detta fall är diskriminerande har staten en skyldighet att upphäva gällande lagstiftning för att inte bryta mot artikel 5. Denna skyldighet följer av artikel 4.1(b).

Inom vilken tidsram staterna ska uppnå skyldigheten att upphäva diskriminerande lagstiftning är kontroversiellt. Det går inte att säga att enbart på den basis att lagstiftningen är diskriminerande så ska den upphävas omedelbart. Rätten till utbildning är en socioekonomisk rättighet som enligt artikel 4.2 ska uppnås i enlighet med statens resurser. Det går att argumentera för att upphävandet av lagstiftningen inte kräver särskilt mycket resurser i sig,

²⁰⁰ Se General Comment No. 6 (2018) *on equality and non-discrimination*, para. 18.

²⁰¹ Se avsnitt 4.1.2.

²⁰² Se avsnitt 5.1.2.

²⁰³ Se preambel h) CRPD.

²⁰⁴ Se artikel 3(a) CRPD.

²⁰⁵ Se General Comment No. 6 (2018) *on equality and non-discrimination*, para. 22.

men om skolor inte längre får neka en elev plats på grund av ekonomiska och organisatoriska svårigheter bidrar detta till ökade kostnader i framtiden. Här krävs därför argumentation om att lagstiftningen är ett allvarligt brott mot konventionen och att upphävandet av den är skyndsamt, trots framtida kostnader.

Artikel 7 CRPD om barn med funktionsnedsättning

Artikel 7 i kombination med artikel 24 (och artikel 5) innebär för typfall 1 att rätten till utbildning får fler dimensioner. Artikel 7.1 stadgar rätten för barn med funktionsnedsättning att “fullt åtnjuta alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på lika villkor som andra barn”. Denna princip finns även i preambel r) i konventionen. Artikel 7.2 innehåller principen om *barnets bästa*. Utöver detta stadgar artikel 3(h) CRPD att respekt för barn med funktionsnedsättnings fortlöpande utveckling av sina förmågor, samt respekten för deras rätt att bevara sin identitet, är allmänna principer i hela konventionen.

Att fullt åtnjuta mänskliga rättigheter [...] på samma villkor som andra barn innebär dels att barn med funktionsnedsättning har rätt till utbildning som sådan, men också att den rättigheten ska vara på samma villkor som för andra barn. Eftersom andra barn har rätt att välja skola ofta utan att behöva tänka på kostnader ska barn med funktionsnedsättning alltså också kunna göra det. Detta framgår av artikel 7.1 i sig, ur formuleringen att konventionsstaterna måste vidta *alla nödvändiga åtgärder*²⁰⁶ för att säkerställa rättigheten. Det är också en utveckling av artikel 5.3 CRPD om skälig anpassning, där formuleringen *alla ändamålsenliga åtgärder* används.

Barnets bästa är en princip som i CRPD endast syns i artikel 7.2. Denna i kombination med artikel 24 om utbildning stärker faktumet att barnets bästa måste vara vägledande i alla beslut som rör barn, inklusive när någon väljer att neka ett barn skolval. Principen om barnets bästa ger inte upphov till några konkreta skyldigheter i sig, annat än att situationer måste utredas för det individuella barnet och se till så att vad som är bäst för denne faktiskt respekteras. Detta kan jämföras med den nuvarande regleringen i skollagen, som fokuserar på kommunens ekonomiska förutsättningar snarare än att sätta barnets bästa i främsta rummet. Det kan argumenteras att nekandet av skolval för elever med funktionsnedsättningar går rakt emot principen om barnets bästa, i synnerhet som ingående individuella bedömningar inte är en

²⁰⁶ Se avsnitt 4.1.3 om nödvändiga åtgärder och artikel 7 CRPD.

lagstadgad skyldighet och situationen således inte uppfyller kravet på utredandet av situationer som gäller barn och deras rättigheter. Bristen på skälighetsbedömning strider utöver detta emot kravet som kan ställas enligt skälig anpassning.²⁰⁷ Detta visar inte bara att barnets bästa inte varit prioriterat vid själva lagstiftningen, utan också att reglerna kring implementering av skälig anpassning inte följs.²⁰⁸

5.1.2. Framtida rättigheter som kan påverkas - *H.M v. Sweden*

Rättsfallet *H.M v. Sweden*²⁰⁹ från 2012 handlar om en kvinna, H.M, med bindvävssjukdomen Ehlers-Danlos Syndrom. Sjukdomen hade lett till svåra komplikationer för käranden. Hydroterapi är rekommenderat för Ehlers-Danlos och ansågs vara det enda som kunde stoppa sjukdomen från att förvärras. Kvinnan ville därför bygga en inomhuspool och grannarna samtyckte till utbyggnaden.

Kvinnan ansökte om en utbyggnad på sin egen mark, varav delar krävde tillstånd för byggnation, men nekades. H.M menade att detta var diskriminering utifrån hennes rätt till *equal opportunity for rehabilitation and improved health*. Hon hade därigenom nekats rätten till värdefull livskvalitet (*worthwhile quality of life*). Proportionalitetsprincipen hade inte heller blivit korrekt tillämpad. H.M ansåg att de lagar som framstår som neutrala ändå bevisat sig vara orättvisa mot henne och lett till indirekt diskriminering.²¹⁰

Funktionsrättskommittén hänvisar till artikel 2.3 för definitionen av diskriminering på basis av funktionsnedsättning. En lag som appliceras lika på alla kan ändå ha diskriminerande effekt när en individs särskilda omständigheter inte tas hänsyn till. Vidare stadgar artikel 2.3 att *denial of reasonable accommodation* utgör diskriminering. Sverige hade inte visat att avvikande från detaljplanen skulle utgöra oproportionerlig eller omotiverad börda. Landet hade också misslyckats med att specificera H.M:s omständigheter och hennes behov när de nekade tillståndet för utbyggnad. Sverige hade därmed brutit mot artikel 5.1, 5.3, 25, 26 ensamma och i samband med art. 3(b), (d), (e) och 4.1(d) CRPD.

²⁰⁷ General Comment no. 6 article 5: Equality and non-discrimination (adopted 9 March 2018) para 38 & CRC Committee, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (article 3, para 1), CRC/C/GC/143, para 11.

²⁰⁸ Se kravet i artikel 5.3 CRPD.

²⁰⁹ Communication No. 3/2011; U.N. Doc. CRPD/C/7/D/3/2011.

²¹⁰ CRPD-kommittén bedömde det vara brist på skälig anpassning, ej indirekt diskriminering.

Om H.M inte beviljas en inomhuspool kommer hon dessutom förr eller senare tvingas hamna på institution. Hennes rättigheter enligt art. 19(b) CRPD anses därför redan nu blivit kränkta.

Kommittén rekommenderade att Sverige ska åtgärda kränkningarna. Kommittén menade att Sverige dels borde ompröva bygglovet och dels borde vidta åtgärder för att förhindra liknande rättighetskränkningar i framtiden. Sverige fick de särskilda rekommendationerna att försäkra att lagstiftningen och rättskipningen i domstolar överensstämmer med statens skyldigheter enligt CRPD.

Rättigheter i riskzonen om barn nekas tillgång till skolval och skolskjuts

Det relevanta prejudikatet ur rättsfallet *H.M v. Sweden* är att försummelse av något idag kan leda till en rättighetskränkning längre fram, och därmed ska rättigheten anses vara bruten mot redan i dagsläget. I relation till frågorna om skolval och skolskjuts för barn med funktionsnedsättningar måste samma princip kunna tillämpas. Att barns undervisning blir bristfällig redan tidigt i livet kommer sannolikt leda till sämre livskvalitet och begränsade möjligheter på många fronter i framtiden.

Rättigheter i CRPD som bör kunna anses vara brutna mot, eller åtminstone i riskzonen, i dessa fall bedöms därför vara artikel 27 CRPD om arbete och sysselsättning och 19 CRPD om rätten att leva självständigt och att delta i samhället. Artikel 27 CRPD kan anses vara den starkaste och tydligaste rättigheten som nästan garanterat kommer kränkas om orättvisa regler kring utbildning kvarstår. Även andra artiklar, både i CRPD och i andra konventioner om mänskliga rättigheter, kan också tas med i argumentationen om de är relevanta i det enskilda fallet.²¹¹ Att argumentera på detta sätt kring framtida rättigheter som konkret kommer att kränkas, som artikel 27, öppnar upp för möjligheten att driva mål på andra grunder än de något mer abstrakta principerna i exempelvis artikel 3 CRPD.

²¹¹ Härleds här ur artikel 7.1 CRPD, ”*alla* mänskliga rättigheter”. Genom formuleringen ”fullt åtnjuter på lika villkor som andra barn” i artikeln kan både den hypotetiska normen och den faktiska situationen för andra barn användas.

5.1.3. CRC

Artikel 28 och 29 CRC om barnets rätt till utbildning

Artikel 28 CRC ger relativt svaga rättigheter i sammanhanget eftersom den ålägger staterna att *gradvis* implementera rätten till utbildning. Som vi nämner i avsnitt 3.5 medför progressiva rättigheter dock att staten måste visa att den tar steg mot full implementering, något som går att ifrågasätta när det gäller Sveriges regler. Dessutom innebär artikel 28 CRC att staten inte får *hindra* ett barn som har antagits till en skola från att tillgodogöra sig utbildningen. Ett sådant hinder blir dock i många fall konsekvensen om barnet antas till en skola men hemkommunen sedan nekar barnet skolskjuts. Det hindret går således att kritisera utifrån artikel 28 CRC, vilket medför att det kan vara till nytta för Funktionsrätt Sverige att argumentera utifrån CRC.

Artikel 29 CRC öppnar dock för möjligheten att upprätthålla segregerade skolor, något som bland annat Funktionsrättskommittén anser är problematiskt. Den som delar Funktionsrättskommitténs åsikt kan därför vara kritiska till att artikel 29 CRC bör användas överhuvudtaget för barn med funktionsnedsättning. Med Funktionsrättskommitténs inställning är istället artikel 24 CRPD att föredra. Om Funktionsrätt Sverige är av samma uppfattning, men ändå vill använda artikel 29 CRC, måste de göra det i ljuset av principen om barnets bästa. Betoningen måste då ligga på att artikel 29 CRC åberopas endast för att den ger ett barnrättsperspektiv på artikel 24 CRPD. Vi rekommenderar dock att Funktionsrätt Sverige använder artikel 28 och 29 CRC bara för att väcka diskrimineringsförbudet i artikel 2 CRC. Det gäller för såväl typfall 1 som 2.

Artikel 2 CRC om icke-diskriminering

Vi har tidigare slagit fast att lagstiftningen i sig är direkt diskriminerande i typfall 1. Detta då lagstiftningen aktivt särbehandlar personer med funktionsnedsättning på ett negativt sätt och begränsar deras rätt till utbildning på lika villkor som andra. Denna särbehandling sker endast på grund av personernas funktionsnedsättning, vilket är en av diskrimineringsgrunderna som är skyddade i CRC genom artikel 2.

Artikel 2 är en av de ledande principerna i konventionen, vilket kan utläsas genom frasen "*the rights set forth in the present Convention*". Detta innebär att alla artiklar ska tolkas i ljuset av denna artikel. Det innebär även att rättigheten i artikel 2 är en accessorisk rättighet som inte

kan åberopas ensam. I detta fall kan artikeln med fördel aktiveras genom artikel 23, 28 och 29. Eftersom det är en lagstiftning som kränker barns rättigheter enligt konventionen och inom statens jurisdiktion ska artikel 2.1 användas. Alla barn har rätt till utbildning med utgångspunkt i lika möjligheter, men genom den svenska lagstiftningen inskränks denna rättighet för elever med funktionsnedsättning, just på grund av deras funktionsnedsättning. Återigen måste en intresseavvägning göras mellan individens intresse och statens. Ett missgynnande av lagen behöver inte stå i strid med konventionen, om legitimt syfte som uppnås med objektiva och skäliga medel finns. Vi har tidigare konstaterat att syftet ekonomiska och organisatoriska svårigheter inte är illegitimt, samt att lagstiftningen är ett objektiva medel för att nå dit. Men de allvarliga konsekvenserna för individen kan innebära att lagstiftningen är oskälig. Om så är fallet utgör lagstiftningen ett brott mot artikel 2 i konventionen, i kombination med artikel 23, 28 och 29.

Om lagstiftningen bryter mot konventionen har staten en skyldighet att upphäva eller ändra den diskriminerande lagstiftningen, vilket följer av artikel 4 i konventionen. Staten är enligt artikel 4 skyldig att bland annat vidta alla skäliga lagstiftningsåtgärder för att korrekt implementera konventionen.²¹² Rätten till utbildning är en socioekonomisk rättighet där staten enligt andra meningen i artikel 4 endast är skyldig att vidta sådana åtgärder i förhållande till sina resurser. Det är därmed ingen skyldighet som staten måste uppfylla direkt, utan progressivt i enlighet med sina resurser. Vad gäller just upphävandet eller förändring av lagstiftning krävs inte mycket resurser, varpå argumentering bör ske att lagstiftningen ska upphävas/förändras omedelbart. Detta särskilt då direkt diskriminerande lagstiftning är ett allvarligt brott mot konventionen och denna lagstiftning har varit gällande över längre tid. Däremot kan kostnad uppstå över tid, om skolor inte får neka elever plats trots att det medför större kostnader än om eleven gick på den skola som kommunen anvisat. För argumentationens del gäller det därför att trycka tydligt på att direkt diskriminerande lagstiftning är allvarligt och ett större problem än de extra kostnaderna som tillkommer staten längre fram.

²¹² Artikel 4 nämner särskilt ”legislative measures” som en åtgärd för att implementera konventionen.

5.2. Typfall 2 – Kommunen nekar skolskjuts

5.2.1. CRPD

Artikel 24 CRPD om utbildning

En annan situation som kan aktualiseras är att en elev med funktionsnedsättning visserligen får plats på en skola, men att hen kan inte gå på skolan för att hemkommunen nekar eleven skolskjuts. En elevs rätt till skolskjuts är inte lika stark om eleven väljer en annan skola än den som kommunen har anvisat. Elevens hemkommun kan neka en elev skolskjuts om elevens skolval medför organisatoriska eller ekonomiska svårigheter för kommunen. I relation till artikel 24 CRPD går skolskjutsreglerna att kritisera på flera sätt. En sak som går att kritisera är att reglerna medför att elever med funktionsnedsättning inte har samma möjligheter som andra elever. Den allmänna kommentaren till artikel 24 CRPD belyser att konventionsstaterna inte får ha bestämmelser som begränsar elevens möjligheter till inkluderande utbildning för att det innebär en oproportionerlig börda för staten. Det innebär att staterna aldrig får sänka ribban för det slutgiltiga målet för att det anses vara en oproportionerlig börda i det enskilda fallet. I artikel 24 går det slutgiltiga målet att formulera som ett helt inkluderande utbildningssystem för alla elever oavsett funktionsförmåga.

Eftersom skollagens regler inte ens ger utrymme för en intresseavvägning mellan kommunens/skolans och den enskilda elevens intressen finns det inte möjlighet att ta de första stegen på väg mot full inkludering. Om det hade funnits utrymme för en intresseavvägning kunde elevens intresse ha tillmätts allt större vikt vartefter skollagen och det svenska samhället arbetade mot att bli fullt tillgängligt. För att Sverige ska leva upp till sina internationella åtaganden måste därför skollagens regler antingen ge ett allt större utrymme för att beakta den enskilda elevens intressen eller (på sikt *och*) måste skollagens särbehandlande regler om ekonomiska och organisatoriska svårigheter avskaffas/modifieras.²¹³

En annan sak som går att kritisera är att anledningen till att elever behöver skolskjuts ofta är att allmänna transportmedel, till exempel skolbussar, inte är tillgängliga. Problemet kan till

²¹³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education", punkt 18.

exempel vara att bussar och liknande inte tar ombord vissa hjälpmedel²¹⁴, eller att avståndet mellan elevens hem och närmaste hållplats är för långt.

Funktionsrättskommittén belyser att artikel 24 om utbildning står i en nära relation i artikel 9 om tillgänglighet.²¹⁵ För att personer med funktionsnedsättning ska kunna åtnjuta rätten till utbildning är en förutsättning att de kan transportera sig till och från skolan. Det är i många fall inte möjligt om allmänna transportmedel inte är tillgängliga och elevens hemkommun nekar eleven skolskjuts.

För eleven med funktionsnedsättning blir reglerna om skolval och skolskjuts missgynnande på flera olika sätt. Svenska staten har brutit i sina förpliktelser att göra skolor och transportmedel tillgängliga för alla personer oavsett funktionsförmåga. När eleven sedan ska välja skola utifrån det begränsade antalet tillgängliga skolor drabbas eleven igen av Sveriges regler genom att hemkommuner i samspel med den valda skolan kan neka eleven plats på grund av ekonomiska svårigheter.

Kommittén har konstaterat att skolskjuts är en viktig del för inkluderande utbildning.²¹⁶ Det innebär att inte bara skolan i sig måste vara tillgänglig, utan även skolskjuts. Skolskjuts är därmed en viktig faktor för att barn med funktionsnedsättning ska kunna få tillgång till inkluderande utbildning.

Artikel 5 CRPD om jämlikhet och icke-diskriminering

Svensk lagstiftning går under typfall 2 att kritisera enligt artikel 5 CRPD. Kommunen är endast skyldig att tillhandahålla skolskjuts till elever som väljer en skola som ligger utanför hemkommunen, eller en skola inom kommunen men som kommunen inte anvisat, om det kan ske utan organisatoriska och ekonomiska svårigheter. Detta drabbar särskilt de elever som har behov av skolskjuts just på grund av sin funktionsnedsättning. Nekandet till skolskjuts kan innebära att eleven inte har möjlighet att gå på önskad skola och därmed inte har samma möjlighet som andra att välja skola. Lagens verkan blir därmed diskriminerande då den igen inskränker möjligheten till utbildning på lika villkor som andra, en rättighet som garanteras i

²¹⁴ Till exempel nekar många bussar i Skåne elrullstolar tillträde, se Skånetrafiken: 'Tillgänglig resa', <skanetrafi ken.se/serviceresor/tillganglighet>, besökt 2020-09-23.

²¹⁵ Se avsnitt 4.1.4, jämför Committee on the Rights of Persons with Disabilities: "General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education", punkt 49.

²¹⁶ Se General Comment No. 4 (2016) *on the right to inclusive education*, para. 49.

artikel 24. I detta fall är det däremot fråga om indirekt diskriminering eftersom lagstiftningen angående transport gäller alla elever, men ger en negativ verkan just för elever med funktionsnedsättning. Indirekt diskriminering omfattas av artikel 5 och konventionen.²¹⁷ Visserligen har staten ett legitimt syfte i och med de ekonomiska och organisatoriska svårigheterna och lagstiftningen är ett objektivet medel för att nå detta syfte. Däremot går det, liksom i typfall 1, att argumentera för att lagstiftningen inte är skälig på grund av de allvarliga konsekvenserna den medför för individen. Därmed är missgynnandet inte tillåtet enligt CRPD. Lagstiftningen kan då kritiseras utifrån artikel 5 eftersom den motverkar rätten till lika skydd enligt lagen och verkar diskriminerande indirekt. Eftersom lagstiftningen verkar diskriminerande är staten skyldig att upphäva eller ändra den, en skyldighet som följer av artikel 4.1(b). Denna skyldighet följer även om lagstiftningen är indirekt diskriminerande, eftersom indirekt diskriminering omfattas av konventionen.²¹⁸ Indirekt diskriminering kan dock anses vara tillåtet om det finns ett legitimt syfte och lagstiftningen är ändamålsenlig för att nå dit. I detta fall är det ekonomiska och organisatoriska svårigheter som anses vara det legitima syftet. Detta försvårar argumentationen om att upphävandet av lagstiftningen bör ske omedelbart. Däremot sker diskriminering vilket ger allvarliga konsekvenser för individen, vilket bör vara utgångspunkten i argumentationen.

Artikel 7 CRPD om barn med funktionsnedsättning

Poängen angående att elever med funktionsnedsättning inte har samma förutsättningar som andra elever i avsnittet ovan förstärks av artikel 7. Mest användbart i artikeln bör vara att argumentera från att staten måste vidta *alla nödvändiga åtgärder* som krävs för att säkerställa att barn med funktionsnedsättning *fullt åtnjuter alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på lika villkor som andra barn*. Detta är en långtgående formulering som tydligt stadgar kravet på lika rättigheter i artikel 5.1. Om ett barn utan funktionsnedsättning fritt kan välja skola ska ett barn med funktionsnedsättning också kunna göra det.. Även i frågan om skolskjuts innebär artikel 7.2 att barnets bästa måste vara vägledande i de beslut som tas angående eleverna.

²¹⁷ Konventionen saknar definition av indirekt diskriminering, men omfattar all diskriminering. Se definition av diskriminering på grund av funktionsnedsättning i artikel 2 CRPD.

²¹⁸ Se definition av diskriminering på grund av funktionsnedsättning i artikel 2 CRPD.

5.2.2. CRC

Artikel 2 CRC om icke-diskriminering

Det andra typfallet rör indirekt diskriminering, eftersom lagstiftningen ser likadan ut för alla. Verkan av lagstiftningen blir dock oerhört negativ för just elever med funktionsnedsättning, därav är den indirekt diskriminerande mot denna grupp. Indirekt diskriminering är inget som nämns uttryckligen i konventionen eller i artikel 2 om diskriminering, men artikeln nämner "*discrimination of any kind*", vilket kan tolkas som att indirekt diskriminering omfattas på samma sätt som direkt diskriminering. Även barnrättskommittén har nämnt indirekt diskriminering som en typ av diskriminering som omfattas.²¹⁹ Problemet kan således angripas med artikel 2. Vidare är det en lagstiftning som kränker konventionens rättigheter, något som triggar användandet av artikel 2.1.

Artikel 2.1 är dock, som tidigare nämnts, en accessorisk rättighet som inte kan åberopas ensam. Den behöver istället åberopas med andra rättigheter i konventionen för att kunna tas upp. Den kan med fördel åberopas med artikel 23, 28 och 29 om utbildning.

En intresseavvägning ska göras även här, där syftet är legitimt och lagstiftningen ett objektivet medel för att uppnå syftet. Argumentationen ska därför fokusera på effekten av lagstiftningen, som kan anses vara oskälig med hänsyn till konsekvenserna för individen.

Lagstiftningen verkar indirekt diskriminerande vilket strider mot artikel 2.1, då diskriminering förekommer i samband med utbildning och kränker rättigheten. Staten är därmed skyldig att upphäva eller ändra den diskriminerande lagstiftningen enligt artikel 4 CRC, som uttryckligen nämner "*legislative measures*" som rimliga åtgärder för att implementera konventionens rättigheter. Precis som nämnts ovan kan indirekt diskriminering vara tillåtet om det finns ett legitimt syfte och diskrimineringen är ett rimligt sätt att nå det syftet. Statens syfte att spara in pengar anses i regel vara ett legitimt syfte. Däremot bör Funktionsrätt Sverige trycka på att skollagens regler inte är ett rimligt sätt att nå det målet. En faktor som Funktionsrätt Sverige särskilt kan trycka på för att belysa orimligheten i skollagens regler är att det inte sker någon intresseavvägning som beaktar den enskilda elevens intressen. Viktigt att notera är dock att det alltså blir en argumentationsfråga angående huruvida kravet på att vidta åtgärder är omedelbart eller progressivt.

²¹⁹ Se Vandenhole, Erdem Türkelli & Lembrechts (2019) om "*Article 2: Non-discrimination*".

6. Bedömning av rättsläget

6.1. Styrkor och svagheter med CRPD

Fördelen med CRPD är att det är en relativt ny konvention. Det innebär att den har ett förändrat synsätt på funktionsnedsättningar i jämförelse med äldre instrument. Som tidigare nämnt är det traditionella synsättet den medicinska modellen, som ser funktionsnedsättningar som ett medicinskt problem som måste botas. CRPD följer istället den sociala modellen som betonar att funktionshinder uppstår i samband med otillgänglig miljö.²²⁰ Det syns exempelvis i preambeln.²²¹ Att använda CRPD bidrar till det nya synsättet på funktionsnedsättningar och tar avstånd från den äldre, medicinska modellen.

Nackdelen med CRPD är att Sverige inte har inkorporerat den. Det innebär att det inte är lika tydligt att domstolarna är skyldiga att följa CRPD. För att kunna använda CRPD är det därför viktigt att belysa hur den kan användas. Dessutom är det omtvistat vilken vikt som går att lägga vid de allmänna kommentarerna till CRPD. När Funktionsrätt Sverige ska använda CRPD måste de därför förstå exakt hur CRPD och allmänna kommentarer går att använda i svenska domstolar respektive i ett klagomål till Funktionsrättskommittén. På så sätt kräver det mer av Funktionsrätt Sverige att använda sig av CRPD.

6.2. Styrkor och svagheter med CRC

CRC kan tyckas vara ett starkt instrument för barns rättigheter. Det nämner barn explicit och endast genom sin existens visar den på att barn är skyddsvärda utöver de instrument som behandlar mänskliga rättigheter. En annan styrka med CRC är att den är inkorporerad som svensk lag. Det är en tydlig indikation på att svenska domstolar och myndigheter ska beakta CRC i olika bedömningar. Trots det finns det nackdelar med att använda CRC i just våra fall.

En nackdel med CRC är exempelvis att det är ett äldre instrument. Det innebär att konventionen saknar den nya bild av funktionsnedsättningar som har vuxit fram i samhället och som CRPD återspeglar. Risken med att använda CRC är att det nya synsättet inte får fullt

²²⁰ Se avsnitt 4.1.

²²¹ Se t.ex. preambel c) och d).

genomslag och att det kan bli svårt att ta avstånd från den medicinska modellen helt. Ett sätt som det syns på är risken för att CRC öppnar för möjligheten att inrätta institutioner. Den möjligheten ges genom artikel 29 andra stycket, som betonar att varken artikel 28 eller artikel 29 får tolkas så att det medför en inskränkning i den enskildes och organisationers rätt att inrätta och driva utbildningsinstitutioner. Det innebär en rätt att inrätta specialskolor, vilket kommer leda till exkludering och segregering. Det här är något som går att kritisera utifrån CRPD, särskilt artikel 24 som förespråkar rätten till en inkluderande utbildning. Därav är det ofta bättre att utgå från artikel 24 CRPD än från CRC.

Skyddet under CRC kan även ses som svagare än det under CRPD. Som tidigare nämnt är artikel 23 som ska ge skydd för barn med funktionsnedsättning en väldigt svag artikel. Det enda sätt som artikel 23 går att använda är i princip genom att åberopa den tillsammans med artikel 2. Anledningen är att artikel 23 endast är målstadgande och som inte kan åberopas direkt i domstol. Den enda användbara artikeln för våra fall är således artikel 2. Det går att jämföra med CRPD där flera artiklar kan användas tillsammans eftersom artiklarna samspelar med varandra på ett sätt som ger starka rättigheter. Det här förhindrar dock inte att relevanta artiklar i CRC kan tas upp i argumentationen i *kombination* med artiklarna i CRPD.

6.3. Slutsatser

Utifrån vårt arbete är vår slutsats att CRPD utgör den starkare utav de två konventionerna för just våra typfall. CRPD ger ett starkare skydd än CRC eftersom flertalet av CRC:s artiklar endast är målstadganden och konventionen är äldre än CRPD. Artiklarna i CRPD samspelar med varandra vilket möjliggör en kraftfull argumentation.

Utgångspunkten är artikel 24 CRPD om rätten till utbildning där kravet på en inkluderande utbildning är centralt. Artikel 24 är viktig eftersom den stadgar att utbildningen måste vara inkluderande, det räcker inte att personer med funktionsnedsättning har rätt till utbildning. Genom kravet på en inkluderande utbildning stänger CRPD dörren till institutioner, något som CRC misslyckas med att göra. CRPD omfattar även alla lager av problemet, något som syns i artikel 9 CRPD som behandlar tillgänglighet och universell utformning, och artikel 5.3 som behandlar skälig anpassning. CRPD omfattar därmed hela systemet och kräver att alla delar ska vara tillgängliga, något som även framgår av *Nyusti & Takács v. Hungary*.

I just våra typfall är problemet den diskriminerande lagstiftningen, något som måste åtgärdas enligt artikel 5 CRPD om jämlikhet och icke-diskriminering. Artikel 5 CRPD omfattar både direkt och indirekt diskriminering och ställer krav på att lagstiftning inte får utformas så att den är diskriminerande. Icke-diskriminering är även en av konventionens principer (som stadgas i artikel 3 CRPD). Det medför att diskrimineringsförbudet är kopplat till konventionens alla artiklar och kan med fördel användas tillsammans med artikel 24 CRPD om rätten till utbildning. Eftersom lagstiftningen är diskriminerande har staten en skyldighet att upphäva den. Att avskaffa diskriminerande lagstiftning nämns explicit i artikel 4.1(b) CRPD som ett av konventionsstaternas allmänna åtaganden. Artikel 4.1(b) CRPD kan därför användas för att angripa skollagens bestämmelser.

Lagstiftningen kan visserligen anses vara ett objektivt sätt att uppnå ett legitimt mål. Målet är i så fall dels att det inte ska bli oskäligt dyrt för kommuner att låta (majoriteten av) eleverna välja skola – och dels att icke-kommunala skolor ska kunna driva verksamheten med kontroll över sin ekonomi. Däremot kan skollagens regler *inte* anses vara ett *rimligt* sätt att nå det legitima målet. Anledningen till det är att kommunerna respektive skolorna inte behöver beakta den enskilda elevens intresse när de väljer att neka skolval eller skolskjuts. Istället räcker det att påvisa betydande ekonomiska eller organisatoriska svårigheter (svårigheterna behöver dessutom inte vara betydande för att kunna neka en elev skolskjuts). Av *H.M v. Sweden* framgår att en lag som appliceras lika på alla kan ändå ha diskriminerande effekt om lagen inte tar hänsyn till en individs särskilda omständigheter. En klandervärd bedömning som brister i att beakta individens intressen – precis det som Sverige fick kritik för i *H.M v. Sweden* – fortsätter Sverige således att tillämpa i relation till skolval. Det är något som Funktionsrätt Sverige kan belysa i en eventuell talan.

Artikel 7 CRPD om barn med funktionsnedsättning ger fler dimensioner till rätten till utbildning (artikel 24) och jämlikhet och icke-diskriminering (artikel 5). Artikel 7 CRPD bidrar bland annat till att principen om barnets bästa ska vara en faktor som beaktas i alla beslut som rör barn. Även om det endast är en av alla faktorer som ska beaktas förstärker den skyddet för barn.

CRPD kan alltså med fördel användas för att angripa våra typfall. Lagstiftningen är diskriminerande och staten är därmed skyldig att upphäva den enligt konventionen. CRPD ger starka rättigheter, men den är dock inte inkorporerad på samma sätt som CRC är. Det innebär

att det inte är lika självklart att domstolarna ska följa CRPD och tolka svensk rätt i ljuset av konventionen. Det är dock en liten nackdel i förhållande till hur CRPD går att applicera på typfallen.

7. Annex – internationell rätt i det svenska rättssystemet

7.1. Monistiska och dualistiska rättssystem

När en stat ratificerar en traktat måste statens nationella rättssystem leva upp till statens internationella förpliktelser. Om den nationella rätten inte svarar mot statens internationella förpliktelser behöver den *harmoniseras*²²² så att staten uppfyller förpliktelserna. En harmonisering av nationell rätt kan ske på två sätt beroende på vilket rättssystem staten har.²²³

Om en stat har ett *monistiskt* rättssystem blir internationell rätt automatiskt en del av nationell rätt. Domstolar och myndigheter kan tillämpa den internationella rätten på samma sätt som nationell lag.²²⁴ I *dualistiska* rättssystem måste staten efter ratificeringen dock inkorporera eller transformera traktaten för att traktatens innehåll ska bli en del av den nationella rätten och bindande i nationella domstolar.²²⁵ Sverige klassificeras i regel som en dualistisk stat med en tradition av att införliva traktat genom transformering.²²⁶ När en stat har ratificerat en traktat är det viktigt att rättstillämpare är lojal mot traktaten och traktatens anda. Ett sätt att vara lojal är att tillämpa fördragskonform tolkning.²²⁷

7.2. Fördragskonform tolkning

Fördragskonform tolkning är en metod som går att använda för att lösa en misstänkt normkonflikt mellan den nationella rätten och en traktat.²²⁸ Metoden delas upp i en stark och en svag fördragskonform tolkning. Stark fördragskonform tolkning är förbehållen europarätten och innebär att domstolar omtolkar och ändrar den nationella rätten tills harmoni

²²² Innebär att den nationella rätten behöver ändras.

²²³ Grahn-Farley (2018), s. 782, besökt 2020-09-27.

²²⁴ Linderfalk (2012), s. 174-175. Vid en normkonflikt mellan en nationell och en internationell regel har den internationella regeln företräde. I dualistiska system har istället den nationella regeln företräde.

²²⁵ Ibid. s. 175. Inkorporering innebär att staten antar en nationell lag som stadgar att traktaten ska gälla som nationell rätt, medan transformering innebär att den nationella rätten ändras så att den lever upp till de internationella förpliktelserna.

²²⁶ Ehrenkrona (2015), s. 781, besökt 2020-09-27.

²²⁷ Grahn-Farley (2018) s. 782, besökt 2020-09-23.

²²⁸ Fördragskonform tolkning finns även som begrepp, men det är förbehållet europarätten och därför inte aktuellt i den här rapporten. Jämför Grahn-Farley (2018), s. 451, besökt 2020-10-04.

med europarätten uppstår.²²⁹ Eftersom rapporten fokuserar på FN-traktat är det istället svag fördragskonform tolkning som är relevant. Tolkningen används *inte* för att lösa en normkonflikt, utan för att bättre förstå en rättsregels innebörd. Svag fördragskonform tolkning innebär att domstolen tolkar en nationell rättsregel *i ljuset av* ett folkrättsligt åtagande.²³⁰ Metoden går att tillämpa eftersom det finns en presumtion för att svensk rätt lever upp det folkrättsliga åtagandet. Anledningen till det är, som beskrivits i avsnitt 7.1, att Sverige är en dualistisk stat. När Sverige ansluter till folkrättsliga traktat ska riksdagen därför vidta de lagstiftningsåtgärder som krävs för att svensk rätt ska överensstämma med traktatens förpliktelser. Av den anledningen kan domstolen använda traktaten för att tolka den svenska regelns innebörd.²³¹

Eftersom Sverige har ett dualistiskt system måste internationell rätten dock införlivas innan domstolar eller myndigheter kan tillämpa den. Patrik Bremdal, Maria Grahn Farley och Jane Reichel belyser att svag fördragskonform tolkning därför bara används i begränsad utsträckning i Sverige. Metoden används dock ofta för att tolka *CRC*.²³² Men kan fördragskonform tolkning tillämpas på *CRC* som svensk lag? Det kommer nästa avsnitt utreda.

7.3. Inkorporeringen av *CRC* och fördragskonform tolkning

Den 1 januari 2020 inkorporerade Sverige *CRC*, något som medförde att *CRC* fick status som svensk lag.²³³ Genom inkorporeringen av *CRC* ville regeringen förtydliga att rättstillämpare ska tolka andra svenska bestämmelser i ljuset av *CRC*.²³⁴ En fråga som uppstår är dock om *CRC* kan tolkas genom fördragskonform tolkning sedan konventionen fått status som *svensk lag*?

Regeringen har belyst att inkorporeringen inte innebär någon ny uppgift för rättstillämparna. Ordagrant skriver regeringen att ”lagstiftningen *redan i dag* ska tolkas fördragskonformt”.²³⁵

²²⁹ Ehrenkrona (2015), s. 782, besökt 2020-09-27.

²³⁰ Bremdal, Grahn Farley och Reichel (2018), s. 5, besökt 2020-10-04.

²³¹ Ibid. s. 3, besökt 2020-10-04.

²³² Ibid. s. 5, besökt 2020-10-04.

²³³ Lindhagen (u.å), besökt 2020-10-04.

²³⁴ Prop. 2017/18:186 s. 1.

²³⁵ Ibid. s. 76, här kursiverat.

Genom formuleringen ”*redan i dag*” antyder regeringen att andra nationella bestämmelser ska tolkas i ljuset av CRC även efter inkorporeringen.

7.4. Inkorporeringen och tolkningsfrågan

En fråga som uppstod med inkorporeringen av CRC är huruvida fördragskonform tolkning går att tillämpa på CRC som svensk lag. I ett JO-beslut från 2020 diskuterar JO huruvida föräldrabalkens²³⁶ princip om barnets bästa ska tolkas i ljuset av artikel 3 i CRC. JO belyser att frågor om vårdnad, boende och umgänge har knutits till artikel 3 i CRC sedan inkorporeringen.²³⁷ JO tolkar däremot *inte* bestämmelsen i ljuset av CRC utan menar att bedömningen av barnets bästa måste göras ”i varje enskilt fall utifrån en bedömning av förhållandena i det enskilda fallet”.²³⁸ Genom uttalandet använder JO istället den svenska lagen som ett uttryck för CRC:s principer. JO-beslutet ger därför en indikation på att inte ens svag fördragskonform tolkning går att tillämpa på CRC.²³⁹

CRC ses ofta som en rättighetskatalog där det centrala är att förstå ”själva andan i och innebörden av konventionen”.²⁴⁰ Maria Grahn-Farley menar att fördragskonform tolkning därför inte får stor betydelse för CRC, även om metoden skulle vara tillämplig. Det kommer istället vara rättighetens karaktär som styr tolkningen.²⁴¹

7.5. Rättighetens karaktär

7.5.1. Rättsligt bindande eller målstadgande?

Det finns två viktiga aspekter som påverkar rättighetens effekt på rättstillämpningen:²⁴²

- 1) Är artikeln som uttrycker rättigheten rättsligt bindande eller inte?
- 2) Kan enskilda kräva in rättigheten eller ska politiska beslut förverkliga rättigheten?

²³⁶ Föräldrabalk (1949:381), förkortas ”FB” i fotnoter. Se 6 kap. 2 a § FB.

²³⁷ Framgår av prop. 2005/06:99 s. 39.

²³⁸ JO-beslut 2020-06-30, Dnr 9119-2019, besökt 2020-10-07.

²³⁹ Jämför dock med konsekvenserna europadomstolens uttalanden i Urgendamålet, se avsnitt 7.5.2.

²⁴⁰ SOU 1997:116 s. 17.

²⁴¹ Grahn-Farley, Maria (2020), s. 37.

²⁴² Ibid. s. 28.

Om en artikel är rättsligt bindande är staten skyldig att direkt förverkliga rättigheten. Det kan dels handla om att enskilda kan kräva in rättigheten direkt och dels att staten måste förverkliga rättigheten genom speciallag. Om artikeln däremot inte är rättsligt bindande – dvs. om artikeln uttrycker målstadganden – uppstår frågan om enskilda kan kräva in rättigheten eller inte.²⁴³

Kategorin målstadganden har två underkategorier – en rättighet som staten ska förverkliga gradvis och målstadganden av politisk natur. Om ett målstadgande ska förverkligas gradvis går rättigheten inte att kräva in i domstol eftersom staten inte har någon direkt förpliktelse. Däremot måste staten visa att den vidtar åtgärder som är steg mot fullt förverkligande. Om ett målstadgande istället är av politisk natur ska det förstås som en uppmaning till länderna att beakta barnets rättigheter vid olika beslut.²⁴⁴

7.5.2. Urgendamålet

Skillnaden mellan en rättsligt bindande rättighet och målstadganden blir tydligt i Urgendamålet²⁴⁵, ett mål från den nederländska domstolen som berör frågan om talerätt. Fallet handlar om en klimataktivistgrupp, *The Urgenda Foundation*, som stämde den nederländska staten för brott mot rätten till liv. Bakgrunden är att staten inte hade följt krav på att minska sina växtgasutsläpp med minst 25% 2020 jämfört med 1990-talets nivåer. The Urgenda Foundation hävdade att den nederländska staten på så sätt äventyrade människors rätt till liv och respekten för privat- och familjeliv i EKMR. Det centrala i fallet är dock frågan om talerätt. För att kunna föra en talan om traktatsbrott måste parten visa att det har skett en skada. I Urgendamålet var det problematiskt eftersom brott mot miljön i regel inte pekar ut en specifik skadelidande.²⁴⁶

Precis som med rätten till privat- och familjeliv är rätten till utbildning målstadganden²⁴⁷ där det inte går att föra en talan om traktatsbrott. F.E. Vermeulen, ombud för The Urgenda Foundation, förde istället en talan om fullgörelse och argumenterade att den nederländska

²⁴³ Grahn-Farley, Maria (2020), s. 14. Den direkta bundenheten uppstår i sådana fall vid ratificeringen.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*. Förkortas ”Urgendamålet” i text och fotnoter.

²⁴⁶ Punkt 5.6.3 – 5.6.4 i Urgendamålet.

²⁴⁷ Jämför punkt 5.2.3 i Urgendamålet.

staten inte vidtagit lämpliga åtgärder inom skälig tid.²⁴⁸ Eftersom Vermeulen förde en fullgörelsetalan behövde hen inte bevisa att något traktatsbrott eller någon skada hade skett, utan fokuserade istället på den nederländska statens bristande åtgärder. Vermeulen vann talan i domstolen.

Viktigt att notera är dock att Nederländerna har ett monistiskt rättssystem.²⁴⁹ Den nederländska domstolen belyser att nederländska domstolar måste tillämpa EKMRs bestämmelser i enlighet med europadomstolens tolkning av bestämmelserna. CRC är precis som EKMR svensk lag, något som innebär att vi ska tolka CRC som svensk lag *tills det går att konstatera att ett traktatsbrott har skett*, då blir de internationella tolkningsmetoderna tillämpliga.²⁵⁰

7.6. Möjligheten att föra en fullgörelsetalan om rätten till utbildning

Som framgår av föregående avsnitt 7.5.2 förde F.E. Vermeulen en framgångsrik talan om att nederländska staten inte har fullgjort rätten till privat- och familjeliv enligt EKMR. Applicerat på frågan om rätten till ett fritt skolval skulle en fullgörelsetalan ta sikte på att svenska staten måste fullgöra sina förpliktelser enligt CRC och CRPD. Rättigheterna i CRC²⁵¹ innebär att en elev ska kunna tillgodogöra sig utbildning utan att bli diskriminerad, att alla åtgärder som rör barn ska utgå från principen om barnets bästa, att barnet har rätt till utveckling och en rätt att bli hörd. Till det kommer CRPD²⁵² som belyser att barn med funktionsnedsättning har en rätt till utbildning på lika villkor som andra, en rätt inte bli diskriminerad och att skolor ska vara tillgängliga oavsett funktionsförmåga.

Utgångspunkten för en fullgörelsetalan om rätten till utbildning skulle vara att staten har en skyldighet att tillgodose utbildning på ett icke-diskriminerande sätt. För att staterna ska leva

²⁴⁸ Jämför punkt 5.3.2-5.3.3 i Urgendamålet.

²⁴⁹ Jämfört med Sverige som har ett dualistiskt rättssystem, se avsnitt 7.1.

²⁵⁰ Jämför punkt 5.5.3 Urgendamålet.

²⁵¹ Se avsnitt 4.2.

²⁵² Se avsnitt 4.1.

upp till sina åtaganden måste de vidta alla lämpliga åtgärder för att erkänna rättigheterna²⁵³ i respektive konvention.

Svenska staten har därför en skyldighet att reglera rätten på utbildning på ett icke-diskriminerande sätt.

²⁵³ Se artikel 4 CRC och artikel 4.1 (a-e) CRPD. Det är upp till staten att själv välja vilka åtgärder den vill vidta för att uppfylla rättigheterna och hur, men det kan t.ex. handla om att ändra nationell lagstiftning eller omfördela resurserna i statens budget.

Källförteckning

Elektroniska källor

Bremdal, Patrik; Grahn Farley, Maria och Reichel, Jane (2018): 'Principen om fördragskonform tolkning förhållande till Sveriges konventionsåtaganden om mänskliga rättigheter', Uppsala universitet, hämtad från <lagensomverktyg.se/wp-content/uploads/sites/4/2018/01/Fördragskonform-tolkning-i-förhållande-till-Sveriges-konventionsåtaganden-om-mänskliga-rättigheter-.pdf>.

Degener, Theresia (2014): 'A human rights model of disability', hämtad från ResearchGate, researchgate.net/profile/Theresia_Degener/publication/283713863_A_human_rights_model_of_disability/links/5644463208aef646e6ca7886/A-human-rights-model-of-disability.pdf.

Ehrenkrona, Carl Henrik (2015): 'Sveriges internationella avtal och dessas genomförande i svensk lagstiftning – några reflexioner', Svensk Juristtidning, s. 779-792, <svjt.se/svjt/2015/779>.

Eriksson, Per (2020): *Kommentar till 10 kap. 39 § Skollagen*, kommentar 254, Karnov <pro.karnovgroup.se/b/documents/942644?st=karnov&t=ANNOTATIONS#SFS2010-0800_K10_P39>.

Funktionsrätt Sverige (u.å): *Allmänna kommentarer och riktlinjer*, Funktionsrättsguiden, <guide.funktionsrattskonventionen.se/dina-rattigheter/mer-om-funktionsrattskonventionen/allmanna-kommentarer-och-riktlinjer/>.

Förenta nationerna (u.å): *Så skyddar FN de mänskliga rättigheterna*, <fn.se/vi-gor/vi-utbildar-och-informerar/fn-info/vad-gor-fn/fns-arbete-med-manskliga-rattigheter/sa-skyddar-fn-de-manskliga-rattigheterna/>.

Grahn-Farley, Maria (2018): 'Fördragskonformtolkning av MR-traktat', Svensk Juristtidning s. 450-463, <svjt.se/svjt/2018/453>.

Lindell, Lillemor (u.å): 'Är det skillnad på integration och inkludering?', Riksidrottsförbundet, <rf.se/contentassets/08da4d74d5734153a9882bd27046223f/integration-och-inkludering-lillemor-lindell.pdf>.

Lindhagen, Åsa (u.å): 'Barnkonventionen som svensk lag', Regeringskansliet, <regeringen.se/regeringens-politik/barnkonventionen-som-svensk-lag/>.

Skånetrafiken (u.å): 'Tillgänglig resa', <skanetrafi ken.se/serviceresor/tillganglighet>.

Litteratur

Bantekas, Ilias; Stein, Michael Ashley; Anastasiou, Dimitris (2018): *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*".

Byrne, Bronagh (2012): *Minding the Gap? Children with Disabilities and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, i Freeman, Michael (Ed.), *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues Vol. 14*, Oxford University Press, Oxford, s. 419-437.

Broderick, Andrea och Ferri, Delia (2019): *International and European Disability Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge.

Chöler, Maria; Erdtman, Emil och Linder, Ola (2018): *Motverka funktionsdiskriminering och förändra samhället med lagen som verktyg*, uppl. 1, u.o., 2018, ISBN 978-91-7281-2.

Fridh, Maria (2018): *Bullying, violence and mental distress among young people. Cross-sectional population-based studies in Scania, Sweden*, hämtad från <skolporten.se/forskning/avhandling/bullying-violence-and-mental-distress-among-young-people-cross-sectional-population-based-studies-in-scania-sweden/> den 29 oktober 2020.

Grahn-Farley, Maria (2019a): *Barnkonventionen – en kommentar*, Studentlitteratur AB, Lund.

Grahn-Farley, Maria (2019b): *Tillitsjuridik och den folkrättsliga paradoxen – FN:s rättigheter i mötet med den svenska rätten*, uppl. 1:1, Iustus förlag, Uppsala.

Grahn-Farley, Maria (2020): *Att förstå barnkonventionen – en överblick*, uppl. 1:1, Studentlitteratur AB, Lund.

Hodgson, Douglas (1998): *The Human Right to Education*, u.u., Dartmouth Publishing Company Limited, Ashgate Publishing Limited och Ashgate Publishing Company, Hants och Brookfield.

Kanter, Arlene S. (2015): *The Development of Disability Rights Under International Law – From Charity to Human Rights*, Routledge, Oxon och New York.

Linderfalk, Ulf (2012): *Folkrätten i ett nötskal*, uppl. 2, Studentlitteratur AB, Lund.

Mill, John Stuart (1859): *On Liberty*, hämtad från Baotche Books, Kitchener: <socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>.

Nilsson, Anna (2017): *Minding Equality: Compulsory Mental Health Interventions and the CRPD*, Media-Tryck.

Shakespeare, Tom (2006): *Disability Rights and Wrongs*, uppl. 1:6, TJ International, Cornwall.

Smith, Ben (2016): *Intersectional Discrimination and Substantive Equality: A Comparative and Theoretical Perspective*, The Equal Rights Review, volym 16.

Uerpmann-Witzack, Robert (2018): 'The Law-Making Function of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities', Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, s. 36-46.

Vandenhoele, Wouter; Erdem Türkelli Gamze och Lembrechts, Sara (2019): *A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, Elgar Commentaries Series.

Internationell rätt

Barnrättskommittén

Committee on the Rights of the Child: *Consideration of reports submitted by States Parties Under Article 44 of the Convention: Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Bolivia* (1993) CRC/C/15/Add.1.

Committee on the Rights of the Child: *Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden adopted by the Committee at its 68th session (12 – 30 January 2015)*, 4 februari 2015.

Committee on the rights of the child: *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 44 of the Convention: Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: France* (1994) CRC/C/15/Add.20.

Committee on the rights of the child: *General Comment No. 9 (2007) on the rights of children with disabilities*, 27 februari 2007.

Committee on the rights of the child: *General Comment No. 20 (2016) on the rights of the child during adolescence*, 6 december 2016.

Committee on the rights of the child: *General Comment No. 21 (2017) on children in street situations*, 27 februari 2007.

Barnrättskommittén tillsammans med kvinnorättskommittén

Committee on the rights of the child and Committee on the Elimination of Discrimination against Women: *Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices*, 14 november 2014.

Funktionsrättskommittén

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: 'Communication No. 3/2011', *H.M. v. Sweden*, 21 maj 2012.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *Concluding Observations on the Initial Report of Belgium*, 28 oktober 2014.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *Concluding Observations on the Initial Report of Costa Rica*, 12 maj 2014.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *Concluding observations on the initial report of Sweden*, 12 maj 2014.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law*.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility*.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *General comment No. 4 (2016) Article 24: Right to inclusive education*, 25 november 2016.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *General comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination*, 26 april 2018.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities via Socialdepartementet: *Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities – Initial reports submitted by States parties under article 35 of the Convention – Sweden*, 18 september 2012.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities: *Rules of Procedure of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, 13 augusti 2010.

Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

Committee on Economic, Social and Cultural Rights: *ICESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, 14 december 1990.

Kvinnorättskommittén

Committee on the Elimination of Discrimination against Women: *General recommendation No. 25, on article 4, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures*, u.å.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women: *General recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 2010, CEDAW/C/2010/47/GC.2.

Traktat

Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, Odiedo 4 april 1997.

Konventionen om barnets rättigheter, Convention on the Rights of the Child, New York 20 november 1989.

Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York 13 december 2006, SÖ 2008:26.

Wienkonventionen om traktaträtten, Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23 maj 1969, SÖ 1975:1.

Övrigt

The State of Netherlands v. Stichting Urgenda, 20 december 2019.

Riggs vs Palmer, New Yorks appellationsdomstol, 8 oktober 1889, hämtad från <courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>.

Nationell rätt

Offentligt tryck

| | |
|-------------------|--|
| Prop. 2005/06:99 | Nya vårdnadsregler |
| Prop. 2017/18:186 | Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter |
| SOU 1997:116 | Barnets Bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige |
| SOU 2016:19 | Barnkonventionen blir svensk lag |

Övrigt

JO-beslut 2020-06-30, Dnr 9119–2019, *En undersökning av hur socialtjänsten verkställer domstolarnas beslut om umgänge med umgängesstöd.*