

Diskriminering eller systemfel?

— en kommentar kring ”Grundskoleelevens stödbehov”

Av doktoranden SARA LUNDBERG

Plikten att gå i skolan och rätten att göra det på ett icke-diskriminerande sätt kan vara svårörenliga. I avgörandet ”Grundskoleelevens stödbehov” gör HD flera bedömningar som gör det tydligt hur individens upprättelse kan skada kollektivet, och hur systematiska hänsyn kan påverka rättens genomslag.

Inledning

En grundläggande princip i skollagstiftningen är att alla barn ska ges möjlighet att nå målen för utbildningen. En förutsättning för att så ska ske är att särskilt stöd ges till de elever som av olika anledningar stöter på svårigheter i sin skolgång. Det enskilda barnets bästa ska vara utgångspunkten, oavsett hur många barn som råkar ha stora, resurskrävande behov. Det är mot den bakgrunden en återkommande utmaning för rektorer att få begränsade resurser att räckta till alla elevers behov.

I början av sommaren kom ett avgörande från HD som inskräper rektors ansvar att se till att varje elev får det stöd som skollagen (2010:800) föreskriver.¹ I den här rättsfallskommentaren kommer jag redogöra för slutsatserna av domen. Jag kommer även sätta domen i ett vidare perspektiv och föra en mer generell diskussion om elevens rättsliga ställning och möjlighet att utkräva sina rättigheter.

Skollagstiftningen möter diskrimineringslagstiftningen

Domen handlar i grunden om vilka rättigheter elever med omfattande svårigheter och behov till följd av sin funktionsnedsättning har i sin skolgång, samt vilka konsekvenser som kan drabba den huvudman som underlåter att tillgodose dessa rättigheter. Frågan som domstolen hade att ta ställning till i målet var om huvudmannen, Malmö kommun, hade utsatt käranden, det vill säga eleven NN, för diskriminering i form av bristande tillgänglighet genom att inte ge NN särskilt stöd i enlighet med skollagens krav. Två regelkomplex aktualiseras alltså särskilt i domen, diskrimineringslagstiftningen och skollagstiftningen. Därtill har Skolinspektionens tillsyn en viktig roll för domstolens slutsatser.

Innan jag går närmare in på HD:s resonemang och slutsatser vill jag sammanfatta rättsläget på följande vis. När den nya skollagen infördes var det ett uttalat mål att genom mer detaljerade bestämmelser tydliggöra rektors ansvar för att tidigt upptäcka elever i behov av särskilt stöd. Processen kan enligt förarbetena beskrivas i fem steg: att uppmärk-

¹ Högsta domstolens dom den 13 juni 2024 i mål T 3151-23.

samma, utreda, dokumentera, åtgärda samt följa upp och utvärdera behovet av särskilt stöd. Bestämmelserna finns i 3 kap. 6–12 §§ skollagen. Där anges bland annat att om det på något sätt framkommer att en elev trots stöd i form av extra anpassningar² riskerar att inte uppfylla erforderliga betygskriterier eller kriterier för bedömning av kunskaper, så ska detta anmälas till rektorn. Detsamma gäller om det finns särskilda skäl att anta att extra anpassningar inte skulle vara tillräckliga. Behovet av särskilt stöd ska även utredas om eleven uppvisar andra svårigheter i sin skolsituation.

Rektorn ska se till att elevens behov av särskilt stöd skyndsamt utreds. Samråd ska ske med elevhälsan, om det inte är uppenbart obehövligt. Om en utredning visar att en elev är i behov av särskilt stöd, ska han eller hon ges sådant stöd (se 3 kap. 7 §). För en elev som ska ges särskilt stöd ska ett åtgärdsprogram utarbetas. Av programmet ska behovet av särskilt stöd och hur det ska tillgodoses framgå. Det ska också framgå när åtgärderna ska följas upp och utvärderas och vem som är ansvarig för uppföljningen respektive utvärderingen. Eleven och elevens vårdnadshavare ska ges möjlighet att delta när ett åtgärdsprogram utarbetas. Åtgärdsprogrammet beslutas av rektorn (se 3 kap. 9 §). Insatser som är att betrakta som särskilt stöd är i princip placering i särskild undervisningsgrupp, anpassad studiegång, enskild undervisning, distansundervisning, elevassistent eller omfattande specialpedagogiska insatser. Särskilt stöd är alltså insatser av mer ingripande karaktär som normalt inte är möjliga att genomföra för lärare inom ramen för den ordinarie undervisningen.³ Det aktuella rättsfallet handlar om en elev med en konstaterad funktionsnedsättning. Det är därför på sin plats att betona att skollagens reglering om extra anpassningar och särskilt stöd gäller alla elever, oavsett eventuella funktionsnedsättningar.⁴ Såväl extra anpassningar som särskilt stöd kan alltså aktualiseras även för elever utan funktionsnedsättning.

Diskrimineringslagen (2008:567), förkortad DiskL, har till ändamål att motverka diskriminering av bland annat personer med funktionsnedsättning inom exempelvis skolverksamhet och i arbetslivet. Diskriminering genom bristande tillgänglighet innebär att en person med

² Se 3 kap. 5 § skollagen. Extra anpassningar ska alltså ses som det första steget i åtgärdstrappan när det gäller stödarbetet för en elev. Bestämmelsen tillkom bland annat i syfte att minska den administrativa bördan för skolpersonalen genom att möjliggöra att stöd ges utan att utredning görs och åtgärdsprogram upprättas. Extra anpassningar kan till exempel vara att hjälpa en elev med att planera och strukturera sina studier. Extra anpassningar kan också vara hjälp med att förstå texter, att förklara ett ämnesområde på annat sätt eller extra färdighetsträning inom ramen för den ordinarie undervisningen, såsom lästräning eller mattestugor. Även enstaka specialpedagogiska insatser under en kortare tid, till exempel två månader, är att anse som extra anpassningar. Mer långvarigt och omfattande specialpedagogiskt stöd bör däremot anses vara en typ av särskilt stöd (prop. 2013/14:160 s. 21).

³ Prop. 2013/14:160 s. 21 och Kommentarer till Skolverkets allmänna råd om arbete med extra anpassningar, särskilt stöd och åtgärdsprogram s. 8.

⁴ Jfr prop. 2009/10:165 s. 286 och p. 42 i aktuell dom.

funktionsnedsättning missgynnas genom att skäligen åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning (se 1 kap. 4 § p. 3 DiskL). Diskrimineringsförbudet tar sikte på situationer som är jämförbara, inte likadana. Fokus ska ligga på att en person med funktionsnedsättning ska kunna få del av den aktuella verksamheten i sig, inte att det måste ske på exakt det sätt som är möjligt för andra. Det får accepteras att det sätt på vilket en person med en funktionsnedsättning får tillgång till eller kan delta i en verksamhet avviker från vad som gäller för dem som saknar den aktuella funktionsnedsättningen.⁵ I förarbetena anges att det av kriteriet om jämförbarhet å andra sidan följer att skillnaderna inte bör få vara större än vad som är sakligt påkallat. Om den som gör gällande diskriminering saknar den sakliga kompetens som krävs för att till exempel genomgå en viss utbildning, oavsett vilka tillgänglighetsåtgärder som vidtas, föreligger inte en jämförbar situation. Detsamma gäller för den som saknar de sakliga förutsättningarna för en viss yrkesbehörighet eller som inte kan eller vill uppfylla de sakliga kraven för att till exempel ta del av en viss verksamhet.⁶

Det är bara åtgärder som kan bedömas som skäligen som behöver vidtas för att en person med funktionsnedsättning ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning. Vad som får anses som skäligen varierar beroende på vilken situation och lagstiftning som är vid handen. På skolans område ska författningar som reglerar tillgänglighet eller stöd vara starkt vägledande för skälighetsbedömningen av vilka åtgärder som i ett enskilt fall kan krävas.⁷ Samtidigt ska det göras en helhetsbedömning i det enskilda fallet, där olika omständigheter måste vägas mot varandra. Det kan till exempel handla om den verksamhetsansvarigas ekonomiska förutsättningar att bära kostnaderna för de åtgärder som behöver vidtas.⁸

Bakgrunden till det aktuella målet

De bakomliggande omständigheterna är följande. Eleven NN, som är född 2007, gick under perioden höstterminen 2014 till mitten av vårterminen 2018 på en grundskola i Malmö kommun. Kommunen är huvudman för den aktuella skolan. NN hade vissa svårigheter i sin skolgång, framförallt avseende socialt samspel och koncentration. Skolan hade sedan 2015 vidtagit åtgärder för att underlätta NN:s skolgång. Det har rört sig om exempelvis särskild placering i klassrummet, hörselkåpor, regelbundna uppföljningssamtal samt möten med elevhälso-teamet. Situationen för NN förvärrades mot slutet av vårterminen 2017, då NN:s skolfrånvaro ökade på ett sätt som kunde befaras utgöra en risk för att NN framöver inte skulle uppnå kunskapskraven. Efter sommarlovet genomförde skolan en utredning av NN:s behov av

⁵ Prop. 2013/14:198 s. 28 och s. 63 f.

⁶ Prop. 2013/14:198 s. 64.

⁷ Prop. 2013/14:198 s. 69.

⁸ Prop. 2013/14:198 s. 66.

särskilt stöd i enlighet med 3 kap. 7 § skollagen. Utredningen färdigställdes i oktober 2017 och visade att NN hade behov av särskilt stöd. Ett åtgärdsprogram upprättades i februari 2018. Däremot sattes inga särskilda stödinsatser in för NN. I mars 2018 fick skolan kännedom om att NN hade fått diagnosen autism. Några veckor senare slutade NN vid skolan.

Under 2018 genomförde Skolinspektionen en granskning av skolans åtgärder. Skolinspektionen bedömde att skolan hade brustit i sin hantering av NN:s rätt till stödinsatser och utbildning enligt skollagen. Skolinspektionen ansåg bland annat att de utredningar som skolan hade gjort hade tagit för lång tid och att de inte på ett tillfredsställande sätt analyserat NN:s behov av särskilt stöd. Ytterligare en brist var att det inte hade upprättats något åtgärdsprogram som innehöll särskilda stödåtgärder.

NN väckte talan mot Malmö kommun och begärde diskrimineringsersättning för diskriminering genom bristande tillgänglighet. Tingsrätten och hovrätten ogillade talan. Hovrätten ansåg, mycket kortfattat, att NN missgynnats på det sätt som krävs för att diskrimineringsansvar enligt DiskL ska kunna aktualiseras, men att de insatser skolan trots allt vidtagit varit skäliga. Hovrätten tog bland annat fasta på att det av utredningen i målet framgår att NN:s problem varit mångfacetterade och komplexa och att NN fram till och med årskurs 3 uppnått samtliga kunskapsmål.

Högsta domstolens bedömning

Högsta domstolen gjorde en motsatt bedömning än hovrätten. Domstolen konstaterar inledningsvis att NN tillhör gruppen personer med funktionshinder, att NN har bevisat att missgynnande förekommit när NN inte fick det stöd som skollagen gav rätt till och att detta lett till att NN inte har försatts i en jämförbar situation med en person utan funktionsnedsättning. När det gäller frågan om hur bedömningen av vad som utgör en jämförbar situation ska ske uttalar HD att kraven på åtgärder för tillgänglighet måste ställas högre i vissa verksamheter. Om det från ett objektivet perspektiv är mycket viktigt att personen med en funktionsnedsättning får del av verksamheten bör högre krav kunna ställas. HD konstaterar att grundskoleutbildning har en helt central betydelse för en ung persons utveckling och fortsatta liv. Det är i första hand genom den som barns rätt till utbildning tillgodoses (jfr bl.a. artikel 28.1 i Barnkonventionen). Även det faktum att det råder skolplikt — det är inte frivilligt att gå i grundskolan — måste enligt domstolen påverka vad som ska ses som en jämförbar situation och stora variationer måste accepteras. Inom grundskolans område blir det därmed mycket sällan aktuellt att komma fram till att åtgärder för tillgänglighet inte behöver vidtas därför att en jämförbar situation inte kan uppnås.

När det sedan gäller frågan om skäligheten av de åtgärder som skolan vidtagit konstaterar domstolen att utgångspunkten för bedömningen är de krav på tillgänglighet som anges i skollagen. Enligt Skolinspektionens beslut har inte skolan levt upp till dessa krav. Eftersom skollagens reglering inte bara gäller elever med funktionsnedsättning utan har ett bredare tillämpningsområde, krävs dock att avvikelserna har lett till mer konkreta följder för tillgängligheten för NN för att det ska vara fråga om diskriminering.

Domstolen konstaterar därefter att skolan i utredningen om NN:s behov av särskilt stöd, som var färdigställd i oktober 2017, gjorde bedömningen att NN var i behov av sådant stöd. Trots det underlät skolan att genomföra en analys av vilka särskilda stödåtgärder NN behövde, att upprätta ett åtgärdsprogram som innehöll särskilda stödinsatser och att anordna särskilt stöd för NN. Underlåtenheten bestod fram till att NN slutade skolan i april 2018. Dessa avvikelser från skollagens krav, slår domstolen fast, medförde konkreta negativa följder för NN. De konkreta följderna var att NN under ett halvår inte fick sådant stöd som behövdes för att kunna fungera tillfredsställande i skolan. Resultatet av skolans underlåtenhet att agera blev att NN fick hög skolfrånvaro och därmed gick miste om stora delar av sin utbildning under den tidsperioden. Resonemanget leder domstolen till slutsatsen att kommunen inte visat att den under den aktuella tidsperioden vidtagit sådana åtgärder för tillgänglighet som varit skäliga. Kommunen har därmed utsatt NN för diskriminering. Vid bestämmandet av diskrimineringsersättningens storlek beaktar domstolen som försvårande omständighet att diskrimineringen medförde att NN under sex månader gick miste om stora delar av sin grundskoleutbildning. Samtidigt konstaterar domstolen att det finns förmildrande omständigheter. Skolan vidtog ett antal åtgärder för att ge NN stöd utöver den vanliga undervisningen, även om åtgärderna inte var tillräckliga. Det har heller inte funnits någon avsikt från skolans sida att diskriminera NN. Mot bakgrund av detta resonemang beslutar domstolen slutligen att kommunen ska betala 20 000 kr i diskrimineringsersättning till NN.

Avslutande kommentarer — Diskriminering eller systemfel?

Jag vill i denna avslutande del av rättsfallskommentaren sätta domen i ett vidare perspektiv och visa hur den synliggör stora utmaningar för dagens skola. Mycket tyder på att NN:s situation är relativt vanlig. Av de ärenden som initierades av Skolinspektionen rörande särskilt stöd för enskilda elever i grundskolan under 2022, slutade nästan en tredjedel med att myndigheten konstaterade att den berörda skolan brustit i sitt

stödarbete.⁹ Det finns också signaler på att elever med funktionsnedsättningar är överrepresenterade bland elever i behov av särskilt stöd.¹⁰ HD:s avgörande kan därmed öppna för en rad liknande processer.

Ryffé har visat hur skollagstiftningens alltmer detaljerade krav på att tillgodose den individuella elevens rättigheter riskerar att hamna på kollisionkurs med verksamheten som helhet.¹¹ Den konflikten accentueras på ett tydligt sätt genom HD:s domslut. Den utdömda diskrimineringsersättningen måste betalas från den gemensamma kommunala budgeten. Ytterst skulle således elev- och barnkollektivet som helhet kunna drabbas av att pengar går till diskrimineringsersättning för att kommunen brustit.

I sammanhanget bör också en svaghet i Högsta domstolens resonemang uppmärksammas. Domstolen verkar mena att det finns ett kausalt samband mellan att NN inte gavs särskilt stöd och att NN fick hög skolfrånvaro. Det råder inget tvivel om att skolan inte lyckades ge NN det stöd hen behövde, men det är inte heller självklart att även de bästa av insatser skulle leda till att NN skulle få full närvaro och måluppfyllelse. Orsakerna till skolfrånvaro är ofta komplexa och beror på en rad samverkande faktorer.¹²

Slutsatsen av HD:s dom är att skolorna måste hålla uppe ett visst tempo och kontinuitet i stödarbetet, oavsett om skolan har den fulla bilden av vilka stödbehov eleven har och oavsett om det ger direkt resultat i form av måluppfyllelse och skolnärvaro eller inte. Det finns risker med ett sådant synsätt. Åtgärder — potentiellt kostsamma sådana — som inte har någon verkan kan sättas in för att skolorna ska kunna hålla ryggen fri. Under alla omständigheter aktualiserar domen behovet av specialpedagogisk kompetens, en robust elevhälsa och förebyggande arbete för att inkludera alla elever i undervisningen.

Domen väcker också väcker frågor om Skolinspektionens roll och frågan om den enskilda elevens möjligheter att få sin sak prövad.¹³ HD fäster viss betydelse vid att Skolinspektionen i sitt tillsynsärende angående NN:s situation bedömt att skolans brustit i förhållande till skolagens krav. Det aktuella tillsynsärendet initierades genom en anmälan från NN:s vårdnadshavare.¹⁴ Mot den bakgrunden är det relevant i sammanhanget att notera att Skolinspektionen under de senaste åren lagt om sin tillsyn på så sätt att det idag är svårare att få en anmälan utredd av myndigheten. Lagändringar om att enskilda i första hand ska

⁹ Skolinspektionen, Årsstatistik för tillsyn utifrån individärenden 2022, dnr 2022:7137.

¹⁰ SOU 2021:11 s. 288.

¹¹ Ryffé, David, Omöjligt uppdrag Om rättslig styrning och normkollisioner i skolans kompensatoriska uppdrag, 2019.

¹² SOU 2016:94 s. 97 s. 115 och s. 491.

¹³ Barn- och elevombudet (BEO) är en speciell gren inom Skolinspektionen som utreder uppgifter om kränkningar i skolan. BEO kan även kräva skadestånd för barn och elever som varit utsatta för kränkningar och mobbning. BEO:s verksamhet behandlas inte närmare här eftersom den aktuella domen inte rörde kränkande behandling.

¹⁴ Se Malmö tingsrätts dom den 14 juni 2022 i mål T 5700-21 s. 23.

vända sig till huvudmannens egen klagomålshantering vid klagomål om brister i skolans agerande istället för att anmäla saken till Skolinspektionen har bidragit till utvecklingen. Numera gäller enligt 26 kap. 3 a § skollagen att Skolinspektionen, som huvudregel, får inleda tillsyn som rör ett enskilt barn eller en enskild elev med anledning av uppgifter från en enskild endast om berörd huvudman fått tillfälle att utreda och åtgärda klagomålet först. Regeringen angav att ett av skälen för ändringen var att möjliggöra omfördelning av resurser från tillsyn i individärenden till Skolinspektionens andra tillsynsgrenar. Därigenom skulle ändringarna bidra till att höja kvaliteten i verksamheten för fler elever än vad som tidigare var fallet.¹⁵

Omläggningen av tillsynen från fokus på individ till kollektiv kan vara fördelaktigt för de elever som av olika anledningar har svårt att göra sin röst hörd. För elever som inte har vårdnadshavare som gör anmälningar till Skolinspektionen vid missförhållanden kan det vara mer fördelaktigt med tillsyn som är mer inriktad på system- snarare än på individnivå. Ändringarna bör på så sätt kunna dämpa vad Refors Legge menar är en ”rättighetifiering” inom skolväsendet. Med det menar hon att skollagstiftningen bygger på individuellt utkrävbara rättigheter, som i sin tur kräver individer som är medvetna om sina rättigheter och driver dem aktivt.¹⁶ Verksamheten med anmälningar av individuella situationer till Skolinspektionen kan bidra till rättighetifieringen genom att öka fokus på individuella fall. Samtidigt riskerar den enskilde att få svårare att, så som NN gjorde i det aktuella rättsfallet, utkräva sina rättigheter under nuvarande ordning.

Genom att det har blivit svårare att få ett individuellt klagomål anhängiggjort hos myndigheten, har det också blivit svårare för den enskilde att få Skolinspektionen att bedöma skolans agerande. Därmed påverkas också möjligheterna att kunna använda Skolinspektionens beslut som argumentation i ett eventuellt skadeståndsanspråk. Sammantaget väcker utvecklingen frågor. Vad som återstår verkar vara en skollagstiftning med individuellt utkrävbara rättigheter där den viktiga komponenten att kunna få till stånd tillsyn i enskilda fall reducerats kraftigt.¹⁷

¹⁵ Prop. 2021/22:160 s. 80.

¹⁶ Refors Legge, Maria, *Skolans skyldighet att förhindra kränkande behandling av elever: en rättsvetenskaplig studie*, 2021, s. 73 ff. Det bör nämnas att Refors Legge har hämtat begreppet rättighetifiering från Håkan Gustafsson, se Gustafsson, Håkan, *Rättighetifiering — om rättigheternas tragedi*, I: Erhag, Thomas, Leviner, Pernilla och Lind, Anna-Sara (red.), *Socialrätt under omvandling — om solidaritetens och välfärdsstatens gränser*, 2018, s. 46–87.

¹⁷ Asplund menar att tillsyn i individuella fall har viktiga rättskyddande funktioner och därför kan komplettera överklagandeinstitutet när möjligheter till överklagande saknas, se Asplund, Ida, *Den enskildes rättssäkerhet i individnära tillsyn*, 2021 s. 51 f. och s. 78. Se även p. 15 respektive preambeln till de s.k. ”Venedigprinciperna”, där det anges att den enskilde ska ha rätt att klaga till tillsynsorgan och att rätten att framställa klagomål till dessa organ utgör ett tillägg till tillgången till rättsvisa genom domstolsprövning.

Sammanfattningsvis synliggör HD:s dom stora svagheter när det kommer till rätten till en likvärdig utbildning för alla elever. Om vi utgår från att NN:s situation kan ses som toppen på ett isberg är det tydligt att vi har ett skolsystem där så många elever riskerar att hamna i kläm att det är befogat att tala om ett strukturellt — inte bara ett individuellt — problem.