

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2019-06-10

**Närvarande:** F.d. justitierådet Ella Nyström samt justitieråden Erik Nymansson och Thomas Bull

### **Personlig assistans för hjälp med andning**

Enligt en lagrådsremiss den 29 maj 2019 har regeringen (Socialdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till lag om ändring i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Förslaget har inför Lagrådet föredragits av ämnesrådet Andreas Ådahl, biträdd av kanslirådet Carina Cronsioe.

Förslaget föranleder följande yttrande av Lagrådet:

## Bakgrund

I december 2018 beslutade riksdagen ett tillkännagivande med innebörden att regeringen skyndsamt bör återkomma med lagförslag som säkerställer att bl.a. andning ska anses vara ett grundläggande behov som kan ge rätt till personlig assistans enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, LSS.

Med personlig assistans avses enligt 9 a § första stycket LSS ett personligt utformat stöd som ges av ett begränsat antal personer åt den som på grund av stora och varaktiga funktionshinder behöver hjälp med sina grundläggande behov. Om en person behöver personlig assistans för grundläggande behov som i genomsnitt omfattar mer än 20 timmar i veckan kan han eller hon ha rätt till statlig assistansersättning enligt 51 kap. socialförsäkringsbalken.

De grundläggande behoven avsåg ursprungligen hjälp med personlig hygien, måltider, att klä av och på sig och att kommunicera med andra. I samband med att personlig assistans år 1996 definierades i 9 a § första stycket LSS, infördes ett femte grundläggande behov i form av annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade. Det sistnämnda behovet tar uteslutande sikte på personer med psykiska funktionshinder (HFD 2015 ref. 46).

Grundläggande behov har således en snäv och avgränsad innebörd i LSS och avser inte sådana i en mer allmän mening grundläggande behov såsom att kunna andas eller rent av att överleva. Förklaringen till detta är att LSS inte syftade till att åtgärda dessa behov utan till att främja delaktighet i samhället och stärka den enskildes möjlighet att leva ett självständigt och oberoende liv (prop. 1992/93:159 s. 64). I socialförsäkringsbalken har det i 51 kap. 5 § tagits in en

bestämmelse om att assistansersättning inte lämnas för sjukvårdande insatser enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30).

Sjukvårdande insatser i form av s.k. egenvård har ansetts berättiga till personlig assistans och assistansersättning (HFD 2018 ref. 21). Vad som utgör egenvård behandlas närmare nedan under rubriken Socialstyrelsens föreskrifter om egenvård.

### Förslaget

I lagrådsremissen föreslås att hjälp med andning ska utgöra ett sådant grundläggande behov som kan ge rätt till personlig assistans enligt LSS.

Ett behov av sådan hjälp förutsätter enligt remissen bl.a. att det kan finnas en risk för den enskildes hälsa, ytterst den enskildes liv, om hjälpinsatserna inte ges. Hjälpåtgärder som mer allmänt syftar till att förbättra andningsförmågan eller underlätta andning ger således inte rätt till personlig assistans som ett grundläggande behov. Hjälp med andning kan t.ex. avse avancerad andningsgymnastik, slemsugning i andningsvägarna, övervakning på grund av risk för kvävning eller lungblödningar och hantering av trakealkanyl vid trakeostomi (trakeostomi är ett operativt ingrepp som innebär att en öppning på halsens framsida görs för att skapa fri luftväg. Passagen ned till luftstrupen hålls öppen med hjälp av en trakealkanyl, Lagrådets anmärkning).

Utgångspunkten är enligt remissen att andningshjälp utgör hälso- och sjukvårdsåtgärder. Förslaget förutsätter dock att hjälpen utförs i form av egenvård.

Förslaget är en direkt följd av ändrad praxis som ledde till att cirka 10 personer under 2016 inte längre bedömdes ha rätt till assistans kopplat till behov av hjälp med andning. Hur många personer ytterligare som omfattas av förslaget är enligt regeringen osäkert. I den promemoria som ligger till grund för lagförslaget antas att 50 personer kommer att bli berättigade till assistansersättning under 2019 på grund av lagändringen. Regeringen bedömer dock att denna uppskattning är väl tilltagen.

Kommer endast egenvård att bli assistansgrundande?

I sitt remissyttrande anför Sveriges Kommuner och landsting, SKL, att hjälp med andning skiljer sig från övriga grundläggande behov genom att sådan hjälp är en hälso- och sjukvårdsåtgärd. Förbundet anser därför att det måste framgå av lagtexten att det endast är andningshjälp i form av egenvård som kan berättiga till personlig assistans. I annat fall kommer hälso- och sjukvårdsåtgärder enligt hälso- och sjukvårdslagen som avser andningshjälp att bli assistansgrundande enligt LSS.

Regeringen anser att ett sådant klagörande inte behövs. Det framgår av 51 kap. 5 § socialförsäkringsbalken att assistansersättning inte lämnas för sjukvårdande insatser enligt hälso- och sjukvårdslagen. Detta är enligt vad som uttalas i remissen en grundläggande princip också vid bedömningen av rätten till personlig assistans enligt LSS, även om en motsvarande bestämmelse saknas i LSS. Det hänvisas därvid till två rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen, HFD 2012 ref. 41 och HFD 2018 ref. 21. Regeringen ser därför inte att det föreligger någon grund för SKL:s slutsats att införandet av ordet "andning" i lagtexten innebär att andningshjälp som utgör hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen blir assistansgrundande enligt LSS.

I rättsfallet från 2012, som inte behandlas närmare i remissen, hade Högsta förvaltningsdomstolen att ta ställning till frågan om varma bad och massage skulle anses utgöra grundläggande behov enligt 9 a § första stycket LSS. Domstolen anförde bl.a. följande.

LSS har till syfte att stärka rätten till vissa angivna insatser för personer som omfattas av lagens personkrets jämfört med vad de har rätt till enligt socialtjänstlagen (jfr prop. 1992/93:59 s. 50, 93 och 170 f.). LSS kompletterar sålunda socialtjänstlagen (2001:453) och avser med ett undantag insatser av samma karaktär som denna (jfr 5 kap. 7 och 8 §§ socialtjänstlagen). Insatser som åvilar sjukvårdshuvudmännen ligger utanför socialtjänstlagens och därmed LSS tillämpningsområde, låt vara att kommunens yttersta ansvar gör att kommunen undantagsvis kan behöva gripa in i avvaktan på ansvarig huvudmans åtgärder (se t.ex. HFD 2011 not. 92). Detta medför enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening att behov av sjukvårdande insatser enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) principiellt inte kan beaktas vid bedömningen av om rätt föreligger till personlig assistans enligt LSS (jfr även 51 kap. 5 § socialförsäkringsbalken).

I rättsfallet drog således Högsta förvaltningsdomstolen den slutsatsen att behov av sjukvårdande insatser enligt hälso- och sjukvårdslagen principiellt inte kan beaktas vid bedömningen av om rätt föreligger till personlig assistans enligt LSS.

Insatser för särskilt stöd och särskild service regleras i 9 § LSS. En av dessa insatser är enligt 9 § 2 biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäligen kostnader för sådan assistans, till den del behovet av stöd inte täcks av beviljade assistanstimmar enligt 51 kap. socialförsäkringsbalken. Någon ändring av 9 § 2 LSS föreslås inte, däremot av vad som enligt 9 a § utgör grundläggande behov. Enligt förslaget innefattar personlig assistans även hjälp med sådan andning där det kan finnas en risk för den enskildes hälsa, ytterst den enskildes liv, om hjälpinsatserna inte ges. Utgångspunkten är att hjälpen lämnas genom hälso- och sjukvårdsåtgärder.

En fråga som väcks med anledning av förslaget är om Högsta förvaltningsdomstolens principiella uttalanden – som grundar sig på att insatser som åvilar sjukvårdshuvudmännen ligger utanför LSS tillämpningsområde – kommer att stå sig i tillämpningen om förslaget genomförs. Regeringen utgår från detta. Om så inte skulle bli fallet, får det den konsekvensen att hälso- och sjukvård i form av andningshjälp, och inte enbart till den del sådan hjälp utgör egenvård, omfattas av LSS. I förlängningen skulle detta kunna innebära att frågan om huruvida en hälso- och sjukvårdsinsats i form av andningshjälp i ett enskilt fall ska genomföras ytterst kan komma att avgöras av domstol i stället för av den medicinska professionen. Detta torde inte vara avsett.

Ett sätt att komma till rätta med denna osäkerhet skulle kunna vara att, på motsvarande sätt som skett beträffande assistansersättningen enligt socialförsäkringsbalken, införa en uttrycklig bestämmelse som innebär att biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäliga kostnader för sådan assistans inte lämnas för sjukvårdande insatser enligt hälso- och sjukvårdslagen. Eventuellt har en sådan reglering nackdelar som Lagrådet inte har möjlighet att överblicka.

En avgörande förutsättning är dock att det går att avgränsa hälso- och sjukvård från sådan annan vård som benämns egenvård. Det finns därför anledning att närmare behandla regleringen beträffande egenvård. Det kan anmärkas att denna reglering utgör en förutsättning för att förslaget till ändring i 9 a § LSS ska få det tillämpningsområde som är avsett.

#### Socialstyrelsens föreskrifter om egenvård

Vad som utgör egenvård framgår inte av lag eller förordning utan av föreskrifter meddelade på lägre nivå. Regleringen finns i

Socialstyrelsens föreskrifter (SOSFS 2009:6) om bedömningen av om en hälso- och sjukvårdsåtgärd kan utföras som egenvård. Enligt 2 kap. 1 § avses med egenvård hälso- och sjukvårdsåtgärd som legitimerad hälso- och sjukvårdspersonal bedömt att en patient själv kan utföra. I paragrafen anges vidare att egenvård inte är hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen.

Föreskrifterna har beslutats med stöd av vissa angivna bemyndiganden i förordningar. Det är dock inte med stöd av åberopade eller andra bemyndiganden som Socialstyrelsen har kunnat ange vad som är egenvård eller att det inte utgör hälso- och sjukvård. Frågan är då om det på annat håll finns stöd för detta.

Hälso- och sjukvård definieras i hälso- och sjukvårdslagens 2 kap. 1 § som bl.a. åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador. I 1 kap. 2 § patientsäkerhetslagen (2010:659) ges en något vidare definition. Den innehåller inte bara hälso- och sjukvårdslagens avgränsning, utan även verksamhet enligt andra lagar anges utgöra hälso- och sjukvård. Begreppet är således både omfattande och delvis oklart. Redan i förarbetena till 1982 års hälso- och sjukvårdslag uppmärksammades de gränsdragningsproblem som definitionen medför. Det uttalades då följande (prop. 1981/82:97 s. 44).

Hälso- och sjukvårdens vårdansvar bör i princip begränsas till att omfatta sådana vårdbehov som bedöms kräva insatser av medicinskt utbildad personal eller av sådan personal i samarbete med personal med administrativ, teknisk, farmaceutisk, psykologisk eller social kompetens. [...] Svårigheterna att i praktiken strikt tillämpa dessa avgränsningsprinciper kan vara betydande. Så kan t.ex. behovet av medicinsk kompetens vara begränsat i tiden om än återkommande vid flera tillfällen. Kravet på kontinuitet i behandlingen kan i dessa fall göra det nödvändigt att fortsätta vården inom hälso- och sjukvården. [...]

Principerna för gränsdragningen kan följaktligen inte ge en exakt vägledning om vilken vårdgivare som i varje enskilt fall har skyldighet att svara för att vårdbehovet tillgodoses. Detta förhållande får dock inte leda till att en människa i en viss situation inte får den vård och hjälp hon behöver.

I förarbetena till den nu gällande lagen anges att ingen ändring av definitionen av hälso- och sjukvård görs (se prop. 2016/17:43 s. 85 f.)

I de nämnda föreskrifterna från Socialstyrelsen definieras i 2 kap. 1 § hälso- och sjukvård som åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador. Till författningstexten finns en fotnot som anger att hälso- och sjukvård omfattar sådan verksamhet som bedöms kräva personal med utbildning inom hälso- och sjukvård eller sådan personal i samarbete med annan personal. I fotnoten hänvisas till ovan nämnd reglering i hälso- och sjukvårdslagen och till en bestämmelse i patientsäkerhetslagen om vad som avses med hälso- och sjukvårdspersonal. I samma paragraf i Socialstyrelsens föreskrifter finns som nämnts definitionen av egenvård intagen och angivandet av att egenvård inte är hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen.

Något annat stöd än de ovan angivna förarbetsuttalandena för den kategoriska åtskillnaden i föreskriften mellan s.k. egenvård och vård enligt hälso- och sjukvårdslagen har Lagrådet inte kunnat finna. Annan reglering tycks vila på tanken att hälso- och sjukvårdspersonal kan överlåta arbetsuppgifter på personer som saknar formell medicinsk kompetens utan att vårdåtgärder som sådana personer vidtar för den skull förlorar sin karaktär av hälso- och sjukvård (se 6 kap. 3 § patientsäkerhetslagen samt SOSFS 1997:14, Delegering av arbetsuppgifter inom hälso- och sjukvård och tandvård). Begreppet hälso- och sjukvård tycks således inte fullt ut kunna bestämmas med hänvisning till vilken personal som vidtar en vårdåtgärd.



Det finns självfallet ett nödvändigt och praktiskt behov av att kunna ge patienter möjlighet att på egen hand utföra enkla vårdåtgärder utan överinseende av medicinskt utbildad personal. I praktiken torde det ofta vara uppenbart om en vårdåtgärd inte kräver medicinskt kunnande och att hälso- och sjukvården inte bör ansvara för den. De fall som lagrådsremissens förslag tar sikte på förefaller emellertid kunna röra tämligen komplicerade vårdåtgärder, såsom hantering av avancerad teknisk utrustning eller åtgärder som om de utförs fel kan få fatala konsekvenser. Att det är fråga om återkommande vårdinsatser under lång tid är självklart. Det är således inte enkelt att med vägledning av de principiella uttalandena i förarbetena entydigt avgöra om de bör utgöra hälso- och sjukvård eller inte, vare sig generellt eller i enskilda fall.

Eftersom remissens förslag om att införa hjälp med andning som ett grundläggande behov har distinktionen mellan egenvård och hälso- och sjukvård som en utgångspunkt, kan ifrågasättas om inte förslaget vilar på osäker grund. De gränsdragningsfrågor som påtalas i förarbetena till 1982 års lag har accentuerats sedan hälso- och sjukvården ändrats organisatoriskt. Den medicintekniska utvecklingen har dessutom möjliggjort förhållandevis avancerad vård i hemmet under förutsättning att den som vårdar har genomgått en kortare eller något längre utbildning. Utgångspunkten är dock fortfarande att hjälp med andning är en hälso- och sjukvårdsåtgärd. Genom förslaget i remissen, som innebär att denna vård tas in i en rättighetslag, accentueras gränsdragningsfrågorna ytterligare.

Gränsdragningsfrågorna bör mot denna bakgrund klarläggas och övervägas ytterligare för att den föreslagna regeln ska kunna tillämpas på ett rättssäkert och förutsebart sätt.

## Tillämpningsfrågor

Socialstyrelsens föreskrift SOSFS 2009:6 föranleder ytterligare frågeställningar som inte belyses i lagrådsremissen. Som framgått är enligt definitionen i 2 kap. 1 § egenvård en hälso- och sjukvårdsåtgärd som en patient själv kan utföra. Något utrymme finns således inte enligt denna bestämmelse att anse att hälso- och sjukvårdsåtgärder som utförs av någon annan än patienten, t.ex. en assistent, skulle utgöra egenvård.

Det är den behandlande legitimerade yrkesutövaren inom hälso- och sjukvården som inom sitt ansvarsområde ska göra en bedömning av om en hälso- och sjukvårdsåtgärd kan utföras som egenvård (4 kap. 1 §). Som en del i bedömningen ska det ingå en analys av om utförandet av egenvården kan innebära att patienten utsätts för risk att skadas och i förekommande fall ska en utredning göras för att avgöra om patienten själv eller med hjälp av någon annan på ett säkert sätt kan utföra en hälso- och sjukvårdsåtgärd som egenvård (4 kap. 5 §). Denna bestämmelse ger intryck av att det kan vara fråga om egenvård då patienten med hjälp av någon annan utför en hälso- och sjukvårdsåtgärd.

Det kan konstateras att bestämmelsen i 4 kap. 5 § om utrednings-skyldighet strider mot den grundläggande bestämmelsen i 2 kap. 1 § om vad som innefattas i egenvård. För det fall avsikten verkligen har varit att hjälp av någon annan ska innefattas i begreppet egenvård, framstår det som märkligt att den grundläggande definitionen i 2 kap. 1 § inte återspeglar detta. Det är således inte självklart att egenvård enligt Socialstyrelsens föreskrifter innefattar hjälp av någon annan.

Om man trots allt skulle anse att så är fallet, inställer sig frågan om innebörden av uttrycket "patienten själv eller med hjälp av någon

annan på ett säkert sätt kan utföra”. Utgångspunkten är att det är fråga om en sjukvårdsåtgärd som patienten själv kan utföra eller patienten med hjälp av någon annan kan utföra.

Som tidigare nämnts avser den föreslagna ändringen i 9 a § LSS att följande åtgärder ska kunna ge rätt till assistans i form av egenvård; avancerad andningsgymnastik, hantering av trakealkanyl vid trakeostomi, slemsugning i andningsvägarna och övervakning på grund av risk för kvävning eller lungblödningar. Detta synes inte vara åtgärder som patienten med hjälp av någon annan kan utföra, utan åtgärder där den enskilde är helt beroende av att någon annan utför dem. Det synes därför tveksamt om åtgärderna kan komma i fråga för egenvård med den utformning som Socialstyrelsens föreskrifter har.

#### Normgivningsnivå

Det finns anledning att avslutningsvis beröra frågan om det är lämpligt att en för så många människor avgörande distinktion som den mellan hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen och egenvård regleras i myndighetsföreskrifter.

Reglering i lag borgar för kvalitet. En sådan normgivningsnivå säkerställer att det görs en grundlig utredning och att ingående avvägningar görs mellan olika, ofta motstridiga, intressen, såsom t.ex. ansvar för vården, patientsäkerhet och kostnadsansvar. Av betydelse i sammanhanget är att LSS är en rättighetslag. Genomförandet av personlig assistans har enligt viss forskning ändrat karaktär under senare år. Genomförandet har enligt denna forskning glidit från intentioner av delaktighet mot en verksamhet som främjar vårdande insatser snarare än att verka för full

delaktighet i samhället för personer med funktionsnedsättningar (SOU 2018:88 s. 367).

Som angivits ovan bör frågorna om vad som faller inom respektive utanför begreppet hälso- och sjukvård klarläggas och övervägas ytterligare för att den föreslagna regeln ska kunna tillämpas på ett rättssäkert och förutsebart sätt. Enligt Lagrådets mening bör det även övervägas att reglera dessa frågor i en författning på en högre nivå än i myndighetsföreskrifter.

Vissa konsekvenser av förslaget

Utgångspunkten är att andningshjälp utgör hälso- och sjukvårdsåtgärder. En förutsättning för att andningshjälp ska kunna ge rätt till assistans är att den utförs i form av egenvård. Detta förutsätter i sin tur att hjälpen inte utförs av hälso- och sjukvårdspersonal, t.ex. kommunal sådan. Om en kommun anser att respiratorhjälp i hemmet bör utföras av någon som är sjukvårdskunnig och låter hälso- och sjukvårdspersonal utföra den, så torde det inte längre vara assistans.

Någon kommun har ansett att hjälp med andningsövervakning är av sådan karaktär att kompetens motsvarande sjuksköterskenivå krävs. Enligt SKL är åtgärder avseende andningshjälp i många fall sådan avancerad hälso- och sjukvård som till och med ligger utanför kommuners kompetens enligt hälso- och sjukvårdslagen. Om detta är riktigt, synes det således kunna vara så att en kommuns hälso- och sjukvårdspersonal inte får utföra vården enligt hälso- och sjukvårdslagen, men däremot personal på en LSS-enhet som inte är hälso- och sjukvårdspersonal. Denna fråga bör kommenteras.

Ett stort antal remissinstanser har uttryckt bekymmer för patient-säkerheten. Försäkringskassan anger att den inte kan ifrågasätta den bedömning som den legitimerade hälso- och sjukvårdspersonalen gör. Försäkringskassan kan bara lyfta den oro som finns då personliga assistenter, som inte har tillräcklig kunskap, lämnar sådan assistans som riskerar att skada brukare.

Sedan beslut fattats om egenvård, omfattas inte utförandet av vården av patientsäkerhetslagen. Inte heller gäller patientförsäkringen enligt patientskadelagen. Patientskadeersättning kan inte lämnas. Den som utför LSS-vården omfattas inte av krav på att teckna en försäkring motsvarande patientförsäkringen. Om en brukare drabbas av en skada är denne hänvisad till att utverka skadestånd av assistenten eller dennes arbetsgivare. I slutändan är brukaren beroende av att få framgång med sin talan och att motparten har möjlighet att betala ett skadestånd. Vissa brukare har själva anställt sin personal, varvid möjligheten att utverka skadestånd torde vara mycket begränsad. Även dessa konsekvenser bör kommenteras.