

# Taking *Social Rights* Seriously (II):

## Den handikappade lagen

HÅKAN GUSTAFSSON, jur.dr., docent i allmän rättslära och universitetslektor vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs universitet

### Taking *Social Rights* Seriously (II): The Disabled Law

Despite the last decade's efforts to strengthen the legal and social positions of persons with disabilities through the means of extensive social rights the legislation have not reached a satisfactory implementation. On the contrary, many persons are still lacking in their rights even though their needs have been approved by county councils and municipalities – the problem is termed 'delayed implementation' against which effective sanctions are yet still to be seen. This article deals with some of the problems surrounding the Swedish 'Act concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments' and it is claimed that the law itself to some extent is lacking due to its own 'functional impairment' and thus might be said to be a disabled law.

Keywords: social rights, disabilities, delayed implementation, social security, social law, social change, responsive law, legal theory, legal sociology.

Socialrätten är på sätt och vis ett av de mest intressanta rättsområdena i det moderna välfärdsstatliga rättssystemet. Den präglas av alla de kännetecken som påstås vara utmärkande för detta: förrättsligande, överlegaliserande, byråkratisering, professionalisering och depersonalisering. Socialrätten är i kris i den mån välfärdsstaten är det. Och alternativt: i den mån välfärdsstaten är i utveckling är även socialrätten stadd i utveckling.<sup>1</sup>

Lars D. Eriksson

## 1 Inledning

Det råder inget tvivel om att stödet till funktionshindrade de senaste årtiondena har ökat i väsentlig omfattning. En särskilt stark markering i samma riktning utgör också det nyligen antagna utkastet till en *FN-konvention om funktionshindrades rättigheter* (International Convention on the Rights of Persons with Disabilities) och som beräknas antas under

---

1 Eriksson, Lars D (1992) "Socialrätten – i kris eller utveckling?" i: Lars D Eriksson *Kritik, moral och rätt. Artiklar och diskussionsinlägg* (Oikeuden rajat: Helsinki), s 236.

2007. Tillgången till en rad insatser garanteras genom en allt starkare rättighetslagstiftning och rättstillämpningen har över lag varit positiv för att skapa förutsättningar för delaktighet i samhället. Men det finns fortfarande problem kvar, något som behovet av den nämnda konventionen kanhända illustrerar – flera problem som det återstår att lösa eller, som här, åtminstone belysa. Frågan som jag avser att fokusera på här är den omständigheten inom handikappområdet att det förekommer att gynnande beslut om insatser inte verkställs inom rimlig tid eller inte alls – dvs en underlåtenhet att verkställa gynnande beslut. Enligt lagstiftningen skall beslutet verkställas 'utan oskäligt dröjsmål' och att hänvisa till resursbrist, planeringssvårigheter eller rekryteringsproblem av personal är inte godtagbara skäl för avslag. Om en person har fått en insats beviljad (som inte kommer att verkställas inom rimlig tid), så är beslutet inte möjligt att överklaga för att erhålla ett nytt beslut i frågan – kort sagt, ett positivt gynnande beslut kan inte underställas ny prövning och skall inte kunna angripas, utan endast verkställas. Det kan tvärtom vara en fördel för personen att erhålla ett avslag (på olika grunder) vilket därigenom kan överklagas, men samtidigt finns också ett antal beslut som inte verkställs trots domstols avgörande därom. Socialstyrelsen har menat att den enskilde härigenom försätts i en omöjlig situation genom att å ena sidan *få insatsen beviljad* men ej verkställd (där beslutet inte kan överklagas), men å andra sidan *inte få beviljat* en insats men med möjlighet till överklagande. Frågorna som jag här vill poängtera är flera: Är lagstiftningens rättighetskonstruktionen lämplig? Vad finns det för påverkansfaktorer på tillämpningen? Är sanktionsmöjligheterna effektiva? Är orsaken till problemen vissa övergripande strukturella motsättningar?

Denna andra fristående artikel i sviten 'Taking *Social Rights* Seriously' presenterar några reflektioner över den svenska sk Handikapplagen som infördes 1994. Jag vill mena att de tillämpningsproblem som lagen ställts inför kan vara intressanta också för en nordisk läsekrets att ta del av: resursbrist, välfärdsstatens gradvisa demontering samt de rättssäkerhetsproblem funktionshindrade möter dagligdags. Syftet med framställningen är alltså att på ett allmänt plan belysa de principiella frågor som kommer till uttryck i valet av att lagfästa rättigheter för den enskilde och skyldigheter för det allmänna. Det är således den mer övergripande rättighetsteoretiska och allmänna principiella problematiken, i förhållande till den svenska lagstiftningen, som tilldrar sig huvudintresset här. I den föregående artikeln – »Taking *Social Rights* Seriously (I): Om sociala rättigheters status»<sup>2</sup> – renodlades och bemöttes några av de argument som ofta riktas mot sociala rättigheter och läsaren rekommenderas för övrigt att först bekanta sig med artikeln, eftersom vissa rättsteoretiska argument som förs i det nedanstående (3.2 och 4.2) har sina förutsättningar där, även om

---

2 *Tidsskrift för Retsvitenskap* nr 4/5 2005. Denna artikel motsvarar andra hälften av kapitel fyra i min avhandling (2002) *Rättens polyvalens – en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet* (Lund), men har förutom vissa omDispositioner uppdaterats med praxis som skett efter publikationen. Avhandlingen är relativt svåråtkomlig och kan rekvideras via [repro@soc.lu.se](mailto:repro@soc.lu.se) som 'print-on-demand.'

jag hoppas att grundtankarna i föreliggande framställning i övrigt framstår som begripliga.

Artikeln är disponerad så, att inledningsvis tecknas konturerna av den svenska socialrätten med svepande penseldrag (2), där siktet är inställt på att nå fram till en karakteristik av rättighetsdiskursens motstridiga förlopp.<sup>3</sup> Därefter följer en redogörelse av den svenska Handikapplagens rättighetskonstruktion (3). Det följande avsnittet (4) sätter individens rättsliga position i fokus och där lagstiftningens rättighetskonstruktion jämförs med vissa tillämpningsfrågor. Avslutningsvis (5) ges en karakteristik av Handikapplagen och de olika omständigheter som bidrar till vissa bestämda tillämpningssvårigheter och som gör den själv till *en handikappad lag*.

## 2 Socialrätten i omvandling

Tanken att samhället har att svara för ett visst mått av omsorg om de fattigaste är naturligtvis av gammalt datum, men det ansvar som samhället påtog sig, om det över huvud taget förekom, var en självpåtagen moralisk plikt, som inte (då kunde) formuleras i rättighetstermer. Genom de religiösa samfundet och kyrkans ökande inflytande efter senmedeltiden kom hjälpverksamheten att bedrivas främst som en religiös välgörenhet på grundval av en kristlig barmhärtighet. Denna välgörenhet och det allmosegivande det förutsatte, uppfattades dock mer som en god gärning för givaren än en hjälp för den behövande – mottagarens välfärd stod i bakgrunden. Denna välgörenhet uppmuntrade såväl allmosegivandet som ett omfattande tiggeri. Det var först med hospitalsförordningen 1571 som fattigvården blev en angelägenhet för det allmänna, där socknarna och städerna fick att handha fattigvården, men inte heller här förelåg någon rätt till hjälp. 1624 utfärdades en ny hospitalsförordning vilken emellertid inte fick någon större praktisk betydelse.<sup>4</sup>

Först under 1700-talet kom *principen* om socknarnas ansvar för de fattiga att fastslås och anstaltsvård beredas. De ekonomiska möjligheterna för socknarna var små, de hjälpbehövandes situation eländig och den fattigvård som gavs var fortfarande otillräcklig och föga hoppingsgivande. I *Hospitalsförordningen* 1763 blev den tidigare opreciserade skyldigheten för församlingarna att sörja för de fattiga reglerad genom att församlingarna förpliktigades därtill. Denna tankegång förstärktes under den närmaste perioden och i en stadga *Om en allmän fattigvårdsinrättning uti Stockholms stad* anno 1807, uttrycktes de fattigas rätt till hjälp

3 Se Vahlne Westerhäll, Lotta (2002) *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000* (Norstedts: Stockholm) för en allmän överblick av den moderna socialpolitikens utvecklingslinjer.

4 Jfr Höjer, Karl (1969) *Den svenska socialpolitiken. En översikt* (Norstedts: Stockholm); Eek, Hilding (1954) *Socialrätt* (Frenckelska: Stockholm) samt Holmberg, Steen (1985) *Rätten till bistånd enligt 6§ socialtjänstlagen* (Skeab förlag: Stockholm).

och att de också var *berättigade* till hjälp. 1821 avlämnade en kommitté ett betänkande i fattigvårdsfrågan, som uttryckte att det allmänna hade *skyldigheter* gentemot nödlidande och att fattigvården hade en *plikt* att hjälpa den nödstälde.<sup>5</sup> Den liberala hållning kommittén uppvisade bar påverkan från upplysningstidens principiella ståndpunkt, att samhället hade vissa *skyldigheter* gentemot fattiga medborgare. Denna rättsfilosofiska uppbackning kring samhällets skyldigheter var stark i slutet av 1700-talet och i början av 1800-talet.

I socialrättens utveckling kan man alltså notera två linjer i rättighetsdiskursen: den ena uppfattningen vilar på den kristliga välgörenhetstanken vilken ledde till få sociala eller rättsliga reformer; den andra uppfattningen är en sekulariserad upplysningstanke som avsätter spår i en mer humanistisk lagstiftning.<sup>6</sup> Med denna socialpolitik, som betonar samhällets allmänna omvårdnad om medborgarna men också statens nytta, följer emellertid en syn på att den behövande individen skall tvingas till arbete vartill vissa repressiva tvångsmedel knyts. Här finns den tankemässiga grogrunden till att en prestation bör följas av en motprestation.<sup>7</sup> Upplysningstänkandets inflytande på socialpolitiken under 1700-talet innebar att fattigvården kom att ses som en *plikt* för staten, som givet vissa förutsättningar också kunde utkrävas av den enskilde genom en viss begränsad besvärsmätt. Under 1800-talets första hälft sågs fattigvården inte som en rättighet för den enskilde, men detta innebar i sig ingen principiell begränsning av statens allmänna skyldighet att i vissa nödlägen utge bistånd. Med förklaringen att fattigvård inte var någon rättighet ville man, enligt Jägerskiöld, »uttrycka ett omdöme om relationen mellan stat och individ. Det är av medkänsla, icke av plikt, man lämnar fattigvård. Ehuru den skall utgå under vissa förutsättningar, måste den begäras med ödmjukhet.»<sup>8</sup>

Men redan under 1800-talets första hälft försvagas denna upplysta hållning. I praktiken sattes de välmenande intentionerna på undantag, bla på grund av de ökade kostnaderna för omsorgen, men främst på grund av det förändrade politiska samhällsklimat som uppstår under denna period och de ekonomiska teorier som hävdade de fria marknadskrafternas lösning på samhällsproblemen. Det är naturligtvis den liberala ideologin om *laissez-faire* som utgör det filosofiska rättfärdigandet för att staten *inte* skall bära ansvaret för medborgarnas situation. Följden blir en restriktiv socialpolitik där den rudimentära rättighetskaraktären hos fattigvårdslagstiftningen frångås. 1839 avgavs ett betänkande varmed rättighetstänkandet inte längre erkänns, utan tvärtom måste »den fattiges eventuella verksamhet var gottgjord genom den lön eller den ersättning, som han åtnjutit för sitt arbete, utan att samhället eller någon av dess medlemmar är honom något vidare skyl-

---

5 Jägerskiöld, Stig (1955) "Från fattigvård till socialhjälp. En studie i socialrättens rättshistoria och begreppsbildning del I-II", *Förvaltningsrättslig tidskrift*.

6 Jägerskiöld a.a..

7 Jämför Gustafsson a.a. (2005), s 477.

8 Jägerskiöld a.a., s 335.

dig.« Därmed bortföll samhällets ansvar för fattigvården. Man vände sig vidare mot fattigvårdens rättighetskaraktär av psykologiska skäl där fattigvården måste »ha rätt att kräva understödet åter, disponera över den fattiges arbetskraft och tillgångar samt äga husbondemakt över hjonet.« I förslaget stadgas att »ingen äger rättsanspråk på fattigvård, utan det stöd, som lämnas, är en nödhjälp av kristlig omvårdnad för den lidande« varvid särskilt gällde att understödet »*må således icke pockande utfordras, och icke heller klandrande utlåtelse över dess beskaffenhet äga rum.*«<sup>9</sup> Man kan tro att detta uttrycker svunna tankegångar, men en nyliberal representant som Johan Norberg kan ett och ett halvt sekel senare uttrycka följande:

Menar vi verkligen att alla människor har rätt att få mat och dryck av andra människor, dvs att andra skall tvingas förse dem med detta utan att de är skyldiga till någon motprestation? [...] Om du faktiskt har en *rättighet* att förse med välfärd från andras slit och ansträngningar, så har du inte ens skyldighet att känna någon som helst tacksamhet mot dem som försörjer dig.<sup>10</sup>

Den föregående upplysta fattigvårdsideologin svängde således åter till ett allmosetänkande där den fattige fränkandes juridisk rätt till underhåll och där de negativa fattigvårdstankarna fått ideologisk dominans. Den social-konservativa ideologin, som låg bakom det negativa ställningstagandet, hade delvis ett politiskt grundantagande, att det var just *fattigvården (och i förekommande fall dess rättighetskaraktär) som ledde till ökad fattigdom.* Genom en restriktiv och repressiv socialpolitik skulle man främja att den nödställda tog ett personligt ansvar för en självständig försörjning. Fattigdom uppfattades därmed som en individuell moralisk effekt, och inte som ett resultat av ekonomiska eller samhälleliga faktorer.

Fattigvårdsförordningarna från 1847 och 1853 resulterade i en allmän reglering av fattigvårdens organisation där kommunerna visserligen hade en formell skyldighet att bistå den enskilde, men där någon 'rätt' till hjälp var inte aktuell. Den enskilde gavs möjlighet att överklaga vissa beslut, men praktiskt sett var denna möjlighet ytterst begränsad.<sup>11</sup>

Genom 1871 års restriktiva fattigvårdsförordning, FvF, försämrades de fattigas ställning avsevärt, därigenom att besvärätten avskaffades och det ansågs »ligga i understödets natur, att det inte skulle kunna utkrävas som en rättighet.«<sup>12</sup> Orsakerna till denna försämring kan bland annat sökas i kommunernas kraftigt ökande ekonomiska åligganden i och med en tilltagande fattigdom och befolkningsökning. En tredjedel av befolkningen var beroende av fattigvård samtidigt som folkmängden fördubblades under hundraårsperioden

9 Citaten från Jägerskiöld a.a., s 265f (Min kursivering. HG).

10 Norberg, Johan (1999) *Fullständiga rättigheter. Ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna*, s 57f.

11 Holmberg a.a.

12 Jägerskiöld a.a., s 58 och Eek a.a., s 20.

1750 till 1850 från 1,8 miljoner till 3,5 miljoner invånare. Obligatorisk fattigvård kunde utgå till den som pga ålder, kropps- eller sinnessjukdom var oförmögen att arbeta samt till föräldralösa barn, all annan fattigvård var frivillig för socknen. Såväl rättighets- som skyldighetskonstruktionen var borttagen och istället borde »enligt 'sakens natur' all hjälp hava 'sin egentliga grund i frivillighet, medlidande och kristlig kärlek'.«<sup>13</sup> Den obligatoriska fattigvården bemöttes dock med att besvärsrätten kraftigt beskars och att kommunen fick regressrätt.

Under slutet av 1800-talet kom med arbetarklassens allt starkare ställning de sociala konsekvenserna att bli alltmer brännande och viss reformerande lagstiftning infördes, bla skyddslagstiftning på arbetsrättens område. Därmed uppkommer en begynnande samhäll-  
lelig socialpolitik, men denna socialkonservativa sociallagstiftning, med klara förebilder i den tyska bismarckska socialpolitiken, betingades av 'arbetarfrågan' och var ett sätt att rädda de rådande samhällsförhållandena undan hotet om social omvälvning.

FvF ersattes med 1918 års fattigvårdslag, FvL, som innebar en reviderad syn på fattigvårdsfrågan där de hjälpsökandes ställning åter förbättrades, bland annat återinfördes rätten att överklaga fattigvårdsstyrelsens beslut. Lagen betonade det samhälleliga ansvaret och den enskildes krav på trygghet och i förarbetena fastslogs programmatiskt att »den fattigvård som staten tillförsäkrar dem bland sina medlemmar, vilka äro i behov därav, också bör av dessa kunna utkrävas såsom en dem tillkommande rätt.«<sup>14</sup> Även om besvär-  
rätten återinfördes, kvarstod återbetalningsskyldighet, arbetsplikt och hemsändning.

Under 1900-talets första decennier finner en statlig socialpolitik formen, och där också staten påtager sig en intervenerande roll och funktion. Det sker en väsentlig utbyggnad av socialförsäkringar, sjukkassor, pensionskassor och arbetslöshetskassor som avsevärt ekonomiskt avlastar det kommunala och allmänna ansvaret. Inför Socialhjälpslagen 1956 betonades att socialhjälp för varje medborgare skall vara en *rättighet*, varmed också underströks att hjälp »kan utformas såsom en skyldighet för samhället och en rättighet för mottagaren.«<sup>15</sup> Den principiella rätten utvidgades varigenom det allmännas skyldighet och den enskildes rätt påtalades i lagens förarbeten varvid »den obligatoriska socialhjälp-  
skulle för varje medborgare i ett faktiskt nödläge vara en rättighet.«<sup>16</sup> Den enskilde gavs rätt att överklaga socialnämndens beslut och återbetalningsskyldigheten begränsades. Under de påföljande decennierna efter 1956 års socialhjälpslag skedde en hel del reformer inom det socialpolitiska området varvid en rad olika socialrättsliga stödåtgärder och lag-  
stiftningar genomfördes.

Vad avser de mer handikappinriktade lagstiftningsåtgärderna infördes 1945 *lag om undervisning och vård av vissa utvecklingsstörda*, som särskilt reglerade de funktionshindrades

---

13 Jägerskiöld a.a., s 269.

14 Jägerskiöld a.a., s 330.

15 SOU 1950:11 *Utredning och förslag angående lag om socialhjälp*, s 29ff, s 80ff.

16 Holmberg a.a, s 59.

ställning. Lagen avsåg att ge viss undervisning, med undantag för dem som var intagna på sinnessjukhus eller andra specialanstalter. Landstingen hade huvudansvaret för verksamheten.<sup>17</sup> Eftersom lagen dock hade en begränsad målgrupp ändrades den 1954 genom *lag om undervisning och vård av vissa psykiskt efterblivna*, där landstingen fick ansvaret för samtliga utvecklingsstörda med undantag liksom tidigare. Personkretsen kom därmed att utvidgas och omfattade även de som hämmats till följd av brister i det centrala nervsystemet. Lagen ändrades redan 1967 genom *lag angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda*, eftersom det fortfarande fanns funktionshindrade som inte omfattades av lagen och dessutom hade ett antal speciallagar tillkommit som reglerade anstaltsvården. Syftet var att samordna de olika omsorgerna under en övergripande lag och få ett både flexibelt och rättssäkert system. Personkretsen utvidgades nu också till störningar som berodde på kroppsliga sjukdomar eller miljöpåverkan.

1967 års lag ersattes i sin tur 1985 med *lag om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda mfl*, den sk Omsorgslagen, OL. Synsättet som speglades i OL, var »att människor med utvecklingsstörning skulle leva under så normala förhållanden som möjligt ute i samhället bland andra människor.«<sup>18</sup> Lagen skulle fortsättningsvis inte vara en särreglering utan ett komplement för att betona det sk miljörelaterade handikappbegreppet varvid *normalisering, integrering, integritet* och *självbestämmande* var centrala värden och principer. En utökad besvärsmått till länsrätt infördes. OL kom att omfatta tre sk personkretsar: den första avser de som drabbats av intellektuell funktionsnedsättning som pga miljö utgör handikapp; de andra två kretsarna avsåg dem som pga våld eller sjukdom fått hjärnskador respektive personer med barndomspsykos. OL reglerade en rad skyldigheter för landstingskommunerna, såsom att tillhandahålla rådgivning, kontaktperson, personlig assistent, god man, förvaltare, korttidsvistelse och gruppbostad. Särskilt kom rätten till särskilt boende i gruppbostad att framstå som betungande, och i förarbetena kom man att lägga viss vikt vid att prövningen skulle ta hänsyn till landstingets resurser,<sup>19</sup> något som landstingen fann vara ett argument i en rad fall där resursbrist åberopades för att inte kunna bevilja insatser. OL gavs i förhållande till tidigare lagar på området en starkare rättighetsställning, främst genom besvärsmåttet och i vissa värdeangivelser om de utvecklingsstördas inflytande. Omsorg skulle inte ses som ett omhändertagande enligt äldre samhällsmodell utan vara uttryck för en rättighet. OL kunde också karakteriseras som en tämligen tydligt angiven rättighetslag eftersom omsorgerna var formulerade som individuella rättigheter med förutsättningar angivna i lag.<sup>20</sup> Men inte heller OL anno 1985 kom

17 Gunnarsson, Åsa/Anna Hollander (1990) *Omsorgslagen och utvecklingsstördas rätt* (Larsons: Stockholm), s14f.

18 Gunnarsson/Hollander a.a., s 19.

19 Proposition 1984/85:176 *Särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda*, s 78.

20 Holmberg a.a.; Hollander, Anna (1995) *Rättighetslag i teori och praxis. En studie av lagstiftning inom social- och handikappområdet* (Lustus: Uppsala) och Svensson, Gustav (2000) *Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor. Bedömning i förvaltningsdomstolar och socialnämnder* (Norstedts: Stockholm).

att bestå särskilt länge eftersom den uppvisade brister i en rad avseenden, bla ett dåligt rättsskydd och en svag rättssäkerhet, ett tilltagande lag- och domstolströts, där resursbrist återopades alltmer frekvent. Tiden var återigen mogen för en ny lagstiftning.

### 3 Handikapplagen

Den 1 januari 1994 trädde *lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade* ikraft. LSS, som den förkortas och Handikapplagen som den mer populärt kallas, både preciserade och utvidgade det tidigare rättighetsområdet. De värden och centrala målsättningar som genomsyrar tanken bakom LSS är att verksamheten skall främja jämlikhet i levnadsvillkor, full delaktighet i samhällslivet och att den enskilde får möjlighet att leva som andra; den skall vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet och den enskilde skall i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges (5-6§§). De centrala nyckelorden är således *jämlikhet, delaktighet, självbestämmande, integritet, inflytande* och *medbestämmande*.<sup>21</sup> Orden kan måhända tyckas allmänna och vaga, men avser ändock att markera en humanistisk och etisk grundsyn, i motsats till den omhändertagande vårdfilosofi som sedan länge var rådande inom fattig- och socialvården. För att uppnå dessa mål framförs en rad åtgärder, bla en ytterligare precisering av insatserna i form av rättigheter, ett tydliggörande av kommunernas ansvar och skyldigheter samt ett utvidgande av personkretsarna jämte utvidgning av insatsmöjligheterna.

Förutsättningarna för att erhålla insatser anges i lagens 1§ där de olika formerna av funktionshinder anges till tre sk *personkretsar*, nämligen personer 1) med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd; 2) med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom, eller 3) med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service. I förhållande till tidigare utvidgades LSS genom den tredje personkretsen och har inneburit en omfattande ansvarsutvidgning för kommunerna.

I 9§ regleras en rad preciserade insatser såsom 1) *rådgivning* och annat personligt stöd, 2) *personlig assistent*, 3) *ledsagarservice*, 4) biträde av *kontaktperson*, 5) *avlösarservice* i hemmet, 6) *korttidsvistelse* utanför det egna hemmet, 7) *korttidstillsyn* för skolungdom över 12 år utanför det egna hemmet, 8) *boende i familjebem* eller bostad med särskild service för barn

---

21 För grundtankarna bakom LSS, se Bengtsson, Hans (1998) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund), men också SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa*, s 121-136 och SOU 1992:52 *Ett sambälle för alla*.

eller ungdomar, 9) *bostad med särskild service* för vuxna eller annan särskilt anpassad bostad för vuxna, 10) *daglig verksamhet* för personer i yrkesverksam ålder.

LSS har till skillnad från den tidigare lagstiftningen givits tydligare uttryck som en sk rättighetslag, vilket innebär att såväl förutsättningarna som insatserna är individuellt preciserade och ger därmed upphov till en rättighet för den enskilde att erhålla insatser. För att trygga den enskildes situation i relation till såväl bristfällig samordning mellan olika instanser som åberopad resursbrist och bristande kontinuitet i stödåtgärder, förespråkades att enskilda med svåra funktionsnedsättningar tillförsäkras *rättigheter* till grundläggande stödinsatser. En sådan rättighet borde enligt lagstiftarens åsikt komma till uttryck i en preciserad lagtext i vilken förutsättningarna anges tydligt: »för att stärka medborgarens ställning i relation till den offentliga förvaltningen bör (...) reglerna så klart som möjligt uttrycka medborgarnas rättigheter.«<sup>22</sup>

I lagtexten uttrycks rättighetskaraktären dels genom rubriksättningen, »Rätten till insatser«, dels genom ordvalet i lagtexten, 7§ 1st, »Personer som anges i 1§ *har rätt till insatser* i form av särskilt stöd [etc].« Enligt 7§2st *skall* den enskilde tillförsäkras goda levnadsvillkor, insatserna *skall* ha beständighet, vara samordnade och de *skall* anpassas till mottagarens individuella behov.

De till rättigheterna motsvarande skyldigheterna uttrycks redan i lagens 2§ »Varje landsting *skall* [...] svara för insatser enligt 9§ första stycket 1.« och »varje kommun *skall*, [...]svara för insatser enligt 9§ första stycket 2-10.« I några paragrafer preciseras skyldigheter och särskilda uppgifter för kommunen, där bla kommunen *skall verka för* att planer samordnas, 14§, samt att det till kommunens uppgifter hör andra uppgifter, såsom uppföljning, informera om mål och medel, verka för tillgänglighet samverka med organisationer etc, 15§.

Man påpekade att lagstiftningen inte ensamt kan undanröja alla bristfälligheter inom området, men att lagstiftningen dels kan styra resurser till eftersatta områden, dels betona en viljeriktning för att förbättra förhållandena för eftersatta.<sup>23</sup> Syftet var naturligtvis att försöka åstadkomma en *attitydförändring* rörande de funktionshindrades ställning i samhället genom att betona den miljörelaterade handikappsynen, vilken innebär att 'handikapp' inte är någon egenskap hos individen utan utgör ett förhållande mellan individens funktionsnedsättning och omgivningen. Det är relationen till ett omgivande samhälles oförmåga att hantera den funktionshindrades levnadsvillkor som medför att funktionshindret har definierats som ett handikapp.<sup>24</sup>

I en lång rad beslut och under en lång rad år har begäran om särskilda insatser dels avslagits och dels har gynnande beslut inte verkställts (fördröjd verkställighet), med hänvisning till att kommunen saknar erforderliga ekonomiska resurser härför. Problemet med

22 SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa*, s 464.

23 SOU 1991:46 *Handikapp Valfärd Rättvisa*, s 463.

24 Se vidare Proposition 1992/93:159 *Om stöd och service till vissa funktionshindrade*, s 52f.

icke verkställda beslut och domar är ett problem som under de senaste tjugo åren accentuerats alltmer och därigenom också kommit att uppmärksammas i motsvarande grad. De problem som i dag vidlåter LSS har ursprung delvis i de verkställighetsfrågor som uppstod redan med OL från 1985. Initialt fick LSS överta en del av dessa icke verkställda domar och beslut, men problemet har som sådant bestått. Efter flera utredningar infördes i LSS (28 a-d§§) en lagändring som trädde i kraft 1 juli 2002. Innebörden är att en kommun eller ett landsting som underlåter att utan oskäligen dröjsmål tillhandahålla en insats som någon är berättigad till enligt en domstols avgörande, skall åläggas att betala en *särskild avgift* (nedan benämnd 'sanktionsavgift') mellan tio tusen och en miljon kronor. Beloppet bedöms efter hur länge dröjsmålet pågått och hur allvarligt det i övrigt kan anses vara. Den kan också efterges om det finns synnerliga skäl för det och i ringa fall skall inte någon avgift tas ut. Om en kommun eller ett landsting fortfarande underlåter att tillhandahålla insatsen får ny sanktionsavgift dömas ut. Frågor rörande sanktionsavgift prövas av länsrätten efter ansökan av länsstyrelsen.

På grund av en omfattande underlåtenhet att verkställa domstolars avgöranden även inom socialtjänstens område skall det noteras att motsvarande sanktionsavgift även infördes i Socialtjänstlagen avseende behov av bistånd (4:1§) i lagens 16:6a§. Jag återkommer nedan till vissa uppgifter rörande tillämpningen av nämnda stadgande i 3.3. nedan.

Den rättsliga konstruktionen är alltså att sanktionsavgiften endast aktualiseras i de fall där ett avslag *överklagats* till länsrätt eller kammarrätt till fördel för den klagande; dvs gynnande *domar*. Lagrummet avser alltså *inte* de fall då den sökande fått ett gynnande *beslut* vilket därefter inte kommit att verkställas. Sanktionsavgiften kan alltså *inte* användas för att framtvunga kommunen att verkställa gynnande *beslut*. Socialstyrelsen påtalade att det fanns ett behov av att utvidga sanktionen också till kommunala beslut:

Vad gäller icke verkställda domar finns sanktionsmöjligheter, vilket inte finns för de icke verkställda besluten. Med tanke på att de icke verkställda besluten är så många fler, är det viktigt att överväga om det är rimligt att sanktionsmöjligheter saknas för dessa beslut.<sup>25</sup>

Socialstyrelsen pekar här på den omständigheten att eftersom *beslut* utgör den helt dominerande mängden gynnande avgöranden för den insatsberättigade finns det anledning att vara uppmärksam på rättsutvecklingen. Problemet var här, enligt regeringen, att det inte kunde vara fråga om domstolstrots när kommunen inte verkställde egna gynnande kommunala beslut och vidare framhölls att fullmäktiges ledamöter är direkt valda och att ansvaret i första hand är politiskt, varför någon sanktion inte ansågs kunna riktas mot enskilda ledamöter.<sup>26</sup>

25 Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL* (2002), s 53.

26 Proposition 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 23, 26. Se även Warnling-Nerep, Wiweka (1995) *Kommuners lag- och domstolstrots* (Juristförlaget: Stockholm), s 385-402.

### 3.1 En fråga om sanktioner?

Den tidigare tämligen omfattande diskussionen rörande möjligheterna att tillgripa olika sanktioner, har numera blivit rättshistoria sedan sanktionsavgiften infördes i LSS.<sup>27</sup> Under årens lopp diskuterades till exempel *tjänstefel* enligt Brottsbalken, *vårdslös myndighetsutövning* enligt Skadeståndslagen samt *kommunalbot* som åtminstone tänkbara sanktioner. Inget av dessa förslag ledde, av olika skäl, emellertid till lagstiftning, men på basis av vissa förslag inrättades 1 juli 2000 *föreläggande kombinerat med vite* i de fall kommun eller landsting icke efterkom dom om insatser.<sup>28</sup> Men redan 2002 ersattes denna provisoriska lösning med nuvarande sanktionsavgift.<sup>29</sup>

Problemet har varit – och är – hur man på lämpligt sätt skall kunna komma till rätta med detta *'verkställighetstrots'* eller med andra ord underlåtenheten att verkställa för den enskilde gynnande domar.<sup>30</sup> Det normala har nämligen varit att sanktioner inte ansetts nödvändiga när verkställighet av beslut åligger offentlig myndighet. Orsaken till att sanktioner under en lång period saknades ligger naturligtvis i en samhällelig självklarhet: det är en rättsstatlig princip av fundamental betydelse att myndigheterna följer lagar och domstolsutslag. Men den senaste tidens utveckling har satt denna princip – eller principer – på sin spets. Regeringen betonade allvaret i situationen på följande sätt:

Regeringen är medveten om att den ekonomiska situationen kan ha betydelse för möjligheterna att snabbt vidta de åtgärder som krävs, inte minst med tanke på det lagstadgade kravet på ekonomisk balans i kommunerna och landstingen. Även praktiska problem, såsom att få fram lämpliga bostäder, kan ha betydelse i detta sammanhang. *Samtidigt är det helt oacceptabelt i en rättsstat att domstolsavgöranden som beslutats i laga ordning inte respekteras. Särskilt betänkligt är det om det är myndigheter som sätter sig över vad domstolarna bestämt.* Ett sådant agerande riskerar att undergräva medborgarnas förtroende för samhällsorganen.<sup>31</sup>

27 Se det vid det här laget ganska omfattande utredningsmaterial som skrivits i ämnet; SOU 1989:64 *Kommunalbot*, SOU 1993:90 *Lokal demokrati i utveckling*, SOU 1993:109 *Förtroendevaldas ansvar vid domstolstrots och lagtrots*, Socialstyrelsen 1993:4 *Trots mot omsorgslagen*, Ds 1995:27 *Kommunalt domstolstrots och lagtrots – ett förslag om personligt vitesansvar i mål om laglighetsprövning*, Warnling-Nerep a.a samt SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått*, s 100-105 och 133-145.

28 SOU 1999: 21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionsbinder*, s 37-43.

29 För en utförlig redovisning av bakgrunden till sanktionsavgiften, se Lundin, Olle (2003) "Sanktionsavgifter inom socialtjänstlagstiftningen – ett stort steg för lagstiftaren, ett litet steg för enskildas sociala rättigheter", *Förvaltningsrättslig tidskrift* 3.

30 Det centrala avgörandena rörande resursbristargumentets tillämplighet, är alltså regeringsrättens dom RÅ 1988 ref 40 jämte RÅ 1988 not 134 och RÅ 1993 ref 11 avseende OL. Regeringsrätten menade att resursbrist inte utgör någon grund för avslag och dess uppfattning anses prejudicerande även för de insatser som regleras i LSS, enligt de rekommendationer Socialstyrelsen utfärdade, SoS 1994:11 s 37 *Handikappreformen. Årsrapport 1994*.

31 Proposition 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots*, s 13f. (Min kursivering. HG).

I de fall kommunen framhårdar i sitt verkställighetstrots, föreslog lagrådet ett tillägg att vid fortsatt underlåtenhet ytterligare sanktionsavgift kan utdömas. Det skulle enligt lagrådet annars framstå som stötande om kommunen kunde fortsätta tredska:

Det är från rättssäkerhetssynpunkt klart otillfredsställande om enskilda inte kommer i åtnjutande av de rättigheter som lagstiftningen ger dem gentemot det allmänna. *Den kommunala självstyrelse som kommunerna enligt grundlagen är tillförsäkrade kan i en rättsstat aldrig åberopas som en ursäkt för en kommun att förmena sina innevånare de förmåner de erhållit rätt till av riksdagen eller att i annat fall underlåta att rätta sig efter gällande lag.*<sup>32</sup>

Lagrådet kommenterade även förslaget om att sanktionsavgift får efterges, om synnerliga skäl föreligger härför, på följande vis:

Lagrådet noterar att de omständigheter som sålunda bör kunna anses utgöra synnerliga skäl är omständigheter som legat utanför kommunens eller landstingets kontroll. *Att man i sin ekonomiska planering prioriterat medlen på ett sådant sätt att resurserna inte räckt till för att tillhandahålla insatser enligt den förevarande lagen kan sålunda inte utgöra ett skäl för eftergift.*<sup>33</sup>

Socialstyrelsen hade redan tidigare framhållit att en framställan om insats bör bifallas om kommunen med säkerhet kan tillhandahålla den begärda insatsen inom rimlig tid. Vad som kan anses rimlig tid får bedömas i varje enskilt fall men »bör inte överstiga tre månader. Gör kommunen den bedömningen att beslutet inte kan verkställas inom denna tid bör framställan avslås.»<sup>34</sup> JO har uttalat att »om det kan förväntas bli svårt att verkställa ett beslut om bistånd ligger det, inte minst från rättssäkerhetssynpunkt, nära till hands att ansökan bör avslås. Därigenom bereds den enskilde möjlighet att överklaga beslutet till domstol.»<sup>35</sup> Det är alltså detta dilemma – eller 'omöjliga situation,' enligt Socialstyrelsen – som nämndes inledningsvis.

Denna 'omöjliga situation' har emellertid förändrats avsevärt i ett avseende, nämligen därigenom att det i Socialtjänstlagen (16:6a§) sedan 1 juli 2006 införts en sanktionsavgift också för underlåtenhet att verkställa gynnande beslut. Jag återkommer avslutningsvis (avsnitt 5) till denna fråga och varför LSS i detta hänseende lämnats utanför.

### 3.2 De sociala rättigheternas dialektik

Ofta framhävs det att LSS är en rättighetslag – men är den det och vad betyder det? Till en början kan konstateras att lagen åtminstone innehåller vissa semantiska uttryck för att

32 Proposition 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots*, s 50; bil 5 (Min kursivering. HG).

33 Proposition 2001/02:122 *Åtgärder mot kommunalt domstolstrots* s 51; bil 5 (Min kursivering. HG).

34 Socialstyrelsen SOSFS 1996:2.

35 JO:s beslut 2000-09-06 (dnr 2577-2000), s 2.

dels markera 'rätt till' vissa insatser, dels markera kommunens och landstingets skyldigheter med formuleringar som 'skall svara för,' 'skall verka för' och att 'till uppgifter bör att.' Därjämte har en sanktionsmöjlighet införts. Allmänt sett brukar man uppställa olika kriterier på vad som definierar en rättighet. I annat sammanhang och i anslutning till andra forskning<sup>36</sup> har jag presenterat några kriterier, men benämnt dem *indikatorer* för att göra det möjligt att bedöma styrkan i en rättighetslagstiftning:

1. Är förmånen formulerad som en individuell rättighet, eller är det frågan om en generell reglering? Ja, LSS formulerar individuella rättigheter, 7§.
2. Är förutsättningarna (kriterierna) för att erhålla förmånen angivna i lag? Ja, enligt LSS 1§.
3. Är förmånens innehåll angivet i lag? Ja, insatserna är preciserade i LSS 9§
4. Är förmånen beroende av budgetanslag? Ja, i praktiken krävs resurstilldelning.
5. Föreligger överklagningsrätt? Ja, LSS 27§.
6. Finns i lagen angivet former för statlig tillsyn och kontroll? Ja, socialstyrelsen och länsstyrelsen, LSS 25-26§§.
7. Finns i lagen angivna sanktionsmöjligheter gentemot myndigheter för utkrävande av individuella rättigheter? Ja, sanktionsavgift kan åläggas kommun eller landsting, LSS 28a-d§§.

Givet dessa indikatorer så är rättigheterna i 7-8§§ korrelerade till motsvarande skyldigheter för det allmänna att tillhandahålla insatser enligt lagen, 2-3§§ jämte 14-15§§. Givet indikatorerna kan LSS betecknas som en stark rättighetslag – men ur dem går det inte att dra någon slutsats om hur stark LSS *faktisk* är, eller i vilken utsträckning stödinsatserna *realiserats* i verkligheten.

För att nu belysa LSS ställning i relation till den svenska rättighetshistorien, kan Hohfelds rättighetsschema, som utvecklades i »Taking Social Rights Seriously (I): Om sociala rättigheters status,« återanvändas där särskilt korrelationerna *krav/plikt* respektive *frihet/icke-krav* blir intressanta för att ånyo illustrera de sociala rättigheternas dialektik. I Hohfelds teori motsvarar eller korrelerar en persons rättighetsposition av någon annans rättighetsposition – således korrelerar ett *krav* med att någon annan har en *plikt* eller skyldighet (att uppfylla kravet). Någons *frihet* korrelerar med att en annan person inte kan ställa några krav, eller med Hohfelds ord, *icke-krav* – om ett krav kunde ställas, skulle friheten bli en ofrihet, eller alltså en plikt. Om en person kan stärka sin 'icke-kravposition' gentemot någon annans korrelerande frihet, så innebär det ett successivt närmande till en kravposition där den andres frihetsposition samtidigt omvandlas till en pliktuppfyllande position.<sup>37</sup> Utifrån dessa successiva positionsförskjutningar kan Hohfelds korrelationer illustreras i ett koordinatsystem.

36 Se Gustafsson a.a. (2005), s 467ff, för en diskussion rörande indikationer på en rättighets styrka.

37 Se Gustafsson a.a. (2005), s 464ff för en mer utförlig presentation av Hohfeld.



rent faktiskt ter sig. Finner med andra ord rättighetslagstiftningen i LSS sin motsvarighet i verkligheten? För att bedöma rättigheterna, är det inte tillräckligt att enbart se på lagtextens formuleringar och uttryck, utan viktigt blir att se hur lagen tillämpas i praktiken. Avsnitt 4.2 innehåller resonemang kring de grå områdena i figuren (a-c).

### 3.3 Rättighetslagstiftningen i praktiken

Sedan LSS:s ikraftträdande 1994 har en rad undersökningar genomförts av bland annat Socialstyrelsen. De resultat som nedan redovisas nedan härrör från den undersökning Socialstyrelsen presenterade i augusti 2005, *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004* och är alltså den mest aktuella rapporten. Här presenteras ingen genomlysning av enskilda fall eller de regionala varianser som finns, utan själva förekomsten av ett stort antal icke verkställda beslut och domar, berättigar i sig till reflektioner och funderingar runt rättighetslagstiftningens reella status.

Antalet insatser enligt LSS uppgick per den 1 oktober 2005 uppskattningsvis till mellan 56 000 och 58 000 personer. Antalet insatser uppgick till ca 93 000, vilket alltså betyder att en person kan vara i behov av flera insatsformer. 0.6% av Sveriges befolkning har således insatser enligt LSS.<sup>40</sup> Fördelningen per år och insats framgår av nedanstående sammanställning.

Antal ej verkställda *beslut* enligt 9§ 2-10p LSS 2001, 2003 och 2004<sup>41</sup>

Insats	2001	2003	2004
Personlig assistent	51	27	40
Ledsagarservice	288	267	276
Kontaktperson	1328	1141	1191
Avlösarservice	143	83	93
Korttidsvistelse	271	188	253
Korttidstillsyn	10	15	13
Boende för barn enligt LSS	14	10	19
Boende för vuxna enligt LSS	292	415	422
Daglig verksamhet	79	125	141
Totalt	2476	2271	2448

40 Socialstyrelsen (Statistik: Socialtjänst 2006:2) *Funktionshindrade personer – insatser enligt LSS år 2005*, s 5.

41 Socialstyrelsen (2005-109-19) *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004*, tabell 3, s 15

Antal ej verkställda *domar* enligt 9§ 2-10p LSS 2001, 2003 och 2004<sup>42</sup>

Insats	2001	2003	2004
Personlig assistent	6	11	9
Ledsagarservice	3	1	13
Kontaktperson	8	3	3
Avlösarservice	0	0	0
Korttidsvistelse	10	7	5
Korttidstillsyn	4	0	0
Boende för barn enligt LSS	2	7	1
Boende för vuxna enligt LSS	134	100	72
Daglig verksamhet	13	3	5
Totalt	180	132	108

Av det totala antalet 2 556 icke verkställda ärenden utgjorde domarna således blott ca 4,5%, medan de icke verkställda besluten uppgår till runt 95% – det är dessa fall som enligt min mening är de intressanta och som dessutom berör det stora flertalet berättigade. Det totala antalet icke verkställda ärenden rörande LSS uppgår till ca 2,5% av det totala antalet insatsbeslut.<sup>43</sup> Under 2004 gavs avslag på ansökan om insats trots bedömt behov i 151 fall (jämfört med 176 för 2001 och 223 för 2003) vilket möjligtvis kan tolkas som att socialnämnderna anammat JO:s och Socialstyrelsens 'rekommendationer' att avslå ett beslut om det inte kan komma att verkställas inom tre månader.<sup>44</sup>

Som tidigare nämnts bör beslut verkställas inom tre månader – enligt Socialstyrelsens mätningar hade dock ca 72% väntat mer än denna tidsfrist, ca 41% i mer än ett år och ca 27% i mer än två år.<sup>45</sup> Även om det skett en viss förbättring är läget sammantaget tämligen allvarligt för ett stort antal behovssökande. Möjliga förklaringar till en kvardröjande fördröjd verkställighet är bland annat att nyproduktionen av särskilda bostäder är för liten, att den kommunala planeringen har brister och att sådana investeringar inte prioriterats i tillräcklig omfattning.

Vad gäller motsvarande kartläggning av fördröjd verkställighet beträffande bistånd enligt socialtjänstlagen, SoL 4:1§, ökade ej verkställda beslut från 2 450 (2001) till 3 073

42 Socialstyrelsen (2005-109-19) *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004*, tabell 9, s 19.

43 Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL (2002)*, s 23.

44 Socialstyrelsen (2005-109-19) *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004*, s 17.

45 Socialstyrelsen (2005-109-19) *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004*, s 16.

(2004) och ej verkställda domar från 61 (2001) till 67 (2004). Problemet med fördröjd verkställighet gäller alltså i hög grad också för socialtjänstlagen.<sup>46</sup>

Socialstyrelsen pekade i en utvärdering från 2002, och som i stort sett bekräftas också i ovan nämnda utvärdering, på en rad omständigheter och faktorer som bidrar till det uppkomna rättsläget, bland annat finns stora rekryteringsproblem till dessa arbeten beroende på låga ersättningsnivåer, låg status och att kompetens saknas etc. Dessutom konstaterade man brist på bostäder och bristande planering beträffande framtida behov. Andra faktorer var organisatoriska svårigheter, kommunikationsproblem, brister i handläggningen och otillräcklig prioritering.<sup>47</sup>

I betänkandet SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått* har utredningen funnit en rad tänkbara förklaringar till varför gynnande beslut ej verkställs. Den främsta orsaken uppges ofta vara resursbrist, särskilt när det gäller boendeformer, men i övrigt kan också konstateras att brister finns i en rad andra avseenden, som jag tillåter mig sammanfatta som 'platsbrist,' 'planeringsbrist,' 'samordningsbrist,' 'kunskapsbrist,' 'informationsbrist,' 'personalbrist' och 'uppföljningsbrist.'<sup>48</sup> I sak stämmer utredningens förklaringar med den undersökning Socialstyrelsen företog 2002, vilken i sin tur bekräftar en under 1997 gjord undersökning. Också där framkom det, att »huvudmännen inte avsatt tillräckligt med resurser för att tillgodose behovet av lagstadgade rättigheter.«<sup>49</sup> Socialstyrelsen pekade också på att orsaken till utebliven verkställighet inte enbart kan hänföras till resursbrist, utan att en trolig orsak också ligger i bristande kunskap hos handläggare och arbetsledare samt att uppföljning i många fall saknas liksom bristande framförhållning och planering.<sup>50</sup> Man kan sammanfatta det som att problemen varit bestående – och välbekanta – under en längre tidsperiod.

### 3.4 Socialrättsliga rörelser

Genom att LSS synes svara så väl mot de funktionshindrades behov och dessutom har givits en stark rättighetsstatus, torde den kunna betecknas som ett uttryck för responsiv rätt enligt den välkända typologi som Philippe Nonet och Philip Selznick lanserade i arbetet *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*.<sup>51</sup> Ofta framhålls just den välfärdsstatliga rätten och särskilt socialrättens olika områden som starkt kännetecknade av responsiv

46 Socialstyrelsen (2005-109-19) *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004*, s 13f.

47 Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL (2002)*, s 8 samt *Ej verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL 2004*, s 31f.

48 SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått*, s 16ff samt 157ff.

49 Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL (2002)*, s 10 och Socialstyrelsen *Individen och lagen – om domar och verkställighet (1997)*, s 101.

50 Socialstyrelsen *Icke verkställda beslut och domar enligt LSS och SoL (2002)*, s 35f.

51 Nonet, Philippe/Philip Selznick (1978) *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (Harper Torchbooks: New York).

rätt och att rätten bland annat genom dessa områden uppvisar en generell tendens till responsivitet. I en övergripande illustration har Ingela Kåhl givit följande beskrivning av den svenska socialrättens utveckling med hjälp av den typologi Nonet & Selznick tillhandahållit:<sup>52</sup>

Repressiv rätt 1800-talet	Autonom rätt Runt sekelskiftet och framåt	Responsiv rätt 1970-tal ...	Reflexiv rätt 1990-tal ...?
<p>1847, 1853 fattigvårdsförordningar</p> <p>1871 restriktiv fattigvårdsförordning, tidigare ekonomisk hjälp och besvär rätt togs bort</p> <p>De politiska grundidéerna gick ut på att en restriktiv politik mot egendomslösa var nödvändig för att upprätthålla ordning och vilja till självförsörjning</p>	<p>1889, 1912 arbetarskyddslag 1901, 1916 lag om ersättning för olycksfall i arbetet</p> <p>1913 Folkpensionslag</p> <p>1902, 1924 Barnavårdslag</p> <p>1913 Alkoholistlag</p> <p>1918 Ny fattigvårdslag</p> <p>Besvär rätten återinförs. Stor socialpolitisk aktivitet från 30-talet och framåt</p>	<p>1982 SoL; en ramlag.</p> <p>Portalparagrafen betonar demokrati, solidaritet, ekonomisk och social trygghet, aktivt deltagande i samhällslivet mm</p>	<p>1993 LSS (?)</p>

1985 Omsorgslagen

1954 Nykterhetsvårdslag

1956 Socialhjälpslag

1960 Barnavårdslag

SoL 2002/2006

Jag har modifierat Kåhls beskrivning på ett flertal ställen: för det första menar jag att nykterhetsvårdslagen 1954, socialhjälpslagen 1956 och barnavårdslagen 1960 kan placeras i ett läge mellan autonom och responsiv rätt, medan Kåhl hänför dem till autonom rätt; för det andra har jag inplacerat OL från 1985 mellan responsiv och reflexiv rätt. För det tredje har jag infört kolumnen reflexiv rätt, eftersom LSS enligt min uppfattning i viss utsträckning också innehåller inslag av denna rättstyp, enligt de teorier om reflexivitet

52 Kåhl, Ingela (1995) *Socialarbetarkåren – den lindansande professionen* (Bokbox Förlag: Lund), s 39.

Gunther Teubners framfört.<sup>53</sup> Delvis baseras detta på den tonvikt som läggs vid individernas deltagande i utformandet av rättigheterna, det finns tydliga incitament till deltagande självbestämmande och behovsutförning för att öka deltagande i samhället. Delvis också på basis av det ökade inslaget av handläggningsnormer och ansatserna till självreglering genom olika möjligheter för den funktionshindrade att själv anställa assistenter osv. Syftet är ökad samhällsintegration och lagen är åtminstone teoretiskt sett uppbyggd som ett reflexivt arrangemang där rättigheterna ges direkt till individerna samtidigt med att myndigheterna får ett ansvar och en skyldighet gentemot medborgarna. Den enskilde har också möjlighet att vända sig till domstol för prövning av myndighetsbeslut. Håkan Hydén har benämnt denna reflexiva styrningsmodell eller blandform för *rättsstatlig välfärdsmodell*.<sup>54</sup>

Under 1800-talet var den autonoma rätten enligt Nonet & Selznick det dominerande rättsliga paradigmet och under första hälften av 1900-talet hade responsiv rätt allmänt sett dominans, men man kan notera att den socialrättsliga regleringen lider av en 'efter-släpning' i förhållande till den allmänna utvecklingen och i schemat är sociallagstiftningen under 1800-talet nämligen att hänföra till *repressiv* rätt. En förklaring till denna situation är att autonom rätt till stor del baseras på en stark marknadsekonomisk ideologi och dominerande liberal nattvaktarstatsidé som inte inrymmer någon grogrund för en aktiv positiv statsintervention – den repressiva socialpolitik som fördes under denna period var således ett resultat av den autonoma rättsideologin. Särskilt kom 1871 års lagstiftning att medföra en sådan kraftig tillbakagång, att det tog betydande tid innan socialrätten återhämtade sig och erövrade en autonomrättslig position under en allmän epok av responsiv rätt. Det är först i mitten av 1900-talet som socialrätten så att säga 'kommer ikapp' den allmänna responsiva rätten. Under den senaste tjuugoårsperioden är det motiverat att tala om en period av reflexiv rätt.

Man kan fråga sig om verkligen socialrätten allmänt sett är responsiv, eller om det tvärtom kanske är så, att socialrätten inte är enhetlig utan uppvisar en blandning av skilda rättsliga typologier – med andra ord finns inom socialrätten inslag av både repressiv och autonom rätt liksom responsiv och reflexiv rätt. I sin tur medför detta, att socialrätten inte successivt avvecklar tidigare regleringsformer utan innehåller parallella rättstypologier eller rättssystem med skilda uttrycksformer och värdeparadigm, något som jag benämnt *rättslig polyvalens*.<sup>55</sup>

53 Teubner, Gunther (1983) "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*.

54 Hydén, Håkan (2002) *Rättssociologi som rättsvetenskap* (Studentlitteratur: Lund), s 127 och Gustafsson a.a. (2005), s 485ff.

55 För en omfattande diskussion om polycentri, pluralism och polyvalens som kännetecken på rätten, se Gustafsson a.a. (2002), särskilt kapitel 3 och 4, i synnerhet avsnitt 3.4 *Till en teori om rättens polyvalens*.

Ser man på den senare tidens nedrustning av den sociala sektorn är det inte självklart att socialrätten, som förvisso innehåller starka inslag av responsiv rätt, skulle ha lämnat repressiv och autonom rätt bakom sig. Frågan är i vilken riktning socialrätten och LSS rör sig: å ena sidan finns tydliga inslag av reflexiva arrangemang och åtgärder (självreglering, ökat direktinflytande, ökad kommunikativ förmåga, decentralisering etc), men å andra sidan finns tendenser, särskilt genom den individualiserade rättighetskonstruktionen och den faktiska tillämpningssituationen, att LSS också rör sig tillbaka mot autonomrättsliga föreställningar (rättslig självständighet, förutsebarhet, regelstyrning och formalism) och i vissa fall även repressiv rätt (med tydliga tvångsåtgärder med ökad betoning på individens skyldigheter och motprestationer). Den reflexiva rättens 'igångsättande' av självreglerande funktioner kan under 1990-talet i denna mening ha varit ogynnsam för särskilt välfärdsrättsliga sektorer, där ekonomiska rationalitetsargument fått betydande tyngd, eller som Kaarlo Tuori sammanfattar det:

Om rättens roll i uppbyggnaden av välfärdsstaten endast har varit instrumentell, kan vi då över huvudtaget tala om rätten som ett värn för välfärdsstaten? Kan inte välfärdsstaten då också nedmonteras genom en instrumentell lagstiftning, där man i rättsliga termer skriver ner nationalekonomernas svar på den finansiella och ekonomiska utvecklingen eller intresseorganisationernas kompromisser om fördelningen av den krympande kakan.<sup>56</sup>

När jag här hävdar att den kommunala självstyrelsen i huvudsak kan karakteriseras som ett uttryck för autonom rätt och den senare tidens sociallagstiftning som responsiv eller i förekommande fall även reflexiv rätt, menar Tuori att det ingalunda är självklart hur den kommunala självstyrelsen och de sociala rättigheterna kan benämnas. Han hävdar att »man kunde också motivera en helt annorlunda tolkning där 'äkta' sociala rättigheter, som formulerats efter den 'traditionella' modellen, representerar autonom rätt och kommunalt självstyre, som lämnar utrymme för en diskursiv bedömning av lokala behov, reflexiv rätt.«<sup>57</sup> Jag är enig med Tuori, att genom en ökad precisering närmar sig rättigheterna i viss mån det autonomrättsliga paradigmet med de för- och nackdelar det innebär, medan jag ställer mig mer skeptisk till påståendet att den kommunala självstyrelsen representerar reflexiv rätt. I princip skulle jag måhända till viss del gå Tuori tillmötes, under de förutsättningarna att den kommunala självstyrelsen också i *praktiken* gynnar den diskursiva bedömningen av lokala behov, att berörda grupper ges reellt inflytande över den reflexiva proceduraliteten och att yttre ramar existerar som garanterar en reflexiv bedömningsförmåga även för svaga grupper, dvs om olika maktgrupperingar inte stör de behovsrationella inslagen. Måhända får man skilja på kommunernas olika funktioner, där vissa delar till

56 Tuori, Kaarlo (1993) "Lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården," *Retfærd* 62, s 9.

57 Tuori, Kaarlo (2003) "Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)", *Tidsskrift för Retsvitenskap* nr 3, s 360.

exempel kan hänföras till reflexiva handlingsdirektiv (det politiska närinflytandet), medan andra åter är utslag av autonom normgivning (den rättsliga regleringen).

Ett fokus på förekomsten av olika värdeparadigm och rättstypologier – *polyvalens* – skapar möjligheter att se de olika normativa system som påverkar socialrättens sammansättning och, i förlängningen därav, dess tillämpning. Genom att uppmärksamma polyvalens (och rättsskällemässig polycentri) kan en differentiering inom socialrätten, och här handikapplagen, betonas där olika rättstypologier enligt Nonet & Selznick kan renodlas. Med andra ord är socialrätten liksom individen satt under normativt tryck.

## 4 Normativa (av)tryck

Den enskilde individen vistas, som konstaterats, i ett kraftfält mellan rättslig reglering och rättslig praxis som ger signaler om delvis olika tolkningsmöjligheter. Bakom dessa återfinns skilda intressen med uttryck i olika rättsliga regleringar där individen befinner sig i kollision som medför att dennes rättigheter försvagas i åtskilliga fall. Även om både lagstiftningen och förekommande praxis på området framstår som tämligen entydiga, är en slutsats att kommunerna, *trots* sanktioner mot underlåtenhet att verkställa domstolsbeslut, i alltför många fall åsidosätter lagstiftningens sociala intentioner.

### 4.1 Självstyrelse och resursfördelning

Att rättsläget skiljer sig från tillämpningsplanet behöver i sig inte innebära en brist i lagstiftningen, men kan tvärtom vara tecken på att andra argument, värden och rättsprinciper är lika hållbara och legitima. Ofta påstås de sociala rättigheterna kollidera med den decentraliserade självbestämmanderätt som uttrycks i den kommunala självstyrelsen. Statsvetaren Olof Petersson uttrycker ganska väl denna åsikt:

Ett omdiskuterat principproblem gäller exempelvis om staten genom detaljreglerad rättighetslagstiftning skall tvinga kommuner och landsting att erbjuda medborgare eller medborgargrupper, såsom handikappade, vissa bestämda förmåner. Kravet på individuella sociala rättigheter kommer här i konflikt med kravet på lokal självstyrelse.<sup>58</sup>

Petersson ser, likt många andra, här en konflikt mellan sociala rättigheter och lokal självstyrelse samt att rättighetslagstiftningen uppfattas som ett *tvång* och att handikappade får *förmåner* på bekostnad av självstyrelse. Det har ovan framgått att det finns en lång pro-

58 Petersson, Olof (1996) *Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktindelning i dagens politik* (Publica: Stockholm), s 91; Riberdahl, Curt (1993a) "Rättighetslagar och kommunal självstyrelse", *Förvaltningsrättslig tidskrift* och Riberdahl, Curt (1993b) "Något om domstolskontrollen över kommunalförvaltningen", *Svensk juristtidning*, 674f.

blematisk tradition, av hur 'rätten till social omsorg' skall betraktas i förhållande till den kommunala självstyrelsen och det är därför inte osannolikt att en av flera bidragande orsaker till den bristande efterlevnaden av LSS, delvis kan förklaras med syftning på uppfattningar i denna traditionsrika historia. Kommunförbundet invände principiellt *mot* den föreslagna rättighetskaraktären i LSS och menade i huvudsak att förslaget skulle komma att leda till samordningssvårigheter i lagtekniskt hänseende. Utbudet av rättigheter skulle också komma att bli betydande, med ökade ekonomiska konsekvenser för kommunerna vilket kan leda »till tvivelaktiga ingrepp i det kommunala självbestämmandet.«<sup>59</sup> Den sk kommunala förnyelsekommittén framhävde beträffande rättighetslagstiftningens inverkan på den kommunala självstyrelsen:

Rättigheter ger å ena sidan i princip garantier för rättssäkerhet och lika villkor för medborgarna oavsett i vilken kommun de bor. Å andra sidan begränsar de kommunernas möjlighet att anpassa verksamheten till lokala förhållanden. Ju mer detaljerat regelsystemet är, desto mindre blir utrymmet för en flexibel behovsformulering på kommunal nivå.<sup>60</sup>

Den kommunala självstyrelsen bygger på den förutsättningen att såväl kommunala som nationella angelägenheter bäst tillvaratas på lokal förvaltningsnivå, vilket har hävdats sedan kommunalförordningarna från 1800-talets mitt. Två syften präglade synen på den kommunala självstyrelsen, å ena sidan grundad i en liberal ideologi som motvikt till statscentralismen och med tankar om närdemokratisk folksuveränitet, å andra sidan en socialkonservatism baserad på 'kostnadseffektiv' förvaltning.<sup>61</sup> Självstyrelsen behöver i sig inte betyda en utövad lokal demokrati; lokal självstyrelse, förvisso i begränsad form, existerade genom socknarna redan innan den moderna demokratins genombrott. Den liberala decentraliseringstanken jämte liberalismens ekonomiska autonomiideologi är, menar jag, väsentliga fortlevande ideologier än idag. En paradox i sammanhanget är att kommunerna sedan femtio år tillbaka på sätt och vis bakbundet sina egna motargument för att finansieringsansvaret skall åligga staten. Inför tillkomsten av socialhjälp lagen 1956 föreslog dåvarande Socialvårdskommittén att kommunerna som varande huvudmän för det administrativa genomförandet på lokal basis också skulle erhålla förstärkt statsbidrag. Kommunerna kritiserade kommitténs åsikt att socialhjälp var en statlig uppgift och menade att denna var en helt kommunal angelägenhet, varför man ifrågasatte behovet av det föreslagna statsbidraget, eftersom det skulle innebära statskontroll och centralism.<sup>62</sup>

59 SOU 1991:46 *Handikapp Velfärd Rättvisa*, s 571.

60 SOU 1996:169 *Förnyelse av kommuner och landsting*, s 74. För de i övrigt omfattande invändningar från kommunernas sida som riktats mot införandet av rättighetslagstiftning respektive sanktionsmöjligheter riktade mot dem, se Warnling-Nerep a.a. och "Skall kommunpolitiker bestraffas för kommunens bristfälliga resurser?" (1995-96), *Juridisk tidskrift*, s 594ff.

61 Gustafsson, Agne (1996) *Kommunal självstyrelse* (SNS: Stockholm), s 77.

62 Westerhäll a.a. (2002), s 28.

Ett återkommande argument från kommunernas sida från senare tid, beroende på den ökande ekonomiska belastningen, är att staten bör överta det primära finansieringsansvaret för LSS. Kommunernas kostnader uppgick år 2004 till 26,4 miljarder kronor och kostnadsökningen i fasta priser 17% mellan 2000 och 2004.<sup>63</sup> Lotta Westerhäll har, utifrån den enskildes perspektiv, hävdad att ett ökat statligt ansvar är nödvändigt för att uppnå en acceptabel rättssäkerhetsnivå och menar därför att »staten underlåter att dra den enda naturliga slutsats som kan dras om det egna resonemanget om socialbidraget som en nationell angelägenhet, dvs att finansieringen av det sociala biståndet övergår till staten. Detta är högst anmärkningsvärt och blottar ett bristande ansvarstagande från staten i denna fråga.«<sup>64</sup> Det finns en klar poäng här, men också ett klart problem, något som bland annat den tidigare socialministern Bengt Lindqvist menade »skulle kunna vara en acceptabel ordning, men innebära en betydande omfördelning av samhällets ansvar. Skulle statens ansvar också gälla andra grupper än personer med funktionshinder, tex äldre?»<sup>65</sup> Frågan handlar i grunden om likhet inför lagen för kommunmedlemmarna, dvs det kan framstå som oacceptabelt att vissa grupper utpekade som särskilt betungande (eller gynnade) gentemot andra grupper. Socialstyrelsen anser att landstingen och kommunerna »genom omprioriteringar eller besparingar måste skapa det resursutrymme som behövs för att kunna verkställa beslut och domar om särskilda omsorger.«<sup>66</sup> Wiweka Warnling-Nerep har också framhävt skillnaden mellan prioriterad och oprioriterad verksamhet och menar i enlighet med Socialstyrelsen, att en »logisk konsekvens av det nuvarande regelsystemet torde bli, att kommunerna först tillskjuter medel för sådan verksamhet som är särskilt prioriterad genom olika sk rättighetslagar. Först därefter får övriga 'lagstadgade rättigheter,' ävensom sk frivillig kommunal verksamhet, tillgodoses *i mån av resurser*.«<sup>67</sup>

Frågan om kommunernas självstyrelse, och som det riktats ovanstående kritik mot, är givetvis komplex och i synnerhet som självstyrelsen kan ges olika tyngd i olika situationer, menar till exempel Tuori.<sup>68</sup> En situation föreligger vid lagstiftningen då införandet av sociala rättigheter får vägas mot självstyrelsen, där självstyrelsen sätter vissa gränser. En annan situation är det kommunala beslutsfattandet där väl stadgade rättigheter inte kan åsidosättas av självstyrelsen. Den tredje situationen berör verkställandet av domstolsbeslut, där den kommunala självstyrelsen spelat ut sin roll som vägande princip och inte kan åberopas som grund för att inte verkställa beslutet eller domen. Med andra ord kan den första situa-

63 Kommittédirektiv 2006:68 *Tilläggsdirektiv till Assistanskommittén (S 2004:06) – översyn av LSS*, s 10.

64 Westerhäll, Lotta (2002) »Statlig styrning av social trygghet. Försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga», i: Lotta Vahlne Westerhäll (red.) *Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten* (Norstedts: Stockholm), s 44.

65 SOU 1999:21 *Nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder*, s 40.

66 SoS 1993:4 *Trots mot omsorgslagen*, s 9.

67 Warnling-Nerep a.a. (1995), s 559.

68 Tuori a.a. (2003), s 359f.

tionen, där kommunen motsatt sig införandet av rättighetslagstiftning, inte användas som argument i den tredje situationen.

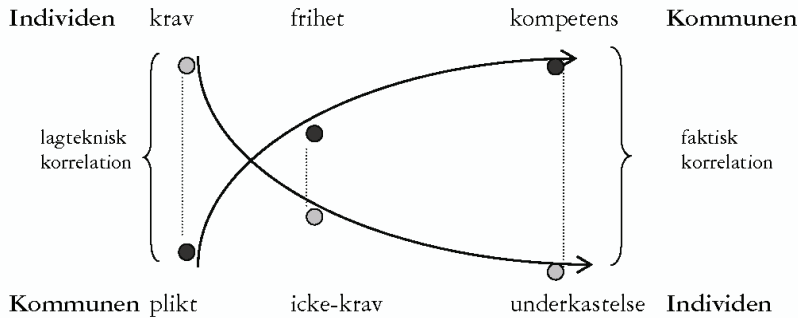
I grunden ligger här ett djupare problemkomplex, än som eventuellt kan avhjälpas genom sanktionsavgifter, nämligen frågan om den ekonomiska prioriteringen av kostnadsposterna i den kommunala budgeten. Lämpligheten att med sanktioner kringskära eller tydliggöra denna kommunala kompetens synes varken okontroversiell eller helt op-  
roblematiske. Utifrån dessa motsättningar inställer sig frågan om den enskildes rättssäkerhet, vilken enligt mitt förmenande, inte kan innebära att allmänna förvaltningsdomstolar visserligen konstaterar att en rättighet föreligger, men att kommunerna fortsätter neka den enskilde denna rätt genom att inte verkställa beslut. Den prioritering kommuner företar inbegriper oundvikliga sociala konsekvenser för den enskildes rättssäkerhet som måste anses vara diskutabla.

## 4.2 Rättigheternas saltomortal

Som framfördes i det föregående kan den lagtekniska lösningen vad avser LSS sägas innebära, att den funktionshindrade givits en rättighet såsom *krav*, och att kommunen har fått en korrelerande *plikt* eller skyldighet. Ur den lagtekniska lösningen, torde kunna utläsas att individens rättighetsposition är klarlagd och att rättssäkerhetspositionen också är otvetydig. Att betrakta situationen och rättsläget enbart ur en lagteknisk och begreppslig synvinkel säger emellertid föga om den *faktiska* eller *reella* rättighets- och rättssäkerhetspositionen, där andra starkare normerande systemvärden påverkar dessa positioner och omdefinierar dem. Ett av dessa normerande systemvärden är det ekonomiska systemets resursargument, som framstår som så mycket starkare och mer pådrivande än den rättsliga regleringen; till och med hotet om sanktionsavgift ses som underordnat, varför dess effektivitet i detta hänseende kan ifrågasättas. Ett annat, därmed sammanhängande system, är det politisk-administrativa värdesystemet, som i förevarande hänseende särskilt främjar den kommunala självstyrelsen.

Problematiken som tydliggörs i relationen mellan realiserandet av LSS å ena sidan och skyddet för den kommunala självstyrelsen å den andra kan återigen åskådliggöras med hjälp av Hohfeld. Man kan se tämligen starka tendenser till en förändring av individens position från *krav* till ett *icke-krav* och under motsvarande tidsrymd har, i praktiken, kommunens *plikt* återigen glidit över till en *frihet* (välvilja). Dessutom – vågar jag med bestämdhet hävda – har den funktionshindrade under olika motstridiga normhänsyn tvingats till *underkastelse* under kommunens makt- eller *kompetens*position, enligt Hohfelds schema. Vi kan alltså se rättighetslagstiftningen ur två motsatta synpunkter: ur den funktionshindrades perspektiv innebär rättighetskonstruktion att rättigheterna kan betraktas som krav med korrelatet plikt. Ur den kommunala självstyrelsens synvinkel däremot kan LSS, snarast uppfattas som en frihet korrelerande till icke-krav – ja, till och med som en

kompetens med korrelaterat underkastelse.<sup>69</sup> Så som lagen är utformad innebär den *lagtekniska korrelationen* och det rättsliga styrkeförhållandet att individen med sin väldefinierade kravrättighet är överordnad kommunens väldefinierade plikt, medan den *faktiska korrelationen* och det reella styrkeförhållandet har ett omvänt förhållande där kommunen är överordnad individen:



LSS problem består i att den fortfarande möter en ideologisk grunduppfattning om att staten inte skall tillhandahålla resurskrävande lagstiftning av tvingande karaktär; de sociala rättigheterna anses inom denna diskurs heller inte vara några *äkta* rättigheter, utan fränkänns den status som tillkommer traditionella klassiska negativa rättigheter. Denna uppfattning kan i sin tur härledas till autonomt rättighetstänkande enligt Nonet & Selznick, något som i hög grad kännetecknar det interna rättsvetenskapliga värdesystemet där diskursen om det negativa rättighetsbegreppet har en framträdande roll och där också traditionella rättssäkerhetsuppfattningar i många stycken är rådande. Indirekt får den rättsstatliga och starkt marknadsorienterade ideologin därigenom genomslag i välfärdsstatliga områden. Det existerar också ett kommunalekonomiskt ideologiskt intresse av att vidmakthålla föreställningen, att sociala rättigheter är icke utkrävbara förmåner och att den kommunala självstyrelsen är en form av (hofeldsk) frihet.

I det här sammanhanget kan man fråga sig om det har någon praktisk betydelse om insatser formuleras som rättigheter för den enskilde eller som skyldigheter för det allmänna. Enligt Åström stärker en rättighet den enskildes ställning gentemot myndigheterna, medan skyldighetslagstiftning gör individen till en »potentiell mottagare av en insats som myndigheten får ge till en enskild.«<sup>70</sup> En rättighet etablerar en relation mellan individen och myndigheten, medan individen i en skyldighetslagstiftning anonymiseras som del i ett

69 Se Warnling-Nerep som i närmast hofeldsk mening hävdar att kommunfullmäktige "åtnjuter en nästintill total immunitet," a.a. (1995-96), s 599 samt Warnling-Nerep a.a. (1995), s 144ff.

70 Åström, Karsten (1998) "Normbildning och beslutsfattande", i: Hans Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund), s 102.

kollektiv. Åström benämner de två rättsförhållandena för *individ-* respektive *kollektivrättsliga*<sup>71</sup> och menar att:

Rättighetskonstruktionen i sig inte garanterar att de som har behov av insatser också erhåller sådana. Det finns en fara förknippad med rättighetslagstiftning, nämligen att enskilda individer åläggs ansvaret att själva aktivt ansöka om stöd och att myndigheterna inte agerar förrän den enskilde faktiskt inkommer med en formell ansökan. Den enskilde måste vara stark och aktiv. Gruppen funktionshindrade, liksom många andra grupper, har ofta svårt att göra sig hörda och ställa krav.<sup>72</sup>

Tuori menar att »noggrant definierade rättigheter framhäver [...] förmånstagarnas ställning som subjekt i förhållande till myndigheten,«<sup>73</sup> men detaljerade formuleringar i lagtext behöver emellertid inte vara någon garant för att individen rent faktiskt har en stark subjekt- eller rättighetsposition, enligt Gustav Svensson. Han är tveksam till om stadgandena i LSS ens kan hänföras till kategorin 'rättigheter' och menar att »rätten i dessa fall inskränker sig i huvudsak till en rätt att få sin ansökan prövad«<sup>74</sup> samt att påståendet om en 'rätt till LSS-insats' är *ideologiskt* och att det finns en *ideologisk användning* av begreppet 'goda livsvillkor' enligt LSS. Själva rättighetsuttrycket *döljer*, om jag nu förstår Svensson rätt, det faktum att den enskildes 'rätt' är helt beroende av beslutsfattarens skönmässiga behovsprövning och att det saknas objektiva mått på vad som är legitima behov.

Även om LSS lagtekniskt givits en klassisk normrationell form, uppvisar rättstillämpningen en relativt stor öppenhet och skönmässighet som exponerar lagstiftningens underliggande målrationella karaktär. Målrationeliteten har två frågetecken: för det första rörande vem som beslutar över ambitionsnivån för socialtjänsten, för det andra handlar det om rättssäkerhet. Svensson menar att kommunerna och socialnämnderna har det dominerande inflytandet över att bevilja insatser och bistånd, vilket i sin tur får negativa konsekvenser för den enskildes rättssäkerhet rörande beslut baserade på en skönmässig målrationelitet.<sup>75</sup> En målrationell karaktär behöver i sig inte leda till bristande rättsäkerhet eller skönmässighet av negativt slag, utan kan ju baseras på en äkta sk behovsrationell argumentation där reella behov tillgodoses, ehuru med individuell varians. Problemet synes snarast här vara, att den målrationella argumentationen tagit en annan väg, nämligen en sk systemrationell variant som domineras av hänsynstaganden till systemets övergripande behov av balans och avvägningar mellan olika intressegrupperingar.<sup>76</sup> Enligt lagens under-

71 Åström a.a., s 97 och Åström, Karsten (1988) *Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser* (Lund U.P.: Lund), s 116ff.

72 Åström a.a. (1998), s 103.

73 Tuori a.a., s 18.

74 Svensson a.a., s 331.

75 Svensson a.a., s 313.

76 Om juridiska argumentations- och rationalitetsformer, se Lars D Eriksson (1979) "Om olika argumentationsmodeller", *JFT* 2; Lars D Eriksson (1980) *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (Juridica: Helsingfors); Håkan Hydén (1984) *Ram eller lag?* (DsC 1984:12: Stockholm); Kaarlo Tuori "Alternativ

liggende värdestruktur kunde man förvänta sig att den individuell anpassade behovsrationala argumentationen skulle styra tillämpningen, men i praktiken har de systemrationella hänsynstagandena dominans. Den ideologi, Svensson menar sig ha noterat i handikapplagstiftningen, innebär alltså att LSS har en normrationell uttrycksform som antas gynna formell rättssäkerhet, men som i själva verket stödjer en systemrationalitet vilken manifesteras i lagens tillämpningsproblem.

Enligt min mening kan det systemrationella hänsynstagandet dessutom utläsas i sanktionsavgiften, LSS 28§, som utgör en kompromiss mellan två olika intressen, nämligen å ena sidan möjligheten att tvinga kommuner till verkställighet genom att vid en gynnande *dom* utdöma sanktionsavgiften, men å andra sidan ett hänsynstagande till den grundlagsfästa kommunala självstyrelsen. Utåt sett ger lagstiftningen sken av att vara ett kraftfullt instrument, men i själva verket träffar den inte de kommunala gynnande *beslut* som inte verkställs.

Här blir det också berättigat att försöka upptäcka tendenser eller förskjutningar i socialrätten i relation till rättighetstypologier eller regleringsmodeller. Vänder vi tillbaka till artikelns första illustration (i 3.2), så vill jag tillfoga vissa reflektioner avseende handikapplagens nuvarande reella status med beaktande av olika systempåverkan och hur de tendenser som jag påtalat kan leda till olika positioner framledes. Jag menar att det går att urskilja tre möjliga positioner: *för det första* (a) kan man mena att den faktiska rättighetsposition den enskilde innehar med beaktande av tillämpningssituationen avseende fördröjd verkställighet innebär att rättigheterna kan karakteriseras som kvasirättigheter, eftersom kravrättigheten snarast kan betecknas som icke-krav, medan kommunen har vissa skyldigheter. Det är här möjligen berättigat att tala om en övergång från en välfärdsstat till en servicestat, som Westerhäll observerat.<sup>77</sup> *För det andra* (b) är det också möjligt att betrakta rättigheterna som i praktiken mer målorienterade rättigheter, eftersom individen har vissa möjligheter att ställa krav, men att dessa uppfylls i den mån kommunen har resurser och en viss frihet (prioritering) att avsätta medel till dessa.<sup>78</sup> *För det tredje* (c) är en tänkbar utvecklingslinje att kommunerna ges en minskad skyldighet och att de krav de behovssökande kan ställa begränsas, varvid positionen den enskilde ställs inför skulle likna en starkt autonom rätt med möjliga inslag av repressiv rätt. Jag vill framhålla att detta är möjliga scenarier vilka är avhängiga den närmaste tidens utveckling, vilken väg lagstiftaren väljer avseende bland annat sanktionsfrågan och hur finansieringsansvaret är tänkt att lösas.

---

eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?" i: K Touri, red., *Rättsdogmatikens alternativ* (Juridica: Tammerfors) samt Gustafsson a.a. (2005), s 187ff.

77 Westerhäll a.a. (1994), s 87ff och Gustafsson a.a. (2005), s 470f.

78 Westerhäll a.a. (1994), s 87ff och Gustafsson a.a. (2005), s 470f.

## 5 Den handikappade lagen?

Vad alltså gäller frågan om sanktionsmöjligheter är frågan för nuvarande under utredning. I det tidigare utredningsdirektivet avseende »Kommuners och landstings underlåtenhet att verkställa egna beslut om insatser enligt SoL och LSS« (dir 2003:93) ingick att utredaren skulle analysera orsaker till fördröjd verkställighet samt föreslå åtgärder för att bidra till en förbättrad rättssäkerhet. Utredningen presenterade i betänkandet SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått* vissa principiella överväganden och konkreta åtgärdsförslag. Bland annat föreslogs att den tidigare konstruktionen med sanktionsavgift även fortsättningsvis skall avse domstols avgörande, men också utsträckas till att omfatta kommunens egna gynnande beslut (SoL 16:6a§ respektive LSS 28a§). Den föreslagna lydelsen i LSS 28a§ var:<sup>79</sup>

*En kommun eller ett landsting som inte inom skälig tid tillbandabäller en insats enligt 9 § som någon är berättigad till enligt ett beslut av en sådan nämnd som avses i 22 §, skall åläggas att betala en särskild avgift.*

Motsvarande bestämmelse om sanktionsavgiftens utökade tillämpningsområde infördes i socialtjänstlagen 16:6a§ (jämte följdbestämmelser) avseende gynnande beslut om bistånd enligt SoL 4:1§ och trädde i kraft 1 juli 2006.<sup>80</sup> Dessutom skall socialnämnden rapportera alla gynnande beslut som inte verkställs inom tre månader till länsstyrelsen, kommunens revisorer och kommunfullmäktige.<sup>81</sup>

Vad avser motsvarande reglering i LSS beslutade regeringen att återkomma till frågan i samband med beredningen av den sk Assistanskommitténs delbetänkande<sup>82</sup> och i sammanträde den 8 juni 2006 utvidgades kommitténs uppdrag till att omfatta en bred översyn av LSS och dess tillämpning sett i relation till de handikappolitiska målen, varför ett införande av nämnda sanktionsavgift anstår tills vidare. Kommittén skall se över lagstiftningen och, får man förmoda, även överväga sanktionsavgifter också för gynnande beslut, likt regleringen i socialtjänstlagen. Betänkandet skall redovisas i mars 2008.<sup>83</sup>

Me utgångspunkt i vad som nämnts tidigare, vill jag avslutningsvis redovisa ett antal omständigheter av skilda slag som påverkar utfallet av lagstiftningen, varvid några punkter också återfinns mer utförligt motiverade i min föregående artikel. Det synes vara frågan om djupgående strukturella problem och dilemman mellan delvis motstridiga värdesystem, ja utredaren till SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått* menar att det föreligger ett *systemfel* hos kommuner och landsting.

79 SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått*, s 26.

80 Prop. 2005/06:115 *Nationell utvecklingsplan för vård och omsorg om äldre* samt socialutskottets betänkande 2005/06:SoU26 och rskr 2005/06:301.

81 Se även Socialstyrelsens meddelandebud (augusti 2006) *Nya bestämmelser om rapporteringskyldighet och särskild avgift (sanktionsavgift) i socialtjänstlagen*.

82 Prop. 2005/06:115 *Nationell utvecklingsplan för vård och omsorg om äldre*, s 117.

83 Dir 2006:68 *Tilläggsdirektiv till Assistanskommittén (S 2004:06) – översyn av LSS*.

1. *Kommunal självstyrelse.* Vissa återhållande moment i LSS kan, som praktiska tillämpningshänsynstaganden, hänföras till inslag av autonom rätt (kommunal självstyrelse och marknadsliberalism) i LSS framför de reflexiva incitamenten. Dessa autonoma inslag kan antagligen påverka den enskildes rättighetsstatus ogynnsamt. Den kommunala självstyrelsens grundtankar vilar på autonomrättsliga föreställningar, vilket skapar starka normerande effekter på tillämpningen och synen på LSS, i sådan omfattning att man i vissa avseenden kan se repressiv rätt återvända. Kommunal självstyrelse och marknadsekonomi är, för LSS, en sällsynt olycklig kombination. Vissa formella rättsstatsvärden vinner försteg framför välfärdsstatliga värdena och med andra ord går frihetsdiskursen före den reella rättighetsdiskussionen.

2. *Rättighetsideologin.* Jag har tidigare försökt visa på att förekomsten av vissa rättighetsparadigm i rättighetsdiskursen leder till att vissa rättighetsideologier reproduceras, vilket i förevarande fall medför en överbetoning av liberala negativa rättigheter framför sociala rättigheter.<sup>84</sup> Härmed stängs dörren för en mer öppen inställning till rättigheterna och istället för en flexibilitet som betonar förekomsten av flera sidordnade värden (manifesterade i olika rättigheter), leder det till en hierarki av över- och underordnade rättigheter. De sociala rättigheterna underordnas ideologiskt och blockeras på flera samverkande sätt: för det första underordnas de under de negativa rättigheterna, utan att det finns någon analytisk grund för detta; för det andra förutsätter såväl negativa rättigheter som formell rättsäkerhet en tro på rätten som ett rättssystem med en hög grad av autonomi och slutenhet.

3. *Resursfrågan.* Ett återkommande och allmänt problem är resursfrågans påverkan på den faktiska tillämpningen. Det är ett komplext område som innefattar dels den kommunala självstyrelsens ekonomiska realiteter, men också de större frågorna om det övergripande finansieringsansvaret för vissa sociala rättigheter. Ofta brukar man framhålla, att där kommunerna ser resursproblem, ser staten prioriteringar.<sup>85</sup> Som framhållits av såväl statliga utredningar, forskare och socialstyrelsen bör de kommunala verksamheterna måhända fördelas enligt prioriterad respektive oprioriterad lagstiftning.

4. *Särintresset.* En ofta förkommande åsikt är att riktad lagstiftning till vissa grupper eller medborgare ger uttryck för olika slags särintressen, som alla kräver sin rättighetstilldelning. Curt Riberdahl har uttryckt skepsis till rättighetslagarna och menar att »om man fortsätter på den inslagna vägen kommer snart nog alla särintressen att vilja ha en egen rättighetslag. Föräldrar vill ha rätt till barnomsorg, pensionärer rätt till äldreomsorg etc. Det kan leda till konflikter mellan olika särintressen.»<sup>86</sup> Frågan är enligt min mening fel ställd, det handlar för det första inte om ett 'särintresse' att som resurssvag funktionshindrad göra gällande sin rätt, utan denne har *som vilken annan medborgare som helst* rätt till en

---

84 Gustafsson a.a. (2002) och a.a. (2005).

85 Lundin a.a., s 466.

86 Riberdahl a.a. (1993a), s 162.

likvärdig behandling och full delaktighet i samhället. För det andra är det orimligt att spela ut olika sk 'särintressen' mot varandra, utan här är det (oftast) den resurssvages ställning i relation till en förhållandevis resursstark kommun. För det tredje är det inget särintresse, utan utgör ett allmänintresse i två betydelser, dels i den meningen att samhället skall rymma även resurssvaga och resurskrävande individer, dels i den meningen att de flesta av oss kan drabbas av olika funktionshinder som gör oss beroende av en stark rättighetslagstiftning.

5. *Handläggningen*. Ett sätt att förmedla förvaltningens mellanställning här, är att omsorgsnämnderna och handläggarna hamnat i en lojalitetskonflikt mellan å ena sidan tvingande lagstiftning och å andra sidan de ekonomiska ramarna för den kommunala verksamheten såsom de fastställs av kommunens förtroendevalda. I betänkandet SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått* noterades denna problematik efter kontakt med tjänstemännen:

Kunskaperna hos fullmäktigeledamöterna om kommunernas ansvar [är], enligt tjänstemännen, många gånger bristfälliga. Det uppges bla gälla bristande kunskaper om vilka rättigheter som tillförsäkras den enskilde genom socialtjänstlagen och LSS. Vidare uppges medvetenheten vara låg hos de förtroendevalda beträffande omfattningen av problemet med de ej verkställda besluten i den egna kommunen. Kunskapsbristerna hos de kommunala politikerna medför, enligt tjänstemännen, att de inte får tillräcklig respons hos politikerna, som ansvarar för fördelningen av resurser inom kommunen, när det framförs att de medel som ställs till nämndens förfogande inte är tillräckliga för att kommunen skall kunna leva upp till sina skyldigheter enligt socialtjänstlagen och LSS.<sup>87</sup>

6. *Sanktioner*. Är det nu så att svårigheterna att få domar verkställda kan avhjälpas med bestämmelser om sanktionsavgift enligt LSS? Kan en utvidgad reglering avseende sanktionsavgift också avseende icke verkställda gynnande beslut bli effektiv? Tja, ödet ligger i händerna på förvaltningsdomstolarna vilka har att tillämpa lagrummet och fastställa en tillräckligt effektiv sanktionsavgift, för de icke verkställda domarna och besluten (om den tidigare utredningens förslag vinner gehör, vill säga). Hans Bengtsson och Karsten Åström menar:

Att *vinga* fram följsamhet kan dock knappast lösa de normkonflikter som råder. Förutsättningen för att en rättighetslag skall fungera är att den har hög grad av legitimitet i den meningen att myndigheterna är villiga att följa lagen även i de fall tillämpningen går dem emot. Ytterst handlar det om att skapa förståelse och respekt för det demokratiska beslutet att gravt funktionshindrades levnadsvillkor och behov verkligen skall prioriteras.<sup>88</sup>

87 SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått*, s 159.

88 Bengtsson, Hans och Karsten Åström (1998) "Från politik till praktik – några sammanfattande slutsatser", i: Hans Bengtsson (red.) *Politik, lag och praktik. Implementeringen av 1994 års handikappreform* (Studentlitteratur: Lund), s 305.

Utredningen framhäver att den föreslagna sanktionsavgiften i LSS och den antagna i socialtjänstlagen är avsedda som en yttersta åtgärd och bedöms bara tillgripas i ett mindre antal fall. Det betonas också att »huvudvikten i förslagen ligger i att inom kommunen skapa en medvetenhet om vad en rättighetslagstiftning innebär.«<sup>89</sup>

Lagen uppvisar i dagsläget legitimitetsbrister i en rad avseenden – såväl politiska och juridiska som professionella – som avspeglas i den politiska kommunala resursprioriteringen, i den rättsvetenskapliga rättighetsdiskursen och i själva handläggningen där sociala rättigheter inte tas på (tillräckligt) allvar. Man kan visserligen fråga sig om inte LSS fungerar tillräckligt tillfredsställande, ty de icke verkställda ärendena utgör ju blott 2.5%, men jag ansluter mig till betänkandet som framhåller, att »även om det endast hade varit fråga om ett fåtal ärenden där gynnande beslut inte verkställs inom rimlig tid eller där ansökningar avslås trots bedömt behov, utgör det ett allvarligt problem eftersom det urholkar förtroendet för rättsstaten. I många fall leder [det] dessutom till svårigheter och lidande för de enskilda.«<sup>90</sup> Skillnaden mellan det faktiska rättsläget och innebörden av rättighetsregleringen i LSS gör att det för närvarande framstår som svårt att undvika den slutsatsen att vissa sociala rättigheter i praktiken är 'kvasirättigheter.' Sammanfattningsvis vill jag hävda att en rad olika komplexa värde- och normsystem sätter funktionella hinder i vägen för tillämpningen som bidrar till att *handikapplagen imiterar sitt regleringsområde och själv blir en handikappad lag.*

---

89 SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått*, s 213.

90 SOU 2004:118 *Beviljats men inte fått*, s 176.