

ATT KUNNA ”LEVA SOM ANDRA”? KRITISKA FUNKTIONSHINDERRÄTTSLIGA SLUTSATSER UTIFRÅN HFD:S RÄTTSTILLÄMPNING AVSEENDE MÅL OM PERSONLIG ASSISTANS ENLIGT LSS*

av *Andreas Pettersson*

Lektor i juridik med inriktning mot offentlig rätt vid Institutionen för samhällsvetenskaper, Södertörns högskola

1. Syfte och teoretisk utgångspunkt

Spelar lagstiftningen någon roll? Är den normativa rättskällevärdet där författningstexterna väger tyngst och lagstiftarens uttalanden i förarbetena tillmäts stor betydelse fortfarande den teoretiska grunden för svensk socialrätt? Är det möjligt och meningsfullt för en enskild att kunna förvänta sig ett rättssäkert förfarande och en rättssäker överprövning av förvaltningens beslut i mål om personlig assistans enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS)? Detta är de underliggande frågorna i denna artikel där utgångspunkten är en funktionshinderrättslig teori för att bedöma hur det lagfästa målet och rättsprincipen om att kunna leva som andra tillämpas i rättspraxis i mål om personlig assistans enligt LSS. Som empiriskt underlag används rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) med särskild tonvikt på HFD 2015 ref. 46 och HFD 2019 ref. 56. De olika rättsfallen är valda för att rättsfrågorna har direkt bäring på hur den enskilde med funktionsnedsättning ska kunna leva som andra. Det är dessutom mål som av de rättstillämpande myndigheterna har uppfattats som vägledande prejudikat av stor vikt.¹ Urvalet ska däremot inte ses som att dessa rättsfall är de enda vägledande fall där att kunna leva som andra blir centralt i tillämpning och tolkning, utan ska ses som representativa rättsfall för principiellt viktiga mål om att kunna leva som andra. Avsikten med denna artikel är inte på något sätt att avge rättsfallsreferat.²

* Artikeln har *peer review*-granskats.

¹ Se bland annat Försäkringskassan 2015, *Domsnytt 2015:020* och *Domsnytt 2015:041*, Försäkringskassan 2017, *Assistansersättning. Inflöde, utflöde och konsekvenser av förändrad rättspraxis, Socialförsäkringsrapport 2017:14* s. 27 ff., Försäkringskassan 2019, *Remissyttrande 2019-12-02 med dnr 12263-2019*, Försäkringskassan 2020, *Svar på regeringsuppdrag 2020-05-25 med dnr 001381-2020*.

² För en diskussion om flera rättsfall om insatsen biträde av personlig assistans och vad som ses som grundläggande behov för personlig assistans enligt LSS, däribland HFD 2015 ref. 46 och

Inledningsvis ska först nämnas något om den rättsliga regleringen. Lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) trädde i kraft fullt ut den 1 april 1995.³ Lagens syfte och målsättningar är utförligt beskrivna i 5–7 §§. Av 5 § framgår dels att verksamheten enligt LSS ska främja jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet för de personer som omfattas av lagen, dels att målet ska vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra. Lagens 6 § innehåller övergripande mål för insatserna enligt lagen och stadgar bland annat att dessa ska vara grundade på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet samt att den enskilde i största möjliga utsträckning ska ges inflytande och medbestämmande över insatserna. Under rubriken Rätten till insatser stadgar den 7 § att de personer som omfattas av lagen har rätt till insatser i form av särskilt stöd och särskild service enligt 9 § 1–9 p. om de behöver sådan hjälp i sin livsföring och om deras behov inte tillgodoses på annat sätt. Paragrafen innehåller vidare för socialrätten ovanligt tydliga målbestämmelser, nämligen att den enskilde ska genom insatserna tillförsäkras goda levnadsvillkor, att insatserna ska vara varaktiga och samordnade samt att de ska anpassas till mottagarens individuella behov och utformas så att de är lätt tillgängliga för de personer som behöver dem och stärker deras förmåga att leva ett självständigt liv. Själva insatserna finns angivna i 9 § där 2 p. ger rätt till biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäligen kostnader för sådan assistans. I juli 1996 trädde en delvis utökad lagreglering i kraft och 9 a § infördes.⁴ Den nya 9 a § LSS definierade insatsen personlig assistans enligt 9 § 2 p. som ett personligt utformat stöd som ges av ett begränsat antal personer åt den som på grund av stora och varaktiga funktionshinder behöver hjälp med vissa grundläggande behov som angavs i lagtexten. Regeln har därefter förändrats upprepade gånger och bland annat har det tillkommit ytterligare definitioner av grundläggande behov. Av 2 § LSS framgår att det är kommunen som ansvarar för personlig assistans men i 51 kap. socialförsäkringsbalken (2010:110) finns kompletterande regler om statlig assistansersättning till enskilda som behöver personlig assistans i genomsnitt mer än 20 timmar i veckan för sådana grundläggande behov som avses i 9 a § LSS.⁵

HFD 2019 ref. 56, se Therése Fridström Montoya, Grundläggande hjälpbehov som krav för rätt till personlig assistans, i Hans Eklund m.fl. (red.), *Vänbok till Sverker Scheutz – Om rätt och att undervisa rätt*, s. 191 ff.

³ Prop. 1992/93:159, bet. SoU 1992/93:SoU19, rskr. 1992/93:321.

⁴ Prop. 1995/96:146, bet. SoU 1995/96:SoU15, rskr. 1995/96:262.

⁵ LSS har varit föremål för flera rättsvetenskapliga analyser, se till exempel Anna Hollander, *Rättighetslag i teori & praxis*, 1995, Håkan Gustafsson, *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättsäkerhet*, 2002 och Therese Bäckman, *Gynnande beslutsnegativa rätts-*

Denna artikel tar helt sin utgångspunkt i den rättsvetenskapliga funktionshinderrättsliga teori som *Lotta Vahlne Westerhäll* har utvecklat.⁶ Den funktionshinderrättsliga teorin beskrivs ingående av Vahlne Westerhäll som bland annat påpekar att man bör skilja mellan rättens yttre och inre system, där det inre systemet utgörs av normativa synpunkter som rättfärdigar tillämpningen som sker i det yttre systemet, som även kan beskrivas som den gällande rätten.⁷ Myndigheternas och domstolarnas tillämpning av det yttre systemet, den gällande rätten, ska kunna rättfärdigas av rättens inre system, de rättsvetenskapliga teorierna. En konsekvens blir att om det brister i möjligheterna att rättfärdiga rättstillämpningen är det ett tecken på att det brister antingen i rättsäkerhet eller i själva teoribildningen. Var eventuella brister finns – i tillämpningen/rättsäkerheten eller i teoribildningen – avgörs av rättskällorna. Om teorin är i god överensstämmelse med rättskällorna kan eventuella brister härledas till rättstillämpningen. Om istället rättstillämpningen är i bättre överensstämmelse med källorna brister det istället sannolikt i de rättsvetenskapliga teorierna. I denna artikel är det därför centralt att värdera HFD:s rättstillämpning mot rättskällorna för att den vägen kunna visa på om det finns brister i rättsäkerheten.

Den funktionshinderrättsliga utgångspunkten i denna artikel är central eftersom den anger både den övergripande förutsättningen för rättstillämpningen och samtidigt påverkar den juridiska metoden som styr tolkningen av regelverket. Den funktionshinderrättsliga teorin är förankrad i en klassisk rättsvetenskaplig tradition där stor vikt läggs vid den normativa rättskällevärdet och rättskällornas inbördes rangordning.⁸ *Aleksander Peczenik* anger som några av rättsdogmatikens och den allmänna rättslärans grundläggande problemområden bland annat generell och systematisk beskrivning av olika slags rättskällor och juridiska argument, att undersöka rättskällors legitimitet, auktoritet och vikt i juridisk argumentation, att utvärdera olika juridiska argument, och att analysera juridiska grundbegrepp, m.m.⁹ Detta beskriver även huvuddragen i den funktionshinderrättsliga teorin i denna artikel, där fokus ligger på den juridiska argumentationen och rättskällornas tillämpning

kraft och rättsäkerhet för människor med funktionsnedsättning inom rättsområdena SoL och LSS, 2013.

⁶ Se Lotta Vahlne Westerhäll, *Funktionshinderrätt för barn – att leva som andra utifrån barnets bästa*, 2018 samt även År tillfällig föräldrapenning en funktionshinderrättslig förmån, FT 2019 s. 223–243.

⁷ Lotta Vahlne Westerhäll, *Funktionshinderrätt för barn – att leva som andra utifrån barnets bästa*, 2018, s. 16.

⁸ Se till exempel Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995 och Claes Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, 2009.

⁹ Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 254.

och legitimitet i de två rättsfallen.¹⁰ Analysen i denna artikel är strukturerad utifrån dels hur HFD använder rättskällor i målen, dels hur HFD tillämpar rekvisitet att kunna ”leva som andra”. Utifrån analysen av materialet kommer funktionshinderrättsliga slutsatser att kunna dras om rättstillämpningen i mål om personlig assistans enligt LSS.

Vahlne Westerhäll menar att funktionshinderrättsliga teorier är användbara på det hon kallar funktionshinderrättens område som beskrivs som ett konglomerat av skiftande regler om bland annat förmåner, bistånd, vård och service, samt olika kriterier för att komma i åtnjutande av dessa. Begreppet funktionshinderrättslig tar utgångspunkten i den juridiska regleringen kring skador, sjukdomar och funktionsnedsättningar som till följd av brister och otillgänglighet i samhället i sin tur leder till funktionshinder för enskilda. Fokus ligger på samhällets och det allmännas ansvar och inte på den enskilda individens skada, medicinska tillstånd eller funktionsnedsättning.¹¹ Såväl funktionshinderrättens utgångspunkt som dess tillämpningsområde är grundade i Sveriges internationella åtaganden och i riksdagens beslut och lagstiftning.¹² De teoretiska ansatserna i den vetenskapliga analysen av funktionshinderrätten varierar, men har alla en gemensam nämnare i betoningen av grundläggande allmänna principer för mänskliga rättigheter.¹³

I ett offentlighetsligt sammanhang, med sitt fokus på relationerna mellan det allmänna och de enskilda, är det möjligt att se ”leva som andra” som ett teoretiskt utflöde av principen om likhet inför lagen.¹⁴ Den principen finns kodifierad i 1 kap. 9 § regeringsformen vad avser domstolarna, förvaltningsmyndigheterna och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter.

Under de internationella åtagandena och regeringsformens överordnade stadgande om likhet inför lagen är principen om att kunna ”leva som andra” också lagfäst i 5 § LSS där det uttryckligen stadgas att målet för insatserna

¹⁰ Se även närmare Lotta Vahlne Westerhäll, År tillfällig föräldrapenning en funktionshinderrättslig förmån, FT 2019 nr 2, s. 223–244.

¹¹ Lotta Vahlne Westerhäll, År tillfällig föräldrapenning en funktionshinderrättslig förmån, FT 2019 s. 223. Se även Richard Sahlin, *Delaktighet och jämlikhet för personer med funktionsnedsättning inom arbete – Frågan om huvudmannans ansvar*, 2017.

¹² Se FNs konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, FNs konvention om barnets rättigheter, särskilt artikel 23, lagen (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter, den reviderade europeiska sociala stadgan, särskilt artikel 15, prop. 2016/17:188 Nationellt mål och inriktning för funktionshindropolitiken, bet. 2017/18:SoU5, rskr. 2017/18:86.

¹³ Se till exempel Richard Sahlin, *Merkostnader för försäkrade genom vårdbidrag eller handikappersättning: frågan om Försäkringskassans uppdrag och ansvar*, 2012 och Andreas Pettersson, *Out and About in the Welfare State – The Right to Transport in Everyday Life for People with Disabilities in Swedish, Danish and Norwegian Law*, 2015.

¹⁴ Se närmare Lotta Vahlne Westerhäll, *Funktionshinderrätt för barn – att leva som andra utifrån barnets bästa*, 2018, s. 17 f.

ska vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra. Av regeln och dess specialmotivering framgår att verksamheten enligt LSS ska syfta till att de enskilda som omfattas av lagen uppnår jämlikhet i levnadsvillkor och full delaktighet i samhällslivet, och att detta avser att ge uttryck för de bärande principerna i svensk funktionshinderpolitik.¹⁵ En uttalad målsättning för rätten till biträde av personlig assistans är att personen med funktionsnedsättning ska ha stor frihet att själv bestämma när och hur assistansen ges och kunna bestämma över sin livssituation.¹⁶

Det lagstadgade målet om att kunna leva som andra bör också i sig tolkas i enlighet med Sveriges internationella åtaganden, och då med särskilt tonvikt på de åtaganden Sverige har ingått efter det att målet lagfästes. Artikel 19 i i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning garanterar människor med funktionsnedsättningar rätten att leva självständigt och att kunna delta i samhället med lika valmöjligheter som andra personer, samt att det allmänna ska vidta effektiva och ändamålsenliga åtgärder för att underlätta att personer med funktionsnedsättning fullt åtnjuter denna rätt. Artikel 19 garanterar vidare, i syfte att tillförsäkra just självständighet och lika valmöjligheter, att personer med funktionsnedsättning ska ha tillgång till olika former av samhällsservice både i hemmet och inom särskilt boende och till annan service, bland annat sådant personligt stöd som är nödvändigt för att stödja boende och deltagande i samhället och för att förhindra isolering och avskildhet från samhället.

FN:s kommitté för rättigheter för personer med funktionsnedsättning har riktat kritik mot Sverige för att tillämpningen av reglerna om personlig assistans har brustit i anpassning och följsamhet till kraven i konventionen och kommittén har specifikt uttalat oro över rapporter om att rekvisiten i LSS inte tillämpas på ett konventionskonformt sätt.¹⁷

Av de nationella målen för funktionshinderpolitiken framgår att tillhandahållandet av individuella stöd och lösningar ska ses som en prioriterad inriktning för genomförandet av funktionshinderspolitiken. Regeringen nämner i detta sammanhang särskilt personlig assistans, att syftet är att säkerställa oberoende, självbestämmande och självständighet hos individen och möjliggöra delaktighet i samhället, vikten av hög kvalitet och hög rättssäkerhet, samt att dessa insatser, till exempel den personliga assistansen, ska präglas av hög grad av självbestämmande för individen samt att individen har möjlighet att

¹⁵ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, s. 171.

¹⁶ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, s. 64 och 174.

¹⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding Observations on the Initial Report of Sweden CRPD/C/SWE/CO/1, 2014.

vara delaktig i utformning och beslut kring assistansen.¹⁸ Detta innebär att de nationella målen för funktionshinderpolitiken, såvitt angår den personliga assistansen enligt LSS, ligger väl i linje med Sveriges internationella åtaganden, grundlagens krav på likhet inför lagen, saklighet och opartiskhet samt med de lagfästa målen om att den enskilde ska kunna leva som andra.

Sammantaget är den funktionshinderrättsliga principen att kunna leva som andra alltså normativt kraftfullt förankrad i internationell rätt, i grundlagen, i lagstiftningen och i förvaltningens egna målbeskrivningar. Rättsprincipen om att den enskilde med funktionsnedsättning ska kunna leva som andra är därmed en övergripande princip som både bör och ska tillämpas i rätten. Regeln om att den enskilde med funktionsnedsättning ska kunna leva som andra är tydligt uttryckt i lagstiftningen och normativt sammanhängande med överordnade rättsregler. Att då till exempel avvika från principen om att leva som andra som ett överordnat värde, eller att bortse från eller välja att inte tillämpa regeln, är därmed inte i linje med rättskällorna.

2. Något om förarbetenas ställning i socialrättens rättskällelära och den funktionshinderrättsliga argumentationen

Inledningsvis ställdes frågan om den normativa rättskälleläran, där författningstexterna väger tyngst och lagstiftarens uttalanden i förarbetena tillmäts stor betydelse, fortfarande är den teoretiska grunden i svensk socialrätt.

Det är en traditionell uppfattning i juridisk litteratur att lagstiftarens uttalanden i förarbetena är en viktig supplerande rättskälla i svensk offentlig rätt och med stor betydelse för den juridiska argumentationen.¹⁹ I olika läroböcker om juridisk metod i socialrätt och offentlig rätt anges ofta att rättskällorna är hierarkiskt ordnade och att förarbeten är den viktigaste supplerande källan efter författningstext.²⁰ I metodlitteraturen understryks även rättsprincipernas viktiga roll i socialrätten.²¹

Förbetenas starka ställning i socialrättslig argumentation är dock inte huvudsakligen en följd av att dessa i litteraturen rent formellt rankas som en

¹⁸ Prop. 2016/17:88, s. 29.

¹⁹ Se till exempel Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, s. 249 ff.

²⁰ Se till exempel Annika Rejmer, Stefan Zetterström, Sverker Scheutz & Therése Fridström Montoya, *Juridisk metodbok – för socialarbetare och andra offentliganställda*, 2022, Andreas Pettersson i Jørgen Straarup & Ali Hajighasemi (red.), *Socialt arbete i ett mångkulturellt Sverige – Migrationens bidrag till folkhemmet*, 2021, s. 139, Ulrik von Essen, *Arbete i offentlig förvaltning*, 2021, s. 55 ff.

²¹ Anna-Sara Lind, Socialtjänstens statsrättsliga förankring, i Therése Fridström Montoya (red.), *Juridik för socialt arbete*, 2021, s. 31 ff.

viktig supplerande rättskälla. Deras betydelse följer även av att metoden för socialrättslig argumentation i allmänhet ofta är teleologisk. Att just den teleologiska metoden är central i socialrätten beror i sin tur på kravet på legalitet i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen när detta krav tillämpas på ramlagen. Ramlagen förekommer på socialrättens område framförallt i frågor om behov, levnadsvillkor och målsättningar.²² Denna ramlagstiftning brukar i litteraturen kunna beskrivas som målrationell i förhållande till mycket annan lagstiftning som kan beskrivas som normrationell.²³ Den målrationellt utformade ramlagen anger målsättningar för de myndigheter som ska tillämpa lagen vilket i sin tur innebär att rättsliga, politiska, ekonomiska och moraliska förändringar i myndigheterna kan leda till omfattande normativa förändringar utan att ramlagens text förändras.²⁴ På grund av ramlagens normativa öppenhet kommer en stor mängd källor som i andra sammanhang kanske inte skulle ha betraktats som rättskällor överhuvudtaget att få normativ betydelse för rättstillämpningen. Till exempel kan handböcker, administrativa riktlinjer och lokala rutiner ibland få en avgörande rättslig betydelse för beslutsfattandet i enskilda fall.²⁵

I förhållande till ramlagens något expansiva rättskällevärdelse kan kravet på förvaltningens normbundenhet samt kravet på legalitet i rättstillämpningen bli komplicerade att upprätthålla och kräver ibland noggranna metodologiska överväganden.²⁶ Frågan blir hur rättstillämparen i varje enskilt fall ska kunna garantera att ett beslut som fattas med tillämpning av ramlagens källor verkligen innebär att den offentliga makten utövas under lagarna? Svaret följer i allmänhet av ramlagen själv: legaliteten kan upprätthållas och säkerställas endast och uteslutande om myndigheten i varje enskilt fall säkerställer att beslutet ligger i linje med de mål som ramlagstiftningen har angivit. Eftersom

²² Lotta Vahlne Westerhäll, Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer, *Nordisk Socialrättslig Tidskrift*, 2012 nr 5–6, s. 10.

²³ Gustav Svensson, Rättssäker och rättvis biståndsbedömning – är det möjligt? i Lotta Vahlne Westerhäll (red.) *Legitimitetsfrågor inom socialrätten*, 2007, s. 42.

²⁴ Lotta Vahlne Westerhäll, 2002, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, s. 648 ff., Andreas Pettersson, 2015 *Out and About in the Welfare State – The Right to Transport in Everyday Life for People with Disabilities in Swedish, Danish and Norwegian Law*, s. 20.

²⁵ Lotta Vahlne Westerhäll, 2002, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, s. 55, Gustav Svensson, Rättssäker och rättvis biståndsbedömning – är det möjligt? i Lotta Vahlne Westerhäll (red.) *Legitimitetsfrågor inom socialrätten*, 2007, s. 53 ff., Lotta Wendel, Medicinsk etik som rättskälla i *Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll*, 2011, s. 468 ff., Andreas Pettersson, *Out and About in the Welfare State – The Right to Transport in Everyday Life for People with Disabilities in Swedish, Danish and Norwegian Law*, 2015, s. 20 f.

²⁶ Se till exempel Katarina Alexius Borgström, Regeltyper och beslutsmodeller inom juridiken i det sociala arbetet i Anna Hollander & Katarina Alexius Borgström (red) *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, 2009, s. 152 ff.

lagstiftaren i ramlagen har valt att ange målsättningar som de lagar under vilka den offentliga makten utövas blir förverkligandet och verkställandet av ramlagens målsättningar i besluten också metoden och garanten för legalitet i besluten. Denna lagstiftningsteknik, där normrationell och målrationell reglering återfinns i samma regelverk och rättskällorna blir många och varierande har i sin tur lett till vad som har beskrivits som en polycentrisk rättskällelära.²⁷

Socialrättens polycentriska rättskällelära leder till att rättssäkerheten, som kan ses som ett självständigt värde, i socialrätten blir nära knuten till själva metoden för rättslig argumentation. Eftersom rättskällorna är mångfacetterade och spretiga blir ordningen och strukturen för hur argumentation kan stödjas på olika rättskällor desto viktigare för att i beslutsfattandet kunna upprätthålla förutsebarhet, kontrollerbarhet och rättvisa.²⁸

Därmed blir det synnerligen väsentligt i socialrättsliga avgöranden att den rättsliga argumentationen följer den normativa rättskälleläran som den ser ut för varje rättsfråga vid varje enskilt avgörande. När avgörandet av människors behov är rättsfrågan kommer i allmänhet regleringen att vara av ramlagskaraktär, såsom till exempel målen i LSS 5–7 §§. Den rättsliga argumentationen utifrån ramlagen bör, för att uppfylla kraven på legalitet och rättssäkerhet, i dessa fall utgå från en normativ rättskällelära där författningstexten ska tolkas konventionskonformt och i enlighet med grundlagen, där rättsprinciperna ska noga beaktas och där förarbetena bör vara den främsta kompletterande rättskällan, och väga tyngre än till och med nya prejudicerande avgöranden, därför att förarbetena är den främsta källan till ramlagens närmare syfte och innehåll. En konsekvens av detta är att endast en teleologisk metod är lämplig för rättsliga avgöranden om ramlagen.

Ett betydelsefullt resonemang av *Vahlne Westerhäll* i FT 2019 s. 223 är preciseringen av den teoretiska funktionshinderrättsliga ansatsen i förhållande till rättsinstansernas överprövning av myndigheternas rättstillämpning. Hon drar slutsatsen att både för målrationella och normrationella regleringar på funktionshinderrättens område är att den funktionshindrade ska kunna leva som andra ett helt överordnat värde. Av detta följer också viktiga metodologiska slutsatser, nämligen att reglernas ändamål kan ses som en överordnad struktur i funktionshinderrätten, och att denna teleologi i sig är mer central än reglernas placering i den normativa strukturen.

När LSS infördes rådde stor enighet om att beslut enligt LSS måste kunna överklagas eftersom personer med omfattande funktionsnedsättningar med

²⁷ Lotta Vahlne Westerhäll, Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer, Nordisk Socialrättslig Tidskrift, 2012 nr 5–6, s. 20 ff.

²⁸ Lotta Vahlne Westerhäll, Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer, Nordisk Socialrättslig Tidskrift, 2012 nr 5–6, s. 23 ff.

lagens hjälp måste kunna kräva bestämda insatser. Ett stort ansvar lades på förvaltningsdomstolarna, och propositionen nämner särskilt att dessa kommer att behöva hantera gränsdragningsproblem och tolkningsfrågor, inte minst eftersom den generella lagtexten inte kunde ha exakta regler för olika typer av funktionshinder och behov.²⁹

Departementschefen lämnade också vissa närmare påpekanden om prövningen av beslut enligt LSS i förvaltningsdomstolarna, och angav att om en enskild överklagade ett avslagsbeslut avseende rätt till en insats är det domstolens sak att avgöra om rätt till den begärda insatsen föreligger. Om en sådan rätt föreligger, det vill säga om domstolen bifaller den enskildes överklagan, finns normalt ingen anledning för domstolen att gå närmare in på utformningen av insatsen, detta ankommer istället på den ursprungliga beslutsmyndigheten.³⁰ Om en sådan rätt däremot inte föreligger, det vill säga om domstolen avslår den enskildes överklagan, blir metoden för överprövningen jämförande: "Vid bedömningen av om den enskilde har behov av insatsen i sin livsföring måste jämförelser göras med den livsföring som kan anses normal för personer i samma ålder."³¹ I lagstiftningen uttrycks detta, som även nämnts ovan, i 5 och 7 §§ LSS som att målet ska vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra samt genom insatserna ska tillförsäkras goda levnadsvillkor.

I de situationer där målet emellertid rör att den enskilde är missnöjd med till exempel omfattningen i stödinsatsen och önskar mer kvalificerad hjälp, det vill säga att överklagandet närmast handlar om kvaliteten i insatsen, anger departementschefen särskilt att i dessa situationer kommer domstolsprövningen att avse just utformningen av den aktuella insatsen och i vart fall att domstolen uttalar sig om den lämnade insatsen är tillräcklig med beaktande av innehållet i 5–7 §§ i LSS.³²

I de angivna reglerna för målen för insatserna enligt LSS samt genom departementschefens anvisningar i specialmotiveringen har här faktiskt angivits en procedur eller, om man så vill, en juridisk metod för domstolsprövningen i mål enligt LSS där att kunna leva som andra är den standard och den måttstock som domstolarna ska använda vid överprövningen av förvaltningens beslut rörande dels de situationer där rätt till insats inte föreligger och dels de situationer som rör själva kvaliteten i beviljade insatser enligt LSS. Detta ligger också väl i linje med den metod som *Vahlne Westerhäll* har utvecklat och använt, där att den enskilde med funktionsnedsättning ska kunna leva som andra är det helt överordnade värdet.

²⁹ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, s. 103.

³⁰ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, specialmotiveringen, s. 190.

³¹ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, specialmotiveringen, s. 172.

³² Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, specialmotiveringen, s. 189 f.

Denna artikel går nu vidare med att först kort presentera de två rättsfallen HFD 2015 ref. 46 och HFD 2019 ref. 56 och sedan analysera HFD:s tillämpning av att leva som andra utifrån funktionshinderrätten.

3. Kort om rättsfallen

3.1 HFD 2015 ref. 46 ("andningsdomen")

Enligt den dåvarande lydelsen av 9 a § LSS hade den som har behov av personlig assistans för sina grundläggande behov har även rätt till biträde av personlig assistent för andra personliga behov om behoven inte tillgodoses på annat sätt, och där ett av de grundläggande behoven som uttrycks i lagregeln är behov av annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade. Den centrala rättsfrågan i målet var därmed om den enskilde hade behov av personlig assistans för sina grundläggande behov, och därmed var berättigad till ersättning för detta i enlighet med reglerna i 51 kap. socialförsäkringsbalken (2010:110).

Den enskilde i fallet var en kvinna född 1979 med diagnosen cystisk fibros sedan födseln. Sjukdomen innebär bl.a. att hon flera gånger om dagen behöver hjälp med avancerad andningsgymnastik för att lossa och hosta upp slem från lungorna. Vidare drabbades hon ibland av lungblödningar som kan vara livshotande och därför kräver omedelbar behandling. Hon var på denna grund beviljad assistansersättning för, i genomsnitt, 40 timmar per vecka. Försäkringskassan beslutade att bevilja henne fortsatt assistansersättning i samma omfattning med motiveringen att hon har behov av ständig och aktiv tillsyn samt att tillsynen bedöms vara av sådan karaktär att det krävs ingående kunskaper om henne och hennes funktionsnedsättning. Försäkringskassans bedömning var att hela hjälpbehovet omfattades av hennes grundläggande behov.

Emellertid överklagade allmänna ombudet för socialförsäkringen Försäkringskassans beslut och yrkade att förvaltningsrätten skulle upphäva beslutet. Allmänna ombudet påstod bl.a. att enligt utredningen behövde kvinnan inte någon hjälp för sin allmänna dagliga livsföring och även om behövde hjälp i samband med sin andningsgymnastik som bör ges av en person med kännedom om hennes funktionshinder saknades det tillräckligt stöd för att hjälpen måste ges av någon med ingående kunskaper om henne, samt att läkarutlåtanden inte heller visar entydigt att andningsgymnastiken behöver göras. Allmänna ombudet anförde därför att hennes hjälpbehov inte kunde anses avse hennes grundläggande behov, samt vidare att hennes behov av att någon finns till hands för att kunna hjälpa henne vid bl.a. lungblödningar inte innebar att hon var i behov av sådan aktiv tillsyn av övervakande karaktär som ansetts

avse de grundläggande behoven. Enligt allmänna ombudet krävdes inte heller ingående kunskaper om kvinnan, som därför inte skulle anses avse hennes grundläggande behov.

Förvaltningsrätten i Jönköping avlog överklagandet. Allmänna ombudet överklagade till Kammarrätten i Jönköping som också avlog överklagandet. Allmänna ombudet överklagade då till HFD som biföll allmänna ombudets överklagande och upphävde underinstansernas avgöranden. Socialstyrelsen samt Sveriges Kommuner och Landsting avgav yttranden i målet.

3.2 HFD 2019 ref. 56 (”sminkdomen”)

Enligt den dåvarande lydelsen av 9 a § LSS hade den som har behov av personlig assistans för sina grundläggande behov har även rätt till biträde av personlig assistent för andra personliga behov om behoven inte tillgodoses på annat sätt, och där ett av de grundläggande behoven som uttrycks i lagregeln är behov av hjälp med sin personliga hygien. Den grundläggande frågan i målet var om den enskildes grundläggande behov av biträde av personlig assistent var så pass omfattande att det samlade behovet skulle omfattas av det statliga ansvaret enligt reglerna i 51 kap. socialförsäkringsbalken. Målets centrala rättsfråga var huruvida sminkning ska anses ingå i det grundläggande behovet personlig hygien.

Den enskilde i fallet var en kvinna i 25-årsåldern och Försäkringskassan hade beviljat henne assistansersättning med cirka 100 timmar per vecka för att bekosta biträde av personlig assistent enligt LSS. Av dessa timmar avsåg 20 timmar och 28 minuter grundläggande behov, varav 2 timmar och 20 minuter, eller 20 minuter per dag, avsåg sminkning. Allmänna ombudet för socialförsäkringen överklagade beslutet till Förvaltningsrätten och yrkade att det skulle upphävas då kvinnan inte hade rätt till statlig assistansersättning. Allmänna ombudet påstod att sminkning inte ingår i det grundläggande behovet personlig hygien och att tidsåtgången för hennes grundläggande behov därför understeg 20 timmar i veckan i genomsnitt. Även kvinnan överklagade Försäkringskassans beslut eftersom hon var missnöjd med omfattningen av insatsen.

Förvaltningsrätten ansåg att hjälp med sminkning är ett grundläggande behov och fann inte skäl att göra någon annan bedömning än Försäkringskassan avseende kvinnans övriga grundläggande behov och avlog båda överklagandena. Kvinnan överklagade inte Förvaltningsrättens dom men Allmänna ombudet överklagade till Kammarrätten som upphävde underinstansernas avgöranden och förklarade att kvinnan inte hade rätt till assistansersättning på den grunden som Allmänna ombudet hade påstått. Såväl Förvaltningsrättens

som Kammarrättens beslut innehöll skiljaktiga meningar. Kvinnan överklagade Kammarrättens dom till HFD som avlog överklagandet.

4. Hur använder HFD rättskällor och att kunna ”leva som andra”?

Inledningsvis kan konstateras att både ”andningsdomen” och ”sminkdomen” tillhör de typer av mål som i förarbetena förutsågs skulle komma att omfattas av domstolarnas överprövning och där den juridiska metoden, som beskrivits närmare ovan, framförallt ska vara jämförande med avseende på hur personen med funktionshinder ska kunna leva som andra. Den funktionshinderrättsliga utgångspunkten slås som nämnts ovan fast i specialmotiveringen, nämligen att vid ”bedömningen av om den enskilde har behov av insatsen i sin livsföring måste jämförelser göras med den livsföring som kan anses normal för personer i samma ålder.”³³

Som en del av kontexten vid bedömningen av de två fallen finns anledning att titta närmare på hur HFD i tidigare praxis, bland annat i det vägledande avgörandet HFD 2011 ref. 8, har bedömt att den funktionshindrade ska kunna leva som andra och hur domstolen där har hanterat rättskällorna. HFD 2011 ref. 8 handlade om omkostnader vid insatsen ledsagning enligt LSS och HFD gick relativt utförligt igenom de relevanta rättskällorna, i vart fall vid jämförelse med ”andningsdomen” och särskilt i jämförelse med ”sminkdomen”.

Emellertid visar en genomgång av rättskällorna i HFD 2011 ref. 8 att domstolen inte följer förarbetenas uttalanden. Till exempel uttalar HFD följande: ”Här kan anmärkas att 7 § andra stycket LSS anger en kvalitetsnivå på de insatser en enskild har rätt till enligt lagen (se prop. 1992/93:159 s. 172). Bestämmelsen saknar alltså betydelse för bedömningen av någons rätt till insats enligt lagen liksom för frågan om vad som ryms inom respektive insats enligt 9 § LSS.”

Domstolens uttalande är dock mycket tveksamt i förhållande till innehållet i förarbetena. Vad domstolen här diskuterar är rekvisitet goda levnadsvillkor i 7 § 2 st. LSS och vad läsaren får för intryck är att specialmotiveringen i propositionen på sidan 172 stödjer påståendet att rekvisitet goda levnadsvillkor saknar betydelse både för bedömningen av rätt till insatser och för frågan om vad som ryms inom respektive insats. Tvärtom påpekar departementschefen i prop. 1992/93:159 s. 172 uttryckligen att lagtextens andra stycke ”som handlar om de allmänna krav som ställs på insatser enligt lagen, anger som en kvalitetsnivå på insatserna att den enskilde genom insatserna skall till-

³³ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, specialmotiveringen, s. 172.

försäkras goda levnadsvillkor" samt att till "kvalitetsaspekterna hör också att insatserna [...] skall anpassas till mottagarens individuella behov samt utformas enligt närhetsprincipen" samt att insatserna ska "utformas så att de ökar den enskildes möjligheter att leva ett självständigt liv." Som nämndes ovan angav departementschefen en slags juridisk metod för prövningen av just de situationer där målet, som i HFD 2011 ref. 8, rör att den enskilde är missnöjd med till exempel omfattningen i stödinsatsen och att överklagandet närmast handlar om kvaliteten i insatsen, i detta fall omkostnaderna vid ledsagningen. Departementschefen anger särskilt att i dessa situationer ska domstolsprövningen i vart fall innebära att domstolen uttalar sig om den lämnade insatsen är tillräcklig med beaktande av innehållet i 5–7 §§ i LSS.³⁴

Hur bedömdes då den funktionshindrades möjligheter att kunna leva som andra i HFD 2011 ref. 8? Svaret är: inte alls. Domstolen uttalar sig inte om den lämnade insatsen är tillräcklig med beaktande av innehållet i 5–7 §§ i LSS utan lämnar ifrån sig målet med ett mycket tveksamt resonemang i förhållande till vad departementschefen faktiskt skrev i förarbetena till LSS rörande hur 7 § 2 st. LSS ska tillämpas vid överprövning av förvaltningens beslut. I övrigt berörs inte innehållet i 5–7 §§ LSS av HFD. Det kan i vart fall konstateras att prövningen inte genomförs på det sätt som förarbetena förutsätter.

Redan HFD 2011 ref. 8 visar hur HFD använder sig av och hänvisar till rättskällorna bakom LSS på ett sätt som inte korrekt återspeglar vad dessa rättskällor rent faktiskt anger. Som denna artikel diskuterar nedan har detta problematiska mönster i domstolen upprepats och förstärkts i senare rättsfall.

4.1 Rättskällor och leva som andra i HFD 2015 ref. 46 ("andningsdomen")

HFD 2015 ref. 46 är anmärkningsvärt på flera nivåer samtidigt. En iögonfallande aspekt är att det allmänna ombudet för socialförsäkringen, som driver målet, i princip saknar relevant rättslig motivering och argumentation. Ombudet kommer med ett antal påståenden om omständigheter och bevisfrågor men underbygger inte dessa med en argumentation utifrån rättskällorna, utan ombudet argumenterar enbart utifrån huruvida flera konkreta omständigheter i utredningsmaterialet är bevisade eller inte, vilket den utredande beslutsmyndigheten, Försäkringskassan, hade kommit fram till att de var. Detta blir desto mer påtagligt då allmänna ombudet tappar målet i såväl förvaltningsrätten som i kammarrätten, men att ombudet ändå framhårdar i att överklaga, utan argumentation i rättsfrågorna med ett enda undantag

³⁴ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, specialmotiveringen, s. 189 f. Det kan noteras att själva rubriken som lagstiftaren har satt i lagtexten över 7 § LSS är "Rätten till insatser", det vill säga just det som HFD 2011 ref. 8 påstår att regelns andra stycke skulle sakna betydelse i förhållande till.

och då först när målet har nått HFD, samt att HFD ser anledning att ta upp målet till prövning.

En annan, minst lika iögonenfallande aspekt, är att målet ledde till ny lagstiftning. HFD:s tolkning och tillämpning av rättskällorna kom att leda till förändringar i rättstillämpningen och utgången i målet var så anmärkningsvärd att lagstiftaren ansåg sig behöva agera för att lägga situationen tillräta vad gäller att andning är ett grundläggande behov för rätt till personlig assistans.³⁵

I denna artikel är en tredje iögonenfallande aspekt i fokus: hur HFD tolkar och tillämpar lagtexten och förarbetena.

Domstolarna får alltså ingen hjälp av det allmänna ombudet när det gäller rättsfrågorna, med ett undantag, där ombudet argumenterar utifrån rättskällorna, utan domstolarna har alltså att självständigt tillämpa rättsreglerna utifrån bland annat kravet i 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). De enda skönjbara rättsliga argumenten från det allmänna ombudet rörde det grundläggande behovet i 9 a § LSS "annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade" när fallet når HFD. Det allmänna ombudet menar då att förarbetsuttalanden och hittillsvarande praxis från HFD talar för att endast den som på grund av en psykisk funktionsnedsättning, som är så allvarlig att han eller hon inte är i stånd att tillgodose sina grundläggande behov, kan anses ha behov av sådan annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade och att den enskilde inte hade sådana psykiska besvär. HFD tog uppenbart det allmänna ombudets argumentation på största allvar och gör en genomgång av förarbetena till LSS utifrån det allmänna ombudets argumentation. I sammanfattningen under rubriken "Vad målet gäller" summerar HFD: "För att [den enskilde] ska vara berättigad till assistansersättning krävs därmed att hjälpen kan klassificeras som 'annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade'. Allmänna ombudet anser att 9 a § första stycket LSS i denna del endast omfattar personer med en psykisk funktionsnedsättning, vilket [den enskilde] inte har."

HFD går därför igenom valda delar av förarbetena till införandet av 9 a § LSS, nämligen prop. 1995/96:146 samt 1995/96:SoU15 i syfte att utreda om endast en person med psykisk funktionsnedsättning kan komma ifråga för det grundläggande behovet "annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade".

³⁵ Prop. 2018/19:145, bet. SoU 2019/20:SoU3, rskr. 2019/20:7. Om bakgrunden till lagstiftningsärendet och HFD 2015 ref. 46 se särskilt prop. 2018/19:145, s. 7 f. och för dess konsekvenser i myndigheternas rättstillämpning s. 11, samt Socialstyrelsen, *Konsekvenser av domar om det femte grundläggande behovet. En analys av hur kommuner och brukare påverkas*, 2017.

Först gås igenom propositionen s. 12 f. och det konstateras att "att det främst är personer med fysiska funktionshinder och med de mest omfattande behoven som blir berättigade till insatsen personlig assistans. Undantagsvis bör även personer med psykiska funktionshinder kunna vara berättigade till personlig assistans. Så bör kunna vara fallet där karaktären och omfattningen av det psykiska funktionshindret ställer krav på sådan praktisk hjälp som är en förutsättning för att den enskildes grundläggande behov ska kunna tillgodoses."

Sedan gås igenom utskottets betänkande s. 12 och konstateras att införandet av 9 a § LSS "får dock inte innebära att någon grupp som för närvarande i praxis omfattas av lagstiftningen helt uteslås från insatsen personlig assistans. Personer med enbart psykiska funktionshinder t.ex. bör även i fortsättningen vara berättigade till personlig assistans i vissa speciella fall, nämligen där karaktären och omfattningen av det psykiska funktionshindret medför behov av hjälp med de grundläggande behoven."

Så här långt är allt rimligt och rättskällorna är tämligen klara och tydliga: biträde av personlig assistent är i första hand en insats för personer med fysiska funktionsnedsättningar (som t.ex. den enskilde i HFD 2015 ref. 46) men kan under vissa speciella omständigheter även vara en insats för personer med psykiska funktionsnedsättningar. Sedan fortsätter dock HFD under rubriken Högsta förvaltningsdomstolens bedömning:

"Avisikten med det tillägg i lagtexten som tillkom vid behandlingen i socialutskottet om 'annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade' var att tillgodose synpunkter som framförts i flera motioner och som så gott som uteslutande handlade om personer med psykiska funktionshinder. Det enda exempel som gavs i utskottsbetänkandet handlade också om personer med sådana problem.

Sammantaget leder det nu anförda till slutsatsen att tillägget 'annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade' måste förstås på det sättet att det uteslutande tar sikte på personer med psykiska funktionshinder."

Vad vi ser är alltså hur HFD först läser en proposition som klart, tydligt och uttryckligt anger att det främst är personer med fysiska funktionshinder och med de mest omfattande behoven som blir berättigade till insatsen personlig assistans. Därefter läser domstolen ett utskottsbetänkande som klart, tydligt och uttryckligt anger att personer med enbart psykiska funktionshinder även i fortsättningen bör vara berättigade till personlig assistans i vissa speciella fall. Som HFD själv konstaterar fanns en politisk oro för att personer med psykiska funktionsnedsättningar skulle uteslutas helt från insatsen personlig assistans, och såväl propositionen som betänkandet anger därför att insatsen skulle kunna ges även till personer med psykiska funktionsnedsättningar i vissa speciella fall.

Det är svårt att i god tro dra någon annan slutsats än att lagstiftarens avsikt är att biträde av personlig assistans är en insats som främst är tänkt för personer med fysiska funktionshinder. HFD drar dock som synes den helt motsatta slutsatsen och går tvärtemot vad som faktiskt står i förarbetena.

Domstolen uttalar också i HFD 2015 ref. 46 ett obiter dicta om karaktären på samtliga grundläggande behov i dåvarande 9 a § LSS, det vill säga även de grundläggande behov som inte är ifråga i målet: ”Genom att införa en definition av insatsen personlig assistans i LSS tydliggjordes vilka hjälpbehov som skulle berättiga till personlig assistans utan att någon grupp som enligt dåvarande praxis omfattades av lagstiftningen skulle uteslutas. Som har framgått fanns ingen avsikt att vidga tillämpningsområdet såvitt avsåg vilken typ av behov som den enskilde ska behöva hjälp med. Det handlar således om högst basala behov och det ska vara fråga om hjälp eller stöd av mycket privat karaktär. Vad som åsyftas är sådana hjälpbehov som uppfattas som mycket känsliga för den personliga integriteten”. Som stöd för detta uttalande hänvisar HFD sedan till sin egen praxis, RÅ 2009 ref. 57 och HFD 2012 ref. 41.

Dessa tolkande och värderande förstärkningsord (”högst basala”, ”stöd av mycket privat karaktär” och ”mycket känsliga för den personliga integriteten”) finns inte i lagtexten. De finns heller inte i något förarbete. Av prop. 1992/93:159 s. 174 framgår att rätten till biträde av personlig assistent är avsedd att omfatta svårt funktionshindrade som behöver hjälp med den personliga hygien, med intagande av måltider och med annan personlig service. Av specialmotiveringen till 9 a § LSS i prop. 1995/96:146 s. 20 framgår att regeln definierar ”vad som avses med personlig assistans. Bestämmelsen innebär ett förtydligande av 9 § 2 p. LSS. Första stycket anger de grundläggande hjälpbehov som skall föreligga för att överhuvud taget berättiga till insatsen personlig assistans, dvs. praktisk hjälp med personlig hygien, måltider, att klä av och på sig eller att kommunicera med andra” samt att med ”uttrycket personligt utformat stöd avses i enlighet med vad som framhölls i prop. 1992/93:159, att det är den enskilde som har ett avgörande eller mycket stort inflytande över vem som skall utföra assistansen, när assistansen skall ges och hur den skall ges.” I 1995/96:SoU15 s. 11 f. går lagstiftaren noggrant igenom just de grundläggande behoven. Utskottet anger att insatsen ”personlig assistans skall förbehållas krävande eller i olika avseenden komplicerade situationer, i regel av mycket personlig karaktär. Avgörande bör vara att den enskilde behöver personlig hjälp för att klara sin hygien, för att klä sig och klä av sig, för att inta måltider eller för att kommunicera med andra. Avsikten bör emellertid vara att assistansen därutöver också skall ges i andra situationer där den enskilde behöver kvalificerad hjälp och som ingår i det dagliga livet.” Utskottet sammanfattar: ”Det framgår således av LSS och LASS och av förarbetena till lagstiftningen att insatsen personlig assistent skall vara

förbehållen mycket gravt funktionshindrade personer som behöver hjälp i krävande eller komplicerade situationer av mycket personlig karaktär."

Även om det sannerligen går att fundera över utskottets resonemang på den grunden att det framstår som en något ogenomtänkt innovation från utskottets sida att personlig assistans skulle ta sikte på "krävande eller komplicerade situationer" (det är första gången detta påstås i ett förarbete och vad det är som skulle vara så krävande eller komplicerat med att inta måltider, personlig hygien eller klä på sig kläder motiverar till exempel aldrig utskottet) så är det ändå trots allt fråga om det tyngsta av alla rättskällor under lagtexten, och lagstiftaren får ändå antas ha bäst kännedom om sina egna motiv och förutsättningar.

Vad som i vart fall saknas i såväl lagtext som förarbeten är HFD:s tolkande och värderande förstärkningsord: "högst basala", "stöd av mycket privat karaktär" och "mycket känsliga för den personliga integriteten". Lagstiftaren beskriver i ovan nämnda förarbeten insatsen personlig assistans som att den enskilde behöver personlig hjälp avsedd för behov och situationer av mycket personlig karaktär. Återigen hittar dock HFD självständigt på underliggande avsikter och formuleringar som saknar stöd i lagtexten och förarbetena.

Som stöd anges alltså domstolens egen praxis, RÅ 2009 ref. 57 och HFD 2012 ref. 41, och genom dessa går det att spåra konstruktionsarbetet i HFD där lagtexten och förarbetenas uttalanden successivt förvandlas till de egenhändiga förstärkningsorden som auktoritativt uttalas i HFD 2015 ref. 46. I RÅ 2009 ref. 57 skriver till exempel domstolen att när "det gäller tillämpningsområdet för insatsen personlig assistans har det, som ovan framgått, betonats i lagens förarbeten att det är fråga om hjälp eller stöd av mycket privat karaktär." Detta är ett direkt osant påstående. "Mycket privat karaktär" finns nämnt i förarbetena vid den tidpunkten endast som ett exempel bland andra på när personlig assistans är en lämplig insats, det är definitivt inte fråga om ett grundläggande kriterium för insatsen som sådan, och än mindre har det "betonats". Tvärtom påpekar departementschefen i detta sammanhang att avsikten bör vara "att assistansen därutöver också skall ges i andra situationer där den enskilde behöver kvalificerad hjälp och som ingår i det dagliga livet, t.ex. om personen behöver hjälp för att komma ut i samhället, för att studera, för att delta i daglig verksamhet eller för att få eller behålla ett arbete."³⁶

Ca tre år senare, i HFD 2012 ref. 41, skriver domstolen att av "RÅ 2009 ref. 57 framgår att grundläggande behov ska vara av privat och känslig natur" samt att uttalandena i förarbetena "tyder närmast på att vad lagstiftaren åsyftat är sådana hjälpbehov som uppfattas som mycket privata och känsliga för

³⁶ Prop. 1992/93:159 s. 64. Se även prop. 1995/96:146 s. 12 där detta uttalande citeras.

den personliga integriteten” vilket möjligen kan indikera att domstolen då var medveten om att detta faktiskt inte återfanns i förarbetena. Samtidigt finns inget som tyder på att detta påverkar domstolens tilltro till sin egen praxis som rättskälla.

Hur tillämpar då HFD lagtextens rekvisit att den funktionshindrade ska kunna leva som andra och med goda levnadsvillkor i HFD 2015 ref. 46? Svaret är åter: inte alls. Domstolens synnerligen tveksamma tillämpning av förarbetena prop. 1995/96:146 och 1995/96:SoU15 blir ensamt betydelsebärande och domstolen ignorerar den metod för prövningen som anges i specialmotiveringen i prop. 1992/93:159.

4.2 Rättskällor och att leva som andra i HFD 2019 ref. 56 (”sminkdomen”)

HFD sammanfattar frågan i målet som att den inledande frågan i målet är om behov av hjälp med sminkning ingår i det grundläggande behovet personlig hygien. Om så är fallet krävs dessutom att hjälpbehovet är av mycket privat eller integritetskänslig karaktär för att rätt till assistansersättning ska föreligga. Lagtexten och förarbetena är alltså inte ens av sekundärt intresse för domstolen i målet, utan det slås fast redan från början att det är HFD:s egna juridiska konstruktioner som ska prövas i förhållande till omständigheterna.

Hur HFD tillämpar lagtextens rekvisit att den funktionshindrade ska kunna leva som andra och med goda levnadsvillkor är åter: inte alls. Detta blir särskilt tydligt i hur domstolen hanterar det domstolen själv anger som den inledande frågan: om behov av hjälp med sminkning ingår i det grundläggande behovet personlig hygien. HFD påpekar att en närmare innebörd av ”begreppet personlig hygien enligt 9 a § första stycket LSS har inte behandlats eller närmare kommenterats i förarbetena. Begreppet har således inte givits något specifikt innehåll i detta sammanhang.” Detta är åter inte ett korrekt resonemang. I prop. 1995/96:146 s. 12 och 20 påpekas bland annat att det är fråga om praktisk hjälp med sin personliga hygien, och i prop. 1992/93:159 upprepas återkommande att ett viktigt syfte med personlig assistans är att åstadkomma villkor för personer med omfattande funktionshinder som är likvärdiga med andra människors i motsvarande åldrar (se till exempel s. 64) och i specialmotiveringen på s. 174 påpekas bland annat att i begreppet personlig assistans ligger att det ska vara fråga om ett personligt stöd som ger den funktionshindrade ökade möjligheter till ett självständigt liv och att den enskilde ska ha ett stort inflytande över när och hur hjälpen ska ges och kunna bestämma över sin livssituation. Förarbetena och lagtexten anvisar den metod som domstolen ska tillämpa i mål som handlar om behovsbedömning och kvaliteten på insatserna, som frågan i HFD 2019 ref. 56 gäller: en jämförelse

med andra enskilda i samma ålder med syfte att åstadkomma att den funktionshindrade kan leva som andra.

Innebörden av begreppet personlig hygien ska alltså enligt rättskällorna fyllas med det innehåll som följer av att den enskilde ska kunna leva som andra samt ha ett stort inflytande över när och hur hjälpen ges. I fallet hade den enskilde mycket tydligt angett hur hon ville att hjälpen skulle ges och även fört argumentation om att detta var ett led i att kunna leva som andra. Begreppet hygien i förhållande till rätten till personlig assistans enligt LSS är alltså helt kontextuellt. Är det att kunna leva som andra att kunna sminka sig om man så vill? Om svaret är jakande ska insatsen beviljas, är svaret på frågan nekande kan ansökan avslås.

Vad gjorde då domstolen? Istället för att följa metoden som anges i förarbetena och tillämpa målen som anges i lagtexten, 5–7 §§ LSS, gjorde HFD en slags genomgång av den normalspråkliga användningen av personlig hygien med stöd av Svensk ordbok utgiven av Svenska Akademien. Domstolen skriver att det "finns inget uttalande i förarbetena som talar för att med begreppet personlig hygien har avsetts något annat än vad som utgör den normalspråkliga innebörden av begreppet, dvs. att hålla människokroppen ren från smuts och andra ohälsosamma ämnen. Tvärtom talar vissa formuleringar i förarbetena för att det är just denna normalspråkliga innebörd av uttrycket som har avsetts" och domstolen menar att "inte kunna sminka sig kan inte sägas innebära att man inte klarar eller kan sköta sin hygien. Behov av hjälp med sminkning kan mot denna bakgrund inte anses innefattas i det grundläggande behovet personlig hygien."

Det är en anmärkningsvärd rättstillämpning. Den enskilde hade redan argumenterat för att ge begreppet ett innehåll utifrån rättskällorna. Domstolens uppgift var att värdera den argumentationen och att bedöma om det var i linje med rekvisitet att kunna leva som andra. Domstolen valde dock att i hög utsträckning bortse från de traditionella rättskällorna, lagtexten och förarbetena, och lade stor vikt vid en egen formell definition hämtad ur Svensk ordbok utgiven av Svenska Akademien.

Om domstolen i HFD 2019 ref. 56 istället hade tillämpat en metod med bättre stöd i rättskällorna hade domstolen kunnat tillämpa funktionshinder-rätten som den har skisserats ovan, vid vilken domstolen hade tillämpat lagtexten i 5–7 §§ LSS på ett konventionskonformt och grundlagsenligt sätt samt tillämpat de anvisningar som lagstiftaren angett i förarbetena. En sådan tillämpning hade bland annat uppfyllt grundläggande rättssäkerhetskrav, varit grundlagsenlig och varit i linje med Sveriges internationella åtaganden.

5. Funktionshinderrättsliga slutsatser om rättssäkerhet och att kunna "leva som andra" när HFD dömer i frågor om personlig assistans enligt LSS

Denna artikel inleddes med frågorna om lagstiftningen spelar någon roll, och om den normativa rättskällevärdet där författningstexterna väger tyngst, och därefter lagstiftarens uttalanden i förarbetena, är av betydelse i svensk socialrätt? Genomgången ger anledning till ett ur rättssäkerhetssynpunkt mycket allvarligt svar: lagstiftningen och förarbetena förefaller inte vara starka rättskällor utan har ersatts av HFD:s egen praxis som inte grundar sig i lagstiftningen eller i de tolkningsanvisningar som ges i förarbetena. Vad gäller de rättsfall som har berörts i denna artikel är samtliga avgjorda efter Sveriges tillträde till FN:s konvention om rättigheter för människor med funktionsnedsättningar. Av detta märks inte ett spår i avgörandena. Kanske är det inte så märkligt? I de fall där relevanta delar av lagtexten varken tillämpas eller tolkas av domstolen så spelar det kanske heller inte så stor roll vilka övriga instrument för lagtolkning och tillämpning som lagstiftaren har ställt till förfogande.

En annan inledande fråga var om det är möjligt och meningsfullt för en enskild att kunna förvänta sig ett rättssäkert förfarande och en rättssäker överprövning av förvaltningens beslut i mål om personlig assistans enligt LSS? En allmän reflektion utifrån rättsfallen är att det allmänna ombudets strategiska val, att med ett undantag inte argumentera i rättsfrågorna, får tydliga konsekvenser för processen och får en påtagligt styrande verkan av domstolarnas hantering av ärendet. Förvaltningsrätten, kammarrätten och HFD diskuterar bevisfrågor och omständigheter utifrån ombudets påståenden om dessa, och i något fall även den enskildes invändningar mot påståendena, men relaterar aldrig i något fall dessa omständigheter eller påståenden till det som förarbetena har angett som processram för denna typ av ärenden: att vid "bedömningen av om den enskilde har behov av insatsen i sin livsföring måste jämförelser göras med den livsföring som kan anses normal för personer i samma ålder."³⁷ Det kan finnas anledning att återkomma till frågor om denna osjälvständighet hos förvaltningsdomstolarna i förhållande till det allmänna ombudets processföring. Varför låter domstolarna det allmänna ombudet ensamt definiera ramarna för överprövningen? Vad händer med officialprincipen och föreställningen om *jura novit curia*? Det kan onekligen befaras att den enskilde, som märk väl saknar rätt till rättshjälp, kan lida avsevärda rättsförluster när en part får styra domstolens överväganden på det sätt som sker i HFD 2015 ref. 46 och i HFD 2019 ref. 56.

³⁷ Prop. 1992/93:159, Bilaga 1, specialmotiveringen, s. 172. Se även ovan.

En mer generell slutsats är att det följaktligen inte är realistiskt för en enskild att kunna förvänta sig ett rättssäkert förfarande och en rättssäker överprövning av förvaltningens beslut i mål om personlig assistans enligt LSS i HFD. Domstolen har skapat en egen rättskällelära, väsensskild från den som till exempel lärs ut på juristutbildningar eller i läroböcker, där den egna praxisen är den tyngsta och mest avgörande rättskällan, och där Sveriges internationella åtaganden och ibland även relevanta delar av lagstiftningen inte hanteras som rättskällor överhuvudtaget. Mest anmärkningsvärt är nog ändå den ytterst tveksamma användningen av förarbetena.

I mål efter mål om rätt till personlig assistans för HFD långa resonemang utifrån sina egna avgöranden, ibland med utgångspunkt i de tveksamma tolkningarna av förarbetena i RÅ 2009 ref. 57 och HFD 2012 ref. 41, och även HFD 2015 ref. 46.³⁸ Det är i sig inte märkligt att domstolen hänvisar till sin egen praxis. Det är dock anmärkningsvärt att förarbetenas krav på att domstolen genomför en jämförelse med hur andra i samma ålder lever ignoreras. Lagtextens uttryckliga krav på att målet ska vara att den enskilde får möjlighet att leva som andra är ofta helt frånvarande i dessa avgöranden.

Slutsatsen från den funktionshinderrättsliga utgångspunkten är allvarlig. Det är ett helt överordnat värde i funktionshinderrätten att den funktionshindrade ska kunna leva som andra. Av detta följer, som diskuterats ovan, att reglernas ändamål bör ses som en överordnad struktur i funktionshinderrätten. Den lagfästa regeln om att kunna leva som andra tillämpas inte på det sätt som lagstiftaren har avsett. Många av de ändringar som har genomförts av LSS under senare tid kan ses som en direkt konsekvens av att lagstiftaren försöker hantera en i flera avseenden juridiskt tveksam rättstillämpning från HFD:s sida.

³⁸ Se även till exempel HFD 2020 ref. 7, med flera mål.

