

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 HP höstterminen 2015

# Rätten till utbildning – alla barns rättighet?

En rättsteoretisk undersökning om utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning i Sverige.

Sara Lindenhall

Handledare: David Ryffé

Examinator: Lotta Vahlne Westerhäll



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

## Förord

Att skriva mina sista rader inom ramen för juristprogrammet och avsluta fem års universitetsstudier känns fullkomligt överkligt och alldeles, alldeles underbart. För mig har åren som student präglats av med- och motgångar men framförallt har jag växt som människa och i rollen som jurist. Jag kommer att minnas juristprogrammet med glädje men nu ser jag fram emot att få komma ut i arbetslivet och möta den mångskiftande juridiken i praktiken. Vad jag tar för mig härnäst? ”Det beror på”.

Kanske gladast av dem alla över att jag avslutar detta kapitel i mitt liv är min familj, mamma, pappa, syster och min Johan. Tusen tack för allt stöd ni givit mig under svåra och jobbiga perioder. När jag tvivlat på mig själv har ni trott på mig. Nu är det över, ni kan andas ut!

Tack till Linnéa och Kajsa. Utan er hade juristprogrammet minst sagt varit färglöst. Jag vill även rikta ett tack till min handledare, David Ryffé, som givit mig mycket goda råd i mitt uppsatsskrivande och vägledning i skoljuridikens komplexitet. Slutligen vill jag passa på att tacka alla inblandande för möjligheten till att ha fått vara en del av Sveriges första rättspraktik, ni gav mig uppslag till mitt uppsatsämne.

Nu tar jag helg!

Sara Lindenhall,

Göteborg den 22 december 2015

# Innehållsförteckning

## Förord

<b>1. Inledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Syfte och frågeställning.....	6
1.2 Avgränsningar .....	6
1.3 Teori och metod.....	8
<b>2. Ett vägledande beslut .....</b>	<b>11</b>
<b>3. Rätten till utbildning som rättighet .....</b>	<b>13</b>
3.1 Rättighetsbegreppet i mänskliga rättigheter .....	13
3.2 Sociala rättigheter - frihet genom staten.....	16
3.3 Barnet som rättssubjekt .....	18
<b>4. Det internationella rättighetsskyddet .....</b>	<b>20</b>
4.1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna .....	20
4.2 FN:s internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter .....	22
4.3 FN:s konvention om barnets rättigheter .....	24
<b>5. Det europeiska rättighetsskyddet.....</b>	<b>30</b>
5.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.....	30
5.2 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.....	32
5.3 Den europeiska sociala stadgan.....	34
<b>6. Från mänskliga rättigheter till medborgarliga rättigheter.....</b>	<b>37</b>
6.1 Ett socialt medborgarskap .....	38
6.2 Unionsmedborgarskap.....	39
6.2.1 Den fria rörligheten för icke-ekonomiskt aktiva.....	40
6.2.2 Likabehandling för unionsmedborgare .....	42
<b>7. Rätten till utbildning – den nationella lagstiftningen.....</b>	<b>44</b>
7.1 Skolplikt och krav på folkbokföring.....	44
7.2 Skollagen och skolförordningen.....	45
<b>8. Analys .....</b>	<b>49</b>
8.1 Utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning - en extensiv tolkning .....	49
8.2 Rättens tillgänglighet – en rättighet beroende av medborgarskap? .....	53
<b>9. Slutsats.....</b>	<b>57</b>
<b>10. Käll- och litteraturförteckning.....</b>	<b>59</b>

# 1. Inledning

*”En barndom utan böcker, det vore ingen barndom. Det vore att vara utestängd från det förtrollade landet, där man kan hämta den sällsammaste av all glädje.”*

– Astrid Lindgren

Rörlighet av människor mellan nationalstatsgränser har alltid funnits, men på grund av bl.a. ökade skillnader i levnadsvillkor runt om i världen har rörligheten växt sig allt större.<sup>1</sup> En andel människor som har sökt sig till Sverige genom EU:s fria rörlighet, med en förväntan om att få ett bättre liv, är människor som lever i fattigdom och utsatthet. De flesta av dessa människor, både barn och vuxna, kommer ifrån Rumänien och Bulgarien. Många av dem som söker sig till Sverige är romer och en del är utsatta för så kallad antiziganism. I praktiken ges olika stöd till den utsatta gruppen under deras vistelse i Sverige beroende på vilken kommun de befinner sig i.<sup>2</sup>

Inom det europeiska samarbetsområdet<sup>3</sup> har regleringen kring den fria rörligheten givit EU-medborgare<sup>4</sup> en omfattande rätt att röra sig och uppehålla sig i samarbetsområdet. Den svenska regeringen har uttalat att den fria rörligheten är betydelsefull och ska respekteras för att inte begränsa den europeiska integrationen. Som utgångspunkt får en EU-medborgare med familj vistas under tre månaders tid i ett annat medlemsland så länge de inte blir en orimlig belastning för mottagarlandets biståndssystem. För att kunna nyttja den fria rörligheten och ha uppehållsrätt i mottagarlandet efter tre månader uppställs krav som exempelvis anställning eller att personen har en reell möjlighet till anställning eller annars har tillräckliga tillgångar för personens och dennes eventuella familjs försörjning<sup>5</sup>. Bland de utsatta EU-medborgarna som vistas längre tid än tre månader i Sverige förekommer det att de saknar uppehållsrätt.<sup>6</sup> I en enkätundersökning från 2014 gjord av Sveriges kommuner och landsting visade det sig att denna grupp av utsatta människor har ökat i Sveriges kommuner. Uppskattningsvis rör det sig om omkring 800-2000 utsatta EU-medborgare, bland dessa förekommer även barn.<sup>7</sup> Ytterligare en enkätundersökning från 2014 gjord av Svenska Dagbladet (SvD) visar att det i två tredjedelar av de kommuner som deltog i undersökningen lever hemlösa EU-medborgare, i var femte med barn<sup>8</sup>. I praktiken stannar majoriteten av de aktuella familjerna kvar efter tre månader, de byter kommun eller åker över gränsen för att sedan komma tillbaka och blir tillräknade ytterligare tre månader. Både vuxna och barn blir därför kvar i Sverige under en längre period trots att de inte

---

<sup>1</sup> Schiratzki (2005), s. 24

<sup>2</sup> Dir. 2015:9 s. 2

<sup>3</sup> Europeiska samarbetsområdet innefattar EU-staterna, Island, Lichtenstein och Norge.

<sup>4</sup> En person som är medborgare i någon av unionsstaterna.

<sup>5</sup> Jmf. 3a kap. 3 § utlänningslagen (2005:716) och rörlighetsdirektivet art 6 och 7.

<sup>6</sup> Dir. 2015:9 s. 3

<sup>7</sup> Ibid. s. 5 f. Totalt svarade 204 kommuner på enkäten vilket innebar ett deltagande på omkring sjuttio procent. Av dessa svarar ca en tredjedel att de har haft kontakt med de utsatta EU-medborgarna.

<sup>8</sup> <http://www.svd.se/fa-barn-till-eu-migranter-far-skolgang>. I undersökningen svarade 136 kommuner på enkäten.

har laglig uppehållsrätt. Följden blir att de aktuella personerna faller utanför det svenska rättssystemet och tillerkänns inte lika rättigheter som exempelvis övriga medborgare i landet.

För oss som lever i en demokratisk välfärdsstat är de mänskliga rättigheterna något av en självklarhet. Det är först när människor i ens nära omgivning inte får ta del av grundläggande rättigheter som man börjar fundera över rättigheternas faktiska innebörd.<sup>9</sup> Ett problemområde som jag uppmärksammat och som varit uppe på agendan den senaste tiden är frågan om rätten till utbildning för de utsatta minderåriga EU-medborgare som saknar uppehållsrätt i Sverige. Enligt internationella konventioner, EU-rätten och inte minst den svenska lagstiftningen uttrycks barns rätt till utbildning<sup>10</sup>. För mig har rätten till utbildning alltid varit en självklar och en grundläggande rättighet. Utbildning är viktigt, inte bara för individen utan också för samhället. Framförallt betyder utbildning mycket för barnet då det är en förutsättning för utveckling och för att barnet ska kunna tillgodogöra sig andra mänskliga rättigheter.<sup>11</sup> Om du varken kan läsa eller skriva blir vägen upp ur exempelvis fattigdom nästintill en omöjlighet. Utbildning blir en grundförutsättning för att du som människa ska klara dig bra i livet. Det är först när individen förstår rättigheternas innebörd som de kan omsättas i praktiken och medverka till att skapa ett bättre samhälle. Rätten till utbildning blir en viktig del för samhällets utveckling och därför uttrycks ofta den grundläggande utbildningen som obligatorisk, kostnadsfri och tillgänglig för alla.<sup>12</sup>

I praktiken nekar svenska kommuner, trots denna rätt, utsatta minderåriga EU-medborgare att få gå i skola vilket sker med bl.a. hänvisning till EU-rätten och den lagliga vistelsetiden på tre månader. Enligt undersökningen som SvD genomförde så svarade endast sex kommuner av de 136 som deltog att de erbjuder skolgång för de berörda barnen.<sup>13</sup> Skolverket har i en skrivelse från 2014 uttalat att barn enligt FN:s konvention om barnets rättigheter<sup>14</sup> har rätt till utbildning. Vidare konstaterar Skolverket att rättsläget idag är oklart när det kommer till utsatta EU-medborgare som befinner sig i Sverige, men understryker allvaret i situationen. De aktuella barnen befinner sig ofta i en socialt utsatt situation varför det är viktigt att tydliggöra när en rätt till utbildning är för handen.<sup>15</sup> Även om de mänskliga rättigheterna sedan bildandet av FN och FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna<sup>16</sup> har utvecklats och blivit alltmer universella är det alltså många människor som idag inte får sina rättigheter tillgodosedda. Den respekt och det skydd man genom FN-deklarationen hade som ambition att uppnå sägs vara dagens största utmaning att upprätthålla.<sup>17</sup> Att neka barn rätt till utbildning ger inte enbart upphov till ett rättsligt problem utan även ett samhälleligt problem. Utbildning är basen för en människas framtid, möjligheterna till ett jobb och grunden för integration. De uppenbara

---

<sup>9</sup> Lundberg (2010), s. 9

<sup>10</sup> Se bl.a. art 26 i FN-deklarationen, art 13 ICESCR, art 2 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen, regeringsformen (1974:152) 2 kap. 18 § och 29 kap. 2 § st. 2 skollagen (2010:800).

<sup>11</sup> Red. Englund m.fl. (Ann Quennerstedt) (2011), s. 53

<sup>12</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 106

<sup>13</sup> <http://www.svd.se/fa-barn-till-eu-migranter-far-skolgang>

<sup>14</sup> Anges nedan så som Barnkonventionen

<sup>15</sup> Skolverkets skrivelse, Dnr: 2014:1204, s. 1

<sup>16</sup> Anges nedan så som FN-deklarationen

<sup>17</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 193

fördelar som finns med utbildning, oavsett bakgrund eller medborgarskap, gör att jag ifrågasätter varför man inte ser utbildning som en självklarhet i ett välfärdssamhälle.

Av utrikesdepartementets rapport, om de mänskliga rättigheterna i Rumänien<sup>18</sup>, framgår att rumänska barn har skolplikt och rätt till kostnadsfri utbildning. Däremot ingår inte kostnaden för böcker i utbildningen vilket leder till att barn från fattiga familjer inte kan gå i skolan.<sup>19</sup> På alla nivåer i det rumänska samhället existerar diskriminering av just romer, trots att Rumänien har ratificerat de mest centrala internationella och europeiska överenskommelserna om mänskliga rättigheter.<sup>20</sup> Det är även vanligt att romska barn inte registreras vid födseln vilket leder till att de bl.a. hamnar utanför skolsystemet.<sup>21</sup> Bland de romer som påbörjar sin skolgång visar rapporten att det är många som aldrig avslutar grundskolan.<sup>22</sup> Rumänien som är bundet av internationella och europeiska överenskommelser bör tillämpa icke-diskrimineringsregler men rapporten visar att barn från fattiga familjer och romska familjer missgynnas. Situationen för de utsatta barnen i Rumänien, i relation till bl.a. utbildning, bör föranleda en tillämpning i andan av non-refoulement principen<sup>23</sup>. EU-domstolen angav i det förenade målet *C-411/10 och C-493/11*<sup>24</sup> att det europeiska asylsystemet har ett löfte om att ingen får skickas tillbaka till en plats där personen riskerar förföljelse. Man presumerar att en asylsökande behandlas i enlighet med de krav som uppställs i europeiska överenskommelser när personen befinner sig i en europeisk medlemsstat. Trots presumptionen så utesluter inte EU-domstolen att det i praktiken kan råda andra förhållanden i en medlemsstat och att det finns risk för att asylsökande som överförs enligt Dublinförordningen<sup>25</sup> inte behandlas i den utsträckning som grundläggande rättigheter kräver. I det aktuella fallet gjorde EU-domstolen bedömningen att asylsökanden inte fick skickas tillbaka till Grekland då det fanns brister i det grekiska asylsystemet som gjorde att de riskerades utsättas för omänsklig behandling. Det skulle gå emot medlemsstaternas och unionens skyldigheter i förhållande till de grundläggande rättigheterna.<sup>26</sup> Med beaktande av ovanstående ifrågasätter jag varför man inte gör en liknande bedömning angående barn som går miste om sin utbildning, i exempelvis ett EU-land som Rumänien, på grund av landets diskriminerande behandling av utsatta och romer. Även om EU-domstolens avgörande berör asylsökande tredjelandsmedborgare så finns det anledning att återkomma till resonemangen i

---

<sup>18</sup> Uppsatsens tema är inte inriktat specifikt på utsatta EU-medborgare från Rumänien, men rapporten kan visa på de faktiska förhållanden som de utsatta EU-medborgarna kommer ifrån och varför tillgången till utbildning i Sverige därför kan vara viktigt.

<sup>19</sup> Utrikesdepartementets rapport om mänskliga rättigheter i Rumänien 2010, s. 10

<sup>20</sup> Ibid. s. 1 ff.

<sup>21</sup> Ibid. s. 12

<sup>22</sup> Ibid. s. 10

<sup>23</sup> Non-refoulement principen ska tillämpas av stater och är en princip som i första hand skyddar flyktingar från att utvisas eller avvisas till ett land där de riskerar kränkande eller omänsklig behandling.

<sup>24</sup> *C-411/10 N.S. mot Secretary of State for the Home Department and Others (C-493/10) mot Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*. I fallet handlade det om asylsökande från Afghanistan, Iran och Algeriet som sökt asyl på Irland och i Storbritannien men passerade Grekland som första land.

<sup>25</sup> Dublinförordningen (604/2013) är en förordning som fastställer vilken medlemsstat som är ansvarig att pröva en ansökan om asyl. Förordningen innebär att en person måste söka skydd i det land som den först kommer till.

<sup>26</sup> *C-411/10 N.S. mot Secretary of State for the Home Department and Others (C-493/10) mot Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, p. 74, 80, 81 och 94.

relation till uppsatsens tema. Rätten till utbildning för utsatta EU-medborgare torde vara minst lika viktig som asylrätten och rättigheter som följer med den.

Det långsiktiga målet för den svenska regeringen är att säkra de mänskliga rättigheterna och respektera dem. Enligt regeringen ska internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter, som Sverige har anslutit sig till, följas och arbetet med rättigheterna nationellt ska ha en hög ambitionsnivå. De mänskliga rättigheterna ska efterlevas både på ett nationellt och kommunalt plan.<sup>27</sup> Överenskommelserna får inte kränkas utan den svenska lagen måste stå i överensstämmelse med dem.<sup>28</sup> Vidare är det uttalade syftet med utbildning enligt 1 kap. 4 § st. 1 skollagen (2010:800) att förmedla och förankra respekt för de mänskliga rättigheterna. Rättstillämpare, i form av bl.a. kommunala beslutsfattare och statliga aktörer som nekar utsatta minderåriga EU-medborgare rätt till utbildning, tycks inte respektera de mänskliga rättigheterna som Sverige är bundna till eller så överensstämmer inte nationell lagstiftning med Sveriges åtaganden. Oavsett ställer jag mig frågande till varför rätten till utbildning inte omfattar alla barn som lever i Sverige år 2015.

## 1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med min uppsats är att utreda rätten till utbildning med fokus på barn som är utsatta EU-medborgare och som saknar uppehållsrätt i Sverige. Genom att utreda rättigheten och medborgarskapet utifrån internationella och europeiska överenskommelser så vill jag undersöka hur rätten till utbildning åskådliggörs i den nationella lagstiftningen och om den nationella lagstiftningen står i överensstämmelse eller brister i förhållande till överenskommelserna. Genom att undersöka det ansvar som läggs på Sverige genom internationella och europeiska överenskommelser vill jag ta reda på om Sverige överhuvudtaget har ett ansvar att tillförsäkra utsatta minderåriga EU-medborgare rätt till skolgång.

För att ta reda på rättighetens tillgänglighet för de utsatta EU-medborgarna kommer jag att undersöka rättighets- och medborgarskapsbegreppet. Syftet är att undersöka begreppen för att få en bild över hur dessa ställs i förhållande till barnets intresse av att få gå i skolan och de EU-rättsliga begränsningar som uppställs som krav för uppehållsrätten.

I anslutning till mitt syfte vill jag besvara frågeställningen – *Har barn som är utsatta EU-medborgare rätt till utbildning i Sverige?*

## 1.2 Avgränsningar

Den problematik som kan finnas i relation till utsatta EU-medborgare som exempelvis tigger i form av antiziganism eller liknande fördomar kommer inte behandlas. Fokus för uppsatsen

---

<sup>27</sup> Regeringens skrivelse 2005/06:95 s. 12

<sup>28</sup> Ds 2011:37 s. 23

ligger på rätten till utbildning och den eventuella särbehandling som kan förekomma i relation till den rättigheten för att man är en utsatt EU-medborgare, inte för att man är kringresande eller tillhör folkgruppen romer. Fokus läggs, utifrån mitt syfte, inte på andra sociala rättigheter som exempelvis sjukvård eller socialförsäkring. Emellertid kommer paralleller att dras till andra sociala rättigheter då det finns relevanta argument i beslut från exempelvis EU-domstolen. Jag kommer också att använda sociala rättigheter som rättighetsgrupp i min undersökning för att kunna analysera rätten till utbildning som en del av rättighetsgruppen.

Eftersom det i Sverige är de enskilda kommunerna som i stor utsträckning har beslutanderätt när det kommer till skolgång för barnen i fråga är kommunernas kompetens, befogenhet och självbestämmanderätt en intressant aspekt.<sup>29</sup> Emellertid kommer denna aspekt inte att behandlas då mitt syfte är att undersöka Sveriges ansvar kring denna rättighet i förhållande till internationella och europeiska överenskommelser. Utgångspunkt för ansvaret tas således i Sverige som stat även om diskussion, om än begränsad, kommer föras kring kommunernas beslut att neka utsatta minderåriga EU-medborgare utbildning.

Vidare är det den principiella rätten till utbildning för utsatta minderåriga EU-medborgare som undersöks. Rätten till utbildning är en fundamental rättighet varför det inte borde spela någon roll om det rör sig om fem barn eller femtusen barn. Bl.a. är rättighetens syfte och mål att bevara freden vilket inte minst har sin grund i kölvattnet från andra världskriget och FN:s bildande efter krigets slut.<sup>30</sup> För att kunna främja fred och ett demokratiskt samhälle är utbildning ur det perspektivet en viktig rättighet men också en grundläggande rättighet. Det är också oklart hur många utsatta minderåriga EU-medborgare som faktiskt går miste om skolgång i Sverige. Oavsett hur många utsatta barn som lever i Sverige och berörs av uppsatsen så blir konsekvensen att de går miste om utbildning även i sitt hemland. Barnen faller till synes mellan två stolar och utanför rättighetens tillämpningsområde vilket enligt min mening inte överensstämmer med rättighetens syfte och bakgrund.

Fortsättningsvis behandlas inte den praktiska aspekten kring hur Sverige i realiteten kan veta att en utsatt EU-medborgare har varit i Sverige i mer eller mindre än tre månader.<sup>31</sup> Min utgångspunkt är att personerna har befunnit sig i Sverige längre tid än tre månader och saknar uppehållsrätt. Däremot vill jag flagga för den problematik som kan uppstå i att inte veta hur länge barnen i fråga har befunnit sig i en kommun eller om de har flyttat till och från Sverige för att tillräknas ytterligare tre månader vilket kan försvåra en bedömning om rätten till utbildning. En annan praktisk svårighet är hur Sverige ska genomföra rätten till utbildning för barnen om det visar sig att det faktiskt föreligger en rätt. Jämförelsevis med mitt syfte är det rätten till utbildning som rättighet och dess tillgänglighet som ska undersökas, inte hur innehållet i utbildningen ska se ut eller vilka resurser som krävs för att genomföra den.

Rätten till utbildning kan även ses utifrån föräldrarnas perspektiv och föräldrarnas rätt att exempelvis välja utbildning för barnet.<sup>32</sup> I de fall som jag uppmärksammat och som är aktuella

---

<sup>29</sup> Jmf. 2 kap. skollagen om huvudmän inom skolväsendet.

<sup>30</sup> Jmf. Art 26.2 FN-deklarationen samt art 13.1 ICESCR som båda under artikeln om rätt till utbildning stadgar att utbildning ska främja FN:s verksamhet för fredens bevarande.

<sup>31</sup> Jmf. Dir. 2015:9 s. 3

<sup>32</sup> Se exempelvis Englund (2011) och art 26.3 FN-deklarationen samt art 13.3 ICESCR.



för uppsatsen blir föräldrarnas rätt att välja utbildning för barnet inte ett problem.<sup>33</sup> Dessutom har föräldrar, som utsatta EU-medborgare, ofta inte en möjlighet att göra ett konkret val och deras val blir sekundärt i förhållande till barnets rätt och uppsatsens tema.

### 1.3 Teori och metod

Uppsatsen har ett rättsteoretiskt perspektiv vilket följer av mitt syfte och frågeställning, det är rätten till utbildning för de utsatta EU-medborgarna som är grunden för min undersökning. Eftersom rättighets- och medborgarskapsbegreppet spelar en viktig roll i mitt syfte men även i relation till varandra har jag lagt stort fokus vid att undersöka de begreppen. Avsnitt 3 om rättighetsbegreppet och till viss del avsnitt 6 om medborgarskapet har därför en teoretisk grund. Nedan kommer jag att presentera de teoretiska utgångspunkterna men de utvecklas främst under respektive avsnitt. På liknande sätt kommer jag att behandla de övergripande teorier som ligger till grund för min analys och tolkning av rättskällorna.

Jag har använt mig av *Norberto Bobbios*<sup>34</sup> perspektiv på de mänskliga rättigheterna som menar att rättigheter är ett resultat av överenskommelser mellan stater och därför inte kan ses som naturliga eller som ett filosofiskt problem. För att förklara rättighetsbegreppet och dess utgångspunkt sätts de i en kontext där rättigheter ses som historiska och baseras på mänsklig kultur och social utveckling. Bobbio menar att naturtillståndet som teori är orimlig att använda idag. Det är nödvändigt att utgå ifrån det verkliga samhället, historien och de sociala överenskommelser som gjorts eftersom kravet på ökat skydd för individer har blivit allt större. Rättigheter är på det sättet ett politiskt problem, de har en historisk framväxt och kan inte tolkas som absoluta. Eftersom de mänskliga rättigheterna i enlighet med Bobbios teori är en socialt förankrad företeelse finns därför en naturlig koppling mellan utvecklingen av samhället och utvecklingen av rättigheterna.<sup>35</sup> Rättigheter är på så vis en del av samhället varför jag i relation till Bobbio använder mig av rättsociologin i mitt analysavsnitt för att analysera rättighetens funktion i samhället. *Thomas Mathiesen*<sup>36</sup> talar om rättens inverkan på samhället och rättens åsyftande verkningar. Mathiesen menar att det många gånger är svårt att fastställa vad som är en lagstiftnings faktiska målsättningar. Ofta uttrycks målen som ideal än faktiskt genomförbara och de blir svåra att tolka just för att de är vaga och oklara. Detta bidrar till en framväxt av lagstiftningar som inte är tydliga och där konflikt mellan olika uttalade syften istället uppstår. Rättens verkningar kan därför inte ses isolerat utan den verkar alltid tillsammans i en social kontext. Beroende på denna kontext och på vilket sammanhang lagstiftningen hamnar i kan rätten också få icke-åsyftande verkningar med en fördunklande effekt.<sup>37</sup> Rättens mer eller mindre oönskade verkningar kan sägas vara en lagstiftnings realitet i motsats till dess ideal.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Jmf bl.a. beslut från Skolväsendets överklagandenämnd, Dnr: 2014:556, 2014:559 samt 2014:561 som visar att det är föräldrarna (utsatta EU-medborgare) som initierat ansökan om skolgång för deras barn samt de som överklagat det nekade beslutet de fått från kommunen de vistas i.

<sup>34</sup> Bobbio (1909-2004) var professor i politisk filosofi och rättsteori vid universitetet i Turin.

<sup>35</sup> Bobbio (2000), s. 74 ff.

<sup>36</sup> Thomas Mathiesen (1933-) är en norsk sociolog och professor i rättsociologi.

<sup>37</sup> Mathiesen (2005), s. 29 ff.

<sup>38</sup> Ibid. s. 81

Mathisen tar upp fängelsestraffet som exempel där han menar att vår uppmärksamhet riktas ifrån de faror som faktiskt existerar. Genom att straffa människor som begått mindre brott tror vi att lagen fungerar, medan den i själva verket låter människor som begått farligare handlingar gå fria. Lagen får en slags avledande funktion.<sup>39</sup> Rättens åsyftande verkningar i samhället är beroende av vilket socialt, ekonomiskt och politiskt sammanhang lagstiftningen landar i. Mathisen menar att inte minst jurister vill tro att så länge lagstiftningen har antagits så kommer den också uppnå sin verkan, men att så är inte fallet. En lag som tas emot i ett sammanhang som stödjer lagens syfte bidrar till att lagen verkar som den avsett. Försättningsvis uppmärksammar Mathisen vikten av kommunikeringen av innehållet i lagstiftning för att kunna uppnå målsättningen. Kommunikation är en given utgångspunkt för syftets faktiska verkan.<sup>40</sup> Även om Mathisens teori grundar sig på rättens funktion i samhället och inte på rättigheters funktion så menar jag att rättigheter, som en del av rätten, har en faktisk funktion i samhället och utifrån det kan träffas av Mathisens tankegångar.

Utöver Bobbio har jag även använt *Wesley Newcomb Hohfelds*<sup>41</sup> teori för att närma mig rättighetsbegreppet men också för att kunna analysera rätten till utbildning. Hohfeld delade in rättigheter i ett rättighetsschema som svarar för fyra olika komponenter. Jag kommer att behandla barns rätt till utbildning utifrån Hohfelds första rättighetskomponent, huruvida rätten till utbildning kan betraktas som en så kallad krav-rättighet. Eftersom Hohfeld behandlade ordet rättighet generellt använde han den synonyma termen krav. En krav-rättighet innebär ett berättigat krav på att något blir utfört.<sup>42</sup> En kravrättighet innebär att någons krav måste motsvaras av en annans plikt.<sup>43</sup> I analysen kommer således barnets krav på tillgång till utbildning och statens eventuella plikt att tillförsäkra barn den rättigheten att behandlas för att se om det finns en rätt till utbildning. Utöver dessa teorier kommer även *Westerhäll* och *Hollanders* syn på rättigheter att få betydelse.

När det kommer till avsnittet om medborgarskap använder jag mig till stor del av *Thomas Humphrey Marshalls*<sup>44</sup> teori. Marshalls teori om socialt medborgarskap och sociala rättigheter handlar främst om vad olika kategorier av rättigheter innebär för människor med en status som medborgare. Framförallt ville Marshall undersöka om ett socialt medborgarskap innebär ett mer jämlikt samhälle och om medborgarskapet, trots framväxten av sociala rättigheter, fortfarande kan ses som ett uttryck för skyldigheter och plikter.<sup>45</sup> För att kunna analysera medborgarskapets relation till rättigheter, i synnerhet EU-medborgarskapets relation till utbildning som rättighet, kan Marshalls teori bidra till en mer fördjupad analys.

---

<sup>39</sup> Mathiesen (2005), s. 73

<sup>40</sup> Ibid. s. 59 ff.

<sup>41</sup> Hohfeld (1879-1918) var en amerikansk jurist berömd för sin analys att klargöra den teoretiska diskussionen om rättigheter.

<sup>42</sup> Gustafsson (2002), s. 219

<sup>43</sup> Simmonds (1988), s. 136

<sup>44</sup> Marshall (1893-1981) var en brittisk sociolog som blev mest känd för sina essäer om socialt medborgarskap.

<sup>45</sup> Johansson (2008), s. 14

Jag har i uppsatsen gjort en läsning av rättskällorna genom mina utvalda teorier. Avstamp har tagits i den rättsdogmatiska metoden<sup>46</sup> för att sedan titta på rättens effekter och rättighetens genomslag med hjälp av teorierna. Jag har undersökt rättigheten på olika nivåer, i den internationella rätten såväl som den europeiska och nationella rätten för att identifiera relevanta argument och lösningsalternativ i relation till rättigheten. I analysen har jag använt mig av ett *de lege ferenda* resonemang och intar en normativ och rättskritisk ställning till det som framkommit i uppsatsen. Min slutsats bygger på ett mer objektiva resonemang där jag redogör för den gällande rätten utifrån min undersökning. För att kunna redogöra för hur rätten till utbildning för utsatta minderåriga EU-medborgare kommer till uttryck och garanteras genom internationell och EU-rättslig reglering i förhållande till den nationella rätten har jag främst studerat lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Generellt utgår jag således ifrån den traditionella rättskällevärdet men i min metod har jag använt mig av en mer extensiv tolkning av den nationella lagstiftningen där internationella rättskällor tagit plats i allt större utsträckning. Eftersom uppsatsens tema bygger på en rättighet och målgruppens möjligheter att kräva denna rättighet har jag använt rättskällor som bör betraktas som centrala när såväl staten som myndigheter och kommuner har att besluta om en rätt föreligger. Utöver att endast studera lagtext har doktrin spelat en stor roll för tolkningen då förarbeten inte har varit uttömmande. Detta kan till stor del bero på att problematiken kring utsatta EU-medborgares rätt till skolgång är relativt ny och inget som lagstiftaren explicit tycks ha uppmärksammat, varför det tycks råda ett oklart rättsläge. Då det mig veterligen inte finns rättspraxis som direkt klargör rättsläget för den aktuella problematiken så har andra mål fått betydelse för tolkning och avvägning när det gäller rättighetens tillgänglighet. I Sverige är det Skolväsendets överklagandenämnd som direkt prövat frågan. Det är en myndighet och ingen domstol, däremot är de vägledande för hur kommuner väljer att behandla utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning i Sverige. Även rättspraxis från EU-domstolen och FN-organ har varit vägledande.

Det blir tvivelaktigt att tillämpa den nationella rätten isolerat från internationella överenskommelser eftersom rätten till utbildning betraktas som en universell och central mänsklig rättighet. Rätten skapas på olika nivåer i dagens samhälle, den rätt som gäller i Sverige gäller med stor sannolikhet även i EU och i FN.<sup>47</sup> Till den extensiva tolkningen har jag även adderat principen om fördragskonform tolkning. Enligt tolkningsprincipen ska svensk rätt tolkas, inom ramen för nationell lagstiftning, på ett sätt som överensstämmer med Sveriges folkrättsliga förpliktelser. Det gäller både domstolar och myndigheter även om det är regering och riksdag som ska säkerställa att svensk lag är kompatibel med internationella skyldigheter. Utifrån en fördragskonform tolkning av rätten är Sverige således skyldig att följa internationella överenskommelser, oavsett om de har inkorporerats i den nationella rätten eller inte.<sup>48</sup> En bredare syn på svensk lagstiftning och rättstillämpning öppnar upp för att tolka den nationella rätten utifrån de internationella och europeiska åtaganden som Sverige faktiskt har när det kommer till utbildning.

---

<sup>46</sup> Den rättsdogmatiska metoden är svårdefinierad. Utgångspunkten, för beskrivning av metoden, är användandet av de allmänt accepterade rättskällorna för att hitta svar och argument på lösning av en konkret problemställning. Jmf. Red. Korling och Zamboni (Jan Kleineman) (2013), s. 21 ff.

<sup>47</sup> Gunnarsson och Svensson (2009), s. 160

<sup>48</sup> Dir. 2013:35 s. 3

## 2. Ett vägledande beslut

Den prövning som Skolväsendets överklagandenämnd (ÖKN)<sup>49</sup> fick på sitt bord 2014 har kommit att bli vägledande vad gäller ansökningar om skolgång från barn till utsatta EU-medborgare som lever i en svensk kommun men saknar uppehållsrätt.<sup>50</sup> Beslutet kan sägas avspegla det rådande rättsläget i Sverige. Inom ramen för ÖKN:s verksamhet behandlas endast frågan om barnet har rätt till utbildning enligt skollagen till följd av EU-rätten.<sup>51</sup> Om barnet har rätt till utbildning likställs barnet med att vara bosatt i Sverige i enlighet med 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen.

Som bosatt i landet ska vid tillämpningen av denna lag anses även den som inte är folkbokförd här men som.[...]

3. har rätt till utbildning eller annan verksamhet enligt denna lag till följd av EU-rätten, avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) eller avtalet mellan Europeiska unionen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiz, å andra sidan, om fri rörlighet för personer, [...]

Nämnden konstaterar att barnet är EU-medborgare liksom dennes familj. Familjen har befunnit sig i Sverige längre tid än tre månader och familjen försörjer sig genom tiggeri vilket inte lever upp till försörjningskravet i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier<sup>52</sup>. Vidare uttrycks att den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna<sup>53</sup> och Barnkonventionen alltid ska beaktas i enlighet med Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna<sup>54</sup>. Nämnden tar upp art 14 i EU-stadgan som anger att var och en har rätt till utbildning och den grundläggande principen om likabehandling i art 18 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF). ÖKN utvecklar däremot inte de internationella källornas betydelse eller för resonemang utifrån dem om barnets rättigheter vilket kan ifrågasättas. Av art 24 rörlighetsdirektivet följer att principen om likabehandling är tillämplig på alla unionsmedborgare som enligt rörlighetsdirektivet uppehåller sig i en medlemsstat. Vidare stadgas i art 10 Europaparlamentets och rådets förordning nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen<sup>55</sup> att barn till en medborgare i en medlemsstat som är eller har varit anställd i en annan medlemsstat har tillträde till skola på samma villkor som medborgarna i denna stat. Enligt praxis<sup>56</sup> krävs det enligt artikeln enbart att barnet har bott med en eller båda föräldrarna i en medlemsstat medan åtminstone en av dem var bosatt där som arbetstagare. I ärendet har det inte framkommit att någon av barnets föräldrar är eller har varit anställd i Sverige. Familjen saknar uppehållsrätt i förhållande till rörlighetsdirektivet och barnet

---

<sup>49</sup> ÖKN är en domstolsliknande förvaltningsmyndighet som prövar överklagade beslut inom skolväsendet, deras verksamhet regleras i 27 kap. skollagen.

<sup>50</sup> Dnr. 2014:556

<sup>51</sup> Ett beslut av en kommun överklagas till ÖKN i fråga om rätt till utbildning eller annan verksamhet enligt skollagen till följd av EU-rätten. Jmf. 28 kap. 12 § p. 13, 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen.

<sup>52</sup> Anges nedan så som rörlighetsdirektivet. Jmf. Art 7 rörlighetsdirektivet.

<sup>53</sup> Anges nedan så som Europakonventionen

<sup>54</sup> Anges nedan så som EU-stadgan. Jmf. Art 53 EU-stadgan

<sup>55</sup> Anges nedan så som förordning 492/2011

<sup>56</sup> Jmf. C-310/08 *Hassan Ibrahim mot London Borough of Harrow*

omfattas därför inte av art 24 rörlighetsdirektivet som ger rätt till utbildning på samma villkor som svenska medborgare.

Följden av beslutet blir att minderåriga EU-medborgare vars föräldrar tigger eller inte haft någon tidigare anställning i landet och som har befunnit sig i Sverige i mer än tre månader saknar laglig uppehållsrätt i Sverige. Minderåriga EU-medborgare som befinner sig i en sådan här situation ges inte rätt till utbildning i den svenska skollagen till följd av EU-rätten. Att notera är att ÖKN inte prövat barnets rätt till utbildning enligt 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen<sup>57</sup>

Som bosatt i landet ska vid tillämpningen av denna lag anses även den som inte är folkbokförd här men som.[...]

5. vistas här utan stöd av myndighetsbeslut eller författning.[...]

Eftersom ÖKN inte behandlar 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen eller andra möjligheter för utsatta minderåriga EU-medborgare att tillerkännas rätt till utbildning i Sverige kan beslutet i sin roll som vägledande bli missvisande. Enligt 28 kap. 18 § skollagen råder ett överklagandeförbud vilket innebär att andra beslut, än de som räknas upp i kapitlet, endast får överklagas i enlighet med bestämmelserna om laglighetsprövning i 10 kap. kommunallagen (1991:900). För att kunna pröva sitt ärende mot kommunallagen måste man vara kommunmedlem vilket man bl.a. är om man är folkbokförd i kommunen.<sup>58</sup> ÖKN har i sin roll som statlig förvaltningsmyndighet en serviceskyldighet som följer av 4 § förvaltningslagen (1986:223). Där stadgas att principen om serviceskyldighet ska tillämpas i all verksamhet och den ska gälla oberoende om en person har begärt det eller inte. En myndighet ska vägleda den enskilde och göra den uppmärksam på andra möjliga tillvägagångssätt för att nå det som eftersträvas.<sup>59</sup> Då det kan finnas en möjlighet att pröva det aktuella barnets rätt till utbildning enligt 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen ifrågasätter jag varför beslutet helt förbiser detta lagrum och blir vägledande för kommuner och andra aktörer som beslutar om utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning. Det faktum att beslut fattade av ÖKN inte kan överklagas till domstol gör att jag vidare ifrågasätter det utbildningens status i Sverige och rättighetens relevans<sup>60</sup>. Rätten till utbildning proklamerar som en viktig rättighet men trots det tycks Sverige ha skapat ett skolsystem som gör det svårt för den enskilde att hävda sin rätt.

---

<sup>57</sup> Jmf. 28 kap. 12 §, 13 § och 18 § skollagen

<sup>58</sup> Jmf. 10 kap. 1 § och 1 kap. 4 § kommunallagen

<sup>59</sup> Prop. 1985/86:80 s. 59

<sup>60</sup> Jmf. 28 kap. 18 § st. 2 skollagen

### 3. Rätten till utbildning som rättighet

Rätten till utbildning benämns som en mänsklig rättighet på ett internationellt plan men på grund av rättighetens historia i västerländska demokratier kan den ses som en medborgerlig social rättighet som görs tillgänglig i den enskilda staten. Utbildning kan därför ses i skepnader som både en mänsklig, medborgerlig, civil och social rättighet.<sup>61</sup> Detta ska lyftas fram i det följande avsnittet.

#### 3.1 Rättighetsbegreppet i mänskliga rättigheter

Rättighet är ett centralt etiskt och juridiskt begrepp där man skiljer mellan konventionella rättigheter och naturliga rättigheter. Konventionella rättigheter innebär att de har sin grund i sociala överenskommelser medan de naturliga rättigheterna å andra sidan existerar utan sådana överenskommelser.<sup>62</sup> Eftersom de mänskliga rättigheterna har uppkommit genom ändrade politiska förhållanden, från suverän och undersåtar till stat och medborgare, menar Bobbio att de mänskliga rättigheterna har ett historiskt erkännande.<sup>63</sup> I motsats till naturrättens syn på de mänskliga rättigheterna<sup>64</sup> menar Bobbio att de mänskliga rättigheterna inte har sitt ursprung i naturen utan i den mänskliga kulturen, vilken alltid är föränderlig. Nya behov har skapats genom den utveckling som skett både på det sociala och på det ekonomiska planet. Genom ökade kunskaper uppstår förändring och nya behov, och med dessa behov uppkommer nya krav. Detta synsätt leder till att mänskliga rättigheter bör ses som konventionella rättigheter. Genom att jämföra dagens rättighetskatalog med exempelvis filosofen Thomas Hobbes som menade att vi endast har en rättighet, rätten till liv, finns bevis för detta historiska erkännande.<sup>65</sup> Som exempel på den historiska framväxten av mänskliga rättigheter lyfter Bobbio religionsfriheten som resultat av religionskrigen, de medborgerliga friheterna som har sitt ursprung från parlamentets kamp mot suveränen och de politiska och sociala friheterna som resultat av arbetarrörelsens framväxt. Individerna kräver inte bara frihetens erkännande utan kräver ett skydd mot arbetslöshet, utbildning, hälsa och andra sociala reformer av staten. Dessa krav var något som välbemedlade människor förr kunde tillgodose på egen hand men inte fattiga. Hot mot den individuella friheten eller vägar ur fattigdom härstammar från den historiska och sociala utvecklingen vilket ställer krav på staten om antingen minskad eller mer makt. Sett till den politiska makten så finns det endast två olika slags rättigheter, de rättigheter som hindrar makten och de som uppmuntrar makten.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Englund (2011), s. 13

<sup>62</sup> Nationalencyklopedin, sökord: *Rättighet*, författare Ingmar Persson.

<sup>63</sup> Bobbio (2000), s. 10

<sup>64</sup> Bl.a. filosofen John Lockes syn på naturliga rättigheter som existerar oberoende skapandet av överenskommelser. Rättigheter regleras genom den naturliga lagen som alla människor har tillgång till via sitt förnuft. Jmf. Welin (2003), s. 92

<sup>65</sup> Bobbio (2000), s. 38 f.

<sup>66</sup> Ibid. s. 11 ff.

Bobbio menar att de mänskliga rättigheterna är ett socialt fenomen och likt rättssociologin finns därför ett nära samband mellan förändringar i samhället, framväxten av nya subjekt och skapandet av rättigheter. Historiskt så har synen på människan utvecklats från att vara abstrakt till att ses utifrån sättet denne lever i samhället, genom att vara äldre, kvinna eller barn.<sup>67</sup> I ett demokratiskt samhälle är ofta utgångspunkten att rättigheter skyddar den svagare från den starkare. De kan användas för att befästa de samhällsförhållanden som råder eller så kan de förändra dem.<sup>68</sup> Detta kan vara en förklaring till varför rättigheter kan vara mer eller mindre tillgängliga för vissa grupper. Även om rättigheterna sägs vara till för alla så är det ofta de svagare som inte kan tillgängliggöra sig rättigheterna och som är behov av skydd men även i behov av förändringar.

Vad ordet rättighet innebär i sammanhanget mänskliga rättigheter är inte klart.<sup>69</sup> Den allmänna meningen angående ordet rättighet är enligt Westerhäll att ordet i sig är referenslöst men har en stor relevans i praktiken. Rättighet som begrepp beskriver i korthet det existerande rättsläget. Lagrum som innehåller en rättighetsbestämmelse ger ofta uttryck för förhållningsregler snarare än sakomständigheter och det bör framhållas att rättighetsbegreppet kan ha en dold effekt på det faktiska innehållet varför det kan vara svårt att få grepp om hur rättigheten fungerar. I olika sammanhang finns argumentation för att rättigheter måste inneha vissa grundläggande krav. Först när en rättighet är noga preciserad i lag så rättighetens förutsättningar och innehåll kan utläsas kan rättigheten ses som äkta.<sup>70</sup> Westerhäll tar upp begreppet *egentlig rättighet* som innebär att en rättighet måste vara möjlig att överklaga. En i lag definierad rättighet blir förutsebar och dess effektivitet blir avgörande genom den överprövning som individen i efterhand kan få.<sup>71</sup>

Ytterligare ett bevis på att rättighet inte är ett klart och tydligt begrepp är att se till den filosofiska debatten som delar upp begreppet i två grupper, moraliska och legala. Ambitionen för stater är att dessa två begrepp ska kunna mötas och ses som en enhet. De legala rättigheterna bör vara moraliskt grundade, men det är endast undantagsvis detta avspeglas i realiteten. Legala rättigheter står inte alltid i överensstämmelse med de moraliska och vice versa. En av de största skillnaderna mellan de två rättighetsgrupperna är att de legala rättigheterna i praktiken kan genomföras genom tvång av det offentliga. Till skillnad från de legala så kan inte de moraliska rättigheterna genomföras på samma sätt och endast ett erkännande av de moraliska rättigheterna räcker sällan. Resultatet blir att de moraliska rättigheterna får ett svagt värde och kan oförtjänt få ställningen som en icke-verkställbar rättighet. Det är bl.a. denna skillnad av rättigheternas genomförande som är argument för att barns rättigheter bör ses som legala rättigheter och lagstadgas för att kunna säkras.<sup>72</sup>

Oavsett om det skapas en allmän och accepterad definition av rättighetsbegreppet så skulle en sådan definition bli lika oklar som tidigare begreppsförklaringar. En allmän definition döljer snarare den oenighet som råder än löser den. Istället så visar sig dessa oenigheter när

---

<sup>67</sup> Bobbio (2000), s. 70

<sup>68</sup> Schiratzki (2005), s. 42

<sup>69</sup> Bobbio (2000), s. 14.

<sup>70</sup> Westerhäll (1994), s. 10 f.

<sup>71</sup> Ibid. s. 87

<sup>72</sup> Schiratzki (2005), s. 39 f.

rättigheterna ska övergå från norm till tillämpning.<sup>73</sup> De som använder ordet rättighet i den allmänna bemärkelsen menar istället att en rättighet är en förväntning som kan uppfyllas för att den är skyddad. Innebörden av rättigheter kan därför få betydelsen av framtida rättigheter som i bästa fall kan väcka förhoppningar. Bobbio använder istället för rättighet begreppet krav när han syftar till rättigheter som enligt lag ännu inte är säkerställda. Krav blir ett uttryck för en strävan efter framtida rättigheter.<sup>74</sup> Om en rättighet inte innehar en reglering och därmed inte kan ses som egentlig kan en sådan rättighet, enligt Westerhäll, istället beskrivas som en *kvasi-rättighet*. Det sagda innebär att den enskilde istället har rätt kräva åtnjutande av rättigheten i mån av resurser. Man kan se det som en form av serviceåtgärd. Att rättigheten är konstruerad på detta sätt innebär att det inte ges något underlag för att kunna ta upp rättigheten för prövning i domstol. Dessa rättigheter blir uttryckta som positiva rättigheter men i praktiken är de endast servicerättigheter.<sup>75</sup> De mänskliga rättigheterna, i synnerhet de sociala rättigheterna har i nationella och internationella överenskommelser blivit tomma ord. Språket fyller en viktig praktisk funktion och ger tyngd åt nya behov, men det finns en skillnad mellan att kräva en rättighet och erkänna en rättighet. Rättighetsspråk som fördunklar och döljer att denna skillnad existerar används på de rättigheter som en stor del av mänskligheten idag inte äger.<sup>76</sup>

Ett bidrag till att klargöra rättighet som begrepp och en vanlig utgångspunkt i diskussionen om relationen mellan rättighet och skyldighet är Hohfelds<sup>77</sup> rättighetsschema. Han delade in rättigheter i fyra olika komponenter; krav-rättighet, frihet, kompetens och immunitet. Varje rättighet består av en rättslig relation mellan åtminstone två personer eller rättssubjekt.<sup>78</sup> Komponenten står i relation till dess rättsliga motsats och Hohfeld menar att det är i anknytning till dessa komponenter som rättigheter vanligtvis är uppbyggda. Detta innebär att en rättighet består av två komponenter där den rättsliga motsatsen till krav-rättighet är plikt. Att X har en krav-rättighet innebär att det finns en motsatt plikt för Y. Om man ser plikt som motsats till frihet kan man också uttrycka att Y har en plikt mot X oavsett om Y vill uppfylla X:s krav, Y har således ingen frihet att bestämma.<sup>79</sup> En krav-rättighet är möjlig att förverkliga först när motsvarande plikt uppstår och enligt Hohfeld ska kravet och plikten uppstå i samma ögonblick.<sup>80</sup> Ett krav är enligt Hohfeld strikt sammanlänkat till en plikt, ingen plikt inget krav. Beroende på vilket perspektiv man anlägger på Hohfelds teori om komponenter i korrelation så kan en person ha erkända rättigheter beroende eller oberoende av existensen av en motsvarande plikt. Om krav-rättighet strikt ses i förhållande till plikter är rättigheten beroende av plikten

---

<sup>73</sup> Bobbio (2000), s. 23

<sup>74</sup> Ibid. s. 79

<sup>75</sup> Westerhäll (1994), s. 88. Westerhäll tar upp begreppet *kvasi-rättighet* i förhållande till Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) men genom begreppet kan jag hitta argument som kan appliceras på sociala rättigheter och rätten till utbildning.

<sup>76</sup> Bobbio (2000), s. 17

<sup>77</sup> Den amerikanske rättsteoretikern Wesley Newcomb Hohfeld var en amerikansk jurist som blev känd för de distinktioner och grundläggande begrepp han presenterade för olika typer av rättigheter i bl.a. artikeln *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning* (1913).

<sup>78</sup> Simmonds (1988), s. 135 f.

<sup>79</sup> Gustafsson (2002), s. 218 ff.

<sup>80</sup> Ibid. s. 223



men om man istället ser erkända rättigheter utan erkända plikter skapar rättsordningen snarare nya plikter i syfte att skydda redan existerande rättigheter.<sup>81</sup>

### 3.2 Sociala rättigheter - frihet genom staten

De sociala mänskliga rättigheterna sägs, enligt Mikkola, vara rättigheter som speglas av ett organiserat samhälle där respekten och skyddet av det mänskliga värdet upprätthålls även för dem som befinner sig i samhällets lägre skikt. De sociala rättigheterna är i teorin baserade på moraliska normer men för att stater effektivt ska kunna främja likabehandling mellan människor och säkerställa tillgängligheten av samhällets välfärd behövs staters erkännande. Mikkola menar vidare att sociala rättigheter som legala normer antingen betraktas som regler eller principer. Sociala rättigheter i egenskap av regel kan ge uttryck för en minsta nivå vilken staten är skyldig att uppnå där skyddet av de grundläggande rättigheterna kan sägas vara en sådan nivå. En annan form för sociala rättigheter är de som Mikkola kallar naturliga principer. Beroende på statens utveckling och resurser binder sig staten till att uppfylla en viss nivå stegvis. Även om principerna gradvis ska genomföras måste engagemanget vara framåtsträvande och största möjliga i relation till landets utveckling. Den sista norm som Mikkola talar om är de som innebär riktmärken för genomförandet av rättigheterna och kallas för välfärdsrättigheter vilka står i relation till välfärdens utveckling. De är relativa och staten får göra undantag om det kan motiveras. Till skillnad från sociala rättigheter som principer och som i sin karaktär är relativa så är sociala rättigheter i form av regler att betrakta som absoluta.<sup>82</sup>

De mänskliga rättigheterna kan sägas ha gått igenom tre olika stadier. Det första innebär en frihet *från* staten. Här finner vi de negativa friheterna som betyder att staten får en minskad makt i förhållande till medborgarna. Det andra steget symboliseras av den politiska gemenskapen och människans deltagande på den politiska arenan, en frihet *inom* staten. Den tredje fasen i utvecklingen handlar om framväxten av de sociala rättigheterna och kraven på välfärd och jämlikhet som kan sägas medföra en frihet *genom* staten.<sup>83</sup> Sociala rättigheter skapar skyldigheter. Till skillnad från de negativa rättigheterna där det finns en rätt att lämnas i fred så kräver de positiva rättigheterna en rätt till något. De positiva rättigheterna genererar en skyldighet.<sup>84</sup> Desto mer krav som rättigheter ställer, desto svårare blir det att verkställa och skydda dem. Att tala om mänskliga rättigheters ideal är en sak, men att gå ner till verkligheten och faktiskt säkerställa dem är en annan. De sociala rättigheterna kan utgöra ett sådant exempel, de är svårare att skydda och genomföra än de negativa rättigheterna.<sup>85</sup>

Uppkomsten av de sociala rättigheterna har stort samband med samhällsförändringen och den utveckling som ägt rum. De sociala rättigheterna kräver vissa tekniska och ekonomiska standarder för att överhuvudtaget kunna tillgodose. Desto mer samhället har avancerat desto fler krav har uppstått av de sociala rättigheterna. Enligt Bobbio är sambandet mellan den

---

<sup>81</sup> Simmonds (1988), s. 138 f.

<sup>82</sup> Mikkola (2010), s. 2 f.

<sup>83</sup> Bobbio (2000), s. 38

<sup>84</sup> Welin (2003), s. 224 f.

<sup>85</sup> Bobbio (2000), s. 66

samhälleliga förändringen och framväxten av de sociala rättigheterna ett bevis på rättigheternas sociala förankring. Till skillnad från frihetsrättigheterna där detta samband inte kan ses lika tydligt utan istället kan argumenteras vara naturliga på det sättet att de oberoende tillhör människan.<sup>86</sup> Rätten till utbildning kan ses som både en social rättighet och en civil rättighet. Marshall menar att rättigheten för barnet bör ses som social medan den för föräldrar är en civil rättighet. Även historiskt råder en konflikt angående utbildning som en social eller civil rättighet. Utbildning har tidigare ansetts tillhöra medel- och överklassen i form av en civil rättighet där föräldrarna hade rätt att lägga sig i barnets utbildning. För samhällets lägre klasser gav utbildning istället uttryck för en social rättighet som hänfördes till barnets rätt.<sup>87</sup>

I förhållande till de negativa rättigheterna är det realistiskt att påstå att människor är lika. Däremot måste de olikheter och skillnader som finns mellan människor beaktas när det kommer till de sociala rättigheterna. Bobbio menar exempelvis att det endast är rent allmänt och retoriskt man kan hävda att människor är lika i förhållande till rätten till utbildning.<sup>88</sup> För att ett behov ska kunna skyddas som en mänsklig rättighet bör den representera ett behov som täcks universellt men som även i praktiken kan uppfyllas för dem som behöver rättigheten.<sup>89</sup> Gällande de sociala rättigheterna så finns det skillnader mellan individer som man måste ta hänsyn till och som rättfärdigar en avvikande behandling.<sup>90</sup> En grupp som är fundamentalt olik normen och som sådan hänsyn bör tas till är barn. Deras krav kan ses som så kallade minimigarantier.<sup>91</sup> En minimigaranti innebär att rättigheten ska garanteras eller åtgärder ska genomföras för att nå upp till ett visst resultat. Om denna rättighet inte når upp till sin miniminivå föreligger ett brott mot den. ”Garanti” betonar betydelsen av att rättigheten bör uppfyllas för den aktuella gruppen och ger uttryck för att relevanta lika situationer ska behandlas lika och relevanta olika situationer ska behandlas olika vilket ligger till grund för resonemang om jämlikhet och icke-diskriminering.<sup>92</sup>

När Hollander talar om sociala rättigheter är rättigheternas överklagningsbarhet ett viktigt kriterium och att lagtexten till viss del är klar och precis.<sup>93</sup> Allmänt kan sägas att jurister är mer tveksamt inställda till sociala rättigheter än sociologer. Likt Westerhäll och Hollander skriver Johansson att när jurister pratar om rättigheter och då framförallt sociala rättigheter blir bedömningen av det rättsliga värdet avgörande huruvida rättigheten kan överklagas av individen eller inte.<sup>94</sup> Bobbio ställer sig frågande till om sociala rättigheter egentligen kan kallas rättigheter när de är beroende av statens vilja och erkännande. Inom rättssociologin är juridiska normers faktiska tillämpning i praktiken en viktig faktor. När det kommer till de sociala rättigheterna är det just i förhållande till dessa rättigheter där normen skiljer sig mest från den faktiska tillämpningen.<sup>95</sup> Utan ett minimum av exempelvis ekonomiskt välstånd blir det svårt att leva ett värdigt liv, utan ett värdigt liv blir det samtidigt svårt att garantera uppfyllandet av

---

<sup>86</sup> Bobbio (2000), s. 76 f.

<sup>87</sup> Englund (2011), s. 14

<sup>88</sup> Bobbio (2000), s. 72

<sup>89</sup> Red. Lundberg (Anna Bruce) (2010), s. 51 f.

<sup>90</sup> Bobbio (2000), s. 72

<sup>91</sup> Red. Lundberg (Anna Bruce) (2010), s. 76

<sup>92</sup> Ibid. s. 52 f.

<sup>93</sup> Hollander (1995), s. 33

<sup>94</sup> Johansson (2008), s. 67

<sup>95</sup> Bobbio (2000), s. 78

frihetsrättigheterna. Ur det perspektivet bör de sociala rättigheterna betraktas som den faktiska förutsättningen för att kunna utöva de övriga mänskliga rättigheterna.<sup>96</sup>

### 3.3 Barnet som rättssubjekt

Barnet började ses som ett eget rättssubjekt i samband med erkännandet av de sociala rättigheterna där alltfler grupper av människor började ses som bärare av rättigheter.<sup>97</sup> Det är relativt nyligen som barn kommit att betraktas som ett eget rättssubjekt. Traditionellt har barn varit föräldrarnas ägodel och det är först under senare delen av 1900-talet som man har sett barnet som en egen person fri från föräldrarnas kontroll.<sup>98</sup> Däremot så har jämförelsen mellan barn och vuxna använts som argument för att både neka och erkänna barn rättigheter som ett eget rättssubjekt.<sup>99</sup> Det som varit uppe på agendan angående barn som bärare av rättigheter är om barns bristande förmåga att tillvarata sina intressen, i jämförelse med vuxna, leder till att barn överhuvudtaget inte bör eller kan betraktas som rättighetsinnehavare. När utsatta barn uppmärksammades under 1900-talet växte idén om att barn ska skyddas och respekteras. Denna tanke innebär att barn ses som en svag grupp i den bemärkelsen att de är beroende av sin omgivning. Trots idén om barn som skyddsvärda var många skeptiska till varför exempelvis Barnkonventionen behövdes när de i egenskap av människor kunde få tillgång till de redan stadgade mänskliga rättigheterna i FN-deklarationen.<sup>100</sup>

Ett argument för att barn inte på egen hand kan tillgodose sina rättigheter är just betoningen på omgivningens ansvar. Utan detta ansvar kan inte barn skyddas och därmed kan de inte åtnjuta sina rättigheter. I diskussionen om barn som rättssubjekt är det fortfarande möjligt, enligt Schiratzki, att använda Lockes<sup>101</sup> argument om barns beroende och bristande autonomi. Barn är som regel för små för att kunna ge uttryck för sin egen vilja vilket gör det svårt att hävda att rättigheter för barn kan användas för att driva igenom något. Genom att argumentera utifrån synen om att barn ska skyddas så är det lättare att kunna se rättigheterna som ett skyddsmedel och på det sättet rättfärdiga barns rättigheter.<sup>102</sup> Ytterligare ett bevis för att barns rättigheter bör ses ur ett skyddande perspektiv, snarare än ur ett självständigt autonomt perspektiv, är att se till Barnkonventionen som har som utgångspunkt att se till att barn åtnjuter ett särskilt skydd på grund av deras begränsade autonomi.<sup>103</sup> Idag kan man se barnrätten som ett eget rättsområde där utgångspunkten är just barnets beroende av sin omgivning. Både det offentliga och det privata är att ses som barnets omgivning vilket innebär att rättighetsfrågor angående barn kan intas på olika nivåer i samhället. Både inom det offentliga, inom familjen, internationellt som

---

<sup>96</sup> Bobbio (2000), s. 91

<sup>97</sup> Ibid. s. 73

<sup>98</sup> Red. Englund (Ann Quennerstedt) (2011), s. 54

<sup>99</sup> Schiratzki (2005), s. 35

<sup>100</sup> Lundberg (2010), s. 117

<sup>101</sup> Schiratzki (2005), s. 36 f. John Locke menade att barndomen ska vara en tid för utveckling och lärande.

Föräldrarna har en stor makt över sina barn och barnet är beroende av dem, det är föräldrarna som ska upplysa sitt barn.

<sup>102</sup> Ibid. s. 42 ff.

<sup>103</sup> Ibid. s. 45. Jmf Barnkonventionens inledning, st. 4, 8 och 9.

nationellt.<sup>104</sup> En central fråga inom barnrätten är hur ansvaret för barnets omgivning ska fördelas och när ansvaret övergår från det privata till det offentliga. En huvudregel är att så fort rättsordningen, oavsett representant, lägger sig i barnets liv i något hänseende övergår det till att bli en fråga för det offentliga.<sup>105</sup>

En av barnrättens utgångspunkter är att det främst är under barndomen som de grundläggande förmågorna, både de fysiska och psykiska, utvecklas. Det är även under denna period som barnet kan formas till att bli en samhällsmedborgare.<sup>106</sup> Barnrätten ses idag som ett verktyg att motverka och utjämna de sociala skillnader som finns mellan barn och vuxna till skillnad från förr där dessa skillnader sågs som ett argument mot barn som rättssubjekt.<sup>107</sup> Idag så erkänns barn både de sociala, civila och de politiska rättigheterna.<sup>108</sup> Barnets rättigheter är etiskt och moraliskt fundamentala precis som övriga mänskliga rättigheter, däremot så finns det splittrade åsikter om i hur hög grad barns rättigheter har utvecklats. Barnkonventionen ses av vissa forskare som definitionen av barns rättigheter medan andra hävdar att konventionen inte kan bedömas på det sättet då den närmre innebörden av barns rättigheter varken är uttolkad eller implementerad i nationell lagstiftning.<sup>109</sup> Barnkonventionen splittrar tillsynes åsikterna kring barnrättens innebörd och utveckling.

---

<sup>104</sup> Schiratzki (2005), s.21 f.

<sup>105</sup> Schiratzki (2006), s. 19

<sup>106</sup> Ibid. s. 17

<sup>107</sup> Schiratzki (2005), s. 36 f.

<sup>108</sup> Ibid. s. 34

<sup>109</sup> Ibid. s. 38

## 4. Det internationella rättighetskyddet

Internationella överenskommelser innebär att den avtalsslutande staten har att fullgöra åtagandena i överenskommelsen nationellt. Sverige som har ett dualistiskt rättssystem, i det hänseendet att det uppställs krav på särskild lagstiftning för att en konvention ska gälla nationellt, innebär att vid konflikt mellan internationella överenskommelser och nationell rätt går nationell rätt före. Det faktum att en konvention inte införlivas i den svenska rättsordningen innebär däremot inte att den saknar relevans. En allmän tolkningsprincip är att man utgår ifrån att de svenska lagstiftningarna står i överensstämmelse med de åtaganden som gjorts internationellt. Principen innebär att den nationella rätten därför ska tolkas i fördragsvänlig anda. Står inte rättskällorna i överensstämmelse så ska den nationella lagstiftningen ändras.<sup>110</sup>

### 4.1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna<sup>111</sup>

FN-deklarationen antogs i samband med freden och slutet av andra världskriget 1948. Syftet med deklarationen var att uttrycka en gemensam målsättning och vara en vägvisare för att alltid ha deklarationen i åtanke, respektera och säkerställa rättigheterna. Dess uppkomst står i direkt relation till andra världskriget och är ett svar på de brott som då begicks mot mänskligheten.<sup>112</sup> De mänskliga rättigheterna är bl.a. en del av den internationella rätten. Rättigheterna reglerar förhållandet mellan stat och individ och genom internationella överenskommelser bildar staterna en gemensam rättsordning.<sup>113</sup> Ett brukligt sätt att definiera de mänskliga rättigheterna är att just att se till FN-deklarationen.<sup>114</sup> Deklarationen innehåller de rättigheter och friheter som varje människa ska kunna åtnjuta, den är universell och kan ses som en gemensam norm.<sup>115</sup> Syftet är att värna om den enskilde individens fri- och rättigheter. Staterna uttrycker sin tro på rättigheterna men också tron på individens värde. För att uppfylla de mänskliga rättigheterna krävs ett engagemang från staterna, att aktivt arbeta med att förverkliga rättigheterna och uppfylla deklarationens syfte.<sup>116</sup> Även om FN-deklarationen inte är juridiskt bindande för anslutande stater så bär de fortfarande en skyldighet rent moraliskt att följa deklarationen och idag kan den även sägas utgöra sedvanerätt.<sup>117</sup> Sedvanerätt som enligt Peczenik bl.a. bör beaktas i juridisk argumentation. En form av sedvanerätt kan bestå i ett regelbundet handlande av enskilda eller myndigheter som ger uttryck för att man bör bete sig på ett visst sätt och att det aktuella beteendet ses som rimligt eller kommer till uttryck i praxis. Utifrån ett etiskt resonemang bör man respektera sedvanerätt med hänsyn till medborgarnas förväntningar.<sup>118</sup> FN-deklarationen ger inte de medel som behövs för att uppfylla rättigheterna utan det måste

---

<sup>110</sup> SOU 1997:116 del 2 s. 13 f.

<sup>111</sup> Anges nedan så som FN-deklarationen

<sup>112</sup> Red. Englund (Klas Roth) (2011), s. 17

<sup>113</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 11

<sup>114</sup> Lundberg (2010), s. 18

<sup>115</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 20

<sup>116</sup> Lundberg (2010), s. 19

<sup>117</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 20 f.

<sup>118</sup> Peczenik (1986), s. 205 f.

staterna på egen hand ordna, därför kan man se deklarationen som ett lärosystem snarare än ett juridiskt system. Deklarationen visar endast en gemensam riktlinje och att vara vägvisare är en sak, att gå vägen en annan. Från stunden rättigheterna ska övergå från teori till praktik så förlorar de allmängiltighet och rättigheterna gäller i praktiken endast i den stat som faktiskt erkänner dem. Rättigheterna går genom denna förflyttning från att vara mänskliga på ett internationellt plan till att bli medborgerliga rättigheter nationellt.<sup>119</sup> Att rättigheterna förlorar allmängiltighet när de ska realiseras kan riskera att inte uppfylla medborgarens eventuella förväntningar. FN-deklarationens status som sedvanerätt kan sägas överträdas när stater inte realiserar den.

Även om inte FN-deklarationen är juridiskt bindande för staterna, och teorin skiljer sig från praktiken, så har den en stor betydelse för den internationella arenan. Det är sällan en stat går emot deklarationen utan stater framstår gärna som positiva i relation till de mänskliga rättigheterna. Däremot så har inte alla stater varken vilja eller förmåga att leva upp till det ideal som uppställs i deklarationen även om stater yttrar det.<sup>120</sup> Bobbio resonerar kring deklarationen som ett värdesystem som vi gemensamt har skapat och som bör ses som faktiskt. Faktiskt i den meningen eftersom deklarationen tydligt har blivit förklarad som giltig. Ju fler medlemsstater som är eniga, desto större konsensus vilket i sin tur leder till mer giltighet. Ur detta synsätt kan man därför se FN-deklarationen som det största beviset på ett bestämt värdesystem.<sup>121</sup> Oavsett om man ser deklarationen som ett ideal, en vägvisare eller ett värdesystem så har den fått ett stort genomslag globalt. För första gången så kan enskilda som upplever sig kränkta sätta ord på sina upplevelser, deklarationen uttrycker ett universellt språk vilket har inneburit att rättigheterna har fått starkare genomslagskraft.<sup>122</sup> Eftersom det internationella systemet saknar en domstol som inte baseras på frivillighet är det staterna som själva kontrollerar att rättigheterna följs, respekteras och implementeras i det nationella rättssystemet.<sup>123</sup> Det internationella övervakningssystemet bör därför inte ses som det primära, utan bör snarare ses som ett komplement i förhållande till den nationella rätten som kan ge individen det rättsskydd som rättigheten kräver.<sup>124</sup>

I deklarationens artikel 26 stadgas allas rätt till utbildning. Artikeln uttrycker specifikt var och ens rätt till utbildning utan att göra någon åtskillnad. Vidare anges att åtminstone grundutbildningen ska vara kostnadsfri och obligatorisk vilket tyder på vikten av utbildning på det mest grundläggande stadiet. Syftet med utbildning är att stärka de mänskliga rättigheterna, respekten för dem men också skapa tolerans mellan människor oavsett nation, religion eller ras. På det individuella planet är utbildningens syfte att utveckla individens personlighet. Enligt FN:s utvecklingsprogram (UNDP) är en grundutbildning en förutsättning för att kunna tillägna sig de mänskliga rättigheterna. Nästan en miljard människor runt om i världen kan inte läsa. Om man varken kan läsa eller skriva blir det svårt att aktivt ta del av samhället.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Bobbio (2000), s. 35 ff.

<sup>120</sup> Danelius (1993), s. 18

<sup>121</sup> Bobbio (2000), s. 33 f.

<sup>122</sup> Lundberg (2010), s. 21

<sup>123</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 13

<sup>124</sup> Danelius (1993), s. 66

<sup>125</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 107

Utbildning som rättighet innehöll från beredningens början endast grundläggande idéer om utbildning. Det skulle finnas en grundskoleutbildning i varje stat och den skulle vara en rättighet för alla berörda, utöver detta ville man att utbildningen skulle vara fri, obligatorisk och upprätthållas av staten.<sup>126</sup> Något som var uppe för diskussion i kommissionen som skulle framställa deklARATIONEN var innebörden av utbildning som obligatorisk. En representant i kommissionen menade att det var farligt att inkludera ordet obligatorisk medan en annan uttryckte att obligatoriskt bör tolkas som att varken staten eller familjen kan hindra ett barn från sin rätt till grundläggande utbildning. I samma linje hävdade man också att staten har en skyldighet att kunna ge möjlighet till utbildning och skydda denna möjlighet.<sup>127</sup> Diskussionen ledde fram till att utbildning på det elementära stadiet ska vara obligatorisk vilket stadgas i artikelns första stycke. Vidare stadgar artikelns andra stycke att utbildningen ska främja FN:s verksamhet för fredens bevarande. Med tanke på deklARATIONENS historia och att rätten till utbildning uttryckligen innehåller ett stycke där freden explicit omnämns tyder på att rättigheten är fundamental och av stor betydelse. Att bevara freden är ett värdefullt motiv till att införa utbildning för alla, att inte utmana demokratin eller sätta värden ur spel genom att skilja på människa och människa.

#### 4.2 FN:s internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter<sup>128</sup>

För att en frihet ska kunna ges genom staten måste staten vara aktiv och för att de sociala rättigheterna ska kunna uppnås bör de vara juridiskt bindande. Det var detta uppdrag som FN:s kommission fick efter antagandet av FN-deklARATIONEN vilket resulterade i två konventioner<sup>129</sup>. Detta kan ses som ytterligare ett steg för att få stater att förstå vikten av rättigheterna och få dem mer preciserade. Det var inte ett självklart val att dela upp rättigheterna i två olika konventioner men på grund av de rådande motsättningarna, där länder i öst hävdade att de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna var viktigast medan väst hävdade motsatsen, kom detta att bli följden.<sup>130</sup>

De rättigheter som är uttalade att ge människor de mest grundläggande behoven är de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna. ICESCR ses som en målsättningskonvention, detta för att alla länder inte har de resurser som krävs för att kunna garantera rättigheterna. Staterna behöver därför inte förverkliga konventionen på en gång utan genomförandet kan ske stegvis men konventionsstaterna måste använda de resurser som finns för att kunna uppnå målet.<sup>131</sup> Staterna har en skyldighet att säkerställa åtminstone en miniminivå av rättigheterna vilket framkommer av art 2 ICESCR. Misslyckas staten att tillgodose denna grundliga nivå

---

<sup>126</sup> Red. Englund (Klas Roth) (2011), s. 20

<sup>127</sup> Ibid. s. 24 f.

<sup>128</sup> Anges nedan så som ICESCR

<sup>129</sup> ICESCR antogs år 1966 men trädde i kraft först år 1976. Den andra konventionen innehåller de civila och politiska rättigheterna.

<sup>130</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 21

<sup>131</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 23 f.

misslyckas man samtidigt med uppfyllandet av konventionen som helhet.<sup>132</sup> Kommittén för ICESCR<sup>133</sup> understryker att även om konventionsstaten har begränsade resurser så kan de genom relativt billiga åtgärdsprogram se till att de mest utsatta i samhället skyddas.<sup>134</sup> Länderna som har ratificerat rättigheterna i ICESCR har en skyldighet gentemot sina medborgare att tillgodose rättigheterna. Ju mer utvecklat landet är, desto mer förutsättningar har konventionsstaten att uppfylla en tillfredställande levnadsstandard. Det största problemet med att genomföra rättigheterna handlar oftast inte om att det föreligger brist på resurser, utan det beror snarare på hur resurserna fördelas och prioriteras.<sup>135</sup> Oberoende av staters generellt tveksamma inställning till de sociala rättigheterna så har synen på ICESCR utvecklats. Stater ser numera båda konventionernas rättigheter som universella, deras beroende till varandra och deras lika värde. Utan de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna uppfyllda kan människan inte åtnjuta de civila eller politiska rättigheterna.<sup>136</sup>

Rätten till utbildning, åtminstone på det grundläggande stadiet, är en av de rättigheter i ICESCR som i både teori och praktik är allmänt och utbrett accepterad.<sup>137</sup> Rätten till utbildning är av stor betydelse, både för den ekonomiska men också för den sociala utvecklingen av samhället. För att förutsättningarna för rättigheten ska kunna förverkligas krävs att utbildningen är tillgänglig utan ekonomiska eller diskriminerande hinder och den måste vara anpassningsbar för att möta samhällets krav. De största möjligheterna till att få åtnjuta sin rätt till utbildning har människor som lever i en stat med god ekonomi. En konsekvens av detta är att klyftorna i samhället kan öka vilket kan leda till att de mänskliga rättigheterna blir kränkta och oförutsebara.<sup>138</sup> Kommitténs uttalande om att det krävs relativt billiga åtgärdsprogram för att låta de mest utsatta omfattas av rättigheterna i ICESCR kan antas stå i direkt relation till att rätten till utbildning ur ett samhälleligt perspektiv ses som en god investering. Man kan därför ifrågasätta varför en grundläggande skolgång till alla barn inte prioriteras om det gynnar hela samhället.

ICESCR innehåller två artiklar om rätten till utbildning, art 13 och 14, vilka ska ses tillsammans. Art 14 uttrycker att den konventionsstat som inte har säkrat kostnadsfri och obligatorisk grundskola ska upprätta en handlingsplan för att säkerställa det. Kommittén anför i sin kommentar till art 13 att utbildning är både en mänsklig rättighet men också ett viktigt medel för att kunna tillägna sig andra mänskliga rättigheter. Utbildning är det primära verktyget för människor som är ekonomiskt och socialt utsatta att kunna ta sig upp ur fattigdom. Även om det redan i FN-deklarationen stadgas en rätt till utbildning så adderar art 13.1 ICESCR ytterligare aspekter att respektera och vidgar synen på utbildning. Enligt artikeln ska utbildningen till fullo utveckla människans personlighet och ge människan insikt om sitt eget värde. Kommittén uttrycker att speciellt rätten till utbildning ska vara tillgänglig för de mest utsatta grupperna. Konventionsstaternas realisering av utbildning som rättighet över tid, innebär att det ska ske så snabbt och effektivt som möjligt. Konventionsstaten måste kunna visa att

---

<sup>132</sup> Red. Lundberg (Ida Elisabeth Koch) (2010), s. 105 f.

<sup>133</sup> För ICESCR finns en kommitté av oberoende experter. Kommitténs uppdrag är att övervaka att staterna skyddar och respekterar rättigheterna i konventionen.

<sup>134</sup> Alston och Goodman (2013), s. 323

<sup>135</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 87 f.

<sup>136</sup> Ibid. s. 23 f.

<sup>137</sup> Alston och Goodman (2013), s. 291

<sup>138</sup> Greenhill och Ulfsparré (2007), s. 107 f.



åtgärderna har införts efter noggrant övervägande och att de är motiverade. Liksom alla mänskliga rättigheter, inklusive rätten till utbildning, ställs tre olika skyldigheter på staterna. De ska respekteras, skyddas och uppfyllas.<sup>139</sup> Liksom i FN-deklarationen stadgar rätten till utbildning i art 13.1 ICESCR främjandet av fred. Detta kan återigen sägas ge uttryck för rättigheten som ett verktyg att faktiskt uppnå och bibehålla fred. Kritiker menar att konventionens formuleringar gör rättigheten vag och det därför blir svårt att avgöra när en rättighet har blivit uppfylld. Vissa menar att konventionen är såpas betungande att i princip ingen stat har möjlighet att följa den. Att staterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att uppfylla åtagandet ger konventionen ingen ytterligare vägledning om.<sup>140</sup>

#### 4.3 FN:s konvention om barnets rättigheter<sup>141</sup>

Genom Barnkonventionen ges rätten till utbildning för första gången till barnet själv. I tidigare överenskommelser ses inte barnet som den aktiva mottagaren, utan dennes föräldrar<sup>142</sup>. Föräldrarna har, genom att få tillgodoräkna sig rätten till utbildning, kunnat påverka sitt barns utbildning. Det främsta motivet till detta har varit att skapa en motpol till staten och försäkra sig om att staten inte kan manipulera de offentliga skolorna.<sup>143</sup> Barnkonventionen antogs år 1989 av FN:s generalförsamling och har efter sitt antagande fått ett stort gensvar i jämförelse med andra internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter. Trots detta gehör och trots att nästan världens alla länder har ratificerat konventionen så finns det brister när det kommer till att göra den till realitet.<sup>144</sup> I Barnkonventionen stadgas att konventionsstaterna inom sin jurisdiktion ska tillförsäkra rättigheterna på ett rättssäkert sätt till varje barn<sup>145</sup>. De ska respektera och garantera rättigheterna i konventionen utan att göra någon åtskillnad barn emellan.<sup>146</sup> De rättigheter som stadgas i Barnkonventionen och som tillerkänns barnet är primärt rättigheter som står i direkt förhållande till konventionsstaterna och således något de enskilda staterna måste ansvara för.<sup>147</sup> Ett av konventionsstaternas primära verktyg för att kunna tillgodose barnets rättigheter är lagstiftningen. Genom lagstiftning kan man garantera att rättigheterna tillfredsställs för barn i olika beslut och åtgärder. Den svenska lagstiftningen har valt att införliva Barnkonventionen genom så kallad transformering. Detta innebär att lagstiftningen anpassas i förhållande till de krav som ställs i konventionen. Metoden kräver att den kontinuerligt anpassas till ändrade samhällsförhållanden för att stå i överensstämmelse med

---

<sup>139</sup> General Comment No. 13: The right to education (article 13) (1999) E/C.12/1999/10, 8 december 1999

<sup>140</sup> Alston och Goodman (2013), s. 284 ff.

<sup>141</sup> Anges nedan så som Barnkonventionen

<sup>142</sup> Jmf. Art 13.3 ICESCR och art 26.3 FN-deklarationen.

<sup>143</sup> SOU 1997:116 del 4 s. 2

<sup>144</sup> Lundberg (2010), s. 115

<sup>145</sup> Jmf. Art 1 Barnkonventionen som stadgar att med barn avses varje människa under 18 år om barnet inte tidigare blir myndigt enligt den lag som gäller för barnet. Definitionen anger att de rättigheter som stadgas i konventionen gäller tills man har fyllt 18 år, se även SOU 1997:116 del 1 s. 12.

<sup>146</sup> Ds 2011:37 s. 20

<sup>147</sup> Schiratzki (2005), s. 151

Barnkonventionens normer.<sup>148</sup> Metoden som Sverige har valt innebär att Barnkonventionen inte till fullo är införlivad i den svenska lagstiftningen och därmed inte har status som lag. Däremot har Sverige genom sin ratifikation av konventionen ålagt sig att följa den. För att övervaka hur staterna efterlever och realiserar konventionen har en övervakningskommitté inrättats, FN:s barnkommitté<sup>149</sup>. Om konventionsstater misslyckas att efterleva konventionen kan däremot inte kommittén utge några sanktioner och i den meningen kan Barnkonventionen till sin karaktär ses mer som ett politiskt redskap.<sup>150</sup>

Syftet med Barnkonventionen visar att det finns en skyldighet att tillgodose barns grundläggande behov, att skydda dem från olika övergrepp både från det offentliga och från andra i samhället och att göra barn delaktiga i beslut som rör dem.<sup>151</sup> Den moderna migrationen, där alltfler människor förflyttar sig över nationsgränser, ställer allt högre krav på stater. Eftersom både vuxna och barn rör sig över gränser måste rättssystemen helt, eller åtminstone delvis, anpassas till den verklighet som råder och möta de olika rättsfrågor som dyker upp med hänsyn till barns bristande autonomi och beroende av skydd. Då ett lands myndigheter har inflytande och kontroll över de migrerande barnen har de också ett ansvar över dem enligt Barnkonventionen. Ansvaret gäller inte bara för de barn som är medborgare i landet, utan det sträcker sig också till de barn som har uppehållsrätt och till viss del även till dem som vistas i landet illegalt. Från detta kan man i princip dra slutsatsen att alla barn i Sverige har rätt att kunna få stöd från samhället, även om stödet och skyddet till viss del är beroende av vilken typ av medborgarskap barnet har och var dennes hemvist är.<sup>152</sup>

FN:s barnkommitté har framfört, angående barn som inte anses vara bosatta i landet, att eftersom Barnkonventionen är en internationell konvention innebär det att ett land har ansvar för de barn vars situation de faktiskt har inflytande över vilket inbegriper både medborgare men även barn som har eller inte har anledning att befinna sig i landet. Oavsett anledning bör ett barns akuta behov tillgodoses. Sådana behov gäller primärt barnets hälsa men också åtgärder som kan skapa en ny, bättre situation för barnet. Exempelvis anger kommittén att tiden rent utbildningsmässigt inte bör gå förlorad för barnet. En godtagen begränsning i en stats ansvar gällande barn som inte anses vara bosatta i landet är den typ av vård eller utbildning som fordrar att barnet stannar under en längre tid.<sup>153</sup> Den svenska barnkommittén har fått kritik från FN:s barnkommitté för att ha uttalat att det inte är rimligt att alla barn ska omfattas av alla rättigheter som stadgas i konventionen och då framförallt med beaktande av barn som vistas i landet illegalt. Deras akuta behov bör däremot bemötas likaså åtgärder som behövs för att brygga över till en ny situation.<sup>154</sup> Det ligger något motsägelsefullt i den svenska barnkommitténs uttalande i förhållande till Sveriges faktiska åtagande i Barnkonventionen. Barnkonventionen ger uttryck

---

<sup>148</sup> Ds 2011:37 s. 31 f. Jmf. Art 4 Barnkonventionen. För vidare läsning se även rapport av Leviner m.fl. för Unicef - *Vilka rättigheter har barn som är EU-medborgare och lever i utsatthet i Sverige?*. Rapporten visar bl.a. att barn inte får sina rättigheter tillgodosedda enligt Barnkonventionen på grund av ottyligheter i svensk rätt.

<sup>149</sup> Jmf. Art 43 och art 44 Barnkonventionen. I likhet med vad som gäller för andra kommittéer som övervakar staternas genomförande av konventioner om mänskliga rättigheter är FN:s barnkommittés kommentarer och rekommendationer inte juridiskt bindande för Sverige, Ds 2011:37, s. 39 f.

<sup>150</sup> Schiratzki (2005), s. 22

<sup>151</sup> Lundberg (2010), s. 122

<sup>152</sup> Schiratzki (2005), s. 15 f.

<sup>153</sup> SOU 1997:116 del 2 s. 4 f.

<sup>154</sup> Schiratzki (2005), s. 121 f.

för att staten har ett ansvar för barn de har inflyttade över, även så kallade illegala barn. Sverige uttrycker att de ska brygga över till en ny situation vilket stämmer väl in på FN:s barnkommittés uttalande om att staten ska skapa en bättre situation för barnet där bl.a. utbildning omnämns.

Grundläggande för Barnkonventionen och de artiklar som kan sägas innebära syftet med konventionen och ses som dess grundpelare är att mänskliga rättigheter innehas av varje barn utan diskriminering (art 2), dessa rättigheter ska garantera barnet dennes liv och utveckling (art 6), barnets bästa ska alltid beaktas i beslut som rör barn (art 3) och till sist att barnets åsikter ska ges betydelse och att barnet fritt ska kunna uttrycka dem (art 12).<sup>155</sup> De fyra artiklarna är inte viktigare än de övriga rättigheterna i konventionen men rättigheterna bör tolkas och kombineras med dem.<sup>156</sup>

Art 2 innebär ett omfattande skydd mot diskriminering och kräver att staten arbetar aktivt med att upprätthålla detta skydd. Staten har ett ansvar över att barn inom sin jurisdiktion ska kunna tillgodoses rättigheter utan diskriminering, detta omfattar även barn som inte är medborgare i landet.<sup>157</sup> I detta avseende ges begreppet jurisdiktion en bred räckvidd. Sverige har fått kritik från FN:s barnkommitté angående de svenska kommunerna vars skiftande förutsättningar bidrar till diskriminering av barnets rättigheter. En kommun med sämre ekonomiska förutsättningar når inte upp till samma nivå angående tillfredställelsen av barnets rättigheter som kommuner med god ekonomi kan göra.<sup>158</sup> I och med det kommunala självstyret som råder i Sverige så beslutar i mångt och mycket kommunerna på egen hand om hur resurser ska fördelas. Avgörande för hur Barnkonventionen faktiskt tillämpas är hur kommunerna väljer att agera. Men i teorin så är det regeringen, som avtalsslutande part, som ska hållas ansvarig inför Barnkonventionen. Därför bör man också ställa krav på att regering och riksdag i sin tur ställer krav på hur Barnkonventionen tillfredsställs av de svenska kommunerna.<sup>159</sup> Här kan en jämförelse till SvD:s undersökning vara intressant där sex kommuner av 136 svarande erbjuder skolgång. Det råder således en stor skillnad mellan svenska kommuner där en minoritet erbjuder utbildning varför det är relevant att ifrågasätta statens skyldighet gentemot Barnkonventionens art 2.

Schiratzki menar att den svenska lagstiftningen diskriminerar barn på grund av sitt ursprung. Dels finner Schiratzki argument i FN:s barnkommittés kritik angående kommunernas självstyre, vilket leder till att barn lever under olika förhållanden i Sverige, men också i kritiken från kommittén som påpekar att icke-diskrimineringsprincipen gällande barn till illegala invandrare inte är realiserad. Särskilt uppmärksammade kommittén barnens begränsade rätt till utbildning. Sverige anförde till sitt försvar att diskrimineringen beror på att barnen i fråga har en svag legal anknytning till landet. Att barn har en svag legal anknytning till ett land får inte, som barnkommittén yttrar, få till följd att barn undantas sina grundläggande rättigheter.<sup>160</sup> Rättigheterna i Barnkonventionen måste ses i förhållande till det aktuella barnets situation. Det är inte en diskriminerande åtgärd att neka utbildning till ett barn som befinner sig i landet i

---

<sup>155</sup> Ds 2011:37 s. 12

<sup>156</sup> Lundberg (2010), s. 125

<sup>157</sup> SOU 1997:116 del 2, s. 65 och 68.

<sup>158</sup> Lundberg (2010), s. 125

<sup>159</sup> SOU 1997:116 del 2 s. 26

<sup>160</sup> Schiratzki (2005), s. 51

egenskap av turist, men däremot är det diskriminerande om barnet befinner sig ofrivilligt i landet. Enligt FN:s barnkommitté är staten den enda som kan se till att barn som lever i staten, och som är i behov av sina rättigheter, kan få dem uppfyllda.<sup>161</sup>

Principen om barnets bästa som stadgas i art 3 innebär att en bedömning, både de som görs av statliga, kommunala och privata aktörer, angående ett barn ska göras med respekt. Respekt för att barnet är just ett barn och är därför mer sårbar och i behov av ett starkare skydd. Även om principen funnits med sedan starten av Barnkonventionen så används barnets bästa inte liktydigt i alla sammanhang vilket har resulterat i att principen har blivit vag istället för att bli mer distinkt.<sup>162</sup> Den grundläggande idén bakom barnets bästa innebär att relationen mellan barn och andra grupper av människor ska utjämnas. Det handlar om att syna och motverka de maktstrukturer som finns i samhället. Med detta följer ett ansvar att se till att barn, särskilt de som befinner sig i utsatta situationer, får åtnjuta sina rättigheter.<sup>163</sup> Eftersom barnets bästa inte är en tydlig regel utan en princip ges den ett större tolkningsutrymme. Det är en utmaning att se till att barnets bästa blir en stark princip och att man inte låter utrymmet leda till att barnets bästa får stå undan för andra intressen i samhället.<sup>164</sup> När Sverige ratificerade Barnkonventionen så uttryckte regeringen att barnets bästa ska komma i främsta rummet och principen primärt ska vara vägledande, men hänsyn får också tas till andra intressen.<sup>165</sup> Schiratzki understryker emellertid att eftersom Sverige inte har gjort några reservationer mot konventionen kan man inte förvägra barn deras rättigheter på grund av tolkningen av barnets bästa. Detta ska även gälla för de barn som har anknytning till en annan rättsordning än enbart den svenska.<sup>166</sup> Principen om barnets bästa ska vara föremål för en friare bedömning av vad som är barnets bästa i det enskilda fallet. Att principen ska ses och tolkas som öppen görs emellertid inte alltid. Istället utgår rättsordningen många gånger utifrån en presumtion om vad som är bäst för barnet vilket skapar bestämda tolkningar.<sup>167</sup> Om barnet ses som ett skyddsvärt subjekt behövs information om hur barnets situation faktiskt ser ut för att kunna skydda barnet. Vem som bäst kan redogöra för den situationen och den som kan komma närmast en beskrivning av verkligheten är i de flesta fall barnet själv.<sup>168</sup> Den svenska barnkommittén har uttalat att principen om barnets bästa bör tolkas utifrån ett objektvt och ett subjektivt perspektiv. Att inta ett objektvt perspektiv som beslutsfattare innebär att man använder sin erfarenhet och kunskaper kring den aktuella situationen för att kunna avgöra vad som är bäst för barnet. Det subjektiva perspektivet innebär att man inhämtar barnets åsikt i frågan och inkluderar dessa i beslutet, däremot så är det den vuxne som i sista hand fattar beslutet utifrån dennes kunskap.<sup>169</sup> Beroende på vilket perspektiv man anlägger i bedömningen av barnets bästa så kan resultatet således bli olika. Att anlägga enbart ett *barnperspektiv* utifrån en vuxen persons kunskaper kan bidra till låsta tolkningar, där man riskerar att tolka principen om barnets bästa utifrån tidigare bedömningar eller presumerar att någonting är för barnets bästa. Tillämpar man istället

---

<sup>161</sup> SOU 1997:116 del 2 s. 6 f.

<sup>162</sup> Lundberg (2010), s. 126

<sup>163</sup> Ibid. s. 129

<sup>164</sup> Ibid. s. 131

<sup>165</sup> Prop. 1989/90:107 s. 31 f.

<sup>166</sup> Schiratzki (2005), s. 57 f.

<sup>167</sup> Ibid. s. 61

<sup>168</sup> Ibid. s. 43 f.

<sup>169</sup> Schiratzki (2006), s. 30 f. Se även prop. 2005/06:99 s. 39 och SOU 1997:116 s. 138

principen om barnets bästa utifrån ett subjektivt perspektiv och genom *barnets perspektiv* görs snarare en bedömning om vad som är bäst för barnet enligt barnet och barnets upplevda situation. Ett sådant perspektiv kan öppna upp för en individuell tolkning av barnets bästa där barnets faktiska situation ligger till grund för bedömningen. Det finns anledning att återkomma till detta resonemang i min analys.

I nära samband med den grundläggande artikeln om rätten till barnets liv och utveckling (art 6) står rätten till utbildning. Rätten för barnet att utvecklas handlar inte enbart om den fysiska utvecklingen utan art 6 innefattar även en rätt för barnet till bl.a. en psykisk och social utveckling.<sup>170</sup> Barnkonventionen art 28 stadgar att barn har rätt till utbildning och art 29 vidareutvecklar utbildningens syfte. Inledningsvis stadgar art 28 att:

1. Konventionsstaterna erkänner barnets rätt till utbildning och i syfte att gradvis förverkliga denna rätt och på grundval av lika möjligheter skall de särskilt,[...]

”Lika möjligheter” innehåller dels ett förbud mot diskriminering men det betonar också vikten av att utbildningen görs tillgänglig. Vägledning för denna tolkning kan hämtas från kommittén för ICESCR som har uttalat att utbildningen måste göras tillgänglig för de barn som har det sämst ställt. Detta omfattar främst barn från låginkomstfamiljer men även invandrabarn omnämns<sup>171</sup>. Fortsättningsvis uppvisar art 28.1 Barnkonventionen att konventionsstaterna särskilt ska göra grundutbildningen obligatorisk och kostnadsfri, vilket av ekonomiska skäl inte är möjligt att förverkliga i alla länder fullt ut. Konventionen stadgar inte vidare vid vilken ålder utbildningen ska vara obligatorisk eller vilka kunskaper som den obligatoriska skolgången ska innebära.<sup>172</sup> Barnkonventionen gör däremot inte någon begränsning i barnets rätt till utbildning. Art 2 Barnkonventionen stadgar att rättigheterna omfattar alla barn inom ett lands jurisdiktion. Ytterligare vägledning kan hämtas i FN:s konvention angående flyktingars rättsliga ställning där flyktingar erkänns samma rätt till grundutbildning som statens egna medborgare.<sup>173</sup> Det kan anses vara paradoxalt att barn som definieras som flykting och tredjelandsmedborgare ska tillerkännas rätt till utbildning på samma sätt som statens egna medborgare men inte utsatta EU-medborgare, trots att de kan sägas svara för samma typ av behov.

Artiklarna om rätten till utbildning bör också ses i relation till art 4 som anlägger ett samhällsekonomiskt perspektiv på Barnkonventionen där konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder för att genomföra rättigheterna. Artikel 4 ställer krav på att staterna ska utnyttja det yttersta av sina tillgängliga resurser. Det är genom ”tillgängliga resurser” tydligt att konventionen ställer högre krav på rikare länder än fattiga. ”Till det yttersta” ger en antydning om att barnet verkligen ska prioriteras som grupp i samhället.<sup>174</sup> Barnkonventionens faktiska genomförande blir avgörande för om barnets rättigheter, så som de stadgas i Barnkonventionen, får gehör. Sverige har ännu inte gjort Barnkonventionen till lag vilket leder till att rättigheterna i konventionen snarare bör ses som moraliska rättigheter och därmed intar en svagare ställning. Att de ses som moraliska rättigheter

---

<sup>170</sup> SOU 1997:116 del 1 s. 19

<sup>171</sup> Se General Comment No. 13: The right to education (article 13) (1999) E/C.12/1999/10, 8 december 1999

<sup>172</sup> SOU 1997:116 del 4, s. 4 f.

<sup>173</sup> Jmf. Art 22.1 FN:s konvention angående flyktingars rättsliga ställning även kallad Genèvekonventionen.

<sup>174</sup> SOU 1997:116 del 2 s. 35

innebär att Barnkonventionens faktiska betydelse lämnas till domstolarnas rättstillämpning och vid konflikt med nationell rätt så får konventionen ge vika.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Jmf. Avsnitt 3.1 st. 4

## 5. Det europeiska rättighetsskyddet

Sett ur ett hierarkiskt perspektiv utgör FN:s bestämmelser om mänskliga rättigheter en gemensam grund och norm för alla mänskliga rättigheter. Däremot kompletterar de europeiska fördragen FN:s bestämmelser och siktar till viss del högre än de universella normerna. Av art 3.3 i fördraget om Europeiska Unionen (FEU) framgår att ett av EU:s mål är att främja skyddet av barnets rättigheter. Inom Europa så är både Europakonventionen och den europeiska sociala stadgan<sup>176</sup> av stor betydelse gällande barnets rättigheter.<sup>177</sup> Europakonventionen och den sociala stadgan härstammar från Europarådet och även om EU inte är medlem i rådet så har konventionerna trots det fått särskild betydelse för EU-rätten, inte minst då de har legat till grund för skapandet av EU:s egen rättighetsstadga, EU-stadgan.<sup>178</sup>

### 5.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna<sup>179</sup>

EU-stadgan tillkännagavs redan år 2000 av Europaparlamentet men det var först genom Lissabonfördraget 2009 som stadgan blev juridiskt bindande för medlemsstaterna och EU:s institutioner. I EU-stadgans inledande meningar sätts människan och människans värdighet i fokus. Genom att människan sätts i centrum förflyttas också unionens syn från den ekonomiska marknaden till att se människan som en viktig del av EU. Det märks inte minst genom att ett stort antal av de rättigheter som berörs i stadgan har en idé om att motsvara rättigheterna i Europakonventionen.<sup>180</sup> Innebörden av EU-stadgan är att EU:s institutioner, organ och medlemsstaterna ska respektera, iaktta och främja tillämpningen av rättigheterna inom respektives befogenheter vid tillämpning av EU-rätten.<sup>181</sup> Det innebär således inte att EU:s kompetens utvidgas eller skapar nya uppgifter för EU:s organ.<sup>182</sup> Eftersom EU-stadgan inte utvidgar EU:s befogenheter och EU som organisation saknar kompetens att besluta nationellt om utbildningens eventuella utformning får stadgan mindre betydelse för Sverige, men eftersom rörlighetsdirektivet liksom principen om icke-diskriminering mellan EU-medborgare är en del av unionsrätten torde EU-stadgan bli relevant i förhållande till utbildning utifrån den aspekten.

Eftersom EU-stadgan hänvisar till den sociala stadgan<sup>183</sup> är den sociala stadgan relevant för att kunna tolka EU-stadgans bestämmelser. Även Europakonventionen har stor betydelse för EU-stadgan vilket uttrycks i stadgans art 52.3. Rättigheterna i stadgan ska ges samma innebörd och räckvidd som i Europakonventionen. Det kan sägas ge uttryck för den status som Europakonventionen har i förhållande till EU-stadgan och ett bevis på hur viktig konventionen

---

<sup>176</sup> Anges nedan så som den sociala stadgan

<sup>177</sup> Mikkola (2010), s. 474

<sup>178</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 24 f.

<sup>179</sup> Anges nedan så som EU-stadgan

<sup>180</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 34

<sup>181</sup> Art 51.1 EU-stadgan

<sup>182</sup> Art 51.2 EU-stadgan

<sup>183</sup> Jmf. EU-stadgans preambel och art 151 FEUF

har varit vid skapandet av den. Vidare begränsar EU-stadgan medlemsstaternas och EU:s institutioner genom art 53 EU-stadgan. Artikeln anger att ingen föreskrift i stadgan får som resultat begränsa de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna som erkänns både regionalt inom EU men också genom internationella överenskommelser som medlemsstaten är förpliktigad till.<sup>184</sup> EU som organisation har, liksom FN, sitt ursprung efter andra världskrigets slut. Ett försteg till EU var bildandet av den Europeiska kol- och stålunionen där länder skulle fungera i en gemenskap och förhindra att liknande militära konflikter, man precis skådat, inte skulle uppstå igen. Efter bildandet av kol- och stålunionen och framväxten av EU har utvecklingen främst handlat om ekonomisk tillväxt och ekonomisk integration.<sup>185</sup> Det har ursprungligen inte funnits någon avsikt att bestämma över medlemsstaters nationella rättstillämpning i större utsträckning. EU-stadgan utmanar emellertid denna syn genom att skapa ett syfte som direkt utmanar och breddar unionens ursprungliga mål.<sup>186</sup> Medlemsstaterna försöker i realiteten fastslå att rättigheter, som i EU-stadgan betraktas som sociala, inte ska omfattas av EU:s ansvar. Det sociala området vill man ansvara för på egen hand.<sup>187</sup> En rättighets definition, som exempelvis ekonomisk eller social, kan således vara av avgörande vikt för dess betydelse och genomslag i den nationella rätten.

Av vikt för rättighetens faktiska tillämpning är EU-stadgans art 52.5 som uppvisar en spänning mellan rättigheter som *rättigheter* och rättigheter som *principer*. Emellertid utvecklas inte denna uppdelning i EU-stadgan. Att det inte tydligt framgår av stadgan vilka rättigheter som tillhör vilken grupp kan ifrågasättas då rättigheter å ena sidan är bindande och kan prövas i domstol medan principer å andra sidan inte kan det vilket är en betydande skillnad då det i praktiken innebär att alla rättigheter inte är inom räckhåll för medborgarna. En annan olikhet är att rättigheter ska respekteras medan principer endast ska iakttas vilket ger principer karaktären som målsättningsstadganden<sup>188</sup>. Att komma ihåg är att stadgan syftar till att faktiskt värna individen och garantera att EU inte inskränker grundläggande rättigheter. Även utifrån ett nationellt perspektiv får EU-stadgan betydelse då den kan användas i den nationella rättstillämpningen. Det faktum att nationella domstolar behöver vända sig till EU-domstolen för att begära förhandsavgöranden får som resultat att EU faktiskt numera prövar den nationella rättens kompatibilitet i förhållande till EU-stadgan på ett område där EU i praktiken har en begränsad befogenhet.<sup>189</sup> I EU-stadgans art 14 anges rätten till utbildning. Av artikeln framgår inte tydligt om rätten till utbildning ska beaktas som just en rättighet eller som en princip.

1. Var och en har rätt till utbildning och tillträde till yrkesutbildning och fortbildning.
2. Denna rätt innefattar möjligheten att kostnadsfritt följa den obligatoriska undervisningen.[...]

---

<sup>184</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 39 f.

<sup>185</sup> Nilsson och Lundberg (2010), s. 14

<sup>186</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 35

<sup>187</sup> Ibid. s. 39

<sup>188</sup> Art. 51.1 EU-stadgan

<sup>189</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 35 ff. Jmf. Exempelvis mål C-617/10 *Hans Åkerberg Fransson*, mer känd som "Haparandamålet" där EU-stadgan genom ett förhandsavgörande fick genomslag i ett skatterättsligt mål. Nationell domstol har skyldighet att inte tillämpa bestämmelser som är oförenliga med en grundläggande rättighet som är garanterad i EU-stadgan. En sådan oförenlighet ska ha klart stöd i stadgan eller i stadgans rättspraxis. Förhandsavgörandet kom att ändra nationell praxis.



Tittar man istället på art 35 i EU-stadgan om hälsovård så visar artikeln tydligt att den omfattas av medlemsstaternas befogenhet i förhållande till EU som har en begränsad roll.

Var och en har rätt till tillgång till förebyggande hälsovård och till medicinsk vård på de villkor som fastställs i nationell lagstiftning och praxis...[...]

I jämförelse med art 35 förefaller art 14 få status som en rättighet och torde därför också kunna utkrävas av en EU-medborgare. Något som ytterligare skulle kunna stödja en sådana tanke är att art 35 inleder med ”var och en har rätt till *tillgång*...” medan art 14 stadgar att ”var och en har rätt till...”. *Tillgång* kan tolkas som en möjlighet att nyttja hälsovård vilket kan ge en något otydlig framställning till skillnad från rätten till utbildning som till synes är tämligen rätt fram.<sup>190</sup>

Med tanke på den status som både Europakonventionen och den sociala stadgan har i förhållande till EU-stadgan när det kommer till dess tolkning kommer rätten till utbildning i förhållande till dem att undersökas i följande avsnitt.

## 5.2 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna<sup>191</sup>

Europakonventionen ses som en av de viktigaste rättskällorna för barnrätten tillsammans med Barnkonventionen. Jämfört med Barnkonventionen har Europakonventionen ett effektivt och unikt kontrollsystem genom Europadomstolen, vilket resulterar i att Europakonventionen i praktiken har en starkare ställning och får företräde. Däremot finns det få stadganden om barnets bästa och barnets rättigheter i konventionen i jämförelse med Barnkonventionen.<sup>192</sup> Med tanke på att Europakonventionen innehåller få bestämmelser om barns rättigheter borde Barnkonventionen rimligtvis öka i betydelse för tolkning av barns rättigheter även inom EU.

I art 6.3 FEU fastslås att en av EU:s grundläggande princip är respekten för de mänskliga rättigheterna så som de stadgas i Europakonventionen. Detta kan sägas vara ett uttryck för att EU, trots att organisationen inte är ansluten till Europakonventionen, ska respektera och möta den enskildes rättigheter så som de stadgas i konventionen.<sup>193</sup> Europakonventionen som trädde i kraft 1953 bygger till stor del på FN-deklarationen men har till skillnad från deklarationen en regional domstol i form av Europadomstolen<sup>194</sup> som skyddar de mänskliga rättigheterna i Europa. Det kontrollsystem som skapats gör Europakonventionen något mer betydelsefull i relation till andra förklaringar då individen har fått ett rättsligt verktyg att använda om rättigheterna kränks av staten.<sup>195</sup>

I förarbetena till inkorporeringen av Europakonventionen i svensk lag sade regeringen att konventionen intar en sådan särställning i förhållande till andra överenskommelser om

---

<sup>190</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 38

<sup>191</sup> Anges nedan så som Europakonventionen

<sup>192</sup> Schiratzki (2005), s. 22 f.

<sup>193</sup> Fisher (2015), s. 41

<sup>194</sup> Europadomstolens uppgift definieras i art 19 Europakonventionen.

<sup>195</sup> Red. Lundberg (Elisabet Fura) (2010), s. 193

mänskliga rättigheter att den därför borde bemötas annorlunda.<sup>196</sup> Genom att införa Europakonventionen som lag betonades och klargjordes konventionens betydelse och dess status för svensk rätt. Det sagda innebär också att svenska domstolar och andra rättstillämpande organ direkt måste tillämpa konventionen.<sup>197</sup> Däremot är det endast i en mindre omfattning som de sociala rättigheterna behandlas. Rätten till utbildning kan sägas vara en av de sociala rättigheter som omfattas av Europakonventionen och den återfinns i det första tilläggsprotokollet i art 2 till konventionen<sup>198</sup>. Med tanke på att sociala rättigheter endast i en begränsad omfattning stadgas i Europakonventionen kan rätten till utbildning som social rättighet därför betraktas som en oerhört viktig rättighet då den givits utrymme. Rättigheten handlar primärt om att inte stänga ute någon från utbildning på en grundläggande nivå, utöver det så är rättigheten inte särskilt långtgående och det sagda innebär ingen faktisk rätt till undervisning.<sup>199</sup> Vid införandet av rätten till utbildning fanns det inga delade meningar om rätten för barn att få tillgång till utbildning. Mycket beror antagligen på att de flesta länder som då hade undertecknat konventionen redan hade fungerande skolsystem som uppfyllde kravet för rättigheten. I artikeln finns emellertid inte ordet barn med vilket var något som inte aktualiserades vid dess tillkomst varför artikeln inte ger någon tydlig bild eller vägledning om vem det är som har rätt till utbildning i Europakonventionen. Den svenska versionen har översatts till att ”ingen får förvägras rätten till undervisning”. När Europakonventionen blev svensk lag inkorporerade man artikelns första mening i regeringsformen (1974:152) 2 kap. 18 § där grundlagen uttrycker att ”*alla barn* som omfattas av den allmänna skolplikten har rätt till...”.<sup>200</sup> Utifrån detta är det rimligt att dra slutsatsen att den svenska lagstiftningen i relation till Europakonventionen ger uttryck för att rätten till utbildning är en rätt för barn även om barn inte nämns som målgrupp i konventionen.

Europakonventionen stadgar att avtalsslutande parter har ett ansvar för att alla inom deras jurisdiktion tillförsäkras de fri och rättigheter som räknas upp i konventionens första avdelning.<sup>201</sup> Det innebär således att medlemsstaterna har ett ansvar även för de personer som befinner sig inom statens jurisdiktion, oavsett om de är medborgare eller om deras hemland är förpliktigade till konventionen.<sup>202</sup> Sett till Europakonventionens omfång i art 1, som stadgar att konventionen ska omfatta alla som befinner sig inom Sveriges jurisdiktion, går Europakonventionen längre än att bara vara en konvention för europeiska och nationella medborgare. Något som även bekräftas i fallet *Hirsi Jamaa m.fl. mot Italien* där Europadomstolen angav att Italien inte respekterat art 1 Europakonventionen när italienska militära fartyg skickat tillbaka personer från Libyen, trots att händelsen inte utspelade sig på italienskt territorium utan på öppet hav. Det faktum att personerna riskerade omänsklig behandling om de skickades tillbaka stred mot Europakonventionen och Italien ansågs ansvarig

---

<sup>196</sup> Prop. 1993/94:117 s. 34

<sup>197</sup> Se lagkommentar: Regeringsformen 2 kap. 19 §, författare: Henrik Jermsten, Karnov. Jmf. Regeringsformen 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 §.

<sup>198</sup> Det första tilläggsprotokollet kom redan 1952, vilket Sverige har ratificerat. Jmf. Prop. 1993/94:117 s. 11

<sup>199</sup> Nilsson och Lundberg (2010), s. 154

<sup>200</sup> Red. Englund (Ninni Wahlström) (2011), s. 47 ff.

<sup>201</sup> Art 1 Europakonventionen

<sup>202</sup> Lagkommentar art 1 Europakonventionen, författare: Carl-Henrik Ehrenkrona, Karnov.

för åtgärder som den italienska militären vidtagit.<sup>203</sup> Fallet ger uttryck för att en stats jurisdiktion och Europakonventionens tillämplighet är omfattande.

Europadomstolen har i målet *Velyo Velev mot Bulgarien* uttalat att trots att utbildning varken är lätt att organisera eller billig att driva måste staten göra en avvägning mellan de som har ett behov av utbildning inom statens jurisdiktion och landets eventuella begränsade kapacitet. Något som Europadomstolen framställde var att utbildning till skillnad från andra offentliga tjänster är en rättighet som står under direkt skydd i Europakonventionen och en rättighet som inte endast är till för den enskilde utan en rättighet som också gynnar samhället.<sup>204</sup> Eftersom det i praxis från Europadomstolen framkommer att utbildning är en rättighet av stor betydelse borde rätteligen alla barn som befinner sig i Sverige ha rätt till utbildning enligt Europakonventionen. Då konventionen ger uttryck för att staterna har ett ansvar för alla personer som befinner sig inom statens jurisdiktion och Europadomstolen utökar jurisdiktionen och konventionens tillämplighet torde inte medborgarskapet spela någon roll, något som emellertid inte bekräftas i regeringsformen 2 kap. 18 § eftersom alla barn inte omfattas av den svenska skolplikten.

### 5.3 Den europeiska sociala stadgan<sup>205</sup>

Både Europakonventionen och den sociala stadgan är direkt bindande för EU:s medlemsstater eftersom de har ratificerat överenskommelserna.<sup>206</sup> Europakonventionen har enligt den traditionella normhierarkin primärt företräde framför den sociala stadgan och även om många länder är bundna av den sociala stadgan har den till skillnad från Europakonventionen länge betraktats som den ”okända”.<sup>207</sup>

Den sociala stadgan, som utarbetats inom Europarådet, är en internationell överenskommelse vars syfte är att säkerställa de sociala rättigheterna, öka välfärden och höja levnadsstandarden.<sup>208</sup> Den reviderade stadgan tillkom 1996 men den ursprungliga stadgan trädde i kraft redan 1965. Genom Sveriges ratifikation av den omarbetade stadgan 1998 så gäller alltså den reviderade versionen.<sup>209</sup> Regeringen uttrycker betydelsen av att stärka de ekonomiska och sociala rättigheterna för att gagna den sociala utvecklingen i Europa varför det internationella arbetet bör ges hög prioritet. Man uttrycker sig också positivt till att stadgan fått mer uppmärksamhet.<sup>210</sup> Generellt så betraktas den sociala stadgan som ett komplement till Europakonventionen som konventionsstaterna ska arbeta för att realisera. Däremot så behöver inte en stat ansvara för att garantera alla rättigheter som stadgan tar upp. I jämförelse med ICESCR så får den sociala stadgan anses mer långtgående, trots att det inte är ett krav att en

---

<sup>203</sup> Mål 27765/09

<sup>204</sup> Mål 16032/07, p. 33.

<sup>205</sup> Anges nedan så som den sociala stadgan

<sup>206</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 24

<sup>207</sup> Mikkola (2010), s. 3

<sup>208</sup> Prop. 1997/98:82 s. 4

<sup>209</sup> Ibid. s. 7

<sup>210</sup> Ibid. s. 16

stat ansluter sig till stadgan. Förpliktelserna i stadgan är mer omfattande än de förpliktelser som finns i ICESCR.<sup>211</sup> Den sociala stadgan ses som det mest omfattande rättsliga instrumentet i Europa där det materiella tillämpningsområdet och de sociala rättigheterna definieras. Den täcker skyddet av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna generellt vilket innebär att särskilt utsatta grupper inte ges något speciellt skydd i stadgan.<sup>212</sup> Däremot ger stadgan uttryck för den lägsta nivån som de europeiska länderna inte får gå utanför<sup>213</sup>. Individer som är svårt socialt utsatta måste kunna nyttja välfärden i lika stor utsträckning som andra.<sup>214</sup> Även om Europakonventionen har företrädare framför stadgan är en tänkbar tolkning att den sociala stadgans lägsta nivå också gäller i förhållande till Europakonventionen.

Den sociala stadgan ger uttryck för en form av icke-diskriminering som ska innebära lika möjligheter och att positiva åtgärder bör riktas till utsatta människor för att de ska kunna inkluderas i samhället. En av de bestämmelser som berör denna form av icke-diskriminering är rätten till utbildning i den sociala stadgans art. 10 och 17.<sup>215</sup> Samtidigt är diskrimineringsförbudet begränsat. Diskrimineringsförbudet i art E gäller endast för utlänningar om de är medborgare i ett av de avtalsslutande länderna och antingen är lagligen bosatta eller regelbundet arbetar i det mottagande landet.<sup>216</sup> Då diskrimineringsförbudet i första hand bygger på medborgarskap är det enligt Diskrimineringsombudsmannen (DO) tillåtet med viss diskriminering i enlighet med stadgan. DO konstaterar emellertid att en sådan begränsning bör undvikas i framtiden inom Europarådet och att stadgan på denna punkt skiljer sig från Europakonventionen.<sup>217</sup> Det ovan anförda visar således att den sociala stadgan har en mer begränsad personkrets än Europakonventionen. Man kan utifrån Europakonventionens företrädare därför låta konventionens öppna syn på medlemsstaternas jurisdiktion och ansvar gå före den sociala stadgans begränsade syn vid tillämpning av stadgan.

Rätten till utbildning, som den stadgas i art 17 i den sociala stadgan, ger uttryck för en lägsta nivå och de åtgärder som krävs för uppfyllandet av rättigheten går knappast bortom vad de europeiska staterna redan är i stånd till att göra.<sup>218</sup> Inledningsvis uttrycks artikelns syfte som är att barn ska säkerställas en miljö som möjliggör deras fulla utveckling. Vidare anges barnets rätt till en kostnadsfri och grundläggande utbildning. De barn som lever i en fattig familj eller i en utsatt miljö får genom utbildningen en chans att bilda sig en bra grund att stå på i livet. Därför är bestämmelsen inte bara viktig för alla barn, utan framförallt betydelsefull för de som inte har möjlighet att kunna utvecklas på andra sätt. Staten får genom att respektera rätten till utbildning ett ökat välstånd och stabilitet. Något som sägs ha bidragit till jämställdhet mellan de europeiska medborgarna är just tillgången till lika offentliga tjänster där skolan har spelat en viktig roll i den utvecklingen. Den europeiska kommittén för de sociala rättigheterna har uttalat att den grundläggande utbildningen måste vara tillgänglig för alla barn, utan diskriminering. Kommitténs tolkning och den rättspraxis som följer uttrycker att rättighetens minsta standard

---

<sup>211</sup> Danelius (1993), s. 61

<sup>212</sup> Mikkola (2010), s. 4 f.

<sup>213</sup> Jmf. Art H i den sociala stadgan

<sup>214</sup> Mikkola (2010), s. 75

<sup>215</sup> Ibid s. 11. Art 10 innebär ett stadgande om rätt till yrkesutbildning vilket inte kommer att beröras vidare.

<sup>216</sup> Jmf. tillägget till den sociala stadgan p. 1

<sup>217</sup> Prop. 1997/98:82 s. 39 f.

<sup>218</sup> Mikkola (2010), s. 64

måste garantera barn en lika rätt att få gå i skolan, oavsett deras hemvist, deras familjs ekonomiska situation eller bakgrund. De positiva åtgärder som bör vidtas är exempelvis att integrera invandrare i utbildningen.<sup>219</sup>

Art E:s tillämplighet har, som nämnts ovan, en begränsad personkrets som följer av tillägget till den sociala stadgan p.1 och alla människor träffas därför inte av art 17 i den sociala stadgan. En person måste uppfylla kraven i tilläggets p. 1, om laglig bosättning och regelmässigt arbete, för att garanteras rättigheterna som finns i den sociala stadgan. En definition av vem som är att anse som bosatt och vad som egentligen menas med arbete i p. 1 är inte klarlagt. Mikkola menar att stadgans definition av personkretsen emellertid inte kan gå före det förbud som finns mot omänsklig och orättvis behandling. Följaktligen måste den hierarki som finns inom området för mänskliga rättigheter beaktas vid tolkningen av den sociala stadgan.<sup>220</sup> Vägledande för att personkretsen bör ses mer öppen är det beslut som den europeiska kommittén för de sociala rättigheterna tog då de i fallet *FIDH mot Frankrike*<sup>221</sup> undersökte ett kollektivt klagomål som handlade om en illegal familjs rätt till sjukvård. Den franska lagstiftningen uppställde vissa bosättningskrav för att kunna erhålla sjukvård. Kommittén uttalade att barn som följer med sina föräldrar, men utan erforderade tillstånd, inte kan anklagas för eller bli sedda som en irreguljär migrant varför de bör ges tillgång till sjukvård.<sup>222</sup> Kommittén pekar på att fallet är betydelsefullt då det erkänner barnets sårbarhet i förhållande till sina rättigheter. Målet visar också upp den koppling som finns mellan den sociala stadgan och Barnkonventionen och kommittén understryker att den sociala stadgan måste tolkas som ett levande instrument.<sup>223</sup> Fallet tycks öppna upp för en mer extensiv tolkning av den sociala stadgan vad gäller barnets rätt till likabehandling i förhållande till art E och tillägget till den sociala stadgan p. 1. Även det faktum att p. 1 inte utesluter att en part tolkar artiklarna till fördel för andra personer pekar mot att om staten vill, så finns möjlighet att omfatta även EU-medborgare som inte är lagligt bosatta eller arbetar regelmässigt i mottagarlandet.

---

<sup>219</sup> Mikkola (2010), s. 489 ff.

<sup>220</sup> Ibid. s. 72 f.

<sup>221</sup> Mål 14/2003, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) mot Frankrike*

<sup>222</sup> Mikkola (2010), s. 73 f.

<sup>223</sup> Mål 14/2003 *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) mot Frankrike*. Jmf. sammanfattning: <https://www.escri-net.org/docs/i/400976>

## 6. Från mänskliga rättigheter till medborgarliga rättigheter

Idén om ett medborgarskap med rättigheter och skyldigheter i relation till staten uppstod redan på 600-talet f.Kr. i de grekiska staterna.<sup>224</sup> Efter en längre tids vistelse och genom sitt bidragande till en stat kunde en utlänning bli medborgare.<sup>225</sup> Grunden för individens medborgarskap var enligt Aristoteles själva utövandet av medborgarens skyldigheter men även statens ansvar gentemot medborgaren vilket ligger till grund för den växelverkan som än idag finns mellan individ och stat.<sup>226</sup> Rättigheter och skyldigheter begränsas och bestäms till viss del genom medborgarskapet vilket leder till att medborgarskapet ger uttryck för den status en individ har i en stat.<sup>227</sup> Historiskt var utgångspunkten för medborgarskapet en homogen grupp människor som delade samma kultur och etnicitet, men nutida former av migration har lett till att utgångspunkten för medborgarskapet har förändrats. Dagens samhällen har genom globalisering och europeisering blivit alltmer heterogena vilket utmanar välfärdsstater och deras föreställning om hur en gemenskap kommer till uttryck.<sup>228</sup>

Även om art 2 Barnkonventionen uttalar att varje konventionsstat ska respektera och garantera rättigheter för alla barn som befinner sig inom statens jurisdiktion ser verkligheten annorlunda ut. Det skydd som ett barn faktiskt har rätt till är beroende dennes anknytningsmoment, d.v.s. barnets medborgarskap, hemvist eller vistelse.<sup>229</sup> Medborgarskapet är ett av de anknytningsmoment som är mest formaliserat men samtidigt det som avtar i takt med den ökade rörligheten. Det finns idag ett större behov av att kunna få ta del av rättigheter i en stat man inte är medborgare i. Att hemvist som anknytningsmoment fyller en alltmer viktigare funktion har till stor del att göra med EU och den fria rörligheten.<sup>230</sup>

Den ökade globaliseringen av kapital och handel men också utvecklingen av de mänskliga rättigheterna påverkar dagens välfärdsstater och utmanar dem. I takt med att de mänskliga rättigheterna erkänns som universella ifrågasätts också det nationella medborgarskapet och den gräns som medborgarskapet sätter upp mellan stat och individ.<sup>231</sup> Det finns en skillnad mellan de mänskliga rättigheterna och de medborgarliga rättigheterna i den meningen att de universella rättigheterna är inkluderande medan de medborgarliga är exkluderande. Benhabib menar att denna skillnad medför att rättigheter vi har som människor inte är detsamma som de rättigheter vi har i egenskap av medborgare. Emellertid står de olika rättigheterna i nära relation till varandra. Utan de universella rättigheterna skapas inte legitimitet för de medborgarliga och utan status som medborgare nås inte de begränsade nationella rättigheterna. Rättigheter som erkänns medborgare är av mer tvingande karaktär än de universella mänskliga rättigheterna. En förklaring till varför många idag står utan rättigheter trots den universella utvecklingen som skett av de mänskliga rättigheterna är att flera av dem, i synnerhet sociala rättigheter, endast är

---

<sup>224</sup> Red. Fazlhashemi och Fruitman (Michel Wlodarczyk) (1997), s. 14

<sup>225</sup> Ibid. s. 16

<sup>226</sup> Ibid. s. 18 f.

<sup>227</sup> Johansson (2008), s. 44

<sup>228</sup> Ibid. s. 36 f.

<sup>229</sup> Schiratzki (2005), s. 97

<sup>230</sup> Ibid. s. 104. Def. hemvist kan ses som en kvalificerad laglig vistelse som är tänkt att vara stadigvarande.

<sup>231</sup> Johansson (2008), s. 32 ff.

uttryckta som mänskliga och därför intar en svagare ställning. Resultatet blir att de universella rättigheterna kan ses som en yttre rätt men som inte kan garanteras om du inte befinner dig inom en stat. Flyktingen är ett exempel på en så kallad ”icke-medborgare” som på grund av sin status står utan både sina medborgerliga rättigheter men också delar av de universella rättigheterna.<sup>232</sup> Även Lundberg drar parallellen till flyktingbarn som ”icke-medborgare”. Samhällets inställning till dessa ”icke-medborgare” kan ses som en mätare för att visa graden av samhällets solidaritet och medmänsklighet.<sup>233</sup>

## 6.1 Ett socialt medborgarskap

Ett socialt medborgarskap är ett medborgarskap genom välfärdsstaten som uppvisar den status och de rättigheter som en medborgare har rätt till. Denna form av medborgarskap har varit omdiskuterad i såväl välfärdsstatlig som socialpolitisk forskning där fokus har varit att undersöka vilka som bör inkluderas och vilka rättigheter respektive skyldigheter en medborgare har inom ramen för det sociala medborgarskapet.<sup>234</sup> I takt med utvecklingen av välfärdsstaten formades det sociala medborgarskapet. Till skillnad från den utvecklingen som skedde under 1900-talet rådde helt andra förhållanden på 1800-talet. Dåtidens syn på fattiga var direkt stigmatiserande och samhällets skyldigheter gentemot denna grupp av människor var av en annan karaktär. Då strävade staten mot att särskilja stödet till de fattiga från de rättighetsideal som existerade. Stöd till de fattiga kunde endast ges om de samtidigt frånsade sig sina politiska och civila rättigheter. Resultatet av ett erhålla stöd från samhället var att personen inte längre ansågs samhörig med övriga medborgare.<sup>235</sup> Det sociala medborgarskapet kan visa hur en viss fördelning skapar normer som ger uttryck för vad som anses normalt i förhållandet mellan stat och individ, vilket hör ihop med social inkludering. De krav som normen uppställer för att erhålla ett socialt medborgarskap kan vara vissa behov, grupper av personer eller ekonomiska villkor. Kraven för vad som är att anses som normalt sätter upp gränser inom välfärdsstaten och de eventuella sociala behov som faller utanför är inte att ses som ett legitimt åtagande för staten. De som i sin tur inte når upp till kraven kan sägas uteslutas från det sociala medborgarskapet helt eller delvis.<sup>236</sup>

Marshall intresserade sig i att studera medborgarskapets jämlikhetsideal och om det moderna medborgarskapet innebar att medborgaren tillförsäkrades rättigheter oberoende sin prestation på marknaden. Framväxten av välfärdsstaten, enligt Marshall tes, hade medfört en utveckling från medborgarens skyldigheter till dennes rättigheter men Marshall ville undersöka om denna utveckling var definitiv. För att förstå medborgarskapet undersökte Marshall relationen kring gentlemannaskap och innebörden av att vara medborgare. Att vara en gentleman innebär en plikttrogenhet, att utbilda sig och ta sitt samhällsansvar men gentlemannaskapet kritiserades av

---

<sup>232</sup> Red. Englund (Ninni Wahlström och Ann Quennerstedt) (2011), s. 130 f.

<sup>233</sup> Lundberg (2010), s. 130

<sup>234</sup> Johansson (2008), s. 43 f.

<sup>235</sup> Ibid. s. 51 f.

<sup>236</sup> Gunnarsson och Svensson (2009), s. 220

Marshall som menade att människor inte bara har plikter utan även rättigheter.<sup>237</sup> Med medborgarskapet kommer också en viss social status som alla människor har rätt till, vilket innebär att sociala rättigheter inkorporeras i medborgarskapet. Marshall menade att dessa sociala rättigheter garanterar en viss social status och att det sociala medborgarskapet täcker in både ekonomisk välfärd och trygghet. Staten ska garantera en minimum tillförsel av visst stöd och service, exempelvis nämns utbildning. De skyldigheter som inkluderas i medborgarskapet behöver enligt Marshall inte vara lagstadgade utan de kan vara relaterade till samhällets normer och moral. En skyldighet som låg till grund för statusen som social medborgare var arbetet. Det är genom arbetet som en person kan bidra till välfärdssamhället. Det sociala medborgarskapet är beroende av välfärdsstatens expansion, samtidigt uttryckte Marshall att denna expansion också kan medföra risker då relationen mellan medborgarna och samhället kan komma att bli allt mer avlägsen. Enligt Marshall så innebär välfärdsstatens framväxt att alla får inneha en viss status oberoende dennes förmåga. Välfärdsstatens huvudsakliga uppgift är att erbjuda ett grundläggande skydd mot sociala risker och genom det sociala medborgarskapet minskar osäkerheten för medborgarna. Eftersom alla kan garanteras ett grundläggande skydd och medborgarna dela en gemensam status var Marshall inte främmande för eventuella sociala och ekonomiska skillnader mellan medborgarna utöver denna gemensamma status.<sup>238</sup>

## 6.2 Unionsmedborgarskap

Utöver det nationella medborgarskapet infördes via Maastrichtfördraget 1992 ett unionsmedborgarskap som en direkt följd av en stats medlemskap i EU. Ett av de bakomliggande syftena med unionsmedborgarskapet var att föra EU som organisation närmre människorna och markera medborgarnas ställning inom unionen.<sup>239</sup> En av de grundläggande målsättningarna stadgas i art 3 FEU där vikten av solidaritet och jämställdhet framkommer. I samma artikel uttrycks även målet att främja välfärden och den sociala rättvisan samt bekämpa social utestängning. De länder som har en grundidé om att nationellt medborgarskap är en förutsättning för att kunna ta del av det nationella systemet och den trygghet som finns i landet utmanas av unionsmedborgarens rätt, att i viss utsträckning ta del av ett lands välfärd, trots att den inte är medborgare i landet.<sup>240</sup> Unionsmedborgarskapet och dess betydelse bidrar till att sociala rättigheter sätts i fokus, något som EU tidigare haft en begränsad befogenhet över.<sup>241</sup>

Europeisering, en annan aspekt av globaliseringen, tar sikte på den utveckling som skett inom EU och som enligt forskare begränsar staters handlingsutrymme. Europeiseringen i form av ett unionsmedborgarskap utmanar föreställningen om vad som är ett socialt medborgarskap och vad som ska ingå i ett sådant medborgarskap även om det inte ersätter det nationella.<sup>242</sup> Det är inte utan svårigheter medlemsstaternas nationella välfärd kan förenas med EU-rätten. Ofta är

---

<sup>237</sup> Johansson (2008), s. 43 ff.

<sup>238</sup> Ibid. s. 53 ff.

<sup>239</sup> Nilsson och Lundberg (2010), s. 75

<sup>240</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 27

<sup>241</sup> Ibid. s. 23 f.

<sup>242</sup> Johansson (2008), s. 35 f.



välfärdssystemens sociala trygghet begränsat till de som är medborgare i landet eller till de personer som har bidragit till systemen genom exempelvis skatt. Begränsningar som de enskilda staterna ställer upp hamnar i konflikt med målsättningarna inom EU.<sup>243</sup>

### 6.2.1 Den fria rörligheten för icke-ekonomiskt aktiva

I art 3 FEU anger unionen ett av sina mål om att främja fred och folkets välfärd. Vidare stadgas att unionen ska erbjuda sina medborgare ett område med frihet utan inre gränser och där den fria rörligheten för personer ska garanteras. Till skillnad från den fria rörligheten för varor och kapital inom unionen påverkar den fria rörligheten för personer medlemsstaterna på ett annat sätt. Även om både varor och kapital påverkar välfärden indirekt är det den fria rörligheten för personer som direkt utmanar staternas syn på välfärd och solidaritetens räckvidd för vem och hur. Sedan uppkomsten av unionsmedborgarskapet har den fria rörligheten kommit att stadgas i rörlighetsdirektivet men även till viss del i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen<sup>244</sup>. Båda dessa texter har till syfte att underlätta den fria rörligheten för personer inom unionen men utifrån två olika perspektiv. Rörlighetsdirektivet utgår ifrån unionsmedborgarskapet som sådant medan förordning 883/2004 till stor del behandlar rörligheten utifrån att unionsmedborgaren är yrkesverksam.<sup>245</sup>

År 2004 antog EU rörlighetsdirektivet som innehåller bestämmelser om rätten till inresa och vistelse i andra medlemsstater, vilket gäller för samtliga EU-medborgare.<sup>246</sup> Rörlighetsdirektivet införlivades i svensk rätt huvudsakligen genom bestämmelser i utlänningslagen (2005:716).<sup>247</sup> Av rörlighetsdirektivets art 6 framgår att en unionsmedborgare har rätt att uppehålla sig i ett annat medlemsland i tre månader utan några andra villkor utöver en giltig identitetshandling. Emellertid uppställer direktivet ytterligare villkor i art 14.1

[...] 1. Unionsmedborgare och deras familjemedlemmar skall ha uppehållsrätt enligt artikel 6 så länge de inte blir en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem. [...]

För att en unionsmedborgare ska ha uppehållsrätt och kunna stanna längre tid än dessa tre månader uppställs krav i rörlighetsdirektivets art 7 på bl.a. anställning, tillräckliga tillgångar eller studier. Slutsatsen av villkoren i art 7 innebär att unionsmedborgare, för att kunna stanna längre tid än tre månader, måste vara ekonomiskt aktiv i viss utsträckning. Som arbetstagare i ett annat medlemsland ställs arbetsmarknaden till förfogande på samma villkor som för de nationella medborgarna. Arbetstagarens familj omfattas likaledes av EU-rättens skydd, även om de inte är unionsmedborgare. Barn har rätt till utbildning, studiemedel och arbetstagare med

<sup>243</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 27

<sup>244</sup> Anges nedan så som förordning 883/2004

<sup>245</sup> Red. Bernitz m.fl. (Jaan Paju) (2015), s. 209. Eftersom förordning 883/2004 gynnar arbetstagares rörlighet och innehåller främst bestämmelser om socialförsäkring/socialt skydd så kommer den inte att behandlas vidare.

<sup>246</sup> Jmf. Art 3 rörlighetsdirektivet

<sup>247</sup> Jmf. 3a kap. 1, 3 och 5 §§ utlänningslagen

familj har rätt att få ta del av de sociala förmåner som finns i landet<sup>248</sup>. Tanken med den fria rörligheten är inte att ge någon rätt till så kallad ”social turism” där man kan resa inom Europa och ta för sig av olika välfärdssystem, rätten att vistas i ett annat medlemsland på övriga grunder ska ske med egna ekonomiska medel.<sup>249</sup> Vägledning för den grundläggande föreställningen om att den fria rörligheten primärt är till för unionsmedborgare som kan försörja sig själva kan även hittas i skälen till rörlighetsdirektivet.<sup>250</sup> I skälen anges att personer som utövar sin fria rörlighet inte får bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem och att det därför uppställs villkor för unionsmedborgares fortsatta uppehållsrätt. Inom ramen för min uppsats kommer jag inte på ett djupare plan undersöka arbetstagar- eller arbetssökande begreppet i förhållande till den grupp utsatta EU-medborgare som jag valt att undersöka. Min utgångspunkt är att de utsatta EU-medborgare som kommer till Sverige, varav en andel försörjer sig genom tiggeri, inte kan ses som arbetstagare eller har en reell möjlighet<sup>251</sup> att få arbete utan är att betraktas som icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgare<sup>252</sup>. Även Socialstyrelsen har uttalat att EU-medborgare saknar uppehållsrätt om de inte har realistiska möjligheter att få arbete och som måste tigga för att kunna försörja sig.<sup>253</sup>

I art 21.1 FEUF stadgas att varje unionsmedborgare, även de icke-ekonomiskt aktiva, har rätt att röra sig och uppehålla sig fritt i en annan medlemsstat om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördraget, något som EU-domstolen konstaterar i fallet *Baumbast*.<sup>254</sup> De begränsningar och villkor som faller under art 21.1 FEUF grundas på tanken om att unionsmedborgarnas rätt till bosättning får underordnas medlemsstaternas legitima intressen. EU-domstolen uttrycker i fallet *Baumbast* att en medlemsstat har rätt att kräva att en unionsmedborgare som vill bosätta sig landet omfattas av en heltäckande sjukförsäkring och har tillräckliga medel för att inte ligga landets sociala bidragssystem till last. Begränsningar som medlemsstaten sätter upp ska emellertid ske med beaktande av proportionalitetsprincipen vilket innebär att nationella åtgärder som vidtas måste vara nödvändiga för att uppnå de mål som åsyftas.<sup>255</sup> Således blir icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgare beroende av den rätt som ges i 21.1 FEUF efter det att tre månader har passerat.

Eftersom icke-ekonomiskt aktiva inte bidrar till ett medlemslands ekonomi så kan man hävda att tillämpligheten av art 21.1 FEUF beror på hur väl integrerad gruppen av unionsmedborgare är och hur stort mått av solidaritet som samhället och den mottagande medlemsstaten mäter. Solidaritet i en välfärdsstat grundas i mångt och mycket på en gemensam identitet, där skattebetalare betalar skatt för sina medmänniskor just för att man har ett delat intresse som

---

<sup>248</sup> Jmf. C-310/08 *Hassan Ibrahim* och C-480/08 *Teixeira* där rätten till utbildning tillerkänns barn vars föräldrar vid något tillfälle har definierats som arbetstagare i den mottagande medlemsstaten enligt art 10 i förordning 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen.

<sup>249</sup> Nilsson och Lundberg (2010), s. 76 ff.

<sup>250</sup> Jmf. p. 10 och p. 16 rörlighetsdirektivet

<sup>251</sup> Jmf. C-292/89 *Antonissen*. Arbetssökande har rätt att uppehålla sig en längre period än 6 månader om de fortsätter söka arbete och har en reell möjlighet att bli anställd.

<sup>252</sup> Jmf. C-413/01, *Ninnie-Orasche*. Tre kriterier uppställs för att betraktas som arbetstagare; arbete utförs åt annan, personen är under dennes ledning och arbetet sker mot ersättning. Se även C-456/02 *Trojani*. Ersättningens storlek spelar ingen någon roll men arbetet ska vara av sådan art som normalt får anses höra till arbetsmarknaden.

<sup>253</sup> Socialstyrelsens rapport, *Rätten till socialt bistånd för medborgare inom EU/EES-området*, s. 8

<sup>254</sup> Barnard (2013), s. 233. Jmf. C-413/99 *Baumbast*.

<sup>255</sup> C-413/99 *Baumbast*, p. 87, 90-91.

nationella medborgare. I fallet *Grzelczyk*<sup>256</sup> anger EU-domstolen att unionsmedborgarskapet är tillämnat att vara en grundläggande rättslig ställning för medborgare i unionen. Liksom nationell samhörighet skapar nationell solidaritet innebär en gemensam rättslig ställning en känsla av gränsöverskridande solidaritet mellan medborgarna i medlemsstaterna och således också mellan de nationella skattebetalare och de icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgarna som nyttjar den fria rörligheten. Denna solidaritet får till följd att unionsmedborgare som vistas i en medlemsstat bör behandlas på samma sätt som de nationella medborgarna, även om solidariteten i viss utsträckning är begränsad. EU-domstolen uttrycker att det handlar om en nivå av ekonomisk solidaritet som görs beroende av hur väl integrerad unionsmedborgaren är, vistelsens längd sägs vara vägledande.<sup>257</sup> Den fria rörligheten har varit och är fortfarande i stor utsträckning till för arbetstagaren, men på grund av unionsmedborgarskapets utveckling har EU börjat röra sig mot ett unionsmedborgarskap så som det formuleras i fallet *Grzelczyk*. Att unionsmedborgarskapet innebär en grundläggande ställning medför också ett steg ifrån de ekonomiska aspekterna som grund för den fria rörligheten. Det krav som uppställs i rörlighetsdirektivet, på att en icke-ekonomiskt aktiv unionsmedborgare inte får ligga mottagarlandets sociala biståndssystem till last, innebär inte att denna grupp hindras från att ges välfärdsförmåner genom en medlemsstats nationella lagstiftning.<sup>258</sup>

I fallet *Dano*<sup>259</sup> fick EU-domstolen en chans att avgöra frågan om hur tillgången av socialt bistånd ser ut för unionsmedborgare som helt saknar inkomst. I avgörandet öppnades det upp för en chans att tolka EU-stadgan och referera till tidigare praxis som uttryckt unionsmedborgarens ställning. Då fallet i högsta grad handlade om utsatta människor borde rättigheterna i EU-stadgan aktualiserats men EU-domstolen kom istället att fokusera på unionsmedborgarskapet utifrån graden av ekonomisk aktivitet och betydelsen av att lagligen vistas i den mottagande medlemsstaten. Vidare uttalar EU-domstolen att om personer som saknar uppehållsrätt enligt rörlighetsdirektivet skulle ha rätt till sociala förmåner i samma utsträckning som nationella medborgare skulle det strida mot direktivets syfte<sup>260</sup>. Avgörandet ger incitament till medlemsstaterna om att det sociala ansvaret för icke-ekonomiska unionsmedborgare inte är särskilt omfattande.<sup>261</sup> Även om omfattningen och syftet till uppsatsen inte ger utrymme för att beröra sociala förmåner i form av socialt bistånd så kan den utveckling och den rättspraxis som redogjorts för ovan vara vägledande för att kunna möta mitt syfte och besvara frågeställningen angående rätten till utbildning.

### 6.2.2 Likabehandling för unionsmedborgare

En princip som är sammankopplad med rätten till fri rörlighet och realiserandet av den inre marknaden är likabehandlingsprincipen.<sup>262</sup> I förhållande till rörlighetsdirektivets art 6,7, och 14

---

<sup>256</sup> C-184/99 *Grzelczyk*

<sup>257</sup> Barnard (2013), s. 467

<sup>258</sup> Red. Bernitz m.fl. (Jaan Paju) (2015), s. 209 f.

<sup>259</sup> C-333/13 *Dano*

<sup>260</sup> C-333/13 *Dano* p.74, jmf. skälet till rörlighetsdirektivet p. 10

<sup>261</sup> Red. Bernitz m.fl. (Anna-Sara Lind) (2015), s. 47

<sup>262</sup> Jmf. Art 3.3 FEU

innebär likabehandlingsprincipen i art 24 rörlighetsdirektivet att alla unionsmedborgare som uppfyller kraven för uppehållsrätt ska behandlas lika i förhållande till den mottagande statens egna medborgare inom de områden som omfattas fördraget. Principen om likabehandling i direktivets art 24.1 gäller inte endast vid förlängd uppehållsrätt utan även under de tre första månaderna med begränsning som följer av art 24.2. Rätten till likabehandling efter tre månader måste sättas i relation till de villkor som är förenade med unionsmedborgares förlängda uppehållsrätt. Uppfylls inte kraven för uppehållsrätt efter tre månader faller inte personen under den likabehandling som stadgas i art 24 i rörlighetsdirektivet.<sup>263</sup>

I fallet *Dano* kom EU-domstolen att titta på unionsmedborgarskapet och den fria rörligheten i förhållande till likabehandlingsprincipen. I avgörandet uttrycks alla unionsmedborgares rätt att omfattas av den icke-diskriminering som stadgas i art 18 FEUF och som är tillämplig i alla situationer som omfattas av unionens tillämpningsområde.<sup>264</sup>

Inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.[...]

Rörlighetsdirektivets icke-diskrimineringsprincip i art 24 snävar således in den generella icke-diskrimineringsprincipen i art 18 FEUF och gör det med hänsyn till den fria rörligheten.<sup>265</sup> Av art 24.1 rörlighetsdirektivet framgår att unionsmedborgare som uppfyller villkoren i rörlighetsdirektivet och vistas i ett annat medlemsland har rätt att behandlas på samma sätt som de nationella medborgarna.<sup>266</sup> I jämförelse med avgörandet *Hassan Ibrahim*<sup>267</sup>, där EU-domstolen uttrycker att utbildning omfattas av unionsrättens område, torde inte en alltför orimlig slutsats vara att icke-diskriminering i art 18 FEUF bör kunna tillämpas angående barns rätt till utbildning när föräldrar ses som icke-ekonomiskt aktiva, saknar uppehållsrätt och således inte omfattas av art 24 rörlighetsdirektivet.<sup>268</sup> Till synes så är den fria rörligheten viktig för unionen och för medborgarnas välfärd, men i samma utsträckning som dess betydelse stadgas likaså tycks unionen villkora den till en unionsmedborgare som är ekonomiskt aktiv. Medlemsstaterna har förbundit sig till att arbeta för fred och för ett Europa som inte upprepar historiens snedsteg. Art 3.3 FEU uttrycker vikten av en inre marknad som verkar för en hållbar utveckling och strävan om sociala framsteg i Europa. Utifrån detta åtagande är det orimligt att medlemsstaternas nationella lagstiftning och det sociala området fortsatt är opåverkade i förhållande till EU-rätten.

---

<sup>263</sup> Prop. 2012/13:120 s. 41

<sup>264</sup> C-333/13 *Dano* p. 59

<sup>265</sup> Ibid. p. 61

<sup>266</sup> Ibid. p. 68-69, jmf. villkoren i rörlighetsdirektivet framgår av art 6, 7 och 14.

<sup>267</sup> C-310/08 *Hassan Ibrahim*

<sup>268</sup> Jmf. C-310/08 *Hassan Ibrahim* p. 48 och C-333/13 *Dano* p. 59

## 7. Rätten till utbildning – den nationella lagstiftningen

Utbildning fyller en viktig samhällslik funktion idag. Till skillnad från förr kräver arbetsmarknaden numera höga krav på kunskaper för att kunna tillgodogöra sig ett arbete. Utifrån ett barns perspektiv innebär utbildning att barnet får en möjlighet att utvecklas, skapa sig ett tillfredsställande liv och kan bidra till samhället. Skolan bereder ett barn inför livet.<sup>269</sup> För att kunna genomföra och skydda de mänskliga rättigheterna finns ett ansvar, som främst ligger på den svenska regeringen, att nå upp till de åtaganden som finns i internationella överenskommelser. Men det är inte endast regeringen som har ett ansvar, alla som arbetar inom det offentliga ska respektera och efterleva rättigheterna. Det gäller även enskilda tjänstemän som inom sitt handlingsutrymme har en skyldighet att respektera och hörsamma rättigheterna vid handläggning av ärenden.<sup>270</sup> Av 1 kap. 4 § skollagen framgår syftet med utbildningen vilket bl.a. är att lära ut de grundläggande värderingar som finns i samhället och respekten för de mänskliga rättigheterna, något som är betydelsefullt inte minst för den enskilde individen men också för hela samhället. För att specificera bestämmelsen hänvisar man i förarbetet till de internationella konventioner som Sverige har ett ansvar gentemot och både art 29 Barnkonventionen och art 13 ICESCR omnämns specifikt.<sup>271</sup>

### 7.1 Skolplikt och krav på folkbokföring

I regeringsformen 1 kap. 2 § stadgas den grundläggande målsättningen gällande det allmännas ansvar att trygga enskildas rätt till utbildning. Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Särskilt ska det allmänna trygga rätten till utbildning, verka för att alla människor ska uppnå delaktighet, jämställdhet och barns rätt ska tas till vara. Vidare föreskrivs i regeringsformen 2 kap. 18 § att alla barn som omfattas av den allmänna skolplikten har rätt till kostnadsfri grundläggande utbildning i allmän skola. I förarbetet redovisas kopplingen till rätten till utbildning som den uttrycks i FN-deklarationen och i Barnkonventionen. Regeringen uttalar att för den enskildes välfärd och för det demokratiska samhället är utbildning av grundläggande betydelse. Regeringen anser därför att rätten till utbildning bör vara grundlagsskyddad. Genom bestämmelsen i regeringsformen 2 kap. 18 § råder det enligt regeringen ingen tvekan om vilka personer som omfattas av rättigheten, vilket gör den juridiska bedömningen enklare.<sup>272</sup>

Den grundlagsskyddade rättigheten i regeringsformen 2 kap. 18 § innebär att barn som omfattas av den allmänna skolplikten har rätt till utbildning. Rättigheten är sammankopplad till skollagen och bestämmelserna om vilka som omfattas av den allmänna skolplikten. I 7 kap. 2 § st. 1 skollagen stadgas att barn som är bosatta i Sverige har skolplikt. Med bosatt i Sverige

---

<sup>269</sup> SOU 1997:116 del 4 s. 8 f.

<sup>270</sup> Lundberg (2010), s.35 f. Jmf. regeringsformen 1 kap. 1 § st. 3 som stadgar att den offentliga makten ska utövas under lagarna.

<sup>271</sup> Prop. 2009/10:165 s. 634

<sup>272</sup> Prop. 1993/94:117 s. 26 f.

avses enligt 29 kap. 2 § st. 1 skollagen den som är folkbokförd enligt folkbokföringslagen (1991:481). Skolplikten gäller inte barn som avses i 29 kap. 2 § st. 2 skollagen, däremot har de samma rätt till utbildning som skolpliktiga barn vilket även kan utläsas i 7 kap. 2 § st. 3 skollagen.

[...] Skolplikt gäller inte heller barn som avses i 29 kap. 2 § andra stycket. Dessa barn har dock samma rätt till utbildning som skolpliktiga barn.

De personer som avses i 29 kap. 2 § st. 2 ska således vid tillämpningen av skollagen anses som bosatta i Sverige, oavsett om de enligt folkbokföringslagen ska vara folkbokförda här eller inte.

Utifrån bestämmelserna i folkbokföringslagen är det rimligt att anta att barn som är utsatta EU-medborgare och som vistas i Sverige i mer än tre månader utan tillstånd inte ska och bör kunna folkbokföras här och därmed omfattas av den allmänna skolplikten. Folkbokföring ska ske när vistelsen är tänkt att vara i minst ett år, vilket innebär att även en persons avsikt att stanna räknas.<sup>273</sup> Däremot ger praxis vägledning om att personer som inte är medborgare i ett nordiskt land måste ha uppehållstillstånd om minst ett år för att kunna folkbokföras. En person som är folkbokförd utgör ett bevis på att personen får vara i landet. Om personer som behöver men inte har uppehållstillstånd eller uppehållsrätt i Sverige och har för avsikt att stanna under en lång tid ges möjlighet att folkbokföra sig kan det lätt uppstå missförstånd. Enligt förarbetet till folkbokföringslagen sägs det råda en allmän enighet om att en utlänning utan tillstånd att vistas i Sverige inte kan få ta del av de eventuella förmåner som folkbokföring ger.<sup>274</sup> En EU-medborgare måste ha fortsatt uppehållsrätt för att kunna vistas i Sverige i mer än tre månader och för att kunna göra likabehandlingsprincipen i rörlighetsdirektivet gällande. Eftersom de utsatta, icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgarna sällan uppfyller de villkor som krävs för fortsatt uppehållsrätt i Sverige når de inte heller upp till folkbokföringens krav, att du ska ha rätt att vistas i landet för att folkbokföras.<sup>275</sup> Så även om de utsatta EU-medborgarna har en ovillkorlig rätt att vistas i Sverige de tre första månaderna, med undantag för att inte bli en belastning för det nationella biståndssystemet, blir det motsägelsefullt att folkbokföra de aktuella personerna då de efter tre månader inte är lagligt bosatta i Sverige. Visserligen skulle man kunna argumentera för en möjlighet att de utsatta och icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgarna ska omfattas av förmåner till följd av folkbokföringen under de tre första månaderna, men regeringens uttalande om att personer som tillfälligt vistas i Sverige inte sannolikt har behov av att få utbildning tillgodosedd i landet talar emot ett sådant argument<sup>276</sup>.

## 7.2 Skollagen och skolförordningen

Frågan blir om barn som är föremål för undersökningen kan falla under någon av punkterna som anges i 29 kap. 2 § st. 2 i skollagen och därmed ha rätt till utbildning oberoende av folkbokföring. Enligt 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen stadgas barns rätt till utbildning på grund

---

<sup>273</sup> Jmf. 3 § folkbokföringslagen, prop. 1990/91:153 s.133 f.

<sup>274</sup> Jmf 4 § folkbokföringslagen, prop. 1990/91:153 s. 92

<sup>275</sup> Prop. 2012/13: 120 s. 39 ff. Jmf. art 6 och 7 rörlighetsdirektivet.

<sup>276</sup> Prop. 2012/13:58 s. 14

av EU-rättens regler om fri rörlighet. Barn till unionsmedborgare som är eller har varit arbetstagare i Sverige har rätt till utbildning på samma villkor som nationella medborgare om barnet bor här, detta i relation till art 10 i förordning 492/2011.<sup>277</sup> Det är denna aspekt som berörs i fallet *Hassan Ibrahim*<sup>278</sup> där EU-domstolen uttrycker att barn som har bott med en eller båda föräldrarna i en medlemsstat när åtminstone en av dem var bosatt där som arbetstagare har rätt till utbildning i den mottagande staten. Av beslutet från ÖKN framgår att gruppen som redogörs för i uppsatsen inte enligt ÖKN:s bedömning omfattas av 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen med hänvisning till att ingen av barnets föräldrar har ansetts vara arbetstagare i Sverige utan försörjer sig genom tiggeri. En bedömning som till synes står i överensstämmelse med förarbeten och motiv till 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen.

I 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen stadgas en relativt ny bestämmelse som anger att barn som vistas i landet utan tillstånd har rätt till utbildning och således inte behöver nå upp till kravet på folkbokföring för att få rätt till utbildning. Bestämmelsen kom till främst på grund av den kritik som riktats mot Sverige från olika FN organ där man rekommenderat Sverige att säkerställa rätten till utbildning för alla barn. Bl.a. har FN:s barnkommitté framfört att barn som vistas i landet utan tillstånd bör ges rätt till utbildning<sup>279</sup>. Regeringen framför vikten av Barnkonventionen, betydelsen av att läsa den i sin helhet och utbildningens påverkan på barnets rätt till utveckling, både fysiskt, psykiskt och socialt oavsett var barnet sedan kommer att leva i framtiden.<sup>280</sup> Att barn vistas utan tillstånd i Sverige beror många gånger på föräldrarnas val och är ingenting som barnen själva kan styra över. Barnen lever ofta i stor utsatthet och behöver därför en rätt att få gå i skolan för att få det stöd som de behöver för att kunna utvecklas.<sup>281</sup> Bestämmelsen tycks i första hand vara skriven för barn som ska avvisas, utvisas eller haft ett tillfälligt uppehållstillstånd.<sup>282</sup> Men med beaktande av att regeringen uttrycker att det ”*I vissa fall* är det fråga om personer som har befunnit sig i landet med ett tidsbegränsat uppehållstillstånd [...] *I andra fall*...[...]” tyder det på att förarbetet inte är uttömmande vad gäller den krets av barn som vistas i landet utan tillstånd och som omfattas av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen.<sup>283</sup> Därför torde en inte alltför långtgående tolkning vara att bestämmelsen kan tillämpas analogt med de utsatta minderåriga EU-medborgarna. Barnen i fråga har ju haft uppehållsrätt i tre månader, men saknar fortsatt uppehållsrätt och tillstånd att vistas i Sverige efter dessa tre månader. De kan vidare argumenteras vara minst lika utsatta som exempelvis asylsökande barn som fått avslag på sin ansökan eller barn som haft tidsbegränsat uppehållstillstånd men som nu gått ut. Eftersom regeringen hävdar att ingen avgränsning av målgruppen i 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen ska göras pekar det i riktning mot att utsatta EU-medborgare kan tolkas in i bestämmelsens omfattning. Regeringen menar att det främst är med hänsyn till de praktiska svårigheter som kan uppstå för kommuner och skolor i att göra en bedömning angående barnets vistelsetid som en avgränsning bör undvikas. Risken vid en sådan bedömning är att barn vistas i Sverige under en längre tid men ändå inte får tillgång till

---

<sup>277</sup> Prop. 2009/10:165 s. 593. Jmf. art 10 förordning 492/2011, dåvarande art 12 förordning 1612/68.

<sup>278</sup> C-310/08 *Hassan Ibrahim*

<sup>279</sup> Jmf. Concluding observations 2009 p. 55 från FN:s barnkommitté och prop. 2012/13:58 s. 13

<sup>280</sup> Prop. 2012/13:58 s. 12 f.

<sup>281</sup> Ibid. s. 9

<sup>282</sup> Prop. 2012/13:58 s. 10 och SOU 2010:5 s. 35

<sup>283</sup> Prop. 2012/13:58 s. 10

utbildning. Utredningen<sup>284</sup> uttryckte däremot att det antagligen inte finns behov av utbildning för barn där vistelsetiden bedöms bli kortare än 3-4 månader, varför en rätt till utbildning därför bör begränsas.<sup>285</sup> I förarbetet är det endast barn med tidsbegränsat uppehållstillstånd på mindre än ett år som saknar rätt till utbildning under den aktuella punkten. Emellertid förespråkar regeringen att en övervägning av en sådan rätt till utbildning bör göras.<sup>286</sup> Ytterligare en avgränsning som görs av målgruppen under p. 5 är att rätten till utbildning inte omfattar förskola och fritidshem. Det är en avvägning som regeringen inte anser vara diskriminerande enligt Barnkonventionen. Barn utan tillstånd ges rätt till utbildning i förskoleklass, grundskola och gymnasieskola. I betänkandet angående barnets bästa uttrycks Sveriges ansvar att tillgodose alla barn i landet deras mest grundläggande behov, men att det ansvaret också minskar när barn saknar tillstånd att befinna sig i landet vilket motiverar avgränsningen som görs avseende omfattningen av skolan.<sup>287</sup> Om de utsatta EU-medborgarna åkt hem efter tre månader så skulle man, likt bestämmelserna om folkbokföring, kunna hävda att det inte finns behov av att få utbildning tillgodosedd under de tre första månaderna då man snarare befinner sig i Sverige i egenskap av turist. Men då de utsatta EU-medborgarna uppehåller sig i landet under en längre tid utan tillstånd tyder det på att ett behov av utbildning för dessa barn finns, på samma sätt som för barn som ska avvisas eller utvisas.

De motargument som framförts i förhållande till införandet av bestämmelsen om barn utan tillstånds rätt till utbildning har bl.a. varit kommunernas självbestämmanderätt. Emellertid gör regeringen den bedömningen att intresset av utbildning väger tyngre än den eventuella inskränkning som görs i kommunernas självbestämmande. Även påståendet att alltfler personer skulle komma till Sverige utan tillstånd på grund av den vidgade personkretsen i skollagen avfärdas i förarbetet. De utredningar som ligger till grund för propositionen har konstaterat att det inte finns någon relation mellan ett utökande av förmåner och personer som lever i landet utan tillstånd. Om det skulle uppstå konsekvenser till följd av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen måste de oavsett vägas mot de högst uppenbara fördelarna av att barnen får rätt till skolgång.<sup>288</sup> Det faktum att ett olovligt uppehälle i Sverige kan vara straffbart väger heller inte tyngre än de fördelar som finns att tillgodose rätten till utbildning och således ska inte ett brott hindra barnen från att ges rätt till skolgång.<sup>289</sup> Det ovan skrivna pekar i riktning mot att utbildning som rättighet ges stor betydelse och bör vara omfattande i 29 kap. 2§ st. 2 p. 5 skollagen.

Av förarbetet till 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen att döma framgår inte i klartext om barn till utsatta EU-medborgare omfattas av bestämmelsen och därmed har rätt till utbildning, men de undantas heller inte explicit av bestämmelsen. Emellertid konstaterar den tillsatta nationella samordnaren för arbetet med de utsatta EU-medborgarna i Sverige att den som på grund av EU-rätten har rätt att vistas i Sverige, men saknar den uppehållsrätt som krävs efter tre månader inte

---

<sup>284</sup> SOU 2010:5

<sup>285</sup> Prop. 2012/13:58 s. 14 f. Jmf. 29 kap. 6 § st. 2 skollagen som anger att den kommun där ett barn tillfälligt uppehåller sig räknas som barnets hemkommun. Barnet behöver inte stadigvarande vistas i en kommun för att ha rätt till utbildning i den kommunen.

<sup>286</sup> Ibid. s. 16 f.

<sup>287</sup> Prop. 2012/13:58 s. 12 f. Jmf. SOU 1997:116 och 29 kap. 3 § st. 3 skollagen

<sup>288</sup> Prop. 2012/13:58 s. 35 ff.

<sup>289</sup> Ibid. s.12 f. Jmf. 20 kap. utlänningslagen



har rätt till utbildning under sin vistelse i landet.<sup>290</sup> Man kan ifrågasätta uttalandet då det allmänt tycks råda en stor osäkerhet kring rätten till utbildning för denna personkrets och om de faller under 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 i skollagen. Barn med tillfälliga uppehållstillstånd upp till ett år undantas från bestämmelsen, vilket kan öppna upp för ett antagande att utsatta EU-medborgare under de tre första månaderna inte ska ges rätt till utbildning men att ingenting stadgas om denna rätt efter tre månader. En annan aspekt är att p. 5 uttryckligen ger rätt för tredjelandsmedborgare att få rätt till utbildning vilket kan tyckas vara kontroversiellt om bestämmelsen samtidigt inte omfattar utsatta EU-medborgare. EU-medborgare som ju faktiskt är närmre Sverige sett till avstånd och torde också vara det ur ett solidariskt perspektiv.

I enlighet med skolförordningens bestämmelse i 4 kap. 2 § st. 2<sup>291</sup> får kommunen och andra huvudmän frivilligt erbjuda andra barn än de som enligt svensk lagstiftning har rätt till utbildning.

[...] En huvudman får även i andra fall ta emot barn som inte anses bosatt i Sverige som elev i sin grundskola.

Bestämmelsen öppnar således upp för att ta emot barn som är utsatta EU-medborgare oavsett om de omfattas av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen eller inte. Att kommuner hänvisar till ett oklart rättsläge spelar i realiteten en mindre roll då de tillåts, om de vill, att ge alla barn en rätt att få gå i skolan oavsett vad lagen säger. Bestämmelsen i skolförordningen kan emellertid sägas vara direkt exkluderande då existensen av bestämmelsen är baserad på att den svenska lagstiftningen och utbildningen inte omfattar alla barn. Om utbildning i Sverige omfattat alla barn, utan åtskillnad, skulle en regel som 4 kap. 2 § st. 2 skolförordningen inte behövas. Även det faktum att bestämmelsen är inskriven i en förordning och exempelvis inte i skollagen bidrar till att den får en lägre status. Man kan ställa sig frågande till varför man givit utbildningen en till synes oklar agenda. Som tidigare nämnts proklamerar rättigheten ofta som viktig, men i förhållande till bl.a. överklagandeförbudet i 28 kap 18 § skollagen<sup>292</sup> och bestämmelsen i skolförordningen, som är beroende av frivillighet, ter sig rättigheten vara svag.

---

<sup>290</sup> Dir. 2015:9 s. 8

<sup>291</sup> Motsvarigheten i 12 kap. 11-13 §§ gymnasieförordningen. Jmf. SOU 2007:34 s. 77 f. och s. 97

<sup>292</sup> Jmf. avsnitt 2

## 8. Analys

*”Poverty begins when even one child is denied his or her fundamental right to education,”*

– Kofi Annan

### 8.1 Utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning - en extensiv tolkning

Genom att analysera rätten till utbildning utifrån en extensiv tolkning av rättskällorna och med beaktande av principen om fördragskonform tolkning vill jag, i förhållande till mitt syfte, se hur rättigheten åskådliggörs i nationell lagstiftning i relation till de internationella och europeiska överenskommelser som Sverige är förpliktat till. Det ansvar som faktiskt läggs på Sverige genom folkrättsliga förpliktelser och genom medlemskapet i EU för med sig ett utökat ansvar vad gäller rätten till utbildning för utsatta minderåriga EU-medborgare, ett ansvar som sträcker sig längre än vad den svenska lagstiftningen och rättstillämpningen idag ger uttryck för. För att kunna realisera de mänskliga rättigheterna har regeringen det yttersta operativa ansvaret, men även enskilda tjänstemän har en skyldighet att respektera och efterleva rättigheterna vid handläggning av ärenden. Utifrån en fördragskonform tolkning och i relation till regeringsformen 1 kap. 1 § st. 3 blir ÖKN:s beslut, som vägledande i frågan, missvisande eftersom ÖKN inte tycks respektera eller efterleva barnets rättigheter i enlighet med Sveriges förpliktelser. Om konventioner endast ses som ett komplement till svenska regler där den nationella lagen alltid går före blir Sveriges åtaganden att följa internationella överenskommelser tvivelaktigt. Om det råder ett oklart rättsläge, som det tycks göra angående rätten till utbildning för utsatta minderåriga EU-medborgare i Sverige, ifrågasätter jag varför man inte använder internationella och europeiska överenskommelser för att tydliggöra rättsläget och rättigheten.

Rättigheten har genom sin framväxt i FN och EU som syfte att bl.a. bevara freden. Bakgrunden är viktig att ha med när man beslutar i frågor som rör rätten till utbildning, att inte låta freden bli ett ideal utan en realitet. Framförallt då flera instanser uttalat att rätten till utbildning är av stor vikt för att utjämna skillnader mellan människor, för att barn ska utvecklas till att bli samhällsmedborgare, för att ta sig upp ur fattigdom och kunna ta del av andra mänskliga rättigheter. Barnets intresse, liksom samhällets intresse av utbildning är stort. Jag ser kritiskt på hur en kodifierad rättighet som rätten till utbildning benämns som en rättighet om den inte är utkrävbar. Enligt Hohfeld kan en krav-rättighet existera endast om det finns en motsvarande plikt, varför en rimlig tolkning är att rätten till utbildning som kodifierad rättighet motsvaras av en given plikt. Rättighetens egenskap som social rättighet som ges *genom* staten befäster relationen mellan medborgarens krav och statens plikt vilket tyder på att Hohfelds begreppspar är som mest legitim i relation till sociala rättigheter. Det finns ett behov av att tillgodose utbildning för barn vilken är statens plikt att tillförsäkra. Staten har liksom en plikt mot samhället att bibehålla välfärd, demokrati och fred men också en plikt gentemot internationella

och europeiska överenskommelser. Istället för att se utbildning för utsatta minderåriga EU-medborgare som en isolerad krav-rättighet så bör rättigheten istället ses utifrån ett samhällsligt perspektiv. Ett sådant perspektiv skulle bredda den specifika krav-rättigheten till att bli en del av ett större samhällsligt krav som redan motsvaras av en plikt. Att tillgängliggöra utbildning blir ett av många sätt för exempelvis Sverige och EU att uppfylla sin skyldighet mot sina medborgare att bevara fred, demokrati och välfärd. Utifrån en sådan tolkning av Hohfelds teori existerar rimligtvis redan en plikt att uppfylla utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning.

Regeringen uttalade vid införandet av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen att bestämmelsen måste tolkas utifrån Barnkonventionen vilket pekar mot en mer öppen tolkning av bestämmelsens omfattning. Med tanke på att samhället förändras, utvecklas och blir alltmer gränsöverskridande så förefaller det orimligt att den nationella skollagstiftningen står opåverkad av nya krav. Den nationella rätten ger uttryck för att utbildning är viktigt, både i regeringsformen 1 kap. 2 § och 2 kap. 18 § men också av de undantag från folkbokföring som stadgas i 29 kap. 2 § st. 2 skollagen. Utifrån dessa lagrum tycks den nationella lagstiftningen stå i överensstämmelse med internationella konventioner, som förespråkar en bred tolkning av en stats jurisdiktion och ansvar i förhållande till rättigheten. Den nationella lagstiftningen brister däremot när det kommer till att realisera Sveriges folkrättsliga förpliktelser. Det märks inte minst av ÖKN:s beslut där man endast nämner EU-stadgan, Europakonventionen och Barnkonventionen, de tillämpas inte trots att utbildning konstaterats tillhöra EU-rättens tillämpningsområde och Europakonventionen innehar status som svensk lag. Den svenska skollagen utger sig för att möta barnets rätt och behov av utbildning men rättigheten tycks emellertid landa i ett landskap och ett sammanhang som inte möter de behoven.

Mathisen menar att det är svårt att fastställa en lags, eller utifrån uppsatsens tema – en rättighets, åsyftade verkningar då lagstiftningens mål ofta uttrycks som ideal. De internationella förpliktelserna kan generellt framstå som ideal vilket märks genom FN-deklarationens roll som vägvisare, ICESCR status som målsättningskonvention och synen på Barnkonventionen som ett politiskt redskap. Samtidigt förefaller det inte råda något tvivel om att rätten till utbildning, exempelvis i FN-deklarationen och i Barnkonventionen, innebär en rätt för var och en utan åtskillnad. Sammanhanget som rättigheten landar i tycks vara avgörande för om rätten till utbildning tolkas som ett ideal eller blir realitet. De mänskliga rättigheterna och i synnerhet de sociala rättigheterna görs mer eller mindre beroende av statens solidaritet och tillgängliga resurser. Sverige, som är ett av världens rikaste länder, borde kunna möta rättigheten och göra den till realitet. Däremot tycks den nationella lagstiftningen få en icke-åsyftad verkan. Barn i Sverige ska och har möjlighet att gå i skolan, om de är folkbokförda här eller faller under 29 kap. 2 § st. 2 skollagen. Lagstiftaren säger sig inte avgränsa målgruppen i 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen men landskapet som lagen landar i gör det. Det uppstår en konflikt mellan rätten till utbildning, kommunens självbestämmanderätt och EU-rättsliga uppehålls krav. Likt fängelsestraffet som Mathisen undersökte så ger Sverige sken av att lagstiftningen möter de folkrättsliga förpliktelserna, FN:s barnkommittés rekommendationer och den svenska grundlagen. Genom att låta barn som är folkbokförda, asylsökanden eller barn till ekonomiskt aktiva EU-medborgare gå i skolan tillfredsställs barnets rätt till utbildning. Däremot så visar Utrikesdepartementets rapport om mänskliga rättigheter i Rumänien att romer och fattiga barn

missgynnas och inte tillgodoses utbildning i samma utsträckning som andra. Att dessa barn varken kan påbörja eller avsluta sin grundutbildning i hemlandet eller ges möjlighet till utbildning i Sverige resulterar i att barnen i fråga faller utanför såväl det rumänska som det europeiska skyddsnätet och följaktligen befinner sig i en mycket utsatt och allvarlig situation. Den svenska lagstiftningen får en avledande effekt då den i praktiken inte möter dem som kanske är i störst behov av utbildning.

Den svenska lagstiftningen avspeglar i viss mån den rådande situationen med ökad rörlighet inom EU genom 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen, men också genom p. 5 i samma bestämmelse eftersom regeringen inte explicit undantar de utsatta minderåriga EU-medborgarna. Det faktum att 4 kap. 2 § st. 2 skolförordningen öppnar upp för kommuner att ta emot andra barn och erbjuda dem skolgång visar också på lagstiftningens flexibilitet gällande utbildning. Däremot har den svenska barnkommittén hävdad att ansvaret minskar om barnet befinner sig i landet illegalt och med hänsyn till hur ÖKN och Sveriges kommuner hanterar de utsatta EU-medborgarna så tycks inte rättstillämpningen möta omgivningens behov. I praktiken så förlorar de utsatta barnen sin rätt till utbildning på grund av sina föräldrars beslut att leva i Sverige. Att barnet ses som ett skyddsvärt subjekt, i beroende av sin omgivning, tyder på att barns rättigheter primärt bör handla om omgivningens skyldigheter. Genom att erkänna barnet som ett eget rättssubjekt med tillhörande rättigheter blir det motsägelsefullt att göra rättigheten beroende av ett annat rättssubjekt, barnets föräldrar. Något som bekräftar ovanstående resonemang är den europeiska kommittén för de sociala rättigheterna i fallet *FIDH* där man ger uttryck för att barn inte kan straffas på grund av ett beslut som föräldrarna har tagit eller för att föräldrarna ses som illegala. På samma sätt vore det orimligt att inte göra en bedömning av barnets rätt till utbildning utifrån barnets intresse som ett eget subjekt i beroende av omgivningen oavsett föräldrarnas status. Att anlägga ett perspektiv baserat på en vuxen person står, enligt min mening, i strid med tanken på barnet som ett eget rättssubjekt och kan leda till att felaktiga beslut fattas i förväg. Om omgivningens skyldigheter istället hamnar i fokus, i kombination med ett subjektivt perspektiv på barnet, bidrar det i högre utsträckning till att barnets bästa tillgodoses utifrån vad som bäst skyddar barnet. Ett sådant perspektiv öppnar upp för en individuell tolkning av utsatta minderåriga EU-medborgares behov av utbildning, där deras faktiska situation får ligga till grund för bedömningen. Det skulle även kunna öppna upp för en bedömning i liknande anda som non-refoulement principen där det skulle strida mot barnets bästa och barnets rättigheter att neka utsatta minderåriga EU-medborgare utbildning i Sverige, när rätten till utbildning uppenbart kränks i hemlandet. Att försätta barn i en sådan allvarlig situation, där de går miste om sin personliga utveckling, utsätts för diskriminering, inte kan tillgodogöra sig andra mänskliga rättigheter eller ges möjlighet att ta sig upp ur sin utsatthet står i strid med internationella och europeiska överenskommelser. Att neka en utsatt minderårig EU-medborgare utbildning, trots en insikt om den rådande situationen i hemlandet, anser jag går emot medlemsstaternas och unionens skyldigheter i förhållande till de grundläggande rättigheterna, på samma sätt som för de asylsökandena i det förenade målet *C-411/10 och C-493/11*.

Att behandla barn som ett eget rättssubjekt i behov av skydd är även kompatibelt med Bobbios syn på att olikheter mellan människor måste beaktas när det handlar om sociala rättigheter. Utbildning är en rättighet som ska garanteras barn för att de är en svag grupp. Barns krav måste

ses som minimigarantier och bör uppfyllas åtminstone på ett grundläggande plan. Bl.a. anger Barnkonventionen att varje barn har rätt till utbildning inom ett lands jurisdiktion på grundval av lika möjligheter. Sverige bör således rättfärdiga åtminstone en likabehandling mellan barn och inte diskriminera inom en redan svag grupp. Sett till ICESCR och den sociala stadgan har Sverige en skyldighet att säkerställa i vart fall en minsta nivå av rättigheten och eftersom de mest utsatta kan skyddas av tämligen billiga åtgärdsprogram borde utbildning kunna upprätthållas för alla barn som lever i Sverige. Art 13 ICESCR stadgar att det är genom utbildning som människan kan få insikt om sitt eget värde, men utifrån ett kritiskt perspektiv skickar Sverige snarare ut motsatta signaler när de nekar barn rätt till utbildning just på grund av deras bakgrund. Att neka barn som lever i landet utbildning formar nya klasstrukturer i samhället och befäster den ojämställdhet som råder mellan ekonomiskt aktiva och icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare och deras möjligheter att få ta del av sociala rättigheter. Både ICESCR och den sociala stadgan har i realiteten en tämligen svag betydelse i förhållande till de andra konventionerna. Det förefaller som om de båda överenskommelserna blir en del av ett luftslott som det internationella samfundet och Sverige byggt upp. Skapandet av nya överenskommelser som proklamerar och preciserar staters skyldigheter och enskildas rättigheter, men som aldrig tillämpas eller tillämpas motstridigt med dem, ger istället en urholkande effekt där överenskommelserna snarare övergår till att bli illusioner.

Av EU-domstolens resonemang i fallet *Grzelczyk* och av art 21.1 FEUF tillämplighet är icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgares tillgång till sociala förmåner och likabehandling beroende av den mottagande statens solidaritet. Om staten ser rätten till utbildning som ett ideal och inte möjliggör den blir rättigheten endast ett uttryck för en önskan om något. I enlighet med Bobbios definition, bör rättigheten snarare kallas för ett krav då den ännu inte tycks ha blivit säkerställd genom lag. Eftersom rättigheten existerar först om det finns en vilja och resurser som staten vill avvara kan rättigheten även få status som en *kvasi-rättighet*. En rätt till utbildning för utsatta minderåriga EU-medborgare blir ur det perspektivet en rättighet som görs beroende av statens resurser. Då Sverige är del av en europeisk gemensam identitet torde solidariteten gentemot andra EU-medborgare öka vilket skulle innebära att unionsmedborgare, som är i behov av utbildning, bör behandlas lika som nationella medborgare. Eftersom solidaritet sägs uppkomma ur en gemensam identitet blir det motsägelsefullt att tredjelandsmedborgare, utan tillstånd att befinna sig i Sverige, ges rätt till utbildning under 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen men inte EU-medborgare som befinner sig i en liknande situation.

EU-rätten är i stor utsträckning en bidragande faktor till att begränsa rätten till utbildning för de utsatta EU-medborgarna genom de villkor som uppställs för den fria rörligheten. Ett av EU:s främsta mål är att skydda barnets rättigheter och utbildning är ett område som omfattas av unionsrätten vilket kräver en tolkning av den nationella rätten i EU-rättslig anda. Stöd för en sådan tolkning framgår av det så kallade *Haparandamålet* där EU-domstolen uttryckte EU-stadgans betydelse, fallet *Hassan Ibrahim* som visar att utbildning ligger inom unionsrättens område, fallet *Grzelczyk* som uppvisar unionsmedborgarens grundläggande ställning men också det faktum att ÖKN nämner EU-stadgan och Europakonventionen i sitt beslut. Den svenska rättstillämpningen kan inte vara opåverkad av unionsrätten. Utgångspunkten vid införandet av art 2 i första tilläggsprotokollet i Europakonventionen var att de flesta länder hade ett fungerande skolsystem. Primärt omfattar rätten till utbildning därför en rätt att inte stängas ute

från den grundläggande utbildningen. En rimlig tolkning av Europakonventionens stadgande borde få till följd att de aktuella barnen har en rätt att inte stängas ute från åtminstone den grundläggande utbildningen i länder som är bundna av konventionen.

Westerhäll och Hollander menar att en rättighet bl.a. måste kunna överklagas för att kunna inneha en status som rättighet. Jag vill påminna om att ÖKN är en myndighet vars beslut inte kan överklagas och i förhållande till exempelvis 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen råder ett överklagandeförbud vilket indikerar att rätten till utbildning för målgruppen är svag och följaktligen inte borde kallas för en rättighet. Om ett barn nekas skolgång till följd av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen är enda chansen att överklaga beslutet via kommunallagen, men för att överklaga behöver man vara kommunmedlem vilket blir svårt för de utsatta EU-medborgarna att uppfylla kraven för. Jag ställer mig frågande till varför Sverige inte har givit rättigheten en högre status i lagstiftningen. Förarbetet till införandet av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen avfärdar utbildning som grund för att fler barn följer med sina utsatta föräldrar till Sverige, något som tyder på att en rätt till utbildning inte nödvändigtvis ökar rörligheten bland människor eller främjar ”social turism”.

En extensiv tolkning av den nationella rätten pekar mot att minderåriga utsatta EU-medborgare har rätt att få rätten till utbildning tillgodosedd i Sverige. De internationella och europeiska överenskommelserna ger uttryck för att rätten till utbildning är en grundläggande och allmängiltig rättighet som i stort ska omfatta alla barn utan åtskillnad. Även om medborgarskapet är av betydelse för rättighetens faktiska realitet så blir den svenska rättstillämpningen diskriminerande när rättigheten inte tillgängliggörs för utsatta minderåriga EU-medborgare i samma utsträckning som för nationella och tredjelandsmedborgare. Sverige förbiser de skyldigheter som stadgas i internationella konventioner, barnets rättigheter, barnets sårbarhet och bortser från betydelsen av utbildning. Art 2 i Barnkonventionen innebär ett omfattande skydd mot diskriminering, vilket ska gälla alla barn inom Sveriges jurisdiktion. En inte alltför orimlig tolkning är att det som sker i dagsläget, där vissa kommuner tillhandahåller utbildning till utsatta EU-medborgare och andra inte, står i strid med Barnkonventionen. ÖKN:s vägledande beslut, där man nekar ett barn rätt till utbildning på grund av att barnets föräldrar är icke-ekonomiskt aktiva, visar att det inte enbart handlar om diskriminering mellan barn beroende på vistelsekommun utan också om diskriminering beroende på medborgarskap och sociala förhållanden.

## 8.2 Rättens tillgänglighet – en rättighet beroende av medborgarskap?

Medborgarskapet har visat sig vara en betydande faktor för om utsatta minderåriga EU-medborgare ska ges rätt till utbildning i Sverige. Beroende på medborgarskap så ges barnet en status som i sin tur genererar i vissa rättigheter. Eftersom FN-deklarationen alltjämt ses som ett vägledande ideal så kan rätten till utbildning förlora allmängiltighet när rättigheten ska realiseras. Det är först när rättigheten blir en medborgerlig rättighet som den får ett rättsligt värde. Legitimiteten är däremot beroende av FN-deklarationen varför det blir komplext att tala om rättighetens giltighet beroende av medborgarskapet. FN-deklarationen, ICESCR,

Barnkonventionen och Europakonventionen öppnar upp för en bredare syn på en stats jurisdiktion och ansvar. Även EU-stadgan och den sociala stadgan kan tolkas i en mer öppen riktning. Men frågan är om ett omfattande ansvar för barn inom Sveriges jurisdiktion endast står för ett ideal i relation till medborgarskapets begränsade effekt. En utsatt minderårig EU-medborgares rätt till utbildning i Sverige görs i praktiken beroende av barnets föräldrars anknytning och graden av ekonomisk aktivitet. Mot bakgrund av vad som framkommit i uppsatsen görs en åtskillnad mellan vad som kallas mänskliga rättigheter och vad som är medborgerliga rättigheter. De mänskliga universella rättigheterna är ett ideal som blir realitet först när de omvandlas till medborgerliga rättigheter och specificeras i nationell lag. Rättigheterna syftar till att vara universella och gälla utan diskriminering, men i själva verket görs rättigheterna beroende av nationalitet, de får en icke-åsyftad verkan. Genom att Sverige ratificerar internationella och europeiska överenskommelser uttrycks indirekt en respekt för rättigheterna som omfattas av statens skyldighet. Men att enbart proklamera rättigheter fördunklar istället den nationella lagstiftningen och rättstillämpningens brister. Från det perspektivet är det problematiskt att prata om mänskliga rättigheter som faktiska rättigheter när de i verkligheten ger uttryck för en förväntan. Enligt Hohfelds teori kan inte en krav-rättighet uppstå utan plikt vilket skulle innebära att det är först när rättigheter blir medborgerliga som ett ömsesidigt förhållande mellan krav och plikt uppstår. Emellertid kan medborgerliga rättigheter inte anses legitima utan de mänskliga rättigheterna och därför bör de medborgerliga rättigheterna ses som en del av de mänskliga rättigheternas krav.

EU-domstolen har konstaterat att unionsmedborgarskapet är en grundläggande och gemensam rättslig ställning vilket borde bidra till att det mellan unionsmedborgare finns en vilja av solidaritet. Utifrån en sådan tanke är det rimligt att tala om ett socialt medborgarskap inom unionsmedborgarskapet. Ett socialt medborgarskap hör enligt Marshall ihop med social inkludering vilket ju ett unionsmedborgarskap kan sägas stå för. Ett legitimt åtagande för den svenska staten är att göra utbildning tillgänglig för sina medborgare, men eftersom det sociala medborgarskapet till viss del villkoras av att medborgaren utför arbete på arbetsmarknaden är det oklart om minderåriga utsatta EU-medborgare omfattas av det sociala medborgarskapet inom ramen för sitt unionsmedborgarskap. Om välfärdssamhället skulle ge sociala förmåner utan att ställa några krav på den mottagande personen riskerar relationen mellan medborgarna och samhället att förlora betydelse. Att EU-rätten i stor utsträckning ställer krav på ekonomisk aktivitet kan tyda på att man inte vill urvattna välfärdsstater eller riskera att arbetsmoralen avtar. Marshall framhåller att det finns skyldigheter som måste uppnås för att kunna erhålla ett socialt medborgarskap. Eftersom skyldigheterna inte behöver vara lagstadgade så kan en moralisk norm hindra rättighetens tillämplighet för unionsmedborgare. Så även om EU-medborgarskapet kan generera en rätt till utbildning i Sverige enligt lag så kan en allmän norm, som uppställer skyldigheter för att kunna erhålla förmåner, få företräde i rättstillämpningen.

Graden av solidaritet görs beroende av hur väl integrerad och hur länge unionsmedborgaren har vistats i ett land. Art 21.1 FEUF anger att även icke-ekonomiskt aktiva har rätt att röra sig fritt inom unionen, men underordnas statens legitima intressen och solidaritet. Fallet *Baumbast* uttrycker att åtgärder som den staten vidtar måste stå i proportion till den målsättning som hänvisas till. Eftersom Sverige i regeringsformen 1 kap. 2 §, 2 kap. 18 § och i 29 kap. 2 § st. 2 skollagen framför vikten av utbildning och genom erkännande av internationella och europeiska

åtaganden, där utbildning ses som en grundläggande rättighet, förefaller ett behov hos utsatta EU-medborgare om tillgång till utbildning falla inom Sveriges legitima intresse. Rättstillämpare bör således respektera utbildning som ett legitimt behov och efterleva den solidaritetstanke som följer av ett medlemskap i unionen. Eftersom utbildning omfattas av unionens tillämpningsområde torde också den generella icke-diskrimineringsprincipen i art 18 FEUF spela en stor roll när det kommer till rättstillämpningen av utbildning för utsatta EU-medborgare då artikeln direkt förbjuder diskriminering på grund av nationalitet.

Rätten till utbildning i den nationella rätten är ytterst grundat på barnets nationalitet, utbildning är obligatorisk för barn som är folkbokförda i Sverige. Regeringsformen 2 kap. 18 § utmanas till viss del av unionsmedborgarskapet som uttrycks i 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen, men då stadgandets motiv och rättstillämpning kräver att barnets föräldrar är ekonomiskt aktiva påvisar lagen ingen utsträckt solidaritet på grund av unionsmedborgarskapet. Målsättningarna inom EU är enligt art 3 FEU att bekämpa social utestängning och främja social rättvisa men 29 kap. 2 § st. 2 p. 3 skollagen tycks stå i direkt motsättning då utbildning för unionsmedborgare görs beroende av villkoren för den fria rörligheten. I 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen råder det ingen tvekan om att Sverige visar solidaritet för så kallade papperslösa tredjelandsmedborgare, varför samma solidaritet rimligtvis bör gälla för utsatta EU-medborgare i lika stor utsträckning. Sverige framhöll tidigare att utbildning inte ges till barn som har en svag anknytning till landet men på grund av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen öppnar staten upp för barn, som inte har tillstånd att befinna sig i Sverige, en rätt till skolgång. Då tredjelandsmedborgare ges en rätt till utbildning under p. 5, som ju har en relativt svag anknytning till Sverige och som i egenskap av flykting ofta innehar status som ”icke-medborgare”, förefaller det motsägelsefullt om inte EU-medborgare som saknar uppehållsrätt också ges en sådan rätt. Även om EU-medborgarna är utsatta och föräldrarna icke-ekonomiskt aktiva delar de svenska medborgarna samma unionsmedborgarskap vilket talar för att det finns en starkare anknytning till Sverige. Utsatta EU-medborgare som berörs i uppsatsen och som inte har uppehållsrätt i Sverige borde, utifrån ovanstående resonemang, omfattas av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen.

Ett barns rättigheter är i stor utsträckning beroende av sina föräldrars bakgrund och medborgarskap. Europakonventionen och Barnkonventionens stadgande om staters ansvar för alla personer som befinner sig inom ett lands jurisdiktion går emellertid bortanför ett krav på medborgarskap. Barns bristande autonomi och beroende av skydd pekar i liknande riktning för att staten ansvarar för alla barn de har inflytande över. Med tanke på att Europakonventionen faktiskt är svensk lag ifrågasätter jag regeringsformen 2 kap. 18 § och ÖKN:s beslut om att inte omfatta utsatta EU-medborgare. Särskilt stadgas i art 29 Barnkonventionen att det inte handlar om att barn ska ges rätt till utbildning utan en möjlighet att förbereda sig för livets utmaningar. Skolan kan vara ett av de få ställen där barn tillåts vara barn och få en möjlighet till att skapa sig en bättre tillvaro. Detta syfte motverkas om de aktuella barnen i praktiken inte har någon som helst möjlighet till skolgång på grund av sitt medborgarskap. Utbildning är dessutom ett av de viktigaste verktygen för att få barn upp ur fattigdom, men utan utbildning riskerar de istället att försättas i samma svåra sociala och ekonomiska situation som sina föräldrar.

Av rättstillämpningen och av EU-rätten att döma är en förutsättning för att de aktuella barnen ska kunna tillgodogöra sig rätt till utbildning i Sverige att deras föräldrar i någon mån är



ekonomiskt aktiva. Oavsett om EU-medborgare, som benämns som icke-ekonomiskt aktiva, omfattas av rätten till utbildning finns det ingenting som hindrar att ge de utsatta barnen en rätt till skolgång vilket vi ser i 4 kap 2§ st. 2 skolförordningen men även av EU-domstolens uttalande i *Grzelczyk* om att icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgare inte hindras från att ges förmåner. Kommuner ges således en möjlighet att inte endast proklamera rättigheten som viktig utan även ändra rådande samhällsförhållanden och motverka stigmatisering av socialt utsatta människor. Utifrån en extensiv tolkning kan de folkrättsliga förpliktelseerna i korrelation med utvecklingen inom EU sägas skapa nya plikter för de enskilda staterna i syfte att skydda den existerande rätten till utbildning. Barnet har ett stort intresse av att få gå i skolan, vilket även bekräftas av den svenska regeringen. Regeringen bekräftar även att barn som befinner sig utan tillstånd i Sverige inte kan råda över sin situation och att de högst uppenbara fördelarna med utbildning måste gå före kommuners självbestämmanderätt vilket talar för att staten bör gå in och ta sitt faktiska ansvar att säkerställa rätten till utbildning för alla barn som lever i Sverige oavsett medborgarskap.

## 9. Slutsats

Syftet med uppsatsen har varit att utreda om det föreligger en rätt för utsatta minderåriga EU-medborgare att få tillgång till utbildning i Sverige och i relation till detta belysa hur rättigheten och medborgarskapet samspelar med varandra med beaktande av barnets och unionens intressen. Om vi kan tala om en gällande rätt angående rätten till utbildning i Sverige ställer den som huvudregel upp krav på uppehållsrätt, folkbokföring eller ekonomisk aktivitet från barnets föräldrar. Sveriges skyldighet att erbjuda sociala förmåner för unionsmedborgare är begränsat och likaså EU:s kompetens på området. Av rättsutvecklingen att döma har en förändring skett av synen på EU-medborgarskapet och sociala förmåner. Fallet *Grzelczyk* från 1999 gav uttryck för unionsmedborgarskapets starka rättsliga ställning medan fallet *Dano* från 2013 menar att unionsmedborgarskapets status är beroende av att personen är ekonomiskt aktiv och har laglig uppehållsrätt. En utveckling som förr gav unionen alltmer inflytande i sociala frågor har i stället övergått till krav på ekonomisk aktivitet och man tycks ha övergett solidaritetstanken unionsmedborgare och medlemsländer emellan. Med tanke på den situation som EU står inför idag, med ett ökat antal flyktingar, stängda gränser och medlemsstaters oro pekar allt i riktning mot att bedömningar i likhet med fallet *Dano*, som kan sägas ge uttryck för gällande EU-rättslig praxis vad avser utsatta icke-ekonomiskt aktiva EU-medborgare, fortsatt kommer att gälla och antagligen finns det risk för att rörlighetsvillkoren stramas åt ytterligare.

Svaret på min frågeställning, utifrån den gällande rätten och hur den har utspelat sig i uppsatsen, är nekande. Utsatta minderåriga EU-medborgare har inte rätt till utbildning i Sverige då de inte explicit omfattas av den svenska lagstiftningen eller av praxis. Blotta existensen av 4 kap. 2 § st. 2 skolförordningen visar att den nuvarande svenska lagstiftningen inte föreskriver en uttrycklig rätt till skolgång för alla barn som lever i Sverige. Det innebär däremot inte att Sverige inte har ett ansvar att möjliggöra rätten till utbildning för de aktuella barnen, inte minst genom tolkning av de konventioner som Sverige har ratificerat, 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen men också av den faktiska möjlighet som finns för kommuner att erbjuda barn skolgång genom att tillämpa 4 kap. 2 § st. 2 skolförordningen. Eftersom utsatta minderåriga EU-medborgare inte klart uttalar i förarbetet till 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen, som främst tar sikte på barn som ska avvisas, utvisas eller har tillfälliga uppehållstillstånd, så kan en tolkning till förmån för de aktuella barnen vara att driva lagrummet till sin yttersta spets. Emellertid är det ingen EU-medborgare, så vitt jag vet, som har initierat ett ärende eller ansökt om skolgång hos kommunen med beaktande av 29 kap. 2 § st. 2 p. 5 skollagen. Då det kan finnas en möjlighet att pröva de aktuella barnens rätt till utbildning enligt lagrummet finns det skäl att ifrågasätta ÖKN:s beslut som vägledande för kommuner och andra aktörer som beslutar om utsatta minderåriga EU-medborgares rätt till utbildning.

I realiteten behandlar Sverige de aktuella barnen olika när rättstillämpare, exempelvis kommuner, beslutar att i vissa fall neka och i andra fall bevilja skolgång för de utsatta barnen. Konventionernas tillämplighet görs många gånger beroende av hur kommunerna väljer att agera i förhållande till dem. Beroende på vilken kommun barnet lever i finns en mer eller mindre chans till utbildning vilket förefaller vara diskriminerande och något som jag hyser en stor oro för. Med beaktande av Sveriges faktiska åtaganden i förhållande till internationella och

europiska överenskommelser har Sverige som stat ett ansvar, både när det kommer till att tillgängliggöra rätten till utbildning men även när det kommer till att bevara fred, främja jämställdhet och bekämpa social utsatthet. Här måste regeringen ta sitt operativa ansvar och se till att sådan diskriminering inte sker bland Sveriges kommuner gällande utbildning och säkerställa att rättstillämpare respekterar de åtaganden som Sverige är förpliktigt till.

Den omständigheten att ÖKN inte är en domstol, utan en domstolsliknande myndighet, och det faktum att det ofta råder ett överklagandeförbud gällande beslut om skolgång leder till att rättigheten blir svår att utkräva för utsatta minderåriga EU-medborgare. En önskan hade varit att ge rätten till utbildning, med tanke på grundlagsskyddet och de relevanta stadganden i Europakonventionen, en större rättslig tyngd då rättigheten har stor betydelse för den enskilde individen och för samhällets välbefinnande. Den enskilde måste ha möjlighet att överklaga ett beslut om skolgång så rätten till utbildning kan få ett klart innehåll och en tydlig rättslig status. Barns rättigheter förespråkas att klassificeras som legala rättigheter för att kunna garantera genomförandet av dem, men den svenska rätten ger snarare uttryck för rätten till utbildning som en moralisk rättighet som i realiteten blir tämligen svag och får en status som icke-verkställbar. Med hänsyn till att rörligheten bland utsatta människor, som söker ett bättre liv, har ökat är det bekymmersamt att Sverige inte bekräftar barnets rättsliga ställning oberoende föräldrarnas ekonomiska aktivitet och nationalitet. Även om utvecklingen angående barnets rättsliga status pekat i rätt riktning är inte Barnkonventionen, trots dess betydelse för barnrätten, självklar. Välfärdsstaters framväxt, behovet av rättigheter för socialt utsatta och barns beroende av omgivningens skydd torde medföra, i likhet med Marshall, att man innehar en status oberoende av sin förmåga på arbetsmarknaden. Det finns ett behov av att klargöra rättigheten och göra de utsatta EU-medborgarna uppmärksamma på den rätten, framförallt i förhållande till barnets intresse av att få utbildning tillgodosedd och med hänsyn till den svåra situation som de utsatta minderåriga EU-medborgarna ofta befinner sig i.

## 10. Käll- och litteraturförteckning

### **Offentligt tryck**

#### *Propositioner*

Prop. 1985/86:80 om ny förvaltningslag

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

Prop. 1990/91:153 om ny folkbokföringslag m.m.

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 1997/98:82 Europarådets sociala stadga

Prop. 2005/06:99 Nya vårdnadsregler

Prop. 2009/10:165 Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet

Prop. 2012/13:120 Folkbokföringen i framtiden

Prop. 2012/13:58 Utbildning för barn som vistas i landet utan tillstånd

#### *Statens offentliga utredningar*

SOU 1997:116. Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige

SOU 2007:34. Skolgång för barn som skall avvisas eller utvisas

SOU 2010:5. Skolgång för alla barn

#### *Departementspromemorior*

Ds 2011:37. Hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med rättigheterna i barnkonventionen – en kartläggning

#### *Kommittédirektiv*

Dir. 2013:35. Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt

Dir. 2015:9. Nationell samordnare för arbetet med utsatta EES-medborgare som vistas tillfälligt i Sverige

### *Regeringens skrivelser*

Skr. 2005/06:95 En nationell handlingsplan för de mänskliga rättigheterna 2006-2009.

### *Regeringskansliet*

Utrikesdepartementets rapport, Mänskliga rättigheter i Rumänien 2010

### *Övriga myndighetspublikationer*

Socialstyrelsen, artikel nr. 2014-6-16, Rätten till socialt bistånd för medborgare inom EU/EES-området, 2014-06-16

Skolverket, Dnr 2014:1204, Skrivelse om rätt till utbildning och annan verksamhet enligt skollagen till följd av EU-rätten, 2014-11-24

Skolväsendets överklagandenämnds beslut, Dnr 2014:556, Frågan om rätt till utbildning enligt skollagen till följd av EU-rätten, 2015-02-16

Skolväsendets överklagandenämnds beslut, Dnr 2014:559, Frågan om rätt till utbildning enligt skollagen till följd av EU-rätten, 2015-02-16

Skolväsendets överklagandenämnds beslut, Dnr 2014:561, Frågan om rätt till utbildning enligt skollagen till följd av EU-rätten, 2015-02-16

### *FN*

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 13: The right to education (Art. 13 of the Covenant), E/C.12/1999/10, 1999-12-08

Committee on the Rights of the Child, (CRC), Convention on the Rights of the Child, Concluding observations 2009, CRC/C/SWE/CO/4, 12 June 2009.

## **Rättsfall**

### *EU-domstolen*

Mål 292/89 *The Queen mot Immigration Appeal Tribunal, ex. parte Gustaff Desiderius Antonissen*, ECLI:EU:C:1991:80

Mål 184/99 *Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, ECLI:EU:C:2001:458

Mål 413/99 *Baumbast, R mot Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2002:493

Mål 413/01 *Franca Ninni-Orasche mot Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, ECLI:EU:C:2003:600

Mål 456/02 *Michel Trojani mot Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, ECLI:EU:C:2004:488

Mål 310/08 *London Borough of Harrow mot Nimco Hassan Ibrahim och Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2010:80

Mål 480/08 *Maria Teixeira mot London Borough of Lambeth och Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2010:83

Mål 411/10 *N.S. mot Secretary of State for the Home Department and Others (C-493/10) mot Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865

Mål 617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*. Begäran om förhandsavgörande, Haparanda Tingsrätt Sverige, ECLI:EU:C:2013:280

Mål 333/13 *Elisabeta Dano, Florin Dano mot Jobcenter Leipzig*, ECLI:EU:C:2014:2358

#### *Europadomstolen*

Mål 27765/09 *Hirsi Jamaa m.fl. mot Italien*, ECLI:CE:ECHR:2012:0223

Mål 16032/07 *Velyo Velez mot Bulgarien*, ECLI:CE:ECHR:2014:0527

#### *Övrigt*

Kollektivt klagomål 14/2003, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) mot Frankrike*, European Committee on Social Rights, 5 september 2003. Se sammanfattning <https://www.escri-net.org/docs/i/400976>

### **Litteratur**

Alston, P och Goodman, R. (2013). *International human rights – the successor to international human rights in context*. Oxford: Oxford University Press.

Barnard, C. (2013). *The substantive law of the EU – the four freedoms*. (4 uppl.) Oxford: Oxford University Press.

Bernitz, U., Oxelheim, L. och Persson, T. (red.). (2015). *Välfärdsgapet – EU:s sociala utmaning. Europaperspektiv 2015*. Stockholm: Santérus förlag.

Bobbio, N. (2000). *Rättigheternas epok*. Göteborg: Daidalos AB.

Danelius, H. (1993). *Mänskliga rättigheter*. (5 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB.

- Englund, T. (red.). (2011). *Utbildning som medborgerlig rättighet – Föräldrarätt eller barns rätt eller...?*. Göteborg: Daidalos AB.
- Fazlhashemi, M. och Fruitman, S. (1997). *Medborgarskap - Reflektioner kring ett problematiskt europeiskt begrepp*. Stockholm: SNS Förlag.
- Fisher, D. I. (2015). *Mänskliga rättigheter – en introduktion*. ( 7 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Greenhill, M. och Ulfsparre, C. (2007). *Mänskliga rättigheter för alla och envar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Gunnarsson, Å. och Svensson, E-M. (2009). *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur.
- Gustafsson, H. (2002). *Rättens polyvalens - En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Lund: Sociologiska institutet vid Lunds universitet.
- Hollander, A. (1995). *Rättighetslag – i teori & praxis*. Uppsala: Iustus förlag.
- Johansson, H. (2008). *Socialpolitiska klassiker*. Malmö: Liber AB.
- Korling, F. och Zamboni, M. (2013). *Juridisk metodlära*. Lund: Studentlitteratur AB
- Lundberg, A. (red.). (2010). *Mänskliga rättigheter – juridiska perspektiv*. Malmö: Liber AB.
- Mathiesen, T. (2005). *Rätten i samhället – En introduktion till rättssociologin*. Lund: Studentlitteratur.
- Mikkola, M. (2010). *Social Human Rights of Europe*. Helsingfors: Karelactio Legisactio Ltd.
- Nilsson, M. och Lundberg, J. (2010). *Europarätten – en introduktion till EU-rätten och Europakonventionen*. (4 uppl.) Stockholm: Jure förlag AB.
- Peczenik, A. (1986). *Rätten och förnuftet – En lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Norstedts Förlag AB.
- Schiratzki, J. (2005). *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*. (2 uppl.) Uppsala: Iustus förlag.
- Schiratzki, J. (2006). *Barnrättens grunder*. (3 uppl.). Lund: Studentlitteratur
- Simmonds, N.E. (1988). *Juridiska principfrågor - Rättvisa, gällande rätt och rättigheter*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Welin, S. (2003). *Från nytta till rättigheter – En politisk, filosofisk odysseé*. Göteborg: Daidalos AB.
- Westerhäll, L. (1994). *Patienträttigheter*. Stockholm: Nerenius & Santéus förlag AB.

## Rapporter

Bergmark, A., Dane, L., Leviner, P. och Warnling-Nerep, W. (2015). *Vilka rättigheter har barn som är EU-medborgare och lever i utsatthet i Sverige? – En rättsvetenskaplig undersökning av minderåriga unionsmedborgares rätt till utbildning, hälso- och sjukvård samt socialt stöd och skydd*. Stockholm: Barnrättscentrum, Stockholms universitet. För UNICEF.

## Internetkällor

### *Lagkommentarer*

Ehrenkrona, Carl-Henrik, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna art. 1, lagkommentar no.2 , (Avläst 2015-12-02, Karnov Internet)

Jermsten, Henrik, Regeringsformen 2 kap. 19 §, lagkommentar no. 54, (Avläst 2015-12-02, Karnov Internet)

### *Övriga*

Jelmini, Maria, *Få barn till EU-migranter får skolgång*, Svenska Dagbladet, 2015-01-02, <http://www.svd.se/fa-barn-till-eu-migranter-far-skolgang>. (Avläst 2015-12-02)

Nationalencyklopedin, sökord: *Rättighet*, författare Ingmar Persson. (Avläst 2015-12-02) <http://www.ne.se/>