

Olika rättsliga rum för en skälig levnadsnivå?: En rättskartografisk analys av SoL och LMA i domstolspraktiken

Pia Kjellbom and Anna Lundberg

The self-archived postprint version of this journal article is available at Linköping University Institutional Repository (DiVA):

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:liu:diva-151605>

N.B.: When citing this work, cite the original publication.

Kjellbom, P., Lundberg, A., (2018), Olika rättsliga rum för en skälig levnadsnivå?: En rättskartografisk analys av SoL och LMA i domstolspraktiken, *Nordisk socialrättslig tidskrift*, 2018(17-18), 39-71.

Original publication available at: <http://www.nordisksocialrattslig.se/>

Copyright: eddy.se AB och Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet

[Nordisk socialrättslig tidskrift](#)



Nordisk Socialrättslig Tidskrift

Särtryck ur NST 17–18.2018

Olika rättsliga rum för en
skälig levnadsnivå? – En
rättskartografisk analys av SoL
och LMA i domstolspraktiken

Av Pia Kjellbom, Anna Lundberg

Olika *rättsliga* rum för en skälig levnadsnivå?

En rättskartografisk analys av SoL och LMA i domstolspraktiken

PIA KJELLBOM, *lektor i välfärdsrätt vid Linköpings universitet* och
ANNA LUNDBERG, *professor i välfärdsrätt vid Linköpings universitet*

ABSTRACT

This is a cartographic vertical analysis of a verdict by the Swedish Supreme Administrative Court, regarding the right to support from the Social Services (HFD 2017 ref. 33). The case concerned three children and their mother whom lacked formal residency. They applied for assistance under the Social Services Act and the municipality's health and welfare committee rejected the application. Following an appeal to the administrative court, it was decided that since undocumented persons in Sweden are not entitled to assistance according to the Act on the reception of asylum seekers, they are entitled to such assistance under the Social Services Act. However, the Swedish Supreme Administrative Court stated that the Social Services do not have discretionary power to provide assistance under Chapter 4, Section 1 of the Social Services Act, to someone whose asylum application had been rejected and who lives clandestinely to avoid expulsion. The judgement also applies to emergency assistance. We analyse the decision as an expression of interlegality (de Sousa Santos 1987), a notion that provides an understanding of processes that allow different legal systems, with different *raison d'être*, focus and scope, to interact. Three mechanisms enable distortions, or specific representations, of reality: scaling, projections and symbols. By studying the legally manifested right to an "adequate standard of living" and the court's reasoning, as a cartography, we identify constructions through law and point to their implications for boundaries in the welfare state.

1. Inledning¹

I denna artikel presenteras en kritisk analys av en dom från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) från år 2017 gällande rätten till stöd från socialtjänsten för den som saknar formellt uppehållstillstånd i Sverige (härefter papperslösa) (HFD 2017 ref. 33). Fallet gällde tre barn och deras mamma vilka erhållit ett utvisningsbeslut som vunnit lagakraft och de saknade därför formell rätt att vistas i Sverige. Familjen stannade dock kvar i landet och levde gömda med stöd från frivilligorganisationer. Efter en tid vände sig mamman till socialtjänsten med en ansökan om bistånd enligt socialtjänstlagen (2001:453), SoL, i form av försörjningsstöd. Kommunens vård- och omsorgsnämnd avslag familjens ansökningar vid tre tillfällen, men Förvaltningsrätten i Umeå gjorde bedömningen att mamman och barnen hade rätt till bistånd och biföll därmed deras överklagande. Förvaltningsrätten ansåg att bestämmelsen om att den som omfattas av lag (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl., LMA, inte har rätt till bistånd enligt SoL tar sikte på den som har *faktisk* rätt till bistånd enligt den förstnämnda lagen, det vill säga också tillgång till det bistånd som lagen omfattar (1 § LMA). Eftersom familjen saknade formellt uppehållstillstånd saknade de sådan faktisk rätt till bistånd med stöd av LMA. Enligt förvaltningsrätten utgjorde därför 1 § LMA inte något hinder för bistånd enligt SoL. Kommunen överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Sundsvall för att få svar på frågan om gränserna för det kommunala ansvaret för den som erhållit lagakraftvunna utvisningsbeslut. Kammarrätten gjorde liksom senare även HFD en annan tolkning av relationen mellan SoL och LMA än den som förvaltningsrätten gjort. Både Kammarrätten och HFD gjorde bedömningen att kommuner inte har vare sig möjlighet eller skyldighet att ge bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL,² till den som håller sig undan för att undgå en avvisning eller utvisning. Detta ansågs också gälla så kallat akut nödbistånd eftersom även sådant bistånd ges med stöd av 4 kap. 1 § SoL.

- 1 Vi vill tacka kollegorna på Avdelningen för socialt arbete vid Linköpings universitet och deltagarna på den nordiska konferensen i socialrätt vid Göteborgs universitet den 1–2 februari år 2018 för kommentarer på tidigare utkast till artikeln. Vi vill också tacka de båda anonyma granskarna för konstruktiv kritik.
- 2 SoL:s så kallade biståndsbestämmelse som också innefattar en rättighetsbestämmelse (4 kap. 1 § 1 st. SoL).

Vi ämnar i det följande analysera ovan nämnda dom från HFD ur ett rättskartografiskt perspektiv med inspiration från Boaventura de Sousa Santos (1987) teorier om rätten som en karta som presenteras i artikeln ”Rätten – en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp”.³ I likhet med de Sousa Santos förstår vi rättstillämpning som en dynamisk process där icke samordnade rumsliga dimensioner av rätten resulterar i ojämna och instabila sammansättningar av olika regleringar. Ett rättskartografiskt perspektiv lämpar sig väl för att förstå det tolkningsutrymme som alltid föreligger när SoL tolkas och tillämpas i enskilda ärenden. Vidare erbjuder de Sousa Santos ovan nämnda artikel analysverktyg för att identifiera underliggande mekanismer i enskilda domstolsavgöranden och hur de växelverkar.

Vårt rättskartografiska perspektiv bygger på antagandet att all socialrättslig reglering har funktionen att *orientera i* (vägleda) och samtidigt *representera* (avbilda) verkligheten, och att rättstillämpning alltid innebär en spänning häremellan. Ibland sker orienteringen på bekostnad av representation och ibland är det tvärtom. Vad som får starkast genomslag beror bland annat på mer eller mindre synliga mekanismer vilka inom ramen för det tolkningsutrymme som alltid föreligger vid rättstillämpning, möjliggör en växelverkan, såväl mellan olika nivåer av regleringar som mellan skilda rättsområden. de Sousa Santos utgångspunkt är ett abstrakt rumsbegrepp (space) som vi menar kan överföras till de distinktioner⁴ som rättstillämparen gör, exempelvis i ett avgörande som det ovan nämnda. Tre olika mekanismer möjliggör (med nödvändighet) snedvridningar och specifika representationer av verkligheten i rätten och rättstillämpningen på olika nivåer. Dessa fungerar i denna artikel som rättskartografiska analysverktyg; *skalor* (scale), *verklighetsav-*

3 de Sousa Santos, Boaventura. ”Rätten – en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp”. Tidskrift för rättssociologi 4.2 (1987): 87–118.

4 Distinktioner återfinns inom ramen för det tolknings- eller handlingsutrymme som alltid finns när rätten omsätts i enskilda beslut. Kårt barn har många namn och andra epitet för samma sak kan vara diskretionärt eller skönsmässigt bedömnings-/handlingsutrymme (Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. London: Bloomsbury Academic, 2013; Lipsky, Michael. Street-level bureaucracy, 30th ann. Ed.: dilemmas of the individual in public service. Russell Sage Foundation, 2010; se även Kjellbom, Pia. Påtvingad avflyttning från bostad: En rättssociologisk studie av socialtjänstens roll i teori och praktik, 2014; Molander, Anders. ”Efter eget skön: om beslutsfattande i professionellt arbete”. Socialvetenskaplig tidskrift 18.4, 2011).

bildningar (projection) och *symboler* (symbolism). Medan de Sousa Santos rumsbegrepp kan beskrivas som abstrakt så omfattar rätten naturligtvis också ett mer konkret rumsbegrepp som bland annat handlar om vem som har eller inte har tillgång till olika fysiska platser, etc.⁵ Detta är relevant inte minst för den som saknar formell rätt att vistas i Sverige. I föreliggande artikel avgränsas emellertid analysen till det förstnämnda abstrakta rumsbegreppet som dock, vilket bör nämnas, kan ha konkreta (fysiska) konsekvenser.

Syftet med artikeln är att *genom en rättskartografisk analys av det aktuella domstolsavgörandet (HFD 2017 ref. 33) synliggöra mekanismer i rätten som har betydelse för människors tillgång till en skälig levnadsnivå samt hur olika mekanismer återskapas och växelverkar i rätten*. I ett andra steg diskuterar vi konsekvenser av interlegaliteten (växelverkan) för den svenska välfärdsstatens yttersta skyddsnet mer generellt. Vår förhoppning är att bidra med en förståelse för olika rättsnivåers växelverkan och hur denna vid en viss tidpunkt möjliggör ett underminerande alternativt stärkande av sociala rättigheter. Frågan är otvivelaktigt, som synes i domen från HFD, av betydelse för asylsökande som fått lagakraftvunna utvisningsbeslut, vilket kommer att vara vårt fokus i denna text. Men, vår framställning ger även ett bredare perspektiv på mekanismer för gränsdragningar inom och mellan olika lagstiftningsprodukter på olika nivåer som en social och politisk manifestation i välfärdsstaten.

Vår studie är viktig i ett samtida välfärdsrättsligt perspektiv bland annat mot bakgrund av en ändring i LMA som har lett till ett behov hos fler enskilda av stöd från såväl kommuner som frivilligorganisationer. Lagändringen innebär att den som får ett lagakraftvunnet avvisnings- eller utvisningsbeslut förlorar sin rätt till ersättning enligt LMA omedelbart i samband med beslutet eller snart därefter, om det inte är uppenbart oskäligt. En person som håller sig undan myndigheterna för att undgå utvisning förlorar genom denna ändring i LMA numera sin ersättning inte såsom tidigare var fallet, vid utresan, utan vid lagakraftvunnet beslut.⁶

5 Se exempelvis Waldron, Jeremy. "Homelessness and the Issue of Freedom." *UCLA L. Rev.* 39 (1991) s. 295–324; Konzen, Lucas. *Norms and space: understanding public space regulation in the tourist city*. Vol. 41, 2013.

6 För att säkra förmågan i det svenska mottagandet av asylsökande och stärka etableringen av nyanlända enades regeringen, Moderaterna, Centerpartiet, Liberalerna och

Artikeln fortsätter med en kort bakgrund och redogörelse för tidigare forskning följt av en närmare presentation av de Sousa Santos rättskartografiska perspektiv. Därefter introduceras vårt studieobjekt – skälig levnadsnivå – så som det konstrueras på olika rättsliga (skal-)nivåer av betydelse i HFD:s avgörande (HFD 2017 ref. 33). I det fjärde avsnittet av artikeln presenteras vår rättskartografiska analys av HFD:s dom och i en avslutande reflektion diskuteras, med artikelns exempel, några implikationer som rättslig interlegalitet (växelverkan) kan ha för den svenska välfärdsstatens yttersta skyddsnet.

2. En rättskartografisk ansats

Det råder inom rättssociologiska och kritiska rättsstudier bred enighet om att lagstiftning och samhället är ömsesidigt konstituerande.⁷ Många rättssociologiska studier tar sikte på lag och rättstillämpning i olika sociala sammanhang.⁸ Inom kritiska rättsstudier undersöks rätten ur ett politiskt, historiskt och sociologiskt perspektiv, ofta med inspiration från de diskussioner som fördes i USA på 1970-talet. Inom ämnet välfärdsrätt utforskar vi rättens innehåll och funktion för att upprätthålla ett välfärdssamhälle med respekt för rättssäkerhet, icke-diskriminering och integritet. En uttalat kritisk utgångspunkt är inte ovanligt. Denna ansats bygger bland annat på antagandet att lagar kan användas och

Kristdemokraterna i oktober 2015 om vissa nödvändiga insatser. En sådan åtgärd var att göra förändringar som skapade utrymme för fler asylsökande på anläggningsboenden. Inom Justitiedepartementet utarbetades promemorian *Ändring av bestämmelserna om rätt till bistånd i lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.*, som remissbehandlades. Syftet med den nämnda lagändringen var utöver att frigöra platser på boenden öka incitamenten för personer med lagakraftvunna avlägsnandebeslut att återvända självmant. Omkring 1900 vuxna utan barn bodde enligt Migrationsverket i förlägningsboende vid tidpunkten för beredningen av lagförslagen (prop. 2015/16:146. Extra ändringsbudget för 2016, s. 9).

7 Hydén, Håkan, *Normvetenskap*, 2002; Mathiesen, Thomas, *Rätten i samhället: en introduktion till rättssociologin*, 2010; Aubert, Vilhelm, *Inledning till rättssociologin*, 1980; Hollander, Anna, *Rättighetslag i teori och praxis. En studie av lagstiftning inom social- och handikappområdet*, 1995; Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, vol. 14, 2002.

8 Gustafsson a.a.; Hollander a.a.; Kjellbom a.a.; Lundberg, Anna, "The best interests of the child principle in Swedish asylum cases: The marginalization of children's rights." *Journal of Human Rights Practice* 3, no. 1 (2011): 49–70.

används för att upprätthålla samhällets maktstrukturer, och att lagen ofta är en kodifierad form för samhällets biaser mot marginaliserade grupper. Många forskare har också visat på de ibland stora skillnaderna som kan finnas mellan rätten i teorin och rätten i praktiken, och menar att det egentligen inte går att beskriva rätten som *en* då den utgörs av flera samtidigt existerande rätter.⁹ Detta förhållande står förstått i skarp kontrast till rättens inneboende strävan efter begriplighet, förutsebarhet och koherens.

de Sousa Santos argumenterar för att rättssociologisk forskning använder sig av andra sätt att föreställa sig verkligheten än traditionellt rättsliga.¹⁰ Vår ambition, med den här artikeln, är att bidra med en förståelse av hur olika mekanismer möjliggör snedvridningar av det verkliga livet bland annat via olika representationer, vilket som redan påpekats är ett oundvikligt element i all rättstillämpning. Vi vill också synliggöra vilka konsekvenser olika snedvridningar kan ha för människors tillgång till grundläggande sociala rättigheter. Liksom andra forskare med kritiska perspektiv har vi också en emancipatorisk ambition, i bemärkelsen att synliggörande av förtryck kan ha en frigörande effekt. Det är en drivkraft för valet av våra forskningsfrågor.¹¹ Genom att, ur ett rättskartografiskt perspektiv, avtäckta olika mekanismer¹² i rätten och deras samspel vill vi fästa uppmärksamhet på rättsliga förskjutningar och rättens möjligheter och begränsningar i fråga om att vara relevant för människor i välfärdsstatens marginaler.¹³

9 Gustafsson a.a.; Hollander a.a.

10 de Sousa Santos a.a.

11 Se exempelvis Hydén, Håkan. Rättssociologi som emancipatorisk vetenskap, uppl. 8, 1999.

12 Sådana maktstrukturer handlar naturligtvis inte bara om rätten ”i sig” utan i hög utsträckning om vem eller vilka som har tillgång till rätten. Det för emellertid för långt att granska sådana förhållanden i denna text.

13 Fassin, Didier, et al. *At the Heart of the State*. Pluto Press, 2015.

3. En rättslig kartografi

Det finns, enligt de Sousa Santos,¹⁴ så stora likheter mellan en karta och en lag att begreppet karta i rättsliga sammanhang kan uppfattas som en bokstavlig metafor.¹⁵ Funktionen av kartan är att orientera och vägleda användaren samtidigt som den utgör en representation av verkligheten. Detta innebär med nödvändighet också en snedvridning av verkligheten. Med detta sagt kan kartor (eller lagar) aldrig vara detsamma som verkligheten.¹⁶ Detta betyder dock inte att de är en förfälskning av verkligheten.

Genom att undersöka och förstå de mekanismer som möjliggör snedvridningar av verkligheten i lag, kan konfliktytor synliggöras i relationen mellan rätten och samhället. Vi kan också genom att utforska mekanismer ur ett rättskartografiskt perspektiv synliggöra hur maktrelationer uppkommer och återskapas genom lag, samtidigt som rättens existensberättigande om likhet inför lagen postuleras. de Sousa Santos argumenterar i detta sammanhang för att rättssociologin bör ägna sig åt att avslöja latent och undertryckta former av legalitet, inom vilka ”skadliga och försåtliga former av socialt och personligt förtryck ofta uppstår”.¹⁷

de Sousa Santos identifierar tre mekanismer som samverkar och präglar rätten vilka har betydelse för rättslig växelverkan. Den första handlar om **skalor** (graderingar), den andra om **verklighetsavbildning** (projection) och den tredje om **symboler** (symbolism). Samtliga mekanismer är underbyggda ett krav på användarvänlighet (det vill säga att lagen gör det den förväntas göra). Användarvänligheten är i sin tur präglad av den ovan nämnda inneboende spänningen mellan lagens dubbla funktion att *orientera* i den juridiska tillvaron och *representera* verkligheten på ett rele-

14 de Sousa Santos använder kartan som en metafor för lag för att, som han uttrycker saken, frigöra genom en uppbyggande kunskapsproduktion. Genom metaforer kan vi fördjupa och bredda vår förståelse av lagstiftning och rättstillämpning i ett samhällsperspektiv. En upprepad användning av metaforer över tid kan emellertid rent av omvandla den metaforiska beskrivningen till en bokstavlig sådan (a.a.).

15 Braye, Suzy, and Michael Preston-Shoot. "The role of law in welfare reform: critical perspectives on the relationship between law and social work practice." *International Journal of Social Welfare* 15.1 (2006): 19–26.

16 Som för övrigt "i sig själv" kan vara både mångfacetterad och omstridd. Ett förhållande som det saknas utrymme att redogöra närmare för här. de Sousa Santos menar att det "verkliga livet" är ett socio-legalt liv (de Sousa Santos, 1987, s. 99).

17 de Sousa Santos (1987) s. 113 f.

vant sätt. Samtliga tre mekanismer är också förhandlingsbara eftersom de möjliggör och frammanar distinktioner, i exempelvis domstolsbeslut, av olika slag. Konstruktioner av verkligheten genom lag och lagtillämpning är alltså inte lämnat åt slumpen utan en fråga om en (ofta ojämlig) förhandling,¹⁸ om man så vill, om bakomliggande och mer eller mindre synliga intressekonflikter.

3.1 Skalor

Skala är den första mekanismen som har betydelse för rättslig växelverkan. Skalan är, ur ett geografiskt perspektiv, förhållandet mellan avståndet på kartan och avståndet på den korresponderande markytan. Val av skala innebär ett beslut om grad av ”detaljtrohet som kartan skall ha”.¹⁹ Lågskaliga kartor är mindre detaljerade vilket ger dem en hög abstraktionsnivå. Högskaliga kartor är mer detaljerade och inbegriper således fler dimensioner av verkligheten och, om man så vill, är de mer ”verklighetsnära”. Detta har betydelse för rättstillämpningen. Medan en hög abstraktionsnivå (lågskalig karta) kan ge en tydligare orientering, kan en detaljerad karta skapa bättre representation men också fler krav på att göra distinktioner för rättstillämparen. Låt oss exemplifiera detta genom en presentation av de skalnivåer som aktualiseras i HFD:s avgörande och hur en och samma person kan behandlas helt olika beroende på vilken skalnivå som rättstillämparen tar avstamp i.

Ur ett rättsligt perspektiv kan regeringsformen som ett övergripande ramverk beskrivas som en *lågskalig karta* med en låg grad av detaljtrohet och närhet till de fenomen som regleras. På ännu mer övergripande (lågskalig) nivå, återfinns människorättsliga överenskommelser om staters internationella åtaganden. Dessa texter har ur ett rättskartografiskt perspektiv en mycket låg grad av detaljtrohet och utgör en ibland allomfattande, om man så vill utopisk, representation av verkligheten genom antaganden om att människor är födda fria och lika i värde och

18 Som exempel kan nämnas att mål om ekonomiskt bistånd enligt SoL handläggs skriftligt av domstolarna. Sökande har inte rätt till juridiskt ombud trots att det ligger i ”sakens natur” att de allra flesta saknar ekonomiska medel att anlita sådan hjälp på egen hand.

19 A.a. s. 93.

rättigheter (se artikel 1 FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter). På denna nivå är varje enskilt subjekt, i egenskap av att vara mänskliga, rättighetsbärare. Det enda villkoret för att ha exempelvis en rätt till en tillräcklig levnadsstandard (skälig levnadsnivå), på denna skalnivå, är att man är en del av den mänskliga gemenskapen.

På mellanskalig nivå återfinns nationell lagstiftning. Denna reglerar med större tydlighet ansvar, möjligheter, skyldigheter och rättigheter för olika aktörer. Vi förstår detta som en skalnivå som karakteriseras av en genomsnittlig detaljtrohet. LMA och SoL är exempel på rättsliga kartor på mellanskalig nivå. Båda lagarna pekar ut rättsbefogenheter, det vill säga rättskipning inom ett visst sakområde, och vem som förfogar över dessa. Lagarna inkluderar och exkluderar också människor tillhörande olika personkretsar, men säger sällan någonting om dem som faller utanför respektive lags beslutsområde. I LMA, som är en migrationsrättslig mellanskalig lagstiftning, manifesteras skälig levnadsnivå bland annat genom bestämmelser om ersättning och nedsättning av ersättning (10 § LMA) samt utrymmet för enskilda personer att vid behov söka särskilda bidrag (13–19 §§ LMA).

SoL är en socialrättslig lagstiftningsprodukt på mellanskalig nivå som anger olika välfärds mål och förutsättningar för rätt till stöd från kommunerna till en skälig levnadsnivå och vad sådant stöd kan innefatta. I det aktuella HFD-avgörandet växelverkar den mellanskaliga socialrätten (SoL) med migrationsrätten (LMA) och skälig levnadsnivå på en allomfattande så kallad lågskalig nivå.

På en högskalig, lokal nivå, slutligen, är detaljtroheten stark. Skälig levnadsnivå enligt migrationsrätten syns på denna nivå exempelvis genom interna (lokala) rättsliga ställningstagande från Migrationsverkets rättschef som ger vägledning till Migrationsverkets mottagningshandläggare.²⁰ I ett av dessa diskuterar rättschefen när ett indraget bidrag i det enskilda fallet kan anses leda till en orimlig situation (”oskäligt”) och när detta därför inte, trots huvudregeln, ska upphävas.²¹ En sådan situation kan vara att den person som fått ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut har medverkat i verkställighetsarbetet. Skälig levnadsnivå enligt SoL

²⁰ Migrationsverket. Rättsligt ställningstagande angående innebörden av rekvisitet uppenbart oskäligt i 11 § LMA – SR 13/2016.

²¹ A.a.

kommer på den högskaliga nivån till uttryck i exempelvis kommunala riktlinjer, delegationsordningar och rutiner (se nedan). Högskaliga kartor möjliggör som regel en mer detaljerad styrning än låg- och i viss utsträckning mellanskaliga kartor. Denna styrning kan i socialtjänst- och migrationshanteringen exempelvis avse instruktioner om hur vissa typer av ärenden konkret bör handläggas, och vilka faktiska sakomständigheter som bör vägas in vid beslut, vem som får fatta beslut med stöd av olika bestämmelser, och till vilka ekonomiska nivåer.

Ibland uppstår osäkerhet kring vad det är som faktiskt gäller i enskilda fall, trots högskaliga kartor och omfattande reglering. Detta illustreras exempelvis av de väsentligt skilda beslut i de olika rättsliga instanser som fattades i det aktuella avgörandet avseende de tre barnen och deras mamma. Ett oklart rättsläge kompliceras ytterligare av att varje skalnivå betingas av olika regleringsmönster. I lågskaliga sammanhang som exempelvis de människorättsliga överenskommelserna, är känslan för riktning (orientering) uppenbar genom den tydliga emfasen på varje enskild individs lika rättigheter. Frågan om representationen av verkligheten blir då sekundär. Även på en högskalig nivå, exempelvis när SoL tillämpas i en kommun, kan representationen hamna i skymundan av orienteringen i bemärkelsen vad som ska göras i vardagens praktik.²² Rättstillämparen kan här bli så absorberad av att handla enligt detaljerade vägledningar, att hen missar helhetsperspektivet och ”inte ser skogen för alla träden”. Mer regler eller detaljerade föreskrifter innebär följaktligen inte självklart att orienteringen blir bättre utan kan föra med sig en större osäkerhet vid rättstillämpningen och förlust av perspektiv. Detta är som vi ser det exempel på hur olika regleringsmönster (skalnivåer) kan få oförutsedda effekter för rättens innehåll.

Det finns, utöver ovanstående, anledning att tala om ytterligare en skalnivå: En så kallat ”extremt högskalig” nivå. Hit hör sakomständigheter i ett enskilt fall som, oavsett rättens utformning eller tolkning, uppfattas som centrala för dem som berörs av rätten. Vad vi har att göra med här är ”terrängen” (verkligheten), vari rättsliga frågeställningar återfinns i sina sagnära och ursprungliga former, det vill säga innan de

22 de Sousa Santos (1987) s. 101.

hanterats av det rättsliga systemet och omformats för att passa in i olika rättsligt relevanta kategorier.

3.2 Verklighetsavbildningar

När verkligheten filtreras i lagstiftning och rättsanvändning, förutsätts ett urval av vad som ska anses relevant i en given situation. Detta för oss till nästa mekanism, nämligen verklighetsavbildningar. Dessa, som är starkt beroende av kartans användningsområde, innebär ett kompromissande mellan olika snedvridningar av verkligheten som är betingade av såväl underliggande intressekonflikter som av vad lagen ytterst förväntas göra. Av betydelse för olika verklighetsavbildningar är vidare på vilken skalnivå de återfinns. Som exempel föreställs papperslösa, i den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter som ”människor” med lika rättigheter.²³ På mellanskalig nivå kan de exempelvis vara ”tidigare asylsökande” (LMA) eller ”biståndssökande” (SoL). På högskalig nivå återfinns en mängd detaljer som kategoriserar enskilda som ”berättigade” eller ”inte berättigade” behovande, bland annat utifrån vad de som individer konkret har gjort eller inte gjort.

3.3 Symboler

Vidare sker i urvalet av vad som är relevant vid rättstillämpningen vissa kvalitativa distinktioner och detta för oss vidare till den sista mekanismen: symbolerna. Olika symboliseringsprocesser är de mest komplicerade procedurerna att fånga i en rättskartografisk analys. Skälet till det är att symboliseringen praktiseras på grundval av och med de villkor som sätts av såväl skala som verklighetsavbildningar. de Sousa Santos pekar på två idealtypiska former av rättslig symbolisering, det vill säga renodlade teckensystem: Den första, vi kallar den för *formaliserad*, tar sikte på enstaka isolerade och ofta inte särskilt konkreta beskrivningar

23 Behovet av en fristad från krig och förföljelse ska inte innebära att den som är på flykt får lägre status än människor i allmänhet, utan ställer tvärtom särskilda krav på staterna att uppfylla behoven hos människor vars livssituation aktualiserar dem (Bruce, Anna, ”Jämlikhet och icke-diskriminering” Mänskliga rättigheter–juridiska perspektiv, 2010, s. 52).

av verkliga händelser som framställs i vedertagna formella termer (här: formell tolkning). Den andra idealtypen kallar vi för *kontextuell*. Denna förutsätter, och strävar efter, en annan sorts närhet till den komplexa vardagen och de sammanhang där denna vardag utspelar sig (här: kontextuell tolkning). Med den kontextuella idealtypen som ledstjärna vinnlägger sig rättsanvändaren om att beakta alla dimensioner som har relevans för ett specifikt fall. Uttryckt på ett annat sätt kan detta teckensystem sägas motverka en isolering av den juridiska verkligheten från vardagserfarenheten.

Rättsliga begrepp som exempelvis ”skälig levnadsnivå” tillskrivs i olika idealtypiska symboliseringssystem olika tecken. En abstrakt symbolisering innebär exempelvis att termer som vistelse, bosättning, den rättsliga statusen av att vara asylsökande eller ”utvisningsbar”, utgör viktiga referenser för att konstruera innehållet i ”skälig levnadsnivå” som en formell symbol. I en kontextuell symboliseringsprocess blir tecken så som hur en familj ska kunna få mat för dagen, deras faktiska tillgång till tak överhuvudet, bostad eller hem, att kunna få hälso- och sjukvård vid behov, att undgå nöd etc. av betydelse för innehållet i symbolen ”skälig levnadsnivå”. När domstolar kommer med avgöranden i ärenden som behandlar var gränsen går för en skälig levnadsnivå och rättighetsbärare gör anspråk på rättigheter och när politiker lagstiftar i frågan, förändras förståelsen av symbolerna och deras innebörd. Så småningom påverkas det välfärdsrättsliga området av sådana förändringar (förskjutningar). De symboler för välfärd som rättstillämparen använder, skapar och återskapar, förändrar med andra ord rättens generella innehåll.

Olika symboler har olika mening beroende på tidsperiod och rättsliga rum, och får med tiden nya betydelser efterhand som förskjutningar i rätten äger rum och utvecklingen av innebörden av olika symboler är följaktligen helt central för att förstå rättslig växelverkan.

4. Det rättsliga subjektet och skälig levnadsnivå på olika skalnivåer

Nedan följer en redogörelse för det rättsliga subjektet och skälig levnadsnivå på olika skalnivåer, av betydelse i det här studerade rättsfallet.

4.1 Lågskalig nivå

Av FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter artikel 22 framgår följande:

Var och en har, i egenskap av samhällsmedlem, rätt till social trygghet, och är berättigad till att de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som krävs för hävdandet av hans eller hennes människovärde och utvecklingen av hans eller hennes personlighet ...

En tydligare definition av skälig levnadsnivå följer i förklaringens artikel 25. Där framkommer att alla människor, det vill säga ”var och en”, *utan åtskillnad* har rätt till en tillräcklig levnadsstandard, innefattande bland annat bostad, hälsa, mat och kläder. Samma rättigheter framkommer också i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) som bland annat behandlar jämlikhet och icke-diskriminering (artikel 2), staternas skyldighet att utnyttja sina resurser till det yttersta för rättigheternas genomförande (artikel 4), samt att varje barn har rätt till en skälig levnadsstandard vari, bostad, kläder, mat och rent vatten ingår (artikel 27).

Skälig levnadsnivå har i detta sammanhang inte något samband med enskildas status eller leverne utan utgår istället från sådana behov som anses vara grundläggande och allmänmänskliga. Genom efterkrigstidens förnyade åtaganden om mänskliga rättigheter har staternas skyldigheter för alla människors levnadsstandard successivt tydliggjorts. Konventionen om ekonomiska sociala och kulturella rättigheter från år 1966, (härefter IKESKR) föreskriver exempelvis att *var och en* ska ha ”tillräckligt med mat och kläder, och en lämplig bostad” (artikel 11). Ett annat uttryck för utvecklingen är Europarådets sociala stadga²⁴ enligt

24 Europarådets sociala stadga är en motsvarighet till Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna när det gäller ekonomiska och sociala förhållanden. Den innehåller bland annat regler om rätten till socialt och medicinskt bistånd, rättsligt och ekonomiskt skydd för familjen och rätten till skydd och bistånd till migrerande arbetare. Stadgan reviderades 1996 och samtliga tidigare rättigheter infördes i en ny överenskommelse. Några av de tidigare garanterade rättigheterna stärktes och nya tillkom, bland annat rätten till skydd mot fattigdom och social utslagning. Europa-konventionen erbjuder därutöver en rätt till skydd för privatliv och hem (artikel 8). I praxis från Europadomstolen har det fastslagits att utrymmet för skönsmässiga/diskretionära tolkningar (margin of appreciation) är snävare när det handlar om den

vilken medlemsstaterna ska se till att var och en har tillgång till sociala tjänster (artikel 12), rätt till skydd mot social utslagning (artikel 30) och rätt till bostad (artikel 31). De granskningskommittéer som övervakar efterlevnad av överenskommelserna har särskilt markerat att dessa rättigheter ska gälla *utan åtskillnad* och att de utgör en grundskyldighet för staterna.²⁵ Rättigheterna kan under inga omständigheter, på den här lågskaliga nivån, villkoras med legal status eller särskilda beteendekrav på enskilda. Viktigt att notera på en lågskalig nivå är att rätten till en skälig levnadsnivå sträcker sig längre än endast till akut avhjälpande av nödbehov. Tanken är istället att alla människor har rätt till en levnadsnivå av viss (relativ) kvalitet, och nöd måste mot denna bakgrund, utan åtskillnad, alltid åtgärdas.

Vi kan också närma oss begreppet skälig levnadsnivå på lågskalig nivå via den svenska grundlagen – regeringsformen (2011:109), RF. I det inledande kapitlet, om statsskickets grunder, framgår följande:

Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Särskilt ska det allmänna trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt verka för social omsorg och trygghet och för goda förutsättningar för hälsa ... (1 kap. 2 § RF).

enskildes möjligheter att utöva grundläggande och personliga rättigheter (key-rights) (Se exempelvis *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45, p. 21, § 52; *Gillow v. the United Kingdom*, 24 November 1986, Series A, no. 104, § 55; *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, 27 May 2004, § 82).

25 FN:s kommitté för ekonomiska sociala och kulturella rättigheter, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23. FN:s kommitté för ekonomiska sociala och kulturella rättigheter. General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2 July 2009, E/C.12/GC/20. Se bl.a. *Conference of European Churches (CEC) v. The Netherlands (complaint)*, Complaint No 90/2013, Council of Europe: European Committee of Social Rights, 21 januari 2013. [Tillgänglig här: <http://www.refworld.org/cases,COEECSR,513d96582.html>. Besökt 2017-10-01]. *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. the Netherlands (decision on the merits)*, Complaint No. 86/2012, Council of Europe: European Committee of Social Rights, 10 november 2014. [Tillgänglig här: <http://www.refworld.org/cases,COEECSR,54e353f24.html>. Besökt 2017-10-01].

Även om RF vad gäller sociala rättigheter i hög utsträckning kan beskrivas som ett till intet förpliktigande politiskt handlingsprogram²⁶ så pekar ändå lagens målsättningsstadganden, som vi ser i paragrafen, i en viss riktning (orientering). Tillsammans med de internationella åtagandena sammanfattar vi på detta vis innebörden av en skälig levnadsnivå på lågskalig nivå.

4.2 Mellanskalig nivå

Det finns en mängd nationella lagar av betydelse för beskrivning och tolkning av begreppet skälig levnadsnivå på mellanskalig nivå. Här avgränsar vi oss till SoL och LMA eftersom vi vill synliggöra de interlegala dimensionerna av dessa två rättsområden i HFD-avgörandet.

Bistånd med stöd av 4 kap. 1 § SoL ska tillförsäkra enskilda en skälig levnadsnivå. Det saknas en uttömmande uppräkningslista av vilka behov som SoL:s biståndsbestämmelse omfattar. Vissa behov har emellertid uppfattats som så grundläggande att de omnämns i lagtext, exempelvis försörjning, bostad, utbildning, arbete etc.²⁷ Enligt förarbeten och domstolspraxis har ”skälig levnadsnivå” därutöver bestämts till den nivå låginkomsttagare på orten lever på.²⁸ Den så kallade riksnormen som innefattar kostnader för livsmedel, kläder och skor, lek och fritid, förbrukningsvaror, hälsa och hygien samt dagstidning, telefon och radio- och TV-avgift (4 kap. 3 § SoL) återfinns i socialtjänstförordningen (2001:937) och grundar sig på Konsumentverkets senaste pris- och konsumtionsundersökningar. Till detta kommer för biståndsberättigade ersättning för skäliga kostnader för boende, hushållsel, arbetsresor, hemförsäkring samt medlemskap i fackförening och arbetslöshetskassa (4 kap. 3 § SoL). I vissa akuta fall ges endast så kallat nödbistånd som innebär ersättning på lägre nivå, i normalfallet endast för livsmedel²⁹ och vid behov, boende.

26 Jfr Dworkin a.a; se även Lind, Anna-Sara. Sociala rättigheter i förändring: En konstitutionellrättslig studie, 2009.

27 Se 4 kap. 1 och 3 §§ och 3 kap. 2 § SoL samt 2 kap. socialtjänstförordningen.

28 Prop. 1996/97:124 Ändring i SoL s. 83 och 169; se även t.ex. RÅ 2008 ref. 21 och RÅ 84 2:13.

29 Beloppen för nödbistånd varierar i olika kommuner men ligger vanligen på cirka 60 kronor per dygn.

Orsakerna till att ett biståndsbehov har uppstått anses i enlighet med HFD:s praxis sakna betydelse för bedömningen av rätten till akut nödbistånd,³⁰ däremot kan sådana orsaker ges avgörande betydelse vid bedömningen av rätten till fullt försörjningsstöd.³¹ Även akut nödbistånd ges med stöd av lagens biståndsbestämmelse, det vill säga 4 kap. 1 § SoL, med den skillnaden att kommunerna i denna situation begagnar sig av möjligheten att beräkna biståndet till en lägre nivå enligt 4 kap. 3 § SoL. Någon särskild ”nödparagraf” som enskilda kan åberopa återfinns alltså inte i SoL, även om detta ibland anförts. Istället förutsätter bedömningen med stöd av biståndsbestämmelsen att en nödprövning alltid görs vid behov. Detta kan exempelvis innebära att även om en sökande bedöms sakna rätt till fullt försörjningsstöd så kan en rätt till nödbistånd finnas.

SoL bygger på en subsidiaritetsprincip som innebär att alla andra rättsligt reglerade möjligheter att tillgodose behov som huvudregel har företräde framför bistånd enligt lagen. Samtidigt sträcker sig socialnämndens yttersta ansvar enligt 2 kap. 1 § SoL *fram till dess* att den rätte huvudmannen (exempelvis hälso- och sjukvården, vårdnadshavare, en annan kommun, etc.) tar sitt ansvar.³² Principerna om ”rätt till akut nödbistånd oavsett orsakerna till att ett biståndsbehov uppstått” och ”den rätte huvudmannens ansvar” kan sammantaget sägas utgöra det ”yttersta skyddet” i Sverige som välfärdsstat. Detta yttersta skydd gäller enligt 2 kap. 1 § SoL för alla människor som vistas inom en kommun oavsett om dessa är kommunmedborgare eller inte. I de fall en person har en annan bosättningskommun än den aktuella vistelsekommunen begränsas vistelsekommunens ansvar, i normalfallet, till akut nödbistånd. Men, om det är oklart vilken kommun som är bosättningskommun så har vistelsekommunen enligt 2 a kap. 1 och 2 §§ SoL det fulla ansvaret fram till dess att frågan om det rätta huvudmannaskapet är löst.

Om den sökande kommer från ett annat EU-land gäller generellt samma principer, det vill säga om sökanden har sin bosättning i ett annat EU-land begränsas den svenska vistelsekommunens ansvar till

30 RÅ 1995 ref. 56 se även RÅ 2009 ref. 103 och RÅ 2004 ref. 130.

31 HFD Mål nr 342-344-16; RÅ 1997 ref. 2.

32 Westerhäll, Lotta Vahlne. Den starka statens fall?: en rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000, 2002, s. 151; Prop. 1979/80:1 Om socialtjänsten, s. 144, 184.

akuta nödsatser exempelvis i form av hemresa, mat och/eller akut boende. Vad gäller enskilda med utvisningsbeslut har socialtjänsten i ett HFD-avgörande från år 2014 ansetts skyldig att efter viss tid ge fullt försörjningsstöd, alltså inte bara nödbistånd, till en person vars utvisningsbeslut inte kunde verkställas.³³ En begränsning av kommunernas yttersta ansvar återfinns emellertid i LMA som i den inledande paragrafen slår fast att den som omfattas av LMA inte har rätt till bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL för förmåner av motsvarande karaktär (1 § LMA). Omvänt kan alltså ett behov som *inte* tillgodoses via LMA generera en rätt till bistånd med stöd av SoL:s biståndsbestämmelse. Det kan exempelvis handla om barns behov av vård och stöd, skydd mot våld, missbruksbehandling etc.

Därutöver kan kommunerna ge bistånd med stöd av 4 kap. 2 § SoL – det så kallade frivilliga (fakultativa) biståndet – i sådana situationer då en biståndsrätt med stöd av 4 kap. 1 § SoL saknas. Viktigt att förstå här är dock att enskilda handläggare vanligen inte förfogar över denna biståndsmöjlighet. Socialtjänsthandläggare fattar alltid biståndsbeslut med stöd av delegation från kommunens socialnämnd. Vad gäller biståndsbestämmelsen i SoL så har enskilda handläggare i normalfallet delegation på beslutsfattande inom vissa ramar som kan skilja sig åt mellan olika kommuner och olika handläggare. Beträffande det ”frivilliga biståndet” i 4 kap. 2 § SoL är situationen annorlunda. Enskilda handläggare saknar vanligen delegation på sådana beslut, det vill säga de får inte fatta beslut med stöd av denna bestämmelse. Beslut enligt 4 kap. 2 § SoL är dessutom inte överklagbara. När en ansökan omfattar en person som tillhör LMA:s personkrets, men som de facto står utan mat för dagen, boende etc. förutsätter ett beslut med stöd av bestämmelsen om det frivilliga biståndet, i de fall delegation saknas, att handläggaren kontaktar överordnad som har delegation att fatta sådana beslut, eller om också sådan delegation saknas, socialnämnden för beslut. Betydelsen av denna ordning är att biståndsbeslut med stöd av 4 kap. 1 § SoL i hög utsträckning är professionsgrundade men biståndsbeslut med stöd av 4 kap. 2 § SoL, i normalfallet, är politikerbaserade. Frivilligt bistånd till papperslösa kan, ur ett juridiskt perspektiv, i hög utsträckning konstate-

33 HFD 2014 ref. 37.

ras vara en direkt politisk fråga, som kan besvaras olika i olika kommuner med olika politisk majoritet.³⁴

Vilken rätt till bistånd ger då LMA? Denna lag, som omfattar asylsökande i Sverige, ger rätt till sysselsättning och bistånd i form av logi, bostadsersättning i särskilda fall, dagersättning och särskilt bidrag.³⁵ Regleringen av asylsökandes skäliga levnadsnivå har sedan 1988 skett genom särskild lag för ändamålet.³⁶ I förarbeten som legat till grund för

- 34 Utöver detta finns särskilda bestämmelser för kommunernas mottagande av ensamkommande flyktingbarn. Detta kommer emellertid inte beröras i denna text.
- 35 Med bistånd avses logi, bostadsersättning, dagersättning och särskilt bidrag. Ersättningsnivån på boenden där mat inte ingår är 71 kr/dag för vuxna ensamstående, 61 kr/dag och person för vuxna som delar hushållskostnader, 37 kr/dag för barn 0–3 år, 43 kr/dag för barn 4–10 år, 50 kr/dag för barn 11–17 år. Värt att notera här är att dessa nivåer är jämförbara med de nivåer som socialtjänstens akutbistånd ligger på. Familjer som har fler än två barn får hel dagersättning för de två äldsta barnen och halv dagersättning för övriga barn. Förutom mat ska dagersättningen räckta till kläder och skor, sjukvård och medicin, tandvård, hygienartiklar, andra förbrukningsvaror och fritidsaktiviteter. Den som har ett mycket starkt behov av något som inte täcks av dagersättningen kan ansöka om särskilt bidrag för det. Sökanden måste visa att behovet är starkt och att hen inte kan betala för det själv. Det kan till exempel vara glasögon, en barnvagn eller varma vinterskor. Migrationsverket gör en individuell bedömning av behovet.
- 36 Den 1 maj 1988 infördes en särskild lag (1988:153) om bistånd åt asylsökande m.fl. (LBA). Genom LBA kopplades stödet till de asylsökande i princip bort från socialtjänstlagen för att istället ges enligt andra, mera generella regler. De stödformer som reglerades i lagen var kostnadsfri bostad, dagbidrag och särskilt bidrag. Den asylsökande skulle ha rätt till gratis logi antingen på en statlig förläggning eller i en av Invandrarverket anvisad kommun. Dagbidraget, som utformades med utgångspunkt från då gällande socialbidrag, skulle tillförsäkra den asylsökande en skälig levnadsnivå. Det särskilda bidraget skulle lämnas, om det uppstod akuta behov som var nödvändiga för utlänningens livsföring. Beslut i ärenden om bistånd enligt LBA skulle överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. I förarbetena framhölls att ”instansordningen bör vara densamma för Invandrarverkets och socialnämndens beslut” (se pro prop. 1987/88:80 Om bistånd åt asylsökande m.m., s. 32 f.). Föredragande statsråd ansåg att ärenden inte borde komma att överklagas till olika instanser. Invandrarverkets beslut skulle överklagas hos länsrätten i det län där förläggningen fanns. Eftersom det bistånd som kunde lämnas enligt LBA i regel var av den arten att det skulle täcka akuta behov, ansåg lagstiftaren att beslut om bistånd borde kunna verkställas omedelbart. Detta gällde såväl beslut som fattades av Invandrarverket eller socialnämnden som de som fattades av domstol (se prop. 1987/88:80 s. 33). Kommunernas ansvar för barn och unga i asylprocessen har sedan dess utökats: Den 1 januari 2002 utvidgades kommunernas ansvar att ta emot asylsökande barn och ungdomar m.fl. i det offentliga skolväsendet för barn och ungdom. Begränsningar infördes senare genom en ändring i LMA som trädde i kraft den 1 juli 2004 då bestämmelser om att sätta ned dagersättningen och bostadsersättningen för den som

lagstiftning om flyktingmottagande har det angetts att den som väntar på beslut i fråga om uppehållstillstånd och som saknar egna medel, eller annan möjlighet att försörja sig, bör få sin försörjning tryggad.³⁷ Sådant bidrag utgick tidigare enligt gällande försörjningsstödsnorm i kommunerna. Bidraget skulle enligt dåvarande 6 § SoL anpassas så att det gav den hjälpbehövande en *skälig levnadsnivå*. Dessa riktlinjer ändrades senare bland annat i samband med införandet av 1988 års lag om bistånd till asylsökande. Även här framhålls emellertid i förarbetena att det föreslagna nya dagbidraget bör tillförsäkra asylsökande en skälig levnadsnivå.³⁸

Nuvarande LMA innebar ingen ändring i detta avseende. Bistånd till asylsökande är ett statligt ansvar och de som omfattas har som regel inte rätt till bistånd från kommunernas socialtjänst (1 § LMA).³⁹ Den nya situationen som uppkom efter en ändring i lagen den 1 juni år 2016 handlade om tidpunkt för indragen ersättning. Rätten till ekonomiskt stöd upphör numera för vuxna utan barn i samband med att ett avvisnings- eller utvisningsbeslut får laga kraft om det inte är ”uppenbart oskäligt” på grund av exempelvis att beslutet inte går att verkställa av praktiska skäl utanför den enskildes kontroll. En person som håller sig undan myndigheterna för att undgå utvisning anses inte medverka i verkställighetsarbetet och förlorar därmed enligt huvudregeln rätt till ersättning enligt LMA.

Vad gäller konsekvenserna av lagändringen i LMA för kommuner och för tillämpningen av SoL menade regeringen att en bedömning måste göras i det enskilda fallet. Vidare anfördes bland annat att SoL:s

försvårar utredningen i ärenden om uppehållstillstånd genom att inte medverka till att klarlägga sin identitet. Samtidigt togs möjligheten att sätta ned dagersättningen för en utlännning mellan 16 och 18 år bort.

37 Se bl.a. prop. 1983/84:124 Om mottagande av flyktingar och asylsökande m.m.

38 Prop. 1987/88:80 Om bistånd åt asylsökande m.m., s. 23.

39 Jfr SOU 1992:133 Mottagande av asylsökande och flyktingar, s. 17 f. I utredningen anfördes att ”(f)ör att undvika eventuella konflikter på denna punkt mellan lagen om bistånd till asylsökande och socialtjänstlagen föreslår jag att socialtjänstlagen . . . ändras så att det klart framgår att rätt till bistånd enligt denna lag inte föreligger för den som har rätt till bistånd enligt lagen 1988:153 om rätt till bistånd för asylsökande m.fl. Däremot bör självfallet socialtjänstlagens övriga bestämmelser, exempelvis om kommunens ansvar för omsorger om barn och ungdomar, gälla även för asylsökande” (SOU 1992:133, s. 174).

nödhjälpsparagraf kan aktualiseras för den som saknar tillstånd att vara i landet,⁴⁰ det vill säga att nöd bör undvikas även för människor med utvisningsbeslut.

4.3 Högskalig nivå

Det saknas en samlad genomlysning av de kommunala riktlinjerna och delegationsordningarna i Sveriges 290 kommuner. Kommunernas riktlinjer om ekonomiskt stöd kan på ett betydande sätt skilja sig åt till både omfång och innehåll.⁴¹ Som exempel kan nämnas Malmö stads riktlinjer som tydligt anger att papperslösa ska behandlas på samma sätt som andra personer som vistas i kommunen och söker stöd: ”Kommunens ansvar kvarstår så länge personen vistas i kommunen och inte får sitt behov tillgodosett på annat sätt”.⁴² I många andra kommuner saknas sådana ställningstaganden.

4.4 Sammanfattning

I detta avsnitt har vi belyst rätten på olika skalnivåer – transnationell rätt, svensk grundlag, LMA och SoL – av betydelse för det HFD-avgörande som vi ska granska i nästa avsnitt. Samtliga rättsliga dokument som

- 40 Prop. 2015/16:146, s. 16. Det finns rapporter om att ändringen i LMA inneburit att fler numera har behov av stöd från såväl kommuner som frivilligorganisationer. Svenska Röda Korset belyser frågan i en lägesrapport från år 2017. Resultaten, som bygger på iakttagelser från möten med drygt 500 personer, visar en markant ökning av personer som vänder sig till lokalföreningar runt om i landet för stöd och hjälp. Huvuddelen av de som hade vänt sig till Röda Korset (90 procent), efterfrågade mat. Fler än hälften uppgav att de inte hade förstått varför rätten till bistånd hade upphört, och att skriftligt beslut om att biståndet upphört inte hade överlämnats (s. 5). Informanter menade också att de inte informerats om möjligheten att överklaga (s. 7) se Röda Korset. Konsekvenser av ändringen i lagen om mottagande av asylsökande m.fl. (LMA), 2017 Tillgänglig här: http://www.redcross.se/globalassets/press-och-opinion/rapporter/roda-korset_lagesrapport_lma-2016.pdf. 2017-05-07].
- 41 Kjellbom, Pia. ”Rättssäkerhet och flexibilitet i kommunala riktlinjer för ekonomiskt bistånd.” *Retfaerd: nordisk juridisk tidskrift* 32.4/127, 2009, s. 80–103.
- 42 Riktlinjer antagna av Kommunfullmäktige 2013-11-28. Malmö stad. Riktlinjer för handläggning av försörjningsstöd och ekonomiskt bistånd för livsföring i övrigt, 2013 [Tillgängliga här: http://malmo.se/download/18.1d68919c1431fe2a9636e7/1491303412408/Riktlinjer+för+handläggning+av+försörjningsstöd+och+ekonomiskt+bistånd_Malmö+stad.pdf].

behandlats berör, på olika sätt, rätten till en skälig levnadsnivå för människor som vistas i Sverige. På nationell nivå utgör LMA ett rättsligt rum som bygger på statens behov av att upprätthålla en reglerad invandring. Personer som saknar formell rätt att vistas i Sverige ska enligt denna ”nationella karta” inte ges incitament att stanna kvar i landet. SoL å andra sidan är en så kallad behovslag där orsakerna till att ett behov uppstått är av underordnad betydelse åtminstone vid bedömningen av rätt till nödbistånd. Bestämmelser i LMA begränsar emellertid SoL:s adressater och utesluter vissa grupper inte bara från rätten till försörjningsstöd utan även från rätten till akut nödbistånd.

De dilemman som rätten på lokal nivå numera har att hantera genom att socialtjänsten har ett yttersta ansvar för alla som vistas i kommunen, samtidigt som LMA på mellanskalig nivå drar upp gränser för lagens personkrets, är ingen nyhet men det blev mer påtagligt efter lagändringen i LMA eftersom fler människor nu försätts i en situation där de kan behöva stöd från kommuner för sin överlevnad. Det bör också poängteras att det kan finnas många skäl till att personer som fått ett utvisningsbeslut inte återvänder till det anvisade mottagarlandet. I vissa fall är det praktiskt omöjligt att återvända⁴³ och i andra fall ser enskilda på grund av rädsla för människorättskränkningar ingen annan utväg än att stanna kvar i Sverige, även om det innebär att leva i en tillvaro som papperslös, hänvisad till frivilligorganisationer och en svart arbetsmarknad utan skydd för grundläggande rättigheter.

5. Högsta förvaltningsdomstolens dom – en rättskartografisk analys

Fallet (HFD 2017 ref. 33) gällde tre barn och deras mamma vilka saknade formell rätt att vistas i Sverige och som levde i en papperslös situation för att undgå utvisning. Mamman ansökte om bistånd enligt SoL i form av försörjningsstöd och fick avslag för tre olika månader. Efter överklagande bestämde förvaltningsrätten i Umeå att familjen hade rätt till försörjningsstöd. Förvaltningsrätten ansåg att bestämmelsen om att den som omfattas av LMA inte har rätt till bistånd enligt SoL tar sikte på den

43 SOU 2017:84 Uppehållstillstånd på grund av praktiska verkställighetshinder och preskription.

som har *faktisk* tillgång till sådant bistånd enligt den förstnämnda lagen. Eftersom familjen levde som papperslösa saknade de rätt till bistånd enligt LMA som därmed, enligt förvaltningsrätten, inte hindrade bistånd enligt SoL.

HFD gjorde en annan tolkning av rättsläget och relationen mellan LMA och SoL. Domstolen ansåg att kommuner inte har vare sig möjlighet eller skyldighet att ge bistånd enligt SoL till den som fått avslag på en asylansökan och håller sig undan utvisningsbeslut. Enligt domstolen gäller detta även så kallat akut nödbistånd eftersom även detta bistånd ges med stöd av 4 kap. 1 § SoL. Kommunernas yttersta ansvar är (som nämnts ovan) i normalfallet inte begränsat till kommunmedborgare utan gäller under vissa förutsättningar alla som vistas i kommunen. Skälet till att detta yttersta ansvar enligt 2 kap. 1 § SoL inte omfattar människor som erhållit ett utvisningsbeslut, menar domstolen, är LMA:s personkrets. LMA omfattar asylsökande men *också* personer som håller sig undan ett utvisningsbeslut, *även* när personen inte har rätt till bistånd enligt LMA. Kommuner har dock, enligt HFD, vissa möjligheter att ge bistånd i dessa fall med stöd av den fakultativa bestämmelsen 4 kap. 2 § i SoL. Denna föreskriver att socialnämnden *får* ge bistånd *utöver* vad som följer av 4 kap. 1 § SoL om det finns skäl för det.⁴⁴

HFD:s dom kan ses som ett uttryck för en politisk utveckling där det som kan kallas för återvändandepolitiken (eller deportationsregimen)⁴⁵ fått ett allt större genomslag i den svenska regeringens migrationshantering. Syftet med den här artikeln är emellertid inte att diskutera återvändandepolitik eller att illustrera huruvida MR-åtaganden kan utgöra ett reellt skydd för papperslösa.⁴⁶ Inte heller är vår avsikt att presentera legalstrategier för hur MR kan användas inom ramen för det tolkningsutrymme som alltid finns när rätten tillämpas.⁴⁷ Syftet med vår artikel är att synliggöra och analysera hur olika mekanismer uppkommer, återskapas

44 HFD 2017 ref. 33.

45 Nicolas De Genova and Peutz, Nathalie Mae. *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*. Duke University Press, 2010.

46 För en sådan diskussion, se Gregor Noll, 'Why human rights fail to protect undocumented migrants'. *European journal of migration and law*, 12(2), 241–272, 2010.

47 Det kan också nämnas att LMA inte heller var den lag som HFD förväntades tillämpa.

och växelverkar i den ovan refererade domen gällande en skälig levnadsnivå för människor som lever i Sverige.

5.1 HFD:s hantering av olika skalnivåer

Domar från de högsta domstolarna intar, ur ett rättskartografiskt perspektiv, en särställning eftersom de, å ena sidan, på ett mycket konkret sätt utgör ett ställningstagande i en specifik rättslig fråga, det vill säga att de till sin karaktär ofta är mycket högskaliga. Tillämpningen av rätten i enskilda domstolsbeslut kan, i vissa fall, bli så fokuserad på vissa detaljerade rätts- och sakomständigheter att andra, och ur andra perspektiv, relevanta rätts- och sakomständigheter, försvinner ur domstolens synfält. Å andra sidan är domar från de högsta domstolarna inte endast avgöranden i ett enskilt fall utan de förväntas också få prejudicerande kraft och i den bemärkelsen fungera som rättskällor. Ur detta prejudicerande och generaliserande perspektiv får domstolens överväganden, distinktioner inklusive hantering av olika skalnivåer, verklighetsavbildningar och symboler betydelse för rätten i framtida rättsliga överväganden. När ett avgörande i ett enskilt fall omvandlas till en prejudicerande rättskälla förlorar, vanligen, en mängd till domen hörande detaljer intresse. Ur domen vaskas istället rättsfrågan, domslut och domskäl samt olika prejudicerande uttalanden fram. När en mycket högskalig och avgränsad tolkning används i nya ärenden föreligger dock stor risk för perspektivförluster vilket kan påverka rättens faktiska innehåll. Snedvridningar och förskjutningar av den sociala verklighet en lag är tänkt att hantera kan i och med detta återskapas i en ständig växelverkan genom att läggas till grund för nya och andra snedvridningar som, i slutändan, ibland kan leda till att en lag blir näst intill oigenkännlig.

Beträffande HFD:s dom från år 2017 som står i fokus här kan inledningsvis konstateras att en första intressant och uppenbar förskjutning i domen har med rättsfrågan att göra. Mammans och barnens ansökan om hjälp till överlevnad (försörjningsstöd) görs på en (extremt) högskalig nivå med avstamp i bristande förutsättningar att själva tillgodose sina behov för överlevnad. Denna fråga besvaras av domstolen på en mellanskalig nivå genom klarläggande av vilken lag som är tillämplig. Domstolens svar på frågan är att de sökande omfattas av LMA inte SoL, även i en

akut nödsituation. Familjens fråga om hjälp till överlevnad kommer på så vis helt och hållet i skymundan. Förvisso hänvisar domstolen till kommunernas möjligheter att ge frivilligt bistånd men man säkerställer inte att barnfamiljer, ens i en akut nödsituation, ska kunna överleva. I domen ifrågasätts inte mammans och barnens *avsaknad* av möjligheter att själva tillgodose sina behov men, denna extremt högskaliga sakomständighet negligeras på den mellanskaliga nivå domstolen har valt. Lågskalig rätt i form av FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter och/eller barnkonventionen används inte i domen vilket rimligtvis är ett uttryck för att domstolen inte uppfattar dessa instrument som relevanta.

Enligt barnkonventionen som är hemmahörande på en lågskalig nivå ska barns bästa komma i främsta rummet och barn ska kunna göra sina röster hörda. Barn har också, utan åtskillnad, rätt till liv, överlevnad och utveckling och ratifikationsstater har, när det gäller barns ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, som redan nämnts åtagit sig att utnyttja det yttersta av sina resurser (artikel 4). Vidare omfattas de berörda av artikel 25 i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter som erkänner rätt till en skälig levnadsstandard vari bostad, hälsa, mat och kläder inbegrips, *utan åtskillnad*. Dessa rättsförhållanden, som skulle kunna beaktas i förevarande fall, illustrerar hur rättens innehåll skiljer sig åt beroende av vilken skalnivå som bildar utgångspunkt för bedömningen. Det som på lågskalig nivå, utan åtskillnad, beskrivs vara barns och vuxnas rättigheter kan på mellan- och högskalig nivå bli det motsatta. Resultatet, i detta fall, blir att barn och vuxna förvisso har rättigheter på mellan- och högskalig nivå men att dessa rättigheter *inte* gäller alla utan åtskillnad. Mänskliga rättigheter kan uppenbarligen lämnas därhän, liksom skälen för att dessa inte vägs in i bedömningen. Möjligen kan skälet till att mammans och barnens behov och rättigheter inte behandlas i HFD:s dom vara just skalan, det vill säga att mammans och barnens konkreta fråga besvaras på en mellanskalig nivå utan beaktande av rätten på lågskalig nivå. En annan förklaring kan vara HFD:s verklighetsavbildningar.

5.2 HFD:s verklighetsavbildningar

En verklighetsavbildning domstolen använder sig av i detta fall kan beskrivas som *kollektivistisk*. Skäl för denna tolkning är att domstolen

överhuvudtaget inte företar en *individuell* bedömning av de sökandes behov och eventuella rätt till bistånd. ”Familjen” är den verklighetsavbildning som används, vilken i realiteten är en snedvridning av sakernas tillstånd eftersom de berörda består av fyra individer med skilda behov, möjligheter och i vissa fall rättigheter. Mammans val att leva gömd kan genom domstolens verklighetsavbildning också tillskrivas barnen trots att de inte har blivit hörda i frågan. I domen framkommer ingen information som talar för att barnen gjort ett aktivt val att leva gömda eller att de inte i mån av möjligheter medverkar i det egna utvisningsbeslutet. Trots det, behandlas barnen som om de gjort sådana val. Inte heller redovisas åldern på barnen och en fråga som hänger kvar är därför vid vilken ålder barn kan göras ansvariga för sådana val som det är fråga om här. I andra sammanhang gällande asylsökande barn och deras familjer anför emellanåt att barn inte ska lastas för sina föräldrars handlingar. Så är inte fallet i det aktuella avgörandet. Om en individuell bedömning av barnens situation genomförts skulle en slutsats kunna vara att barn inte kan göras ansvariga för att ha undandragit sig verkställigheten av ett utvisningsbeslut. I en sådan situation har de rätt till insatser med stöd av LMA. Eftersom de på grund av mammans beslut att leva gömd i realiteten inte ges tillgång till sådana insatser, kan dock bistånd ges med stöd av SoL i väntan på att den rätte huvudmannen (barnens vårdnadshavare och/eller Migrationsverket) tar sitt ansvar. Stöd för en sådan tolkning finns bland annat att hämta i förarbeten till den lagändring som gjorts i LMA.⁴⁸ Snedvridningen av vem eller vilka domen omfattar är ett påfallande uttryck för betydelsen av verklighetsavbildningar. Den visar vidare den maktpotential som ligger i valet av sådana avbildningar. Trots grundläggande idéer om likhet inför lagen m.m. innebär den av domstolen valda verklighetsavbildningen att barnen görs rättslösa – de finns inte som subjekt för domstolens rättstillämpning.

En annan verklighetsavbildning som gör sig gällande i fallet och som innebär en snedvridning av verkligheten är beskrivningen av de sökande. De uppges hålla sig undan, leva gömda och vara ”innehavare” av ett avslagsbeslut på en asylansökan. Däremot framkommer ingenting om de berörda individernas mänskligvarande eller att alla människor,

48 Prop. 2015/16:146, s. 16.

varav tre är barn, utan åtskillnad, behöver få vissa grundläggande behov tillgodosedda för att kunna överleva. Att kartan är begränsad och med nödvändighet snedvrider verkligheten förändrar emellertid inte terrängen (verkligheten). Domstolen intar likväl en formalistisk hållning, med innebörd att lagtekniska snedvridningar utan hänsyn till terrängen blir styrande för utgången i målet. Lagen (kartan) blir så att säga avgörande för vad terrängen omfattar istället för omvänt. Ett förhållnings-sätt som skulle skapa stora problem vid användande och utformning av geografiska kartor som förutsätter någon form av relation mellan karta och terräng. En geografisk karta som är väsensskild från den terräng (verklighet) den korresponderar mot upphör helt enkelt att fungera som karta.

5.3 HFD:s hantering av centrala symboler

Begreppet ”skälig levnadsnivå” är en central symbol i detta fall med hänvisning till de sökandes livssituation och anspråk. Som beskrivits ovan kan rättsliga symboler idealtypiskt hanteras (tolkas) formellt och/eller kontextuellt. I förevarande fall väljer HFD en rakt igenom formaliserad tolkning av symbolen ”skälig levnadsnivå” som helt frikopplas från syftet med SoL. Tolkningen innebär att symbolen ”skälig levnadsnivå” inte behöver ha något med levnadsvillkor, behov eller nöd att göra. Inte heller beaktas de sökandes avsaknad av möjligheter att själva eller på något annat sätt tillgodose grundläggande behov, vilket i normalfallet är en grundläggande förutsättning vid bedömningen av rätt till bistånd med stöd av SoL. Istället ges andra begrepp som ”personkrets” och ”lagakraftvunnet utvisningsbeslut” avgörande betydelse för innehållet i ”skälig levnadsnivå” som rättslig symbol. Som kontextuell symbol kräver emellertid ”skälig levnadsnivå” att inte bara formella aspekter uppmärksammas utan att de berörda faktiska levnadsvillkor och konsekvenser av olika beslut vägs in i beslutsfattandet. Till skillnad från HFD gjorde förvaltningsrätten en sådan kontextuell tolkning av både sakomständigheterna i fallet och innehållet i begreppet ”skälig levnadsnivå”. Vid betraktande av ”skälig levnadsnivå” som en kontextuell symbol innefattas även akut nödhjälp. Med utgångspunkt i ”skälig levnadsnivå” som en kontextuell symbol handlar det, i detta fall, om en mamma och tre barn

som, bland annat eftersom de lever som papperslösa har en särskilt svår livssituation som underskrider en ”skälig levnadsnivå, och som har ställt en (extremt högskalig) fråga till domstolen.

På en lågskalig nivå är de fyra familjemedlemmarna ”människor” och enligt FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter har alla människor *utan åtskillnad* (oavsett personkrets) rätt till en tillräcklig levnadsstandard vari bostad, hälsa, mat och kläder inbegrips. Detta innebär vidare att alla människor, utan åtskillnad, också har rätt till akut nödhjälp för sin överlevnad. På en lågskalig nivå har således även den som exempelvis inte medverkar till sin egen utvisning (utan åtskillnad) rätt till överlevnad (akut nödhjälp) och en skälig levnadsnivå. Lågskalig rätt kan i och med detta beskrivas förutsätta kontextualisering vid tolkningen av rättsliga symboler för att bli meningsfull.

På mellanskalig nivå ska LMA säkerställa en skälig levnadsnivå för den som är eller har varit asylsökande. LMA omfattar därutöver, som nämnts tidigare, de som erhållit ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut även om deras rätt till bistånd med stöd av lagen upphört då de inte medverkat i sin egen utvisning. LMA diskriminerar således mellan grupper vad gäller den *faktiska* rätten till en skälig levnadsnivå. SoL, som också återfinns på en mellanskalig nivå, har ett bredare omfång än LMA och anses i de allra flesta fall omfatta alla människor som befinner sig i Sverige. Enskilda kan exempelvis i enlighet med tidigare praxis ha rätt till akut nödbistånd med stöd av lagen även om de själva orsakat sin nöd.⁴⁹ Bistånd ska enligt uttalanden i förarbeten även ges i de fall det egentligen finns en annan huvudman, i väntan på att denne huvudman tar sitt ansvar.⁵⁰ Den uppenbara orsaken till denna ordning är att undvika nöd i befolkningen⁵¹ och i ett längre perspektiv säkerställa att de som bor och lever i Sverige har en skälig levnadsnivå.⁵² Detta gäller enligt HFD inte för dem som omfattas av LMA.

49 RÅ 1995 ref. 56; se även RÅ 2009 ref. 103 och RÅ 2004 ref. 130.

50 Vahlne Westerhäll a.a. a.s.; Prop. 1979/80:1, s. 144, 184.

51 Undvikande av nöd har en stark ställning i den svenska rättsordningen exempelvis genom att lagbrott i ett sådant syfte kan ge ansvarsfrihet, enligt brottsbalken (1962:700) (BrB) 24 kap. 4 §. Nöd föreligger, enligt bestämmelsen, när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse.

52 Prop. 1979/80:1.

Domstolens formella tolkning av den rättsliga symbolen ”skälig levnadsnivå” och av skrivningen i 1 § LMA, som innebär att de som omfattas av LMA inte har rätt till bistånd med stöd av SoL, har på ett betydande sätt förändrat innebörden av SoL som inte längre gäller alla människor som vistas i landet. Tolkningen har gjorts, trots att, att regeringen i förarbeten anfört att SoL:s nödhjälpsparagraf kan aktualiseras för den som saknar tillstånd att vara i landet.⁵³ Eftersom SoL saknar en sådan nödhjälpsparagraf (allt bistånd ges med stöd av SoL 4 kap. 1 §) har domstolen valt en mycket formalistisk tolkning när man bortser från syftet med lagstiftningen (orientering) och grundläggande principer om undvikande av nöd i den svenska rättsordningen.⁵⁴ SoL, som i normalfallet, beskrivs som en behovslag, fordrar numera en diskriminerande tillämpning. Innan en behovsbedömning görs måste det först klarläggas *vem* den sökande är. Om denne inte tillhör rätt kategori ska bistånd inte ges *även* om det föreligger ett nödbehov. Vissa grupper har således på mellanskalig nivå, med stöd av HFD:s dom inte rätt till vare sig en skälig levnadsnivå eller akut nödhjälp. Rättsliga symboler som på en lågskalig nivå har ett rikt innehåll har på mellanskalig nivå, i och med domen, tömts helt på innehåll för vissa grupper. De rättsliga och välfärdsstatliga symbolerna ”skälig levnadsnivå” och allas rätt till ”akut nödhjälp” är på mellanskalig nivå inte längre generell utan numera avhängig vilken personkrets den behövande anses tillhöra även i en akut situation. Socialarbetare, till vars profession det hör att göra *behovs*bedömningar, som förutsätter en kontextuell förståelse, förväntas numera med stöd av LMA och HFD:s avgörande vända bort blicken när de möter vissa vuxna och barn som lever i armod.

Såsom HFD:s dom får tolkas är det ostridigt att mamman och barnen saknar möjligheter att själva tillgodose sina behov och att de således lever *under* en skälig levnadsnivå och riskerar nöd. Men, eftersom domstolen i fallet väljer en helt igenom formalistisk tolkning av den rättsliga symbolen ”skälig levnadsnivå” och bortser från kontextuella förhållanden, aktualiseras överhuvudtaget inte mammans och barnens extremt högskaliga behov eller lågskaliga och universella rätt till en skälig levnadsnivå

53 Prop. 2015/16:146, s. 16.

54 Jfr 24 kap. 4 § BrB.

vari akut nödhjälp ingår. De snedvridningar/förskjutningar som uppstår här handlar inte om olika val av verklighetsavbildningar utan om val av skala som ger olika innehåll i rättsliga symboler men också om val av tolkning av rättsliga symboler. Val av skala och hantering av rättsliga symboler påverkar vilka sakomständigheter (rättsfakta) som uppfattas vara relevanta i ett fall vilket uppenbarligen möjliggör att domstolarna laborerar med alternativa fakta.

5.4 Sammanfattning

Sammantaget kan konstateras att HFD:s verklighetsavbildningar, formella tolkning av den rättsliga symbolen ”skälig levnadsnivå”, och begränsning av lagtillämpningen till en mellanskalig nivå, har betydande inverkan inte bara på mammans och barnens livssituation i det aktuella fallet utan på rättsbildningen generellt.

För det första kan med stöd av domen fastställas att lågskaliga rättsnivåer kan åsidosättas vid lagtillämpning med hänvisning till principen om ”jura novit curia” det vill säga att domstolen känner lagen och bestämmer vilka rättsregler som är tillämpliga. Med stöd av den aktuella domen kan en extremt högskalig frågeställning hänföras till, exempelvis, en mellanskalig nivå även i de fall en sådan tillämpning bortser från den ursprungliga frågeställningen. Genom att helt avskilja internationella överenskommelser, förevisar HFD att det är rättsligt korrekt att göra så i liknande fall. På detta vis tömmer också domstolen dessa konventions-texter på innehåll och betydelse för *alla* människor i liknande situationer. Skäl för domstolens agerande kan vara den konflikt som föreligger mellan lagstiftningen på låg- och mellanskalig nivå i den aktuella frågan. På en lågskalig nivå är mamman och barnen människor vilket berättigar dem en skälig levnadsnivå och akut nödhjälp, oavsett hur de betar sig (utan åtskillnad). På mellanskalig nivå tillhör de LMA:s personkrets och saknar därför, enligt domstolens bedömning, rätt till både en skälig levnadsnivå och akut hjälp med stöd av både LMA och SoL. De stora skillnaderna i rättens innehåll på låg- och mellanskalig nivå försvårar naturligtvis för HFD att komma fram till ett svar på den extremt högskaliga fråga mamman och barnen ställer till myndigheter och domstolar. Domstolens lösning på problemet med lagkonflikter mellan olika skalnivåer är, i detta

fall, att endast utgå från rätten på en mellanskalig nivå. En lösning som leder till att en mamma och tre barn, istället för det omgivande (rätts-) samhället, får ta konsekvenserna av brister i lagstiftningen. Implicit visar domstolen också att lagstiftningsbrister kan/bör hanteras genom att begränsa rättstillämpningen till en viss skalnivå.

För det andra kan, med stöd av domen, verklighetsavbildningar i direkt strid med lagstiftningens utformning tillåtas, bara ”den rätta lösningen” för att hantera det aktuella problemet, uppnås. En sådan instrumentalitet sker i det föreliggande avgörandet genom att incitamenten för att papperslösa ska lämna Sverige ställer det grundläggande syftet med SoL i skuggan. Även om det rättsliga subjektet ur ett lagstiftningsperspektiv är enskilda människor så finns det uppenbarligen inte något som hindrar att domstolen avbildar verkligheten på eget sätt och exempelvis behandlar enskilda som ett kollektiv (familj) eller med hjälp av vissa formella kategorier (personkrets, etc.). Domstolen kan på så vis skapa den verklighet den behöver för att komma fram till ett önskat beslut. En konsekvens av detta är att domstolens beslut när så önskas kan tillåtas föregå bedömningen. Om domstolen hade önskat komma fram till ett annat beslut finns det på mellanskalig nivå inte något som hindrar (tvärtom) att de sökande istället för att avbildas som en familj tillhörande en viss personkrets hade avbildats som individer. En sådan verklighetsavbildning hade exempelvis kunnat leda fram till en problematisering av det i domen implicita påståendet att barnen undandragit sig verkställighet av familjens utvisningsbeslut. Domstolen skulle vidare, med en sådan tolkning, kunna ifrågasätta i vilken utsträckning barn kan göras ansvariga för sådana beslut. Som det nu är framgår inte vare sig barnens ålder eller inställning i denna fråga.

För det tredje innebär HFD:s dom att domstolen genom val av skala kan ge rättsliga symboler som exempelvis ”skälig levnadsnivå” helt olika innehåll. Att det förhåller sig på detta sätt är dock ett problem som i viss utsträckning måste tillskrivas den lagstiftande nivån, inte domstolarna. Men, på högskalig nivå leder dessa rättsliga förhållanden, om de inte identifieras och hanteras av domstolarna, till ibland allvarliga och konkreta problem för enskilda människor av betydelse för lagtillämpningen på myndighetsnivå. Sådana förhållanden bör, enligt vår uppfattning, därför inte förbigås av en prejudicerande domstol.

För det fjärde handlar hanteringen av rättsliga symboler om ett val mellan att göra en formell och/eller kontextuell tolkning av olika rättsliga symbolers innehåll. Det kan härvidlag ifrågasättas om en behovslag som SoL endast kan hanteras formalistiskt utan hänsyn till kontext, på det sätt som HFD gör, eller om en strikt formalistisk tolkning, rentav, äventyrar hela lagens legitimitet?

För det femte innebär det faktum att domar, av förevarande slag, ges prejudicerande verkan att domstolarna via bland annat jura novit curia och specifika verklighetsavbildningar har, eller tar sig, rätten att utforma rättens innehåll på ett sätt som ibland på ett påfallande sätt ändrar innehållet i den skrivna lagen som om den demokratiska processen vore överflödigt. Som exempel kan nämnas den atomistiska utformningen (var och en) av både SoL och LMA som i domstolspraktiken omvandlas till kollektivistiska bedömningar (familj).⁵⁵ Domstolarna kan också, vilket sker i förevarande fall, välja att bortse från uttalanden i lagens förarbeten av avgörande betydelse för utgången i målet. Det är visserligen rättsligt och på annat sätt problematiskt att lagstiftaren uppenbarligen *tror* att SoL innefattar en särskild ”nödhelparagraf” skild från 4 kap. 1 § SoL, vilket inte är fallet. Men, lagstiftarens hänvisning till att det i ”socialtjänstlagen även finns en rätt till nödhjälp som kan aktualiseras för den som saknar tillstånd att vara i landet”⁵⁶ (orientering) innebär samtidigt ett uttryck för vad SoL, ur ett lagstiftarperspektiv, anses omfatta. Att bortse från detta förhållande är i sanning utövandet av ensidig makt med ibland långtgående konsekvenser för dem som (skulle kunna) omfattas av rätten. Den ojämlika maktfördelningen i (rätts-) samhället blir ur detta perspektiv slående.

55 För en utvecklad analys av ”atomistiska” alternativt ”kollektivistiska” bedömningar med stöd av SoL, se Kjellbom, Pia ”Ramar eller rättigheter? Om tolkningen av socialtjänstlagens biståndsbestämmelse vid risk för påtvingad avflyttning från bostad”, Retfaerd, nr 3 og 4, 2017, s. 117–131; Kjellbom och Alexius ”Vräkningar av barn. En studie av svenska barns rätt till trygga boendeförhållanden”. I: Ryberg Welander (red) Festskrift till Anna Hollander, 2012.

56 Prop. 2015/16:146, s. 15 f.

6. Diskussion: SoL och det yttersta ansvaret för en skälig levnadsstandard

Av redogörelsen för underinstansernas avgöranden framkommer att förvaltningsrätten tog sikte på mammans och barnens *faktiska* tillgång till bistånd enligt LMA och inte på lagens personkrets. Sakomständigheten att de enskilda rättighetsbärarna, vilka i vårt fall är tre barn och deras mamma, inte hade tillgång till sina rättigheter, beaktades av rätten vilken kom fram till att de sökande hade rätt till bistånd. Detta kan förstås som en, förvisso inte uttrycklig men dock, implicit manifestation av den internationella rättens funktion att säkerställa en *jämlig tillgång* till sociala rättigheter såsom mat för dagen, boende, och så vidare (se ovan om Europarådets sociala stadga). I kammarrätten skedde en förskjutning i rättens innehåll, *dels* via rättstillämpningen genom hänvisning till rättspraxis enligt vilken den som håller sig undan ett utvisningsbeslut inte har rätt till stöd enligt LMA, och *dels* genom att klaganden konstaterades omfattas av LMA. HFD gick som visats ovan på samma linje vars slutliga avgörande kan beskrivas som en inskränkning av innehållet i det svenska samhällets ”yttersta skyddsnet” (SoL) och en begränsning av vem eller vilka detta skyddsnet adresserar.

Det är tänkvärt att denna inskränkning sker i en välfärdsstat som blivit känd som en humanitär stormakt och i en tid när lagstiftaren under decennier stegvis har stärkt sociala rättigheter, även för människor som lever i ett papperslöst tillstånd. En förklaring till inskränkningarna av rättigheter kan, utöver återvändandepolitiken, förstås vara att villkoren för människors tillgång till sociala rättigheter under en längre tidsperiod har genomgått en åtstramning.⁵⁷ Som vi har visat kan domstolarna, medvetet eller omedvetet, bidra till en sådan utveckling i sina val av rättslig skalnivå, verklighetsavbildningar och tolkningen av olika rättsliga symboler.

De betydande skillnader som finns i rättens innehåll på olika skalnivåer gör vidare att den svenska staten visar upp ett Janus-ansikte, något även andra länder, med säkerhet gör. Det specifikt svenska är att självbilderna som en ”humanitär stormakt” på en lågskalig nivå i någon

57 Aasen, Henriette Sinding, Siri Gloppen, Anne-Mette Magnussen, och Even Nilssen, eds. *Juridification and Social Citizenship in the Welfare State*. Edward Elgar Publishing, 2014.

mån bevaras intakt utåt samtidigt som man inåt och på mellanskalig nivå stegvis inskränker olika rättigheter.⁵⁸ Utåt har den svenska staten genom internationella åtaganden godvilligt förpliktigt sig att utan åtskillnad säkerställa alla människors rätt till en skälig levnadsstandard. Inåt diskriminerar staten genom kategoriseringar i lagstiftning mellan olika personkretsar på ett sätt som tömmer den internationella människorätten på innehåll och legitimitet. För svenskt vidkommande kan vidare nämnas att regeringen varit pådrivande i MR-frågor internationellt och att Sverige intog en ledarroll vid framtagandet av en särskild konvention med fokus på barns rättigheter (barnkonventionen).⁵⁹ Utåt har den svenska staten, genom att ratificera barnkonventionen åtagit sig att utnyttja det yttersta av det svenska samhällets resurser, när det gäller barns ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (artikel 4). Inåt håller sig staten med en lagstiftning som, i detta fall, ställer tre barn helt utan skydd för sin överlevnad. Dessa barn riskerar inte bara att sakna tak över huvudet utan också svält. Det hela sker i enlighet med nationell rätt och svenska skattebetalare kan därför, med stöd av barnkonventionen, med fog, ställa sig frågande till hur staten och HFD, i detta fall, menar att det är ställt med Sveriges finanser (resurser)?

58 Barker, Vanessa, *Nordic Nationalism and the Penal Order. Walling the Welfare state.* Routledge, 2018; Lundberg, Anna och Jacob Lind. "Technologies of Displacement and Children's Right to Asylum in Sweden." *Hum Rights Rev* (2017) 18: 189.

59 Freeman, Michael (2000). 'The future of children's rights'. *Children & Society*, 14(4), 277-293.

