



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emma Johannesson

Barnkonventionen och LSS

En analys av hur barnkonventionen implementerats i lag (1993:387) om stöd och service till
vissa funktionshindrade

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin för examen: period 1 VT2022

Innehållsförteckning

SUMMARY.....	4
SAMMANFATTNING.....	6
FÖRKORTNINGAR.....	8
1 INLEDNING	9
1.1 BAKGRUND.....	9
1.2 SYFTE OCH AVGRÄNSNINGAR	11
1.3 METOD OCH MATERIAL	12
1.3.1 <i>Tolkningsmetoder</i>	13
1.3.2 <i>Barnkonventionsmetoden</i>	14
1.3.3 <i>Material</i>	15
1.4 TERMINOLOGI.....	17
1.5 DISPOSITION	18
2 FN:S BARNKONVENTION	20
2.1 BARNKONVENTIONEN I SVERIGE	21
2.1.1 <i>Sverige godkänner barnkonventionen</i>	21
2.1.2 <i>Barnrättighetsutredningen</i>	22
2.1.3 <i>Barnkonventionen inkorporeras i svensk rätt</i>	23
2.2 ARTIKEL 3: PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA.....	24
2.2.1 <i>Vad är barnets bästa?</i>	26
2.2.2 <i>Kritik mot Sverige</i>	27
2.3 ARTIKEL 12: BARNETS RÄTT ATT BLI HÖRD	27
2.3.1 <i>Barnets rätt att bli hörd i förhållande till principen om barnets bästa</i>	28
2.3.2 <i>Kritik mot Sverige</i>	29
2.4 ARTIKEL 23: BARN MED FUNKTIONSNEDSÄTTNING	29
3 BARNKONVENTIONEN OCH LSS – LAGSTIFTNINGEN	31
3.1 LAG (1993:387) OM STÖD OCH SERVICE TILL VISSA FUNKTIONSHINDRADE.....	31
3.1.1 <i>Insatser enligt LSS</i>	32
3.1.2 <i>LSS i förhållande till socialtjänstlagen (2001:453)</i>	32
3.2 DEN FÖRSTA VERSIONEN AV LSS.....	33
3.3 FÖRÄNDRINGAR DEN 1 JANUARI 2011	36
3.3.1 <i>Barnets bästa</i>	36
3.3.2 <i>Barnets rätt att uttrycka sina åsikter</i>	37
3.3.3 <i>Några reflektioner</i>	38
3.4 BARNRÄTTIGHETSUTREDNINGEN OCH LSS	40
3.4.1 <i>Barnets bästa</i>	41
3.4.2 <i>Barnets rätt att uttrycka sina åsikter</i>	41
3.4.3 <i>Barnrättighetsutredningens förslag</i>	42
3.4.4 <i>Några reflektioner</i>	43
3.5 LSS-UTREDNINGEN	44
3.5.1 <i>Förslag till förändringar i lagtexten</i>	45
3.5.2 <i>Personligt stöd till barn</i>	46
3.5.3 <i>Några reflektioner</i>	46
3.6 BARNKONVENTIONSUTREDNINGEN OCH LSS.....	47
3.7 UTREDNINGEN OM STÄRKT ASSISTANS.....	48
4 BARNKONVENTIONEN OCH LSS – I PRAKTIKEN.....	50
4.1 DOMSTOLENS UTREDNINGSSKYLDIGHET.....	50

4.2	DOMSTOLENS BESLUTSMOTIVERING	51
4.3	BARNETS BÄSTA.....	51
4.4	GODA LEVNADSVILLKOR	53
4.5	BEHOV FÖR ANDRA ÄN PERSONEN MED FUNKTIONSNEDSÄTTNING.....	55
4.6	PERSONLIG ASSISTANS	56
5	AVSLUTANDE KOMMENTARER.....	58
5.1	ARTIKLAR AV SÄRSKILD BETYDELSE FÖR LSS	58
5.2	EN JÄMFÖRELSE MELLAN LSS OCH SOL.....	58
5.3	INNEBÄR INKORPORERINGEN AV BARNKONVENTIONEN NÅGON SKILLNAD GÄLLANDE KONVENTIONENS FÖRHÅLLANDE TILL LSS?.....	60
5.4	BRISTEN PÅ MOTIVERING I DOMAR OCH BESLUT	62
5.5	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	64
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	66
	OFFENTLIGT TRYCK.....	66
	<i>Statliga utredningar</i>	66
	<i>Propositioner</i>	66
	<i>Övrigt</i>	67
	LITTERATUR	67
	FN:S BARNRÄTTSKOMMITTÉ.....	68
	ÖVRIGT	68
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	69
	<i>Europadomstolen</i>	69
	<i>Högsta förvaltningsdomstolen</i>	69
	<i>Kammarrätterna</i>	69

Summary

The UN Convention on the Rights of the Child was adopted by the UN General Assembly on November 20, 1989, and ratified by Sweden in 1990. Since then, Sweden has been bound by international law to comply with the Convention. The Convention on the Rights of the Child is built around four guiding principles. Two of these, which are the focus of this essay, are the principle of the best interests of the child in Article 3 and the child's right to be heard under Article 12. The principle of the best interests of the child means that in all actions concerning children the best interests of the child shall be investigated and taken into account. The purpose of the principle of the best interests of the child is to guarantee both full and effective enjoyment of all rights recognized in the Convention on the Rights of the Child. All rights provided for in the Convention on the Rights of the Child are in the best interests of the child, and the principle must never be interpreted as implying a restriction of any right.

A prerequisite for the principle of the best interests of the child to be applied correctly is that the child's opinions are taken into account. Respecting each child's right to be heard is a mandatory step in assessing what is in the child's best interests. Both what is considered to be the child's best interests and the child's own opinions are of crucial importance when decisions are made that affect the child. The two principles complement each other and there is no contradiction between them.

Since the Convention on the Rights of the Child came into force, Sweden has made many changes to Swedish legislation to ensure that it complies with the provisions of the Convention. Sweden has carried out several surveys to investigate compliance with the Convention on the Rights of the Child, and the conclusion has always been that Swedish legislation and practice are in good agreement with the Convention. The latest major change that was made was that the Convention on the Rights of the Child was incorporated into Swedish law, and since January 1, 2020, the Convention on the Rights of the Child applies as Swedish law.

The Act (1993: 387) on support and services for certain disabled, LSS, came into force on January 1, 1994. Since LSS is a legislation where the individual is in a vulnerable situation, it is of the utmost importance that the rights of individuals are monitored and complied with. In the original version of LSS, there was no reference to the Convention on the Rights of the Child, and it was not until 17 years after the entry into force of the law that provisions adapted to the Convention were introduced. Sweden had then been bound by the Convention on the Rights of the Child for 21 years.

Since these provisions were introduced in LSS in 2011, the law has been the subject of several investigations concerning Swedish legislation and practice in accordance with the Convention on the Rights of the Child, even though no investigative activities are solely at LSS. Although ambiguities regarding LSS compliance with the Convention on the Rights of the Child can be identified, such as the fact that the best interests of the child is not a criterion for granting contributions, no change in the legal text has been implemented.

This thesis aims to investigate the articles in the Convention on the Rights of the Child that are of particular importance to LSS, and to analyze how these principles have been implemented and developed in legislation and to some extent in practice. In order to fulfill the purpose, the preparatory work, government investigations and bills that formed the basis for surveys and changes in the legal text have been studied. For the essay, therefore, a mainly legal dogmatic method has been used. The thesis clearly states that even though there has been a will to protect the rights of the individual since LSS was adopted, there are still shortcomings regarding compliance with the Convention on the Rights of the Child and areas where the child's rights under LSS can be further strengthened. Although there is an inquiry proposing a completely new LSS, it does not seem obvious that these shortcomings will be resolved by the proposed law. In order to fully meet the requirements of the Convention on the Rights of the Child, further changes need to be made.

Sammanfattning

FN:s konvention om barnets rättigheter antogs av FN:s generalförsamling den 20 november 1989, och ratificerades av Sverige 1990. Sedan dess är Sverige folkrättsligt bunden att följa konventionen. Barnkonventionen är uppbyggd kring fyra ledande principer. Två av dessa, som ligger i fokus för denna uppsats, är principen om barnets bästa i artikel 3 och barnets rätt att komma till tals enligt artikel 12. Principen om barnets bästa innebär att vid alla åtgärder som rör barn ska barnets bästa utredas och beaktas. Principen om barnets bästa har som syfte att säkerställa både fullt och faktiskt åtnjutande av alla de rättigheter som erkänns i barnkonventionen. Alla de rättigheter som föreskrivs i barnkonventionen är för barnets bästa, och principen ska aldrig kunna tolkas så att det innebär en inskränkning av någon rättighet.

En förutsättning för att principen om barnets bästa ska kunna tillämpas korrekt är att hänsyn tas till barnets åsikter. Att respektera varje barns rätt att bli hörd är ett obligatoriskt steg vid bedömningen av vad som är barnets bästa. Både vad som anses vara barnets bästa och barnets egna åsikter är av avgörande betydelse när beslut fattas som påverkar barnet. De två principerna kompletterar varandra och det finns ingen motsättning dem emellan.

Sedan barnkonventionen trädde i kraft har Sverige gjort många förändringar i den svenska lagstiftningen för att denna ska stämma överens med konventionens bestämmelser. Sverige har genomfört flera kartläggningar för att utreda överensstämmelsen med barnkonventionen, och slutsatsen har i princip alltid varit att svensk lagstiftning och praxis stämmer väl överens med konventionen. Den senaste stora förändringen som gjordes var att barnkonventionen inkorporerades i den svenska rätten, och sedan den 1 januari 2020 gäller barnkonventionen som svensk lag.

Lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, trädde i kraft den 1 januari 1994. Eftersom LSS är en lagstiftning där den enskilde är i en utsatt situation är det av yttersta vikt att den enskildes rättigheter bevakas och efterlevs. I den ursprungliga versionen av LSS fanns ingen hänvisning till barnkonventionen, och först 17 år efter lagens ikraftträdande infördes bestämmelser anpassade efter konventionen. Sverige hade då varit bunden av barnkonventionen i 21 år.

Sedan dessa bestämmelser infördes i LSS 2011 har lagen varit föremål för flera utredningar gällande svensk lagstiftnings och praxis överensstämmelse med barnkonventionen, även om ingen utredning fokuserat enbart på LSS. Trots att oklarheter gällande LSS överensstämmelse med barnkonventionen

kan identifieras, till exempel det faktum att barnets bästa inte är ett kriterium för att bevilja insatser, har någon förändring i lagtexten inte genomförts.

Denna uppsats syftar till att utreda de artiklar i barnkonventionen som är av särskild betydelse för LSS, och analysera hur dessa principer har implementerats och utvecklats i lagstiftningen och till viss del i praxis. För att uppfylla syftet har framför allt de förarbeten, statliga utredningar och propositioner, som legat till grund för kartläggningar och förändringar i lagtexten studerats. För uppsatsen har därför i huvudsak en rättsdogmatisk metod använts. I uppsatsen framgår det tydligt att även om det sedan LSS antogs har funnits en vilja att skydda den enskildes rättigheter, finns det fortfarande brister gällande efterlevnaden av barnkonventionen och områden där barnets rättigheter enligt LSS ytterligare kan stärkas. Trots att det finns en utredning som föreslår en helt ny LSS verkar det inte självklart att dessa brister kommer lösas genom den föreslagna lagen. För att helt och hållet uppfylla de krav barnkonventionen ställer behöver ytterligare förändring ske.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
Barnkonventionslagen	Lagen (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
Barnrättskommittén	FN:s kommitté för barnets rättigheter
dir.	direktiv
Ds	promemoria i departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
FN	Förenta nationerna
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LSS	Lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
prop.	proposition
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SoL	Socialtjänstlagen (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

1 kap. 2 § regeringsformen¹ stadgar målsättningar för den allmänna verksamheten. Bland annat framgår att den offentliga makten ska utövas med respekt för allas lika värde och den enskildas frihet och värdighet, att det allmänna ska verka för social omsorg, trygghet och goda förutsättningar för hälsa samt för att människor ska uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället utan att utsättas för diskriminering.

Av paragrafens femte stycke framgår att det allmänna ska verka för att barns rätt tas till vara. Eftersom regleringen är ett målsättningsstadgande medför den inte några rättsligt bindande rättigheter.² Inför att målsättningsstadgandet om barns rätt infördes konstaterades att Sverige har en särskild skyldighet att garantera att barns rättigheter skyddas eftersom Sverige ratificerat FN:s barnkonvention, men att något särskilt skydd för barnets rättigheter inte behövdes i 2 kap. RF eftersom barns rättigheter var skyddade på samma sätt som vuxnas. Istället infördes målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § 5 st RF för att slå fast den skyldighet det allmänna ska ha för att verka för de angivna målsättningarna, i enlighet med Sveriges förpliktelser enligt barnkonventionen.³ Något förbud att stifta lagar i strid med barnkonventionen, likt 2 kap. 19 § RF gällande Europakonventionen, har aldrig införts.

Barn har ansetts ha ett fullt människovärde sedan lång tid tillbaka, men synen på vad som är bäst för barnet har utvecklats genom tiden. Under 1900-talets början utvecklades synen på barn på så sätt att barn nu fick rätt till en familjerättslig tillhörighet och status, och föräldrar som kunde fostra och försörja dem.⁴ Under andra halvan av 1900-talet utvecklades barnrätten ytterligare, och 1977 tillsattes Utredningen om barnets rätt⁵ för att utreda hur barns intressen och behov skulle kunna tillgodoses på ett bättre sätt.⁶

Sedan barnkonventionen antogs 1989 har Sverige vid ett antal tillfällen utvärderat hur den svenska lagstiftningen förhåller sig till de principer barnkonventionen ställer upp. Slutsatsen har under lång tid varit att svensk rätt på ett välfungerande sätt förhåller sig till konventionen. När

¹ Härefter RF.

² Se SOU 1975:75 s. 164.

³ Se prop. 2009/10:80 s. 188.

⁴ Se Singer (2019) s. 22 ff.

⁵ Se t.ex. SOU 1978:10 och SOU 1979:63

⁶ Se Singer (2019) s. 30.

barnkonventionen ratificerades ansåg Sverige inte att någon förändring krävdes i den svenska lagstiftningen.⁷ När Sverige ratificerade barnkonventionen konstaterades i propositionen att svensk rätt, på grund av 1 kap. 2 § RF, redan utgick ifrån barnets bästa.⁸

1999 godkändes en strategi för att förverkliga barnkonventionen i Sverige. Syftet med strategin var att komma fram till hur barnkonventionens synsätt långsiktigt kan förankras i den svenska rätten. I strategin presenterades målsättningen att barnkonventionen skulle beaktas vid allt beslutsfattande rörande barn.⁹ 2010 presenterades en ny strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige. Syftet var att strategin skulle användas som en utgångspunkt i statliga och kommunala verksamheter som tillgodoser barns rättigheter.¹⁰ I propositionen konstaterades att "[a]ll lagstiftning som rör barn ska utformas i överensstämmelse med barnkonventionen."¹¹

När lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade¹² infördes nämndes barnkonventionen inte varken i den statliga utredningen eller propositionen.¹³ Först 2011 infördes bestämmelser i LSS som skulle motsvara principer enligt barnkonventionen.¹⁴

När barnkonventionen implementerades i den svenska rätten var ett av de särskilt viktiga områdena som skulle kartläggas hur rättstillämpningen överensstämde med barnkonventionen gällande stöd och service till barn med funktionsnedsättning.¹⁵

LSS är en lagstiftning som återkommande diskuteras, framför allt i den politiska debatten. Likaså har barnkonventionen varit ett aktuellt ämne framför allt de senaste åren. LSS i förhållande till barnkonventionen har ytligt berörts i flera statliga utredningar och propositioner, där svensk lagstiftnings och praxis överensstämmelse med barnkonventionen har kartlagts.¹⁶ Dessa utredningar har dock även haft annat fokus än LSS, vilket innebär att det inte funnits utrymme att djupgående utreda förhållandet mellan LSS och barnkonventionen. Som uppmärksammas i uppsatsen förekommer brister i de resonemang som förts gällande LSS överensstämmelse med barnkonventionen, varför det är tydligt att detta är ett område som behöver bli föremål för ytterligare diskussion.

⁷ Se prop. 1989/90:107 s. 3.

⁸ Ibid. s. 32.

⁹ Se prop. 1997/98:182 s. 1 f.

¹⁰ Se prop. 2009/10:232 s. 1.

¹¹ Prop. 2009/10:232 s. 11.

¹² Härefter LSS.

¹³ SOU 1991:46 och prop. 1992/93:159.

¹⁴ Se prop. 2009/10:176 s. 1.

¹⁵ Se SOU 2016:19 s. 20.

¹⁶ T.ex. SOU 2016:19 och SOU 2020:63.

Barnkonventionen har, genom att Sverige ratificerade den 1990, varit en del av den svenska rätten i över 30 år. Konventionstexten har inte ändrats sedan dess, men den svenska nationella lagstiftningen har genomgått förändringar för att anpassas efter konventionen. Dessa förändringar, med fokus på LSS, kommer att studeras i uppsatsen.

1.2 Syfte och avgränsningar

Syftet med uppsatsen är att utreda barnkonventionens betydelse för LSS: hur barnkonventionen tolkats och implementerats i lagtexten, vilken utveckling som skett sedan barnkonventionen antogs och om LSS uppfyller de krav barnkonventionen ställer upp. För att uppfylla syftet kommer följande frågeställningar besvaras:

- Vad innebär de artiklar i barnkonventionen som är särskilt viktiga för LSS?
- Hur har principerna barnkonventionen ställer upp implementerats och utvecklats i LSS, och hur har synen på barnkonventionen i förhållande till LSS utvecklats sedan barnkonventionen antogs?
- Hur kommer barnkonventionen till uttryck i rättspraxis gällande LSS?

I uppsatsen berörs inte endast barnkonventionen i strikt mening, utan uppsatsen har ett genomgående barnperspektiv och berör hur barns rättigheter diskuterats i allmänhet och hur synen på barns rättigheter utvecklats i takt med att barnkonventionen blivit en tydligare del av den svenska rätten.

För att uppsatsen inte ska bli allt för omfattande har flera avgränsningar gjorts. I uppsatsen är det i princip bara artiklarna 3, 12 och 23 i barnkonventionen som behandlas. Detta eftersom det är dessa artiklar som är av särskild vikt för den lagstiftning som undersöks i uppsatsen. Artikel 23 berör barn med funktionsnedsättning, och LSS kan ses som en del i att implementera denna artikel i den svenska rätten. Artikel 12 är väldigt övergripande, varför fokus i uppsatsen framför allt ligger på artikel 3 och 12. Övriga artiklar i barnkonventionen berörs endast i den mån de tillför något ytterligare till uppsatsen.

Beträffande lagstiftning är uppsatsen avgränsad till att endast undersöka barnkonventionen, varför FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning inte berörs. De tre fakultativa protokollen som hör till barnkonventionen behandlas inte heller i uppsatsen. Dessa berör barn i väpnade konflikter, handel med barn, barnprostitution och barnpornografi, samt ett klagomålsförfarande, och är därför inte relevanta för uppsatsens syfte. Gällande svensk lagstiftning är det endast LSS, och i viss mån socialtjänstlagen (2001:453) i egenskap av ramlag, som analyseras. Annan

svensk lagstiftning som berör personer med funktionsnedsättningar, så som delar ur socialförsäkringsbalken, hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) och förordningen (1993:1090) om stöd och service till vissa funktionshindrade, undersöks inte i uppsatsen. De lagar som ersattes av LSS, lagen (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl. och lagen (1965:136) om elevhem för vissa rörelsehindrade m.fl., behandlas inte heller i uppsatsen.

En tidsmässig avgränsning har gjorts genom att uppsatsen endast studerar de förändringar som skett efter att barnkonventionen antogs 1989. Eftersom det är barnkonventionens implementering i svensk rätt som står i fokus är tidigare förändringar inte relevanta för uppsatsen.

1.3 Metod och material

För uppsatsen används i huvudsak den rättsdogmatiska metoden, eftersom lagtext, förarbeten och rättsfall används för att besvara uppsatsen frågeställningar.¹⁷ Även om det framför allt är normerna som är av intresse för rättsdogmatiken kan omvärldsiakttagelser, så som hur myndigheter arbetar eller hur underrätter dömer, bidra till att ge konstruktiv kritik till det svar metoden resulterar i.¹⁸ Av den anledningen passar den rättsdogmatiska metoden bra för uppsatsen; rättskällorna står i fokus, men inslag av hur rättskällorna tillämpas i praktiken kan ge en djupare förståelse och bidra till ett mer kritiskt perspektiv på systemet som det ser ut idag.

Även om det är lagar och förarbeten som står i fokus för rättsdogmatiken kan doktrin användas. Trots avsaknaden av formell auktoritet kan doktrin övertyga genom de argument som framförs.¹⁹ Doktrinen fungerar som ett bidrag till den juridiska diskussionen. Vid arbetet med doktrin kan forskaren fördjupa sig inom specifika rättsområden och analysera rättskällorna för att hitta de bästa lösningarna på olika typfall. Dessa lösningar kan sedan användas av andra som drar nytta av dessa resultat utan att själva behöva göra samma undersökningar.²⁰ Doktrin kan på detta sätt bidra till en ökad förståelse och ligga till grund för kritiska slutsatser.

Viktigt för den rättsdogmatiska metoden är att väga förarbetsuttalanden mot andra tolkningar av lagtexten. Förarbeten är visserligen skrivna av regeringen vid framtagandet av lagtexten, men innehåller uttalanden som aldrig formellt har slagits fast av riksdagen, varför deras betydelse återkommande

¹⁷ Se Kleineman (2018) s. 21.

¹⁸ Ibid. s. 24.

¹⁹ Ibid. s. 28.

²⁰ Se Lehrberg (2021) s. 204 f.

diskuterats.²¹ Eftersom förarbeten ofta är utförliga och till exempel kan innehålla redogörelser för de specifika områden som lagen ska tillämpas inom bör de inte förbigås helt vid tolkningen av lagar.²²

1.3.1 Tolkningsmetoder

För att rättskällorna ska få en betydelse i praktiken måste de tolkas. Detta innebär att fastställa innebörden av reglerna. Utgångspunkten vid tolkning brukar vara allmänt språkbruk och vanliga språkregler. Dock kan hänsyn tas även till andra omständigheter, så som relevanta värderingar och andra rättskällor.²³ För att en regel ska kunna tolkas korrekt måste rekvisiten identifieras. En språklig utgångspunkt är sedan att de ord som används i lagtext betyder samma sak som de gör i vardagsspråket. Även om ord inte avviker från den allmänt accepterade betydelsen kan de ofta vara mer preciserade inom juridiken, vilket i vissa fall kan innebära en avvikelse från hur vissa ord används annars.²⁴ En annan utgångspunkt är att lagstiftningen följer logiken. Logisk slutledning, *modus ponens*²⁵, kan ofta användas för att tolka rättsregler. Det är dock viktigt att dra logiska slutsatser utifrån rättsregler med försiktighet, eftersom alla rekvisit eller rättsföljder inte alltid framgår ur den aktuella rättsregeln.²⁶ Även den språkliga kontexten kan vara vägledande för hur en rättsregel ska tolkas. En lags inledande definitioner och disposition kan bidra till förståelse för rättsregeln, men behöver inte vara avgörande för tolkningen eftersom det ofta är de finare distinktionerna i en särskild rättsregel som är avgörande.²⁷

För att uppfylla uppsatsens syfte är det både ett internationellt instrument, barnkonventionen²⁸, och svensk lagstiftning som behöver tolkas. Vid tolkning av svensk lagstiftning utgår uppsatsen ifrån den uttryckliga språkliga innebörden av lagtexten, och för en djupare förståelse används förarbeten, framför allt propositioner och statliga utredningar.²⁹

²¹ Se Kleineman (2018) s. 28 f.

²² Se Lehrberg (2021) s. 149.

²³ Ibid. s. 97 f.

²⁴ Ibid. s. 137 ff. Lehrberg exemplifierar här med orden ”arv”, ”näringsidkare” och ”vårdslöshet”, som inom juridiken har en väldigt specifik betydelse, men som i dagligt tal kan användas mer övergripande.

²⁵ *Om p så q; nu p alltså q.*

²⁶ Se Lehrberg (2021) s. 140 f. Lehrberg tar brottsbalken som exempel, där begreppet ”uppsåt” inte framgår av de bestämmelser som reglerar de specifika brotten.

²⁷ Ibid. s. 142.

²⁸ Se mer om tolkning av barnkonventionen under avsnitt 1.3.2.

²⁹ Se mer under avsnitt 1.3.3.

1.3.2 Barnkonventionsmetoden

Genom det arbete Barnrättskommittén utför har en barnkonventionsmetod utvecklats. Eftersom barnkonventionen bygger på ett barnrättsperspektiv är dess huvudsakliga syfte att skapa ett barnperspektiv på mänskliga rättigheter. Barnkonventionen har en holistisk syn på barnets rättigheter, vilket innebär att rättskällehierarkin och skillnaden mellan rättsliga eller politiska och sociala argument får stå till sidan till förmån för den situation som barnet befinner sig i. Här skiljer sig barnkonventionsmetoden från den klassiska rättsdogmatiska metoden, eftersom barnkonventionsmetoden utgår ifrån denna sociologiska ansats istället för att beakta den rättsdogmatiska systematiken, så som rättskällehierarki eller skillnaden mellan sociala och rättsliga argument.³⁰

Nu när barnkonventionen är inkorporerad i den svenska rätten innebär det att den ska ligga till grund för rättstillämpningen i de svenska domstolarna och myndigheterna. Dessa aktörer behöver därför kunna tolka konventionens innehåll. I förarbetena till inkorporeringen av barnkonventionen nämns ingen särskild barnkonventionsmetod, utan istället hänvisas till de folkrättsliga tolkningsmedel som kommit till uttryck i Wienkonventionen³¹. I huvudsak innebär tolkningsartiklarna i Wienkonventionen att en konvention ska tolkas ärligt i enlighet med konventionens ändamål och syfte.³² Eftersom barnkonventionen sätter barnet i fokus måste beslutsfattare och andra som tolkar konventionen inta ett barnperspektiv. Innebörden av ett sådant perspektiv är att om och hur ett barn påverkas alltid ska bedömas innan beslut som rör barnet fattas, med utgångspunkt i att barn är fullvärdiga medborgare och kompetenta individer som i alla sammanhang ska bemötas med respekt.³³

Även om det inte av förarbetena framgår att det finns en specifik barnkonventionsmetod anser jag att det är viktigt att vara medveten om de problem som kan uppstå vid tolkning av barnkonventionen, när en klassisk rättsdogmatisk metod inte kan användas. I uppsatsen har jag vid tolkningen av barnkonventionen främst utgått ifrån konventionens ordalydelse, på engelska och svenska, utifrån konventionens syfte och med beaktande av preambeln. Jag har även använt mig av barnrättskommitténs allmänna kommentarer. Dessa är inte rättsligt bindande, men bör ändå kunna vara vägledande vid tolkningen av konventionen. Vid utvärdering av Sveriges arbete med barnkonventionen använder jag även barnrättskommitténs Concluding observations och Sveriges rapporter som föregår dessa. De är inte heller rättsligt bindande, men Sverige tar sina internationella åtaganden på

³⁰ Se Grahn-Farley (2019) s. 13 f.

³¹ Wienkonventionen om traktaträtten, Wien den 23 maj 1969, SÖ 1975:1.

³² Se prop. 2017/18:186 s. 82 f; SOU 2016:19 s. 426 ff.

³³ Se Regeringskansliet (2011) s. 3.

stort allvar och ser barnrättskommitténs uttalanden som en del i att stärka barnets rättigheter.³⁴ Eftersom det inte finns någon specifik domstol som ytterst ansvarar för tolkningen får ledning tas i det material som finns.

1.3.3 Material

Utgångspunkten för uppsatsen är att analysera barnkonventionens påverkan på LSS, varför det är naturligt att mycket information hämtats från lagtext och förarbeten. Förarbeten kan användas för att förstå syftet med den lagtext som analyseras, och kan bidra till en djupare förståelse för densamma. Dock kan förarbetsuttalanden behöva vägas mot andra tolkningsmetoder, och behöver inte alltid vara avgörande för den slutgiltiga tolkningen.

I huvudsak har jag använt mig av statliga utredningar och propositioner. De förarbeten som presenteras har jag valt eftersom de ligger till grund för gällande rätt och på betydande sätt har inneburit förändringar i den lagtext som analyseras. Eftersom ingåendet av traktater, så som barnkonventionen, inte fungerar på samma sätt som stiftandet av svenska lagar och det därför inte finns förarbeten på samma sätt har jag inte undersökt dokument från arbetet med att anta barnkonventionen.³⁵ Eftersom en del av syftet med uppsatsen är att undersöka hur synen på barnkonventionen i förhållande till LSS utvecklats är förarbeten en ypperlig källa. Förarbeten visar på de tankar som funnits och de avvägningar som gjorts vid stiftandet av lagar.

För en grundligare förståelse av ämnet har jag använt mig av juridisk litteratur, doktrin. Maria Grahn-Farley är barnrättsexpert och arbetar som docent vid Uppsala universitet. Hennes bok *Barnkonventionen – En kommentar* är den enda svenska lagkommentaren på barnkonventionen och jag har därför haft stor nytta av den vid tolkningen av barnkonventionen. Anna Singer är professor i familjerätt vid Uppsala universitet och hennes verk har jag därför använt för en djupare förståelse för barnrätten. Rune Lavin har varit professor i socialrätt och förvaltningsrätt, regeringsråd och ledamot av Lagrådet, och hans verk har använts för att beskriva de delar av förvaltningsprocessen som är relevant för uppsatsen.

³⁴ Gällande Sveriges inställning till barnrättskommittén se t.ex. *Sveriges kombinerade sjätte och sjunde periodiska rapport till FN:s Kommitté för barnets rättigheter*, oktober 2021, s. 3 och prop. 2017/18:186 s. 84. Även i Europadomstolen tillmäts Barnrättskommitténs uttalanden betydelse som tolkningsunderlag. Se t.ex. Salduz mot Turkiet (dom den 27 november 2008, appl. no. 36391/02) och Maslov mot Österrike (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03).

³⁵ Gällande ingående och tolkning av traktater se Bring m.fl. s. 47–56.

Det är barnkonventionen i enlighet med originaltexternas lydelse som gäller som lag i Sverige.³⁶ Den svenska översättningen av barnkonventionen fungerar som ett tolkningsverktyg för att tolka originaltexterna. Den svenska översättningen har reviderats i samband med inkorporeringen av barnkonventionen och de brister som uppmärksammats i tidigare översättningar har åtgärdats.³⁷ I artikel 3.1 förändrades översättningen från den tidigare formuleringen "[..] skall barnets bästa komma i främsta rummet", till den översättning som används idag, "[...] ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa". I artikel 12 genomfördes endast språkliga förändringar i meningsbyggnaden.

För uppsatsen har jag studerat både den engelska originaltexten och den svenska översättningen. Återgivande av konventionstexten sker i uppsatsen på både svenska och engelska. Om tolkningen av den engelska originaltexten skiljer sig från den svenska översättningen presenteras dessa skillnader. Övriga originaltexter, de franska, kinesiska, ryska och spanska, har jag inte studerat eftersom jag inte talar dessa språk.

För att få en överblick över hur barnkonventionen behandlats i förhållande till LSS i praktiken har praxis studerats. I uppsatsen presenteras tre rättsfall från högsta förvaltningsdomstolen. För en mer djupgående bild av hur praktiken ser ut har även kammarrättsavgöranden studerats. Dessa har hittats genom en sökning bland kammarrättsavgöranden i databasen JUNO. Vid sökningen angavs sökorden "barnkonventionen" och "LSS", vilket resulterade i 26 resultat. Samtliga av dessa rättsfall har studerats, och de som valts ut och presenteras i uppsatsen är de som berör de områden som uppsatsen studerar. Vid urvalet fick många rättsfall väljas bort, eftersom de inte var relevanta för uppsatsen. Flera av de rättsfall som inte presenteras i uppsatsen rör assistansersättning³⁸ eller ekonomiskt stöd³⁹, vilket inte behandlas i uppsatsen. Några av de rättsfall som framkom vid sökning rör lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, men LSS nämns någonstans i domen⁴⁰. Dessa rättsfall presenteras inte heller i uppsatsen eftersom de inte behandlar den lagstiftning som analyseras. Några rättsfall rör bistånd enligt SoL⁴¹ vilket inte heller behandlas i uppsatsen, varför dessa rättsfall inte presenteras. Ett rättsfall rörde rätten att ta del av allmänna handlingar⁴² och

³⁶ Se 1 § lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

³⁷ Se prop. 2017/18:186 s. 82.

³⁸ T.ex. Kammarrätten i Sundsvall, dom 2009-09-01 i mål 3422-08.

³⁹ T.ex. Kammarrätten i Göteborg, dom 2019-03-13 i mål 4508-18.

⁴⁰ T.ex. Kammarrätten i Sundsvall, dom 2017-10-27 i mål 1679-17 och Kammarrätten i Jönköping, dom 2013-05-08 i mål 705-13.

⁴¹ T.ex. Kammarrätten i Göteborg, dom 2012-05-16 i mål 2301-12 och Kammarrätten i Stockholm, dom 2021-04-20 i mål 5445-20.

⁴² Kammarrätten i Stockholm, dom 2017-06-19 i mål 1433-17.

ett rörde statlig ersättning för asylsökande⁴³. Dessa områden berörs inte heller i uppsatsen.

1.4 Terminologi

I uppsatsen används begreppen ”barn” och ”person med funktionsnedsättning”. Innebörden av dessa begrepp och hur de används i uppsatsen förklaras nedan.

Barn

I uppsatsen avses med ”barn” alla människor under 18 år. Detta i enlighet med artikel 1 i barnkonventionen.

Person med funktionsnedsättning, funktionshindrad, handikapp

Idag rekommenderar Socialstyrelsen att begreppet ”funktionsnedsättning” används för att benämna en nedsättning av fysisk, psykisk eller intellektuell funktionsförmåga.⁴⁴ I LSS används begreppet ”funktionshindrad”. Enligt Socialstyrelsen definieras ”funktionshinder” som en ”begränsning som en funktionsnedsättning innebär för en person i relation till omgivningen”.⁴⁵ Begreppen ”funktionsnedsättning” och ”funktionshinder” är inte synonyma på det sätt att en funktionsnedsättning inte nödvändigtvis behöver innebära ett funktionshinder i en specifik situation. Att begreppet ”funktionshindrad” används i LSS bör innebära att de insatser som tillhandahålls enligt LSS är för det fall en person med funktionsnedsättning upplever ett funktionshinder i vardagen. För uppsatsen är denna skillnad i begreppen ovidkommande eftersom det inte är omfattningen av en funktionsnedsättning, och huruvida denna är ett funktionshinder, som analyseras.⁴⁶ I uppsatsen används ”person med funktionsnedsättning” genomgående, med anledning av att det är det begrepp som rekommenderas av Socialstyrelsen.

I äldre texter⁴⁷ används begreppet ”handikapp”. Sedan 2007 avråder Socialstyrelsen helt och hållet från användning av detta begrepp.⁴⁸ Begreppet används därför inte i uppsatsen.

⁴³ Kammarrätten i Göteborg, dom 2021-09-09 i mål 1372–21.

⁴⁴ Se Socialstyrelsens termbank, ”funktionsnedsättning”
<<https://termbank.socialstyrelsen.se/?TermId=812&SrcLang=sv>> besökt 2022-03-04.

⁴⁵ Se Socialstyrelsens termbank, ”funktionshinder”
<<https://termbank.socialstyrelsen.se/?TermId=818&SrcLang=sv>> besökt 2022-03-04.

⁴⁶ I SOU 2018:88 föreslås dessutom att begreppet ”funktionshindrad” i lagtexten ska bytas ut mot ”person med funktionsnedsättning”.

⁴⁷ Till exempel SOU 1991:46 och prop. 1992/93:159.

⁴⁸ Se Socialstyrelsens termbank, ”handikapp”
<<https://termbank.socialstyrelsen.se/?TermId=814&SrcLang=sv>> besökt 2022-03-04.

Användning av begreppet ”funktionsvariation” har ökat de senaste åren, men begreppet finns inte med i Socialstyrelsens termbank. Begreppet ”funktionsvariation” syftar till något som avviker från normen, men innebär inte per automatik en funktionsnedsättning.⁴⁹ Eftersom begreppet ”funktionsvariation” inte används vare sig av Socialstyrelsen eller i lagtext används begreppet inte i uppsatsen.

1.5 Disposition

Uppsatsens huvuddel är indelad i tre delar: kapitel 2, kapitel 3 och kapitel 4, som berör var sin del av frågeställningen.

Kapitel 2 är kopplat till den första delen av frågeställningen, och behandlar FN:s barnkonvention. Kapitlet inleds med en beskrivning av barnkonventionens implementering i den svenska rätten, och utreder sedan de artiklar som är av särskild betydelse för uppsatsen: vad dessa artiklar innebär och hur de ska tolkas. Kapitel 3 är kopplat till den andra delen av frågeställningen. I kapitlet presenteras implementeringen och utvecklingen av barnkonventionens principer i LSS. Kapitlet inleds med en kort presentation av LSS, och därefter följer redogörelser för de förarbeten som inneburit förändringar i lagtexten. Kapitel 4 är kopplat till den tredje delen av frågeställningen och redogör för hur barnkonventionen kommer till uttryck i rättspraxis som berör LSS.

Det finns en teoretisk uppdelning mellan de två artiklar i barnkonventionen som störst fokus ligger på, artikel 3 och artikel 12. I konventionen är de åtskilda, men i praktiken är de nära sammankopplade och det är svårt att tillämpa en av artiklarna utan att beröra den andra. Dispositionen i kapitel 2 och 3 är baserade på den teoretiska uppdelningen, och i båda dessa kapitel är framställningen uppdelade i underavsnitt för respektive artikel. I kapitel 4 ser dispositionen annorlunda ut, eftersom fokus i kapitlet är hur barnkonventionen kommer till uttryck i rättspraxis. Här går det inte att dela upp i underavsnitt baserat på respektive artikel, eftersom de båda artiklarna i praktiken är beroende av varandra.

I kapitel 5 presenteras några avslutande kommentarer. I kapitlet presenteras en kort jämförelse mellan LSS och SoL och frågan huruvida inkorporeringen av barnkonventionen som lag innebär någon skillnad i förhållande till LSS

⁴⁹ Se Vårdhandboken, Bemötande av personer med funktionsnedsättning - Översikt, <<https://www.vardhandboken.se/arbetsatt-och-ansvar/bemotande-i-var-d-och-onsorg/bemotande-av-personer-med-funktionsnedsattning/oversikt/>> besökt 2022-03-04.

diskuteras. Kapitlet innehåller även ett avsnitt som diskuterar motivering i domar och beslut, och avslutas med några sammanfattande slutsatser.

2 FN:s barnkonvention

FN:s konvention om barnets rättigheter⁵⁰ antogs av FN:s generalförsamling den 20 november 1989, och trädde i kraft den 2 september 1990. Av preambeln framgår att utgångspunkten för barnkonventionen är att barn bör växa upp i en miljö präglad av lycka, kärlek och förståelse, och att barn till fullo bör förberedas för ett självständigt liv i samhället. Barn behöver även ett särskilt skydd och särskild omvårdnad, vilket inkluderar ett rättsligt skydd.

Barnkonventionen är uppbyggd kring fyra ledande principer. Övriga rättigheter som konventionen uppställer ska tolkas i ljuset av dessa. De fyra ledande principerna är rätten att inte bli diskriminerad som framgår av artikel 2, principen om barnets bästa i artikel 3, barnets rätt till liv och utveckling enligt artikel 6 och barnets rätt att bli hörd enligt artikel 12.⁵¹

När barnkonventionen antogs inrättades också Barnrättskommittén, vars uppgift är att övervaka efterlevnaden av barnkonventionen. Detta framgår av konventionens artikel 43.1. Varje konventionsstat ska vart femte år rapportera till Barnrättskommittén om arbetet med och efterlevnaden av konventionen. När Barnrättskommittén mottar dessa rapporter svarar den genom att dra slutsatser och lämna rekommendationer för konventionsstaternas fortsatta arbete med konventionen. Sverige har vid sex tillfällen lämnat rapporter till Barnrättskommittén. Den senaste lämnades i oktober 2021.⁵² Det senaste svaret Sverige fått från Barnrättskommittén är deras Concluding observations från 2015. Barnrättskommittén har genomgående gett Sverige kritik på grund av att barnkonventionen inte haft status som lag i Sverige.⁵³

Detta kapitel fortsätter med en del där barnkonventionens förhållande till den svenska rätten presenteras, från det att Sverige ratificerade barnkonventionen till dess att konventionen inkorporerades som svensk lag. I den andra delen av kapitlet presenteras de tre artiklar som är av särskild betydelse för uppsatsen: artikel 3, artikel 12 och artikel 23. Artiklarna förklaras och reds ut, för att dess innebörd och betydelse ska bli tydlig för läsaren.

⁵⁰ Härefter barnkonventionen.

⁵¹ Se Grahn-Farley (2019) s. 15.

⁵² Se Barnombudsmannens hemsida,

<https://www.barnombudsmannen.se/barnkonventionen/fns-barnrattskomite-och-sveriges-rapporter/>, besökt 2022-01-25.

⁵³ Se till exempel CRC/C/SWE/CO/5 para. 7.

2.1 Barnkonventionen i Sverige

Sverige ratificerade barnkonventionen 1990 och är därför folkrättsligt bunden att förverkliga den. Sveriges tradition gällande internationella instrument har varit transformering, vilket innebär att den svenska rätten har anpassats för att återspegla det folkrättsliga åtagandet. Gällande mänskliga rättighetstraktat har Sverige avvikit från denna dualistiska tradition vid två tillfällen; genom att inkorporera EKMR⁵⁴ och barnkonventionen i den svenska rätten.⁵⁵ Att barnkonventionen gäller som lag i Sverige innebär att den kan åberopas i nationella domstolar på samma sätt som annan lagstiftning. När EKMR inkorporerades i den svenska rätten diskuterades var i normhierarkin den, i egenskap av ett traktat om mänskliga rättigheter, skulle placeras. Konstitutionsutskottet tog avstånd från tanken att EKMR skulle ha en egen normhierarki bredvid den som gäller för grundlag och vanlig lag, varför det är rimligt att anta att barnkonventionen, trots att den berör mänskliga rättigheter, bör ha status av vilken svensk lag som helst.⁵⁶

2.1.1 Sverige godkänner barnkonventionen

När regeringen föreslog att Sverige skulle ratificera barnkonventionen konstaterades att tillträdet till konventionen inte skulle kräva någon förändring i den svenska lagstiftningen.⁵⁷ I propositionen anfördes att det i princip var självklart att Sverige skulle ratificera barnkonventionen. Det framgick att barnkonventionen för svenskt vidkommande var i stort sett tillfredsställande, även om Sverige inte kunnat nå så långt som önskat på vissa punkter.⁵⁸

Gällande implementering av principen om barnets bästa, artikel 3, konstaterades att principen både är en lagstiftningsfråga och en fråga om hur den praktiska tillämpningen av lagstiftningen går till. Vidare konstaterades att svensk rätt redan utgick ifrån principen om barnets bästa genom bestämmelserna i 1 kap. 2 § RF⁵⁹ och genom bestämmelser i andra lagar, även om principen inte alltid uttryckligen framgick av lagtexten.⁶⁰ Det framgick i propositionen att barn ska visas hänsyn och respekt och att de, med ökande takt i förhållande till sin ålder, har rätt till ett starkt integritetsskydd. Detta

⁵⁴ Europakonventionen, som gäller som svensk lag enligt lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵⁵ Se Grahn-Farley (2019) s. 9 f.

⁵⁶ Ibid. s. 10; jfr prop. 1993/94:117 s. 74 f. och 1993/94:KU24 s. 18.

⁵⁷ Se prop. 1989/90:107 s. 3.

⁵⁸ Ibid. s. 27.

⁵⁹ 1 kap. 2 § RF är ett målsättningsstadgande som rör människors välfärd i olika avseenden.

⁶⁰ Se prop. 1989/90:107 s. 31 f.

skulle uppfattas som en allmängiltig norm och fungera som en hjälp för alla som fattade beslut gällande barn och behövde fastslå vad som är barnets bästa. Det framgick också att denna allmängiltiga norm behöver kompletteras med de särskilda aspekter som krävs beroende på vilket tillämpningsområde som är aktuellt.⁶¹

Frågan om ifall principen om barnets bästa borde framgå uttryckligen av all lagtext där principen kan behöva tillämpas lyftes fram i propositionen. Det ansågs dock inte vara nödvändigt eftersom frånvaron av en sådan uttrycklig hänvisning inte skulle strida mot barnkonventionen, även om det kunde vara ett eftersträvansvärt mål att ha en så uttrycklig lagtext. Det konstaterades att det är det allmänna syftet och bakomliggande inriktningen som är av betydelse, varför den svenska lagstiftningen inte ansågs stå i strid med artikel 3 i barnkonventionen.⁶²

Gällande barnets rätt att bli hörd, artikel 12, konstaterades att 2 kap. 1 § RF tillförsäkrar alla medborgare rätten att fritt bilda och uttrycka egna åsikter, vilket även innefattar barn. Det framgick vidare att i vilken utsträckning barns åsikter ska tillmätas betydelse regleras i den specifika lagstiftning som berörs i varje enskilt fall, och att dessa regler var väl förenliga med barnkonventionens artikel 12. Det konstaterades även att artikel 12 redan motsvarades av vad som gällde i socialtjänsten och bestämmelsen i 56 § SoL⁶³, där det framgick att barn över 15 själva kunde föra sin talan i mål och ärenden och att yngre barn hördes om det kunde vara till nytta för utredningen och det kunde antas att barnet inte skulle skadas av det.⁶⁴

Beträffande artikel 23, som berör barn med funktionsnedsättningar, konstaterades att syftet med artikeln stämmer väl överens med den svenska grundsynen. Det framgick att socialtjänsten hade ett grundläggande ansvar för att barn med funktionsnedsättningar fick den hjälp de behövde.⁶⁵

2.1.2 Barnrättighetsutredningen

Den 27 mars 2013 tillkallades en särskild utredare för att kartlägga hur tillämpningen av de svenska lagarna stämde överens med barnkonventionen. Syftet var att ta ställning till hur barns rättigheter kunde stärkas, och analysera vad en inkorporering av barnkonventionen i den svenska rätten skulle innebära.⁶⁶ Barnrättighetsutredningen konstaterade att det fanns tydliga

⁶¹ Se prop. 1989/90:107 s. 33.

⁶² Ibid. s. 33.

⁶³ Dåvarande SoL, socialtjänstlag (1980:620).

⁶⁴ Se prop. 1989/90:107 s. 42 f.

⁶⁵ Ibid. s. 59 f.

⁶⁶ Se SOU 2016:19 s. 3.

brister rörande barns rättigheter och att barnkonventionen inte fått tillräckligt genomslag inom de specifika områden som kartlagts.⁶⁷ Vidare framfördes i utredningen att det funnits en tydlig politisk ambition att synliggöra barnrättigheter men att dessa rättigheter inte fått tillräckligt genomslag i praktiken. Detta har berott på att barnkonventionen uppfattats som ett policy- eller värdegrundsdokument för verksamheten och inte knutits till lagstiftningen.⁶⁸

Barnkonventionen har ett barnrättsbaserat synsätt och barn ska ses som egna rättighetsbärare. Enligt barnrättsutredningen hade detta synsätt inte fått fullt genomslag i den svenska rätten.⁶⁹ I samma utredning konstaterades också att principen om barnets bästa inte används som ett tillvägagångssätt i beslutsfattandet. Istället förekom på samtliga kartlagda områden implicita hänvisningar till barnets bästa och uppmärksammande av barns rättigheter skedde inte på ett systematiskt sätt utan kunde variera beroende på enskilda handläggares engagemang.⁷⁰

2.1.3 Barnkonventionen inkorporeras i svensk rätt

Genom proposition 2017/18:186 föreslog regeringen att barnkonventionen skulle inkorporeras i den svenska rätten. Detta gjordes genom lagen (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter⁷¹, som trädde i kraft den 1 januari 2020. Lagen innebär, enligt 1 §, att barnkonventionen, artiklarna 1–42, ska gälla som svensk lag.

Mot bakgrund av barnrättsutredningen fastslog regeringen att barnkonventionen inte fått tillräckligt genomslag i rättstillämpningen, varför inkorporering av konventionen var nödvändig för att stärka barnets rättigheter. Inkorporeringen skulle innebära ett förtydligande av att domstolar och andra rättstillämpare alltid ska beakta barnets rättigheter enligt barnkonventionen när beslut som rör barn fattas. Regeringen ansåg även att en inkorporering skulle skapa en grund för ett barnrättsbaserat synsätt i all offentlig verksamhet och att konventionen som lag kommer kunna påverka utvecklingen av både ny och befintlig lagstiftning.⁷²

⁶⁷ Se SOU 2016:19 s. 279. De specifika områdena var barn i migrationsprocessen, stöd och service till barn med funktionsnedsättning, barn som bevittnat våld inom familjen och barn som utsatts för våld inom familjen. Se mer om utredningens slutsatser gällande barnkonventionen i förhållande till LSS under avsnitt 3.4.

⁶⁸ Ibid. s. 283.

⁶⁹ Ibid. s. 285.

⁷⁰ Ibid. s. 290 f.

⁷¹ Härafter barnkonventionslagen.

⁷² Se prop. 2017/18:186 s. 74.

I samband med att barnkonventionen implementerades i svensk rätt togs en vägledning fram för hur konventionen skulle tolkas för att säkerställa att barnets rättigheter tas tillvara i rättstillämpningen. Syftet med vägledningen är att öka kunskapen om konventionen och belysa de tolkningsmedel som är av relevans, utan att redogöra för hur enskilda avvägningar i specifika fall ska gå till. Vägledningen är således inte en instruktion för precis hur myndigheterna ska tillämpa den svenska lagen. Istället ska den användas som ett stöd för de aktörer som tillämpar barnkonventionen, och bidra till det fortsatta utvecklingsarbetet med konventionen.⁷³ I vägledningen framgår att Wienkonventionens bestämmelser om tolkning av konventioner ska vara vägledande. Konventionstexten ska tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse uppfattningen av ordalydelsen sedd i sitt sammanhang och utifrån konventionens syfte.⁷⁴ Tolkningen av barnkonventionen kan utvecklas över tid, genom att de rättigheter konventionen garanterar kan utvecklas för att syftet och ändamålet med konventionen ska kunna uppfyllas så effektivt som möjligt. Detta får dock inte innebära en tolkning som strider mot ordalydelsen i konventionstexten eller i övrigt gå utöver vad som uttryckligen framgår vid en ärlig tolkning av konventionen.⁷⁵

I vägledningen framgår även att barnkonventionen är uppbyggd runt olika typer av rättigheter: civila, politiska, ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Rättstillämparen måste därför känna till vilken typ av bestämmelse det är som han eller hon ska ta ställning till. Vissa bestämmelser ger konventionsstaterna utrymme att vidta lämpliga åtgärder, medan vissa bestämmelser anger principer som ska beaktas vid samtliga åtgärder som rör barn. Huruvida en bestämmelse kan tillämpas direkt eller inte kan också bero på den specifika situationen. Det är således inte möjligt att uppställa ett exakt schema för när vilka bestämmelser ska tillämpas.⁷⁶

2.2 Artikel 3: Principen om barnets bästa

”In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Principen om barnets bästa kommer till uttryck i artikel 3.1 i barnkonventionen. Principen innebär att ”[v]id alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, ska i första

⁷³ Se prop. 2017/18:186 s. 90; Ds 2019:23 s. 4 ff.

⁷⁴ Se Ds 2019:23 s. 35.

⁷⁵ Ibid. s. 38.

⁷⁶ Ibid. s. 64 f.

hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa”. Idag anses det allmänt vedertaget att principen om barnets bästa ska beaktas vid alla åtgärder som rör barn, oavsett rättsområde.⁷⁷ Enligt den svenska översättningen ska barnets bästa ”i första hand beaktas”, medan principen enligt den engelska originaltexten ska ”be a primary consideration”. Det föreligger en skillnad i principens omfång mellan de två formuleringarna. I den engelska originaltexten används obestämd form, vilket innebär att principen ska balanseras mot andra rättigheter och intressen. Enligt den svenska översättningen ska principen däremot beaktas i första hand, i bestämd form, vilket innebär att principen inte ska balanseras mot andra rättigheter och intressen.⁷⁸

Principen om barnets bästa har som syfte att säkerställa både fullt och faktiskt åtnjutande av alla de rättigheter som erkänns i barnkonventionen. Alla de rättigheter som föreskrivs i barnkonventionen är för barnets bästa, och principen ska aldrig tolkas så att den innebär en inskränkning av någon rättighet.⁷⁹ Artikel 3.1 i barnkonventionen innebär tre typer av skyldigheter för de anslutna staterna. Staterna är skyldiga att se till att principen integreras på ett lämpligt sätt i den nationella lagstiftningen, och att principen faktiskt tillämpas vid alla åtgärder eller förfaranden som direkt eller indirekt berör barn. Staterna är vidare skyldiga att försäkra att det vid alla lagstiftningsåtgärder eller beslut där barn berörs tydligt framgår på vilket sätt principen om barnets bästa bedömts. Slutligen är staterna skyldiga att se till att principen även får genomslag i den privata sektorn, när verksamheten är sådan att barn påverkas.⁸⁰

Principen om barnets bästa består av tre dimensioner. Den första är en materiell rättighet som innebär att barnets bästa i första hand ska beaktas när olika intressen ställs mot varandra. Den andra är en grundläggande rättslig tolkningsprincip som innebär att den tolkning som på bästa sätt tillgodoser barnets bästa ska få företräde framför andra tolkningar. Den tredje är ett tillvägagångssätt som innebär att en beslutsprocess där barn kommer påverkas alltid måste innehålla en utvärdering av eventuella positiva eller negativa konsekvenser för de berörda barnen.⁸¹

⁷⁷ Se Neulinger och Shuruk mot Schweiz (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07) punkt 135.

⁷⁸ Se Grahn-Farley (2019) s. 49 f. Grahn-Farley riktar här stark kritik mot att översättningen av artikeln på ett sådant avgörande sätt skiljer sig från de engelska och franska originaltexterna.

⁷⁹ Se CRC/C/GC/14 para. 4.

⁸⁰ Ibid. para. 14.

⁸¹ Ibid. para. 6.

2.2.1 Vad är barnets bästa?

Det finns ingen bestämd definition av vad barnets bästa innebär. Vad som är bäst för ett barn kan variera från individ till individ, och även över tid beroende av i vilket samhälle principen ska tillämpas. Genom principen ska de olika intressen och behov ett barn har tillgodoses. De behov barn har kan vara lika för alla barn, eller bero på specifika behov det enskilda barnet har, men utgångspunkten är i huvudsak att det är de behov vuxna anser att barn har som är relevanta. Detta är ett sätt att se objektivt på barn. För att kunna avgöra vad som är barnets intressen behövs däremot en mer subjektiv syn på barnet, eftersom det är nödvändigt att barnet själv får uttrycka sig för att barnets egna intressen ska kunna klargöras.⁸² Det går inte att tillämpa artikel 3.1 på ett korrekt sätt utan att barnets rätt att fritt uttrycka sina åsikter respekteras^{83,84}

Begreppet barnets bästa är flexibelt på så sätt att det kan justeras utifrån det specifika barnets situation. Inte sällan behöver principen tolkas tillsammans med övriga bestämmelser i konventionen för att innebörden ska bli tydlig. Principen kan behöva tolkas både utifrån en specifik situation när ett beslut rör ett enskilt barn, och utifrån vad som är bäst för barn i allmänhet, till exempel vid lagstiftningsåtgärder som rör barn.⁸⁵ Vid fastställandet av vad som är barnets bästa måste först de relevanta aspekterna i det enskilda fallet konkretiseras och vägas mot varandra. Dessa aspekter ska sedan användas för att trygga rättsliga garantier och säkerställa att principen tillämpas på ett korrekt sätt.⁸⁶

Det finns många omständigheter som kan påverka vad som är bäst för det enskilda barnet i en specifik situation. Hänsyn ska till exempel tas till barnets ålder, kön, mognad och erfarenhet, men hänsyn ska också tas till andra omständigheter så som om barnet har en funktionsnedsättning eller tillhör en minoritetsgrupp. Även sociala och kulturella sammanhang kan påverka bedömningen, till exempel barnets kontakt med sina föräldrar.⁸⁷ Barnrättskommittén har ställt upp ett antal faktorer som de anser ska vara utgångspunkter vid bedömningen och fastställandet av barnets bästa. Dessa är barnets åsikter, barnets identitet, bevarandet av familjemiljön och upprätthållandet av relationer, barnets behov av omsorg, skydd och säkerhet, eventuella utsatta situationer, barnets rätt till hälsa och barnets rätt till utbildning.⁸⁸

⁸² Se Singer (2019) s. 38 f.

⁸³ Se mer under avsnitt 2.3.

⁸⁴ Se CRC/C/GC/14 para. 43.

⁸⁵ Ibid. para. 32.

⁸⁶ Ibid. para. 46.

⁸⁷ Ibid. para. 48.

⁸⁸ Ibid. para. 52–79.

2.2.2 Kritik mot Sverige

I sina Concluding observations från 2015 var Barnrättskommittén kritisk mot avsaknaden av en obligatorisk konsekvensbedömning av principen om barnets bästa vid alla åtgärder som rör barn. Barnrättskommittén upprepade också sina tidigare rekommendationer att Sverige behövde stärka sina åtgärder för att öka medvetenheten om innebörden samt den praktiska tillämpningen av principen om barnets bästa.⁸⁹ I den senaste rapporten till barnrättskommittén besvarar Sverige detta eftersom barnkonventionen nu är gällande som svensk lag. I rapporten framgår att fokus i fortsättningen särskilt kommer ligga på principen om barnets bästa som ett tillvägagångssätt i beslutsprocesser som rör barn. I rapporten hänvisas också till den strategi för att stärka barnets rättigheter som riksdagen godkände 2010⁹⁰ och som bland annat fastställer att all lagstiftning som rör barn ska utformas i överensstämmelse med barnkonventionen.⁹¹

2.3 Artikel 12: Barnets rätt att bli hörd

”States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.”

Enligt artikel 12.1 i barnkonventionen ska barn som är i stånd att bilda egna åsikter också ha rätten att uttrycka dessa i frågor som rör barnet själv. Vid bedömningen av betydelsen av barnets åsikter ska hänsyn tas till barnets ålder och mognad. Enligt artikel 12.2 ska barnet särskilt beredas möjlighet att höras i alla domstolsförfaranden och administrativa förfaranden som rör barnet. Detta kan ske direkt, genom en företrädare eller ett lämpligt organ.

Barnets rätt att få uttrycka sina åsikter markerar att barnet är ett subjekt och en aktör som har rätt att delta i de processer som berör barnet. Detta är ett kompetensorienterat synsätt på barn, och innebär att barn, precis som vuxna, har förmåga att själva bilda sig en uppfattning om sig själva och också uttrycka sina åsikter och därmed få möjlighet att vara med och bestämma vid beslut som berör dem.⁹² Barnets rättigheter ska inte endast utgå ifrån barnets sårbarhet och beroende av en vuxen, utan barn ska ses som egna rättighetsbärare.⁹³

⁸⁹ Se CRC/C/SWE/CO/5 para. 17.

⁹⁰ Prop. 2009/10:232.

⁹¹ Se *Sveriges kombinerade sjätte och sjunde periodiska rapport till FN:s Kommitté för barnets rättigheter*, oktober 2021, s. 24.

⁹² Se Singer (2019) s. 37.

⁹³ Se CRC/C/GC/12 para. 18.

Artikel 12 ska, i egenskap av en av de fyra grundprinciperna, beaktas vid tolkning och genomförande av resterande artiklar i konventionen.⁹⁴ Konventionsstaterna är skyldiga att tillgodose barnets rätt att bilda sin egen uppfattning och sina egna åsikter i en miljö där barnet har möjlighet att utöva rätten att bli hörd.⁹⁵ Barns åsikter är viktiga eftersom de kan tillföra perspektiv och erfarenheter som kan påverka olika typer av beslut.⁹⁶ Det är dock viktigt att komma ihåg att barnets rätt att bli hörd är just en rättighet, och inte en skyldighet. Detta innebär att det är möjligt för barnet att välja att inte uttrycka sina åsikter. Därför är konventionsstaterna skyldiga att se till att barnet får all information som behövs för att barnet ska kunna ta ställning till hur rättigheten ska utövas.⁹⁷

För att kunna ta ställning till betydelsen av barnets åsikter måste en bedömning göras utifrån det enskilda barnets ålder och mognad. I artikel 12 uppställs ingen metod för hur bedömningen ska göras, utan det blir upp till varje konventionsstat att avgöra vid tolkning och implementering av konventionen.⁹⁸ Konventionsstaterna får dock inte utgå ifrån att barnet inte är i stånd att uttrycka sina åsikter, utan det ska föreligga en presumtion för att barnet kan uttrycka sig. Det är upp till konventionsstaterna att ge barnet möjlighet att uttrycka sina åsikter; ansvaret ska inte läggas på barnet.⁹⁹ Det finns ingen åldersgräns för när barnet ska anses vara i stånd att uttrycka sina åsikter. Enligt Barnrättskommittén bör konventionsstaterna inte heller utgå ifrån någon specifik ålder vid bedömningen.¹⁰⁰

2.3.1 Barnets rätt att bli hörd i förhållande till principen om barnets bästa

Principen om barnets bästa kan inte tillämpas korrekt utan att hänsyn tas till barnets åsikter.¹⁰¹ Att respektera varje barns rätt att bli hörd är ett obligatoriskt steg vid bedömningen av vad som är barnets bästa. Både vad som anses vara barnets bästa och barnets egna åsikter är av avgörande betydelse när beslut fattas som påverkar barnet. De två principerna kompletterar varandra och det finns ingen motsättning dem emellan. Principen om barnets bästa ska ses som en rättssäkerhetsgaranti som uppställer målet att uppnå det bästa för barnet, medan principen om barnets rätt att bli hörd är en metod för att nå målet att barnets åsikter ska tillmätas betydelse vid beslut som rör barnet. Samtidigt

⁹⁴ Se CRC/C/GC/12 para. 2.

⁹⁵ Ibid. para. 11.

⁹⁶ Ibid. para. 12.

⁹⁷ Ibid. para. 16.

⁹⁸ Se Grahn-Farley (2019) s. 91.

⁹⁹ Se CRC/C/GC/12 para. 20.

¹⁰⁰ Ibid. para. 21.

¹⁰¹ Se CRC/C/GC/14 para. 43.

som principen om barnets bästa inte kan tillämpas korrekt utan att barnet får uttrycka sina åsikter bidrar principen till att betona vikten av att barnets egna åsikter är avgörande för beslut som rör barnets liv.¹⁰²

2.3.2 Kritik mot Sverige

I sina Concluding observations från 2015 uppmanade Barnrättskommittén Sverige att säkerställa rätten för barn med funktionsnedsättningar att rådfrågas gällande alla frågor som rör dem.¹⁰³ Barnrättskommittén uttryckte oro över att, trots att barn enligt ändringar i LSS ska ha rätt att uttrycka sig vid åtgärder som rör dem, barn med funktionsnedsättningar inte systematiskt hörs vid åtgärder som rör dem.¹⁰⁴

2.4 Artikel 23: Barn med funktionsnedsättning

”States Parties recognize that a mentally or physically disabled child should enjoy a full and decent life, in conditions which ensure dignity, promote self-reliance and facilitate the child’s active participation in the community.”

Enligt artikel 23.1 erkänner konventionsstaterna ”[...]att ett barn med fysisk eller psykisk funktionsnedsättning bör åtnjuta ett fullvärdigt och anständigt liv under förhållanden som säkerställer värdighet, främjar tilltron till den egna förmågan och möjliggör barnets aktiva deltagande i samhället”. Artikel 23 är ett målstadgande, vilket innebär att artikeln inte uttrycker en inkrävbar rättighet.¹⁰⁵ Syftet med artikeln är att samtliga åtgärder konventionsstaterna vidtar för att säkerställa barn med funktionsnedsättnings rättigheter ska riktas mot detta mål, och det slutgiltiga målet är att barn med funktionsnedsättningar fullt ut ska vara inkluderade i samhället.¹⁰⁶

Utöver artikel 23 skyddas barn med funktionsnedsättning genom diskrimineringsförbudet i artikel 2. Genom att artikel 2 är en av de ledande principerna som ska läsas tillsammans med resten av konventionen ger den ett starkare skydd än artikel 23.¹⁰⁷ Artikel 2 ska både tillämpas i förhållande till övriga artiklar i konventionen, på så sätt att artiklarna inte får tillämpas på ett sätt som diskriminerar någon av de skyddade kategorierna, och ålägger

¹⁰² Se CRC/C/GC/12 para. 70–74.

¹⁰³ Se CRC/C/SWE/CO/5 para. 40.

¹⁰⁴ Ibid. para. 39.

¹⁰⁵ Se Grahn-Farley (2019) s. 135. Ett starkare rättighetsskydd finns i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, som inte berörs i uppsatsen.

¹⁰⁶ Se CRC/C/GC/9 para. 11.

¹⁰⁷ Se Grahn-Farley (2019) s. 135.

konventionsstaterna en allmän skyldighet att upprätthålla ett skydd mot diskriminering.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Se Grahn-Farley (2019) s. 40.

3 Barnkonventionen och LSS – lagstiftningen

I detta kapitel presenteras den påverkan barnkonventionen har haft på lagtexten i LSS. Kapitlet inleds med en kort presentation av LSS för att ge läsaren en överblick över den lagstiftning som analyseras i uppsatsen. Därefter följer en presentation av de förarbeten som resulterade i den första versionen av LSS. Fokus ligger på hur barnets rättigheter behandlades i Handikapputredningen och den efterföljande propositionen som låg till grund för LSS. Därefter presenteras de viktiga förändringar som genomförts i lagtexten i förhållande till barns rättigheter och barnkonventionen. Fokus ligger framför allt på de förändringar som trädde i kraft den 1 januari 2011. Därefter presenteras Barnrättighetsutredningen som låg till grund för att barnkonventionen inkorporerades i den svenska rätten. Efter det presenteras LSS-utredningen, som lämnades till regeringen i januari 2019 och föreslår en helt ny version av LSS. Därefter görs en genomgång av Barnkonventionsutredningen, som syftade till att utreda hur svensk lagstiftning och praxis stämmer överens med barnkonventionen, i förhållande till LSS. Kapitlet avslutas med en kort redogörelse för utredningen om stärkt assistans.

3.1 Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade

LSS trädde i kraft den 1 januari 1994. Lagens innehåll framgår av 1 § enligt följande:

”Denna lag innehåller bestämmelser om insatser för särskilt stöd och särskild service åt personer

1. med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd,
2. med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom, eller
3. med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service.”

Av 4 § framgår att eventuella rättigheter enligt någon annan lag inte ska inskränkas genom bestämmelser i LSS. Verksamheter enligt LSS ska, enligt 5 §, ”[...] främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet för de personer som anges i 1 §. Målet skall vara att den enskilde får möjlighet

att leva som andra.” Verksamheten ska vidare vara av god kvalitet och grundas på respekt för enskildas självbestämmanderätt och integritet, vilket framgår av 6 §. Enligt 6 a § ska barnets bästa särskilt beaktas vid åtgärder som rör barn.

3.1.1 Insatser enligt LSS

Den som omfattas av personkretsen i 1 § har rätt till de insatser som framgår av LSS, om sådan hjälp behövs för deras livsföring och de inte kan få dessa behov tillgodosedda på något annat sätt, vilket följer av 7 §. Genom insatserna ska den enskilde tillförsäkras goda levnadsvillkor, och insatserna ska anpassas efter mottagarens individuella behov. Enligt 8 § ska insatser enligt LSS endast ges om den enskilde personen begär det. Om den enskilde är under 15 år kan vårdnadshavare begära insatser för barnets räkning.

De insatser som enskilda har rätt till framgår av 9 § och är rådgivning och annat personligt stöd, personlig assistans, ledsagarservice, kontaktperson, avlösarservice i hemmet, korttidsvistelse utanför det egna hemmet, korttidstillsyn för skolungdom över 12 år utanför det egna hemmet i anslutning till skoldagen samt under lov, boende i familjehem eller bostad med särskild service för barn eller ungdomar som behöver bo utanför föräldrahemmet, bostad med särskild service för vuxna och daglig verksamhet.

3.1.2 LSS i förhållande till socialtjänstlagen (2001:453)

Den övergripande ramlagstiftningen på socialrättens område är socialtjänstlagen (2001:453)¹⁰⁹. SoL och LSS skiljer sig åt på så sätt att SoL inte reglerar rättigheter för en enskild individ, utan beskriver de skyldigheter som kommunerna har. LSS är uppbyggd annorlunda och ställer upp tre olika personkretsar som omfattas av de rättigheter som framgår av lagen.

Enligt SoL har kommunerna ett särskilt ansvar för personer med funktionsnedsättningar, vilket framgår av 5 kap. 7–8 och 10 §§. En person som omfattas av LSS kan ha rätt till bistånd enligt SoL om denne har behov som LSS inte tillgodoser. Det är upp till den enskilde att själv avgöra om denne vill ansöka om hjälp enligt SoL eller LSS.¹¹⁰

¹⁰⁹ Härefter SoL.

¹¹⁰ Se Erman (2015) s. 168.

3.2 Den första versionen av LSS

Den 1 januari 1994 trädde den ursprungliga versionen av LSS i kraft och ersatte då lagen (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl. och lagen (1965:136) om elevhem för vissa rörelsehindrade m.fl. Propositionen till LSS¹¹¹ var ett resultat av den så kallade Handikapputredningen som pågått sedan 1988.¹¹² I propositionen konstaterades att människor med funktionsnedsättningar fått ta del av välståndsutveckling i en allt för liten utsträckning och att levnadsvillkoren ofta var svåra för familjer med barn med funktionsnedsättning, varför en översyn av lagstiftningen behövdes. Syftet med översynen var att människor med funktionsnedsättningar skulle ha samma levnadsvillkor som alla andra, vilket skulle tillförsäkras genom en lag om individinriktade rättigheter. Utgångspunkten var att varje människa skulle ses som en individ med rättigheter och inte som ett föremål för åtgärder, oberoende av vilka förutsättningar som fanns för varje specifik person. Åtgärderna skulle också anpassas både för vuxna och för familjer med barn med funktionsnedsättning, för att dessa familjer skulle kunna leva ett så normalt liv som möjligt.¹¹³

Genom Handikapputredningen konstaterades att de insatser enskilda kunde vara berättigade till genom SoL¹¹⁴ inte var tillräckliga för att personer med funktionsnedsättningar skulle få samma levnadsvillkor som andra människor. För familjer med barn med funktionsnedsättning ansågs samhällsstödet inte vara tillräckligt. Eftersom SoL inte gav den enskilde en absolut rätt till en viss bestämd insats behövdes en ny lag för att konkret ange vilka insatser en enskild skulle ha rätt till.¹¹⁵ Målet med insatserna till barn och ungdomar skulle vara att dessa skulle ges de förutsättningar som krävs för en god fysisk och psykisk utveckling, och i övrigt ges samma goda villkor i sin uppväxt som andra barn och ungdomar.¹¹⁶

Personlig assistans till barn i förhållande till föräldraansvaret lyftes fram i propositionen. Det konstaterades att föräldrar till barn med funktionsnedsättningar liksom andra föräldrar har ett ansvar för barnets personliga förhållanden enligt föräldrabalken, men att föräldrar till barn med funktionsnedsättningar ofta gör betydligt större insatser. För barn med så stort vårdbehov att föräldraansvaret i kombination med till exempel den hjälp skolan erbjöd inte räckte konstaterades vidare att personlig assistans kunde vara av grundläggande betydelse. Eftersom personlig assistans är väldigt

¹¹¹ Prop. 1992/93:159.

¹¹² Se dir. 1988:53; SOU 1991:46.

¹¹³ Se prop. 1992/93:159 s. 42 f.

¹¹⁴ Dåvarande SoL, socialtjänstlagen (1980:620).

¹¹⁵ Se prop. 1992/93:159 s. 49 f.

¹¹⁶ Ibid. s. 51.

ingripande i hela familjens situation framgick att det var väldigt viktigt att assistansen kunde anpassas efter varje familjs specifika situation, samt att vårdnadshavare gavs ett avgörande inflytande över insatsen. Vidare konstaterades att syftet med assistansen ofta var att tillgodose föräldrarnas behov av avlösning. Gällande små barn anfördes att de ofta är mycket beroende av sina föräldrar, varför det är viktigt att endast ett fåtal personer tillgodoser barnets grundläggande behov.¹¹⁷ Av 7 § LSS framgick att insatser ges enligt lagen om behovet inte tillgodoses på annat sätt.¹¹⁸ I specialmotiveringen till paragrafen framgick att ett behov helt eller delvis kunde tillgodoses genom föräldraansvaret, vilket skulle kunna innebära att barnet inte hade rätt till insatser enligt LSS.¹¹⁹

Även frågan om stöd till föräldrar med funktionsnedsättningar berördes i propositionen. Det anfördes att även föräldrar med funktionsnedsättningar som inte hade personlig assistans kunde behöva hjälp för att ta hand om sina barn, vilket ansågs vara kommunens uppgift i enlighet med SoL eftersom socialnämnden skulle verka för att barn kunde växa upp under trygga och goda förhållanden. I propositionen konstaterades att det var viktigt att föräldrar med funktionsnedsättning gavs stöd och hjälp för att fungera i rollen som förälder.¹²⁰

Personer som omfattades av den nya lagen, LSS, skulle genom korttidsvistelse erbjudas miljöombyte och rekreation. Enligt propositionen skulle detta innebära ett led i att bryta beroendeförhållandet mellan barn och föräldrar. Det framgick också att den enskildes, eller den enskildes familjs, önskemål så långt som möjligt skulle vara avgörande, och att behovet av fritidsaktiviteter skulle uppmärksammas.¹²¹

Möjligheten för barn och ungdomar som inte kunde bo hos sina föräldrar att bo i en annan familj eller bostad med särskild service för ungdomar flyttades genom förslaget från SoL till LSS. Ett sådant familjehem skulle användas för barn och ungdomar med funktionsnedsättningar som inte kunde bo kvar i sitt föräldrahem. Syftet med att införa insatsen i LSS var att framhålla de höga kvalitetskrav som den bakomliggande tanken med LSS innebar. Syftet med insatsen var även att skapa goda förutsättningar för barn med funktionsnedsättningars känslomässiga och sociala utveckling. I propositionen framgick att barnet måste ges möjlighet att skapa en djup och beständig relation med några få vuxna människor i en trygg miljö, för att

¹¹⁷ Se prop. 1992/93:159 s. 65 f.

¹¹⁸ Det samma framgår fortfarande av 7 §.

¹¹⁹ Se prop. 1992/93:159 s. 172.

¹²⁰ Ibid. s. 66 f.

¹²¹ Ibid. s. 77 f.

insatsen ska skapa goda förutsättningar för barnets sociala och känslomässiga utveckling.¹²²

Av den föreslagna 6 § LSS framgick att den enskilde i största möjliga mån skulle ges inflytande och medbestämmande över insatserna.¹²³ I specialmotiveringen till paragrafen stadgades att bestämmelsen tydligt skulle markera respekten för den enskildes egna önsknings och behov, och att alla insatser skulle ges i samråd med den enskilde. Gällande barn framgick det att insatser skulle utvecklas i samråd med vårdnadshavare.¹²⁴

Barnkonventionen nämns inte över huvud taget i vare sig SOU 1991:46 eller prop. 1992/93:159. Att barnkonventionen inte nämns i utredningen är dock inget anmärkningsvärt, eftersom utredningen tillsattes 1988 och var färdig 1991, och barnkonventionen ratificerades av Sverige först 1990. Trots att barnkonventionen inte uttryckligen nämndes i förarbetena fanns ändå ett genomgående resonemang gällande barn med funktionsnedsättningar. Syftet med LSS har alltid varit att öka levnadsvillkoren för människor med funktionsnedsättningar, och däribland barn. I utredningen framgick även att varje människa skulle ses som en egen individ, och att alla åtgärder skulle anpassas både för vuxna och för familjer med barn med funktionsnedsättningar. Det fanns således ett sorts barnperspektiv genom utredningen, även om barnkonventionens bestämmelser inte uttryckligen beaktades.

Enligt 5 § i den ursprungliga LSS framgick att ”[v]erksamhet enligt denna lag skall främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet för de personer som anges i 1 §. Målet skall vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra.” Stadgandet har ingen direkt koppling till barnkonventionen och innebär inget direkt starkare skydd för barn, men tanken och syftet med LSS har alltid varit att vara en rättighetslag vilket har synt tydligt redan från början. Enligt 6 § framgick också att ”[v]erksamheten skall vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet. Den enskilde skall i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges.” Det saknades dock en uttrycklig hänvisning till barns rätt till delaktighet i förhållande till ålder och mognad.

Mot bakgrund av ovan är det tydligt att det har funnits tankar om hur barn ska hjälpas på bästa sätt sedan den ursprungliga versionen av LSS, och på grund av att införandet av LSS överlappat tiden då barnkonventionen ratificerades är det inte konstigt att konventionen inte beaktades i förarbetena. Att det sedan

¹²² Se prop. 1992/93:159 s. 79 f.

¹²³ Det samma framgår fortfarande av 6 §.

¹²⁴ Se prop. 1992/93/159 s. 171.

dröjde 17 från det att LSS trädde ikraft till dess att bestämmelser anpassade efter barnkonventionen infördes är däremot anmärkningsvärt.

3.3 Förändringar den 1 januari 2011

Den 1 januari 2011 trädde flera förändringar i LSS i kraft. En bestämmelse infördes som innebar att barnets bästa särskilt ska beaktas när åtgärder rör barn, samt att hänsyn ska tas till barnets åsikter i förhållande till barnets ålder och mognad.¹²⁵ Bestämmelsen att barnets bästa särskilt ska beaktas placerades i en egen paragraf, 6 a §, och bestämmelsen att hänsyn ska tas till barnets åsikter infördes som ett andra stycke i 8 §.

3.3.1 Barnets bästa

I propositionen som resulterade i lagändringar den 1 januari 2011 konstaterades att det inte skulle råda någon tvekan om att barnkonventionen gällde i Sverige, och att svensk lagstiftning oftast gick längre än de krav som ställs upp i barnkonventionen. Vidare framgick att ett särskilt viktigt område vid arbetet med personer med funktionsnedsättning är att barn och ungdomar med funktionsnedsättningar ska få förutsättningar för självständighet och självbestämmande, varför barn och ungas inflytande vid insatser enligt LSS behövde stärkas. I propositionen framgick också att beviljandet av en åtgärd i de allra flesta fallen redan sammanföll med vad som var bäst för barnet. Dock konstaterades att en situation kunde uppstå då en vuxen ansökt om en insats där utformningen av insatsen påverkade ett barn, och att barnets bästa inte nödvändigtvis behövde innebära att insatsen beviljades. I dessa fall fanns ingen grund för att avslå ansökan med hänsyn till barnets bästa.¹²⁶

I kommittébetänkandet som låg till grund för regeringens proposition anfördes att ett skäl till att regler som stärkte barnets bästa skulle införas i LSS var att motsvarande redan fanns i SoL. Att inte införa dem i LSS skulle kunna skapa osäkerhet kring om barnets bästa skulle vara av mindre betydelse vid bedömningar enligt LSS än enligt SoL.¹²⁷ Eftersom LSS är en rättighetslag konstaterades i kommittébetänkandet att när kraven för att en insats ska beviljas är uppfyllda ska beslut om insatsen också meddelas, och att det i regleringen som den såg ut då inte fanns något stöd för att avslå en ansökan om en insats med hänsyn till barnets bästa. Däremot fanns möjligheten att ifrågasätta om en insats enligt LSS var förenlig med barnets bästa och på andra sätt se till barnets bästa. Det poängterades därför att det

¹²⁵ Se prop. 2009/10:176 s. 1.

¹²⁶ Ibid. s. 31 f.

¹²⁷ Se SOU 2008:77 s. 309.

fanns flera olika lagar som samverkade gällande barns rättigheter och välbefinnande och att ett barns berättigande till insatser enligt LSS inte skulle innebära någon skillnad för andra myndigheters ansvar för barnets trygghet och välbefinnande.¹²⁸ I kommittébetänkandet övervägdes möjligheten att införa ett krav på att alla insatser som beviljas skulle vara förenliga med barnets bästa. Dock konstaterades att detta skulle vara svårt att förena med rättighetskonstruktionen i LSS, eftersom en bedömning av huruvida en eventuell insats skulle vara förenlig med barnets bästa kunde innebära en försvagning av det starka rättighetsskyddet i LSS.¹²⁹ Denna uppfattning delades av regeringen, varför något sådant krav inte infördes i lagen.¹³⁰

6 a § LSS ska motsvara artikel 3 i barnkonventionen, och ska främst få betydelse vid utförandet av de insatser som beviljas enligt LSS samt vid kommunens uppgifter enligt 15 § och vid tillstånds- och tillsynsverksamhet. Det framfördes också i propositionen att ”[d]en enskildes rätt till insatser är dock uttömmande reglerad i lagen och ska inte begränsas eller utvidgas av denna bestämmelse”.¹³¹ 6 a § har inte förändrats sedan införandet och har således precis samma lydelse idag.

3.3.2 Barnets rätt att uttrycka sina åsikter

I 8 § infördes lydelsen ”[n]är en insats rör ett barn ska barnet få relevant information och ges möjlighet att framföra sina åsikter. Barnets åsikter ska tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad”. I propositionen framgick att det redan följde av 7 och 8 §§ LSS att insatser endast ska ges om den enskilde begär det och att insatserna ska anpassas till den enskildes behov, men att det inte fanns någon uttrycklig bestämmelse om barns rätt till information eller barns rätt att uttrycka sina åsikter. Det konstaterades att en ny bestämmelse skulle införas i LSS för att uppfylla kraven i artikel 12 i barnkonventionen, och att den nya bestämmelsen skulle utformas i nära överensstämmelse med artikel 12. Barnets rätt att uttrycka sin åsikt ska vara just en rättighet och inget krav, varför det ska vara frivilligt för barnet. Gällande vårdnadshavares inblandning konstaterades att de barn som uppnått den ålder och mognad som krävs själva ska få bestämma om sin medverkan, medan för de barn som inte uppnått denna ålder och mognad ska vårdnadshavarna bestämma och de kan därmed förhindra samtal med barnet.¹³²

¹²⁸ Se SOU 2008:77 s. 310.

¹²⁹ Ibid. s. 311.

¹³⁰ Se prop. 2009/10:176 s. 33.

¹³¹ Ibid. s. 74.

¹³² Ibid. s. 34 f.

Gällande föräldrarnas inblandning vid beslut om insatser konstaterades i kommittébetänkandet att bestämmanderätten för föräldrarna inte är oinskränkt och att barn alltid ska ha möjlighet att få höras och själv få vara med och påverka vid insatser som rör barnet, i takt med att barnet åldras och mognar. Vid värderingen av barnets åsikter ska hänsyn tas till barnets ålder, mognad, utveckling, svårighetsgraden på den aktuella frågan samt betydelsen av beslutet som ska fattas. I betänkandet framfördes att detta alltid kommer vara en bedömningsfråga som är svår att precisera mer.¹³³

I kommittébetänkandet föreslogs att bestämmelsen även skulle innehålla ett krav på att barnets inställning så långt som möjligt skulle klargöras.¹³⁴ Detta skulle motsvara bestämmelsen i 3 kap. 5 § SoL¹³⁵. Förslaget infördes inte eftersom regeringen menade att bestämmelsen istället skulle utformas i närmare överensstämmelse med artikel 12 i barnkonventionen. Detta berodde framför allt på en vilja att förtydliga att det ska vara frivilligt för barnet att delge sina åsikter.¹³⁶

I samma kommittébetänkande framfördes att för att barnets rätt att uttrycka sin åsikt ska få reell betydelse måste barnet även ha rätt att få relevant information om sin situation.¹³⁷ Redan tidigare hade regeringen i en proposition uttryckt att det är viktigt med ett barnperspektiv i handläggningen av ärenden som rör barn, och att barnets önskemål och synpunkter ska inhämtas. Då är det också viktigt att anpassa den information barnet får så att barnet kan förstå.¹³⁸ Detta lyftes fram i kommittébetänkandet och det anfördes att vikten av att barnet får relevant information för att kunna uttrycka sina åsikter skulle framgå av bestämmelsen i LSS.¹³⁹ Regeringen instämde i detta och av 8 § andra stycket LSS framgår att barn ska få relevant information när insatser rör barnet.¹⁴⁰

3.3.3 Några reflektioner

Som framgår ovan berördes frågan om möjligheten att införa principen om barnets bästa som ett kriterium för beviljande av insatser. I kommittébetänkandet konstaterades endast att detta skulle kunna innebära att

¹³³ Se SOU 2008:77 s. 312.

¹³⁴ Ibid. s. 296.

¹³⁵ Bestämmelsen var då placerad i 3 kap. 5 §. Idag finns bestämmelsen i 11 kap. 10 § 1 st där det framgår att "[o]m barnet inte framför sina åsikter, ska hans eller hennes inställning så långt det är möjligt klarläggas på annat sätt".

¹³⁶ Se prop. 2009/10:176 s. 34.

¹³⁷ Se SOU 2008:77 s. 313.

¹³⁸ Se prop. 2004/05:39 s. 32. Propositionen berörde i huvudsak dokumentation och anmälningsplikt och är därför i övrigt inte intressant för uppsatsen.

¹³⁹ Se SOU 2008:77 s. 314.

¹⁴⁰ Se prop. 2009/10:176 s. 33.

andra rättigheter enligt LSS försvagades. Detta konstaterande motiverades dock inte ytterligare, och några exempel på situationer där rättighetskonstruktionen i LSS utgör ett hinder för att ha barnets bästa som ett kriterium för insatser framgick inte. Det är anmärkningsvärt att både kommittén och regeringen drar denna slutsats utan att motivera den mer, eftersom en bestämmelse om att barnets bästa särskilt ska beaktas infördes i lagtexten men inte ska användas som ett kriterium för beslut enligt lagen. Frågan kan då ställas vad bestämmelsen egentligen fyller för funktion, och om en sådan konstruktion verkligen kan vara förenlig med barnkonventionen.

En möjlig förklaring är att kommittén och regeringen utgått ifrån den svenska översättningen av artikel 3, att barnets bästa skulle komma i främsta rummet¹⁴¹, och därför kommit fram till att barnets bästa inte kan vara ett kriterium eftersom det inte var önskvärt att barnets bästa ensamt skulle kunna vara avgörande för om en insats beviljades eller inte. Detta blir dock ändå märkligt om man ser till den engelska originalversionen där det anges att barnets bästa ska ”be a primary consideration”. Att barnets bästa är en av de avgörande faktorerna innebär inte nödvändigtvis att principen i alla situationer är det som blir slutligt avgörande, utan även andra faktorer och omständigheter ska vägas in. Dessa intressen måste kunna balanseras mot varandra för att finna den bästa lösningen i varje enskilt fall.

Att införa principen om barnets bästa på det sätt som gjordes, och uttryckligen ange att principen inte ska innebära vare sig någon begränsning eller utvidgning av rätten till insatser, leder också till att det blir svårt att tolka när principen faktiskt ska tillämpas. Enligt kommittébetänkandet skulle principen främst få betydelse vid utförandet av insatserna och vid kommunens tillstånds- och tillsynsverksamhet, men det framgick inte tydligare hur principen skulle tillämpas i dessa situationer. Det framgick inte heller vem som då ska ansvara för att principen efterföljs, om det till exempel är en personlig assistent som ska se till att insatsen är för barnets bästa, eller om det är kommunen som i sin tillsynsverksamhet ska säkerställa att en insats är till barnets bästa. Det enklaste torde vara att det säkerställs att en insats, redan när den beviljas, är för barnets bästa. Detta borde enklast kunna göras genom att principen om barnets bästa blir ett kriterium för att bevilja insatser enligt LSS.

Gällande barnets rätt att uttrycka sina åsikter infördes en bestämmelse om att hänsyn ska tas till dessa, men kommittébetänkandets förslag att barnets inställning så långt som möjligt ska klargöras lämnades utan bifall. I propositionen framgick endast att bestämmelsen istället skulle utformas

¹⁴¹ Idag är den svenska översättningen omarbetad till ”ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa”, men 2010/11 användes den äldre översättningen.

närmare ordalydelsen i artikel 12, men det motiverades inte hur en sådan bestämmelse inte skulle vara i enlighet med artikel 12. Stor vikt lades vid att det skulle vara frivilligt för barnet att uttrycka sin åsikt, men en bestämmelse om att barnets åsikter så långt det är möjligt ska klarläggas behöver inte innebära att barnet skulle tvingas uttala sig mot sin vilja. En sådan ordning skulle knappast vara förenlig med barnkonventionen. Eftersom barnets åsikter kan vara avgörande även om barnet själv har svårt att uttrycka dem, eller av olika anledningar inte vill, borde det vara rimligt att införa en bestämmelse om att barnets åsikt ska klargöras så långt det är möjligt. Om det inte är möjligt utan att tvinga barnet bör det inte heller göras, eftersom det är en rättighet och inte en skyldighet. En sådan bestämmelse finns redan i 11 kap. 10 § SoL, varför det inte är orimligt att anta att bestämmelsen skulle fungera även i LSS.

3.4 Barnrättighetsutredningen och LSS

Barnrättighetsutredningen fokuserade särskilt på att bland annat kartlägga hur rättstillämpningen stämde överens med barnkonventionen vid stöd och service till barn med funktionsnedsättning. Detta område ansågs särskilt viktigt eftersom det berör situationer där barn är särskilt utsatta, och där myndighetsbeslut kan leda till stora konsekvenser. Kartläggningen visade på flera brister, framför allt gällande principen om barnets bästa och barnets rätt att bli hörd.¹⁴² För kartläggningen granskades hur rättstillämpningen stämde överens med barnkonventionens grundprinciper gällande beslut om ledsagarservice enligt 9 § 3 p. LSS och korttidsvistelse utanför det egna hemmet enligt 9 § 6 p. LSS. Dessa två områden valdes eftersom de ansågs ha en tydlig koppling till flera av artiklarna i barnkonventionen och kunde visa hur barnets rättigheter och synen på barnet hanterades i praktiken.¹⁴³

Gällande barn med funktionsnedsättningar konstaterades att de alla har unika behov, och att alla insatser därför måste individanpassas och kunna förändras i takt med att barnet åldras. Det är staten som är skyldig att säkerställa att barn med funktionsnedsättningar åtnjuter de rättigheter som barnkonventionen garanterar, men det framgick också att barn med funktionsnedsättningar kan ha svårare att få sina behov tillgodosedda.¹⁴⁴

¹⁴² Se SOU 2016:19 s. 20 f.

¹⁴³ Ibid. s. 185. För mer information om kartläggningsmaterialet och de frågor som användes i studien se SOU 2016:19 s. 186–187.

¹⁴⁴ Ibid. s. 182.

3.4.1 Barnets bästa

I betänkandet konstaterades att barnets bästa inte utgör ett kriterium för att en ansökan om insatser ska beviljas eller avslås, vilket lett till att formuleringen ”barnets bästa” inte används så ofta i beslut och beslutsunderlag.¹⁴⁵ Vidare framgick att beslut om insatser enligt LSS ofta motiverades både utifrån barnets, föräldrarnas och eventuella syskons behov. Detta ansågs vara i linje med syftet med insatser enligt LSS, eftersom de ofta både ska stödja barnets utveckling och delaktighet i samhället och erbjuda den avlastning och det stöd föräldrarna behöver i barnets omvårdnad. Det konstaterades att barnets bästa kan kräva en bedömning av både de behov barnet med funktionsnedsättningar har, och vad som är bäst för andra barn i familjen. Det konstaterades vidare att en utgångspunkt ofta var att barnet och föräldrarna delar uppfattning om vilka insatser barnet behöver, även om det i undantagsfall kan finnas motsättningar mellan barnets intressen och föräldrarnas uppfattning.¹⁴⁶

Även om kartläggningen visade att det ofta hänvisades till barnperspektivet i besluten användes sällan barnets bästa som begrepp. Även i de fall där barnets bästa togs upp var det i flera fall så att det endast framgick att barnets bästa beaktats, men hur bedömningen gjorts förklarades eller motiverades inte. Det framgick i betänkandet att de utredningar av barnets och familjens behov som gjordes i de flesta av de granskade besluten visserligen kunde sägas utgöra en del av bedömningen av vad som är barnets bästa, men att endast en sådan utredning utan en barnkonsekvensanalys, som tar hänsyn till barnets rättigheter enligt konventionen, inte är tillräckligt för att fastställa att beslutet som fattas är för barnets bästa. Sammanfattningsvis framgick i betänkandet att ”barnets bästa inte ges någon reell innebörd i flertalet beslut. Att bedöma och fastställa barnets bästa utifrån en strukturerad process, så som barnrättskommittén anger, förefaller inte göras överlag. Barnets bästa används därmed inte som ett tillvägagångssätt i beslutsprocessen där beslutets konsekvenser för barnet analyseras och där det framgår på vilket sätt hänsyn har tagits till barnets bästa.”¹⁴⁷ Det konstaterades att barnets bästa istället ofta användes för att motivera det beslut som redan fattats, och att det därmed saknades resonemang om på vilket sätt en insats är det bästa för barnet.¹⁴⁸

3.4.2 Barnets rätt att uttrycka sina åsikter

I betänkandet konstaterades att det är ytterst viktigt att barnet får information om den insats som begärs för barnet och att barnet får möjlighet att uttrycka

¹⁴⁵ Se SOU 2016:19 s. 190.

¹⁴⁶ Ibid. s. 192 f.

¹⁴⁷ SOU 2016:19 s. 194.

¹⁴⁸ Ibid. s. 193 f.

sina åsikter och sin syn på insatsen och sina behov, eftersom det är möjligt för föräldrarna att företräda barnet och ansöka om insatser för barnets räkning. Eftersom insatser enligt LSS påverkar barnet direkt är det viktigt att barnets egen uppfattning har en avgörande roll vid utredningar.¹⁴⁹

I betänkandet konstaterades att förarbetena till LSS närmast tolkat principen om barnets bästa som något som begränsar barnets rätt att uttrycka sina åsikter. Det framgick att i förarbetena till LSS tolkades artikel 12 på ett sätt så att det framstår som att barnet ska skyddas från att vara delaktig i processen och att föräldrarna ansvarar för att se till att barnet inte deltar om det skulle vara olämpligt för barnet. Det framgick också i betänkandet att den information barnet ska få enligt förarbetena är villkorad i förhållande till barnets bästa, men att det inte framgick när barnet ska få information och när barnet inte ska få information.¹⁵⁰

Kartläggningen visade att i hälften av de beslut som granskats hade barnet inte deltagit i något samtal om de ansökta insatserna. I några av dessa beslut hade information om barnets åsikter hämtats från någon annan än barnet, men i de allra flesta fallen hade barnets åsikter inte inhämtats över huvud taget. Endast i drygt hälften av fallen motiverades varför samtal med barnet inte ägt rum. I betänkandet konstaterades att bristen gällande att leva upp till kraven i artikel 12 sannolikt beror på att införandet av bestämmelsen i 8 § LSS varit så oklar; det är inte tydligt hur bestämmelsen ska tillämpas i förhållande till barnets bästa. Vidare konstaterades i betänkandet att det är anmärkningsvärt att barn inte fått uttrycka sina åsikter rörande LSS-insatser som rör barnet. Gällande de beslut där barnet fått uttrycka sina åsikter framgick i kartläggningen att det sällan dokumenterats vilka frågor barnet fått och att det sällan hänvisats till barnets åsikter i beslutet.¹⁵¹

3.4.3 Barnrättighetsutredningens förslag

I betänkandet föreslogs flera ändringar i LSS. Eftersom kartläggningen visat att det fanns brister beträffande genomslaget för principen om barnets bästa föreslogs att det i 6 a § LSS uttryckligen skulle framgå att barnets bästa ska utredas och särskilt beaktas vid åtgärder som rör barn. Detta skulle innebära en tydligare koppling till artikel 3. Enligt betänkandet behövdes det i LSS också göras tydligare vilken koppling principen om barnets bästa har till de övriga artiklarna i barnkonventionen, framför allt artikel 12.¹⁵² I betänkandet föreslogs inte att principen om barnets bästa skulle införas som ett kriterium

¹⁴⁹ Se SOU 2016:19 s. 197.

¹⁵⁰ Ibid. s. 198.

¹⁵¹ Ibid. s. 199 ff.

¹⁵² Ibid. s. 201 f.

för att bevilja insatser enligt LSS, av den anledningen att kommittén inom ramen för sitt uppdrag inte haft möjlighet att analysera detta.¹⁵³

I betänkandet konstaterades vidare att principen om barnets bästa ska gälla vid åtgärder som rör barn och därför ska genomsyra hela beslutsprocessen även om det inte är ett kriterium för att bevilja insatser. Principen blir inte bara aktuell när ärenden direkt rör barn utan även i ärenden där barn indirekt berörs, till exempel då en förälder får insatser enligt LSS. I dessa situationer ska barnets bästa särskilt beaktas, men behöver inte nödvändigtvis vara avgörande. Eftersom det inte räcker att utgå ifrån barnets bästa som ett allmänt betraktelsesätt föreslogs i betänkandet att det i lagtexten skulle anges att barnets bästa ska utredas.¹⁵⁴

Eftersom artikel 3 om barnets bästa har en så nära koppling till artikel 12 om barnets rätt att bli hörd föreslogs även i betänkandet att en hänvisning till barnets rätt att uttrycka sina åsikter skulle införas i bestämmelsen om barnets bästa i LSS.¹⁵⁵ Trots att det redan finns en bestämmelse i LSS om barnets rätt att få information och möjlighet att uttrycka sina åsikter konstaterades i betänkandet att artikel 12 inte fått tillräckligt genomslag i praktiken. Därför behövde vikten av att barnet blir hört framhållas. Vidare framgick i betänkandet att detta inte innebär en skyldighet för barnet att uttrycka sina åsikter, men däremot innebär det en skyldighet för utredaren eller beslutsfattaren att skapa förutsättningar för att barnet ska ha möjlighet att ta ställning till sin rättighet. I de fall barnet inte själv kan uttrycka sina åsikter ska barnets inställning fastställas på annat sätt, till exempel genom samtal med närstående till barnet. Detta måste ske med respekt för barnets integritet och självbestämmande.¹⁵⁶ I betänkandet föreslogs också att bestämmelsen om barnets rätt till information skulle tydliggöras. Barnet ska få den information som är relevant, både fakta så som vilka rättigheter barnet har och information om möjliga resultat av utredningen.¹⁵⁷

3.4.4 Några reflektioner

I barnrättighetsutredningen konstaterades, som beskrivits ovan, att det sällan hänvisades till barnets bästa i de beslut som granskats, och att barnets bästa inte användes i beslutsprocessen på det sätt som barnrättskommittén anger. Att det inte framgick i besluten hur barnets bästa påverkat utgången kan sannolikt bero på att barnets bästa inte är ett kriterium för att bevilja insatser och att barnets bästa enligt LSS inte är avgörande för frågan om en insats ska

¹⁵³ Se SOU 2016:19 s. 203.

¹⁵⁴ Ibid. s. 204.

¹⁵⁵ Ibid. s. 205.

¹⁵⁶ Ibid. s. 208.

¹⁵⁷ Ibid. s. 209.

beviljas eller inte. Barnrättighetsutredningen föreslog dock inte att barnets bästa skulle införas som en ett kriterium för att bevilja insatser, men det berodde endast på att kommittén inte haft möjlighet att analysera detta.

Kartläggningen visade också att barnets åsikter inte inhämtats i många fall, vilket antogs bero på att bestämmelsen i 8 § LSS är så oklar. Detta hade sannolikt kunnat förbättras om det i bestämmelsen tydligt framgick att barnets åsikter så långt det är möjligt ska klarläggas, samt att det i beslutet behöver förklaras på vilket sätt barnets egen uppfattning påverkat bedömningen. Det viktiga är att det är tydligt för beslutsfattaren vad denne har för ansvar och hur denne ska inhämta informationen, utan att ansvaret läggs på barnet och utan att barnet tvingas till något mot sin vilja. Eftersom det blir svårt att avgöra vad som är bäst för barnet utan att väga in barnets egen uppfattning borde det vara en självklarhet att utreda barnets vilja så långt det är möjligt. Det är möjligt att barnet av olika anledningar inte vågar eller kan framföra sina åsikter men att dessa, om de ändå kunde klarläggas, hade kunnat vara avgörande för att avgöra förenligheten med barnets bästa.

3.5 LSS-utredningen

Under våren 2016 utsågs en särskild utredare som bland annat skulle se över delar av LSS, med syftet ”att skapa en långsiktigt hållbar ekonomisk utveckling av insatsen personlig assistans och att få till stånd mer ändamålsenliga insatser i LSS samt att lagstiftningen ska främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet.”¹⁵⁸ Utredningen skulle se över flera olika aspekter av LSS, med målet att alla som omfattas av lagens personkrets ska få de insatser som krävs utifrån deras behov.¹⁵⁹ En av utgångspunkterna för utredningen var att se över hur barn- och ungdomsperspektivet kunde stärkas i lagstiftningen.¹⁶⁰ Betänkandet av utredningen lämnades över till regeringen den 10 januari 2019. Det finns ännu ingen proposition kopplat till betänkandet.

I betänkandet föreslås en ny LSS som ska ersätta den nuvarande LSS. Den nya lagen förslögs träda i kraft den 1 januari 2022.¹⁶¹ I betänkandet framgår att LSS i stora delar varit oförändrad sedan den infördes, och att lagen därför är i behov av en modernisering. Den nya lagen föreslås vara indelad i kapitel för att vara mer överskådlig.

¹⁵⁸ Dir. 2016:40 s. 1.

¹⁵⁹ Se dir. 2016:40 s. 1.

¹⁶⁰ Ibid. s. 16.

¹⁶¹ Se SOU 2018:88 s. 40.

En del stora förändringar föreslås¹⁶², även om majoriteten av bestämmelserna i den befintliga LSS föreslås flyttas över till den nya lagen.¹⁶³ I betänkandet konstateras vidare att kraven på att barnets bästa särskilt ska utredas har ökat och att detta behöver uppmärksammas ytterligare. De insatser som finns i LSS idag anses, enligt betänkandet, inte svara mot de behov som finns idag.¹⁶⁴

I betänkandet konstateras att det faktum att barnkonventionen inkorporeras som svensk lag från och med den 1 januari 2020 tydliggör att Sverige ska uppfylla sina åtaganden enligt konventionen inom alla områden i den offentliga verksamheten. Det innebär också att all verksamhet som berör barn ska genomsyras av ett barnrättsbaserat synsätt. I betänkandet framgår att utredarna delar barnrättighetsutredningens uppfattning om att detta behöver tydliggöras i LSS. Därför föreslås att i bestämmelsen om barnets bästa ska det uttryckligen anges att barnets bästa ska utredas och särskilt beaktas, att hänsyn ska tas till barnets åsikter och att barnet ska få relevant information.¹⁶⁵

3.5.1 Förslag till förändringar i lagtexten

I den nya LSS föreslås att följande formulering införs i 2 kap. 4 §:

”Vid åtgärder som rör ett barn ska barnets bästa utredas och särskilt beaktas. Vid bedömningen av barnets bästa ska hänsyn tas till barnets åsikter i enlighet med 5 kap. 4 §.”

Enligt författningskommentaren motsvarar paragrafen nuvarande 6 a § och delar av 8 §.¹⁶⁶

Det föreslås också att följande införs i 5 kap. 3 och 4 §§:

”3 § När en insats rör ett barn ska barnet få relevant information, om exempelvis

- vilka rättigheter barnet har,
- hur handläggningen går till, och
- de beslut som kan komma att fattas och konsekvenserna av dessa.

Barnet ska informeras om beslut varigenom ärendet avgörs och

¹⁶² Ett av huvudsyftena med utredningen var att se över kostnaderna för personlig assistans och assistansersättning. Dessa delar, och de flesta av resterande förslag, berörs inte i uppsatsen. Endast de diskussioner och förändringar som berör barnkonventionen berörs i uppsatsen.

¹⁶³ Se SOU 2018:88 s. 591 f.

¹⁶⁴ Ibid. s. 167.

¹⁶⁵ Ibid. s. 597 ff.

¹⁶⁶ Ibid. s. 748.

de skäl som bestämt utgången.

Den information som barnet får ska anpassas till barnets ålder, mognad och andra individuella förutsättningar.

Den som lämnar information ska så långt det är möjligt försäkra sig om att barnet har förstått informationen.

4 § Ett barn ska ges möjlighet att framföra sina åsikter i frågor som rör barnet.

Barnets åsikter ska tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.”

Enligt författningskommentaren motsvarar 5 kap. 3 § delar av den nuvarande 8 § 2 st. I den nya bestämmelsen exemplifieras vad barnet ska få för information. Delar av nuvarande 8 § 2 st motsvaras av den nya 5 kap. 4 §.¹⁶⁷

3.5.2 Personligt stöd till barn

Utöver ovan ändringar i lagtexten föreslås en ny insats, personligt stöd till barn. Detta görs eftersom personlig assistans inte anses vara den mest ändamålsenliga insatsen för stöd till barn med funktionsnedsättningar. Förutsättningarna för insatsen ska motsvara de som gäller för rätten till personlig assistans. Vid bedömningen av behovet av personligt stöd till barn ska hänsyn tas till vårdnadshavarens ansvar, men även föräldrars och syskons behov av utrymme för arbete, skola och fritidsaktiviteter ska beaktas.¹⁶⁸ Syftet med den nya insatsen är att ändamålsenligheten och kvaliteten ska bli högre och att personalen har tillräcklig kompetens, samt att insatsen ska innehålla fler delar än personlig assistans.¹⁶⁹

3.5.3 Några reflektioner

Huruvida principen om barnets bästa ska vara ett kriterium för beviljandet av insatser diskuteras inte i SOU 2018:88, utan i betänkandet hänvisas endast till den barnkonventionsutredning, dir. 2018:20, som skulle göras. Den förändring som föreslås gällande bestämmelsen i LSS om barnets bästa är att det ska tydliggöras att barnets bästa särskilt ska utredas och beaktas, samt att

¹⁶⁷ Se SOU 2018:88 s. 750.

¹⁶⁸ Ibid. s. 413 ff.

¹⁶⁹ Ibid. s. 726.

kopplingen till barnets åsikter ska framgå i bestämmelsen. Dock verkar tanken gällande barnets bästa som ett kriterium för att bevilja insatser inte ha förändrats, varför frågan kan ställas om förändringen egentligen skulle innebära en skillnad i praktiken. Redan idag framgår att barnets bästa särskilt ska beaktas, så skillnaden ligger bara i att det nu föreslås framgå att barnets bästa ska utredas. Men om principen fortfarande inte ska vara ett kriterium för att bevilja insatser, utan istället framför allt ska användas vid utformningen av insatserna och vid tillsynsarbetet, förefaller förändringen inte innebära någon skillnad alls.

3.6 Barnkonventionsutredningen och LSS

Under våren 2018 tillkallades en särskild utredare för att utreda hur svensk lagstiftning och praxis stämde överens med barnkonventionen.¹⁷⁰ Utredningen resulterade i ett betänkande som lämnades till regeringen den 12 november 2020¹⁷¹.

Gällande barnets bästa var utredningens bedömning att svensk lagstiftning och praxis i huvudsak stämmer överens med artikel 3 i barnkonventionen.¹⁷² I betänkandet framgår att barnets bästa särskilt ska beaktas utan att det utvidgar den enskildes rätt till insatser enligt LSS. Detta ska dock inte tolkas som att beslutsfattaren helt ska bortse från principen, utan barnets bästa ska beaktas i den mån det går inom ramarna för lagstiftningen. Det framgår vidare att en bestämmelse som begränsar möjligheten att ta hänsyn till barnets bästa inte nödvändigtvis är oförenlig med artikel 3; avgörande är tillämparens möjlighet att ta hänsyn till principen inom ramen för den aktuella lagstiftningen. Det konstateras vidare, likt i tidigare förarbeten, att om barnets bästa var ett kriterium för att bevilja insatser enligt LSS finns det en risk att någon annans, till exempel en förälders, rättigheter begränsas. Därför ansåg inte utredarna att tillämpningen av principen om barnets bästa i LSS är oförenlig med artikel 3 i barnkonventionen.¹⁷³

Gällande barnets rätt att uttrycka sin åsikt framgår i betänkandet att det i Sverige finns en grundläggande yttrandefrihet, och att de sällan finns legala hinder för barn att uttrycka sina åsikter.¹⁷⁴ Gällande bestämmelsen om barnets rätt att uttrycka sina åsikter konstateras att både barnrättsutredningen och

¹⁷⁰ Se dir. 2018:20 s. 1.

¹⁷¹ SOU 2020:63.

¹⁷² Se SOU 2020:63 s. 177.

¹⁷³ Ibid. s. 244 f.

¹⁷⁴ Ibid. s. 544.

LSS-utredningen föreslagit nya bestämmelser, men att dessa förslag fortfarande är under beredning inom Regeringskansliet.¹⁷⁵

Angående artikel 23 konstateras i betänkandet att svensk lagstiftning och praxis stämmer överens med barnkonventionen.¹⁷⁶ Det framgår att Sverige genom många olika lagstiftningsåtgärder ser till att barn med funktionsnedsättningar har rätt till ett fullvärdigt och anständigt liv, samt att det finns bestämmelser som ger barn med funktionsnedsättningar särskild omvårdnad och stöd.¹⁷⁷

Det är förvånande att det i utredningen konstateras att en bestämmelse som begränsar möjligheten att ta hänsyn till barnets bästa inte nödvändigtvis är oförenlig med artikel 3, eftersom artikel 3 uttryckligen anger att barnets bästa ska vara en av de avgörande faktorerna vid alla beslut som rör barn. Problemet med 6 a § LSS är dessutom att det i förarbetena uttryckligen framgår att bestämmelsen, när den infördes, inte skulle innebära varken en utvidgning eller begränsning av rättigheterna enligt lagen. Även om detta inte utesluter att barnets bästa kan beaktas även vid andra beslut än gällande utförandet av insatser, är det inte ett tydligt sätt att garantera barns rättigheter, något Sverige är skyldigt att göra enligt barnkonventionen. Problemet är inte att förarbetsuttalandena skulle hindra att barnets bästa vägs in som en faktor, utan problemet är att bestämmelsen inte anger att så alltid ska ske, vilket borde krävas enligt barnkonventionen.

I övrigt låg inte särskilt stort fokus på LSS i utredningen, vilket är förståeligt då många rättsområden skulle utredas. Som redogjorts för ovan konstaterades gällande både artikel 12 och artikel 23 att LSS överensstämmer med barnkonventionen, och att det finns förslag på nya bestämmelser rörande barnets rätt att uttrycka sina åsikter.

3.7 Utredningen om stärkt assistans

Under 2020 gjordes en utredning rörande vissa frågeställningar inom personlig assistans.¹⁷⁸ Utredningens uppdrag var bland annat att se över möjligheten att stärka rätten till personlig assistans och göra en översyn av föräldraansvaret vid bedömningen barns rätt till personlig assistans.¹⁷⁹ I betänkandet föreslogs att en ny paragraf, 9 g §, skulle införas som uttryckligen skulle ange att "[v]id bedömningen om ett barns behov av hjälp med de

¹⁷⁵ Se SOU 2020:63 s. 549.

¹⁷⁶ Ibid. s. 919.

¹⁷⁷ Ibid. s. 957.

¹⁷⁸ Se SOU 2021:37 s. 3.

¹⁷⁹ Ibid. s. 59.

grundläggande behoven är av sådan omfattning att det finns en rätt till personlig assistans enligt 9 a § ska hänsyn tas till det som bedöms vara barnets bästa”.¹⁸⁰ Syftet med bestämmelsen var en komplettering till 6 a § LSS, eftersom denna inte kan tillämpas för att påverka ett barns möjlighet att beviljas personlig assistans.¹⁸¹ Behovet av bestämmelsen motiverades i betänkandet med att avdrag i den personliga assistansen med hänsyn till föräldraansvaret inte får bli för stort så att barnet inte får sina behov tillgodosedda på ett sätt som är för barnets bästa, varför en möjlighet att ta individuella hänsyn behövdes. I betänkandet framgick att ett sådant oprecist bedömningskriterium motiverades av ändamålet, eftersom bedömningen endast skulle leda till ett mer förmånligt utfall för den enskilde.¹⁸²

I propositionen som följde på utredningen gjordes bedömningen att bestämmelsen inte skulle införas. I propositionen anfördes att barnets bästa ska beaktas vid alla åtgärder som rör barn enligt artikel 3 i barnkonventionen, och att 6 a § LSS motsvarar artikel 3. Eftersom barnets bästa därför alltid redan ska beaktas ansåg regeringen inte att det var nödvändigt att införa en sådan bestämmelse.¹⁸³ I propositionen konstateras endast kort att 6 a § LSS motsvarar kravet i artikel 3 i barnkonventionen, med en hänvisning till förarbetena från när bestämmelsen infördes¹⁸⁴. Det framgår vidare att ”[a]tt barnets bästa ska beaktas vid denna individuella bedömning följer emellertid redan av såväl 6 a § LSS som barnkonventionen”.¹⁸⁵

Det är märkligt att konstatera detta rakt av eftersom det, som diskuterats i avsnitten ovan, inte är säkert att 6 a § LSS uppfyller kraven i artikel 3 i barnkonventionen. Eftersom 6 a § främst ska få betydelse vid *utförandet* av insatserna i 9 §¹⁸⁶, och inte vid bedömningen av huruvida den enskilde är berättigad insatserna, eller i vilken omfattning, är det anmärkningsvärt att i propositionen konstatera att barnets bästa redan ska beaktas enligt 6 a § när bedömningen görs om barnet är berättigad personlig assistans. Det framgår inte i propositionen att paragrafen enligt förarbetsuttalandena inte ska innebära en utvidgning av rätten till insatser enligt LSS. Det är just detta som förslaget i betänkandet syftar till att åtgärda, men i propositionen verkar detta förbises helt.

¹⁸⁰ Se SOU 2021:37 s. 40.

¹⁸¹ Ibid. s. 485.

¹⁸² Ibid. s. 437 f.

¹⁸³ Se prop. 2021/22:214 s. 46 f.

¹⁸⁴ Prop. 2009/10:176.

¹⁸⁵ Prop. 2021/22:214 s. 47.

¹⁸⁶ Se prop. 2009/10:176 s. 74.

4 Barnkonventionen och LSS – i praktiken

Vid rättsskipning i förvaltningsdomstolarna gäller förvaltningsprocesslagen (1971:291)¹⁸⁷, vilket framgår av lagens 1 §. Detta kapitel inleds med två korta avsnitt som redogör för den utredningsskyldighet och den skyldighet att motivera beslut som åligger förvaltningsdomstolarna. Därefter presenteras rättsfall som berör barn och LSS. Som förklarar i avsnitt 1.5 har detta kapitel en annorlunda disposition än de tidigare kapitlen, eftersom det blir mer pedagogiskt att i detta kapitel inte utgå ifrån den teoretiska uppdelningen mellan de berörda artiklarna i barnkonventionen. Rättsfallen som presenteras är uppdelade utifrån vilka områden de berör. Först presenteras rättsfall kopplade till principen om barnets bästa, efter det rättsfall som berör kriteriet goda levnadsvillkor, sedan rättsfall som berör behov för andra än personen med funktionsnedsättning och slutligen rättsfall som berör barn som ansökt om personlig assistans.

4.1 Domstolens utredningsskyldighet

Av 8 § FPL framgår det utredningsansvar som åligger förvaltningsdomstolarna. Rätten ska se till att målet blir så utrett som målets beskaffenhet kräver, och ska också se till att inget onödigt förs in i målet. Detta ger uttryck för den så kallade officialprincipen. Det är målets beskaffenhet som är avgörande för ur långt utredningsansvaret sträcker sig. Utredningsansvaret är således ofta inte obegränsat, eftersom det inom det särskilda rättsområde som är aktuellt kan finnas bestämmelser om utredningsskyldighet eller bevisbörd.¹⁸⁸

Vid mål som rör förvaltningsbesvär, så som mål gällande insatser enligt LSS, åligger bevisbördan sökanden, eftersom det är denne som antas ha bäst förutsättningar att lägga fram bevisning och visa att denne är berättigad den förmån som denne ansöker om. Även om bevisbördan åligger den enskilde har rätten ett utredningsansvar genom att den till exempel kan behöva anvisa den enskilde hur utredningen behöver kompletteras, eller verka för att båda parter blir någorlunda jämbördiga.¹⁸⁹

I propositionen till FPL framgick att utredningsansvaret inte får innebära en risk för att objektiviteten och opartiskheten åsidosätts. Den processledning rätten vidtar ska därmed vara öppen och främst inriktas på uppenbara brister

¹⁸⁷ Härefter FPL.

¹⁸⁸ Se Lavin (2020) s. 99.

¹⁸⁹ Ibid. s. 102.

i den enskildes talan.¹⁹⁰ 8 § uppdaterades 2013 genom att ett andra stycke infördes, med innebörden att rätten ska verka för att avhjälpa otydligheter och ofullständigheter genom frågor och påpekanden, samt att rätten ska se till att inget onödigt förs in i målet. Syftet med förändringen var att förtydliga rättens utredningsansvar. I propositionen förtydligades att hur långt officialprincipen sträcker sig beror på bestämmelser i den materiella lagstiftningen, och tyngden av de intressen som ska vägas samman vid bedömningen.¹⁹¹

4.2 Domstolens beslutsmotivering

Av 30 § FPL framgår att rättens avgörande ska grundas på handlingarna och det som förekommit i målet, samt att de skäl som bestämt utgången för målet ska framgå av beslutet. Av 13 § förordningen (2013:390) om mål i allmän förvaltningsdomstol framgår att det i dom eller beslut ska anges tid och plats för beslutet, parterna och deras ombud eller biträden, saken i korthet och parternas yrkanden och invändningar. I lagtexten finns ingen ytterligare information om hur skälen ska utformas eller vad som krävs för att ett beslut ska vara tillräckligt motiverat.

Syftet med domskälen är att förklara varför målet får den utgång det får. Domskälen ska på ett logiskt och pedagogiskt sätt förklara utgången för läsaren, och därmed övertyga läsaren om att utgången är den rätta för just det målet.¹⁹²

4.3 Barnets bästa

I praxis framgår det tydligt att barnets bästa inte är en princip som enkelt kan tolkas. Ett rättsfall som ger uttryck för detta är HFD 2015 ref. 5. Att observera är att rättsfallet i huvudsak berör föräldrabalken. De delar i rättsfallet som behandlar hur frågan ska hanteras familjerättsligt enligt 6 kap. 13 a § föräldrabalken när vårdnadshavare inte är överens redogörs inte för i uppsatsen, men HFD konstaterar att motsvarande gäller enligt första stycket 2–4 även i fråga om vissa insatser enligt SoL och LSS. Rättsfallet behandlar ett barn vars föräldrar hade gemensam vårdnad och barnet bodde hos dem växelvist varannan vecka. Barnet hade en förvärvad hjärnskada som uppstått i samband med en operation. Till följd av skadan hade han en grav minnesstörning och inlärningssvårigheter. Efter en utredning rekommenderades barnet behandling med centralstimulerande läkemedel. I

¹⁹⁰ Se prop. 1971:30 s. 530.

¹⁹¹ Se prop. 2012/13:45 s. 113 f.

¹⁹² Se Lavin (2020) s. 108.

början samtyckte båda vårdnadshavarna till behandlingen, men efter cirka tre månader avbröts behandlingen eftersom en av vårdnadshavarna tog tillbaka sitt samtycke. Vårdnadshavaren som tog tillbaka sitt samtycke menade att det uppkommit negativa biverkningar. Den andra vårdnadshavaren ansökte om att medicineringen skulle fortsätta utan den andra vårdnadshavarens samtycke. Utskottet för omsorg i boendekommunen beslutade att lämna medgivande till medicinering trots att den ena vårdnadshavaren inte samtyckte, vilket denne överklagade. Förvaltningsrätten konstaterade att insatser i form av medicinsk behandling mot den ena vårdnadshavarens vilja kräver att det finns ett tydligt och påtagligt behov samt att åtgärden behövs med hänsyn till barnets bästa. Förvaltningsrätten menade att det vårdnadshavaren fört fram, att behandlingen inte var nödvändig och till barnets bästa, vägde så tungt att behandling inte skulle medges. Utskottet överklagade och menade att det visst var till barnets bästa att barnet skulle medicineras. Kammarrätten instämde inte med förvaltningsrätten, utan menade istället att det faktiskt förelåg ett påtagligt och tydligt behov av medicinering, varför förvaltningsrättens dom upplöstes och utskottets beslut fastställdes.

Domen överklagades av vårdnadshavaren som inte samtyckte till medicineringen. Socialstyrelsen avgav yttrande i målet och anförde bland annat att socialnämndens åtgärder ska ta hänsyn till barnets bästa, och att det därför måste finnas ett påtagligt och tydligt behov i det enskilda fallet. Socialstyrelsen menade också att hänsyn ska tas till barnets reaktion på att vårdnadshavaren motsätter sig behandlingen och att det är viktigt att barnet inte uppfattar det som att ansvaret för beslutet ligger på honom eller henne. HFD konstaterade att det som utgångspunkt är föräldrarna som bäst kan tillgodose vad som är barnets bästa. Med hänsyn till att konflikten mellan vårdnadshavarna kunde förhindra kontinuitet i medicineringen, eftersom det inte finns någon bestämmelse som tvingar vårdnadshavaren att ge medicinen när barnet är där, och att utskottets utredning inte i övrigt varit tillräckligt utförlig och i vissa avseenden behövde kompletteras med ytterligare medicinska utredningar, fann HFD att utskottet inte haft ett tillräckligt underlag för att kunna konstatera ett medgivande till fortsatt medicinering var för barnets bästa.

Rättsfallet visar tydligt att vad som är barnets bästa inte är enkelt att reda ut, och det är uppenbart att olika aktörer kan ha olika uppfattning om vad som faktiskt är bäst för barnet i det enskilda fallet. Rättsfallet visar därmed på komplexiteten i bedömningen av vad som är barnets bästa. I detta fall hade de två vårdnadshavarna helt olika uppfattning om vad som var bäst för just deras barn. Vårdnadshavarna hade uppfattat barnets mående på olika sätt, och var inte överens om hur medicineringen hade påverkat honom. Domstolsinstanserna hade också olika uppfattning huruvida medicineringen

skulle vara för barnets bästa eller inte, och avgörande blev att föräldrarnas konflikt innebar att kontinuitet inte kunde garanteras i medicineringen vilket inte kunde anses vara det bästa för barnet. HFD ansåg att utskottet inte kunde konstatera med säkerhet att medicinering var för barnets bästa, och därför kunde det inte heller ske i strid med vårdnadshavarens åsikt.

I Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 10 juli 2020 i mål 3941–20 hade ett barn ansökt om korttidsvistelse enligt LSS för att delta i ett läger över sommaren. I förvaltningsrätten anförde barnet att barnets bästa ska vara avgörande vid dessa beslut både enligt barnkonventionen och enligt SoL, och att beslutet barnet fått från vård- och omsorgsnämnden inte över huvud taget diskuterar barnets bästa. Varken förvaltningsrätten, som avslag barnets överklagande, eller kammarrätten, som beviljade barnet den ansökta korttidsvistelsen, diskuterade eller ens nämnde barnkonventionen. Kammarrätten ansåg att barnet hade ett behov av personlig utveckling genom att umgås med jämnåriga. Detta behov kunde inte tillgodoses genom de insatser barnet redan hade, varför barnet hade rätt till den ansökta korttidsvistelsen för att tillförsäkras goda levnadsvillkor. Även om barnkonventionen inte nämns uttryckligen av domstolarna i målet verkar kammarrätten genom sitt resonemang utgå ifrån vad som är bäst för barnet i det enskilda fallet.

4.4 Goda levnadsvillkor

Vad som krävs för att en enskild ska uppnå goda levnadsvillkor kan variera beroende på de specifika omständigheterna i varje enskilt fall. Huruvida ett barn kan uppnå goda levnadsvillkor med eller utan insatser enligt LSS har prövats många gånger. I Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 11 april 2011 i mål 3457–10 prövades om ett barn hade rätt till ledsagarservice för att kunna utöva sin idrott. Barnet blev nekat av socialnämnden och överklagade beslutet. Barnet hade en ensidig förlamning och ansökte om en ledsagare för att kunna utöva sin idrott, eftersom idrotten var hans chans till välmående. Socialnämnden menade att hans behov av ledsagning kunde tillgodoses av föräldrarna. Förvaltningsrätten konstaterade att det övergripande syftet med ledsagarservice är att åstadkomma så jämlika villkor som möjligt mellan människor med omfattande funktionshinder och andra människor. Med hänsyn till att barnet var 15 år, hans funktionshinder och hans stora intresse för idrotten bedömde förvaltningsrätten att det var skäligt att han beviljades ledsagarservice för att kunna utöva idrotten. Socialnämnden överklagade domen och menade att föräldrar inte kan fräntas allt ansvar och att barnets behov av ledsagning och kontaktperson är väl tillgodosedda sedan tidigare. Kammarrätten fann att barnet inte gjort det sannolikt att han inte var

tillförsäkrad goda levnadsvillkor utan den ansökta ledsagarservicen, varför socialnämndens överklagande bifölls.

I målet berördes inga delar ur barnkonventionen. Barnet anförde att det vore lämpligare för socialnämnden att hänvisa till barnkonventionen och rätten till självständighet, tillgänglighet och delaktighet än till föräldrabalken, men detta berördes inte av domstolen.

Ett snarlikt mål är Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 1 oktober 2013 i mål 4183–13. I målet hade ett barn ansökt om ledsagarservice enligt LSS för att bland annat kunna delta i dansundervisning. Förvaltningsrätten ansåg att barnet var berättigat ledsagning för att kunna delta i dansundervisningen för att tillförsäkras goda levnadsvillkor och kunna leva så likt andra barn i motsvarande ålder som möjligt. Rådmannen var dock skiljaktig och anförde att barnet var i en ålder, strax under fyra år, där hon inte behövde kunna delta i fritidsaktiviteter utan sina föräldrar för att kunna uppnå goda levnadsvillkor. Nämnden överklagade domen och anförde att det bör ingå i normalt föräldraansvar för barnets föräldrar att följa med på dansundervisningen. Barnet anförde att nämnden inte gjort någon analys, i förhållande till barnkonventionen, av hur bedömningen påverkade henne. Kammarrätten konstaterade visserligen att barnet ansågs ha behov av att delta i dansundervisningen för att uppnå goda levnadsvillkor, men att föräldraansvaret skulle tillgodose barnets behov av hjälp och att hon därmed inte var berättigad ledsagarservice enligt LSS.

Just föräldraansvarets betydelse vid bedömningen av barns rätt till insatser enligt LSS är återkommande. I RÅ 2010 ref. 17 fick ett barn avslag på ansökan om biträde av personlig assistent enligt LSS eftersom barnet inte ansågs ha behov av ett personligt utformat stöd för att få sina grundläggande behov tillgodosedda. Barnet överklagade beslutet och anförde att han skulle beviljas personlig assistans eftersom han hade en måttlig utvecklingsstörning och ospecificerat ångesttillstånd samt kommunikationssvårigheter. Förvaltningsrätten ansåg inte att den tillsyn som barnet behövde var av sådan karaktär att den kunde läggas till grund för insats enligt 9 § 2 p. LSS. Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens bedömning, och menade att barnets behov av hjälp kunde tillgodoses genom den hjälp han fick i skolan samt genom den hjälp som föräldrarna kunde bidra med. HFD konstaterade att möjligheten att kunna kommunicera med andra för att skapa och upprätthålla sociala kontakter tillhör de grundläggande behoven, och att barnet hade behov av hjälp för att kunna kommunicera med andra. HFD anförde att föräldraansvaret ska beaktas vid bedömningen av rätten till personlig assistans till barn, och eftersom en nioåring utan funktionshinder normalt kan ha omfattande kontakter med andra utan sina föräldrars

medverkan menade HFD att föräldraansvaret inte skulle beaktas i det aktuella fallet. Barnet skulle därför ha rätt till personlig assistans.

I rättsfallet berörs inte någon del av barnkonventionen, men genom avgörandet finns ändå ett tydligt barnperspektiv och HFD:s bedömning grundar sig i varje barns behov av att kunna skapa och upprätthålla sociala kontakter.

4.5 Behov för andra än personen med funktionsnedsättning

I vissa fall har andras än personen med funktionsnedsättningar behov varit något domstolen behövt ta ställning till. I HFD 2011 ref. 36 hade en vuxen person ansökt om ledsagarservice enligt LSS eftersom hon hade ett stort personligt hjälpbehov på grund av ett funktionshinder. Hon levde dessutom ensam med sin treårige son, och anförde att hennes ansvar i egenskap av förälder skulle räknas med vid bedömningen av om hon tillhörde personkretsen i LSS. Både förvaltningsrätten och kammarrätten fastslog att hon tillhörde personkretsen i 1 § 3 p. LSS, delvis på grund av att hon behövde hjälp för att tillgodose sin sons behov. HFD gjorde dock en annan bedömning, och anförde att propositionsuttalanden¹⁹³ från när LSS antogs visar att endast sådana behov som är hänförliga till personen med funktionsnedsättningar egen person ska vara avgörande för om personen omfattas av personkretsen i LSS. Andra personers behov ska inte beaktas vid prövningen. HFD menade därför att sonens behov av omvårdnad och tillsyn inte kunde beaktas vid prövningen av om föräldern var berättigad insatser enligt LSS. HFD fastslog därför att hon inte var berättigad insatser enligt LSS, utan att hon istället skulle erbjudas stöd enligt SoL.

I rättsfallet nämns barnkonventionen inte över huvud taget, trots att det rör ett beslut som uppenbart påverkar ett barn. Eftersom barnets bästa ska beaktas vid alla beslut som rör barn bör det ha beaktats även i detta ärende. Det behöver inte nödvändigtvis innebära att föräldern skulle beviljas insatser enligt LSS, men barnets situation bör åtminstone ha lyfts fram eftersom barnet i allra högsta grad påverkas av beslutet. Det ska självklart vara möjligt att ge en förälder avslag på en sådan ansökan, även om det bästa för barnet vore om föräldern beviljades insatsen om barnets bästa skulle vara det slutligt avgörande. Detta eftersom barnets bästa inte är det enda intresset som ska beaktas, men att helt och hållet utesluta möjligheten att barnets behov kan påverka bedömningen bör inte kunna vara förenligt med barnkonventionen.

¹⁹³ Prop. 1992/93:159 s. 66 f.

I Kammarrätten i Stockholms avgörande den 10 juni 2020 i mål 2212–20, ansökte ett barn om korttidsvistelse utanför det egna hemmet enligt LSS men fick avslag eftersom omvårdnadsnämnden ansåg att barnet var tillförsäkrad goda levnadsvillkor även utan korttidsvistelsen, genom avlösarservice samt föräldraansvaret. Förvaltningsrätten menade att barnet skulle beviljas korttidsvistelse utanför hemmet eftersom vårdnadshavarna var i behov av ytterligare avlastning både för att de skulle kunna se efter sina egna behov och barnets syskons behov. Kammarrätten anförde att den enskildes och de anhörigas önskemål ska tillmätas största betydelse vid valet av avlösning, och menade att barnet hade ett behov av korttidsvistelse utanför hemmet.

Likt många av de övriga rättsfallen nämns barnkonventionen inte alls, utöver att barnet åberopat att barnets bästa ska beaktas enligt barnkonventionen, vilket inte uppmärksammades i domen. Trots detta verkar domstolen ha utgått från vad som var bäst för barnet vid val av avlösningsservice, och domstolen uttalade även att både barnets och de anhörigas åsikter ska vara av största vikt vid bedömningen.

4.6 Personlig assistans

I Kammarrätten i Stockholms avgörande den 4 oktober 2018 i mål 4308–18 prövades ett barns rätt till personlig assistans. Ett barn överklagade socialnämndens beslut att avslå hans ansökan om fortsatt utökad personlig assistans. Barnet anförde att han enligt kontinuitetsprincipen ska kunna lita på att få personlig assistans så länge behovet föreligger, och att socialnämnden inte tagit hänsyn till barnkonventionen och barnets bästa när den dragit in assistansen. Förvaltningsrätten menade att barnets hjälpbehov minskat sedan assistansen först beviljades, varför socialnämnden haft rätt att ompröva beslutet, och att det barnet anført om konsekvenserna för honom föranledde ingen annan bedömning. Kammarrätten ansåg att barnets hjälpbehov var av den karaktär och omfattning att han skulle beviljas personlig assistans. Varken förvaltningsrätten eller kammarrätten nämnde barnkonventionen. Barnet åberopade den i förvaltningsrätten, varpå förvaltningsrätten endast konstaterade att det barnet framfört gällande konsekvenserna för honom inte föranledde någon annan bedömning än den domstolen redan gjort.

Ett liknande fall, med motsatt utgång, är Kammarrätten i Jönköpings avgörande den 12 december 2014 i mål 385–14. Ett barn beviljades i förvaltningsrätten personlig assistent eftersom barnets hjälpbehov var så pass omfattande, och att någon betydande avräkning på grund av föräldraansvaret enligt föräldrabalken inte var aktuellt. Kammarrätten gjorde en annan bedömning och anförde att barnets hjälpbehov inte var av den art eller

omfattning som krävdes för att beviljas personlig assistent. Varken förvaltningsrätten eller kammarrätten berörde barnkonventionen, och kammarrätten berörde inte heller föräldraansvaret enligt föräldrabalken.

Ett fall som skiljer sig från ovannämnda rättsfall är Kammarrätten i Stockholms avgörande den 9 juni 2017 i mål 241–17. Ett barn hade ansökt om personlig assistent, men fått avslag från socialnämnden eftersom den inte ansåg att hon tillhörde personkretsen enligt 1 § 3 p. LSS. Socialnämndens avslagsbeslut grundade sig på att det inte var visat att barnets besvär var livslånga. Barnet anförde att nämnden genom sitt beslut bland annat bortsett från barnkonventionen. Både förvaltningsrätten och kammarrätten kom fram till att det fortfarande var för tidigt för att avgöra om barnets funktionsnedsättning skulle vara varaktig, varför hon inte ansågs tillhöra personkretsen i 1 § 3 p. LSS och därför inte var berättigad personlig assistent.

Varken förvaltningsrätten eller kammarrätten berörde barnkonventionen. I detta fall är det dock inte säkert att barnkonventionen hade kunnat innebära någon skillnad i bedömningen, eftersom frågan i målet var om barnet över huvud taget omfattades av personkretsen i LSS. Barnkonventionen borde inte innebära att någon annan bedömning görs; det är de krav som ställs upp i 1 § LSS som är avgörande och barnkonventionens bestämmelser bör inte kunna påverka denna bedömning.

5 Avslutande kommentarer

I detta kapitel sammanfattas den information som presenterats i tidigare avsnitt för att de reflektioner och slutsatser som kan dras ska kunna redogöras för. Kapitlet inleds med en kort genomgång av de artiklar som är av särskild betydelse för LSS, och fortsätter sedan med en jämförelse mellan LSS och SoL, en diskussion gällande om det innebär någon skillnad för tillämpningen av LSS att barnkonventionen har inkorporerats som lag, och en kritisk sammanfattning av bristen på motivering i domar och beslut. Kapitlet, och uppsatsen, avslutas med ett kort avsnitt med sammanfattande slutsatser.

5.1 Artiklar av särskild betydelse för LSS

Vid alla beslut som rör barn är självklart alla delar av barnkonventionen viktiga, och alla rättigheter som konventionen ställer upp ska respekteras fullt ut. Det går dock att identifiera några artiklar som är av särskild vikt för just LSS. Dessa är artikel 3 om principen om barnets bästa; en grundprincip som ska genomsyra all verksamhet som rör barn, artikel 12 om principen om barnets rätt till en åsikt; likt principen om barnets bästa också en grundprincip som är nära knuten till barnets bästa, och artikel 23; ett målstadgande om att barn med funktionsnedsättning ska åtnjuta ett fullvärdigt och anständigt liv och vara aktivt delaktiga i samhället. Eftersom beslut enligt LSS i allra högsta grad påverkar barn på ett väldigt personligt plan är det naturligt att just principen om barnets bästa och principen om barnets rätt till en åsikt är särskilt viktiga.

5.2 En jämförelse mellan LSS och SoL

Löpande genom lagstiftningsarbetet med LSS har jämförelser gjorts med SoL, vilket är naturligt eftersom SoL är ramlag på socialrättens område. Gällande SoL verkar utvecklingen mot att anpassa lagstiftningen så långt som möjligt enligt barnkonventionen gått snabbare. Av 1 kap. 2 § SoL framgår följande:

”Vid åtgärder som rör barn ska barnets bästa särskilt beaktas. Vid beslut eller andra åtgärder som rör vård- eller behandlingsinsatser för barn ska vad som är bäst för barnet vara avgörande. [...]”

Det framgår således uttryckligen att vid beslut som rör vård- eller behandlingsinsatser för barn ska barnets bästa vara avgörande. Den första

meningen i paragrafen, att barnets bästa särskilt ska beaktas, fanns redan i den äldre SoL¹⁹⁴ och överfördes till den nya SoL.¹⁹⁵ Den andra delen av paragrafen, som innebär att barnets bästa ska vara avgörande, infördes den 1 januari 2013.¹⁹⁶

Det är anmärkningsvärt att det inte verkar ha ansetts vara ett problem att införa en bestämmelse i SoL som innebär att barnets bästa ska vara avgörande vid beslut som rör vård- eller behandlingsinsatser, medan det tydligt har konstaterats att barnets bästa inte kan vara ett kriterium för att bevilja insatser enligt LSS. En skillnad mellan dessa två lagstiftningar är att LSS är en renodlad rättighetslag, medan SoL till största delen medför skyldigheter för socialtjänsten och endast innehåller en bestämmelse som grundar en specifik rättighet för enskilda¹⁹⁷. Att inte införa barnets bästa som ett kriterium för att bevilja insatser enligt LSS har, som nämnts tidigare, motiverats med att det skulle kunna innebära en försvagning av andra rättigheter, utan att det framgått vilka rättigheter som menats. När bestämmelsen infördes i SoL konstaterades att barnets bästa måste vägas mot andra intressen, men vid en intressekonflikt mellan de vuxna och barnet måste barnets bästa få företräde.¹⁹⁸ En liknande konstruktion borde kunna införas i LSS. När ett barn ansöker om en insats borde en avgörande faktor för vad barnet beviljas, eller om barnet beviljas en insats, vara vad som är bäst för barnet. När det är ett barn som ansöker om en insats borde det inte finnas någon annan persons rättigheter som ska väga tyngre än just barnets. Andra intressen, så som föräldrars eller syskons, bör alltid vägas in, men det är svårt att föreställa sig hur någon annans intressen skulle vara viktigare än barnet med funktionsnedsättnings.

Även när andra barn än barnet med funktionsnedsättning påverkas av ett beslut, till exempel barnets syskon, är det svårt att föreställa sig att det som skulle vara bäst för dem inte skulle sammanfalla med det som är bäst för barnet med funktionsnedsättning. Även om så skulle vara fallet bör det inte kunna vara anledningen till att en sådan bestämmelse inte införts i LSS, eftersom det i det fallet endast är barnet med funktionsnedsättning som har rättigheter enligt lagen. Syskonen i det fallet är inte berättigade något enligt LSS och det bör således inte vara deras eventuella rättigheter som skulle krocka med en bestämmelse om barnets bästa. Ett barn med funktionsnedsättning är i en väldigt utsatt position i samhället, och därför är det viktigt att det som är bäst för barnet är avgörande vid de beslut som fattas gällande barnet.

¹⁹⁴ I 1 § 4 st. socialtjänstlagen (1980:620).

¹⁹⁵ Se prop. 2000/01:80 s. 163.

¹⁹⁶ Se prop. 2012/13:10 s. 6.

¹⁹⁷ Rätten till bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL.

¹⁹⁸ Se prop. 2012/13:10 s. 36.

Av 11 kap. 10 § SoL framgår att barnet ska få relevant information gällande åtgärder som rör barnet, att barnet ska ges möjlighet att framföra sina åsikter och att barnets inställning ska klargöras så långt som möjligt på annat sätt för det fall barnet inte framför sina åsikter själv. Detta innebär således att socialtjänsten i sina utredningar ska göra vad den kan för att klarlägga barnets inställning, även om barnet inte själv uttrycker sina åsikter. Bestämmelsen infördes den 1 januari 2013.¹⁹⁹ Det framgick i propositionen att barnets inställning ska klargöras på ett sätt som respekterar barnets integritet och självbestämmanderätt, i enlighet med principen om barnets bästa.²⁰⁰

Att inte införa en bestämmelse i LSS om att barnets inställning så långt det är möjligt ska klarläggas för de fall barnet själv inte uttrycker sina åsikter har, som nämnts tidigare, motiverats med att artikel 12 innebär en rättighet och inte en skyldighet för barnet att framföra sina åsikter. Samtidigt är barnets inställning näst intill en avgörande faktor för att kunna bestämma vad som är bäst för barnet i det enskilda fallet, varför det blir svårt att leva upp till kravet om att barnets bästa särskilt ska beaktas om barnets egen inställning inte är klarlagd. Att införa en bestämmelse i LSS om att barnets inställning så långt det är möjligt ska klarläggas bör inte kunna strida mot artikel 12, så länge utredningen av barnets inställning görs med hänsyn till barnets integritet och självbestämmande, likt den bestämmelse som införts i SoL.

5.3 Innebär inkorporeringen av barnkonventionen någon skillnad gällande konventionens förhållande till LSS?

Barnkonventionen gäller som lag i Sverige, vilket innebär att artikel 3 ska tillämpas direkt av alla som fattar beslut som rör barn. Enligt den engelska originaltexten, som är en av de texter som gäller som lag, ska barnets bästa vara "a primary consideration" vid alla åtgärder som rör barn. Detta gäller således även beslut enligt LSS. Detta bör innebära att barnets bästa ska vara en primär faktor även då beslut fattas om huruvida en insats ska beviljas eller inte. Detta innebär inte att barnets bästa blir ett kriterium för att bevilja en insats, utan att en då en insats beviljas ska en primär bedömningsutgångspunkt vara vad som är bäst för barnet. Även andra intressen kan vägas in, och en bedömning måste göras i varje enskilt fall, men barnets bästa ska alltid utredas och beaktas.

¹⁹⁹ Se prop. 2012/13:10 s. 16.

²⁰⁰ Ibid. s. 135.

En relevant fråga blir hur detta förhåller sig till de förarbetsuttalanden som gjorts gällande 6 a § LSS om att barnets bästa främst ska få betydelse vid utförandet av insatserna. Att barnkonventionen är svensk lag bör inte innebära att de bestämmelser som redan finns i LSS ska tillämpas på något annat sätt, men samtidigt måste beslutsfattarna följa konventionen och beakta barnets bästa vid alla åtgärder som rör barn. De förarbetsuttalanden som gjorts gällande 6 a § LSS är från innan barnkonventionen inkorporerades som svensk lag och anger endast hur just den bestämmelsen ska tillämpas, inte hur konventionens bestämmelser ska tolkas eller tillämpas. Detta innebär alltså att när beslut fattas huruvida en insats ska beviljas eller inte behöver barnets bästa inte vara avgörande enligt LSS, men eftersom barnkonventionen ska tillämpas vid alla åtgärder som rör barn behöver artikel 3 tillämpas direkt istället.

En annan fråga är om den nya LSS som föreslås, som vid ett godkännande träder i kraft efter det att barnkonventionen inkorporerats, kommer innebära någon skillnad gentemot idag. Som redovisats tidigare föreslås den nya LSS innehålla en bestämmelse om barnets bästa som i princip motsvarar den nuvarande, vilket innebär att barnets bästa inte heller enligt den nya lagen skulle vara ett kriterium för att bevilja insatser. Även om den nya LSS införs bör det således inte innebära någon direkt skillnad mot hur det ser ut idag, utan ovan resonemang bör gälla även för detta fall.

Att notera är att det inte införts någon bestämmelse i regeringsformen, liksom den i 2 kap. 19 § gällande EKMR, som anger att ingen lag eller föreskrift får meddelas i strid med barnkonventionen. Eftersom barnkonventionslagen har status som vilken annan lag som helst får därför en eventuell konflikt mellan den och LSS lösas med grund i någon annan regel än *lex superior*²⁰¹. LSS är en speciallag som i egenskap av *lex specialis* skulle få företräde vid en konflikt med SoL, men frågan är om LSS är att anse som en speciallag som skulle få företräde framför barnkonventionslagen. Barnkonventionslagen är å ena sidan en allmän lag, eftersom den kan tillämpas på så många olika områden och inte endast, som LSS, reglerar ett väldigt specifikt område. På så sätt kan LSS ses som en speciallag som skulle få företräde vid en konflikt. Å andra sidan skulle syftet med att inkorporera barnkonventionen i princip gå förlorat om barnkonventionslagen i alla lägen ses som *lex generalis* som i en konflikt får stå tillbaka för alla speciallagar som finns. Den tredje grunden för att avgöra vilken lag som får företräde vid en konflikt är *lex posterior*, att en nyare lag får företräde framför en äldre lag. Idag är barnkonventionslagen nyare än LSS, men som redogjorts för ovan har en ny version av LSS

²⁰¹ Gällande regelkonflikter, *lex superior*, *lex specialis* och *lex posterior*, se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi (2016) s. 183.

föreslagits som, om den genomförs, kommer vara nyare än barnkonventionslagen.²⁰²

Sammanfattningsvis kan sägas att det inte är helt klart hur en eventuell konflikt mellan LSS och barnkonventionslagen skulle lösas, men syftet med att inkorporera barnkonventionen måste ha varit att ytterligare säkerställa att svensk lag inte strider mot konventionen. Med detta i beaktande borde barnkonventionslagen få företräde vid en eventuell konflikt.

5.4 Bristen på motivering i domar och beslut

Som beskrivits ovan visade den kartläggning av beslut som gjordes i barnrättighetsutredningen att det sällan hänvisades till barnets bästa i besluten. Det samma kan konstateras gällande de rättsfall som granskats för denna uppsats, som redogjorts för i kapitel 4. Det går självklart inte att utesluta att beslutsfattaren faktiskt behandlat barnkonventionen, men att den i många fall inte har varit avgörande och därför inte nämns i domen eller beslutet. Om så är fallet är det dock problematiskt sett till rättssäkerheten och öppenheten som gäller i svensk rättstillämpning. I många fall kan det även vara direkt otillåtet att inte dokumentera ordentligt.

Enligt 21 a § LSS ska det i varje ärende dokumenteras de beslut och åtgärder som vidtagits, och de faktiska omständigheterna och händelser av betydelse ska framgå. Vidare framgår av 32 § förvaltningslagen (2017:900) att beslut ska innehålla en klagande motivering, som ska innehålla uppgifter om vilka föreskrifter som tillämpats samt vilka omständigheter som varit avgörande. Det framgår även av 4 kap. 18 § i Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om dokumentation i verksamhet som bedrivs med stöd av SoL, LVU, LVM och LSS att det i dokumentationen ska framgå hur barnets bästa har beaktats, och i 4 kap. 16–17 §§ anges att det ska framgå av dokumentationen vilka åsikter barnet själv fört fram och hur hänsyn har tagits till dessa. Som förklarats i avsnitt 4.2 gäller en skyldighet att motivera sina beslut även för förvaltningsdomstolarna, vilket innebär att det i domar ska framgå vilka skäl som varit avgörande för beslutet.

Det är de skäl som bestämt utgången för målet som ska redovisas i domen. Om principen om barnets bästa inte nämns i domskälen bör detta alltså innebära att principen inte varit avgörande för utgången i målet. Detta borde vara i strid med barnkonventionen, eftersom enligt artikel 3, som nu dessutom

²⁰² Detta är framför allt en teoretisk diskussion, eftersom det är svårt att komma på ett praktiskt exempel där LSS och barnkonventionslagen skulle komma i konflikt med varandra. Jag tycker dock ändå att det är en intressant principiell fråga, varför jag valt att diskutera den i uppsatsen.

gäller som lag i Sverige, ska principen om barnets bästa beaktas, vara en ”primary consideration”, vid alla åtgärder som rör barn. Det är sannolikt inte i enlighet med FPL att en omständighet som ska vara ”a primary consideration” vid prövningen av målet inte framgår av domen.

Det är således på sin plats att rikta kritik mot att det i så många beslut och domar inte över huvud taget hänvisas till barnkonventionen, eftersom beslutsfattaren måste ta hänsyn till den vid beslut som rör barn. Även de domar som presenterats i uppsatsen som kommit efter det att barnkonventionslagen trädde i kraft brister gällande motivering av hur barnkonventionen beaktats, vilket är ytterligare ett tecken på att inkorporeringen av barnkonventionen kanske inte inneburit någon större förändring gällande LSS.

Att det inte framgår av domar och beslut hur, eller ens om, barnkonventionen tillämpas är problematiskt av flera anledningar. Dels är det problematiskt för rättssäkerheten, eftersom det inte kan garanteras i efterhand om ett beslut är korrekt om det inte i beslutet framgår tydligt vilka grunder beslutet fattats på. Eftersom Sverige som stat är bunden till barnkonventionen, och dessutom infört den som svensk lag, är det självklart otroligt viktigt att det framgår hur den faktiskt tillämpas, för att det ska kunna säkerställas att Sverige lever upp till de krav konventionen ställer. Dels är bristen på dokumentation och motivering problematiskt eftersom det innebär att det inte är tydligt för den enskilde på vilka grunder denne beviljats eller inte beviljats en insats. För att en enskild ska ha möjlighet att bevaka sina rättigheter gentemot staten är det av yttersta vikt att den enskilde kan ta del av all den information som beslutet är grundat på.

Om avsaknaden av hänvisningar till barnkonventionen i domar innebär att barnkonventionen inte beaktats som den ska bör kritik även kunna riktas mot det faktum att domstolarna i så fall inte lever upp till den utredningsskyldighet de åläggs enligt officialprincipen, som redogjorts för i avsnitt 4.1. Eftersom rätten ska se till att målet blir så utrett som målets beskaffenhet kräver bör rätten inte kunna förbise barnkonventionen även om sökanden inte åberopat den, trots att bevisbördan ligger på sökanden vid mål som rör förvaltningsbesvär. Att rätten skulle beakta barnkonventionen och utreda vad som är barnets bästa även om sökanden inte åberopat det kan knappast anses vara i strid med kravet på objektivitet. Framför allt eftersom barnkonventionen är ett internationellt instrument som Sverige åtagit sig att efterfölja, och medför rättigheter för den enskilda som Sverige ska säkerställa att den enskilde åtnjuter.

5.5 Sammanfattande slutsatser

Avslutningsvis kan det konstateras att det i princip funnits ett genomgående barnperspektiv sedan LSS antogs, och det verkar finnas en vilja att ha en lagstiftning som garanterar så många rättigheter som möjligt. Problemet med LSS verkar vara just att det är en rättighetslag som ska garantera flera olika rättigheter samtidigt, varför det blir svårt att ange i lagtexten hur dessa rättigheter ska vägas mot varandra och vad som ska vara slutligt avgörande. Kanske är det absolut viktigaste inte det som uttryckligen står i lagtexten, utan det viktigaste är utgången i praktiken. Om barnets rättigheter enligt barnkonventionen är garanterade i praktiken trots brister i lagtexten kanske Sverige ändå kan leva upp till de krav som ställs enligt konventionen. Problemet är att det endast går att spekulera i när besluten och domarna är så pass bristfälliga i sina motiveringar.

Synen på barnkonventionen i den svenska rätten, även i förhållande till LSS, har utvecklats sedan konventionen först ratificerades. I äldre förarbeten uppfattas barnkonventionens principer ofta som abstrakta mål istället för konkreta krav och skyldigheter för staten. Sveriges inställning har genomgående varit att svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med barnkonventionen. När konventionen först godkändes uttalade Sverige att den var tillräcklig, även om den för svenskt vidkommande kunnat gå ännu längre på vissa punkter, och senast genom barnkonventionsutredningen konstaterades att svensk lagstiftning och praxis i huvudsak stämmer överens med konventionen. Trots det har Sverige återkommande fått kritik från barnrättskommittén, och som framkommit i denna uppsats är det inte alltid självklart att den svenska lagstiftningen i alla avseenden är utformad på det mest optimala sättet för att garantera barnets rättigheter enligt barnkonventionen.

LSS är en lagstiftning som ska säkerställa skydd för flera rättigheter samtidigt, däribland de rättigheter som tillkommer alla barn i enligt barnkonventionen. De viktiga principerna har arbetats in i lagtexten, och ska därmed tillförsäkras varje enskild som ansöker om insatser enligt LSS. Samtidigt är det inte säkert att hur principerna, framför allt principen om barnets bästa, inkorporerats i LSS är det mest ändamålsenliga sättet att garantera rättigheterna. Det verkar inte heller som att inkorporeringen av barnkonventionen som svensk lag innebär någon större förändring i förhållande till LSS. Den LSS-utredning som nu föreslår en helt ny LSS verkar inte heller innebära någon större förändring. Eftersom utredningen ännu inte resulterat i en proposition finns det dock inget färdigt förslag. Det finns således fortfarande en möjlighet för lagstiftaren att göra ytterligare

förändringar för att verkligen säkerställa att alla barn som omfattas av LSS åtnjuter det lagstadgade rättighetskydd som barnkonventionen garanterar.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statliga utredningar

SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter

SOU 1978:10 Barnets rätt 1 – Om förbud mot aga

SOU 1979:63 Barnets rätt 2 – Om föräldraansvar mm.

SOU 1991:46 Handikapp – Velfärd – Rättvisa

SOU 2008:77 Möjlighet att leva som andra – Ny lag om stöd och service till vissa personer med funktionsnedsättning

SOU 2016:19 Barnkonventionen blir svensk lag

SOU 2018:88 Översyn av insatser enligt LSS och assistansersättningen

SOU 2020:63 Barnkonventionen och svensk rätt

SOU 2021:37 Stärkt rätt till personlig assistans – Ökad rättssäkerhet för barn, fler grundläggande behov och tryggare sjukvårdande insatser

Propositioner

Prop. 1971:30 med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.

Prop. 1989/90:107 Om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter

Prop. 1992/93:159 Om stöd och service till vissa funktionshindrade

Prop. 1993/94: Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 1997/98:188 Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige

Prop. 2000/01:80 Ny socialtjänstlag m.m.

Prop. 2004/05:39 Kvalitet, dokumentation och anmälningsplikt i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS), m.m.

Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag

Prop. 2009/10:176 Personlig assistans och andra insatser – åtgärder för ökad kvalitet och trygghet

Prop. 2009/10:232 Strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige

Prop. 2012/13:10 Stärkt stöd och skydd för barn och unga

Prop. 2012/13:45 En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess

Prop. 2017/18:186 Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter

Prop. 2021/22:214 Stärkt rätt till personlig assistans – grundläggande behov för personer som har en psykisk funktionsnedsättning och ökad rättssäkerhet för barn

Övrigt

Dir. 1988:53 Samhällets stöd till människor med funktionshinder

1993/94:KU24 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Regeringskansliet, *Regeringens strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige*, S2010.026, 2011-10-20

Dir. 2016:40 Översyn av insatser enligt LSS och assistansersättningen

Dir. 2018:20 Kartläggning av hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med barnkonventionen

Ds 2019:23 Vägledning vid tolkning och tillämpning av FN:s konvention om barnets rättigheter

Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om dokumentation i verksamhet som bedrivs med stöd av SoL, LVU, LVM och LSS (SOSFS 2014:5)

Sveriges kombinerade sjätte och sjunde periodiska rapport till FN:s Kommitté för barnets rättigheter, 2021-10-15

Litteratur

Bring, Ove, Klamberg, Mark, Mahmoudi, Said och Wrange, Pål (2020), Sverige och folkrätten, 6 uppl., Norstedts Juridik AB Stockholm

Derlén, Mattias, Lindholm, Johan och Naarttjärvi, Markus (2016), Konstitutionell rätt, 1 uppl., Wolters Kluwer Sverige AB Stockholm

Erman, Margareta (2015), LSS – en vägledning, 2 uppl., Komlitt AB Helsingborg

Grahn-Farley, Maria (2019), Barnkonventionen – En kommentar, 1 uppl., Studentlitteratur AB Lund

Kleineman, Jan (2018), Rättsdogmatisk metod, i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2 uppl., Studentlitteratur AB Lund

Lavin, Rune (2020), Förvaltningsprocessrätt, 4 uppl., Norstedts Juridik AB Stockholm

Lehrberg, Bert (2021), Praktisk juridisk metod, 13 uppl., Iusté AB Uppsala

Singer, Anna (2019), Barnets bästa – Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle, 7 uppl., Norstedts Juridik AB Stockholm

FN:s barnrättskommitté

General comment, No 9 (2006) The rights of children with disabilities, CRC/C/GC/9, 27 februari 2007

General comment, No 12 (2009) The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, 1 juli 2009

General comment, No 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, 29 maj 2013

Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden, CRC/C/SWE/CO/5, mars 2015

Övrigt

Barnombudsmannens hemsida

<<https://www.barnombudsmannen.se/barnkonventionen/fns-barnrattskomite-och-sveriges-rapporter/>> besökt 2022-01-25

Socialstyrelsens termbank, ”funktionsnedsättning”

<<https://termbank.socialstyrelsen.se/?TermId=812&SrcLang=sv>> besökt 2022-03-04

Socialstyrelsens termbank, ”funktionshinder”

<<https://termbank.socialstyrelsen.se/?TermId=818&SrcLang=sv>> besökt
2022-03-04

Socialstyrelsens termbank, ”handikapp”

<<https://termbank.socialstyrelsen.se/?TermId=814&SrcLang=sv>> besökt
2022-03-04

Vårdhandboken, Bemötande av personer med funktionsnedsättning -
Översikt

<<https://www.vardhandboken.se/arbetsatt-och-ansvar/bemotande-i-var-d-och-omsorg/bemotande-av-personer-med-funktionsnedsattning/oversikt/>>
besökt 2022-03-04

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Salduz mot Turkiet (dom den 27 november 2008, appl. no. 36391/02)

Maslov mot Österrike (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03).

Neulinger och Shuruk mot Schweiz (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07)

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2010 ref 17

HFD 2011 ref. 36

HFD 2015 ref. 5

Kammarrätterna

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2009-09-01 i mål 3422–08

Kammarrätten i Jönköping, dom 2011-04-11 i mål 3457–10

Kammarrätten i Göteborg, dom 2012-05-16 i mål 2301–12

Kammarrätten i Jönköping, dom 2013-05-08 i mål 705–13

Kammarrätten i Göteborg, dom 2013-10-01 i mål 4183–13

Kammarrätten i Jönköping, dom 2014-12-15 i mål 385–14

Kammarrätten i Stockholm, dom 2017-06-09 i mål 241–17

Kammarrätten i Stockholm, dom 2017-06-19 i mål 1433–17

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2017-10-27 i mål 1679–17

Kammarrätten i Stockholm, dom 2018-10-04 i mål 4308–18

Kammarrätten i Göteborg, dom 2019-03-13 i mål 4508–18

Kammarrätten i Göteborg, dom 2020-07-10 i mål 3941–20

Kammarrätten i Stockholm, dom 2020-06-10 i mål 2212–20

Kammarrätten i Stockholm, dom 2021-04-20 i mål 5445–20

Kammarrätten i Göteborg, dom 2021-09-09 i mål 1372–21