

RÄTTSAKTIONEN

mot diskriminering av barn med funktionsnedsättning
med stöd från Disability Rights Defenders – Sweden (DRD-S), Talerättsfonden mot diskriminering och
Antidiskrimineringsbyrån Stockholm Norr.

Till

Attunda Tingsrätt

Endast per e-mail: attunda.tingsratt@dom.se

Stockholm 2022 04 29

Ansökan om stämning

Kärande

Josef

Ombud:

Legal Counsel Stellan Gärde,
Björngårdsgatan 14A,
118 52 Stockholm
Telefon: 070 699 40 49
E-post: Stellan.garde@telia.com;

Svarande

Österåkers kommun
184 86 Åkersberga

Saken

Angående diskrimineringsersättning och skadestånd för diskriminering mm i samband med förskoleverksamhet.

I egenskap av ombud för Josef ansöker vi härmed om stämning på Österåkers kommun.

Fullmakt i original kommer att skickas med ordinarie post.

Innehållsförteckning

1. RÄTTSFRÅGORNA I MÅLET	4
2. YRKANDEN	4
3. RÄTTSLIGA GRUNDER	5

	2
3.1. Diskrimineringslagen (DL)	5
3.2. Europakonventionen - svensk lag	7
3.3 Barnkonventionen – svensk lag	7
3.4. Regeringsformen	9
3.5. Funktionsrättskonventionen - CRPD	9
3.6. Skollagen	11
3.7. Kommunallagen	11
3.8. Konventionskonform tolkning	11
4. SAKOMSTÄNDIGHETER	12
4.1 Josef Bengtssons autism och ADHD diagnos	12
4.2 Utförligare om Josef Bengtsson	12
4.3 Konflikten	14
4.4 Klagomål till Skolinspektionen	15
4.5 Kommunens vägran att medverka i Autismcenters inlärningsprogram	16
5. SAKFÖRHÅLLANDEN OCH UTVECKLING AV DE RÄTTSLIGA GRUNDERNA AVSEENDE BRISTANDE ANPASSNING 1 - BEHOV AV SÄRSKILT RESURSPERSON	18
5.1 Omständigheter	18
5.2 Diskriminering särskild personalresurs – utveckling av grunder	22
5.2.1 Direkt diskriminering	22
5.2.2 Indirekt diskriminering	23
5.2.3 Bristande tillgänglighet	26
6. SAKFÖRHÅLLANDEN OCH UTVECKLING AV DE RÄTTSLIGA GRUNDERNA AVSEENDE BRISTANDE ANPASSNING 2 - KOMMUNICERING GENOM PECS	31
6.1 Omständigheter	31
6.2 Diskriminering kommunikering genom PECS – utveckling rättsliga grunder	33
6.2.1 Direkt diskriminering	34
6.2.2 Indirekt diskriminering	35
6.2.3 Bristande tillgänglighet	38
7. SAKFÖRHÅLLANDEN OCH UTVECKLING AV DE RÄTTSLIGA GRUNDERNA AVSEENDE BRISTANDE ANPASSNING 3 - TOALETTRÄNING	42
7.1 Omständigheter	42

	3
7.2 Diskriminering toaträning – utveckling rättsliga grunder	44
7.2.1 Direkt diskriminering	44
7.2.2 Indirekt diskriminering	46
7.2.3 Bristande tillgänglighet	48
 8. SAKFÖRHÅLLANDEN OCH UTVECKLING AV DE RÄTTSLIGA GRUNDERNA AVSEENDE BRISTANDE ANPASSNING 4 - FUNKTIONELL LEK	 53
8.1 Omständigheter	53
8.2 Diskriminering funktionell lek – utveckling rättsliga grunder	55
8.2.1 Direkt diskriminering	55
8.2.2 Josef hävdar ej indirekt diskriminering i denna del.	57
8.2.3 Bristande tillgänglighet	58
 9. UTVECKLING AV DE RÄTTSLIGA GRUNDERNA I ÖVRIGT	 62
9.1 Europakonventionen	62
9.2 Barnkonventionen	63
9.3 Regeringsformen	66
9.4 Konventionskonform tolkning	68
9.5 Funktionsrättskonventionen - CRPD	71
 10. PRELIMINÄR BEVISUPPGIFT	 73
10.1 Muntlig bevisning	73
10.2 Skriftlig bevisning	74

1. RÄTTSFRÅGORNA I MÅLET

Rättsfrågan i målet är om Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning för brott mot Diskrimineringslag (2008:567) (DL), och skadestånd för brott mot Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och lagen därom (EKMR) till Josef Bengtsson.

1. Frågan är om Österåkers kommun har utsatt Josef för ett intrång/missgynnande enligt DL:s regler om direkt diskriminering, indirekt diskriminering och bristande tillgänglighet.
2. Frågan är om Österåkers kommun i strid med EKMR:s regler om förbud mot diskriminering vid nyttjande av rätten till utbildning inom ramen för förskoleverksamheten diskriminerat Josef Bengtsson.

Av 2 kap. 5 § DL framgår att den som bedriver verksamhet som avses i skollagen (2010:800) inte får diskriminera något barn eller någon elev, student eller studerande som deltar i eller söker till verksamheten.

Josef hävdar att Österåkers kommun i samband med den av Österåkers kommun bedrivna förskolan har diskriminerat honom i strid med DL och EKMR.

Josef Bengtssons ostridiga diagnoser för hans funktionsnedsättningar gör att han har särskilda behov av hjälpmedel och tillgänglighetsanpassningar i förskolan.

Diskriminering av Josef har skett med avseende på:

1. Att i tid vidta åtgärder för tillräcklig anpassning
2. Vägran att tillsätta tillräckliga personalresurser,
3. Vägran att tillämpa PECS (bildkommunikation),
4. Vägran att fullgöra toaletteräning och;
5. Vägran att tillämpa funktionell lek (stegvis strukturerad och metodisk lek).

2. YRKANDEN

Josef yrkar att tingsrätten förpliktar Österåkers kommun att till honom utge 150 000 kr i diskrimineringsersättning och skadestånd.

Josef yrkar vidare ersättning för rättegångskostnader med ett belopp som senare kommer att anges.

3. RÄTTSLIGA GRUNDER

3.1. Diskrimineringslagen (DL)

Tillämpliga bestämmelser

Diskrimineringsförbud DL 2 kap 5 §

”Den som bedriver verksamhet som avses i skollagen (2010:800) eller annan utbildningsverksamhet (utbildningsanordnare) får inte diskriminera något barn eller någon elev, student eller studerande som deltar i eller söker till verksamheten. Anställda och uppdragstagare i verksamheten ska likställas med utbildningsanordnaren när de handlar inom ramen för anställningen eller uppdraget. *Lag (2014:958).*”

Diskrimineringsersättning DL 5 kap 1 §

”Den som bryter mot förbuden mot diskriminering eller repressalier eller som inte uppfyller sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier eller sexuella trakasserier enligt denna lag ska betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär. När ersättningen bestäms ska särskilt syftet att motverka sådana överträdelser av lagen beaktas. Ersättningen ska betalas till den som kränkts av överträdelsen.”

I DL 1 kap 4§ anges definitioner i enlighet med följande:

p. 1. direkt diskriminering: att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder,

p. 2. indirekt diskriminering: att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, viss funktionsnedsättning, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet,

p. 3. bristande tillgänglighet: att en person med en funktionsnedsättning missgynnas genom att sådana åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning som är skäligen utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning, och med hänsyn till

- de ekonomiska och praktiska förutsättningarna,
- varaktigheten och omfattningen av förhållandet eller kontakten mellan verksamhetsutövaren och den enskilde, samt
- andra omständigheter av betydelse,

Dessa regler i DL återopas i enlighet med följande

A. Bristande personalresurs

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning enligt DL 5 kap 1 § till Josef genom att Österåkers kommun i samband med förskoleverksamheten i strid med DL 2 kap § 5 utsatt Josef i första hand för direkt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 1 och i andra hand för indirekt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 2 och diskriminering innefattande bristande tillgänglighet enligt DL 1 kap 4§ p. 3 genom att Österåkers kommun inte har tillsatt **en extra personalresurs på heltid** enbart för Josef för att kompensera för hans funktionsnedsättning.

B. Bristande kommunikationshjälpmedel

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning enligt DL 5 kap 1 § till Josef genom att Österåkers kommun i samband med förskoleverksamheten i strid med DL 2 kap § 5 utsatt Josef för i första hand direkt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 1 och i andra hand indirekt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 2 och för diskriminering innefattande bristande tillgänglighet enligt DL 1 kap 4§ p. 3 genom att Österåkers kommun **inte har tillämpat kommunikationshjälpmedlet PECS**, och därmed inte kompenserat för hans funktionsnedsättning.

C. Bristar i toaletträning

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning enligt DL 5 kap 1 § till Josef genom att Österåkers kommun i samband med förskoleverksamheten i strid med DL 2 kap § 5 utsatt Josef för i första hand direkt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 1 och i andra hand indirekt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 2 och diskriminering innefattande bristande tillgänglighet enligt DL 1 kap 4§ p. 3 genom att Österåkers kommun **vägrat att fullgöra toaletträning med honom** för att kompensera för hans funktionsnedsättning.

D. Bristar i tillämpning av funktionell lek

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning enligt DL 5 kap 1 § till Josef genom att Österåkers kommun i samband med förskoleverksamheten i strid med DL 2 kap § 5 utsatt Josef för direkt diskriminering enligt DL 1 kap 4§ p. 1 och för diskriminering innefattande bristande tillgänglighet enligt DL 1 kap 4§ p. 3 genom att Österåkers kommun vägrat att **tillämpa funktionell lek** för att kompensera hans funktionsnedsättning.

3.2. Europakonventionen - svensk lag

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge skadestånd till Josef genom att under förskoleverksamheten i strid med Europakonventionens **förbud mot diskriminering i artikel 14**, utsätta honom för diskriminering vid hans utövande av sin rätt till utbildning enligt reglerna i tilläggsprotokoll 1 artikel 2.

EKMR

Tilläggsprotokoll 1

Artikel 2 Rätt till undervisning

Ingen får förvägras rätten till undervisning. Vid utövandet av den verksamhet som staten kan ta på sig i fråga om utbildning och undervisning skall staten respektera föräldrarnas rätt att tillförsäkra sina barn sådan utbildning och undervisning som står i överensstämmelse med föräldrarnas religiösa och filosofiska övertygelse.

EKMR

Artikel 14 förbud mot diskriminering

Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

3.3 Barnkonventionen – svensk lag

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge skadestånd till Josef genom att under förskoleverksamheten utsatt honom för åtgärder i strid med Barnkonventionens förbud mot diskriminering vid nyttjande av rätten till utbildning enligt artiklarna 2, 23, 28 och 29.

Artikel 2

1. Konventionsstaterna ska respektera och tillförsäkra varje barn inom deras jurisdiktion de rättigheter som anges i denna konvention utan åtskillnad av något slag, oavsett barnets eller dess förälders eller vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, funktionsnedsättning, börd eller ställning i övrigt.

2. Konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barnet skyddas mot alla former av diskriminering eller bestraffning på grund av föräldrars, vårdnadshavares eller familjemedlemmars ställning, verksamhet, uttryckta åsikter eller tro.

Artikel 23

1. Konventionsstaterna erkänner att ett barn med fysisk eller psykisk funktionsnedsättning bör åtnjuta ett fullvärdigt och anständigt liv under förhållanden som säkerställer värdighet, främjar tilltron till den egna förmågan och möjliggör barnets aktiva deltagande i samhället.

2. Konventionsstaterna erkänner rätten till särskild omvårdnad för ett barn med funktionsnedsättning och ska, inom ramen för tillgängliga resurser, uppmuntra och säkerställa att det berättigade barnet och de som ansvarar för dess omvårdnad får stöd för vilket ansökan föreligger, i enlighet med vad som är lämpligt med hänsyn till barnets tillstånd och föräldrarnas förhållanden eller förhållandena hos andra som tar hand om barnet.

3. Med hänsyn till att ett barn med funktionsnedsättning har särskilda behov ska det stöd som lämnas enligt punkt 2 i denna artikel vara kostnadsfritt, då så är möjligt, med beaktande av föräldrarnas ekonomiska tillgångar eller de ekonomiska tillgångarna hos andra som tar hand om barnet. Stödet ska syfta till att säkerställa att barnet har effektiv tillgång till och får utbildning, hälso- och sjukvård, rehabilitering och habilitering, förberedelse för arbetslivet och möjligheter till rekreation på ett sätt som bidrar till barnets största möjliga integrering i samhället och individuella utveckling, inklusive dess kulturella och andliga utveckling.

4. Konventionsstaterna ska i en anda av internationellt samarbete främja utbyte av lämplig information på området för förebyggande hälso-vård och medicinsk, psykologisk och funktionell behandling av barn med funktionsnedsättning, inklusive spridning av och tillgång till information om habiliteringsmetoder, utbildning och yrkesinriktad utbildning, i syfte att göra det möjligt för konventionsstater att förbättra sin kapacitet och kompetens och vidga sin erfarenhet på dessa områden. Särskild hänsyn ska härvid tas till utvecklingsländernas behov.

Artikel 28

1. Konventionsstaterna erkänner barnets rätt till utbildning. I syfte att gradvis förverkliga denna rätt och på grundval av lika möjligheter ska de särskilt:

- (a) göra grundskoleutbildning obligatorisk och kostnadsfritt tillgänglig för alla,
- (b) uppmuntra utvecklingen av olika former av gymnasial utbildning inklusive såväl högskoleförberedande utbildning som yrkesutbildning, göra dessa tillgängliga och åtkomliga för varje barn samt vidta lämpliga åtgärder såsom införande av kostnadsfri utbildning och ekonomiskt stöd vid behov,
- (c) genom varje lämpligt medel göra högre utbildning tillgänglig för alla på grundval av förmåga,
- (d) göra utbildnings- och yrkesrelaterad information och vägledning tillgänglig och åtkomlig för alla barn,
- (e) vidta åtgärder för att uppmuntra regelbunden närvaro i skolan och minska antalet studieavbrott.

2. Konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att disciplinen i skolan upprätthålls på ett sätt som är förenligt med barnets mänskliga värdighet och i överensstämmelse med denna konvention.

3. Konventionsstaterna ska främja och uppmuntra internationellt samarbete i utbildningsfrågor, särskilt i syfte att bidra till att avskaffa okunnighet och analfabetism i hela världen och för att underlätta tillgång till vetenskaplig och teknisk kunskap och moderna undervisningsmetoder. Särskild hänsyn ska härvid tas till utvecklingsländernas behov.

Artikel 29

1. Konventionsstaterna är överens om att barnets utbildning ska syfta till att:

- (a) utveckla barnets fulla möjligheter i fråga om personlighet, anlag och fysisk och psykisk förmåga,
- (b) utveckla respekt för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter samt för principerna i Förenta nationernas stadga,
- (c) utveckla respekt för barnets föräldrar, för barnets egen kulturella identitet, språk och värden, för bosättningslandets och för ursprungslandets nationella värden och för kulturer som skiljer sig från barnets egen,
- (d) förbereda barnet för ett ansvarsfullt liv i ett fritt samhälle i en anda av förståelse, fred, tolerans, jämställdhet mellan könen och vänskap mellan alla folk, etniska, nationella och religiösa grupper och personer som tillhör ett urfolk,
- (e) utveckla respekt för naturmiljön.

2. Inget i denna artikel eller i artikel 28 får tolkas så att det medför inskränkning i den enskildes och organisationers rätt att inrätta och driva utbildningsinstitutioner, dock alltid under förutsättning att de principer som fastställts i punkt 1 i denna artikel iakttas och att kraven uppfylls på att undervisningen vid dessa institutioner ska stå i överensstämmelse med vad som från statens sida angetts som miniminorm.

3.4. Regeringsformen

Domstolen har att vid sin bedömning av om Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet att utge skadestånd till Josef enligt DL och EKMR genom att under förskoleverksamheten ta i beaktande 2 kap 12 § RF regel om förbud mot diskriminering och 2 kap 18 § RF om rätten till utbildning.

Vidare ska domstolen vid den rättsliga bedömningen även ta hänsyn till de grundläggande reglerna i RF 1 kap 2 § angående att det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och att barns rätt tas till vara och att diskriminering av människor på grund av funktionsnedsättning ska motverkas. Därtill även de grundläggande reglerna i RF 1 kap § 9 RF angående rätten till likabehandling.

3.5. Funktionsrättskonventionen - CRPD

Österåkers kommuns skyldighet att utge skadestånd till Josef för de åtgärder kommunen utsatt Josef för under förskoleverksamheten ska även prövas genom konventionskonform tolkning av reglerna i DL och EKMR i förhållande till Funktionsrättskonventionens förbud mot diskriminering och rättigheter i artiklarna 2, 9 och 24.

Artikel 2

.....

”diskriminering på grund av funktionsnedsättning” betyder varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av funktionsnedsättning som har till syfte eller verkan att inskränka eller omintetgöra erkännande, åtnjutande eller utövande på lika villkor som andra av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, ekonomiska, sociala, kulturella och civila området eller på andra områden. Det omfattar alla former av diskriminering, inklusive underlåtenhet att göra skälig anpassning.

.....

Artikel 9 Tillgänglighet

1. För att göra det möjligt för personer med funktionsnedsättning att leva oberoende och att fullt ut delta på alla livets områden, ska konventionsstaterna vidta ändamålsenliga åtgärder för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning får tillgång på lika villkor som andra till den fysiska miljön, till transporter, till information och kommunikation, innefattande informations- och kommunikationsteknik (IT) och -system samt till andra anläggningar och tjänster som är tillgängliga för eller erbjuds allmänheten både i städerna och på landsbygden. Dessa åtgärder, som ska innefatta identifiering och undanröjande av hinder och barriärer mot tillgänglighet, ska bl. a. gälla

- a) byggnader, vägar, transportmedel och andra inom- och utomhusanläggningar, däribland skolor, bostäder, vårdinrättningar och arbetsplatser, samt
- b) information, kommunikation och annan service, däribland elektronisk service och service i nödsituationer.

2. Konventionsstaterna ska även vidta ändamålsenliga åtgärder för att
- a) utveckla, utfärda och övervaka tillämpning av miniminormer och riktlinjer för tillgänglighet till anläggningar och service som är öppna för eller erbjuds allmänheten,
 - b) säkerställa att enskilda enheter som erbjuder anläggningar och service dit allmänheten äger tillträde beaktar alla aspekter av tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning,
 - c) erbjuda intressenter utbildning i frågor som gäller tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning,
 - d) utrusta byggnader och andra anläggningar dit allmänheten äger tillträde med anvisningar i punktskrift och i lättläst och lättbegriplig form,
 - e) erbjuda former av assistans och annan personlig service, däribland ledsagare, lektörer och yrkesverksamma teckenspråkstolkar, för att underlätta tillgänglighet till byggnader och andra anläggningar som är öppna för allmänheten,
 - f) främja andra ändamålsenliga former av hjälp och stöd till personer med funktionsnedsättning för att säkerställa deras tillgång till information,
 - g) främja tillgång för personer med funktionsnedsättning till ny informations- och kommunikationsteknik (IT) och nya system, däribland Internet, samt
 - h) främja utformning, utveckling, tillverkning och distribution av tillgänglig informations- och kommunikationsteknologi och -system på ett tidigt stadium så att de blir tillgängliga till lägsta möjliga kostnad.

Artikel 24 Utbildning

1. Konventionsstaterna erkänner rätten till utbildning för personer med funktionsnedsättning. För att förverkliga denna rätt utan diskriminering och på lika villkor, ska konventionsstaterna säkerställa ett sammanhållet utbildningssystem på alla nivåer och livslångt lärande inriktat på
- a) full utveckling av den mänskliga potentialen och känslan för värdighet och egenvärde samt förstärkning av respekten för de mänskliga rättigheterna, de grundläggande friheterna och den mänskliga mångfalden,
 - b) utveckling av personlighet, begåvning och kreativitet hos personer med funktionsnedsättning samt av deras mentala och fysiska färdigheter till deras fulla möjligheter, samt
 - c) att göra det möjligt för personer med funktionsnedsättning att effektivt delta i ett fritt samhälle.
2. För att förverkliga denna rätt, ska konventionsstaterna säkerställa att
- a) personer med funktionsnedsättning inte utestängs från det allmänna utbildningssystemet på grund av funktionsnedsättning och att barn med funktionsnedsättning inte utestängs från kostnadsfri obligatorisk grundutbildning eller från undervisning som följer efter grundutbildning, på grund av funktionsnedsättning,
 - b) personer med funktionsnedsättning, på lika villkor som andra, får tillgång till en inkluderande och kostnadsfri grundutbildning av kvalitet och till undervisning som följer efter grundutbildning på sina hemorter,
 - c) skälig anpassning erbjuds utifrån personliga behov,
 - d) personer med funktionsnedsättning ges nödvändigt stöd inom det allmänna utbildningssystemet för att underlätta deras ändamålsenliga utbildning, samt
 - e) ändamålsenliga individanpassade stödåtgärder erbjuds i miljöer som erbjuder största möjliga kunskapsrelaterade och sociala utveckling som är förenliga med målet fullständig inkludering.
3. Konventionsstaterna ska göra det möjligt för personer med funktionsnedsättning att lära sig praktiska och sociala färdigheter för att underlätta deras fulla och likvärdiga deltagande i utbildning och som samhällsmedlemmar. I detta syfte ska konventionsstaterna vidta ändamålsenliga åtgärder, bland annat för att
- a) underlätta inläring av punktskrift, alternativ skrift, alternativa och kompletterande former, medel och format för kommunikation samt rörelse- och orienteringsförmågan och underlätta kamratstöd och mentorskap,
 - b) underlätta inläring av teckenspråk och främja dövsamhällets språkliga identitet, samt
 - c) säkerställa att utbildning av personer, särskilt av barn, med synskada eller dövblindhet eller som är döva eller hörselskadade, ges på de mest ändamålsenliga språken, formerna och medlen för kommunikation för den enskilde och i miljöer som maximerar kunskapsrelaterad och social utveckling.

4. För att säkerställa förverkligandet av denna rättighet ska konventionsstaterna vidta ändamålsenliga åtgärder för att anställa lärare, även lärare med funktionsnedsättning, som är kunniga i teckenspråk och/eller punktskrift, och för att utbilda yrkeskunniga personer och personal som är verksamma på alla utbildningsnivåer. Denna utbildning ska omfatta kunskap om funktionshinder och användning av lämpliga alternativa och kompletterande former, medel och format för kommunikation, utbildningstekniker och material för att stödja personer med funktionsnedsättning.
6. Konventionsstaterna ska säkerställa att personer med funktionsnedsättning får tillgång till allmän högre utbildning, yrkesutbildning, vuxenutbildning och livslångt lärande utan diskriminering och på lika villkor som andra. I detta syfte ska konventionsstaterna säkerställa att skäligen anpassning erbjuds personer med funktionsnedsättning.

3.6. Skollagen

Österåkers kommuns skyldighet att utge skadestånd till Josef enligt reglerna i DL och EKMR ska även prövas med beaktande av kommunens skyldigheter i Skollagens regler i 3 kap 1–4 §§, 8 kap 2 – 12 §§.

3.7. Kommunallagen

Österåkers kommuns skyldighet att utge skadestånd till Josef enligt DL och EKMR ska även prövas med beaktande av kommunens skyldigheter i Kommunallagens regler i 2 kap 3 § angående skyldigheten att behandla alla medborgare lika och verka för att alla medborgares ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och att diskriminering av människor på grund av funktionsnedsättning ska motverkas.

3.8. Konventionskonform tolkning

DL och EKMR ska tolkas konventionskonformt i förhållande till internationell rätt. Särskilt ska noteras artiklarna 2, 9 och 24 i CRPD och Barnkonventionen, artiklarna 2, 23 och 28.

4. SAKOMSTÄNDIGHETER

4.1 Josef Bengtssons autism och ADHD diagnos

Josef har diagnostiserad autism och ADHD sedan mars 2019.

Diagnos fastställdes 2019-03-08 av barn och ungdomspsykiatri (BUP) Solna av Leg. psykolog Mira Müller samt Johanna Sörensen Överläkare specialist i barn- och ungdomspsykiatri (BILAGA 5).

Uppföljande läkarintyg och läkarutlåtande angående Josef Bengtssons diagnos och behov gjordes 2020-11-03 av läkare på BUP Juliette van Kalmthout (BILAGA 1, 2).

BUP har bland annat intygat att Josef har behov av följande i förskola: individuellt vuxenstöd, särskild resurs, mindre grupper, med mera (BILAGA 2, 5)

BUP remitterade Josef till Autismcenter Små barn för Stockholms län ("Autismcenter"). Psykologen på Autismcenter som behandlade Josef Bengtsson, från mars 2019 fram till juli 2020, var Simon Mattsson. Simons Mattssons ersättare på Autismcenter därefter var specialpedagog Lotta Öman från juli 2020.

Intyg 2020-05-25 från Autismcenter visar att Josef har behov av alternativa kommunikationsvägar samt att Picture Exchange Communication System (PECS) är det kommunikationssätt som valdes ut för träning och det språk som han använder sig av (BILAGA 3.)

Josef Bengtssons journal från Autismcenter, visar hans utveckling och behov av särskilt stöd och att detta nekats av förskolechefen (BILAGA 4).

Josef Bengtssons vårdnadshavare har fått handledning av Autismcenter i funktionell lek, tillämpad beteendeanalys (TBA), kommunikation, toaletträning och PECS.

4.2 Utförligare om Josef

Josef Bengtsson, född 2016, bodde i Solna fram till oktober 2018 och kom i oktober 2018 till Åkersberga. På Skärgårdsstads förskola gick Josef först på förskolans avdelning Ankaret och därefter på avdelningen Jollen fram till och med sommaren 2020. Därefter gick Josef åter på

förskolans avdelning Ankaret, från augusti 2020 och fortfarande. Han planerar att gå kvar på Skärgårdsstads förskola under 2022.

Personalen Pernilla Johansson (avdelningsansvarig förskollärare) och Kristina Dorén (barnskötare) har följt med åldersgrupperna inklusive Josef vid flytt mellan olika avdelningar fram till vårterminen 2021. Pernilla Johansson har från och med höstterminen 2021 börjat på en ny avdelning och Kristina Dorén har slutat på Skärgårdsstads förskola i juni 2021. Under året 2019/20 var Shakiba Qhasemi barnskötare och hade hand om bland annat Josef Bengtsson.

Josef Bengtssons behov av särskilt stöd meddelades till Skärgårdsstads förskola, i september 2018, i samband med att dokumentation lämnades över från hans tidigare förskola i Solna till rektor Emma Hammenstig (BILAGA 42).

Från den tidigare förskolan i Solna framkom det att Josef hade behov av att ingå i ett mindre sammanhang samt vara i en lugn, avskalad miljö. Vidare framkom det att Josef trivdes och fungerade bra utomhus. Tidigare förskola hade påbörjat stöd med bildkort vid lunch och fruktstund då Josef behövde stöd vid matsituation. Hjälp behövdes även vid påklädning. Vidare innehöll informationen att det var svårt att få kontakt med Josef Bengtsson, att han gärna klättrade och stoppade allt i munnen samt att Josef uppskattade babblarna. Vidare innehöll informationen att Josef fick utbrott vid trötthet och hunger, då blev Josef självdestruktiv, bets och sparkades. Josef visade inget utbyte av pedagogiska storsamlingar och vid sovvilan användes tyngdväst.

Josef är glad och energisk, han tycker om att vara aktiv och ständigt i rörelse. Han är kärleksfull men han behöver hjälp av vuxna för att kunna samspela och leka med andra barn. En vuxen med kunskap om Josef Bengtssons behov behöver fånga hans uppmärksamhet och väcka hans intresse samt förstärka positiva beteenden. I annat fall stänger Josef ute omvärlden och ägnar sig åt sina repetitiva beteenden såsom att under längre tid studsa bollar, snurra på saker, gunga osv. Han tar endast sporadiskt kontakt med andra barn, han har ett mycket litet behov att samspela med andra. För att kunna få Josef att utvecklas och lära sig att samspela med andra barn så krävs en vuxen som särskild resurs som vet hur han kan stimuleras för att kunna öva på samspel. (BILAGA 2)

Josef saknar helt förmågan att kunna uttrycka sig verbalt. På förskolan kommunicerar han genom att göra andra uppmärksamma på hans behov genom att ta vuxna i handen och dra dem till exempel skafferiet eller att ta fram ett glas om han är törstig. Josef tränar med sina föräldrar hemma att kunna ta fram bilder för att visa vad han vill genom bild-kommunikationsmetoden PECS. Denna kommunikation sker via en pärm med bilder som Josef använder med hjälp av förstärkare under föräldraledad träning. Josef är inte självgående i detta utan behöver stöd och träning i olika situationer. Målet är att Josef ska kunna använda bilderna i minst 30 olika situationer per dag. PECS kräver träning i alla miljöer som Josef befinner sig i. Det är därför en stor nackdel att Josef inte får träna PECS på förskolan. På förskolan används i stället kommunikationsmetoden TAKK (Tecken som Alternativ och Kompletterande Kommunikation) i kombination med visst bildstöd samt kroppsspråk.

Josef kan inte delta i teoretisk utbildning då han saknar förmågan att uttrycka sig själv verbalt och tillgodogöra sig verbal kommunikation från andra. Josef har under stora delar av dagen behov av en avskärmad omgivning och överhuvudtaget en dedikerad vuxen som kan stimulera honom att vilja lära sig nya saker. I en omgivning med 21 andra barn (18 barn fram till vårterminen 2021 och därefter 21 barn) med ständiga intryck och ljud samt avsaknaden av ansvarig vuxen som följer och stödjer honom blir det omöjligt för Josef att ta del av förskolans verksamhet på samma sätt som barn utan hans funktionsnedsättning (BILAGA 2, 5).

Handledning från förskole- och skolpsykolog från centrala Elevhälsan i Österåkers Kommun påbörjades 2020-05-20. Dessförinnan bedrevs handledning från Österåkers Kommuns pedagogcentrum. Psykologer och specialpedagoger från Österåkers kommun har dock inte under hela Josef Bengtssons vistelsetid haft någon direktkontakt med Josef och bedömt hans kognitiva förmågor, utan de har endast utfört handledning av förskolepersonal.

När det gäller Josef Bengtssons repetitiva beteenden så kan dessa brytas genom att erbjuda honom andra mer lämpliga aktiviteter. Att bryta Josef Bengtssons repetitiva beteenden kräver dock individuellt vuxenstöd genom en särskild resurs vilket inte Josef har tillgängligt under sin vistelsetid på förskolan. Av återopad bevisning i vittnesmål med psykolog Simon Mattsson och Psykolog och Specialpedagog Lotta Öman är det klart att behovet av särskild personal föreligger och att särskild personal är det stöd som är lämpligt.

Förskolan anser att Josef har utvecklats när funktionell lek tillämpas.

4.3 Konflikten

Konflikten mellan Josef och Österåkers kommun har framför allt hänfört sig till följande:

- **Särskild personalresurs och individuellt vuxenstöd.** Dessa resurser skulle gett möjlighet till lagstadgad anpassning, träning och tillsyn i tillräcklig omfattning; Frånvaron av särskild personalresurs har accentuerat med anledning av utformning av förskolans lokaler – Josef har haft behov av utrymme där han kan få individuell träning utan andra barns närvaro. Platsen som använts för individuell träning har varit i ett kök/allrum/förråd som inte var lämpligt då andra barnen har tillgång samtidigt. Hade en särskild personalresurs funnits hade detta problem inte uppstått. Josef Bengtssons avdelning har 21 barn och totalt finns ca 100 barn på förskolan;
- Tillämpning av och särskild utbildning av personal i kommunikering via metoden **Picture Exchange Communication System (PECS)**. Detta skulle gett möjlighet till lagstadgad anpassning avseende kommunikation mellan Josef Bengtsson, personalen och andra barn inom förskoleverksamheten;
- **Toalettträning** av Josef Bengtsson. Träningen på förskolan som synkroniseras med föräldrarnas träning skulle möjliggjort lagstadgad anpassning avseende målet att bli blöjfri som andra barn inom förskoleverksamheten;

- **Funktionell lek och samspel.** Detta som innefattas i lagstadgad anpassning hade behövts i större omfattning och mer strukturerat.

4.4 Klagomål till Skolinspektionen

Innehållet i klagomål till Skolinspektionen har inarbetats i sakframställan under de olika rubrikerna angående bristande anpassning/tillgänglighet nedan.

Anmälan till Skolinspektionen gjordes 2020 07 08. Anmälan innefattade behov av särskild stödperson, kommunikation via PECS, funktionell lek, bristande struktur, schemaläggning och hjälpmedel.

Kommunen svarade 2020 08 25 och angav:

- att Josef får del av hjälpmedel som han behöver för att kunna delta i förskolans verksamhet;
- att det finns en meningsskiljaktighet för runt vilket hjälpmedel som ska användas för kommunikationsträning. Österåkers kommun använder TAKK där de har bred kompetens och möjlighet till fortbildning och handledning. Kommunen skrev vidare att det breda användandet av TAKK möjliggör också för övriga barn att kommunicera med Josef Bengtsson. Enligt kommunen beskriver förskolans personal att TAKK fungerar väl för Josef och att han utvecklas väl;
- att förskolan tillgodoser behovet av en stödperson, då det är organisatoriskt löst genom tre personer som växlar i uppdraget. Detta för att kunna täcka Josef Bengtssons vistelsetider och för att minska den sårbarhet som finns om enbart en pedagog har uppdraget;
- att förskolan har tackat ja och tagit del av handledning från Autismcenter små barn. Framöver skulle förskolan tacka ja om handledningen kunde genomföras på plats på förskolan eller digitalt.
- att förskolan också får handledning från kommunens pedagogcentrum och elevhälsan.
- att huvudmannens utredning visar att anmälare och rektor gör olika bedömningar av vad som är förskolans uppdrag och i vilken utsträckning vårdnadshavare kan ha inflytande över val av metoder och beträffande hur rektor organiserar förskolans verksamhet.
- att utredningen visade att anmälarens bedömning av om stöd är insatt inte överensstämmer med förskolans dokumentation av insatt stöd.

Efter ett telefonsamtal med Skolinspektionen tog Skolinspektionen upp nytt ärende igen för att ställa egna frågor – datum 2020 10 16 (BILAGA 10).

Kommunens och föräldrarnas svar skrivelse 2021 02 22 (BILAGA 12).

Skolinspektionens ytterligare frågor och kommunens svar. Beslut från Skolinspektionen att lägga ner ärendet datum 2021 03 30 (BILAGA 13).

“Skolinspektionens prövning i detta fall syftar till att fastställa om Österåkers kommun har tillgodosett barnets rätt till särskilt stöd. Skolinspektionen **kan däremot inte uttala sig om det som anförts från anmälaren om att barnet behöver den angivna stödinsatser** av en egen resursperson. **Skolinspektionen tar inte heller i övrigt ställning till vilka specifika stödåtgärder en förskola ska vidta** för att tillgodose ett barns behov eller vilka resurser som ska avsättas för detta. Skolinspektionens prövning avser i stället själva processen med arbetet med särskilt stöd. I detta ligger att granska om huvudmannen har bedömt vilka behov av särskilt stöd barnet har, om åtgärder har satts in för att tillgodose barnets behov, samt om vidtagna åtgärder har följts upp och utvärderats.”

Det kan konstateras att Skolinspektionen inte har gjort någon bedömning av om Josef har haft ett behov av egen resursperson, ytterligare funktionell lek, toaträning och PECS som kommunikationsmedel.

Det kan även konstateras att Skolinspektionen inte har gjort någon bedömning av om Josef enligt diskrimineringslagens regler om direkt eller indirekt diskriminering eller bristande tillgänglighet diskriminerats på grund av brister avseende egen resursperson. ytterligare funktionell lek, toaträning och PECS som kommunikationsmedel.

4.5 Kommunens vägran att medverka i Autismcenters inlärningsprogram

För Österåkers kommun finns utvecklat ett mångsidigt intensivt inlärningsprogram baseras på vetenskapen tillämpad beteendeanalys (TBA) i syfte att ge kommunens förskolepersonal kompetens att ge barn med funktionsnedsättning tillräckligt kompetent verksamhet.

Programmet kan anpassas individuellt efter barns behov i respektive förskola.

Autismcenter anordnar ett mångsidigt intensivt inlärningsprogram där föräldrar och förskolepersonal får handledning från Autismcenter små barn för att i barnets vardagsmiljö ge barnet träning inom flera olika utvecklingsområden parallellt. Programmet kan vara aktuellt för barn som har svårigheter inom flera olika utvecklingsområden.

Under programmet ansvarar föräldrar och förskolepedagog tillsammans för att barnet får minst 20 timmars träningstid i veckan.

Det innebär 15 timmars träning per vecka på förskolan och 5 timmar per vecka i hemmet.

Många program innebär 30-40 timmar träning per vecka då aktuell forskning visar bäst resultat vid den intensiteten. Autismcenter små barn ansvarar för kartläggning, bedömning och handledning för träningen. Till en början är handledningsmötena täta, ca 1 gång/vecka, men glesas ut allt eftersom programmet fortskrider. Mötena sker oftast på Autismcenter små barn och ibland på barnets förskola.

Ett mångsidigt intensivt inlärningsprogram är en behovsbedömd insats. En del av bedömningen består i att barnet först ska ha genomgått en individuell insats på Autismcenter små barn.

Programmet startar alltid med en provofas. Under provofasen görs en bedömning om förutsättningar finns för att fortsätta det mångsidiga programmet. Ett mångsidigt program pågår som längst i två års tid eller till sommaren det året barnet fyller sex år. Barnet behöver ha minst ett år kvar på förskolan då programmet startar.

Den möjlighet som har varit tillgänglig för Josef i denna del har helt negligerats av kommunen och det enda skälet har varit bristande antal personal.

För de områden som är aktuella i målet – Särskild personal, användande av PECS, program för toaträning och funktionell lek – hade alla kunnat få sin lösning om kommunen hade accepterat att avsätta resurser för de behov Josef hade som kunde förverkligats i det intensiva inlärningsprogrammet Autismcenter rekommenderar.

Detta ska naturligtvis ligga med i bedömningen i de olika delarna av målet för kommunens skadeståndsskyldighet.

5. Sakförhållanden och utveckling av de rättsliga grunderna avseende bristande anpassning 1 - Behov av särskilt resursperson

5.1 Omständigheter

Josef har en funktionsnedsättning – som angetts ovan - som innebär att han behöver mycket tid för individuell träning och samspelsövningar. Detta förutsätter en särskild avsatt personalresurs.

Enligt skollagen (8 kap. 8 § skollagen (2010:800)) ska huvudmannen se till att barngrupperna har en lämplig sammansättning och storlek.

Enligt läroplan och skollag ska verksamheten utgå från alla barns förutsättningar, såväl styrkor som utvecklingsområden när förskolan lägger upp utbildning och undervisning. Träning i kommunikation och träning i socialt utbyte med andra barn och personal är central för förskolans verksamhet enligt Lpfö.

Enligt kommunallagen ska alla medborgare i kommunen behandlas lika.

Enligt skollagen 3 kap 5 § ska om en elev inte kommer att nå de kunskapskrav som minst ska uppnås eller de kravnivåer som gäller, och inte annat följer av 7 §, ska eleven skyndsamt ges stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen. Stödet ska ges med utgångspunkt i elevens utbildning i dess helhet, om det inte är uppenbart obehövligt. Detta gäller elever i samtliga skolformer.

Skolverket anger att gruppstorleken kan variera utifrån barnens behov och verksamhetens förutsättningar. Det finns en rad faktorer som är viktiga att ta hänsyn till då beslut tas om barngruppens storlek och sammansättning. Personalens utbildning och kompetens är den viktigaste kvalitetsfaktorn i förskolan, men även personaltätheten relaterat till antal barn, barngruppens sammansättning och den fysiska miljön är faktorer som påverkar vad som kan anses vara en lämplig storlek på barngruppen.

År 2018 genomsnittet 15,4 barn i barngrupp i förskola. Genomsnittet är 12,6 barn i en småbarnsgrupp. I grupperna som består av enbart barn mellan 4 och 5 år är genomsnitt 16,1 barn i de här grupperna. Skolverket har konstaterat i en utvärdering av statsbidraget för mindre barngrupper i förskolan att barngrupperna i förskolan hade minskat under samma tid som statsbidraget hade funnits, men samtidigt att antalet barngrupper hade ökat och att antalet anställda per barngrupp hade minskat.

Personaltätheten är normalt 5.1 barn per heltidsanställd personal. Antalet barn per förskollärare är 12,4.

I Kommunens förskola var 2021/22 en anställd som heltidsanställda förskollärare och två heltidsanställda barnskötare och en extra anställd resurs.

Josef Bengtssons barngrupp bestod 2021/22 av 21 barn vilket innebär 5,25 barn per heltidsanställd.

Detta skall sättas i relation till att om ett barn har grava funktionsnedsättningar så behövs ytterligare barn. Enligt skollagen ska ju huvudmannen se till att barngrupperna har en lämplig sammansättning och storlek.

Utifrån läkarutlåtande som lämnat av BUP 2020-11-03 (BILAGA 1), kan det konstateras att Josef har behov av särskild personalresurs upp till 100 % i förskolan. Detta för att Josef ska kunna utvecklas och lära sig samspela med andra barn på samma sätt som andra barn på förskolan (BILAGA 1, 2).

Detta finner även stöd i ansökan från föräldrarna (BILAGA 73) att han har behov av särskild personalresurs upp till 100 % i förskola

Av intyg från BUP framgår Josef Bengtssons behov av störningsfri träning (BILAGA 5).

”För patientens förskola rekommenderas en miljö som gör det möjligt att vara i en mindre grupp och att få individuellt vuxenstöd. Om förskolepersonalen önskar en återgivning för att bättre kunna anpassa verksamheten till Josef är de välkomna att kontakta BUP Solna.”

Utifrån det läkarutlåtande som lämnas av BUP kan man konstatera att Josef även måste hållas under ständig tillsyn och att personal måste ha i uppgift att minska hans självskadebeteende. (BILAGA 1, 2)

Avdelningen Ankaret där Josef har varit placerad har 21 barn och totalt ca 100 barn på hela förskolan. Det finns därför behov av en särskild avsatt personalresurs som kan utnyttja utrymme för individuell träning utan andra barns närvaro.

Den nuvarande platsen för individuell träning är troligen i köket/allrummet vilket är olämpligt då andra barnen har tillträde dit.

På egen hand kan inte Josef tillgodogöra sig förskolans pedagogiska verksamhet då den inte är anpassad för Josef Bengtssons behov och Josef saknar förutsättningar att utan särskilt stöd delta i verksamheten.

För att Josef ska kunna delta i utbildningen behöver han därtill normalt vara i mindre grupp.

Förskolan har inte anpassats till Josef Bengtssons behov utan är anpassad till alla barnen då det inte finns en särskild personalresurs som skulle möjliggöra att han normalt kan arbeta i mindre grupp.

En särskild personalresurs skulle även effektivt minska Josef Bengtssons självskadebeteende och tillgodose den särskilda säkerhet och tillsyn som han är i behov av. Josef hävdar att en särskild

personalresurs även skulle förbättra möjligheterna till träning på områdena funktionell lek, toaletträning, kommunikationsträning (dessa berörs nedan).

Vårdnadshavarna har krävt särskild personalresurs för Josef samt begärt att förskolan ska ansöka om tilläggsbelopp (ersättning för extraordinära stödåtgärder kopplat till enskilt barn med särskilda behov).

Josef har behövt vara under ständig uppsikt, i annat fall har det funnits hög risk att han skadat sig eller rymt.

- Detta hände bland annat den 15 november 2020 då Pernilla Johansson blev upptagen med en förälder och lämnade Josef utan uppsikt under några minuter. Josef klättrade då över staketet och sprang i väg från förskolan, där det finns både trafikerade vägar och vattendrag, alldeles i närheten.
- Den 1 oktober 2021 lämnades Josef utan tillsyn lekandes på en gunghäst. Detta ledde till två utslagna framtänder där delar av roten blev kvar. Josef blev efter akut tandläkarbesök sedan remitterad till specialisttandläkare för vidare undersökning och behandling.

Behovet av en särskild avsatt personalresurs grundar sig på att det är svårt för att inte säga omöjligt för en person, som samtidigt har ansvar för andra barn, att träna Josef Bengtsson, då personalen inte kan upprätthålla full koncentration gentemot Josef och det blir även lätt en störande miljö runt Josef Bengtsson.

Detta till trots har förskolechefen varit tydlig på möten med att de använder hela arbetslaget för att ta hand om Josef och har angett att kommunens syfte för sin underlåtenhet att inte tillsätta en extra personalresurs är att Josef Bengtssons behov av särskilt stöd tillgodoses med ordinarie personal och att det finns tillräckligt med resurser runt honom och att det blir organisatoriskt svårt om endast en pedagog har ansvaret.

Detta innebär att det inte finns någon kontinuitet bland de som har tillsyn och ansvar för Josef Bengtssons utbildning och vardag, då hela arbetslaget alternerar att ta hand om Josef Bengtsson. Det innebär att personal från samma avdelning och inlånad personal från andra avdelningar tar hand om Josef Bengtsson. Vissa av de som har hand om Josef växelvis har inte utbildning som barnskötare, utan är timanställda på förskolan.

Att Josef hela tiden har haft olika personer under perioden 2018 – 2022 som har haft tillsyn av honom gör att det inte finns någon kontinuitet för Josef Bengtsson, något han är helt beroende av. Det får till följd att det inte existerar någon kontinuerlig undervisning eftersom Josef helt saknar möjlighet att själv kommunicera, förmedla vad han vill och förstå andra utan stöd av särskild extra personal och att denna personal erhållit utbildning för detta.

Vad gäller Josef Bengtssons utomhusaktiviteter så leder avsaknaden av en egen personalresurs till att Josef spenderar den största tiden med repetitivt beteende såsom att gå runt och studsa med bollar eller gunga i timmar. Det krävs att en person fokuserar på Josef för att han ska kunna utveckla andra adekvata färdigheter då han vistas utomhus. I annat fall återstår endast repetitivt

beteende för Josef vilket han gör för att skapa trygghet och värde i sin mycket begränsade tillvaro.

Förskolechefen Emma Hammarstig har uttalat för Josef Bengtssons föräldrar att hon inte trodde det var möjligt med en särskild resurs för Josef eftersom Österåkers kommun konsekvent säger nej till särskilda resurser av ekonomiska skäl.

Efter det att föräldrar ställt krav har Emma Hammenstig återkopplat muntligt efter flertal veckor och upprepat att hon inte får ansöka om en särskild resurs för sin chef Ann Bisenius då det inte finns budget.

För förskola med ett barn med Josef Bengtssons grava autism finns stöd från institutioner såsom Autismcenter Små Barn som kan hjälpa förskolan med handledning och arbetsmetoder. Att vi nämner Autismcenter Små Barn följer av att Josef är remitterad dit och att Josef har en psykolog och specialpedagog som arbetar med Josef individuellt där.

Autismcenter som har handlagt Josef har utformat ett särskilt inlärningsprogram för barn med hans funktionsnedsättning. För kommunen finns som ovan angetts ett utvecklat mångsidigt intensivt inlärningsprogram i syfte att ge kommunens förskolepersonal kompetens att ge barn med funktionsnedsättning tillräckligt kompetent verksamhet. Programmet anpassas individuellt efter barns behov i respektive förskola. Under programmet ansvarar föräldrar och förskolepedagog tillsammans för att barnet får minst 20 timmars träningstid i veckan. Det innebär 15 timmars träning per vecka på förskolan och 5 timmar per vecka i hemmet. Många program kan även innebära 30-40 timmar träning per vecka för bäst resultat. Barn med samma grad av autism som Josef ska öva under förskoletid för att kunna utveckla normala beteendemönster och färdigheter enligt sina förutsättningar. Hade det funnits en extra personalresurs så hade detta kunnat förverkligas.

Kommunens förskola har avvisat Autismcenters inlärningsprogram. Kommunen har bekräftat att de endast erbjuder Josef övningar under 2 x 20 min per tillfälle några gånger per vecka. Detta har bekräftats av Pernilla Johansson. Förskolan anser att de inte kan erbjuda mer träning pga. otillräckliga personalresurser. Detta innebär endast träning i 3.33 timmar per vecka.

Den särskilda personalresursen skulle även skapa förutsättningar för Josef att få en relation till flera vuxna och andra barn på förskolan - då han av en särskild personalresurs kan få stöd för detta.

Det ska noteras att kommunen anordnat en speciell specialspråkförskola - Penseln, för barn med språknedsättning som enda primära funktionsnedsättning. Där är personaltätheten mycket hög och mindre grupp tillämpas. Detta visar på att kommunen gjort en bedömning vad som är acceptabel för en situation som liknar Josef Bengtssons. På specialförskolan Penseln går endast 8 barn i taget som har support av tre förskollärare och en logoped, där intensiv språkbehandling och förskoleverksamhet vävs samman i ett nära samarbete.

Syftet för kommunen att inte anpassa personalresurserna specifikt till Josef Bengtssons behov vilar tungt i det förhållandet att en särskild personalresurs kostar pengar.

Det kan konstateras att förskolans förfaringssätt i denna del missgynnat Josef i jämförelse med andra barn utan funktionsnedsättningar på förskolan då han inte fått tillgång till särskild personalresurs i förskolan.

5.2 Diskriminering särskild personalresurs – utveckling av grunder

Frågan är om Österåkers kommuns underlåtenhet att tillsätta en särskild personalresurs innefattar direkt eller indirekt diskriminering och bristande tillgänglighet.

5.2.1 Direkt diskriminering

För att det ska anses att Josef blivit utsatt för direkt diskriminering av Österåkers kommun i förskolan när kommunen underlåtit att tillsätta en särskild personalresurs ska kommunens beslut och underlåtenhet att inte tillsätta en extra personalresurs

- a. troligen ha *missgynnat honom* genom att behandlats sämre än andra barn på förskolan i en jämförbar situation
- b. vara direkt riktad mot Josef och inte vara en följd av en allmän regel som styr beslutet och
- c. det ska föreligga ett orsakssamband mellan beslutet och underlåtenheten och funktionsnedsättning

Missgynnande

Josef ska i denna del göra det troligt att han har missgynnats på grund av att han inte erhållit tillgång till extra personal.

Den grupp som Josef ska jämföra sig med för att konstatera om han missgynnas av att särskild personalresurs inte tillsatts är de barn på förskolan som inte har en funktionsnedsättning.

Utifrån beskrivning av sakförhållandena ovan avseende och de läkarutlåtande som lämnats av BUP Solna kan konstateras att Josef har behov av särskild personalresurs för att han ska kunna utvecklas, lära sig samspela med andra barn på förskolan och att kunna hållas under ständig tillsyn för att hindra olycksfall och för att minska hans självskadebeteende och även att arbeta i mindre grupp. Detta rekommenderas för Josef (BILAGA 1, 2, 5). Stöd för att en särskild personalresurs i intyg från föräldrarna (BILAGA 73).

Österåkers kommun har trots de förhållanden som förelegat - särskilt den begränsning som den ordinarie personalstyrkan haft - underlåtit att tillsätta en särskild personalresurs.

Följden av att Josef inte får möjlighet att vara avskilt och vara med i mindre grupp med en särskild personalresurs gör det omöjligt för Josef att ta del av förskolans verksamhet på samma sätt som barn utan hans funktionsnedsättningar och det är troligt att han missgynnas i detta avseende.

Missgynnande föreligger även i avseende bristerna i att Josef inte har kunnat hållas under ständig tillsyn för att garantera hans säkerhet (BILAGA 2). Detta förhållande som är naturliga för andra barn måste ges särskild uppmärksamhet för Josef Bengtsson. När så inte görs från förskolans sida kommer han att ha sämre säkerhet och mer självskadebeteende än övriga barn på förskolan och han missgynnas i detta avseende.

En särskild personalresurs skulle dels förbättra möjligheterna till träning i funktionell lek, toaletterträning, kommunikationsträning (detta utvecklas mer nedan) och skapa bättre förutsättningar för Josef för en kompetenshöjande utbildning på sätt som övriga barn utan funktionsnedsättning har tillgång till. När så inte är fallet från förskolans sida kommer han att ha sämre utvecklingsmöjligheter än de övriga barnen på förskolan och det är därmed troligt att han missgynnas även i detta avseende.

Josef har genom de omständigheter som lagts fram **gjort det troligt att han missgynnats** på grund av hans funktionsnedsättning på grund av att Österåkers kommun inte tillsatt en särskild personalresurs.

Direkt riktad mot Josef och inte vara en följd av en allmän regel som styr beslutet?

Underlåtenheten att gå kraven om att tillsätta extra personal tillmötes är direkt relaterad till Josef Bengtsson. Kommunens beslut och underlåtenhet att inte tillsätta en extra personalresurs är inte en följd av en allmän regel som styr beslutet.

Orsakssamband mellan beslutet och underlåtenheten och funktionsnedsättning

Orsakssamband föreligger mellan beslutet alternativt underlåtenheten från kommunens sida och Josef Bengtssons funktionsnedsättning. Detta följer av att ett krav framställts från Josef Bengtssons föräldrar på att tillsätta extra personal på grund av Josef Bengtssons funktionsnedsättning och därefter att kommunen ostridigt har vägrat att fatta ett beslut alternativt underlåtit att fatta beslut om extra personal på grund av Josef Bengtssons funktionsnedsättning.

Slutsats

Josef hävdar i första hand att Österåkers kommuns beslut och underlåtenheten att inte tillsätta en extra personalresurs inte har anpassats efter Josef Bengtssons behov och att detta beslut och underlåtenhet innefattar direkt diskriminering från kommunens sida gentemot honom.

5.2.2 Indirekt diskriminering

I det fall det inte skulle anses att Josef utsatts för direkt diskriminering hävdar han att han utsatts för indirekt diskriminering.

Indirekt diskriminering föreligger om

- a. kommunen tillämpat en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt
- b. men som särskilt missgynnar Josef på grund av hans funktionsnedsättning,
- c. såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga och proportionella för att uppnå syftet.

FÖRSTA LEDET

En bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt

I denna del föreligger det inte klarhet huruvida kommunen åberopar en allmän regel om att extra personal inte tillsätts eller ej. Här går ändå igenom de kriterier som föreligger om så skulle vara fallet.

ANDRA LEDET

Missgynnande

Andra ledet i prövningen av om indirekt diskriminering föreligger är att Josef har att göra det troligt att han missgynnats jämfört med andra barn på förskolan som inte har en funktionsnedsättning med anledning av en allmän regel inom Österåkers kommuns att inte tillsätta särskild personalresurs.

I denna del åberopar Josef vad som ovan anförts under 5.2.1 angående missgynnande pga. ej tillsatt extra personal.

Josef har genom de omständigheter som angetts ovan **gjort det troligt att han missgynnas** på grund av hans funktionsnedsättning av en Österåkers kommuns.

TREDJE LEDET

Bevisbördan

Det ska noteras att bevisbördan har gått över på Österåkers kommun när Josef gjort det troligt att han missgynnats.

Tredje ledet i prövningen är att fastställa om Österåkers kommun har bevisat att kommunen har ett berättigat syfte för att inte anpassa personalstyrkan efter Josef Bengtssons behov.

Berättigat syfte

Österåkers kommun har angett att kommunens argument för sin underlåtenhet att inte tillsätta en extra personal är att Josef Bengtssons behov av särskilt stöd tillgodoses med ordinarie

personal och att det finns tillräckligt med resurser runt honom. Vidare är kommunens inställning att förskolemiljön är anpassad till alla barn och utgår från förskolans styrdokument.

Frågan är om kommunens syfte uppfyller det krav på förskoleverksamheten att ge Josef den personliga utveckling som verksamheten i grunden ska syfta till.

Syfte – bara ordinarie personal

Om det kan anses att Josef missgynnas i förhållande till övriga barn när en extra personal inte tillsätts så förefaller det inte acceptabelt att kommunen anger att syftet är att bara ordinarie personal ska användas då det är just det som inte räcker till enligt dokumenterade omständigheter åberopade ovan.

Syfte – organisatoriska problem

Kommunen har angett att syftet är att undvika organisatoriskt svårigheter med att endast en pedagog skulle ha ansvaret för Josef Bengtsson. Detta argument är inte acceptabelt då kommunen har en mycket låg personaltäthet för den barngrupp som Josef ingår i. Dessutom har kommunen tydligt blivit informerad om att det är nödvändigt att tillsätta en särskild personal för att a X ska få en normal utveckling. Kommunen har inte heller påvisat att det låga antal personal som finns på avdelningen inte skulle behöva ett ytterligare tillskott med en extra personal för Josef Bengtsson.

Syftet för kommunen att inte anpassa personalresurserna specifikt till Josef Bengtssons behov vilar tungt i det förhållandet att en särskild personalresurs kostar pengar vilket inte kan avgöra vad som är lämpligt eller ej.

Josef menar att kommunen **inte har visat på ett berättigat syfte** för att inte anpassa personalstyrkan med en extra personalresurs.

FJÄRDE LEDET

Om Österåkers kommun mot förmodan kan anses ha bevisat att det finns ett berättigat syfte för att inte ha en extra personal ska därtill göras en prövning av om kommunen visat att åtgärden är lämpligt eller nödvändig och därtill ska göras en proportionalitetsprövning – dvs om kommunens syfte och åtgärder står i proportion till effekter för Josef av kommunens ordning medfört.

Lämplig eller nödvändig

Den ordning kommunen tillämpat kan inte anses lämplig då en extra personalresurs för Josef hade möjliggjort att Josef fått möjlighet att delta i - som andra barn utan funktionsnedsättning - i träning, utbildning och samspelsövningar på ett effektivt sätt i mindre grupp.

Att inte skapa dessa förutsättningar kan inte anses lämpligt då det är ett så grundläggande behov för Josef och även är ett grundläggande syfte för förskoleverksamhet.

Bland nuvarande personal finns ingen personal som bara har ansvar för Josef Bengtsson. De som till del avsatts för hans räkning byts regelbundet ut av ett flertal andra personal. Det

förhållandet att ordinarie personal som samtidigt har ansvar för andra barn gå åt sidan med Josef vid hans behov av träning och utbildning i tystnad talar för att kommunens åtgärder inte är lämpliga eller nödvändiga. Dessa motstridiga ansvar går inte att förena.

Josef hävdar att situationen utan särskild personalresurs förhindrar möjligheterna till att arbetet i mindre grupp, förhindrar möjligheterna till tillräcklig träning i funktionell lek, toaletträning, kommunikationsträning och förhindrar förutsättningar för kompetenshöjande utbildning på samma sätt som andra barn erhåller på förskolan. Detta kan inte anses lämpligt då det inte finns personal som under längre sammanhängande perioder bara har ansvar för Josef Bengtsson.

Josef menar att det förhållandet att kommunen anordnat den kommunala specialförskolan Penseln där personaltätheten är mycket hög och bara mindre grupp tillämpas visar på att kommunen gjort en bedömning av vad som är lämpligt och acceptabel för en situation som liknar Josef Bengtssons.

Utifrån de omständigheter som angetts kan det inte anses att underlåtenheten att inte tillsätta en extra personalresurs efter Josef Bengtssons behov är lämplig eller nödvändig.

Proportionalitetsprövning

I denna del ska kommunen kunna visa på att följderna för Josef i förhållande till kommunens syfte är proportionellt.

För Josef är det fullständigt klart att den besparing det kan vara fråga om som den tillämpade ordningen innebär inte står i proportion till bristerna i träning, utbildning och tillsyn som detta innebär för Josef Bengtsson. Sparandet som innebär att ordinarie personal ska klara av de mycket svåra åtaganden förskolan har gentemot Josef och dess följder för honom står inte i en acceptabel proportion till varandra. Särskilt inte när den ordinarie personalstyrkan är så begränsad som i detta fall.

Slutsats

I det fall inte direkt diskriminering föreligger hävdar Josef i andra hand att den ordning kommunen tillämpat att inte anställa en särskild personalresurs innefattar indirekt diskriminering.

5.2.3 Bristande tillgänglighet

Med bristande tillgänglighet menas att en person med någon form av funktionsnedsättning missgynnas på grund av att åtgärder för tillgänglighet inte vidtagits. Det föreligger generellt ett krav på att det ska vidtas skäliga åtgärder för att försätta en person med funktionsnedsättning i en jämförbar situation som personer utan funktionsnedsättning.

Rekvisiten för att det ska anses att Josef har diskriminerats innefattande bristande tillgänglighet är följande:

- Att Josef har en funktionsnedsättning;
- Att Josef har gjort det troligt att han missgynnats i jämförelse med andra barn utan hans funktionsnedsättning;
- Att Österåkers kommun underlåtit att vidta åtgärder för tillgänglighet;
- Att Österåkers kommun kan vidta åtgärder som ger Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning;
- Att de åtgärderna som Österåkers kommun kan vidta är skäliga.
 - Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning;
 - Skäliga åtgärder utifrån praktiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån de ekonomiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren
 - Skäliga åtgärder utifrån andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning
 - Skäliga åtgärder utifrån att det går att reducera eller eliminera effekt
 - Skäliga åtgärder utifrån verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera
 - Skäliga åtgärder utifrån att berörd person påtalat sina behov

FÖRSTA LEDET

Josef har en funktionsnedsättning;

I detta ärende är det ostridigt att Josef har en funktionsnedsättning och vilken denna är enligt utfärdad diagnos som redogjorts för ovan under sakförhållanden.

ANDRA LEDET

Missgynnande

Josef ska i denna del göra det troligt att han har missgynnats på grund av att han inte erhållit tillgång till extra personal.

I denna del åberopar Josef vad som ovan angivits under 5.2.1 angående missgynnande pga. ej tillsatt extra personal.

Josef hävdar att han genom de omständigheter som föreligger gjort det troligt att han missgynnats genom att behandlats sämre än något annat barn utan funktionshinder på förskolan när han inte erhållit en extra personalresurs.

TREDJE LEDET

Bevisbördan

Det ska noteras att bevisbördan har gått över på Österåkers kommun när Josef gjort det troligt att han missgynnats.

När ett missgynnande troligen föreligger har Österåkers kommun att bevisa acceptabla sakliga skäl för att verksamheten inte är tillgänglig. Endast om svaranden kan bevisa acceptabla sakliga skäl för sitt handlande föreligger inte diskriminering.

Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet:

Det är ostridigt att Österåkers kommun inte har anställt särskild personal för Josef för anpassad utbildning/träning av honom.

Kommunen har inte heller vidtagit andra skäliga anpassningsåtgärder så att han på ett acceptabelt sätt kunnat få i utbildning och träning.

Josef har idag en begränsad personalstyrka som är ansvariga för honom som även har ansvar för andra barn samtidigt. Under en vecka är det hela personalgruppen som ansvarar för honom. Detta gör att enskild utbildning/träning inte är möjlig då Josef har svårt att associera sig till flera vuxna utan har behov av en nära långvarig kontakt med normalt en ansvarig. Även i övrigt har inte skapats förutsättningar för att han skulle ha kunnat träna och leka med andra barn på ett konstruktivt och planerat sätt.

Åtgärder kan ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation

Österåkers kommun hade kunnat vidta åtgärden att anställa extra personal som hade gett Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning.

Josef hade kunnat ta del av utbildningen i förskolans verksamhet om han hade haft en egen särskild pedagog med egen särskild individuell träning utan andra barns närvaro under ca 20 timmar per vecka – antalet timmar rekommenderade av Autismcentrum i deras inlärningsprogram. Det var således avgörande för Josef Bengtssons utveckling att personalbehovet anpassats för honom för att kunna utvecklas på samma sätt som övriga elever i förskolan. I detta fall är nyttan av tillgänglighetsåtgärden en egen särskild pedagog inte marginell utan innebär att Josef får möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan. Åtgärden att anställa en extra personal hade kunnat ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan.

Skäliga åtgärder

Diskrimineringsformen bristande tillgänglighet innefattar en avvägningsregel där skäligheten av tillgänglighetsåtgärderna är en del i bestämmelsen. Någon proportionalitetsprincip finns inte, utan vad som ska vara utgångspunkten för bedömningen är följande.

a. *Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning*

Bedömningen av om skäliga åtgärder vidtagits, eller underlåtit att vidtas, ska som huvudregel utgå från de krav som redan ställs i lagstiftning och föreskrifter om tillgänglighet.

Det handlar i detta fall om att enligt läroplan och skollag ska verksamheten utgå från alla barns förutsättningar, såväl styrkor som utvecklingsområden när förskolan lägger upp utbildning och undervisning. Träning i kommunikation och träning i socialt utbyte med andra barn och personal

är central för förskolans verksamhet enligt Lpfö. Enligt skollagen 3 kap 5 § ska om en elev inte kommer att nå de kunskapskrav som minst ska uppnås eller de kravnivåer som gäller ska eleven skyndsamt ges stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen. Stödet ska ges med utgångspunkt i elevens utbildning i dess helhet, om det inte är uppenbart obehövligt. Detta gäller elever i samtliga skolformer.

Enligt kommunallagen ska alla medborgare dessutom i kommunen behandlas lika.

Kommunen kan inte anses ha stöd i lag eller annan reglering för sin underlåtenhet utan har att tillämpa lagstadgad ordning om skyldigheten att skyndsamt ge stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen när kommunen. Detta har kommunen vägrat göra genom att inte tillsätta extra personal.

b. De praktiska förutsättningarna

Att det ska finnas praktiska möjligheter att genomföra en åtgärd innebär att det inte går att kräva att en viss åtgärd som inte går att genomföra överhuvudtaget, antingen på grund av rent faktiska skäl eller med anledning av rättsliga hinder.

I detta fall framgår att åtgärder som angetts att anställa en extra personal är åtgärd som praktiskt hade gått att genomföra och kunnat ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

c. De ekonomiska förutsättningarna

Vid bedömningen av de ekonomiska förutsättningarna ska man väga in verksamhetsansvarigs förmåga att bära en eventuell kostnad för åtgärd. Om verksamhetsutövaren inte har möjlighet att bära kostnaden för en viss åtgärd så kan den normalt inte anses skäligen att kräva (Prop. 2013/14:198 s.66–67).

I detta fall föreligger ekonomiska förutsättningar då kostnaden för Österåkers kommun skulle varit försumbara. Kommunens budget för 2021 var 2 757 980 000 kr.

d. Omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren

Vid skälighetsbedömningen ska tas hänsyn till om kontakten mellan en person med funktionsnedsättning och en verksamhet är långvarig eller kortvarig. Om relationerna eller kontakterna mellan den enskilde och verksamhetsutövaren är kortvariga så ska detta vägas in i bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas.

I detta fall är Josef Bengtssons kontakt med Österåkers kommun långvarig.

e. Andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning

En åtgärd ska ha en förväntad nytta för Josef i detta fall med hans funktionsnedsättning. Om effekten av åtgärden enbart är marginell så pekar det på att det inte går att kräva

tillgänglighetsåtgärden, särskilt om åtgärden skulle innebära en orimligt hög kostnad (Prop. 2013/14:198 s.69).

I detta fall är nyttan av tillgänglighetsåtgärden extra personal inte marginell utan innebär att Josef utifrån alla åberopade intyg och utlåtanden kunde fått den utvecklingen som alla andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

f. Reducera eller eliminera effekt

Det går inte att kräva att en åtgärd vidtas om det inte går att avlägsna eller minska effekterna av funktionsnedsättningen genom tillgänglighetsåtgärden (Prop. 2013/14:198 s.69).

I detta fall hade de tillgänglighetsåtgärder som föreslagits – extra personal kunnat eliminera de brister som den nuvarande personalplanen innefattar. Även i denna del åberopas alla intyg och utlåtanden som getts in i målet.

g. Verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera

Verksamhetsutövarens möjligheter till planering av vilka åtgärder som är lämpliga, har betydelse för bedömningen (Prop. 2013/14:198 s.70). I detta fall är det Österåkers kommun som är verksamhetsutövare.

Österåkers kommun har som offentlig kommunal verksamhet **möjligheter och skyldighet att förutse och planera** verksamheten och möjligheten att förutse behovet för funktionshindrade barn som Josef har vad avser extra personal.

h. Att själv påtala sina behov

Verksamhetsutövaren ska påtalas om behoven av anpassning och vilka åtgärder som är lämpliga.

Josef har redan från starten 2018 genom sina föräldrar och genom expertutlåtanden som kommunen tagit del av påtalat behov av att extra personal på grund av hans funktionsnedsättning.

Slutsats

Josef hävdar att Österåkers kommuns åtgärd att inte tillsätta en resursperson åt Josef är diskriminerande och innefattar bristande tillgänglighet. Österåkers kommun kan inte anses ha bevisat att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet och ska därför anses ha diskriminerat Josef och ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning.

6. Sakförhållanden och utveckling av de rättsliga grunderna avseende bristande anpassning 2 - kommunikering genom PECS

6.1 Omständigheter

Förskolans verksamhet är styrd av läroplanen och i enlighet med skollag och läroplan ska verksamheten utgå från alla barns förutsättningar, såväl styrkor som utvecklingsområden när förskolan lägger upp utbildning och undervisning.

Träning i kommunikation och träning i socialt utbyte med andra barn och personal är central för förskolans verksamhet. Enligt läroplanen för förskola Lpfö 98 (reviderad 2010) ska förskolan sträva efter att varje barn utvecklar ett nyanserat talspråk, ordförråd och begrepp samt sin förmåga att leka med ord, berätta, uttrycka tankar, ställa frågor, argumentera och kommunicera med varandra.

Vidare framgår av Lpfö 98 att förskollärare ska ansvara för att arbetet i barngruppen genomförs så att barnen stimuleras och utmanas i sin språk- och kommunikationsutveckling.

Josef har behov av alternativa kommunikationskanaler. Då verbal kommunikation inte är lämplig för honom har PECS valts som kommunikationskanal. Detta har Autismcenter fastställt för Josef och har för kommunikationsträning valt ut metoden PECS (Picture Exchange Communication Method) (BILAGA 3).

Autismcenter har valt PECS som Josef bedömdes som lämplig för. Psykolog Simon Mattsson på Autismcenter har gjort ett utlåtande den 2020-05-25 avseende val av PECS som kommunikationssätt för träning och har dessutom uttryckt att verbal kommunikation inte är lämplig grund för hans träning (BILAGA 3).

Tecken som Alternativ och Kompletterande Kommunikation (TAKK) innefattar verbal kommunikationsträning och till skillnad från PECS ställer TAKK krav på imitationsförmåga för att kunna lära sig och tillgodogöra sig teckenspråk.

”Tecken som alternativ och kompletterande kommunikation” (TAKK) är en alternativ metod som vanligtvis används tillsammans med talat språk, som stöd vid språkutveckling, en verbal kommunikationsträning”.

Josef har mycket svårt för teckenspråk och förskolan använder TAKK tillsammans med verbal kommunikationsträning.

Förskolan har valt TAKK som metod utan att låta en egen psykolog eller specialpedagog träffa Josef personligen och vid sådana möten noggrant utreda Josef Bengtssons kognitiva förmågor

och om TAKK tillsammans med verbal kommunikationsträning ändå skulle kunna vara lämplig metod för Josef Bengtsson.

Josef behöver tränas i det för att utveckla sitt kommunikationssätt genom PECS. Eftersom Josef spenderar stora delar av sina dagar på förskolan är det avgörande att förskolan kommunicerar med Josef via PECS. Detta kräver att personalen handleds i PECS.

PECS lär Josef att ta egna initiativ till kommunikation och stimulerar Josef att kommunicera med sin omvärld.

Josef Bengtssons föräldrar har återkommande krävt att Österåkers kommun ska använda PECS.

För att åskådliggöra förskolans arbetssätt i denna del så kan situationen beskrivas som att personalen jobbat med Josef mestadels med bilder för att personalen själva ska kunna förmedla till Josef vad de vill och vad de vill ska hända härnäst. Detta har inte gett Josef möjlighet att med bildkommunikation själv kunna uttrycka sig med bilder, om vad han vill kunna förmedla och vad han vill ska hända härnäst.

Förskolan har tackat nej till handledningen för PECS på Autismcenter.

Handledningen under några tillfällen av Autismcenter – kan ske digitalt och är gratis. I ca 2 veckor måste två vuxna träna med Josef intensivt på förskolan för att Josef ska kunna komma i gång och använda PECS i olika miljöer på förskolan. En vuxen måste prompta (hjälpa till) och en annan vuxen måste vara mottagare av bilderna tills Josef kan börja använda bilderna utan prompt.

Nazila, Josef Bengtssons mor erbjud sig att vara med och träna under dessa två uppstartsveckor för att inte två personer av personalen skulle behöva vara med. Detta tackade förskolechefen nej till. Handledningen för förskolan av Autismcenter kan ske digitalt. Detta kräver att en av föräldrarna är med vid den digitala handledningen för att kunna öppna upp det digitala mötet med bank-id som ombud för Josef Bengtsson.

Målet är att Josef har en PECS-pärm med sig både i hemmet och på förskolan och att han kan använda sig av den för att kommunicera självständigt med de andra barnen och personal.

Josef Bengtssons föräldrar har själva gått på Autismcenter för handledning i PECS. Träning med PECS skall ske i alla miljöer som Josef vistas i både på förskolan och hemma för att ge effekt. Detta har kommunen/förskolan avvisat.

När insatsen för funktionell lek på Autismcenter för Små Barn avslutades i november 2019 och den nya insatsen PECS skulle påbörjas i januari 2020 så tackade förskolan nej att medverka med hänvisning till resursbrist. Josef förvägras därmed möjligheten att lära sig att kommunicera och uttrycka sig.

Förskolan använder i stället för PECS metoden TAKK. Detta är en metod att stödja kommunikation. Tecken som Alternativ och Kompletterande Kommunikation (TAKK), är en

metod där teckenspråk används tillsammans med talande språk som stöd vid språkutveckling. Förskolan använder även visst bildstöd tillsammans med TAKK vilket innebär att personalen visar Josef en bild inför deras val aktivitet eller att Josef får peka på ett par av personalen utvalda bilder för att välja aktivitet (till exempel leka med pussel eller babblarna). Det ska poängteras att metoden som förskolan använder med visst bildstöd i TAKK inte går att jämföra med metoden för användning av bildstöd i PECS.

Föräldrarna och Autismcenter menar att TAKK inte passar Josef då det är mycket svårt för Josef att lära sig och förstå teckenspråk och att TAKK kombineras med verbalt språk. Josef har inget talat språk överhuvudtaget och har enligt Autismcenter inte har några förutsättningar just för verbal kommunikationsträning.

Autismcenter har rekommenderat PECS (bildbaserat) som metod i stället för TAKK eftersom:

- Att lära sig och förstå tecken är betydligt svårare för Josef jämfört med bilder;
- Tecken kräver också att Josef kan imitera andras tecken vilket är svårt för Josef inte kan i dagsläget;
- För att Josef ska kunna kommunicera med omvärlden med TAKK så kräver det att han också förstår teckenspråk till skillnad från bilder som de flesta förstår direkt utan förkunskap.

TAKK är mer fokuserat på att förstärka andras kommunikation med Josef med hjälp av tecken så att Josef förstår bättre och också kan göra kopplingar med det talade språket.

PECS är fokuserat på att Josef kan lära sig att kommunicera självständigt med hjälp av bildstöd, det finns även här en koppling till talat språk i och med att den vuxne som tar emot bilder ska säga vad som menas på bilden.

Vi anser att förskolans motivering av val av TAKK som metod direkt diskriminerar Josef och helt klart ger Josef sämre förutsättningar att utveckla sin kommunikation än om PECS hade valts som metod.

Josef har även blivit nekad att ta med och använda sin PECS bildpärm till förskolan.

Förskolan har valt en metod som är lämplig för de andra barnen på förskolan utan att se till Josef Bengtssons särskilda behov.

Josef Bengtssons utveckling har stannat av och i vissa hänseenden gått bakåt efter att förskolan har avböjt handledning av Autismcenter samt förvägrat honom att träna efter en kommunikationsmetod som är lämplig för Josef Bengtssons behov, dvs PECS.

6.2 Diskriminering kommunikering genom PECS – utveckling rättsliga grunder

Frågan är om Österåkers kommuns underlåtenhet att tillämpa hjälpmedlet PECS för kommunikering innefattar direkt eller indirekt diskriminering och bristande tillgänglighet för

Josef Bengtsson. På sätt som framgår av de sakförhållanden som angetts ovan har psykolog Simon Mattsson på Autismcenter för små barn för Josef Bengtssons kommunikationsträning valt ut metoden Picture Exchange Communication Method (PECS) (BILAGA 3). Detta är relaterat till att Josef inte har talat språk och utlåtandet har getts efter ca 20 gånger där Mattsson träffat Josef Bengtsson.

Utifrån detta utlåtande kan konstateras att Josef Bengtsson, hans ställföreträdare och förskolan har blivit rekommenderade att tillämpa kommunikering genom hjälpmedlet PECS. Särskilt har angetts att metoden PECS ska användas parallellt både på förskolan och i hemmet för bli effektivt och för att han ska kunna utvecklas och lära sig samspela med andra barn på samma sätt som andra barn på förskolan.

Förskolans verksamhet är styrd av läroplanen och i enlighet med skollag och läroplan ska verksamheten utgå från alla barns förutsättningar, såväl styrkor som utvecklingsområden när förskolan lägger upp utbildning och undervisning. Träning i kommunikation och träning i socialt utbyte med andra barn och personal är central för förskolans verksamhet enligt Lpfö.

6.2.1 Direkt diskriminering

För att det ska anses att Josef blivit utsatt för direkt diskriminering av Österåkers kommun i förskolan när kommunen underlåtit att tillämpa PECS ska kommunens beslut och underlåtenhet

- a. troligen ha *missgynnat honom* genom att behandlats sämre än andra barn på förskolan i en jämförbar situation
- b. vara direkt riktad mot Josef och inte vara en följd av en allmän regel som styr beslutet och
- c. det ska föreligga ett orsakssamband mellan beslutet och underlåtenheten och funktionsnedsättning

Missgynnande

Josef har att i denna del gör det troligt att han har missgynnats genom att förskolan inte har tillämpat metoden PECS.

Kommunen anger att förskolan inte tillämpar bildkommunikationsmetoden PECS då förskolan har valt att i stället kommunicera genom metoden TAKK som stöd för kommunikation. Kommunen har inte anfört något som styrker att TAKK utgör ett fullvärdigt alternativ till PECS.

Då Josef på grund av sin grava funktionsnedsättning inte har förmåga att härma, imitera och lära sig tecken så är enligt Autismcenter inte TAKK en lämplig metod för Josef vilket tydligt framgår av psykolog Simon Mattssons utlåtande (BILAGA 3). Förskolan använder talat språk tillsammans med TAKK trots att detta inte är en lämplig för verbal kommunikationsträning av Autismcenter.

Utifrån att bildkommunikation med PECS är en viktig och avgörande del i val av anpassning för Josef och att han ska kunna utvecklas som övriga elever i förskolan kan det konstateras att förskolan troligen missgynnat honom jämfört med andra barn då träning i kommunikation och träning av socialt utbyte är centralt för förskolans verksamhet.

Det ska anses att Josef har gjort det troligt att Österåkers kommun missgynnar Josef i jämförelse med andra barn vid val av kommunikationshjälpmedel.

Direkt riktad mot Josef Bengtsson

Kommunens beslut att inte använda PECS för Josef och hindra honom att ta med sig sitt PECS-material för att användas på förskolan är direkt riktade mot honom.

Orsakssamband

En förutsättning för direkt diskriminering är vidare att det föreligger ett samband mellan missgynnandet, i detta fall underlåtenheten, att tillämpa PECS och Josef Bengtssons funktionsnedsättning. Förskolan saknar inte kunskap eller insikt om diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning och inte heller om att Josef har speciella behov utifrån hans speciella funktionsnedsättning.

Orsakssambandet ska anses föreligga mellan förskolans beslut att inte använda PECS och Josef Bengtssons funktionsnedsättning. Det som angetts under sakförhållandena och som ostridigt föreligger avser att minska effekterna av funktionsnedsättningen – i detta fall svåra brister i Josef Bengtssons möjligheter att kunna kommunicera.

I första hand hävdar Josef att Österåkers kommuns åtgärder i denna del utgör direkt diskriminering.

6.2.2 Indirekt diskriminering

I det fall det inte skulle anses att Josef utsatts för direkt diskriminering hävdar han att han utsatts för indirekt diskriminering.

Det kan provas om det i stället kan anses att Österåkers kommuns åtgärder att inte använda PECS innefattar indirekt diskriminering.

Indirekt diskriminering föreligger om

- a. kommunen tillämpat en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt
- b. men som särskilt missgynnar Josef på grund av hans funktionsnedsättning,
- c. såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga och proportionella för att uppnå syftet.

I det fall underlåtenheten av att använda PECS innefattar tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt för val av kommunikationsmedel som framstår som neutral men som särskilt missgynnar Josef på grund av hans funktionsnedsättning kan underlåtenheten att använda bildkommunikation PECS komma att anses vara indirekt diskriminering, såvida inte

bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet och att proportionalitet föreligger.

FÖRSTA LEDET

En bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt

I denna del föreligger det inte klarhet huruvida kommunen åberopar en allmän regel om att inte använda PECS föreligger.

Österåkers kommun har angett att PECS enligt någon obestämd regel ska anses ligga utanför Österåkers kommuns skyldigheter att tillhandahålla.

Kommunens inställning skulle kunna peka på att förskolan tillämpar en bestämmelse, 'som framstår som neutralt. Detta skulle kunna falla inom området för indirekt diskriminering.

ANDRA LEDET

Missgynnande

Andra ledet i prövningen av om indirekt diskriminering föreligger är om Josef gjort det troligt att han missgynnats jämfört med andra barn på förskolan som inte har en funktionsnedsättning med anledning av Österåkers kommun inte använder PECS.

I denna del åberopas vad som ovan angetts under direkt diskriminering avsnitt 6.2.1 angående missgynnande.

Josef ska anses ha gjort det troligt att han missgynnats jämfört med andra barn på förskolan som inte har en funktionsnedsättning med anledning av Österåkers kommun inte använder PECS.

TREDJE LEDET

Bevisbördan

Det ska noteras att bevisbördan har gått över på Österåkers kommun när Josef gjort det troligt att han missgynnats. När ett missgynnande troligen föreligger har Österåkers kommun att bevisa att det finns ett berättigat syfte.

Berättigat syfte?

Har kriteriet eller förfaringssättet att PECS anses som vård ett berättigat syfte?

Österåkers kommuns uppgivna syfte för att inte använda bildkommunikation PECS är att kommunen anser att detta ligger utanför kommunens ansvar. Österåker Kommun har vidare angivit till Skolinspektionen att citat:

”Förskolan har valt denna metod då det är ett stöd i kommunikationen som de andra barnen på avdelningen och förskolan kan”.

Kommunen har inte preciserat varför användandet av PECS ska ligga utanför kommunens ansvar i de fall ett missgynnande föreligger. Kommunen har inte visat på att TAKK som går emot rekommendationerna från Autismcenter för PECS ger samma nödvändiga effekter för Josef Bengtssons behov av kommunikation och social träning.

Josef hävdar att skälet för kommunen att inte använda PECS är att spara pengar.

Det kan inte anses att Österåkers kommun har berättigat syfte som motiverar att Josef ska missgynnas.

FJÄRDE LEDET

I det fallet att kommunen mot förmodan skulle kunna visa på ett berättigat syfte har Österåkers kommun därtill att visa att det som uppnås är lämpligt, nödvändigt och dessutom proportionellt.

Lämpligt, nödvändigt och proportionellt.

Lämpligt?

Utifrån det utlåtande som Autismcenter har avgett angående nödvändigheten av PECS kan konstateras att Josef inte kommer att kunna utvecklas och lära sig samspel med andra barn på samma sätt som andra barn på förskolan när bara TAKK tillämpas. Det kan inte anses att Österåkers kommun visat på att det är lämpligt att missgynna Josef på sätt som sker när han inte kan kommunicera med andra barn när bara TAKK finns tillgängligt.

Nödvändigt?

Detta kan inte anses nödvändigt för Österåkers kommun att vidta åtgärden att inte tillämpa PECS. Kommunikation mellan barn och pedagog, samt barns möjlighet till utveckling av språk hör till förskolans centrala och normala uppgifter.

Det kan inte anses att Österåkers kommun visat på att det är nödvändigt att missgynna Josef Bengtsson.

Proportionalitet?

Frånvaron av att använda det som Autismcenter rekommenderar - PECS - kan komma att inverka starkt negativt på Josef Bengtssons utveckling och kommunens ev. syfte kan inte anses på något sätt uppväga detta negativa. Detta innebär att bristen i användningen av PECS och Josef Bengtssons missgynnande inte i något avseende kan anses vara proportionella följder – d.v.s. att Josef inte kan kommunicera med andra barn på samma sätt som de kan.

I andra hand hävdar Josef att då han gjort det troligt att ett missgynnande föreligger och Österåkers kommun inte visat på ett berättigat syfte som är lämpliga och nödvändiga och inte visat att proportionalitet föreligger så ska Österåkers kommuns åtgärder anses innefatta indirekt diskriminering av Josef Bengtsson.

6.2.3 Bristande tillgänglighet

Rekvisiten - vilka upprepas för tydlighetens skull - för att det ska anses att Josef har diskriminerats innefattande bristande tillgänglighet när PECS inte används är följande:

- Att Josef har en funktionsnedsättning;
- Att Josef har gjort det troligt att han missgynnats i jämförelse med andra barn utan hans funktionsnedsättning;
- Att Österåkers kommun underlåtit att vidta åtgärder för tillgänglighet;
- Att Österåkers kommun kan vidta åtgärder som ger Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning;
- Att de åtgärderna som Österåkers kommun kan vidta är skäliga.
 - Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning;
 - Skäliga åtgärder utifrån praktiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån de ekonomiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren
 - Skäliga åtgärder utifrån andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning
 - Skäliga åtgärder utifrån att det går att reducera eller eliminera effekt
 - Skäliga åtgärder utifrån verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera
 - Skäliga åtgärder utifrån att berörd person påtalat sina behov

FÖRSTA LEDET

Josef har en funktionsnedsättning;

I detta ärende är det ostridigt att Josef har en funktionsnedsättning och vilken denna är enligt utfärdad diagnos.

ANDRA LEDET

Missgynnande

Josef hävdar att han missgynnats av att inte få tillgång till PECS, bildkommunikation och därmed behandlats sämre än någon annan elev som inte har hans funktionsnedsättning.

I denna del hänvisas till avsnitt 6.2.1 ovan angående vad som där angivits angående missgynnande på grund av underlåtenheten att använda PECS:

Utifrån de uttalanden att bildkommunikation med PECS är en viktig och avgörande del i val av anpassning för Josef och att han ska kunna utvecklas som övriga elever i förskolan kan det konstateras att han har gjort det troligt att han missgynnats när Österåkers kommun underlåtit att använda PECS.

TREDJE LEDET

Bevisbördan

Då Josef gjort det troligt att han missgynnats i denna del ankommer det på Österåkers kommun att bevisa att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet för Josef Bengtsson.

Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet:

Det är ostridigt att förskolan inte tillämpat bildkommunikation enligt metoden PECS.

Åtgärder kan ge personen möjlighet att komma i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning:

Utifrån expertutlåtandet kan den slutsatsen dras att bildkommunikationsträning enligt metoden PECS är en viktig åtgärd för att Josef skulle kunnat utvecklas på samma sätt som övriga elever i förskolan.

Skäliga åtgärder

Diskrimineringsformen bristande tillgänglighet innefattar en avvägningsregel där skäligheten av tillgänglighetsåtgärderna ska provas enligt följande.

a. Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning:

Det handlar i detta fall om läroplan och i enlighet med skollag och läroplan ska verksamheten utgå från alla barns förutsättningar, såväl styrkor som utvecklingsområden när förskolan lägger upp utbildning och undervisning. Träning i kommunikation och träning i socialt utbyte med andra barn och personal är central för förskolans verksamhet enligt Lpfö.

Enligt skollagen 3 kap 5 § ska om en elev inte kommer att nå de kunskapskrav som minst ska uppnås eller de kravnivåer som gäller ska eleven skyndsamt ges stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen. Stödet ska ges med utgångspunkt i elevens utbildning i dess helhet, om det inte är uppenbart obehövt. Detta gäller elever i samtliga skolformer. Enligt kommunallagen ska alla medborgare i kommunen behandlas lika.

Kommunen kan inte anses tillämpat någon lagstadgad ordning som skulle ge stöd för att inte skyndsamt ge stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen när kommunen vägrat tillämpa PECS i detta fall.

b. Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet:

Det är ostridigt att Österåkers kommun inte använt PECS.

Josef hävdar att förskolan inte vidtagit skäliga anpassningsåtgärder genom att inte använda PECS så att han på ett acceptabelt sätt kunnat kommunicera på egna villkor och få en mer effektiv utbildning och träning. Österåkers kommun hade kunnat vidta åtgärder som hade gett Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning. Österåkers kommun hade enkelt kunnat använda PECS för anpassad kommunikation för bättre utbildning/träning av honom.

c. *Åtgärder kan ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation*

För att Josef ska kunna ta del av utbildningen och träningen och annan verksamhet inom förskolan hade han ett tydligt behov av att använda ett kommunikationsmedel på egna villkor. Det var således avgörande för Josefs X utveckling att kommunikationssättet anpassats för honom för att kunna utvecklas på samma sätt som övriga elever i förskolan. I detta fall är nyttan av tillgänglighetsåtgärden inte marginell utan innebär att Josef får möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan

Åtgärden att använda PECS ska då det hade kunnat ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan och tydligt rekommenderats anses skäliga

d. *De praktiska förutsättningarna*

Att det ska finnas praktiska möjligheter att genomföra en åtgärd innebär att det inte går att kräva att en viss åtgärd som inte går att genomföra överhuvudtaget, antingen på grund av rent faktiska skäl eller med anledning av rättsliga hinder.

I detta fall är det tydligt att åtgärden att använda PECS är en åtgärd som praktiskt hade gått att genomföra, handledning på Autismcenter fanns tillgänglig och kunnat ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

e. *De ekonomiska förutsättningarna*

Vid bedömningen av de ekonomiska förutsättningarna ska man väga in verksamhetsansvarigs förmåga att bära en eventuell kostnad för åtgärd. Om verksamhetsutövaren inte har möjlighet att bära kostnaden för en viss åtgärd så kan den normalt inte anses skälig att kräva (Prop. 2013/14:198 s.66–67). I detta fall föreligger ekonomiska förutsättningar då kostnaden för Österåkers kommun skulle varit försumbara. Kommunens budget för 2021 var 2 757 980 000 kr. Det finns skäl att anta att kravet på bildkommunikation PECS är skäligt. Materialet är inte kostsamt och den utbildning som förutsätts kan inte heller anses vara oskälig då den är kostnadsfri och kan ges på plats i förskolan.

f. *Omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren*

Vid skälighetsbedömningen ska tas hänsyn till om kontakten mellan en person med funktionsnedsättning och en verksamhet är långvarig eller kortvarig. Om relationerna eller kontakterna mellan den enskilde och verksamhetsutövaren är kortvariga så ska detta vägas in i bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas. I detta fall är Josef Bengtssons kontakt med Österåkers kommun långvarig.

g. *Reducera eller eliminera effekt*

Det går inte att kräva att en åtgärd vidtas om det inte går att avlägsna eller minska effekterna av funktionsnedsättningen genom tillgänglighetsåtgärden (Prop. 2013/14:198 s.69).

I detta fall skulle de tillgänglighetsåtgärder som föreslagits – användning av PECS ge Josef en acceptabel möjlighet att själv kommunicera med personalen och andra barn på sätt som Autismcenter rekommenderat.

b. Verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera

Verksamhetsutövarens möjligheter till planering av vilka åtgärder som är lämpliga, har betydelse för bedömningen (Prop. 2013/14:198 s.70). I detta fall är det Österåkers kommun som är verksamhetsutövare. Österåkers kommun har som offentlig kommunal verksamhet **möjligheter och en skyldighet att förutse och planera** verksamheten och att förutse behovet för funktionshindrade barn som Josef vad avser möjlighet att kommunicera.

i. Att själv påtala sina behov

Verksamhetsutövaren ska påtalas om behoven av anpassning för möjligheter till planering av vilka åtgärder som är lämpliga.

Josef har sedan länge genom sina föräldrar och experter påtalat för behov av användandet av PECS på grund av hans funktionsnedsättning. Kommunen kan inte anses ha visat att sakliga skäl föreligger för att den möjliga åtgärden att använda PECS för kommunikationsträning inte vidtagits för att åtgärda brister i tillgängligheten för Josef Bengtsson.

Slutsats

Josef hävdar att Österåkers kommuns åtgärd att inte tillämpa bildkommunikation PECS är diskriminerande innefattande bristande tillgänglighet.

Österåkers kommun kan inte anses ha bevisat att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet och ska därför anses ha diskriminerat Josef och ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning.

7. Sakförhållanden och utveckling av de rättsliga grunderna avseende bristande anpassning 3 - Toaletträning

7.1 Omständigheter

Barnen på förskolan omfattas av målsättningen att bli blöjfria så snart de kan. För att detta ska lyckas har förskolan en uppgift att inom sin verksamhet lära barnen att självständigt gå på toaletten.

I början av sommaren 2020 diskuterade föräldrarna med Autismcenter om att toaträning/potträning skulle vara lämpligt som en ny insats för Josef Bengtsson. Autismcenter har gett ut en förklaring av den metod de rekommenderade att toaletträningen skulle inledas med:

”Kissa i toaletten på annans initiativ” (BILAGA 27).

För att Josef ska bli blöjfri är det, enligt Autismcenter, av avgörande vikt att träningen sker i samtliga miljöer som han vistas i.

Autismcenters erbjudande om handledning i toaletträning av förskolans personal Pernilla Johansson och Kristina Dorén var gratis och hade målet att göra Josef blöjfri.

I syfte att inleda toaletträning för Josef i förskolan och i hemmet gjordes en förstudie om toaträning med handledning från Lotta Öman Autismcenter. Pernilla Johansson från förskolan och föräldrarna medverkade. De började med registrering av hans toalett beteende avseende: vad för slags toalett, plats, mängd för att kunna få en översikt över Josef Bengtssons rutiner. Metoden ”Kissa i toaletten på annans initiativ” användes genom att regelbundet prompta (hjälpa) Josef till toaletten varje timme.

Efter sommaren 2020 började sedan handledningen med förskolan där kartläggningen fortsatte med att registrera ex. hur ofta Josef kissar och bajsar. Efter ca en veckas dokumentering och träning så skulle förskolan börja samtidigt med föräldrarna låta Josef gå blöjfri under vissa tider inomhus.

Detta avbröts dock av förskolechefen Emma Hammenstig den 8 oktober 2020 efter att Josef Bengtssons första blöjfria 3 timmar inomhus avslutades med att Josef gjorde på sig i sina underkläder. Detta inträffade då alla utom en av personalen var på rast. Den kvarvarande personalen var ensam med 19 barn varav Josef var en. När den ensamma pedagogen med sina 19

barn hade att ta hand om Josef för att han hade bajsat på sig så tvingades pedagogen att lämna de andra barnen och ta Josef till duschen för att skölja av honom. Denna oacceptabla ordning skapade självklart stor stress bland den ensamma personalen och visade tydligt på att det förelåg en underbemanning.

Förskolerektor Emma Hammenstig begärde ett samtal med föräldrar och psykologen vid Autismcenter angående toaträning och förskolans uppdrag. Emma Hammenstig hänvisade bland annat till att personalen hade blivit stressade och att de andra barnen hade sett att Josef gjorde på sig och att de såg då tydligt att han var annorlunda.

Att förskolan avbrutit toaletträningen är ostridigt i målet.

Förskolan motiverade den avbrutna toaletträningen med följande citat:

”Pedagogerna bedömde att de inte kunde säkerställa barnets rätt till inflytande över sin tid på förskolan och de aktiviteter som N söker sig till, när de skulle avbryta N:s lek genom att följa det program som Autismcenter föreslog.”

Det här visar hur förskolan inte tar hand om Josef Bengtssons behov och att en särskild ytterligare personal bara för honom var nödvändig och hade räckt för att hantera honom. Förhållandena är sådana att Josef inte har fått gå blöjfri på förskolan och har i stället att anpassa sig till de andra barnens toabesök. Enligt förskolan får han gå på de andra barnens tider med hänvisning att det inte ligger i förskolans uppdrag att utföra toaträning på sätt som Autismcenter föreslagit och att man inte har eller är skyldiga att tillhandahålla de resurser som krävs för detta.

Eftersom förskolan inte medverkat vid toaletträning och att Josef inte får gå blöjfri så omöjliggör detta träningen i hemmet då han måste träna i alla miljöer för att kunna bli blöjfri. Autismcenter har bekräftat detta genom att detta har angivits i Autismcenters journalföring.

Josef Bengtssons föräldrar har tydligt ställt krav otaliga gånger på att förskolan ska toaträna Josef utan framgång.

Josef hävdar att hans rätt till eget inflytande enligt läroplanen inte får användas som skäl att han inte får tillräcklig utbildning och utveckling på sätt som övriga barn utan hans funktionsnedsättning. Rätten till eget inflytande för ett gravt autistiskt barn på en ettårigs nivå som själv får bestämma över sin tid på förskolan utan vårdnadshavares eller psykologers möjlighet att påverka utgör bara ett svepskäl för att inte tillsätta tillräckliga resurser.

Josef Bengtssons föräldrar har uppfattningen att Josef Bengtssons utveckling har stannat av och vissa hänseenden gått bakåt efter att förskolan har avböjt handledning av Autismcenter samt slutat träna honom i toaletträning.

Österåkers kommun har utsatt Josef för diskriminering genom att vägrat utföra toaletträning för att kompensera hans funktionsnedsättning.

7.2 Diskriminering toaletterning – utveckling rättsliga grunder

Frågan är om Österåkers kommun underlåtenhet att följa Autismcenters rekommenderade toaletterning kan anses vara direkt, indirekt diskriminering av Josef eller innefattar bristande tillgänglighet.

Utifrån omständigheter angivna under avsnittet sakförhållanden och uttalande från Autismcenter så är det av avgörande vikt att toaletterningen sker för att Josef ska kunna bli blöjfri.

Österåkers kommuns beslut att inte medverka i toaletterning, i enlighet med Autismcenters rekommendationer, innebär att Josef inte får gå blöjfri som övriga barn.

Josef hävdar att förskolans underlåtenhet att utföra toaletterning för honom gör att detta minskar hans möjligheter pga. hans funktionsnedsättning att som andra barn på förskolan bli blöjfri.

7.2.1 Direkt diskriminering

För att det ska anses att Josef blivit utsatt för direkt diskriminering av Österåkers kommun i förskolan när kommunen underlåtit att tillsätta en särskild personalresurs ska kommunens beslut och underlåtenhet att inte tillsätta en extra personalresurs

- a. troligen ha *missgynnat honom* genom att behandlats sämre än andra barn på förskolan i en jämförbar situation
- b. vara direkt riktad mot Josef och inte vara en följd av en allmän regel som styr beslutet och
- c. det ska föreligga ett orsakssamband mellan beslutet och underlåtenheten och funktionsnedsättning.

Josef hävdar att kommunens förskolas underlåtenhet att utföra toaletterning enligt Autismcenters rekommendation innefattas i ett direkt beslut särskilt riktat mot Josef Bengtsson.

Missgynnande:

Frågan är om Josef har gjort det troligt att han missgynnats genom att behandlas sämre än någon annan har behandlats på Österåkers kommuns förskola när förskolan underlåtit att utföra toaletterning enligt Autismcenters rekommendation.

Den grupp som Josef ska jämföra sig med är de barn på förskolan som inte har en funktionsnedsättning.

Förskolan påbörjade utbildning i en metod för toaletterning enligt ett program som Autismcenter utarbetat och rekommenderat (BILAGA 27). Att bli blöjfri är för barn i hans och de övriga barnens ålder en känslig och viktig fråga.

Förskolan avbröt denna toaletträning den första dagen Josef fått vara blöjfri under 3 timmar inomhus och efter att han gjort på sig. Personalen upplevde ”att träningen störde Josef och inte föll väl ut för hans del”.

Vid tillfället när Josef gjorde på sig hade en barnskötare lämnats ensam med en barngrupp om 19 barn och Josef då resterande personal var på rast. Detta tillfälle och förfarnade från förskolan visar tydligt att det förelåg en underbemanning innefattande sparande och att detta var det avgörande skälet för förskolan att avbryta toaträningen.

I stället för träningen bestämde förskolan att Josef permanent ska ha blöja och kontinuerligt använda toaletten. Att få använda toaletten kontinuerligt samtidigt som att permanent ha blöja räcker inte för att Josef ska kunna bli blöjfri.

Förskolans beslut att inte medverka i toaletträning i enlighet med Autismcenters rekommendationer, innebär att Josef inte får gå blöjfri, vidare omöjliggör detta träningen i hemmet då Josef måste träna i alla miljöer för att kunna bli blöjfri. Att gå runt med blöja är enligt Autismcenters psykologer detsamma som att ständigt gå runt med en toalett och barnet ser då ingen anledning till att gå på toaletten för att uträtta sina behov då en toalett alltid finns tillgänglig i form av en blöja.

Österåkers kommun har tagit del av bedömningen av Autismcenter att Josef har behov av särskild toaletträning, att det finns handledning för detta program som Autismcenter erbjuder och kommunen har ändå beslutat att avbryta toaletträning. Josef hävdar att Österåkers kommuns beslut att ej medverka i anpassning vid toaletträning stoppar hans möjlighet till utveckling mot att bli blöjfri på samma sätt som övriga barn på förskolan.

Josef hävdar att han gjort det troligt att han missgynnats genom att inte få tillgång till toaletträning i enlighet med det av Autismcenters rekommenderade program.

Direkt riktad mot Josef

Förskolans beslut att inte fullfölja toaträningen hade bara effekt för Josef och är därför direkt riktad mot honom.

Orsakssamband

Direkt diskriminering föreligger om det finns ett samband mellan underlåtenheten att genomföra i detta fall ett toaprogram och Josef Bengtssons funktionshinder. Förskolan saknar inte kunskap eller insikt om Josefs funktionsnedsättning som innebär ett behov av särskild toaletträning.

Orsakssamband föreligger tydligt mellan beslutet att inte särskilt toaletträna Josef för att han ska bli blöjfri på samma sätt som andra barn på förskolan och hans funktionsnedsättning. Åtgärden från kommunens sida är helt relaterat till Josefs funktionsnedsättning.

Josef hävdar i första hand att Österåkers kommuns missgynnande vid anpassning av toaletträning innefattar direkt diskriminering av honom i strid med DL.

7.2.2 Indirekt diskriminering

I det fall direkt diskriminering skulle anses inte föreligga hävdar Josef att han utsatts för indirekt diskriminering.

Indirekt diskriminering föreligger om

- a. kommunen tillämpat en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt
- b. men som särskilt missgynnar Josef på grund av hans funktionsnedsättning,
- c. såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga och proportionella för att uppnå syftet.

I det fall det föreligger en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt för anpassning av toaletträning inom Österåkers kommuns förskola framstår som neutral men som särskilt missgynnar Josef på grund av hans funktionsnedsättning kan underlåtenheten att anpassa toaletträning komma att anses vara indirekt diskriminering. Denna diskriminering kan vara tillåten om kommunen presenterar bevis för att bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och att de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet och att proportionalitet föreligger.

FÖRSTA LEDET

En bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt

Det föreligger inte klarhet huruvida kommunen åberopar en allmän regel om att genomföra rekommenderat program för toaträning eller ej. Här gås ändå igenom de kriterier som föreligger om så skulle vara fallet.

Förskolan tillämpar kontinuerliga toalettbesök för Josef under dagen som för övriga barn och att han därför måste ha blöja på sig mellan toabesök. Han blir inte blöjfri genom förskolans ordning.

Pedagogerna på förskolan har muntligt angett som skäl för att inte toaträna att de inte kunde säkerställa Josef Bengtssons rätt till inflytande över sin tid på förskolan och de aktiviteter som Josef söker sig till, när de hade att avbryta Josefs lek genom att följa det program som Autismcenter föreslog.

ANDRA LEDET

Missgynnande

Frågan är om Josef gjort det troligt att kommunens förskolas tillämpning att alla barn ska bara göra kontinuerliga toalettbesök i stället för det rekommenderade programmet för toaletträning som Autismcenter rekommenderat missgynnar honom.

I denna del åberopas vad som ovan angetts under direkt diskriminering ovan i avsnitt 7.2.1 angående missgynnande. Kommunens ordning omöjliggör en effektiv träning för att bli blöjfri i hemmet då Josef måste ha samma träning i alla miljöer för att kunna bli blöjfri.

Kommunens personals åberopade av Josef rätt till eget inflytande är ett tydligt svepskäl. I detta fall avses ett gravt autistiskt barn på en ettårings nivå. Följden av förskolans resonemang innebär att det är omöjligt att göra en anpassning innefattande toaletträningen för Josef Bengtsson. Han blir helt enkelt inte blöjfri som de övriga barnen på förskolan utan hans funktionsnedsättning.

Det kan konstateras att Josef gjort det troligt att han missgynnas i jämförelse med andra barn utan hans funktionsnedsättning av kommunens förskolas förfaringssätt vad avser utebliven toaträning för att han ska bli blöjfri.

TREDJE LEDET

Bevisbördan

Det ska noteras att bevisbördan går över på Österåkers kommun när Josef gjort det troligt att han missgynnats.

När ett missgynnande föreligger har Österåkers kommun att bevisa att det finns ett berättigat syfte.

Berättigat syfte?

Har regeln att inte träna Josef i enlighet med Autismcenters rekommendationer för att bli blöjfri ett berättigat syfte?

Österåkers kommun har inte uppgett något tydligt syfte för att inte använda Autismcenters rekommendationer om toaletträning. Eventuellt har Josef Bengtssons rätt till inflytande över sin tid på förskolan och de aktiviteter som Josef söker sig till varit ett syfte.

Denna eventuella rätt till eget inflytande för ett gravt autistiskt barn på en ettårings nivå, innebär en omöjlighet till att nå målet om att Josef ska bli blöjfri som de övriga barnen.

Det kan inte anses att Österåkers kommun har visat på att de har ett syfte som är berättigat för att Josef inte ska få del av den av Autismcenters rekommenderade toaletträningen. Skälen för kommunens ordning är rent ut sagt bara sparande och underbemanning.

FJÄRDE LEDET

Om kommunen mot förmodan ändå anses ha visat att det finns ett berättigat syfte ska kommunen dessutom visa på att tillämpad ordning är lämplig eller nödvändig för att inte indirekt diskriminering ska föreligga. Därtill ska det föreligga proportionalitet – dvs effekterna av kommunens åtgärder ska stå i proportion till de negativa och missgynnande effekterna för Josef Bengtsson.

Lämpligt?

Utifrån rekommendationen från Autismcenter angående nödvändigheten av planerad och systematisk toaletter träning kan konstateras att Josef genom Österåkers kommun underlåtenhet att följa rekommendationen inte kommer att kunna utvecklas och bli blöjfri som andra barn på förskolan utan hans funktionsnedsättning.

Ett barns eget inflytande är väsentligt, men om detta blir på bekostnad av att kunna utvecklas till att lyckas bli blöjfri bör detta inte vara lämpligt. Rätt till eget inflytande för ett gravt autistiskt barn på en ettårings nivå, utan vårdnadshavares eller psykologers möjlighet att påverka, innebär således en omöjlighet till att nå målet om att bli blöjfri som de övriga barnen.

Det kan inte anses att Österåkers kommun visat på att det är lämpligt att missgynna Josef då han inte kan bli blöjfri på samma sätt som andra barn på förskolan utan hans funktionsnedsättning.

Nödvändigt?

Detta kan inte anses nödvändigt för Österåkers kommun att vidta åtgärden att inte tillämpa rekommendationen från Autismcenter angående toaletter träning på grund av att detta skulle avbryta Josefs Bengtssons lek och hans rätt till inflytande.

Barns möjlighet till att bli blöjfria hör till förskolans normala grundläggande uppgifter.

Proportionalitet?

Står skälen för Österåkers kommuns underlåtenhet att toaletter träna Josef i proportion till de negativa effekter detta förfarande får för Josef Bengtsson?

Underlåtenheten av att tillämpa det som Autismcenter rekommenderar för toaletter träningen och kommunens syfte att undvika att avbryta Josefs Bengtssons lek och hans rätt till inflytande som tydligt är en följd av för få anställda kan inte anses på något sätt uppväga de negativa följder som detta har för Josef Bengtssons utveckling.

Följderna av Österåkers kommuns underlåtenhet kan inte anses vara proportionella i förhållande till det att Josef inte kan utvecklas och bli blöjfri som andra barn på förskolan utan hans funktionsnedsättning.

I andra hand hävdar Josef att han missgynnats och att Österåkers kommun inte visat på ett berättigat syfte som är lämpliga och nödvändiga och att proportionalitet föreligger och att Österåkers kommuns åtgärder därför i andra hand ska anses innefatta indirekt diskriminering av Josef Bengtsson.

7.2.3 Bristande tillgänglighet

Rekvisiten för att det ska anses att Josef har diskriminerats innefattande bristande tillgänglighet är följande:

- Att Josef har en funktionsnedsättning;

- Att Josef har gjort det troligt att han missgynnats i jämförelse med andra barn utan hans funktionsnedsättning;
- Att Österåkers kommun underlåtit att vidta åtgärder för tillgänglighet;
- Att Österåkers kommun kan vidta åtgärder som ger Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning;
- Att de åtgärderna som Österåkers kommun kan vidta är skäliga.
 - Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning;
 - Skäliga åtgärder utifrån praktiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån de ekonomiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren
 - Skäliga åtgärder utifrån andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning
 - Skäliga åtgärder utifrån att det går att reducera eller eliminera effekt
 - Skäliga åtgärder utifrån verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera
 - Skäliga åtgärder utifrån att berörd person påtalat sina behov

FÖRSTA LEDET

Funktionsnedsättning:

Det är ostridigt att Josef har en funktionsnedsättning och vilken denna är.

Missgynnande:

I denna del hänvisas till vad som ovan angetts angående missgynnande under avsnitt 7.2.1 angående direkt diskriminering avseende underlåtenheten att tillämpa program för toaträning.

Josef hävdar att han har gjort det troligt att han missgynnats genom att han har behandlats sämre vad underlåten tillämpning av program för toaträning med syftet att han skulle bli blöjfri i jämförelse med andra barn utan hans funktionsnedsättning.

ANDRA LEDET

Då Josef gjort det troligt att han missgynnats vad avser behovet av toaletträning ankommer det på Österåkers kommun att bevisa att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet.

Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet:

Det är ostridigt att förskolan inte tillämpat toaletträning i enlighet med Autismcenters rekommenderade program.

Åtgärder kan ge personen möjlighet att komma i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning:

Utifrån expertutlåtandet från Autismcenter kan den slutsatsen dras att toaletträning är en viktig åtgärd för att Josef ska kunna träna och utvecklas på samma sätt som övriga elever i förskolan utan hans funktionsnedsättning och bli blöjfri.

Skäliga åtgärder

Diskrimineringsformen bristande tillgänglighet innefattar en avvägningsregel där skäligheten av tillgänglighetsåtgärderna är en väsentlig del i bestämmelsen. Någon proportionalitetsprincip finns inte, utan vad som ska vara utgångspunkten för bedömningen beskrivs i 1 kap. 4 § 3 p.

a. Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning.

Det handlar i detta fall om läroplan och i enlighet med skollag och läroplan ska verksamheten utgå från alla barns förutsättningar, såväl styrkor som utvecklingsområden när förskolan lägger upp utbildning och undervisning. Enligt skollagen 3 kap 5 § ska om en elev inte kommer att nå de kunskapskrav som minst ska uppnås eller de kravnivåer som gäller ska eleven skyndsamt ges stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen. Stödet ska ges med utgångspunkt i elevens utbildning i dess helhet, om det inte är uppenbart obehövt. Enligt kommunallagen ska alla medborgare i kommunen även behandlas lika.

Kommunen kan inte anses ha stöd i någon författning för att inte tillämpa den lagstadgade ordning som innefattar en skyldighet att skyndsamt ha gett stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen när kommunen vägrat tillämpa program för toaträning i detta fall.

b. Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet:

Det är i målet ostridigt att förskolan inte tillämpat programmet för toaträning för Josef Bengtsson.

Han har idag konstant blöja och detta innebär att han inte på sätt som andra barn utan hans funktionsnedsättning utbildats/tränats som övriga barn och därmed har det inte skapat samma förutsättningar som för andra barn.

c. Åtgärder kan ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation

Österåkers kommun hade kunnat tillämpa programmet för toaträning som hade gett Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning vad gäller att få vara blöjfri.

Josef hade kunna bli blöjfri med träning i enlighet med Autismcenters rekommenderade program.

d. De praktiska förutsättningarna

Att det ska finnas praktiska möjligheter att genomföra en åtgärd innebär att det inte går att kräva att en viss åtgärd som inte går att genomföra överhuvudtaget, antingen på grund av rent faktiska skäl eller med anledning av rättsliga hinder.

I detta fall framgår att åtgärden som angetts att medverka i Autismcenters rekommenderade program är åtgärder som praktiskt hade gått att genomföra och kunnat ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

e. De ekonomiska förutsättningarna

Vid bedömningen av de ekonomiska förutsättningarna ska man väga in verksamhetsansvarigs förmåga att bära en eventuell kostnad för åtgärd. Om verksamhetsutövaren inte har möjlighet att bära kostnaden för en viss åtgärd så kan den normalt inte anses skäligen att kräva (Prop. 2013/14:198 s.66–67).

Autismcenter har erbjudit gratis handledning till förskolans personal avseende toaletteräningen, med målet att göra Josef blöjfri. Skolan har tackat nej till sådan handledning. Då träningen erbjudits gratis, kan ej det anses som att detta skulle medföra någon oskäligen kostnad för förskolan. I detta fall föreligger ekonomiska förutsättningar även av det skälet att kostnaden för Österåkers kommun skulle varit försumbara. Kommunens budget för 2021 var 2 757 980 000 kr.

f. Omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren.

Vid skälighetsbedömningen ska tas hänsyn till om kontakten mellan en person med funktionsnedsättning och en verksamhet är långvarig eller kortvarig. Om relationerna eller kontakterna mellan den enskilde och verksamhetsutövaren är kortvariga så ska detta vägas in i bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas. I detta fall är Josef Bengtssons kontakt med Österåkers kommun långvarig.

g. Andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning

Här föreligger inget att kommentera i denna del.

h. Reducera eller eliminera effekt

Det går inte att kräva att en åtgärd vidtas om det inte går att avlägsna eller minska effekterna av funktionsnedsättningen genom tillgänglighetsåtgärden (Prop. 2013/14:198 s.69).

I detta fall skulle de tillgänglighetsåtgärder som föreslagits Österåkers kommun – medverkan i Autismcenters rekommenderade program - eliminera en situation där Josef inte får bli blöjfri som den nuvarande verksamheten innefattar.

Nyttan av tillgänglighetsåtgärden är inte marginell utan innebär att Josef får möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

i. Verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera

Verksamhetsutövarens möjligheter till planering av vilka åtgärder som är lämpliga, har betydelse för bedömningen (Prop. 2013/14:198 s.70). I detta fall är det Österåkers kommun som är verksamhetsutövare.

Josef Bengtssons föräldrar har sedan länge genom sina ställföreträdare för Österåkers kommun påtalat behov av att Josef omfattas av Autismcenters rekommenderade program för toaletträning.

Österåkers kommun har dessutom som offentlig kommunal verksamhet skyldighet och möjlighet att förutse och planera verksamheten och även möjligheten att förutse behovet för funktionshindrade barn som Josef att omfattas av Autismcenters rekommenderade program för toaletträning.

j. *Att själv påtala sina behov*

Verksamhetsutövaren ska påtalas om behoven av anpassning och vilka åtgärder som är lämpliga.

Josef har sedan länge genom sina föräldrar för Österåkers kommun påtalat behov av att Josef omfattas av Autismcenters rekommenderade program för toaletträning

Det finns skäl att anta att kravet på toaletträning är skäligt.

Slutsats

Josef hävdar att Österåkers kommuns åtgärd att inte tillämpa toaletträning i enlighet med Autismcenters rekommendation innefattar bristande tillgänglighet.

Österåkers kommun kan inte anses ha bevisat att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet och ska därför anses ha diskriminerat Josef och ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning

8. Sakförhållanden och utveckling av de rättsliga grunderna avseende bristande anpassning 4 - Funktionell lek

8.1 Omständigheter

Josef är i behov av funktionell lek för att han ska få en utveckling på samma sätt som andra barn utan hans funktionsnedsättning.

Detta är ostridigt.

Enligt uttalanden från BUP Solna och Autismcenter är den funktionella leken viktig, eftersom Josef har bristande förmåga till att leka med andra barn och vuxna på eget bevåg. (BILAGA 1, 2, 4, 5)

Österåkers kommuns förskola anser att de erbjuder Josef funktionell lek i form av exempelvis pussel, spela tennis, sortera färgbollar, klossar, rulla bil, färglägga bilder, åka rutschkana, leka vid eken, klättra i klätterställning, leka gemensamma lekar, cykla, gunga med mera

Funktionell lek för Josef förutsätter dock att det finns en pedagogisk plan, att lek innefattar struktur, momentlistor som bryter ner olika moment av leken i en lista av dillekar och där förstärkarkartläggning tillämpas dvs. Josef belönas med något gott att äta eller något han uppskattar vid uppfyllande av olika moment och dillekar.

Funktionell lek motverkar ett repetitiva beteendet som Josef normalt hamnar i på grund av sin funktionsnedsättning. Josef Bengtssons föräldrar menar att även om förskolan erbjuder viss funktionell lek så är detta långt ifrån tillräcklig grad och i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som Josef behöver.

Österåkers kommun. har inte angett att den omfattande begränsningen av funktionell lek haft något angivet syfte. Frånvaron beror troligen enbart på ovilja att tillsätta tillräckliga personalresurser.

Enligt utlåtanden så ska träningen i funktionell lek utöver annan träning av Josef uppgå till minst 2 timmar per dag. Josef fick i bästa fall ca 30 minuters träning per dag på förskolan, där ostrukturerad funktionell lek har en mindre del (BILAGA 40)

Två pedagoger, Pernilla Johansson och Kristina Dorén från förskolan fick handledning avseende funktionell lek – en särskild individuell insats på Autismcenter som påbörjades i augusti 2019.

Sammanlagt deltog de dock begränsat till dvs. enbart 5 av 10 tillfällen. Första gången var bägge med och de övriga 4 gångerna var de där en åt gången. Det innebär att de var och en för sig medverkade bara 3 gånger av 10.

Denna begränsade insats innebär ändå att Josef hade en bra utveckling fram till oktober 2019 – under den tid pedagogerna tillämpade insatsen funktionell lek.

Förskolan har dock visat okunskap om funktionell lek. Att träna ett gravt autistiskt barn som Josef i funktionell lek kräver betydligt mer i form av förstärkare, övningsmetoder, dokumentation för att få Josef att förstå hur han ska leka funktionellt.

Av kommunens information framgår att de inte tillämpar funktionell lek i den omfattning som behövs och inte på det strukturerade sätt – med ex. momentlistor, som man måste använda vid funktionell lek för att Josef ska kunna utvecklas på ett bra sätt. Det ska noteras att den utveckling som skulle kunna uppnås om man hade jobbat med ett individuellt vuxenstöd och utefter de arbetssätt som Autismcenter har rekommenderat så skulle det kunna anses att Josef hade samma förutsättningar som andra barn till utveckling utan hans funktionsnedsättning. Autismcenter har bekräftat att bristerna i förskolans tillämpning leder till sämre utveckling.

Josef Bengtssons rätt till eget inflytande enligt läroplanen ska under inga omständigheter användas - på sätt som förskolan gjort - som skäl att han får fortsätta med sitt repetitiva beteende under dagarna utan att bli avbruten. Det är i stället Josef Bengtssons rätt som ett barn med grav autism att kräva att någon vuxen på förskolan tränar honom att kunna leka och avbryter hans repetitiva beteende som skadar hans utveckling. Förskolan har att utföra detta arbete som de är skyldiga att prestera för Josef Bengtssons räkning.

Den egentliga anledningen till att förskolan framför denna uppfattning och brister i sina skyldigheter är att det inte finns tillräckligt med personal för att på ett acceptabelt sätt arbeta med Josef Bengtsson.

En särskild resursperson för Josef är avgörande för att kunna gå in och ge Josef det stödet han behöver vad avser funktionell lek.

När förskolepersonalen slutade delta i handledningen och träningen funktionell lek upphörde märkte föräldrarna att utvecklingen stannade av.

När insatsen för funktionell lek avslutades i november 2019 och den nya insatsen PECS påbörjades i januari 2020 så tackade förskolan nej all medverkan.

Avdelningsansvariga Pernilla Johansson kallade på eget initiativ till ett extrainsatt handledningsmöte för funktionell lek i februari 2020 eftersom Josefs utveckling hade stagnerat. Detta tillfälle är den enda kontakten som förskolan haft med Autismcenter sedan februari 2020 och fram till augusti 2020 då ny kontakt togs avseende toaletträning som omgående avbröts av förskolechef Emma Hammenstig.

Förskolan låter Josef fortsätta med repetitivt beteende utan att avbryta honom. Ett helt arbetslag på avdelningen samt inlånad personal från andra avdelningar växlar att ta hand om Josef Bengtsson, inte en och samma pedagog. Detta utgör en allvarlig brist i förskolans verksamhet avseende Josef Bengtsson.

Den effektiva tiden för övning i funktionell lek i förskolan är satt till 2 x 20 minuter ”per tillfälle” troligen inte per dag. Denna begränsning beror endast på bristande personal.

Vid varenda hämtning av förälder sedan Josef började på Skärgårdsstads Förskola oktober 2018 så har han ägnat sig åt sina repetitiva beteenden såsom att till exempel snurra och bita på bollar eller frenetiskt gunga på en gunghäst. Inte en enda gång har han haft stöd av en vuxen för att avbryta sitt repetitiva beteende.

Personalen hade inte tid att träna Josef Bengtsson.

8.2 Diskriminering funktionell lek – utveckling rättsliga grunder

Frågan i den här delen är om Österåkers kommuns förskola för Josef har utövat funktionell lek i tillräcklig grad och i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som Josef behöver enligt BUP Solna och Autismcenter och om en underlåtenhet av Österåkers kommun kan anses vara direkt diskriminering av Josef och bristande tillgänglighet.

Det är ostridigt att Josef är i behov av funktionell lek. Enligt uttalanden från BUP Solna och Autismcenter är den funktionella leken viktig, eftersom Josef har bristande förmåga till att leka med andra barn och vuxna på eget bevåg. (BILAGA 1, 2, 4, 5)

Funktionell lek motverkar det repetitiva beteendet som Josef normalt hamnar i på grund av sin funktionsnedsättning. Föräldrarna menar att även om förskolan erbjuder viss funktionell lek så är detta inte i tillräcklig grad och i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som Josef behöver.

Enligt utlåtanden så ska träningen i funktionell lek av Josef uppgå till minst 2 timmar per dag. Josef får i dagsläget i bästa fall ca 30 minuters träning per dag på förskolan, där ostrukturerad funktionell lek har en mindre del (BILAGA 40).

8.2.1 Direkt diskriminering

För att det ska anses att Josef blivit utsatt för direkt diskriminering av Österåkers kommun i förskolan när kommunen underlåtit att tillsätta en särskild personalresurs ska kommunens beslut och underlåtenhet att inte tillsätta en extra personalresurs

- a. troligen ha *missgynnat honom* genom att behandlats sämre än andra barn på förskolan i en jämförbar situation
- b. vara direkt riktad mot Josef och inte vara en följd av en allmän regel som styr beslutet och

- c. det ska föreligga ett orsakssamband mellan beslutet och underlåtenheten och funktionsnedsättning

Missgynnande

Frågan är om Josef missgynnats genom att behandlas sämre än någon annan har behandlats på förskolan vad avser Österåkers kommuns förskolas underlåtenhet att tillräckligt fullgöra funktionell lek.

Den grupp som Josef ska jämföra sig med är de barn på förskolan som inte har en funktionsnedsättning.

De är ostridigt att Josef är i behov av funktionell lek.

För att Josef ska ha möjlighet att utvecklas i lek som övriga barn på förskolan behöver förskolan erbjuda Josef möjlighet till funktionell lek i tillräcklig omfattning (ca 2 timmar per dag) och på det strukturerade sätt som behövs.

Förskolan erbjuder i bästa fall 2 x 20 min funktionell lek kanske några dagar i veckan. Förskolans underlåtenhet att erbjuda Josef möjlighet till att utöva funktionell lek i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som rekommenderas och som behövs inverkar starkt negativt i Josef Bengtssons möjlighet till utveckling.

Enligt uttalanden från BUP Solna och Autismcenter är den funktionella leken viktig, eftersom Josef har bristande förmåga till att leka med andra barn och vuxna på eget bevåg. Funktionell lek förutsätter att det finns en pedagogisk plan för leken, som gör att Josef själv kan leka leken eller med andra barn.

Funktionell lek innefattar struktur och momentlistor som innebär att man bryter ner de olika momenten av leken i delmoment som Josef får hjälp (prompt) med i början att genomföra av en vuxen. En aktuell förstärkarkartläggning måste alltid finnas som används för att veta vilka belöningar och positiv förstärkning (prompt) som kan användas vid uppfyllande av olika moment eller en hel lek bestående av en kedja av moment. Positiv förstärkning kan då till exempel innebära att Josef belönas med något gott exempelvis äppelbitar eller en annan aktivitet som han tycker om.

Funktionell lek motverkar repetitiva beteendet som Josef Bengtssons på grund av sin funktionsnedsättning mycket ofta hamnat i på förskolan på grund av bristande tillsyn och struktur samt avsaknad av individuellt vuxenstöd och att normalt vara i en alldeles för stor barngrupp för närvarande 21 barn.

Josef menar på att även om förskolan erbjuder viss funktionell lek så är detta inte i tillräcklig grad och i tillräcklig omfattning och inte på ett sådant strukturerat sätt som behövs.

Enligt expertutlåtande så ska träningen av Josef uppgå till minst 2 timmar per dag i funktionell lek.

Josef har enligt uppgift från förskolan erhållit maximalt 2 x 20 minuters individuell träning per dag på förskolan för allt behov av träning däribland funktionell lek dock troligen inte varje dag.

Vid en jämförelse med kommunens specialförskola Penseln för barn med språknedsättning som enda primära funktionsnedsättning så får där 8 barn intensiv språkbehandling och träning av 3 förskollärare och en logoped vilket sannolikt är betydligt mer än den träning Josef någonsin fått tillgång till på Skärgårdsstads förskola.

Direkt riktad mot Josef Bengtsson

Förskolans underlåtenhet att erbjuda Josef möjlighet till att utöva funktionell lek i tillräcklig grad och omfattning och på ett strukturerat sätt har varit direkt riktad mot Josef Bengtson och hans möjlighet till utveckling.

Orsakssamband

Direkt diskriminering föreligger om det finns ett samband mellan underlåtenheten och diskrimineringsgrunden.

Förskolan saknar inte kunskap eller insikt om Josefs funktionsnedsättning och BUP Solnas och Autismcenters rekommendation som innebär att Josef har ett behov av funktionell lek.

Orsakssamband kan i fallet antas föreligga mellan underlåtenheten att inte erbjuda funktionell lek i tillräcklig omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som behövs och Josefs funktionsnedsättning. Den ordning inom Österåkers kommuns förskola som innebär att Josef inte erbjuds funktionell lek på grund av förbiseende eller ointresse eller på grund av bristande kunskaper kan anses ha ett samband med Josef och hans behov och särskilda funktionsnedsättning.

Josef hävdar i första hand att Österåkers kommuns underlåtenhet att erbjuda Josef funktionell lek i tillräcklig grad och i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som behövs, innefattar direkt diskriminering av Josef i strid med DL.

8.2.2 Josef hävdar ej indirekt diskriminering i denna del.

Österåkers kommun har inte vad avser funktionell lek angett att en underlåtenhet att tillämpa funktionell lek i tillräcklig omfattning beror på att det skulle föreligga en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt inom Österåkers kommuns förskola som framstår som neutral men som särskilt skulle missgynna Josef på grund av hans funktionsnedsättning.

Josef hävdar därför för tillfället inte att underlåtenheten innefattar en indirekt diskriminering i strid med DL.

8.2.3 Bristande tillgänglighet

Rekvisiten för att det ska anses att Josef har diskriminerats innefattande bristande tillgänglighet är följande:

- Att Josef har en funktionsnedsättning;
- Att Josef har gjort det troligt att han missgynnats i jämförelse med andra barn utan hans funktionsnedsättning;
- Att Österåkers kommun underlåtit att vidta åtgärder för tillgänglighet;
- Att Österåkers kommun kan vidta åtgärder som ger Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning;
- Att de åtgärderna som Österåkers kommun kan vidta är skäliga.
 - Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning;
 - Skäliga åtgärder utifrån praktiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån de ekonomiska förutsättningarna
 - Skäliga åtgärder utifrån omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren
 - Skäliga åtgärder utifrån andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning
 - Skäliga åtgärder utifrån att det går att reducera eller eliminera effekt
 - Skäliga åtgärder utifrån verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera
 - Skäliga åtgärder utifrån att berörd person påtalat sina behov

FÖRSTA LEDET

Funktionsnedsättning:

Det är ostridigt att Josef har en funktionsnedsättning och vilken denna är – se diagnos.

ANDRA LEDET

Missgynnande:

I denna del hänvisas till vad som anförts ovan i denna del under 8.2.1 angående missgynnande under direkt diskriminering vad avser att ej i tillräcklig grad och omfattning träna honom i funktionell lek.

Josef hävdar att han gjort det troligt att han missgynnats av kommunens underlåtenhet att ge honom träning i funktionell lek i tillräcklig grad och omfattning.

TREDJE LEDET

Bevisbördan

Då Josef gjort det troligt att han missgynnats vad avser behovet av funktionell lek ankommer det på Österåkers kommun att bevisa att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet.

Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet:

Josef hävdar att det bör vara ostridigt att Österåkers kommun ej har gett honom möjlighet till att utöva funktionell lek i den grad och i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som behövs som rekommenderats av Autismcenter.

Åtgärder kan ge personen möjlighet att komma i en jämförbar situation

Österåkers kommun hade kunnat vidta åtgärder som hade gett Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn på förskolan utan funktionsnedsättning inom ramen för funktionell lek.

Österåkers kommun hade kunnat följa anvisningarna för funktionell lek som angetts av Autismcenter för anpassad utbildning/träning av honom. Därtill skulle en anställning av extra personal för Josef Bengtssons del underlättat starkt. För att Josef ska kunna ta del av utbildningen i förskolans verksamhet måste han ha en pedagog vid egen individuell träning som är utbildad i funktionell lek. Det var således avgörande för Josefs utveckling att personalkompetensen anpassats för honom för att kunna utvecklas på samma sätt som övriga elever i förskolan. Den bristande närvaron från personalen vid bara 3 av tio tillfällen för att på Autismcenter få lära sig funktionell lek gjorde att det uppenbart förelåg brister i personalkompetensen.

I detta fall är nyttan av tillgänglighetsåtgärden inte marginell utan innebär att Josef får möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan i fråga om att leka med andra barn.

Det kan ej anses att Österåkers kommun vidtagit tillräckliga åtgärder vad avser tillämpning i och utbildning av personal för funktionell lek för att anpassa den för Josef Bengtsson.

Skäliga åtgärder

Diskrimineringsformen bristande tillgänglighet innefattar en avvägningsregel där skäligheten av tillgänglighetsåtgärderna är en väsentlig del i bestämmelsen. Någon proportionalitetsprincip finns inte, utan vad som ska vara utgångspunkten för bedömningen beskrivs i 1 kap. 4 § 3 p.

a. *Skäliga åtgärder utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning:*

Bedömningen av om skäliga åtgärder vidtagits, eller underlåtit att vidtas, ska som huvudregel utgå från de krav som redan ställs i lagstiftning och föreskrifter om tillgänglighet. Det kan handla om skollagen, arbetsmiljölagen, byggregler eller annan lag. Enligt skollagen 3 kap 5 § ska om en elev inte kommer att nå de kunskapskrav som minst ska uppnås eller de kravnivåer som gäller, och inte annat följer av 7 §, ska eleven skyndsamt ges stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen. Stödet ska ges med utgångspunkt i elevens utbildning i dess helhet, om det inte är uppenbart obehövligt. Detta gäller elever i samtliga skolformer.

Kommunen kan inte ansetts ha visat att sakliga skäl föreligger för att inte fullt ut vidta anpassningen att tillämpa funktionell lek.

b. *De praktiska förutsättningarna*

Att det ska finnas praktiska möjligheter att genomföra en åtgärd innebär att det inte går att kräva att en viss åtgärd som inte går att genomföra överhuvudtaget, antingen på grund av rent faktiska skäl eller med anledning av rättsliga hinder.

I detta fall framgår att åtgärder som angetts att utbilda och anställa en extra personal är åtgärder som praktiskt hade gått att genomföra och kunnat ge Josef möjlighet att komma i en jämförbar situation med andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

c. *De ekonomiska förutsättningarna*

Vid bedömningen av de ekonomiska förutsättningarna ska man väga in verksamhetsansvarigs förmåga att bära en eventuell kostnad för åtgärd. Om verksamhetsutövaren inte har möjlighet att bära kostnaden för en viss åtgärd så kan den normalt inte anses skäligen att kräva (Prop. 2013/14:198 s.66–67).

I detta fall föreligger ekonomiska förutsättningar då kostnaden för Österåkers kommun skulle varit försumbara. Kommunens budget för 2021 var 2 757 980 000 kr.

Omfattningen och varaktigheten av förhållandet eller kontakten mellan den enskilde och verksamhetsutövaren

Vid skälighetsbedömningen ska tas hänsyn till om kontakten mellan en person med funktionsnedsättning och en verksamhet är långvarig eller kortvarig. Om relationerna eller kontakterna mellan den enskilde och verksamhetsutövaren är kortvariga så ska detta vägas in i bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas.

I detta fall är Josef Bengtssons kontakt med Österåkers kommun långvarig.

d. *Andra omständigheter som är av betydelse vid skälighetsbedömning*

En åtgärd ska ha en förväntad nytta för personer med funktionsnedsättning, exempelvis att personen genom åtgärden kan komma in i en lokal. Om effekten av åtgärden enbart är marginell så pekar det på att det inte går att kräva tillgänglighetsåtgärden, särskilt om åtgärden skulle innebära en orimligt hög kostnad (Prop. 2013/14:198 s.69).

Här föreligger inga kommentarer.

e. *Reducera eller eliminera effekt*

Det går inte att kräva att en åtgärd vidtas om det inte går att avlägsna eller minska effekterna av funktionsnedsättningen genom tillgänglighetsåtgärden (Prop. 2013/14:198 s.69).

I detta fall är nyttan av tillgänglighetsåtgärden att tillämpa funktionell lek inte marginell utan innebär att Josef kan få den utvecklingen på ett centralt område för hans sociala kompetens och möjlighet att leka själv och med andra barn som alla andra barn utan hans funktionsnedsättning på förskolan.

I detta fall skulle de tillgänglighetsåtgärder som föreslagits ha eliminerat de brister som de nuvarande åtgärder har innefattat.

f. *Verksamhetsutövarens möjligheter att förutse och planera*

Verksamhetsutövarens möjligheter till planering av vilka åtgärder som är lämpliga, har betydelse för bedömningen (Prop. 2013/14:198 s.70).

I detta fall är det Österåkers kommun som är verksamhetsutövare.

Österåkers kommun har som offentlig kommunal verksamhet **skyldighet och möjligheter att förutse och planera** verksamheten och möjligheten att förutse behovet för funktionshindrade barn som Josef har vad avser extra personal.

Josef Bengtssons föräldrar har sedan länge påtalat behov av funktionell lek på grund av hans funktionsnedsättning.

g. *Att själv påtala sina behov*

Verksamhetsutövaren ska påtalas om behoven av anpassning i detta fall av funktionell lek för möjligheter till planering av vilka åtgärder som är lämpliga.

Josef har sedan länge genom sina föräldrar påtalat behov av funktionell lek på grund av hans funktionsnedsättning.

Josef hävdar att Österåkers kommuns underlåtenhet att ej fullt ut tillämpa funktionell lek innebär att Josef utsatts för brister innefattar bristande tillgänglighet.

Slutsats

Josef hävdar att Österåkers kommuns underlåtenhet att erbjuda Josef möjlighet till att utöva funktionell lek i tillräcklig grad och i den omfattning och på ett sådant strukturerat sätt som behövs, innefattar diskriminering av Josef avseende bristande tillgänglighet.

Österåkers kommun kan inte anses ha bevisat att acceptabla sakliga skäl föreligger för att verksamheten brustit i tillgänglighet och ska därför anses ha diskriminerat Josef och ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning.

9. Utveckling av de rättsliga grunderna i övrigt

9.1 Europakonventionen

Josef hävdar att Österåkers kommuns ordning för förskolan står i strid med Europakonventionens regler om rätten till utbildning och att inte diskrimineras inom utbildningen.

Domstolen har enligt EKMR:

- **att** pröva om Österåkers kommun i strid med förbudet mot diskriminering i Artikel 14 i EKMR diskriminerat Josef - dvs behandlat honom annorlunda i förhållande till övriga barn på förskolan vid hans utövande av hans rätt till utbildning i EKMR:s tilläggsprotokoll 1 artikel 2 - dvs om likabehandlingsprincipen är kränkt inom förskolan;
- **att** pröva om Josef har befunnit sig i en likartad situation som övriga 20 barn på hans avdelning på förskolan;
- **att** pröva om Österåkers kommuns behandling av Josef och syfte varit objektivt och godtagbart (*"objective and reasonable justification"*) dvs. haft ett legitimt ändamål och godtagbar i ett demokratiskt samhälle;
- **att** pröva om de negativa följderna av Österåkers kommuns behandling av Josef och syfte står i proportion till de negativa följderna för honom.
- Om prövningen leder till slutsatsen att de negativa följderna inte står i proportion till Österåkers kommuns syfte föreligger en kränkning i strid med Europakonventionens artikel 14 sammantaget med hans rätt till utbildning enligt reglerna i tilläggsprotokoll 1 artikel 2.

Josef hävdar att Österåkers kommuns ordning för förskolan även står i strid med Europakonventionens regler om att inte diskrimineras vid nyttjande av rätten till utbildning.

Artikel 14 i EKMR föreskriver icke-diskriminering vid tillämpning av konventionens regler om som i detta fall utbildning.

Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan diskriminering på någon grund såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Rättigheterna i konventionen får inte implementeras på ett diskriminerande sätt gentemot exempelvis personer med funktionsnedsättning, se till exempel fallet Glor mot Schweiz, ansökningsnummer 13444/04, dom 30.4.2009.

Det framgår även tydligt av Europadomstolens praxis att vid tillämpning av reglerna i konventionen så ska tillämpningen göras i ljuset av FN:s konventioner, och i detta fall CRPD. Detta illustreras av Europadomstolen dom Cam mot Turkiet, ansökningsnummer 51500/08, dom 23.2.2016.

Av domen framgår att CRPD ska beaktas när rättigheterna enligt EKMR tillämpas. EKMR ska med andra ord. tillämpas konventionskonformt med FN:s konventionsregler. Det framgår även av Wienkonventionens artikel 31.3 c) där det stadgas att tillämpning av internationella traktat som Österåkers kommun anslutit sig till ska göras med hänsyn till ”relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan parterna.” I fallet Cam mot Turkiet tillämpade Europadomstolen bestämmelser i Europakonventionen i ljuset av statens åtaganden som framgår av CRPD.

Slutsats

Den rättsliga följden i denna del är att Österåkers kommuns ordning i förskolan står i strid med EKMR:s tilläggsprotokoll 1 artikel 2 regler om barns rätt till utbildning och förbudet att diskriminera i artikel 14 då han inte erhållit träning och utbildning i tillräcklig omfattning och inte erhållit personal i tillräcklig omfattning och inte erhållit anpassad kommunikation genom PECS och att Josef ska tillerkännas skadestånd.

9.2 Barnkonventionen

Förbud mot diskriminering och rätten till utbildning enligt Barnkonventionen

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet, enligt skadeståndslagens 3 kap 4 § eller en analog tillämpning av denna bestämmelse, att utge skadestånd till Josef då Österåkers kommun i strid med Barnkonventionens artiklar 2, 3, 23 och 28 om barns rätt till utbildning och skydd mot diskriminering utfärdat föreskrifterna som fråntagit Josef med en funktionsnedsättning hans rätt till utbildning då Josef hindrats att använda sina ordinarie hjälpmedel, inte erhållit träning och utbildning i tillräcklig omfattning, och inte haft tillräckligt antal personal och därmed i strid med diskrimineringsförbudet inte kunna få den utveckling som övriga barn i verksamheten utan hans funktionsnedsättning.

Barnkonventionen är sedan 1 januari 2020 svensk lag. De händelser som är föremål för Josef Bengtssons talan ligger i huvudsak under Barnkonventionens status som lag.

Enligt Barnkonventionens artikel 2 ska Österåkers kommun tillförsäkra varje barn inom deras jurisdiktion de rättigheter som anges i denna konvention utan åtskillnad av något slag, inklusive funktionsnedsättning, och ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barnet skyddas mot alla former av diskriminering.

Artikel 2

1. Konventionsstaterna ska respektera och tillförsäkra varje barn inom deras jurisdiktion de rättigheter som anges i denna konvention utan åtskillnad av något slag, oavsett barnets eller dess förälders eller vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, funktionsnedsättning, börd eller ställning i övrigt.
 2. Konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barnet skyddas mot alla former av diskriminering eller bestraffning på grund av föräldrars, vårdnadshavares eller familjemedlemmars ställning, verksamhet, uttryckta åsikter eller tro.
- Enligt artikel 3 Barnkonventionen ska barnets bästa komma i främsta rummet.

Artikel 3

1. Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa.
 2. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har juridiskt ansvar för barnet, och ska för detta ändamål vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder och administrativa åtgärder.
 3. Konventionsstaterna ska säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för omvårdnad eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal och lämplighet samt behörig tillsyn.
- I Barnkonventionens artikel 23 nämns särskilt att ett barn med fysisk eller psykisk funktionsnedsättning ska ges ett stöd som ska syfta till att säkerställa att barnet har effektiv tillgång till och får utbildning.

Artikel 23

1. Konventionsstaterna erkänner att ett barn med fysisk eller psykisk funktionsnedsättning bör åtnjuta ett fullvärdigt och anständigt liv under förhållanden som säkerställer värdighet, främjar tilltron till den egna förmågan och möjliggör barnets aktiva deltagande i samhället.
2. Konventionsstaterna erkänner rätten till särskild omvårdnad för ett barn med funktionsnedsättning och ska, inom ramen för tillgängliga resurser, uppmuntra och säkerställa att det berättigade barnet och de som ansvarar för dess omvårdnad får stöd för vilket ansökan föreligger, i enlighet med vad som är lämpligt med hänsyn till barnets tillstånd och föräldrarnas förhållanden eller förhållandena hos andra som tar hand om barnet.
3. Med hänsyn till att ett barn med funktionsnedsättning har särskilda behov ska det stöd som lämnas enligt punkt 2 i denna artikel vara kostnadsfritt, då så är möjligt, med beaktande av föräldrarnas ekonomiska tillgångar eller de ekonomiska tillgångarna hos andra som tar hand om barnet. Stödet ska syfta till att säkerställa att barnet har effektiv tillgång till och får utbildning, hälso- och sjukvård, rehabilitering och habilitering, förberedelse för arbetslivet och möjligheter till rekreation på ett sätt som bidrar till barnets största möjliga integrering i samhället och individuella utveckling, inklusive dess kulturella och andliga utveckling.

Enligt Barnkonventionens artikel 28 föreligger det en rätt till utbildning.

När Österåkers kommun utfärdade anvisningar och haft en ordning för sin verksamhet på Josef Bengtssons förskola om att inte få använda sina hjälpmedel, inte fått träning och utbildning i

tillräcklig omfattning, och ej har tillräcklig personal står detta i strid med hans rätt till utbildning på lika villkor enligt artikel 28.

Barnkonventionen. Artikel 28

1. Konventionsstaterna erkänner barnets rätt till utbildning. I syfte att gradvis förverkliga denna rätt och på grundval av lika möjligheter ska de särskilt:

- (a) göra grundskoleutbildning obligatorisk och kostnadsfritt tillgänglig för alla,
- (b) uppmuntra utvecklingen av olika former av gymnasial utbildning inklusive såväl högskoleförberedande utbildning som yrkesutbildning, göra dessa tillgängliga och åtkomliga för varje barn samt vidta lämpliga åtgärder såsom införande av kostnadsfri utbildning och ekonomiskt stöd vid behov,
- (e) vidta åtgärder för att uppmuntra regelbunden närvaro i skolan och minska antalet studieavbrott.

Vägledning för tolkning av Barnkonventionen erhålls av uttalanden från FN:s Committee on the Rights of the Child:

Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden

I. Introduction

1. The Committee considered the fifth periodic report of Sweden (CRC/C/SWE/5) at its 1936th and 1938th meetings (see CRC/C/SR.1936 and 1938), held on 13 and 14 January 2015, and adopted, at its 1983rd meeting, held on 30 January 2015, the concluding observations set out below.

2. The Committee welcomes the submission of the fifth periodic report of Sweden and the written replies to the list of issues (CRC/C/SWE/Q/5/Add.1), which provided a better understanding of the situation of children's rights in the State party. The Committee wishes to express its appreciation for the constructive dialogue held with the high-level, multisectoral delegation of the State party.

In the light of its general comment No. 9 (2006) on the rights of children with disabilities, the Committee urges the State party to adopt a human rights-based approach to disability and in particular to:

- (a) Ensure that existing safeguards for the right of children with disabilities to be consulted on all matters concerning them are effectively implemented.
- (b) Collect data on children with disabilities who have become victims of crimes and provide the Committee with information on its findings in its next report; conduct research and collect data and statistics on violence against children with disabilities; and reinforce its strategy and initiatives for the sensitization and training of parents and staff working with children, and for awareness-raising among the general public.
- (c) Ensure that all children have access to schools without discrimination and, to that end, abolish the provision of the Education Act which makes the acceptance of a child with disabilities conditional upon certain factors, and allocate sufficient human, technical and financial

support to ensure that no schools are confronted with organizational or financial constraints that hamper fully inclusive education.

(d) Take prompt legal measures and allocate all the necessary resources to ensure that every child with disabilities is given the opportunity and all the necessary assistance to reach the highest level of education possible given his or her individual capacities.

(e) Develop awareness-raising and education programs for parents and teachers on how to recognize and address the special needs of children with disabilities.

Slutsats

Den rättsliga följden i denna del av Österåkers kommuns ordning är att Josef ska tillerkännas skadestånd direkt grundat på Barnkonventionen på samma sätt som HD slog fast att offentlig myndighet hade att utge skadestånd för brott mot Europakonventionen och som numera tagits in i skadeståndslagens 3 kap 4 §.

9.3 Regeringsformen

Domstolen har i sin prövning av DL och EKMR att ta Regeringsformens (1974:152), (RF) i beaktande;

2 kap 12 § Regeringsformen (RF) reglerar ett förbud mot diskriminering.

I 2 kap 12 § RF anges:

Lag eller annan föreskrift får inte innebära att någon missgynnas därför att han eller hon tillhör en minoritet med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning.

Josef hävdar att uppräknningen inte är uttömmande utan att ytterligare diskrimineringsgrunder kan tolkas in i paragrafen.

I 2 kap 18 § RF regleras rätten till utbildning. Josef hävdar att Österåkers kommun genom sin ordning för verksamheten i förskolan inte iakttagit rätten till utbildning. Österåkers kommun har genom sin ordning fråntagit Josef med funktionsnedsättning hans rätt till utbildning genom att hindra att Josef erhållit den utbildning, träning och hjälpmedel som varit nödvändiga för hans utveckling.

Den rättsliga bedömningen ska även ta hänsyn till de grundläggande reglerna i RF 1 kap 2 § och 9 § RF angående att det allmänna och i och med det domstolen ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och att barns rätt tas till vara och att diskriminering av människor på grund av funktionsnedsättning ska motverkas till de grundläggande reglerna angående rätten till likabehandling.

Beträffande jämlikhet infördes vid paragrafens tillkomst 1976 endast en bestämmelse i dåvarande tredje stycket om att det allmänna ska tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter. Därefter

vidgades 2002 (prop. 2001/02:72) detta målsättningsstadgande om jämlikhet till att avse också delaktighet och skydd för utsatta grupper.

Numera stadgas i femte stycket att det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och att det allmänna ska motverka diskriminering på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilde som person.

Härigenom uttrycks grundläggande värderingar såsom alla människors rätt till inflytande i frågor som rör dem själva och människors rätt till ett jämlikt bemötande som individer. Genom den i stycket gjorda uppräkningslistan av olika otillåtna diskrimineringsgrunder markeras att målsättningen om ”delaktighet och jämlikhet” naturligtvis är av störst betydelse för människor som tillhör grupper som jämfört med andra grupper har en utsatt position i samhället. I motiven till 2002 års ändringar (prop. 2001/02:72 s. 50) redogjordes närmare för innebörden av begreppen ”funktionshinder”, ”sexuell läggning” och ”ålder”.

Därvid anfördes bland annat att barn i princip ska bemötas som jämlika individer och att de ska ha rätt till medinflytande enligt sin utvecklingsnivå när det gäller frågor som rör dem själva. Att ”barns rätt ska tas till vara” infördes på Grundlagsutredningens förslag genom 2010 års ändringar. Detta skedde i förtydligande syfte. Härmed görs enligt regeringen en betydelsefull markering av det allmännas ansvar gentemot barn.

Regeringen anförde vidare följande (prop. 2009/10:80 s. 188 ff.):

Målsättningsstadgandet i regeringsformen ger uttryck för vissa särskilt viktiga mål för samhällsverksamheten och kan därför ha politisk betydelse för samhällsutvecklingen (prop. 1973:90 s. 194 f.). Dess viktigaste funktion är således att slå fast en skyldighet för det allmänna att positivt verka för att de målsättningar som anges skyddas, främjas och förverkligas i så stor utsträckning som möjligt. En sådan markering ligger, när det gäller det allmännas skyldighet att verka för att barns rätt tas till vara, väl i linje med Sveriges förpliktelser enligt Barnkonventionen. Regeringen ansluter sig mot denna bakgrund till utredningens förslag. En hänvisning till detta förarbetsuttalande görs, som nämnts, av Högsta domstolen i bl.a. NJA 2014 s. 307, ett mål om överflyttning av vårdnad om barn.

Det åligger enligt regeringen alltså det allmänna att motverka diskriminering även på grund av andra – liknande – osakliga omständigheter som gäller den enskilde som person än de som uttryckligen har angetts, jfr det avslutande uttrycket ”andra omständigheter” (prop. 2001/02:72 s. 19 f. och 49).

Den rättsliga bedömningen även i denna del ska ta hänsyn till de grundläggande reglerna i 1 kap 2 § RF angående att det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället; att barns rätt tas till vara; att diskriminering av människor på grund av funktionshinder ska motverkas och även 1 kap 9 § RF angående rätten till likabehandling.

9.4 Konventionskonform tolkning

I samband med tillämpning av DL och övrig tillämplig lagstiftning har Domstolen att iaktta att en konventionskonform tolkning skall göras.

I den svenska rättstillämpningen ska konventionskonform tolkning användas så långt som möjligt inom ramen för ordalydelsen för att tillgodose att internationella konventioner som inte inkorporerats i svensk rätt följs.

Det ska noteras att regeringen förutsätter att domstolarna och myndigheterna tillämpar principen om konventionskonform tolkning, se Regeringens skrivelse 2016/17:29 - Regeringens strategi för det nationella arbetet med mänskliga rättigheter.

Det är en skyldighet för domstolen att tolka DL, RF och Europakonventionen konventionskonformt i förhållande till internationell rätt. Särskilt ska noteras CRPD.

Svensk lagstiftning ska så långt det är möjligt tolkas så att den överensstämmer med Europakonventionen och CRPD. Alla företrädare för den offentliga makten, dvs. domstolarna och både statliga och kommunala myndigheter omfattas av principen om konventionskonform tolkning.

Var framgår detta?

I exempelvis SOU 2010:70, ny struktur för skydd av mänskliga rättigheter, s.130–131 framgår detta. Här framgår bland annat att man som enskild som för talan i domstol kan hänvisa till konventionsbestämmelser.

I Regeringens strategier för det nationella arbetet med mänskliga rättigheter skr. 2016/17:29 s. 10–11 framgår att domstolar och myndigheter ska tillämpa konventionskonform tolkning.

På s. 26 i samma skrivelse framgår även följande:

” (...) Både myndigheter och domstolar är skyldiga att så långt det är möjligt tolka svenska rättsregler på ett sådant sätt att de blir förenliga med Sveriges konventionsåtaganden, vilket uppnås genom s.k. fördragskonform tolkning. Det finns material som kan användas i syfte att tillgodogöra sig konventionernas närmare innebörd, inte minst i form av förarbeten, praxis och allmänna kommentarer till konventionstexterna. Myndigheter spelar en viktig roll i arbetet med att säkerställa full respekt för Sveriges internationella åtaganden om mänskliga rättigheter, bland annat genom att beakta principen om fördragskonform tolkning. Regeringen avser därför att följa hur principen om fördragskonform tolkning tillämpas i myndigheters verksamhet.”

Domstolar ska tillämpa konventionskonform tolkning av ratificerade konventioner men inte om konventionen införts i nationell rätt: NJA 1988 s. 572. NJA 1989 s.131, NJA 1991 s. 512, NJA 1991 s. 188, NJA 1992 s.513, NJA 1992 s. 363, NJA 1992 s. 532, samt RH 2014:9.

Vidare framgår av Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheters utkast till allmän kommentar om Konventionen för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheters

inhemska tillämpning, §§ 14–15, att det är en allmän skyldighet under internationell rätt att tolka nationell rätt konventionskonformt, se E/C.12/1998/24.

Enligt CRPD innebär ett nekande av skälig anpassning i samhället en form av otillåten diskriminering enligt artiklarna 2 och 5. Skälig anpassning innebär att Österåkers kommun har att vidta åtgärder som behövs i det enskilda fallet för att säkerställa tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning.

CRPD ger rättigheter genom artikel 7.2 om barnets bästa i främsta rummet i alla åtgärder som rör barn med funktionsnedsättning, artikel 9 om tillgänglighet samt artikel 24 om rätten till utbildning. Enligt artikel 24, paragraf 1, måste konventionsstaterna säkerställa att de förverkligar rätten till utbildning för personer med funktionsnedsättning i ett inkluderande utbildningssystem. Det ska göras på alla nivåer och innefattar alltså förskola, grundskola och gymnasium, högre utbildning, yrkesutbildning och livslångt lärande, fritidsaktiviteter och sociala aktiviteter. Rätten till utbildning gäller för alla studerande, däribland personer med funktionsnedsättning, utan diskriminering och på jämlika villkor.

Enligt FN:s kommentar till artikel 9 p. 39 framgår:

[t]hus schools have to be accessible, as is explicitly indicated in article 9, paragraph 1 (a), of the Convention. However, it is the entire process of inclusive education that must be accessible, not just buildings, but all information and communication, including ambient or FM assistive systems, support services and reasonable accommodation in schools.... Modes and means of teaching should be accessible and should be conducted in accessible environments. The whole environment of students with disabilities must be designed in a way that fosters inclusion and guarantees their equality in the entire process of their education.

Av FN:s kommentar till artikel 9 p. 13 framgår att:

[r]easonable accommodation seeks to achieve individual justice in the sense that non-discrimination or equality is assured, taking the dignity, autonomy, and choices of the individual into account. Thus, a person with a rare impairment might ask for accommodation that falls outside the scope of any accessibility standard.

I prop. 2008/09:28, mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättningar, behandlade regeringen CRPD inför Sveriges tillträde till konventionen och dess fakultativa protokoll. Regeringen angav att det ställs omfattande krav i artikel 24 när det gäller att säkerställa rätten till utbildning för personer med funktionsnedsättningar. Regeringen konstaterade att enligt Skollagen är skolhuvudmannen skyldig att ge särskilt stöd till alla elever i grundskola som har svårigheter i skolarbetet, oavsett eventuell funktionsnedsättning. Regeringen bedömde att Sverige utan lagändring kunde ställa sig bakom kraven i artikel 24.

Inkludering innefattar en process med systemreformer som ger konkret form åt förändringar och modifieringar av innehåll, undervisningsmetoder, angreppssätt, strukturer och strategier inom utbildning för att övervinna hinder. Alla studerande inom relevant åldersspann ska få ett rättvist och deltagande lärande i den miljö som bäst passar deras behov och önskemål.

Av de omständigheter som föreligger i detta fall kan dras slutsatsen att Österåkers kommun ådragit sig skadeståndsskyldighet för brott mot Europakonventionen.

Detta följer av att Österåkers kommun inom ramen för sina föreskrifter och information till kommunerna inte tillgodosett kraven på tillgänglighet för Josef till utbildningen genom att inte tillåta användningen av hans hjälpmedel grundat på ovan angivna rättigheter.

Domstolen har i denna del att ta hänsyn till att de rättigheter som skyddas av Europakonventionen kan ges en vidare innebörd i svensk grundlag, lag eller föreskrifter och en sådan utvidgning av rätten även skyddas av konventionens regler.

Österåkers kommun har ådragit sig skyldighet, enligt HD:s praxis som numera tagits in i skadeståndslagens 3 kap 4 §, att utge skadestånd till Josef Bengtsson. Detta följer av att Österåkers kommun i strid med Europakonventionens förbud mot diskriminering i artikel 14 diskriminerat Josef i hans rätt till utbildning enligt reglerna i Europakonventionens tilläggsprotokoll 1 artikel 2 om enskildas rätt till utbildning.

Domstolen har i denna del även att ta hänsyn till att de rättigheter som skyddas av Europakonventionen kan ges en vidare innebörd i svensk grundlag och lag och att denna utvidgning av rätten då även skyddas av konventionens regler. Domstolen har därför att inom ramen för den rättsliga bedömningen att ta hänsyn till de grundläggande reglerna i 1 kap 2 § RF angående att det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara och motverka diskriminering av människor på grund av funktionshinder och även regeln i 1 kap 9 § RF angående rätten till likabehandling.

Domstolen har även inom ramen för den rättsliga bedömningen av tillämpningen av Europakonventionen att ta hänsyn till 2 kap 12 § RF angående förbud mot diskriminering av funktionshindrade, 2 kap 18 § RF angående rätt till utbildning och 2 kap 19 § RF om förbud mot att utfärda lag eller föreskrift som står i strid med Europakonventionen.

Europakonventionen som är svensk lag ska tolkas konventionskonformt i förhållande till internationell rätt. Särskilt ska noteras artiklarna 2, 9 och 24 i CRPD och Barnkonventionen, artiklarna 2, 23 och 28.

Slutsats

Den rättsliga följden i denna del är då att Österåkers kommuns föreskrifter i enlighet med 12 kap 10 § RF ej ska tillämpas och Josef ska tillerkännas skadestånd.

9.5 Funktionsrättskonventionen - CRPD

De åberopade svenska reglerna i diskrimineringslagen och HD:s praxis vad gäller rätten till ideellt skadestånd för kränkning ska domstolen tolka fördragskonformt i förhållande till internationell rätt.

Artiklarna 2, 9 och 24 i CRPD är regler domstolen har att ta i beaktande vid tolkning och tillämpning av svensk lag. Innebörden av detta är att diskrimineringslagen och EKMR ska tolkas och tillämpas i linje med en fullt inkluderande skolmiljö för Josef givet hans förutsättningar och vara en person som får utvecklas med de strategier som fungerar för honom. Det är att uppfylla CRPD:s krav, särskilt med beaktande av rättigheterna i konventionen samt de allmänna principerna i artikel 3 om att personer med funktionsnedsättning är en del av den mänskliga mångfalden och att Josef som människa och barn har rätt till inkludering på hans villkor.

Artikel 3 CRPD

Allmänna principer

Denna konventions principer är följande:

d) respekt för olikheter och acceptering av personer med funktionsnedsättning som en del av den mänskliga mångfalden och mänskligheten, Karabeleska som människa och barn har rätt till inkludering på hennes villkor.

I målet ska särskilt noteras artiklarna 2, 9 och 24 i CRPD.

I Artikel 2 definieras ”diskriminering på grund av funktionsnedsättning” som varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av funktionsnedsättning som har till syfte eller verkan att inskränka eller ominstetgöra erkännande, åtnjutande eller utövande på lika villkor som andra av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, ekonomiska, sociala, kulturella och civila området eller på andra områden. Det omfattar alla former av diskriminering, inklusive underlåtenhet att göra skälig anpassning.

Begreppet ”skälig anpassning” betyder nödvändiga och ändamålsenliga ändringar och anpassningar, som inte innebär en oproportionerlig eller omotiverad börda när så behövs i ett enskilt fall för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning på lika villkor som andra kan åtnjuta eller utöva alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.

Artikel 9 reglerar rätten till tillgänglighet.

För att göra det möjligt för personer med funktionsnedsättning att leva oberoende och att fullt ut delta på alla livets områden, ska Sverige som konventionsstat: vidta ändamålsenliga åtgärder för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning får tillgång på lika villkor som andra till tjänster som är tillgängliga för eller erbjuds allmänheten.

Dessa åtgärder, som ska innefatta identifiering och undanröjande av hinder och barriärer mot tillgänglighet, gäller bland annat skolor.

2. Sverige ska även

vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda intressenter utbildning i frågor som gäller tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning.

Artikel 24 Utbildning

1. Sverige har erkänt rätten till utbildning för personer med funktionsnedsättning. För att förverkliga denna rätt utan diskriminering och på lika villkor, ska Sverige säkerställa ett sammanhållet utbildningssystem på alla nivåer och livslångt lärande inriktat på:

- a) full utveckling av den mänskliga potentialen och känslan för värdighet och egenvärde samt förstärkning av respekten för de mänskliga rättigheterna, de grundläggande friheterna och den mänskliga mångfalden,
- b) utveckling av personlighet, begåvning och kreativitet hos personer med funktionsnedsättning samt av deras mentala och fysiska färdigheter till deras fulla möjligheter, samt
- c) att göra det möjligt för personer med funktionsnedsättning att effektivt delta i ett fritt samhälle.

2. För att förverkliga denna rätt, ska Sverige säkerställa att:

- a) personer med funktionsnedsättning inte utestängs från det allmänna utbildningssystemet på grund av funktionsnedsättning och att barn med funktionsnedsättning inte utestängs från kostnadsfri obligatorisk grundutbildning eller från undervisning som följer efter grundutbildning, på grund av funktionsnedsättning,
- b) personer med funktionsnedsättning, på lika villkor som andra, får tillgång till en inkluderande och kostnadsfri grundutbildning av kvalitet och till undervisning som följer efter grundutbildning på sina hemorter,
- c) skälig anpassning erbjuds utifrån personliga behov,
- d) personer med funktionsnedsättning ges nödvändigt stöd inom det allmänna utbildningssystemet för att underlätta deras ändamålsenliga utbildning, samt
- e) ändamålsenliga individanpassade stödåtgärder erbjuds i miljöer som erbjuder största möjliga kunskapsrelaterade och sociala utveckling som är förenlig med målet fullständig inkludering.

3. Sverige ska göra det möjligt för personer med funktionsnedsättning att lära sig praktiska och sociala färdigheter för att underlätta deras fulla och likvärdiga deltagande i utbildning och som samhällsmedlemmar. I detta syfte ska Sverige vidta ändamålsenliga åtgärder, bland annat för att:

- a) underlätta inläring av punktskrift, alternativ skrift, alternativa och kompletterande former, medel och format för kommunikation samt rörelse- och orienteringsförmågan och underlätta kamrattstöd och mentorskap,
- (...)

4. För att säkerställa förverkligandet av denna rättighet ska Sverige:

vidta ändamålsenliga åtgärder för att anställa lärare, även lärare med funktionsnedsättning, som är kunniga i teckenspråk och/eller punktskrift, och för att utbilda yrkeskunniga personer och personal som är verksamma på alla utbildningsnivåer. Denna utbildning ska omfatta kunskap om funktionshinder och användning av lämpliga alternativa och kompletterande former, medel och format för kommunikation, utbildningstekniker och material för att stödja personer med funktionsnedsättning.

5. Sverige ska säkerställa:

att personer med funktionsnedsättning får tillgång till allmän högre utbildning, yrkesutbildning, vuxenutbildning och livslångt lärande utan diskriminering och på lika villkor som andra. I detta syfte ska konventionsstaterna säkerställa att skälig anpassning erbjuds personer med funktionsnedsättning.

Sammanfattningsvis ska Österåkers kommuns åtgärder bedömas enligt konventionens regler i sin helhet. En sådan bedömning leder till att kommunens ordning i förskolan ska anses vara diskriminerande gentemot Josef och att Österåkers kommun har att utge diskrimineringsersättning och skadestånd till honom.

10. Preliminär bevisuppgift

10.1 Muntlig bevisning

A. Partsförhör under sanningsförsäkran åberopas med

1. Partsförhör under sanningsförsäkran åberopas med Henrik X Adress:

Översättravägen 49 184 70 Åkersberga. Tel: 073-9881437

angående Josef Bengtssons funktionshinder och de behov som föreligger med anledning därav samt bristerna inom Österåkers kommuns förskola där Josef deltagit och hur han reagerat under hans tid på förskolan,

till styrkande av

- att förskolan ej har iakttagit rekommendationer om att tillsätta en individuell personal resurs för Josef och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- ang. att förskolan har tackat nej till handledningen för PECS och ej tillämpat PECS enligt rekommendation från Autismcenter och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- att förskolan har tackat nej till handledningen för och ej tillämpat funktionell lek enligt rekommendation från Autismcenter och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- att förskolan har tackat nej till handledningen för och ej tillämpa toaträning enligt rekommendation från Autismcenter och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;

2. Partsförhör under sanningsförsäkran återopas med Nazila Hashemi Adress:

Översättravägen 49, 184 70 Åkersberga Tel: 079-3337666

angående Josef Bengtssons funktionshinder och de behov som föreligger med anledning därav samt bristerna inom Österåkers kommuns förskola där Josef deltagit och hur han reagerat under hans tid på förskolan,

till styrkande av

- att förskolan ej har iakttagit rekommendationer om att tillsätta en individuell personal resurs för Josef och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- ang. att förskolan har tackat nej till handledningen för PECS och ej tillämpat PECS enligt rekommendation från Autismcenter och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- att förskolan har tackat nej till handledningen för och ej tillämpat funktionell lek enligt rekommendation från Autismcenter och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- att förskolan har tackat nej till handledningen för och ej tillämpa toaträning enligt rekommendation från Autismcenter och att detta lett till negativa följder för Josef Bengtsson;
- att Förskolan har bekräftat att de endast erbjuder Josef övningar under 2 x 20 min per tillfälle några gånger per vecka och att Förskolan anser att de inte kan erbjuda mer träning pga. otillräckliga personalresurser.
- att Förskolan under ett avstämningsmöte med Nazila i december 2020 meddelade att detta innebär träning i 3.33 timmar per vecka.

3. – 6. Ytterligare muntlig bevisning kommer att anges när Österåkers kommun angett sin inställning.

10.2 Skriftlig bevisning

Funktionsnedsättning

1. Som skriftlig bevisning återopas
Läkarutlåtande för omvårdnadsbidrag och merkostnadsersättning,
Försäkringskassan, utställd av Juliette van Kalmthout, BILAGA 1,
till styrkande av Josefs funktionsnedsättning.
2. Som skriftlig bevisning återopas
Diagnosintyg, BUP, utställd av Juliette van Kalmthou, BILAGA 2,
till styrkande av Josefs funktionsnedsättningar, ADHD F900B (Används när patient uppfyller minst sex av nio kriterier för ouppmärksamhet och minst sex av nio kriterier för hyperaktivitet) och Autism i barndom F840 (En genomgripande utvecklingsstörning som manifesterar sig före tre års ålder och karakteriseras av

försämrade utveckling av socialt samspel, kommunikationsförmåga och av ett begränsat, stereotyp och repetitivt beteende).

3. Som skriftlig bevisning återopas Beteendestödsplan, BILAGA 35, till styrkande av Josefs beteenden.

Skolinspektionens prövning

4. Som skriftlig bevisning återopas Skolinspektionens beslut, 2021 03 30, BILAGA 13, till styrkande av att Skolinspektionen inte uttalar sig om att barnet behöver de angivna stödinsatserna av en egen resursperson och inte heller om vilka specifika stödåtgärder en förskola ska vidta för att tillgodose barnets behov eller vilka resurser som ska avsättas för detta (se sidan 2 stycke 1).

Individuellt vuxenstöd

5. Som skriftlig bevisning återopas Läkarnotit för omvårdnadsbidrag och merkostnadsersättning, Försäkringskassan, utställd av Juliette van Kalmthout, BILAGA 1, till styrkande av att Josef behöver skydd, stöd och tillsyn i stor omfattning nämligen 100% än för barn i motsvarande ålder.
6. Som skriftlig bevisning återopas Diagnosintyg, BUP, utställd av Juliette van Kalmthou, BILAGA 2, till styrkande att Josef är i behov av egen resurs och stöd i sin vardag.
7. Som skriftlig bevisning återopas Utredning, BUP, BILAGA 5, till styrkande av att Josef behöver vara i mindre grupp och få individuellt vuxenstöd.
8. Som skriftlig bevisning återopas Webbanmälan till Skolinspektionen, SI 2020:5265, BILAGA 7, till styrkandet av att en anmälan till Skolinspektionen gjordes om behov av särskild stödperson.
9. Som skriftlig bevisning återopas Tjänsteanteckning, Skolinspektionen, 2020-10-15, BILAGA 10, till styrkande av att vårdnadshavare i samtal med Skolinspektionen påtalat omständigheter som individuellt vuxenstöd.

10. Som skriftlig bevisning återopas
Svar på Skolinspektionens frågor 20210222, BILAGA 12,
till styrkande av att kommunen medger att de inte tillämpar rekommendationer
från BUP Solna gällande individuellt vuxenstöd.
11. Som skriftlig bevisning återopas
12. Som skriftlig bevisning återopas
Bild på förrådsrummet som används som vilo- och träningsrum för, BILAGA
25,
till styrkandet av att det inte finns ett anpassat rum för Josef att tränas i och för
avskildhet i syfte att kunna få individuellt vuxenstöd.
13. Som skriftlig bevisning återopas
Föräldrainformation HT-2021 Ankaret, BILAGA 72,
till styrkandet av att det från och med höstterminen 2021 är 21 barn på
avdelningen Ankaret med fyra personal (1 förskollärare, 2 barnskötare samt 1
resurs).
14. Som skriftlig bevisning återopas
Ansökan om särskild resurs-individuellt vuxenstöd, BILAGA 73,
till styrkandet av att en ansökan har gjorts till förskolerektor angående individuellt
vuxenstöd för Josef.

Funktionell lek

15. Som skriftlig bevisning återopas
Webbanmälan till Skolinspektionen, SI 2020:5265, BILAGA 7,
till styrkandet av att en anmälan till Skolinspektionen gjordes om behov av
funktionell lek.
16. Som skriftlig bevisning återopas
Tjänsteanteckning, Skolinspektionen, 2020-10-15, BILAGA 10,
till styrkande av att vårdnadshavare i samtal med Skolinspektionen påtalat
omständigheter som funktionell lek.
17. Som skriftlig bevisning återopas
Svar på Skolinspektionens frågor 20210222, BILAGA 12,
till styrkande av att kommunen medger att de inte tillämpar rekommendationer
från Autismcenter gällande funktionell lek.
18. Som skriftlig bevisning återopas
Email till Antidiskrimineringsbyrån Stockholm Norr, 2020-07-10, från
förskolerektor Emma Hammenstig, BILAGA 20,
till styrkandet av att förskolan inte kommer att träna Josef i PECS. Att förskolan
inte kommer att genomföra individuell träning då det inte är förskolans uppdrag,
enligt Emma Hammenstig.

19. Som skriftlig bevisning återopas
Handledning autismcentrum - Hantera leksaker funktionellt, BILAGA 49, till styrkandet av innebörden av funktionell lek.
20. Som skriftlig bevisning återopas
21. Som skriftlig bevisning återopas
Utlåtanden om träningen i funktionell lek av Josef (BILAGA 40, 41) till styrkandet av att träningen ska uppgå till minst 2 timmar per dag samt att Josef i bästa fall fick totalt ca 30 minuters träning per dag på förskolan, där ostrukturerad funktionell lek har en mindre del.

PECS

22. Som skriftlig bevisning återopas
Tjänsteanteckning, Skolinspektionen, 2020-10-15, BILAGA 10, till styrkande av att vårdnadshavare i samtal med Skolinspektionen påtalat omständigheter som barnets stödbehov, individuellt vuxenstöd, funktionell lek, toaletträning samt nekande av samarbete.
23. Som skriftlig bevisning återopas
Intyg avseende insatser, Autismcenter små barn, utställd av Simon Mattsson., BILAGA 3, till styrkande av att PECS har valts ut som kommunikationsmetod för träning för att Josef bedömdes ej lämplig för verbal kommunikationsträning.
24. Som skriftlig bevisning återopas
Autismcenter små barns journalanteckningar 20191212 - 20200205 angående förskolans avböjande av insatser från Autismcenter, BILAGA 4, till styrkande av att förskolan har avböjt insatser från Autismcenter för att delta i insatser avseende funktionell kommunikation med PECS.
25. Som skriftlig bevisning återopas
Webbanmälan till Skolinspektionen, SI 2020:5265, BILAGA 7, till styrkandet av att en anmälan till Skolinspektionen gjordes om behov av PECS
26. Som skriftlig bevisning återopas
Email till Antidiskrimineringsbyrån Stockholm Norr, 2020-07-10, från förskolerektor Emma Hammenstig, BILAGA 20, till styrkandet av att förskolan inte kommer att träna Josef i PECS. Att förskolan inte kommer att genomföra individuell träning då det inte är förskolans uppdrag, enligt Emma Hammenstig.
27. Som skriftlig bevisning återopas
Svar på Skolinspektionens frågor 20210222, BILAGA 12,

till styrkande av att kommunen medger att de inte tillämpar rekommendationer från Autismcenter gällande PECS.

28. Som skriftlig bevisning återopas
PECS - ett sätt att lära sig funktionell kommunikation, Autismcenter, BILAGA 44,
till styrkande att PECS är en utvecklad och vanlig metod för alternativ och kompletterande kommunikation (AKK) som bygger på forskning och principer från inlärningsteori och tillämpad beteendeanalys (TBA). Med hjälp av metoden ska barnet lära sig ta egna spontana initiativ till kommunikation. Genom att alltid utgå från barnets intressen skapas ett behov av att kommunicera. Målet med PECS är att barnet ska lära sig funktionell kommunikation i alla tänkbara vardagliga situationer.

Toaletträning

29. Som skriftlig bevisning återopas
Svar på Skolinspektionens frågor 20210222, BILAGA 12,
till styrkande av att kommunen medger att de inte tillämpar rekommendationer från Autismcenter gällande toaletträning. Autismcenter har gett ut en förklaring av den metod de rekommenderade att toaletträningen skulle inledas med:
” Kissa i toaletten på annans initiativ” BILAGA 27.
30. Som skriftlig bevisning återopas
Email med uppföljningsfrågor, BILAGA 75,
till styrkandet av att Josef inte meddelar själv när han behöver gå på toa.

Stockholm som ovan

Maria Refaat

Legal Counsel Stellan Gärde