

Nordisk Socialrättslig Tidskrift

Särtryck ur NST 25–26.2020

**Diskriminering när barn
placeras i familjehem**

Av Tormod Otter Johansen

Diskriminering när barn placeras i familjehem

TORMOD OTTER JOHANSEN, jur. dr.

ABSTRACT

Children placed in family home care are vulnerable and exposed. A central question is who is responsible for children not being exposed to illegal discrimination during the different phases of placement. This is especially important considering the increased role for private actors inside care within the social welfare system. Private actors (consultants) are today involved in the investigation of the need for placement of children, supplying family homes to the social services, and as administrative and professional support to these homes when they take children into their care. The article investigates 1) the actors and their legal regulation in Swedish family home care, and 2) questions of responsibility in relation to the prohibition of discrimination in Chapter 2 Section 13 of the Swedish Discrimination Act. The study uses a combination of administrative law, private law, and discrimination law analysis. The results are that 1) there is a risk of gaps in the responsibility between public and private actors, 2) the private actors (consultants) that aids the social services during the investigation, placement, and execution of placement in family homes have a central role, but no formal responsibility for the prohibition against illegal discrimination. The area requires further studies, especially concerning the contracts between public and private actors. Reforms might also be necessary in order to adapt the current rules based on how the concrete activity of social childcare works in practice.

1. Inledning¹

Barn och unga som av socialtjänsten placeras utanför sina hem inom ramen för den sociala barnvården befinner sig i en utsatt situation. Trots att syftet är att barnet skall hamna i en bättre situation finns det alltid risker att barnet råkar illa ut. Både bristande omvårdnad och direkta kränkningar av den enskilde förekommer. Förutom att barnet har rättigheter enligt den socialrättsliga lagstiftningen och konstitutionellt förankrade individuella rättigheter finns också en särskild aspekt inom ramen för den svenska diskrimineringslagstiftningen.

Direkt eller indirekt diskriminering förekommer om någon behandlas sämre eller missgynnas och det har samband kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. Även bristande tillgänglighet på grund av missgynnande av en person med funktionsnedsättning, trakasserier och sexuella trakasserier ryms inom diskrimineringslagens definition av diskriminering i 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567, hädanefter DL).

Ett barn kan därmed diskrimineras på en mängd olika sätt inom den sociala barnvården. Både under den inledande utredningen, vid beslut om placering och inte minst under verkställandet av vården. Socialtjänstens personal kan i sitt bemötande, utredande och beslutsfattande diskriminera och de som tar emot barnet i sitt hem eller som arbetar på ett boende där barnet placeras kan diskriminera. Allt från formella beslut som rör hela placeringen ner till enstaka åtgärder eller handlingar mot den enskilde kan därmed vara diskriminerande. En mängd möjliga scenarion finns: att ett barn får eller inte får en placering som ett annat barn hade fått, sexuella trakasserier mot barnet, bristande tillgänglighet för ett barn med funktionsnedsättningar under placeringen, och så vidare. Viktigt från ett rättsligt perspektiv är då vem som står ansvarig för att förhindra att sådan diskriminering förekommer.

1 Denna artikel kommer ur arbetet med en rapport skriven på uppdrag av Diskrimineringsombudsmannen under våren 2019 som gjordes med utgångspunkt i den internt framtagna ”S 3 Rättsutredning om privata utförare och skyddet mot diskriminering”, Diarienummer LED 2017/555, 2018-08-22 (DO 2018).

1.1 *Bakgrund, syfte och metod*

Denna artikel har två syften: 1) att analysera aktörerna inom den sociala barnvården i Sverige, hur deras rättsliga ansvar är reglerat inom ramen för placeringsprocessen där barn placeras i familje-, jourhem, eller hem för vård eller boende (HVB). 2) Att utifrån föregående analys undersöka ansvarsfrågor inom den sociala barnvården när det gäller förbudet mot diskriminering enligt 2 kap. 13 § DL. Syftet är inte primärt att fastställa gällande rätt kring vem som har ansvar för att förhindra diskriminering. Istället är målet att i första hand se i vilka delar ansvaret är tydligt fördelat och i vilka det är mer oklart vem som är ansvarig. Utöver det kommer en diskussion om ändamålsenlighet och lämplighet i fråga om ansvarsfördelningen att föras. I särskilt fokus står familje- och jourhemmen och konsulentverksamheterna, där de senare är privat organiserade verksamheter som stödjer hemmen men också på olika sätt bistår socialnämnden i dess verksamhet.²

Eftersom DL inte är knuten till några särskilda typer av åtgärder, som exempelvis beslut eller myndighetsutövning, kan diskriminering förekomma i alla delar av en placeringsprocess. Det går att se olika delar av placeringsärendet där diskriminering skulle kunna förekomma i enlighet med DL:

- i samband med orosanmälan
- under utredning
- vid beslut om insats
- vid placering
- vid verkställighet
- i eftervården

Exempelvis kan en anmälan vara diskriminerande om den görs för att missgynna någon och den anmälände har ansvar att inte diskriminera, exempelvis skolpersonal enligt 2 kap. 5 § DL. Under utredningen kan både utredningsåtgärder och konstateranden missgynna enskilda, särskilt de barn och föräldrar som är föremål för utredningen. Vid beslut om insats kan själva bedömningen som leder till besluten vara grundad på

² Se mer i avsnitt 1.4 om de olika aktörerna inklusive konsulentverksamheterna. Mer om de senares roll återfinns i avsnitt 2.4.

eller i sig uttrycka missgynnande. Vid val av placeringshem kan missgynnande förekomma. Verkställigheten består i sig, likt utredningen men i än större omfattning, av en mängd åtgärder mot den enskilde som kan innebära diskriminering både från socialnämndens personal och från de fysiska personer som tar emot barnet i sitt hem. Även vid den eftervård som socialnämnden ansvarar för kan diskriminering förekomma. Utan att närmare beskriva olika hypotetiska exempel är min bedömning att de flesta åtgärder som görs inom ramen för placeringsärendet potentiellt kan vara diskriminerande.

Metoden i studien är huvudsakligen analys av rättskällor inklusive lagstiftning, förarbeten praxis, doktrin och även i viss mån uttalanden i allmänna råd och liknande dokument. För att få grepp om ansvarsfrågorna från ett diskrimineringsrättsligt perspektiv används både en förvaltningsrättslig analys (avsnitt 3) och en civilrättslig analys (avsnitt 4) av placeringsprocessen. Dessa utgår från de systematiska och begreppsliga logiker som förvaltningsrätten respektive civilrätten präglas av.

Studien drivs av den principiella utgångspunkten att det juridiska ansvaret, i det här fallet ansvaret att förhindra diskriminering, bör placeras hos den aktör som har övergripande rådighet och ansvar för själva verksamheten. Det är både lämpligt ur allmän rättvisesynpunkt och antas här ha bäst allmänpreventiv effekt, det vill säga leda till att de ansvariga aktörerna med rådighet i största möjliga mån anstränger sig att förebygga diskriminering. Principen att ansvar följer rådighet är utgångspunkten i DL, men i samspelet med övrig socialrättslig och annan reglering är det inte säkert att denna princip får fullt genomslag.

Ett resultat av utredningar inom den sociala barnvården kan vara att barn placeras i vård utanför sitt hem i enlighet med reglerna i 6 kap. socialtjänstlagen (2001:453, hädanefter SoL) eller enligt lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga (1990:52, hädanefter LVU). Beslutet att ett barn ska vårdas och det senare beslutet om var barnet ska placeras utgör båda myndighetsutövning.³ Därmed ligger ansvaret för dessa beslut och den eventuella diskriminering som besluten kan innebära hos socialnämnden.

3 För mer om begreppet myndighetsutövning se nedan avsnitt 4.2.

Medan det i många fall är tydligt vem som är ansvarig, exempelvis om den diskriminerande åtgärden är ett placeringsbeslut taget av socialnämnden eller om åtgärden utförs inom ett särskilt ungdomshem som drivs av den statliga myndigheten Statens institutionsstyrelse, finns andra fall då det är oklart var ansvaret ligger. Särskilt tydligt blir detta hos *jourhem* och *familjehem*, som utgörs av fysiska personer. Utgångspunkten här är att dessa är så kallade osjälvständiga uppdragstagare till kommunens socialnämnd. De är inte heller arbetsgivare och kan inte ådra sig ansvar för diskriminering på den grunden. Det är också så att många familjehem är nära kopplade till och understödda av så kallade *konsulentverksamheter*. Dessa privata aktörer är inte direkt ansvariga för beslut som innebär myndighetsutövning inom placeringsärendet. De fungerar dock som förmedlare av utredningstjänster till socialnämnden i många fall och framförallt har de rollen som förmedlare av och kontinuerlig stödfunktion till många av hemmen där barn och unga placeras.

Den övergripande kritiska frågan här är då var *ansvaret att förhindra diskriminering vilar vid varje tidpunkt i ett placeringsärende*. DL utgår från en skadeståndsrättslig logik vilket innebär att ansvaret följer den faktiska rådigheten. Centralt för att avgöra ansvarsfrågan blir då att se vem som har rådigheten över de olika åtgärder som ingår i ett placeringsärende. En ytterligare fråga är vad som kan få ansvaret att flytta, utöver uttrycklig författningsreglering. Kan exempelvis ett avtal mellan socialnämnden och ett familjehem eller jourhem överflytta ansvar?

1.2 Civilrätt/offentligrätt

Den sociala barnvården är ett materiellrättsligt område och en typ av verksamhet som illustrerar den generella komplexitet som präglar distinktionen civilrätt / offentligrätt. Detta ur flera perspektiv. Den sociala barnvården är som utgångspunkt ett offentligrättsligt ansvar som åvilar kommunernas socialnämnder. Men verkställandet av beslut inom vården åvilar sedan lång tid aktörer som inte är myndigheter utan privaträttsligt organiserade juridiska och inte minst fysiska personer. När en socialnämnd placerar ett barn hos exempelvis HVB-hem som drivs av ett bolag eller en stiftelse så ska den offentliga förvaltningsuppgiften verkställas av den privaträttsligt organiserade juridiska personen. När placeringen är

hos ett familjehem som inte har någon särskild organisationsform, utan helt enkelt utgörs av en enskild fysisk person, uppstår en annan typ av gränssnitt mellan det offentliga och det privata.

Oavsett så finns här interagerande regelverk som utgår från olika rättsliga logiker. När det gäller ansvaret för diskrimineringsförbudet kompliceras bilden ytterligare just av att ansvaret för diskrimineringsförbudets efterlevnad är ett offentligrättsligt ansvar. Samtidigt är ersättningen som kan utgå i diskrimineringsmål främst att kategorisera som civilrättslig. Det vill säga att skadeståndet som ersättningen utgör inte är något förvaltningsbeslut eller utgör någon straffrättslig påföljd.

Varken den sociala barnavården eller ansvaret för diskrimineringsförbudet går därmed att enkelt kategorisera som offentligrätt eller civilrätt. Detta är dock mindre uppseendeväckande än vad som först kan antas. Gränssnittsproblematik har sedan lång tid varit ett tema i den rättsvetenskapliga forskningen.⁴ Under senare tid har även uppmärksammas områden där vissa verksamheter går att kategorisera både förvaltningsrättsligt och avtalsrättsligt, bland annat inom infrastrukturområdet.⁵

Även inom verksamheter som delvis är överlappande och närliggande den sociala barnavården inom området välfärdstjänster, har framväxten av nya avtalsformer aktualiserat frågan.⁶ Idéburna offentliga partnerskap och andra former av överenskommelser mellan kommuner och privata aktörer problematiserar bilden av att vi har å ena sidan en offentlig sektor som ägnar sig åt vissa saker och å andra sidan en privat sektor som gör andra saker.

4 Marcusson *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet* (1989), Madell *Det allmänna som avtalspart: särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar* (1998).

5 Heidbrink "Offentlig rätt? Privat rätt? Eller både-och?" FT 2015, 551 och Hult "Mötet mellan civilrättslig avtalsfrihet och offentligrättslig tillsyn över avtalets innehåll på fjärrvärmemarknaden" i Madell et al i *Den nordiska välfärden och marknaden* (2015).

6 Swedrup "Regelverkets betongmur – några tankar om 'behovet' av ett mer 'flexibelt' regelverk" i Segnestam Larsson et al *Upphandlad: Forskarperspektiv på offentlig upphandling inom vård och omsorg* (2019).

1.3 *Generell gränsupplösning gällande välfärdstjänster*

Hem för placering av barn är ett exempel på att gränserna mellan offentlig och privat verksamhet sedan mycket länge varit delvis uppluckrad. Det har inte sedan den moderna statens framväxt funnits någon period då all social verksamhet organiserats och bedrivits enbart av offentliga institutioner.⁷ Samtidigt har 1900-talet sett en övergång från institutionsvård till mer decentraliserade och privata lösningar, där kommunen uppdrar åt enskilda fysiska och juridiska personer att ta hand om barn. Detta är i linje med en generell utveckling inom den offentliga sektorn. Det som ofta omtalats som ”privatisering” innefattar egentligen flera olika former. Tom Madell har sammanfattat det i kategorierna: avregleringar av monopol, överlämnande av förvaltningsuppgifter, och avtalsrättsliga eller marknadslösningar.⁸

Det är inte nödvändigtvis enkelt att avgöra ansvarsfrågor när en socialnämnd placerar ett barn hos ett kommunalt drivet HVB eller hos något av statens särskilda ungdomshem. Men det är trots allt enklare utifrån att det då är en kommunal offentlighetsreglerad myndighet som placerar ett barn i en annan offentlighetsreglerad verksamhet, kommunal eller statlig.

När socialnämnden placerar ett barn hos en privatperson eller hos ett privat företag eller annan organisation måste de offentlig- och civilrättsliga regelverken interagera. Placeringen är ett förvaltningsbeslut, samtidigt som själva verkställandet av beslutet kräver ett avtal med den person barnet ska placeras hos. Det offentlighetsreglerade ärendet leder därför fram till en civilrättslig verkställighet, samtidigt som även verkställigheten av placeringen är underkastad socialnämndens offentlighetsrättsliga ansvar.

1.4 *Aktörer*

Socialtjänsten är en komplex verksamhet med flera interagerande och parallella regelverk och som innefattar ett relativt stort antal aktörer. De

7 Strömberg Speciell förvaltningsrätt (2014), 149.

8 Hollander & Madell ”Socialtjänst på entreprenad – kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?” FT 2003, se också Swedrup 2019.

olika typerna av aktörer är många och antalet faktiska aktörer uppgår till flera tusen i landet.⁹

När det gäller diskrimineringsförbudet är det för vissa aktörer och den verksamhet de bedriver inte så problematiskt att avgöra var ansvaret ligger. Det gäller *socialnämnden* inom ramen för den handläggning socialnämndens egen personal ägnar sig åt och när socialnämnden beslutar om placering. Detsamma när ett särskilt ungdomshem som drivs av den statliga myndigheten Statens institutionsstyrelse tar emot ett barn för placering, eller när ett hem för vård av barn och unga (HVB) som inte drivs av Statens institutionsstyrelse tar emot ett barn. I socialnämndens kärnverksamhet – handläggning bedriven av nämndens tjänstepersoner och beslut som nämnden fattar – är det uppenbart att diskriminering är socialnämndens ansvar.¹⁰ Detsamma gäller verkställigheten av placeringen hos Statens institutionsstyrelse eller hos ett HVB, oavsett om det har en privat eller offentlig huvudman, då arbetsgivaren ansvarar för att diskriminering inte förekommer.¹¹ När det gäller socialnämndens egen verksamhet inom förvaltningen, HVB-hem som drivs professionellt och verksamheten i de särskilda ungdomshemmen hos Statens institutionsstyrelse framstår därför ansvarsfrågorna som relativt oproblematiska. I det följande kommer de därför inte särskilt beaktas.

Enskilda hem i vilka socialnämnden kan placera barn, är de hem som 1) tar emot barn för stadigvarande vård och fostran och som 2) inte bedriver denna verksamhet yrkesmässigt, så kallade *familjehem* enligt 3 kap. 2 § socialtjänstförordningen (2001:937).¹² De enskilda hemmens ställning gentemot socialnämnden är i utgångspunkten att de är osjälvständiga uppdragstagare (se diskussion nedan, avsnitt 6.2). Det har vissa

9 Exempelvis är antalet HVB-hem många hundra (2011 över 700 st. enligt Socialstyrelsen 2013, 98), varje kommun har minst en nämnd ansvarig för sociala frågor, till det kommer familjehem, jourhem, statliga särskilda ungdomshem och konsulentverksamheterna.

10 För beslut som ansvaras för enligt SoL och för åtgärder under handläggningen som arbetsgivare eller uppdragsgivare, se 5 kap. 2 § DL.

11 HVB som drivs av enskilda, det vill säga inte av landsting eller kommuner, kräver tillstånd, 7 kap. 1 § 1 st. 1 SoL.

12 ”Ett familjehem är ett enskilt hem som på uppdrag av socialnämnden tar emot barn för stadigvarande vård och fostran och vars verksamhet inte bedrivs yrkesmässigt.” Socialstyrelsen 2013, 73.

arbetsrättsliga och skatterättsliga effekter, som också diskuteras nedan. Sedan 2013 är socialnämnden skyldig att ingå avtal med familjehem som nämnden anlitar enligt 6 kap. 6 b § SoL. Det borde som utgångspunkt innebära att familjehemmen, eller närmare bestämt de enskilda personer som utgör det hem där barnet placeras, inte är självständigt ansvariga för förhindrande av diskriminering. Ansvaret skulle i så fall istället falla på uppdragsgivaren, analogt med ansvaret för arbetsgivare, i det här fallet socialnämnden.

Ett *jourhem* är till skillnad från ett familjehem inte anlitat för att ta hand om barn eller unga stadigvarande. Istället tar sådana hem emot barn vid upprepade tillfällen för tillfällig vård och fostran, enligt 6 kap. 6 § 3 st. SoL.¹³ För att dessa hem ska vara beredda att ta emot barn är de ofta kontrakterade direkt av kommunen och ibland förmedlade via konsulentverksamheter.¹⁴ Till skillnad från familjehem finns inget krav på socialnämnden att ingå avtal med jourhemmen.¹⁵

I särskilt fokus här är *konsulentverksamheterna*. Konsulentverksamheterna har flera roller. I utredningsfasen fungerar de ofta som förmedlare av personal som kan bistå socialtjänsten. Under placeringsfasen fungerar de även som förmedlare av familjehem. Dessutom ger de stöd till familjehem under verkställandet av vården. Konsulentverksamheterna som är i fokus här är de som har enskilda huvudmän och som ofta drivs i aktieföretagsform. Det finns även ett antal verksamheter som drivs i kommunal regi.¹⁶ Socialstyrelsen har angående detta konstaterat att verksamheterna benämns på många olika sätt, bland annat konsulentstödd familjehemsvård, förstärkt familjehemsvård, paraplyorganisationer, etc.¹⁷

13 Jourhemmen är en egen placeringsform, även om de bara definierats indirekt i SoL. Se SOU 2014:3, 115.

14 Socialstyrelsen 2013, 77.

15 Jämför 6 kap. 6 b § SoL och Socialstyrelsen 2013, 75f. Se vidare avsnitt 4.3.

16 För mer bakgrund om privata konsulentstödda verksamheter, se SOU 2014:3, kap. 8. Se också prop. 2016/17:59, 18.

17 Socialstyrelsen 2013, 81.

2. Inblandning och ansvar i tre faser av placeringsprocessen

Generellt finns ett ansvar för behandlingen av den unge vid en placering. När det gäller HVB har Elisabeth Eneroth delat in ansvaret under vad jag här kallar placeringsärendet i tre nivåer:

1. det övergripande vårdansvaret som ligger hos socialnämnden,
2. behandlingsansvaret i övergripande mening som tillkommer huvudmannen (en juridisk person, ofta ett aktiebolag) och
3. det omedelbara behandlingsansvaret som tillkommer ledningen eller föreståndaren på hemmet.¹⁸

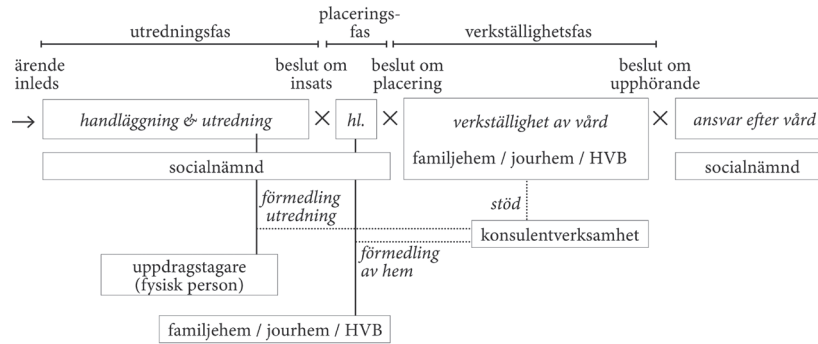
Dessa begrepp framstår som användbara också för att beskriva de olika nivåerna av ansvar vid placering i familje- och jourhem. Det är samtidigt rimligt att ansvarsfördelningen, både gällande behandling i allmänhet och det fall som här är i fokus, diskrimineringen, skiljer sig mellan HVB å ena sidan och familjehem och jourhem å den andra. De senare typerna av hem är inte självständiga i förhållande till socialnämnden. De är inte heller organiserade på samma sätt som HVB och har inte samma typ av krav gällande dokumentation, etc.

I detta avsnitt kommer tre faser av processen i vilken barn placeras i familjehem att analyseras rättsligt:

1. *Utredningsfasen*, under vilket det utreds om ett barn behöver placeras.
2. *Placeringsfasen*, under vilken det beslutas om en insats och det utreds i vilket hem en placering kan ske.
3. *Verkställighetsfasen*, under vilken barnet är placerat i ett hem och vården därmed verkställs.

Nedan återges en grafisk beskrivning av de olika inblandande aktörerna i processen och hur de är knutna till de olika delarna av processen. De tre faserna återfinns mellan ärendets inledande, beslutet om insats, beslutet om placering och beslut om upphörande.

¹⁸ Eneroth Unga på hem för vård eller boende: om rättssäkerhet, legitimitet och tillit vid beslut om ungas vård (2014), 79.



Figur 1: Placeringsprocessen innehåller tre primära faser (utrednings-, placerings-, och verkställighetsfas) samt ett ansvar efter vårdens upphörande. Figuren visar de inblandande aktörerna, verksamhetens karaktär är angivna i kursiv, och kryss (X) är placerade där förvaltningsbeslut fattas under processen. De heldragna linjerna handlar om direkt inblandning av ansvarskaraktär och de streckade linjerna om mer indirekt inblandning, som hjälp eller stöd.

Man kan också identifiera en fjärde fas, som gäller ansvaret för uppföljning *efter vården* och som åvilar socialnämnden (5 kap. 1 § SoL). Under denna fas är dock mig veterligen inga andra aktörer särskilt inblandade och den tas därför inte upp särskilt här.

Dessutom finns det ett generellt ansvar för socialnämnden att se till att hem finns tillgängliga (6 kap. 2 § SoL), och utredning av potentiella familjehem pågår därför utan direkt anknytning till ett särskilt placeringsärende.¹⁹ Jourhem som behöver kunna ta emot barn omedelbart i en akut situation ska vara utredda av socialnämnden på förhand.²⁰

Det är inte så att de tre huvudsakliga faserna med nödvändighet är skarpt avgränsade i tiden. Särskilt utredningsfasen som är inriktad på behovet av placering, och placeringsfasen då det utreds var barnet ska placeras, pågår troligen delvis överlappande. Från ett formellt perspektiv och i det stora hela är dock faserna möjliga att urskilja.

19 Se också 3 kap. 1 § SOSFS 2012:11 och diskussion i Socialstyrelsen 2013, s. 57.

20 Se Socialstyrelsen 2013, 77f.

2.1 Utredningsfasen

Som redan konstaterats ovan är utredningsarbetet socialnämndens ansvar. Utredning sker i minst två delar av placeringsprocessen: 1) när fråga är om ett barn behöver placeras och 2) när fråga är om var barnet ska placeras. I det senare fallet kan den delen av utredningen hänföras till nästa fas, *placeringsfasen*. Till detta kommer 3) att hem kan utredas innan en placering är aktuell, för att kunna vara tillgängligt eller kontrakteras som jourhem eller som familjehem i ett senare skede. Trots en sådan föregående utredning krävs dock i varje enskilt fall en utredning om hemmet är lämpligt att placera det enskilda barnet i.

Socialnämnden är ansvarig för utredningen av barnets behov av placering i familjehem eller jourhem i enlighet med 6 kap. 6 § SoL.

Konsulentverksamheterna fungerar även som förmedlare av fysiska uppdragstagare som kan bistå socialnämnden i utredningen av barnet och dess behov.

Innan ett barn kan placeras ska behovet och formerna för placeringen beskrivas och beslutas om i en *vårdplan*.²¹ Detta utgör på så sätt resultatet av utredningen om barnets behov och situation, och vad för typ av insats som krävs för att möta dessa behov. Här kan noteras att utgångspunkten i socialtjänstens verksamhet är att alla insatser så långt möjligt ska bygga på frivillighet och därmed samtycke från den enskilde, det vill säga barnet och dess föräldrar.²²

Vårdplanen beslutas om innan barnet kan placeras, men kompletteras sedan av en *genomförandeplan* som konkretiserar vårdplanen, i samband med placeringen.²³ Båda dessa planer kan revideras efter beslut om placering. Dessa ändringar har därmed betydelse även under verkställighetsfasen av placeringsärendet.

Vårdplan och genomförandeplan är inte obligatoriska vid placering i jourhem eller annat enskilt hem, men socialnämnden har möjlighet och bör vid behov ändå upprätta sådana.²⁴ Vårdplansbeslutet är därmed ett

21 11 kap. 3 § första stycket SoL, 5 kap. 1 a § första stycket SoF. Se beskrivning Socialstyrelsen 2013, 157ff.

22 Se Socialstyrelsen 2013, 135, 159 samt passim.

23 Socialstyrelsen 2013, 158, 187.

24 Socialstyrelsen 2013, 80.

beslut om att en insats ska genomföras, och innebär därmed att utredningsfasen avslutas och att placeringsfasen inleds.

2.2 Placeringsfasen

Placeringsfasen innehåller två beslut, där det första är ett beslut om att en insats ska genomföras för ett barn, det vill säga beslutet om en vårdplan som beskrivits i ovanstående avsnitt. Det andra är ett beslut om en konkret placering, vilket sedan avslutar placeringsfasen.

När det gäller fasen mellan beslutet om att en insats ska genomföras och beslutet om var barnet ska placeras krävs sökande efter ett hem och en *utredning* av hemmets lämplighet. Som konstaterats ovan har socialnämnden ansvar för att det finns tillgång på familjehem. Varje placering kräver dock en utredning om hemmet är lämpligt för det enskilda barnet och dess behov.²⁵ Många faktorer spelar in den bedömningen.

Ett särskilt fokus i den här artikeln är de fall då familjehem och jourhem *förmedlas* av konsulentverksamheter. Skillnaden mellan en direkt kontakt med ett hem och en kontakt med ett hem som förmedlas av en konsulentverksamhet är 1) själva förmedlingen men också 2) att konsulentverksamheten kan utreda hemmets lämplighet för sin del och 3) att planen är att hemmet ska få råd och stöd av konsulentverksamheten under verkställighetsfasen.

Konsulentverksamheterna är därmed i praktiken inblandade i utredningen av potentiella familjehem.²⁶ Denna egna utredning som konsulentverksamheten gör, som man kan kalla för ”förutredning”, verkar fungera som ett stöd till socialnämnden i dess arbete att hitta och utreda familjehem. Det framstår som en slags tjänst som konsulentverksamheten utför åt socialnämnden, med målet att senare få förmedla hem till nämnden för placering.

Beslutet att placera ett barn i ett hem utgör ett förvaltningsbeslut. Vid frivillig vård görs det med samtycke av vårdnadshavarna, annars med stöd av LVU. Sedan 2013 är socialnämnden också skyldiga att ingå ett

25 Socialstyrelsen 2013, 162ff.

26 SOU 2014:3, 207. Jämför aktuellt beskrivning på <https://www.socialstyrelsen.se/stod-i-arbetet/barn-och-unga/barn-och-unga-i-socialtjansten/placerade-barn-och-unga/familjehem/> (besökt 2020-06-04). Se också Socialstyrelsen 2017, 4f.

avtal med familjehem ”i samband med beslut om placering” enligt 6 kap. 6 b § SoL.

Här är det viktigt att notera att förvaltningsbeslutet om placering dokumenteras i en beslutshandling. Sedan upprättas också ett avtal mellan nämnd och familjehem, där under en särskild rubrik hänvisning till förvaltningsbeslutet antecknas. Gängse kategorisering av dessa två åtgärder ger att det är ett förvaltningsbeslut som sedan följs av det civilrättsliga avtalsslutandet. Jag återkommer till detta nedan i avsnitten 4 och 5.

2.3 Verkställighetsfasen

När ett barn väl är placerat på ett hem är det hemmet, det vill säga den eller de fysiska personer som är föräldrar i hemmet, som ansvarar för den dagliga vården av barnet, det Eneroth kallar det omedelbara behandlingsansvaret. Avtalet mellan nämnden och hemmet ger ytterligare detaljer.

Socialnämndens ansvar innehåller flera komponenter:

- erbjuda utbildning till de som anlitas (6 kap. 6 c § SoL)
- upprätta en genomförandeplan (11 kap. 3 § SoL)
- följa vården genom personliga besök, och ha enskilda samtal med barnet, de som tagit emot barnet och med vårdnadshavare (6 kap. 7 b § SoL)
- utse en särskild socialsekreterare som besöker och har kontakt med barnet (6 kap. 7 c §)
- medverka till god vård och fostran, verka för lämplig utbildning och hälso- och sjukvård och i övrigt lämna föräldrarna råd, stöd och annan hjälp (6 kap. 7 § SoL)

I övrigt följer också, eller i varje fall beskrivs mer i detalj, rättigheter och skyldigheter i avtalet som upprättas mellan nämnden och hemmet.²⁷

Konsulentverksamheten anlitas under verkställighetsfasen av socialnämnden för att ge stöd åt familjehemmet, det vill säga gör en del av de

²⁷ Socialstyrelsen 2017, 5f.

insatser som följer av uppräknningen ovan. Detta kan röra diverse olika saker som samtalsstöd, psykiatrisk eller psykologisk behandling, utbildning eller övriga former av stöd.²⁸ Den särskilda socialsekreterarens roll går inte att lämna över.

Socialstyrelsen anger också generellt att uppgifter som innebär myndighetsutövning inte kan ges till konsulentverksamheten som sådan utan att endast ”en viss namngiven person inom konsulentverksamheten” kan knytas ”till nämnden på ett sådant sätt att denne kan anses delta i dess verksamhet”.²⁹ Det är inte helt tydligt vad för typ av uppgifter som här åsyftas och huruvida konsulentverksamheten här är inblandad i utförandet av uppgifterna på något annat sätt än när de, som ovan i utredningsfasen, förmedlar kontakt med en fysisk person som socialnämnden knyter till sig.

2.4 Konsulentverksamhetens roll under de tre faserna

Det är här viktigt att försöka särskilja de olika roller som konsulentverksamheten har:

1. I utredningsfasen är det inte konsulentverksamheten som sådan som utreder barnets behov. Den uppgiften kan socialnämnden inte överlämna till ett privaträttsligt subjekt.³⁰ Dock kan konsulentverksamheten *förmedla kontakt med en fysisk person som anlitas av och fungerar som en osjälvständig uppdragstagare till socialnämnden*.³¹
2. I placeringsfasen kan konsulentverksamheten *förmedla ett hem, som de för egen del redan utrett*.
3. I verkställighetsfasen kan *konsulentverksamheten ge råd och stöd till hemmet enligt avtal med socialnämnden*.

Inte under någon av dessa tre faser är konsulentverksamheten med Eneroths begrepp övergripande vårdansvarig, övergripande behand-

²⁸ Socialstyrelsen 2017, 6.

²⁹ Socialstyrelsen 2017, 6f.

³⁰ Här har JO med stark kritik vänt sig mot överlämnandet av utredningen till privaträttsliga subjekt. Se JO 2001/02 s. 250; prop. 2006/07:129 s. 58f.

³¹ Socialstyrelsen 2013, 73.

lingsansvarig eller direkt behandlingsansvarig. Det högsta ansvaret i socialrättslig mening åvilar genom hela processen socialnämnden. Vi kan se hur ansvaret förflyttas men också delas i flera komponenter under placeringsprocessen:

1. I utredningsfasen övergår en del av vad vi kan kalla det direkta ansvaret för utredningen till den fysiska person som nämnden knyter till sig. Konsulentverksamheten har här inget särskilt ansvar förvaltningsrättsligt sett, utan fungerar endast som förmedlare.
2. I placeringsfasen är det socialnämnden som har ansvar och tar emot erbjudanden eller efterfrågar hem för placering, från konsulentverksamheten.
3. I verkställighetsfasen är det alltså socialnämnden som har vårdansvar, men det är hemmet som har direkt behandlingsansvar för vården, vilket förutom regleringen i författning och förordning också regleras i det avtal som upprättas. I avtalet mellan hem och nämnd är konsulentverksamheten inte part. Det är värt att notera att även det som Eneroth kallar övergripande behandlingsansvar får antas ligga hos socialnämnden. Ett annat sätt att uttrycka det är att någon sådan ansvarsnivå inte finns vid placering i familje- och jourhem, till skillnad från HVB.

Det behöver dock noteras att konsulentverksamhetens roll under verkställighetsfasen kan vara relativt omfattande genom att den enligt avtal med socialnämnden ska ge råd och stöd till hemmet. Det är inte enkelt att sammanfatta vad dessa råd och stöd kan innebära, men vad jag kunnat bedöma är hemmens bindning och potentiella lojalitet till konsulentverksamheten relativt stor.

Det bör betänkas att en konsulentverksamhet i vissa fall har rekryterat ett familjehem, utrett hemmets lämplighet, förmedlat en fysisk person till socialnämnden för utredning av barn och hem, samt kontinuerligt ger hemmet utbildning och stöd. I ljuset av det framstår det som att hemmet de facto kan vara påverkat i hög grad av konsulentverksamhetens åsikter, värderingar och praktiska beslut.

3. Förvaltningsrättslig analys av placeringsprocessen

3.1 *Handläggning, beslut, verkställighet*

Utöver att som ovan beskriva den specifikt socialrättsliga regleringen kan placeringsprocessen också analyseras utifrån de allmänna förvaltningsrättsliga begreppen och kategorierna. Det vill säga att beskriva de olika momenten innan, under och som resultatet av ett förvaltningsärende inom placeringsprocessen.

Beslutet att placera ett barn tas av socialnämnden och utgör som sådant myndighetsutövning. Detta oavsett om det är en frivillig placering som ges med samtycke enligt SoL eller en tvångsplacering enligt LVU.

Först tas ett beslut om att ge en insats (det vill säga att ett barn ska placeras), sedan ett beslut om verkställigheten, det vill säga själva placeringen. Dessa kan också sammanfalla i ett beslut när det är fråga om frivillig placering (enligt 4 kap. 1 § SoL).

3.2 *Faktisk verksamhet och myndighetsutövning*

Verksamhet inom socialtjänsten består i stor utsträckning av faktisk verksamhet. I förarbeten har det beskrivits exemplifierande:

Med verksamhet förstås inte enbart handläggning av ett ärende utan även rent faktisk verksamhet, som t.ex. handlingar och uppgifter i övrigt som gäller uppsökande verksamhet, social hemhjälp, vård och behandling vid behandlingshem, servicehus och annan social service som lämnas av socialnämnden. Även tillsyn, uppföljning, utvärdering, kvalitetssäkring och administration av sådan verksamhet omfattas. (Prop. 2007/08:95 s. 523)

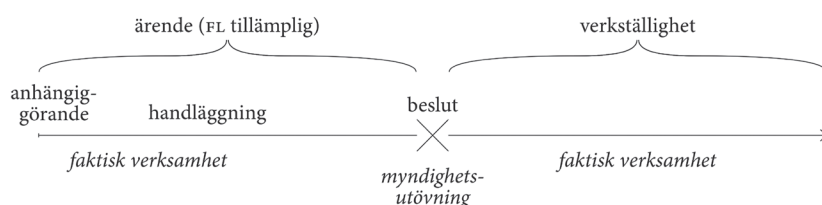
Myndighetsutövning får bara utföras av socialnämnden.³² Men det betyder inte att det måste vara en kommunalanställd person som utför arbetsuppgifterna. Kommunen kan, som vi sett ovan, anlita fysiska personer som uppdragstagare för att utföra uppgifter som innefattar myndighetsutövning. Så som JO betraktar utredningen är hela hand-

³² För diskussion med särskilt fokus på socialtjänsten, se Eneroth 2014, 60f.

läggningen myndighetsutövning i och med att beslutet att placera ett barn utgör myndighetsutövning.³³

Detta synsätt är dock inte självklart. I doktrinen har handläggningen av ärenden också betraktats som faktisk verksamhet och myndighetsutövningen begränsats till att gälla beslut.³⁴ Särskilt gäller det det slutliga beslutet, men också beslut under handläggningen som är allvarliga eller ingripande.³⁵

Detta sätt att förstå processen i ett förvaltningsärende illustreras i nedanstående bild:



Det går inte att generellt avgöra vilket betraktningssätt som är det riktiga. Det vill säga: det finns inget givet eller entydigt svar i doktrinen, giltigt för alla typer av partsärenden, kring hur man ska klassificera vad som utgör myndighetsutövning. Snarare fungerar myndighetsutövningen som ett funktionellt begrepp, och vilket synsätt man anlägger är och bör vara avhängigt vilken typ av rättsligt problem man försöker lösa och vilka värden som avvägs mellan och prioriteras.

Som jag tolkar JO:s utlåtande från 2001³⁶, så anläggs där ett slags försiktighetsprincip där hela ärendet om placering av barn anses såpass

33 JO 2001/02:JO 1, s. 260. Detta är i linje med Wennergrens idé om ett ”myndighetsutövningsärende”. Wennergren, *Offentlig förvaltning i arbete* (2008), 48. Leviner har också diskuterat förhandsbedömningen innan en utredning inletts och huruvida den kan utgöra myndighetsutövning, se Leviner *Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete* (2011), 193. Se också Johansen *Förvaltning som verksamhet: bidrag till offentligrättens allmänna läror* (2019), 209f.

34 Jämför här särskilt Strömberg *Allmän förvaltningsrätt* (2014), 20. För diskussion se Hollander & Madell 2003, 35ff.

35 För närmare diskussion, se Johansen 2019, 253ff.

36 Se också diskussion i prop. 2006/07:129, 58.

allvarligt och innefatta sådana intrång och potentiella intrång i den enskildes rättssfär att det är bättre att betrakta mer som myndighetsutövning än mindre. Med andra ord: eftersom JO vinnlägger sig om att här skydda den enskilde så blir det värdefullt att se hela processen som myndighetsutövning, med följden att relativt strikta restriktioner uppkommer kring hur processen kan gå till. Exempelvis leder det fram till just att JO inte anser att privata rättssubjekt kan överta utredningsuppgifter under handläggningen, med mindre än att de är fysiska personer och fungerar som osjälvständiga uppdragstagare. Om JO inte ansett att situationen krävt sådana hänsyn, eller om det rört en annan typ av ärendehandläggning, hade JO kunnat anlägga perspektivet som bara betraktar själva besluten som myndighetsutövning.

Det finns alltså flera olika möjligheter att begreppsligt fånga in och beskriva ärendet och dess olika moment. Det betyder inte att den ena eller andra lösningen är rätt, utan tvärtom just att flera möjligheter är möjliga. Vilket som är den ”rätta” går inte att avgöra utifrån enbart regeltekniska hänsyn, utan kräver en juridisk avvägning som innefattar inte minst värderingar och proportionalitetsbedömningar utifrån grundläggande principer.

3.3 Överlämnande av förvaltningsuppgifter

En generell förvaltningsrättslig fråga är huruvida placeringen av ett barn i ett familje- eller jourhem innebär ett överlämnande av en förvaltningsuppgift.³⁷ Eneroth diskuterar huruvida placeringen i ett HVB innebär ett överlämnande av en förvaltningsuppgift. I motsats till bland annat Ann-Charlotte Landelius anser hon det möjligt att se ett HVB i enskild regi som mottagare enligt bestämmelsen.³⁸ Överlämnandet sker vid avtal om placering, det vill säga köp av vård, som också kräver ensidiga åtgärder från socialnämnden. Överlämnandet omfattar en del av den kommu-

37 Generellt kan här hänvisas till diskussionen i anslutning till regeln i RF om överlämnande av förvaltningsuppgifter till enskilda, nuvarande 12 kap. 4 § 2 st. RF. Se Marcusson 1989, Ragnemalm ”Regeringsformen 11:6: Överlämnande av förvaltningsuppgift till enskilt subjekt” FT 1976, 105. Det är ingen tvekan om att det går att överlämna förvaltningsuppgifter till enskilda, men det avgör inte frågan om det är det som sker när ett familje- eller jourhem tar emot ett barn.

38 Eneroth 2014, 77–78.

nala kärnverksamheten och enligt Eneroth rör det sig därför inte om att HVB-hemmet är ”helt separat från den kommunala förvaltningen”. Istället sker överlämnandet som ”en central del av den specialreglerade kommunala verksamheten”.³⁹

När det gäller familje- och jourhem är de dock inte självständiga från socialnämnden. Huvudmannskapet kvarstår hos socialnämnden och därmed är det inte tydligt så att förvaltningsuppgiften överlämnats till de fysiska personer som utgör hemmet.⁴⁰ Samtidigt får kommunen genom avtal låta ”enskild person . . . utföra kommunens uppgifter inom socialtjänsten” så länge det inte rör sig om myndighetsutövning (2 kap. 5 § SoL).

Min bedömning är ändå att det inte har avgörande betydelse för denna studie att avgöra om en förvaltningsuppgift överlämnats eller inte. Snarare bidrar oklarheten i denna fråga till vad jag konstaterar i slutsatserna om att ansvarsfrågorna är oklara.

3.4 Dokumentation, partsinsyn och tillsyn

En fråga som ligger nära de formella ansvarsfrågorna är hur regleringen kring dokumentation ser ut inom de olika placeringsformerna. Dokumentationen är betydelsefull eftersom den i praktiken är viktigt för att säkerställa både möjligheten att motverka diskriminering genom den enskildes partsinsyn och tillsynsmyndigheternas möjlighet att kontrollera verksamheten.

Generellt ska handläggningen av placeringsärenden dokumenteras (11 kap. 5 § SoL). När det gäller verkställigheten av placeringen är kraven på dokumentation högre hos HVB än hos familjehem och jourhem.⁴¹ Som DO påpekat utgör de varierande dokumentationsskyldigheterna en svårighet både för DO:s möjligheter att bedriva tillsyn och för den enskilde som vill driva ett ärende om påstådd diskriminering.⁴² Jag återkommer till dokumentationsfrågan i slutsatsavsnittet.

³⁹ Eneroth 2014, 79.

⁴⁰ Se prop. 2016/17:59, 14.

⁴¹ DO 2018, 11.

⁴² DO 2018, 19.

4. Civilrättslig analys av placeringsprocessen

Ovanstående avsnitt har huvudsakligen fokuserat på det förvaltningsrättsliga perspektivet på placeringsärendet. Detta är som jag redan påpekat lämpligt med tanke på att ansvaret för den sociala barnvården är placerat hos det allmänna, där kommunen har det övergripande ansvaret och den centrala regleringen är tydligt offentligrättslig. Samtidigt finns som vi också sett viktiga aspekter av civil- eller privaträttslig natur i och knutna till placeringsärendena.

Det är därför lämpligt att försöka analysera placeringsärendet också utifrån civilrättsliga kategorier. I fokus står först avtalsrättsliga aspekter kring avtalen mellan nämnd och hem, nämnd och konsulentverksamhet och dito mellan hem och konsulentverksamhet. Sedan behöver också de arbetsrättsliga, eller kanske lämpligare ”uppdragsrättsliga”, aspekterna både i utrednings- och verkställighetsfasen uppmärksammas.

4.1 *Avtal*

Trots att det normala är att ett skriftligt avtal upprättas mellan socialnämnden/kommunen och familjehem eller jourhem där ett barn placeras, kan det inte förutsättas att så alltid görs. Frågan är då hur situationen att barnet eller den unge ändå placeras där ska klassificeras, och det reser en rad frågor:

- Ska ett formlost avtal ändå antas gälla?
- Agerar hemmet som uppdragstagare till socialnämnden?
- Om hemmet är ett familjehem, och därmed utgörs av en eller två fysiska personer, är de då arbetstagare till socialnämnden?
- Har socialnämnden därmed överlämnat en förvaltningsuppgift till hemmet i och med avtalet och/eller placeringen?

Detta har i sin tur bäring på avtalsformen och dess förutsättningar att reglera ansvar för diskrimineringsförbudets efterlevnad generellt. Sveriges kommuner och regioner (SKR) förhandlar fram ramavtal för

placering vid familjehem, konsulentstödda familjehem⁴³ och HVB⁴⁴. Vad jag kunnat se i ramavtalen från SKR berörs inte frågan om ansvarsfördelning gällande diskrimineringsförbudet uttryckligen. Det utesluter inte att frågan implicit regleras, men det ger en indikation om att frågan om överflyttande av ansvar enligt DL inte uttryckligen berörts eller berörs i avtalsrelationen mellan kommunernas socialnämnder och familjehem. Som jag nämnt ovan är en fråga hur placeringar som görs i jourhem utan skriftliga avtal ska klassificeras. Enligt Socialstyrelsen är jourhem ofta kontrakterade av kommunen för ett visst antal platser.⁴⁵

När det gäller placering i ett kontrakterat jourhem upprättas som regel inget avtal inför varje placering. Istället finns ofta ett generellt avtal mellan kommunen och familjehemmet där hemmets respektive socialnämndens åtaganden vid en jourhemsplacering framgår. Om kommunen anlitar ett jourhem som är kontrakterat av en annan kommun kan socialnämnden teckna ett så kallat tjänsteköpsavtal med den andra kommunen. (Socialstyrelsen 2013, 169)

Det är inte heller otänkbart att en placering i ett familjehem, i varje fall inledningsvis, sker utan skriftligt avtal, trots att lagkrav på sådant finns. I linje med det som diskuterats ovan kvarstår ändå frågan om hur varje placering i så fall ska karakteriseras. Från ett förvaltningsrättsligt perspektiv är placeringen ett förvaltningsbeslut i ett partsärende. Men vad är det från ett avtals- eller civilrättsligt perspektiv? Det är i sig inget konstigt att ett uppdrag kan avtalas om muntligen eller formlöst.⁴⁶ Om ett sådant uppdrag om placering från socialnämnden till ett jourhem görs helt formlöst, med eller utan bakomliggande skriftligt avtal om att hålla platser tillgängliga, finns dock troligen lite tolkningsdata som stödjer att något ansvar för diskriminering flyttats över från nämnden till de fysiska uppdragstagarna.

43 <https://www.skilkommentus.se/upphandling-och-ramavtal/vara-ramavtal-och-upphandlingar/ramavtal-och-avtalskategorier/sociala-tjanster/konsulentstodd-familjehemsvard/> (besökt 2020-06-04).

44 <https://www.skilkommentus.se/upphandling-och-ramavtal/vara-ramavtal-och-upphandlingar/ramavtal-och-avtalskategorier/sociala-tjanster/hvb-barn-och-unga-2017/> (besökt 2020-06-04).

45 Socialstyrelsen 2013, s. 77.

46 Jämför 1 kap. 1 § 3 st. avtalslagen.

4.2 *Osjälvständiga uppdragstagare i utredningsfasen*

JO konstaterade i ett avgörande år 2001 att socialnämnden och privata rättssubjekt inte kunde förfoga över centrala regler som gäller vid handläggning av ärenden genom ett civilrättsligt avtal.⁴⁷ JO konstaterade i samma ärende att förvaltningsuppgiften inte kunde delas upp i olika delar och att det inte fanns utrymme att överlämna vissa delar av handläggningen till privata rättssubjekt med mindre än lagstöd.

Beredningen av och beslutet i ärendet måste i princip anses utgöra oskiljaktiga delar av en och samma förvaltningsuppgift. Om ärendet (förvaltningsuppgiften) innefattar myndighetsutövning hos socialnämnden kan nämnden enligt 11 kap. 6 § tredje stycket RF inte överlämna handläggningen av det till ett privaträttsligt subjekt om det inte finns stöd härför i lag. När det gäller socialtjänsten finns inte något sådant lagstöd. Det är därför inte möjligt för socialnämnden att till t.ex. ett bolag överlämna en uppgift att utföra utredningar enligt 50 § SoL. (JO 2001/02, s. 262–3)

JO ger här uttryck för en tydlig idé om att ett ärende som innefattar myndighetsutövning i sin helhet är myndighetsutövning och landar därför i slutsatsen att uppgiften inte kan överlämnas.⁴⁸ Vidare konstaterar JO att inte heller i ärenden som inte innefattar myndighetsutövning finns det några sådana möjligheter. Dock konstaterar JO att det bör finnas förutsättningar för socialnämnden att, utöver utredningsarbete som de egna anställda kan utföra, också använda sig av fysiska personer som så kallade ”beroende eller osjälvständiga uppdragstagare”. I vissa fall, enligt de remissyttranden som JO inhämtade i ärendet, verkar bolag ha fungerat som uppdragstagare, eller i varje fall ha ställt någon av sina anställda till förfogande till socialnämnden. JO lämnar ett visst utrymme för att betrakta även dessa personer som osjälvständiga uppdragstagare, som därmed fungerat som befattningshavare vid nämndens förvaltning. Följden av denna tolkning blir att lagstöd kan finnas för att använda sig

⁴⁷ JO 2001/02, s. 262–3.

⁴⁸ JO diskuterar också de problematiska effekterna av hanteringen av allmänna handlingar, dokumentation, sekretess, partsinsyn, tjänstefelansvar, med mera, som uppkommer om utredningen läggs på entreprenad. Se särskilt 262.

av sådana utredare.⁴⁹ Frågan har även tagits upp av JO i ett beslut från 2006.⁵⁰

Det är inte nödvändigtvis så att det civilrättsliga ansvaret för diskrimineringsförbudet styrs av begränsningen att förvaltningsuppgiften i placeringsärendet inte går att överföra på ett privat subjekt. Det verkar dock rimligt att så länge förvaltningsuppgiften inte överlämnats och det ansvaret för utredningen alltså åvilar socialnämnden så kvarstår också hela ansvaret att förhindra diskriminering under denna fas hos nämnden. Detta framstår som rimligt också i ljuset av att de fysiska personer som socialnämnden knyter till sig är just osjälvständiga uppdragstagare.

4.3 Uppdragstagare under verkställighetsfasen

Med anledning av sekretessfrågor påpekar Socialstyrelsen att andra krav på sekretess kan krävas av sådana jourhem eller familjehem som är kontrakterade att ha platser till förfogande för nämnden. Anledningen är att dessa anses ”ha en närmare knytning till socialnämnden än ett vanligt familjehem”.⁵¹ Huruvida detta resonemang har någon bäring på ställningen för ansvar för diskrimineringsförbudet när det gäller kontinuerligt kontrakterade hem jämfört med tillfälligt kontrakterade hem är inte givet.

Arbetsdomstolen fann i en dom från 1982 att en fosterförälder (det som idag kallas familjehemsförälder) inte kunde anses vara arbetstagare. Eftersom fosterföräldraskapet så långt möjligt ska jämföras med det biologiska föräldraskapet tedde det sig ”helt främmande” för domstolen att betrakta fosterföräldern som arbetstagare.

När det gäller den typ av traditionellt fosterhem som [NN] måste sägas representera rör det sig om en kärnfamilj som tar emot ytterligare ett barn inom familjens ram och det ter sig helt främmande att betrakta ett sådant åtagande såsom en arbetstagaruppgift. (AD 1982 nr 123, s. 988–989)

49 JO 2001, 269. En vidare fråga som JO berör är gränsdragningen mot att inhämta expertutlåtanden, där inga liknande hinder som vid utredningsarbete föreligger. Se s. 270.

50 JO dnr 5080-2004, 4.

51 Socialstyrelsen 2013, 178.

Det kan noteras att kommunen i sin talan jämställt ställningen som ”traditionell fosterförälder” med ”innehavare av offentliga och privata förtroendeuppdrag, såsom t.ex. god man eller övervakare, vilka betraktas som uppdragstagare”.⁵² Domstolen tog dock inte upp frågan om distinktionen mellan uppdragstagare och arbetstagare i sin dom.

I ett senare fall från Arbetsdomstolen (AD 1985 nr 57) lyftes just frågan om skillnaden mellan arbetstagare och uppdragstagare. Fallet gällde fyra familjehemsföräldrar som vårdade intellektuellt funktionsnedsatta barn i sitt hem. Även begreppet jämställda uppdragstagare i 1 § 2 st. medbestämmandelagen (1976:580) diskuterades. Den som har ”en ställning av väsentligen samma slag som en anställd” ska enligt denna regel anses som arbetstagare enligt medbestämmandelagen. Men Arbetsdomstolen ifrågasatte om den regeln hade någon relevans eftersom arbetstagarbegreppet fått ett alltmer vidsträckt tillämpningsområde. Domstolen landade i detta fall, med en relativt fyllig argumentation, men också med direkt referens till sitt eget avgörande från 1982, i att åtagandet som familjehemsförälder ”till sin art helt skiljer sig från ett sedvanligt arbetstagarförhållande” och de kunde varken anses som arbetstagare eller jämställda uppdragstagare.⁵³ Två skiljaktiga ansåg att de talande, genom sitt åtagande som familjehemsförälder, var att betrakta som arbetstagare.

Frågan blir då om uppdragstagarna under verkställighetsfasen, de fysiska personer som utgör familje- eller jourhem, avtalsvägen kan ta över något ansvar för diskrimineringsförbudet? I linje med resonemanget som JO fört om osjälvständiga uppdragstagare under utredningsfasen (se föregående avsnitt) har jag svårt att se hur det skulle finnas andra förutsättningar att föra över ett sådant ansvar i det här fallet. Här är återigen skillnaden mot statliga institutioner och privata hem för vård och boende belysande. Hos dessa vilar ansvaret på huvudmännen genom deras ansvar som arbetsgivare.

När det gäller familje- och jourhemmen är socialnämnden det organ som fyller motsvarande arbetsledande funktion. Också med tanke på förbudet att ändra rättigheter och skyldigheter enligt 1 kap. 3 § DL, ser

⁵² AD 1985 nr 57, 990.

⁵³ AD 1985 nr 57, 347.

jag små möjligheter för att flytta över ansvar angående diskriminering från socialnämnden till familje- och jourhemmen. Detta ligger också i just deras osjälvständiga ställning enlighet med diskussionen i praxis från Arbetsdomstolen ovan.

4.4 Förvaltningsrättsliga avtal

Som jag nämnt inledningsvis finns en successivt växande doktrin rörande förvaltningsrättsliga avtal. Det vore i princip möjligt att diskutera avtalet mellan nämnd och hem som ett sådant förvaltningsrättsligt avtal, med tanke på den delvisa sammanblandningen av offentligrättslig och privaträttslig reglering och logik. Dock är kärnan i den senaste doktrinen om förvaltningsrättsliga avtal att den tar sikte på de fall då parterna som utgörs av myndighet och enskild part antingen 1) kommer överens genom ett avtal eller 2) om förhandlingen inte leder till ett avtal, att myndigheten sonika fattar ett förvaltningsbeslut med motsvarande innehåll.⁵⁴

När det gäller placeringen i ett hem kan inte avtalet mellan nämnd och hem ersättas av ett förvaltningsbeslut, eftersom socialnämnden helt enkelt inte besitter några sådana befogenheter att tvinga enskilda att ta emot barn.⁵⁵

5. Diskrimineringsrättslig analys av placeringsprocessen

När det gäller den diskrimineringsrättsliga analysen av ansvaret under placeringsprocessen, är det i vissa delar tydligt och i andra delar mindre tydligt var ansvaret placeras. Det är inte heller uppenbart att placeringen av det formella ansvaret enligt den gällande regleringen är lämpligt placerat. Jag återkommer med mina reflektioner över detta i slutsatsavsnittet.

54 Se Heidbrink 2013, 2014, 2015. Se diskussion i Johansen 2019, avsnitt 3.1.5.

55 Förutom att det framstår som olämpligt att placera barn hos privatpersoner som inte vill ta hand om dem, skulle det stå helt i strid med SoL:s grundläggande värden och systematik, där frivillighet är en central del. Se Socialstyrelsen 2013, 39.

5.1 Mer om ansvarsfördelning

JO:s påpekande i det ovan refererade fallet från 2001 om att socialnämnden och privata rättssubjekt inte förfogar över alla delar av ansvaret och reglerna kring placeringsärendet, bör analogt kunna föras över på ansvaret för att diskrimineringsförbudet efterlevs och den tvingande regeln i 1 kap. 3 § DL.

En fråga av liknande typ som ansvarsöverlämnande genom avtal är den om nämnden kan överlämna beslutet om vilket familjehem som ett barn ska placeras i till någon annan. Här är svaret tydligt nej, vilket framgår bland annat av JO 2004/05, 261.⁵⁶ Det är dock inte självklart att överlämnandet av ett beslut om vilket hem som ett barn ska placeras i är av samma art som ansvaret för att förhindra diskriminering.

Här kan noteras att ansvarsfrågor har något olika karaktär inom olika delar av regleringen som rör myndighetsutövningen. Förvaltningslagen (2017:900) rör främst (förutom reglerna om service, etc.) beslut och sådana beslut som innebär myndighetsutövning. Skadeståndslagen (1972:207) stadgar i 3 kap. 2 § dock ansvar även ”vid myndighetsutövning”. Som påpekats ovan är ansvaret för att förhindra diskriminering inte bara aktuellt vid myndighetsutövning eller ens bara inom ärendehandläggningen, utan inom all verksamhet, det vill säga även den faktiska verksamheten.

Det problematiska med ansvaret för efterlevnad av diskrimineringsförbudet är att det inte handlar om någon myndighetsutövning, utan tvärtom ansvaret för att vissa åtgärder inte görs mot den enskilde. Ansvaret som sådant utgör inte myndighetsutövning. Inte heller är i utgångspunkten handlingar som diskriminerar myndighetsutövning, utan snarare faktisk verksamhet. Det är dock inte otänkbart att handlingar som diskriminerar den enskilde kan vara såpass allvarliga att de i sig kan sägas utgöra myndighetsutövning.

⁵⁶ En socialnämnd kan inte överlämna till annan nämnd att avgöra var ett barn som vårdas enligt LVU skall vistas under vårdtiden (Dnr 304-2002) – se särskilt s. 265. Se också Socialstyrelsen 2013, s. 82.

5.2 *Instruktion att diskriminera*

Det ska här poängteras att inte bara handlingen som är diskriminerande mot en enskild är förbjuden. Även den som ger order eller instruktioner åt någon i lydnads- eller beroendeförhållande kan vara ansvarig för diskrimineringen enligt 1 kap. 4 § 6 p DL. Denna bestämmelse har enligt förarbetena ett brett tillämpningsområde.⁵⁷

Det kan tänkas att de konsulentstödda hemmen kunde anses stå i ett sådant uppdrags- eller beroendeförhållande till konsulentverksamheten att den senare skulle kunna vara ansvarig för diskriminering som uppdrag. De familje- och jourhem som har avtal med konsulentverksamheter verkar inte stå i något lydnadsförhållande eller sådant beroendeförhållande som följer av exempelvis ett anställningsavtal. Det kan dock vara så att de blir instruerade att vidta en eller annan diskriminerande åtgärd inom ramen för sitt avtal med konsulentverksamheten. I förarbetena exemplifieras bestämmelsen med att ett företag instruerar Arbetsförmedlingen att inte hänvisa arbetssökande med viss hudfärg till arbetsgivaren. Här står inte Arbetsförmedlingen i något lydnads- eller beroendeförhållande, men agerar ändå eller uppmanas agera inom ramen för det uppdrag arbetsgivaren lämnar till Arbetsförmedlingen.⁵⁸

Det är inte så svårt att föreställa sig liknande diskriminerande instruktioner som en konsulentverksamhet kan lämna till det hem som ges råd och stöd inom ramen för avtal med hemmet och med socialnämnden. I så fall kan både instruktionen i sig (om den efterlevs och fullbordas) och en eventuell åtgärd som hemmet i så fall vidtar vara diskriminerande.

5.3 *Konsulentstött hem som företrädare för konsulentverksamheten*

Ett tänkbart diskrimineringsscenario är att en enskild blir diskriminerad inom ramen för en verksamhet eller en åtgärd i en verksamhet som hemmet bedriver med stöd av eller inom ett avtal med en konsulentverksamhet, men utan att det som ovan handlar om någon särskild diskriminerande instruktion från konsulentverksamheten. Då är en fråga om hemmet kan anses vara en sådan företrädare för en som tillhandahåll-

⁵⁷ Prop. 2007/08:95, 494f, DO 2018, 12.

⁵⁸ Prop. 2007/08:95, 495.

ler en tjänst som avses i 2 kap. 12 § 2 st. DL? Exempelvis kan barnet, eller dess föräldrar, erbjudas en frivillig fritidsaktivitet mot ersättning i eller i anslutning till hemmet. Men vem ska hemmet i så fall anses företräda?

Här går att jämföra med ett fall där en regional kollektivtrafikmyndighet ansågs tillhandahålla en tjänst trots att ett privat rättssubjekt faktiskt utfört tjänsten.⁵⁹ Jämförelsen är lämplig med tanke på möjligheten att familje- eller jourhemmet kan anses vara företrädare antingen åt konsulentverksamheten *eller* socialnämnden. Det är ju som uppmärksammats ovan en risk att det blir svårt att särskilja åtgärder som hemmet vidtar eller gör i relation till den enskilde på grundval av sitt uppdrag från socialnämnden å ena sidan och med grund i sitt avtal med konsulentverksamheten å den andra.⁶⁰

Även erbjudanden om tjänster, eller andra åtgärder, som förvisso görs på uppmaning av eller inspirerade av råd från konsulentverksamheten kan ju samtidigt också förstås som en del av placeringen och uppdraget från socialnämnden. Jag vill hävda att detta framstår som det mest rimliga perspektivet, särskilt ur den enskildes perspektiv. Hur ska ett barn placerat i ett hem kunna särskilja mellan de åtgärder som flödar ur socialnämndens uppdrag till hemmet och de som har sitt ursprung i konsulentverksamhetens råd och stöd? Detta särskilt i ljuset av att även de råd och stöd som konsulentverksamheten lämnar till hemmet i förlängningen görs på uppdrag av socialnämnden, som ju avtalat med konsulentverksamheten om just detta.

6. Slutsatser

6.1 Dokumentation för tillsyn och partsinsyn

Den enskildes möjlighet att hävda sin rätt är avhängigt tillgången till rättsmedel, men också i vilken utsträckning det finns dokumentation av åtgärder, oavsett om de i sig utgör myndighetsutövning och beslut eller är en del av den faktiska verksamheten. Särskilt med tanke på att diskriminering som sagt kan förekomma både innan, under och vid verk-

⁵⁹ NJA 2017 s. 1065.

⁶⁰ DO 2018, särskilt 18.

ställighet av ett ärende, det vill säga under faktisk verksamhet och inte bara vid beslut i partsärenden (då naturligt nog oftast, eller det i varje fall finns krav på att, processen ska dokumenteras). Att kräva högre krav på dokumentation är ju en direkt börda för de i flera fall fysiska uppdragstagarna. Orealistiska dokumentationskrav kommer inte förbättra varken partsinsynen eller tillsynen. Om det grundläggande ansvaret för att efterleva förbudet ska ligga kvar hos socialnämnden, måste dock nämnden, likt tillsynsmyndigheterna, också ha någon praktisk möjlighet att bedriva tillsyn och kontroll.

Som berörts ovan är det allmänt önskvärt att dokumentation finns att tillgå, särskilt i så pass allvarlig och för den enskilde inkräktande verksamhet som placering enligt SoL eller LVU. Det är tydligt att relativt fyllig dokumentation produceras i utrednings- och placeringsfaserna. Jag har inte kunnat avgöra hur dokumentationen i praktiken ser ut under verkställighetsfasen, även om allt tyder på att det också här skiljer sig mycket mellan HVB/särskilda ungdomshem å ena sidan och familje- och jourhem å den andra. Hur mycket av den praktiska handledningen av hemmet som ligger hos socialtjänsten och hur mycket som ligger hos konsulentverksamheten bör i praktiken ha betydelse för hur dokumentationen ser ut. Skillnader i dokumentation som uppkommer bara beroende på olika praktiska upplägg är spontant inte så tillfredställande. Här skulle behövas närmare studier av hur det fungerar i praktiken.

En möjlig väg att gå skulle vara att socialnämnden uppdrar åt konsulentverksamheterna att stödja och tillse att god dokumentation av verkställighetsfasen produceras. I vilken grad detta redan görs idag har jag inte kunnat avgöra, och lämpligheten i en sådan ordning, samt om den ryms inom ramen för nuvarande lagstiftning eller om nya regler krävs, behöver också ytterligare utredas.

6.2 *Ständigt närvarande men aldrig ansvariga*

Konsulentverksamheterna är som ovan konstaterats i många fall inblandade i så gott som alla delar av placeringsärendena.⁶¹ De är dock aldrig slutgiltigt ansvariga för själva kärnfunktionen eller verksamheten i ären-

⁶¹ Se relativt utförlig diskussion under rubriken ”Oklar roll- och ansvarsfördelning” i SOU 2014:3, 212ff.

det. Det är problematiskt utifrån principen att ansvar bör följa rådighet, vilket redan nämnts är utgångspunkten för DL och den principiella utgångspunkt jag har anammat i den här studien. Att det slutliga ansvaret alltid vilar på socialnämnden råder inte bot på denna brist, just eftersom ansvaret då är skiljt från den faktiska rådigheten. Vi kan se hur konsulentverksamheterna är tätt involverade men aldrig egentligen ansvariga:

- Under utredningsfasen förmedlar de fysiska personer som agerar som osjälvständiga uppdragstagare. Socialnämnden har slutligt ansvar för utredningen.
- Under placeringsfasen förmedlar de hem och bidrar med sin ”förutredning” om hemmet. Socialnämnden har slutligt ansvar för beslut om vilket hem som ska anlitas och upprättar direkt avtal med detta hem om placeringen.
- Under verkställighetsfasen är konsulentverksamheten inte den faktiska utföraren eller tydligt ansvarig som principal för verksamheten som placeringen består i. De är endast tillgängliga som stöd för hemmet. Här är istället socialnämnden ”högst ansvarig” för placeringen och hemmet ”direkt ansvarigt” för verksamheten.

Dessa olika roller är inte heller sinsemellan helt särskilda och konsulentverksamheterna framstår som kontinuerligt närvarande och medverkande under hela placeringsärendet i de fall då hemmet förmedlas via konsulentverksamheten. De har alltså i stor utsträckning rådighet i placeringsprocessens olika delar.

Det framstår generellt som osäkert om denna ansvarighetsstruktur är lämplig med tanke på den centrala roll för placeringsärendena som konsulentverksamheterna de facto har. När det gäller diskrimineringsansvaret vill jag dock mena att det framstår som olämpligt att konsulentverksamheten inte i någon fas är utpekad som ansvarig för diskrimineringsförbudets efterlevnad. Risken att konsulentverksamheterna i de olika faserna av ett placeringsärende har rådighet och de facto leder en del av familje- och jourhemmens verksamhet, samtidigt som de senare är relativt osjälvständiga, talar för att även konsulentverksamheten borde stå som ansvariga för diskrimineringsförbudet på ett liknande sätt som arbetsgivare gör för sina arbetstagare.

Det enda fallet där konsulentverksamheten tydligt har ett ansvar är om de erbjuder exempelvis terapi, färdighetsträning eller liknande direkt till placerade och på så sätt har ansvar som arbetsgivare för sina anställdas agerande. Men det rör sig i ett sådant fall om verksamhet utanför själva placeringsärendet och verkställandet av detta.

En konkret diskriminerande åtgärd kan förvisso ha sin rent kausala orsak i en instruktion från socialnämnden, från ett självständigt agerande av den vårdande enskilda personen i hemmet, eller från någon del av de råd och stöd som konsulentverksamheten ger till hemmet. Det är knappast i varje enskilt fall möjligt att avgöra vem som är den faktiska orsaken till att någon diskriminerats, särskilt med tanke på att diskriminering inte sällan kan orsakas av systematiska brister eller samverkande faktorer bland de olika aktörerna som finns kring de placerade barnen.

Diskrimineringslagstiftningen är inte heller generellt sett utformad för att finna en enskild ansvarig fysisk person, utan fördelar ansvaret på olika sätt inom olika typer av verksamheter med syftet att ge den enskilde effektiva rättsmedel och att fungera allmänpreventivt. I ljuset av detta framstår det som lämpligt att närmare utreda hur konsulentverksamheternas ansvar skulle kunna regleras rättsligt. En sådan utredning skulle lämpligen behöva titta närmare på diskrimineringslagens interaktion med övriga aktörer inom den sociala barnvården och hur fördelningen av formellt ansvar kan fördelas utifrån hur den faktiska rådigheten över verksamhetens innehåll ser ut.

6.3 Risk för luckor

Det finns risk för luckor i ansvarsfördelningen och mer tydlighet vore önskvärt. Det vill säga, det går såklart att rättsligt argumentera för att ansvaret ligger på den ena eller andra aktören inom placeringsärendet. Oftast skulle det när det gäller placering i familje- och jourhem då troligen falla tillbaka på socialnämnden. Det är inte givet att domstolen i det enskilda fallet skulle göra den bedömningen. Med tanke på just osäkerheten, vore det betydligt säkrare och mer förutsägbart om lagstiftaren tydligt uttalade sig.

Det finns som vi såg inledningsvis, och som också beskrivits och visats ovan, en gråzon eller risk för en gråzon mellan de tjänster som erbjuds

hemmet från konsulentverksamheten på uppdrag av socialtjänsten och inom den övriga verksamhet eller det avtal hemmet har direkt med konsulentverksamheten.

Som vi också sett finns både en möjlig argumentationslinje, men långt ifrån ett klart rättsläge, om att konsulentverksamheten kan ge uppdrag att diskriminera (1 kap. 4 § 6 p DL) och en liknande om att hemmet kan anses som företrädare för konsulentverksamheten (2 kap. 12 § DL). Om hemmet företräder konsulentverksamheten när hemmet erbjuder tjänster till enskilda kan konsulentverksamheten stå ansvarigt. Problemet är att det inte enkelt går att avgöra om en viss åtgärd eller verksamhet är ett sådant tillhandahållande av tjänst eller är en del av socialtjänstens verksamhet. Både för den enskilde och från allmänna synpunkter är det tveksamt om det går att skilja ut varje enskild åtgärd på det sättet. Det riskerar att leda till luckor och/eller godtyckliga skillnader mellan olika fall beroende på bakomliggande organisatoriska och avtalsmässiga aspekter. Det är inte tillfredställande utifrån behovet att skydda den enskilde mot diskriminering.

6.4 Behov av närmare studier av avtalsförhållanden

Det skulle vara mycket värdefullt om närmare studier gjordes av hur de avtal som upprättats mellan konsulentverksamheter och kommuner faktiskt ser ut. Detta skulle kräva mer empiriskt arbete. Inom ramen för den här undersökningen har jag inte kunnat undersöka hur avtalen ser ut i någon större omfattning. Trots att det inom SKR utarbetas ramavtal är det inte säkert att dessa uttömmande beskriver avtalsrelationerna mellan socialnämnd och enskilda uppdragstagare. Särskilt inte med tanke på hur många kommuner och utförare som finns i landet.

Mig veterligen regleras inte diskrimineringsansvaret uttryckligen i avtal. Det är inte heller säkert att en sådan uttrycklig reglering skulle stå sig, med tanke på att parterna kanske inte förfogar över dessa ansvar. Om det dock skulle visa sig att ansvarsfrågor som rör eller har bäring på diskriminering faktiskt regleras, vore det särskilt problematiskt med tanke på det osäkra rättsläget. Risken finns att enskilda och socialnämnden tror sig besitta mer eller mindre ansvar för diskrimineringsförbudet än de faktiskt har. Detta särskilt i ljuset av generalklausulen i 1 kap. 3 § DL

där både rättigheter och skyldigheter som inskränks enligt avtal är utan verkan.

6.5 *Sammanfattning*

Sammantaget vore det lämpligt att fördjupa kunskapen om hur placeringsärenden i praktiken går till. Inte minst när det gäller de civilrättsliga aspekterna som interagerar med de offentligrättsliga, gällande framförallt avtal. Att också titta närmare på hur konsulentverksamheterna de facto har rådighet över och är inblandade i placeringsärendets olika faser vore mycket värdefullt.

Det är viktigt att tänka på att den sociala barnvården är en verksamhet som inte bara flödar ur lagstiftningens regler och ändamål, utan också är en verksamhet med många icke-juridiska hänsyn. Socionomer och andra professionella måste ges förutsättningar att ta hand om barn och unga utifrån sin kompetens och beprövade erfarenhet. Regelverket – offentlig-, civil- och diskrimineringsrättsligt – bör därför utformas så att det kan stötta denna verksamhet och dess övergripande syften. Samtidigt är juridikens roll att också slå vakt om skyddsintressena, särskilt när enskilda står i en särskild och utsatt relation till det allmänna.

Undersökningen tyder på att det finns risker för att diskrimineringslagstiftningen inte får fullt genomslag inom den sociala barnvården. Det framstår för mig som att det finns behov av utredning om eventuell ny lagstiftning för att utveckla regelverket. En sådan utredning skulle dock kräva mer omfattande empiriska studier, inte minst för att kunna anpassa regelverket till den praktiska verksamheten och dess förutsättningar idag.

SOCIALRÄTT I HÖGSTA INSTANS

