

En motsättning mellan två principer om likabehandling? Om rätten att välja personlig assistent

CATHARINA CALLEMAN

De funktionshindrades rätt till självbestämmande när de väljer personlig assistent kan riskera att komma i konflikt med assistenternas rätt att inte bli diskriminerade. Problematiken kan tänkas få ökande betydelse med ett ökat anlitan­de av personliga assistenter och särskilt med en ökad internationalisering av marknaden för vård och omsorg.

När personer som är berättigade till personlig assistans ska välja assistenter, kan det uppstå en intresse­motsättning mellan dessa två typiskt sett utsatta grupper. För funktionshindrade personer gäller det rätten till självbestämmande och integritet. För personliga assistenter gäller

det rätten att inte bli diskriminerade och därmed rätten till arbete. De båda sidorna av konflikten regleras av två regelverk, som båda ger uttryck för principen om alla människors lika värde, nämligen dels lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS, dels de arbetsrättsliga förbudena mot diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funk-

Catharina Calleman, docent vid juridiska institutionen, Umeå universitet

tionshinder och sexuell läggning.¹ Båge regelverken placerar individens rättigheter i centrum och båda brukar beskrivas som ett uttryck för oförytterliga mänskliga rättigheter.

Syftet med denna artikel är att föra en juridisk diskussion om hur de assistansberättigades rätt till självbestämmande och integritet vid valet av personlig assistent förhåller sig till personliga assistenters rätt att inte bli diskriminerade. I den diskussionen är det avgörande att EG-rätten, dit diskrimineringslagstiftningen hör, har företräde framför nationell rätt.²

Artikeln inleds med en kort redogörelse för de principer som varit vägledande för LSS och därmed för rätten till personlig assistans. Det beskrivs också kortfattat hur dessa principer har fått påverka personliga assistenters anställningsvillkor. Sedan

presenteras innehållet i den aktuella delen av diskrimineringslagstiftningen översiktligt utifrån lagens innehåll, förarbeten och rättspraxis. Eftersom den svenska diskrimineringslagstiftningen ska följa de regler som antagits inom EU, blir både svensk rätt och EG-rätt aktuell. De nya diskrimineringsgrunderna enligt den sammanslagna diskrimineringslag som föreslås träda i kraft i januari 2009 – ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck – behandlas inte.

När det gäller den aktuella konflikten saknas domstolspraxis. Jag försöker därför med hjälp av uttalanden i EG-domstolen, EU-kommissionen och de svenska förarbetena att förutsäga hur en domstol skulle döma i ett antal situationer. Som exempel på situationer använder jag mig av anmälningar om diskriminering från personliga assistenter till de olika ombudsmännen: Jämställdhetsombudsmannen (JämO), Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO), Handikappombudsmannen (HO) och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO).³ Jag kompletterar anmälningarna med konstruerade exempel för att ge en mer heltäckande bild av situationer som kan uppstå.

Valfrihet och integritet enligt LSS

Målet för verksamheten enligt LSS är att människor med omfattande funktionshinder skall kunna skapa sig ett värdigt liv, så likt andra människors som möjligt och i

1 Den arbetsrättsliga diskrimineringslagstiftning, som blir aktuell i sammanhanget är, när detta skrivs, jämställdhetslagen (1991:433), JämL, lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, EDA, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, FUDA, och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, SEDA. Ett förslag till ny sammanslagen diskrimineringslag (prop. 2007/08:95), som avses träda i kraft den 1 januari 2009, innebär bland annat att också ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck blir diskrimineringsgrunder. För övrigt innebär den nya lagstiftningen knappast några ändringar i sak som har betydelse för innehållet i denna artikel. Den föreslagna lagens formulering används i artikeln när det är motiverat.

2 Enligt EG-domstolen. Se till exempel mål 6/64 Flaminio Costa mot ENEL.

3 Ingen av anmälningarna har (ännu) behandlats i domstol.

gemenskap med andra människor. Rätten till självbestämmande är en bärande tanke (prop. 1992/93:159).

De två viktigaste begreppen inom handikappolitiken sägs i förarbetena vara valfrihet och integritet, där valfriheten stärker integriteten (ibid.). Den enskilde skall enligt 6 § LSS i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över de insatser som ges. Lagen anger tio olika specificerade, individriktade insatser som en person med svåra funktionshinder har rätt till, om hon eller han uppfyller de förutsättningar som anges i lagen. En av de insatserna är personlig assistans.

När det gäller personlig assistans betonas det i förarbetena att antalet personer som gav assistans till en funktionshindrad person borde begränsas och att den assistansberättigade själv skulle kunna avgöra på vilket sätt och i vilka situationer som hjälpen skulle ges. Den enskilde skulle ges möjlighet att överblicka hjälpens omfattning och varaktighet (ibid.). Det var ett viktigt mål att förändra de offentliga regelsystemen, så att människor med mycket grava funktionshinder själva fick rätt att välja personlig assistent.⁴ De som hade behov av ständig hjälp – med påklädning och hygien, kommunikation och vård – måste få denna rätt (ibid.). Personer som alltså behövde mycket omfattande hjälp eller hjälp av mycket privat karaktär skulle ges ett avgö-

rande inflytande över vem som skulle ge hjälpen (ibid.).

Olika stor valfrihet

Verksamheten med personlig assistans karakteriseras av en långtgående privatisering och individualisering; Såväl kommunen, en privat eller kooperativ anordnare som assistansmottagaren själv kan vara arbetsgivare (Calleman 2008).

Enligt en enkätundersökning som gjorts av Assistanskommittén finns det skillnader mellan olika typer av anordnare när det gäller assistansmottagarnas valmöjligheter och bestämmanderätt. Minst inflytande över vem som ger assistansen har mottagare i kommunal verksamhet och mest inflytande har de i brukarkooperativ. Män har större möjligheter att välja mellan anordnare och assistenter än kvinnor, och yngre assistansmottagare har större möjligheter än äldre att påverka kraven vid rekrytering av assistenter och välja assistent (SOU 2005:100). Själva konstruktionen i LSS med möjligheten att välja mellan olika assistansanordnare kan göra att största möjliga valfrihet i fråga om assistenter blir ett konkurrensmedel anordnarna emellan.⁵ Störst möjlighet att välja har givetvis de mottagare som själva är arbetsgivare för sina assistenter.

4 I propositionen till LSS hänvisades till att Handikapputredningen hade visat att bara åtta procent av de funktionshindrade vid den tiden ansåg sig kunna avgöra vilka personer som skulle ge stöd och service inom den sociala hemtjänsten (prop. 1992/93:159).

5 Assistanskommitténs förslag till tydligare och mer aktiv tillsyn av anordnarverksamheten innebar bland annat att skriftliga avtal skulle upprättas där exempelvis den assistansberättigades möjligheter till inflytande över när, hur, var och av vem assistansen utfördes skulle framgå (SOU 2005:100).

Betydelsen för villkoren inom verksamheter med personlig assistans

De assistansberättigades valfrihet och integritet har getts starkt genomslag på villkoren för rekrytering och anställning inom assistansverksamheten. I förhandlingsprotokoll som är fogade till vissa kollektivavtal konstaterar parterna att de gjort stora avsteg från vad som är brukligt, eftersom LSS och LASS (Lagen [1993:389] om assistansersättning) gör det svårt att komma överens på sedvanligt vis.⁶ Detta har till exempel inneburit att kravet på saklig grund för uppsägning är upphävt på stora delar av assistansmarknaden. I avtalen uttrycks detta som att »anställningen upphör då assistansuppdraget upphör eller då arbetsgivaren har särskilda skäl att bringa anställningen att upphöra».⁷ Enligt kollektivavtalen gäller inte heller turordningsreglerna vid uppsägning på grund av arbetsbrist och företrädesrätten till återanställning är inskränkt eller upphävd.⁸ De fackliga organisationernas rätt till överläggning eller liknande är upphävd i vissa fall och på det privata området tillämpas ett skiljeförfarande i arbetsrättsliga tvister i

6 Se 1 § Bilaga 1 till förhandlingsprotokollet i kollektivavtalet mellan de Kommunala Företagens Samorganisation (KFS) och Kommunal.

7 Detta gäller de privata vårdföretagen men också vissa kommunala anställningar (se t.ex. bilaga 2 till PAN-avtalet).

8 Se t.ex. Bilaga 3 till HÖK 07 s. 19, 9 p., 2 § 2 och 3 p. Bilaga 2 till PAN-avtalet.

stället för ett domstolsförfarande.⁹

När det gäller rekrytering, som är ämnet för denna artikel, har det stor betydelse att en assistent enligt förarbetena ska vara knuten till den funktionshindrade personen och inte till någon viss verksamhet. Detta har fått till följd att personliga assistenter rekryteras särskilt för varje assistansberättigad person. På så sätt skiljer sig förfarandet från förhållandena inom till exempel hemtjänsten, där de anställda rekryteras för verksamheten. Det finns ingen utkrävbar rätt till självbestämmande i den meningen att det går att överklaga valet av assistent, utan tanken är i stället att inflytandet och valfriheten ska säkerställas genom att den assistansberättigade har möjlighet att byta assistansanordnare eller att själv vara arbetsgivare för assistenterna.

Ett annat särdrag för personlig assistans som hänger samman med de berättigades självbestämmande är att det ofta inte ställs några krav på yrkeskvalifikationer hos assistenter. Detta har sin bakgrund i motvilja mot sådant förmynderi och sådan styrning från olika yrkesgruppers sida som många funktionshindrade har erfarenhet av (Gough 1994).

Arbets sökandes rätt att inte bli diskriminerade

Den grundläggande principen i arbetsrätten

9 Ett skiljeförfarande sker utan medverkan av allmän domstol och avgörandet kan till skillnad från en dom från en allmän domstol hållas hemligt. Ett sådant förfarande är tillåtet enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister utom vad gäller vissa frågor, såsom frågor om föreningsrätt och diskriminering (1 kap. 3 § LRA).

är att arbetsgivaren själv bestämmer vem han ska anställa. Diskrimineringslagstiftningen innebär ett avsteg från den principen och är avsedd att ge arbetssökande och arbetstagare skydd mot diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder och sexuell läggning.¹⁰ Den principiella utgångspunkten för lagstiftningen är att skyddet mot diskriminering är en fråga om mänskliga rättigheter. I förarbetena framhålls det att alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. Alla ska ha lika möjligheter att mötas och bedömas utifrån sina egna individuella egenskaper och förutsättningar. Arbetet för att motverka all slags diskriminering och rasism har i vissa förarbeten ansetts som en av de viktigaste samhällsfrågorna överhuvudtaget (prop. 2002/03:65).

Några allmänna drag hos diskrimineringslagstiftningen

Före genomgången av själva förbuden mot diskriminering ska några saker betonas. Den första är att diskrimineringslagstiftningen är tillämplig på alla typer av anställningar.¹¹ Likabehandlingsdirektivet gav tidigt en viss möjlighet att undanta sådan yrkesverksamhet, där arbetstagarnas kön ansågs avgörande på grund av verksamhetens natur

eller det sammanhang där den utfördes.¹² Men de undantagna yrkeskategorierna måste i så fall vara tillräckligt transparenta för att tillåta en effektiv övervakning och de måste kunna anpassas till den samhälleliga utvecklingen.¹³ Det framgår också av EG-domstolens tidiga praxis att ett undantag i lag från diskrimineringslagstiftningen för till exempel anställningar i små företag eller i privata hushåll skulle strida mot direktivet.¹⁴ Några sådana undantag för vissa kategorier av verksamhet har heller inte ens diskuterats i förarbetena till den svenska diskrimineringslagstiftningen. Tvärtom har det framhållits att diskrimineringslagstiftningen gäller för alla arbetstagare (se t.ex. prop. 1997/98: 177).

Ett annat viktigt förhållande är att alla diskrimineringsförbuden utom förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder är »ömsesidiga« (Christensen 2000). Det betyder exempelvis att diskriminering av män lika väl som av kvinnor är förbjuden, och att diskriminering på grund av svensk etnisk tillhörighet är förbjuden i samma mening som diskriminering på grund av utländsk etnisk tillhörighet. Diskriminering är förbjuden på grund av protestantisk religion lika väl som på grund av muslimsk

10 Som redan nämnts föreslås också ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck vara diskrimineringsgrunder från och med januari 2009 (prop. 2007/08:95).

11 Detta behöver inte hindra att undantag kan göras i *konkreta fall*. Se vidare nedan.

12 Artikel 2.2 i likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG. Artikel 14.2 i det omarbetade direktivet 2006/54/EG begränsar möjligheten till undantag till verksamheter där egenskapen utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav.

13 Artiklarna 2(2) och 2(9) i likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG och målet 318/86. Exempel har varit vissa typer av polis och militär samt barnmorskor i konkreta fall.

14 Målet 165/82 Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland.

eller katolsk religion eller tillhörighet till exempelvis Jehovas Vittnen eller Livets Ord. Slutligen är diskriminering på grund av heterosexualitet förbjuden på samma sätt som diskriminering på grund av homo- och bisexualitet. Däremot finns det inget förbud mot att diskriminera personer utan funktionshinder. Det betyder i sin tur att ingenting hindrar att en arbetsgivare tillämpar en policy om att ge företräde åt personer med funktionshinder.

Ett tredje viktigt förhållande är att diskrimineringslagstiftningen inte ger något skydd mot särbehandling på andra grunder än de som nämns i lagtexten. Den skyddar till exempel inte mot att en arbetsgivare diskriminerar en person på grund av att denna anses överviktig eller inte tillräckligt attraktiv eller har varit mycket sjuk eller liknande.

Ett fjärde viktigt förhållande är att lagstiftaren har respekterat arbetsgivarens bestämmanderätt vid rekrytering på så sätt att det inte finns något tvång att välja en viss arbetssökande. Sanktionerna har begränsats till skadestånd till den person som anses ha blivit diskriminerad och hon eller han har ingen rätt att få anställningen i fråga.¹⁵

Vad är förbjudet och vad är tillåtet?

Det finns fyra olika typer av diskriminering: direkt och indirekt diskriminering,

15 I den nya diskrimineringslagen ersätter sanktionen diskrimineringsersättning det allmänna skadeståndet.

trakasserier och instruktioner att diskriminera.¹⁶ Förbuden mot *direkt diskriminering* innebär att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla honom eller henne sämre än arbetsgivaren behandlar, har behandlat eller skulle ha behandlat någon annan i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med någon av diskrimineringsgrunderna. Det räcker att *ett av flera skäl* till den sämre behandlingen är personens kön, etniska tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder eller sexuella läggning. Kravet på jämförbar situation aktualiseras oftast på så sätt att den, som anser sig ha blivit diskriminerad i en anställnings-situation, ska vara minst lika kvalificerad som den som fått anställningen för att diskriminering ska anses ha ägt rum. Exempel på direkt diskriminering kan vara att en arbetsgivare väljer att inte anställa en gravid kvinna trots att hon är den mest meriterade av flera sökande eller väljer att inte anställa en muslim trots att hon har de bästa kvalifikationerna av flera sökande, *om* arbetsgivarens val har samband med könet/graviditeten respektive religionen.¹⁷ Det betyder att om den arbetssökande gör det antagligt att hon eller han blivit diskriminerad, så måste arbetsgivaren visa

16 Här bortses av utrymmesskal från trakasserier, som inte har direkt med valet av assistent att göra, och från instruktioner om diskriminering, som ännu har en oklar innebörd i svensk arbetsrätt.

17 EG-domstolen har slagit fast att det utgör direkt diskriminering p.g.a. kön om en kvinna inte anställs på grund av graviditet (målet C-177/88 Decker).

att hans val berodde på någonting annat än diskrimineringsgrunden. Kan arbetsgivaren då visa att hans beslut styrdes av till exempel släktskap eller vänskap med den sökande som fick anställningen eller av rätten till återanställning eller av att ansökan inte kommit fram eller någonting annat som inte anses ha samband med diskrimineringsgrunden, så betraktas beslutet inte som diskriminerande.^{18 19} Av dessa exempel kan familjeförhållanden eller vänskap ha stor praktisk betydelse inom personlig assistans. En annan praktiskt viktig och intressant fråga är hur en hänvisning till »personkemi« skulle betraktas i detta sammanhang. Skulle den anses vara utan samband med någon av diskrimineringsgrunderna? Någon liknande fråga har mig veterligt inte behandlats av domstolarna.

Förbudet mot *indirekt diskriminering* innebär att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa *en bestämmelse, ett kriterium* eller *ett förfaringssätt* som är diskriminerande, om detta inte är befo-

gat.²⁰ Andelen av en kategori, som missgynnas av kriteriet, ska vara *betydande* för att den kategorin ska anses vara diskriminerad (prop. 1997/98:177). Exempel på indirekt diskriminering kan vara omotiverade krav på kroppslängd eller kroppsstyrka eller obefogade krav på kunskaper i svenska språket eller något annat språk, omotiverade krav på svenskt medborgarskap eller tillhörighet till en viss trosbekännelse, krav på körkort, fysisk kondition eller ingånget äktenskap. Förbudet mot diskriminerande kriterier kan få en särskild betydelse inom personlig assistans, eftersom den assistansberättigades önskemål i stor utsträckning ersätter formella kvalifikationskrav.

I två sammanhang är diskriminering tillåten. Det ena fallet är då arbetsgivaren tillämpar positiv särbehandling på grund av kön (17 § 2 st. 2 p. JämL), något som har förlorat mycket av sin betydelse i och med några avgöranden i EG-domstolen.²¹ För att positiv särbehandling ska vara tillåten krävs

18 Bevisreglerna innebär att den arbetssökande eller arbetstagaren ska göra diskriminering antaglig, medan arbetsgivaren sedan ska *visa* att diskriminering inte förekommit.

19 Här uppstår ofta gränsdragningsproblem och bevisproblem. Arbetsdomstolen har i många fall om diskriminering vid anställning ansett att arbetsgivaren lyckats visa att motiv utan samband med diskrimineringsgrunden varit styrande för handlandet. Se till exempel AD 2003 nr 58, 2003 nr 73, 2005 nr 3 eller 2005 nr 14.

20 Diskrimineringslagens definition är: »Indirekt diskriminering: att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt 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, visst funktionshinder, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet« (4 § 2 p.).

21 Se till exempel målet C-450/93 Eckhart Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen samt målet C-407/98 Abrahamsson/Andersson mot Fogelqvist, där delar av den svenska regleringen av positiv särbehandling underkändes.

att den sker enligt en antagen plan för ökad jämställdhet hos arbetsgivaren och att skillnaderna i kvalifikationer mellan de sökande av olika kön är små eller obefintliga. Inom personlig assistans skulle man till exempel kunna tänka sig att en arbetsgivare i sin jämställdhetsplan hade formulerat ett mål om att öka andelen män i verksamheten, eftersom kvinnoandelen ofta är hög. Arbetsgivaren skulle då vid en rekrytering kunna ge företräde åt en man framför en kvinna på grund av hans kön utan att detta skulle anses diskriminerande. Om de assistansberättigade hos en anordnare föredrar manliga assistenter, kan detta alltså vara ett sätt att tillgodose deras önskemål, som är i överensstämmelse med diskrimineringslagstiftningen.

Det andra fallet då diskriminering kan vara tillåten gäller alla diskrimineringsgrunderna och kan ha större betydelse för att tillgodose de assistansberättigades valfrihet i konkreta situationer. Förbudet mot diskriminering gäller nämligen inte vid beslut om anställning, om en särbehandling föranleds av en egenskap som »på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs, utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet« (2 kap. 2 § diskrimineringslagen).^{22 23} Diskriminering kan med andra ord anses legitim när arbe-

tets särskilda natur anses kräva särbehandling.

Särskilt om undantaget för arbetets natur

Bestämmelsen om undantag från förbudet mot diskriminering när arbetets natur anses kräva det, har ändrats ett antal gånger. I den första versionen av den svenska jämställdhetslagen infördes en bestämmelse om att ett beslut inte skulle anses vara diskriminerande på grund av kön, om arbetsgivaren kunde visa att beslutet var »berättigat av hänsyn till ett ideellt eller annat särskilt intresse, som inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet« (3 § 2 st. lagen [1979:11] om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet). Formuleringen skärptes senare till »som *uppenbarligen* inte bör vika...« (min kursivering) (15 § 2 st. jämställdhetslagen [1991:433], prop. 1990/91:113 s. 107). Diskriminering skulle vara tillåten, när anständighetskänslan eller kravet på personlig integritet gjorde att det inte kunde krävas att en arbetsgivare hade personer av båda könen anställda. Exempel på tillåten diskriminering som nämndes var att en teater bara anlätade manliga skådespelare för manliga roller eller att ett modehus bara hade kvinnliga mannekänger (AU 1978/79:39, prop. 1978/79:175). Ett annat exempel som nämndes var anställningar på en liten fiskebåt. Dessa exempel kan verka lite perifera, men ett fjärde exempel på särskilt intresse som inte borde vika för jämställdhetsintresset var när äldre personer önskade att den sociala hemservicen skulle utföras av kvinnor. På samma sätt skulle res-

22 »Egenskap« är enligt min mening ett egendommeligt uttryck här. Snarare verkar det vara fråga om ett kvalifikationskrav. I den engelska versionen av de aktuella direktiven heter det *characteristic* och i den franska *caractéristique*.

23 Undantaget var i tidigare lagstiftning preciserat till att gälla bara direkt diskriminering.

pekt för invandrades trosuppfattning och kulturmönster gälla, när det gällde behandling inom sjukvården (prop. 1978/79:175). Arbetsdomstolen har ett par gånger prövat frågan om när särskilda intressen ska motivera att jämställdhetsintresset får vika. I det ena fallet godkände domstolen att en arbetsgivare hade missgynnat en kvinna vid anställning som familjerådgivare med motiveringen att arbetsgivaren ville kunna arbeta med terapeuter av båda könen (AD 1986 nr 103). I det andra fallet hade arbetsgivaren gett företräde åt en mindre meriterad man som vårdare i en gruppbostad inom omsorgsförvaltningen med motiveringen att patienterna behövde en manlig förebild. Domstolen avvisade arbetsgivarens resonemang och framhöll att patienterna var mellan 43 och 70 år och att det redan fanns manlig personal på arbetsplatsen (AD 1989 nr 122).

Ett motsvarande undantag från förbudet »av hänsyn till ett ideellt eller annat särskilt intresse« infördes i de övriga tre lagarna mot diskriminering år 1999, men detta ändrades i och med att två EG-direktiv implementerades i svensk rätt år 2003.²⁴ Undantag från förbuden kunde därefter få göras i konkreta fall när tillhörighet till en viss kategori var »nödvändig på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs«, vilket innebär att lagtexten fick samma ordalydelse som EG-direktiven. Det betonades i förarbetena

att tillämpningsområdet för undantaget var snävt. Exempel som nämndes var (återigen) skådespelare i vissa roller eller representanter för till exempel religiösa organisationer eller organisationer för homosexuella eller handikappade. Ett annat exempel var verksamheter som tillhandahöll personliga tjänster åt personer ur en viss etnisk grupp för att främja deras sociala välfärd. Om sådana tjänster bäst kunde utföras av någon som tillhörde samma etniska grupp, skulle särbehandlingen vara tillåten (prop. 2002/03:65 med hänvisning till EU-kommissionen). Uppräkningen av exempel var inte avsedd att vara uttömmande, men det ansågs att bestämmelsen inte skulle kunna tillämpas i särskilt många flera fall (ibid.).

Jämställdhetslagen gjordes om ett par år senare för att ges samma lydelse som de övriga tre lagarna. Undantag fick därefter göras i konkreta fall där »ett visst kön var nödvändigt på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utfördes«. Exempel var situationer där hänsyn borde tas till anständighetskänslan och den personliga integriteten eller anställningar i organisationer dit kvinnor som utsatts för övergrepp av män kunde vända sig (prop. 2004/05:147).

I juli 2007 riktade EU-kommissionen ett så kallat motiverat yttrande mot Sverige om att direktivet 2000/43/EG mot etnisk diskriminering hade införts på ett felaktigt sätt.²⁵ Det gällde just reglerna om undan-

24 Direktivet 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och direktivet 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet infördes genom prop. 2002/03:65.

25 Yttrandet gjordes i enlighet med artikel 226 i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen. Om den berörda staten inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som angetts av kommissionen, får kommissionen föra ärendet vidare till EG-domstolen.

tag från förbudet mot diskriminering, när arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utfördes, ansågs motivera det. Den svenska lagen ställde enligt Kommissionen inte några krav på att en viss etnisk tillhörighet i sådana fall skulle utgöra »ett verkligt och avgörande yrkeskrav« eller att målet med kravet skulle vara legitimt och kravet proportionerligt och den kunde därmed uppfattas som att den medgav många fler undantag än direktivet. Som en följd av kritiken skärptes ordalydelsen i propositionen 2007/08:95, som gällde alla diskrimineringsgrunderna, utan att det ansågs vara fråga om en ändring i sak.²⁶ Särbehandling till förmån för en person av ett visst kön, en viss etnisk tillhörighet etc. skulle bara få ske om den arbetssökande hade en egenkap eller förmåga som gjorde att han eller hon kunde utföra arbetet bättre än andra. Syftet med kravet skulle vara förenligt med direktivets värderingar eller allmänt värt att sträva efter i ett demokratiskt samhälle som respekterar människors grundläggande fri- och rättigheter. Avsteget från icke-diskrimineringsprincipen fick inte heller vara större än vad som krävdes för att uppnå det berättigade eller godtagbara syftet. Det skulle leda till önskat resultat och inga alternativa, mindre ingripande handlingsätt skulle kunna leda till resultatet (prop. 2007/08:95).

²⁶ Den svenska regeringen framhöll att förarbetena vid tolkningen av svensk lagstiftning tillmättes stor vikt och att rättsläget i Sverige var förenligt med kommissionens tolkning av direktivet (prop. 2007/08:95).

Exempel inom personlig assistans

Hur ska då dessa regler tillämpas i fråga om personlig assistans? Jag tänker nu gå över till att resonera om de olika diskrimineringsförbuderna utifrån några verkliga anmälningar till ombudsmännen mot diskriminering och några kompletterande konstruerade exempel. För var och en av diskrimineringsgrunderna ger jag exempel på vad direkt respektive indirekt diskriminering skulle kunna tänkas innebära och resonerar om i vilka fall undantag kan tänkas vara tillåtna. Resonemangen gäller bara de diskrimineringsgrunder som finns i svensk lagstiftning när detta skrivs, år 2008, och ordningen dem emellan är den konventionella, som eventuellt bygger på de olika lagarnas ålder.²⁷

Exempel i fråga om kön

En man gjorde år 2005 en anmälan till JämO och menade att han blivit diskriminerad, när en kommun hade anställt en personlig assistent. Kommunen hade anställt en kvinnlig assistent, som enligt den anmälande mannen hade sämre meriter än han själv, åt en manlig assistansmottagare. Kommunen försvarade sitt handlande med uttalanden

²⁷ Lagen (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet trädde i kraft 1 juli 1980 och lagen (1986:442) mot etnisk diskriminering i juli 1986. Lagarna (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder och (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning trädde i kraft i maj 1999.

i propositionen till LSS om att personer som behövde mycket omfattande hjälp eller hjälp av mycket privat karaktär borde ges ett avgörande inflytande på vem som skulle ge hjälpen (prop. 1992/93:159). JämO beslutade då att avsluta ärendet och hänvisade till att undantag från förbudet mot direkt diskriminering kunde göras »av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.«²⁸

Här har JämO ansett att det finns ett ideellt intresse som är viktigare än jämställdheten och har eventuellt dragit paralleller till 1979 års förarbetsuttalanden om t.ex. äldre personers föreställningar om att kvinnor bör utföra social hemservice och att det intresset ska ges företräde (prop. 1978/79:175). Men frågan är om inte undantaget för det ideella intresset – åtminstone idag – snarare tar sikte på situationer där en vårdtagare kan uppleva sig som utsatt eller eventuellt anför till exempel religiösa skäl mot att en person av ett visst kön utför vården eller omsorgen. Kanske har det här skett en förskjutning i värderingarna så att föreställningen om att det är kvinnor som ska utföra vård, inte längre har rättsordningens stöd. Detta verkar särskilt troligt som undantaget i nyare direktiv getts en snäv tolkning.²⁹

28 Detta var lydelsen av 15 § 2 st. JämL före ändringen genom SFS 2005:476 som har nämnts ovan.

29 Se till exempel tolkningen ovan av undantaget från diskrimineringsförbudet när arbetes natur anses kräva det. I det omarbetade likabehandlingsdirektivet, 2006/54/EG, krävs det att ett visst kön ska vara ett verkligt och avgörande yrkeskrav, för att undantag från diskrimineringsförbudet ska få göras.

Som jag ser det, reserverar förarbetena undantagen från förbudet mot diskriminering på grund av kön för situationer när den personliga integriteten/anständighetskänslan motiverar det.³⁰ Det är ganska svårt att motivera att en kvinna ska ges företräde till en anställning som assistent åt en manlig assistansmottagare med hänvisning till den personliga integriteten i den meningen. Hade en assistansberättigad person däremot önskat en assistent av samma kön, skulle önskemålet förmodligen ha kunnat tillgodoses med hänvisning till integritet och »anständighetskänsla«, men i den bedömningen ligger naturligtvis en rad uttalade antaganden om makt, kön och sexuell läggning. Frågan skulle enligt min mening få bedömas från fall till fall och den assistansberättigades integritet och trygghet skulle vara avgörande.

I det nu nämnda exemplet gällde frågan direkt diskriminering. Också förbudet mot indirekt diskriminering på grund av kön skulle kunna tänkas bli aktuellt vid anställning av en personlig assistent. Exempel kan vara stora krav på kroppskrafter, vilket skulle kunna missgynna kvinnliga sökande eller höga krav på teoretiska kvalifikationer, till exempel krav på sjuksköterskeexamen, vilket skulle kunna missgynna män. Frågan skulle då bli om dessa krav kunde motiveras av berättigade mål och medlen var lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet, d.v.s. om kraven var befogade. I annat fall skulle de kunna anses vara indirekt diskriminerande.

30 Också »anständighetskänsla« kan låta otidsenligt, men uttrycket används som nämnts i prop. 2004/2005:147.

Exempel i fråga om etnisk tillhörighet

I fråga om diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, kan flera olika typer av frågor uppkomma, som har att göra med framför allt språk, religion eller kultur.

Bland anmälningarna från personliga assistenter till Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO, finns inget exempel på direkt diskriminering. Direkt diskriminering skulle kunna bestå i att till exempel en somalisk assistansberättigad person har valt att anställa en somalisk assistent i konkurrens med en svensk assistent, om valet har samband med den etniska bakgrunden. Frågan skulle då bli om assistansmottagaren kunde stödja sig på att en viss etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning är nödvändig på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs. Uttrycket »är nödvändig« är starkt och enligt förarbetena och Kommissionens uttalanden är tillämpningsområdet för undantaget snävt. Samtidigt nämndes i förarbetena just »verksamheter som tillhandahåller personliga tjänster åt personer ur en viss etnisk grupp för att främja deras sociala välfärd« som exempel på situationer där undantag kunde vara motiverade. För att kravet på nödvändighet ska vara uppfyllt verkar Kommissionen samtidigt mena att det räcker att någon som tillhör samma etniska grupp *bäst* kan utföra uppgifterna. Man kan nog utgå från att det skulle anses vara ett legitimt kvalifikationskrav och »ett verkligt och avgörande yrkeskrav« att assistenten har kunskap om och vana vid

de kulturella och eventuellt religiösa traditioner som assistansmottagaren har. Det kan gälla matvanor, traditioner vad gäller umgänge och klädedräkt eller förrättandet av böner eller andra religiösa ritualer. Om tjänsterna *bäst* kan utföras av någon som tillhör samma etniska grupp, ska särbehandlingen enligt förarbetena vara tillåten. Men det krävs också att undantaget kan sägas vara »allmänt värt att sträva efter i ett demokratiskt samhälle som respekterar människors grundläggande fri- och rättigheter«, som förarbetena också uttrycker det (prop. 2007/08:95 s.158).

Att en assistansberättigad person med viss utländsk bakgrund med stöd av undantaget har rätt att välja en assistent med samma utländska bakgrund verkar troligt, om det kan motiveras med kännedom om den specifika utländska kulturen, likhet i religionsutövning eller liknande. Men har en svenskfödd person rätt att få en svenskfödd personlig assistent med motiveringen att han har vana vid svenska kulturella och religiösa traditioner, umgängesvanor och klädedräkt? Här ska naturligtvis samma principer gälla som i fråga om utländska traditioner. En svenskfödd person som söker anställning som assistent i konkurrens med en person med utländsk bakgrund ska då enligt förarbetena och Kommissionen ha så mycket bättre kännedom om kulturen, matvanor och klädedräkter etc., att hon eller han »*bäst*« kan utföra arbetsuppgifterna för att undantaget ska bli tillämpligt. En sådan situation måste ju kunna uppstå, även om sannolikheten minskar med den tid som en arbetssökande med utländsk bakgrund har bott i Sverige.

Om indirekt etnisk diskriminering vid personlig assistans finns det däremot anmälningar hos DO. Enligt en stämningsansökan som DO gjort mot en kommun, hade kommunen avbrutit en rekrytering, alternativt vägrat en utländsk kvinna anställning som personlig assistent därför att hon saknade svenskt medborgarskap och därför att hon enligt kommunens uppfattning inte talade och skrev tillräckligt bra svenska. I fallet i fråga skulle det i första hand bli fråga om indirekt diskriminering, eftersom kommunen vid sitt beslut hade använt sig av *kriterier* som i praktiken särskilt missgynnade personer med annan etnisk tillhörighet än svensk, nämligen svenskt medborgarskap och kunskaper i svenska språket.

När det gällde det första kriteriet, svenskt medborgarskap, var det en oriktig uppgift från kommunens sida att detta krävdes. Svenskt medborgarskap krävdes i själva verket inte i det aktuella fallet och det måste vara ytterst få tillfällen där detta krävs för arbetet som personlig assistent.³¹ Eftersom uppgiften om krav på svenskt medborgarskap var oriktig och kommunens företrädare också hade sagt att det skulle ta lång tid för sökanden att få ett svenskt medborgarskap, yrkade DO skadestånd inte bara för indirekt diskriminering utan också för trakasserier. Med trakasserier avses i lagen »ett uppträdande i arbetslivet som kränker en arbetssökandes eller en arbetstagares värdighet och som har samband med etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning« (9 a §

EDA. Motsvarande formulering finns i alla lagarna liksom i den föreslagna diskrimineringslagen).

Det andra kriteriet, kravet på goda kunskaper i svenska språket, har också aktualiserats i en annan anmälan till DO. Enligt den anmälan hade en personlig assistent efter drygt två månaders tjänstgöring fått veta att arbetsgivaren ansåg att hennes svenska inte var tillräckligt bra och att hon därför skulle bli uppsagd. Kvinnan hade bott i Sverige i fem år och arbetsgivaren hade enligt anmälan inte tidigare haft några klagomål på språket.³² I båda de nämnda fallen gällde alltså frågan om kravet på språkkunskaper var befogat. Den frågan har behandlats i några fall i Arbetsdomstolen om andra yrken, där det gjorts tydligt att kravet på språkkunskaper måste ställas i relation till arbetsuppgifterna (se t.ex. AD 2002 nr 128 eller AD 2005 nr 98). Vid en bedömning av kravets rimlighet inom personlig assistans skulle en domstol säkerligen mena att det var motiverat att fästa stor vikt vid möjligheten för en assistansberättigad att kommunicera på sitt eget språk, eftersom en assistansmottagares möjligheter att kommunicera med assistenten är centrala för att assistansen ska fungera. Kraven får antagligen ställas högt eller till och med mycket högt. Om en assistansberättigad person har svenska eller persiska eller engelska som sitt modersmål, skulle goda kunskaper i språket i fråga alltså anses vara ett legitimt kvalifikationskrav vid anställning

31 Ett exempel skulle kunna vara om den assistansberättigade arbetar eller vistas på en militär anläggning, ett kärnkraftverk eller liknande.

32 DO medverkade vid en förlikning där kvinnan fick 20 000 kr i avgångsvederlag, men detta säger ingenting om vad utgången i en domstol skulle ha varit.

av en personlig assistent. Också krav på att behärska ett språk i skrift kan vara motiverade i den mån som en assistansberättigad person behöver skriva och inte själv kan göra det.

Andra kriterier än språkkunskaper, som skulle kunna vara indirekt diskriminerande är just de ovan nämnda kraven på kännedom om kultur och religion. För att sådana krav eller kriterier skall kunna anses vara befogade och därmed inte indirekt diskriminerande måste arbetsgivaren visa att kriterierna motiveras av berättigade mål och att medlen (dvs. kraven) är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet. Av de nämnda exemplen framgår att gränsen inte alltid är glasklar mellan de olika typerna av diskriminering och undantagen därifrån. Kärnpunkten blir i båda fallen att avgöra om en särbehandling kan anses vara befogad och i överensstämmelse med värderingar i ett demokratiskt samhälle.

Exempel i fråga om sexuell läggning

Också i fråga om sexuell läggning är såväl direkt som indirekt diskriminering förbjudna. Exempel på indirekt diskriminering är svårare att finna i fråga om sexuell läggning än i fråga om etnicitet och jag kan inte komma på något exempel som skulle kunna bli aktuellt inom personlig assistans. Resonemangen kommer därför att röra direkt diskriminering.

Om diskriminering vid *anställning* av personliga assistenter finns ingen anmälan till Ombudsmannen mot diskrimine-

ring på grund av sexuell läggning, HomO. Detta kan antagligen delvis förklaras av att människor (i detta fall assistansberättigade personer eller assistansanordnare) som vill undvika att anställa en homosexuell (eller en heterosexuell person) kan ha svårt att göra det, eftersom det sällan framgår i anställningssituationen vilken sexuell läggning en person har. Problemen kan då i stället uppstå senare under anställningen, när arbetsgivaren eller den assistansberättigade personen inser att assistenten har en annan sexuell läggning än hon eller han själv. Men det kan ändå vara värt att diskutera i vilken mån som undantaget från förbudet mot diskriminering skulle kunna bli aktuellt i en anställningssituation när frågan gäller sexuell läggning. Kan arbetsgivaren eller den assistansberättigade utan att göra sig skyldig till diskriminering till exempel välja en homosexuell eller heterosexuell assistent framför någon med en annan läggning för att tillmötesgå den assistansberättigade personens önskemål om intressegemenskap? I likhet med möjligheten att välja en assistent av en viss etnisk tillhörighet för att denne/denna har kunskap om en viss etnisk kultur, skulle man kanske då kunna resonera om ett krav på eller önskemål från en homosexuell assistansberättigad person om homosexuell läggning hos assistenten för kännedom om gaykulturen. Det motsatta – att kräva att en assistent har heterosexuell läggning för att ge kännedom om den heterosexuella kulturen verkar däremot inte möjligt, eftersom alla människor måste anses ha kännedom om och deltar i den heterosexuella kulturen. Men även om det skulle vara önskvärt att en assis-

tent har kännedom om gaykulturen, måste frågan också ställas om en viss sexuell läggning kan anses vara ett nödvändigt krav på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs, d.v.s. om det med EG-direktivets formulering är ett »verkligt och avgörande yrkeskrav«. För svaret på den frågan kan det antagligen – liksom i fråga om etnisk diskriminering – bli avgörande i vilken grad *arbetsuppgifterna* är präglade av kulturen i fråga. I det sammanhanget tror jag att det kan vara svårare att motivera val av en person av en viss sexuell läggning än val av en person av en viss etnisk tillhörighet.

En annan fråga som kan uppstå gäller den kroppsliga integriteten. Om den assistansberättigade personen upplever sig som utsatt i förhållande till en person av en viss sexuell läggning, bör samma undantag från förbudet mot diskriminering kunna göras vad gäller sexuell läggning som i fråga om kön. Frågan skulle få avgöras från fall till fall och assistansmottagarens integritet och trygghet skulle vara avgörande.

Någon anmälan som gäller anställningsbeslut finns alltså inte hos HomO, men däremot en anmälan om diskriminering vid uppsägning. Anmälan illustrerar både de speciella arbetsgivarförhållandena inom personlig assistans och de bevisvärigheter som ofta råder i tvister kring sådana förhållanden. Den illustrerar också de speciella arbetsmiljöförhållandena som kan råda och ansvaret för dessa. Anmälan kom från en lesbisk kvinna som hade anmält till HomO att hon sagts upp från sin tjänst som personlig assistent på grund av sin sexuella läggning och att hon av samma skäl behandlats illa av den kvinna hon hade varit assistent

åt. Den dåliga behandlingen bestod bl.a. i att kvinnan hade slutat att svara på tilltal och blev allmänt missnöjd med allt som assistenten gjorde. Assistenten uppgav att hon formellt varit anställd i ett bolag som den assistansberättigade kvinnans son drev, men att det var kvinnan själv som hade bestämt det mesta rörande anställningen. Assistenten berättade vidare att uppsägningen hade skett vid ett telefonsamtal, då den assistansberättigade kvinnan bl.a. sade att det var äckligt och fränstötande med homosexualitet och att hon inte ville att assistenten skulle komma tillbaka till jobbet.

HomO konstaterade vad gällde uppsägningen, att oavsett vad som sagts under det aktuella telefonsamtalet, så hade arbetsgivaren, d.v.s. sonen, klargjort för assistenten att hon inte var uppsagd och att hon var välkommen tillbaka till arbetet. Därmed var det svårt att göra gällande att anmälan faktiskt sagts upp från sin anställning. HomO ansåg inte heller att agerandet sammantaget kunde anses ha provocerat anmälaren att säga upp sig själv på ett sådant sätt, att arbetsgivaren skulle anses ansvara som om hon faktiskt hade blivit uppsagd. HomO ansåg därmed att det saknades skäl att gå vidare i uppsägningsfrågan.

Beträffande *trakasserier* konstaterade HomO att det inte var tillåtet att uttala sig på ett sådant sätt som anmälaren uppgett att den assistansberättigade kvinnan hade gjort. I den delen var bolaget direkt ansvarigt för agerandet, eftersom en arbetsgivare i sådana fall alltid ansvarar för vad den som faktiskt leder och fördelar arbetet gör. HomO betraktade alltså den assistansberättigade som en arbetsledare, något som

är vanligt i assistansverksamhet. När det gällde vad som hade sagts vid telefonsamtalet stod ord mot ord. HomO fann att bevisläget i ärendet var sådant, att det var tveksamt om det gick att göra antagligt att den behandling som anmälaren hade utsatts för, hade haft samband med hennes sexuella läggning.³³ HomO fann därmed inte heller tillräckliga skäl för att gå vidare i frågan om trakasserier.

Denna anmälan illustrerar de bevisvårigheter som ofta råder i diskriminerings-tvister överhuvudtaget. Vid tvister om förhållandena inom personlig assistans kan det dessutom råda särskilda bevisproblem, eftersom arbetet i stor utsträckning utförs på ett privat, avskilt område. I sådana sammanhang står ofta ord mot ord och ingen utomstående är vittne till parternas eventuella överträdelse av personliga integritetsgränser.

Exempel i fråga om funktionshinder

Det finns naturligtvis en möjlighet att en person som själv har något slag av funktionshinder söker anställning som personlig assistent. Om hon eller han då konkurrerar med en person utan funktionshinder, kan frågor om direkt och indirekt diskriminering bli aktuella. Direkt diskriminering kan

det bli fråga om, ifall arbetsgivaren väljer en sökande utan funktionshinder framför en person med funktionshinder. Men en förutsättning för att diskriminering ska föreligga är också alltid att de båda sökande anses befinna sig i en jämförbar situation och vid den bedömningen räknas förmågan att utföra arbetet.³⁴ Det betyder att en person med ett sådant funktionshinder som gör det svårt att utföra assistentens arbete, inte anses befinna sig i en jämförbar situation med en person utan funktionshinder. Därmed anses hon heller inte ha blivit diskriminerad.³⁵ Om funktionshindret däremot inte innebär något problem i den aktuella situationen, om det alltså snarare är fråga om arbetsgivarens förutfattade mening, kan det bli fråga om diskriminering.

Om en arbetsgivare å andra sidan skulle vilja ge företräde åt en personlig assistent med någon typ av funktionshinder framför en person utan funktionshinder, finns inget rättsligt hinder mot det, eftersom det inte är förbjudet att diskriminera personer på den grunden att de saknar funktionshinder. Teoretiskt kan man också tänka sig en situation där personer med olika funktionshinder konkurrerar om en anställning och där diskrimineringslagstiftningen skulle kunna bli aktuell, men den frågan blir alltför akademisk i fråga om arbete som personlig assistent och behandlas inte här.

33 En grundläggande fråga är om trakasserier någonsin har med den trakasserades kön, etniska tillhörighet, funktionshinder eller sexuella läggning att göra. Snarare har de med den *trakasserandes syn på* kön, etnisk tillhörighet etc. att göra.

34 Detta är alltid en förutsättning (se ovan) men har blivit aktuellt att behandla först i samband med diskriminering på grund av funktionshinder.

35 Arbetsgivarens skyldighet enligt 6 § lagen om förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder lämnas här därhän.

Slutsatser

I vård och omsorg uppstår ibland situationer där de vårdades önskemål eller behov i fråga om personal kommer i konflikt med personalens rättigheter. Olika värdegrunder kan kollidera. I de frågorna intar rekrytering av personal till assistansberättigade personer en särställning, eftersom personliga assistenter anställs särskilt för varje berättigad person. Den fråga som ställs i denna artikel är hur assistansberättigade personers rätt till självbestämmande och integritet vid valet av personlig assistent förhåller sig till personliga assistenters rätt att inte bli diskriminerade vid anställning.

Ett intressant förhållande är att en jämförelse av olika personers kvalifikationer, som annars har stor betydelse i diskriminerings tvister, knappast blir aktuell inom personlig assistans. I och med att den assistansberättigades önskemål normalt är ett överordnat kriterium för anställning, finns inga etablerade kvalifikationskrav för yrket, och kvalifikationer i traditionell mening borde sällan få betydelse vid bedömningen av om diskriminering förekommit. Det innebär att det inte finns någon »objektiv måttstock« som den som blivit förbigången i konkurrensen kan hävda. Det kan också vara intressant i sammanhanget att de assistansberättigades valfrihet har använts som motiv för att inskränka personalens rättigheter i andra arbetsrättsliga avseenden.

En första slutsats som kan dras utifrån EG-rätten och de svenska förarbetena är att personlig assistans omfattas av den arbetsrättsliga diskrimineringslagstiftningen på samma sätt som annan yrkesverksamhet. Det innebär som jag ser det att diskrimine-

ringslagstiftningen *kan* begränsa de assistansberättigades självbestämmande vid valet av assistent och att de två principerna om skydd mot diskriminering och valfrihet/integritet därför i vissa fall kan vara oförenliga.

Detta betyder i sin tur att både direkt eller indirekt diskriminering kan vara förbjuden. Undersökningen visar enligt min mening att det inte alltid finns någon klar gräns mellan de olika typerna av diskriminering och de undantag som är tillåtna. Ytterst blir det domstolarnas sak att bedöma om diskriminering i konkreta situationer kan anses befogad/motsvara ett verkligt yrkeskrav eller om ett avsteg från icke-diskrimineringsprincipen är sådant att det är »värt att sträva efter i ett demokratiskt samhälle som respekterar människors grundläggande fri- och rättigheter«. I förarbetena till diskrimineringslagstiftningen finns vissa vägledande exempel på hur bedömningen bör ske.

Att *direkt* diskriminering inte är tillåten betyder att en arbetsgivares val inte får ha samband med en persons kön, etniska tillhörighet, religion, sexuella läggning eller funktionshinder. Om valet av assistent däremot motiveras med någonting som inte anses ha samband med någon av diskrimineringsgrunderna, till exempel att den valda personen är en familjemedlem eller god vän eller har en egenskap eller kvalifikation som den assistansberättigade har särskilt intresse av, är det tillåtet, oavsett vem som då inte får anställningen. Här har lagstiftaren överlåtit åt domstolarna att göra den svåra avvägningen av vad som ska anses ha samband med en diskrimineringsgrund och inte.

Förbudet mot diskriminering öppnar

också en möjlighet för undantag i vissa konkreta fall, som kan ha betydelse i sammanhanget. I rättskällorna uttrycks detta som att undantag får göras, om en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs. Som jag tolkar EG-direktiven, EU-kommissionen och de svenska förarbetena, kan detta undantag ibland bli tillämpligt inom personlig assistans. Det skulle kunna gälla i fråga om kön, ifall den assistansberättigade personen vill ha en assistent av ett visst kön därför att hon annars skulle känna sig utsatt eller av integritetsskäl eller eventuellt av religiösa skäl. I konkreta fall, om en assistansberättigad känner sig utsatt, kan det bli fråga om en problematik med inslag av såväl makt och kön som sexuell läggning. I sådana fall ska den berättigades trygghet (givetvis) överordnas assistenters rätt att inte bli diskriminerade. När det gäller etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning skulle ett undantag från diskrimineringsförbudet kunna motiveras i konkreta fall, om en assistansberättigad person med utländsk bakgrund vill ha en assistent som har språk, kultur och religion gemensamma med personen i fråga, om arbetsuppgifterna är präglade av kulturen och religionen, d.v.s. om det med EG-direktivets formulering är ett »verkligt och avgörande yrkeskrav«. I fråga om funktionshinder som diskrimineringsgrund gäller särskilda förhållanden. Diskrimineringslagstiftningen hindrar inte en assistansberättigad person att välja en assistent med funktionshinder, eftersom personer utan funktionshinder inte har något skydd mot diskriminering.

I de nu nämnda fallen skulle alltså den assistansberättigades självbestämmande och valfrihet ges företräde framför rätten för en arbetssökande att inte bli diskriminerad. I andra fall är det däremot, som jag ser det, tveksamt om det kan göras undantag från förbudet mot *direkt* diskriminering. Mycket enkelt uttryckt innebär diskrimineringslagstiftningen att en arbetsgivares/assistansberättigads fördomar eller ovilja mot någon av de kategorier som skyddas av lagstiftningen inte får avgöra valet av assistent. Många fall i Arbetsdomstolen visar dock att bevissvårigheterna när det gäller vad som egentligen varit styrande för en arbetsgivares val kan bli omfattande.

Förbudet mot *indirekt* diskriminering innebär att en arbetsgivare inte får ställa upp obefogade krav som särskilt missgynnar någon av de kategorier som är skyddade av lagstiftningen. Inom personlig assistans skulle till exempel krav på kroppskafter, teoretisk utbildning eller kunskaper i språk kunna innebära indirekt diskriminering och därmed begränsa den assistansberättigades självbestämmande, men bara i den mån som kraven ansågs obefogade. När det gäller språkkunskaper har arbetsgivaren antagligen i själva verket rätt att ställa höga krav på kunskaper i den assistansberättigades språk, vare sig det är svenska eller något annat språk, eftersom god kommunikation är avgörande för att assistansen ska fungera.

Svaret på frågan om konflikten mellan de olika intressena är sammanfattningsvis, som jag ser det, att diskrimineringslagstiftningen ger ett ganska stort utrymme för att tillgodose olika önskemål som assistansberättigade personer kan tänkas ha i fråga om

personliga assistenter. Samtidigt kan önskemål i andra fall strida mot diskrimineringslagstiftningen och en arbetsgivare inom personlig assistans kan därför riskera att bli skadeståndsskyldig i vissa situationer. Å andra sidan har alla arbetsgivares yttersta

självbestämmanderätt bevarats i diskrimineringslagarna på så sätt att skadestånd/diskrimineringsersättning är den sanktion som står till buds. Något tvång att välja på visst sätt finns alltså inte.

Källor och referenser

Offentligt tryck

- SOU 2005:100 *På den assistansberättigades uppdrag. God kvalitet i personlig assistans, ändamålsenlig användning av assistansersättning.*
- AU 1978/79:39 *Med anledning av propositionen med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.*
- Prop. 1978/79:175 *med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.*
- Prop. 1990/91:113 *Olika på lika villkor (om en ny jämställdhetslag, m.m.)*
- Prop. 1992/93:159 *Stöd och service till vissa funktionshindrade.*
- Prop. 1997/98:177 *Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.*
- Prop. 2002/03:65 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering.*
- Prop. 2004/05:147 *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.*
- Prop. 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering.*

Rättsfall

- Mål 6/64 Flaminio Costa mot ENEL
- Mål C-177/88 Decker mot Sticking
- Mål C-450/93 Eckhart Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen
- Mål C-407/98 Abrahamsson/Andersson mot Fogelqvist
- AD 1986 nr 103
- AD 1989 nr 122
- AD 2002 nr 128
- AD 2003 nr 58
- AD 2003 nr 73
- AD 2005 nr 3
- AD 2005 nr 14
- AD 2005 nr 98

Litteratur m.m.

- Calleman, Catharina (2008) »En flexibel arbetsrätt i personlig assistans?«. *Svensk Juristtidning* vol. 93 nr 5–6, s. 484–498.
- Christensen, Anna (2000) »Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser«. I Ann Numhauser-Henning *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*. Lund: Juristförlaget.
- Gough, Ritva (1994) *Personlig assistans – en social bemästringsstrategi. En undersökning av hur pionjärerna för Independent Living rörelsen i Sverige organiserar sin personliga assistans*. Akademisk avhandling. Göteborg: GIL-förlaget.

Huvudöverenskommelsen (HÖK) mellan Kommun och Sveriges Kommuner och Landsting. Kollektivavtal mellan Kommun och de Kommunala Företagens Samorganisation (KFS). Larsson, Monica & Larsson, Stig (2004) *Att vara ett mänskligt hjälpmedel: en studie om att arbeta*

som personlig assistent. Malmö: Harepress. PAN-avtalet (bestämmelser för personliga assistenter och anhörigvårdare) -07. www.kommunal.se/Medlem/Branscher-och-yrken/Funktionshinder/Branschen-idag

Summary

An opposition between two principles of equal treatment? On the right to choose a personal assistant

Disabled persons' right to self-determination has been crucial in the construction of the Swedish Act (1993:387) on Support and Service to Certain Disabled Persons. One area, where the entitled person's right to influence and autonomy has been emphasised is the choice of personal assistant. The possible conflict with the right of assistants not to be discriminated against was not discussed in the preparatory works. However, reports to the anti-discrimination ombudsmen show that such a conflict may exist. The problem may be increasingly important with the growing use of personal assistants and also with internationalization of the market for health care and care services.

The aim of this article is to investigate the legal conflict between these two interests. One conclusion is that anti-discrimination legislation is applicable to personal assistance as well as to any other profession. Neither direct nor indirect discrimination is allowed. In the case of *direct* discrimination this means that an employer in personal assistance is not allowed to reject an applicant because of the applicant's sex, ethnic origin, religion, sexual orientation

or disability. Thus the right to autonomy of disabled persons may be limited.

However, there is one exception to the ban on direct discrimination, which may sometimes be applicable in personal assistance. Exceptions on the ground of the assistant's sex can probably be made if the person entitled to assistance wants an assistant of a certain sex for privacy reasons or religious reasons. Exceptions may also be made if a person entitled to assistance is of foreign origin and wants an assistant with the same language and culture. Thus, in these cases the disabled persons' autonomy is supported by the construction of discrimination legislation. In other cases it is doubtful that exceptions may be made.

The ban on *indirect* discrimination makes illegal requirements which especially disfavour the categories protected by legislation. This may apply to bodily strength, theoretical education or knowledge of language, but only if the requirements are unjustified. As to knowledge of the entitled person's language, the employer probably has the right to have high demands, as good communication is crucial for the working of the assistance.