



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mathilda Mosslind

Funktionshinder eller funktionsnedsättning

- *Om definitionerna och diskursen*

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ann Numhauser-Henning

Termin för examen: HT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Syfte och frågeställning	8
1.2 Metod och material	8
1.2.1 Något om rättsdogmatisk metod	8
1.2.2 Något om EU-rätten	9
1.2.3 Rättsdogmatikens gränser	11
1.2.4 Något om diskursanalys	11
1.2.4.1 ”Funktionsfullkomliga” och... andra?	13
1.3 Terminologi	14
1.4 Avgränsningar	14
1.5 Disposition	15
2 FUNKTIONSNEDSÄTTNING ENLIGT FN-KONVENTIONEN	17
2.1 FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning	17
2.2 Begreppet funktionsnedsättning	18
2.2.1 Översättningen av disability och persons with disabilities	18
2.2.2 Which Entitlements and for Whom?	19
2.2.2.1 Individuella och sociala faktorer	20
2.2.2.2 Porträtteringen av personer med funktionsnedsättning	22
3 FUNKTIONSHINDER ENLIGT ARBETSLIVSDIREKTIVET	24
3.1 EU-rätten och principen om likabehandling	24
3.2 Om arbetslivsdirektivet	25
3.3 Begreppet funktionshinder	27
3.3.1 Mål C-13/05 Chacón Navas	27
3.3.1.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	27
3.3.1.2 En för unionen enhetlig tolkning av begreppet funktionshinder	28
3.3.1.3 Ett krav på varaktighet	29
3.3.1.4 Sjukdom utgör inte en gemenskapsrättslig diskrimineringsgrund	30
3.3.2 Mål C-303/06 Coleman	32
3.3.2.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	32

3.3.2.2	Direktivet är tillämpligt då funktionshinder föreligger	32
3.3.2.3	Ett solitt jämlikhetsbegrepp	33
3.3.3	Förenade målen C-335/11 och 337/11 Ring och Skouboe Werge	34
3.3.3.1	Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	35
3.3.3.2	Ratificeringen av CRPD	36
3.3.3.3	Gränsdragningen mellan funktionshinder och sjukdom	36
3.3.3.4	Definitionen av funktionshinder föregår bedömningen av lämpliga anpassningsåtgärder	38
3.3.3.5	Något om nedsättningens art och svårighetsgrad	38
3.3.4	Mål C-363/12 Z	39
3.3.4.1	Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	39
3.3.4.2	Tillståndet måste motverka deltagandet i arbetslivet	40
3.3.4.3	Direktivets giltighet mot bakgrund av CRPD	41
3.3.5	Mål 354/13 Kaltoft	41
3.3.5.1	Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna	41
3.3.5.2	En allmän princip om förbud mot diskriminering på grund av fetma	42
3.3.5.3	Fetma som funktionshinder	42
3.3.5.4	Något om funktionshindrets grad samt felaktigt förmodat funktionshinder	44
3.3.5.5	Något om funktionshinder till följd av fetma	44

4 FUNKTIONSNEDSÄTTNING ENLIGT DISKRIMINERINGSLAGEN 45

4.1	Om diskrimineringslagen	45
4.2	Funktionsnedsättning	47
4.2.1	Från funktionshinder till funktionsnedsättning	47
4.2.1.1	”Neutralt beskrivande och inte stigmatiserande”	47
4.2.1.2	Eftersträvandet av en enhetlig terminologi	48
4.2.1.3	AD 2015 nr 57	48
4.2.2	Begreppets innebörd	49
4.2.2.1	Vilka tillstånd omfattas?	49
4.2.2.2	Funktionsnedsättningens omfattning och varaktighet	50
4.2.2.3	Inget krav på funktionsnedsättningens omedelbara närvaro	51
4.2.2.4	Gränsdragningen mellan funktionsnedsättning och sjukdom	51

5 DISKURSEN OM PERSONER MED FUNKTIONSNEDSÄTTNING 53

5.1	Utgångspunkter för analysen	53
5.2	CRPD och dess diskurs	54
5.2.1	Föreställningar	54
5.2.2	Värderingar	54
5.3	Arbetslivsdirektivet och dess diskurs	55
5.3.1	Föreställningar	55
5.3.2	Värderingar	56
5.4	Diskrimineringslagen och dess diskurs	57
5.4.1	Föreställningar	57
5.4.2	Värderingar	58

6 DEFINITIONEN AV FUNKTIONSHINDER OCH FUNKTIONSNEDSÄTTNING 59

6.1	Utgångspunkter för analysen	59
------------	------------------------------------	-----------

6.2 Ett socialt synsätt på funktionshinder	60
6.3 Individuella kriterier	60
6.3.1 Föreliggandet av funktionshinder som förutsättning för tillämplighet	61
6.3.2 Förekomsten av någon begränsning och dess karaktär	62
6.3.3 Funktionshindrets varaktighet	63
6.3.4 Funktionshindrets omedelbara närvaro	64
6.3.5 Fördragsrättsliga gränser i förhållande till nya diskrimineringsgrunder	65
6.3.6 Närmare om gränsdragningen mellan sjukdom och funktionshinder	65
6.4 Sociala faktorer	67
6.4.1 Funktionshinder i förhållande till deltagandet i arbetslivet	68
7 AVSLUTANDE KOMMENTAR	69
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

The main purpose of the essay is to investigate two legal terms defining disability, as found in Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation and in the Swedish Discrimination Act (2008:78). The concept of disability according to the Discrimination Act has to fulfil the provisions set up by the EU. The term "disability" within the EU legal sphere is defined by a number of provisions. This essay aims to investigate whether the Swedish term corresponds with the EU one, or whether it includes a wider range of conditions. The development of the two concepts is also related to the concept of persons with disabilities found in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). In the section of the thesis dealing with this term, selected parts of Anna Bruce's forward-looking analysis of the CRPD's concept is used. A second purpose of the essay is to examine, using a discourse analytical method, how persons with disabilities are portrayed in the legal sources.

Both the EU and Sweden have ratified CRPD, which came into force on 3 May 2008. The CRPD seemingly answers the question of what is meant by the term disability within a human rights perspective and has the potential to play a major role in the development of law and policy worldwide. CRPD represents a social approach towards disability in which disability is derived from the individual's condition in interaction with various barriers imposed by the environment and the context in which the individual is found.

The EU concept of disability has been developed by case law from the Court of Justice of the European Union (CJEU). Today, the definition includes *long lasting conditions caused by physical, mental or psychological impairments that limit the person concerned in professional life*. Neither disease nor obesity is to be considered independent grounds prohibiting discrimination but a condition caused by disease or obesity can, given that it meets the above-described criteria, constitute a disability. The principle of equal treatment requires that the directive is applicable even in a situation where a person affiliated with a person with disability is subjected to discriminatory treatment. Furthermore, the concept of disability according to the Discrimination Act includes disabilities that do not exist in the exact moment when a certain discriminatory action takes place. Under EU law, the legal implications of such conditions are yet unclear.

Both concepts of disability are affected by the CRPD concept. The degree of influence seemingly depends on the extent to which the EU has been granted competence, and the ambition level of Sweden as a state to further anti-discrimination legislation. The CJEU's ruling in joined cases C-335/11 and C-337/11 (Ring and Skouboe Werge) can be viewed as a paradigm shift regarding the view on disability, since the CJEU embraced a social approach to disability. Moreover, also the Discrimination Act represents a social

approach with, inter alia, its use of *lack of availability* as a discriminatory ground.

The majority of the cases before the CJEU have dealt with whether an individual's condition corresponds to the criteria set for discrimination. In the light of the CJEU's embrace of the social approach to disability, the court's view of what could constitute a restriction in relation to a person's participation in professional life in case C-363/12 (Z) could be criticized.

Based on the assumption that choice of words and linguistic depiction influences how persons with disabilities are perceived, the essay examines the legal discourse and/or the considerations made concerning the character of the discourse. The concept of compulsory able-bodiedness, viewed as a social norm, underlies the examination of whether the discourse implies that society can be divided into "able-bodied" and "other" (people). The essay also examines in what words people with disabilities are described and seeks to clarify whether these words may create or maintain a negative portrait of persons with disabilities. During the negotiations preceding the CRPD wordings that were considered to present a negative image of people with disabilities were dismissed. The word for disability in the Discrimination Act was recently amended. This amendment, being solely linguistic, indicates that the Swedish legislator has given the discourse some attention. The importance of the legal discourse seems not to have been taken into much consideration by the EU, as represented by the CJEU and the opinions of the advocates general.

Sammanfattning

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november om inrättande av en allmän ram för likabehandling, det så kallade arbetslivsdirektivet, syftar till att bekämpa diskriminering i arbetslivet bl.a. på grunden funktionshinder. Arbetslivsdirektivet har till stor del införlivats svensk rätt genom diskrimineringslagen (2008:567). I januari 2015 gjordes för diskrimineringslagens vidkommande en språklig ändring, begreppet funktionshinder ändrades till funktionsnedsättning.

Uppsatsens huvudsakliga syfte är att utreda vad som fordras för att en person ska omfattas av respektive begrepp. Diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning måste med anledning av Sveriges unionsrättsliga åtaganden minst motsvara begreppet funktionshinder varför uppsatsen undersöker om det svenska begreppet går utöver arbetslivsdirektivets begrepp. Ytterligare ett syfte är att med ett diskursanalytiskt angreppssätt undersöka hur det talas om personer med funktionsnedsättning i det rättsliga materialet. Begreppsutvecklingen samt den diskursiva praktiken ställs även i relation till definitionen av personer med funktionsnedsättning vilken återfinns i FN: s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD). Här används valda delar av Anna Bruces framåtsyftande analys av CRPD: s begrepp.

Såväl EU som Sverige har ratificerat CRPD vilken trädde i kraft den 3 maj 2008. CRPD torde besvara frågan vad som menas med funktionsnedsättning i ett mänskliga rättigheter-perspektiv och har potential att spela stor roll för rättsutvecklingen världen över. CRPD representerar ett socialt synsätt på funktionsnedsättning enligt vilket funktionsnedsättningen härrör från individens tillstånd i samspel med olika hinder som uppställs av den omgivning och kontext i vilken individen befinner sig.

Innebörden av begreppet funktionshinder har utvecklats i EU-domstolens praxis. Definitionen innefattar idag *varaktiga tillstånd orsakade av fysiska, psykiska eller mentala skador som medför en begränsning i förhållande till en persons deltagande i arbetslivet*. Varken sjukdom eller fetma utgör självständiga diskrimineringsgrunder men tillstånd som orsakas av sjukdomen respektive fetman kan, givet att de uppfyller ovan nämnda kriterier, utgöra funktionshinder. Principen om likabehandling kräver att direktivet äger tillämplighet även i den situation där en person som har anknytning till en person med funktionshinder utsätts för diskriminerande behandling. Diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning omfattar dessutom funktionsnedsättningar som inte föreligger just i det ögonblick då viss diskriminerande handling äger rum. Rättsläget för sådana tillstånd är för arbetslivsdirektivets vidkommande ännu är att se som oklart.

Utformningen av såväl begreppet funktionshinder som begreppet funktionsnedsättning påverkas av CRPD: s begrepp men graden av påverkan

synes bero av vilka befogenheter EU tilldelats samt vilka ambitioner Sverige som stat har beträffande diskrimineringsrättsligt skydd för personer med funktionsnedsättning. Sedan EU-domstolens avgörande i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge) representerar arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder ett socialt synsätt på funktionshinder. För diskrimineringslagens vidkommande infördes den 1 januari 2015 diskrimineringsgrunden bristande tillgänglighet, vilken är att se som en transformation av CRPD och dess sociala synsätt på funktionsnedsättning. Majoriteten av EU-domstolens avgöranden har behandlat huruvida individens tillstånd motsvarar de kriterier som definitionen uppställer. Mot bakgrund av EU-domstolens anammande av det sociala synsättet på funktionshinder skulle domstolens syn på vad som kan utgöra en begränsning i förhållande till en persons deltagande i arbetslivet i mål C-363/12 (Z) kunna kritiseras.

Utifrån antagandet att ordval och språklig framställning har betydelse för hur personer med funktionsnedsättning uppfattas undersöker uppsatsen den rättsliga diskursen och/eller de överväganden som gjorts beträffande diskursens karaktär. Utifrån problematiserande av en samhällelig norm om funktionsfullkomlighet har ett begrepp, *föreställningar*, lagts till grund för att undersöka huruvida diskursen implicerar att samhället kan indelas i ”funktionsfullkomliga” och ”andra” (personer). Vidare har utifrån ett andra begrepp, *värderingar*, studerats i vilka ordalag personer med funktionsnedsättning beskrivs. Vid förhandlingarna som ledde fram till antagandet av CRPD avfärdades ord som ansågs inge en negativ bild av personer med funktionsnedsättning. Även Sverige synes, bl.a. utifrån begreppsändringen, medveten om diskursens betydelse. Vid tillämpningen av direktivet, representerat av EU-domstolens domar samt förslag till avgöranden, synes den rättsliga diskursens betydelse dock föga uppmärksammas eller iakttagen.

Förord

Första gången jag, något förvirrad, steg av tåget i Lund synes mig i skrivande stund långt borta. Numera finns det knappast ett gathörn eller någon plats här som inte färgats av minnen eller små anekdoter. Till alla vänner för att ni på olika sätt fått Lund att kännas som hemma. Tack vare er har jag lärt mig så mycket och haft väldigt, väldigt roligt. Ni är fantastiska!

Ett särskilt tack för värdefulla synpunkter och givande diskussioner under skrivandets gång riktas till min handledare Ann Numhauser-Henning.

Jag vill även tacka dig Mamma, för tålmodigt korrekturläsande men framförallt för att du alltid har funnits där, varit självklar.

Tack Ida, för alla samtal om livet, kärleken och... juridiken!

Tack Filip, för promenaderna, vad som hände sen och det som kommer hända. Jag ser framemot allt!

Lund, 6 januari 2016

Mathilda Mossling

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities/ Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
EU	Europeiska unionen
EUD	EU-domstolen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
WHO	World Health Organization/ Världshälsoorganisationen

1 Inledning

Z är en irländsk kvinna som lider av en sällsynt åkomma. Hon har friska äggledare och är fertil, men saknar livmoder och kan därför inte få barn på sedvanlig väg. Z och hennes make anlidade därför en kalifornisk byrå för surrogatmödraskap. Enligt kalifornisk lag betraktades paret som barnets föräldrar. Surrogatmödraskap var vid tidpunkten inte reglerat i irländsk lag, och inte heller i Z: s anställningsavtal. Däremot hade hon, enligt avtalet, rätt till betald mammaledighet och adoptionsledighet. Z ansökte om ledighet likvärdig med adoptionsledighet. Hennes ansökan avslogs med motiveringen att hon inte uppfyllde villkoren för varken mammaledighet, då hon inte varit gravid, eller adoptionsledighet, då hon betraktades som barnets biologiska mamma. Kunde Z: s tillstånd anses utgöra funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening? Det var en fråga som EU-domstolen tog ställning till år 2014.¹

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november om inrättande av en allmän ram för likabehandling² syftar enligt art. 1 till att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av bland annat *funktionshinder* för att principen om likabehandling ska kunna genomföras i medlemsländerna. Arbetslivsdirektivet har till stor del införlivats med svensk rätt genom diskrimineringslagen (2008:567).³ I diskrimineringslagen används sedan den 1 januari 2015 begreppet *funktionsnedsättning*.⁴

Fallet Z väckte mitt intresse för vad som fordras för att en persons tillstånd ska anses omfattas av begreppet funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening och det är således en fråga som jag söker svaret på i denna uppsats. Ytterligare ett intresse för uppsatsen är den svenska begreppsändringen, från funktionshinder till funktionsnedsättning. Hur motiverades denna ändring och har vilket av dessa begrepp som används någon betydelse?

I uppsatsen undersöks det EU-rättsliga begreppet funktionshinder vilket definierats närmare i EU-domstolens praxis. Som utgångspunkt antas att diskrimineringslagen möter EU-rättens krav varför uppsatsen undersöker om diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning på något vis går utöver vad som menas med funktionshinder i direktivets mening. Då såväl EU som Sverige har ratificerat FN: s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning belyses utvecklingen av begreppen mot bakgrund av delar av Anna Bruces analys av konventionens grepp på *persons with disabilities - personer med funktionsnedsättning*.⁵ Slutligen sätts den svenska begreppsändringen under lupp, vilket bl.a. aktualiserar en

¹ Mål C-363/12 (Z).

² Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november om inrättande av en allmän ram för likabehandling. I det följande arbetslivsdirektivet eller direktivet.

³ Prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s. 1f.

⁴ Prop. 2013/14:198 *Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering*, s. 2.

⁵ Bruce, Anna: *Which Entitlements and for Whom? The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Ideological Antecedents*, 2014.

granskning av den rättsliga diskursen om personer med funktionsnedsättning.

1.1 Syfte och frågeställning

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att utreda vad som fordras för att en persons tillstånd ska omfattas av arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder respektive diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning. Ytterligare ett syfte är att, med ett diskursanalytiskt angreppssätt, undersöka hur det talas om personer med funktionsnedsättning i det rättsliga materialet. Följande frågeställningar ska besvaras:

- Vilka kriterier måste vara uppfyllda för att en persons tillstånd ska omfattas av arbetslivsdirektivets definition av funktionshinder?
- Går diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning utöver arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder?
- Hur kan begreppens utveckling förklaras mot bakgrund av FN: s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och särskilt de antaganden som görs av Bruce?
- Vilka föreställningar och värderingar kan den rättsliga diskursen om personer med funktionsnedsättning implicera?

1.2 Metod och material

Med kort tid kvar av min studietid på juristprogrammet kan jag konstatera att det juridiska arbetssättet, med vilket rättsliga problem i regel angrips, faller sig naturligt. Att kunskaper som ”sitter i ryggraden” kan vara svårdefinierade är allmänt känt. Att så i högsta grad är fallet när det kommer till den rättsdogmatiska metoden framhålls av bl.a. Claes Sandgren.⁶ I det följande är min ambition att sätta fingret på vad jag egentligen har lärt mig under de senaste åren samt vilka behållningar och brister jag anser att den rättsdogmatiska metoden har i förhållande till genomförandet av uppsatsen.

1.2.1 Något om rättsdogmatisk metod

Rättsdogmatikens uppgift är enligt Lena Olsen att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt. Olsen menar att forskningsuppgiften synes vara att i möjligaste mån besvara domarens frågor om rättens innehåll vilket gör det nödvändigt att huvudsakligen anamma densammes arbetssätt. Målet är att åstadkomma en auktoritativ utsaga om *gällande rätt*.⁷ Mer konkret utgår den

⁶ Sandgren, Claes: *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, 2005.

⁷ Olsen, Lena: *Rättsvetenskapliga perspektiv*, 2004, s. 111f.

rättsdogmatiska metoden från rättskälleläran vilket innebär att det material som ligger till grund för undersökningen är lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin i nu nämnda ordning. Med hjälp av rättskällorna rekonstrueras rättssystemet och tillämparen kan därmed uttala sig om vad som är gällande rätt.⁸ Det faktum att behärskandet av rättskälleläran utgör metodens kärna innebär att metoden i princip underordnas materialet då olika typer av material ska tolkas och användas på olika sätt.⁹ Av det sagda följer att metod och material i en rättsdogmatisk framställning, såsom denna, är intimt sammankopplade varför jag väljer att behandla metod och material i samma avsnitt.

Ovanstående beskrivning av rättskälleläran utgår från svenska rättsförhållanden och är därför relevant för undersökningen av diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning. Således kommer jag att utgå från legaldefinitionen (1 kap 5 § p. 4 diskrimineringslagen), förarbetsuttalanden, viss praxis från Arbetsdomstolen samt doktrin. Här ska särskilt nämnas Fransson & Stübers lagkommentar.¹⁰ Även Richard Sahlins *Diskrimineringskydd & rättigheter*¹¹, vilken bl.a. redogör för framväxten av begreppet funktionshinder på ett pedagogiskt och tankeväckande vis, har varit av stor behållning.¹² I övrigt kan sägas att de flesta framställningar fokuserar på det materiella skyddet snarare än under vilka förutsättningar en person kan komma i åtnjutande av det, men att de likväl varit användbara för den övergripande förståelsen av ämnet.¹³

1.2.2 Något om EU-rätten

Det faktum att materialet överordnas metoden innebär att rättskälleläran för EU-rättens vidkommande måste konstrueras utifrån hur EU:s rättssystem är uppbyggt. I det följande redogörs kort för centrala delar av EU-rättens uppbyggnad. Förhållandet mellan fördragen, den allmänna principen om likabehandling och sekundärrätten (i form av arbetslivsdirektivet) utvecklas, med anledning av de rättsfrågor som aktualiseras i målen C-13/05 (Chacón Navas) och C-354/13 (Kaltoft), i uppsatsens tredje kapitel.

Till EU:s bindande rättskällor hör bland annat unionens primärrätt, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, bindande sekundärrätt inklusive

⁸ Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2007, s. 36ff.

⁹ Sandgren, 2007, s. 45f.

¹⁰ Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard: *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2015.

¹¹ Boken är skriven före begreppsändringen 2015.

¹² Sahlins, Richard: *Diskrimineringskydd & rättigheter – en introduktion i handikappjuridik*, 2007.

¹³ Se bl.a. Swanstein, Filippa och Henrikz, Karin: *Diskrimineringslagen – från princip till praktik*, 2014; Inghammar, Andreas: *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, 2007.

EU-domstolens praxis och internationella avtal. Generaladvokaternas förslag till avgöranden är däremot inte bindande utan endast vägledande.¹⁴ Till primärrätten räknas framförallt fördragen¹⁵, EU:s stadga om grundläggande rättigheter samt de allmänna rättsprinciperna. Fördragen skapas genom enhälligt beslut av medlemsländerna och ska godkännas av samtliga medlemsländer i enlighet med respektive lands konstitutionella bestämmelser. Det faktum att medlemsländerna, genom primärrätten, skapat unionen får till följd att den tillerkänns betydande politisk såväl som demokratisk legitimitet. Av detta följer att den överordnade rättskällan inom unionsrätten utgörs av fördragen. De rättsakter som kan utfärdas med stöd av fördragsbestämmelserna utgör unionens sekundärrätt. Till den bindande sekundärrätten räknas huvudsakligen förordningar, direktiv samt, som vi sett, även EU-domstolens praxis.¹⁶ Förordningar äger från och med ikraftträdande allmän giltighet i alla medlemsstater medan direktiv som huvudregel måste implementeras i medlemsländernas lagstiftning för att kunna tillämpas.¹⁷

EU-domstolens rättspraxis har kommit att bli både omfattande och betydelsefull. En anledning till detta är, enligt Hettne & Otken Eriksson, att den utgör långt mer än ett komplement till skriven rätt då den skrivna EU-rätten ofta är sparsmakat och vagt formulerad.¹⁸ EU-domstolen tillämpar i regel en teleologisk eller ändamålsinriktad lagtolkningsmetod. Metoden fyller, enligt författarparet, tre syften: Att främja det syfte som eftersträvas med viss bestämmelse, att motverka orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning samt att fylla luckor som annars skulle finnas i EU-rätten.¹⁹

Jag använder mig i uppsatsen av relevanta bestämmelser ur Lissabonfördraget, arbetslivsdirektivet samt de rättsfall, fem till antalet, som bidragit till att definiera begreppet funktionshinder i direktivets mening: mål C-13/05 (Chacón Navas), mål C-303/06 (Coleman), förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge), mål C-363/12 (Z) samt mål C-354/13 (Kaltoft). Jag använder mig också av generaladvokaternas förslag till avgöranden. I förslagen utvecklas i många fall de resonemang som ligger till grund för domstolens avgöranden. Genom en jämförelse mellan domarna och förslagen kan vidare vissa slutsatser dras – ett resonemang som förs eller en fråga som berörs av generaladvokaten men som inte tas upp i domstolens avgörande kan således ses som något domstolen väljer att inte ta ställning till. Rättsläget kan därmed beskrivas som öppet eller oklart.

¹⁴ Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida: *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2011, s. 40.

¹⁵ Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁶ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 42f.

¹⁷ Craigh, Paul och De Búrca, Gráinne: *EU-Law: Text, Cases and Materials*, 2015, s.107f.

¹⁸ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 49.

¹⁹ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 168.

1.2.3 Rättsdogmatikens gränser

Rättsvetarna Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson konstaterar att rättsdogmatiken lämnar litet utrymme att ifrågasätta rättens innehåll. Det dogmatiska ligger nämligen i att själva studieobjektet - rätten, tas för givet.²⁰ Denna uppsats syfte är dels att bringa klarhet i vad som avses med begreppen funktionshinder och funktionsnedsättning. Den rättsdogmatiska metoden synes lämplig för att uppnå detta syfte. Jag kommer med andra ord inte att ifrågasätta rättens själva innehåll i någon nämnvärd utsträckning. Jag ansluter mig således till bl.a. Jens Rydströms synsätt.²¹ Han betraktar diskrimineringslagstiftningen som ett uttryck för att samhället alltmer uppmärksammar och beivrar ojämlikhet och diskriminering mot olika slags avvikelser från normen.²² Om Rydströms betraktelse utgår från de värderingar lagstiftningen som sådan kan anses ge uttryck för eller om han syftar på den faktiska tillämpningen och de värderingar som kommer till uttryck där förtäljer i och för sig inte historien. Gunnarsson & Svensson gör vidare en åtskillnad mellan kunskap *i* rätten och kunskap *om* rätten. Medan kunskap *i* rätten typiskt sett handlar om iaktta ett rättsdogmatiskt förhållningssätt kan kunskap *om* rätten innebära att rätten belyses i ett samhällsvetenskapligt perspektiv. Någonting som kunskap *om* rätten möjliggör är just kritiska analyser beträffande vilka värden rättstillämpningen ger uttryck för.²³ Ett sådant angreppssätt kan bl.a. vara det diskursanalytiska.²⁴

1.2.4 Något om diskursanalys

Jag har utifrån det rättsliga materialet funderat kring hur det där talas om personer med funktionsnedsättning samt hur denna *subtila diskurs* kan relateras till *normen om funktionsfullkomlighet*. Nedan följer en kort redogörelse för det diskursanalytiska fältets utgångspunkter samt normen om funktionsfullkomlighet.²⁵

Diskursanalyser bygger på en socialkonstruktionistisk kunskapssyn vars grundantagande är att verkligheten inte kan uppfattas i objektiv bemärkelse utan istället, med språket som verktyg, konstrueras av människor i en viss situation eller kontext. Språket utgör med andra ord en förutsättning för att

²⁰ Gunnarsson, Åsa och Svensson, Eva-Maria: *Genusrättsvetenskap*, 2012, s. 91ff.

²¹ Jens Rydström är professor i genusvetenskap vid Lunds universitet och forskar bl.a. om sexualitet och funktionshinder.

²² Rydström, Jens: *Cripteori om sex och funktionshinder*, 2009, s. 24.

²³ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 94ff.

²⁴ Diskursanalys har främst använts för genusforskning inom rättsvetenskapen. Se bl.a. Andersson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004; Burman, Monica: *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, 2007.

²⁵ Jag vill dock understryka att detta avsnitt endast är tänkt som ett komplement till den rättsdogmatiska metoden, med ambition att sätta rätten i visst perspektiv. De utgångspunkter som presenteras gör därmed inte anspråk på att redogöra heltäckande för varken det diskursanalytiska fältet eller de teoretiska perspektiv som särskilt synliggör normen om funktionsfullkomlighet.

verkligheten ska bli begriplig för oss och vad vi tar för verkligt eller sant beror i sin tur av situation och kontext. För att blottlägga dessa sociala konstruktioner krävs först och främst att en *kritisk inställning iakttas i förhållande till "självtklar" kunskap*. För det andra fordras *insikt om att all förståelse är specifik och relativ i förhållande till historisk och kulturell kontext*. För det tredje måste antas att *kunskap inte är ett resultat av objektiv observation utan skapas och förmedlas genom sociala processer*. För det fjärde förmodas att *kunskap och social handling går hand i hand* så till vida att en konstruktion av verkligheten innehåller mönster av social handling samtidigt som den utesluter andra, alternativa sätt att handla.²⁶

Med begreppet diskurs avses att vi, med hjälp av språket, skapar representationer av verkligheten som också bidrar till att skapa verkligheten i dess sociala betydelse. En diskurs refererar till "delade sfärer av kommunikation och karaktäristiken av en sådan sfär." Av det sagda följer att man kan prata om en feministisk diskurs, en medicinsk diskurs, en *rättslig* diskurs m.m. En viss diskurs utgör ett enhetligt uttryck som bidrar till att skapa *sociala identiteter, relationer mellan människor och kunskapsystem*. Diskursen utgör således referensram för en viss fråga, vid en viss tidpunkt och i ett visst institutionellt sammanhang men behöver inte för den sakens skull utgöra en del av en sammanhängande eller samstämmig helhet.²⁷ Med hjälp av diskursanalys kan observationer göras om vilka diskurser som finns och hur de används. Diskursanalys används inom flertalet discipliner och metoden är varken att se som enhetlig eller fixerad. En förutsättning är dock att teori och metod är sammanvävda till en helhet.²⁸

För rättsvetenskapens vidkommande kan diskursanalys bl.a. användas för att synliggöra hur ett visst socialt fenomen beskrivs i en rättslig kontext. Detta synsätt bygger i grunden på att diskurser är ett medel genom vilket makt kan utövas. Diskurser sätter nämligen ramar för vad som är möjligt att tänka, säga och göra.²⁹ Detta brukar benämnas som diskursens *ideologiska effekter*. Dominanta diskurser, såsom en rättslig, kan med detta synsätt vare sig det sker i enlighet med en medveten strategi eller oflekterat komma att befästa olika former av social ojämlikhet. Den kritiska diskursanalysen tar sig här an uppgiften att söka avtäckta den diskursiva praktikens roll i upprätthållandet av den sociala värld, inbegripet de sociala relationer, som leder till ojämlika maktförhållanden. Syftet är att bidra till social förändring genom att åstadkomma mer jämlika maktförhållanden i kommunikationsprocesserna och i samhället i stort.³⁰

Diskursanalytiska studier av rätten intresserar sig således inte för frågan vad som är gällande rätt utan koncentrerar sig istället på *vad* som sägs i diskursen, *hur* det sägs samt *vilka konsekvenser* utsagorna för med sig. I

²⁶ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 173f.

²⁷ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 174f; Winther Jørgensen, Marianne och Phillips, Louise: *Diskursanalys som teori och metod*, 2000, s. 72f.

²⁸ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 174.

²⁹ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 175f.

³⁰ Winther Jørgensen & Phillips, 2000, s. 69.

motsats till framställningar som koncentreras kring gällande rätt i sedvanlig mening, vilka i regel använder sig av material som omfattas av rättskällevärdet kan en diskursanalys bl.a. innefatta texter som underrättspraxis, akter och förundersökningsmaterial.³¹

1.2.4.1 "Funktionsfullkomliga" och... andra?

"Able-bodiedness, even more than heterosexuality, still largely masquerades as a nonidentity, as the natural order of things."³²

Robert McRuer

Det svenska samhället är, liksom andra demokratiska samhällen karaktäriserade av marknadsekonomi, till uppbyggnad och organisation anpassat efter hur de flesta individerna är, eller i vart fall verkar vara. Detta har sin förklaring i att samhällena är uppbyggda kring gemensamma regelsystem, vilka syftar till att möjliggöra samexistensen av en mångfald fria individer. En oundviklig följd blir att systemet endast tolererar en viss mängd individuella varianter. Systemet utgår enligt Rosemarie Garland-Thomson från abstraktionen av *the normate – normaten*, vilken av Susanne Berg och Lars Grönvik benämns som *gemene man*. Författarna beskriver *gemene man* som den idealiserade individ som medborgarna förväntas leva upp till. *Gemene man* utgör med andra ord normen och hen (eller han?) är bl.a. funktionsfullkomlig.³³

Normen om funktionsfullkomlighet, *compulsory able-bodiedness*, menar Robert McRuer, genomsyrar samhället till den grad att den tas för given. McRuer menar att fenomenet, invävt till osynlighet i själva samhällssystemet, i sig synliggör eller rent av producerar *disability* (som i funktionshinder eller funktionsnedsättning).³⁴

Jag anser att Richard Sahlin ger uttryck för ett realistiskt synsätt då han framhåller att någon form av synliggörande behövs för att vissa personer med funktionsnedsättning ska kunna komma i åtnjutande av vissa sociala rättigheter och således bli delaktiga och jämlika i samhället.³⁵ Vad jag avser belysa är *hur* synliggörandet kommer till uttryck i de rättsliga framställningar som behandlas inom ramen för uppsatsen. Mot bakgrund av de diskursanalytiska utgångspunkterna som redogjorts för ovan avser jag

³¹ Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 176. För en redogörelse för gällande rätt i sedvanlig respektive *faktisk* mening hänvisas till Sandgren, Claes: *Om empiri och rättsvetenskap. Del I*, 1995-96.

³² McRuer, Robert: *Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability*, 2006, s. 1.

³³ Berg, Susanne och Grönvik, Lars: *Crip theory – en preliminär positionering*, 2007, s. 3, seminarieunderlag inför en introduktion till Crip Theory, tillgänglig via http://www.su.se/polopoly_fs/1.39088.1320403027!/CripTheory_enintroduktion.pdf (senast hämtad 2015-12-01).

Diskrimineringsombudsmannen: *Mötas av hinder: En analys av upplevelser av diskriminering som har samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning*, 2014, s. 11.

³⁴ McRuer, Robert, 2006, s. 1ff.

³⁵ Sahlin, 2007, s. 22.

därför undersöka vad som sägs, hur det sägs och vilka konsekvenser dessa utsagor kan få:

- I vilken utsträckning beskrivs i de rättsliga texterna funktionsnedsättningen som en egenskap hos personen?
- Med vilka ordalag beskrivs personer med funktionsnedsättningar i de rättsliga texterna?
- Kan de rättsliga texterna tänkas bidra till en negativ syn på personer med funktionsnedsättning eller ett upprätthållande av normen av funktionsfullkomlighet som går utöver vad som krävs för att säkerställa att vissa personer med funktionsnedsättningar kan komma i åtnjutande av, bl.a., sina sociala rättigheter?

1.3 Terminologi

Uppsatsen behandlar den rättsliga innebörden av begreppet funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening respektive begreppet funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Av det sagda följer att en potentiell källa till förvirring, såväl för uppsatsens vidkommande som i största allmänhet, är att olika ord används för att beteckna i stort sett samma företeelse. Begreppet funktionsnedsättning förekommer dessutom även i den svenska översättningen av FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. För tydlighetens skull ska därför understrykas att begreppet funktionshinder avser arbetslivsdirektivet och att begreppet funktionsnedsättning avser diskrimineringslagen samt FN-konventionen. Fram till den 1 januari 2015 användes, som vi sett, begreppet funktionshinder även i diskrimineringslagen. I avsnittet som redogör för framväxten av begreppet funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening används därför i enstaka fall uttrycket funktionshinder.

Jag kommer i egen text att använda mig av begreppet funktionsnedsättning då jag, under arbetet med uppsatsen, kommit att anse att begreppet är mest lämpligt för att beskriva individuella tillstånd som avviker från någon norm om funktionstillstånd. Jag kommer vidare att tillämpa ett personens förstperspektiv vilket innebär att en funktionsnedsättning är någonting som en person *har* och inte någonting som en person *är*. En funktionsnedsättning är enligt detta synsätt inte att se som en personlig egenskap.³⁶ I de fall en funktionsnedsättning i denna framställning uppfattas som en egenskap är det fråga om citat från de rättsliga texter som behandlas.

1.4 Avgränsningar

Denna uppsats koncentreras kring två rättsliga begrepp, funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening och funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Det är min åsikt att begreppen förklaras bäst

³⁶ Se bl.a. Sahlin, 2007, 22f.

mot bakgrund av sitt sammanhang varför framställningen innefattar, om än korta, redogörelser för arbetslivsdirektivet och diskrimineringslagen. Det ska understrykas att dessa redogörelser på intet sätt gör anspråk på att vara heltäckande. Det är ändå min förhoppning att denna bakgrund bidrar till ökad förståelse om *varför* begreppsdefinitionen som sådan spelar roll – *vilket skydd* står så att säga på spel? Inte heller görs någon utförligare redogörelse för konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Framställningen koncentreras istället särskilt kring vilken betydelse konventionens definition av personer med funktionsnedsättning har haft för arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder och diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning.

Det finns i huvudsak två synsätt när det kommer till att förklara funktionstillstånd som avviker från någon norm. Den medicinska modellen fokuserar i regel på individens tillstånd samt hur detta begränsar personen i förhållande till sin omgivning. Den sociala modellen tar, utöver personens kroppsliga tillstånd, faktorer såsom otillgänglig miljö och begränsande attityder, hänförliga till samhället, i beaktande. Som vi kommer att se utgår lagstiftningen från någon av dessa modeller. Jag finner att respektive synsätt kommer väl till uttryck i det rättsliga materialet varför uppsatsen inte innehåller separata redogörelser för synsätten som sådana.

1.5 Disposition

I ett inledande kapitel introduceras ämnet och övriga utgångspunkter för framställningen. Därefter följer ett kapitel om FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Fokus läggs på definitionen av personer med funktionsnedsättning i konventionens mening. I denna del använder jag mig av valda delar av Anna Bruces analys av begreppet. Avhandlingen är skriven på engelska. Då denna uppsats är skriven på svenska har jag funnit det lämpligt att översätta Bruces text. Den svenska texten i uppsatsens andra kapitel är således, med undantag för citat, genomgående min översättning. I uppsatsens tredje kapitel redogörs för arbetslivsdirektivet och framväxten av begreppet funktionshinder. Här läggs tyngdpunkten på de fem rättsfall, inklusive förslagen till avgörande, som bidragit till att klargöra begreppets innebörd. Det fjärde kapitlet behandlar diskrimineringslagen och begreppet funktionsnedsättning. Här undersöks särskilt begreppsändringen från funktionshinder till funktionsnedsättning.

I uppsatsens femte kapitel analyseras det rättsliga material som tidigare presenterats med ett diskursanalytiskt angreppssätt i syfte att avtäcka föreställningar och värderingar om personer med funktionsnedsättning i materialet. I uppsatsens sjätte kapitel presenterar och diskuterar jag slutsatser som, med ett rättsdogmatiska angreppssätt, kan dras avseende begreppen funktionshinder och funktionsnedsättning. Kapitlet är indelat i olika avsnitt där olika aspekter och kriterier diskuteras var för sig. Uppsatsen avslutas med ett kapitel som övergripande sammanfattar

begreppen till innebörd och utveckling. Här diskuteras slutligen den rättsliga diskursen i vilken begreppen figurerar.

2 Funktionsnedsättning enligt FN-konventionen

2.1 FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Det internationella arbetet för mänskliga rättigheter tar avstamp i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna i vilken de grundläggande mänskliga rättigheterna definieras.³⁷ I art. 1 anges att alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. I art. 2 anges att alla, utan åtskillnad av något slag, är berättigade till de fri- och rättigheter som uttalas i förklaringen.³⁸ Artikeln understryker alla människors lika värde utifrån principen om icke-diskriminering. Förklaringen ligger alltså till grund för FN:s allmänna konventioner om mänskliga rättigheter³⁹ och utgör vidare utgångspunkt för de specialkonventioner som upprättats för grupper som anses särskilt skyddsvärda. Diskrimineringsförbudet finns inskrivet i samtliga människorättskonventioner och har, genom specialkonventionerna, tillskrivits explicit utrymme.⁴⁰

Bland specialkonventionerna återfinns The Convention on the Rights of Persons with Disabilities.⁴¹ Konventionen samt ett fakultativt protokoll, innebärandes att enskilda grupper eller personer har möjlighet att klaga till en övervakningskommitté om de anser sina rättigheter kränkta, antogs, efter fem års förhandlingar, av FN:s generalförsamling den 13 december 2006. Konventionen trädde i kraft den 3 maj 2008. CRPD skapar inte några nya rättigheter utan syftar till att undanröja hinder för personer med funktionsnedsättning att komma i åtnjutande av sina mänskliga rättigheter.⁴² EU och Sverige har tillsammans med ett stort antal stater ratificerat konventionen.⁴³

³⁷ Prop. 2008/09:28 *Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning*, s. 7.

³⁸ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, 1948.

³⁹ Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966, och Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, 1966.

⁴⁰ Swanstein & Henrikz, 2014, s. 16f.

⁴¹ I det följande CRPD eller konventionen.

⁴² Ds 2008:23 *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*, s. 18; Bruce, 2014, s. 141.

⁴³ Rådets beslut av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (2010/48/EG); SÖ 2008:26 Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning New York den 13 december 2006, s. 1.

2.2 Begreppet funktionsnedsättning

I ingressens skäl (e) anges att konventionsstaterna erkänner att:

”... disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,”

”... ”funktionsnedsättning” och ”funktionshinder” är begrepp under utveckling och att funktionshinder härrör från samspel mellan personer med funktionsnedsättningar och hinder som är betingade av attityder och miljön, vilka motverkar deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra,”

I art. 1 anges konventionens syfte:

”... att främja, skydda och säkerställa det fulla och lika åtnjutandet av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla personer med funktionsnedsättning och att främja respekten för deras inneboende värde.”

Vidare anges att:

”Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.”

”Personer med funktionsnedsättning innefattar bl.a. personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra.”

2.2.1 Översättningen av disability och persons with disabilities

Disability ska enligt Oxford Dictionaries förstås som ”A physical or mental condition that limits a person’s movements, senses, or activities”.⁴⁴ CRPD har på svenska översatts till konventionen om rättigheter för personer med *funktionsnedsättning*. Vid översättningen beaktades de definitioner som Socialstyrelsens Terminologiråd beslutat beträffande ett antal termer på det handikappolitiska området. Termerna återfinns i Socialstyrelsens termbank.⁴⁵ Funktionsnedsättning beskriver nedsättning av fysisk, psykisk eller intellektuell funktionsförmåga medan funktionshinder beskriver en begränsning som en funktionsnedsättning innebär för en person i relation till omgivningen.⁴⁶ Som vi ser saknas i det svenska språket ett ord som både

⁴⁴ www.oxforddictionaries.com, sökord ”disability” (senast hämtad den 4 november 2015)

⁴⁵ Socialstyrelsens termbank är en förteckning över begrepp som rekommenderas av Socialstyrelsen efter samråd med bland andra Sveriges kommuner och landsting. Begreppen har analyserats enligt terminologilärans metoder och principer. www.socialstyrelsen.iterm.se (senast hämtad den 4 november 2015)

⁴⁶ Prop. 2008/09:28, s. 8; jämför Socialstyrelsens termbank under bokstaven F.

täcker den erfarenhet som härbärgeras av individen i själva dennes kropp och den erfarenhet som individen möter i en viss social kontext.⁴⁷

2.2.2 Which Entitlements and for Whom?

Disability har, enligt Anna Bruce, kommit att bli den term som generellt används när det kommer till att tala om kroppslig funktionsförmåga som på något vis skiljer sig från normen. Det finns olika modeller vilka formulerar olika problem, såsom socialt utanförskap, social ojämlikhet eller problem hänförliga till den kroppsliga eller mentala funktionen hos en individ. Gemensamt för modellerna är att de utifrån, exempelvis, ovan nämnda problemformuleringar definierar disability - funktionshinder/funktionsnedsättning. Bruce placerar i sin avhandling *Which Entitlements and for Whom? The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Ideological Antecedents* CRPD och den process genom vilken konventionen utvecklades i den mångfacetterade och divergerande praktik som handlar om hur funktionshinder/funktionsnedsättning respektive personer med funktionsnedsättning ska förstås och beskrivas. Bruce presenterar fyra modeller, fyra sätt att formulera funktionshinder/funktionsnedsättning: International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)⁴⁸, The Social Model of Disability⁴⁹, International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)⁵⁰ samt The Minority Group Model of Disability⁵¹. Bruce motiverar valet av dessa modeller med att de har eller har haft störst betydelse när det kommer till att förstå funktionshinder/funktionsnedsättning samt utforma rättigheter hänförliga till funktionshinder/funktionsnedsättning på ett internationellt plan.⁵² ICIDH: s definition fokuserar främst på de medicinska eller individuella faktorerna medan övriga modeller även fäster mer eller mindre vikt vid personliga respektive sociala faktorer eller hinder vilka uppställs av samhället när det kommer till att definiera funktionshinder/funktionsnedsättning.⁵³

Antagandet av CRPD, menar Bruce, får förmodas besvara frågan vad funktionshinder/funktionsnedsättning egentligen är i ett mänskliga rättigheter-perspektiv. Bruce framhåller att den förståelse av funktionshinder/funktionsnedsättning som kommer till uttryck i CRPD kan komma att spela stor roll för rättsutvecklingen såväl som för policyskapande, världen över.⁵⁴ Utifrån denna uppsats bakomliggande syften, definitionen av funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening

⁴⁷ Ds 2010:20, *Bortom fagert tal – om bristande tillgänglighet som diskriminering*, s. 51; Shakespeare, Tom: *Disability Rights and Wrongs*, 2006, s. 25.

⁴⁸ Bruce, 2014, s. 27ff.

⁴⁹ Bruce, 2014, s. 47ff.

⁵⁰ Bruce, 2014, s. 93ff.

⁵¹ Bruce, 2014, s. 113ff.

⁵² Bruce, 2014, s. 13ff.

⁵³ För redogörelser för modellerna hänvisas till Bruce, 2014. För intressanta perspektiv rörande ett utpräglat socialt synsätt på funktionshinder/funktionsnedsättning hänvisas till Shakespeare, 2006.

⁵⁴ Bruce, 2014, s. 15, 137.

respektive funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening samt utforskande av diskursen om personer med funktionsnedsättning har två aspekter som berörs av Bruce valts ut. Den första aspekten kan sägas vara framåtsyftande i den meningen att Bruce, mot bakgrund CRPD: s definition av personer med funktionsnedsättning, gör antaganden om definitionens funktionalitet i praktiken. Den andra aspekten handlar om vilka överväganden som gjordes vid förhandlingarna beträffande faktum att utarbetandet av någon form av definition (i detta fall av personer med funktionsnedsättning) alltid får följden att det definierade på något vis porträtteras även i ett större sammanhang. Med andra ord, vilket porträtt ansågs eftersträvandesvärt?

2.2.2.1 Individuella och sociala faktorer

CRPD: s definition av personer med funktionsnedsättning innefattar dels individuella faktorer, dels faktorer i form av hinder hänförliga till samhället. Definitionen kan brytas ned till följande kriterier: 1) *fysiska, mentala, intellektuella eller sensoriska*, 2) *funktionsnedsättningar*, 3) *vilka är varaktiga*, 4) *vilka innehas* och 5) *vilka i samspel med olika hinder kan motverka fullt och verkligt deltagande i samhället*.⁵⁵

Det ska tilläggas att definitionen, enligt ordalydelsen, inte ska ses som uttömmande. Samtidigt syftar den, ofrånkomligen, till att dra en linje mellan personer som, med hänvisning till individuella och sociala faktorer, inkluderas respektive exkluderas.⁵⁶

I det följande kommenteras ovan nämnda kriterier var för sig genom korta sammanfattningar av Bruces mer utförliga kommentarer.

1) *Fysiska, mentala, intellektuella eller sensoriska*

Bruce menar definitionens katalog av nedsättningar är relativt kort men hon framhåller samtidigt att den, förutsatt att ett inkluderande förhållningssätt iaktas vid implementeringen, bör kunna täcka många tillstånd.⁵⁷

2) *Funktionsnedsättningar*

Under förhandlingarna föreslogs definitionen inrymma ”funktionsnedsättningar, tillstånd eller sjukdomar”.⁵⁸ Bruce ställer sig av denna anledning frågan vad som gör att någonting kvalificeras som en funktionsnedsättning och huruvida det finns tillstånd och sjukdomar som inte sträcker sig till att vara funktionsnedsättningar. Utelämnandet av tillstånd och sjukdomar kan bl.a. få följden att någonting som i regel betraktas som en funktionsnedsättning, såsom att vara döv eller förlamad, automatiskt uppfyller kriteriet medan en person med ett kroniskt tillstånd,

⁵⁵ Bruce, 2014, s. 303.

⁵⁶ Bruce, 2014, s. 303.

⁵⁷ Bruce, 2014, s. 303ff.

⁵⁸ ”impairments, conditions or illnesses”

som i regel betraktas som en sjukdom, måste visa att symptomen uppfyller kriteriet. Begreppet tillstånd hade vidare kunnat inkludera de personer som inte identifierar sig med begreppet funktionsnedsättning.⁵⁹ Bruce konstaterar vidare att CRPD inte ger något svar på frågan huruvida det krävs någon särskild grad av funktionsnedsättning, en ”tröskel”, för att sådan ska anses föreligga.⁶⁰

3) *Varaktiga funktionsnedsättningar*

Bruce ställer sig frågan hur lång tid funktionsnedsättningen måste föreligga för att klassas som varaktig. Hon konstaterar att funktionsnedsättningen inte måste vara permanent men att den inte heller får vara kortvarig. Var gränsen går i tid är dock oklart, liksom frågan huruvida definitionen omfattar de fall där funktionsnedsättningen är att beskriva som periodvis återkommande.⁶¹

4) *Funktionsnedsättningens omedelbara närvaro*

Enligt ordalydelsen inkluderar definitionen ”personer *med* varaktiga [...] nedsättningar”⁶². Hur är det då med personer med periodvis återkommande funktionsnedsättningar, personer som nyligen haft en funktionsnedsättning, personer som, till följd av genetiska förutsättningar eller med anledning av en diagnos, har att vänta en funktionsnedsättning eller de som felaktigt förmodas ha en funktionsnedsättning? Bruce menar att konventionens kärna är att se omgivningens roll, snarare än funktionsnedsättningen som sådan, som avgörande för negativa konsekvenser. Detta är också utmärkande för de fall där en funktionsnedsättning inte föreligger men där föreställningar om en sådan likväl blir till nackdel för individen. Av förarbetena framgår att många stater var negativa till konventionens omfattande av felaktigt förmodade funktionsnedsättningar varför argumentet ovan torde ha svagare styrka i dessa fall.⁶³

5) *Funktionsnedsättningens samspel med olika hinder kan motverka fullt och verkligt deltagande i samhället*

Den miljörelaterade förutsättningen ”olika hinder” är bred och det är, enligt Bruce, tvivelaktigt att den skulle uppställa några verkliga hinder i fråga om definitionens tillämplighet. CRPD åberopas av en person, vilken givetvis befinner sig i någon form av kontext. Denna kontext innehåller med största sannolikhet någonting som kan klassas som hinder. Förutsättningen att samspelet mellan funktionsnedsättningen och hindret *kan*⁶⁴ resultera i någon form av nackdel för individen torde inte heller uppställa några hinder beträffande definitionens tillämplighet då definitionen, enligt skrivelsen, inte kräver manifesterandet av en reell nackdel för åberopandet av CRPD

⁵⁹ Bruce, 2014, s 305ff.

⁶⁰ Bruce, 2014, s. 307ff.

⁶¹ Bruce, 2014, s. 310f.

⁶² ”those who *have* long-term [...] impairments”

⁶³ Bruce, 2014, 311ff.

⁶⁴ ”may result in”

utan endast att en sådan generellt sett torde kunna uppstå. Det är oklart huruvida skrivelsen betyder att det är troligt eller att det är möjligt att en nackdel uppstår. Slutligen så har ”deltagande i samhället” av CRPD: s övervakningskommitté tolkats som att en medicinsk behandling, i sig inte att klassificera som samhällsdeltagande, fungerar som ett *instrument* för att delta i samhället.⁶⁵

Sammanfattningsvis beror svaret på frågan huruvida en person kan anses vara en person med funktionsnedsättning i CRPD: s mening dels av förekomsten av en funktionsnedsättning, dels av förekomsten av hinder och efterföljande nackdelar för personen i fråga. Enligt Bruce så torde frågan om en person omfattas av definitionen eller inte i slutänden bero av huruvida personens tillstånd kan anses utgöra funktionsnedsättning och inte av de mer sociala faktorerna. Mot bakgrund av vad som redogjorts för ovan menar Bruce att svårigheter bl.a. kan uppkomma när det gäller att visa att visst tillstånd (såsom sjukdom) kan kopplas till funktionsnedsättning, samtida aspekter såsom den medicinska respektive sociala synen på vilka tillstånd som anses vara funktionsnedsättningar, till vilken grad funktionsnedsättningen måste avvika från en (funktionsfullkomlig) norm m.m.⁶⁶

Slutligen beaktar Bruce överlappningen mellan vad funktionsnedsättning/funktionshinder är enligt skäl (e) och vilka personer som har en funktionsnedsättning enligt art. 1. Skäl (e) anger att funktionsnedsättning och funktionshinder är begrepp under utveckling vilket skulle kunna medföra ett den av CRPD omfattade personkretsen skulle kunna bli föremål för en ”wildcard-effekt”. Bruce framhåller att skäl (e), i själva sin natur, är något av ett wildcard då närmare anvisning varken ges beträffande utvecklingens riktning eller vad som ska åsyftas med utvecklingen. Dock bör beaktas att genomslagskraften för en tolkning av skäl (e) torde vara begränsad med hänvisning till att skrivelsen placerats i preambeln.⁶⁷

2.2.2.2 Porträtteringen av personer med funktionsnedsättning

Bruce framhåller att begreppsliggörande av funktionshinder/funktionsnedsättning, ofrånkomligen producerar ett porträtt av vem personen med funktionsnedsättning är. Porträtteringen påverkas inte bara av kontexten i vilken begreppsliggörandet äger rum utan också av språket som används för att beskriva funktionshinder/funktionsnedsättning respektive personen med funktionsnedsättning. Vidare sänder begreppsliggörandet en signal om hur funktionshinder/funktionsnedsättning respektive personer med funktionsnedsättning ska förstås i andra kontexter. Detta faktum togs i beaktande vid utformningen av konventionen.⁶⁸

⁶⁵ Bruce, 2014, s. 313ff; H.M. v. Sweden, 2012.

⁶⁶ Bruce, 2014, s. 314f, 360.

⁶⁷ Bruce, 2014, s. 315.

⁶⁸ Bruce, 2014, s. 384.

Vid förhandlingarna ansågs ytterligare ett syfte med konventionen, vid sidan om målet att kodifiera rättigheter för personer med funktionsnedsättning, vara att få till ett paradigmskifte beträffande samhällets syn på personer med funktionsnedsättning. Av denna anledning förkastades vid framtagandet av CRPD ord och begrepp som ansågs ha paternalistiska, nedlåtande eller negativa konnotationer samt ord och begrepp som ansågs ge upphov till eller förstärka existerande stereotyper. Föremål för diskussion var bl.a. definitionen av skälig anpassning i art. 2. Skälig anpassning innebär enligt denna att nödvändiga och ändamålsenliga ändringar som inte innebär en oproportionerlig eller omotiverad *börda* ska vidtas. Ordet *börda* ansågs av somliga ge sken av att personer med funktionsnedsättning är en börda för samhället. Språkbruk som ansågs implicera att personer med funktionsnedsättning var sårbara eller i behov av vård avfärdades också. Som exempel kan nämnas att konventionsstaterna, enligt art. 25, ska säkerställa tillgång till hälso- och sjukvårdstjänster och inte hälso- och sjukvård. ”Health care” stod som förslag i utkastet till konventionerna men avfärdades alltså under förhandlingarnas gång.⁶⁹

⁶⁹ Bruce, 2014, s. 387f.

3 Funktionshinder enligt arbetslivsdirektivet

3.1 EU-rätten och principen om likabehandling

”Människans värdighet innefattar som ett absolut minimum erkännande av varje människas lika värde. [...] [vi fortsätter att] dela engagemanget för denna grundläggande princip även om vi har djupa meningssmottningar i fråga om staters moral, utformandet av statliga institutioner och våra demokratiska staters funktion.”⁷⁰

Generaladvokat M. Poiares Maduro

Inom EU-rätten finns som utgångspunkt en allmän likabehandlings- eller icke-diskrimineringsprincip. Likabehandlingsprincipen anses vara ett av de gemensamma värdena i det europeiska samhället och området för diskrimineringsregler har utökats gradvis. Kopplingen mellan EU-rättens princip om likabehandling och icke-diskriminering och de mänskliga rättigheterna, kan mot bakgrund av EU-domstolens praxis⁷¹, sägas ha varit en förutsättning för att medlemsstaterna skulle erkänna gemenskapsrättens suveränitet i förhållande till den inhemska lagstiftningen.⁷² Bland de fördragsbestämmelser som rör frågan om icke-diskriminering i ett bredare perspektiv ska särskilt nämnas art. 6.3 FEU enligt vilken unionen ska inlemma de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna som allmänna principer i unionsrätten. I konventionens art. 14 återfinns en allmän princip om likabehandling.⁷³

År 1999 gavs rådet, genom Amsterdamfördraget, behörighet att vidta åtgärder för att motverka diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion, övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Relevanta fördragsbestämmelser på området likabehandling och funktionshinder är för närvarande artiklarna 10 och 19 FEUF. I art. 10 anges att unionen, vid utformandet och genomförandet av sin politik och verksamhet, ska söka bekämpa all diskriminering på grund av kön, ras eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Art. 19 FEUF ger rådet rätt att, genom enhälligt beslut och efter Europaparlamentets godkännande, vidta lämpliga åtgärder för att

⁷⁰ Coleman, Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro, föredraget den 31 januari 2008, p. 9.

⁷¹ Se bl.a. målen 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) och 149/77 (Defrenne).

⁷² Fransson & Stüber, 2015, s. 28f.

⁷³ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, 1950.

bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung,⁷⁴ religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.⁷⁴

I samband med Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 tilldelades EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna samma rättsliga värde som fördragen, vilket framgår av art. 6 FEU. Stadgan innehåller bestämmelser som ska avspegla medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner liksom deras internationella åtaganden gällande grundläggande fri- och rättigheter. Art. 21 i rättighetsstadgan anger att all diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden. Vidare ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden inom tillämpningsområdet för fördragen.⁷⁵ Art. 26 innehåller ett särskilt stadgande om att unionen erkänner och respekterar rätten för personer med funktionsnedsättning att få del av åtgärder som syftar till att säkerställa deras oberoende, sociala och yrkesmässiga integrering och deltagande i samhället. Stadgan riktar sig till unionens institutioner och organ samt medlemsländerna då de tillämpar gemenskapsrätten. Av art. 6 FEU framgår att stadgans bestämmelser inte ska utöka unionens befogenheter såsom de definieras i fördragen. Av detta följer bl.a. att ytterligare diskrimineringsgrunder än de som framgår av en medlemsstats nationella lagstiftning samt diskrimineringsdirektiven inte per automatik kan åberopas med stöd av stadgan.⁷⁶

3.2 Om arbetslivsdirektivet

Arbetslivsdirektivet antogs år 2000 på grundval av art. 13 i Amsterdamfördraget, vilken efter Lissabonfördragets ikraftträdande motsvaras av art. 19 FEUF. Art. 13.1 hade följande lydelse:

”Utan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna i detta fördrag och inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen, kan rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.”

Arbetslivsdirektivet syftar enligt art. 1 till att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion, eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling ska kunna genomföras i medlemsländerna. I skäl (1) erinras om att Europeiska unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna. Skäl (11) anger att diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder

⁷⁴ Nyström Birgitta: *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 168ff.

⁷⁵ Se bl.a. Fransson & Stüber, 2015, s. 29f.; Nyström, 2011, s. 167f.

⁷⁶ Jämför Fransson & Stüber, 2015, s. 30.

eller sexuell läggning kan undergräva förverkligandet av målen i fördraget, särskilt förverkligandet av en hög sysselsättningsnivå och en hög nivå på det sociala skyddet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten, ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet samt fri rörlighet för personer. Skäl (17) stadgar att direktivet inte innebär något krav på att anställa [...] eller ge fortsatt anställning åt en person som saknar kompetens eller förmåga eller som inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter eller följa en given utbildning men att skyldigheten att vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer med funktionshinder inte påverkas.⁷⁷

Likabehandlingsprincipen innebär enligt art. 2.1 att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de i art. 1 angivna grunderna. Direkt diskriminering innebär enligt art. 2.2 (a) att en person behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle behandlas i en jämförbar situation. Indirekt diskriminering innebär enligt art. 2.2 (b) att en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss egenskap som faller under de i art. 1 angivna grunderna, jämfört med andra personer. Indirekt diskriminering kan rättfärdigas under förutsättning att bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga. Bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet kan vidare godtas under förutsättning att det i den nationella lagstiftningen finns en skyldighet för arbetsgivaren att undanröja de nackdelar bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet medför för personer med funktionshinder. Principerna för denna lagstiftning återfinns i art. 5 vilken anger att rimliga anpassningsåtgärder ska vidtas för att garantera principen om likabehandling för ”personer med funktionshinder”. Arbetsgivaren ska enligt bestämmelsen vidta de åtgärder som i det konkreta fallet behövs för att möjliggöra att en person med funktionshinder ska få tillträde till, delta i eller göra karriär i arbetslivet, eller att genomgå utbildning så länge dessa åtgärder inte utgör en oproportionerlig börda för arbetsgivaren. Om bördan i tillräcklig grad kompenseras genom åtgärder vilka ingår i medlemsstatens politik för personer med funktionshinder bör den inte anses oproportionerlig. I skäl (16) anges att åtgärder för att anpassa arbetsplatserna till ”funktionshindrade personers” behov spelar en viktig roll när det gäller bekämpning av diskriminering på grund av funktionshinder.⁷⁸

Av art. 3 följer att direktivet, inom ramen för unionens befogenheter, ska tillämpas på alla personer inom såväl offentlig som privat sektor i fråga om villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning m.m., tillträde till alla typer av yrkesvägledning och yrkesutbildning m.m. samt anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner. Det framgår av art. 8 att direktivet är ett s.k. minimidirektiv. Medlemsstaterna får följaktligen behålla eller införa bestämmelser som är mer fördelaktiga än direktivets när det kommer till

⁷⁷ Direktiv 2000/78/EG.

⁷⁸ Direktiv 2000/78/EG.

upprätthållandet av likabehandlingsprincipen.⁷⁹ Av art. 10 framgår slutligen att bevisbördan delas mellan käranden, som ska lägga fram fakta som ger anledning att *anta* att det förekommit diskriminering och svaranden, som därefter åläggs bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.⁸⁰

3.3 Begreppet funktionshinder

Begreppet funktionshinder definieras inte i arbetslivsdirektivet. I det följande redogörs för de fem rättsfall från EU-domstolen som bidragit till att klarlägga begreppets innebörd.⁸¹ Vidare redogörs för valda delar av generaladvokaternas förslag till avgöranden, dels för att fördjupa domstolens resonemang, dels för att visa på frågor som i dagsläget är obesvarade. Domarna och generaladvokaternas förslag har även studerats i syfte att undersöka diskursen om personer med funktionsnedsättning. Vissa fraser eller ord har därför markerats med citattecken.

3.3.1 Mål C-13/05 Chacón Navas

Mål C-13/05 (Chacón Navas) är det första avgörandet i vilket tolkningen av begreppet funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening aktualiseras. Av avgörandet framgår att begreppet ska förstås som *en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen från att delta i arbetslivet*.⁸²

3.3.1.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Sonia Chacón Navas hade varit sjukskriven i nästan åtta månader då hon sades upp av sin arbetsgivare. Den hänskjutande domstolen angav inte vilken sjukdom Chacón Navas led av och inte heller någonting om sjukdomens förlopp mer än att Chacón Navas, enligt ett sjukvårdsutlåtande, inte kunde förväntas återgå i arbete inom en snar framtid.⁸³

Arbetsgivaren angav inget skäl för uppsägningen men medgav att den var *rättsstridig* och erbjöd därför Chacón Navas ett skadestånd. Chacón Navas gjorde å sin sida, med stöd av nationella bestämmelser genom vilka

⁷⁹ Direktiv 2000/78/EG.

⁸⁰ Direktiv 2000/78/EG. Jämför Nyström, 2011, s. 197.

⁸¹ Andra frågor som behandlas i rättsfallen vilka snarare är att hänföra till själva tillämpningen av likabehandlingsdirektivet, exempelvis bedömningen av vilka anpassningsåtgärder som är rimliga i det enskilda fallet eller frågor om bevisbörda, lämnas utanför denna framställning. Under arbetets gång har ytterligare två avgöranden påträffats, mål C-152/11 (Odar) och mål C-356/12 (Glatzel). Dessa avgöranden rör dock inte definitionen av funktionshinder varför de lämnas utanför framställningen.

⁸² Mål C-13/05 (Chacón Navas), p. 43.

⁸³ Mål C-13/05 p. 17-18.

arbetslivsdirektivet införlivats, gällande att uppsägningen varit *ogiltig* på grund av den diskriminering hon utsatts för eftersom hon varit sjukskriven.⁸⁴ I spansk rätt gjordes nämligen skillnad på uppsägningar som skett i strid med gällande diskrimineringsförbud, vilka betraktades som ogiltiga, och uppsägningar grundade på omständigheter vars motsvarighet saknades i den nationella diskrimineringslagstiftningen, däribland sjukdom, vilka betraktades som rättsstridiga. En konstaterat ogiltig uppsägning innebar att arbetstagaren skulle återfå sin tjänst samt att icke erhållen lön skulle utbetalas medan en konstaterat rättsstridig uppsägning innebar att arbetstagaren förlorade sin tjänst och erhöll ett skadestånd, om inte arbetsgivaren beslutade att arbetstagaren skulle få återfå sin tjänst.⁸⁵

Den nationella domstolen hade mot bakgrund av ICF funnit att en sjukdom ofta kan leda till ett obotligt funktionshinder.⁸⁶ Den ansåg därför att en arbetstagare borde skyddas av förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder i ”behörig tid”. Den motsatta ståndpunkten skulle enligt den nationella domstolen kunna leda till okontrollerad diskriminering.⁸⁷ Mot denna bakgrund ställdes frågorna huruvida arbetslivsdirektivet skyddar arbetstagare som sagts upp endast på grund av sjukdom samt, om så inte var fallet, huruvida sjukdom skulle anses vara ytterligare en diskrimineringsgrund som i så fall skulle tilläggas direktivet.⁸⁸

3.3.1.2 En för unionen enhetlig tolkning av begreppet funktionshinder

EU-domstolen konstaterade inledningsvis att avsaknaden av en uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för begreppsdefinition innebär att ett visst begrepp ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen. Vid denna tolkning ska begreppet betraktas i sitt sammanhang och mot bakgrund av det med de aktuella bestämmelserna eftersträfvade målet.⁸⁹ Domstolen fastslog därefter, mot bakgrund av direktivets syfte att bekämpa vissa former av diskriminering i arbetslivet bl.a. på grunden funktionshinder, att begreppet funktionshinder ska förstås som *en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet*.⁹⁰

Generaladvokat L.A. Geelhoed för en mer omfattande diskussion om hur det gemenskrättsliga begreppet funktionshinder bör utformas. Han

⁸⁴ Mål C-13/05 p. 18-19.

⁸⁵ Mål C-13/05 p. 13-15 samt p. 21.

⁸⁶ I klassifikationen anges funktionshinder som en paraplyterm som omfattar funktionsnedsättningar, strukturavvikelse, aktivitetsbegränsningar eller delaktighetsinskränkningar. Sjukdomar kan orsaka funktionsnedsättningar vilka kan medföra ett funktionshinder hos en person.

(Se för svensk version Socialstyrelsen: Klassifikation av funktionstillstånd, funktionshinder och hälsa, 2003, s. 14ff.)

⁸⁷ Mål C-13/05 p. 22-23.

⁸⁸ Mål C-13/05 p. 25.

⁸⁹ Mål C-13/05 p. 39-40.

⁹⁰ Mål C-13/05 p. 41-43.

konstaterar bl.a. att kretsen av ”personer vilka betraktas som funktionshindrade”, som ett resultat av ökat välbefinnande och förbättrad folkhälsa, har blivit större.⁹¹ Geelhoed märker vidare att begreppet är läkarvetenskapligt såväl som socialt och i sin dubbla bemärkelse föremål för snabb utveckling. Detta, menar han, kan bl.a. få följden att ”vissa fysiska eller psykiska brister” kan komma att betraktas som funktionshinder i en samhällskontext men inte i en annan. Geelhoed framhåller att föränderligheten och den kontextuella känsligheten talar för en enhetlig tolkning i syfte att motverka skillnader i tillämpning av EU-rätten. Samtidigt, påpekar han, bör försiktighet iakttas i utformningen eftersom alltför fasta ramar kan tänkas riskera att hänsyn inte tas till den dynamik och variation som vetenskapen liksom samhällets uppfattning är uttryck för.⁹² Därför, finner Geelhoed, ska domstolen bidra med *kriterier och anknytningspunkter* för att möjliggöra en konsekvent tolkning och tillämpning utan att begreppets öppna karaktär för den sakens skull hotas.⁹³

Efter avgörandet kritiserades EU-domstolen för att ha antagit en *medicinsk modell* vilken endast fokuserade på individens *fysiska, psykiska eller mentala* tillstånd som orsak till att denne förhindrades delta i arbetslivet. Bl.a. Lisa Waddington förespråkade att domstolen istället borde ha antagit en *social modell* enligt vilken funktionshinder ses som konstituerade av samspelet mellan individens tillstånd och miljö- eller attitydrelaterade hinder i omgivningen.⁹⁴

3.3.1.3 Ett krav på varaktighet

Den omständigheten att lagstiftaren valt ett begrepp, funktionshinder, som skiljer sig från begreppet sjukdom innebär, uttalade domstolen, att begreppen inte utan vidare kan likställas. Domstolen uppmärksammade särskilt direktivets skäl (16), i vilket arbetsgivarens ansvar att vidta åtgärder för att anpassa arbetsplatsen till ”funktionshindrade personer” behov understryks. Den vikt som lagstiftaren fäst vid åtgärder för att anpassa arbetsplatsen till ”personer med funktionshinder” visade enligt domstolen att direktivets skydd avser situationer där en individ förhindras att delta i arbetslivet under en länge period. För att funktionshinder i direktivets mening ska anses föreligga krävs alltså att funktionshindret medför en begränsning som *varar under en lång tid*. Domstolen framhöll även att det i arbetslivsdirektivet saknas antydning om att en arbetstagare skulle skyddas av

⁹¹ Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 60.

⁹² Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 58-59.

⁹³ Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 66-68.

⁹⁴ Waddington, Lisa: *Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, 2007; Europeiska kommissionen: *The Evolution and Impact on the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2012, tillgänglig via http://knjiznica.sabor.hr/pdf/E_publicacije/The_evolution_and_impact_of_the_case-law_of_the_Court_of_Justice.pdf (senast hämtad 2015-12-01).

förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder så snart som en sjukdom, obeaktat art, yttrar sig. En arbetstagare som sagts upp endast på grund av sjukdom skyddas alltså inte av arbetslivsdirektivets förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder.⁹⁵

Den nationella domstolens resonemang beträffande ett orsakssamband mellan sjukdom och funktionshinder berörs inte närmare i domen. Geelhoed bemöter dock argumentet: Även han framhåller att en ”fysisk eller psykisk defekts” bestående karaktär ofta ger tillräckligt stöd för att skilja funktionshinder från sjukdom men noterar också att det finns sjukdomar med ett gradvist förlopp som kan medföra svåra funktionsförluster. Dessa, menar Geelhoed, skiljer sig inte väsentligen från bestående funktionshinder.⁹⁶ Geelhoed anser att ”personer med funktionshinder” ska anses vara ”personer med svåra funktionsnedsättningar” till följd av fysiska, psykiska eller mentala sjukdomar. De berörda personerna måste ha nedsättningar, orsakade av ett hälsoproblem eller en ”fysiologisk missbildning”, av långvarig eller permanent karaktär. Hälsoproblemen som är orsaken till nedsättningen ska i princip skilja sig från nedsättningen som sådan. En sjukdom som, eventuellt, orsakar ett framtida funktionshinder är därmed inte att jämföra med ett funktionshinder. Undantag, menar Geelhoed, torde endast kunna göras om det under sjukdomsförloppet uppstår antingen långvariga eller bestående funktionsnedsättningar som, obeaktat den pågående sjukdomen, kan betraktas som funktionshinder. Den berörda personen måste då, anser Geelhoed, kunna göra det troligt att det inte är sjukdomen utan nedsättningen orsakad av sjukdomen, som ligger till grund för den missgynnande behandlingen.⁹⁷ Detta resonemang berördes inte av domstolen vilket kom att tolkas som att domstolen lämnade frågan, huruvida långvariga sjukdomar skulle kunna omfattas av definitionen av funktionshinder, öppen.⁹⁸

3.3.1.4 Sjukdom utgör inte en gemenskapsrättslig diskrimineringsgrund

Vad beträffar frågan om sjukdom kunde vara en diskrimineringsgrund konstaterade domstolen avsaknaden av någon fördragsbestämmelse som förbjöd diskriminering på grunden sjukdom som sådan. Domstolen påpekade att Amsterdamfördragets art. 13 endast reglerade unionens befogenheter varför bestämmelsen inte kunde utgöra rättslig grund för att

⁹⁵ Mål C-13/05 p. 44-47.

⁹⁶ Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 63.

⁹⁷ Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 76-80.

⁹⁸ Europeiska kommissionen: *The Evolution and Impact on the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2012.

tillgänglig via

http://knjiznica.sabor.hr/pdf/E_publicacije/The_evolution_and_impact_of_the_case-law_of_the_Court_of_Justice.pdf (senast hämtad 2015-12-01).

bekämpa diskriminering på sådana grunder som inte uttryckligen angivits.⁹⁹ Nedan förklaras domstolens slutsats närmare utifrån förslaget till avgörande.

Art. 13 gav gemenskapen befogenhet att vidta lämpliga åtgärder för att motverka diskriminering på någon av de i bestämmelsen angivna grunderna. Geelhoed påpekar att det av förarbetena och bestämmelsens ordalydelse framgår att fördragsförfattarna var återhållsamma vid utarbetandet av bestämmelsen i fråga. Han fäster bl.a. vikt vid att uppräkningslistan av på vilka grunder diskriminering förbjuds är uttömmande samt att de åtgärder som övervägs måste falla inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen. Mot denna bakgrund anser Geelhoed finns starka skäl att, vid tolkningen av art. 13 och de åtgärder som vidtagits på grundval av bestämmelsen (i detta fall arbetslivsdirektivet), ta hänsyn till angivna definitioner och avgränsningar då dessa avspeglar lagstiftarens uttryckliga vilja.¹⁰⁰

Vidare finns, menar Geelhoed, innehållsmässiga argument som motsäger en vid tolkning eftersom fastställandet av en förbjuden formell särbehandling åtföljs av ett materiellt anspråk på likabehandling. Som exempel kan nämnas de anpassningsåtgärder som arbetsgivaren kan vara skyldig att vidta i syfte att en person med funktionshinder ska kunna delta i arbetslivet. Diskrimineringsförbudet kan med andra ord få långtgående ekonomiska och finansiella konsekvenser, både för arbetsgivare och stat.¹⁰¹

Slutligen, framhåller Geelhoed, kan en hänvisning till den allmänna principen om likabehandling inte användas för att utvidga det materiella tillämpningsområdet för art. 13. En så vid tolkning skulle nämligen innebära att de avvägningar som medlemsstaterna har gjort under utövande av de befogenheter som de än så länge har kvar, kunde korrigeras utan att ett formellt beslut om att befogenheten i fråga skulle övergå till gemenskapslagstiftaren hade tagits.¹⁰² EU-domstolen fastslog, i linje med Geelhoeds argumentation, att den allmänna principen om icke-diskriminering endast binder den nationella domstolen när den prövar en situation som omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde. Tillämpningsområdet för arbetslivsdirektivet kan alltså inte, genom en analogisk tolkning, utvidgas till att omfatta andra grunder än de uttryckligen angivna.¹⁰³

⁹⁹ Mål C-13/05, p. 54-55.

¹⁰⁰ Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 46-48.

¹⁰¹ Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 49-51.

¹⁰² Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006, p. 53-54.

¹⁰³ Mål C-13/05, p. 56.

3.3.2 Mål C-303/06 Coleman

I mål C-303/06 (Coleman) behandlades frågan huruvida arbetslivsdirektivet skyddar en person som inte själv har ett funktionshinder men som i arbetslivet utsätts för diskriminering på grund av att personen har anknytning till en person som har ett funktionshinder. Av avgörandet framgår att förbudet mot diskriminering *inte är beroende av att det är fråga om en bestämd personkategori utan av att det är fråga om en sådan grund som anges i artikel 1 i direktivet*.¹⁰⁴

3.3.2.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Arbetstagaren Sharon Coleman födde år 2002 en son som led av svåra problem med andningsapparaten. Sonens tillstånd krävde särskild omvårdnad vilken huvudsakligen ombesörjdes av Coleman. År 2005 godtog Coleman frivilligt att hennes anställning upphörde. Hon väckte senare talan och gjorde gällande att hon varit föremål för en provocerad uppsägning utan saklig grund samt att hon behandlats mindre förmånligt än andra anställda på grund av att hon vårdade ett barn med funktionshinder. Coleman menade att denna behandling legat till grund för att hon blivit tvungen att sluta på sitt arbete. Fråga uppkom huruvida Coleman kunde grunda sin talan på bestämmelser i nationell rätt, genom vilka arbetslivsdirektivet införlivats, för att mot den tidigare arbetsgivaren göra gällande att hon diskriminerats på grund av att hennes son hade ett funktionshinder.¹⁰⁵ Mot denna bakgrund ställde den nationella domstolen frågorna huruvida arbetslivsdirektivets skydd mot direkt diskriminering och trakasserier på grund av funktionshinder endast omfattar personer som själva har ett funktionshinder eller om direktivet skyddar anställda som behandlas mindre förmånligt på grund av deras anknytning till en person som har ett funktionshinder.¹⁰⁶

3.3.2.2 Direktivet är tillämpligt då funktionshinder föreligger

EU-domstolen konstaterade att det inte framgår av arbetslivsdirektivet, särskilt artiklarna 1 samt 2.1 och 2.2, att principen om likabehandling skulle vara begränsad till ”personer som själva har ett funktionshinder” i direktivets mening. Direktivets syfte, uttalade domstolen, är nämligen att bekämpa *alla* former av diskriminering i arbetslivet på grunden funktionshinder. Tillämpligheten av principen om likabehandling är således inte beroende av att det är fråga om en bestämd personkategori utan beroende av att det är fråga om sådan grund som anges i art. 1.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Mål C-303/06 (Coleman), p. 38.

¹⁰⁵ Mål C-303/06, p. 19-26.

¹⁰⁶ Mål C-303/06, p. 27.

¹⁰⁷ Mål C-303/06, p. 33-38.

Domstolen medgav att direktivet innehåller bestämmelser som, enligt lydelsen, endast är tillämpliga på personer med funktionshinder, exempelvis art. 5 om rimliga anpassningsåtgärder. Skälet till att dessa bestämmelser särskilt avser personer med funktionshinder, framhöll domstolen, följer av att det är fråga om åtgärder för positiv diskriminering till fördel för personer med funktionshinder eller åtgärder som skulle sakna innebörd eller anses oproportionerliga om de inte begränsades till personer med funktionshinder. Dessa bestämmelser innebär dock inte att principen om likabehandling i direktivets mening ska tolkas restriktivt så att endast personer som själva har ett funktionshinder kan komma i åtnjutande av skyddet mot diskriminering.¹⁰⁸ Domstolen bemötte även argumentet, framfört av vissa medlemsländer, att det av domen i mål C-13/05 (Chacón Navas) skulle framgå att direktivets personkrets ska tolkas restriktivt. Domstolen klargjorde att det av domen framgår att direktivet inte kan omfatta andra grunder, såsom sjukdom, än de som uttömmande uppräknas i art. 1 men underströk samtidigt att principen om likabehandling eller direktivets personkrets inte ska tolkas restriktivt när en av direktivets diskrimineringsgrunder föreligger.¹⁰⁹ En tolkning av direktivet där tillämpligheten begränsas till de fall där den berörda personen själv har ett funktionshinder, framhöll domstolen, skulle nämligen innebära att direktivet förlorade en stor del av sin ändamålsenliga verkan samt att det skydd som direktivet söker säkerställa skulle försvagas.¹¹⁰

3.3.2.3 Ett solitt jämlikhetsbegrepp

I förslaget till avgörande använder sig generaladvokat M. Poiares Maduro av begreppet ”suspekta kategorier” för att benämna de i arbetslivsdirektivet angivna diskrimineringsgrunderna.¹¹¹ Om en person har en ”suspekt egenskap” tillhör personen en suspekt kategori.¹¹²

Maduro finner mot bakgrund av domstolens praxis att principen om likabehandling och icke-diskriminering ska förstås som en strävan att uppnå jämlikhet. De värden som ligger till grund för jämlikhet är i sin tur varje människas värdighet och personlig självbestämmanderätt.¹¹³ Maduro framhåller bl.a. att det, förutom missgynnande behandling som riktas direkt

¹⁰⁸ Mål C-303/06, p. 39-43.

¹⁰⁹ Mål C-303/06, p. 44-46.

¹¹⁰ Mål C-303/06, p. 51.

¹¹¹ Begreppet suspekta kategorier är en inom diskrimineringsrätten vedertagen term för att särskilja generella bestämmelser om likabehandling och icke-diskriminering från lagstiftning som uttryckligen anger att särbehandling på vissa, angivna, grunder anses oacceptabelt. Denna lagstiftning tillhandahåller bl.a., till skillnad från de mer generella bestämmelserna, konkret förfaringsätt genom vilka den berörde kan söka upprättelse för den orättfärdiga behandlingen. Att grunderna benämns som suspekta beror på att deras förekomst ögonblickligen väcker misstankar om att viss behandling är orimlig och fördomsfull. (Schiek, Dagmar et al: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, 2007, s. 35f.)

¹¹² Coleman, Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro, föredraget den 31 januari 2008.

¹¹³ Coleman, Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro, föredraget den 31 januari 2008, p. 8.

mot personer med funktionsnedsättning, finns mer subtila sätt genom vilka personerna kan komma att utsättas för diskriminering. Exempelvis kan en persons värdighet och självbestämmanderätt undergrävas genom att en tredje person, vilken inte själv tillhör någon suspekt kategori men som är nära anknuten till personen med den suspekta egenskapen, diskrimineras. Maduro framhåller att det han väljer att kalla för ett *solitt jämlikhetsbegrepp* måste innefatta att även denna subtila form av diskriminering träffas av diskrimineringslagstiftningen då den påverkar personer med funktionsnedsättning.¹¹⁴

Maduro framhåller nämligen att: ”Värdigheten hos en person med en suspekt egenskap påverkas lika mycket genom att denne blir direkt diskriminerad som genom att denne ser att någon annan diskrimineras enbart på grund av att den andre är knuten till honom.” (Den tredje person utsätts dessutom inte bara för diskriminering genom att hen drabbas av en orätt utan utgör även ett medel genom vilket värdigheten hos personen med funktionsnedsättning kränkts.) Maduro menar vidare att: ”Dessutom undergräver denna mer förfinade form av diskriminering möjligheten för personer med suspekta egenskaper att utöva rätten till självbestämmande.” Maduro menar att personer med funktionsnedsättning ”ofta [är] mer sårbara än genomsnittet, vilket medför att de blivit beroende av personer, som de har nära anknytning till, för deras hjälp i ansträngningarna att leva ett liv i enlighet med de grundläggande val de gjort.” Att den tredje personen berövas rätten till olika val har med andra ord effekt även för personen med funktionsnedsättning då den tredje personens situation inverkar på personen med funktionsnedsättnings liv.¹¹⁵

3.3.3 Förenade målen C-335/11 och 337/11 Ring och Skouboe Werge

”När föreligger funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78 om inrättande om en allmän ram för likabehandling, och hur ska begreppet funktionshinder avgränsas från begreppet sjukdom?”¹¹⁶ Så inleder generaladvokat Juliane Kokott sitt förslag till avgörande i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge). EU-domstolen reviderade, mot bakgrund av ratificeringen av CRPD, definitionen av begreppet funktionshinder till *en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare.*¹¹⁷ En sådan begränsning, menade domstolen, kunde vara orsakad en av sjukdom.

¹¹⁴ Coleman, Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro, föredraget den 31 januari 2008, p. 12.

¹¹⁵ Coleman, Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro, föredraget den 31 januari 2008, p. 13-14.

¹¹⁶ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 1.

¹¹⁷ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 37-39.

3.3.3.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

I dansk arbetsrätt fanns regler enligt vilka en arbetstagare efter visst antal dagar av sjukfrånvaro kunde sägas upp med saklig grund.¹¹⁸ Jette Ring led bl.a. av icke-behandlingsbara smärtor i ländryggen och var av denna anledning vid flera tillfällen frånvarande från sitt arbete. Enligt läkarintyg var det inte möjligt att ställa prognos avseende när hon kunde förväntas återuppta ett heltidsarbete.¹¹⁹ De åtgärder som kunnat lindra Rings besvär, såsom ett höj- och sänkbart bord till hennes arbetsplats eller ett erbjudande om deltidsarbete, vidtogs inte av arbetsgivaren.¹²⁰ Lone Skouboe Werge hade efter en trafikolycka ådragit sig en pisksnärtskada. Med anledning av denna var hon växelvis sjukskriven, växelvis i arbete fram till att hon sjukskrevs på heltid. Enligt läkarintyg var det oklart hur länge Skouboe Werge skulle ha nedsatt arbetsförmåga.¹²¹ De båda arbetstagarna sades slutligen upp med hänvisning till deras totala antal sjukdagar.¹²²

Fackföreningen HK Danmark gjorde, med stöd av nationella bestämmelser genom vilka arbetslivsdirektivet införlivats, gällande att Ring och Skouboe Werge hade funktionshinder och att bestämmelsen om uppsägning därför inte var tillämplig på dem eftersom att de varit sjukskrivna på grund av sina funktionshinder. Arbetsgivarna bestred att de båda arbetstagarnas hälsotillstånd omfattades av begreppet funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening då arbetsförmågan var nedsatt endast i den mån att de inte var i stånd att arbeta heltid.¹²³

Den nationella domstolen ställde mot denna bakgrund frågan om alla personer som på grund av fysiska, psykiska eller mentala skador inte, eller i begränsad omfattning, kan utföra arbete under en period som uppfyller kravet på varaktighet omfattades av begreppet funktionshinder i direktivets mening. Den nationella domstolen ville vidare ha svar på frågan huruvida ett tillstånd orsakat av, en av läkare diagnosticerad obotlig respektive övergående sjukdom, omfattades av begreppet funktionshinder i direktivets mening samt om en bestående nedsättning av arbetsförmågan som inte medförde behov av särskilt hjälpmedel kunde anses utgöra funktionshinder i direktivets mening.¹²⁴

¹¹⁸ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 13.

¹¹⁹ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 15.

¹²⁰ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 13.

¹²¹ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 19-20.

¹²² Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 16, 23.

¹²³ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 23-24.

¹²⁴ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 26.

3.3.3.2 Ratificeringen av CRPD

”Enligt definitionen i FN-konventionen motverkas de funktionshindrades deltagande i samhället i ”samspel med olika hinder”.¹²⁵

Sedan avgörandena C-13/05 (Chacón Navas) och C-303/06 (Coleman) hade EU ratificerat CRPD.¹²⁶ Domstolen konstaterade att av unionen ingångna internationella avtal har företrädare framför unionens rättsakter och att sekundärrätten därför, så långt som möjligt, ska tolkas i överensstämmelse med dessa avtal. Därför ska arbetslivsdirektivet, så långt som möjligt, tolkas i överensstämmelse med konventionen och den nationella domstolens frågor skulle således besvaras i konventionens ljus.¹²⁷ Domstolen preciserade den definition av begreppet funktionshinder som fastslagits i mål C-13/05 (Chacón Navas). Med särskilt beaktande av konventionens skäl (e) samt dess art. 1¹²⁸ slog domstolen fast att begreppet funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening ska förstås som *en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare*.¹²⁹

Den omarbetade definitionen visar, enligt Waddington, att domstolen antog en social modell. Med hänvisning till den sociala modellens fokus på hindren i samhället som grund till negativ behandling torde direktivets tillämplighet vidare, menar Waddington, inte vara avhängig att funktionshindret uppgår till någon särskild grad.¹³⁰

3.3.3.3 Gränsdragningen mellan funktionshinder och sjukdom

Varken den definition av funktionshinder som tidigare utarbetats av domstolen eller konventionens art. 1 innehåller explicita kriterier om avgränsningen mellan funktionshinder och sjukdom.¹³¹ Domstolen påpekade att det inte framgår av direktivet att det endast skulle omfatta medfödda eller av olycksfall orsakade funktionshinder och framhöll att en sådan tillämpning, som alltså uteslöt funktionshinder orsakade av sjukdom, i sig skulle strida mot direktivets mål att genomföra likabehandlingsprincipen.¹³² Domstolen fastslog därför att *om en obotlig eller behandlingsbar sjukdom*

¹²⁵ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 27.

¹²⁶ Rådets beslut av den 26 november 2009, (2010/48/EG).

¹²⁷ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 28-33.

¹²⁸ Se avsnitt 2.2.

¹²⁹ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 37-39.

¹³⁰ Waddington, Lisa: *HK Danmark (Ring och Skouboe Werge), interpreting EU equality law in the light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, European Anti-Discrimination Law Review, nr 17, s. 11-21, 2013, tillgänglig via http://www.migpolgroup.com/wp_mpg/wp-content/uploads/2013/11/Review-17-EN.pdf (senast hämtad 2015-12-01).

¹³¹ Jämför Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 28.

¹³² Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 40.

*medför en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och om denna begränsning varar under en lång tid, kan en sådan sjukdom omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktivet.*¹³³

Med hänvisning till mål C-13/05 (Chacón Navas) underströk domstolen dock att om sjukdomen inte medför någon *begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador* vilka motverkar personens deltagande i arbetslivet omfattas personens tillstånd inte av begreppet funktionshinder i direktivets mening då sjukdom som sådan inte kan anses vara en diskrimineringsgrund som ska tillfogas direktivet.¹³⁴ Kokott menade att det ska göras åtskillnad mellan sjukdom som möjlig orsak till funktionshindret och funktionshindret som resultat av denna sjukdom. Med andra ord, en varaktig nedsättning vilken orsakats av en sjukdom omfattas av begreppet funktionshinder om nedsättningen leder till att den berörda personen hindras från att delta i arbetslivet.¹³⁵

”Hälsotillståndet för en funktionshindrad person som är arbetsför kan därför, även om det är fråga om deltidsarbete, omfattas av begreppet funktionshinder.”¹³⁶ Domstolen konstaterade vidare att det är förekomsten av *någon* begränsning som är avgörande. Den berörda personens tillstånd måste med andra ord inte medföra en fullkomlig begränsning att delta i arbetslivet. En annan slutsats, framhöll domstolen, skulle vara oförenlig med direktivets mål att personer med funktionshinder ska få tillträde till eller delta i arbetslivet.¹³⁷

Beträffande kravet på varaktighet poängterade Kokott att en nedsättning som orsakas av en obotlig sjukdom i regel torde vara varaktig, men att även en sjukdom som kan botas kan ha ett så långvarigt förlopp fram till att den har botats att nedsättningen varar lång tid samt att en sjukdom som kan botas ändå kan medföra en varaktig nedsättning. Övergången från en kronisk sjukdom, som kan behandlas, till en troligen varaktig nedsättning kan utgöra en fortlöpande process. Det är först då en varaktig nedsättning kan märkas som man kan tala om ett funktionshinder. Slutsats beträffande om en varaktig nedsättning föreligger eller inte kan således inte, underströk Kokott, dras enbart utifrån den omständigheten att sjukdomen i sig kan botas eller inte, i sig är övergående eller varaktig.¹³⁸

¹³³ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 41.

¹³⁴ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 42.

¹³⁵ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 33.

¹³⁶ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 44.

¹³⁷ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 43-44.

¹³⁸ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 37-38.

3.3.3.4 Definitionen av funktionshinder föregår bedömningen av lämpliga anpassningsåtgärder

Domstolen konstaterade slutligen att ett funktionshinder kan anses föreligga oberoende av eventuella anpassningsåtgärders art.¹³⁹ Den omständigheten att Rings arbetsgivare exempelvis inte ordnat ett höj- och sänkbart bord till henne kunde alltså inte användas som argument emot att Rings tillstånd omfattades av begreppet funktionshinder i direktivets mening.¹⁴⁰ Definitionen av begreppet funktionshinder i direktivets mening kommer före fastställandet och bedömningen av lämpliga anpassningsåtgärder enligt direktivets art. 5. Eventuella anpassningsåtgärder är följden av, och inte den grundläggande beståndsdel i begreppet funktionshinder.¹⁴¹

”Ett sådant krav skulle också missgynna just de funktionshindrade vilkas funktionshinder inte kan kompenseras eller lindras genom hjälpmedel och som därför redan av denna anledning i regel är hårdare drabbade än andra.”¹⁴² Kokott konstaterade att om behov av särskilda hjälpmedel skulle utgöra en del av definitionen av funktionshinder skulle definitionen i sig strida mot direktivets syfte. Funktionshinder i direktivets mening, framhöll Kokott, innefattar ju även psykiska och mentala nedsättningar vilka i regel inte kräver eller hjälps av några hjälpmedel.¹⁴³

3.3.3.5 Något om nedsättningens art och svårighetsgrad

Kokott dryftade även betydelsen av nedsättningens art när det kommer till att avgränsa funktionshinder från sjukdom. Hon menade att avgränsningen i de aktuella fallen - fysiska nedsättningar vilka bl.a. yttrade sig i smärta och orörlighet, lättare lät sig göras än i, som exempel, det fall där högsta domstolen i USA hade att avgöra huruvida en symptomfri HIV-infektion utgjorde funktionshinder i den mening som avses i Anti-Discrimination Act.¹⁴⁴ Avgränsningen huruvida en persons besvär i en konkret situation utgör en funktionsnedsättning, framhöll Kokott, ska dock avgöras av den nationella domstolen.¹⁴⁵

¹³⁹ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 45.

¹⁴⁰ Min anmärkning.

¹⁴¹ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 45-46.

¹⁴² Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 42.

¹⁴³ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 42.

¹⁴⁴ *Bragdon v. Abbott*, 524 US 624, 1998. Käranden hade nekats tandläkarvård med hänvisning till att hon hade en (symptomfri) HIV-infektion. Domstolen fastslog att ett funktionshinder föreligger när ett visst tillstånd väsentligen begränsar en eller flera av individens ”major life activities”. Käranden hade anfört att hon, med anledning av sin HIV-infektion, hade svårt att få barn vilket domstolen ansåg utgöra en sådan ”major life activity”.

¹⁴⁵ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 34.

Kokott konstaterade även att det inte av direktivet framgår att dess tillämplighet skulle vara begränsad till någon särskild ”svårighetsgrad” av funktionshinder. Med anledning av att frågan inte lyfts inom ramen för det aktuella målet, fann Kokott, att frågan inte heller skulle avgöras slutligt där.¹⁴⁶

3.3.4 Mål C-363/12 Z

I mål C-363/12 (Z) fastslog EU-domstolen att för att funktionshinder i direktivets mening ska anses föreligga förutsätts att *den begränsning som den berörda personen lider av, i samspel med olika hinder, kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet.*¹⁴⁷

3.3.4.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Här finns anledning att upprepa de omständigheter som redogjorts för i uppsatsens inledande kapitel: Z saknar livmoder men är fertil i övrigt. Eftersom Z inte kan få barn på sedvanlig väg anlidade hon en kalifornisk byrå specialiserad på surrogatmödraskap. Enligt kalifornisk lag betraktades Z och hennes make, då barnet kommit till genom deras könsceller, som barnets föräldrar. Surrogatmödraskap reglerades inte i irländsk lag, och inte heller i Z: s anställningsavtal. Däremot hade hon, enligt lag och avtal, rätt till betald mammaledighet och adoptionsledighet. Z ansökte om ledighet likvärdig med adoptionsledighet. Hennes ansökan avslogs med motiveringen att hon inte uppfyllde villkoren varken för mammaledighet eller adoptionsledighet. Sedan Z av sin arbetsgivare endast beviljats obetald föräldraledighet väckte hon talan och gjorde gällande att hon diskriminerats på grund av kön, familjesituation och funktionshinder.¹⁴⁸

Den nationella domstolen ville mot denna bakgrund ha svar på frågan huruvida arbetslivsdirektivet, tolkat mot bakgrund av CRPD, ska tolkas så att det utgör diskriminering på grund av funktionshinder att neka en kvinnlig arbetstagare ledighet, likvärdig med mamma- eller adoptionsledighet, när hon inte kan vara gravid och använt sig av ett surrogatmödraavtal. Samt, om den första frågan besvarades nekande, huruvida direktivet var giltigt med hänvisning till de rättigheter CRPD uppställer.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Förenade målen C-335/11 och C-337/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012, p. 35.

¹⁴⁷ Mål C-363/12 (Z), p. 80.

¹⁴⁸ Mål C-363/12, p. 34-44. Inom ramen för denna framställning redogörs dock endast för de frågor som rör diskriminering på grunden funktionshinder.

¹⁴⁹ Mål C-363/12, p. 45.3-6, jämför p. 68.

3.3.4.2 Tillståndet måste motverka deltagandet i arbetslivet

Domstolen erinrade inledningsvis om att CRPD utgör en integrerad del av unionens rättsordning och att den således kan åberopas vid tolkningen av arbetslivsdirektivet samt att direktivet, så långt som möjligt, ska tolkas i överensstämmelse med konventionen.¹⁵⁰ Konventionen utgör, med Wahls ord, en ”oundgänglig parameter” vid tolkningen av direktivet.¹⁵¹ Domstolen erinrade därefter om att den i sin praxis, mot bakgrund av konventionen, funnit att begreppet funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening ska förstås som *en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare* samt att begreppet funktionshinder både omfattar situationer där en person inte kan utföra något arbete och situationer där en person har svårigheter att utföra arbete.¹⁵²

Domstolen ansåg att Z: s tillstånd utgjorde en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador och att den var av varaktig natur. Vidare fann domstolen att omöjligheten för en kvinna att vara gravid kunde tänkas ge upphov till ”stort lidande” för henne. Dock, uttalade domstolen, förutsätter begreppet funktionshinder i direktivets mening att den begränsning som den berörda personen lider av, i samspel med olika hinder, kan motverka personens *fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare*. Av begäran om förhandsavgörande hade inte framgått att Z: s åkomma medförde att hon var oförmögen att eller hade svårigheter att utföra sitt arbete. Följaktligen föreligger inget funktionshinder i direktivets mening i de fall då ett varaktigt tillstånd till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, i samspel med olika hinder, *inte* medför någon begränsning för den berörda personen att delta fullt och verkligt i arbetslivet.¹⁵³

Även Wahl framhåller skillnaden mellan de båda begreppsdefinitionerna. Medan FN-konventionens definition omfattar tillstånd som, i samspel med olika hinder, motverkar en persons deltagande *i samhället* på lika villkor som andra omfattar direktivets definition endast personens deltagande *i arbetslivet*. Wahl erinrar om att arbetslivsdirektivet har begränsas just till arbetslivet av den anledningen att området omfattas av unionens behörighet, vilket inte är fallet med alla de områden som tillsammans utgör samhället. Wahl finner mot bakgrund av Z: s önskan att få ett biologiskt barn att hennes tillstånd ”utan tvivel är en källa till stor sorg” för henne. Han framhåller även att det för en person som önskar ett biologiskt barn måste framstå som ”djupt orättvist” att inte kunna få barn på traditionellt sätt. Wahl finner det mot denna bakgrund sannolikt att Z: s tillstånd inte omfattas

¹⁵⁰ Mål C-363/12, p. 71-75.

¹⁵¹ Z, Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, föredraget den 26 september 2013, p. 80.

¹⁵² Mål C-363/12, p. 76-77.

¹⁵³ Mål C-363/12, p. 78-82.

av direktivet men att det skulle kunna falla inom konventionens definition av funktionsnedsättning då det ”till och med” skulle kunna tänkas motverka hennes fulla och verkliga deltagande *i samhället*.¹⁵⁴

3.3.4.3 Direktivets giltighet mot bakgrund av CRPD

Domstolen framhöll att när prövning av en unionsrättsakts giltighet medges mot bakgrund av bestämmelserna i ett internationellt avtal är det dessutom nödvändigt att de avtalsbestämmelser som åberopas i syfte att pröva giltigheten av unionsrättens innehåll till sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa. För att detta villkor ska anses uppfyllt måste den åberopade bestämmelsen innebära en klar och precis skyldighet, vars fullgörande eller verkningar inte beror av någon ytterligare rättsakt. Av FN-konventionens art. 4.1 följer dock, konstaterade domstolen, att det åligger konventionsstaterna att vidta alla ändamålsenliga lagstiftningsåtgärder, administrativa åtgärder m.m. för att uppfylla de rättigheter som erkänns i konventionen. Vidare följer av konventionens art. 4.3 att konventionsstaterna, vid utformning och genomförande av lagstiftning m.m. angående frågor som berör personer med funktionsnedsättning, ska samråda med- och aktivt involvera personer med funktionsnedsättning genom de organisationer som företräder dem.¹⁵⁵ FN-konventionens bestämmelser är, till fullgörande och verkan, således beroende av att konventionsstaterna vidtar ytterligare rättsakter. Domstolen konstaterade därför att konventionsbestämmelserna till sitt innehåll inte kunde anses framstå som ovillkorliga och tillräckligt precisa. Därför ska arbetslivsdirektivets giltighet inte bedömas med avseende på FN-konventionen, men direktivet ska så långt som möjligt tolkas i överensstämmelse med den.¹⁵⁶

3.3.5 Mål 354/13 Kaltoft

I mål C-354/13 (Kaltoft) behandlades för första gången frågan om unionsrätten uppställer ett skydd mot diskriminering på grund av fetma. Domstolen fastslog att unionsrätten inte stadgar en allmän princip om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av fetma som sådan men att fetma kan anses utgöra ett funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening givet att vissa förutsättningar är uppfyllda.¹⁵⁷

3.3.5.1 Fallet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Karsten Kaltoft var under ett femtontal år anställd som dagbarnvårdare av Billunds kommun, vilket innebar att han passade fyra barn i sitt hem. Kaltoft hade enligt WHO: s definition, vilken klassar fetma som en

¹⁵⁴ Z, Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, föredraget den 26 september 2013, p. 90-93, 97.

¹⁵⁵ Jämför FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

¹⁵⁶ Mål C-363/12, p. 85-91.

¹⁵⁷ Mål C-354/13 (Kaltoft).

sjukdom, under hela anställningstiden fetma. Mot slutet av anställningen fick Kaltoft flera gånger besök av arbetsgivaren som ställde frågor om hans vikt. Med anledning av sjunkande barnantal i kommunen kom Kaltoft, framtill att han sades upp, att passa endast tre barn. Kaltoft var den enda dagbarnvårdaren som sades upp och kommunen uppgav inte några skäl till valet fallit på just honom. Kaltoft väckte talan och gjorde med stöd av nationella bestämmelser genom vilka arbetslivsdirektivet införlivats, gällande att han med anledning av uppsägningen blivit diskriminerad på grund av sin fetma och att han därför hade rätt till skadestånd.¹⁵⁸

Den danska domstolen ville mot denna bakgrund ha svar på frågan huruvida fetma kan betraktas som ett funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening och om så, vilka kriterier som i det enskilda fallet ska vara avgörande vid bedömningen om en persons fetma innebär att hen skyddas av diskrimineringsförbudet. Domstolen ville även ha svar på frågan huruvida EU-rätten uppställer ett generellt förbud mot diskriminering på arbetsmarknaden på grund av fetma.¹⁵⁹

3.3.5.2 En allmän princip om förbud mot diskriminering på grund av fetma

Domstolen hänvisade först till det resonemang som förts i mål C-13/05 (Chacón Navas) beträffande frågan huruvida sjukdom kunde anses vara en unionsrättslig diskrimineringsgrund.¹⁶⁰ Medlemsländerna är bundna av den allmänna principen om icke-diskriminering då en nationell domstol prövar en situation som omfattas av unionsrättens tillämpningsområde. I fördragen, konstaterade domstolen, återfinns inte någon bestämmelse om förbud mot diskriminering på grund av fetma som sådan. Domstolen erinrade här om att art. 19 FEUF endast reglerar unionens befogenheter.¹⁶¹ Då artikeln enligt dess ordalydelse inte avser diskriminering på grund av fetma kan den inte utgöra rättslig grund för åtgärder vidtagna i syfte att bekämpa nämnda typ av diskriminering. Följaktligen räknas fetma inte upp i arbetslivets uttömmande lista över grunder som omfattas av förbudet om diskriminering i arbetslivet och direktivets tillämpningsområde ska heller inte, genom en analog tolkning, anses gälla annan diskriminering än diskriminering på de i art. 1 angivna grunderna. Inte heller ska fetma anses vara en diskrimineringsgrund som ska tilläggas direktivet.¹⁶²

3.3.5.3 Fetma som funktionshinder

Domstolen erinrade inledningsvis om definitionen av begreppet funktionshinder i direktivets mening vilken utarbetats med anledning av ratificeringen av CRPD: Begreppet funktionshinder ska förstås som *en begränsning till följd av bland annat varaktiga fysiska, psykiska eller*

¹⁵⁸ Mål C-354/13, p. 16-29.

¹⁵⁹ Mål C-354/13, p. 30.

¹⁶⁰ Se avsnitt 3.3.1.4.

¹⁶¹ Tidigare art. 13 i Amsterdamfördraget.

¹⁶² Mål C-354/13, p. 32-37.

mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. Domstolen påpekade att i begreppet ligger inte bara en omöjlighet att utöva yrkesverksamhet utan även svårigheter i utövandet av yrkesverksamhet. Begreppet funktionshinder i direktivets mening är heller inte beroende av den bakomliggande orsaken till personens tillstånd, såsom att personen själv bidragit till tillståndet, då en sådan tolkning skulle strida mot direktivets syfte att genomföra principen om likabehandling. Definitionen av funktionshinder i direktivets mening kommer slutligen före fastställandet och bedömningen av anpassningsåtgärder som arbetsgivaren kan vara skyldig att vidta. Att Kaltofts arbetsgivare inte vidtagit några anpassningsåtgärder utgjorde följaktligen inte en relevant omständighet när det kom till att fastställa huruvida Kaltofts fetma var att anse som ett funktionshinder i direktivets mening.¹⁶³

Däremot, anförde domstolen, utgör fetma inte automatiskt ett funktionshinder i direktivets mening då fetma som sådan inte med nödvändighet motverkar den berörda personens fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. För det fall en persons fetma medför en begränsning, till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka personens fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare och begränsningen är varaktig kan dock fetma omfattas av begreppet funktionshinder i direktivets mening. Som exempel nämnde domstolen begränsad rörlighet eller ett sjukdomstillstånd som hindrar personen från att utföra *sitt* arbete eller som gör det svårt *att utöva yrkesverksamhet*.¹⁶⁴ Här fordras en förklaring: Generaladvokat Niilo Jääskinen finner mot bakgrund av domstolens avgörande C-303/06 (Coleman) att arbetslivsdirektivet uppställer skydd vid föreliggandet av ett varaktigt tillstånd som begränsar en persons fulla och verkliga deltagande i arbetslivet *i allmänhet* på lika villkor som personer som saknar detta tillstånd. Det behöver alltså inte göras någon koppling mellan funktionshindret och personens faktiska arbete, utan bara mot arbete i allmänhet, för att direktivet ska vara tillämpligt.¹⁶⁵ Med andra ord, i Kaltofts fall behövde hans fetma inte nödvändigtvis ha hindrat just arbetet som dagbarnvårdare. Beträffande tillståndets varaktighet var i Kaltofts fall ostridigt att han lidit av fetma under en lång tid, varför kravet på varaktighet var uppfyllt. Det ankom slutligen på den nationella domstolen att avgöra huruvida Kaltofts tillstånd kunde anses ha medfört någon begränsning för honom under de 15 år som han varit anställd hos kommunen.¹⁶⁶

¹⁶³ Mål C-354/13, p. 53-57.

¹⁶⁴ Mål C-354/13, p. 58-60.

¹⁶⁵ Kaltoft, Förslag till avgörande av Niilo Jääskinen, föredraget den 17 juli 2014, p. 38.

¹⁶⁶ Mål C-354/13, p. 61-62.

3.3.5.4 Någotning om funktionshindrets grad samt felaktigt förmodat funktionshinder

Jääskinen finner, mot bakgrund av WHO:s klassifikationssystem enligt vilket sjukdomen fetma delas in i tre grader där grad 3 benämns som svår, extrem eller sjuklig fetma, att endast fetma av grad 3 bör kunna utgöra funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening. Jääskinen finner nämligen att endast grad 3 torde kunna ge upphov till typiska begränsningar såsom problem med rörlighet, uthållighet och sinnesstämning.¹⁶⁷ Som vi sett berörs Jääskinens resonemang i denna del inte av domstolen.

Ytterligare en fråga som dryftas av Jääskinen är frågan huruvida ett felaktigt förmodat funktionshinder, såsom att en arbetsgivare behandlar en arbetstagare illa på grund av ett omotiverat antagande att arbetstagaren har ett funktionshinder, omfattas av arbetslivsdirektivets skydd. Dock tar Jääskinen, mot bakgrund av att det i fallet inte hade bestridits att Kaltoft var ”fet”, inte ställning till denna rättsfråga vilken inte heller berörs av domstolen.¹⁶⁸

3.3.5.5 Någotning om funktionshinder till följd av fetma

Mark Butler lyfter några viktiga frågor i en kommentar till det, vid tiden, stundande avgörandet i mål C-354/13 (Kaltoft). Butler framhåller fetma kan ge upphov till såväl fysiska som psykiska samt, till viss grad, även mentala funktionshinder. Med detta synsätt blir frågan huruvida fetma utgör ett funktionshinder, så snart som ett funktionshinder orsakat av fetman konstaterats, irrelevant. Arbetsgivarens skyldighet att vidta anpassningsåtgärder kan vidare, med detta synsätt, resultera i krav på anpassningsåtgärder av annan art än de man typiskt sett förknippar med fetma. Vidare aktualiserar, menar Butler, fallet Kaltoft frågan kravet på varaktighet i relation till periodvis återkommande, s.k. fluktuerande, funktionshinder då fetma, åtminstone i teorin, skulle kunna vara ett sådant tillstånd eller, periodvis, ge upphov till andra funktionshinder.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Kaltoft, Förslag till avgörande av Niilo Jääskinen, föredraget den 17 juli 2014, p. 50, 56.

¹⁶⁸ Kaltoft, Förslag till avgörande av Niilo Jääskinen, föredraget den 17 juli 2014, p. 48-49.

¹⁶⁹ Butler, Mark: *Obesity as A Disability: The Implications Or Non-Implications of Kaltoft*, European Journal of Current Issues, vol. 20, nr. 3, 2014, tillgänglig via <http://webjcli.org/article/view/358/466> (senast hämtad 2015-12-01).

4 Funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen

4.1 Om diskrimineringslagen

Den 1 januari 2009 trädde diskrimineringslagen i kraft. Lagen ersatte sju tidigare lagar, däribland lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder och lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering.¹⁷⁰ Genom diskrimineringslagen genomfördes ett antal EU-direktiv, däribland likabehandlingsdirektivet, slutligt i Sverige.¹⁷¹

Lagen syftar enligt 1 kap. 1 § till att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. Diskrimineringsgrunderna anger vem som skyddas av diskrimineringsförbuden och uppräkningsgrunden är uttömmande, några andra diskrimineringsgrunder skyddas alltså inte.¹⁷² I 1 kap. 5 § preciseras, med undantag för diskrimineringsgrunden religion eller annan trosuppfattning, vad som avses med de olika diskrimineringsgrunderna. Syftet ska enligt prop. 2007/08:95 uppfattas som en programförklaring och en markering av avståndstagande från diskriminering som har samband med angivna diskrimineringsgrunder.¹⁷³

Att ”motverka diskriminering” ska förstås som att åstadkomma likabehandling och med likabehandling menas att människor har rätt att bli behandlade som individer på lika villkor. Diskriminering motverkas dels genom de olika diskrimineringsförbuden, dels genom de aktiva åtgärderna. Medan diskrimineringsförbuden tar sikte på motverkandet av konkreta diskriminerande handlingar i individuella fall har de aktiva åtgärderna dessutom som ändamål att motverka diskriminering i mer allmän mening. Att ”på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter” handlar om strävan efter ett samhälle som ger alla möjlighet att utvecklas utifrån individuella egenskaper och förutsättningar samt efter egen förmåga och egna val. Detta ska uppnås genom möjligheten att göra undantag från diskrimineringsförbuden samt genom skyldigheten att vidta aktiva åtgärder.¹⁷⁴

Med diskriminering menas enligt 1 kap. 4 § såväl direkt som indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier, sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera vilket ska ses som ett komplement till de

¹⁷⁰ Fransson & Stüber, 2015, s. 39.

¹⁷¹ Prop. 2007/08:95, s. 476.

¹⁷² Fransson & Stüber, 2015, s. 52.

¹⁷³ Prop. 2007/08:95, s. 485.

¹⁷⁴ Prop. 2007/08:95, s. 79; Fransson & Stüber, 2015, s. 51f.

fem formerna av diskrimineringsförbud. Diskrimineringsförbuden motsvarar de EU-rättsliga diskrimineringsförbuden.¹⁷⁵

Det självständiga diskrimineringsförbudet bristande tillgänglighet syftar till att i praktiken möjliggöra likvärdiga rättigheter och möjligheter på alla samhällsområden för personer med funktionsnedsättning.¹⁷⁶ Tillgänglighet är en mänsklig rättighet och diskrimineringsförbudet är tänkt som en transformation av CRPD.¹⁷⁷ Bestämmelsen om bristande tillgänglighet ersätter tidigare gällande bestämmelser om skäliga stöd- och anpassningsåtgärder som arbetsgivaren var skyldig att vidta för att en arbetstagare med funktionsnedsättning skulle komma i en jämförbar situation med andra arbetstagare. Den nya formen utgör ingen skillnad i sak, utan arbetsgivarens skyldighet/åtgärdernas skälighet samt uppnåendet av en jämförbar situation är avgörande för om bristande tillgänglighet föreligger.¹⁷⁸ Med jämförbar situation ska förstås att personen med funktionsnedsättning ska kunna utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna. Om detta, efter anpassning, inte kan uppnås har personen inte sakliga förutsättningar för arbetet.¹⁷⁹

Av 2 kap. framgår att diskriminering är förbjuden på en rad olika samhällsområden, däribland arbetslivet i vid mening, utbildning, hälso- och sjukvården samt socialtjänsten m.m.

5 kap. behandlar ersättning och ogiltighet. Bl.a. följer av 3 § 2 st. att en uppsägning som skett i strid med diskrimineringslagen kan förklaras ogiltig. Av 1 § följer att den, som enligt 2 § kan göras rättsligt ansvarig, ska betala diskrimineringsersättning till den som kränkts vid brott mot diskrimineringslagen. I prop. 2007/08:95 återfinns rubriken ”Det ska kosta att diskriminera”.¹⁸⁰ Regeringen har därmed avsett att genom diskrimineringslagen skapa kraftfulla och avskräckande påföljder vid diskriminering samtidigt som den enskilde ska få upprättelse för kränkningen. Diskrimineringsersättningen är således tänkt att ha såväl en preventiv som en reparativ funktion.¹⁸¹ Huruvida ersättningsnivåerna verkligen kommit att nå upp till regeringens ambitioner har dock ifrågasatts.¹⁸² Här ska endast kort konstateras att utdömda belopp har varierat mellan 30 000 och 175 000 kronor.¹⁸³

¹⁷⁵ Fransson & Stüber, 2015, s. 61ff. Se även avsnitt 3.2.

¹⁷⁶ Ds 2010:20, s. 19ff.

¹⁷⁷ Fransson & Stüber, 2015, s. 79f.

¹⁷⁸ Fransson & Stüber, 2015, s. 112; Swanstein & Henrikz, 2014, s. 30f.

¹⁷⁹ Prop. 1997/98:179, s. 40f; Fransson & Stüber, 2015, s. 68.

¹⁸⁰ Prop. 2007/08:95, s. 390.

¹⁸¹ Prop. 2007/08:95, s. 398.

¹⁸² Se bl.a. Örnerborg, Elisabeth: *Tvåårig lag redan tandlös*, Lag & Avtal, 2012-09-20, tillgänglig via <http://www.lag-avtal.se/nyheter/diskriminering/lagstiftning/article3542944.ece> (senast hämtad den 2015-11-11).

¹⁸³ Fransson & Stüber, 2015, s. 491ff.

4.2 Funktionsnedsättning

Att Sverige som stat är skyldig att implementera EU-rätten, i det här fallet arbetslivsdirektivet inklusive EU-domstolens tolkning av dess bestämmelser, följer av fördragen.¹⁸⁴ Begreppet funktionsnedsättning får därför förmodas möta EU-rättens krav. Här kan tilläggas att det i prop. 2013/14:198, mot bakgrund av avgörandena C-13/05 (Chacón Navas) och förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge) konstateras att "... det EU-rättsliga begreppet såvitt nu är aktuellt överensstämmer med den legaldefinition av funktionshinder som finns i diskrimineringslagen."¹⁸⁵ I det följande redogörs, utifrån antagandet att Sverige uppfyller arbetslivsdirektivets krav men med vetskap om att direktivet enligt dess art. 8 uppställer minimikrav, för begreppet funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening.

4.2.1 Från funktionshinder till funktionsnedsättning

Den 1 januari år 2015 ändrades begreppet funktionshinder till funktionsnedsättning i bl.a. diskrimineringslagen.¹⁸⁶ Ändringen var, underströk regeringen, rent språklig. Den skulle alltså inte innebära någon ändring i sak men motiverades ändå av flera skäl:

4.2.1.1 "Neutralt beskrivande och inte stigmatiserande"

I departementspromemorian konstateras att begrepp som funktionshinder och funktionsnedsättning är dynamiska – de är föremål för diskussion och omtolkning i takt med att samhället förändras. Uttrycket (personer med) funktionshinder som beteckning på enskilda människors funktionsförmåga, menade man, hade kommit att ifrågasättas då det uppfattades bidra till osynliggörande av att hindren för delaktighet i samhället främst finns i omgivningens otillgängliga miljö eller organisation, begränsande attityder osv. Begreppet funktionshinder skulle, enligt promemorian, istället antyda att begränsningarna främst ligger hos den enskilde.¹⁸⁷ I förarbetena framhålls vikten av att, vid valet av termer och begrepp för författningstext och andra officiella texter, ta stor hänsyn till hur de människor som är närmast berörda uppfattar visst språkbruk. Även om olika individer har olika uppfattning om begreppen hade uttrycket funktionsnedsättning

¹⁸⁴ Se bl.a. art 291 FEUF om medlemsstaternas skyldighet att implementera EU-rätten. Jämför Craigh & Burca, 2015, s. 142f.

¹⁸⁵ Prop. 2013/14:198, s. 49.

¹⁸⁶ Lagen (2008:568) om diskrimineringsombudsmannen, skollagen (2010:800) och lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

Begreppsändringen hade tidigare förespråkats i bl.a. SOU 2010:7 *Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter – ett systematiskt målinriktat arbete på tre samhällsområden*, s. 23.

¹⁸⁷ Ds 2010:20, s. 45f.

kommit att förespråkas av organisationer företrädandes personer med funktionsnedsättning då det uppfattades som neutralt beskrivande och inte stigmatiserande.¹⁸⁸ Mot uttrycket funktionsnedsättning kunde, enligt promemorian, invändas att det i talspråk riskerar att åtföljas av uttryck som ”funktionsnedsatta” (underförstått personer) vilket skulle kunna ha en mer stigmatiserande konnotation än exempelvis ”funktionshindrade”. Denna nackdel, menade man, väger dock mindre tungt då det i skrivna text inte är svårt att undvika sådana uttryck. I talspråk, framhölls slutligen, varierar vilka uttryck och hur de används oavsett vad författningstexten säger.¹⁸⁹

4.2.1.2 Eftersträvandet av en enhetlig terminologi

I Socialstyrelsens termbank rekommenderas, som vi tidigare sett, begreppet funktionsnedsättning för att beskriva nedsättning av en persons funktionsförmåga medan begreppet funktionshinder rekommenderas för att beskriva begränsningar som en funktionsnedsättning innebär för en person i relation till omgivningen. Rekommendationen innebär alltså att uttrycket funktionsnedsättning skulle förstås i den betydelse som uttrycket funktionshinder hade i diskrimineringslagens mening. En enhetlig terminologi ansågs eftersträvansvärt, även i förhållande till den svenska versionen av CRPD vilken översatts enligt Socialstyrelsens rekommendation.¹⁹⁰ Beträffande faktum att begreppet funktionshinder används i den svenska översättningen av arbetslivsdirektivet konstateras kort att vilken term som används inte på något vis är avgörande för om Sverige uppfyller sina unionsrättsliga åtaganden – däremot får rättens *materiella* skydd inte vara sämre än vad EU-rätten kräver.¹⁹¹

Den juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet höll i sitt remissvar med om att begreppsändringen inte skulle innebära någon ändring i sak, inte heller beträffande genomförandet av EU-rätten. Fakultetsstyrelsen ställde sig likväl negativ till begreppsändringen så länge den inte motsvarades av en ändring i den svenska översättningen av den EU-rättsliga regleringen som bl.a. genom diskrimineringslagen implementerats svensk rätt. I yttrandet anges dock inte närmare skälen till denna inställning.¹⁹²

4.2.1.3 AD 2015 nr 57

AD 2015 nr 57 är det första avgörandet sedan begreppsändringen den 1 januari 2015. I målet prövades uppsägningen av en person som hade AD(H)D, narkolepsi och dyslexi mot lagen om anställningsskydd och diskrimineringslagen. AD gjorde i likhet med tingsrätten bedömningen att AD(H)D och dyslexi utgör funktionsnedsättningar i diskrimineringslagens

¹⁸⁸ Prop. 2013/14:198, s. 48; Ds 2010:20, s. 49f.

¹⁸⁹ Ds 2010:20, s. 52.

¹⁹⁰ Prop. 2013/14:198, s. 48f; Ds 2010:20, s. 50f.

¹⁹¹ Prop. 2013/14:198, s. 49; Ds 2010:20, s. 51f.

¹⁹² Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet: Remiss: Bortom fagert tal – Om bristande tillgänglighet som diskriminering, J Ä1Dnr LUR 2010/49, 2010-10-29 (utarbetat av Ann Numhauser-Henning).

mening. Beträffande narkolepsin hade den berörda personen inte presenterat någon utredning om på vilket sett denna begränsade personens funktionsförmåga. AD tog inte ställning i frågan men anförde att narkolepsi i regel torde vara en sådan diagnos som uppfyller lagens definition. I domen används genomgående formuleringar såsom ”Har bolaget haft kännedom om D.P: s A(D)HD, narkolepsi och dyslexi?”¹⁹³

4.2.2 Begreppets innebörd

Diskriminering på grunden *funktionshinder* var före diskrimineringslagens ikraftträdande förbjuden enligt flera lagar.¹⁹⁴ Den rättsliga definitionen av funktionshinder ändrades inte i förhållande till denna tidigare lagstiftning.¹⁹⁵ Med funktionsnedsättning menas enligt diskrimineringslagens 1 kap 5 § p. 4

”varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.”

Specifikt för diskrimineringsgrunden är, tillsammans med grunden könsöverskridande identitet eller uttryck, att den inte omfattar alla människor - det är bara vissa människor som har en funktionsnedsättning.¹⁹⁶ Begreppet ska, mot bakgrund av EU-domstolens praxis, relateras dels till individens personliga egenskaper, dels till relationer mellan individen och omvärlden vilka leder till begränsningar av individens funktionsförmåga.¹⁹⁷ I det följande kommenteras rekvisiten som handlar om individens personliga egenskaper.

4.2.2.1 Vilka tillstånd omfattas?

Begränsningen av en persons funktionsförmåga kan vara av fysisk, psykisk eller begåvningsmässig karaktär. Den kan ha uppstått till följd av en skada eller en sjukdom eller vara medfödd. Hur skadan eller sjukdomen uppstått, såsom att den kan anses självförvållad, är oväsentligt.¹⁹⁸ Inte heller fordras en medicinsk diagnos beträffande den bakomliggande skadan eller sjukdomen. Som exempel nämns i SOU 1997:176 funktionsnedsättning orsakad av oral galvanism eller elöverkänslighet, enligt betänkandet att betrakta som svårdiagnosticerade sjukdomar. Det är funktionsnedsättningen som dessa, och andra, sjukdomar medför och inte diagnosen som sådan som är avgörande för frågan om en person omfattas av legaldefinitionen eller inte.¹⁹⁹

¹⁹³ AD 2015 nr 57.

¹⁹⁴ Bl.a. lagen (1999:132) och lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering.

¹⁹⁵ Prop. 2008/09:95, s. 122f. I det följande används för enkelhetens skull genomgående uttrycket funktionsnedsättning.

¹⁹⁶ Fransson & Stüber, 2015, s. 109.

¹⁹⁷ Fransson & Stüber, 2015, s. 109f.

¹⁹⁸ Prop. 2008/09:95, s. 123.

¹⁹⁹ SOU 1997:176 *Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*, s. 106f.

Utifrån regleringens syfte att motverka diskriminering argumenterades för en allmän, vidare definition av personkretsen. Dess närmare omfattning lämnades till rättstillämpningen i syfte att undvika en definition som, med hänvisning till bl.a. den medicinska vetenskapens framsteg och upptäcker, lätt skulle riskera att bli föråldrad.²⁰⁰ Så har bl.a. diabetes, multipel skleros, födoämnesallergi och kroniskt trötthetssyndrom ansetts vara funktionsnedsättningar. Samtliga rättsfall rör frågan huruvida uppsägning av en arbetstagare med viss funktionsnedsättning varit sakligt grundad. Att arbetstagarens tillstånd utgjorde en funktionsnedsättning ifrågasätts inte i domarna.²⁰¹

4.2.2.2 Funktionsnedsättningens omfattning och varaktighet

Av förarbetena framgår att det inte krävs någon särskild grad eller omfattning av funktionsnedsättning för att en person ska omfattas av lagstiftningens skydd. Avgörande är istället förekomsten av *någon* begränsning av funktionsförmågan (som relaterad till en specifik situation ”blir” en funktionsnedsättning).²⁰² I förarbetena anges heller inget tidsmätt beträffande bestämmelsens krav på att funktionsnedsättningens varaktighet.²⁰³ EU-domstolen har som bekant uttalat att begränsningen att funktionsförmågan ska bestå under ”en längre tid”.²⁰⁴ Tine Eidsvaag hävdar med stöd att brittisk lagstiftning och rättspraxis att 12 månader är en lämplig tidsram.²⁰⁵ Andreas Inghammar finner med stöd av lagen (1982:80) om anställningsskydd att 12 månader torde vara en tumregel att hålla sig till.²⁰⁶ Även Fransson & Stüber anser 12 månader utgöra en lämplig gräns för varaktighet.²⁰⁷ Genom rehabilitering kan funktionsnedsättningen per definition försvinna vilket medför att skyddet upphör.²⁰⁸ Handikappförbundets samarbetsorgan ställde sig inför införandet av nuvarande lagstiftning kritisk till kravet på varaktighet och exemplifierade hur detta exempelvis skulle kunna resultera i en situation där en person nekas anställning för att hen kommer till anställningsintervjun i rullstol. Man menade att det i den aktuella typen av situation borde finnas möjlighet att driva en skadeståndstalan oavsett möjligheten att styrka rörelsehindrets

²⁰⁰ Prop. 1997/98:179 *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet för personer med funktionshinder*, s. 33; SOU 1997:176, s. 107f.

²⁰¹ AD 2003 nr 47 (Diabetes); AD 2005 nr 32 (Multipel skleros); AD 2006 nr 97 (Födoämnesallergi); AD 2009 nr 60 (Kroniskt trötthetssyndrom). De rättsfall som avgjordes före diskrimineringslagens ikraftträdande äger, med hänvisning till den oförändrade definitionen, alltjämt giltighet.

²⁰² Prop. 1997/98:179, s. 33; Fransson & Stüber, 2015, s. 111.

²⁰³ Jämför prop. 2007/08:95, s. 123.

²⁰⁴ Se bl.a. förenade målen C-335/11 och C-337/11, p. 41.

²⁰⁵ Eidsvaag, Tine: *Handlaus gjæte: Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*, 2009, s. 170.

²⁰⁶ Inghammar, 2007, s. 282.

²⁰⁷ Fransson och Stüber, 2015, s. 112.

²⁰⁸ Prop. 1997/98:179, s. 34.

varaktighet.²⁰⁹ I prop. 2007/08:95 konstateras att det, bl.a. mot EU-domstolens praxis, inte finns anledning att utöka definitionen till att omfatta icke-varaktiga tillstånd.²¹⁰

4.2.2.3 Inget krav på funktionsnedsättningens omedelbara närvaro

Diskrimineringslagen ställer inte krav på att en funktionsnedsättning ska föreligga just när den diskriminerande handlingen äger rum. Sålunda täcks situationer där en persons funktionsförmåga tidigare har varit begränsad och en diskriminerande handling företas på grund av en felaktig bedömning av personens funktionsförmåga. Lagen täcker även situationer där en persons funktionsförmåga kan förväntas bli nedsatt framtiden. Dessa begränsningar avser till exempel ”hiv-positiva” men även andra sjukdomar med progressivt förlopp, såsom cancer och multipel skleros, kan komma i fråga. En förutsättning är att personen i fråga är bärare av en sådan sjukdom. Att endast bära på ett anlag för en sjukdom som typiskt sett medför nedsättningar av funktionsförmågan räknas alltså inte.²¹¹ Från och med införandet av 2008 års diskrimineringslag omfattar diskrimineringsförbudet även felaktigt antagna funktionsnedsättningar, d.v.s. antaganden som helt saknar grund.²¹² Slutligen följer både av EU-domstolens avgörande i mål C-303/06 (Coleman) och prop. 2002/03:65 att personer som har anknytning till en person med funktionsnedsättning omfattas av definitionen då begreppet funktionsnedsättning ska tolkas extensivt.²¹³

4.2.2.4 Gränsdragningen mellan funktionsnedsättning och sjukdom

Följande referat har tagits med i uppsatsen som exempel för att belysa att gränsdragningen mellan vad som, rättsligt, anses vara en funktionsnedsättning och vad som anses vara en sjukdom inte är helt klart. Läsaren uppmanas fundera över om personens tillstånd skulle kunna anses utgöra en funktionsnedsättning.

I **AD 2014 nr 41** prövades uppsägningen av en person som led av fibromyalgi samt tillkommande besvär i form av bl.a. migrän, trötthet och ledvärk mot lagen (1982:80) om anställningsskydd. Personen hade sedan år 1992 varit helt eller delvis sjukskriven. AD gjorde bedömningen att personens *sjukdom* var att anse som ”delvis skovbaserad” eftersom att symptomen kunde variera över tid, bl.a. beroende av vilka fysiska och psykiska påfrestningar personen utsattes för. AD fann att uppsägningen inte varit sakligt grundad och uppsägningen förklarades därmed ogiltig.

²⁰⁹ Handikappförbundets samarbetsorgan: Handikappförbundets samarbetsorgans yttrande över ”En sammanhållen diskrimineringslagstiftning”, SOU 2006:22, Dnr Ju2006/1926/IM, 2006-09-28.

²¹⁰ Prop. 2007/08:95, s. 123.

²¹¹ Prop. 2007/08:95, s. 123.

²¹² Prop. 2007/08:95, s. 123; Fransson & Stüber, 2015, s. 113.

²¹³ Mål C-303/06; prop. 2002/03:65 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*, s. 91.

Arbetsgivaren förpliktades att till personen betala ett allmänt skadestånd om 75 000 kronor.²¹⁴

²¹⁴ AD 2014 nr 41.

5 Diskursen om personer med funktionsnedsättning

5.1 Utgångspunkter för analysen

I det föregående har redogjorts för CRPD: s definition av personer med funktionsnedsättning, funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening samt funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen. Materialet ligger inte bara till grund för besvarandet av frågeställningarna om vad som är gällande rätt utan utgör även underlag för uppsatsens undersökning av den rättsliga diskursen om personer med funktionsnedsättning. I det följande ska den rättsliga diskursen om personer med funktionsnedsättning, såsom skapare av sociala identiteter, relationer mellan människor och kunskapssystem, således analyseras. *Vad* sägs, *hur* sägs det och *vilka konsekvenser* kan utsagorna föra med sig?

I uppsatsens inledande kapitel har bl.a. konstaterats att verkligheten, enligt ett socialkonstruktionistiskt synsätt, inte kan uppfattas i objektiv form. Istället används språket för begripliggörande av olika fenomen. Utsagor, bl.a. i form av texter och tal, utgör en slags brygga mellan den objektiva verkligheten och social verklighet, vilken kan uppfattas och därmed betraktas som verklig och sann. Jag betraktar i tur och ordning texter hänförliga till CRPD, arbetslivsdirektivet samt diskrimineringslagen. Analysen koncentreras kring *föreställningar* och *värderingar*. Begreppen har utformats med de socialkonstruktionistiska utgångspunkterna i åtanke.

Med *föreställningar* menas att jag söker iaktta ett kritiskt förhållningssätt till självklar kunskap eller den förhärskande verklighetsuppfattningen. Här finns anledning att återkomma till normen om funktionsfullkomlighet vilken kan synliggöras genom abstraktionen gemene man. Gemene man är en idealiserad individ som rör sig friktionsfritt i samhällssystemet eftersom det anpassats just efter hans förutsättningar. Hans manövrer ifrågasätts inte då de utgör självklar och i det närmaste osynlig kunskap. Individer bör enligt verkligheten som vi känner den, för att betraktas som normala avspegla gemene man. Jag anser att det även efter en mycket hastig utblick i samhället framstår som klart att gemene man är funktionsfullkomlig. En jämförelse med, exempelvis, de diskrimineringsgrunder som anges i 1 kap. 4 § diskrimineringslagen talar vidare om för oss att gemene man har en viss sexualitet, en viss könsidentitet, en viss etnicitet etc. CRPD, arbetslivsdirektivet liksom diskrimineringslagen kan sägas syfta till att möjliggöra lika möjligheter för personer som *inte* representerar gemene man i en viss situation eller kontext. Regleringen synes mig, mot bakgrund av hur samhället ser ut, nödvändig. Analysen koncentreras därför kring huruvida de rättsliga texterna på något vis går utöver vad som skulle kunna benämnas som en nödvändig kategorisering. Jag undersöker om och i sådant fall i vilken utsträckning funktionsnedsättningen beskrivs som en egenskap

hos en person. Utgörs, enligt de rättsliga texterna, samhället av ”funktionsfullkomliga” och ”andra”?

Med *värderingar* menas att jag studerar i vilka ordalag personer med funktionsnedsättning eller en viss person och/eller dennes funktionsnedsättning beskrivs mer allmänt. Vad kan utsagorna sägas implicera? Här ska bl.a. erinras om att kunskap och social handling går hand i hand så till vida att en konstruktion av verkligheten innehåller mönster av social handling samtidigt som den utesluter andra, alternativa sätt att vara eller handla. Slutligen ska erinras om diskursens ideologiska effekter eller diskursen som maktmedel vilken, oavsett om det sker med avsikt eller inte, kan befästa social ojämlikhet.

5.2 CRPD och dess diskurs

5.2.1 Föreställningar

I art. 1 anges att personer med funktionsnedsättning bl.a. är personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra.

Definitionen tillämpar ett personen först-perspektiv. Definitionen inrymmer vidare andra personer i syfte att understryka att personer med funktionsnedsättning har rätt att delta fullt och verkligt i samhället på lika villkor som dessa andra. Skrivelsen synes syfta till att avgränsa personkretsen men går i min mening inte utöver vad som krävs för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning ska kunna komma i åtnjutande av sina mänskliga rättigheter, vilket är CRPD:s övergripande mål.

5.2.2 Värderingar

Som vi sett angavs i förslaget till konventionstexten även sjukdomar och tillstånd såsom omständigheter bestämmande för huruvida en person skulle anses falla inom definitionen. Bruce menar att ”tillstånd” hade kunnat inkludera även de personer som i allmänhet inte identifierar sig med begreppet funktionsnedsättning. Detta individuella förhållningssätt skulle antingen kunna motiveras av att personen i fråga associerar begreppet funktionsnedsättning med någonting negativt. Kanske har personen blivit illa bemött då denne tidigare anslutit sig till kategorin eller så har personen av någon anledning farhågor om att så skulle kunna bli fallet. Det skulle också kunna vara så att personen i fråga faktiskt inte betraktar sitt tillstånd som någon form av ”nedsättning”. Att en person på något vis avviker från någon norm behöver inte nödvändigtvis betyda att personen betraktar sin funktionalitet som nedsatt.

Vid förhandlingarna fanns vidare en medvetenhet om att konventionen skulle komma att skapa ett porträtt av personer med funktionsnedsättning som skulle få verkningar även utanför regleringen som sådan. Antagandet av konventionen syftade inte bara till att säkerställa personer med funktionsnedsättnings åtnjutande av sina mänskliga rättigheter utan även till att förändra den allmänna synen på personer med funktionsnedsättning. Ord och begrepp som ansågs ha paternalistiska, nedlåtande eller negativa undertoner samt ord och begrepp som ansågs ge upphov till eller förstärka existerande stereotyper förkastades. Språkbruk som ansågs implicera att personer med funktionsnedsättning var sårbara eller i behov av vård avfärdades också.

Målsättningen var alltså att måla ett positivt porträtt av en autonom individ som i sin tur skulle medföra ett paradigmskifte beträffande synen på personer med funktionsnedsättning. Detta avsiktliga producerande och reproducerande är i min mening att se som ett uttryck för en medvetenhet om diskursen. Omsorg vid val av ord som vid ett första påseende kan te sig obetydliga, såsom hälso- och sjukvårdstjänster istället för hälso- och sjukvård, talar enligt mig sitt tydliga språk. Diskursens makt togs på största allvar vid utformningen av CRPD. I min mening hade det varit av stor behållning om CRPD:s definition av personer med funktionsnedsättning även inkluderat tillstånd. Definitionen är, som vi sett, tänkt att vara vid. Även om definitionen som sådan är tänkt att producera och reproducera ett positivt porträtt kan inte bortses från de konsekvenser som ett befintligt porträtt redan kan tänkas föra med sig.

5.3 Arbetslivsdirektivet och dess diskurs

5.3.1 Föreställningar

Arbetslivsdirektivet uppställer skydd vid föreliggande av någon av de i art. 1 angivna diskrimineringsgrunderna. Så ska en allmän ram för bekämpning av diskriminering bl.a. på grund av funktionshinder fastställas. I direktivet används omväxlande skrivelser som ”personer med funktionshinder” (art. 5) och ”funktionshindrade personer” (skäl 16). På samma sätt växlar EU-domstolen och generaladvokaterna mellan skrivelser som kan sägas implicera att ett funktionshinder är någonting som en person har respektive någonting som en person är. Som ett tydligt exempel kan märkas följande citat av Kokott i förslag till avgörande i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge): ”Ett sådant krav skulle också missgynna just *de funktionshindrade vilkas funktionshinder* inte kan kompenseras eller lindras genom hjälpmedel [...]”. Med ”de funktionshindrade” kan förstås att det finns personer som kännetecknas av ett visst funktionshinder och att de därmed skiljer sig från andra, funktionsfullkomliga personer. Med ”vilkas funktionshinder” kan däremot förstås att vissa personer har funktionshinder men att funktionshindret inte säger något om personens egenskaper. Det

senare exemplet representerar ett personens först-perspektiv, vilket tveklöst är att föredra.

5.3.2 Värderingar

Geelhoed konstaterar i förslag till avgörande av mål C-13/05 (Chacón Navas) att begreppet funktionshinder har en inneboende kontextuell känslighet vilket kan leda till att ”vissa fysiska eller psykiska brister” kan komma att betraktas som funktionshinder i en samhällskontext men inte i en annan. Geelhoed använder sig även av uttrycket ”fysisk eller psykisk defekt” för att beskriva vad som menas med funktionshinder. Geelhoed formulerar sig även så att personer med funktionshinder är personer med svåra funktionsnedsättningar vilka orsakats av hälsoproblem eller en ”fysiologisk missbildning”.

Det sätt på vilket Geelhoed beskriver avvikelser från den standardiserade kroppen är troligen inte avsedda att för annat än att beskriva just avvikelser. Generaladvokatens ordval får likväl betraktas som mindre lämpliga. I min mening implicerar såväl ”brister”, ”defekter” och ”missbildningar” att vissa kroppar, inte *har*, utan *är* fel.

Jag finner att Maduros förslag till avgörande i mål C-303/06 (Coleman) skiljer ut sig i flera avseenden. Vi har anledning att återkomma till avgörandet i uppsatsens sjätte kapitel. Här ska endast kort erinras om att Maduro menar att diskriminering av personer med funktionsnedsättning kan ta sig olika uttryck. Förutom att personen med funktionsnedsättning kan diskrimineras i mer direkt mening kan personen diskrimineras genom att personer som hen har anknytning till utsätts för missgynnande behandling. Maduro menar att detta förfaringssätt kan undergräva möjligheterna för personer med funktionsnedsättning att utöva sin rätt till självbestämmande. Han framhåller nämligen att personer med funktionsnedsättning ”ofta [är] mer sårbara än genomsnittet, vilket medför att de blivit beroende av personer, som de har nära anknytning till, för deras hjälp i ansträngningarna att leva ett liv i enlighet med de grundläggande val de gjort.”

Att även Maduro författar sitt förslag till avgörande i bästa välmening kan inte förnekas. Att personer med funktionsnedsättning skulle vara mer sårbara än genomsnittet och därmed mer beroende av andra för att leva ett fullgott liv kan, men behöver inte vara fallet. Maduro synes, beaktat skrivelsen ”ofta”, medveten om detta faktum. Helhetsintrycket kvarstår dock – utsagan lämnar mig med känslan av att det är synd om personer med funktionsnedsättning. Måhända kan denna känsla härledas till att personer med funktionsnedsättning, av Maduro, förmodas behöva hjälp i ”ansträngningarna” att leva ett liv i enlighet med de grundläggande val de gjort. Ordet ansträngningar implicerar ofrånkomligen att det är strävsamt att ha ett kroppsligt, psykiskt eller mentalt tillstånd som avviker från någon norm.

I mål C-363/12 (Z) slog EU-domstolen, i linje med generaladvokat Wahls förslag till avgörande, fast att det faktum att en kvinna saknar livmoder inte kan anses utgöra funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening då tillståndet inte ansågs begränsa kvinnans deltagande i arbetslivet. Såväl EU-domstolen som Wahl beklagar Z: s tillstånd, i det konkreta fallet och i allmänhet. Omöjligheten för en kvinna att vara gravid förmodas av EU-domstolen orsaka henne ”stort lidande”. Z: s tillstånd betraktas av Wahl som ”en stor källa till sorg” för henne samt att det måste framstå som ”djupt orättvist” att inte kunna få barn på traditionellt sätt.

Såväl EU-domstolen som generaladvokat Wahl ger uttryck för stort medlidande med den kvinna som inte kan få barn på traditionell väg i målet (Z). Det förefaller utifrån texterna som att det är synd om Z eftersom hennes funktionshinder omöjliggör en biologisk graviditet. Vidare ses som självklart att kvinnor i allmänhet vill vara gravida. Jag ifrågasätter medlidandet med den kvinna som, tack vare anlitandet av en surrogatmamma, har fått ett barn. Att tycka synd om personer med funktionsnedsättning synes mig dels inte konstruktivt i sammanhang där syftet är att tillförsäkra dem rättigheter. Dessutom kan diskursen sägas implicera att det är synd om personer med funktionsnedsättning. Till sist vill jag framhålla att alla kvinnor inte alls vill vara gravida, en graviditet är inte synonymt med någon slags självförverkligande för alla kvinnor. Dessa utsagor symboliserar i min mening en mycket konservativ kvinnosyn.

5.4 Diskrimineringslagen och dess diskurs

5.4.1 Föreställningar

Med funktionsnedsättning menas enligt diskrimineringslagen ”varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.” Legaldefinitionen beskriver hur en persons funktionsförmåga i fysisk, psykisk eller begåvningsmässig mening kan vara begränsad. En person har en funktionsförmåga, som alltså inte är direkt hänförlig till vem personen är.

AD 2015 nr 57 är det första avgörandet sedan begreppsändringen. I domen beskrivs personens funktionsnedsättningar, A(D)HD, narkolepsi och dyslexi, genomgående som diagnoser som personen i fråga har. Så är även fallet i AD 2003 nr 47 Diabetes, AD 2005 nr 32 Multipel skleros, AD 2006 nr 97 Födoämnesallergi och AD 2009 nr 60 Kroniskt trötthetssyndrom. Det kan dock ifrågasättas om skrivningarna är uttryck för ett medvetet ställningstagande från arbetsdomstolen eller om just dessa tillstånd, i allmänhet, brukar beskrivas som diagnoser som någon har. Skrivningen ”hiv-positiva” i prop. 2007/08:95 bryter en annars positiv trend i förarbetena genom att beskriva hiv-diagnosen som en egenskap.

5.4.2 Värderingar

Begreppsändringen från funktionshinder till funktionsnedsättning var, som vi sett, rent språklig. Funktionshinder hade, enligt promemorian, bl.a. kommit att implicera att begränsningarna främst var hänförliga till individen. I förarbetena framhålls vikten av att, vid författande av författningstext och liknande, hänsyn tas till hur de människor som är närmast berörda uppfattar visst språkbruk. Funktionsnedsättning sågs som en lämplig term eftersom den uppfattades som ”neutralt beskrivande och inte stigmatiserande”. Promemorian uppmärksammade vidare faktum att uttrycket funktionsnedsättning, i tal, skulle riskera följas av uttryck som funktionsnedsatta (underförstått personer).

Att ändringen beskrivs som språklig betyder enligt min mening att lagstiftaren var medveten om den rättsliga diskursens makt. Att såväl den tidigare benämningen funktionshinder som den senare benämningen funktionsnedsättning undersöktes i sin samtida betydelse är för mig uttryck för att stor vikt fästes vid att välja det ord som kunde förväntas gynna intresset att personer med funktionsnedsättning betraktas som jämställda med andra personer.

6 Defintionen av funktionshinder och funktionsnedsättning

6.1 Utgångspunkter för analysen

Det finns olika svar på frågan vad som menas med funktionshinder/funktionsnedsättning. Svaret kan variera utifrån situation och kontext – vi betraktar funktionshindret/funktionsnedsättningen som en social konstruktion. Svaret kan också variera utifrån val av förklaringsmodell, såsom en utpräglat medicinsk eller en social modell. En individ kan vidare ha en viss uppfattning om sitt tillstånd som kanske skiljer sig från vad en läkare eller en arbetsgivare anser vara eller inte vara funktionshinder/funktionsnedsättning. Uppsatsens avslutande analys handlar om vad som rättsligt menas med funktionshinder respektive funktionsnedsättning, i arbetslivsdirektivets respektive i diskrimineringslagens mening.

Arbetslivsdirektivet uppställer skydd mot diskriminering som har samband med någon av de i art. 1 angivna grunderna, däribland funktionshinder. Vad som menas med funktionshinder framgår inte av direktivet som inte heller hänvisar till medlemsstaternas respektive rättsordningar. Begreppet har istället, genom EU-domstolens försorg, getts en för unionen självständig och enhetlig tolkning. Vid tolkningen betraktar EU-domstolen begreppet i sitt sammanhang, med det med de aktuella bestämmelserna eftersträvade målet för ögonen. Sverige är som medlemsland skyldig att implementera direktiv i nationell lagstiftning. Arbetslivsdirektivet, som är ett minimidirektiv, har genomförts genom diskrimineringslagen. I lagen används sedan den 1 januari 2015 begreppet funktionsnedsättning. Såväl EU som Sverige har ratificerat FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. CRPD, som antogs av FN:s generalförsamling år 2006 och trädde i kraft år 2008, skapar inte några nya rättigheter utan syftar till att säkerställa personer med funktionsnedsättnings åtnjutande av sina mänskliga rättigheter. Konventionen besvarar frågan vad som är funktionshinder/funktionsnedsättning i ett mänskliga rättigheter-perspektiv. Definitionen är inte uttömmande och framstår enligt ordalydelsen som vid, vilket överensstämmer med intentionerna vid förhandlingarna. Bruce skriver år 2014 att definitionen kan komma att få stor betydelse för rättsutvecklingen världen över. Den lämnar dock, vilket synliggörs av Bruce, ett antal frågor, obesvarade.

I det följande redogörs för de centrala kriterierna när man talar om funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening respektive funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. För enkelhetens skull används begreppet funktionshinder i rubrikerna då analysen utgår från

arbetslivsdirektivets begrepp. Begreppen sätts även i relation till CRPD: s definition av personer med funktionsnedsättning och de antaganden om dess funktionalitet som görs av Bruce. Som vi kommer att se talas om kriterier hänförliga till individens kropp eller sinne och sociala kriterier, som är hänförliga till den situation och kontext som individen befinner sig i.

6.2 Ett socialt synsätt på funktionshinder

I det första avgörandet, mål C-13/05 (Chacón Navas), fastslog EU-domstolen att funktionshinder skulle förstås som ”en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen från att delta i arbetslivet”. Geelhoed förespråkade i sitt förslag till avgörande kriterier och anknytningspunkter istället för en strikt definition. Detta i syfte att lämna utrymme för bejakande av fenomenets medicinska och sociala föränderlighet liksom dess kontextuella känslighet. Definitionen kom dock att kritiseras då den ansågs lägga ett ensidigt fokus på individens fysiska, psykiska eller mentala tillstånd som orsak till att denne förhindrades delta i arbetslivet.

Definitionen kom att ändras genom avgörandet i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge). CRPD utgjorde då en integrerad del av EU: s rättsordning vilket bl.a. innebär att arbetslivsdirektivet så långt som möjligt ska tolkas i överensstämmelse med konventionen. Begreppet funktionshinder ändrades till att omfatta ”en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare”. Den omarbetade definitionen ger enligt Waddington uttryck för att EU-domstolen anammade ett socialt synsätt på funktionshinder, enligt vilket begränsningarna framförallt är hänförliga till den omgivande miljön. Funktionshinder uppkommer alltså då en person begränsas till följd av individuella fysiska, psykiska eller mentala skador som i samspel med olika hinder motverkar personens deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. Frågan huruvida en person omfattas av definitionen av funktionshinder beror numera både av omständigheter hänförliga till personen i fråga och omständigheter hänförliga till den miljö personen befinner sig i.

Även med diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning avses ett socialt synsätt vilket understryks genom det nyligen införda diskrimineringsförbudet bristande tillgänglighet, vilket är avsett att fungera som en transformation av CRPD.

6.3 Individuella kriterier

Bruces prognos är att frågan om en person omfattas av CRPD: s definition ”personer med funktionsnedsättning” kommer att bero av huruvida

personens tillstånd kan anses utgöra funktionsnedsättning, och inte av uppfyllandet av de mer sociala faktorerna. Så synes mig även vara den genomgående trenden för arbetslivsdirektivets och diskrimineringslagens vidkommande. I det följande redogörs för de kriterier som en individs tillstånd måste uppvisa för att tillståndet ska klassas som ett funktionshinder respektive en funktionsnedsättning.

6.3.1 Föreliggandet av funktionshinder som förutsättning för tillämplighet

Som utgångspunkt kan sägas att funktionshindret inte måste vara direkt hänförligt till den person som utsatts för diskriminerande behandling. Av mål C-303/06 (Coleman) framgår nämligen att diskrimineringsskyddets tillämplighet inte är beroende av en bestämd personkategori, utan av föreliggandet av någon diskrimineringsgrund. Principen om likabehandling begränsas inte till personer som själva har ett funktionshinder i direktivets mening då syftet är att bekämpa *alla* former av diskriminering i arbetslivet som grundar sig på, i detta fall, funktionshinder. Att även diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning ska tolkas extensivt framgick sedan tidigare av förarbetena.

Det är dock personen som utsatts för den missgynnande behandlingen som har att göra gällande diskrimineringskyddet, för egen räkning. Colemans arbetsgivare skulle alltså inte, i linje med den argumentation som förs av generaladvokat Maduro, kunnat ställas till svars för att ha utsatt Colemans son för ”en mer subtil form av diskriminering”. Maduros synsätt har onekligen sina poänger. Jag är benägen att hålla med om att det för en person med funktionsnedsättning måste framstå som mycket besvärande att en person i ens närhet missgynnas med anledning av den inbördes anknytningen. Konstruktionen har dock, även vid ett första påseende, vissa brister ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Trots att diskrimineringsmål i allmänhet inte kräver påvisande av uppsåt förefaller det mig mer rimligt att fokus riktas mot den handling vars konsekvenser arbetsgivaren faktiskt kan överblicka. Det får anses tvivelaktigt att Colemans arbetsgivare hade något uppsåt att diskriminera den unge sonen men däremot troligt att arbetsgivaren insåg, eller i vart fall bort inse, att den behandling som Coleman utsattes för var orättfärdig.

Ytterligare en utgångspunkt som framgår av förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge) är att arbetsgivarens ansvar att vidta anpassningsåtgärder och tillhandahålla hjälpmedel för att möjliggöra inkluderingen av en person med funktionsnedsättning i arbetslivet ska ses som följderna av ett konstaterat funktionshinder. Att en arbetstagare har eller saknar ett visst behov säger med andra ord ingenting om huruvida arbetstagaren har en funktionsnedsättning. En annan ordning hade fått det absurda utfallet att en person med en funktionsnedsättning som klarade sitt arbete utan anpassningsåtgärder och hjälpmedel inte skulle åtnjuta något diskrimineringskydd alls. Exempelvis så hade det faktum att Kaltoft (mål

C-354/13) i ett femtontal år klarat sitt arbete utan anpassningsåtgärder eller hjälpmedel uteslutit hans rätt till diskrimineringskydd.

Generaladvokat Kokott menar att nämnda utgångspunkt är särskilt viktig när det kommer till psykiska och mentala funktionshinder eftersom dessa i allmänhet inte hjälps av anpassningsåtgärder och hjälpmedel. Jag anser att Kokotts ståndpunkt är rimlig, givet att ett traditionellt synsätt iaktas beträffande vad som kan vara en anpassningsåtgärd eller ett hjälpmedel. Av det sagda följer att jag tror att det är utomordentligt viktigt att synen på vad som kan vara en anpassningsåtgärd eller ett hjälpmedel vidgas i syfte att i arbetslivet kunna stötta personer med psykiska och mentala funktionsnedsättningar.

6.3.2 Förekomsten av någon begränsning och dess karaktär

Redan i avgörandet C-13/05 (Chacón Navas) fastslogs att med funktionshinder ska förstås en begränsning som hindrar den berörda personen från att delta i arbetslivet.

Begränsningen kan vara en följd av fysiska, psykiska eller mentala skador. I dagsläget har EU-domstolens praxis rört fysiska tillstånd. Anledningen till att psykiska eller mentala tillstånd hittills har lyst med sin frånvaro bland förhandsavgörandena är en intressant fråga som tveklöst har ett komplext svar, vilket inte kan återfinnas i en rättsvetenskaplig undersökning såsom denna. Enligt diskrimineringslagens definition ska med funktionsnedsättning förstås fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga. Förutom ett flertal avgöranden som rört fysiska tillstånd har A(D)HD och dyslexi ansetts utgöra funktionsnedsättningar. CRPD: s definition av personer med funktionsnedsättning innefattar slutligen fysiska, mentala, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar. Som vi ser innefattar samtliga definitioner en fysisk och en psykisk dimension respektive en dimension att hänföra till den berörda personens intellektuella förmåga. CRPD innefattar även tillägget sensoriska funktionsnedsättningar, vilket får förstås som nedsättningar hänförliga till kroppens sinnesorgan och nervsystemet.²¹⁵ Sensoriska funktionsnedsättningar torde kunna ses som en underkategori till exempelvis fysiska funktionsnedsättningar. De tre definitionerna är slutligen relativt kortfattade men bör, i linje med Bruces argumentation om iakttagandet av ett inkluderande förhållningssätt, kunna täcka in många olika tillstånd.

Enligt diskrimineringslagens definition kan funktionsnedsättningen antingen vara medfödd eller förvärvad genom en skada eller sjukdom. Hur skadan eller sjukdomen uppstått är oväsentligt varför även tillstånd som kan anses självförvållade omfattas. Arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder omfattar som utgångspunkt begränsningar till följd av skador. Dessa kan

²¹⁵ Jämför www.ne.se, sökord ”sensoriska funktioner” (senast hämtad 2015-12-04).

även de vara medfödda som i mål C-303/06 (Coleman) och mål C-363/12 (Z) eller orsakade av sjukdom som i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge). Att även tillstånd som kan anses självförvållade, såsom fetma, omfattas framgår av mål C-354/13 (Kaltoft).

En fråga som kan kopplas till funktionshindret som begränsande för den berörda individen är den om funktionshindrets svårighetsgrad. Kokott menar i förslag till avgörande i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge) att det inte framgår av direktivet att det för tillämplighet skulle krävas någon särskild grad av funktionshinder. I förslag till avgörande i mål C-354/12 (Kaltoft) framhålls av Jääskinen att endast svår, extrem eller sjuklig fetma, fetma av grad 3, torde kunna utgöra funktionshinder i direktivets mening. Jääskinen menar nämligen att endast denna svåra fetma skulle kunna ge upphov till *begränsningar* såsom problem med rörlighet, uthållighet och sinnesstämning. För diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning är rättsläget klart. Det krävs ingen särskild grad eller omfattning av funktionsnedsättning för att en sådan ska anses föreligga. Avgörande är istället om tillståndet medför någon påvisbar begränsning för den berörda personen. Det förefaller, beaktat att fokus lagts på funktionshindret som begränsande, troligt att inte heller arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder uppställer något särskilt krav på grad. Såväl ett lindrigare som ett svårare tillstånd kan medföra begränsningar. Detta antagande stöds även av Waddington vilken sätter begreppet i relation till det sociala synsättet på funktionsnedsättning. Även smärre funktionsnedsättningar kan ju, beroende av omgivningens reaktioner, innebära konsekvenser för den enskilde. Beträktat att CRPD representerar ett utpräglat socialt synsätt på funktionsnedsättning och att dess definition inte anger någon särskild grad får Waddingtons antagande anses ha bäring. Avgränsningen mellan vad som utgör ett besvär och vad som utgör ett funktionshinder avgörs således med stor sannolikhet dels utifrån vilken begränsning tillståndet medför, dels utifrån hur länge denna begränsning varar, vilket leder oss in på just varaktighetskravet.

6.3.3 Funktionshindrets varaktighet

Såväl arbetslivsdirektivet som diskrimineringslagen uppställer krav på att funktionshindret eller funktionsnedsättningen ska ha viss varaktighet. EU-domstolen uttalade i mål C-13/05 (Chacón Navas) att funktionshindret måste medföra en begränsning som ”varar under en lång tid”. I de svenska förarbetena återfinns ingen närmare precisering till vad som menas med legaldefinitionens skrivelse ”varaktiga”. Eidsvaag, Inghammar samt Fransson & Stüber har samstämmt uttalat att 12 månader torde vara en lämplig gräns för vad som anses varaktigt eller inte. Även CRPD uppställer krav på varaktighet men ger ingen vidare anvisning om vilket tidsspänn som är att se som varaktigt.

Varaktighetskravet har kritiserats i den svenska lagstiftningsprocessen. Med hänvisning till EU-domstolens praxis ansågs dock inte i prop. 2007/08:95 nödvändigt att utöka definitionen av funktionsnedsättning till att omfatta

icke-varaktiga tillstånd. Handikappförbundets samarbetsorgan problematiserade i sitt remissvar inför 2008 års diskrimineringslag den situation där en person utsätts för missgynnande behandling och funktionsnedsättningens varaktighet inte kan styrkas. Det är dock min åsikt att dessa situationer torde kunna avhjälpas då diskrimineringslagen omfattar även felaktigt antagna funktionsnedsättningar, vilket vi har anledning att återkomma till längre fram i analysen.

En fråga som hänger samman med kravet på varaktighet är hur lagstiftningen ställer sig till periodvis återkommande eller skovbaserade funktionshinder respektive funktionsnedsättningar. Är sådana funktionshinder/funktionsnedsättningar att anse som varaktiga? Ett sådant tillstånd skulle, enligt Butlers synsätt, kunna vara fetma. Man skulle även kunna tänka sig tillstånd av fysisk smärta eller vissa psykiatriska diagnoser, exempelvis bipolär sjukdom. Dessa tillstånd utgör periodvis återkommande begränsningar. Mellan skoven kan nämligen tänkas att den berörda personen kan utföra sitt arbete som vanligt. Varken arbetslivsdirektivet, diskrimineringslagen eller CRPD ger något svar på frågan huruvida periodvis återkommande funktionshinder/funktionsnedsättningar omfattas. Att en person kan vara delvis arbetsför och ändå omfattas av begreppet funktionshinder framgår av förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge). Detta ger dock ingen ledning i en situation där en person växlar mellan tillstånd i vilket personen kan arbeta som vanligt och tillstånd i vilket personen är helt oförmögen att arbeta. Ett tänkbart svar på frågan är, enligt mig, att ett skovbaserat tillstånd skulle kunna anses varaktigt om det styrks av en läkare ställd diagnos. I och med diagnosen skulle funktionsnedsättningens närvaro kunna anses styrkt, även i fall där den inte gör sig ständigt påmind.

6.3.4 Funktionshindrets omedelbara närvaro

Det finns ytterligare frågor som kan härledas till funktionshindret respektive funktionsnedsättningens placering i tiden. Diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning uppställer inte krav på föreliggandet av en funktionsnedsättning i stunden då en diskriminerande handling äger rum. Lagen täcker situationer där en person rehabiliterats från en tidigare funktionsnedsättning men likväl utsätts för missgynnande behandling. Denna situation har inte varit föremål för EU-domstolens prövning varför rättsläget får anses oklart. Inte heller CRPD ger, som vi sett, någon ledning i frågan. Diskrimineringslagen täcker vidare framtida funktionsnedsättningar. Med detta menas att en persons funktionsförmåga till följd av en diagnos kan förväntas bli nedsatt i framtiden. Med diagnos avses att personen är bärare av en sjukdom med progressivt förlopp, exempelvis hiv-infektion, vissa former av cancer eller multipel skleros. Lagen innefattar alltså inte situationen där en person endast bär på anlag för en sjukdom som typiskt sett medför nedsatt funktionsförmåga. Rättsläget beträffande framtida funktionshinder i arbetsdirektivets mening är oklart. Så är även fallet för CRPD: s vidkommande. Slutligen innefattar diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning även felaktigt antagna funktionshinder – situationen

där en person utsätts för diskriminerande behandling av exempelvis en arbetsgivare utifrån dennes förmodande att personen har en funktionsnedsättning. Frågan aktualiseras av Jääskinen i avgörandet C-354/13 (Kaltoft). Jääskinen finner dock inte skäl till ett ställningstagande då Kaltofts fetma inte bestridits av någon av parterna. Frågan kommenteras inte i EU-domstolens avgörande varför rättsläget är att betrakta som oklart.

Bruce ställer prognos för samtliga rättsfrågor som utifrån CRPD: s definition lämnas obesvarade. Hon menar, iakttaget konventionens sociala synsätt på funktionsnedsättning, att den troligen innefattar de situationer som redogjorts för ovan eftersom konventionen ser omgivningens roll snarare än individens kroppsliga tillstånd som konstituerande en funktionsnedsättning. Bruce framhåller dock att argument kan ha svagare styrka beträffande felaktigt antagna funktionsnedsättningar då flertalet konventionsstater ställde sig negativa till innefattandet av sådana tillstånd vid förhandlingarna. Givet att även arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder representerar ett socialt synsätt kan utifrån Bruces prognos göras ett försiktigt antagande – funktionshindrets omedelbara närvaro då en diskriminerande handling företas utgör inte nödvändigtvis ett krav.

6.3.5 Fördragsrättsliga gränser i förhållande till nya diskrimineringsgrunder

I målen C-13/05 (Chacón Navas) och C-354/13 (Kaltoft) aktualiserades frågan huruvida EU-rätten uppställer skydd mot diskriminering på grunden sjukdom respektive grunden fetma. Frågan besvarades, med hänvisning till de befogenhetsgränser som uppställs i fördragen, nekande. Unionens befogenheter kan nämligen inte, beaktat att varken sjukdom eller fetma nämns i fördragen, utsträckas till att omfatta åtgärder som innebär och uppställer förbud mot diskriminering på grund av sjukdom eller fetma som sådan. Inte heller kan en hänvisning till den allmänna principen om likabehandling användas för att utvidga det materiella tillämpningsområdet för art. 19 FEUF, vilken i dagsläget utgör fördragsrättslig grund för arbetslivsdirektivet. Däremot kan såväl sjukdom som fetma, givet att tillståndet uppfyller kriterierna för funktionshinder, utgöra funktionshinder och därmed berättiga till diskrimineringsrättsligt skydd.

6.3.6 Närmare om gränsdragningen mellan sjukdom och funktionshinder

CRPD: s definition av personer med funktionsnedsättning föreslogs i förhandlingsstadiet inrymma ”funktionsnedsättningar, tillstånd eller sjukdomar”. Bruce påvisar vilka följder en skrivelse som endast innefattar ”funktionsnedsättningar” kan få. Hon finner bl.a. att ett tillstånd som i allmänhet betraktas som en funktionsnedsättning, exempelvis blindhet eller dövhet, automatiskt uppfyller definitionens krav medan personer med vissa

kroniska tillstånd, i regel sedda som sjukdomar, måste påvisa att sjukdomen har konsekvenser som kan anses utgöra funktionsnedsättning. Som vi kommer att se är Bruces prognos träffsäker, såväl för arbetslivsdirektivets som för diskrimineringslagens vidkommande.

Att sjukdom och funktionshinder inte är att likställa med varandra framgår av mål C-13/05 (Chacón Navas). Chacón Navas hade med anledning av en sjukskrivning som varat i åtta månader blivit uppsagd av sin arbetsgivare. Hon gjorde gällande att hon blivit diskriminerad på grund av att hon varit sjukskriven. Den nationella domstolen hade anfört att det kan föreligga ett orsakssamband mellan sjukdom och funktionshinder, någonting inte berörs av EU-domstolen. Geelhoed framhåller i förslaget till avgörande att ett funktionshinders ”bestående karaktär” torde tjäna som en allmän ledning när det kommer till att avgränsa funktionshinder från sjukdom. Som en första utgångspunkt tjänar således varaktighetskravet, vilket redogjorts för ovan, som en parameter som kan användas för att avskilja sjukdom från funktionshinder. Geelhoed framhåller dock att det finns långvariga sjukdomar medförandes funktionsförluster och att dessa egentligen inte skiljer sig från funktionshinder. Funktionsförlusterna måste dock skilja sig från sjukdomen som sådan för att vi ska kunna tala om ett funktionshinder. Det får förmodas att gränsdragningen mellan sjukdom och funktionshinder inte berördes närmare av domstolen eftersom att det inte anförts annat än att Chacón Navas blivit uppsagd på grund av att hon varit sjuk. Den nationella domstolen hade inte heller lämnat information om vilken sjukdom Chacón Navas led av och inte heller något om dess förlopp, förutom att Chacón Navas inte kunde förväntas återgå i arbete i en nära framtid.

I förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge) behandlades däremot gränsdragningen mellan sjukdom och funktionshinder. Av avgörandet framgår att direktivet omfattar av sjukdom orsakade funktionshinder. Sjukdomen kan antingen vara diagnosticerad som obotlig eller övergående. Avgörande är huruvida sjukdomen orsakar en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som i samspel med hinder förhindrar den berörda personen att delta i arbetslivet. En varaktig nedsättning av en persons funktionsförmåga som orsakats av en sjukdom kan alltså omfattas av begreppet funktionshinder. Sjukdomen som sådan är dock, fortsatt, inte att se som ett funktionshinder.

Även diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning omfattar medfödda funktionsnedsättningar och funktionsnedsättningar som uppstått till följd av en skada eller en sjukdom. Däremot fordras ingen medicinsk diagnos beträffande funktionsnedsättningens bakomliggande skada eller sjukdom. I förarbetena framhålls att en diagnos i vart fall är ovidkommande eftersom fokus ska läggas på den funktionsnedsättning som sjukdomen orsakar. Utifrån att ordet ”diagnosticerad” förekommer i EU-domstolens dom (Ring och Skouboe Werge) synes dock en av läkare ställd diagnos vara en förutsättning för att funktionshinder till följd av en sjukdom, i arbetslivsdirektivets mening, ska föreligga.

Gränsdragningen mellan sjukdom och funktionshinder/funktionsnedsättning framstår måhända som klarare i teorin än i praktiken. Detta faktum illustreras väl av avgörandet AD 2014 nr 41. Fallet rör uppsägningen av en kvinna som led av fibromyalgi samt tillkommande besvär i form av migrän, trötthet och ledvärk. Kvinnans tillstånd behandlades som en sjukdom och prövningen skedde därför mot lagen om anställningsskydd. En omständighet som beaktades av Arbetsdomstolen var att kvinnans arbetsförmåga varierade utifrån hur besvären gjorde sig påminda. Sjukdomen betraktades därmed som ”delvis skovbaserad”. Varför prövades kvinnans tillstånd inte även mot diskrimineringslagen? En tänkbar anledning skulle kunna vara att ett skovbaserat tillstånd inte anses varaktigt och på sjukdom grundad funktionsnedsättning därmed inte kan anses föreligga. Jag är dock medveten om att detta resonemang motsäger det försiktiga antagande som, beträffande skovbaserade tillstånd och varaktighet, gjorts ovan.

Kanske har det i Sverige mindre betydelse huruvida det tillstånd som lett till den missgynnande behandlingen prövas som sjukdom eller funktionsnedsättning. I AD 2014 nr 41 utdömdes ett allmänt skadestånd om 75 000 kronor. Ersättningsnivåerna när det kommer till fall av diskriminering har varierat mellan 30 000 och 175 000 kronor. Om de höga intentionerna beträffande diskrimineringsersättningen däremot skulle komma att uppnås kanske gränsdragningen mellan sjukdom och funktionsnedsättning skulle ha större betydelse för den enskilde.

I andra rättsordningar har gränsdragningen mellan sjukdom och funktionshinder stor betydelse redan idag. En konstaterat orättfärdig uppsägning på grunden sjukdom berättigar enligt spansk rätt till skadestånd medan en konstaterat ogiltig uppsägning, på grund av funktionshinder, leder till en ogiltigförklaring av uppsägningen. Måhända hade Chacón Navas tillstånd (mål C-13/05) kunnat anses utgöra funktionshinder. Eftersom sjukdomsbilden inte närmare anges kan endast konstateras att tillståndet hade varat i åtta månader och att hon inte förväntades kunna återgå i arbete inom en närmare framtid. Det kan därmed inte uteslutas att varaktighetskravet hade kunnat anses uppfyllt.

6.4 Sociala faktorer

Med sociala faktorer förstås de hinder som, med anledning av en persons funktionsnedsättning, kan uppställas av dennes omgivning. Enligt CRPD: s definition fordras att funktionsnedsättningens samspel med olika hinder kan motverka den berörda personens fulla och verkliga deltagande i samhället. Bruce gör utifrån definitionen antagandet att uppfyllandet av dessa kriterier inte torde utgöra någon reell svårighet. Bl.a. har ”deltagande i samhället” av CRPD: s övervakningskommitté tolkats brett i den meningen att åtnjutandet av en medicinsk behandling, inte i sig är att klassificera som samhällsdeltagande, fungerar som ett *instrument* för att delta i samhället.

6.4.1 Funktionshinder i förhållande till deltagandet i arbetslivet

Mål C-363/12 (Z) bryter det mönster där fokus lagts på individuella faktorer som bestämmande för arbetslivsdirektivets tillämplighet. Z som saknade livmoder hade använt sig av en surrogatmamma för att få ett biologiskt barn. Tillståndet ansågs inte utgöra funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening eftersom avsaknaden av livmoder, enligt EU-domstolen, inte verkade begränsa Z i hennes yrkesutövning eller i arbetslivet i stort. Avgörandet bekräftar en viktig distinktion mellan CRPD, som täcker samhället i stort, och arbetslivsdirektivet, som alltså endast täcker situationer som omfattas av arbetslivet. Att det fordras någon form av begränsning av den berörda personens yrkesutövning eller personens deltagande i arbetslivet i stort, stod sedan tidigare klart. Det intressanta med fallet (Z) är enligt min mening istället EU-domstolens, liksom generaladvokat Wahls, tolkning av vad som kan anses och vad som inte kan anses begränsa en persons deltagande i arbetslivet.

Vi erinrar oss direktivets syfte: Att bekämpa vissa former av diskriminering i arbetslivet. Vi erinrar oss vidare den tolkningsmodell som EU-domstolen använder sig av: Ett visst begrepp ska betraktas i sitt sammanhang och mot bakgrund av det med de aktuella bestämmelserna eftersträfvade målet. Jag anser det inte självklart att Z: s tillstånd, i samspel med olika hinder, inte motverkade hennes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet. Å ena sidan ansågs Z varken oförmögen eller i svårigheter när det kom till att utföra arbete. Å andra sidan beklagar såväl EU-domstolen som Wahl hennes tillstånd. Jag ställer mig frågande till placeringen av fokus, på frånvaron av livmoder, medan det vid fall av sjukdom istället kommer an på de svårigheter som sjukdomen för med sig. Här ska erinras om Butlers resonemang inför det då stundande avgörandet i mål C-354/13 (Kaltoft). Butler menar att fetma kan ge upphov till såväl fysiska, psykiska som mentala funktionshinder. Med detta synsätt blir frågan huruvida fetma utgör ett funktionshinder, så snart som ett funktionshinder orsakat av fetman konstaterats, irrelevant. Hade utfallet i mål C-363/12 (Z) blivit ett annat om EU-domstolen anlagt ett mer socialt synsätt på funktionshinder? Jag menar att Butlers uppräkningslista bör kompletteras med en social aspekt beträffande vilka hinder ett funktionshinder kan föra med sig. Jag efterlyser därmed en diskussion kring de sociala aspekter som Z: s tillstånd kan sägas ha fört med sig. Är det uteslutet att se möjligheten att, precis som gemene arbetstagare, kunna förena familjeliv och barn med arbete som ett *instrument* för att kunna delta fullt och verkligt i arbetslivet? Eller som i det amerikanska rättsfallet *Bragdon v. Abbott*, att ett funktionshinder föreligger när ett visst tillstånd väsentligen begränsar en eller flera av en individs ”major life activities”?

7 Avslutande kommentar

Uppsatsen har i huvudsak fokuserats kring innebörden av två rättsliga begrepp, funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening och funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Eftersom såväl EU som Sverige ratificerat FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning har konventionens begrepp personer med funktionsnedsättning studerats såsom reellt och potentiellt styrande för utvecklingen av begreppen funktionshinder och funktionsnedsättning.

Som utgångspunkt kan sägas att diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning, med anledning av Sveriges unionsrättsliga åtaganden, måste motsvara arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder. Arbetslivsdirektivet är dock ett minimidirektiv och det finns några konkreta exempel där diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning går utöver begreppet funktionshinder. Sålunda omfattar diskrimineringslagen rehabiliterade, framtida samt felaktigt antagna funktionsnedsättningar. Det krävs inte heller någon särskild svårighetsgrad av funktionsnedsättning för att en sådan ska anses föreligga, avgörande är istället att funktionsnedsättningen medför någon begränsning för den berörda personen. Rättsläget beträffande rehabiliterade, framtida samt felaktigt antagna funktionshinder, i arbetslivsdirektivets mening, är i dagsläget oklart. Det framstår som troligt att inte heller arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder uppställer något krav på att funktionshindret ska uppnå viss grad utan att fokus istället läggs konsekvenserna i form av begränsningar. Diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning uppställer slutligen inget krav på läkar diagnos i den situation där en sjukdom orsakar en funktionsnedsättning, vilket synes vara fallet för att ett funktionshinder ska anses föreligga i direktivets mening.

Utformningen av arbetslivsdirektivets begrepp funktionshinder har alltså betydelse för diskrimineringslagens begrepp funktionsnedsättning. De båda rättsbegreppen påverkas dessutom att CRPD:s begrepp ”personer med funktionsnedsättning”. Ett syfte med CRPD var att åstadkomma ett paradigmskifte avseende synen på personer med funktionsnedsättning. Denna intention synes delvis uppfylld med hänvisning till det ändrade synsätt på funktionshinder som EU-domstolen manifesterade i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge). Såväl arbetslivsdirektivet som diskrimineringslagen representerar idag ett socialt synsätt på personer med funktionsnedsättning. I mål C-363/12 (Z) understryks att CRPD utgör en oundgänglig parameter vid tolkningen av arbetslivsdirektivet. I CRPD:s skäl (e) anges att funktionshinder och funktionsnedsättning är begrepp under utveckling. Så får även sägas vara fallet beträffande funktionshinder i arbetslivsdirektivets mening, vars definition består av ”kriterier och anknytningspunkter” och funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening, vars definition framstår som vid. Vad som kan tänkas utgöra

funktionshinder/funktionsnedsättning i framtiden kan därmed sägas vara föremål för en viss ”wild card-effekt” eftersom den medicinska utvecklingen och den sociala synen på funktionsnedsättning onekligen är under ständig utveckling. Dock anges i mål C-363/12 (Z) att konventionen inte är tillräckligt precis för att en unionsrättsakts giltighet ska kunna prövas mot den. Inte heller lämnar CRPD något svar på frågan huruvida rehabiliterade, framtida och felaktigt antagna funktionsnedsättningar omfattas av definitionen, varför den inte kan tjäna ens som riktningsskylt för begreppet funktionshinder.

Enligt min mening lever de tre rättsliga begreppen, funktionshinder, funktionsnedsättning respektive personer med funktionsnedsättning i skrivande stund sida vid sida. De överlappar varandra i högre eller lägre grad, bl.a. utifrån vilka befogenheter som EU tilldelats och utifrån vilka ambitioner Sverige som stat har beträffande diskrimineringsrättsligt skydd för personer med funktionsnedsättning.

Ytterligare ett syfte med uppsatsen har varit att undersöka diskursen i vilken respektive begrepp figurerar, samt eventuella överväganden beträffande diskursens karaktär. CRPD: s och diskrimineringslagens definition tillämpar ett personens först-perspektiv. Arbetslivsdirektivet samt de domar och förslag till avgöranden som rör begreppet funktionshinder växlar mellan skrivelser där ett personens först-perspektiv tillämpas och skrivelser som ger uttryck för att funktionshindret utgör en egenskap hos personen i fråga. Vid författandet av CRPD togs diskursens potential i beaktande. Man märkte att diskursen kan medföra både negativa och positiva konsekvenser och eftersträvade de senare genom att söka undvika ord som inte kunde anses ge uttryck för att personer med funktionsnedsättning är att se som autonoma individer som har mycket att tillföra samhället. Även den svenska lagstiftaren fäste, genom begreppsändringen 2015, vikt vid diskursen och dess makt. EU, representerat av EU-domstolen och generaladvokaterna, ger däremot inte intryck av att ha fäst vikt vid diskursen. Det synes inte finnas en personens först-policy och inte heller iaktas erforderlig försiktighet vid författandet av domar och, inte minst, förhandsavgöranden. Att arbetslivsdirektivet syftar till att genomföra likabehandlingsprincipen står klart. Att tillämpningen av direktivet, i vart fall genom de svenska språkversionerna, kan tänkas bidra till negativa föreställningar och värderingar om personer med funktionsnedsättning upprätthålls eller uppkommer kan dock, som vi sett, inte uteslutas.

Arbetslivsdirektivets begrepp skiljer sig slutligen från diskrimineringslagens respektive i CRPD: s begrepp i den meningen att direktivet använder ett annat ord, funktionshinder, för att benämna företeelsen som berättigar till diskrimineringsrättsligt skydd. Varför begreppet inte ändrats för att motsvara rekommendationen från Socialstyrelsens terminologibank är en fråga som, föga förvånande, inte rönt någon nämnvärd uppmärksamhet. Jag anser att fokus fortsatt bör läggas på utvecklingen av det materiella skyddet, i kombination med, i synnerhet för begreppet funktionshindrets vidkommande, medvetenhet om den rättsliga diskursen och dess möjliga

implikationer. Samtidigt kan, med reservation för att denna uppsats inte närmare undersökt under vilka förutsättningar ett EU-rättsligt begrepp kan ”döpas om”, argumenteras för att den svenska översättningen av arbetslivsdirektivet bör ändras. Detta i syfte att få begreppet att, i vart fall i dagsläget, överensstämma med dess faktiska innebörd. Rätt ska ju trots allt vara rätt.

Käll- och litteraturförteckning

FN

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, 1948.

Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966

Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, 1966

Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, 2006

Europarådet

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, 1950

EU

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Rådets beslut av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (2010/48/EG)

Offentligt tryck

Regeringens proposition 1997/98:179
Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet för personer med funktionshinder

Regeringens proposition 2002/03:65
Ett utvidgat skydd mot diskriminering

Regeringens proposition 2007/08:95
Ett starkare skydd mot diskriminering

Regeringens proposition 2008/09:28
Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Regeringens proposition 2013/14:198
Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering

SOU 1997:176

Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

SOU 2010:7

Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter – ett systematiskt målinriktat arbete på tre samhällsområden

Ds 2008:23

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Ds 2010:20

Bortom fagert tal – om bristande tillgänglighet som diskriminering

Remissyttranden

Handikappförbundets samarbetsorgan: Handikappförbundets samarbetsorgans yttrande över ”En sammanhållen diskrimineringslagstiftning”, SOU 2006:22, Dnr Ju2006/1926/IM, 2006-09-28

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet: Remiss: Bortom fagert tal – Om bristande tillgänglighet som diskriminering, J Ä1Dnr LUR 2010/49, 2010-10-29 (utarbetat av Ann Numhauser-Henning)

Övrigt

Socialstyrelsen: Klassifikation av funktionstillstånd, funktionshinder och hälsa, 2003

SÖ 2008:26 Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning New York den 13 december 2006

Diskrimineringsombudsmannen: *Mötas av hinder: En analys av diskriminering som har samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning*, 2014

Litteratur

Andersson, Ulrika: *Hans (ord) eller hennes? En konsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 2004

Bruce, Anna: *Which Entitlements and for Whom? The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Ideological Antecedents*, Lunds universitet, 2014

- Burman, Monica: *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, 2007
- Craigh, Paul och De Búrca, Gráinne: *EU-Law: Text, Cases and Materials*, 6 uppl., Oxford University Press, 2015
- Eidsvaag, Tine: *Handlaus gjæte: Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*, Universitetet i Bergen förlag, 2009
- Fransson, Susanne; Stüber, Eberhard: *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2 uppl., Nordstedts juridik, 2015
- Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida: *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Nordstedts juridik, 2 uppl., 2011
- Inghammar, Andreas: *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget i Lund, 2007
- McRuer, Robert: *Crip Theory: Cultural Signs of Queerness and Disability*, New York University Press, 1 uppl., 2006.
- Nyström, Birgitta: *EU och arbetsrätten*, Nordstedts juridik, 4 uppl., 2011
- Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2 uppl., Nordstedts juridik, 2007
- Schiek, Dagmar et al: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, 1 uppl., Hart Publishing, 2007
- Shakespeare, Tom: *Disability Rights and Wrongs*, 1 uppl., Routledge, 2006
- Swanstein, Filippa och Henrikz, Karin: *Diskrimineringslagen – från princip till praktik*, 1 uppl., Studentlitteratur, 2014
- Winther Jørgensen, Marianne och Phillips, Louise: *Diskursanalys som teori och metod*, 1 uppl., Studentlitteratur, 2000

Artiklar

- Rydström, Jens: *Cripteori om sex och funktionshinder*, *Framtider* nr 4, 2009, s. 21-24
- Sandgren, Claes: *Om empiri och rättsvetenskap* (del I), *Juridisk tidskrift*, nr 3, 1995-96

Sandgren, Claes: *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidskrift for Rettsvitenskap 04/05, s. 648, 2005

Olsen, Lena: *Rättsvetenskapliga perspektiv*, Svensk juristtidning, 2004, s. 105-145

Waddington, Lisa: *Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, Common Market Law Review, vol. 2, nr 4, 2007, s. 487-499

Internetbaserade källor

Europeiska kommissionen, Colm O’Cuide: *The Evolution and Impact on the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2012.

Tillgänglig via

http://knjiznica.sabor.hr/pdf/E_publicacije/The_evolution_and_impact_of_the_case-law_of_the_Court_of_Justice.pdf (senast hämtad 2015-12-01)

Berg, Susanne och Grönvik, Lars: *Crip theory – en preliminär positionering*, 2007.

Seminarieunderlag inför en introduktion till Crip Theory, tillgänglig via

http://www.su.se/polopoly_fs/1.39088.1320403027!/CripTheory_enintroduktion.pdf (senast hämtad 2015-12-01)

Butler, Mark: *Obesity as A Disability: The Implications Or Non-Implications of Kaltoft*, European Journal of Current Issues, vol. 20, nr. 3, 2014.

Tillgänglig via <http://webjcli.org/article/view/358/466> (senast hämtad 2015-12-01)

Waddington, Lisa: *HK Danmark (Ring och Skouboe Werge), interpreting EU equality law in the light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, European Anti-Discrimination Law Review, nr 17, s. 11-21, 2013.

Tillgänglig via http://www.migpolgroup.com/wp_mpg/wp-content/uploads/2013/11/Review-17-EN.pdf (senast hämtad 2015-12-01)

Se bl.a. Örnerborg, Elisabeth: *Tvåårig lag redan tandlös*, Lag & Avtal, 2012-09-20.

Tillgänglig via <http://www.lag-avtal.se/nyheter/diskriminering/lagstiftning/article3542944.ece> (senast hämtad 2015-11-11)

www.ne.se, sökord ”sensoriska funktioner” (senast hämtad 2015-12-04)

www.oxforddictionaries.com, sökord ”disability” (senast hämtad 2015-11-

04)

www.socialstyrelsen.item.se (senast hämtad 2015-11-04)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

EUD dom 1970-12-17 i mål 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft)

EUD dom 1978-06-15 i mål 149/77 (Defrenne)

EUD dom 2006-07-11 i mål C-13/05 (Chacón Navas)

EUD dom 2008-07-17 i mål C-303/06 (Coleman)

EUD dom 2012-12-06 i mål C-152/11 (Odar)

EUD dom 2013-04-11 i förenade målen C-335/11 och C-337/11 (Ring och Skouboe Werge)

EUD dom 2014-03-18 i mål C-363/12 (Z)

EUD dom 2014-05-22 i mål C-356/12 (Glatzel)

EUD dom 2014-12-18 i mål C-354/13 (Kaltoft)

Förslag till avgöranden

Chacón Navas, Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget den 16 mars 2006

Coleman, Förslag till avgörande av generaladvokat M. Poiares Maduro, föredraget den 31 januari 2008

Ring och Skouboe Werge, Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 6 december 2012

Z, Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, föredraget den 26 september 2013

Kaltoft, Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen, föredraget den 17 juli 2014

FN:s kommitté för rättigheter för rättigheter för personer med funktionsnedsättning

H.M. v. Sweden, 2012 (ref. CRPD/C/7/D3/2011)

Förenta staternas högsta domstol

Bragdon v. Abbott, 524 US 624, 1998

Arbetsdomstolen

AD 2003 nr 47

AD 2005 nr 32

AD 2006 nr 97

AD 2009 nr 60

AD 2014 nr 41

AD 2015 nr 57