LSS – målsättningen som försvann

Om hur kommunerna, Försäkringskassan och förvaltningsdomstolarna
tolkar och tillämpar Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade

AKADEMIKER förbundet SSR

HANDIKAPP FÖRBUNDEN

Förord

Det har gått 20 år sedan riksdagen fattade beslut om LSS, Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade. Förväntningarna var stora, lagen syftade till att personer med funktionsnedsättningar skulle få möjlighet att leva som andra.

Lagstiftningen har inneburit stärkta rättigheter för de som berörs men vi har också noterat problem. Från våra organisationers medlemmar; personer med funktionsnedsättningar samt handläggare och chefer som ska förverkliga lagens syften, hörs samstämmiga röster om att LSS över tid kommit att tillämpas alltmer restriktivt.

Lennart Erlandsson, universitetslektor i juridik, har varit oss behjälplig med att ta fram en rapport som speglar hur kommuner, Försäkringskassa och förvaltningsdomstolar tolkar och tillämpar lagen. Vår förhoppning är att rapporten ska utgöra ett underlag i den viktiga diskussion som bör föras om lagens styrkor och eventuella svagheter som redskap för att även personer med funktionsnedsättningar ska tillförsäkras goda levnadsvillkor.

Stockholm, september 2014

Heike Erkers
Ordförande
Akademikerförbundet SSR

Ingrid Burman
Ordförande
Handikappförbunden

Om detta dokument

Det har skrivits mycket om LSS, Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade sedan den trädde i kraft 1994.

Den här rapporten handlar om tillämpningen av lagen och att denna inte alltid lever upp till lagens socialpolitiska syfte och målsättning.

Fokus ligger på insatsen personlig assistans och den statliga assistansersättningen. Rapporten bygger till stora delar på en vetenskaplig avhandling med titeln ”Rätt, norm och tillämpning” som presenterades av Lennart Erlandsson i juni 2014.

Rapporten behandlar även förutsättningarna för en rättssäker handläggning samt ger förslag på en rättstillämpningsmodell.

Innehållsförteckning

1. Rapportens innehåll
2. LSS – Bakgrund och målsättning med lagstiftningen
3. LSS, en rättighetskonstruktion
4. Rättssäkerhetsfrågor
5. Ett förslag till lämplig beslutsmodell
6. Myndigheternas interna normer och styrdokument
7. Tillämpning och tolkning av LSS
8. Analys och slutsatser

Lennart Erlandsson
Jur.lic. o Fil.dr. i rättssociologi

1. Rapportens innehåll

Det har skrivits och debatterats mycket om Lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade (1993:387) - LSS - sedan lagen trädde ikraft 1994. Denna rapport handlar om tillämpningen av LSS och hur denna tillämpning inte alltid har fokus på lagens socialpolitiska syfte eller lagens målsättning. Fokus kommer att ligga på insatsen personlig assistans och den statliga assistansersättningen. Rapporten bygger till stora delar på en vetenskaplig avhandling med titeln ”Rätt, norm och tillämpning” som presenterades av Lennart Erlandsson i juni 2014. LSS har en rättighetskonstruktion och rapporten behandlar förutsättningarna för en rättssäker handläggning samt ger ett förslag till en lämplig rättstillämpningsmodell.

2. LSS – Bakgrund och målsättning med lagstiftningen

Detta inledande avsnitt handlar om bakgrunden till LSS och tar upp vilka konsekvenser lagstiftningen kan ha för enskilda personer som är beroende av stöd och service för att kunna leva som andra i samhället. Socialtjänstlagens (SoL) målsättning jämförs med LSS målsättning och hur en person som tillhör målgruppen för LSS kan ha goda levnadsvillkor jämfört med vad som gällde före den 1 januari 1994. Här presenteras också dilemman som finns när beslut fattas enligt LSS och handlar om det handlingsutrymme som alltid finns när lagen ska tillämpas i enskilda fall.

Välfärdsrättslig lagstiftning tillkommer efter offentliga utredningar och politiska beslut. Utan att gå in på den politiska beslutsprocessen när det gäller nationell lagstiftning kan vi konstatera att det görs en mängd överväganden och ett antal remissinstanser har möjlighet att yttra sig över det lagförslag som läggs fram till riksdagen. Här är LSS inget undantag. Lagen föregicks av ett omfattande utredningsarbete där flera remissinstanser (över 200) yttrat sig över utredningens förslag om en ny rättighetslagstiftning. De flesta var positiva till förslaget till en ny rättighetslag som innebar att personer med svåra funktionsnedsättningar skulle få ett individuellt anpassat stöd och service för att kunna leva som andra i samhället. Men det fanns också de som var negativa; framförallt kommunerna och Kommunförbundet som förordade att preciserade rättigheter istället skulle införas i den befintliga socialtjänstlagen.

Noterbart är att LSS antogs av riksdagen i en tid när Sveriges ekonomi inte gick så bra och det ansågs inte vara möjligt att satsa på välfärdsrättsliga reformer. Därför uttalade sig dåvarande statsrådet Bengt Westerberg bland annat genom en skrivning i propositionen (1992/93:389):

> ”Människor med handikapp har i alltför liten grad fått del av Sveriges välståndsutveckling. Levnadsvillkoren för familjer med handikappade barn är ofta svåra. Speciellt svåra förhållanden gäller för människor med allvarliga funktionsstörningar:” Westerberg betonade därför angelägenheten i att införa en ny lagstiftning som innebar att funktionshindrade skulle få förbättrade levnadsvillkor och menade ”att vi även i svåra tider kan finna utrymme till förbättringar för de mest utsatta till vilka människor med grava funktionshinder hör”.

Reformen ansågs därför ytterst angelägen och lagens målsättning innebär att målgruppen ska ha goda levnadsvillkor och kunna leva som andra. Lagens målsättning innebär en förbättring av den nivå på bistånd som gavs enligt socialtjänstlagen där det talas om personer ska ha en skälig levnadsnivå. Ett exempel på skälig levnadsnivå är hur en person med funktionsnedsättning kunde uppleva sin situation före den 1 januari 1994 då LSS infördes. Följande berättelse är från en person som hade insatser enligt SoL innan LSS trädde ikraft. Personen hade insatser enligt socialtjänstlagens målsättning (”skälig levnadsnivå”) och drömde om ett liv efter klockan 16.00 då hemtjänstpersonalen gått hem för dagen. Personen uttalade bland annat;

”Tänk att få vara påklädd tills det är tid att lägga sig. Att laga något gott till barnens favoritprogram på TV. Att ta en kvällspromenad. Att ta en kopp te. Att tacka ja, när jag blir bjuden på fest. Att få känna trygghet etc.”

Drömmen blev sann när personen beviljades personlig assistans all vaken tid och fick ett individuellt anpassat stöd till både grundläggande och andra behov som innebär goda levnadsvillkor.

En förutsättning för att lagen målsättning ska uppfyllas, för de personer som tillhör målgruppen och är i behov av insatser, är att lagen tillämpas på ett rättssäkert sätt av de myndigheter som fattar beslut i de enskilda fallen. Därför är det av intresse att visa hur myndigheterna valt att tolka lagstiftningen i ett antal fall, peka på dilemman som uppstår om olika myndigheter har olika syn på hur LSS ska tillämpas och vad som kan påverka myndigheterna i deras rättstillämpning.

Besluten fattas av kommunala tjänstemän på delegation av behörig nämnd där politikerna har beslutanderätt och på Försäkringskassan av tjänstemän som är beslutsbehöriga. Beslut fattas även av domare, om besluten överklagas till allmän förvaltningsdomstol. LSS reglerar individuella stöd- och serviceinsatser som rättigheter. Rättigheterna är noggrant preciserade när det gäller innehåll, syfte, målgrupp och förutsättningar. Det krävs ofta omfattande utredningar för att konstatera om sökanden tillhör målgruppen och uppfyller förutsättningarna för rätt till insatser enligt lagen. När lagen inte ger besked i det enskilda fallet måste beslutsfattarna göra en bedömning av de förutsättningar – rättsliga och sociala – som finns, och beakta olika normer vid tillämpningen av LSS.

LSS innehåller således en rättighetskonstruktion och lagen ger den enskilde rätt till insatser om vissa förutsättningar är uppfyllda. Dessa förutsättningar är

1. Den enskilde ska tillhöra lagens målgrupp som beskrivs i lagens första paragraf under tre olika personkretsar.
2. Personen ska vidare ha ett behov av insatser enligt LSS 9 §.
3. Rätt till insatser föreligger såvida behovet inte redan är tillgodosett på annat sätt (7 §).

Bedömning av ovanstående förutsättningar måste ta intryck av de individuella och sociala faktorer som framkommer vid utredningen i det enskilda fallet. Tillämpningen av LSS ska även ta hänsyn till vilka konsekvenser beslutet får relaterat till lagens målsättning. Juridisk kunskap är därför inte tillräckligt vid tillämpning av LSS. Det krävs också annan professionell kunskap som tar hänsyn till verkningar av besluten.

Tillämpningen inom LSS bör enligt min mening ske enligt en målrationell modell med hänsyn till lagens syfte, men det krävs också ett ställningstagande till utifrån de

rättsliga normer som anger vad som kan betraktas som gällande rätt i fallet. Gällande rätt kan ofta utläsas utifrån de ställningstaganden som gjorts i Högsta förvaltningsdomstolens prejudicerande domar och som jag återkommer till i nedanstående avsnitt.

Det finns alltid ett handlingsutrymme när LSS tillämpas i de enskilda fallen, vilket är en förutsättning för individuella hänsyn i varje fall. Dilemmat är hur myndigheterna hanterar handlingsutrymmet när besluten fattas inom olika myndigheter och vilka styrdokument som används av myndigheten. Gränserna för handlingsutrymmet - när det gäller gynnande förvaltningsbeslut - sätts av de kompetensregler som framgår av lagen (i detta fall LSS).

Olika myndigheter kan ha olika syn på rätten och hur LSS ska tillämpas. Olika myndigheter och olika professioner kan göra olika bedömningar och där handlingsutrymmet påverkas av interna styrdokument. Om handlingsutrymmet hanteras utifrån interna myndighetsspecifika normer kan vi få ett glapp mellan den rätt som bör tillämpas utifrån gällande rätt och den rätt som faktiskt tillämpas. Redan i början av 1900-talet konstaterade den framstående forskaren Talcott Parsons att aktörerna (i detta fall tjänstemän inom kommuner och Försäkringskassan) agerar utifrån de förväntningar som finns inom organisationen, vilket förutsätter att tjänstemännen är lojala i förhållande till den egna organisationens policy och styrdokument. De följer de riktlinjer som finns inom organisationen vilket också bekräftas av senare forskning (bl.a. Lipsky 1980, Åström 1988, Erlandsson 2014).

3. LSS, en rättighetskonstruktion

Rätt till insatser eller tävling om knappa resurser är en sammanfattning av vad som behandlas i detta avsnitt. LSS innebär att den enskilde har ett har ett rättskrav på samhället om lagens villkor är uppfyllda. Det krävs en ansökan av den enskilde men denna ansökan kan inte avslås med motiveringen att myndigheten har bristande resurser om lagens villkor är uppfyllda.

Rättighetskonstruktionen återfinns inom Välfärdsrättens område, exempelvis talas det om rätt till bistånd i socialtjänstlagen (4 kap 1 §) och rätt till insatser i LSS. Regleringsformen används av lagstiftaren för att tillförsäkra medborgare, som har behov av hjälp från samhället i en bestämd situation, tillgång till olika förmåner. Villkoren för att erhålla förmånen grundar sig på bedömningar och beskrivningen av förmånen sker utifrån den enskildes behov så som är fallet med socialtjänstlagen. När det gäller LSS används mer koncisa regler som innebär tio namngivna rättigheter som beskrivs i lagtexten. Personer som omfattas av LSS har rätt till insatser som beskrivs i lagens 9 § om deras behov inte tillgodoses på annat sätt (7 § LSS). LSS har alltså formen av en rättighetskonstruktion, men frågan är vad som menas med ”att ha rätt till insatser” så som lagen beskriver.

Rättighetskonstruktionen inom socialrättsområdet innebär en rättighetsbestämmelse som ger den enskilde sökande rätt till en specifik förmån eller insats om lagens villkor är uppfyllda (enligt den rättsliga regleringen). En svårighet med dessa rättighetsbestämmelser är att de hänför sig till individuella förutsättningar och behov som den enskilde individen har. Den generella regleringen ska tillämpas lokalt hos beslutsmyndigheten. Lokala, sociala och individuella förutsättningar kan svårligen preciseras i lag utan att texten blir allt för omfattande.

Flera författare har beskrivit vilka kriterier som skall vara uppfyllda för att en lag inom det välfärdsrättsliga området skall kunna definieras som en rättighetslagstiftning bland andra Bramstång, Hollander, Kjönstad, Syse, Stoor, Strömberg och Westerhäll.

Rättigheter enligt LSS är likalydande med en lagstadgad utgift för det offentliga. När utgiften inte är lagstadgad blir rätten till förmånen istället *en tävling om knappa resurser* enligt Kjönstad & Syse. En rättighetsbestämmelse som LSS medför alltså att medborgaren uppnår ett rättskrav om lagen villkor är uppfyllda. Dålig ekonomi hos beslutsmyndigheten rättfärdigar inte att avslå rättigheter enligt LSS och den enskilde ska inte bli utsatt för någon sorts tävling om knappa resurser. Beslutsmyndigheten måste naturligtvis göra en rättslig bedömning när LSS tillämpas och det måste göras en tolkning utifrån ett konkret fall hur detta kan inordnas under en rättsregel. Inom

juridisk metod talar man om subsumtionstolkning och denna tillämpningsmodell återkommer jag till i avsnitt 4.

För att sammanfatta hur vetenskaplig litteratur beskriver lagen som en rättighetskonstruktion av ovanstående författare kan jag konstatera följande när det gäller LSS:

1. *Lagen ger individer som tillhör personkretsen enligt 1 § rätt till insatser om behovet inte tillgodoses på annat sätt.* Det anges tydligt i lagen vilka som kan komma ifråga för insatser enligt LSS. De materiella förutsättningarna för att erhålla förmånen är inte heller begränsade till vissa situationer. Rätten till insatser enligt LSS är alltså formulerad som en individuell rättighet knuten till en viss personkrets och förutsättningarna för att erhålla rättigheten är angivna i lagen med hänvisning till 1 § och 7 §.
2. *Förmånens innehåll beskrivs som rättigheter i 9 § LSS och insatserna ska tillförsäkra den enskilde goda levnadsvillkor.* Insatserna ska anpassas till mottagarens individuella behov samt vara tillgängliga. Detta innebär att myndigheten kan behöva komplettera med andra insatser än de som anges i 9 § för att nå målsättningen med lagstiftningen. Det innebär att vid stödets närmare utformning i det konkreta fallet måste det lagens syfte (goda levnadsvillkor etc.) beaktas för att nå målet. I praktiken är det omöjligt att i lagtext specificera individuella lösningar för att tillgodose alla de olika behov som kan finnas. Den enskilde ska kunna lita på att insatserna är varaktiga och ges så länge behov föreligger. Kontinuitet ska garanteras och samordning med andra samhällsorgan ska ske.
3. *Insatser enligt LSS ska beviljas oberoende av budgetanslag.* I praktiken krävs naturligtvis resurstilldelning men med hänvisning bland annat till lagen och dess förarbeten kan den enskildes rätt till insatser enligt LSS inte avslås med hänvisning till kommunens bristande resurser.
4. *Avslagsbeslut avseende insatser enligt LSS kan överklagas* enligt 27 § och därmed finns möjlighet till kvalificerad och allsidig återprövning avseende såväl rättighetens förutsättningar som dess innehåll. Domstolens prövning ska avse både beslutets laglighet och lämplighet. I första hand avser prövningen rätten till insatsen, inte själva utformningen.
5. *LSS innehåller bestämmelser om statlig tillsyn och kontroll.* Inspektionen för vård och omsorg utövar tillsyn över all verksamhet som bedrivs enligt LSS. Länsstyrelserna och Socialstyrelsen har tidigare haft detta tillsynsansvar och har sedan lagen trädde i kraft fokuserat på olika frågor i sin tillsynsverksamhet.
6. *Det finns sanktionsmöjligheter* gentemot myndigheter för utkrävande av individuella rättigheter enligt LSS 28 a – d §. Myndigheten kan numera åläggas en sanktionsavgift om den inte verkställer besvärsinstansens dom. Dessa bestämmelser har tillkommit efter det att man konstaterat domstolstrots i ett

flertal fall som uppmärksammades i utredningen om verkställighet av vissa gynnande kommunala beslut (Beviljats men inte fått, SOU 2004:118).

Nämnda kriterier gör att LSS har en rättighetskonstruktion men detta ändå inte är något mått på i vilken utsträckning stödinsatserna realiseras i verkligheten. Min slutsats är att eftersom LSS uppfyller alla de krav som kan ställas på en rättighetslagstiftning kan myndigheten inte hänvisa till bristande resurser för att komma ifrån sin skyldighet att bevilja förmånen och de som omfattas av lagstiftningen ska därför inte bli föremål för ”en tävling om knappa resurser”.

4. Rättssäkerhetsfrågor

I detta avsnitt avhandlas vad som menas med rättssäkerhet utifrån aktuell forskning på området. I juridisk doktrin talas ofta om legalitet, förutsebarhet, kontrollerbarhet och likabehandling, men också om orienteringssäkerhet och realiseringssäkerhet. I senare studier tas frågan upp om en social godtagbarhet och att rättstillämparen beaktar konsekvenserna av sina beslut.

Rättssäkerhetsfrågan är särskilt viktig för personer som inte själva kan göra sin röst hörd eller föra sin egen talan. De som söker insatser enligt LSS är ofta utlämnade till myndigheternas goda vilja och tjänstemännens kunskap och förståelse för deras problematik. Det krävs ibland omfattande utredningar och den enskilde kan sakna förmåga att beskriva sin situation samt vilka behov av stöd och service som behövs för att nå upp till lagens målsättning. Den som söker en insats enligt LSS ska bli informerad om sina rättigheter enligt lagen, ha rätt till en likvärdig behandling som andra oavsett kön, etnicitet etc. Beslutsfattaren ska utgå från sökandens behov och den sociala situation som påverkar den enskildes liv. Beslutet ska ha en individuell prägel och för detta krävs en interaktion mellan sökanden och beslutsfattaren. Den enskilde ska kunna lita på att ärendet är så väl utrett som situationen kräver, att det gjorts en professionell behovsbedömning samt att beslutet är väl underbyggt med hänsyn till rättsliga och andra normer. Beslutsfattaren måste också inse konsekvenserna av sitt beslut och motivera eventuella avslagsbeslut (med hänvisning till rättskällorna) så att sökanden förstår varför det blev ett avslag, men också informera om vilka andra möjligheter som finns, och exempelvis hjälpa till med att kontakta andra myndigheter. Sökanden ska också få hjälp av beslutsmyndigheten att överklaga beslut som innebär helt eller delvist avslag på ansökan. Vid positiva beslut är det ett rättssäkerhetskrav att besluten verkställs i rimlig tid och i samband med beslutet ska den enskilde informeras om rätten till att få sina insatser samordnade i en individuell plan.

Därmed kan jag konstatera att beslut enligt LSS är beroende av *legalitet, förutsebarhet, kontrollerbarhet och likabehandling.* Men detta är inte tillräckligt, rättssäkerheten är också beroende av etiska överväganden och rättstillämparna måste ta hänsyn till effekterna av sina beslut. Den sociala kontexten i det enskilda fallet tillsammans med lagens målsättning utgör en viktig grund för rättssäkra beslut. Därför krävs noggranna utredningar som ska ligga till grund för besluten i det enskilda fallet. Rätten till insatser enligt LSS får inte bli en del av en tävling om knappa resurser, där olika tävlingsregler gäller inom olika instanser. Besluten ska vara både rättsligt, etiskt och socialt godtagbara med hänsyn till individuella förutsättningar.

Rättslig godtagbarhet eller formell rättssäkerhet kan också uttryckas som *orienteringssäkerhet* och innebär att det finns fattbara rättsregler som gör det möjligt att

förutse myndigheternas och domstolarnas agerande. Etisk godtagbarhet, materiell rättssäkerhet eller *realiseringssäkerhet* innebär att rättsreglerna realiseras genom beslutsfattandet med etiska överväganden. Realiseringssäkerhet förutsätter också att processuella regler följs som exempelvis i förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen.

För en *social godtagbarhet* krävs dessutom att rättstillämparen beaktar konsekvenserna av sina beslut och om det som beslutas upplevs som godtagbart för den som omfattas av beslutet. Beslutsfattaren har alltså att överväga:

1. Om beslutet är rättsligt godtagbart (formellt rättssäkra),
2. om beslutet är etiskt godtagbart (materiella rättssäkra) och
3. om beslutet är självständigt, tar hänsyn till individuella förutsättningar och därmed ger en socialt godtagbar rättsföljd med hänsyn till lagens målsättning.

5. Ett förslag till lämplig beslutsmodell

Det kan tyckas ambitiöst att föreslå en lämplig tillämpningsmodell av LSS, men i detta avsnitt görs en genomgång av en juridisk metod som lämpar sig för den typ av lagstiftning som LSS innebär. Sedvanliga rättskällor gås igenom här och hur dessa förhåller sig till varandra. Reella hänsyn introduceras som rättskälla med fokus på individuella lösningar.

Beslut enligt LSS fattas oftast av tjänstemän i landets kommuner och av tjänstemän på Försäkringskassan. När besluten överklagas prövas myndigheternas beslut av jurister i förvaltningsdomstol. Det är alltså beslutsfattare med olika förutsättningar och kompetenser som tillämpar LSS på olika nivåer. Mot bakgrund av bland annat dessa faktorer saknas det en enhetlig tillämpning av LSS och det finns anledning att föreslå en rättstillämpningsmodell som kan användas inom alla arenor.

Lagstiftningen ska naturligtvis tillämpas och kunskap om juridisk metod och rättskälleläran är nödvändig för att konstatera hur lagen ska tillämpas i ett enskilt fall. Inom välfärdsrätten har lagens förarbeten en stark ställning när det gäller att få fram ändamålet med lagstiftningen. Det innebär en målrationell tolkningsmetod som ska tillämpas vid bedömningen av behov och stöd enligt LSS. Exempelvis kan lagens förarbeten förtydliga vad som ligger till grund för lagens målsättning. Även prejudicerande domar från Högsta förvaltningsdomstolen bör användas som stöd för att tolka lagen. Den kanske viktigaste rättskällan i sammanhanget är reella hänsyn som tar hänsyn till vilka konsekvenser beslutet får för den enskilde.

Juridisk metod används primärt för att fastställa vad som är gällande rätt utifrån erkända rättskällor. Rättskällematerialet förutsätts ligga till grund för den faktiska rättstillämpningen. För att fastställa vad som är gällande rätt inom ett visst område krävs kunskap om samtliga relevanta rättskällor och hur dessa förhåller sig till varandra, eftersom lagtexten sällan ger besked i det enskilda fallet. Juridisk metod förutsätter en rättskällelära som beskriver och förklarar rättskällorna. Olika rättskällor har olika auktoritet och bör tolkas så att de blir förenliga med varandra. Lagar och andra rättskällor bör anpassas ömsesidigt på så sätt att om en norm av lägre dignitet strider mot en norm av högre dignitet, så ska den senare följas. Detta system av regler utgör rättsordningen i form av grundlag, lagar, förordningar och andra rättskällor.

Rättsregler kännetecknas av att de handhas och genomdrivs i en särskild ordning. I Sverige är riksdagen den lagstiftande församlingen, medan rättstillämpningen sköts av myndigheter och domstolar. Typiskt för rättsreglerna är också att de emanerar från det politiska systemet som uttrycker en vilja att genomföra en viss målsättning.

I enlighet med legalitetsprincipen kan det göras en klassificering av de rättskällor och informationskällor som används i kommunerna och på Försäkringskassan enligt nedanstående tabell.

Rättskällor mm som källor till rättslig auktoritet.

Auktoritet **Prioritet**	**Ska**	**Bör**	**Får**	**Informationskälla**	**Övrigt**
1:a hand	Lag				
2:a hand		Lagförarbeten Högsta förvaltnings-domstolens prejudikat			
3:e rummet			Rättsvetenskaplig litteratur Underrätters praxis		
Kan ej graderas (informations-källor mm)				Litteratur	Databas Internt material
Får ej användas					Interna riktlinjer i strid med lag och praxis

Materialet i tabellen delas in i bindande, vägledande respektive övriga rättskällor. Dessutom klassificeras en del material som informationskällor och en del under kategorin övrigt. Beslutsmyndigheternas interna material är inte att betrakta som rättskällor även om de innehåller hänvisningar och tolkningar av olika rättskällor därför hamnar interna styrdokument under kategorin övrigt. I kategorin övrigt hamnar också databaser som innehåller en mängd information. Från denna utgångspunkt blir indelningen följande.

Lagstiftningen *ska* beaktas och är en *bindande* rättskälla. Högsta förvaltningsdomstolens praxis och lagens förarbeten *bör* beaktas och är sådana dokument som är *vägledande* för rättstillämpningen. Avgöranden i underrätt och rättsvetenskaplig litteratur *får* åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation.

Dessa är att betrakta som *övriga* rättskällor. Förutom formella rättskällor finns *informationskällor* som beskriver rättsreglernas innebörd.

Enligt författningsförordningen (1976:725) är det en klar skillnad mellan författningar och myndighets allmänna råd. Författningar utgörs av lagar, förordningar och andra rättsregler som i 8 kap. regeringsformen betecknas som föreskrifter, medan allmänna råd är sådana generella rekommendationer om tillämpningen av en författning som anger hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende. Kommunerna och Försäkringskassan har ingen normgivningsmakt som gäller tillämpningen av LSS och får därför inte meddela bindande föreskrifter. Myndigheternas egna riktlinjer kan beaktas som allmänna råd i den mån de innehåller rekommendationer om tillämpningen av LSS. Allmänna råd kan ge en bra generell vägledning vid ansökan, ärendehandläggning och beslut. När det sedan kommer till individuella avgöranden så ska handläggaren komplettera med rättsliga dokument som ska, bör och får användas. Interna riktlinjer som är i strid med lag och praxis får naturligtvis inte användas.

Reella hänsyn är övergripande rättskälla som inte faller inom ramen för ovanstående tabell. Reella hänsyn är en viktig faktor att ta hänsyn till i beslutsfattandet vid sidan av formella rättskällor som lag, förarbeten och praxis. I rättighetslagstiftning som LSS är legalitetsprincipen viktig men lagtexten kan inte ta individuella hänsyn utan att bli alltför omfattande. Därför menar jag att reella hänsyn löser frågor som dyker upp i enskilda fall och som också värderar konsekvenserna av beslutet så att lagens målsättning blir uppfylld. Handlingsutrymmet som finns vid beslutsfattandet innebär att det görs en diskretionär prövning som inte är godtycklig men med beaktande av reella hänsyn. Reella hänsyn medför att rättsreglerna ska tolkas så att målsättningen med lagen uppfylls och att hänsyn tas till individuella förutsättningar, samt vilka konsekvenser beslutet förväntas få för den enskilde.

Med rättskälleläran som grund kan den juridiska beslutsmodellen tillämpas på de fall som ska beslutas enligt LSS. Det krävs ett faktaunderlag som kan tas fram genom en socialutredning och ibland kompletteras med olika specialistintyg (medicinska och andra utlåtanden). Utifrån detta utredningsunderlag kan det konstateras vilka faktiska förhållanden som föreligger. Sådana fakta som rättsregler hänvisar till benämns rättsfakta och utgörs i regel av direkta faktiska förhållanden som utgör rekvisit i en rättsregel. För att kunna ta ställning till om ett visst rättsfaktum föreligger används bevisfakta. När det konstaterats om vissa omständigheter föreligger eller inte så ska detta förhållande jämföras med en viss lagregel eller annan relevant rättskälla som då ger besked hur problemet ska lösas. Denna modell kallas subsumtionslogisk metod eftersom ett visst problem subsumeras under en relevant rättskälla. Modellen används inom alla rättsområden även om rättskällematerialet varierar.

Den juridiska beslutsmodellen, som också kallas subsumtionslogisk metod, bygger på tre beståndsdelar:

1. rättsfaktum, som samtidigt utgör rekvisit i en rättsregel; som
2. jämförs med rättsregeln: lag eller annan rättskälla (den rättsliga grunden); och som
3. leder till en rättsföljd, eller den slutsats som beslutsfattaren kommer till.

Vid beslut enligt LSS görs en personkretsbedömning där beslutsfattaren jämför rättsfakta som framgår i ett utredningsunderlag med rekvisiten i lagtexten. Exempelvis LSS 1 § 3.

1) varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som inte beror på normalt åldrande, om de är stora och
2) förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och
3) därmed ett omfattande behov av stöd eller service

Den beskrivning som ges i lagen är att samtliga tre rekvisit ska vara uppfyllda. Beslutsfattaren gör en bedömning utifrån samtliga relevanta fakta och jämför med lagens rekvisit om förutsättningarna är uppfyllda och kommer därefter till en slutsats, som innebär att den enskilde tillhör personkretsen eller inte.

Inom välfärdsrätten hör det visserligen till undantagen att rekvisiten är så tydliga att de preciserar vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda, exempelvis för personkretstillhörighet enligt LSS, men när så är fallet fungerar den juridiska beslutsmodellen väl för att underlätta tankearbetet.

Rättstillämpningen bör följa samma modell oavsett vilken myndighet som är beslutsbehörig.
Modellen utgår från en normrationalitet utifrån den juridiska metoden när det gäller att konstatera vem som omfattas av lagen. Metoden mynnar ut i ett målrationellt beslutsfattande avseende vilken insats den enskilde har rätt till. Detta är möjligt och nödvändigt för att uppfylla lagens målsättning i de enskilda fallen. Normrationaliteten i förhållande till legalitetsprincipen uppfyller rättssäkerhetskraven på förutsebarhet, kontrollerbarhet och likabehandling. För att tillgodose det substantiella rättssäkerhetskravet krävs ett målrationellt beslutsfattande som tar hänsyn till konsekvenserna av beslutet.

Det som ska styra tillämpningen av LSS är den enskildes speciella förutsättningar som gäller i fallet, inte vilken myndighet som är beslutsbehörig. Reella hänsyn är en rättskälla som ska beaktas inom ramen för det handlingsutrymme som finns vid beslut enligt LSS. Rättstillämpningen utgår alltså från en individualiserad tillämpningsmodell

där detaljerade anvisningar passar illa. Lämplighetsöverväganden och skälighetsbedömningar utifrån de enskilda fallen ska göras inom ramen för handlingsutrymmet som sammanfaller med lagens syfte.

Vid en ansökan om personlig assistans enligt LSS ska det först göras en personkretsbedömning enligt ovan, där det konstateras om lagens rekvisit är uppfyllda enligt en normrationell beslutsmodell som beaktar lag, lagförarbeten, praxis och reella hänsyn. Därefter följer en bedömning av assistansbehovet och hur omfattande detta behov är. Vid denna bedömning görs en målrationell tolkning av LSS som beaktar lagens socialpolitiska syfte, så att den enskilde kan ha goda levnadsvillkor och leva som andra. Bedömningen följer efter en utredning som gjorts utifrån den enskilde individens behov av stöd och service. Bedömningen tar hänsyn till individuella och sociala förutsättningar men också vilka konsekvenser beslutet får för den enskilde. Lagen tolkas då enligt en målrationell metod inom ett tillåtet handlingsutrymme som också kan betecknas som ett tolkningsutrymme. Den enskilde domaren eller tjänstemannen har att pröva saken och avgöra förekommande fall vart för sig.

Prövningen innebär inte en fri skönsmässig prövning. Det är en prövning som beaktar reella hänsyn vilket innebär:

a. Beslutet ska innehålla *konsekvensbaserade värderingar* som tar hänsyn till vilka konsekvenser beslutet får för den enskilde, med hänsyn taget till lagens målsättning. Exempelvis kan konsekvensen av funktionshinder hos ett barn innebära stora svårigheter och att stödbehoven är stora just för att det gäller ett barn, vilket får till följd att även små barn kan tillhöra lagens målgrupp.
b. *Innehållsmässiga värderingar* tar hänsyn till det materiella innehåll som beslutet får i det enskilda fallet. Exempelvis assistansersättning ska beviljas som täcker det individuella assistansbehovet.
c. *Rättstekniska värderingar* som innebär problemlösande och inte processkapande beslut. Beslutsmyndigheten ska utreda om behovet av insatser finns för personer som tillhör målgruppen för LSS. Om behovet finns och inte är tillgodosett så ska insatsen beviljas av beslutsmyndigheten och den enskilde ska inte behöva vända sig till domstol för att få sina behov tillgodosedda.
d. *Systemorienterade värderingar* som innebär ett tolkningsalternativ som är anpassat till andra regler. Insatser enligt LSS kan ibland kompletteras med exempelvis behandlingsinsatser som ges av hälso- och sjukvården för att den enskilde ska få ha goda levnadsvillkor och besluten ska då följas upp i en individuell plan.

Modellen utgår alltså från legalitetsperspektiv på rättstillämpningen, där procedurregler enligt förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen är nödvändiga men inte tillräckliga förutsättningar för en rättssäker handläggning. Den viktigaste förutsättningen för en rättssäker handläggning är användningen den juridiska beslutsmodellen med beaktande av reella hänsyn.

6. Myndigheternas interna normer och styrdokument

I detta avsnitt ges exempel på beslutsmyndigheternas interna riktlinjer och vägledningsdokument. Kommunerna har olika riktlinjer medan Försäkringskassan har enhetliga omfattande styrdokument som tillämpas i hela landet. Dokumenten är mer eller mindre styrande trots att myndigheterna saknar formell makt att ge ut bindande förordningar eller föreskrifter avseende LSS.

Landets 290 kommuner är av skiftande karaktär och storlek. Kommunerna är politiskt styrda organisationer som har en hög grad av självständighet och har behörighet att själva ha hand om angelägenheter som rör kommunens område och dess medlemmar. Den kommunala självständigheten begränsas i vissa fall genom lagstiftning som innebär att kommunens befogenheter och skyldigheter regleras. Det innebär i dessa fall en bunden sektor för kommunerna och när det gäller LSS medför det en skyldighet för kommunerna att bevilja stöd- och service insatser för personer som tillhör målgruppen i LSS.

Kommunerna har ingen egen normgivningsmakt att meddela bindande föreskrifter som gäller LSS. Däremot kan kommunerna upprätta olika dokument som stöd för handläggningen. Enligt en uppföljning gjord av länsstyrelserna 2006 har (eller planerar att framställa) ca 200 av landets kommuner riktlinjer som ska använda vid beslut enligt LSS. I en intervjustudie 2005-2006 med tjänstemän i 16 kommuner från Skåne i söder till Dalarna i norr, framkom att kommunerna har interna styrdokument av olika karaktär som är mer eller mindre styrande. (Erlandsson 2014). På frågan vilket material som används som beslutsunderlag uppgav tjänstemännen att interna riktlinjer används tillsammans med lag förarbeten och rättspraxis, ofta utan att man kan rangordna dessa olika källor. De interna riktlinjerna är ofta detaljerade anvisningar, men innehåller också mål för verksamheten. Exempelvis enligt följande citat:

”Målet med LSS är att kompensera funktionshinder, dvs. det ska inte vara någon skillnad i levnadsvillkor för människor med eller utan funktionshinder.”

Riktlinjerna beskriver ofta beslutsprocessen vid personkretsbedömning.

LSS upplevs som otydlig och svårtolkad av de kommunala tjänstemän som medverkade i studien 2005-2006. Därför använder sig tjänstemännen sällan enbart av lagen som stöd för sina beslut. Detta är i sig inget anmärkningsvärt eftersom det rör sig om individuella behov som ska tillgodoses. Lagtexten kan inte ge besked hur enskilda fall ska bedömas. Däremot finns det ofta stöd i andra rättskällor som är förenliga med varandra, vilket innebär att rättskällor som exempelvis lagförarbeten och praxis från Högsta förvaltningsdomstolen hjälper till att ge en bild av rättsläget i det enskilda fallet.

Tjänstemännen som medverkade i studien hade svårt att beskriva i vilken hierarkisk ordning man använde olika källor som grund för sina beslut. Lagförarbeten användes i stor utsträckning och hade hög prioritet medan prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen fick en betydligt blygsammare betydelse som rättslig norm. Kommunerna hänvisade till egna riktlinjer i flera fall, men hade samtidigt svårt att beskriva vilken prioritet som riktlinjerna hade. Kännetecknande för de kommunala riktlinjerna, som länsstyrelserna också redovisar i sin rapport, är att riktlinjerna innehåller utdrag ur lagtext och förarbeten, med utfyllande text om hur ärenden ska handläggas i detalj. Länsstyrelserna riktade kritik mot dessa normer i sin uppföljning 2006, eftersom de fann riktlinjer som stod i strid med gällande praxis.

Vid en kritisk granskning av dessa kommunala riktlinjer, vägledningsdokument och så kallade kriterier finns exempel på skrivningar som kan ifrågasättas i en jämförelse med LSS målsättning och den praxis som finns. De flesta kommunala riktlinjer handlar om bedömning av personkrets 3. Dessa riktlinjer innehåller olika ”kriterier” som ska vara uppfyllda för att den enskilde ska tillhöra personkrets 3. Kriterierna som beskrivs i riktlinjerna överensstämmer inte med de tre rekvisit som anges i lagen. Riktlinjerna går inte heller att härleda till praxis från Högsta förvaltningsdomstolen där domstolen behandlat frågan om lagens rekvisit är uppfyllda. De kommunala riktlinjerna anger andra ”kriterier” än lagens rekvisit och därmed andra förutsättningar som skall vara uppfyllda för att den enskilde ska tillhöra målgruppen för LSS. Framförallt är riktlinjerna olika i olika kommuner och ger ingen klar bild av hur personkrets 3 ska bedömas.

Följande exempel illustrerar hur riktlinjer avseende personkrets 3 kan se ut hos en kommun:

> ”Personer med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder som uppenbart inte beror på normalt åldrande, om de är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ger ett omfattande behov av stöd eller service. Alla rekvisiten skall vara uppfyllda för att den enskilde ska omfattas av lagen.”
> - ”Varaktigt – Ej tillfälligt eller övergående.”
> - ”Stort – Uttalade förlamningar svårartade och invalidiserade effekter av sjukdomar eller skador.”
> - ”Betydande – Svårigheter att klara delar i eller hela den dagliga livsföringen.”
> - ”Omfattande – Dagligt behov av långvarigt eller upprepat stöd.”

Ovanstående kommun talar om rekvisit i sina riktlinjer utan att beskriva vilka de är. Istället görs en uppräkning av hur kommunen uppfattar olika begrepp, alternativt avser uppräkningen en egen tolkning av rekvisiten som framgår av lagtexten.

En annan kommun gör en koppling till LSS 7 § vid personkretsbedömning:

> ”Om behov föreligger, behovet inte kan tillgodoses på annat sätt, insatserna behövs för att den enskilde ska tillförsäkras såväl en skälig levnadsnivå som goda levnadsvillkor, funktionshindret är varaktigt.”

Denna skrivning ger kanske inte så bra vägledning vid personkretsbedömning utan är snarare en vägledning av rätt till stöd eller service.

När det gäller kommunala styrdokument som avser olika rättigheter enligt LSS finns också skrivningar som kan ifrågasättas. En kommun skriver att: ”Besluten omprövas/övervägs regelbundet eller vid ändrade förhållanden.” Detta förfarande är i strid både med lagens målsättning och offentligrättsliga principer som anger att gynnande beslut med positiv utgång för den enskilde har så kallad *negativ rättskraft*, vilket innebär att beslutet inte ändras såvida 1) det inte är påkallat av tvingande säkerhetsskäl, 2) sökanden har lämnat vilseledande uppgifter eller 3) det finns ett förbehåll i beslutet. I en aktuell vetenskaplig avhandling konstaterades bland annat att den offentligrättsliga principen - som anger att beslut som är gynnande för den enskilde har negativ rättskraft - inte får genomslag i kommunerna. Detta får till följd att med personer funktionsnedsättningar inte kan lita på att de får behålla de stöd- och serviceinsatser som beviljats. (Bäckman 2013).

Kommunala riktlinjer för personlig assistans handlar ofta om hur besluten ska verkställas och hur insatsen ska utformas. Exempelvis skriver en kommun att insatsen ska utformas i samråd med brukare och assistenter. Riktlinjerna beskriver också ofta noggrant vad som avses med ”grundläggande behov”.

En kommun har följande riktlinjer:

> ”För att få rätt till personlig assistent ska vissa grundläggande behov finnas”:
> - ”Funktionshindret ska vara stort och varaktigt.”
> - ”Det ska finnas behov av praktisk hjälp med personlig hygien, måltider, klä av eller på sig eller att kommunicera med andra.”
> - ”Eller behov av annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den enskilde.”

Här blandar kommunen rekvisit för personkretstillhörighet med stöd och hjälpbehov som ska finnas för att den enskilde ska ha rätt till personlig assistans. Risken med dessa detaljerade styrdokument är att tjänstemännen i respektive kommun följer riktlinjerna och begränsar möjligheterna till individuellt anpassade beslut. Därför är det positivt att en kommun skriver i sina riktlinjer:

> ”Dessa kriterier är till för att underlätta handläggningen samt öka enhetligheten vid behovsbedömning i samband med ansökan om LSS-insats. Kriterier ska inte ses som regler utan som hjälpmedel. Underlaget till ett beslut måste alltid utgå från de individuella behoven och förutsättningarna”.

Dessa riktlinjer innehåller också en hänvisning till förvaltningslagen och till Socialstyrelsens allmänna råd

Försäkringskassan är en central statlig myndighet med kontor i hela landet. Tidigare var försäkringskassorna regionala - oftast länsvis indelade - myndigheter med Riksförsäkringsverket som central statlig tillsynsmyndighet. Försäkringskassan har inte någon normgivningsmakt när det gäller LSS vilket innebär att de inte har legal befogenhet att ge ut bindande föreskrifter. Försäkringskassan ger ändå ut interna styrdokument i form av föreskrifter och allmänna råd som kompletteras med ett detaljerat vägledningsdokument och metodstöd. När det gäller personkretsbedömning och rätten till assistansersättning används dessa interna normer som beslutsunderlag.

Riksförsäkringsverkets A*llmänna råd (RAR 2002:6) om assistansersättning* används tillsammans med ett omfattande internt styrdokument som har beteckningen *Vägledning 2003:6. Senaste versionen är nr 12 beslutad 2013-06-12.* Vägledningsdokumentet innehåller också ett så kallat ”metodstöd”. De allmänna råden innehåller lagtext från socialförsäkringsbalken 51 kap. med bestämmelser om assistansersättning, samt allmänna råd i anslutning till varje paragraf som förtydligar hur bestämmelsen ska tolkas enligt Försäkringskassan.

Vägledningsdokumentet har detaljerade föreskrifter om hur personkretsbedömning ska göras i samband med beslut om assistansersättning. I Vägledning kapitel 8 beskrivs personkretsarna enligt LSS. Kapitlet inleds med lagtext från LSS 1 § samt utdrag från förarbetena till lagtexten, sedan följer ett avsnitt som beskriver vilket underlag som behövs för bedömning av personkretstillhörighet. Jag har valt att citera ett stycke ur texten för att ge en bild av hur dokumentet är formulerat som styrdokument och därmed också normgivande.

> ”Eftersom grupperna 1 och 2 bygger på medicinska diagnoser ska det finnas medicinska underlag som styrker personkretstillhörigheten. Det är viktigt att det i underlaget är redogjort för vilka utredningar som ligger till grund vid ställningstagandet av den medicinska diagnosen. Grupp 3 bygger på vilka svårigheter den enskilde har i den dagliga livsföringen till följd av ett eller flera funktionshinder och tar inte fasta på någon speciell diagnos. Vid bedömning av tillhörigheten enligt grupp 3 är de medicinska underlagen en del av underlaget för bedömningen tillsammans med en funktionsbedömning. Bedömningen görs utifrån de kriterier som anges i grupp 3.”

Vidare framgår att:

> ”Vid ansökan eller anmälan om assistansersättning ska Försäkringskassan alltid fatta beslut om personkretstillhörighet oavsett om personen beviljas assistansersättning eller inte. Detta gäller även om kommunen också beslutat eller bedömt personkretstillhörigheten. Försäkringskassan är inte beroende av kommunens bedömning av personkretstillhörighet.”

Försäkringskassans egna styrdokument innehåller ofta förtydligande av lagtext med hänvisning till förarbeten och praxis. Styrdokumenten är ofullständiga framförallt när det gäller prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen. Det saknas exempelvis hänvisning till denna praxis när det gäller att bedöma barns personkretstillhörighet. I RÅ 2001 ref. 33 framgår att när det gäller barn i en viss ålder så är det ofta så att svårigheterna och stödbehoven blir särskilt stora just därför att det gäller barn. Försäkringskassan nämner inget om fallet i sin *Vägledning* istället hänvisar man där till valda delar i lagens förarbeten där det bl.a. framgår att det är svårt att bedöma de betydande svårigheterna i den dagliga livsföringen eftersom alla små barn behöver hjälp med att äta, kommunicera och förflytta sig mm.

Barn med funktionsnedsättning ska enligt Försäkringskassan jämföras med barn i samma ålder utan funktionshinder när det gäller hjälpbehov. Vid bedömning av rätt till assistansersättning ska hänsyn tas till vad som kan anses som normalt föräldraansvar. Försäkringskassan betonar att det är endast hjälpbehov som går utöver vad som är normalt för ett barn i ifrågavarande ålder som läggs till grund för bedömningen av behovet av personlig assistans. Enligt Försäkringskassan är det först vid tolv års ålder det inte i någon nämnvärd omfattning går att bortse från föräldraansvaret när det gäller den tid som krävs för att tillgodose grundläggande behov. Försäkringskassan hänvisar i sitt Vägledningsdokument till RÅ 1997 ref. 23 där Försäkringskassans tolkning innebär att när det gäller barn är det först från tolv års ålder behovet av personlig assistans bedöms på samma sätt som för vuxna. Denna tolkning av domen är generaliserande och kan leda till missuppfattningar som gör att barn under tolv år endast i undantagsfall blir tillerkända personlig assistans av beslutsfattarna på Försäkringskassan. Högsta förvaltningsdomstolen uttalar i RÅ 1997 ref. 23 som gällde N 12 år som var gravt utvecklingsstörd och led av epilepsi att;

> ”för ett friskt barn i N:s ålder, 12 år, så är behovet av hjälp med de grundläggande behoven i den mening som avses i 9 a § LSS av begränsad omfattning. Det är därför inte möjligt att med hänvisning till föräldraansvaret bortse från någon nämnvärd del av den tid som krävs för att tillgodose N:s grundläggande behov.”

Uttalandet i RÅ 1997 ref. 23 är naturligtvis beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Om N hade varit elva år vid rättens avgörande av målet är det inte säkert att bedömningen hade blivit annorlunda med hänsyn till föräldraansvaret, medan Försäkringskassan tolkar domen så; att det är först vid tolv års ålder som det går att bortse från föräldraansvaret i någon nämnvärd omfattning. Domstolens avgörande har inte som syfte att vägleda rättstillämpningen med en fixerad åldersgräns när det gäller föräldraansvaret och försäkringskassans tolkning kan därför ifrågasättas.

Försäkringskassans referat av prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen är kortfattade. Exempelvis refereras till målet RÅ 1999 ref. 54 i dokumentet *Vägledning*.

Där konstateras att en man med en grav synskada inte ansågs tillhöra personkretsen eftersom samtliga krav enligt lagen inte varit uppfyllda, utan att man anger de speciella förutsättningar som gällde avseende mannens ålder och sociala situation. Risken med ett så kortfattat referat är att det kan uppfattas som att alla personer med grava synnedsättningar inte kan tillhöra målgruppen för LSS.

Försäkringskassan använder begreppet ”kriterier” när det gäller förutsättningar som ska vara uppfyllda för att lagen ska vara tillämplig. Det är skillnad i betydelse av begreppet kriterier – som betyder kännetecken – och rekvisit som betyder förutsättningar som ska vara uppfyllda för att lagen ska vara tillämplig. Begreppet rekvisit används inom alla juridiska discipliner när det gäller beskriva vilka krav som ska vara uppfyllda för att en viss rättsregel ska kunna tillämpas. En annan detalj som är intressant att diskutera är att Försäkringskassan gör en egen bedömning av personkretstillhörighet trots att en sådan bedömning redan gjorts av kommunen. Inom rättsområdet allmän förvaltningsrätt sägs ett beslut ha *positiv rättskraft* om det ska läggas till grund för senare avgörande av någon myndighet. Om kommunen fattat beslut om personkretstillhörighet i ett ärende om rätt till personlig assistans borde detta beslut ha positiv rättskraft och ligga till grund för Försäkringskassans senare avgörande av rätten till assistansersättning, när förutsättningarna är de samma vad gäller funktionshinder, svårigheter i daglig livsföring samt behov av stöd och service.

Försäkringskassans dokument *Vägledning* beskriver således de olika personkretsarna med hänvisning till lagen, lagens förarbeten och till enstaka avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen. Försäkringskassans *Vägledning* innehåller också ett avsnitt som avser bedömning av rätten till assistansersättning. Inledningsvis kan man läsa: ”Detta kapitel beskriver de regler som gäller för att bedöma rätten till assistansersättning”. Sedan följer en tydlig bild i vilka steg bedömningen ska göras med hänvisning till lagstiftningen.

1) Personkretsbedömning; om sökanden inte tillhör någon av personkretsarna enligt Försäkringskassans bedömning blir det avslag på ansökan. Om vederbörande bedöms tillhöra någon personkrets fortsätter handläggningen.
2) Bedömning av behov; om sökanden har behov av assistans för grundläggande behov. Om så är fallet fortsätter handläggningen, i annat fall avslås ansökan.
3) Tidsbedömning – grundläggande behov; om sökanden har behov av assistans för grundläggande behov i genomsnitt mer än 20 timmar per vecka. Om behovet understiger 20 timmar per vecka avslås ansökan, om behovet överstiger 20 timmar per vecka fortsätter handläggningen.
4) Behov av assistans för andra personliga behov utreds.
5) Tidsbedömning för andra personliga behov görs.
6) Det totala antalet timmar som assistansersättning ska beviljas beräknas.

Vid timberäkning enligt Försäkringskassans *Metodstöd* ska genomsnittsbehoven av assistans beräknas per vecka exempelvis på grund av personernas boende- och vistelseförhållanden, exempelvis enligt följande:

> ”Kajsa bor hemma varannan vecka. Utredningen visar att hon dessa veckor behöver hjälp med sina grundläggande behov i genomsnitt 23 timmar per vecka. Varannan vecka vistas Kajsa på ett korttidsboende. Där får hon sina grundläggande behov tillgodosedda. Den tid som Kajsa bor hemma under dessa veckor behöver hon hjälp med sina grundläggande behov i genomsnitt 10 timmar per vecka.
>
> Kajsa bedöms ha grundläggande behov med i genomsnitt 16,5 timmar per vecka, dvs. (23 + 10/ 2). Försäkringskassan beslutar att Kajsa inte har rätt till assistansersättning eftersom hennes grundläggande behov i genomsnitt understiger 20 timmar i veckan.”

Bedömningar enligt ovanstående exempel tar inte hänsyn till den verklighet som funktionshindrade lever i. Det är en bristande individualisering som Försäkringskassans egna normer anger. Individer lever inte sitt liv ”i genomsnitt” och behovet av stöd eller service går inte räkna på det sätt som Försäkringskassan föreskriver. Behovet av assistans för grundläggande behov överstiger 20 timmar per vecka och ska därmed ersättas med assistansersättning när K bor hemma. Att sedan behovet tillgodoses av en annan huvudman på korttidsboendet är inte något som den enskilde eller någon annan ska drabbas av.

7. Tillämpning och tolkning av LSS

Detta kapitel ger exempel på hur olika myndigheter tillämpar LSS enligt olika normer. Sammanfattningsvis kan sägas att kommunerna är målrationella och ofta har en genomförandeplan för hur besluten ska verkställas i de enskilda fallen. Försäkringskassan är normrationella i förhållande till sina egna styrdokument och följer mallar både vid utredning och i beslutsmotiveringar. Förvaltningsrätterna gör inga egna utredningar och är oftast normrationella i förhållande till vedertagna rättskällor även om det förekommer olikheter mellan olika domstolar.

Studier har visat att olika kommuner gör olika bedömningar när det gäller liknande ärenden. (Erlandsson 2014). Kommunernas handläggare använder olika rättsliga och andra normer till stöd för sina beslut. Handläggarna hänvisar regelmässigt till lagen, men det finns inte något tydligt samband mellan laghänvisningen och de fakta som föreligger. Det verkar som om rättsfakta i vissa fall väljs ut för att passa in på den lagregel som man hänvisar till (pragmatisk korrektion). Det kan bli ett slags omvänt förhållande, där den enskildes begäran anpassas till en beslutsmall, istället för att beslutet är en tydlig följd av de rättsfakta som föreligger. Hänvisningarna till olika rättskällor är så fall inte korrekt gjorda.

Personkretsarna 1 och 2 bedöms i första hand utifrån medicinska underlag och andra specialistintyg. Dessa personkretsbedömningar vållar inga större problem, och det är många gånger så att personerna är kända av kommunen sedan tidigare, då de sökt andra insatser där behovet utretts. Ofta finns läkarutlåtanden tillgängliga som beskriver varaktiga tillstånd (t.ex. utvecklingsstörning och andra begåvningsmässiga funktionsnedsättningar).

Kommunerna använder utredningsmallar för att underlätta handläggningen. Mallen innehåller fasta rubriker som: Personuppgifter, Anledning till utredning, Hälsotillstånd/aktuell situation, Daglig livsföring, Pågående insatser, Önskemål, Information om personkretsen enligt LSS, Information om den sökta insatsen och Handläggarens bedömning. Utredningsmallen innehåller också en genomförandeplan, där det anges hur stöd och serviceinsatser ska genomföras.

Beslutsunderlag ska innehålla en tydlig problemformulering utifrån sökandens funktionshinder samt dennes behov av stöd och service. Om dessa fakta är bristfälligt utredda, eller inte skriftligt beskrivna i beslutsunderlaget, går det inte i efterhand att göra en bedömning om lagens rekvisit är uppfyllda, t.ex. om den sökande tillhör målgruppen för LSS. Beslutsunderlaget enligt utredningsmallen ligger till grund för beslutet och blir på så sätt också en beslutsmotivering som kan delges sökanden. Om det

finns en genomförandeplan som talar om hur beslutet ska verkställas innebär det ett målrationellt beslutsfattande där hänsyn tas till konsekvenserna av besluten.

När kommunerna använder olika rättskällor och andra normer vid tillämpningen av LSS och det råder en ovisshet om vilka rättskällor som ska, bör och får användas, så får den juridiska beslutsmodellen stå tillbaka till förmån för en sorts administrativ praxis som inte är enhetlig.
Det övergripande syftet med lagstiftningen; att skapa stabilitet och förutsebarhet, riskerar då att förloras till förmån för kommunernas egna normer.

Personkretsbedömningar och bedömningar av rätt till personlig assistans kräver ofta att kommunerna behöver komplettera sina beslutsunderlag med olika former av specialistintyg. Läkarutlåtande, utlåtande av psykolog, ADL-bedömning av arbetsterapeut, bedömning av sjukgymnast och intyg från kurator är exempel på faktaunderlag som kan ligga till grund för besluten.

Personkretsbedömningar och bedömning av rätt till ersättning för personlig assistans görs också av Försäkringskassan. För att assistansersättning skall beviljas måste personen tillhöra personkretsen enligt LSS och behovet av assistans till så kallade grundläggande behov ska uppgå till mer än 20 timmar per vecka för att Försäkringskassan ska bevilja assistansersättning.

Ansökningar behandlas och behoven utreds av tjänstemän på Försäkringskassan som specialiserat sig på, och arbetar uteslutande med, denna typ av ärenden. I utredningen uppskattar respektive handläggare den tid som den funktionshindrade behöver hjälp med sin personliga hygien, måltider, att klä av och på sig, att kommunicera med andra eller annan grundläggande hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade (grundläggande behov).

Behov av stöd och service beräknas och bedöms av Försäkringskassan i hundradels timmar. Utredningarna följer en mall som innehåller uppgifter om familjesituation, bostad, bostadsanpassning, stödbehov och funktionshinder/sjukdom. Behov av assistans för de grundläggande behoven beskrivs detaljerat avseende hygien, av- och påklädning, måltider, kommunikation och övriga behov.

Försäkringskassans beslut motiveras alltid enligt mallen, men det är inte alltid som besluten är sakligt motiverade med hänvisning till de fakta som avgjort ärendet. Det blir istället en generell motivering, exempelvis skrivs det i ett beslut att sökanden inte tillhör den personkrets som kan få assistansersättning med följande motivering:

> ”Du bedöms inte tillhöra personkrets grupp 1 eftersom din diagnos inte är utvecklingsstörning eller autism. Du bedöms inte heller tillhöra personkrets grupp 2 eftersom din diagnos inte beror på någon hjärnskada i vuxen ålder föranledd av yttre våld

> eller kroppslig sjukdom och som gett betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder. För att tillhöra personkrets grupp 3 ska man ha varaktiga fysiska och psykiska funktionshinder som inte beror på normalt åldrande. Funktionshindren ska vara stora och förorsaka betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd och service. Alla angivna rekvisit måste vara uppfyllda för att lagen ska vara tillämplig. Behovet av hjälp kan bestå av hjälp med den personliga hygienen, hjälp vid måltider, hjälp med på- och avklädning, att kommunicera med andra. Med förflyttningar, sysselsättning eller att utföra nödvändig träning eller behandling. Du behöver viss hjälp med hygien och med på- och avklädning men eftersom du inte tillhör någon personkrets föreligger inte rätt till assistansersättning."

I beslutsmeddelandet till den enskilde hänvisades till alla tre personkretsarna, trots att endast personkrets 3 är relevant i fallet. Timberäkning görs när det gäller behov av stöd och service, trots att sökanden inte bedöms tillhöra personkretsen. Detta exempel är inte unikt och Försäkringskassan har även i andra fall liknande beslutsmotiveringar där den enskilde får icke relevant information avseende olika personkretsar och en detaljerad timberäkning av hjälpbehov, även om Försäkringskassan redan konstaterat att denne inte tillhör den personkrets som kan få assistansersättning. Studier visar att alla fall behandlas efter en mall trots att det förekommer både enklare och svårare fall som kräver olika insatser i form av utredning och remissförfarande som inte alltid passar in i mallen. Om ett enklare fall utreds på samma sätt som ett svårare fall så kan detta vara slöseri med tid från myndighetens sida. Detta kan också medföra att resurserna inte räcker till för att lägga ner det arbete som de svårare fallen kräver.

Endast i undantagsfall gör Försäkringskassan en skälighetsbedömning utifrån reella hänsyn vid beräkning av assistansbehovet. I ett fall bedömdes behovet enligt följande skälighetsbedömning: Hjälp med hygien, av och påklädning 4 timmar per dag, hjälp vid måltider 1,5 timmar per dag, hjälp vid övrig omvårdnad 1,5 timme per dag. Tid för hjälp med de grundläggande behoven uppskattades enligt en skälighetsbedömning till 7 timmar/dygn eller 49 timmar/vecka. Resultatet kunde säkert blivit annorlunda, men för den skull inte mer rättsenligt, om behovsbedömningen gjorts enligt Försäkringskassans norm där tidsåtgång för varje moment, där den enskilde behöver hjälp, beräknas i hundradels timmar.

Följande exempel visar hur timberäkningen kan gå till. Den sökande yrkar att beviljas assistansersättning 94,27 timmar per vecka. Läkarutlåtande utvisar att sökanden har en utvecklingsstörning och därmed tillhör personkretsen för LSS. Personen behöver påminnas om allt i vardagen; duscha, byta kläder och liknande. Sökanden har ingen tidsuppfattning, kort uthållighet, dåligt lokalsinne mm. Vederbörande behöver ett personligt stöd, påminnelser och struktur som skapas av andra. Försäkringskassan gör följande behovsbedömning i sitt beslutsunderlag:

> "X äter och dricker själv varför tid för detta inte kan beaktas. Det medicinska underlaget säger att X är i behov av påminnelse om klädbyte. Det visar inte att han är i behov av

> praktisk hjälp med av- påklädning. Påminnelser och påpuffning är inte sådana insatser som kan beaktas i assistansersättningen. Det medicinska underlaget säger att X är i behov av påminnelser och inte självständigt klarar att sköta sin hygien. Det medicinska underlaget styrker inte att han behöver praktisk hjälp. Påminnelser och påpuffning är inte sådana insatser som kan beaktas i assistansersättningen. X är pratglad men han pratar med korta och avhuggna meningar. Han kan vara svår att förstå. Funktionshindret bedöms inte vara av sådan karaktär att det behövs en tredje person för att kommunikation skall vara möjlig. Funktionshindret bedöms inte vara av sådan karaktär att det kräver tillsyn av övervakande karaktär eller att det behövs ingående kunskap för att hjälpa X med konsekvenserna av funktionshindret."

Försäkringskassan beslutar att sökanden inte kan få assistansersättning eftersom hjälpbehovet inte beräknas uppgå till 20 timmar per vecka. Bedömningen torde leda till att någon annan huvudman (kommunen) får ta ansvar för det hjälp och tillsynsbehov som sökanden har och som inte tillgodoses av anhöriga.

I ett annat exempel ansöker en person om assistansersättning. Sökanden bedöms tillhöra personkretsen för LSS. Försäkringskassan utreder behoven av assistanshjälp och gör följande timberäkning:

> "Tid för toalettbesök godtas med 15 min/gång vid 5 tillfällen/dag, förutom 2 dagar/vecka då Y är på rehabilitering där han får sådan hjälp, då godtas 4 tillfällen. På natten godtas hjälp med ett toalettbesök, 15 min/gång. Total tid för toalettbesök 10 tim/vecka.
> Hjälp vid duschning och förflyttning i samband med detta moment 4 gånger/vecka x 1 timme = 4 timmar/vecka.
> Hygienbestyr morgon och kväll 2,5 timmar/vecka.
> Total för toalettbesök och hygien 16,5 timmar/vecka
> Hjälp med på- och avklädning 50 minuter/dag samt vid dusch 15 minuter 4 gånger/vecka.
> Total tid för hjälp med på- och avklädning 6,83 timmar/vecka.
> Tid för hjälp med grundläggande behov uppgår till 23,33 timmar/vecka.
> Dessutom beviljas assistans till övriga behov som hushållssysslor, promenader, aktiviteter och inköp med 32,5 timmar/vecka."

Även när det är tydligt att personen, som i nedanstående fall, behöver hjälp under hela dygnet görs en bedömning av hjälpbehovet beräknat i detalj för varje moment i hela och hundradels timmar. Beslutet ser ut enligt följande.

> "Du får assistansersättning därför att försäkringskassan bedömer att du tillhör grupp 3 i den personkrets som kan ha rätt till assistansersättning. Ditt behov av personlig assistans för de grundläggande behoven bedöms överstiga 20 timmar per vecka. Försäkringskassans beslut grundas på bedömningen att du behöver personlig assistans med 120,87 timmar per vecka för dina grundläggande behov och för övriga behov med 47,13 timmar per vecka. Under en period på sex månader varierar antalet dagar beroende på hur perioden förläggs i almanackan. För att du inte ska gå miste om några assistanstimmar så utgår beräkningen att man räknar med 184 timmar, vilket medför att du blir berättigad till assistansersättning med 169 timmar per vecka".

Detta exempel visar vad den detaljerade utredningen leder till i ett fall där den funktionshindrade utan tvekan tillhör målgruppen för LSS. Personen är totalförlamad och beroende av hjälp dygnet runt, eftersom han inte ens kan andas utan hjälp. Trots att det föreligger behov av personlig assistans dygnet runt görs en utredning och beskrivning av hjälpbehovet på sju sidor som mynnar i ovanstående beslut. Beslutet är svårt att förstå om man inte är insatt i Försäkringskassans normer (exempelvis: vad menas med grupp 3, vad som är grundläggande behov etc.). En synpunkt är att Försäkringskassan i denna typ av ärenden utan omfattande utredning borde kunna komma fram till ett korrekt beslut och att beslutsmeddelandet till den enskilde kan vara kortfattat och tydligt.

När det gäller förflyttningar där individen har behov av assistans räknar Försäkringskassan endast den tid för förflyttningar som är nödvändiga för att de grundläggande behoven ska tillgodoses, exempelvis förflyttning till och från säng och duschutrymme. När det gäller av- och på- klädning räcker det inte med att individen behöver hjälp med att ta på ytterkläder för att detta ska räknas som grundläggande behov.

Ett förvaltningsbeslut som avser personkretsbedömning, personlig assistans eller assistansersättning kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol, varmed avses förvaltningsrätt from 2010-02-15. Tidigare var det länsrätterna som innehade denna funktion. Förvaltningsrättens avgörande kan sedan, efter prövningstillstånd, överklagas hos kammarrätt och till högsta instans som är Högsta förvaltningsdomstolen. Det krävs inte prövningstillstånd i första instans, och alla beslut som innebär helt eller delvis avslag på ansökan om insatser enligt LSS kan därför prövas av förvaltningsrätten, om den enskilde överklagar kommunens eller Försäkringskassans beslut.

Myndigheternas beslut att inte bevilja insatser enligt LSS kan alltså överklagas med förvaltningsbesvär enligt förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen. Förvaltningsrätten tar upp mål till prövning avseende laglighet och lämplighet, vilket innebär att förvaltningsrätten gör en materiell prövning och kan ändra beslutets innehåll eller låta det bestå. En hypotes är då att ärendet får en ny objektiv juridisk prövning och att domstolen i högre grad än beslutsmyndigheten tillämpar juridisk metod och stödjer sitt beslut på lag, förarbeten och praxis i sina avgöranden. Domstolen är självständig men måste ha grund för sina avgöranden i lag och andra rättskällor. Domstolen får inte ta hänsyn till andra intressen än de som ska tillgodoses och får inte heller beakta andra omständigheter än sådana som enligt gällande författningar ska beaktas vid prövningen av ett ärende. Därför förutsätts att domstolen grundar sina avgöranden på de rättskällor som utgör gällande rätt och de fakta som presenteras av parterna i målet.

Förvaltningsrätterna arbetar utifrån andra förutsättningar än beslutsmyndigheterna. Domstolarna gör inga egna utredningar, men har en skyldighet att se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Domstolens bedömning grundar sig på de fakta som parterna åberopar och avgörandena motiveras uteslutande med vedertagna rättskällor. Det är endast i enstaka fall som rätten begär in kompletterande utredningar av beslutsmyndigheten. I en studie 2006 av samtliga mål som avgjorts vid fyra länsrätter (104 mål) är ca hälften mål som rör personkretsbedömning (rekvisit för personkrets 3) och rätt till personlig assistans (grundläggande behov). (Erlandsson 2014) Domsluten motiveras i alla dessa fall med hänvisning till lagen. Även hänvisning till andra rättskällor förekommer. Av de fyra länsrätterna är det en domstol som särskiljer sig och skriver utförliga domar med hänvisning till lagförarbeten och praxis. Den domstolen hänvisar till förarbeten i 80 procent av målen och till prejudikat i 20 procent av målen medan de tre övriga domstolarna hänvisar till förarbeten i ca 50 procent av målen och till domstolspraxis i ca 10 procent av målen. Slutsatsen är att domstolarna uteslutande hänvisar till LSS och lagförarbeten i sina avgöranden även om det förekommer skillnader mellan olika domstolar hur väl man motiverar sina avgöranden. Det saknas en tydlig hänvisning till de prejudikat som finns tillgänglig i de flesta typer av ärenden. Det är ofta överklagade beslut som rör personkretsbedömningar och rätten till personlig assistans där länsrätten har tillgång till prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen, men att hänvisning till denna praxis saknas.

Domstolarna hänvisar vanligtvis till lagens målsättning som innebär att den enskilde ska tillförsäkras goda levnadsvillkor. I bedömningen tas hänsyn till de fakta som parterna framfört och därmed tar domstolen också hänsyn till individuella förutsättningar i den mån dessa framgår i de underlag som parterna presenterar.

De undersökta domstolarna har en mängd överklaganden att ta hänsyn till och det förekommer alltså endast i enstaka fall att domstolen begär in kompletterande utredningar. Ärendet avgörs på handlingarna och domstolen nöjer sig med det underlag som beslutsmyndigheten fått fram i sin utredning. Dessa fakta jämförs med lagens rekvisit och hänsyn tas till lagens ändamål. Men om fakta är bristfälligt utredda kan domstolen inte ta reella hänsyn som krävs i det enskilda fallet. Därför är det förvånande att domstolen inte begär in kompletterande utredningar i fler fall. Det är ju de individuella förutsättningarna i det enskilda fallet som ska jämföras med lagens rekvisit och domslutet ska innebära att lagens målsättning uppfylls, vilket är svårt att bedöma om faktaunderlaget är bristfälligt.

8. Analys och slutsatser

För att sammanfatta denna rapport om LSS så handlar den om de dilemman som uppstår när olika myndigheter tillämpar lagen. I lagens förarbeten talades om att utveckla ett samhälle för alla som inkluderade funktionshindrade som inte hade fått ta del av samhällsutvecklingen så som andra. Därför har LSS som målsättningen att personer som tillhör lagens målgrupp ska kunna leva som andra med goda levnadsvillkor. För att förverkliga denna målsättning krävs rättsenliga och rättssäkra beslut.

I denna avslutande del ges också exempel på hur LSS tolkas restriktivt av beslutsmyndigheter och domstolar men också förslag på hur rättstillämpningen kan förbättras. Rättighetslagstiftningen LSS ska tillämpas av beslutsmyndigheterna så att enskilda får goda levnadsvillkor och kan leva som andra i samhället. Denna målsättning förmedlas inte direkt till enskilda, istället är det myndigheter som ska tillvarata individernas intressen. Det finns alltså förväntningar på myndigheterna att förverkliga den målsättning som lagen ger uttryck för. Beslutsfattare på myndighetsnivå kan emellertid sakna kompetens och kunskap att tillämpa rätten, eller styras av andra normer som inte är rättsliga. Exempelvis kan chefer och politiker i beslutande nämnder ha en uppfattning om att lagen ska tolkas restriktivt eftersom budgeten är begränsad. Det blir en tävling om knappa resurser som tjänstemännen måste förhålla sig till. Deras handlingsutrymme påverkas av att resurserna är begränsade och kommunerna måste prioritera mellan olika insatser och behov som ska tillgodoses. Flera forskare pekar på brister och problem vad gäller tillämpningen av LSS. I Riksdagens inventering 2009 av forskningen på området. (2009/10:RFR 3) pekar en forskare på problem med lokala variationer i LSS-tillämpningen på kommunal nivå, och att tillämparna omtolkar lagen i restriktiv riktning. (Lewin s. 48).

Beslutsmyndigheternas tillämpning av LSS förväntas ske enligt vedertagna rättskällor och de rättsprinciper som finns inom området. Enskilda personer som söker insatser ska kunna lita på att deras ansökan behandlas på ett rättssäkert sätt och myndigheterna ska förverkliga den målsättning som politikerna åsyftat med lagen. För detta krävs *kunskap, vilja och förståelse* hos de som fattar besluten inom olika myndigheter. Det krävs *kunskap*, inte bara om rättsliga normer utan också om funktionshindrades livsvillkor, f*förståelse* för innebörden av den politiska styrning som lagen ger uttryck för och kunna tolka olika rättskällor som ska ligga till grund för besluten enligt LSS, men också en v*ilja* hos myndigheten att genomföra lagens målsättning i sina beslut. Beslutsmyndigheten kan finna lagstiftningen icke önskvärd på grund av höga kostnader, eller att lagen är orättvis i förhållande till exempelvis SoL etc?

LSS tillämpas av olika myndigheter med olika förutsättningar och myndighetskultur. Landets kommuner är av olika storlek och struktur med olika politiska ambitioner.

Försäkringskassan som en stor statlig myndighet har en tradition att betala ut olika ersättningar (cash instead of service). Försäkringskassan har ingen tradition att bevilja serviceinsatser till enskilda men har resurser att ta fram egna riktlinjer och olika former vägledningsdokument som styr handläggningen in i minsta detalj, hur ärenden ska utredas och hur ersättningar ska beräknas. Eftersom tillämpningen sker på olika arenor med egna interna styrdokument är det olika villkor och normer som påverkar rättstillämpningen i kommun, Försäkringskassa och förvaltningsdomstol.

Det är ett dilemma att tillämpningen av LSS styrs av olika normer som påverkar det handlingsutrymme som finns vid tillämpningen av lagen. Handlingsutrymmet eller utrymme för reella hänsyn måste finnas för att individuella hänsyn ska kunna beaktas vid ett målrationellt beslutsfattande som lagen kräver. Problemen är att handlingsutrymmet är i hög grad påverkat av den egna organisationens syn på LSS och av interna styrdokument som inte alltid är i linje med lagens målsättning. Interna normer kan också vara styrande och begränsa handlingsutrymmet och den flexibilitet som måste finnas i de enskilda fallen.

Det är viktigt att notera att LSS har en rättighetskonstruktion innebärande att individer som tillhör personkretsen har rätt till insatser om behovet inte tillgodoses på annat sätt. Insatserna beskrivs som rättigheter i lagen och en ansökan om insatser kan inte avslås med hänvisning till kommunens bristande ekonomi eller av andra skäl.

Rättssäkerhetsfrågan tas upp i olika sammanhang och ofta sätts likhetstecken mellan rättssäkerhet och detaljerade anvisningar, där alla ska behandlas enligt en mall, som begränsar handlingsutrymmet vid beslutsfattandet. Istället är det av stor vikt att det finns ett handlingsutrymme som tillåter att lagen tillämpas enligt dess målsättning, och att insatser beviljas individanpassat för att uppnå goda levnadsvillkor hos den enskilde. Rättssäkerheten kan sammanfattas med begreppen *legalitet, förutsebarhet, kontrollerbarhet och likabehandling*. I juridisk doktrin talas om *orienteringssäkerhet och realiseringssäkerhet*. (Erlandsson 2014).

Orienteringssäkerhet innebär att det finns fattbara rättsregler. När det gäller LSS kan det finnas synpunkter på lagens konstruktion, att denna kräver kunskap om juridisk metod - och social kompetens - för att tolka rekvisit och förstå lagens och målsättning. I praktiken har myndigheterna svårt tolka och tillämpa LSS som kräver både en normrationell och en målrationell tolkningsmetod. Normrationaliteten innebär exempelvis att konstatera om lagens rekvisit är uppfyllda vid personkretsbedömning. När det sedan gäller insatser som exempelvis personlig assistans krävs en målrationalitet för att tillgodose det socialpolitiska syftet med LSS. Det faktum att myndigheterna har olika styrdokument påverkar också orienteringssäkerheten. Det är svårt för enskilda att sätta sig in och förstå olika dokument som finns hos

myndigheterna. *Legaliteten* är bristfällig eftersom interna styrdokument kan strida mot gällande rätt. *Förutsebarheten* minskar när det är omöjligt att veta hur alla olika interna styrdokument ser ut. Försäkringskassan har exempelvis styrdokument som omfattar flera hundra sidor som ändras hela tiden.

Realiseringssäkerhet innebär en övertygelse att rättsreglerna realiseras i beslutsfattandet och förutsätter även att processuella regler följs. Myndigheten ska vara tillgänglig. Den enskilde ska informeras om sina rättigheter enligt lagen på ett sätt så att den enskilde förstår innebörden av olika normer och begrepp. Vid behov ska tolk anlitas för att den enskilde ska komma till tals och beskriva sin situation. Ansvaret för att ärendet är så utrett som dess beskaffenhet kräver vilar på myndigheten. Vid behov ska olika remissinstanser höras och intyg av olika slag ska komplettera ansökan. Den enskilde ska informeras före beslut som innebär att ansökan inte beviljas i alla delar och ges tillfälle att yttra sig över beslutsunderlaget samt kunna komplettera denna. LSS ska givetvis också realiseras i beslutsfattandet då krävs att beslutsfattarna tillämpar lagen och andra relevanta rättskällor *likvärdigt* enligt juridisk metod. *Realiseringssäkerheten* kräver också etiska överväganden och reella hänsyn som innebär att rättstillämparna måste ta hänsyn till vilka effekter beslutet får för den enskilde som söker en insats enligt LSS.

För att tillämpa LSS krävs kunskap om samtliga rättskällor som är aktuella inom området. Förutom lagen och dess förarbeten är det viktigt att känna till de mål som Högsta förvaltningsdomstolen avgjort. Att ta fram prejudikat avseende personkretsbedömning och rätten till personlig assistans innebär ingen större ansträngning, eftersom det är ett fåtal fall som beviljats prövningstillstånd. Det är kanske svårare att avgöra vad som utgör avgörandets grund i den bedömning som domstolen gör och därmed är vägledande för rättstillämpningen.

Oftast är Högsta förvaltningsdomstolens praxis både tydlig och instruerande om hur LSS bör tolkas i de fall som målen avser. Exempelvis beskriver praxis att personkrets tre (1 § 3. LSS) innehåller tre rekvisit som skall vara uppfyllda för att en person ska tillhöra denna målgrupp. (Exempelvis RÅ 2001 ref. 33).

Att ta ut rekvisit och bedöma om förutsättningarna är uppfyllda för personkretstillhörighet underlättar tankearbetet. Högsta förvaltningsdomstolen har varit tydlig i sina avgöranden när det gäller att ta ut rekvisit och pekat på vad som menas med ”stora och varaktiga funktionshinder som inte beror på normalt åldrande”, när funktionshindret ”vållar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen” och därmed ”ett omfattande behov av stöd eller service”. Domstolspraxis finns också när det gäller att bedöma om barn tillhör målgruppen för LSS med hänsyn till barns speciella behov av utveckling och stimulans för att kunna leva som andra. Lagen poängterar också barnperspektivet som innebär att barnets bästa särskilt ska beaktas vid alla

åtgärder som rör barn. Högsta förvaltningsdomstolen tillämpar juridisk metod och tar hänsyn till individuella faktorer i de enskilda fallen. Sociala och andra kontextuella faktorer får stor betydelse exempelvis vid personkretsbedömning. Det kan handla om hur den enskilde klarar sin vardag trots omfattande funktionshinder, eller barn som har behov av kamrater, möjlighet till utveckling och sociala kontakter etc.

Rätten till personlig assistans bygger på att den enskilde har behov av stöd eller service för att klara sina grundläggande behov. Vad som menas med grundläggande behov behandlas i lagens förarbeten men har också preciserats i själva lagtexten avseende hjälp med personlig hygien, måltider, klä av och på sig, kommunicera med andra eller annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade. Högsta förvaltningsdomstolen har prövat ett par fall om den enskilda kan anses ha behov av sådan hjälp som avses i 9 a § LSS. Enligt domstolen krävs behov av aktiv tillsyn och hjälp och inte motivations- och aktiveringsinsatser för att behovet ska grunda rätt till personlig assistans. (Exempelvis RÅ 1997 ref. 28).

Läkarutlåtanden och andra specialistintyg används som bevis och faktaunderlag när personkretsbedömningar och assistansbehovs bedöms. Det krävs också omfattande utredningar i många fall för att LSS ska kunna tillämpas. Rättsliga normer tillämpas parallellt
med sociala normer i praxis och praktik, vilket också är nödvändigt, eftersom rättsreglerna måste kompletteras med kontextuella fakta i det enskilda fallet för att uppfylla lagens målsättning.

Ett exempel på att LSS tolkas restriktivt i strid med lagens målsättning är när det gäller rätten till personlig assistans. Frågan som diskuteras och som tagits upp av domstolarna är om det krävs *hjälp av mycket privat karaktär* för att rätt till personlig assistans ska föreligga. Det har i vissa fall skett en feltolkning av lagens förarbeten där det talas om *varför* det behövs ett personligt utformat stöd, *inte att* det krävs hjälp av mycket privat karaktär för rätt till personlig assistans. I förarbetena talas om att personer som behöver mycket omfattande hjälp av mycket privat karaktär bör ges ett avgörande inflytande på vem som ska ge hjälpen. (Prop 1992/93;159 s. 63.) Uttalandet görs som en bakgrundsbeskrivning till personlig assistans och skälen till varför stödet ska vara personligt utformat.

När det gäller insatsen personlig assistans motiveras behovet att införa reformen så att den enskilde ska få möjlighet att leva ett självständigt och oberoende liv. Prop. s. 64. *I vissa situationer av mycket privat karaktär är det angeläget att antalet medhjälpare begränsas och att hjälpen kan ges av en person som den enskilde själv valt.* Assistansen ska vara förbehållen 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.

Försäkringskassans har i sitt vägledningsdokument citerat Prop. S.64 men också RÅ 2009 ref. 57.

”I lagens förarbeten om personlig assistans har det betonats att det är fråga om hjälp eller stöd av mycket personlig karaktär och att insatsen ska vara förbehållen situationer av krävande eller på annat sätt komplicerad natur, i regel av mycket personligt slag. Lagstiftaren har främst syftat på hjälpbehov som är känsliga för den personliga integriteten och där den funktionshindrade måste anses ha ett särskilt intresse av att kunna bestämma vem som ska ge sådan hjälp och den ska ges. Det torde således inte vara alla praktiska hjälpbehov med t.ex. påklädning eller måltider som har avsetts. Detta bör beaktas vid tolkningen av vad som ska anses omfattat av hjälp med de grundläggande behoven enligt 9 a § LSS.” (Vägledning 2003:6 Version 7.)

Regeringsrätten (RÅ 2009 ref. 57, Målnr. 5321-07) har tagit upp frågan om det stöd som en person behöver är av mycket privat eller integritetskänslig karaktär eller om det förutsätter specifik kompetens och om stödet är av den karaktär som krävs för rätt till personlig assistans enligt LSS. Det är i målet ostridigt att klaganden tillhör personkretsen i LSS.

Klaganden yrkade personlig assistans för grundläggande behov mm. Socialnämnden bestred bifall till överklagandet och menar att insatsen personlig assistans är avsedd för den som behöver hjälp med mycket privata angelägenheter. Denna slutsats är inte förenlig med lagens förarbeten och leder till att den enskilde inte får hjälp med sina grundläggande behov.

Länsrätten prövar ärendet och lämnar besvären utan bifall och hänvisade till lagens förarbeten (prop. 1992/93:159 s 176) men gör också en restriktiv inskränkande tolkning av förarbetena när länsrätten anser att personlig assistans bör vara förbehållen den som behöver hjälp med mycket krävande och personliga angelägenheter. Länsrätten hänvisar också till Riksförsäkringsverkets allmänna råd i sin dom, vilket i sig är anmärkningsvärt eftersom dessa allmänna råd inte är att betrakta som en rättskälla som ska, bör eller får användas i sammanhanget.

Kammarrätten ansåg att utredningen visade att klaganden är i behov av hjälp med sina grundläggande behov, såsom toalettbesök, personlig hygien, på- och avklädning samt måltider. Kammarrätten finner därför att klaganden uppfyller kraven för personlig assistans helt i linje med lagens förarbeten.

Socialstyrelsen yttrade sig i målet och tar upp frågan om personkretstillhörighet trots att det inte prövas i målet eftersom det är ostridigt. När styrelsen sedan kommer in på frågan som målet gäller anser styrelsen att klaganden är berättigad till personlig

assistans eftersom han behöver viss hjälp med så kallade grundläggande behov. Styrelsen anser att när det gäller hur lång tid den funktionshindrade behöver assistans ska det inte finnas någon minimigräns. Här gör Socialstyrelsen en tydlig markering när de konstaterar att eftersom personen tillhör personkretsen för LSS så har han rätt till insatser enligt lagen om behovet inte tillgodoses på annat sätt. Socialstyrelsen anser därför att sökanden i detta fall har rätt till personlig assistans eftersom han behöver hjälp med sina grundläggande behov.

Regeringsrätten hänvisar till propositionen (1992/93:159 s. 63 ff.) och menar att assistansen ska vara förbehållen krävande eller i olika avseenden komplicerade situationer, i regel av mycket personlig karaktär. Dessa principer ändrades inte i senare förarbeten till 9 a §. Regeringsrätten finner att klaganden har rätt till insatser enligt LSS om han behöver sådan hjälp och behovet inte tillgodoses på annat sätt, men menar samtidigt att därmed är frågan om den klagandes rätt till personlig assistans inte besvarad. Rätten till personlig assistans är enligt Regeringsrätten (med hänvisning till lagens förarbeten) förbehållen personer som behöver hjälp eller stöd av mycket privat karaktär och att insatsen ska gälla situationer av krävande eller på annat sätt komplicerad natur, i regel av mycket personligt slag. Regeringsrätten tolkar propositionsuttalandena så att lagstiftaren åsyftat assistansbehov som sådana hjälpbehov som uppfattas mycket privata och känsliga för den personliga integriteten och där den funktionshindrade måste anses ha ett särskilt intresse av att kunna bestämma vem som ska ge sådan hjälp och hur den ska ges. Med detta som grund anser rätten att de måste göra en samlad bedömning med hänsyn till om det stöd som behövs *är av mycket privat eller integritetskänslig karaktär eller om det förutsätter specifik kompetens*.

Denna delvis felaktiga och restriktiva tolkning av förarbetena leder till att Regeringsrätten -som bedömer hjälpinsatserna bara till mycket begränsad del avser hjälp som kan anses vara av det mycket privata och känsliga slag - avslår överklagandet.

I ett annat mål har Kammarrätten i Jönköping (mål nr. 1452-13) också tagit upp ett mål där frågan om behov av privat och integritetskänslig karaktär diskuterats i förvaltningsrätten. Kommunens handikappnämnd beslutade att avslå ansökan om förhandsbesked avseende insatsen personlig assistans enligt LSS. Sökanden bedömdes tillhöra personkretsen för LSS men hans grundläggande behov bedömdes vara i begränsad omfattning och ej så omfattande att rätt till personlig assistans föreligger. Förvaltningsrätten i Växjö hänvisar i sitt avgörande till RÅ 2009 ref. 57 och uttalar följande:

”När det gäller tillämpningsområdet för insatsen personlig assistans har det betonats i lagens förarbeten att det är fråga om hjälp och stöd av mycket privat karaktär och insatsen ska vara förbehållen situationer av

krävande eller på annat sätt komplicerad natur, i regel av mycket personligt slag. Det torde således inte vara alla praktiska hjälpbehov med t.ex. påklädning eller måltider som avsetts. Propositionsuttalandena tyder enligt Regeringsrättens mening närmast på vad lagstiftaren främst åsyftat är sådana hjälpbehov som uppfattas som mycket privata och känsliga för den personliga integriteten och där den funktionshindrade måste ha ett särskilt intresse av att kunna bestämma vem som ska ge sådan hjälp och hur den ska ges."

Förvaltningsrättens tolkning leder till ett felslut som innebär att överklagandet avslås.

Kammarrätten tar inte ens upp frågan om behoven är av privat eller integritetskänslig karaktär utan konstaterar att det är ostridigt att klaganden har behov av stöd gällande personlig hygien och av- och påklädning. Därutöver visar utredningen i målet att klaganden har behov av aktiv tillsyn och också behov av stöd för att kommunicera. Det framgår vidare att stödet behöver ges av personer som har ingående kunskaper om klaganden. Kammarrätten bifaller därför överklagandet.

Ovanstående fallbeskrivningar visar hur det sker en förändring av tillämpningen på grund av att uttalanden i lagens förarbeten tolkas restriktivt eller felaktigt. Detta är inget unikt men det finns anledning att fundera över om den eller de metoder som används i samband med tillämpningen av LSS bör ses över. Det är inget fel på lagstiftningen men tolkningen av LSS och dess förarbeten förändras över tid. Det sker en förskjutning av den målsättning som lagen har till en sorts administrativ praxis där enskilda myndigheter och domstolar gör sina egna restriktiva tolkningar i strid med gällande rätt och rättsprinciper.

I denna rapport har vi pekat på att rättstillämpningen bör följa samma modell oavsett vilken myndighet som är beslutsbehörig. Den modell som föreslås utgår från ett normrationellt beslutsfattanden när det gäller att konstatera vem som omfattas av lagen. Sedan följer ett målrationellt beslutsfattande avseende vilken insats den enskilde har rätt till och är nödvändigt för att uppfylla lagens målsättning i de enskilda fallen. Normrationaliteten gäller i förhållande till legalitetsprincipen men för att tillgodose det substantiella rättssäkerhetskravet krävs ett målrationellt beslutsfattande som tar hänsyn till konsekvenserna av beslutet.

Handlingsutrymmet som finns vid tillämpningen av LSS sammanfaller lagens målsättning. En målrationell tolkning av LSS beaktar lagens socialpolitiska syfte och bedömningen av rätt till insatser följer efter en utredning som gjorts utifrån den enskilde individens behov av stöd och service. Bedömningen tar hänsyn till individuella och sociala förutsättningar men också vilka konsekvenser beslutet får för den enskilde. Lagen tolkas då enligt en målrationell metod med reella hänsyn utifrån vilka konsekvenser beslutet får för den enskilde. En enhetlig beslutsmodell som fokuserar på individuella lösningar som kan tillämpas av alla myndigheter är nödvändig för en rättssäker tillämpning av LSS.

Olika yrkesgrupper som arbetar med rättstillämpningen måste få instrument att hantera lagstiftningen på ett rättssäkert sätt. Det gäller personella resurser men också möjlighet till vidareutbildning för de som arbetar med LSS-frågor. Myndigheternas interna styrdokument bör ses över och ska inte vara så styrande att individuella behov får ge vika för generella lösningar. I denna rapport har vi pekat på en rad problem och brister i handläggningen av LSS men listan kan göras längre vilket våra brukarorganisationer kan intyga. Det får inte bli så att denna angelägna reform underbyggs eller undermineras på grund av bristande kunskap, vilja eller förståelse att tillämpa LSS enligt gällande rätt.

Litteratur- och källhänvisningar

Rättsfall

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare t.o.m. 2010-12-31 Regeringsrätten)
RÅ 1997 ref. 23
RÅ 1997 ref. 28
RÅ 1999 ref. 54
RÅ 2001 ref. 33
RÅ 2009 ref. 57
RÅ 2011 ref. 33

Kammarrätter
Kammarrätten i Jönköping mål nr. 1452-13

Försäkringskassan

Allmänna råd (RAR 2002:6) om assistansersättning
Vägledning 2003:6. Version 12 beslutad 2013-06-12

Offentligt tryck

Prop. 1992/93:159, Stöd och service till vissa funktionshindrade
Prop. 1995/96:146, Vissa frågor om personlig assistans
SOU 2004:118, Beviljats men inte fått
2009/10:RFR 3, Riksdagens inventering av forskningen på området

Riktlinjer – till hjälp eller stjälp. Länsstyrelsen i Västra Götalands län 2007

Litteratur

Bramstång, Gunnar, Om våra rättigheter, Rättsfonden Stockholm 1990
Bäckman, Therese, Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet, Jure förlag AB Stockholm 2013
Erlandsson, Lennart, Rätt, norm och tillämpning, Lund Studies in Sociology of Law 44 2014
Hollander, Anna, Rättighetslag i teori och praxis, Justus förlag Uppsala 1995
Kjönstad & Syse, Velferdsrett I, Gyldendal A/S Oslo 2012
Lipsky, Michael, Street-level Bureaucracy, Russell Sage Foundation, New York 1980
Strömberg & Lundell, Allmän förvaltningsrätt, Liber Malmö 2011
Vahlne Westerhäll, Lotta, Den starka statens fall? Norstedts Juridik AB Stockholm 2002
Åström, Karsten, Sociallagstiftningen i politik och förvaltning, Lunds universitet 1988