

Ink 2020 -09- 2 4

Överklagande

Målnr:
Aktbil:

Till

Högsta förvaltningsdomstolen

Klagande

Adam Johansson, 060422-6837
Torgvägen 6
793 41 Insjön

Juridiskt ombud
Hanna Brundin
Humana Assistans AB
Box 184
701 43 Örebro

Motpart

Leksands Kommun, vård- och omsorgsutskottet
793 80 Leksand

Överklagad dom

Kammarrättens dom i mål 3039-19 meddelad 2020-08-21 och delgiven 2020-09-04.

Saken

Personlig assistans enligt lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS).

Yrkande

Adam Johansson, nedan kallad Adam, yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen beviljar prövningstillstånd då det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, s.k. prejudikatdispens. I andra hand yrkar Adam att prövningstillstånd meddelas då det finns synnerliga skäl för en sådan prövning.

Vid meddelat prövningstillstånd yrkar Adam att Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och beviljar honom tillfälligt utökad personlig assistans i ansökt omfattning.

HÖGSTA FÖRVALTNINGS- DOMSTOLEN	
Bered Enhet 1	
HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN	
Ink. 2020 -09- 2 8	MÅLN: 20200928
	MÅLN: 5505-20
	AKTBil: 1
M& nr: 5505-20	
Aktbil: 1	

Grunder för yrkandet

I. Prövningstillstånd

I 36 § 1 Förvaltningsprocesslagen anges att prövningstillstånd ska meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta förvaltningsdomstolen (HFD). I detta ligger att bestämmelsen uteslutande tar sikte på sådana fall då målet med hänsyn till det allmänna intresset av tillgång till vägledande prejudikatbildning bör prövas av högsta instans (se von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m., version 7B, JUNO, kommentaren till 36 § under rubriken Grunderna för prövningstillstånd).

1. Bakgrund

Det är fastställt att Adam var hemma från skolan under ett antal dagar i november 2018 på grund av sjukdom. Vid aktuella sjukdomstillfällen var Adam 12 år gammal. Det är i målet ostridigt att Adam tillhör personkretsen enligt 1 § 1 LSS och att han har rätt till assistansersättning enligt Socialförsäkringsbalken. Försäkringskassan har i beslut daterat 2018-08-14 beviljat Adam assistansersättning all vaken tid, men med avdrag för den tid han spenderar i skolan samt 30 minuter per dag för föräldraansvar. När ett tillfälligt utökat hjälpbehov kan ett sådant behov med anledning därav inte naturligt ersättas med annan tid ur assistanstimmarna, som då inte räcker för att täcka hans varaktiga hjälpbehov.

Eftersom att Adam aktuella dagar inte varit i skolan har inte skolans personal kunnat tillgodose hans hjälpbehov. Ett tillfälligt utökat hjälpbehov av assistans uppstod därav varför Adam ansökte om tillfälligt utökat personlig assistans eller bistånd för sådan assistans från Leksand kommun motsvarande den tid han skulle varit i skolan. Adam fick under den aktuella tidsperioden hjälp av sina personliga assistenter enligt bifogade tidsrapporter (se bilaga 1).

Leksand kommun nekade ansökan med motiveringen att Adams tillfälligt utökade hjälpbehov tillgodosågs genom normalt föräldraansvar. Adam överklagade kommunens beslut till förvaltningsrätten som vidhöll kommunens beslut och avslog överklagan. Förvaltningsrättens dom överklagades till kammarrätten som i sin tur avslog överklagandet med hänvisning till att det varit en förälder hemma under tiden Adam varit sjuk och det inte framkommit annat än att denna kunnat tillgodose Adams hjälpbehov i sin helhet. Kammarrättens avslag baseras således dels på anledningen till varför Adam varit hemma från skolan, d.v.s. att han varit sjuk, och dels att Adams föräldrar arbetat som personliga assistenter under den aktuella sjukdomsperioden.

2. Frågorna i målet

Två frågor aktualiseras i detta mål. Båda frågorna avser vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av den assistansberättigades rätt till tillfälligt utökat personlig assistans enligt 9 § 2 LSS då denne varit hemma från skola (eller annan verksamhet);

1. Ska kommunen beakta *anledningen* till varför den assistansberättigade varit frånvarande från verksamheten?
2. Ska kommunen beakta *vem* det är som har utfört assistansen, d.v.s. vem det är som arbetat när den enskilde varit hemma från verksamheten?

3. Rättsläget

I 9 § 2 LSS anges att en insats enligt lagen är biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäliga kostnader för sådan assistans, till den del behovet av stöd inte täcks av beviljade assistanstimmar enligt 51 kap. socialförsäkringsbalken. I lagens förarbeten förtydligas att det är kommunen som har det yttersta ansvaret för insatsen;

"Vidare skall kommunen ansvara för behov av assistans som uppstår utöver vad som beräknats som assistansersättning [...]" (Prop. 1992/93:159 s. 73).

"Kommunen har alltså ett yttersta ansvar för insatsen personlig assistans." (Prop. 1992/93:159 s. 177).

Högsta förvaltningsdomstolen, dåvarande Regeringsrätten, har i mål RÅ 2009 ref. 61 fastställt detta;

"Denna reglering i LSS innebär att kommunen har det yttersta ansvaret för att alla som omfattas av lagens personkrets och som behöver personlig assistans får sådan assistans. Om någon som tillhör personkretsen i LSS hos en kommun har ansökt om biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till sådan enligt den lagen, är därför kommunen alltid skyldig att pröva rätten till assistans och i förekommande fall bevilja insatsen i den utsträckning som krävs för att den enskilde ska vara tillförsäkrade goda levnadsvillkor (7 §). Detta gäller även om den funktionshindrade sedan tidigare är beviljad assistansersättning enligt LASS och oavsett om det är fråga om ett varaktigt behov hos den enskilde."

Av 7 § LSS framgår vidare att;

"Personer som anges i 1 § har rätt till insatser i form av särskilt stöd och särskild service enligt 9 § 1-9, om de behöver sådan hjälp i sin livsföring och om deras behov inte tillgodoses på annat sätt."

I prop. 1992/93:159 förtydligas på sida 172 att behovet *faktiskt* måste ha tillgodosetts på ett annat sätt för att den enskilde ska kunna nekas insatsen. Exempel på när behovet kan ha tillgodosetts anges vara när en nära anhörig frivilligt svarat för insatsen som ett led i familjerelationen, eller genom en förälders ansvar enligt föräldrabalken för den normala vårdsnaden av ett barn.

Vid bedömningen av ett barns rätt till personlig assistans ska enligt praxis en jämförelse ske av föräldraansvarets omfattning för ett barn utan funktionsnedsättning i samma ålder (se t.ex. RÅ 2008 ref. 17). När Försäkringskassan senast utredde Adams behov av assistansersättning var han 11 år gammal. Av Försäkringskassan beslut framgår att Adam har behov av

tillsyn all vaken tid. Med hänsyn till att Adam var 11 år gjorde Försäkringskassan dock ett tidsavdrag på 30 minuter per dag för föräldraansvar. Huruvida de hjälpbehov Adam har till följd av sina funktionsnedsättningar kan tillgodoses av normalt föräldraansvar eller inte har således redan prövats av Försäkringskassan.

Kammarrätten i Göteborg har i mål 1454-1455-16,1457-16,2714-16 fastställt att det saknas skäl för kommuner att vid bedömningen av den enskildes behov av tillfälligt utökad assistans göra en ny prövning av föräldraansvarets omfattning om detta redan prövats av Försäkringskassan i den enskildes ordinarie assistansbeslut;

”Försäkringskassan har vidare vid bedömningen av [barnets] rätt till assistansersättning inte beaktat något föräldraansvar. Det finns enligt kammarrättens mening inte skäl att göra en annan bedömning vid prövningen av om hon ska beviljas tillfällig utökning av personlig assistans.” (egen understreckning).

3.1 Orsaken till enskildes frånvaro från skola eller annan verksamhet

Kammarrätten i Göteborg har i flertalet avgöranden fastställt att orsaken till varför den assistansberättigade varit hemma från skola eller annan verksamhet saknar betydelse för bedömningen av om denne behöver tillfälligt utökad assistans. Nedan redogörs för dessa med citat från respektive måls domskäl:

I mål 1183-13 prövades om en assistansberättigad person haft rätt till tillfälligt utökad personlig assistans när han frånvarat från sin dagliga verksamhet;

”Det får anses ostridigt att [den enskilde] har ett behov av personlig assistans när han inte närvarar vid den dagliga verksamheten. Enligt kammarrättens mening saknar orsaken till frånvaron därvid betydelse när det gäller hans rätt till tillfälligt utökad assistans för de frånvarodagar som inte täcks av beviljade assistanstimmar.”

I mål 5568-15 prövades om ett assistansberättigat barn haft rätt till tillfälligt utökad assistans när han varit hemma från förskola och korttidsboende;

”Det är ostridigt att [barnet] har ett mycket stort behov av personlig assistans när han inte är på förskola eller korttidsvistelse. Till följd av den aktuella resan har han inte varit på förskolan ett tillfälligt behov av en utökning av assistansinsatserna har därmed uppstått. Anledningen till frånvaron saknar betydelse.”

I mål 5073-5077-15 prövades om en assistansberättigad person haft rätt till tillfälligt utökad personlig assistans när han varit hemma från sin dagliga verksamhet;

”Eftersom Försäkringskassan beviljat [den enskilde] assistansersättning all vaken tid får det anses klarlagt att han har ett behov av personlig assistans när han inte närvarar vid den dagliga verksamheten. [...] [Den enskilde] är alltså i behov av tillfälligt utökad personlig assistans för den tid som han annars skulle ha vistats på den dagliga verksamheten. Enligt kammarrättens mening saknar orsaken till frånvaron från den dagliga verksamheten betydelse vid bedömningen av hans rätt till tillfälligt utökad

personlig assistans för den frånvaro som inte täcks av beviljade assistanstimmar.”

I mål 1454-1455-16, 1457-16, 2714-16 prövades om ett assistansberättigat barn haft rätt till tillfälligt utökad personlig assistans när hon varit hemma från skolan;

”[Barnet] är beviljad assistansersättning för all vaken tid då hon inte är i skolan. Någon möjlighet att omdisponera beviljad assistansersättning för att täcka behov av tillsyn under tid hon inte är beviljad assistansersättning föreligger därför inte. [...] Då [barnet] inte är i skolan har hon således behov av personlig assistans all vaken tid, oavsett orsaken till hennes frånvaro. Det har inte ifrågasatts av stadsdelsnämnden att [barnet] varit hemma från skolan de tillfällen som målet avser. Det finns därför inte skäl att neka henne tillfällig utökning av personlig assistans för de sökta tillfällena.”

I mål 1452-20 prövades om en assistansberättigad person haft rätt till tillfälligt utökad personlig assistans när han varit hemma från sin dagliga verksamhet;

”[Den enskilde] är sedan tidigare beviljad assistansersättning från Försäkringskassan. Insatsen avser bl.a. all vaken tid men avräkning sker för den tid han vistas i daglig verksamhet. [...] Med hänsyn till [den enskildes] omfattande behov är det klarlagt att han behöver assistans när han tillfälligt inte närvarar i den dagliga verksamheten. Enligt kammarrättens mening saknar orsaken till frånvaron betydelse vad gäller hans rätt till tillfälligt utökad assistans.”

Kammarrätten har följaktligen under flertalet år gjort samma bedömning – orsaken till varför den assistansberättigade varit hemma från skola eller annan verksamhet saknar betydelse för bedömningen av behovet av tillfälligt utökad assistans. Det enda som ska beaktas är om behovet är tillgodosett eller ej.

3.2 Självbestämmanderätten

Enligt 6 § LSS ska insatser enligt lagen grundas på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet. I lagens förarbeten poängterar lagstiftaren detta på flertalet ställen, se följande exempel;

”Enligt min mening är de två viktigaste begreppen inom handikappolitiken valfrihet och integritet. Begreppen är sammanlänkade genom att valfriheten stärker den enskildes integritet.” (prop. 1992/93:159 s. 43).

”Den människa som har ett svårt handikapp får aldrig betraktas som ”föremål för åtgärder”, utan skall ses som en individ med rättigheter.” (prop. 1992/93:159 s. 43)

”Ett avgörande beslut är att – som jag senare föreslår – förändra de offentliga regelsystemen, så att människor med mycket grava funktionshinder får rätt att själva välja personlig assistent. Det som har behov av ständig hjälp – med påklädning och hygien, med kommunikation och vård – måste få denna rätt.” (prop. 1992/93:159 s. 44).

"Den enskilde skall ha ett direkt inflytande, både i planeringen och utformningen av insatsen och i genomförandet av den." (prop. 1992/93:159 s. 50).

"Personer som behöver mycket omfattande hjälp eller hjälp av mycket privat karaktär bör enligt min mening ges ett avgörande inflytande på vem som ska ge hjälpen. Jag anser också att antalet personer som ger sådan hjälp skall kunna begränsas och att den enskilde själv skall kunna avgöra på vilket sätt och i vilka situationer hjälpen ska ges." (prop. 1992/93:159 s. 63).

En analogi kring huruvida kommunen ska beakta *vem* det är som arbetat som personlig assistent vid bedömningen av den enskildes behov av tillfälligt utökad assistans bör vidare kunna göras från HFD:s dom i mål 2018-20. Frågan i målet avsåg rätten till korttidsvistelse utanför hemmet för att bereda anhörig, som den funktionsnedsatte är bosatt tillsammans med och som arbetar som dennes personliga assistent, avlösning i omvårdnadsarbetet. I målet fastställde HFD följande (egen understreckning);

"Av det sagda följer att den omständigheten att den funktionsnedsattes anhöriga arbetar som dennes assistenter inte utesluter att ett behov av insatsen korttidsvistelse utanför hemmet kan finnas för att bereda anhöriga avlösning i omvårdnadsarbetet. Prövningen av det behovet ska emellertid enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening göras endast utifrån det omvårdnadsarbete som inte omfattas av den beviljade personliga assistansen. Prövningen ska således göras på motsvarande sätt som om den funktionsnedsatte anlitat utomstående assistenter."

4. Slutsatser

Barn med personlig assistans kan förstås bli sjuka och behöva stanna hemma från skolan på samma sätt som barn utan funktionsnedsättning. Anledningen till sjukfrånvaron kan både bero på funktionsnedsättningen i sig eller handla om helt vanliga sjukdomstillstånd som drabbar vem som helst oavsett funktionsförmåga.

Eftersom det normala föräldraansvaret redan har beaktats i det ordinarie assistansbeslutet finns en beräkning för det hjälpbehov som ligger utanför normalt föräldraansvar en dag utan skola eller barnomsorg. Det hjälpbehovet föreligger alldeles oavsett om barnet är förkylt, har magsjuka eller något annat sjukdomstillstånd som gör att barnet inte kan vara i skolan.

Den härigenom överklagade kammarrättsdomen innebär att föräldrar till barn med personlig assistans dels anses ha ett ansvar som är detsamma som för barn utan personlig assistans, d.v.s. möjligheten att ansöka om tillfällig föräldrapenning. Kammarrättens dom innebär emellertid att föräldrar till barn med personlig assistans därutöver dels inte kan välja att låta barnet vara hemma själv och dels att de vid tillfällig föräldrapenning utöver att vårda barnet på grund av sjukdom även ska tillgodose de behov som ligger utöver det ordinarie föräldraansvaret och som beror på barnets funktionsnedsättning.

Om den enskildes assistansbehov inte täcks av beviljad assistansersättning från Försäkringskassan ska kommunen bevilja honom eller henne sådan i den omfattning som krävs för att hjälpbehoven faktiskt ska kunna tillgodoses. Kammarrätten avslog Adams ansökan om tillfälligt utökad assistans och anförde att hans hjälpbehov under aktuell period tillgodosågs av normalt föräldraansvar då Adam varit tillfälligt sjuk och hans föräldrar arbetat som hans personliga assistenter.

Enligt bifogade tidrapporter arbetade båda Adams föräldrar samt en utomstående assistent under tiden Adam var hemma från skolan i november 2018. Adams föräldrar har således, precis som den utomstående assistenten, utfört ett arbete när de varit hemma med Adam från skolan under den aktuella tidsperioden.

Det har aldrig prövats av HFD om orsaken till varför den enskilde varit hemma från skola eller annan verksamhet ska beaktas vid bedömningen av den funktionsnedsattes behov av tillfälligt utökad personlig assistans, varför en samstämmig bedömning från kammarrätten bör tillmätas ett visst tolkningsvärde. Kammarrätten i Göteborg har under flera år gjort samma bedömning. Kammarrätten i Sundsvall i den härigenom överklagade domen frångått tidigare kammarrättspraxis varför det uppenbarligen finns ett behov av att HFD prövar och klargör sakfrågan.

I förarbetena till LSS är det tydligt att lagstiftarens avsikt var att den enskilde ska ges stor inverkan över vem och på vilket sätt insatserna enligt lagen ska ges. Kammarrätten kom i den nu överklagade domen till slutsatsen att Adams hjälpbehov under den aktuella tidsperioden tillgodosetts av normalt föräldraansvar just eftersom det varit Adams föräldrar som arbetat majoriteten av tiden. Kammarrättens bedömning i denna del måste bedömas stå i strid med HFD:s avgörande i mål nr. 2018–20. Därtill behöver det i Adams fall poängteras att även en utomstående assistent jobbat när han var hemma sjuk från skolan, varför hans hjälpbehov med kammarrättens motivering omöjligen i sin helhet kan ha tillgodosetts av föräldraansvar. Det avgörande i frågan är dock att kammarrätten inte kunnat komma till samma slutsats om enbart utomstående assistenter arbetat, varför kammarrätten inkräktat på Adams självbestämmanderätt. Huruvida kommunen och i sin tur domstolen har rätt att beakta vem det är som arbetat som personlig assistent behöver därför prövas och förtydligas av HFD.

Det måste anses ligga i det allmänna intresset av tillgång till vägledande prejudikatbildning att dessa frågor prövas av HFD. Inte minst har det helt avgörande betydelse för föräldrar till barn med olika funktionsnedsättningar – detta då de med kammarrättens resonemang alltid behöver se till att en utomstående assistent arbetar om barnet är hemma sjuk från skola eller annan verksamhet för att han eller hon ska kunna beviljas tillfälligt utökad assistans.

Högsta förvaltningsdomstolen bör med anledning av det sammanlagda värdet av det ovan anförda meddela prövningstillstånd då det uppenbarligen är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, alternativt på grund utav att det finns synnerliga skäl för en sådan prövning.

II. Adams rätt till tillfälligt utökad personlig assistans

Adam är diagnostiserad [REDACTED]

[REDACTED] Adam behöver, och är beviljad, assistansersättning från Försäkringskassan i princip all vaken tid med anledning av de hjälpbehov han har till följd av sina funktionsnedsättningar. Ett tidsavdrag i Försäkringskassans beslut har dock gjorts för sådan tid Adam vistas i skolan eftersom att skolans personal då tillgodoser hans hjälpbehov.

Det är fastställt att Adam var hemma från skolan den aktuella tidsperioden. De hjälpbehov Adam ansökt om tillfälligt utökad assistans för finns alltid där, oberoende av om Adam i övrigt är fullt frisk eller inte. De assistenter som har arbetat hos Adam när han var hemma från skolan har inte tagit hand om honom på grund utav att han varit tillfälligt sjuk. Jobbet assistenterna utfört har bestått i att tillgodose de hjälpbehov Adam alltid har till följd av sina funktionsnedsättningar.

Under den aktuella sjukdomsperioden fick Adam hjälp av sina personliga assistenter enligt bifogade tidrapporter. Det är följaktligen visat att Adams hjälpbehov under faktiskt inte tillgodosetts på något annat sätt än genom just personlig assistans. Att det delvis är Adams föräldrar som i egenskap av personliga assistenter utfört assistansen saknar betydelse. De har, precis som den utomstående assistenten som jobbat under den aktuella perioden, varit arbetstagare. Det kan därav omöjligen vara fråga om att Adams föräldrar tillgodosett Adams hjälpbehov som ett frivilligt led i familjerelationen. Försäkringskassan har vidare redan gjort ett tidsavdrag för föräldraansvar i Adams ordinarie beslut om assistansersättning varför både kommunen och domstolen saknar anledning att göra en ny bedömning av detta. Sammanfattningsvis kan Adams hjälpbehov alltså inte tillgodosetts av normalt föräldraansvar, varför slutsatsen måste vara att kammarrättens dom är direkt felaktig.

HFD bör med hänvisning till det ovan anförda ändra kammarrättens dom och bevilja Adam tillfälligt utökad personlig assistans för de dagar och tider han var hemma sjuk från skolan i november 2018.



Hanna Brundin
Juridiskt ombud för Adam Johansson

Bifogas:

- Räkning och tidsredovisningar avseende utförd assistans under de dagar och tider Adam skulle varit i skolan under november 2018 (Bilaga 1)