

Lund Disability Human Rights Clinic 2020

Finansierad av

VINNOVA

Sveriges innovationsmyndighet

Lund Disability Human Rights Clinic 2020

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

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

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

Människorättspraktik

Nycklar till frihet

– om rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år

Anna Lie, Bodil Ritzén, Julia Löfqvist, Louise Warvsten

Handledare: Anna Bruce

HT2020

1 Inledning	5
1.1 Bakgrund till rapporten	5
1.1.1 Vårt uppdrag	5
1.1.2 Beskrivning av typfallet och problemformuleringar	5
1.2 Terminologiska utgångspunkter	7
1.3 Rapportens fortsatta disposition	8
2 CRPD	9
2.1 Inledning till kapitlet	9
2.2 Relevanta artiklar	9
2.2.1 Artikel 19 Rätt att leva självständigt och delta i samhällsgemenskapen	9
2.2.2 Artikel 5 Icke-diskriminering och jämlikhet	15
2.2.3 Artikel 19 och 5 tillsammans	19
2.2.4 Svensk lag i förhållande till CRPD	20
2.3 Missgynnande	21
2.3.1 Olika fall ska behandlas olika	22
2.3.2 Lika fall ska behandlas lika	24
2.4 Otillbörligt missgynnande	27
2.5 Omedelbar förpliktelse	35
2.6 Sammanfattning CRPD	38
3 EKMR	39
3.1 Inledning till kapitlet	39
3.2 Typfallet omfattas av rätten till privatliv enligt artikel 8	39
3.3 Inskränkningen av artikel 8 i förevarande fall	41
3.3.1 Avsaknaden av personlig assistans leder till att rätten till privatliv inskränks	41
3.3.2 Sverige har en positiv förpliktelse att skydda privatlivet i det aktuella fallet	46
3.4 Inskränkningen kan inte rättfärdigas	49
3.4.1 Laglighetskravet	49
3.4.2 Kravet på berättigat syfte	50
3.4.3 Kravet på att inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle	51
3.5 Rätt till personlig assistans enligt artikel 14 jämte artikel 8	68
3.6 Sammanfattning av EKMR	70
4 Avslutande reflektioner	72
Referenser	74
Appendix	80

1 Inledning

1.1 Bakgrund till rapporten

1.1.1 Vårt uppdrag

Denna rapport är det slutgiltiga resultatet av den människorättsklinik som genomförts av Independent Living Institute (ILI), Lunds universitet och Raoul Wallenberg Institutet för Mänskliga Rättigheter (RWI). Inom ramen för denna klinik, har vårt uppdrag varit att utreda *rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år*, baserat på ett typfall. Uppdraget har haft två mål:

- att undersöka huruvida den svenska ordningen med begränsade samhällsstöd för att personer med funktionsnedsättning som är över 65 år ska kunna leva ett självbestämt och självständigt liv i samhällsgemenskapen, är tillräcklig för att leva upp till de mänskliga rättigheterna i det specifika fallet
- att undersöka hur mål i svenska domstolar, Europadomstolen, och FN:s kommitté för rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD-kommittén), utgör gångbara vägar för argumentation för att få prövat om de mänskliga rättigheterna har överträtts givet omständigheterna i typfallet

1.1.2 Beskrivning av typfallet och problemformuleringar

Typfallet

Typfallet rör en person över 65 år som har en synskada och som använder elektrisk rullstol. Förflyttningar från rullstol och de flesta vardagliga sysslor kräver stöd. Personen har idag inte tillgång till den stödform som kallas personlig assistans. Istället har hen tillgång till stödformerna hemtjänst och trygghetslarm via kommunen. Hemtjänsten och trygghetslarmet ger visst stöd, men tar sig uttryck under mycket rutinbetonade förhållanden. Personen går upp och lägger sig, lagar mat, äter m.m. på samma tider varje dag på grund av servicens organisering och inte efter personens önskemål eller preferenser.

Avsaknaden av personlig assistans påverkar även personens möjligheter att vistas utanför sitt hem. Hen är beviljad ledsagning för detta ändamål, och är i praktiken helt beroende av denna för att kunna komma ut. Ledsagningen är dock begränsad till 30 timmar per månad. Det minimala antalet ledsagartimmar gör att personen blir tvungen att prioritera läkarbesök och dylikt när hen lämnar hemmet – andra sociala och utvecklande aktiviteter finns det ej tid för. Framför allt gör det begränsade antalet beviljade ledsagartimmar att personen hindras att komma ut och delta i det politiska livet, något som slår mot personens intressepolitiska engagemang.

Problemformuleringar

Tre problemformuleringar har använts för att ge riktning åt och för att avgränsa omfattningen av utredningen av *rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år*. Dessa besvaras löpande i rapportens huvuddel. En fjärde problemformulering har vi på grund av dess specifika karaktär, valt att besvara separat i appendix.

Följande problemformuleringar besvaras i rapporten:

1. Vilken aspekt av rörelsefriheten aktualiseras när ledsagning nekas en rörelsehindrad person med synskada som uppenbarligen behöver stöd för att navigera i hemmet och i samhället? *Besvaras i rapportens huvuddel.*
2. Vilken rätt har staten att skilja på rätt till stöd, som personlig assistans, grundat på uppnådd levnadsålder (65)? *Besvaras i rapportens huvuddel.*
3. Har staten en positiv förpliktelse att garantera stöd i och utanför hemmet, i vilken utsträckning i det individuella fallet, och vilken grad av kontroll ska personen ha över den service som slutligen levereras? *Besvaras i rapportens huvuddel.*
4. Är nekad service som leder till isolering möjlig att koppla till frihetsberövande? Om inte, varför inte? *Besvaras i appendix.*

1.2 Terminologiska utgångspunkter

Under arbetet med utredningen har vissa avvägningar gjorts vad gäller terminologi och begrepp. En presentation av dessa avvägningar, varför de har gjorts och vad de innebär framgår nedan.

Förkortningar och översättningar av engelska termer

Vi har valt att använda den engelska förkortningen *CRPD* när FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning avses. Detta då *CRPD* som förkortning är inarbetad och en motsvarande förkortning på svenska saknas. Vi har dock valt att använda den svenska förkortningen *EKMR* när Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna åsyftas.

Vidare har vi valt att översätta specifika termer och uttryck från engelska till svenska. Den engelska termen redovisas inom parentes i direkt anslutning till dess svenska översättning.

Begreppen *personlig assistans* och *personligt stöd*

I rapporten har vi valt att använda oss av begreppet *personlig assistans*. Vi använder oss däremot inte av begreppet *personligt stöd*. I den svenska versionen av *CRPD* har den engelska konventionstextens ”personal assistance” översatts till just personligt stöd, istället för det mer korrekta personlig assistans.¹ Genom att först tolka artikel 50 *CRPD* jämte artikel 33 *VCLT*, för att sedan göra en kontextuell tolkning av artikel 19 *CRPD* med stöd av artikel 31 *VCLT*, så framgår att personlig assistans är den korrekta översättningen av ”personal assistance”. Detta stöds vidare av Allmän kommentar no. 5 och doktrin.² Här är det inte minst av vikt att förtydliga att personlig assistans är en form av personligt stöd, och alltså ej kan likställas med personligt stöd i sig.³ Den stödform som avses i konventionen (personlig assistans) överlappar dessutom till viss del med förståelsen av personlig assistans i svenska lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (*LSS*).⁴

¹ UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities : resolution / adopted by the General Assembly*, 24 January 2007, A/RES/61/106, artikel 19.

² Jfr. General Comment No. 5, p. 16 (d), 17; Fiala-Butora, Rimmerman, Gur (2018); Palmisano (2017); Lewis, Richardson (2020).

³ Jfr. General Comment No. 5, p. 16 (d), 17; Fiala-Butora, Rimmerman, Gur (2018); Palmisano (2017); Lewis, Richardson (2020).

⁴ Jfr. formuleringen i 9 a § *LSS* och General Comment No. 5 p. 16 (d).

Begreppen *samhället* och *samhällsgemenskapen*

Liknande avvägningar som gjorts i valet mellan personlig assistans och personligt stöd, har gjorts vad gäller begreppen *samhället* och *samhällsgemenskapen* i artikel 19 CRPD. Den engelska originaltexten i artikel 19 lyder ”community”, något den svenska översättningen omformulerat till ”samhället”. Tolkat utifrån artikel 33 och 31 VCLT ligger dock samhällsgemenskapen närmare innehållsmässigt ”community” än vad ”samhället” gör. Vi har därför valt att använda begreppet samhällsgemenskapen istället.

1.3 Rapportens fortsatta disposition

På denna inledning följer ytterligare tre kapitel. **Kapitel 2** behandlar rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år, utifrån CRPD. Kapitlet argumenterar för en rätt till personlig assistans med utgångspunkt primärt i artiklarna 19, 5 och 4 CRPD. I **kapitel 3** utreds rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år, utifrån EKMR. Här argumenteras för en rätt till personlig assistans utifrån artikel 8 och artikel 14 jämte artikel 8 EKMR. I det avslutande **kapitel 4** ger vi slutligen våra sammanfattande reflektioner utifrån den utredning som gjorts.

2 CRPD

2.1 Inledning till kapitlet

I detta kapitel undersöks *rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år* utifrån CRPD. I utredningen nedan argumenterar vi för att Sverige, mot bakgrund av omständigheterna i typfallet, har brustit i sina åtaganden gentemot konventionen - detta främst i ljuset av artikel 19, artikel 5 och artikel 4. Vi belyser även hur Sveriges agerande står i strid med flertalet av konventionens grundläggande principer.

Nedan diskuteras inledningsvis den rätt till personlig assistans som garanteras personer med funktionsnedsättning genom CRPD, detta under **avsnitt 2.2**. Efter detta belyses hur den svenska lagstiftningen och rätten för personer med funktionsnedsättningar står i förhållande till CRPD. Utgångspunkten tas i artiklarna 19 och 5, men artiklarna behandlas även i ljuset av det statsansvar som följer av artikel 4. Utifrån rättsgrundsatsen *lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika*, under **avsnitt 2.3**, undersöks huruvida en person som är äldre än 65 som inte får personlig assistans missgynnas eller ej. Följande **avsnitt 2.4** ser till om den svenska statens agerande kan rättfärdigas, eller om det inte kan rättfärdigas och således utgör ett otillbörligt missgynnas. **Avsnitt 2.5** ser till om statens förpliktelser utifrån omständigheterna i typfallet är omedelbara eller progressiva. Det avslutande **avsnittet 2.6**, är av sammanfattande karaktär.

2.2 Relevanta artiklar

2.2.1 Artikel 19 Rätt att leva självständigt och delta i samhällsgemenskapen

Artikel 19, vilken konkretiserar rätten att leva självständigt och självbestämt i samhällsgemenskapen, betraktas som en av hörnstenarna i konventionen och utgör en förutsättning för att kunna åtnjuta flertalet av de andra rättigheter som följer av konventionen. Artikeln ämnar trygga valfrihet och inkludering, men även självbestämmande och deltagande.⁵ Valfrihet syftar till att garantera att personer med funktionsnedsättningar ges valfrihet i

⁵ János Fiala-Butora, Aerie Rimmerman & Ayelet Gur, 2018, s. 2.

förhållande till frågor som rör deras liv, varför självbestämmande blir essentiellt för att kunna upprätthålla kontroll över de val som görs. I detta speglas således en individuell dimension. I jämförelse speglar inkludering och deltagande en social dimension, genom att faktisk och reell inkludering är en grundförutsättning för att kunna delta i samhällsgemenskapen.⁶

Enligt kappan i artikeln ska stater ”erkänna lika rätt för alla personer med funktionsnedsättning att leva i samhället med lika valmöjligheter som andra personer”. De ska därutöver ”vidta effektiva och ändamålsenliga åtgärder” – dels för att ”underlätta att personer med funktionsnedsättningar fullt ut åtnjuter denna rätt”, dels för deras ”fulla inkludering och deltagande i samhället”. Redan i inledningen understryks vikten av valmöjlighet, oberoende och inkludering. Valmöjlighet har ett nära samband med självständighet eller personlig autonomi, och innebär att personen i fråga varken fråntas eller nekas valmöjligheter – samt kontroll över dessa – i förhållande till frågor som rör hens liv. Följaktligen berörs ofta aspekter med en stark koppling till utvecklingen av den personliga identiteten och personligheten. Här kan noteras den tydliga kopplingen till artikel 3 (a) i konventionen, vilken fastställer principen om respekt för inneboende värde, självbestämmande, innefattande frihet att göra egna val samt enskilda personers oberoende.⁷ På liknande sätt har inkludering en tydlig koppling till artikel 3 (c), av vilken principen om fullständigt och faktiskt deltagande och inkludering i samhället följer. Inkludering innebär att möjlighet och tillgång ges till ett fullvärdigt socialt liv och till alla de olika sfärer som det sociala livet kan innefatta, exempelvis boende, anställning, transport, utbildning, men även till de politiska och kulturella aktiviteter som sker inom samhällsgemenskapen. Av rätten att bli inkluderad följer således en positiv skyldighet för stater att skapa och utveckla inkluderande miljöer.⁸

Rätten att leva självständigt och självbestämt i samhällsgemenskapen gäller i alla ekonomiska, sociala och politiska kontexter, och ska anses skild från en förutbestämd typ av livsstil samt kulturella normer och värderingar. Detta strävar till att spegla att rätten att leva självständigt och delta i samhällsgemenskapen är en grundläggande del av människors liv, oberoende av vart en person befinner sig i världen – varför det måste värnas och tryggas även i förhållande till personer med funktionsnedsättningar. Rättigheten omfattar därutöver *alla* personer med

⁶ General Comment No. 5, p. 18 och 19.

⁷ General Comment No. 5, p. 16(a).

⁸ General Comment No. 5, p. 16(b) och 19.

funktionsnedsättningar, oberoende av kön, religion, politisk tillhörighet, etnicitet, ålder, hälsotillstånd mm.⁹

Av artikel 19 framgår tre aspekter genom vilka stater ska säkerställa rätten att leva självständigt och att delta i samhällsgemenskapen; boende (paragraf a), funktionshinderrelaterad samhällsservice (paragraf b) och allmän samhällsservice (paragraf c). Trots paragrafernas tillsynes skilda karaktär är de tätt sammanlänkande på ett sätt som innebär att de både stärker samt är beroende av varandra.¹⁰ Paragrafens innehåll kommer att utvecklas nedan, men vad som går att utläsa direkt är att de tillsammans verkar för att motverka institutionalisering, men även för att *de facto* skapa självbestämmande, valmöjligheter och oberoende.¹¹

Paragraf A

Artikel 19 (a) bemöter och åsyftar åtgärda det faktum att personer med funktionsnedsättningar historiskt sett ofta blivit förvisade till institutioner eller särskilda boenden, utan möjlighet att få välja var, med vem eller hur de bor. Den rätt att få ”välja bosättningsort och var och med vem de leva på lika villkor som andra” utan ”att bo i särskilda boendeformer” som etableras genom 19 (a) utgör en grundförutsättning för att leva självständigt och självbestämt i samhällsgemenskapen.¹² Paragrafen är utformad som en negativ rättighet, och kärnan består i att stater inte ska kunna tvinga på personer en viss boendeform. Paragrafen omfattar dock inte bara en rätt att välja boendeform, utan åsyftar även värna den individuella valfriheten vad gäller *alla* aspekter av ens boende, inkluderat både vardagliga rutiner och livsstil – både ur ett kortsiktigt och ett långsiktigt perspektiv.¹³ Personen ska kunna fatta små val, som när hen ska kliva upp imorgon, men även större val, exempelvis vilka typer av sammanhang hen vill ta del av samt vilken typ av livsstil hen vill upprätthålla.¹⁴

Paragraf B

⁹ General Comment No. 5, p. 8 och 22.

¹⁰ János Fiala-Butora, Aerie Rimmerman & Ayelet Gur (2018), s. 6.

¹¹ General Comment No. 5, p. 16 (c).

¹² General Comment No. 5, p. 1 och 24.

¹³ General Comment No. 5, p. 24 och 16 (c).

¹⁴ General Comment No. 5, p. 24.

Av artikel 19(b) följer rätten till individanpassat stöd, omnämnt som ”olika former av samhällsservice både i hemmet och inom särskilt boende och annan service”. Personlig assistans är det enda explicita exemplet i artikeln över vad som kan utgöra denna typ av stöd. Trots detta finns det ingen tydlig definition över vad som kan utgöra personlig assistans enligt konventionstexten. Det bör dock stå klart att eftersom det huvudsakliga målet med den funktionshinderrelaterade samhällsservicen är att stödja boende inom samhällsgemenskapen, förhindra isolering och avskildhet måste de stöd som tillhandahålls vara lämpliga för att uppnå detta. De insatser som vidtas måste onekligen också sträva efter, i enlighet med artikelns första paragraf, självval, full inkludering och delaktighet i samhällsgemenskapen.¹⁵

CRPD-kommittén har betonat att individanpassat stöd är en rättighet, och således inte någon form av medicinskt-, socialt- eller välgörenhetsstöd.¹⁶ Rätten till individanpassat stöd sträcker sig utanför hemmet, och täcker bland annat miljöer kopplade till arbete, utbildning, politiskt och kulturellt deltagande, fritidsaktiviteter, resor och rekreation.¹⁷ Kommittén har därutöver framfört att personlig assistans avser ”person-directed/user-led human support”¹⁸. De understryker vidare att utformningen av personlig assistans kan variera, men att det finns vissa särskilda karaktärsdrag som särskiljer den konventionsskyddade personliga assistansen från andra typer av stöd, oavsett om sådant stöd benämns som personlig assistans. Inledningsvis ska finansieringen av personliga assistansen beviljas på grundval av individanpassade kriterier, och stödet ska ej resultera i en minskad budget eller högre utgifter för individen. Stödet ska dessutom kontrolleras och ledas av personen med funktionsnedsättning (user-led), med möjlighet till anpassning. Den berörda personen ska kunna välja av vem, när, hur och på vilket sätt stödet ska ges samt kunna instruera och leda tillhandahållaren av stödet. Förhållandet mellan assistent och assistansmottagare bygger på ett ”one-to-one” förhållande. Detta innebär att personliga assistenter ska rekryteras, tränas och styras av den funktionsnedsatta personen i fråga. Att dela personliga assistenter är endast möjligt givet den stödbeviljades fulla och fria medgivande. Avslutningsvis ska assistansmottagaren vara fri att bestämma graden av personlig kontroll över stödet, och denne ska även vara i fokus för alla beslut som berör assistansen –

¹⁵ General Comment No. 5, p. 30.

¹⁶ General Comment No. 5, p. 28.

¹⁷ General Comment No. 5, p. 16(b).

¹⁸ General Comment No. 5, p. 16(d).

samtliga frågor måste riktas till den stödbeviljade och dennes individuella preferenser måste respekteras.¹⁹

Paragraf C

Paragraf C kräver att ”samhällsservice och anläggningar avsedda för allmänheten är tillgängliga på lika villkor för personer med funktionsnedsättning och svarar mot deras behov”. Till skillnad från paragraf b följer således inga individanpassade åtgärder, utan paragraf c åsyftar istället att säkerställa tillgänglighet till den samhällsservice som redan finns tillgänglig för andra. Följaktligen ska de hinder olika typer av service kan vara förknippad med – och som därav riskerar att utestänga personer med funktionsnedsättningar – elimineras.²⁰

Sammanfattningsvis kan en tydlig skillnad mellan de tre paragraferna noteras; medan (a) och (c) strävar efter att människor med funktionsnedsättningar ska få det andra redan har och på så sätt uppnå jämlikhet syftar (b) till att ge personer med funktionsnedsättningar sådant som andra *inte* har för att nå jämlikhet på det sättet.

Artikel 19 är onekligen mångfacetterad, inte minst då den omfattar både civila och politiska rättigheter samt ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Distinktionen mellan de två kategorierna är betydelsefull, framförallt då rättigheter under förstnämnda kategorin är absolut och omedelbart tillämpliga, medan rättigheter under den sistnämnda är progressivt tillämpliga. Här bör dock poängteras att i de fall det rör sig om en progressiv rättighet, innebär detta en omedelbar skyldighet för stater att utforma och anta konkreta strategier, handlingsplaner och resurser för att rättigheten i fråga ska kunna uppnås. Paragraf b och c är progressiva.²¹

Som nämnt i början av detta avsnitt utgör artikel 19 en typ av nyckelrättighet för att åtnjuta andra rättigheter i konventionen. En tydlig koppling, mot bakgrund av förutsättningarna i typfallet, syns exempelvis till artikel 29 och artikel 30.

¹⁹ General Comment No. 5, p. 16(d) i-iv.

²⁰ Fiala-Butora, Rimmerman & Gur (2018), s. 19.

²¹ General Comment No. 5, p. 39.

Artikel 29 Deltagande i det politiska och offentliga livet

Artikeln stadgar att staten ska garantera ”politiska rättigheter och möjligheten att åtnjuta dem på lika villkor som andra”. Möjligheten att åtnjuta fastställer en positiv skyldighet för staten.²² Genom stycke (a) garanteras möjligheten att rösta samt bli vald och åtgärder staterna måste vidta för att försäkra det. Stycke (b) reglerar att personer med funktionsnedsättningar ska ges möjligheter att delta i att sköta det offentliga och offentliga angelägenheter, bland annat genom att uppmuntra att personer med funktionsnedsättningar kan delta i politiska organisationer (i), särskilt i sammanslutningar som jobbar för rättigheter för personer med funktionsnedsättningar (ii).

Artiklarna 19 och 29 överlappar varandra genom att rätten att leva självständigt omfattar möjligheten få delta och utforma icke-statliga organisationer (NGO:s) och sammanslutningar med personer med funktionsnedsättningar.²³

Genom att artikel 29 fastställer medborgerliga och politiska rättigheter ska artikelns innehåll tillförsäkras omedelbart. Artikeln har ett nära samspel med artikel 4(3) som stadgar att staterna vid utformning och genomförande av lagstiftning och riktlinjer i frågor som rör personer med funktionsnedsättningar och i genomförandet av CRPD ska staterna ha nära samråd med personer med funktionsnedsättningar genom organisationer som företräder dem. För att detta ska tillförsäkras krävs det att personer med funktionsnedsättningar kan delta i dessa organisationer.²⁴

Artikel 30 Deltagande i kulturliv, rekreation, fritidsverksamhet och idrott

Artikeln fastställer att stater måste vidta *alla ändamålsenliga åtgärder* för att säkerställa att personer med funktionsnedsättningar bland annat kan delta i kulturlivet, vidta åtgärder för att möjliggöra utvecklingen av och användandet av sin kreativa, artistiska och intellektuella förmåga, delta i rekreations- och fritidsverksamhet och idrott. För att ta sig ut och kunna delta i aktiviteter krävs det ett stöd som ger möjlighet till assistans anpassad efter aktiviteterna.

Artikel 30 fastställer en social, ekonomisk eller kulturell rättighet och är därför progressiv, se artikel 4(2).

²² Grobelaar Du Plessis, Njau (2018), s. 2.

²³ Grobelaar Du Plessis, Njau (2018), s. 8.

²⁴ Grobelaar Du Plessis, Njau (2018), s. 20.

2.2.2 Artikel 5 Icke-diskriminering och jämlikhet

Jämlikhet och icke-diskriminering fastställs som rättighet i artikel 5 CRPD och icke-diskriminering är en av de grundläggande principerna för konventionen, se artikel 3 (b). CRPD-kommittén uttrycker att jämlikhet och icke-diskriminering är två av de mest fundamentala principerna i internationella mänskliga rättigheter²⁵ samt hjärtat i hela konventionen.²⁶

I artikeln går det tydligt att utläsa att staterna har positiva förpliktelser att vidta åtgärder och förebygga diskriminering. Det syns genom att staten ska *förbjuda, garantera och vidta alla ändamålsenliga åtgärder* – det räcker alltså inte med att staterna avhåller sig från att diskriminera. De ska aktivt arbeta mot diskriminering och för jämlikhet. CRPD-kommittén bekräftar att artikeln fastställer statens positiva förpliktelser att ta bort de hinder som finns för att en person ska åtnjuta konventionens rättigheter på lika villkor som andra.²⁷

Tillsammans med artikel 5 blir det relevant att se på preambel (p) som särskilt belyser att staterna ska beakta intersektionell diskriminering.²⁸ I (p) pekas ett antal diskrimineringsgrunder ut som grunder för intersektionell diskriminering: ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell, etnisk, ursprunglig eller social härkomst, egendom, börd, ålder eller ställning i övrigt. CRPD-kommittén skriver att intersektionell diskriminering refererar till en situation där flera av grunderna interagerar med varandra på ett sätt som gör de oskiljbara och utsätter personen för särskilda nackdelar. Under avsnittet ”Implementation at the national level” skriver CRPD-kommittén att staterna ska vidta särskilda åtgärder för att skapa en inkluderande jämlikhet, särskilt för personer som utsätts för intersektionell diskriminering och utpekar äldre personer som en av fem grupper.²⁹

Det första stycket i artikel 5 fastställer att staterna inte får ha lagar som är diskriminerande medan det andra stycket fastställer att staterna måste ha medel för att arbeta med diskriminering, exempelvis genom en diskrimineringslag. Artikelns tredje stycke fastställer att stater måste vidta åtgärder när ett hinder för en enskild uppstår och fjärde stycket framför att åtgärder som är nödvändiga för att på lång sikt uppnå jämlikhet inte är att se som diskriminerande, varför viss positiv särbehandling tillåts.

²⁵ General Comment no. 6, p. 4.

²⁶ General Comment no. 6, p. 7.

²⁷ General Comment no. 6, p. 16.

²⁸ Preambeln ska användas för att ge kontexten som konventionens innehåll ska tolkas i, se artikel 32 VCLT.

²⁹ General Comment no. 6, p. 73 (o).

Artikel 5(1)

Artikelns första stycket kan brytas ner i fem delar:

1. all persons are equal before ... the law
2. all persons are equal ... under the law
3. and are entitled without discrimination
4. to the equal protection
5. and equal benefit of the law.

All persons are equal before the law

Att vara lika inför lagen ger uttryck för formell rättvisa och innebär att lika fall ska behandlas lika av rättstillämparen. Genom att sätta upp krav på formell rättvisa får lagens tillämpning inte ske på ett diskriminerande eller godtyckligt sätt. Formuleringen ställer inte upp krav på att lagens innehåll ska vara icke-diskriminerande eller jämlikt.

All persons are equal under the law

Att personer är ”equal under the law” innebär att alla ska ha samma möjligheter att använda sig av lagen för att få samma förmåner (*to your own personal benefit*).³⁰ ”Equal under the law” är ett uttryck som inte förekommer i andra internationella mänskliga rättigheter-traktat eller konventioner. Lynn Corsi hänvisar till CRPD-kommitténs first draft till General Comment No. 5 och skriver:

”‘being equal under the law’ refers to the substance of the law as such. The law itself shall be equal in the sense that all groups of a given society are treated fairly under the law, that the legal standards are the same for all to whom they apply and that all persons in a given jurisdiction are included.”³¹

Stycket bekräftas i General Comment No. 6.³² *Equality before the law* säger alltså att lagen ska tillämpas på ett rättvist och korrekt sätt, formell rättvisa, och av *equality under the law* följer att innehållet i lagen ska vara rättvist, det vill säga fastställer materiell rättvisa. Alla personer med funktionsnedsättningar ska få möjlighet att ta del av lagens förmåner och att standarden,

³⁰ General Comment No. 6, p. 14.

³¹ Lynn Corsi (2018), s. 14.

³² General Comment No. 6, p. 14.

stödet eller tjänsterna som lagen erbjuder gäller för alla inom gruppen. En förmån under lagen är till exempel möjligheten att erhålla personlig assistans.

Equal protection ... of the law

CRPD-kommittén skriver att formuleringen används för att kräva att de nationella lagstiftarna avstår från att upprätthålla, eller etablera ny, diskriminering mot personer med funktionsnedsättningar när det stiftas nya lagar, föreskrifter, policys osv.³³

Equal benefit of the law

Att ha rätt till samma förmåner enligt lagen hänger nära ihop med att vara lika under lagen. Stadgandet om lika förmåner av lagen vill tillförsäkra lika möjligheter för alla personer och säger att stater måste eliminera hinder för att få tillgång till skyddet av lagen och förmånerna den ger.³⁴ Lynn Corsi skriver att formuleringen ”equal benefit of the law” ytterligare utvidgar de faktiska och positiva förpliktelserna som faller på staten. Att staten måste vidta åtgärder för att personer med funktionsnedsättningar faktiskt ska få ta del av de förmåner som lagen säger att de har rätt till för att skapa samma värde för personer med funktionsnedsättningar som det värde som finns för andra.

Artikel 5(1) säger alltså att alla personer med funktionsnedsättningar har rätt till samma förmåner och skydd av lagen utan diskriminering.

Artikel 5(2)

Artikeln andra stycke säger att staterna måste förbjuda all typ av diskriminering och innehåller på så sätt förpliktelser för lagstiftaren att vidta åtgärder för att ha medel att arbeta mot diskriminering, exempelvis genom en diskrimineringslag.³⁵

Artikel 5(2) måste läsas tillsammans med artikel 2 där ”diskriminering på grund av funktionsnedsättning” definieras. Centralt i definitionen är uttrycket ”på lika villkor som alla andra” (*on an equal basis with others*) vilket inte bara lägger grunden för definitionen av diskriminering utan genomsyrar hela CRPD.³⁶ ”På lika villkor som andra” betyder å ena sidan

³³ General Comment No. 6, p. 16.

³⁴ General Comment No. 6, p. 16.

³⁵ General Comment No. 6, p. 17

³⁶ General Comment No. 6, p. 17.

att personer med funktionsnedsättningar inte har rätt till varken fler eller färre rättigheter eller förmåner än resterande befolkning, å andra sidan ställer formuleringen krav på staterna att vidta specifika åtgärder för att de facto skapa jämlikhet för personer med funktionsnedsättningar så att de faktiskt kan åtnjuta sina rättigheter och förmåner.³⁷

Skyddet mot diskriminering innefattar diskriminering på alla grunder och omfattar därför alla typer av diskriminering (direkt, indirekt, trakasserier och bristande skälig anpassning)³⁸, alla diskrimineringsgrunder och hänsyn måste tas till överlappandet mellan grunderna som skapar intersektionell diskriminering.³⁹

Artikel 5(3)

Att vidta skälig anpassning ("reasonable accommodation") är för staten en omedelbar förpliktelse inneboende i förbudet mot diskriminering och innebär att när ett hinder uppstår för en person med funktionsnedsättning ska staten vidta åtgärder för att få bort hindret och på så sätt inte skapa en diskriminerande situation för personen. "Reasonable", eller skälig, ska inte ses som en begränsning i kostnaden för anpassningen utan hänvisar till effektiviteten av åtgärden.⁴⁰

CPRD-kommittén skriver att statens förpliktelser ligger i att identifiera och ta bort hinder som påverkar en person med funktionsnedsättningar vilket ska ske i dialog med personen. Staten ska

1. utreda om hindret är i lagen eller i utövandet av lagen
2. utreda om anpassningen är lämplig (nödvändig, relevant) och effektiv i att upprätthålla rättigheten i fråga
3. utreda om åtgärden innebär en oproportionerlig eller orimlig börda på staten.⁴¹

Det sista steget är alltså vad som begränsar rättigheten: skyldighet att omedelbart säkerställa och vidta skälig anpassning sträcker sig enbart så långt som att statens handling inte får innebära en "disproportionate or undue burden" för staten. Kravet eller förfrågan om skälig anpassning får inte innebära en oproportionerlig eller orimlig börda på staten eller för den

³⁷ General Comment No. 6, p. 17.

³⁸ General Comment No 6, p. 18.

³⁹ General Comment No 6, p. 21.

⁴⁰ General Comment No. 6, p. 26.

⁴¹ General Comment No. 6, p. 26 (a-d).

privata aktören som måste vidta den. För att göra bedömningen av om en åtgärd är oproportionerlig eller orimlig ska staten jämföra åtgärden/medlet och målet.⁴²

Artikel 5(4)

I stycket stadgas att särskilda åtgärder som är nödvändiga för att påskynda eller uppnå faktiskt jämlikhet ska inte anses vara diskriminerande. Den skapar en möjlighet till positiv särbehandling och möjliggör att personer med funktionsnedsättningar kan erbjudas förmåner som inte alla får.

Artikel 4 i relation till artikel 5

Artikel 4 fastställer som sagt statens förpliktelser för att verkställa konventionens rättigheter. CRPD-kommittén skriver att icke-diskriminering är en ”cross-cutting obligations of immediate realization” och är inte föremål för progressivt verkställande.⁴³ Att få bort diskriminering är alltså en omedelbar förpliktelse för staten.

2.2.3 Artikel 19 och 5 tillsammans

Genom lydelsen att alla har rätt till de rättigheter som artikel 19 ställer upp återspeglas och bekräftas principen om och rättigheten till icke-diskriminering. Artikel 19 ger rätt till förmåner för den enskilde (bland annat personlig assistans) och genom att läsa artikeln tillsammans med artikel 5 kan man återigen se att alla ska ha samma rätt till förmånen, *equal under the law*. CRPD-kommittén understryker vikten av att de riktlinjer för stödberättigande som berör de rättigheter som följer av artikel 19 är icke-diskriminerande och objektiva.⁴⁴ CRPD-kommittén fastställer också att artikel 19 har en tydlig intersektionell karaktär.⁴⁵ Det går alltså att se att artiklarna 19 och 5 har ett nära samband och är relevanta att löpande behandla tillsammans.

De rättigheter som följer av artikel 19 ämnar i stor utsträckning till att motverka institutionalisering. Att villkora stöd mot att personer med funktionsnedsättningar tvingas, direkt eller indirekt, institutionaliseras utgör diskriminering på grund av funktionsnedsättning.⁴⁶ Vidare är icke-diskriminering en oerhört betydelsefull aspekt när det rör tillgången till och mottagandet av olika stödformer. Riktlinjerna och kraven för tillgång till

⁴² General Comment No. 6, p. 26 (d).

⁴³ General Comment No. 6, p. 12.

⁴⁴ General Comment No. 5, p. 71.

⁴⁵ General Comment No. 5, p. 6.

⁴⁶ General Comment No. 6, p. 57.

stöd som följer av artikel 19 ska som sagt vara icke-diskriminerande och objektiva och CRPD-kommittén poängterar att bedömningen ska utgå från behoven hos den berörda personen istället för funktionsnedsättningen. Här poängterar även kommittén att tillhandahållandet av särskilt stöd för personer med funktionsnedsättningar, utifrån de specifika omständigheter som personen i fråga befinner sig i och i enlighet med deras behov, inte ska anses utgöra diskriminering.⁴⁷

2.2.4 Svensk lag i förhållande till CRPD

Det är otvivelaktigt att det förevarande typfallet knyter an till och aktualiserar flera av CRPD:s mest betydelsefulla principer – inte minst självbestämmande, valfrihet och oberoende samt icke-diskriminering. Utifrån omständigheterna i typfallet framgår att personen ansökt om, men nekats personlig assistans mot bakgrund av att hen är över 65 år.

Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) är den inhemska lagstiftning som reglerar rätten till personlig assistans, se bland annat 9 § 2 p. Vad personlig assistans innebär enligt svensk lag framgår mer i detalj av 9 a §: personlig assistans är ”personligt utformat stöd som ges av ett begränsat antal personer åt den som på grund av stora och varaktiga funktionshinder behöver hjälp” med så kallade grundläggande behov, bland annat nämns hjälp med andning, personlig hygien och måltider. Av andra stycket framgår att den som har behov av personlig assistans för sina grundläggande behov även har rätt till personlig assistans för ”andra personliga behov om behoven inte tillgodoses på annat sätt.” Redan här finns en tydlig skillnad från den rätt som följer av CRPD, då rätten till personlig assistans enligt LSS är villkorad i flera led. Inledningsvis krävs det att personen i fråga omfattas av personkretsen för LSS, se 1 §. Vidare krävs det att personen i fråga en stor och varaktig funktionsnedsättning. För att därutöver beviljas personlig assistans för personliga behov krävs det dels att personen i fråga beviljats personlig assistans för grundläggande behov, dels att behoven inte kan tillgodoses på annat sätt. Enligt artikel 19(b) begränsas rätten till personlig assistans endast av att den “ska vara nödvändig för att stödja boende och deltagande i samhällsgemenskapen och för att förhindra isolering och avskildhet från samhällsgemenskapen”.

Vidare måste understrykas, den för fallet kanske viktigaste aspekten, att LSS innehåller en åldersbegränsning om 65 år. Denna begränsning innebär att de som inte fått personlig assistans

⁴⁷ General Comment No. 5, p. 71.

beviljat innan de fyllt 65 år inte har rätt till stödformen. En eventuell ansökan om personlig assistans måste således vara inlämnad innan personen i fråga fyllt 65. Begränsningen innebär även att beviljad personlig assistans inte kommer att utökas, även om utökade behov uppstår, efter det att en person som beviljats assistans fyllt 65 år, se 9 b § LSS. Istället blir dessa personer hänvisade till andra typer av stödformer, såsom exempelvis hemtjänst enligt socialtjänstlagen (2001:453, SoL) och ledsagning enligt 9 § 3p. LSS (huruvida hemtjänst och ledsagning kan uppnå syftena med artikel 19 kommer diskuteras i 2.3.2 nedan).

Då förmånerna att söka personlig assistans och att få sin personliga assistans utökad inte erbjuds till alla, med hänsyn till åldersbegränsningen, finns det onekligen en diskriminerande aspekt i bestämmelsen i LSS. Kriterierna för stödberättigande gör här en klar distinktion mellan olika ålderskategorier, och står således i strid med det faktum att sådana kriterier ska vara definierade på ett icke-diskriminerande sätt enligt CRPD, samt att alla ska ha samma rätt under lagen (*equal under the law*) och få tillgång till samma förmåner. Vid ratificeringen angav Sverige att man ”utan lagändringar kan ställa sig bakom kraven i artikel 19”.⁴⁸ Artikel 4.1 blir nödvändig att ta i beaktning i sammanhanget. Artikeln stadgar bland annat att stater åtar sig att dels ”vidta alla ändamålsenliga lagstiftningsåtgärder, administrativa och andra åtgärder för att uppfylla de rättigheter som erkänns i denna konvention”, dels att ”vidta alla ändamålsenliga åtgärder, däribland lagstiftning, för att modifiera eller avskaffa gällande lagar, bestämmelser, sedvänjor och bruk som är diskriminerande”⁴⁹. Mot bakgrund av det statsansvar som konventionsstaterna åläggs enligt artikel 4, torde Sveriges icke-agerande – vid ratificeringen men även därefter – starkt kunna ifrågasättas.

2.3 Missgynnande

I CRPD har personlig assistans en särställning i och med lydelsen ”persons with disabilities have access to a range of [...] services, including personal assistance”, just för att det är personlig assistans som särskilt ger stöd till en person att åtnjuta rätten till att leva självständigt och självbestämt i samhällsgemenskapen. Att inte få rätt till personlig assistans innebär därför ett missgynnande för personen.

⁴⁸ Prop. 2008/09:28 s. 52.

⁴⁹ Författarnas understrykning.

Med utgångspunkt i rättsgrundsatsen *lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika* kan man hitta två argument för staten att peka på att ett missgynnande inte har skett:

1. *olika fall ska behandlas olika* – äldre personer är inte lika aktiva som yngre personer och behöver därför inte samma stöd, äldre får det stöd som passar deras ålder och har på så sätt inte missgynnats
2. *lika fall ska behandlas lika* – genom att personer över 65 ges tillgång till hemtjänst och ledsagning får de ett stöd likvärdigt personlig assistans, varför de inte missgynnas

2.3.1 Olika fall ska behandlas olika

Detta avsnitt behandlar omständigheterna i fallet utifrån den ovan presenterade rättsgrundsatsen *olika fall ska behandlas olika*, något som i detta fall kan speglas i en uppfattning av att äldre och yngre personer med funktionsnedsättningar utgör två olika grupper. Synsätt som aktualiseras här är att äldre är mindre aktiva än yngre, varför de dels inte behöver samma typ av stöd, dels att det stöd som de istället tillhandahålls är bättre lämpat. Vi argumenterar för att åldersbegränsningen i LSS står i strid med denna rättsgrundsats, vilket följaktligen resulterar i att lika fall behandlas olika.

Vid LSS tillkomst motiverades den avgränsning av personkretsen som åldersbegränsningen innebär främst av samhällsekonomiska skäl. Det ansågs viktigt att skilja på behov som uppstått till följd av medfödda eller förvärvade funktionsnedsättningar av bestående art, och de behov som endast kunde hänföras till vanligt åldrande. Valet föll då på att införa ett övre ålderstak, och man framförde att rättighetslagstiftningen således endast skulle omfatta de i arbetsför ålder.⁵⁰

Åldersbegränsningen speglar en uppfattning om att äldre med funktionsnedsättningar utgör en distinkt grupp som kan särskiljas från yngre med funktionsnedsättningar. Argument för att rättfärdiga bestämmelsen skulle kunna vara att äldre inte är lika aktiva som yngre, och att de därför inte behöver samma typ av stöd. Vidare skulle det kunna argumenteras för att det stöd som istället erbjuds äldre med funktionsnedsättningar, ledsagning och hemtjänst, är ett mer lämpligt stöd för äldre.

⁵⁰ Prop. 1992/93:159, s. 64.

Åldersgränser kan otvivelaktigt användas som ett sätt att tillförsäkra människor ett socialt skyddsnet och en viss levnadsstandard, men i LSS fall används det för att utesluta en viss åldersgrupp.⁵¹ Detta kan ses i ljuset av kommitténs uttalande om att tillhandahållandet av särskilt stöd för personer med funktionsnedsättningar, utifrån de specifika omständigheter som personen i fråga befinner sig i och i enlighet med deras behov, inte ska anses utgöra diskriminering (se avsnitt 2.2.3). Vad gäller 65-årsregeln rör det sig dock inte om ett särskilt utformat stöd för äldre personer med funktionsnedsättning, vilket mot bakgrund av uttalandet inte nödvändigtvis skulle anses vara diskriminerande, utan det rör sig istället om att denna grupp fräntas möjligheten att ansöka om personlig assistans.

Åldersbegränsningen ger även uttryck för en förlegad syn på äldre och kan ses som en grov – och mycket problematisk – generalisering av vilken typ av tillvaro äldre vill och är kapabla till att upprätthålla. Att anse att människor vid 65-årsåldern automatiskt gör avkall på att leva ett aktivt liv och delta i samhället är onekligen onyanserat. Sådana attityder och förutfattade meningar om äldre kallas ibland ålderism, och har definierats som ”negativa och positiva stereotyper, fördomar och/eller diskriminering mot (eller till fördel för) äldre människor på grund av deras kronologiska ålder eller på grund av att de uppfattas som ”gamla” eller ”äldre”.⁵² Ålderism bidrar många gånger till ett paternalistiskt förhållningssätt gentemot äldre inom lagstiftningsområdet, vilket ofta skapar en motsättning mellan mer liberala värderingar så som individuellt självbestämmande och individuell valfrihet.⁵³ Detta blir särskilt tydligt i förhållande till åldersbegränsningen i LSS, vilken varken möjliggör självbestämmande eller valfrihet för äldre. Detta kan beaktas i ljuset av att CRPD-kommittén har uttryckt att *alla* personer med funktionsnedsättningar ska vara fria att välja att vara aktiva.⁵⁴

Autonomi är inte oproblematiskt i förhållande till äldre. Den så kallade sårbarhetsteorin⁵⁵ utgår ifrån att alla samhällsmedborgare är mer eller mindre sårbara, varför det krävs samhälleliga skyddsmekanismer i det fall hjälpbehov – både kortsiktiga och långsiktiga – uppstår. Fokus bör enligt denna teori ligga på att skapa skydd mot olika typer av sårbarhet, genom exempelvis samhällstjänster eller institutioner, i stället för att dela in människor i olika kategoriseringar.⁵⁶

⁵¹ Mattson, Numhauser-Henning (2017), s. 20-21.

⁵² Iversen, Larsen och Solem (2009), s. 2.

⁵³ Mattson, Numhauser-Henning (2017), s. 22.

⁵⁴ General Comment No. 5, p. 22.

⁵⁵ Mattsson, Numhauser-Henning (2017), s. 23.

⁵⁶ Mattson, Numhauser-Henning (2017), s. 23.

Att exkludera personer över 65 från rätten till personlig assistans bidrar inte till att skapa skydd mot olika typer av sårbarhet, utan det fråntar dem rätten att välja och ansöka om en specifik stödform.

I paragraf (p) i CRPD:s preambel adresseras intersektionell diskriminering, det vill säga de fall där flera olika diskrimineringsgrunder aktualiseras samtidigt. Paragrafen syftar till att frångå och bemöta en förenklad syn på diskriminering, genom vilken endast en grund tas i beaktande. Den åsyftar även till att uppmärksamma den särskilda utsatthet som kan uppstå till följd av intersektionell diskriminering.⁵⁷ I förevarande fall, vilket aktualiserar aspekter kopplade till både ålder och funktionsnedsättning, blir detta särskilt viktigt att ta hänsyn till. Ålder utgör en explicit diskrimineringsgrund i nämnda paragraf. Preambeln är inte bindande men ska vara vägledande i tolkningen av artiklarna, och åldersbegränsningen knyter även an till flera av CRPD:s grundläggande principer – inte minst rätten till valfrihet och självbestämmande. Genom den åtskillnad som bestämmelsen gör mellan yngre och äldre, framträder en uppfattning om att äldres rätt till valfrihet och självbestämmande skulle vara mindre värd.

Mot bakgrund av ovan blir det, vad gäller rätten till personlig assistans, problematiskt att betrakta äldre med funktionsnedsättningar som en grupp skild från yngre med funktionsnedsättningar. Klart står att det endast är personer med funktionsnedsättningar som är i behov av personlig assistans, och att särskilja äldre och sedermera exkludera dem från denna rättighet bidrar onekligen till att skapa en än mer utsatt grupp. Detta då förfarandet leder till intersektionell diskriminering. Resultatet blir således att *lika fall behandlas olika*.

2.3.2 Lika fall ska behandlas lika

Till skillnad från föregående avsnitt undersöker detta avsnitt omständigheterna i fallet utifrån rättsgrundsatsen lika fall ska behandlas lika, på grunden att äldre är att se som lika fall i förhållande till andra och behandlas lika genom att erbjudas hemtjänst och ledsagning. Vi argumenterar för att hemtjänst och ledsagning inte är likvärdigt personlig assistans och att lika fall därför behandlas olika.

Grundläggande principer i CRPD är likt tidigare nämnt individuellt självbestämmande, individers frihet att göra självständiga val samt individuellt oberoende (3 (a)) och fullständigt

⁵⁷ Lord (2018), p. 18-19.

och faktiskt deltagande i samhället (3 (c)). Genom personlig assistans och de kriterier för personlig assistans som kommittén ställer upp upprätthålls dessa principer. Likt tidigare redogjort för under avsnitt 2.2.1, paragraf (b), finns det tre aspekter att beakta för att avgöra om den assistans som ges lever upp till de krav som artikel 19 (b) ställer på stödformen: den assistans som ges ska inte kosta för personen; personen leder assistansen och vad assistansen omfattar samt; personen ska själv få bestämma i vilken utsträckning hen vill ha kontroll över assistansen.

Personlig assistans som ges genom LSS lever i huvudsak upp till dessa aspekter. En person som är äldre än 65 år kan dock inte söka personlig assistans eller söka utökad assistans om nya behov av hjälp uppstår. Istället behöver personen vända sig till hemtjänst och ledsagarservice för att få stöd för sina behov.⁵⁸ Det finns väsentliga skillnader mellan stödet som ges genom SoL och LSS. Bistånd genom SoL ska hjälpa personen att uppnå *skälig levnadsnivå*, se 4 kap 1 § SoL medan stödet genom LSS ska möjliggöra för personen att leva under *goda levnadsvillkor* och delta på samma villkor som andra. LSS är också en rättighetslagstiftning. Det gör det mer förmånligt för en person att beviljas stöd genom LSS, än genom SoL.

Hemtjänsten som erbjuds idag är stöd för behov kopplade till hemmet, som väckning, matlagning och förflyttning i hemmet. Hemtjänstens utformning ger ingen möjlighet för personen med funktionsnedsättning att själv besluta om tid, utformning eller omfattning för stödet. En person med hemtjänst kan inte alltid själv bestämma när hemtjänsten ska komma eller vad hemtjänsten ska göra just då. Detta är en begränsning av principen om individuellt självbestämmande och individens frihet att göra självständiga val i artikel 3 (a). Hemtjänsten ger inte heller stöd för att ta sig ut och delta i samhällsgemenskapen, en rätt skyddad av artikel 19.

Om man inte kan ta sig ut själv kan ledsagning erbjudas. Ledsagning syftar till att bryta den isolering som kan uppstå vid (omfattande) funktionsnedsättning och ska ge stöd för att personer med funktionsnedsättning ska kunna ta sig ut bland människor.⁵⁹ Ledsagarservicen har alltså ett syfte i linje med artikel 19 (b). Men när ledsagning ges som punktinsatser och vid begränsade tillfällen skapar ledsagningen inte ett fullständigt och faktiskt deltagande i

⁵⁸ När personen faller utanför LSS ges stöd genom SoL där hemtjänst är en form av bistånd, se 4 kap. Ledsagning hanteras i 9 § 3p. LSS.

⁵⁹ Prop. 1992/93:159, s. 74.

samhället, inskränker den grundläggande principen i artikel 3 (c) och förhindrar inte isolering och avskildhet på det sätt som krävs för att upprätthålla artikel 19 (b). Utan stöd för att ta sig ut i samhället kapas förutsättningarna att åtnjuta andra av konventionens garanterade rättigheter, som att delta i det politiska och offentliga livet (artikel 29) och att få delta i kulturliv, rekreation, fritidsverksamhet och idrott (artikel 30).

Relevant är även det faktum att hemtjänst faller in under SoL, varför kommunen får ta ut avgifter för tillhandahållandet av stödformen. Mot bakgrund av CRPD-kommitténs uttalande om att personlig assistans inte ska belasta assistanstagaren ekonomiskt blir det således svårt att argumentera för att hemtjänst uppfyller de krav som ställs på personlig assistans enligt konventionen.

Personlig assistans skapar en situation där personer med funktionsnedsättningar själv kan bestämma över sin tid och sitt liv: när, hur och var hen vill vakna, somna, äta, ta sig ut och allt annat som innefattas i att leva ett självständigt liv och ger förutsättningar för inkludering och deltagande i samhällsgemenskapen. Hemtjänst och ledsagning ger inte dessa möjligheter, lever inte upp till kriterierna till artikel 19 och innebär inte en jämförbar åtgärd. För personen i fråga uppstår ett tydligt missgynnande.

Genom att inte ge möjlighet till personlig assistans för personer över 65 behandlas lika fall olika. Det finns alltså ett tydligt missgynnande för personer över 65 år. De har en vilja samt intresse, och genom CRPD en rätt till, att delta i samhället på jämlika villkor som alla andra.

Diskussionen ovan om hemtjänst och ledsagning blir relevant för personen i det berörda fallet. Hen har bara hemtjänst och 30 timmar ledsagning i månaden vilket gör att hen blir avskärmd från möjligheter till ett aktivt deltagande i samhällsgemenskapen. Med 30 timmars ledsagning måste hen prioritera nödvändiga ärenden, som läkarbesök och apoteket och kan inte vara en del av allt det andra hen vill. Personen vill delta i det politiska livet och har en omedelbar rättighet att få göra så. Särskilt allvarligt blir missgynnandet av att det är en person i en redan utsatt situation som inte kan delta politiskt; om hen har ett extra stort behov av att använda sina politiska och medborgerliga rättigheter för att föra en kamp för att förändra sin situation. Bestämmelsernas utformning som de ser ut idag innebär därmed inte bara ett missgynnande för gruppen äldre än 65 år i stort utan även ett direkt missgynnande för personen i fråga.

2.4 Otillbörligt missgynnande

Vi har nu konstaterat att det sker ett missgynnande för personen. För att ett missgynnande sedermera ska anses vara otillbörligt, krävs det att staten inte kan rättfärdiga bestämmelsen i fråga. I CRPD framgår det inte uttryckligen huruvida diskriminerande bestämmelser kan rättfärdigas under vissa omständigheter, men genom att läsa CRPD i ljuset av andra konventioner om mänskliga rättigheter, CRPD-kommitténs uttalanden och förarbetena till konventionen finns det starka argument för att de behandlingar/bestämmelser som strävar efter ett legitimt mål och är baserade på ”objektiva och rimliga kriterier” (eng. *objective and reasonable criteria*) inte nödvändigtvis bryter mot förbudet mot diskriminering i konventionen.⁶⁰

I kapitlet om EKMR tydliggörs att Europadomstolen har en strukturerad metod för hur de gör bedömningar om rättfärdigande av inskränkning från statens håll.⁶¹ Så är dock inte fallet hos FN-kommittéerna: de har varken en enhetlig eller en strukturerad metod, vilket har identifierats och undersökts av bland annat Anna Nilsson.⁶² Mot bakgrund av denna problematik har Nilsson ställt upp en metod, vilken följande avsnitt tar avstamp i, med målsättningen att tillförsäkra att alla relevanta aspekter tas i beaktan. Metoden undersöker huruvida staten har ett legitimt mål med den aktuella bestämmelsen och huruvida bestämmelsen bygger på objektiva och relevanta kriterier. I den sistnämnda delen ingår en proportionalitetsbedömning.

Legitimt mål

Som ovan nämnt krävs det att bestämmelsen i fråga strävar efter ett legitimt mål och är baserat på objektiva och rimliga kriterier för att kunna rättfärdigas och inte vara diskriminerande. Vad som ansetts utgöra legitima mål inom internationell rätt har varierat, bland annat har det ansetts omfatta skydd för nationell säkerhet,⁶³ arbetstagares säkerhet,⁶⁴ folkhälsa,⁶⁵ allmän ordning⁶⁶

⁶⁰ Nilsson (2017), s. 464-5.

⁶¹ Se avsnitt 3.4.

⁶² Se exempelvis Anna Nilssons artikel *Objective and Reasonable* (2014) och hennes avhandling *Minding Equality* (2017). Hänvisning sker löpande i följande avsnitt.

⁶³ HRC, *Mauritian Women and 19 Others v Mauritius* (35/1978), p. 9.2.

⁶⁴ HRC, *Bhinder v Canada* (208/1986), p. 6.2.

⁶⁵ HRC, *Irina Fedotova v The Russian Federation* (1932/2010), p. 10.6.

⁶⁶ HRC, *Wackenheim v France* (854/1999), p. 7.4.

och tryggheten för andra.⁶⁷ I breda drag kan ett legitimt mål anses vara ett mål som är samstämmigt med den berörda traktatens mål, bestämmelser och ändamål.⁶⁸

Anledningen till att begränsa personkretsen för personlig assistans till personer under 65 år bygger på statsfinansiella/ekonomiska skäl. Vid införandet av LSS ansåg staten att de inte hade råd att erbjuda personlig assistans till alla och på den grunden infördes bestämmelsen. Den historiska kontexten erbjuder dock delvis en förklaring till bestämmelsens tillkomst; när LSS infördes 1994 fanns varken CRPD eller diskrimineringslagen och mycket pekar på att man inte såg på åldersdiskriminering på samma sätt som man gör idag. Därutöver infördes lagen i svallvågorna av en lågkonjunktur och trots att personlig assistans förväntades medföra ökade samhällsliga kostnader, ansågs det vara påkallat att även i svåra tider finna utrymme för förbättringar för de mest utsatta.⁶⁹ Det visade sig tidigt att personlig assistans var än mer kostnadskrävande än vad som inledningsvis hade uppskattats,⁷⁰ och genom en lagändring 1996 begränsades rättigheten personlig assistans. Därpå följde ytterligare lagändringar och modifieringar av inskränkande karaktär.⁷¹ Under 2001 utvecklades rätten så att personer numera har rätt att behålla sin personliga assistans som de uppburit innan 65 års ålder. Någon vidare utveckling har dock inte skett.

Den svenska statens mål med 65-årsregeln är således ekonomiska och budgetrelaterade. Självbestämmande över statliga medel följer av suveränitetsprincipen och utgör en nödvändighet för att styra en stat. Att en stat genom en bestämmelse avser att värna sin ekonomi bör därför anses utgöra ett legitimt mål.

Objektiva och rimliga kriterier

Utöver att en diskriminerande bestämmelse ska ha ett legitimt mål, krävs för att den ska kunna godtas att den är grundad på objektiva och rimliga kriterier. Det innebär att den nationella lagen måste bidra till det legitima målet och vara rimligt.⁷² Olika FN-kommittéer har oftast gjort sina bedömningar huruvida en lag har ett legitimt mål eller ej på ett tydligt sätt. De har dock inte lika tydligt definierat vad som utgör en rimlig åtgärd eller hur en rimlig åtgärd kan skiljas från

⁶⁷ HRC, *Somers v Hungary* (566/1993), p. 9.8.

⁶⁸ Nilsson (2014), s. 463; Nilsson (2017), s. 80.

⁶⁹ Prop. 1992/93:159, s. 43; SOU 1991:46.

⁷⁰ Larsson (2008), s. 158

⁷¹ Larsson (2008), s. 172.

⁷² Nilsson (2017), s. 80.

en orimlig. Vad som är tydligt är att många aspekter spelar in i bedömningen.⁷³ En viktig aspekt är effekten av åtgärden, varför lagar som har väldigt allvarliga konsekvenser för de berörda ses sällan som rimliga.⁷⁴ Ett mål där CRPD-kommittén har ansett en lag vara orimlig är i fallet *H.M. v. Sweden*, där de ansåg att den svenska lagen vilken hindrade en person från att bygga en pool inomhus var orimlig eftersom det skapade för stora konsekvenser för personen som följaktligen inte skulle kunna bo kvar hemma.⁷⁵

Vad som står klart är att FN-kommittéerna har visat en enhetlig motvilja till att godkänna bestämmelser som skapar olika behandling eller olika förmåner till en grupp baserat på en förbjuden diskrimineringsgrund, vilken således utgör direkt diskriminering. I sådana fall räcker det inte bara för staten att visa att begränsningen bidrar till målet, utan staten måste också visa varför skillnaden mellan olika grupper är relevant för att uppnå det eftersträvade målet.⁷⁶ Human Rights Committee har i ett mål som berör en bestämmelse med olika regler baserat på kön sagt att om målet rör en förbjuden diskrimineringsgrund placeras en tung börda (*heavy burden*) på staten att förklara varför skillnaden görs.⁷⁷ Att staten får en tung börda på sig kan förstås på två olika sätt: att ogynnsam behandling på grund av en diskrimineringsgrund bidrar sällan till ett legitimt mål och är ofta orimliga *alternativt* att rättighetsinskränkningar baserat på diskriminerande grunder är värre än inskränkningar baserat på andra grunder.⁷⁸

Det torde stå klart att åtskillnader som är fullkomligt irrelevanta inte godtas, liksom olika behandlingar som grundar sig på fördomar eller generaliseringar utan någon slags vetenskaplig förankring.⁷⁹

Olika FN-organ hänvisar i vissa fall till att det i slutändan ska göras en proportionalitetsbedömning när man ser på om en bestämmelse kan rättfärdigas eller inte. Det framgår dock inte tydligt om proportionalitet ska ses som ett verktyg för att resonera kring vad som är rimligt, eller om det ska ses om ett eget steg i en bedömning.⁸⁰ Vi har valt att se proportionalitetsbedömningen som ett verktyg.

⁷³ Nilsson (2017), s. 81.

⁷⁴ Nilsson (2017), s. 81.

⁷⁵ CRPD Committee, *H.M. v. Sweden*, p. 9.8.

⁷⁶ Nilsson (2014), s. 465–6; Nilsson (2017), s. 82.

⁷⁷ HRC, *Müller and Engelhard v. Namibia*, p. 6.7.

⁷⁸ Nilsson (2017), s. 83.

⁷⁹ Nilsson (2014), s. 465–6.

⁸⁰ Nilsson (2014), s. 85.

En vanlig proportionalitetsbedömning⁸¹ utgår från följande fyra frågor:

1. Har lagen i fråga ett legitimt mål?
2. Är åtgärderna som vidtas relevanta för att nå målet?
3. Är åtgärderna nödvändiga för att uppnå målet? / Gör bestämmelsen ett så litet intrång som möjligt i jämförelse med andra lika effektiva åtgärder?
4. Väger de positiva effekterna över vid en sammanvägning av de positiva och negativa effekterna?

Om svaret är jakande på alla fyra är inskränkningen/diskrimineringen proportionerlig.⁸² Som tidigare nämnt saknar FN-kommittéerna en enhetlig metod för hur proportionalitetsbedömningen görs, och beroende på vilka frågor som behandlas tar bedömningen olika uttryck. Nedan tar vi utgångspunkt i att 65-årsregeln är diskriminerande i förhållande till artikel 5(1), det vill säga likhet under lagen, samt missgynnandet på grund av det. Detta gör att bedömningen och upplägget skiljer sig åt från det som CRPD-kommittén använder i exempelvis deras senaste bedömning *R.S. v. Sweden*, där fokus istället ligger på skälig anpassning (*reasonable accomodation*) i artikel 5(3).

När en proportionalitetsbedömning görs i förhållande till omständigheter som kan utgöra diskriminering, blir det utöver listan ovan även relevant att se på om staten kan upprätthålla en konsekvent argumentation och om bestämmelsen kan leda till stigmatisering eller exkludering av gruppen och personen som blir subjekt för diskrimineringen.⁸³

Om man ser till proportionalitetsbedömningen ovan har den första frågan besvarats i ovanstående avsnitt. Där har konstaterats att åldersbegränsningen, då den grundar sig på ekonomiska skäl, har ett legitimt mål. Nedan berörs således 65-årsregeln i ljuset att fråga två till fyra, i syfte att klargöra huruvida bestämmelsen är att betrakta som rimlig eller ej.

Det torde stå klart att åldersbegränsningen kan bidra till att spara pengar å statens vägnar. Således är bestämmelsen *relevant* för att uppnå målet. Nästa steg blir att beakta huruvida

⁸¹ Proportionalitetsbedömningar sker som ni vet inte enbart i denna kontext. Anna Nilsson har i *Objective and Reasonable* sammanställt dessa fyra kriterier för att presentera en vanlig proportionalitetsbedömning.

⁸² Nilsson (2014), s. 468.

⁸³ Föreläsning med Nilsson 2020-10-15; se även Nilsson *Compulsory mental health interventions and the CRPD: Minding equality*, s. 166ff. som publiceras 2021.

åldersbegränsningen är *nödvändig* för att uppnå målet (det vill säga värna den statliga ekonomin), samt om det innebär ett så litet intrång som möjligt i jämförelse med andra lika effektiva åtgärder. För att avgöra huruvida åldersbegränsningen är nödvändig blir det väsentligt att utreda till vilken grad den bidrar till det uttalade målet, detta för att kunna utvärdera alternativa åtgärder som når målet på en likvärdig nivå.⁸⁴ Frågan som behövs utredas är således om det finns en alternativ åtgärd som skulle resultera i liknande ekonomiska besparingar för staten men vara mindre inskränkande för individen. En fördel vad gäller mål som är relaterade till ekonomiska aspekter är besparingar faktiskt går att kvantifiera. Det är otvivelaktigt att genom att exkludera en grupp, utan någon slags prövning, från rätten till personlig assistans kommer de statliga kostnaderna hänförliga till stödformen minska. Det blir dock svårt att påvisa vilken alternativ åtgärd som skulle kunna uppnå liknande mål för staten, då en ekonomisk omfördelning eller en annan typ av begränsning av personkretsen riskerar att ha en negativ inverkan och vara av inskränkande karaktär för en annan grupp av individer. Det kan således bli svårt att argumentera emot att åldersbegränsningen klassificeras som *nödvändig*.

Avgörande blir således att se till huruvida de positiva effekterna av bestämmelsen väger över vid en *sammanvägning av de positiva och negativa effekterna*. Det blir på så sätt relevant att undersöka inskränkningen allvar, vilka konsekvenserna kränkningen innebär för personer samt vilka konsekvenserna som uppstår för staten om bestämmelsen tas bort.

Den första aspekten som gör att inskränkningen är av allvarlig art är rör sig om en bestämmelse som är direkt diskriminerande, vilket kan anses särskilt allvarligt då sådana bestämmelser ger uttryck för systematisk och strukturell diskriminering. Därutöver har CRPD-kommittén understrukit vikten av att kriterierna för att tilldela personlig assistans är utformade på ett sätt som är icke-diskriminerande och objektiva. När en stat väljer att införa en rättighet eller förmån, såsom i detta fall, förutsätts det att staten har råd att stå för de kostnader som kan uppstå och erbjuda förmånen till alla (*equality under the law*). Således tåls det att ifrågasättas om det inte finns ett mer nyanserat och mindre stelbent sätt att försäkra sig om att personlig assistans inte innebär för betungande kostnader för staten, samt om en sådan icke flexibel bestämmelse som åldersbegränsningen skulle vara det enda tillvägagångssättet för staten att begränsa kostnaderna i förhållande till personlig assistans.

⁸⁴ Nilsson (2017), s. 119.

CRPD-kommittén har vidare framfört att bedömningen av möjligheten till förmånen ska vara baserat på personens behov. 65-årsregeln tar inte hänsyn till de personliga omständigheterna, utan avslår alla ansökningar. I *H.M. v. Sweden* skriver CRPD-kommittén att när rättstillämparen i Sverige avslög sökandes ansökan tog de inte hänsyn till de specifika omständigheterna i hennes fall eller hennes särskilda behov, vilket gjorde att Sverige kränkte artikel 19 (b).

Det är därutöver otvivelaktigt att åldersbegränsningen leder till flera högst problematiska resultat. I likhet med *H.M. v. Sweden*, där klagande inte kunde bo kvar hemma, har 65-årsbestämmelsen stora konsekvenser för personen i fråga. En person med funktionsnedsättning som är i behov av personlig assistans – men ej beviljas stödformen – kan varken ta sig ut, vara en del av samhällsgemenskapen, eller på ett självständigt och självbestämt sätt bestämma över sitt eget liv på ett som andra. Det blir således mycket svårt för sådana individer att åtnjuta flertalet av de rättigheter som i övrigt följer av konventionen och detta står i skarp kontrast till många av konventionens grundläggande principer. För att koppla till omständigheterna i fallet är det tydligt hur bristen på personlig assistans lett till att personens möjlighet att delta i samhällsgemenskapen kraftigt begränsats. Den kraftigt begränsade ledsagning som hen erbjuds möjliggör inte heller hens deltagande i samhällsgemenskapen på ett adekvat sätt, och skapar inte heller oberoende för personen (eng: *independence of person*). Det är dessutom tydligt att nekandet av personlig assistans har begränsat personens autonomi och valfrihet, varför hen bör anses ha en mycket låg grad av kontroll över sin egen tillvaro. Särskilt allvarligt bör det dessutom anses vara att hens politiska engagemang har förhindrats. I fallet *H.M. v. Sweden* ansågs konsekvenserna för individen vara så stora att lagen var orimlig, vilket bör peka på att även 65-årsregeln är att se som orimlig i förhållande till personen.

En annan omständighet som försvårar inskränkningens allvar är att det rör sig om en intersektionell diskriminering, något som CRPD-kommittén ser särskilt allvarligt på. Det är onekligen så att bestämmelsen i högsta grad får konsekvenser för personer som faller in under två särskilt utsatta kategorier: funktionsnedsatta och äldre. De personer som exkluderas från rätten till personlig assistans till följd av åldersbegränsningen har för det första en funktionsnedsättning och står i behov av stöd, och tillhör således en grupp som ofta möts av fördomar och diskriminering. För det andra är de äldre, ytterligare en grupp som konfronteras med fördomar och utsatthet. Genom att vara en del av båda dessa grupper möter man särskilt stora motstånd. Sverige har dessutom tidigare fått kritik från CRPD-kommittén om just sitt

bristande arbete mot intersektionell diskriminering. CRPD-kommittén skriver att de är ”concerned that the systems for dealing with cases of intersectional discrimination [...] require more development” och att ”[t]he Committee recommends that the State party examine the appropriateness of the current structure used to deal with situations of intersectional discrimination”.⁸⁵

65-årsregeln speglar en oförståelse hos lagstiftaren för den komplexitet intersektionell diskriminering bär med sig, samt en förlegad och generaliserande syn på åldrande. Som tidigare framfört är det diskutabelt om de stödformer som erbjuds personer över 65 år, det vill säga ledsagning och hemtjänst, kan uppfylla de krav som ställs enligt CRPD. För personen i typfallets del, blir det tydligt hur en tillvaro med endast ledsagning och hemtjänst står i skarp kontrast till vad en tillvaro personlig assistans skulle kunna medföra. Den beviljade ledsagningen är som ovan nämnt kraftigt begränsad, varför hen tvingas prioritera medicinska ärenden och liknande under de få timmar som aktualiseras. Hemtjänsten är därutöver en stödform som endast erbjuds i hemmet och under starkt rutinbetonade former. Å ena sidan skulle det från statens håll kunna framföras argument om att äldre har ett större behov av hjälp i hemmet och i hemmets nära anknytning, och att dessa stödformer således är mer lämpliga vad gäller äldre personer. Möjligtvis kan staten här påvisa statistik vilken skulle kunna stödja att äldre inte är en lika aktiv grupp som yngre, i syfte att framföra en konsekvent argumentation. Å andra sidan går det inte att frånsä det faktum att åldersbegränsningen fråntar individer en möjlighet att välja vilken stödform de anser är bäst lämpad för det liv och den tillvaro de vill upprätthålla. En aktiv äldre person med funktionsnedsättningar nekas denna valfrihet samt självbestämmande i frågan. I personens fall går det dessutom tydligt att se hur ledsagning och hemtjänst inte bidrar till att förhindra isolering och avskildhet – de kan snarare anses pådriva dessa tillstånd, varför stödformerna inte uppfyller de mål som uppställs enligt artikel 19(b). Det avskärmar även personen från att kunna ta del av både det politiska och offentliga livet samt kulturliv mm. Avslutningsvis kan poängteras att Nilsson för att argumenterar för att praxis inte ger något entydigt svar på hur långt statistik räcker och hur sådan information bedöms, samt att en konsekvent argumentation från statens håll inte är tillräckligt för att rättfärdiga en bestämmelse.⁸⁶

⁸⁵ CRPD Committee, Concluding observation of the initial report of Sweden (2014), p. 11-12.

⁸⁶ Föreläsning med Nilsson 2020-10-15; se även Nilsson *Compulsory mental health interventions and the CRPD: Minding equality*, s. 166ff. som publiceras 2021.

Den direkta diskriminering som åldersbegränsningen innebär bidrar till att stigmatisera samt exkludera äldre personer med funktionsnedsättningar. En sådan exkludering, vilket CRPD-kommittén benämnt som social exkludering (eng. *social exclusion*) riskerar att leda till missförhållanden och negativa stereotyper, något som kan spä på marginaliseringen av personer med funktionsnedsättningar.⁸⁷ Bestämmelsen bidrar även till att föreviga och bevara bilden av äldre som starkt bundna till hemmet, utan intresse av att komma ut och delta i samhällsgemenskapen. Därutöver tar begränsningen ej individuella behov eller önskemål i beaktan, utan utgår i strikt bemärkelse från kronologisk ålder. I ett samhälle där människor blir allt äldre, utgör 65 inte heller någon avsevärd ålder och det är således inte självklart att en 65-åring nödvändigtvis skulle vara mindre aktiv än en 60-åring. En avgränsning av personkretsen som utgår från individuella förutsättningar och behov, skulle möjliggöra ett alternativ till åldersbegränsningen. En sådan begränsning skulle visserligen kunna innebära ökade kostnader för staten i form av själva behovsprövningen, men skulle eliminera det problematiska elementet som den direkta diskrimineringen utgör. Den skulle vidare kunna motverka fördomar och stigmatisering, genom att alla personer med funktionsnedsättningar – givet att de uppfyller rekvisiten i övrigt i LSS – ges möjlighet att delta i samhällsgemenskapen och leva ett självständigt samt aktivt liv om så önskas.

CRPD-kommittén har lyft fram att negativa attityder, stigman och stereotyper än idag är ett stort problem, men även att det leder till att personer med funktionsnedsättningar förhindras från att inkluderas i samhällsgemenskapen och ta del av tillgänglig assistans. Detta står i strid med målsättningen och syftet med artikel 19.⁸⁸

Sammanfattningsvis kan konstateras mot bakgrund av utredningen ovan att åldersbegränsningen visserligen är både relevant och nödvändigt för att uppnå målet med bestämmelsen, men vid en avvägning mellan de positiva och negativa effekterna av bestämmelsen anser vi att de positiva effekterna inte väger över. Bestämmelsen får så pass allvarliga konsekvenser för de individer som aldrig ens ges möjlighet att ansöka personlig om assistans att den inte kan anses vara välavvägd. Det är otvivelaktigt att det rör sig om ett missgynnande, och i ljuset av utredningen ovan bör det stå klart att det rör sig om ett otillbörligt missgynnande.

⁸⁷ General Comment, No. 5, p. 5.

⁸⁸ General Comment, No. 5, p. 15 (f).

2.5 Omedelbar förpliktelse

Vi har nu kunnat fastställa att personer över 65 år, och därmed personen i det berörda fallet, otillbörligt missgynnas av 65-årsregeln. Frågan som kvarstår är *när* Sverige måste åtgärda detta otillbörliga missgynnande.

För att återigen belysa det ansvar som staten åläggs i förhållande till progressiva rättigheter, kan vägledning finnas i artikel 4.2. Genom artikeln fastställs att staten ska vidta åtgärder och till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser för att en progressiv rättighet ska uppnås. Dessa åtgärder måste vidtas omedelbart eller inom en förhållandevis kort period, och de måste därutöver vara ”deliberate, concrete, targeted and use all appropriate means”.⁸⁹

Artikel 4.2 ger vidare två potentiella tolkningar vad gäller implementeringen av sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter; att sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter ska verkställas progressivt och medborgerliga och politiska rättigheter ska verkställas omedelbart, *eller* att aspekter av sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter kan vara omedelbara. Den andra tolkningen syns tydligt i CRPD-kommitténs General Comments om artikel 24 (rätten till utbildning). Där framgår att progressiv implementering inte får inkräkta på de krav som finns på ett omedelbart förverkligande. CRPD-kommittén menar att medlemsstaterna har en ”minimum core obligation” att tillförsäkra ”minimum essential levels” av varje aspekt inom rätten till utbildning.⁹⁰ Därefter konstaterar kommittén att ett antal grundläggande rättigheter skapar omedelbar effekt. En av dessa är kravet på icke-diskriminering som vi återfinner i artikel 5.⁹¹

Samma resonemang kan tillämpas vid en samläsning av artikel 19 och 5, med utgångspunkten i att om införandet av artikel 19 sker på ett diskriminerande sätt har staten en omedelbar skyldighet att upphöra med sin diskriminering. Även när stater arbetar med en progressiv rättighet får förmånen som rättigheten kräver under artikeln inte (inte ens som ett steg på vägen) erbjudas utifrån diskriminerande grunder.

⁸⁹ General Comment No. 5, p. 41.

⁹⁰ General Comment No. 4, p. 41.

⁹¹ General Comment No. 4, p. 41.

Sverige har infört personlig assistans i LSS med en bestämmelse som är direkt diskriminerande och i strid med artikel 19. I och med att det är en omedelbar förpliktelse att motverka diskriminering blir det en omedelbar förpliktelse för staten att arbeta bort den direkt diskriminerande aspekten av rätten till personlig assistans i Sverige.

Vidare kan man efterfråga en konkret handlingsplan från Sveriges håll sett till efterlevnaden av artikel 19. Trots att CRPD ratificerades 2007 har ingen lagändringen skett sedan 2001 då åldersbegränsningen visserligen luckrades upp något. Faktum kvarstår dock att Sverige har en direkt diskriminerande bestämmelse, som inte blivit föremål för revision sedan ratificeringen. Att endast ratificera en konvention och sedan inte agera i enlighet med de förpliktelser som följer är inte tillräckligt. Det torde stå klart att lagen måste anpassas, och att den diskriminerande bestämmelsen måste avskaffas eller modifieras i enlighet med artikel 4.1.

Därutöver vill vi uppmärksamma det faktum att Sverige fått upprepad kritik från CRPD-kommittén i ljuset av hur personlig assistans beviljas. Bland annat framförs att "there is a serious gap between the policies followed by the state party and those followed by the municipalities with respect to the implementation of the convention".⁹² Därutöver problematiserar de att domstolar har fått allt större inflytande vad gäller beviljandet av personlig assistans, i synnerhet när det gäller uttolkningen av vad som utgör "grundläggande behov". Brennan et al argumenterar för att det under senare år ställts allt högre krav för att personlig assistans ska beviljas, men även för att vidtagna lagändringar och policyförändringar speglar ett skifte från en social förståelse för funktionsnedsättningar gentemot en allt mer medicinsk förståelse där själva funktionsnedsättningen och den medicinska klassificeringen tillmäts allt mer tyngd.⁹³

Detta har bland annat resulterat i en kraftig ökning vad gäller personer som förlorat rätten till personlig assistans, men det har även gått att skönja en kraftig ökning sett till avslag för förstagångssökare. År 2007 avslogs 34 % av ansökningarna om personlig assistans. År 2015 var samma siffra 68%.⁹⁴ Kommittén har uttryckt kritik mot nedskärningarna och framfört att de är "concerned that state-funded personal assistance has been withdrawn for a number of people due to a revised interpretation of basic needs and other personal needs, and that persons

⁹² CRPD Committee, Concluding observation of the initial report of Sweden (2014), p. 2.

⁹³ Brennan, Traustadóttir, Anderberg, Rice (2016), s. 8.

⁹⁴ Brennan, Traustadóttir, Anderberg, Rice (2016), s. 4.

who still receive assistance have experienced sharp cutbacks, the reasons for which are unknown or only seemingly justified”⁹⁵.

Skyldigheten vad gäller progressiv implementering stadgar ett förbud mot retrogression, men undantag kan göras för åtgärder som är ”duly justified” och ”in accordance with international law”⁹⁶. Åtgärder som resulterar i retrogression är enligt kommittén i strid med artikel 19, om de inte lever upp till kraven på tillåten retrogression. CRPD-kommittén har framfört att för att retrogression ska tillåtas krävs att “a) Åtgärden är rimligt motiverad; b) En ingående undersökning av alternativ gjordes; c) Det har funnits ett genuint deltagande av berörda grupper i undersökningen av föreslagna åtgärder och alternativ; d) Åtgärderna är inte direkt eller indirekt diskriminerande; e) Åtgärderna kommer inte att ha en direkt inverkan på förverkligandet av de rättigheter som anges i konventionen, en orimlig inverkan på förvärvade rättigheter eller en inverkan på huruvida en enskild person eller en grupp kommer att berövas tillgång till en miniminivån av social trygghet; [och] f) Det gjordes en oberoende granskning av åtgärderna på nationell nivå”⁹⁷.

Mot bakgrund av detta går det att argumentera för att de nedskärningar som Sverige gjort i förhållande till rätten till personlig assistans och det skifte som skett från en social till medicinsk förståelse, resulterat i att Sverige agerat i strid mot förbudet mot retrogression.⁹⁸ Därutöver går diskrepansen mellan den statliga och kommunala tolkningen av rätten till personlig assistans att problematiseras utifrån artikel 5.1 i CRPD, då den leder till att alla inte är lika inför lagen. Trots att dessa aspekter inte utgör fokuspunkterna i typfallet, speglar de en bredare och mer omfattande problematik som är kopplad till rätten till personlig assistans enligt nationell lagstiftning.

⁹⁵ CRPD-Committee. Concluding observations on the initial report of Sweden (2014). p. 6.

⁹⁶ General Comment No. 5, p. 38 f.

⁹⁷ CRPD Committee Report on Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out by the Committee under article 6 of the Optional Protocol to the Convention, 2017, p. 46. Formuleringen bygger på och upprepar de krav som ICESCR-kommittén tidigare ställt upp, se ICESCR Allmän Kommentar 3 samt Skrivelse från ICESCR-Kommitténs ordförande till ICESCR:s medlemsstater, daterad 16 maj 2012. Fri översättning från engelska.

⁹⁸ General Comment No. 5, p. 43–45. Huruvida Sverige kan ha ansetts brutit mot förbudet mot retrogression kan även beaktas i förhållande till nödvändighetskravet, jfr avsnitt 2.4. Om Sverige inte kan visa på omständigheter som tillåter regression, kan det bli svårt att argumentera för att bestämmelsen är nödvändig.

2.6 Sammanfattning CRPD

I utredningen ovan har vi visat att Sverige bryter mot sina förpliktelser gentemot CRPD. Åldersbegränsningen utgör en direkt diskriminerande bestämmelse, vilken inte kan rättfärdigas. Den utgör således ett otillbörligt missgynnande, vilket onekligen får grava och allvarliga konsekvenser för en person som står i behov av personlig assistans men nekas tillgång till stödformen. Bestämmelsen diskriminerar på grund av ålder, och förevarar därav ett problematiskt och förlegat synsätt på äldre som mindre aktiva samhällsmedborgare jämfört med yngre. Åldersbegränsningen skapar och cementerar även intersektionell diskriminering, vilket riskerar att stigmatisera och exkludera personer från samhällsgemenskapen.

Genom att inte få tillgång till personlig assistans ges personen i typfallet inte möjlighet att delta i samhället som andra och åtnjuta andra rättigheter garanterade av konventionen. Hens rätt till självbestämmande, valfrihet och oberoende kränks genom att inte kunna bestämma över sitt eget stöd, sin tid och sitt liv. Genom det otillbörliga missgynnande som personen utsätts för, är det tydligt att Sverige agerar i strid med flertalet av de grundläggande principerna i CRPD och artikel 19, artikel 5 och artikel 4 i synnerhet.

3 EKMR

3.1 Inledning till kapitlet

I detta kapitel undersöks *rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år* utifrån EKMR. Vi argumenterar i första hand för att utebliven personlig assistans utgör en kränkning av artikel 8 EKMR. Vi argumenterar i andra hand för att utebliven personlig assistans innebär att artikel 14 jämte artikel 8 EKMR kränks. Vårt huvudsakliga fokus kommer att vara kränkningen av artikel 8, medan kränkningen av artikel 14 jämte artikel 8 diskuteras i slutet av kapitlet.

För att kunna bereda ILI med en så pedagogisk och stark argumentation utifrån artikel 8 som möjligt, har vi valt att följa Europadomstolens egen metod. Denna är uppdelad i tre steg: (1) *omfattningen* av artikel 8, (2) *inskränkningen* av artikel 8, samt (3) det eventuella *rättfärdigandet* av inskränkningen av artikel 8. Vi kommer först att visa att typfallet omfattas av artikeln, såväl baserat på rättspraxis som genom dynamisk tolkning av EKMR. Vi kommer sedan att visa hur avsaknad av personliga assistans leder till att rätten till privatliv inskränks, och att Sverige har en positiv förpliktelse att tillgodose personen denna assistans. Slutligen kommer vi att visa hur inskränkningen inte kan rättfärdigas med hänsyn till bland annat statens *margin of appreciation*⁹⁹ och en avslutande proportionalitetsbedömning.

Vi vill också kort påminna om typfallet: personen är på grund av sin ålder ej beviljad personlig assistans. De insatser som beviljats henom (hemtjänst, trygghetslarm och ledsagning) har ej utgångspunkt i personens egen vilja och behov, utan är snarare mycket rutinbetonade och begränsade. Konsekvenserna av den service som erbjuds innebär bland annat att personen blir tvungen att avstå sociala kontakter och att hen inte kan engagera sig i sina intressepolitiska frågor.

3.2 Typfallet omfattas av rätten till privatliv enligt artikel 8

I artikel 8 EKMR regleras rätten till skydd för privat- och familjelivet, sitt hem och sin korrespondens. Europadomstolen har i flera fall beskrivit att det viktigaste med artikel 8 EKMR

⁹⁹ Begreppet *margin of appreciation* förklaras närmare i avsnitt 3.4.3.

är att skydda individen från godtyckliga inskränkningar av staten.¹⁰⁰ Rätten till skydd för privat- och familjelivet ska således som huvudregel lämnas oinskränkt av medlemsstaterna, något som även framgår av artikelns lydelse. Inskränkningar i rätten till skydd för privat- och familjeliv får dock i vissa undantagsfall göras av en medlemsstat. Detta om inskränkningen sker med stöd i lag, om det funnits ett berättigat syfte med inskränkningen samt att inskränkningen varit nödvändig i ett demokratiskt samhälle.¹⁰¹

Som ovan nämnt innefattar artikel 8 inte bara rätten till skydd för privatlivet utan även skyddet för familj, hem och korrespondens. I det aktuella fallet anser vi dock att enbart den del som berör *privatlivet* är av intresse, varför vi inte kommer gå djupare in på vad som omfattas av familjeliv, hem och korrespondens.

Vad som omfattas av begreppet *privatliv* och således åtnjuter konventionens skydd är dynamiskt och styrt av Europadomstolens rättspraxis och EKMR:s kärnvärden. Europadomstolen har i flera fall förtydligat att begreppet privatliv är ett brett och icke-uttömmande begrepp. Domstolen har angett att begreppet *inter alia* omfattar en persons fysiska och psykiska identitet och integritet, rätten till självbestämmande, personlig utveckling samt möjligheten att utveckla relationer med andra människor i samhället.¹⁰² Denna innebörd av begreppet privatliv är nära kopplad till två av konventionens kärnvärden, *mänsklig värdighet* (eng. *human dignity*) och *personlig autonomi* (eng. *personal autonomy*).¹⁰³

Utöver det innehåll som ges *privatliv* ovan, så måste artikel 8 läsas i ljuset av sin samtid genom så kallad dynamisk tolkning (eng. *evolutive interpretation*). Ett sätt att slå fast vad som utgör denna samtid, är att dra ledning från vad som anses vara *konsensus* mellan konventionsstaterna.¹⁰⁴ Att alla konventionsstater – utöver EKMR – även har antagit och ratificerat CRPD, talar för att europeisk konsensus föreligger vad gäller synen på rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Denna konsensus innebär i så fall att innehållet i *privatliv*, när artikel 8 läses i ljuset av sin samtid, bör tolkas med ledning av innehållet i CRPD

¹⁰⁰ *P. and S. v. Poland* appl. no. 57375/08 § 94.

¹⁰¹ Artikel 8.2 EKMR.

¹⁰² Jfr *Jehova's Witnesses of Moscow and others v. Russia* appl. no. 302/02 § 117; *Evans v. UK* appl. no. 6339/05 § 71; *Pretty v. UK* appl. no. 2346/02 § 61; Se *S. and Marper v. UK* appl. no. 30562/04 § 66.

¹⁰³ Se appendix för beskrivning av innebörden av konventionens kärnvärden.

¹⁰⁴ Gerards (2019) s. 63.

och dess omgärdande instrument.¹⁰⁵ Här menar vi att CRPD och dess omgärdande instrument förstärker det innehåll som Europadomstolen har givit artikel 8 i sin rättspraxis, genom liknande krav på rätt till självbestämmande, personlig utveckling och möjlighet att utveckla relationer med andra människor i samhället.¹⁰⁶

Vår bedömning

I förevarande fall anser vi att personens livssituation aktualiserar individens rätt till självbestämmande, rätt till personlig utveckling samt möjligheten att utveckla relationer med andra människor. Mot bakgrund av det och av att artikeln getts ett icke-uttömmande och dynamiskt innehåll, anser vi att typfallet faller inom ramen för artikel 8.

3.3 Inskränkningen av artikel 8 i förevarande fall

I det följande argumenterar vi för att en inskränkning av privatlivet föreligger i typfallet. För ett fullgott åtnjutande av sin rätt till privatliv, anser vi att personen har rätt till personlig assistans. Vi anser vidare att Sverige har en positiv förpliktelse att tillgodose att så sker. Vi menar att avsaknaden av uppfyllandet av denna positiva förpliktelse leder till en inskränkning av rätten till privatliv i det aktuella fallet.

Mot bakgrund av ovanstående kommer vi därför först att visa hur avsaknad av den personliga assistansen leder till att rätten till privatliv inskränks. Vi kommer sedan att visa att Sverige har en positiv förpliktelse att tillgodose personen personlig assistans för att uppfylla kravet på att skydda den enskildes privatliv.

3.3.1 Avsaknaden av personlig assistans leder till att rätten till privatliv inskränks

Rätten till självbestämmande inskränks

Vi anser att det påverkar personens rätt till självbestämmande när hen enbart beviljas hemtjänst och ledsagning och inte någon personlig assistans. Hemtjänsten är, till skillnad från personlig assistans, kopplat till hemmet och inte till personen i sig. Vi menar att avsaknaden av personlig

¹⁰⁵ *Demir and Baykara*, appl. no. 34503/97 § 68–69, 85; *Glor v Switzerland*, appl. no. 13444/04 § 53; *A.-M.V v Finland*, appl. no. 53251/13 § 74; Broderick (2018) s. 215–217; Gerards (2019) s. 98 f. För en mer ingående beskrivning av Europadomstolens relation till CRPD samt hur CRPD kan användas som verktyg i en EKMR-argumentation, hänvisas till avsnitt b. i *Appendix*.

¹⁰⁶ Se CRPD preambel (n), artikel 3 (a) (c), artikel 19; General comments no. 5 § 16 (a)(b)(d).

assistans innebär att staten ges en oproportionerligt omfattande kontroll över personens situation och valmöjligheter. Detta innebär i sin tur ett allvarligt begränsande av personens rätt till självbestämmande. Med personlig assistans hade kontrollen och självbestämmandet lämnats åter till den enskilde. Att som enda stödform erbjuda personen hemtjänst och ledsagning anser vi således vara otillräckligt och som inskränkande av hens rätt till självbestämmande.

Vidare har personens begränsade självbestämmande negativ påverkan på de två kärnvärden vi nämnde ovan: *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi*. Vi menar att det inte är förenligt med ett värdigt liv att sakna makten att bestämma över det själv. En människa som tvingas leva efter någon annans rutin, en rutin som inte möjliggör det liv personen själv vill leva, är inte en människa som får sin *mänskliga värdighet* respekterad. Vidare, att personen har så extremt begränsat inflytande över sin vardag, och att hen istället tvingas leva livet på ett sätt som inte är anpassat efter hens psykiska och emotionella behov, anser vi inte förenligt med upprätthållandet av den *personliga autonomi*. Att kärnvärdena *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi* påverkas så här av att rätten till självbestämmande inskränks, anser vi särskilt allvarligt.

Sett i ljuset av CRPD så förstärks personens rätt till självbestämmande. Här vill vi påminna om att rätten till självbestämmande genomsyrar hela konventionen, och att artikel 19 utgör nyckeln för dess förverkligande. I detta vill vi också påminna om den särskilt framträdande roll som personlig assistans har givits, såväl explicit i konventionen som av CRPD-kommittén. I förevarande fall kan därför särskilt kritiseras personens brist på kontroll och valmöjligheter genom den uteblivna personliga assistansen. Till detta hör också det uppenbart problematiska i att den service som erbjuds istället för personlig assistans, inte alls är anpassad efter personens behov eller vilja. Enligt CRPD-kommittén så når den typen av bristande service ej upp till kraven på självbestämmande som ställs i artikel 19.¹⁰⁷ Den uteblivna personliga assistansen och den erbjudna servicen, kan mot bakgrund av detta inte anses förenliga med rätten till självbestämmande.

Slutligen vill vi uppmärksamma att bristen på kontroll och inflytande för den enskilde är tydliga avsteg från CRPD:s betoning vid den enskildes rätt till valmöjligheter och hur dessa är

¹⁰⁷ Jfr. CRPD artikel 3 (a), artikel 19 (b); General comment no. 5, §§ 3(a), 16(d), 16(a), 17, 28, 30–31.

kopplade till utövandet av den personliga autonomin.¹⁰⁸ Här menar vi att den vikt som CRPD lägger vid personlig autonomi, förstärker kravet på förverkligandet av kärnvärdet *personlig autonomi* i EKMR. Vi anser också att CRPD:s betoning av den personliga autonomin utgör en försvårande omständighet för statens del i fall likt detta, där en inskränkning av den personliga autonomin är vid handen.

Rätten till personlig utveckling och möjligheten att utveckla relationer med andra människor inskränks

I sitt hem lever personen ett liv styrt av kommunens rutiner. För den del av livet som utspelar sig utanför hemmet har personen 30 timmar per månad till sitt förfogande. De få ledsagartimmarna gör att personen de facto tvingas prioritera läkarbesök före sociala, politiska och andra utvecklande aktiviteter. Vi anser det uppenbart att dessa förutsättningar inskränker personens möjligheter till personlig utveckling och att utveckla relationer med andra människor. En person som knappt kan lämna sitt hem, och när den gör det tvingas prioritera det allra nödvändigaste för sin hälsas skull, kan inte anses ges reell möjlighet att utveckla sin personlighet eller skapa relationer med sin omgivning.

Till detta hör ej enbart vad personen i sig kan få ut av ett utvecklande av den egna personligheten och interaktionen med andra. Det handlar lika mycket om vad andra och samhället i stort går miste om när personen förvägras bidra till samhällsgemenskapen på ett fullvärdigt sätt. Vi menar att det inte enbart är den enskilde som förlorar på att inte få utveckla sin personlighet och relationer med andra människor. Vi menar att samhället i sig gör en stor förlust när ett sådant förvägrande sker. Detta är problematiskt för samhället ur minst två aspekter. För det första för att samhället går miste om de tankar, idéer och det värde personen tillför i egenskap av sig själv. För det andra för att det cementerar en förlegad bild av att personer med funktionsnedsättning inte skulle kunna bidra till samhället eller vars plats i samhället inte är likvärdig andras.

I fallet *Pretty v. UK* har domstolen skrivit att det under artikel 8 är viktigt att personens livskvalitet får betydelse och att det hör samman med *mänsklig värdighet*.¹⁰⁹ Vi anser att den isolerande livssituation som personen nu befinner sig i till följd av den service som erbjuds, är

¹⁰⁸ Jfr. CRPD artikel 3 (a), artikel 19 (b); General comment no. 5, §§ 3(a), 16(d), 16(a), 28, 30–31.

¹⁰⁹ I fallet skriver Europadomstolen att ”The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.” *Pretty v. United Kingdom* appl. no. 2346/02 § 65.

långt under den nivå som kan anses värdigt en människa. Vi anser det både ovärdigt och oförenligt med god livskvalitet, att såväl nekas den stödform som är specifikt framtagen för att införliva rätten till personlig utveckling och möjligheten att utveckla relationer med andra människor, som att behöva leva med konsekvenserna av ett icke-införlivande av denna rätt och möjlighet. I detta är det särskilt ovärdigt att den beviljade stödformen leder till en så omfattande isolering. Att förvägras möjlighet att utveckla sin person så som man önskar, eller att som människa inte ges reell möjlighet att skapa givande och nära relationer med andra, anser vi inte förenligt med att få sin *mänskliga värdighet* respekterad. Likt ovan, anser vi det särskilt allvarligt att inskränkningen påverkar detta kärnvärde så pass negativt.

Ovanstående problematik fördjupas sett i ljuset av CRPD. Här vill vi först återkoppla till ovanstående diskussion om rätten till självbestämmande. CRPD-kommittén har gjort en direkt koppling mellan personens rätt till självbestämmande och utformandet av den egna personligheten och identiteten. Den senare anses helt beroende av den förra.¹¹⁰ I förevarande fall blir resultatet att personens möjlighet till personlig utveckling inskränks redan på denna punkt, då kravet på självbestämmande inte uppfylls.

Vi vill vidare påminna om innehållet i artikel 3 och 19 CRPD som presenterats i rapportens andra kapitel. Möjligheterna till personlig utveckling och utvecklandet av relationer med andra människor i samhället, faller såväl under två av konventionens generella principer genom artikel 3, som under artikel 19. Precis som med rätten till självbestämmande, har CRPD-kommittén förtydligat att service som inte premierar personens utveckling eller deltagande i samhället, ej heller anses kompatibel med artikel 19.¹¹¹ Den uteblivna personliga assistansen leder till en situation där konventionskraven inte tillmötesgås, varken i bostaden eller utanför hemmet.

Utöver bristen på självbestämmande och att detta i sig leder till att den personliga utvecklingen förhindras, ska återigen problematiken med de begränsade antalet ledsagningstimmar lyftas. Dessa gör att personen varken kan prioritera sina sociala relationer eller sitt politiska deltagande. Här ska slutligen poängteras att servicen som erbjuds personen, snarare leder till

¹¹⁰ General comment no. 5 § 16 (a).

¹¹¹ General comment no. 5 § 17.

isolering och utanförskap. Detta anser vi synnerligen allvarligt, då CRPD i allmänhet och rätten till personlig assistans i synnerhet är tänkta att motverka denna typ av segregering.¹¹²

Sammanfattning

Vi anser att avsaknaden av personlig assistans i det aktuella fallet leder till en inskränkning av privatlivet. Detta av följande skäl.

För det första anser vi att den uteblivna personliga assistansen leder till att personen förvägras sin rätt till självbestämmande. Detta styrks av att den beviljade servicen är kopplad till hemmet och ej till honom som person. Det styrks också av att personen saknar valmöjligheter och inflytande över den service som erbjuds honom. Vi anser att detta påverkar kärnvärdena *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi* på ett negativt sätt, samt försvåras givet synen på självbestämmande som framkommer av CRPD.

För det andra anser vi att den uteblivna personliga assistansen leder till att rätten till personlig utveckling och möjligheten att utveckla relationer med andra människor helt fråntas personen. Även detta kan kopplas till rätten till självbestämmande enligt CRPD, vilket är starkt kopplat till en individs personlighet och identitet. Vidare menar vi att detta skapar en markant försämrad livskvalitet för personen, vilket i sig kan kopplas till konventionens kärnvärde *mänsklig värdighet*.

Mot bakgrund av ovanstående anser vi att enbart beviljandet av personlig assistans kan få inskränkningen av rätten till privatliv att upphöra. Att erbjuda personen fler ledsagningstimmar är inte lösningen eftersom ledsagning enbart innefattar punktinsatser och inte styrs av samma självbestämmanderätt som personlig assistans gör. Varken hemtjänsten eller mer ledsagning skapar ett större självbestämmande för individen. Den självbestämmanderätt som personlig assistans skapar menar vi även banar väg för möjligheten till personlig utveckling samt utvecklandet av relationer till andra på ett sätt som varken hemtjänst eller ledsagning kan förmå.

¹¹² General comment no. 5 § 30.

3.3.2 Sverige har en positiv förpliktelse att skydda privatlivet i det aktuella fallet

Europadomstolen har förklarat att begreppet *skydd* (eng. *respect*) för privatlivet innefattar både negativa och positiva förpliktelser för staten.¹¹³ Detta är en utveckling från det ursprungliga synsättet på EKMR, där rättigheterna enligt konventionen utgör ett negativt skydd från statens ingripande. Utvecklingen bygger på tanken om att rättigheterna enligt EKMR ska vara effektiva samt möjliga att åtnjuta i praktiken. Som stöd för denna utveckling har Europadomstolen i sin rättspraxis bland annat hänvisat till lydelsen av artikel 1 EKMR samt effektivitetsprincipen.¹¹⁴ Effektivitetsprincipen innebär ett krav på att rättigheterna enligt konventionen ska få praktisk effekt.¹¹⁵

Gränsdragningen mellan vad som utgör en stats positiva respektive negativa förpliktelser enligt artikel 8 EKMR är inte helt klart definierat. Oavsett om det rör sig om positiva eller negativa förpliktelser har dock Europadomstolen framhållit att man bör tillämpa en liknande metod vid bedömningen om det föreligger ett konventionsbrott. I bedömningen ska alltid en avvägning av motstående intressen göras mellan individen och det allmänna. Vidare måste man alltid beakta statens eventuella margin of appreciation.¹¹⁶

Sedan tidigare har vi konstaterat att det aktuella fallet omfattas av begreppet *privatliv*. För att det ska föreligga en inskränkning av artikel 8 krävs det vidare att privatlivet inte har *skyddats* av staten. I aktuellt fall anser vi att Sverige har en positiv förpliktelse att skydda personens privatliv. Nedan kommer vi således presentera vad som kan innefattas i en stats positiva förpliktelser och varför vi anser att Sverige inte uppfyllt sina positiva förpliktelser i förevarande fall.

Europadomstolen har i fallet *Botta v. Italy* definierat när artikel 8 kan innebära positiva förpliktelser för en stat. Fallet rörde en person som var rullstolsburen och som inte kunde använda en strand eftersom det saknades anordningar för att som rullstolsburen kunna nyttja stranden, bland annat ramp och anpassade toaletter. Sökanden ansåg här att den italienska statens brist på anpassningar innebar en inskränkning av hans rätt till skydd för privatlivet.

¹¹³ *Nunez v. Norway* appl. no. 55597/09 § 68.

¹¹⁴ Gerards (2019) s.108f.

¹¹⁵ *Airey v. Ireland* appl. no. 6289/73 § 24.

¹¹⁶ *Nunez v. Norway* appl. no. 55597/09 § 68. För mer om margin of appreciation se avsnitt 3.4.3.

Klagande påstod att han inte kunde åtnjuta ett normalt socialt liv samt delta i samhällsgemenskapen genom den bristande tillgängligheten.¹¹⁷ Europadomstolen konstaterade i fallet att en stat kan ha positiva förpliktelser enligt artikel 8 om det finns ett omedelbart samband (eng. *direct and immediate link*) mellan de åtgärder som sökanden gör anspråk på och personens privatliv.¹¹⁸ Positiva åtgärder som en stat måste göra för att uppfylla sina förpliktelser enligt artikel 8 kan vara införandet av åtgärder anpassade för att skydda rätten till privatlivet, även när det gäller relationer mellan enskilda.¹¹⁹

Kravet på ett omedelbart samband har tillämpats i flera fall av Europadomstolen, något som talar för att kravet fått egenskapen av en generell modell som kan användas i framtida, liknande fall. I flera av dessa fall har dock Europadomstolen funnit att sökanden inte har preciserat tillräckligt övertygande bevisning om att det finns ett sådant omedelbart samband för att staten ska ha haft positiva skyldigheter enligt artikel 8. Europadomstolen har i både *Botta*-fallet samt fallet *Zehnalová and Zehnal v. Czech Republic* ansett att sökandens krav på anpassningsåtgärder, exempelvis tillgänglighet till byggnad eller strand, omfattat för ”breda och obestämda” krav.¹²⁰ Av den anledningen har kravet på omedelbart samband inte uppfyllts, varför avsaknad av statliga, positiva åtgärder inte stått i strid med artikel 8.

En viktig del av att driva det här fallet i Europadomstolen är således att göra gällande att det föreligger ett omedelbart samband mellan den åtgärd som sökanden kräver och sökandens privatliv. Att visa att detta samband föreligger är direkt avgörande för att kunna hävda att staten har positiva förpliktelser som de brustit i att följa. Detta är även den stora skillnaden mellan att föra talan utifrån CRPD, där det i lydelsen av flera artiklar inte enbart tillförsäkras rättigheter för den enskilde utan även positiva skyldigheter för staten. För att kunna kräva motsvarande åtgärder enligt EKMR måste man således argumentera för att dessa positiva skyldigheter föreligger.

Europadomstolen har i tidigare fall visat att en påstådd inskränkning av artikel 8 kan ogillas om detta samband är för långsökt. Ett exempel på det är *Botta*-fallet där man ansåg att anpassningar till en badstrand inte hade ett tillräckligt nära samband med sökandens dagliga

¹¹⁷ *Botta v. Italy* appl. no. 153/1996/772/973 § 27.

¹¹⁸ *Botta v. Italy* appl. no. 153/1996/772/973 § 34.

¹¹⁹ *Botta v. Italy* appl. no. 153/1996/772/973 § 33.

¹²⁰ *Botta v. Italy* appl. no. 153/1996/772/973 § 35; *Zehnalová and Zehnal v. Czech Republic* (dec.).

liv, och därmed sökandens privatliv, för att åtgärden skulle omfattas av statens positiva förpliktelser. Det var med andra ord orimligt att kräva att den italienska staten skulle anpassa flera badstränder för att en person eventuellt skulle besöka stranden någon gång.

Det som i det aktuella fallet talar för att det existerar ett omedelbart samband mellan de åtgärder som sökanden kräver och dennes privatliv, är faktumet hur nära kopplat de efterfrågade åtgärderna är personen. Tillgång till personlig assistans samt möjlighet att påverka hemtjänsten är direkt kopplat till den faktiska definitionen av begreppet privatliv, nämligen en rätt till självbestämmande över sin egna livssituation. Dessa åtgärder hade direkt påverkat personens livssituation och således påverkat hans privatliv. Till skillnad från de krav som ställdes på den italienska staten i Botta-fallet så skulle ett krav på Sverige i det här fallet innebära en riktad åtgärd mot en person där resultatet av åtgärden skulle få direkt effekt för personens privatliv. Utifrån förda resonemang menar vi att det finns ett omedelbart samband mellan statens beviljande av personlig assistans för personen och dennes privatliv.

Slutligen ska också nämnas CRPD:s inverkan på Europadomstolens syn på huruvida en inskränkning har skett, för det fall att en positiv förpliktelse enligt *CRPD* föreligger. Doktrin som granskat Europadomstolens praxis menar att domstolen har varit mer benägna att betona statens positiva förpliktelser som följer av *CRPD* när en rättighetsinskränkning i EKMR ska utredas. Argumentets kärna är att Europadomstolen torde se strängare på en inskränkning av artikel 8, för det fall att det åligger staten en positiv förpliktelse enligt *CRPD* att uppfylla motsvarande innehåll – något vi menar att det gör i förevarande fall.¹²¹

Sammanfattningsvis

Staten har en positiv förpliktelse enligt artikel 8 om det föreligger ett omedelbart samband mellan de åtgärder som den enskilde gjort anspråk på och dennes privatliv. I förevarande fall föreligger ett sådant omedelbart samband, då åtnjutandet av rätten till privatliv är direkt avhängig att de önskade åtgärderna tillgodoses. Vi anser således att det föreligger en inskränkning av artikel 8 i förevarande fall. För att inskränkningen även ska utgöra ett konventionsbrott så måste det också utredas om inskränkningen skulle kunna rättfärdigas i det

¹²¹ Broderick (2018) s. 223. För mer ingående beskrivning om varför vi anser att Sverige har en positiv förpliktelse enligt *CRPD* i förevarande fall hänvisas till avsnitt 2.3.4.

aktuella fallet. I följande avsnitt presenterar vi därför de rekvisit som måste vara uppfyllda för ett rättfärdigande, tillsammans med vårt avfärdande av densamma.

3.4 Inskränkningen kan inte rättfärdigas

I artikel 8.2 EKMR framgår förutsättningarna för att en inskränkning av artikel 8.1 EKMR inte ska utgöra ett konventionsbrott. Kraven i artikel 8.2 EKMR är skräddarsydda för just denna rättighet men liknar i mångt och mycket kraven i artikel 9–11 i konventionen. Till följd av likheterna i bedömningarna som sker utifrån artikel 8–11 har Europadomstolen tagit fram en gemensam metod för att avgöra om inskränkningen utgör ett konventionsbrott eller ej. Denna metod kommer vi även utgå från i vår analys nedan.¹²²

Staten måste uppfylla följande tre krav för att ett rättfärdigande ska anses vara vid handen: *laglighetskravet*, *kravet på berättigat syfte*, och *kravet på att inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle*. I det följande ställs dessa krav i relation till typfallet, där vi drar slutsatsen att det sammantaget inte går att rättfärdiga den inskränkning som skett av rätten till privatliv.

3.4.1 Laglighetskravet

För att laglighetskravet ska vara uppfyllt så krävs det inledningsvis ett formellt och tekniskt krav (eng. *formal and technical requirement*) på själva lagen. Lagen ska vara en erkänd rättskälla i den nationella rättsordningen. Det finns inget skriftlighetskrav utan det kan även vara oskriven rätt som tillämpas av den nationella domstolen.¹²³

Vidare finns det ett kvalitativt krav (eng. *qualitative requirement*) på lagen. Lagen måste vara tillgänglig och förutsebar. Lagen måste kunna tillämpas generellt och således inte godtyckligt. Om lagen ger nationella myndigheter rätt att göra skönmässiga bedömningar så måste det vara tillräckligt tydligt hur lagen ska tillämpas. Här är inte Europadomstolen entydig i hur lagen ska tillämpas utan stater åtnjuter viss *margin of appreciation*. Margin of appreciation beskrivs ej mer ingående här, utan utreds närmare nedan.¹²⁴

¹²² Schabas (2015) s. 402.

¹²³ Schabas (2015) s. 402f.

¹²⁴ Schabas (2015) s. 403. För margin of appreciation se nedan.

Nivån av förutsebarhet beror på hur allvarligt ingripandet är i det aktuella fallet, där mer ingripande åtgärder kan kräva en högre nivå av förutsebarhet. Den nationella lagen måste således vara så pass tydlig för medborgarna att de kan få en tillräcklig förståelse för hur långt statens ingripande får sträcka sig.¹²⁵

De relevanta lagarna i fallet blir LSS och SoL som ställer upp förutsättningarna för att få personlig assistans, ledsagning, hemtjänst och andra stödformer genom svensk rätt. Genom dessa lagregler går det att konstatera att personen inte har rätt till personlig assistans då personen är över 65 år gammal, se 9-9 b §§ LSS. Det finns inga skäl att ifrågasätta lagreglernas tillgänglighet eller förutsebarhet i relation till den problematik som typfallet aktualiserar.

När Europadomstolen gör en bedömning av 2 § så börjar de ofta med kravet på ”in accordance with the law” och kommer de fram till att kravet inte uppfylls så går de inte vidare och tittar på de andra rekvisiten. Ett konventionsbrott kan således anses föreligga genom att detta krav inte är uppfyllt. Att personen i fallet inte har fått personlig assistans är dock ett beslut i enlighet med svensk lag varför det inte blir relevant att ifrågasätta Sverige beslut på grunden ”accordance with the law”.

3.4.2 Kravet på berättigat syfte

Kravet på ett berättigat syfte innebär att statens inskränkning av rätten till privatliv måste bygga på ett berättigat syfte, exempelvis den nationella säkerheten eller upprätthållandet av ordning. Europadomstolens stora kammare (eng. *Grand Chamber*) har förklarat att Europadomstolen i sin tillämpning av kravet på berättigat syfte som huvudregel ska hålla sig kortfattad när de konstaterar att ett sådant legitimt syfte finns.¹²⁶ Detta då listan i konventionstexten är tänkt att omfatta näst intill hela statens organisation, varför kravet ofta kan anses uppfyllt. Europadomstolen har tillämpat detta krav väldigt liberalt och ofta kommit fram till att flera syften kan vara uppfyllda i ett specifikt fall.¹²⁷

¹²⁵ Schabas (2015) s. 403.

¹²⁶ *S.A.S v. France* appl. no. 43835/11 § 114.

¹²⁷ Schabas (2015) s. 410.

Frågan om det finns ett berättigat syfte är även det första steget i Europadomstolens proportionalitetsbedömning¹²⁸ och avser frågan om inskränkningen i det aktuella fallet fyller ett legitimt syfte.¹²⁹ Bedömningen begränsas dock av de berättigade syften som framgår av konventionstexten. Något annat berättigat syfte kan inte legitimeras enligt artikel 8.2.

I aktuellt fall är det ekonomiska skäl som talar för att det föreligger ett berättigat syfte. Detta kan vi bland annat se i motiven bakom 65-årsgränsen i LSS, där lagstiftaren förklarat att bakgrunden till begränsningen var och är statsfinansiella skäl.¹³⁰ Lagstiftaren ansåg således att det av ekonomiska skäl inte gick att erbjuda personlig assistans till personer över 65 år, något som fortfarande torde gälla.

Som ovan nämnt finns det begränsat utrymme att argumentera mot detta. Mot bakgrund av ovanstående konstaterar vi därför att staten har uppfyllt kravet på berättigat syfte genom åberopandet av ekonomiska skäl.

3.4.3 Kravet på att inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle

Till sist ska det avgöras om rättighetsinskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Detta avgörs först genom en *nödvändighetsbedömning*, sedan genom en *proportionalitetsbedömning*. Här är det även viktigt att fastställa vilken *margin of appreciation* som bör gälla i aktuellt fall.

Nödvändighetsbedömningen

En del av bedömningen kring rekvisitet ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle” är begreppet *nödvändighet*. Kravet på nödvändighet innebär en undersökning om en viss statlig åtgärd varit nödvändig för att uppnå åtgärdens syfte.¹³¹ Enbart en åtgärd som är onödig kan anses utgöra ett konventionsbrott, något som även följer av lydelsen i art 8.2. Kravet på nödvändighet utgör även det tredje steget i den generella proportionalitetsbedömningen och innebär en undersökning av om åtgärden påverkar det som konventionsrättigheten avser att skydda i så liten utsträckning som möjligt.¹³²

¹²⁸ Se punkt 1 i ”The four Proportionality Rules” i Appendix.

¹²⁹ Klatt och Meister (2012), s.8.

¹³⁰ Prop. 2000/01:5 s.10.

¹³¹ Gerards (2019) s.233.

¹³² Klatt och Meister (2012), s.8; Se punkt 3 i ”The four Proportionality Rules” i Appendix.

För att utreda om det föreligger andra åtgärder som staten skulle kunna vidta och som skulle utgöra en mindre påverkan på en viss rättighet kan man ta fram en alternativ, hypotetisk åtgärd och därefter bedöma om en sådan åtgärd skulle kunna uppfylla statens syfte samtidigt som den skyddsvärda rättigheten inte påverkas i lika stor utsträckning. I det aktuella fallet har vi redan konstaterat att staten har ett berättigat syfte med att begränsa möjligheten till personlig assistans för de som fyllt 65 år, nämligen av statsfinansiella skäl. Det som rimligtvis är statens syfte är helt enkelt att skapa en hållbar budget utifrån landets ekonomiska situation. I aktuellt fall så innebär detta att staten sparar pengar och genom sin budget kan placera pengarna på andra åtgärder. Staten åtnjuter en bred margin of appreciation i frågor som rör statsbudgeten, något som dock kan smalnats av när det gäller frågor om särskilt utsatta grupper. Mer om detta nedan.

Ett alternativt scenario blir rimligtvis att bevilja personen personlig assistans. Detta kommer onekligen att påverka statens syfte, nämligen att placera statliga pengar på andra delar av samhället. Antagandet av statens budget är i sin helhet en politisk fråga och något som är svårt för oss att gå närmare inpå. Däremot kan det vara av intresse att utifrån hur stor del av budgeten som tidigare gått till personlig assistans undersöka hur mycket det hade kostat för staten att slopa 65-årsgränsen i LSS.

I många fall finns det möjlighet att argumentera för att det finns andra åtgärder som skulle kunna göras av staten och som inte i lika stor utsträckning påverkar konventionens rättigheter. För att kunna konstatera att statens åtgärd inte har varit nödvändig så räcker det dock inte med att det existerar en alternativ, hypotetisk åtgärd som skulle uppfylla statens syfte utan att göra ett lika stort avkall på den konventionsskyddade rättigheten. Utöver detta så krävs det även att den alternativa åtgärden är lika lämplig som den åtgärd som faktiskt skett. Kravet på lämplighet går även att koppla till det andra steget i den generella proportionalitetsbedömningen.¹³³ Enbart när en alternativ, hypotetisk åtgärd kan leda till samma eller bättre resultat och denna åtgärd är lika lämplig som den åtgärd som skett så kan den ursprungliga åtgärden betraktas som onödig och således konventionsstridig.

Frågan i det aktuella fallet blir således om en omfördelning av statens budget, vilket innebär en slopad 65-årsgräns, är lika lämplig för att uppnå syftet, att upprätthålla nuvarande fördelning

¹³³ Se punkt 2 i ”The four Proportionality Rules” i Appendix.

av statsbudgeten, som det är att behålla 65-årsgränsen. Här anser vi å ena sidan att mycket talar för att staten skulle vinna framgång i frågan om nödvändighet eftersom ett oundvikligt resultat av att omfördela budgeten är att när en viss post ges mer pengar så kommer en annan post att fråntas pengar. Å andra sidan kan kravet på lämplighet inte anses uppfyllt om möjligheten att slopa 65-årsgränsen fortfarande innebär att statens budget går ihop. Här kan det återigen vara av intresse att undersöka om en slopad 65-årsgräns skulle få stora ekonomiska konsekvenser för staten eller ej.

Proportionalitetsbedömningen

Margin of appreciation

För att över huvud taget kunna komma in i proportionalitetsbedömningen, måste först statens så kallade *margin of appreciation* utredas. Till följd av de olikheter som finns mellan medlemsstaterna när det kommer till faktorer såsom kultur, politik, och historia, så har Europadomstolen valt att ge medlemsstaterna ett visst utrymme för att kunna tillämpa EKMR utifrån den egna nationella kontexten. Det här utrymmet kallas för statens margin of appreciation. En stats margin of appreciation tas alltid i beaktning när det ska avgöras om en stats åtgärder – eller avsaknad av dessa när det handlar om positiva förpliktelser – har inneburit ett konventionsbrott. Margin of appreciation verkar i detta syfte genom att sätta ramen för proportionalitetsbedömningen.¹³⁴

Möjligheten för staten att rättfärdiga inskränkandet av en rättighet, korrelerar med storleken på statens margin of appreciation: ju bredare margin of appreciation desto större handlingsutrymme för staten att inskränka rättigheten; ju smalare margin of appreciation desto mindre handlingsutrymme för staten att inskränka rättigheten.¹³⁵ I det som följer, har vi av naturliga skäl därför valt att primärt lyfta de omständigheter i typfallet som talar för att Sverige har en smal margin of appreciation. Vi har dock valt att, efter genomgången av de omständigheter som talar för en smal margin of appreciation, diskutera de omständigheter som också kan tala för en bredare margin of appreciation i förevarande fall. Med de smala faktorerna ställda mot den breda, kommer vi slutligen argumentera i första hand för att Sveriges margin of appreciation bör bli smal, och i andra hand viss (eng. *certain*) det vill säga ett mellanläge mellan smal och bred.

¹³⁴ Moeckli m.fl (2018) s.102; *Handyside v. UK* appl. no. 5493/72.

¹³⁵ Gerards (2019) s. 172.

Med utgångspunkt i typfallet har vi valt att lyfta följande faktorer som smalnar av statens margin of appreciation: att personen tillhör (minst) en sårbar grupp och inskränkningens påverkan på EKMR:s kärnvärden *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi*.

Den första viktiga faktorn att lyfta är alltså att inskränkningen av artikel 8 sker i kontexten av att personen – genom sin funktionsnedsättning – tillhör en så kallad sårbar grupp (eng. *vulnerable group*). Europadomstolen har angivit att staten åtnjuter en betydligt smalare margin of appreciation vid inskränkningar av rättigheter som rör denna grupp. Staten åläggs i så fall att presentera tyngre vägande skäl för sina åtgärder än vad de skulle behövt göra annars.¹³⁶ Här vill vi framhålla att personen i typfallet inte bara tillhör en, utan två sårbara grupper: hen har både en funktionsnedsättning¹³⁷, och tillhör den äldre delen av befolkningen. Att det föreligger en intersektionell aspekt vill vi särskilt lyfta, då vi menar att en sådan aspekt talar för en ännu smalare margin of appreciation i det aktuella fallet.¹³⁸

Vi vill dock uppmärksamma att Europadomstolen i sin rättspraxis inte bekräftat äldre som en sårbar grupp. Medan rättspraxis likt *A.-M.V v. Finland* kan åberopas för att visa att personer med funktionsnedsättning utgör en sårbar grupp, så måste ett påstående om att äldre utgör en sårbar grupp motiveras särskilt. Vi gör detta enligt följande.

För det första utgör äldre en grupp i samhället som i mycket större utsträckning än andra samhällsgrupper är beroende av hjälp från samhällets sida. Detta gäller alltifrån medicinsk hjälp till andra sociala och hälsorelaterade insatser. För det andra, har gruppen historiskt sett utsatts för strukturell diskriminering. Att ha blivit utsatt för strukturell diskriminering på detta vis, har Europadomstolen fastslagit som skäl till att en grupp kan anses sårbar.¹³⁹ För det tredje anser vi att äldre utgör en sårbar grupp till följd av att gruppen utsätts för *ålderism*. Som beskrivet i tidigare avsnitt¹⁴⁰ utgör ålderism är en syn på äldre som innefattar negativa stereotypa förväntningar, såsom att äldre inte kräver lika hög nivå av livskvalitet som den yngre delen av befolkningen. Ålderism innefattar även diskriminering av äldre grundat på dessa negativa stereotyper.¹⁴¹ Vi menar att ålderismens syn på och konsekvenser för äldre, leder till

¹³⁶ *Kiyutin v. Russia* appl. no. 2700/10 § 48; *A.M-V v. Finland* appl. no. 53251/13 § 73.

¹³⁷ *A.-M.V v. Finland* appl. no. 53251/13 § 73.

¹³⁸ Jfr. Europadomstolens resonemang i *B.S v Spain* appl. no 47159/08 §§ 58–62.

¹³⁹ *A.-M.V v. Finland* appl. no. 53251/13 § 73.

¹⁴⁰ För en mer ingående redogörelse för begreppet *ålderism*, se avsnitt 2.3.1 *Olika fall ska behandlas olika*.

¹⁴¹ Red. Mattsson och Numhauser-Henning (2017) s. 21.

att denna grupp kan betraktas som en sårbar grupp i samhället. Dessa tre skäl, att äldre är mer beroende av samhällets hjälp, att äldre historiskt utsatts för strukturell diskriminering, samt att äldre fortfarande utsätts för ålderism, anser vi motiverar väl att äldre utgör en sårbar grupp.

Den andra viktiga faktorn som smalnar av margin of appreciation, är inskränkningens koppling till, och negativa påverkan på EKMR:s kärnvärden *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi*. Om en inskränkning kan relateras till en eller båda av dessa kärnvärden på detta vis, så talar det starkt för att margin of appreciation blir smal.¹⁴² Inskränkningens tydliga kopplingar till och påverkan på konventionens kärnvärden i förevarande fall har redovisats för i avsnitt 3.3.1 och kommer därför inte behandlas närmare här. Enbart vikten av denna faktor och det faktum att den uppfylls så tveklöst i typfallet, poängteras.

Ovan har de två starkaste faktorerna för att en smal margin of appreciation föreligger i typfallet presenterats: att personen tillhör (minst) en sårbar grupp, och att inskränkningen har koppling till, och negativt påverkar EKMR:s kärnvärden *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi*. I nästkommande del diskuteras den faktor i fallet som tydligast talar för att Sverige istället har en bred margin of appreciation. Denna faktor är *socioekonomisk policy och budgetfrågor*.

Doktrin och rättspraxis tydliggör att staten har en bredare margin of appreciation i frågor som rör socioekonomisk policy och budget. Den här faktorn väger tungt i en bedömning hur margin of appreciation ska fastställas. Den är ett uttryck för närhets- och subsidiaritetsprincipen som säger att staten är bättre lämpad (eng. *better placed*) att reglera dessa frågor, då de kräver stor insyn i statens styrning och ekonomi. Marginalen för staten blir dessutom ännu större om fallet rör hur begränsade resurser ska fördelas inom områden som berör dessa frågor.¹⁴³

Typfallet faller onekligen inom ett sådant område som påverkas av socioekonomisk policy och budget. Här hänvisas åter till motiven för 65-årsregeln i LSS, som anger statsfinansiella skäl som argument för att begränsa rätten till personlig assistans. För att på något sätt kunna komma runt detta, vill vi för därför råda ILI att ta fram underlag som visar att statsfinansiella skäl ej längre föreligger – helt enkelt att Sverige har råd.

¹⁴² Gerards (2019), s. 188f.

¹⁴³ Gerards (2019), s. 5–7, 178–181; *McDonald v. UK* appl. no. 4241/12 § 54.

Det ska också sägas att en bred margin of appreciation inte betyder att staten kan göra vad som helst. Här axlar Europadomstolen sitt subsidiära uppdrag. Det är Europadomstolen som definierar vad som ska utgöra den lägsta graden av skydd som staten måste garantera rättigheterna i EKMR. Detta oavsett om margin of appreciation är smal eller bred.¹⁴⁴ För typfallets del vill vi därför återigen problematisera att Sveriges inskränkning grundar sig i en direkt diskriminerande lagstiftning som i sin tur gör att staten ej uppfyller sina positiva förpliktelser jämlikt artikel 8. Här menar vi att den lägsta graden av skydd som Europadomstolen ålägger staten att garantera beträffande innehållet i artikel 8, innefattar ett krav på icke-diskriminering och likabehandling. Detta med hänvisning till europarättens syn på och starka skydd mot diskriminering.¹⁴⁵ Det kan därför argumenteras för att den initialt breda margin of appreciation som Sverige skulle kunna hävda med hänvisning till att fallet rör socioekonomisk policy, trots allt smalnas av. Detta då den lägsta graden av skydd inte ges, i och med den direkt diskriminerande 65-årsregeln i LSS.

Avslutningsvis ska en faktor som i detta fall kan göra statens margin of appreciation smal eller bred beröras. Denna faktor är *common ground-faktorn*. Common ground känns igen från det första avsnittet i detta kapitel om omfattningen av begreppet *privatliv* i artikel 8. När det kommer till margin of appreciation, så används common ground dock något annorlunda. Befintligheten av common ground mellan konventionsstaterna, gör att staten ges mindre utrymme att bestämma hur de vill reglera och inskränka utövandet av rättigheten. Vice versa så leder avsaknaden av common ground mellan staterna till en bred margin of appreciation.¹⁴⁶

I förevarande fall föreligger bred konsensus för att socioekonomisk policy ska ge staten större handlingsutrymme. Detta sker samtidigt som samtliga medlemsstaters ratificering av CRPD talar för konsensus på funktionsrättens område – ett område där statens handlingsutrymme är betydligt mer begränsat. Här föreligger alltså en situation där common ground drar åt två olika håll: å ena sidan bereder den plats åt en bred margin of appreciation (större handlingsutrymme vid socioekonomisk policy), å andra sidan åt en smal margin of appreciation (mindre handlingsutrymme på grund av CRPD). Det är oklart vad detta innebär i det aktuella fallet: antingen att common ground, på grund av att den drar åt olika håll, helt ska bortses ifrån; alternativt att en *certain* margin of appreciation får bli en kompromiss där emellan. Oavsett

¹⁴⁴ Gerards (2019), s. 7.

¹⁴⁵ Jfr. artikel 14 EKMR; Gerards (2019) s. 171, 194f; *Schwizgebel v. Switzerland* appl. no. 25762/07. Se även avsnitt 3.5.

¹⁴⁶ Gerards (2019), s. 173.

befintligheten eller avsaknad av common ground, så är det slutligen viktigt att komma ihåg att befintligheten eller avsaknaden ej är allena avgörande vid bedömningen av storleken på margin of appreciation.¹⁴⁷

Vår bedömning

Vår bedömning är att Sverige *i första hand* ska anses ha en smal margin of appreciation, *i andra hand* en viss margin of appreciation.

För det första talar det för en smal margin of appreciation att två tunga faktorer vad gäller detta uppfylls mer än önskvärt i typfallet (sårbar grupp och relation till EKMR:s kärnvärden). Här är argumentationen tveklöst starkast. För det andra talar det för en smal margin of appreciation när en reglering förvisso faller under socioekonomisk policy och budget, men ändå kan anses konventionsstridig då den inte uppfyller kraven på lägsta skydd där vi menar att icke-diskriminering ingår. För det tredje talar det för en smal margin of appreciation då dessa faktorer gemensamt, väger mer tillsammans än den faktor som aktualiserar socioekonomisk policy och budget.

Det som talar för en *viss* margin of appreciation, är att den socioekonomiska faktorn ändå anses vara så pass avgörande. Trots de tungt vägande skälen för en smal margin of appreciation, så gör den ytterligare tyngd som getts den bredare faktorn, att en certain margin of appreciation inte kan uteslutas. Det oklara rättsläget vad gäller common ground-faktorn styrker detta ytterligare.

Proportionalitetsbedömningen (fair balance)

Som det sista steget i bedömningen om statens inskränkning varit nödvändig i ett demokratiskt samhälle görs ett så kallat fair balance-test, vilket även kan kallas för ett proportionalitetstest i strikt mening. Bedömningen utgör det sista steget i den generella proportionalitetsbedömningen och är uppbyggd på tre steg.¹⁴⁸ Detta ”balanseringstest” kan användas i flera olika jurisdiktioner och vad man väljer att kalla testet skiljer sig således från de olika jurisdiktionerna. När Europadomstolen gör fair balance-testet för att utreda om en rättighetskränkning kan utgöra ett konventionsbrott så används ofta begreppet

¹⁴⁷ Gerards (2019) s. 177.

¹⁴⁸ Klatt och Meister (2012) s.8f.

proportionalitetsbedömning varför vi även valt att kalla det för en proportionalitetsbedömning i vår rapport.¹⁴⁹

Proportionalitetsbedömningen kan alltså delas in i tre steg. Det första steget är att undersöka rättighetsinskränkningens allvar i den aktuella situationen (eng. *the intensity of the interference*). Nästa steg är därefter att undersöka vikten av att statens syfte med åtgärden uppfylls (eng. *the importance of pursuing the legitimate aim*). När man har identifierat de två första stegen så är det sista steget att bedöma om vikten av att uppfylla statens intresse kan rättfärdiga inskränkningen av konventionsrättigheten i det aktuella fallet (eng. *whether the importance of pursuing the legitimate aim can justify the infringement of the right*). Det är således i sista steget som själva ”balanseringen” görs i form av en intresseavvägning mellan de två motstående intressena som identifierats i de inledande stegen.¹⁵⁰

Som ovan nämnt är proportionalitetsbedömningen styrd av den margin of appreciation som föreligger i fallet. Förutom att margin of appreciation påverkar statens handlingsutrymme i det aktuella fallet så påverkar det till vilken grad som Europadomstolen väljer att granska de intressen som står emot varandra. Ju bredare statens margin of appreciation är desto mer lämpar Europadomstolen över proportionalitetsbedömningen på staten. Detta innebär motsatsvis att ju smalare margin of appreciation är desto mer noggrant utför Europadomstolen intresseavvägningen mellan rättighetsinskränkningen och statens åtgärder.¹⁵¹

Steg 1: Inskränkningens allvar

Vi anser att det finns många skäl som talar för att det i det aktuella fallet föreligger en allvarlig inskränkning av rätten till skydd för privatlivet. Inledningsvis vill vi uppmärksamma att mycket av det som vi behandlat ovan och som vi anser skapar en smal margin of appreciation i det aktuella fallet även kan användas som argument för att inskränkningen i det aktuella fallet är allvarlig.¹⁵² De argument som talar för en smal margin of appreciation och som vi även menar talar för inskränkningens allvar är att personen tillhör flera sårbara samhällsgrupper samt att Sveriges lagstiftning är direkt diskriminerande.

¹⁴⁹ Gerards (2019) s.242f.

¹⁵⁰ Klatt och Meister (2012) s.157.

¹⁵¹ Gerards (2019) s.243.

¹⁵² Gerards (2019) s.245.

Personen tillhör två sårbara samhällsgrupper

Mot bakgrund av ovanstående vill vi först poängtera att personen i det aktuella fallet tillhör två samhällsgrupper som är och har varit extra sårbara: gruppen personer med funktionsnedsättningar och gruppen äldre. Personer med funktionsnedsättningar har historiskt sett utgjort en grupp som varit utsatta för strukturell diskriminering och missgynnande utifrån samhälleliga normer. Något som särskilt talar för och bekräftar att denna syn på funktionsnedsatta existerar är införandet av CRPD, där man uttryckligen belyst att personer med funktionsnedsättningar i praktiken inte kan åtnjuta mänskliga rättigheter på lika villkor som personer utan en funktionsnedsättning.

Att personer med funktionsnedsättningar utgör en sårbar grupp i samhället har även bekräftats av Europarådet och av Europadomstolens rättspraxis. I målet *A.-M.V v. Finland* nämner Europadomstolen att vid fall som rör inskränkningar av privatlivet så ska domstolen beakta de principer som styr medlemsstaternas positiva förpliktelser och särskilt de som avser att skydda särskilt sårbara grupper.¹⁵³ Domstolen erkänner i detta fall att personer med funktionsnedsättningar är en sådan grupp som kan anses särskilt sårbar.¹⁵⁴ Att personer med funktionsnedsättningar kan anses utgöra en sårbar grupp har även bekräftats av Europarådet, bland annat genom ”*Resolution on safeguarding adults and children with disabilities against abuse.*”¹⁵⁵

Förutom att personen har en funktionsnedsättning är hen även över 65 år och tillhör således den äldre delen av befolkningen. Detta har vi nämnt som ett skäl till varför margin of appreciation bör vara smal i det aktuella fallet och vi anser alltså att detta även talar för inskränkningens allvar. Precis som vi nämnt ovan har inte Europadomstolen bekräftat detta som en särskilt utsatt grupp i sin rättspraxis, dock anser vi att den ändå kan räknas som det.¹⁵⁶

Vi anser att personens funktionsnedsättning och ålder sätter henom i en särskilt utsatt situation eftersom hen missgynnas på flera grunder. Ur ett intersektionellt perspektiv anser vi därför att inskränkningen av personens privatliv i det aktuella fallet blir extra allvarlig. Detta då flera

¹⁵³ *A.-M.V. v. Finland*, appl. no. 53251/13, § 69.

¹⁵⁴ *A.-M.V. v. Finland*, appl. no. 53251/13, § 90.

¹⁵⁵ ResAP (2005)1.

¹⁵⁶ Se motivering till varför äldre bör anses som en sårbar grupp i avsnittet om *Margin of appreciation*.

missgynnandegrunder tillsammans kan skapa en ännu allvarligare utsatthet än vad summan av varje missgynnande blir isolerat för sig.¹⁵⁷

Inskränkning av artikel 14

Att inskränkningens allvar förstärks av att personen tillhör den äldre delen av befolkningen anser vi inte enbart bygger på att äldre omfattas av en särskilt sårbar grupp i samhället. Här menar vi att det även rör sig om en inskränkning av en annan konventionsrättighet, nämligen förbudet mot diskriminering enligt artikel 14 EKMR. Som vi har diskuterat ingående i avsnitt 2 om CRPD utgör 65-årsregeln i LSS åldersdiskriminering. Detta då den fråntagna rätten till personlig assistans utgör en direkt diskriminering grundat på ålder. I en europarättslig kontext så aktualiserar detta artikel 14 EKMR. Här framgår att åtnjutandet av rättigheterna enligt konventionen ska tillförsäkras utan diskriminering på någon grund. Artikeln anger ett flertal diskrimineringsgrunder men listan är inte uttömmande.¹⁵⁸

Europadomstolen har i fallet *Schwizgebel v. Switzerland* diskuterat en eventuell kränkning av diskrimineringsförbudet i artikel 14 EKMR där ålder utgjort en diskrimineringsgrund.¹⁵⁹ Ålder som diskrimineringsgrund har även diskuterats i fallet *Joksas v. Lithuania*.¹⁶⁰ Även om domstolen i båda fallen inte ansett att det förelegat en kränkning av diskrimineringsförbudet så talar dessa fall för att Europadomstolen analogt kan tolka ålder som en diskrimineringsgrund utifrån artikel 14 EKMR. Detta då domstolens resonemang i båda fallen inte diskuterat eller satt sig emot att ålder skulle kunna utgöra en diskrimineringsgrund enligt artikel 14 EKMR.

Mot bakgrund av att ålder kan anses utgöra en diskrimineringsgrund i artikel 14 EKMR och att en direkt diskriminering baserat på ålder aktualiseras genom 65-årsgränsen i LSS, anser vi att även förbudet mot diskriminering enligt artikel 14 EKMR har inskränkts i det aktuella fallet. Att inskränkningen av privatlivet enligt artikel 8 EKMR även aktualiserar en inskränkning av en annan konventionsskyddad rättighet anser vi således talar starkt för allvaret i inskränkningen av artikel 8.

Inskränkning av artikel 11 EKMR

¹⁵⁷ Petrova, *The equal rights review* (2016) s. 5.

¹⁵⁸ Schabas (2015) s.572.

¹⁵⁹ *Schwizgebel v. Switzerland* appl. no. 25762/07.

¹⁶⁰ *Joksas v. Lithuania* appl. no. 25330/07.

I det aktuella fallet menar vi att inskränkningen av artikel 8 EKMR även kan innebära en inskränkning av mötes- och föreningsfriheten enligt artikel 11 EKMR. Mötes- och föreningsfriheten enligt artikel 11 EKMR innebär en rätt till fredliga möten och friheten att bilda föreningar med andra människor. Rättigheten är nära kopplad till utövandet av politiska rättigheter i en modern demokrati.¹⁶¹ Rättigheten är även djupt rotad i många länders konstitutioner och uppmärksammad långt innan den kodifierats i folkrättsliga traktat, något som särskilt uppmärksammades vid utkastet till UDHR.¹⁶² Europakonventionen bygger i grunden på politiska- och medborgerliga rättigheter, varför kränkningar av dessa rättigheter bör betraktas som extra allvarliga.

Eftersom personen i typfallet inte beviljas personlig assistans så är enda möjligheten för denne att ta sig ut i samhället de ledsagartimmar som hen blir beviljad. Vissa månader har personen inte blivit beviljad mer än 30 ledsagartimmar, vilket inneburit att hen behövt använda dessa timmar till ärenden kopplat till hens medicinska situation. Personen har uttryckt en vilja om att delta och engagera sig i politiska föreningar men har inte kunnat delta i dessa sammankomster till följd av att ledsagartimmarna inte räcker till. Vi anser att det är djupt problematiskt att personen stängs ute från en av demokratins grundläggande rättigheter, nämligen rätten att engagera sig politiskt. Vi anser att denna utestängning innebär en inskränkning av mötes- och föreningsfriheten enligt artikel 11 EKMR, vilket förstärker inskränkningen av artikel 8:s allvar.

EKMR:s kärnvärden och livskvalitet

Den tydligaste formen av skydd för rätten till liv framgår av artikel 2 EKMR. Denna rättighet innebär dock bara en rätt att få överleva och inte rätt till ett visst innehåll i livet. Det är istället här som artikel 8 EKMR kommer in. Europadomstolen har angivit att det är i artikel 8 EKMR som en individ tillförsäkras en viss livskvalitet och således kan göra gällande frågor om att leva, inte enbart att överleva.¹⁶³ Tanken om skyddet för kvaliteten i livet är nära kopplat till konventionens kärnvärden, nämligen rätten till *mänsklig värdighet* och *personlig autonomi*. Det stöd som personen i nuläget blivit beviljad hjälper henom att överleva, vilket visserligen

¹⁶¹ Schabas (2015) s.483.

¹⁶² UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/Add 1.

¹⁶³ *Pretty v. UK* appl. no. 2346/02 § 65.

är konformt med rätten till liv enligt artikel 2 EKMR. Det finns dock inget stöd i nuläget som hjälper personen att leva ett värdigt liv präglad av dessa kärnvärden.

Rätten till en viss livskvalitet aktualiseras inte enbart för personer med funktionsnedsättningar, utan även för personer över 65 år. Vi anser att en syn på äldres livskvalitet baserat på *ålderism*, inte möter de krav på livskvalitet som artikel 8 ställer upp. Här vill vi också understryka att en ålderistisk syn på äldres livskvalitet, inte kan anses förenlig med kärnvärdet *mänsklig värdighet*. Att bli äldre ska inte innebära ett avkall på kvaliteten i livet. Det kan inte anses respektera den mänskliga värdigheten hos den äldre delen av befolkningen, om denna grupp förvägras samma livskvalitet som alla andra. Det är inte för inte som talesättet lyder ”att åldras med värdighet”.

Rätten till en viss livskvalitet blir särskilt viktig i fall som rör personer med funktionsnedsättningar. Till följd av att CRPD har antagits av både EU och samtliga medlemsländer som ratificerat EKMR så föreligger en stark europeisk konsensus om att personer med funktionsnedsättningar inte ska betraktas som en medicinsk börda på samhället utan som människor av lika värde som personer utan en funktionsnedsättning.¹⁶⁴ Det kan således anses föreligga europeisk konsensus beträffande synen på livskvalitet hos personer med funktionsnedsättningar, något som talar för att en inskränkning av detta bör betraktas som allvarlig.

Vi resonerar enligt följande angående graden av livskvalitet i typfallet. Inskränkningen i det aktuella fallet handlar inte om en delvis inskränkning av personens självbestämmande eller en delvis inskränkning av personens möjlighet till personlig utveckling och relationer med andra människor. I det aktuella fallet föreligger en total inskränkning av personens privatliv. Det föreligger även en total avsaknad på möjligheter för personen att styra sin egen livssituation. Hen har inget stöd som är kopplat till honom, utan allt stöd är kopplat till hans hem. Det är ett faktum att enbart personlig assistans kan erbjuda stöd som är knutet till personen, varför avsaknaden av personlig assistans alltid kommer skapa en allvarlig inskränkning av privatlivet för personer i en likvärdig position som personen i typfallet. Detta tillsammans med ovan förda resonemang anser vi talar för att inskränkningen i det aktuella fallet är allvarlig.

¹⁶⁴ Kayess and French (2008) s.3.

Steg 2: Statens syfte

Vi går nu över till att belysa de faktorer som talar för vikten av de statliga åtgärder som inneburit en inskränkning av artikel 8 EKMR.

Som vi har nämnt i avsnitt 3.4.2 så har staten ett berättigat syfte med 65-årsgränsen, nämligen de statsfinansiella skäl som talar för att personer över 65 år inte kan beviljas personlig assistans enligt LSS. Vi har även på flera ställen uppmärksammat att staten har ett stort utrymme att styra över statsfinansiella frågor och att Europadomstolen normalt avhåller sig från att blanda sig i dessa frågor. Detta talar för en bred margin of appreciation i det aktuella fallet och även för att statens åtgärd är nödvändig för att upprätthålla den budgetfördelning som föreligger idag.

Även om staten generellt åtnjuter ett större utrymme i frågor som rör socioekonomisk policy och budgetfrågor så ska frågan om vikten av att upprätthålla 65-årsgränsen avgöras utifrån omständigheterna i det aktuella fallet. Det innebär att vikten av att upprätthålla 65-årsgränsen måste avgöras mot bakgrund av de konsekvenser det innebär för personen i det enskilda fallet.

Motiven bakom 65-årsgränsen är å ena sidan att personer som tidigare erhållit personlig assistans ska kunna fortsätta få personlig assistans efter 65 år, för att främja kontinuitet. En person som inrättat ett liv beroende av personlig assistans ska av den anledningen inte vara rädd för att förlora sin personliga assistans efter fyllda 65 år.¹⁶⁵ Personer som å andra sidan är i behov av personlig assistans efter fyllda 65 år har ingen möjlighet att söka sådant stöd. Bakgrunden till detta är staten vill motverka att personlig assistans blir ett komplement till dagens äldreomsorg.¹⁶⁶

Mot bakgrund av de uttalanden som har gjorts i förarbetena till 65-årsgränsen i LSS är det tydligt att staten vill begränsa utrymmet för att få ta del av personlig assistans. Vidare bör 65-årsgränsen betraktas som en stoppkloss för att personlig assistans ska bli en del av dagens äldreomsorg. Det är dock inte utformningen av Sveriges äldreomsorg som är det huvudsakliga skälet bakom 65-årsgränsen utan främst rör det sig om statsfinansiella skäl. När Sverige införde personlig assistans som en stödform till personer med funktionsnedsättningar så ansågs det inte

¹⁶⁵ Prop. 2000/01:5, s.10.

¹⁶⁶ Prop. 2000/01:5, s. 11.

möjligt att erbjuda personlig assistans till personer i alla åldrar.¹⁶⁷ Personer över 65 år skulle således inte omfattas av rätten till personlig assistans utan istället luta sig mot stödformer som erbjuds enligt SoL i form av hemtjänst samt de ledsagningstimmar som den enskilde kan beviljas enligt LSS.¹⁶⁸

I och med lagändringen år 2000 så utökades stödet genom personlig assistans till personer över 65 år, villkorat att de haft beviljat stöd innan 65-årsdagen eller att sådant stöd ansökts om innan 65-årsdagen. I samband med beslutet om att utvidga personlig assistans till personer över 65 år så redovisade lagstiftaren de ekonomiska konsekvenser som sloandet av 65-årsgränsen skulle innebära för staten. Resultatet av undersökningen var att sloandet skulle innebära ökade kostnader för staten och minskade kostnaderna för kommunerna.¹⁶⁹

Sammantaget innebär utökningen av rätten till personlig assistans att kostnaderna stiger på nationell nivå samtidigt som det leder till besparingar på kommunal nivå. Enligt de beräkningar som redovisades så innebär en utökad rätt till personlig assistans således statsfinansiella förändringar, något som däremot över tid kommer att stabiliseras.¹⁷⁰ Den analys av de ekonomiska konsekvenser som lagstiftaren presenterade är dock baserad på att 65-årsgränsen upprätthålls och att personlig assistans bara erbjudas personer över 65 år på vissa villkor. Av den anledningen har staten inte presenterat vilka ekonomiska konsekvenser en helt slopad 65-årsgräns skulle innebära.

De senaste ändringar som gjordes av rätten till personlig assistans och som innebar en utökad rätt för personer över 65 år gjordes innan Sverige ratificerade CRPD. När Sverige år 2008 ratificerade CRPD så angav man att Sverige kunde ratificera konventionen och dess tillhörande protokoll utan att göra ändringar i svensk lag gällande personlig assistans och andra stödformer. Man ansåg helt enkelt att svensk lagstiftning redan innan tillträdet till CRPD var konventionskonform.

Som nämnt ovan kan CRPD anses utgöra europeisk konsensus då samtliga länder som ratificerat EKMR även har ratificerat CRPD. Att Sveriges lagstiftning utifrån statens egna

¹⁶⁷ Prop. 1992/93:159, s. 64.

¹⁶⁸ Prop. 2000/01:5, s. 10.

¹⁶⁹ Prop. 2000/01:5, s. 15.

¹⁷⁰ Prop. 2000/01:5, s. 16.

perspektiv uppfyller kraven i CRPD kan således tolkas som att rätten till personlig assistans når upp till de krav som de europeiska länderna tillsammans är enade om. Här bör man dock observera att det är staten som anser att svensk lagstiftning är konventionskonform vilket inte nödvändigtvis stämmer.

Den 65-årsgräns som idag hindrar personen i typfallet från att erbjudas personlig assistans bygger på utformningen av svensk äldreomsorg samt statens ekonomi och budget. Att 65-årsgränsen är problematisk har uppmärksammats av staten i förarbetena till LSS. Trots det har man dock valt att upprätthålla den. Att 65-årsgränsen diskuterats och lättats på till viss del talar för att Sverige är medveten om att personer som egentligen är berättigade personlig assistans enligt LSS idag inte kan få det. Att personlig assistans innebär en ökad självbestämmanderätt för den enskilde har även lyfts i förarbetena.¹⁷¹ Att Sverige inser vad personlig assistans gör för en människas livskvalitet är således ostridigt. Det som dock kan anses stridigt är om staten anser att den nivån av livskvalitet som personlig assistans möjliggör enbart tillhör en viss del av befolkningen, det vill säga enbart personer under 65 år.

Att Sverige ratificerat CRPD talar även för att staten har en viss syn på personer med funktionsnedsättningar kopplat till frågor om mänskliga rättigheter. Vidare tyder det på att Sverige faktiskt har utrett hur svensk lagstiftning förhåller sig till internationell rätt, även om det går att ifrågasätta hur grundlig utredningen var i och med att Sverige ansåg att CRPD kunde ratificeras helt utan ändringar i den svenska lagstiftningen.¹⁷² Utifrån Sveriges agerande får det således antas att landets ekonomi, enligt Sverige, inte klarar att slopa 65-årsgränsen. Detta bör betraktas som statens argument för vikten av att upprätthålla 65-årsgränsen och därmed inskränka den enskildes privatliv enligt artikel 8 EKMR.

Steg 3: Intresseavvägningen

När ovan motstående intressen är identifierade ska slutligen en intresseavvägning göras. Om inskränkningen är allvarlig samtidigt som statens syfte är svagt kan inte en inskränkning rättfärdigas. I det aktuella fallet blir frågan om konsekvenserna av att upprätthålla 65-årsgränsen är mycket värre för den enskilde än nyttan av att behålla den är för staten. Om 65-årsgränsen således påverkar den enskildes rätt till privatliv på ett sätt som inte motiverar statens agerande så föreligger det ett konventionsbrott enligt EKMR.

¹⁷¹ Prop. 2000/01:5, s.10.

¹⁷² Prop. 2008/09:28, s.1.

Vi kan utifrån Europadomstolens praxis samt principerna som styr EKMR konstatera att staten har ett stort utrymme att bestämma över frågor som rör socioekonomisk policy och budgetfrågor. Detta bygger bland annat på *better placed*-argumentet vi berört tidigare, som säger att varje medlemsstat har makten att själv styra över hur de fördelar sina resurser. Inskränkningar som bygger på statsfinansiella skäl kan av den anledningen ofta rättfärdigas enligt EKMR.

I aktuellt fall anser vi dock att det finns för många faktorer som gör att inskränkningen av personens rätt till skydd för privatlivet inte kan rättfärdigas. Att personen inte beviljas personlig assistans aktualiserar en sådan djup inskränkning av hens privatliv att statsfinansiella skäl inte kan balansera upp inskränkningens allvar. Vi menar av den anledningen att inskränkningen påverkar själva kärnan av rätten till skydd för privatlivet (eng. *the essence of the right*). De pengar som staten sparar på att upprätthålla 65-årsgränsen kan således inte motivera de effekter som avsaknaden av personlig assistans skapar för personen i det enskilda fallet.

Som nämnt ovan skapar inskränkningen en nästintill total isolering för personen då han sällan får ta sig ut ur sitt hem av anledningar som är kopplade till den personliga utvecklingen. Detta får till följd att hen begränsas från att delta i politiska sammankomster, något som utgör en grundläggande rättighet i varje modern demokrati. Rätten att få utveckla relationer med andra människor, exempelvis personer som delar samma politiska engagemang, fråntas även personen till följd av att personlig assistans inte beviljas.

Vi anser vidare att statsfinansiella skäl inte kan rättfärdiga en regel som, förutom att den allvarligt inskränker privatlivet, även innebär en direkt diskriminering på grund av ålder. Detta förstärks även av att personen har en funktionsnedsättning och av den anledningen tillhör en samhällsgrupp som ur ett historiskt perspektiv blivit utsatt för diskriminering. Att personen inte blir beviljad personlig assistans skapar ur ett intersektionellt perspektiv en särskilt allvarlig inskränkning då hen diskrimineras på mer än en grund.

Slutligen vill vi återigen lyfta fram att en inskränkning som innebär att konventionens kärnvärden kränks bör betraktas som särskilt allvarlig. Sveriges gör en stor åtskillnad på mänsklig värdighet genom att inte bevilja personer över 65 år personlig assistans, något som personen är i behov av till följd av sin funktionsnedsättning samt de funktionshinder som

samhället skapar. Det aktuella fallet ger en väldigt tydlig bild över Sveriges syn på vilken livskvalitet personer med funktionsnedsättningar samt personer som tillhör den äldre delen av befolkningen bör tillförsäkras. Att i personens situation inte beviljas något stöd som anpassas efter honom, skapar ett liv helt i avsaknad av självbestämmande. Personen saknar helt makt över sitt eget liv, sin personliga utveckling samt sina relationer med andra människor i samhället.

Vi säger inte emot Sveriges rätt att utifrån en politisk synvinkel styra över statens budget och att detta kan innebära beslut baserat på prioriteringar. Vi ifrågasätter dock starkt att dessa prioriteringar får göras till vilket pris som helst. I det aktuella fallet innebär dessa prioriteringar allvarliga konsekvenser och således en allvarlig inskränkning av personens privatliv. Mot bakgrund av de faktorer som vi anser påverkar inskränkningen allvar menar vi således att inskränkningen av personens rätt till skydd för privatlivet enligt artikel 8 EKMR inte kan rättfärdigas.

Sammanfattningsvis

Vi har i detta avsnitt konstaterat att inskränkningen av artikel 8 EKMR har stöd i lag och troligtvis svarar mot ett berättigat syfte. I artikel 8.2 EKMR finns det en uttömmande lista över vad som kan utgöra ett berättigat syfte och där tas bland annat statsfinansiella skäl upp. Givetvis finns det utrymme att argumentera mot laglighetskravet och kravet på berättigat syfte. Exempelvis kan man ifrågasätta om en lagregel som är direkt åldersdiskriminerande uppfyller kravet på laglighet. Vi anser dock att störst utrymme för att argumentera mot att inskränkningen kan rättfärdigas finns utifrån kravet på inskränkningens nödvändighet i ett demokratiskt samhälle.

En given fråga när det rör sig om sociala och ekonomiska rättigheter är om mer finansiellt stöd kan läggas på en viss åtgärd, i det här fallet beviljandet av personlig assistans, utan att det skulle skada statens ekonomiska välstånd. Slopandet av 65-årsregeln kräver visserligen en omfördelning av budgeten men innebär samtidigt att inskränkningen av rätten till privatliv upphör. Rimligtvis innebär upprätthållandet av 65-årsgränsen att Sverige sparar pengar som kan placeras på annat, varför åtgärden kan betraktas som nödvändig och lämplig för att upprätthålla ett visst ekonomiskt välstånd. Vi anser dock att de ekonomiska konsekvenser som slopandet av 65-årsregeln skulle resultera i inte är proportionerliga med den allvarliga

inskränkning upprätthållandet av regeln innebär. Detta leder oss vidare in på proportionalitetsbedömningen.

Som vi ingående har diskuterat i proportionalitetsbedömningen anser vi att det finns alldeles för många faktorer som talar för inskränkningens allvar och som av den anledningen väger tyngre än vikten att upprätthålla 65-årsregeln. Att inskränkningen påverkar konventionens kärnvärden, andra konventionsskyddade rättigheter samt skadar en person som tillhör två sårbara samhällsgrupper är enligt vår mening allvarliga konsekvenser som inte kan betraktas som acceptabla enligt EKMR.

Slutligen vill vi uppmärksamma att frågor om sociala och ekonomiska rättigheter normalt innebär att staten åtnjuter en bred margin of appreciation. I aktuellt fall anser vi dock att den, mot bakgrund av ovan redovisade faktorer, ska vara smal alternativt viss. Till följd av detta vill vi således poängtera att Sverige har ett begränsat handlingsutrymme i denna fråga och att Europadomstolen noggrant bör granska de intressen som väger emot varandra i fallet.

Mot bakgrund av detta anser vi att inskränkningen av rätten till skydd för privatlivet enligt artikel 8 EKMR i det aktuella fallet inte kan rättfärdigas, varför ett brott mot EKMR föreligger. Staten har av den anledningen en positiv förpliktelse att erbjuda personlig assistans till personer över 65 år.

3.5 Rätt till personlig assistans enligt artikel 14 jämte artikel 8

Ovan har vi redovisat för hur avsaknaden av personlig assistans i typfallet utgör en inskränkning av rätten till privatliv enligt artikel 8. Vi har visat att Sverige har en positiv förpliktelse att tillgodose personen denna stödform, då ett fullgott åtnjutande av rätten till privatliv är avhängig den. Slutligen har vi redogjort för att den inskränkning av artikeln som sker inte kan rättfärdigas.

Följande avsnitt tar sikte på en situation där Europadomstolen invänder mot ovanstående resonemang i allmänhet, och den roll personlig assistans spelar i synnerhet. Det finns en risk att domstolen invänder mot vår argumentation gällande kravet på omedelbart samband (se

avsnitt 3.3.2). Även om domstolen skulle anse att en inskränkning av privatlivet föreligger givet sakomständigheterna, så skulle den kunna mena att inskränkningen ej är avhängig beviljandet av personlig assistans. En sådan argumentationslinje skulle exempelvis kunna hävda att rättighetsinskränkningen hade kunnat lösas genom mer hemtjänst och fler ledsagningsstimmar. För det fall att domstolen väljer att gå på den här linjen, har vi velat bereda ILI med ett andrahandsyrkande om att en rätt till personlig assistans trots allt föreligger, om artikel 14 läses jämte artikel 8.

Betydelsen av artikel 14

Artikel 14 kräver att staten tillförsäkrar åtnjutandet av alla fri- och rättigheter i konventionen på icke-diskriminerande grund. Artikeln går även längre än enbart konventionens fri- och rättigheter: artikel 14 kräver icke-diskriminering för det fall att en stat väljer att upplåta en rättighet *utöver* den minimistandard som EKMR erbjuder. Så länge som en nationell rättighet kan anses falla inom omfattningen av en konventionsrättighet, så kräver artikel 14 att staten inte diskriminerar vid upplåtandet av den nationella rättigheten.¹⁷³ Detta betyder att om Sverige erbjuder en rätt till personlig assistans (vilket görs via LSS), så får Sverige *inte* göra åtskillnad på vem som får åtnjuta rättigheten, om detta åtskiljande sker på diskriminerande grund. Som tidigare diskuterat, utgör ålder och funktionalitet sådana diskrimineringsgrunder.

Att argumentera för rätt till personlig assistans utifrån artikel 14 jämte artikel 8

Vi vill till att börja med förtydliga hur en argumentation om rätt till personlig assistans utifrån artikel 14 jämte artikel 8 skiljer sig från en argumentation utifrån enbart artikel 8. För det fall att Europadomstolen skulle gå på vårt förstahandsyrkande baserat på artikel 8, så skulle detta leda till att personen i typfallet ges rätt till personlig assistans då åtgärden anses utgöra det möjliggörande momentet för hans åtnjutande av sin *rätt till privatliv*. För det fall att Europadomstolen skulle gå på vårt andrahandsyrkande, så skulle utfallet bli att personen ges rätt till personlig assistans då personen annars primärt *åldersdiskrimineras*, men också för att utebliven personlig assistans utgör diskriminering av personer med *funktionsnedsättning*. De två yrkandena har alltså olika fokus: det första på en rätt till personlig assistans för åtnjutandet av privatlivet, det andra på en rätt till personlig assistans för åtnjutandet av friheten från diskriminering.

¹⁷³ Se artikel 14 EKMR; Schabas (2015), s. 562 f; *Konstantin Markin v Russia*, appl. no 30078/06 § 129–130.

En argumentation utifrån artikel 14 måste visa att typfallet, som behandlar den nationella rätten till personlig assistans, faller inom omfattningen av begreppet *privatliv* i artikel 8. För argument för att så är fallet, hänvisar vi till avsnitt 3.2. Vidare måste argumentationen utifrån artikel 14 visa att 65-årsregeln leder till ett missgynnande av personen i typfallet, och att detta missgynnande är otillbörligt (det vill säga inte kan rättfärdigas). Samma bedömning av legitimt mål, nödvändighet, och proportionalitet görs här.¹⁷⁴ Vår argumentation rörande detta återfinns framför allt i avsnitt 2.3 och 2.4 om CRPD men även i avsnitt 3.4 om rättfärdigande av inskränkningen enligt artikel 8 EKMR.

Vi menar att den argumentation som lagts fram i tidigare avsnitt och som hänvisas till i föregående stycke, klart och tydligt visar att 65-årsregeln i LSS leder till att personen i typfallet otillbörligt missgynnas primärt på grund av *ålder*, men även på grund av hen är en äldre person *med en funktionsnedsättning*. Mot denna bakgrund anser vi därför att utebliven personlig assistans utgör en kränkning av artikel 14 jämte artikel 8.

3.6 Sammanfattning av EKMR

I detta kapitel har vi argumenterat för att personen i typfallet har rätt till personlig assistans utifrån i första hand artikel 8 om rätten till privatliv, och i andra hand utifrån artikel 14 jämte 8 om frihet från diskriminering.

I det förra fallet har vi visat hur personens rätt till självbestämmande, personlig utveckling och möjlighet att utveckla relationer med andra människor i samhället under rådande omständigheter inskränks. Vi har också visat att detta skett på grund av att staten ej har uppfyllt sin positiva förpliktelse att tillgodose behovet av personlig assistans. Att staten är ålagd en sådan positiv förpliktelse har kunnat styrkas genom att påvisa det omedelbara samband mellan beviljandet av personlig assistans och det fullgoda åtnjutandet av rätten till privatliv. Vi har också visat att inskränkningen inte kan rättfärdigas inom ramen för statens margin of appreciation och framför allt inte med hänsyn till vad som framgår av den efterföljande proportionalitetsbedömningen.

¹⁷⁴ Schabas (2015) s. 564–566.

I det senare fallet har vi visat att personen har rätt till personlig assistans, då avsaknaden av den utgör diskriminering baserat på ålder och funktionsnedsättning. Här har vi tagit avstamp i omfattningen av begreppet privatliv och sedan rört oss in i artikel 14. Med hänvisning till resonemang i tidigare kapitel har vi kunnat visa hur en inskränkning av diskrimineringsförbudet har skett och att ej heller denna kan rättfärdigas.

4 Avslutande reflektioner

Vårt uppdrag har varit att *utreda rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år*. I denna sista del av rapporten presenterar vi våra avslutande reflektioner baserat på den utredning som gjorts.

Till att börja med konstaterar vi att CRPD och EKMR har sina respektive för- och nackdelar. CRPD ger å ena sidan en mycket mer uttrycklig och specifik rätt till personlig assistans än vad EKMR gör. Å andra sidan kan en talan utifrån CRPD föras i varken svensk eller internationell domstol. I CRPD:s fall är det CRPD-kommittén den enskilde får vända sig till. En nackdel är att kommitténs avgöranden inte har samma bindande verkan som ett domslut. Fördelen är dock att dessa avgöranden fortfarande ska ses som vägledande praxis i hur konventionen tillämpas. EKMR ger å ena sidan möjlighet till prövning i Europadomstolen. En fällande dom i denna instans väger tungt såväl politiskt som juridiskt. Å andra sidan kräver EKMR en mer omfattande argumentation för att personlig assistans ska anses omfattas av konventionens rätt till privatliv, alternativt frihet från diskriminering.

Vidare så utgör både CRPD och EKMR folkrättsliga traktat som Sverige antagit och ratificerat. Som internationella instrument som skyddar mänskliga rättigheter utgör de således formellt likställda konventionstexter med samma bindande verkan för Sverige. Här kan det dock vara intressant att påpeka att EKMR även utgör svensk lag, vilket CRPD inte gör. Genom 2:19 RF, har EKMR dessutom erhållit status som grundlagsskyddad. Vi har inte gått närmare in på vad det innebär att använda sig av EKMR som folkrättsligt traktat jämfört med att använda sig av EKMR som svensk lag. Vi vill dock poängtera att det faktum att EKMR är skyddat av grundlagen i Sverige, samtidigt som CRPD inte är inkorporerad i svensk lag, säger något om Sveriges syn på de respektive instrumenten. Här talar mycket för att EKMR är mer bekant och närmare till hands att använda för den svenska rättstillämparen.

Vi vill också kort påminna om processhinder. Processhinder föreligger hos såväl CRPD-kommittén som Europadomstolen, om ansökan till den ena redan har gjorts till den andra. Vi vill därför understryka att det är viktigt att bestämma sig för vilket internationellt organ man vill ansöka till och inte göra det samtidigt.

Avslutningsvis anser vi att båda instrument besitter stora styrkor för en övertygande argumentation för en rätt till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år. Vi menar att framgång kan nås såväl i en process hos CRPD-kommittén som i Europadomstolen. De två instrumenten må ha sina för- och nackdelar. Behandlade med rätt fokus, anser vi dock att de båda utgör viktiga nycklar för den enskilde att hävda sin rätt. Med dessa nycklar till hands, är det inte bara vår förhoppning utan vår övertygelse att den enskilde i slutändan ska ges den rätt som möjliggör det självbestämda och självständiga liv hen egentligen önskar och vill.

Referenser

Litteratur

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

Broderick Amanda (2018). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the European Convention on Human Rights: a tale of two halves or a potentially unified vision of human rights?*. I: Cambridge International Law Journal, Vol. 7 No. 2, pp. 199-224

García Roca Javier, Santolaya Pablo (2012). *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers

Gerards Janneke (2019). *General Principles on the Convention of Human Rights*, Cambridge University Press

Grobelaar Du Plessis Ilze, Njau Jehoshaphat (2018). 'Art.29 Participation in Political and Public Life.' I: Bantekas Ilias, Ashley Stein Michael, Anastasiou Dimitris (red.) *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford University Press.

Fiala-Butora János, Rimmerman Arie, Gur Ayelet (2018). 'Art.19 Living Independently and Being Included in the Community'. I: Bantekas Ilias, Ashley Stein Michael, Anastasiou Dimitris (red.) *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford University Press.

Kayess Rosemary, French Philip (2008). *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Human Rights Law Review.

Klatt Matthias, Meister Mortiz (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press.

Larsson Monica (2008). *Att förverkliga rättigheter genom personlig assistans*. Socialhögskolan, Lunds universitet.

Lewis, Oliver (2018). *Council of Europe, i: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford: Oxford University Press.

Lewis Oliver, Richardson Genevra (2020). *The Right to Live Independently and Be Included in the Community*, International Journal of law and psychiatry 69.

Lord Janet E (2018). 'Preamble.' I: Bantekas Ilias, Ashley Stein Michael, Anastasiou Dimitris (red.) *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford University Press.

Lynn Corsi Jessica (2018). 'Art.5 Equality and Non-Discrimination.' I: Bantekas Ilias, Ashley Stein Michael, Anastasiou Dimitris (red.) *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Oxford University Press.

Mattsson Titti, Numhauser-Henning Ann (2017). 'Vad är äldrerätt?'. I: Mattsson Titti, Numhauser-Henning Ann (red.) *Äldrerätt - Ett nytt rättsområde*, Wolters Kluwer.

Moeckli Daniel (2018). *International Human Rights Law*, Oxford University Press.

Nilsson Anna (2017). *Minding Equality: Compulsory Mental Health Interventions and the CRPD: Compulsory Mental Health Interventions and the CRPD*. Juridiska Fakulteten Lund.

Palmisano G (2017). 'Article 19 Living Independently and Being Included in the Community'. I: Della Fina V, Cera R and Giuseppe P (red.) *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*. Springer International Publishing AG.

Petrova Dimitria (2016). 'Intersectionality' I: Petrova Dimitira (red.) *The equal rights review*, vol. 16, Equal Rights Trust.

Schabas William A (2015). *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press.

Förarbeten

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

Prop. 2000/01:5 Personlig assistans till personer över 65 år

Prop. 2008/09:28 Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Elektroniska källor

Brennan Ciara, Traustadóttir Rannveig, Anderberg Peter, Rice James, "Are Cutbacks to Personal Assistance Violating Sweden's Obligations under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities?", *Laws* 2016. Doi: 10.3390/laws5020023.

Commission on Human Rights Drafting Committee, Drafting of the Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/Add 1. 4 June 1947.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General comment No. 4 (2016) on the right to inclusive education, CRPD/C/GC/4.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General comment No. 5 (2017) on living independently and being included in the community, CRPD/C/GC/5.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General comment No. 6 (2018) on equality and nondiscrimination*, CRPD/C/GC/6.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Concluding observations on the initial report of Sweden (2014)*. CRPD /C/SWE/CO/1.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Report on Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out by the Committee under article 6 of the Optional Protocol to the Convention (2017), CRPD/C/15/4.

Nicolaj Iversen Thomas, Larsen Lars och Solem Per Erik (2009), *A conceptual analysis of ageism*, *Nordic Psychology*, 61:3, 4–22, DOI: 10.1027/1901-2276.61.3.4.

Nilsson, Anna (2014). "Objective and Reasonable? Scrutinising Compulsory Mental Health Interventions from a Non-discrimination Perspective". *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 459–485. Doi: 10.1093/hrlr/ngu022.

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Airey v. Ireland appl. no. 6289/73, 9 October 1979.

A.-M.V v. Finland, appl. no. 53251/13, 23 March 2017.

Botta v. Italy appl. no. 153/1996/772/973, 24 February 1998.

B.S v. Spain appl. no 47159/08, 24 October 2012.

Demir and Baykara v. Turkey, appl. no. 34503/97, 12 November 2008.

Evans v. UK appl. no. 6339/05, 10 April 2007.

Glor v. Switzerland, appl. no. 13444/04, 30 April 2009.

Guzzardi v. Italy, appl. no. 7367/76, 6 November 1980.

Handyside v. UK appl. no. 5493/72, 7 December 1976.

HL v. UK, appl. no. 45508/99, 5 October 2004.

Jehova's Witnesses of Moscow and others v. Russia appl. no. 302/02, 10 June 2010.

Joksas v. Lithuania appl. no. 25330/07, 12 November 2013.

Kacper Nowakowski v. Poland, appl. no. 32407/13, 10 April 2017.

Konstantin Markin v. Russia, appl. no 30078/06, 22 March 2012.

Kiyutin v. Russia appl. no. 2700/10, 10 March 2011.

Lashin v. Russia, appl. no. 33117/02, 22 April 2013.

McDonald v. UK appl. no. 4241/12, 20 August 2014.

Nunez v. Norway appl. no. 55597/09, 28 September 2011.

P. and S. v. Poland appl. no. 57375/08, 30 January 2013.

Pretty v. UK appl. no. 2346/02, 29 July 2002.

S. and Marper v. UK appl. no. 30562/04, 4 December 2008.

S.A.S v. France appl. no. 43835/11, 1 July 2014.

Schwizgebel v. Switzerland appl. no. 25762/07, 10 September 2010.

Stanov v. Bulgaria, appl. no. 51776/08, 29 November 2011.

Zehnalová and Zehnal v. Czech Republic (dec.).

Human Rights Committee

Bhinder v. Canada (208/1986), CCPR/C/37/D/208/1986 (1989), 28 November 1989.

Irina Fedotova v. The Russian Federation (1932/2010), CCPR/C/106/D/1932/2010, 19 November 2012.

Mauritian Women and 19 Others v Mauritius (35/1978), CCPR/C/12/D/35/1978, 9 April 1981.

Müller and Engelhard v. Namibia (919/2000), CCPR/C/74/D/919/2000, 26 March 2002

Wackenheim v France (854/1999), CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), 26 July 2002; 10 IHRR 16, (2003).

Committee on the Rights of Persons with Disabilities

H.M. v. Sweden (3/2011), CRPD/C/7/D/3/2011, 21 May 2012.

Sahlin v. Sweden (9/2020), CRPD/C/23/D/45/2018, 23 September 2020.

Appendix

Vårt uppdrag har varit att utreda *rätten till personlig assistans i fall där den enskilde är över 65 år*. I detta appendix redovisas de aspekter och förtydliganden som omgärdat och påverkat vårt arbete med utredningen, men som vi inte ansett haft en naturlig plats i rapportens huvuddel. Istället har vi berett utrymme för dem här. I detta appendix berörs:

- a. Huruvida nekad service som leder till isolering är möjlig att koppla till olaga frihetsberövande
- b. Mer om europarättslig argumentation: EKMR:s kärnvärden, mall för proportionalitetsbedömningen samt CRPD som verktyg i en argumentation utifrån EKMR
- c. Fördragskonform tolkning

a. Huruvida nekad service som leder till isolering är möjlig att koppla till olaga frihetsberövande

En av de frågor som utreddes först i vårt arbete, var om omständigheterna i typfallet var att likställa med att personen blev olaga frihetsberövad. De omständigheter som mer specifikt skulle tala för att ett olaga frihetsberövande förelåg, var för det första den isolering som den begränsade ledsagningen lett till, och för det andra beroendet av ledsagningen för att ens kunna lämna hemmet. En viktig aspekt som lyftes i sammanhanget var personens ytterdörr. Denna var förvisso var olåst, men på grund av det bristfälliga stödet så kunde personen i realiteten inte lämna sitt hem så som hen önskade. För att kunna besvara frågan huruvida nekad service som leder till isolering är möjlig att koppla till olaga frihetsberövande, undersöktes därför både CRPD och EKMR. Även Regeringsformen och Brottsbalken konsulterades. Nedan kommer enbart resultatet av undersökningen av CRPD och EKMR att presenteras. Detta då det tidigt i utredningen av Regeringsformen och BrB framkom att dessa kunde avfärdas.

Artikel 14 CRPD – rätt till frihet och personlig säkerhet

Innebörden av rätten till frihet och personlig säkerhet enligt CRPD har förtydligats av CRPD-kommittén år 2014. Av förtydligandet framgår att skyddet mot olaga frihetsberövande enligt artikel 14.1 (b) avser omfatta fyra delområden:

1. The absolute prohibition of detention on the basis of disability,
2. Mental health laws that authorize detention of persons with disabilities based on the alleged danger to themselves or to others,
3. Detention of persons unfit to plead in criminal justice systems,
4. Reasonable accommodation in prisons [vår kurs.].¹⁷⁵

Vår bedömning

Förtydligandet från kommittén ger vid handen att skyddet mot olaga frihetsberövande enligt artikeln är begränsat. Det är tydligt att CRPD tar sikte på en straffrättslig kontext. Detta leder i sin tur till slutsatsen att sakomständigheterna i förevarande fall ej kan anses omfattas av regelns tillämpningsområde. En argumentation för att personen i typfallet olaga frihetsberövas enligt artikel 14 CRPD till följd av inskränkningen av artikel 19, blir alltså inte aktuell.

¹⁷⁵ Anastasiou m.fl (2018) s. 410 f.

Artikel 5 EKMR – rätt till frihet och säkerhet

Artikel 5 har rötterna i UDHR och fokuserar på individens fysiska frihet. Av artikel 5.1 framgår att staten har en negativ skyldighet att ej ingripa i denna fysiska frihet. Undantagen från skyldigheten, det vill säga när staten får ingripa i den fysiska friheten, listas i artikel 5.1 (a–f). Undantagen är uttömmande och måste ske enligt nationell lag. Den nationella lagen måste vara konventionsenlig, vilket inkluderar att den både måste följa EKMR:s specifika artiklar, och EKMR:s principer – såväl de uttalade som implicita.¹⁷⁶

För att avgöra tillämpligheten av artikel 5, framgår det av *Guzzardi v Italy* att det är intensiteten i den konkreta situationen som ska bedömas. Denna bedömning görs med hänsyn till arten och varaktighet av, samt effekter och tillvägagångssätt vid ett ingripande i den fysiska friheten. Statens syfte med ett ingripande, eller den egna legaldefinitionen av förfarandet, är ej relevant. Det är alltså inte vad staten säger sig vilja uppnå, eller vad staten väljer att kalla ingripandet, som spelar roll. Istället är det konkreta utfallet som avgör tillämpligheten.¹⁷⁷

För att sedan kunna avgöra om artikeln har inskränkts, ska en helhetsbedömning av följande kriterier göras: möjligheten att lämna det angivna området, graden av övervakning och kontroll över individen, hans isolering samt dennes möjligheter till sociala kontakter.¹⁷⁸

Givet att Europadomstolen alltså ej tar hänsyn till vad staten väljer att kalla ett ingripande i den fysiska friheten, så innebär detta att artikel 5 kan tillämpas annat än i fall som rör häkte eller fängelse. Domstolen har behandlat flera mål som handlar om personer med funktionsnedsättning och hur deras relation till olika typer av institutioner har inneburit en inskränkning av artikel 5. Nedan presenteras innebörden av de två fall vi anser har högst relevans för utredningen angående detta: *HL v UK* och *Stanov v Bulgaria*.

I *HL v UK* etablerades att det mest centrala kriteriet av de ovan nämnda, är möjligheten att lämna institutionen. Kriteriet som rör övervakning och kontroll ansågs också viktigt. Ett olaga frihetsberövande och därmed ett brott mot artikel 5 föreligger om individen ej har möjlighet att

¹⁷⁶ Schabas, William A (2015), URL: <https://search-ebSCOhost-com.ludwig.lub.lu.se/login.aspx?direct=true&db=cat02271a&AN=atoz.ebs7993874e&site=eds-live&scope=site>, hämtad 2020-09-10, kl. 14.28, s. 220, 226, 229-231.

¹⁷⁷ *Guzzardi v Italy*, appl. no. 7367/76, p. 92, 95; Schabas (2015) s. 227.

¹⁷⁸ Samtliga rekvisit är fritt översatta från engelska där viss tveksamhet har uppkommit vid översättningen av "restricted area" till "det angivna området". Jfr. Schabas (2015) s. 227.

lämna. Brott anses också föreligga om personen har möjlighet att lämna, men är under övervakning och kontroll när detta sker.¹⁷⁹

I *Stanov v Bulgaria* hade en man med funktionsnedsättning ej kontroll över det stöd som gavs honom. Mer specifikt blev mannen placerad på en institution med olåst dörr. I sin bedömning av om mannen frihetsberövats, konstaterade domstolen att det ej spelade roll att dörren var olåst. Mannen ansågs ändå frihetsberövad då han för det första behövde tillåtelse av institutionen för att lämna dess område, och för det andra för att han under sina vistelser utanför området blev övervakad av personal från institutionen.¹⁸⁰

Vår bedömning

Å ena sidan talar det till personen i typfallets fördel att Europadomstolen inte är bunden till statens syfte eller egen legaldefinition av förfarandet, utan att det är det konkreta utfallet som är avgörande. Vidare talar det till typfallets fördel att det finns praxis (primärt *Stanov v Bulgaria*) med liknande omständigheter som det egna, och där domstolen dömt till den sökandes fördel. Här tänker vi framför allt på omständigheten att en dörr kan vara olåst, men att personen ändå kan anses olaga frihetsberövad.

Å andra sidan skulle en argumentation utifrån artikel 5 vara tämligen krävande. För det första skulle vi behöva argumentera för att personens hem kan likställas med en institution. Som vi ser det, hade vi i så fall behövt argumentera via artikel 19 CRPD för att kunna påvisa att hens brist på kontroll och inflytande leder till en institutionalisering av hemmet. För det andra är vikten och innebörden av statens övervakning och kontroll över individen, oklar i praxis. Vad gäller en inskränkning av artikeln, anser vi det svårt att argumentera för att personen övervakas när hen väl lämnar sitt boende, eller för den delen, att förvägrandet av antal ledsagartimmar skulle vara ett sätt att kontrollera honom. Vad gäller tillämpligheten av artikeln över huvudet taget, så verkar det finnas ett implicit krav på att staten har ett intresse av att kontrollera (och övervaka) individen för att artikel 5 ska vara tillämplig. Detta även om syfte inte tas hänsyn till.¹⁸¹ Detta implicita intresse finner vi inte grund för i vårt fall.

¹⁷⁹ *HL v UK* appl. no. 45508/99, p. 91–93.

¹⁸⁰ *Stanov v Bulgaria* appl. no. 51776/08, p. 122–125.

¹⁸¹ Att domstolen har ett krav på *intresse* styrks delvis av doktrin, jfr. Santolaya, Pablo, et. al (2012), s. 109.

Artikel 2 tilläggsprotokoll 4 till EKMR – rätt att fritt röra sig

Det föreligger en specifik skiljelinje mellan å en sidan artikel 5 EKMR utredd ovan, och å andra sidan artikel 2 tilläggsprotokoll 4 till EKMR. Denna skiljelinje går vid *deprivation* of liberty (artikel 5) och *restriction* on liberty (artikel 2). Avgörande är graden av intensitet i art, varaktighet, effekter och tillvägagångssätt vid ett ingripande i den fysiska friheten. En lägre intensitet i dessa rekvisit talar för en tillämpning av tilläggsprotokollet.¹⁸²

Artikel 2 ger individen rätt att fritt röra sig inom statens gränser, välja var hen ska bo, samt bereder möjlighet att fritt lämna landet. Undantagen från artikeln ställer upp ett laglighetskrav, krav på proportionalitet, samt ett krav på rättmätigt syfte. Schabas menar att så som artikeln är formulerad, gör att den generellt sett ska anses avgränsad till att enbart omfatta straffrättens område. Den enda gång som artikeln har tillämpats av Europadomstolen, har dessutom fallit inom ramen för just den avgränsningen.¹⁸³

Vår bedömning

Schabas konstaterande gällande rättsområdesavgränsning, tillsammans med den begränsade förekomsten av artikeln i rättspraxis, talar för att artikeln ej bör utgöra en del av vår argumentation. Den eventuella fördel som kommer av att artikeln ej har tillämpats i stor utsträckning och därmed kan laboreras med, anser vi inte vara starkt skäl nog för utredningens vidare användning av den.

¹⁸² *ibid.* s. 110.

¹⁸³ Schabas (2015) s. 1058, 1063.

b. Mer om europarättslig argumentation: EKMR:s kärnvärden, mall för proportionalitetsbedömningen samt CRPD som verktyg i en argumentation utifrån EKMR

I detta avsnitt förtydligar vi ett flertal aspekter som rör rapportens argumentation utifrån EKMR. Först redovisar vi de kärnvärden som legat till grund för vår argumentation rörande artikel 8. Efter detta presenterar vi den fyra-steps-metod som man kan utgå från vid proportionalitetsbedömningar och som vi flera gånger hänvisar till vid tillämpningen av artikel 8 EKMR på vårt fall. Sist redovisar vi närmare hur CRPD kan användas som verktyg i en EKMR-argumentation.

EKMR:s kärnvärden

Europadomstolen har uttolkat ett antal principer och värderingar som ska ses som andan av konventionen. Principerna skapar tillsammans idealen och värderingarna i ett demokratiskt samhälle. Principerna är mänsklig värdighet, autonomi, demokrati och pluralism (eng. *human dignity, autonomy, democracy and pluralism*).¹⁸⁴ Relevant för typfallet och med hänsyn till artikel 8 blir det mest aktuellt att se närmre på *personlig autonomi* och *mänsklig värdighet*.

Principle of personal autonomy

Principen om personlig autonomi eller självbestämmanderätt är en av konventionens kärnvärden (eng. *core values*).¹⁸⁵ Europadomstolen har upprepade gånger uttryckt att självbestämmanderätt är en ”important principle underlying the interpretation of its (red. konventionens) guarantees”.¹⁸⁶ Likt flera av de principer Europadomstolen tillämpar, saknar principen om personlig autonomi en klar och tydlig definition. Vanligtvis har domstolen hänvisat till principen om självbestämmanderätt när frågor har berört individers fysiska integritet. I *RB v. Hungary* framfördes dock att personlig autonomi kan ”embrace multiple aspects of a person’s physical and social identity”. Domstolen skriver vidare att ”in particular, any negative stereotyping of a group, when it reaches a certain level, is capable of impacting on the group’s sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of members

¹⁸⁴ Gerards (2019) s. 61.

¹⁸⁵ Gerards (2019) s. 62.

¹⁸⁶ Se bland annat *Pretty v. UK* appl. no. 2346/02, *Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others v. Russia* appl. no. 302/02.

of the group. It is in this sense that it can be seen as affecting the private life of members of the group.”

Principle of human dignity

En princip domstolen använder sig av är principen om mänsklig värdighet. I fallet *Pretty v. United Kingdom* skriver Europadomstolen att kärnan i hela Europakonventionen är respekten för mänsklig värdighet och frihet (eng. *human dignity and human freedom*) och att det under artikel 8 är viktigt att livskvalitet får betydelse.¹⁸⁷ Domstolen skriver på så sätt att mänsklig värdighet är en viktig grund för domstolens användning och tolkning av artikel 8.¹⁸⁸ Viktigt att poängtera är att domstolen inte definierat eller vidare förklarat vad mänsklig värdighet innebär utan konstaterar bara att det är en viktig princip.¹⁸⁹

Mall för proportionalitetsbedömningen: *The four Proportionality Rules*

Proportionalitetsprincipen kräver att det finns ett rimligt förhållande mellan ett visst mål som ska uppnås och de medel man använder för att nå det målet.¹⁹⁰ Alla fyra steg i proportionalitetsbedömningen bygger på tanken om att mänskliga rättigheter är optimeringskrav, vilket innebär ett krav på att rättigheterna uppfylls till det maximalt möjliga givet de faktiska och juridiska möjligheterna att göra så.¹⁹¹

Denna fyra stegs-modell utgör en struktur över hur proportionalitetsbedömningar kan gå till och vad en sådan bedömning innefattar.¹⁹² Strukturen kan således ses som den underliggande grunden för vilken proportionalitetsbedömning som helst. Denna fyra stegs-metod används av Europadomstolen och är inkorporerad i artikel 8 EKMR. Nedan presenterar vi stegen och anger vart varje bedömning kommer in när man tillämpar artikel 8 EKMR.¹⁹³

¹⁸⁷ *Pretty v. United Kingdom* appl. no. 2346/02 § 65; se även *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia* appl. no. 302/02 § 135.

¹⁸⁸ Gerards (2019) s. 62.

¹⁸⁹ Gerards (2019) s. 62.

¹⁹⁰ Klatt och Meister (2012), s. 8.

¹⁹¹ Klatt och Meister (2012), s. 10.

¹⁹² Klatt och Meister (2012), s. 7.

¹⁹³ Klatt och Meister (2012), s.9.

1. **Legitimacy:** Does the act pursue a legitimate aim?
 - a. Vad är faktiskt möjligt?
 - b. För art 8.2 gäller bara de legitima mål som framgår av artikeln (avsnitt 3.4.2).

2. **Suitability:** Is the act capable of achieving this aim?
 - a. Vad är faktiskt möjligt?
 - b. För artikel 8.2 gäller det nödvändighetsbedömningen (avsnitt 3.4.3).

3. **Necessity:** Does the act impair the right as little as possible? An alternative, hypothetical measure needs to be less restrictive and at the same time as suitable as the measure that was actually taken by the state.
 - a. Vad är juridiskt möjligt?
 - b. För artikel 8.2 gäller det nödvändighetsbedömningen (avsnitt 3.4.3).

4. **The balancing stage/proportionate in the narrow sense:** Does the act represent a net gain when the reduction on enjoyment of rights is weighed against the level of realization of the aim?
 - a. Vad är juridiskt möjligt?
 - b. För artikel 8.2 gäller det proportionalitetsbedömningen/fair balance (avsnitt 3.4.3).
 - c. ”The balancing stage” kan brytas ner i tre olika steg:
 - i. The intensity of the interference has to be determined.
 - ii. The importance of pursuing the legitimate aim has to be determined.
 - iii. One has to determine whether the importance of pursuing the legitimate aim can justify the infringement of the right.

CRPD som verktyg i en argumentation utifrån EKMR

I det följande presenteras först en analys av relationen mellan CRPD och Europadomstolen. Med denna analys som bakgrund, tydliggörs sedan hur en argumentation utifrån artikel 8, stärkt av CRPD, bör utformas.

CRPD och Europadomstolen

Inledningsvis kan sägas att det inte föreligger några formella hinder för att Europadomstolen ska använda sig av CRPD i sin tolkning av EKMR. Förvisso framgår det inte direkt av konventionstexten om och hur internationella instrument såsom CRPD kan användas av domstolen. Som kommer att presenteras nedan, har dock detta skett flera gånger. Vad gäller CRPD, så innebär detta att såväl CRPD i sig som dess Allmänna kommentarer och utlåtanden från kommittén kan användas av domstolen. Om och hur dessa används, är upp till domstolen själv att avgöra.¹⁹⁴

I praxis är Europadomstolens relation till CRPD ambivalent. Å ena sidan har domstolen velat begränsa CRPD:s inflytande över EKMR. Detta primärt då EKMR tar sikte på civil-politiska rättigheter för individen med korresponderande negativa skyldigheter för staten. I kontrast till det är CRPD en mer långtgående rättighetskatalog, inte minst för att den aktualiserar fler positiva skyldigheter för staten.¹⁹⁵ Å andra sidan, har domstolen ändå flera gånger använt sig av CRPD i sin praxis. Hur detta har gått till, presenteras i det följande.

En undersökning som gjordes 2016 slog fast att Europadomstolen primärt citerade CRPD i domens första, inledande del, kallad *THE FACTS*.¹⁹⁶ Konsekvensen av att CRPD nämns i denna del av domen, är att CRPD *inte* sedan kan användas för att tolka innehållet i EKMR. För att CRPD ska kunna användas som tolkningsmedel av EKMR, krävs att den nämns under den del i domen som kallas *THE LAW*. När CRPD fallit under *THE FACTS* och inte *THE LAW*, menar Lewis i doktrin att domstolen inte på ett tydligt sätt har integrerat CRPD i sitt resonemang. Han drar även slutsatsen att CRPD och dess omgärdande dokument har getts mindre vikt när domstolen ej har sympatiserat med CRPD:s innehåll eller CRPD-kommitténs tolkning av innehållet.¹⁹⁷

När CRPD väl har hamnat under *THE LAW*, och därmed har kunnat användas för att tolka EKMR, så har det sett ut på följande vis. Övergripande kan konstateras att det är CRPD *i sig* som använts vid tolkningen av EKMR. I ett av de rättsfall som haft störst betydelse för vår rapport, *A.-M.V v Finland*, gick dock domstolen längre än att enbart tolka utifrån

¹⁹⁴ Lewis (2018) s. 91; *A.-M.V v Finland* appl. no. 53251/13 § 74.

¹⁹⁵ Broderick (2018), s. 204, 224.

¹⁹⁶ Lewis (2018), s. 102; jfr. exv. *Kacper Nowakowski v Poland*, appl. no. 32407/13, § 49; *Lashin v Russia*, appl. no. 33117/02, § 66.

¹⁹⁷ Lewis (2018) s. 126.

konventionstexten. Under *THE LAW* hänvisade domstolen i detta fall även till Allmän Kommentar no. 1 om artikel 12, i sin tolkning av EKMR.¹⁹⁸

Under *THE LAW*, så har den faktiska användningen av CRPD för det första varit för att förverkliga den tolkningsprincip som säger att EKMR ska förstås som ett levande instrument (eng. *living instrument*)¹⁹⁹ som ska tolkas i ljuset av sin samtid (eng. *in the light of present day conditions*)²⁰⁰. CRPD har i detta sammanhang fått rollen som just ett sådant instrument som återspeglar denna samtid.²⁰¹ För det andra har CRPD använts för att påvisa *konsensus*. Genom påvisande av konsensus mellan olika internationella instrument (likt CRPD) och praxis inom Europa, som tillsammans visar gemensamma värderingar (eng. *common values*)²⁰², så har domstolen kunnat ge innebörd till innehållet i EKMR. Bland annat har detta lett till att CRPD använts för att sätta standarden för skälig anpassning.²⁰³ Till detta adderar Broderick att domstolen börjat visa tendens att betona statens positiva förpliktelser under CRPD, när ett eventuellt brott mot EKMR ska avgöras och staten är bunden av CRPD.²⁰⁴

En sista aspekt behandlar domstolens språkbruk. Samtidigt som Lewis menar att domstolen är för otydlig i hur de integrerar CRPD i sina resonemang, så argumenterar han också för att domstolen återkommande använder sig av CRPD-formuleringar och ord för att driva sin argumentation framåt.²⁰⁵

Vad innebörden av Europadomstolens förhållningssätt till CRPD blir för en argumentation utifrån artikel 8 EKMR

Av ovanstående framgår att Europadomstolens användning av CRPD är något inkonsekvent och inte minst oförutsägbart. Det finns ingen kontinuitet i om CRPD används, eller hur den i så fall används. Ibland utgör den bakgrundsfakta, ibland i uttolkningen av artiklarna i EKMR och då på olika sätt. Denna inkonsekvens i förhållningssätt gäller även de rättsfall som aktualiserat

¹⁹⁸ A.-M.V v. Finland appl. no. 53251/13 §§ 74, 42.

¹⁹⁹ Broderick (2018) s. 203.

²⁰⁰ Broderick (2018) s. 203; *Glor v Switzerland*, appl. no. 13444/04, § 53.

²⁰¹ Broderick (2018) s. 203.

²⁰² *Demir and Baykara v Turkey*, appl. no. 34503/97, § 85.

²⁰³ *Demir* §§ 68–69; *Glor*, § 53.

²⁰⁴ Broderick (2018) s. 223. Se även *Nowakowski*, § 93.

²⁰⁵ Lewis (2018) s. 111 f.

specifikt artikel 8 EKMR.²⁰⁶ I fallet *McDonald* var det sökanden själv som argumenterade utifrån CRPD, medan domstolen lämnade en sådan argumentation helt därhän.²⁰⁷ Detta i kontrast till såväl fallen *Kacper Nowakowski v. Poland* och *A.-M.V v. Finland*, där domstolen istället använde CRPD i sin argumentation för att en inskränkning av artikeln var vid handen. Här är *Kacper Nowakowski* av särskilt intresse, då domstolen i detta fall använde CRPD för att stärka sin argumentation för att staten skulle anses ha positiva förpliktelser enligt artikel 8.²⁰⁸

Vad som är viktigast att ta fasta på i sammanhanget är att CRPD *kan* användas. Vid en argumentation utifrån artikel 8 förstärkt av CRPD, föreslås mot bakgrund av ovanstående därför:

- att argumentationen tydliggör att CRPD använts som tolkningsmedel i tidigare europarättslig praxis som behandlat artikel 8 (*A.-M.V v. Finland*, *Kacper Nowakowski v. Poland*, *Glor v. Switzerland*)
- att argumentationen betonar att artikel 8 ska tolkas i ljuset av sin samtid, där CRPD utgör en bärande del,
- att argumentationen tar fasta på att det finns konsensus, med utgångspunkt i CRPD,
- att argumentationen i CRPD-delen utgår från CRPD, men också allmänna kommentarer då stöd för detta återfinns i praxis (*A.-M.V v. Finland*),
- att argumentationen tydliggör Sveriges positiva förpliktelser under CRPD och att detta har betydelse även i den europarättsliga kontexten (*Kacper Nowakowski v. Poland*),
- att argumentationen använder ett språkbruk lika CRPD:s.

c. Fördragskonform tolkning

²⁰⁶ Av intresse är att denna trend fortsätter i nyare rättsfall från 2013 och framåt. Jfr. *McDonald v UK*, appl. no. 4241/12, § 30; *A.-M.V v Finland* appl. no. 53251/13 § 74; *Lashin* appl. no. 33117/02 § 66; *Kacper Nowakowski* appl. no. 32407/13 § 49.

²⁰⁷ *McDonald v UK* appl. no. 4241/12 §§ 41, Lewis (2018) s. 118.

²⁰⁸ *A.-M.V v Finland* appl. no. 53251/13, § 74; *Kacper Nowakowski v Poland* appl. no. 32407/13 § 93.

Om man istället för att vända sig till CRPD-kommittén eller Europadomstolen för att åberopa sina rättigheter vill vända sig till svensk domstol och åberopa internationella traktat, så krävs särskild argumentation. Detta då domstolen inte bedömer internationella konventioner på samma sätt som svensk rätt eller Europakonventionen.

Ett sätt för rätten att hantera dessa rättigheter är genom fördragskonform tolkning.²⁰⁹ Maria Grahn Farley väljer att dela upp fördragskonform tolkning i två olika typer: stark och svag.

Den starka fördragskonforma tolkningen används av domstolarna vid misstänkt normkonflikt mellan svensk och europeisk rätt. Då flyttas och förändras den svenska rättsregeln för att skapa normharmoni mellan de två reglerna.²¹⁰ Metoden för en stark fördragskonform tolkning kommer från propositionen *Inkorporering av Europadomstolen och andra fri- och rättigheter* och har av HD fastställts i tre EKMR-baserade rättsfall.²¹¹

Den svaga fördragskonforma tolkningen används för att förstå en rättsregels innebörd och är ett sätt att använda sig av folkrätten för att belysa eller öka klarheten en svensk rättsregeln betydelse – svensk rätt tolkas i ljuset av ett folkrättsligt åtagande.²¹² Detta går att genomföra för att det presumeras att vid tolkning av svenska rättsregler överensstämmer de folkrättsliga åtaganden med svensk rätt. Presumtionen följer av att man måste ändra svensk rätt (transformering) i samband med att Sverige ansluter sig till det folkrättsliga traktatet. Det hör i sin tur samman med att Sverige har ett dualistiskt system.²¹³

Vi hade önskat att domstolen gör en stark fördragskonform tolkning av lagen för att poängtera att beslutet att inte ge personen personlig assistans bryter mot CRPD. Detta kommer dock att vara svårt att få igenom konkret, då stark fördragskonform tolkning bara sker i samband med EKMR och EU-rätten (på grund av att EKMR genom 2:19 RF har getts en starkare ställning; ingen lag får stiftas i strid med EKMR, och att EU-rätten har krav på harmonisering mellan medlemsstaterna).²¹⁴ Grahn Farley poängterar att det torde stå klart att det krävs inkorporering

²⁰⁹ Grahn Farley, Maria. Fördragskonform tolkning av MR-traktat. (2018) SvJT 2018 s. 450.

²¹⁰ Grahn Farley (2018) s. 453; se NJA 2012 s. 1038, NJA 2013 s. 502 och NJA 2012 s. 746.

²¹¹ Grahn Farley (2018) s. 454.

²¹² Grahn Farley (2018) s. 454.

²¹³ Grahn Farley (2018) s. 454.

²¹⁴ Grahn Farley (2018) s. 454.

eller transformering för att de folkrättsliga åtagandena ska komma till uttryck i den svenska rätten.²¹⁵

Utifrån ovan konstaterade verkar det inte finnas en möjlighet att utkräva rättigheter i enlighet med CRPD i svensk domstol utan den svenska utgångspunkten är att den svenska lagen redan är konventionsenlig.

²¹⁵ Grahn Farley (2019) s. 32.