



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karina Stiernblad

”Den som tiger samtycker?”
Om den beslutsoförmögnes samtycke till vård

JUR092 Socialrätt

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare
Titti Mattsson

Termin
VT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Problemställning och syfte	5
1.2 Avgränsning av ämnet	5
1.3 Disposition	6
1.4 Material och Metod	6
2 GRUNDLAGSSTADGAT SKYDD MOT KROPPSLIGA INGREPP	8
2.1 Inledning	8
2.2 RF 2 KAP 6 § 1 och dess tillämpningsområde	8
2.2.1 Kroppsligt ingrepp	9
2.2.2 Ingreppets inslag av tvång	11
2.2.3 Samtycket neutraliserar tvångsinslag	12
2.3 Protestens eller samtyckets art- Uttrycklig protest och stillatigande samtycke?	13
3. BEGREPPET BESLUTSOFÖRMÅGA	15
3.1 Inledning	15
3.2 Begreppet rättshandlingsförmåga och beslutsförmåga	16
3.3 Gränsdragningen	17
4. SAMTYCKETS RÄTTVERKAN INOM VÅRDEN	20
4.1 Inledning	20
4.2 Kort om samtyckesreglernas lagliga grund i förhållande till kroppsliga ingrepp (RF 2 kap 6 § 1)	21
4.3 Det formella samtycket- informeratsamtycke	22
4.4 Tolkning av samtyckesreglerna inom sjukvården en kort intervju	23
4.5 Samtyckesreglernas rättsliga grund i lag	23
5 OLIKA FORMER AV SAMTYCKE	24
5.1 Inledning	
5.2 Presumerat samtycke	25
5.3 inre samtycke i rättspraxis	27
5.4 Hypotetiskt samtycke	28
5.4.1 Introduktion	29
5.4.2 Hypotetiskt samtycke enligt förarbeten och lagkommentar	30
5.4.3 Hypotetiskt samtycke inom doktrin	31

5.4.4 Hypotetiskt samtycke inom rättspraxis	32
5.5.5 Sammanfattning; hypotetiskt samtycke	33
6 INGREPP UTAN SAMTYCKE- FÅR SÄLLAN SKADESTÅNDRÄTTSLIGA KONSEKVENSER	34
6.1 Kan avsaknad av skadeståndsrättslig påföljd- få verkan på samtyckesfrågan, i praktiken?	34
6.2 Uppsamlande kommentar och introduktion inför vidare undersökning.	37
7. LAGLIG VÅRD- UTAN SAMTYCKE?	38
7.1 Negotiorum Gestio	38
7.2 Nöd	39
7.3 Putativ nöd	41
8 LEGALT STÄLLFÖRETRÄDARSKAP INOM VÅRD OCH OMSORG	41
8.1 Inledning	41
8.2 Ställföreträdarens samtycke till vård	42
8.3 Sammanfattning	45
9 SLUTSATS	45
9.1 Klemme Nielsens påstående kan diskuteras- i teorin	45
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	48
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	51

Summary

Daily, doctors, and other health care personal throughout Sweden are, probably unknowingly, faced with, the legally difficult task of caring for mentally incompetent patients. This essay seeks out to analyze, to which legal extent, a provider of public healthcare has the actual legal right to provide medical care for mentally incompetent persons when these persons are not protesting nor able to grant a legally valid consent, in the classic sence, as regard to Swedish law.

This analysis will largely take place on the basis of different legal provisions commencing with the Swedish constiution, named Regeringsformen (RF) 2 kap 6 § 1, establishing whether the above mentioned actions are consistent with this provision, in essence, safeguarding every human persons right to his or her own body. The definition of the legal concept of mental incompetence is succeeded by a substantial analysis of the judicial meaning of the consept of consent which will take place in the light of an effort to find its furthest legally accepted interpretation, the sole intent being to find its outer limit, in order to see if there might be an alternative way of legal support in situations where the law doesn't grant any direct endorsement. Finally, before reaching a conclusion an analysis will be conveyed covering the question as regards to what extent a third party may grant a consent in place of a mentally incompetent person.

Sammanfattning

Dagligen kommer läkare och annan vårdpersonal i kontakt med beslutsoförmögna individer i sin strävan att utföra sitt yrke, med högsta omsorg i åtanke. Denna uppsats analyserar i vilket omfång där egentligen föreligger rättslig grund för att utföra vård och omsorg på beslutsoförmögna individer. Utredningen görs på flera rättsliga nivåer sett ur ett rättskälleperspektiv. Utgångspunkten tas i Regeringsformens 2 kap 6 § 1. Här utreds möjligheten, eller risken, för att vård och omsorg på en beslutsoförmögen individ kan vara i strid med grundlagsstadgade mänskliga fri- och rättigheter.

En evaluering av begreppet beslutsförmåga följs av en djupare analys av begreppet samtycke i rättsligt betydelse. Analysen sker i ljuset av en strävan att finna samtyckets, så vitt möjligt, yttre lagliga avgränsning. Detta samtyckesbegrepp tjänar till att utgöra en redovisning av vilka befogenheter en läkare kan ha gentemot en beslutsoförmögen patient. Samtyckets eventuella användbarhet skall ses som en strävan att finna lagligt stöd för ovan nämnda medicinska ingrepp i det omfång stöd ej kan finnas i grundlag eller lag. I samma syfte utreds slutligen möjligheten för legala ställföreträdare att samtycka till vård i huvudmannens ställe.

Förord

Tack!

Jag är tacksam för att ges denna möjlighet att få skriva uppsats.

Tacksam för de svårigheter jag mött i livet som jag hoppas har gett mig mer empati och även visat mig ett sätt att använda juridiken för att hjälpa människor.

Tack, Titti Mattsson för tålamod, förståelse och stöd och för att du alltid varit tillgänglig inom fem minuter såväl söndag kväll som fredag eftermiddag.

Jag har lärt mig mycket men också upplevt en djup frustration över önskan om att vilja skriva mer och djupare men vara tvungen att begränsa mig.

Tack också till Karl-Wilhelm, Juliana och Haqvin som stått ut när jag både skrivit uppsats och arbetat.

Förkortningar

Förkortning	Förklaring
BrB	Brottsbalken
FB	Föräldrabalken
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
HSL	Lagen (1982:763) om hälso- och sjukvård
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
LPT	Lagen (1991:1128) om psykiatrisk - tvångsvård
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PL	Patient lagen (2014:821)
PSL	Lagen (210:659) om patientsäkerhet
PSN	Patientskadenämnden
Prop.	Regeringsproposition
RF	Regeringsformen
SFS	svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SoU	Socialdepartementets betänkningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 INLEDNING

1.1 Problemställning och syfte

Morten Klemme Nielsen skriver att *”rättsligt stöd för beslutsoförmögna (vuxna) patienter saknas för det mesta. Vård och omsorg av dessa personer är i strid med grundlag och kan ofta även betraktas som brott. Men åtal förekommer inte.”*¹ Mitt syfte med denna uppsats är att utreda huruvida det verkligen finns fog för detta påstående. Denna uppsats strävar därför efter att klargöra gränserna mellan de olika socialrättsliga grunder som kan stå den enskilde till buds, i sin utsatthet, vid tillfälle att den enskilde har en nedsatt eller obefintlig beslutsförmåga. Spegelbilden av denna fråga är vidare vid vilka tillfällen där ges rättsligt stöd för tredje man, i form av läkare, god man förvaltare eller anhörig att ingripa då den enskildes beslutsförmåga är nedsatt eller obefintlig.

1.2 Avgränsning av ämnet

Ämnets avgränsning är gjord i beaktning av hur djupt men även hur brett jag kan tillåta mig att gå i förhållande till det utrymme som det får ta. Trots att jag har valt en relativt snäv avgränsning har det varit fullt möjligt att avgränsa ämnet ännu mer till fördel för en djupare genomgång, men då hade helheten och problemställningen fått ge efter. Jag väljer efter dessa avvägningar därför att avgränsa min genomgång till att gälla den offentliga läkarvården av beslutsoförmögna individer. Av utrymmesskäl kommer denna genomgång varken att innehålla frågeställningar omkring Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (EKMR) eller en diskussion omkring eventuella rättsföljder för de vård- och omsorgshandlingar som skulle kunna var i strid med grundlag eller annan lag. Jag kommer heller inte att gå in på tvångsreglerna enligt lagen

¹ Klemme Nielsen, Laglöst land. Ställföreträdarskap i vård och omsorg, Gleerups 2012, s. 49.

(1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård (LPT.) vilket vore mycket intressant eftersom ingrepp med stöd i denna lag möjligen företas, eller åtminstone hänvisas till som utväg om lagen inte skulle förmedla tillräckligt stöd för ingrepp.² Jag vill understryka att detta innebär en avstyckning av en viktig del av helheten vilket påverkar slutsatsen som ju bara kan dras så långt som förevarande undersökning sträcker sig.

1.2 Disposition

Den naturliga utgångspunkten sker i en genomgång av individens grundlagsfästa rättigheter till att bestämma över sin egen kropp. Härunder besvaras frågan vad som skall ses som ett *påtvingat kroppsligt ingrepp* i grundlagsbestämmelsens mening. Därefter kommer jag att genomgå den juridiska innebörden av begreppet beslutsoförmåga, för att avgränsa arbetets målgrupp, för att sedan undersöka om, och i så fall i vilket omfång, det finns lagstadgade regler som tillåter eller påbjuder sjukvård för denna personkrets. Om jag inte hittar lagregler av avgörande betydelse går jag vidare genom att se om där finns indirekta regler som skulle kunna öppna för en möjlighet till en så extensiv tolkning att den skulle kunna rymma läkarvård för beslutsoförmögna. Samtyckesbegreppet kommer att spela en stor och central roll i denna uppsats. Härunder, gör sig frågan, hur extensivt man kan tillåta sig att tolka samtyckesreglerna gällande. I doktrin påstås det att där inte finns någon direkt praxis som behandlar frågan.³ Om så är fallet kommer jag att öppna upp för att undersöka möjligheten för en extensiv tolkning av domar inom andra områden.

Material och Metod

Odlöw beskriver den färska forskningsstuderandes dilemma när det kommer till att ange definitionen på rättsvetenskaplig undersökning. Han hänvisar

² Ä 13412-07/2007-05-09

³ Klemme Nielsen, a.a. s. 49.

bl.a. till meningsskiljaktigheterna mellan Peczenik, Agell och Hellner. Dilemmat divergerar helt kortfattat mellan ren rättsdogmatik, i betydelsen att bistå rättspraxis genom att tolka och systematisera gällande rätt (Peczenik), och den vidare definitionen, att fastställa ”sambandet mellan grundläggande regler och deras samhällsliga funktion, sambandet mellan olika regler inbördes samt ändamålsenligheten i den använda begreppsbyggnaden”.⁴ I denna uppsats ankommer det endast författaren att lita sig närmare Peczeniks metodlära. Jag begränsar mig därför huvudsakligen, till en klassisk juridisk metod och dito materialval.⁵ Tolkningen kommer att vara restriktiv, eftersom uppsatsen behandlar ett område som präglas av skyddet mot kroppsliga ingrepp reglerade i Regeringsformen 2 kap 6 § (RF). Hänsyn till skyddsintresset för individen och grundlagen är därför av yttersta vikt. Denna inställning får även anses underbyggd av den i förvaltningsrätten rådande legalitetsprincipen.

Jag kommer att tolka befintliga lagregler med hjälp av förarbeten, doktrin och praxis. I fråga om förarbeten utgör regeringspropositionerna (prop.) den alltförvägande källan. När det kommer till doktrin har jag som huvudregel valt att följa de, inom rättsområdet, mest citerade och ansedda författarna.⁶ När det kommer till praxis gör jag dock ett avsteg från min ovan nämnda restriktiva metodlära och mitt materialval. I de delar som det där saknas direkt tillämpliga domstolsavgöranden, och det är ofta, så har jag gått utanför de gängse ramarna. Jag har vid något tillfälle sett på enstaka underrättsavgöranden samt även tolkat HD-avgöranden i den extensiva riktningen. Jag anser detta tillvägagångssätt försvarbart så länge jag nu varnat för både detta samt att tillägga dessa avgöranden för stor betydelse i denna kontext. Sedvanerätten tillhör rättskällevärdet men den måste ha en rättsvetenskaplig bas. Det är därför inte för mig att, utan någon vetenskaplig undersökning som grund, konstatera om en sedvanerätt kan antas ha uppstått, inom vården av beslutsoförmögna även om mycket tyder på det.

⁴ Odlöw, Ställföreträdare för vuxna: Kamrer eller handledare? Stockholm, Jure Förlag, 2005, s. 19.

⁵ Om skillnad mellan metod och materialval jfr. Svensson, Eva-Maria, De lege interpretata, JP 2014, s. 211.

⁶ Jfr Munck, Rättskällor förr och nu, JP 2014, s. 207.

Jag har frågat tre läkare och en sjukgymnast vad man i verkligheten gör. Svaret har, i alla tre fall, blivit det pragmatiska ”man gör vad man måste göra”. Dock skall det noteras att ingen vill citeras.

2 Grundlagsstadgat skydd mot kroppsligt ingrepp

2:1 Inledning

Regeringsformen 2 kap. 6 § 1 (RF) stipulerar att till en av de grundläggande fri- och rättigheten räknas den enskilde individens skydd mot, det som i bestämmelsen benämns, ”påtvingat kroppsligt ingrepp”. Detta grundlagsskydd är begränsat, dels genom att det endast gäller för den enskilde mot det allmänna och dels eftersom skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp kan begränsas enligt lag.⁷ Jag kommer i det följande att analysera denna grundlagsbestämmels innebörd, närmare bestämt vad som menas med begreppen ”det allmänna”, ”kroppsligt ingrepp” och ”påtvingat”. Denna analys söker i det följande att skilja mellan vilka kroppsliga ingrepp som faller innanför bestämmelsens tillämpningsområde och därför är förbjudna, såvida det inte föreligger en lag som medger ingreppet, och vilka ingrepp som faller utanför lagens tillämpningsområde och därför kan företas utan hänsyn till RF 2 kap 6 § 1.

2.2 RF 2 kap 6 § 1 och dess tillämpningsområde

RF 2 kap 6 § uppställer krav på att rättigheterna endast kan åberopas mot *det allmänna*. Denna avgränsning är av intresse för denna uppsats, med tanke på de senaste tio årens privatiseringar av sjukvården. I kommentaren till bestämmelsen kan utläsas att privaträttsligt organiserade subjekt under vissa, inte angivna, tillfällen skulle kunna vara en del av ”det allmänna”.⁸ Rynning är redan år 1984 enig med kommentaren i denna fråga och anser att privaträttsliga subjekt borde kunna omfattas i den mån de anses *utöva offentlig förvaltning*. Rynning hänvisar till bestämmelsen i RF 12 kap 4 §

⁷ Denna s.k. relativa rättigheten återfinns i RF 2 kap 20 §.

⁸ Holmberg och Stjärnquist m.fl. s. 82, jfr prop. 1975/76:209 s. 86, samt RF 12 kap. 4 § 2 st.

för en tolkning av vad som kan anses som offentlig förvaltning.⁹ Rynning konstaterar att i det fallet privaträttsliga subjekt inte skall omfattas av RF 2 kap 6 § 1 p. så kan detta förhållandet avhjälpas genom att såväl brottsbalkens bestämmelser, till skydd för liv, hälsa, frihet och frid, som hälso- och sjukvårdslagstiftningen tillämpas på privata aktörer inom hälso- och sjukvården. Personligen tycker jag att Rynning i denna del tar lite för lätt på grundlagens dignitet. Förvisso har ett grundlagsskydd ytterst ett demokratiskt värde, men man skall inte bortse från den psykologiska betydelse det innebär att ett rättsförhållande primärt är reglerat enligt grundlag, varför jag menar att denna distinktion ändå för stor betydelse med sig. Grunder för varför ett skydd grundlagsfästes, och tillika stöd för min synpunkt, förs bl.a. fram i SOU 1975:75 s. 13 och skall av utrymmesskäl bara nämnas här. Slutsatsen i denna del är att en del talar för att även privata subjekt som utför vård och omsorg kan sägas utföra den form av offentlig förvaltning som omfattas av grundlagsbestämmelsen i RF 2 kap 6 § 1 p.

2.2.1 Kroppsligt ingrepp

Begreppet ”kroppsligt ingrepp” i RF 2:6 omfattar enligt Holmberg och Stjernqvist m.fl.¹⁰ först och främst våld mot människokroppen, vidare läkarundersökningar samt smärre ingrepp så som blodprov, vaccinerings och liknande ingrepp som går under benämningen kroppsbesiktning.¹¹ Elisabeth Rynning delar in begreppet i tre underavdelningar; dels kroppsligt ingrepp som medför *förändring av kroppen* dels kroppsligt ingrepp som innebär en *besiktning av kroppen* och slutligen en mindre omfattande, *lindrigare slags* våld mot kroppen.¹²

⁹ Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling, Iustus förlag AB, s. 98, hänvisar till dåtidens RF 11 kap. 6 § 3, genom lagändring, numera RF 12 kap. 4 § 2 st. Innehållet är dock det samma i denna del.

¹⁰ Av Petren och Ragnemalm benämnt ”grövre kroppsligt ingrepp”. Jfr Petren, och Ragnemalm, Sveriges grundlag, Uddevalla 1980, s. 54.

¹¹ Holmberg, Stjernquist, Isberg, Eliasson och Regner, Norstedt 2012, s. 109. En utförlig *exemplifiering* av ingrepp som faller innanför skyddet uppräknas i SOU 1975:75 s. 358-362.

¹² Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling, Iustus förlag AB, s.103.

Under den första gruppen faller alla former av kroppsliga ingrepp som medför förändring, invändigt eller utvändigt, av kroppen. Hit räknas bl.a. *kirurgiska ingrepp*. Härunder faller även, enligt Rynning, olika former av medicinering som kan tänkas påverka kroppen på något sätt. Som exempel på det senare kan här nämnas fluoridering av dricksvattnet för att förhindra karies. Till den andra undergruppen, benämnd *kroppsbesiktning*, hör läkarundersökningar och som en tredje indelning kan *lindrigare former* av våld mot kroppen ses. Ragnemalm, liksom Holmberg m.fl. delar in kroppsligt ingrepp i två undergrupper.¹³ *Rynnings två sista grupper motsvarar Ragnemalms och Holmbergs andra undergrupp*, benämnd ”lindrigare” eller ”smärre” ingrepp så egentligen framkommer ingen praktisk skillnad. Personligen finner jag dock Rynnings klarare och jag instämmer med Rynning i den observation att vaccinationer och blodprov som enligt båda Holmberg och Rynning hänförs till den andra undergruppen, såsom lindriga ingrepp, för stringensens skull i stället borde hänföras till kroppsförändrande ingrepp och därmed falla under den första undergruppen,¹⁴ på samma sätt som fluoridering av dricksvattnet. Ett urinprov är förmodligen att betrakta som ett kroppsligt ingrepp, men det kan inte sägas med säkerhet.¹⁵

Underlåtenhet att ingripa skall inte betraktas som ett ingrepp i bestämmelsens mening.¹⁶ Mer tveksam är frågan när det kommer till huruvida *psykiatriska* läkarundersökningar skall anses vara kroppsliga ingrepp i bestämmelsens mening. Frågan berörs inte vare sig i förarbeten eller kommentarer till bestämmelsen. Rynning lägger i denna fråga vikt vid graden av integritetskränkning och argumenterar för att det skulle framstå som oproportionerligt om det förhållandevis lilla ingreppet besiktning av ett lillfinger skulle vara skyddat men väl inte en jämförelsevis mer ingripande påtvingad psykiatrisk undersökning. Graden av integritetskränkning nämns

¹³ Rynning, a.a. s. 103 ff.

¹⁴ Rynning, a.a. s. 103 ff.

¹⁵ JO 1984/85 s. 227 talar för. I beslut 1984/85 s. 343 är JO ”skeptisk”. För en djupare genomgång av huruvida bl.a. urinprov räknas som en av de skyddsvärda ingreppen i RF 2 kap 6 § 1 hänvisas till en analys gjord av Warnling-Nerep, FT 2002 s. 34 ff.

¹⁶ Holmberg, Stjernquist m.fl. a.a. s. 110.

också i förarbeten till bestämmelsen t.ex. när det kommer till att ange grunden för att tagning av fingeravtryck skall ses som ett kroppsligt ingrepp men inte tvångsmässig fotografering.¹⁷

När det kommer till frågan om *psykisk påverkan* slår samtliga förarbeten¹⁸ uttryckligen fast att denna form av inverkan inte omfattas av skyddet såvida den inte är så djupgående att den kan bedömas som misshandel enligt BrB 3 kap. 5 §.¹⁹ Det är allmänt vedertaget att den senare utvecklingen inom medicinsk forskning kan påvisa fysiska förändringar i hjärnan även vid vad som skulle kunna kategoriseras som mindre former för psykisk påverkan. Detta är ingrepp som möjligtvis inte i dag skulle falla in under BrB 3 kap 5 § men de lege ferenda kunde man kanske tänka sig att detta förhållande skulle kunna medföra en utvidgning av definitionen, till att omfatta även den form av psykisk påverkan som man i dag kan bevisa utgör en fysisk påverkan på hjärnan. Man skulle här kunna tänka sig att en sådan påverkan kunde falla innanför den första kategorin alltså fysisk påverkan av kroppen. För att göra bruk av Rynnings ovan nämnda jämförelse har jag personligen svårt att förstå att besiktning av ett lillfinger skulle anses mer ingripande eller integritetskränkande än många former av psykiska påverkningar även om de inte skulle vara brottsliga.

2.2.2 Ingreppets inslag av tvång

RF 2 kap 6 § uppställer vidare krav på att det kroppsliga ingreppet skall vara påtvingat för att njuta bestämmelsens skydd. Petren och Ragnemalm²⁰ anför att det allmänna skall disponera över någon form av maktmedel för att genomdriva åtgärden. Detta innefattar såväl direkt våldsanvändning, som indirekt dito, det senare genom att man t.ex. bryter ner den enskildes motstånd genom hot om våld eller liknande.²¹

¹⁷ Rynning a.a. s. 101.

¹⁸ SOU 1975:75 s. 1999. Prop.1975/76:209. Petren och Ragnemalm, a.a. s. 54. Holmberg och Stjernquist m.fl. a.a. s. 88. Eka, Hirschfeldt, Svahn Starrsjö, Regeringsformen (med kommentarer), Karnow Group 2012., s.77.

¹⁹ Doidge, *The Brain that Changes Itself*, Viking, 2007.

²⁰ Petren och Ragnemalm, a.a. s. 54-55.

2.2.3 Samtycket neutraliserar tvångsinslaget

Vad som är av yttersta intresse för denna uppsats är att tvångsinslaget i RF 2 kap. 6 § upphävs om den enskilde har lämnat sitt samtycke. Det till synes självklara, i att ett medgivande som huvudregel s.a.s. upphäver inslaget av tvång, kan vid en närmare analys av ordet medgivande eller samtycke medföra gränsdragningsproblem. Uttrycket ”medgivande”, i förståelsen samtycke, kan i juridisk betydelse komma till uttryck på en mängd olika sätt. Wennergren verkar vilja antyda att där kan förekomma *ett tomrum* mellan ett medgivande och ett påtvingat kroppsligt ingrepp. Hur det förhåller sig skall jag försöka svara på i det följande.²²

Wennergren uppställer *två tolkningar* av begreppet *påtvingat*.²³ Enligt den ena tolkningen omfattar begreppet ”varje kroppsligt ingrepp som saknar samtycke- uttryckligt tyst eller, eventuellt, hypotetiskt – från personen själv”. Enligt den andra snävare tolkningen innefattar begreppet enligt Wennergren ”kroppsligt ingrepp som sker *mot personens vilja, uttryckt skriftligen muntligen eller genom åtbörder, uppträdande etc.*”. Wennergren anser att den senare tolkningen äger företräde. Han motiverar detta genom att se på BrB 4 kap 4 § och jämför begreppet påtvingat med olaga tvång i den meningen att *frånvaron av samtycke inte av nödvändighet innebär att ett ingrepp är påtvingat*. JK (1982 s 81)²⁴ bedömer ett fall var några Chilenare, som skall utvisas från Sverige till sitt hemland, utan vetskap ges lugnande medicin, som man tillsätter deras saft under flygresan från Sverige. JK anför i detta fall att begreppet ”påtvingat” är osäkert. JK menar att i själva begreppet kan anses ligga ”att ett motstånd av något slag måste brytas” varvid endast ingrepp som görs mot en persons ”uttryckliga vilja” skulle kunna uppfattas som påtvingade. JK och Wennergren är alltså eniga i sina tolkningar av begreppet påtvingat i den betydelsen att någon form av positiv protest måste föreligga för att RF 2 kap 6 § skall finna användning.

²² Se strax nedan. Wennergren menar att där krävs en positiv protest för att ingreppet skall anses vara påtvingat.

²³ Rynning, a.a. s. 106.

²⁴ JK:s beslut 1982 A.17, 1982-04-29, dnr 850-8222

Detta avgörande har dock blivit hårt kritiserat och stämmer inte med nedan följande doktrin.

2:3 Protestens och samtyckets karaktär- uttrycklig protest - stillatigande samtycke?

Ett *ingrepp som utförts under narkos kan anses vara påtvingat*. Enligt kommentaren är det enkom ”*samtycke* som både faktiskt har förelegat och kommit till uttryck på något sätt” som kan *utesluta* att ingreppet är påtvingat²⁵. Petren och Ragnemalm förespråkar därför Wennergrens, ovan nämnda, första teori som han själv förkastade till fördel för motsatsen; att uttrycklig protest borde ha förekommit för att tvångsinslaget skulle anses föreligga.

Holmberg och Stjernquist²⁶ utreder inte frågan närmare men hänvisar dock till Warnling-Nerep.²⁷ Warnling-Nerep kritiserar Chilefallet och menar att det vid tillämpning av grundlagsskyddet bör kvitta om ingreppet har sin grund i list eller tvång, ”påtvingat är det i bägge fall”.²⁸ Till stöd för denna inställning finner man även Melander och Nobel²⁹ samt Rynning.³⁰ Rynning håller inte med Wennergren om att motvilja måste ha kommit till ”uttryck”.³¹ Men hon menar heller inte att ”avsaknad av samtycke” nödvändigtvis bör anses innebära tvång.³² Rynning går *bakvägen via en tolkning av BrB 4 kap 4 §*.³³ Så som olaga tvång räknas därför att man på visst sätt ”*tvingar någon att göra tåla eller underlåta något*” anför hon. Avgörande blir därför om den enskilde har ”*nödgats tåla* det kroppsliga

²⁵ Petren och Ragnemalm, a.a. s.54-56. Jag anser att detta talar mot ovan nämnda bedömningen i Chilefallet.

²⁶ A.a. s. 111. Är de därför eniga med Warnling-Nerep i hennes tolkning och kritik av JK:s avgörande och Wennergrens åsikt?

²⁷ Warnling Nerep, Påtvingat kroppsligt ingrepp (RF:2:6) och JO:s rättsvägladande funktion, FT 1/2002 s. 34.

²⁸ Warnling Nerep, a.a. s. 34 f.

²⁹ Melander och Nobel, Handbok i invandrar rätt, Uppsala 1984, s. 161 ff.

³⁰ Rynning a.a. s. 106 ff.

³¹ Rynning a.a. s. 106 ff.

³² Rynning a.a. s. 106 ff.

³³ Rynning a.a. s. 106 ff.

ingreppet”.³⁴ Tvånget kan vara *relativt* (såsom misshandel, hot om våld eller sanktioner) eller *absolut*. Till absolut tvång räknas såväl fysiskt betvingande av ett motstånd som fall då ”den enskilde har berövats möjligheten att ge uttryck för något motstånd eller ens sin motvilja mot ingreppet”. Som exempel på absolut tvång anger Rynning att en vaken person inte bär vetskapen om ingreppets karaktär helt eller delvis eller att en medvetlös eller svårt sjuk person utsätts för något som hon/han inte är införstådd med”. Det skall tilläggas att det som ytterligare rekvisit uppställs att personen i fråga skulle antas ha motsatt sig ingreppet om han/hon tillfrågats. Rekvisitet som grundar sig på ett *antagande* om den enskildes inställning benämns ”hypotetisk motvilja”.³⁵ Om denna inställning skall grunda sig på en objektiv eller subjektiv bedömning svarar inte Rynning. Rynning samt Petren och Ragnemalm är samstämmiga i sina tolkningar av vad som skall anses som påtvingat kroppsligt ingrepp förutom på en punkt.³⁶ Författarna uppställer ytterst olika krav i samtyckesfrågan. Rynnings tolkning är aningen snävare än Petren och Ragnemalms.³⁷ Rynnings tolkning vinner gehör hos både Warnling-Nerep³⁸ och Melander och Nobel³⁹. Strömberg kritiserar Chilefallet och menar att smyg medicinering är ett påtvingat kroppsligt ingrepp i RF mening⁴⁰.

Rättspraxis är inte klar i denna fråga. Warnling-Nerep analyserar olika beslut från JO och sammanfattar att ”Rynning tycks ha blivit bönhörd”.⁴¹ JO har efter Warnling-Nereps jämförelser uttalat, i ett fall angående utandningsprov som tagits på vårdpersonal, att även om en anställd inte riskerar att drabbas av sanktioner om denne vägrar att genomgå ett test så kan det vara så att den anställde ändå inte upplever att det är frivilligt. I så

³⁴ Rynning a.a. s. 106 ff.

Min kursivering.

³⁵ Rynning, a.a. s. 108.

³⁶ Se ovan s. 6.

³⁷ Rynning, a.a. s. 108. jfr strax ovan.

³⁸ FT 2002, a.a. s. 34 ff.

³⁹ Jfr s. 13 ovan, samt Melander och Nobel, Handbok i invandrar rätt, Uppsala 1984, s. 161 ff.

⁴⁰ FT 2002, a.a. s. 34 ff.

⁴¹ FT 2002, a.a. s. 34.

fall är testet påtvingat och provtagningen får inte genomföras.⁴² Dock uttalar JO Kerstin Andre i ett senare avgörande⁴³ att slumpvisa drogtestar genom urinprov i en skola inte utgör ett påtvingat ingrepp eftersom eleverna varit frivilliga (och därmed samtyckt, min slutledning). En liknande diskussion, som i fråga om utandningsprovet, förs inte här. Att eleverna kanske inte skulle uppfatta att urinprovet var frivilligt på grund av grupstryck eller andra dolda sanktioner tycker JO tydligen är av mindre överhängande risk när det kommer till gymnasieelever än till anställd vårdpersonal.⁴⁴

Med ovan *in mente* kan man konstatera att rättsläget inte är helt tydligt när det kommer till vad som utgör ett *påtvingat* kroppsligt ingrepp men mycket talar för att Wennergrens teori samt JO:s beslut i Chilefallet med all sannolikhet inte överensstämmer med gällande rätt på grund av den massiva kritik som JO:s beslut mottagit. Det skulle i så fall innebära att det *inte* krävs en *uttrycklig protest* för att ingreppet skall anses påtvingat. Dock finner jag inte heller, vare sig doktrin eller praxis, avgörande stöd för krav om att där skall föreligga hypotetiskt motvilja. Mycket talar därför för att Rynnings teori, om att ett påtvingat ingrepp jämföras med vad en individ nödgats tåla, vara den förhärskande.

3. Begreppet beslutsförmåga

3.1 Inledning

Arbetets målgrupp utgörs av beslutsförmögna vuxna individer. En utredning omkring den juridiska definitionen av begreppet beslutsförmåga är därför av central betydelse. Utgångspunkten för utredningen av detta begrepp tas, i doktrin, i begreppet rättshandlingsförmåga. Omedelbart gör sig frågan om huruvida begreppet rättshandlingsförmåga verkligen är lämpligt för att definiera den beslutsförmögnes möjlighet att ta beslut, i

⁴² JO 2006/07 s. 97.

⁴³ JO beslut 2010-04-26, diarienummer 479-2010.

⁴⁴ Eller så är gymnasieelevers intressen bara mindre skyddsvärda än personer i anställningsförhållanden.

frågor om den egna vården och omsorgen, gällande.⁴⁵ Är definitionen av begreppet beslutsförmåga inom vården en spegelbild av individens beslutsförmåga i förhållande till den civilrättsliga rättshandlingsförmågan eller borde förhållandet definieras utifrån någon annan rättslig konstellation?⁴⁶ Ges begreppet beslutsoförmåga enkom en objektiv definition eller tillkommer därutöver ett subjektivt rekvisit t.ex. grundat på vilket skyddsintresse som har högsta prioritet i det enskilda fallet, eller ges där alltid övervägande hänsyn grundade på den tilltänkt beslutsoförmögne individens skyddsintresse. T.ex. kan man tänka sig att fastställandet av beslutskompetensen, härunder skyddsintresset, skulle varieras utifrån om det rör sig om huruvida individen är förmögen att gå ut och företa bindande ekonomiska transaktioner eller om den samme individen skulle kunna medge medicinsk vård som är i enlighet med vetenskap och väl beprövad erfarenhet, trots att denne inte har rättshandlingsförmåga i andra sammanhang. Att gå in på djupet av dessa frågor kan av utrymmesskäl inte låta sig göras men frågorna förtjänar ändå att väckas. Odlöw,⁴⁷ ger en lösning, med fokus på att variera begreppet rättshandlingsförmåga vilket skulle kunna råda bot på problemet. Rynning löser problemet genom att avhålla sig från begreppet rättshandlingsförmåga och enkom fokusera på begreppet beslutsoförmåga.⁴⁸

3.2 Begreppen rättshandlingsförmåga och beslutsförmåga

Någon allmän rätt till rättshandlingsförmåga finns inte fastställd i lag utan utläses ur föräldrabalken (FB) 9 kap 1 § e contrario,⁴⁹ vilket innebär att den som är över 18 år är myndig och har därmed rättshandlingsförmåga. Begreppet rättshandlingsförmåga, i sig, definieras motsatsvis av FB 11 kap

⁴⁵ T.ex. är det svårt att se att man skulle kunna hävda att en beslutsoförmögen individ som går med på ett ingrepp skulle kunna påstå att denne gjort detta under inflytande av rubbad sjuksverksamhet med de därpå följande rättsverkningarna enligt 1924 års lag.

⁴⁶ Rynning, a.a. s. 277, anger att: ”rättslig handlingsförmåga i civilrättslig mening fordras inte, vilket innebär att exempelvis omyndighet eller oförmåga att förvalta sin egendom inte utesluter att en person kan lämna ett giltigt samtycke”.

⁴⁷ Se avsnitt 3.2 nedan.

⁴⁸ jfr.3.2 nedan..

⁴⁹ Odlöw, a.a. s. 24.

7-11 §§⁵⁰ och skall förstås som möjligheten ”att själv företa rättshandlingar med verkan att de med dylik rättshandling förbundna ordinära rättsverkningarna inträder”.⁵¹ Själva begreppet rättshandlingsförmåga som behörighet är, som juridiskt begrepp, inte tillräckligt stringent enligt Odlöw.⁵² Odlöw menar att begreppet lätt blir missvisande eftersom *förmåga* hänvisar till att beskriva en möjlighet att utföra något på grund av yttre egenskaper, med att det ju är långt ifrån är hela bilden. I stället, menar Odlöw, bör begreppet delas upp i de två underavdelningarna *rättshandlingsbehörighet* och *rättshandlingsbeslutsförmåga* för att uppnå full juridisk klarhet. Grunden till Odlöws inställning är att ordet förmåga i rättshandlingsförmåga inte ensamt återspeglar individens faktiska psykiska förmåga eftersom det inte per se är förmågan i sig som avgör om en person är behörig att ingå ett avtal. Exempel på detta är att den nyss fyllda 18 åringen med full giltighet kan ingå ett avtal utan att behöva förstå de rättsliga konsekvenserna av avtalet i sig. En vuxen person kan alltså de facto ingå ett giltigt avtal utan att förstå konsekvensen av rättshandlingen. Detta är intressanta och kloka synpunkter men Odlöw utvecklar inte tanken vidare och något stöd för hans diskussion har jag inte funnit i praktiken.⁵³ Odlöw böjer sig, efter det sagda i sitt arbete, för det allmänna språkbruket och använder efter denna sin utläggning själv ordet ”beslutsförmåga” som heltäckande begrepp.

Elisabeth Rynning är, som jag förstår det, i sak enig med Odlöw. Men hon använder begreppet beslutskompetens som utgångspunkt och menar att begreppet innefattar både en materiell del samt en formell dito vilka, respektive, beskriver såväl den personliga subjektiva förmågan som behörigheten att samtycka till vård. För att en individs beslutskompetens skall kunna ifrågasättas skall denne, i en viss given situation, sakna förmåga att tillgodogöra sig relevant information med resultatet att oförmåga att överskåda konsekvenserna av informationen uppstår. Det är den specifika

⁵⁰ Malmström och Saldeen, Förmynderskapsrätt, Iustus 1991, s. 8. Se även Olsson, Rother Shirren och Schöldt, Familjejuridik, Sanoma utbildning AB, Stockholm 2015.

⁵¹ Malmström och Saldeen a.a. s. 7.

⁵² Odlöw, a.a. s. 23.

⁵³ Det skall dock understrykas att min undersökning härav inte är uttömmande.

situationen som avgör. En psykisk störning medför således inte per se beslutsförmåga utan det är oförmågan i det enskilda tillfället som avgör vilket medför att resultatet av bedömningen, under samma förutsättningar, kan variera från gång till gång.

3.3 Gränsdragningen

Enligt Rynning finns en stark presumtion för att en person besitter beslutsförmåga. Beviskraven torde därför vara höga för att fastställa att en person skulle sakna beslutsförmåga i det enskilda tillfället.⁵⁴ Rynning delar in beslutsinkompetensen i relativ och absolut. Detta gör hon då hon menar att den absoluta är långt lättare att avgöra än den relativa. Som exempel på absolut beslutsförmåga anger hon en medvetlös individ. Problematiken mellan beslutskompetens och beslutsinkompetens uppstår som regel när det kommer till den relativa beslutskompetensen.⁵⁵ Det är i första hand den patientansvarige behandlande läkaren som avgör om patienten är beslutskompetent.⁵⁶ Man kan ifrågasätta rättsäkerheten i detta både på bakgrund av att läkaren bedömningsmässigt kan förblindas av goda intentioner att göra gott men också att denne av professionell stolthet driver igenom sin yrkesmässigt begrundade inställning till vård på bekostnad av patientens vilja. Som exempel kan man tänka sig att en person, med generellt nedsatt begåvningsförmåga men väl tillräcklig kompetens för att kunna ta ställning till den aktuella vårdfrågan, bedöms beslutsförmögen då det är talan om ett ingrepp som är fullständigt korrekt och medicinskt motiverat men individen inte vill gå med på ingreppet för att denne helt enkelt är rädd eller verkligen vill dö. Detta problem stärks av att Rynning anser att gränsdragningen mellan beslutskompetens och beslutsinkompetens torde kunna placeras olika beroende på om patienten går med på eller avböjer den föreslagna åtgärden.⁵⁷ Rynning menar alltså här, som jag förstår det, att beviskravet har en nyttoaspekt vilket ju är en både praktiskt och klok

⁵⁴ Rynning, a.a. s. 279.

⁵⁵ Rynning, a.a. s. 283.

⁵⁶ Jfr Sahlin, Hälso- och sjukvårdslagen, s.73. I förlängningen innebär det den ansvarige chefsläkaren på avdelningen. I fråga om skadestånd är läkaren även den som innehar bevisfrågan. Jfr Agell i JT 1990-91, s. 449.

⁵⁷ Rynning, a.a. s. 281.

inställning men som jag ändå personligen anser bör accepteras med stor försiktighet, med hänsyn till att nyttan inte är det som skall motivera huruvida en individ skall bedömas beslutskompetent eller inte. Om en individ önskar att dö är denne ju inte beslutsinkompetent bara för att där finns enkla vårdingrepp som objektivt sett skulle vara påbudna individen önskade vård, en tanke som är lätt att få med ovan nämnda nyttoaspekt in mente. Rynnings är enig i denna min inställning då hon framhäver att vårdtagarens beslut absolut inte behöver vara rationellt i betydelsen att det måste instämma med vad vården anser vara korrekt behandling.⁵⁸ Jag ser dock en svår och slingrig väg mellan dessa olika parametrar. Denna min inställning stärks av att Rynning anser att man får förvänta sig att en prövningsinstans skulle medge en förhållandevis bredare felmarginal till läkarens fördel i de situationer då ingreppet varit erforderligt på medicinska grunder.⁵⁹

Sammanfattningsvis tror jag att man, definitionsmässigt, skulle var behjälpt av att fokusera på begreppet beslutsinkompetens i enlighet med Elisabeth Rynnings definition, utan att blanda in begreppet rättshandlingsförmåga, i frågor om samtycke till vård och omsorg. Min mening är att definitionen av beslutsoförmåga inom detta område då bli avsevärt enklare både teoretiskt juridiskt samt även praktiskt. Någon nackdel med detta ser jag personligen inte. Samtidigt som jag förstår Rynnings inställning till beviskraven vid en eventuell domstolsprövning av frågan skulle man ut ifrån en juridisk teoretisk sida kunna argumentera att det inte borde vara ingreppets korrekthet som borde invägas i frågan om bevisningen omkring huruvida en individ vore beslutsoförmögen. Å andra sidan kan man naturligtvis hävda att de flesta människor har en önskan om att bli friska och att vårdpersonal har grund för att vara vaksam i fråga om beslutsförmåga när den stöter på en individ som inte är mån om sin hälsa i sådant omfattning att han eller hon inte vill ta emot vård. Moa Kindström Dahlin framhåller kloka tankar omkring, samtidigt som hon konstaterar att få studier har gjorts, omkring denna

⁵⁸ Rynning, a.a. s. 284.

⁵⁹ Rynning, a.a. s. 281.

fråga.⁶⁰ Hon menar att där är stor skillnad mellan en individ som är svårt sjuk eller frisk när det kommer till beslutsförmåga. Den sjukes rädsla, smärta, eller utmattning är sammantaget eller var för sig alla agenter som kan påverka koncentrationsförmågan och leda till beslut som den sjuke inte skulle tagit om denne vore frisk. Jag tror inte, de lege lata, i sådana tillfällen att man vid en domstolsprövning skulle finna vårdtagaren beslutsinkompetent i juridisk mening med mindre det var fråga om mycket uppenbara tillfällen av beslutsförmåga. Svaren på dessa frågor skulle förmodligen vara behjälpta av en studie, från den en kliniska forskningen omkring individers beslutsförmåga.

4. Samtyckets rättsverkan inom vården

4.1 Inledning

Under mitt arbete att söka utreda Klemme Niensens arbetshypotes⁶¹ stöter jag, som redan framgått, ganska omedelbart på *samtyckesreglerna*, vilka ger upphov till både svåra och nödvändiga men också intressanta frågeställningar. Patientens samtycke är, sedan den 1 januari 2015, lagstadgat som en nödvändig förutsättning för läkarens möjlighet att utföra vård och omsorg.⁶²

Om samtycke nu krävs enligt lag och en person är beslutsoförmögen i förhållande till samtyckesfrågan då finns där väl egentligen inte mer att tala om? Det är väl olagligt att utföra vård på den beslutsoförmögne patienten redan på grund av att giltigt samtycke inte kan inhämtas?⁶³ Men så enkel är juridiken ju inte och precis som Klemme Nielsen antyder finns där utrymme för frågan om möjligheten till extensiv lagtolkning.⁶⁴ Det är just i detta sammanhang som samtyckesfrågan och dess tolkning utgör en central del av detta arbete.

⁶⁰ Kindström Dahlin, *Psykiatrirätt- intressen rättigheter & principer*, Jure Förlag AB, Stockholm 2014, s. 98.

⁶¹ Se problemformuleringen i detta arbete, ovan.

⁶² Men har även före dess ansetts vara lagstadgat genom en tolkning av HSL. Mer härom se s. 27 nedan.

⁶³ Förutsatt att där inte finnes någon annan laglig grund för ingrepp förstås.

⁶⁴ A.a. s. 49 ff.

I minnet skall hållas att inga påtvingade kroppsliga ingrepp kan utföras utan stöd i lag.⁶⁵ Där var lag inte medger vård- och omsorgsrelaterade kroppsliga ingrepp uppkommer därför frågan, om tillåtligheten av en extensiv lagtolkning. Frågan om samtycket och om där finns grund för att tolka det så vitt att det eventuellt kan utgöra laglig grund för ingrepp på beslutsoförmögna när det till synens inte finns direkta lagregler på området utgör kärnan i min utredning omkring samtyckesfrågan i relation till vård och omsorg. Frågan om *tillåtligheten* av den extensiva lagtolkningen i sig, kan av utrymmesskäl tyvärr inte genomgås på djupet men resultatet på den frågan är givetvis av stor betydelse för samtyckets tolkning och bör därför nämnas här för helhetens skull. I det följande kommer jag först kort att gå igenom samtyckesreglerna inom vården ur ett mer allmänt perspektiv. De formella reglerna som vården å sin sida skall ha uppfyllt för att ett samtycke skall anses ha tillkommit på korrekt sätt, härunder den s.k. informationsplikten, berörs bara kort för att övergå i en grundligare analys av de olika formerna för samtycke i ett försök att klarlägga samtyckets juridiska gränsländ i relationen mellan vårdgivaren och den beslutsoförmögna individen. Slutligen avser jag fastställa om där finns några undantag till kravet på samtycke. Här tänker jag i synnerhet på möjligheten att tillämpa nödrätten och negotiorum gestio.⁶⁶

4.2 Kort om samtyckesreglernas lagliga grund i förhållande till påtvingade kroppsliga ingrepp (RF 2 kap 6 § 1)

För att ett kroppsligt ingrepp skall anses skyddsvärt enligt RF 2 kap 6 § 1 krävs att det är *påtvingat*.⁶⁷ Den individ som ger ett rättsligt grundat samtycke till ett kroppsligt ingrepp, från det allmännas sida, upphäver tvångsinslaget i bestämmelsen och kan därmed inte anses ha lidit ett påtvingat ingrepp. Ur ett straffrättsligt perspektiv utgör ett påtvingat kroppsligt ingrepp som utgångspunkt misshandel och är därför en straffbar

⁶⁵ Jfr ovan kap 2.

⁶⁶ Jfr nedan, kap. 7. NB. Teorin om social adekvans kommer inte att beröras.

⁶⁷ Jfr ovan kapitel 2.

handling enligt 3 kap 5 § och 6 § brottsbalken (BrB).⁶⁸ I BrB 24 kap 7 § medför ett giltigt samtycke dock straffansvarsfrihet. Man skulle kunna säga att samtyckesreglerna berör ett område mellan det straffria och det straffbara. Detta påstående stärks av den straffrättsligt grundade sentensen ”volenti non fit injuria” d.v.s. att den som samtycker lider ingen skada, en sentens som anses ha fastslagits i BrB 24 kap 7 §.⁶⁹

4.3 Det formella samtycket - informerat samtycke

Ett samtycke inom sjukvården är enkom materiellt giltigt om patienten erhållit tillräcklig information för att kunna ta ett väl begrundat beslut.⁷⁰ Denna form av samtycke benämns ”informerat samtycke”.⁷¹ Några klara riktlinjer tycks i övrigt inte finnas för hur ett samtycke skall utformas för att vara rättsligt giltigt.⁷² I vissa länder som t.ex. USA förutsätter ett giltigt samtycke skriftlighet men i Sverige finns inte något sådant särskilt formkrav för att ett samtycke till medicinsk vård och omsorg skall vara rättsligt giltigt.⁷³ Som framgått tidigare så ligger det i själva definitionen av den som skall anses som beslutsoförmögen att denne inte kan tillgodogöra sig en viss information och att en därpå följande oförmåga att överskåda konsekvenserna av ett beslut, så som t.ex. ett samtycke, grundat på den givna informationen, därför uppstår. Så länge en person är beslutsoförmögen med hänsyn till ett förestående ingrepps innebörd och konsekvenser kan han/hon därför inte, i egentlig mening, ge ett informerat samtycke.⁷⁴ Eftersom frågan om det informerade samtyckets materiella

⁶⁸ Man skulle kunna argumentera att det i vissa fall förelåg brist på uppsåt att skada. Mer om s.k. putativt nödvärn se nedan.

⁶⁹ Det finns en borte gräns för vad en individ lagligt kan samtycka till. Se NJA 1979 s 802. Det är t.ex. inte ansvarsbefriande enligt BrB att döda någon trots att den dödade gett sitt samtycke härtill.

⁷⁰ Att tillräcklig informationen ges säkerställs genom att man ålagt behandlande läkare informationsplikt, se Åliggandelagen 3 § samt 2 a § 3 st. (jfr med 3 § 1 st.) HSL. Naturligtvis är samtycket giltigt även om den samtyckande har valt att inte ta hänsyn till informationen.

⁷¹ Rynning, a.a. s 23. Patientlagen 4 kap. 2 § 2.

⁷² Utöver patientlagen 4 kap 2 § 3. Det verkar dock inte ännu ha gett upphov till bevisproblem i praxis men det kanske kommer i takt med den ökade patientsäkerheten.

⁷³ Jfr prop. 2013/14:106 s 57. Patientlagen 4 kap 2 § 3.

⁷⁴ Holmqvist, Lejonhufvud, Träskman, Wennberg, Brottsbalken en kommentar, del II, Norstedts juridik AB 2009, s. 24:61. Den avgörande punkten är inte hur omfattande

innehåll inte kommer att redovisas i detta arbete kommer jag inte att fördjupa mig ytterligare i denna fråga.⁷⁵ Att frågan inte är helt okomplicerad förstår man dock när man har studerat framför allt det hypotetiska samtycket men i vissa delar även det presumerade samtycket nedan.⁷⁶

4.4 Tolkning av samtyckesreglerna - i verkligheten

Jag ringer en god vän, tillika överläkare på kvinnokliniken på Lunds universitetssjukhus.⁷⁷ Hon säger som svar på min fråga om vad man gör när en beslutsoförmögen individ behöver vård och där inte finns några direktiv tillgängliga för den behandlade läkaren att luta sig mot.- ” Man gör vad man måste göra”, svarar hon och fortsätter; ”om en senil patient kommer in med en tumör i livmodern så opererar vi. Så är det bara. Så länge hon inte protesterar så gör vi vad vi kan för henne”. I direktiv 2012:72 skrivs ”Inom vården har det därför utvecklats en praxis där företrädare för verksamheten, om möjligt i samråd med patientens anhöriga, fattar beslut utifrån principen om den enskildes förmodade vilja (s.k. hypotetiskt samtycke), alternativt utifrån principen om patientens bästa”.

4.5 Samtyckesreglernas rättsliga grund inom sjukvården

Före den 1 januari 2015 förelåg inte något uttryckligt, lagstadgat, krav på att patienten skulle ha lämnat sitt samtycke för att vård och behandling skulle kunna genomföras. Genom en tolkning av hälso- och sjukvårdslagen⁷⁸ (HSL) ansågs patientens samtycke dock vara en förutsättning för vård och omsorg, både i praktiken och i doktrinen, även före detta datum. Ett sådant krav på samtycke hämtades från en tolkning av det krav på respekt, samråd och information som uppställs i 2 a § HSL⁷⁹. Det förhållande som anses

beslutsförmågan är utan att den nedsatta beslutsförmågan föreligger i relation till det förestående ingreppet.

⁷⁵ Om informerat samtycke ex. vis rättsfallet NJA 1990 s 442 som även i andra relevanta delar behandlas i det följande

⁷⁶ Se nedan s. 25.

⁷⁷ Dock får jag inte återge hennes namn.

⁷⁸ Lag (1982:763) om hälso- och sjukvård.

⁷⁹ Rynning a.a. s. 350. HSL 2 a § 1 ger uttryck för den allmänna principen att god vård skall ”vara av god kvalitet och tillgodose patientens behov av trygghet i vården och behandlingen”.

finnas mellan bestämmelserna om patientens rätt till medinflytande i vården enligt 2 a § HSL och vårdens informationsplikt enligt 2 b § HSL⁸⁰ styrker enligt min mening även denna inställning. Den 1 januari 2015 har åtskilliga ändringar genom att patientsäkerhetslagen⁸¹ samt en ny patientlag⁸² trätt i kraft. Patientsäkerhetslagens målsättning är att ytterligare höja patientsäkerheten men den säger inte mer om samtycke än vad hälso- och sjukvårdslagen (HSL) redan gör.⁸³ Men en ny patientlag⁸⁴ har nu trätt i kraft den 1 januari 2015. Denna lag postulerar för första gången explicit att patientens samtycke till vård krävs som förutsättning för att ett giltigt ingrepp skall anses ha ägt rum.⁸⁵ Viktigt att notera i sammanhanget är att RF och patientlagen i vissa delar har olika tillämpningsområden. På samma sätt som HSL så är patientlagen inte begränsad till att utgöra ett stöd för den enskilde gentemot det allmänna. Lagen har således ett bredare tillämpningsområde än RF i den del att den även gäller privata vårdinrättningar. Men patientlagen är även mer begränsad, på samma sätt som HSL, eftersom den är en ramlag. I detta ligger att lagens bestämmelser, i tillämpliga delar, utgör riktlinjer till vården och omsorgens utförare men inte kan åberopas direkt av den enskilde som en rättighet.

5 Olika former av samtycke

5.1 Inledning

Enligt HSL skall vården och behandlingen ”så långt det är möjligt” utformas och genomföras i samråd med patienten. Den nya patientlagen stipulerar att ”Patienten kan, om inte annat särskilt följer av lag, lämna sitt samtycke skriftligen”⁸⁶... ”eller genom att *på annat sätt visa*”.⁸⁷ Vad som ytterst menas med ”på annat sätt visa” kan inte med säkerhet sägas. I lagens

⁸⁰ Sahlin, Hälso- och sjukvårdslagen med kommentarer, Stockholm 2000, s 87.

⁸¹ Patientsäkerhetslagen 2010:659.

⁸² Patientlag 2014:821.

⁸³ Patientsäkerhetslagen 6 kap 1 § 3, jfr HSL 2 §.

⁸⁴ Patientlag 2014:821, jfr prop. 2013/14:106 s. 55.

⁸⁵ Patientlagen 4 kap 2 § ”Hälso- och sjukvård får inte ges utan patientens samtycke om inte annat följer av denna eller någon annan lag”.

⁸⁶ Patientlag (2014:821) 4 kap 2 §.

⁸⁷ Patientlag (2014:821) 4 kap 2 §.

förarbete sägs att ett s.k. konkludent samtycke är giltigt mer sägs inte.⁸⁸ Tolkas lagen bokstavligt så föreligger det fortfarande krav på att en viljeriktning måste vara närvarande för att samtycket skall vara giltigt.⁸⁹ Tolkar man motsatsvis så är det konkludenta samtycket den yttersta formen för giltigt samtycke.⁹⁰ Inom straffrätten accepteras även inre samtycke och frågan blir därför om det även skulle accepteras inom vården.

Frågan, om begreppet samtycke har getts en *bredare juridisk tolkning* skall söka besvaras. Därefter skall frågan om en *ställföreträdare*, i brist på huvudmannens förmåga att samtycka, undersökas. Frågan om ställföreträdare behandlas särskilt nedan.⁹¹ När det kommer till frågan om en utvidgad tolkning av vad som kan godkännas som ett rättsligt giltigt samtycke talar man om två olika tolkningsmöjligheter, *presumerat samtycke* och *hypotetiskt samtycke*.⁹² Båda tolkningsalternativen skall nu genomgå efter varandra i en strävan att söka utmejsla i vilka delar dessa former för samtycke kan ge en fingervisning om vilka regler som skulle kunna medge laglig grund för kroppsliga ingrepp på den beslutsoförmögne som på grund av sitt tillstånd inte kan samtycka i klassisk mening.

Efter att jag undersökt i vilket omfång man inom juridiken har accepterat en utvidgad tolkning av samtyckesbegreppet undersöks vidare om där kan finnas andra rättsliga grunder, fastslagna i lag, som medger ingrepp *utan* samtycke.⁹³

5.2 Presumerat samtycke

Allmänt kan det sägas att *presumerat samtycke* indelas in i två underkategorier; en var man antar att en viljeyttring har kommit till stånd och en var man anser att viljeyttring förvisso inte synbarligen har kommit till stånd men man anser att om man kunnat framkalla viljeyttringen så hade

⁸⁸ Prop. 2013/14:106 s. 57.

⁸⁹ Ordet ”*visa*” antyder krav på viljeriktning.

⁹⁰ Se definition nedan s. 28.

⁹¹ Jfr nedan kap 8.

⁹² Jfr Klemme Nielsen, a.a. s 47.

⁹³ Jfr. nedan kap. 7.

den varit samtyckande. Den första kategorin kallas *konkludent* eller stillatigande samtycke, den andra för *inre samtycke*. Benämningen *Konkludent samtycke* eller *stillatigande samtycke* innebär att patienten genom handling underlättar för vårdgivaren att utföra den vårdande handlingen.⁹⁴ Patienten uttalar inte muntligen ett samtycke men låter ändå vårdgivaren förstå att åtgärden är i sin ordning. Som exempel nämns att patienten genom sitt agerande visar ”att han eller hon samtycker till en åtgärd, genom att exempelvis underlätta vid blodprovstagning”.⁹⁵ En förutsättning är att patienten från läkaren eller på annat sätt har fått korrekt och tillräcklig information om ingreppet annars vet denne ju inte vad han eller hon samtycker till. Man talar här därför fortfarande om informerat samtycke.⁹⁶ Konkludent eller stillatigande samtycke har länge godtagits inom både avtalsrätten och vården och anses som rättsligt giltigt.⁹⁷ Rynning bekräftar denna inställning och understryker att det skall finnas någon form av *viljeriktning* för att ett presumerat samtycke skall vara giltigt.⁹⁸ Om en patient således inte kan ta ställning till om han eller hon kan eller vill gå med på den aktuella åtgärden så kan man inte presumera att patienten rent faktiskt samtycker till ingreppet.

När det kommer till det så kallade *inre samtycket* förhåller sig patienten, till skillnad från vid konkludent samtycke, fullständigt neutral. Patienten visar inte, vare sig med ord eller handling, om han eller hon är villig eller motvillig att gå med på ingreppet men man *antar* att patienten är fullständigt medveten och samtycker till åtgärden.⁹⁹ Denna vårdsituation utmärker sig sålunda genom att en fullständig avsaknad av synbar yttre viljeriktning föreligger och den medför därför en särdeles svår tolkningsmässig situation för vårdpersonalen. Rynning nämner att det kan förhålla sig så att patienten inte förmår att uttrycka att denne *inte* vill ha behandling för att han/hon är så utmattad men ändå är beslutskompetent. Det finns sålunda risk för att

⁹⁴ Rynning, a.a. s. 321.

⁹⁵ Prop. 2013/14:106 s. 57.

⁹⁶ Mer om informerat samtycke. Sahlin, kommentar till hälso- och sjukvårdslagen.

⁹⁷ Adlercreutz, Allmän avtalsrätt, Lund 2000, s. 29, samt prop. 2013/14:106 s. 57.

⁹⁸ Rynning a.a. s. 325.

⁹⁹ Rynning a.a. s. 325 f.

vårdgivaren misstar passiviteten för att vara ett konkludent samtycke om man inte verkligen tar fasta på det konkludenta samtyckets krav på viljeriktning. Rynning uppger dock att även inre samtycke under vissa förutsättningar kan medges med hänvisning till *sedvanerätten* under förevändningen att ”den som tiger samtycker” samtidigt som hon personligen uttrycker förbehåll för att erkänna detta slags samtycke som rättsligt giltigt.¹⁰⁰ Jareborg skriver att ”det väsentliga för frågan”...” är om gärningen faktiskt godtagits”.¹⁰¹ Därför, menar han, anses inre samtycke för godtagbart. Även om man, som Jareborg skriver, vid den teoretiska definitionsfrågan av det inre samtycket naturligtvis skall hålla den eventuella problematiken omkring bevisfrågan utanför så kan man inte bortse från faran för praktiska svårigheter vid tillämpningen av det inre samtycket, som Rynnings framhåller.¹⁰² Att teorin om det inre samtycket mycket sällan, strikt tolkad, borde vara praktiskt användbar men ändå är det skulle kunna ses som en juridisk efterkonstruktion i försök att skapa legitimitet för de ingrepp som rent faktiskt annars kan förmodas äga rum utan stöd i lag.¹⁰³ Det inre samtycket rör sig ju fortfarande om ett faktiskt samtycke, till skillnad från t.ex. hypotetiskt samtycke och omedelbart så är det formen för samtycket som diskuteras i ovan nämnda doktrin och inte att individer med bristande beslutsförmåga skulle kunna ge ett samtycke under hänvisning till att substansen i kravet på medvetenhet förändrats.

En annan fråga är om Rynnings uttalande innebär, en försiktig accept av sentensen ”den som tiger samtycker”, och skulle kunna läggas till grund för en ännu vidare tolkning av det inre samtycket? Så långt kan man dock inte tolka sentensen. Men möjlighet finns att Rynning, till skillnad från Jareborg, antyder att det föreligger en ändring av bevisbördereglerna. En beslutsoförmögen person, som inte protesterar, skulle då *förmodas samtycka* om motsatsen inte bevisades. Att en ändring av bevisbördan borde påverka den juridiska teorin om det inre samtycket är en sak men skulle den påverka

¹⁰⁰ SOU 1984:64 s. 176.

¹⁰¹ Jareborg, a.a. s. 227.

¹⁰² Rynnings, a.a. s. 321 f.

¹⁰³ Min personliga åsikt.

vården? Förmodligen inte. Det är nog här diskrepansen ligger; mellan den praktiska vården och den teoretiska juridiken.¹⁰⁴

5.3 Inre samtycke i rättspraxis.

Frågan om inre samtycke, i förhållande till vård har inte tagits upp i högre rätt. Förarbeten till den nya patientlagen talar bara om accept av stillatigande och konkludent samtycke och således inte inre samtycke. Det har ovan konstaterats att den som företar ett kroppsligt ingrepp utan rättslig grund kan dömas för misshandel och vidare att samtyckesreglerna kan utgöra en grund för ansvarsfrihet, allt enligt BrB. Det är därför närliggande att, i avsaknad av direkt relevanta rättsfall se på rättsfall från straffrätten.¹⁰⁵

Det har ovan konstaterats att *doktrin* med försiktighet medger användandet av det inre samtycket.¹⁰⁶ Avgörandet i NJA 1995 s 553 rör åtal för misshandel mellan två skolelever härunder hur mycket våld en part kan anses samtycka till när denne inlåter sig på ett slagsmål. Domstolen lägger bara vikt vid *omständigheterna vid själva situationen* och frågan om parternas eventuella inre samtycke berörs märkligt nog inte.¹⁰⁷ HD konstaterar i NJA 1999 s 460 att inre samtycke i sig accepteras men fortsätter sedan med att säga att den omständighet, att en part utövat våld mot en annan, inte automatiskt medför att han/hon har gett sitt inre samtycke till att bemötas med våld. Domstolen verkar igen att ta hänsyn till omständigheterna omkring handlingarna och inte de enskilda personernas viljeuttryck vid sin bedömning. Av 1999 s 460 kan man vidare sluta att det dessutom ställs höga krav för att det inre samtycket skall anses föreligga, eller som Wegerstrand uttrycker det att ”utrymmet för att anta att ett samtycke föreligger i situationer där målsäganden utövat våld eller varit

¹⁰⁴ Jfr ovan sid 5-6 ”man gör vad man måste göra”.

¹⁰⁵ Riktigheten i att jämföra dessa två rättsområden stärks av att även Rynning genomgående gör detta.

¹⁰⁶ Rynning inom vård och Jareborg inom straffrätten.

¹⁰⁷ Det förhållandet att beslutet togs före det att bestämmelsen om samtycket lagreglerades i BrB 24 kap. 7§ kan ha påverkat HD att inte diskutera det inre samtycket.

provocerande är relativt litet”.¹⁰⁸ I praxis kan man i vart fall konstatera att HD åtminstone har uttalat att den godtar teorin om inre samtycke.

5.4 Hypotetiskt samtycke

Vid *presumerat* samtycke äger vårdinsatsen rum med grund i ett *antagande* om att patienten är *medveten* om vad som förestår och faktiskt i sitt medvetande samtycker.¹⁰⁹ Vid *hypotetiskt* samtycke är patienten *inte medveten* om det förestående ingreppet och är därmed förhindrad att handla/samtycka.¹¹⁰ Initialt kan det sägas att hypotetiskt samtycke behandlar den situationen att patienten tidigare har haft en förmåga att samtycka men nu saknar denna förmåga. Denna definition diskvalificerar därför omedelbart individer som saknat beslutsförmåga sedan födseln¹¹¹ men inkluderar och förutsätter per definition att patienten vid samtyckestillfället själv helt saknar förmåga att ge sitt samtycke till det förestående ingreppet.¹¹²

Hypotetiskt samtycke poneras föreligga då det *antas sannolikt* att individen skulle samtycka om han/hon kunnat.¹¹³ Vi har här kommit till den absoluta ytterligheten av den form av samtycke som kan tänkas utgöra laglig grund för vård och omsorg av vår personkrets. Teorin om hypotetiskt samtycke skall tänkas kunna finna användning vid tillfällig beslutsinkompetens (t.ex. då man under operation upptäcker att patienten har en tidigare okänd tumör och det vore förenligt med både stora kostnader för vården och olägenhet för patienten att inte operera med det samma) men även vid långvarig beslutsinkompetens (t.ex. då det är fråga om psykiskt sjuka eller förståndshandikappade patienter eller långvarigt medvetlösa personer). I

¹⁰⁸Wegerstrand Linnea, Befriar leken från ansvar?- om BDS, samtycke och social adekvans. Juridisk Publikation 2012 s 246 f <http://zeteo.nj.se/docview?state=28942>

¹⁰⁹ Rynning a.a. s. 324.

¹¹⁰ Rynning a.a. s. 390. Annorlunda Asp, Ulväng, Jareborg , Kriminalrättens Grunder, Uppsala 2013, s. 235, som anser att hypotetiskt samtycke och presumerat samtycke är olika definitioner av samma företeelse.

¹¹¹ Min kommentar.

¹¹² Håstad, Tjänster utan uppdrag, AK. Avh. Norstedts, Stockholm 1973. Personer som sedan sin födelse saknat beslutsförmåga behandlas inte, vilket i sammanhanget hade varit önskvärt- min kommentar.

¹¹³ Klemme Nielsen a.a. s .48.

tillfälle av kronisk psykisk sjukdom eller begåvningshandikapp saknas både möjlighet att inhämta samtycke till vårdinsatser av akut karaktär men även vid långvariga omsorgsfrågor uppkommer här frågan om användbarheten av det hypotetiska samtycket. Har patienten förut för sin beslutsoförmåga uttalat att han/hon inte vill att den nämnda åtgärden skall vidtas talar mycket för att hypotetiskt samtycke inte kan anses föreligga.¹¹⁴ Om en beslutsoförmögen person motsätter sig en åtgärd kan det naturligtvis heller inte bli tal om att tillämpa teorin om hypotetiskt samtycke eftersom samtyckesdelen då anses falla bort. Motsatsvis innebär detta åtminstone i teorin att hypotetiskt samtycke skulle kunna finna användning på en beslutsoförmögen individ som tidigare innehåft beslutsförmåga.

Teorin om hypotetiskt samtycke är därför intressant för detta arbete varför jag kommer att uppehålla mig särskilt mycket vid denna form av utvidgad tolkning av samtycke.

5.4.1 Hypotetiskt samtycke enligt förarbeten och lagkommentar

I Socialdepartementets utredning för personer med bristande beslutsförmåga¹¹⁵ 2012 fastslås att åtgärder för beslutsoförmögna individer i praktiken vanligen vidtas med stöd av hypotetiskt samtycke men att ett sådant samtycke *inte* kan godtas ur en juridisk synvinkel. Denna uppfattning *stöds inte* i senare förarbeten. Här anges att Hypotetiskt samtycke under vissa förutsättningar kan vara tillräcklig.¹¹⁶ Men i den senaste kommentaren till BrB 24 kap 7 § anges att hypotetiskt samtycke *inte räknas* till det slags samtycke som kan ha ansvarsbefriande verkan.¹¹⁷ Detta resultat är, så här långt, i bästa fall osäkert och naturligtvis praktiskt otillfredsställande. Som

¹¹⁴ Rynning, a.a. s. 391.

¹¹⁵ Socialdepartementets kommitédirektiv, SoU 2012:72.

¹¹⁶ Jfr prop. 2013/14:202 sidan 12, Hypotetiskt samtycke... ”kan under vissa förutsättningar vara tillräcklig för att en medicinsk åtgärd ska vidtas. Detta gäller under förutsättning att patienten själv eller en behörig ställföreträdare för denne inte kan ta ställning, det saknas anledning att anta att patienten skulle ha motsatt sig åtgärden och skälen för åtgärden väger tungt”. <http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?state=19116>.

¹¹⁷ Kommentar till Brottsbalken, Berggren, Bäcklund, Leijonhufvud, Munck, Träskman, Victor, Wennberg, Wersäll, Norstedts Juridik, Stockholm 2014

Klemme anger så har försök till rättsliga lösningar på problemet förekommit flertalet gånger men resultaten har ännu, 2015, uteblivit.¹¹⁸

5.4.2 Hypotetiskt samtycke i doktrin

Som ett grundläggande villkor för att ett hypotetiskt samtyckes skall kunna diskuteras uppställs som minsta krav att skälen *för* ingripandet skall vara klart starkare än skälen emot dito.¹¹⁹ Denna *intresseavvägning* ger, enligt Rynning, vid handen att mindre ingrepp är lättare att godta med hänvisning till ett hypotetiskt samtycke än om ingreppet är av mer ingripande karaktär.¹²⁰ Rynning uppställer ett tillvägagångssätt som innehåller två led, för att undersöka det hypotetiska samtyckets användbarhet. Intresseavvägningen i sig utgör ett s.k. *kvalitetskrav* och ger ett resultat på en flytande skala. Utifrån resultat av avvägningen leds man till ett svar på *vilka krav* man kan ställa på användbarheten av det hypotetiska samtycket. Är t.ex. ingreppet akut och de omedelbara riskerna samt bieffekterna små eller rör det sig om ett större ingrepp som kan vänta eller har det stora bieffekter? Rör vi oss i den mindre ingripande delen av skalan kan användbarheten av det hypotetiska samtycket t.om baseras på ett objektiva allmänt kriterium om huruvida de flesta patienter skulle samtycka¹²¹.

När man har fastslagit intresseavvägningens kvalitet går man vidare och skärskådar kravet på själva *samtyckeshypotesens kvalitet*. Även här rör sig naturligtvis bedömningens resultat på en flytande skala som flyttar sig från den säkrare och relativt sett mer godtagbara *subjektiva* delen var man anser sig kunna fastställa den individuella patientens mening till det mera allmänna och därmed mindre godtagbara var man frågar sig huruvida patienter generellt sett skulle samtyckt till åtgärden. Samtyckeshypotesen

¹¹⁸ Klemme Nielsen, a.a. s. 40 f. Direktiv 2012:72, om att utredning om beslutsoförmognas ställning skulle vara klar den 1 januari 2015. Utredningen har nu genom tilläggsdirektiv 2014:119 förlängts till den 30 september 2015.

¹¹⁹ Rynning a.a. s. 392 Som grund för nämnda rekvisit hänvisar Rynning, utan att ange vilket, till ett arbete som behandlar ingreppets avvägning när det kommer till nödrätt och negotiorum gestio. Kanske hade det varit lämpligare att finna stöd i den mer allmängiltiga proportionalitetsprincipen. Jfr. Håstad, T, tjänster utan uppdrag s 140, AK. Avh. Norstedts, Stockholm 1973

¹²⁰ Rynning: a.a. s. 392

¹²¹ Rynning a.a. s. 393

anses därför mer användbar om patienten har uttalat sig tidigare eller om anhörigas kan återge patientens vilja. På så sätt rör sig skalan från den mer individbaserade hypotesen till den mer allmänt hållna objektiva hypotesen. Som minimikrav anses det tillfälle att det inte finns någon särskild anledning anta att patienten skulle ha motsatt sig åtgärden.

Rynning nämner vidare tillfället var en patienten väl är beslutsoförmögen men han/hon ändå ger sitt samtycke till ett ingrepp. Initialt är ett sådant samtycke inte giltigt.¹²² Rynning nämner inte om där föreligger möjlighet för att benämna ett sådant samtycke för hypotetiskt. Säkert är, som tidigare nämnt, att ett samtycke aldrig kan föreligga om den beslutsoförmögne genomgående protesterar till ingreppet.

5.4.4 Hypotetiskt samtycke i rättspraxis

NJA 1957 s 337 berör en värnpliktig som utan tillstånd brukat sin överordnades fordon varvid det påförts skada. Den värnpliktige var i tron att om han, förut för lånet, hade mött sin överordnade så hade denne godkänt det samma. Fråga uppstod nu om det hypotetiska samtyckets ansvarsbefriande verkan. I detta fall tilldömdes den värnpliktige att betala skadestånd oavsett att han hade haft fog för sin tro att chefen hade gett sitt tillstånd hade de träffats förut för färden.¹²³ HD säger att ansvar föreligger för den värnpliktige ”oavsett att han må hava ägt fog för antagandet att tillstånd till färden skulle hava erhållits, om han träffat kompanichefen”¹²⁴. Detta innebär, som jag förstår det, att HD, *uttryckligen inte* godtar teorin om det hypotetiska samtycket.

Riksåklagarämbetet (RÅ) för i domen ett längre resonemang omkring frågan om det hypotetiska samtyckets användbarhet. Han anför bl.a.; ”*Agge framhöll, att något generellt uttalande om svensk rätts ställning till läran om det hypotetiska samtycket knappast kunde göras. Vissa tendenser i*

¹²² Rynning, a.a. s. 394.

¹²³ Hellner och Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 118, Norstedts Juridik AB 2014.

¹²⁴ NJA 1957 s 337.

doktrinen och ett par rättsfall tydde emellertid enligt Agges mening på att den tanke som låge bakom det hypotetiska samtycket vore accepterad. Beträffande till en början doktrinen torde i Sverige råda enighet om att det, för att samtycke skulle föreligga, i princip ej vore nödvändigt, att samtycket före handlingens företagande kommit till något yttre uttryck. Det räckte, att intressets bärare velat tåla angreppet, att han "inom sig" tillåtit det (jfr Agge a. a. s. 212 med hänvisningar i not 39)". Även i NJA 1990 s 442 avvisas det hypotetiska samtyckets användbarhet.¹²⁵

5.5.5 Sammanfattning; hypotetiskt samtycke

Tre förutsättningar skall, enligt doktrin, föreligga för att hypotetiskt samtycke skall kunna finna användning; patienten skall vara oförmögen att ge sitt samtycke, han eller hon skall inte ha motsatt sig ingreppet vid ett tidigare tillfälle då denne var beslutsförmögen och ingreppet skall leda till att ett skydd mot en större förlust uppkommer, jämfört med om ingreppet inte företogs.¹²⁶ Härutöver tillkommer krav på att själva hypotesen är av viss substans. Jag har personligen svårt att se att där finns laglig grund för denna utvidgade lagtolkning av samtyckesreglerna då man explicit har undantagit hypotetiskt samtycke i förarbetet till Brb 24 kap 7 §.

Vid bedömningen av den hypotetiska samtyckesfrågans användbarhet uppstår även en avgränsningsfråga mellan det *inre samtycket* som redan det besitter en tveksam rättslig giltighet genom att behandlande läkare skall bedöma huruvida patienten är *beslutsförmögen*.

Behandlande vårdpersonal skall alltså i praktiken inte bara bedöma om en person som ingenting visar är beslutsförmögen utan även därefter dra slutsatsen om ett rättsligt bindande samtycke har givits. T.ex. skall vårdpersonal kunna bedöma huruvida en person, just inkommen på ett sjukhus, är så svårt sjuk att han/hon inte orkar yttra sig och därför inte förmår samtycka på grund av sin sjukdom men ger ett inre samtycke till

¹²⁵ Se nedan s. 34 för genomgång av rättsfallet.

¹²⁶ Rynning a.a. s. 390-392. Se även Håstad, a.a. s. 50.

vård eller inte kan samtycka på grund av sin beslutsoförmåga. Jag kan inte underlåta att fråga mig var den praktiska skillnaden egentligen ligger mellan en patient som är oförmögen att samtycka på grund av antingen utmattning eller beslutsoförmåga. Oförmåga föreligger i båda fallen. Jag anser på grundlag av detta att inre samtycke, vid gränsfall, praktiskt sett inte borde räknas som en del av det presumerade samtycket utan snarare som ett hypotetiskt dito med de rättsliga följder som uppstår härav,. Detta sagt är det inte svårt att ge Klemme medhåll när han skriver att det inte bara föreligger en osäkerhet i den exakta definitionen av hypotetiskt samtycke men även att där föreligger stora praktiska bekymmer när man kommer till att utreda den vilja som kunde ha funnits.¹²⁷ Inte heller är det svårt att föreställa sig att vårdpersonal ofta utsätts för att utföra synnerligen svåra bedömningar när de försöker göra gott. Kanske är det just det som HD försökt råda bot på i NJA 1990 s 442.¹²⁸ För man kan inte underlåta att uppfatta domen som varande mer politiskt än juridiskt motiverad

Min bedömning blir slutligen att inte mycket har ändrat sig sedan den av Agge ovan citerade skriften. Doktrinen ställer upp ett antal kriterier för det hypotetiska samtycket och utesluter inte dess tillämpning. Förarbeten verkar generellt mycket avvisande och jag kan inte finna några rättsfall som stöder dess användbarhet även om det åberopats av parter i flertalet fall.

6. Ingrepp utan samtycke får sällan rättsliga konsekvenser

6.1 Kan avsaknad av skadeståndsrättslig påföljd få verkan på samtyckesfrågan, i praktiken?

I NJA 1990 s 442 utförde två läkare en operation med avsikt att frilägga en nerv på Kerstin H med syfte att smärtbefria henne. Utan att före ingreppet informera Kerstin H om riskerna för att ytterligare ingrepp i form av att man skulle kunna bli tvungen att skära av vissa nervbanor med därpå följande

¹²⁷ Klemme Nielsen, a.a. s. 48.

¹²⁸ Se en genomgång av domen, strax nedan, under kap. 6.1.

risk för nya smärt-relaterade besvär, kunde uppstå, företogs detta ytterligare ingrepp under operationen. HD fann att Kerstin H hade haft *rätt att informeras* om risken för att ytterligare ingrepp, med påföljande biverkningar, kunde bli aktuella under operationen. Det samtycke hon gett före sin operation kunde inte anses omfatta avskärning av nervbanorna med därpå följande skador.

Trots att HD konstaterar att (informerat) samtycke till ingreppet inte förelåg tilldömdes huvudmannen inte skadeståndsansvar för ingreppet. HD resonerade att ingreppet varit försvarligt eftersom det *under operationen* var det medicinskt sett *adekvata valet*, eftersom man *inte kunde utföra en ny operation* vid ett senare tillfälle. Hade man avvaktat Kerstin Hs samtycke efter operationen för att därpå företa en ny operation skulle det med all sannolikhet ha uppstått en ärrbildning som skulle vara till hinder för att komma åt nerven alls. Ett nytt ingrepp antogs därför inte var möjligt. Vidare kunde ingreppet förmodas medföra *nytta* för Kerstin H och *risken* var liten för att komplikationer skulle uppstå. Det är svårt att förstå domstolens resonemang. Det var inte fråga om att det uppstod en oförutsedd incidens under tiden för ingreppet utan det var fråga om att läkarna redan före operationen var medvetna om riskerna för att det större ingreppet med tillstötande komplikationer kunde bli aktuellt, men underlät att informera Kerstin H om detta. Eftersom läkarna var medvetna om samtliga risker före ingreppet kunde och borde de därför ha upplyst om dessa. Trots att HD slutligen konstaterar att läkarna skulle ha inhämtat samtycke och trots att följdskadan de facto uppstod så tilldömdes huvudmannen inte skadestånd.

Det föreligger i skadeståndshänseende två olika slags skador. Dels en direkt skada- att (informerat) samtycke inte inhämtats – och dels uppstår en indirekt skada nämligen då nerven helt skärs av och den ny smärta uppstår till följd av den avskurna nerven. HD anser inte att bristen på det *informerade samtycket*, alltså den direkta skadan borde vara skadeståndsgrundande *i sig*. I Juridisk tidskrift (JT) ger Jan Hellner sitt stöd

till HD:s inställning.¹²⁹ Både Agell och Rynning är kritiska till HD:s dom och anför att sedvanliga skadeståndsrättsliga principer för underlåtenhet bort tillämpas när informerat samtycke inte inhämtats. Dessa regler grundar sig på att underlåtenhet kan medföra skadeståndspåföljd om det föreligger ett lagfäst påbud om handlande. Frånvaro av informerat samtycke i sig skall därför vara skadestånds-berättigande.¹³⁰

Med HD resonemang föreligger, som jag ser det, även risk för återverkningar för beslutsoförmögna patienter. För vad HD säger är ju att man flyttar gränsen, när det kommer till själva culpabedömningen i skadeståndsfrågan. Som jag läser domen är det i det närmaste omöjligt att få skadestånd, trots bristande samtycke, om operationen kan försvaras utifrån ett medicinskt perspektiv och det har varit en mindre risk för följdskador (i föreliggande fall ansågs den s.k. ”mindre risken” vara så högt som 25 %). Detta medför i sin tur att om en läkare under de i domen godtagbara premisserna utför ett ingrepp på en beslutsoförmögen person så må det vara att man kan konstatera att ett samtycke inte förelåg men de rättsliga följdverkningarna skulle i så fall utebli och endast efterlämna konsekvenser av moralisk karaktär.¹³¹ Värt att notera, i jämförelsessyfte, är en dom från Høyesteret i Norge.¹³² Här skriver domstolen att ”Sakens hovedspørgsmål er om A fikk tilstrekkelig informasjon som grunnlag for å samtykke”, ”og om eventuell svikt i informasjonen medfører erstatningsansvar”. Man kom även här, under liknande förutsättningar, fram till att det inte förelåg skadeståndsansvar trots att läkarna brustit i sin informationsplikt.

¹²⁹ Hellner, JT 1990/91 s 747. Hellner och Radetzki, Skadeståndsrätt, Norstedts Juridik AB 2014, s. 287 f.

¹³⁰ Rynning, Patientens samtycke- rättsligt relevant eller bara medicinskt-etiskt? JT 1990/91, s. 640 f. Agell, JT 1990/91 s. 439.

¹³¹ Skadestånd för bristande samtycke utdömdes i Patientskadenämnden 2001 diarienummer 509. Men bara om det uppstått adekvat följdskada- alltså medgavs inte skadestånd för den kränkning som det bristande samtycket, i sig, utgjorde. Samma sak i Patientskadenämndens beslut 433/2006. Precis som i NJA 1990 s 442 diskuterades fråga om hypotetiskt samtycke.

<http://www.rattsfall.se/prenumerant/Sok.aspx?text=samtycke&DropDownListYear=&DropDownListClass=&sida=2>.

¹³² Lødrup, Legiansvar- informert samtykke, (Rt. 1993 s. 1172). Festskrift till Anders Agell, Iustus förlag AB, Uppsala 1994, s. 380.

Jag anser personligen att resonemanget i NJA 1990 s 442 medför en allvarlig brist i den enskildes rättssäkerhet när det kommer till rätten till frihet från kroppsliga ingrep, eftersom man inte kan bortse från den preventiva effekt hotet om ett skadeståndsansvar utgör. Det skall dock erinras att domen är över 20 år gammal och har mottagit en del kritik inom doktrin.¹³³ Vidare avsades domen före det att informationsskyldighet och kravet på samtycke ansågs lagstadgad enligt Socialstyrelsens yttrande i domen. Å andra sidan ansågs kravet på samtycke redan före det vara gällande rätt. Eftersom HD anses ha tagit stor hänsyn till socialstyrelsens yttrande¹³⁴ kan man önska att det ändå öppnar för att HD i framtiden dömer huvudmannen till skadestånd om bristande samtycke föreligger¹³⁵, särskilt eftersom kravet på samtycke sedan 1 januari 2015 uttryckligen är lagfäst.

6.2 Uppsamlade kommentar och introduktion inför vidare undersökning

Det har ovan konstaterats att samtycke krävs för att ett kroppsligt ingrepp skall kunna göras. Härefter har samtycke som juridiskt begrepp tolkats i ett försök att finna ett sätt att fastslå om där skulle kunna finnas en laglig grund för ingrepp på beslutsoförmögna individer som inte kan ge sitt samtycke. Här har jag kommit fram till att begreppet samtycke ytterst tolkas som inre eller hypotetiskt samtycke. Ett inre samtycke förutsätter dock en vilja, trots att den inte är synlig och kan med hjälp av den tolkning doktrinen och praxis ger inte med säkerhet utgöra grund för ingrepp på personer som saknar beslutsförmåga, till skillnad från ett hypotetiskt samtycke var viljan konstrueras med hjälp av tankar omkring patientens person och inte något samtycke i sig. Dock kan jag inte finna tillräcklig grund i vare sig praxis eller förarbeten för att hypotetiskt samtycke skulle kunna sägas vara accepterad enligt lag.

¹³³ Agell, Skadeståndsansvaret för operativt ingrepp utan patientens samtycke, JT 1990/91, s. 439-450. Elisabeth Rynning, Patientens samtycke- rättsligt relevant eller bara medicinsk-etiskt? JT nr 4 1990/91, s. 630-644.

¹³⁴ Agell a.a. s. 441.

¹³⁵ Se även disidens från föredragande rev. sekreterare Graffman, jfr Agell, a.a. s. 442.

Slutsatsen får därför bli att det hypotetiska samtycket inte kan anses utgöra en del av gällande svensk rätt. Den yttersta gränsen för vad som kan definieras som ett juridiskt giltigt samtycke är därför det inre samtycket. Eftersom det inre samtycket kräver någon form av viljeriktning är det fortfarande krav på medvetenhet hos den samtyckande individen och denna form av samtycke kan därför förmodligen inte finna användning på en individ utan beslutsförmåga.

Återstår, att utreda, gör därför att se om där kan föreligga andra ansvarsbefriande lagliga grunder som kan tjäna som stöd för vård av beslutsoförmögna eller om en anhörig, god man eller förvaltare ges laglig rätt att samtycka åt den beslutsoförmögna individen.

7. Rättsenlig vård - utan samtycke?

7.1 Negotiorum gestio

Något som skulle kunna kategoriseras som en del av ett mer utarbetat hypotetiskt samtycke är negotiorum gestio¹³⁶ som på svenska kan översättas till ”tjänster utan uppdrag”. Frågan är dock om man kan applicera detta juridiska institut, vars tillämpningsområde huvudsakligen består i ekonomisk ersättning för en tjänst vars uppdrag är utfört utan att klart avtal har föregåtts av handlingen, på behandling av samtyckesproblematiken inom sjukvården som man kan argumentera jämförelsevis kräver mer värdeorienterade hänsyn. Negotiorum gestio är intressant för detta arbete eftersom institutet omfattar en situation var huvudmannen sägs vara förhindrad att handla och handlingen är nödvändig för att undgå skada. Enligt Håstad behöver faran för skada dock inte (som vid t.ex. nöd) vara omedelbart överhängande. Skulle negotiorum gestio därför finna användning på sjukvård för beslutsoförmögna skulle detta institut medge ett bredare handlingsutrymme än nödrätten.¹³⁷

¹³⁶ Håstad, a.a. s. 57. Jareborg, a.a. s 264.

¹³⁷ Jag vill dock generellt reservera mig p.g.a. kravet på lag enligt RF 2 kap 6 § och att institutet möjligtvis redan av den anledningen kan sägas vara oanvändbart.

Håstad tar upp lämpligheten i att ”behandla ingripanden i nödsituationer med risk för ofrivilliga sak- och personsador tillsammans med avsiktliga utlägg och rena rättshandlingar”¹³⁸ och avslutar med att konstatera att i utländsk rätt är detta accepterat.¹³⁹ Men Håstad ger inte direkt svar på den problemställningen som detta arbete ytterst söker svar på, alltså om negotiorum gestio kan användas inom vård och omsorg.

Varken förarbetena till BrB eller praxis medger stöd för ansvarsfrihet vid negotiorum gestio. Det är därför omöjligt att ange ett tillämpningsområde för detta institut, på beslutsoförmögna inom vård och omsorgsområdet. Klart är att det vid en eventuell tillämpning i praxis, enligt doktrin, precis som vid hypotetiskt samtycke, skulle krävas att skälet för ett ingripande vore avsevärt starkare än skälen mot.¹⁴⁰

7.2 Nöd

Straffrättens nöd-regel i Brottsbalkens (BrB) 24 kap 4 § har länge fått utgöra laglig grund vid viss akut vård och omsorg som utförts på personer som inte kunnat ge sitt samtycke, härunder beslutsoförmögna individer. Att man först fått fastslå ingreppen som brottsliga och därefter ansvarsbefria den vårdande personalen har ansetts otillfredsställande och önskemål om att uppställa klara lagar som direkt medger ingrepp i dessa akuta och nödliknande situationer har nu äntligen bönhörts och gjorts direkt lagliga i patientlagen. Mycket talar dock för att man kan använda tolkningen på den klassiska nöd - bestämmelsen även på den nya bestämmelsen inom vården.

Som Sahlin skriver förutsätter nödreglernas användbarhet att samtycke inte kan inhämtas.¹⁴¹ Vägen mellan det tillfälle, var ett klart och uttryckligt samtycke till en åtgärd kan inhämtats, till det tillfälle var ett samtycke helt klart inte kan inhämtas och en nödsituation dessutom har uppstått är lång

¹³⁸ Håstad, a.a. s. 57.

¹³⁹ Håstad, a.a. s. 57.

¹⁴⁰ Jareborg: a.a. s. 265.

¹⁴¹ Sahlin, SvJT 1990, s. 600.

och medger, enligt detta arbetes tes möjligen utrymme för en gråzon. Definitionen av nödrätten tjänar därför till att ytterligare klargöra gråzonens m.h.t. både existens och storlek. De juridiska institut som ligger närmast negotiorum gestio samt nödregeln, men fortfarande är inne i den gråzonen och var tolkning av samtycke fortfarande anses ligga för handen är till viss del presumerat samtycke. För helhetens skull bör ytterst även det hypotetiska samtycket nämnas. Hypotetiskt samtycke ligger ju rent strikt inte heller inom samtyckets ram och faller därför utanför gråzonen.¹⁴² Hypotetiskt samtycke kan dock tjäna som en omständighet som kan påverka försvarlighetsbedömningen av nödregeln.¹⁴³

Rent allmänt kan man säga att en förutsättning för att nödreglerna i BrB 24 kap. 4 § finner användning är att en *överhängande och allvarlig* fara för någons liv eller hälsa (eller egendom) föreligger och att denna *fara inte kan avvärjas* utan att en eller flera handlingar utförs som medför att ett annat intresse, som är skyddat enligt lag, kränks. Enligt Sahlin¹⁴⁴ är nödregeln inte begränsad till fara för någons liv eller hälsa utan ”även annan orsak” ger utrymme för nödhandlingen, och det disponibla spelrummet blir på detta sätt ”tämligen vitt”. Nödregeln innehåller en tidsaspekt att ta hänsyn till. Detta rekvisit utgör enligt Sahlin grunden till att man inte rutinmässigt kan införa nödregeln i vården.¹⁴⁵ Ingreppet skall dessutom vara *försvarligt*. I detta ligger att själva ingreppet måste ge betydligt större vinst än det man försakar genom att inte utföra ingreppet.¹⁴⁶

Det låter sig förvisso inte göras att uppställa en klar skiljelinje mellan nödreglerna och negotiorum gestio vilket ju är särskilt viktigt om man skulle finna att negotiorum gestio inte finner användning på vård av

¹⁴² En förutsättning för att man skall diskutera det hypotetiska samtycket är att samtycke faktiskt inte alls har givits men antas skulle ha getts om individen kunnat samtycka. Ett antagande ställt utifrån mer eller mindre subjektiva grunder. Se ovan.

¹⁴³ Jareborg, a.a s. 236.

¹⁴⁴ Sahlin SvJT 1990 s. 599.

¹⁴⁵ Sahlin, a.a. s. 600.

¹⁴⁶ Till viss del, annorlunda i NJA 2009 s. 776, som säger att så länge ingripandet inte är uppenbart oförsvarligt ska det inte medföra straffansvar. Tveksamt om detta skulle anses inom vården dock.

beslutsoförmögna. Men en viss fingervisning kan ändå utrönas genom att där finns vissa karaktärsdrag som ger uttryck för den typiska nödsituationen. Vid nödsituationen hotas huvudmannen själv eller dennes egendom av *allvarlig* och *överhängande* fara som inte kan åtgärdas om man väntar och t.ex. tar emot råd från annan.

7.3 Putativ nöd

Då den som utför ingreppet är av uppfattningen att han befinner sig i en nödvärnssituation eller att han fått samtycke, dvs. att det föreligger en grund för brottslighetens uteslutande, har han inte uppsåt som täcker de förhållanden som ska vara täckta av uppsåt. Man talar i detta sammanhang om *putativ nöd* och *putativt samtycke*.¹⁴⁷ Jag nämner denna ansvarsfrihetsgrund som en möjlig kandidat till ansvarsfrihet vid ingrepp företagna då vårdgivaren varit i villfarelse omkring samtyckets giltighet, t.ex. i villfarelse vid inre samtycke eller beslutsoförmågan i sig.

Kap. 8 Legalt ställföreträdarskap inom vård och omsorg

8.1 Inledning

Frågan som skall behandlas i det närmaste är huruvida en ställföreträdare kan ge ett giltigt samtycke till vård och omsorg i stället för den individ som saknar beslutskompetens i frågan. Inledningsvis måste dock begreppet ställföreträdare både avgränsas och tolkas i förhållande till detta arbete.

En ställföreträdare kan i vårdfrågor uppträda under olika former. Närmast till hands är de olika institutionerna god man, förvaltare och fullmäktige. Härtill kommer anhöriga, ett begrepp som inte besitter ågon direkt lagfäst definition utan snarare baseras på en väl förankrad, sedvaneliknande grund, som skulle kunna karaktäriseras som en personlig närhet till vårdtagaren,

¹⁴⁷ I sådana fall är det dock, åter igen, inte uteslutet med ansvar för ett culpöst brott om hans misstag är att bedöma som oaktsamt.

genom blodsband, vänskap eller äktenskap.¹⁴⁸ Generellt kan man säga att både god man och förvaltare förordnas enligt lag med därpå följande rättsverkningar i form av behörigheter att agera för huvudmannens räkning. En god mans uppdrag skall som huvudregel förordnas med huvudmannens samtycke¹⁴⁹ till skillnad för vad som gäller beträffande en förvaltare.¹⁵⁰ Ett tillsättande av en förvaltare är således det mest ingripande institutet¹⁵¹, när det kommer till ingrepp i en individs rättshandlingsförmåga, bortsett från frihetsberövande enligt lagen om psykiatrisk tvångsvård (LPT).¹⁵² Fullmäktiginstitutet som så kommer inte att behandlas här av utrymmesskäl. Arbetet kommer först och främst att fokusera på god man och förvaltarskare i förhållande till vård och omsorgsfrågor, som tidigare avgränsats.

8.2 Ställföreträdarens samtycke till vård

FB 11 kap 4 § fastslår att ”om någon på grund av sjukdom, hämmad förståndsutveckling, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande behöver hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller *sörja för sin person*”¹⁵³ så skall denne under vissa förutsättningar få hjälp med detta av en legal ställföreträdare.¹⁵⁴ Det är i denna del av bestämmelsen som lagstöd för rätten till samtycke för ställföreträdaren kan uthämtas. Frågan blir i det närmaste att utreda huruvida ställföreträdarens samtycke till sjukvård för den beslutsoförmögne innefattas av lokutionen *sörja för sin person*.

¹⁴⁸ Som närstående räknas bl.a. patientens vårdnadshavare, egna barn och övriga familj samt andra personer som patienten står nära, t.ex. mycket nära vänner, jfr prop. 213/14:106 s 121.

¹⁴⁹ Undantag gäller om huvudmannens tillstånd hindrar att samtycke inhämtas, FB 11 kap. 4 § 2 p. Det krävs ”särskilda skäl” för att undantaget skall anses uppfyllt. T.ex. att huvudmannens tillstånd är sådant att han inte kan föra sin talan i rättegång. Jfr Wallin och Vängby, föräldrabalken (1 jan 2012, Zeteo) kommentaren till 11 kap 4. Denna intressanta och nog så relevanta fråga kan av utrymmesskäl inte utvecklas här men se även NJA 1977 s. 201, samt RH 1980:20 – n.b. att dessa domar avgjordes för tiden då en individ kunde förklaras omyndig.

¹⁵⁰ Föräldrabalken 11 kap. 4 resp. 7 §§.

¹⁵¹ Mer om detta jfr prop. 1987/88:124 s 140-143 samt 164-166.

¹⁵² Lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård.

¹⁵³ Min kursivering.

¹⁵⁴ Bestämmelsen om förvaltare, i FB 11 kap 7 §, hänvisar, i denna del, till god mansbestämmelsen i FB 11 kap 4 §.

I vissa delar har de legala ställföreträdarna getts befogenheter som klart överskrider dem som tillkommer anhöriga.¹⁵⁵ Dessa befogenheter antas dock inte innefatta angelägenheter av *personlig art*. Enligt Rynning är samtycke till vård av just en sådan personlig art. Denna inställning stärks enligt Rynning ”mot bakgrund av RF:s krav på lagstöd för inskränkningar i det skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp som stadgas i RF 2:6. Jan Wallgren anför att där råder osäkerhet när det kommer till ställföreträdarens möjlighet att råda över ”huvudmannens kropp”. Han uttrycker att sjukvården har ett långt gående ansvar i dessa frågor. Lagstöd eller något annat stöd för denna inställning ges dock inte.¹⁵⁶

Förarbeten till FB 11 kap 4 § förklarar inte rekvisitet ”sörja för sin person” och har antingen inte sett detta som ett problem eller överlåter avgränsningen till rättspraxis. Viss indirekt vägledning kan möjligen hämtas i patientlagen¹⁵⁷ (PL) och dess förarbete. Enlig PL 4 kap 4 § är numera akut sjukvård för beslutsoförmögna individer laglig, utan samtycke, vilket utesluter behovet av ställföreträdarnas inblandning i denna del. Vad som därför återstår är icke akut vård. I propositionen till PL 4 kap 4 § belyses problemet med beslutsoförmögna rättsställning¹⁵⁸. Det anges tydligt att PL inte skall vara tillämplig på långvariga förhållanden av icke akut karaktär. I dessa fall, anger propositionen, att lagstöd får inhämtas ur den allmänna nödbestämmelsen i Brb 24 kap 4 §.¹⁵⁹

Vidare har en utredning tillsatts som skall lämna förslag om icke akut hälso- och sjukvård för beslutsoförmögna.¹⁶⁰ Lagrådet uppger att man vill avvakta lagstiftning i denna fråga tills utredningen är klar.¹⁶¹ Det är intressant att

¹⁵⁵ Rynning a.a. s. 301. Frågan är om inte det motsatta kan anses gälla här, nämligen att anhöriga i praktiken har vidare befogenhet än de legala ställföreträdarna, Jfr NJA 1999 s. 691, jfr nedan.

¹⁵⁶ Gode mannens ABC, handbok för gode män och förvaltare s 76, Norstedts juridik, 2011

¹⁵⁷ Patientlag 2014:821 4 kap 4 §.

¹⁵⁸ Prop. 2013/14:106 s. 106.

¹⁵⁹ Nödparagrafen i BrB kännetecknas ju även av krav på överhängande fara varför jag har svårt att förstå motiveringen i denna del.

¹⁶⁰ Prop. 2013/14:106 s. 60.

¹⁶¹ Utredningen har flera gånger skjutits på framtiden. Den skall nu vara färdigställd i september 2015.

förarbetet till lagen inte nämner möjligheten att ställföreträdare skulle kunna ge samtycke. PL ger bara närstående möjlighet att medverka vid utformning och genomförande av vård ”om det är lämpligt”. En förutsättning är dock att sekretesslagen inte utgör ett hinder för deltagandet, vilket den gör då den belysningsoförmögne inte kan ge sitt samtycke i denna del. Så här långt kan jag därför konstatera att ingenting i lag talar för att ställföreträdare kan ge sitt samtycke till vård och omsorg.¹⁶²

Praxis ger heller inte någon direkt vägledning. I NJA 1999 s 691 handlar saken om en myndig funktionshindrad ung man vars föräldrar ansökte om att, inom ett redan befintligt god mans förordnande, även få sörja för sonens person i betydelsen sörja för hans personliga omvårdnad. HD anför att personliga angelägenheter exempelvis kan innebära att se till att någon får den vård eller sociala service som är nödvändig men understryker, samtidigt, vidare grundtanken om den gode mannens respekt för och hänsyn till huvudmannens privatliv. HD sammanfattar hänsynen på följande sätt; ”Den angivna grundtanken kan emellertid i fråga om uppgiften att sörja för huvudmannens person normalt inte anses göra sig gällande med samma styrka när en nära anhörig skall vara god man som när en helt utomstående person skall förordnas till god man. Det är i förevarande fall fråga om att en mor skall vara god man för en 19-årig son med svåra funktionshinder. Det framstår som naturligt att hennes godmanskap får omfatta även uppdraget att svara för sonens personliga angelägenheter”. I förarbeten kan man vidare läsa; ”Att den personliga omvården redan sköts av anhörig utgör inte ett hinder mot att den anhöriges förordnande som god man omfattar även att *sörja för person*” (min kursivering).¹⁶³ Jag tolkar domen som att det i vart fall när det kommer till nära anhöriga finns möjlighet att tolka in rent personliga omvårdnadsuppgifter i god mans uppdraget. Vidare än så kan man nog inte gå. Att sluta motsatsvis och därmed säga att gode män som

¹⁶² Patientlagen 5 kap. 3 §.

¹⁶³ Jfr Karnow, not 347 samt NJA 1999 s. 693.

inte är anhöriga heller inte kan ta hand om angelägenheter av rent personlig karaktär borde dock med viss försiktighet antas ligga i domens avsikt.

Vad som ingår i begreppet ”sörja för sin person” torde m.a.o. bero på *vem* som utför uppdraget. Det låter sig tyvärr inte göras att tolka domen vidare och uppställa en förmodan för att domstolen härmed har öppnat för att sörja för huvudmannens person åtminstone skulle kunna omfatta samtycke till vård och omsorg å den beslutsoförmögnes vägnar när ställföreträdaren tillika är anhörig.

8.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan man säga att viss doktrin, förarbeten och praxis talar för att begreppet sörja för sin person i FB 11 kap 4 § sammanfaller med vissa uppdrag av personlig art. Det är dock långt ifrån säkerställt att samtycke till vård för den beslutsoförmögne huvudmannen skall ses som en del av dessa aktiviteter. Mycket talar för att ett sådant samtycke är av en så personlig art att de inte kan ges av ställföreträdare, *särskilt* om de inte tillika är anhöriga. Rättsläget är som bekant osäkert varför mina grunder bara kan vara vaga. HD har inte uttryckt sig direkt i frågan varför jag har sett på avgöranden i det närmast liggande området. Rynning är en auktoritet på detta område men inte helt oemotsagd. En annan sak är frågan om där egentligen i dag, med bakgrund i kravet på lag enligt RF 2 kap. 6 §, råder en mer eller mindre grundlagsstadgad rätt för HD att tolka in rätten för ställföreträdare att ge samtycke till vård och omsorg för beslutsoförmögna individer i NJA 1999 s. 691 förelåg ju faktiskt samtycke till vård.

9. Slutsats

9.1 Klemme Nielsens påstående kan diskuteras- i teorin

Utgångspunkt i denna, min, slutsats tas i inledande utredningen omkring vilka handlingar som skall anses vara av en sådan beskaffenhet att de anses kan anses *påtvingade* i RF 2 kap 6 § betydelse. I detta sammanhang kan det vara lämpligt att ta utgångspunkt i ett av Wennergrens förslag på tolkning

av begreppet.¹⁶⁴ I korthet går tolkningen, som tidigare redovisats, ut på att ett påtvingat (kroppsligt) ingrepp förutsätter att den tvingade har uttryckt någon form av protest. Wennergren hämtar stöd för sin inställning i ett JK-beslut samt i ett avgörande från HD. Dessa avgöranden har dock mött hård kritik.¹⁶⁵ Wennergren sluter, med stöd i en tolkning av BrB 4 kap 4 §, att frånvaron av samtycke inte med nödvändighet innebär att ett ingrepp är påtvingat.¹⁶⁶ Utifrån Wennergrens tolkning innebär det att där, åtminstone teoretiskt, finns en möjlighet att hävda att en beslutsoförmögen individ som inte gör någon form av motstånd vid tillfälle av sjukvård, som är att jämföra med kroppsligt ingrepp, inte kan anses ha blivit påtvingad ingreppet och därför inte åtnjuter skydd enligt RF 2 kap 6 § 1. När Klemme Nielsen därför skriver att det, med grund i RF 2 kap 6 § 1, för det mesta är olagligt att utföra vård på beslutsoförmögna individer så förtjänar den möjligheten därför nämnas, att ett stillatigande inte nödvändigtvis är att se som tvång i grundlagens mening¹⁶⁷ och, i förlängning härav, att tesen ”den som tiger samtycker” i vissa fall inte skulle vara grundlagsstridig.

Jag talar även med en professor i medicin som forskar inom allergier på Karolinska sjukhuset i Stockholm. Han ser inte något problem, säger han och menar vidare, då jag förklarar, att vi jurister bör tolka lagen strikt ur en praktisk synvinkel. Det Professorn säger är att han ser på lagen i överensstämmelse med den praxis som har utvecklats och som även bekräftas i dir 2012:72.¹⁶⁸

Vårdingrepp förutsätter i dag enligt lag patientens samtycke.¹⁶⁹ Tillika får man komma ihåg att ovanstående möjliga tolkning av tvångsbegreppet, ytterst och med all sannolikhet inte kommer att godtas vid en rättsprövning. Av båda dessa grunder är en utredning omkring samtyckets betydelse,

¹⁶⁴ Jfr kapitel 2.2.3 ovan.

¹⁶⁵ Bland kritikerna återfinns Rynning som ställer upp en egen tolkning.

¹⁶⁶ Intressant är att både Wennergren och Rynning motiverar sina synpunkter med BrB 4 kap 4 § men kommer fram till olika resultat.

¹⁶⁷ Därmed inte sagt att Klemme Nielsen har fel i sin slutsats men jag anser ändå att denna osäkerhet i tolkningen av RF 2:6 för helhetens skull, borde ha framgått

¹⁶⁸ Se ovan s. 23.

¹⁶⁹ Jfr patientlagen 4 kap 4 § samt härom ovan sidan 24.

härunder yttersta gräns, fortsatt aktuell. Den slutsats jag kan dra är att det presumerade, konkludenta samtycket är accepterat som ett samtycke i vårdsammanhang. Vidare än så kan jag inte gå ur en teoretisk, juridisk betraktelse.¹⁷⁰ Det är svårt att se att det *inre* samt det *hypotetiska* samtycket som accepteras inom vården, har en grund i lag. Och även om ett ingrepp med stöd i ett inre samtycke skulle kunna falla utanför grundlagen så skulle det därför fortsatt kunna vara förbjudet enligt lag. Som jag tidigare anfört är det dock inte obetydligt om ett förbud föreligger enligt lag eller grundlag, varför det vore önskvärt med en klar rättspraxis omkring tvångsbegreppet i RF 2 kap 6 § 1.

I min utredning omkring tredje mans möjligheter att samtycka för den beslutsoförmögne individen har jag kommit fram till att det förmodligen inte innefattar samtycke till vård.

Slutligen kan man med säkerhet konstatera att det vid en jämförelse mellan min teoretiskt präglade sammanfattning och Sou 2012:72¹⁷¹ kan konstateras att där råder en avsevärd diskrepans mellan den teoretiska juridiken och den faktiska vården och att vården, med all sannolikhet inte utförs i enlighet med lag och möjligtvis även i strid med grundlagens RF 2 kap 6 § 1. Jag avslutar härmed min uppsats med att konstatera att Klemme Nielsen med största sannolikhet har rätt i sak, men helt säkert är det inte eller som Homeros sa; Grammatici certant et adhuc sub iudice lis est.¹⁷²

¹⁷⁰ Jfr ovan s. 25.

¹⁷¹ ”Inom vården har det därför utvecklats en praxis där företrädare för verksamheten, om möjligt i samråd med patientens anhöriga, fattar beslut utifrån principen om den enskildes förmodade vilja (s.k. hypotetiskt samtycke), alternativt utifrån principen om patientens bästa.”

¹⁷² De lärda tvistar och saken är ännu ej avgjord. Horatius, Ars Poetica, vers 78.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1975/76:209

Prop. 1987/88:124

Prop. 2013/14:202

Prop. 2013/14:106

Statens offentliga utredningar (SOU)

SOU 1095:75

SOU 1984:64

Socialdepartementets kommittédirektiv (Sou)

Sou.2012:72 om beslutsoförmögna ställning i hälso- och sjukvård, tandvård och socialtjänst

Litteratur

Adlercreutz, Axel: Allmän avtalsrätt, Lund 2000

Agell, Anders: Skadeståndsansvaret för operativt ingrepp utan patientens samtycke, JT 1990/91

Asp, Petter Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils: Kriminalrättens grunder, Iustus förlag, 2013

Berggren Nils-Olof, Bäcklund, Agneta, Leijonhufvud, Madelaine, Munck, Johan, Träskman, Per Ole, Victor, Dag, Wennberg, Ssanne och Wersäll, Fredrik: Kommentar till Brottsbalken, Norstedts Juridik, Stockholm 2014

Eka, Anders, Hirschfeldt, Johan, Svahn Starrsjö, Kristina: Regeringsformen (med kommentarer), Karnow Group, 2012.

Hellner Jan: JT 1990/91 s 747

Hellner Jan & Radetzki Marcus, Skadeståndsrätt, Norstedts Juridik AB Stockholm 2014

Håstad, Torgny: Tjänster utan uppdrag. Ak. avh. Norstedts, Stockholm 1973

Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Eliasson, Marianne, & Regner, Göran: Grundlagarna, Norstedts Juridik 2012

Holmqvist, Lena, Lejonhuvud, Madelaine, Träskman, Per Ole och Wennberg, Susanne: Brottsbalken, en kommentar, del II, Norstedts Juridik AB, 2009

Jareborg, Nils: Kriminalrättens Grunder, Uppsala 2013

Moa Kindström Dahlin: Psykiatrirätt- intressen, rättigheter & principer, s. 98, Jure Förlag AB, Stockholm 2014

Klemme Nielsen, Morten: Laglöst land. Ställföreträdarskap i vård och omsorg, Gleerups 2012

Malmström, Åke och Saldeen, Åke; Förmyndarskapsrätt, Iustus, 1991

Melander, Göran & Nobel, Peder: Handbok i invandrarrätt, Uppsala 1984

Munck, Johan: Rättskällor förr och nu, JP 2014 s.207

Odlöw, Torbjörn: Ställföreträdare för vuxna: Kamrer eller handledare? Stockholm, Jure, 2005

Petren, Göran och Ragenmalm Hans: Sveriges grundlagar, Uddevalla 1980

Rynning, Elisabeth: Samtycke till medicinsk vård och behandling, Iustus förlag AB

Rynning, Elisabeth: Patientens samtycke- rättsligt relevant eller bara medicinskt-etiskt? JT 1990/91 s. 630-644

Sahlin, Jan: Hälso-och sjukvårdslagen med kommentarer s 87, Stockholm 2000

Sahlin, Jan: Om nödrätt i hälso- och sjukvården. Några anteckningar om juridiken på ett etiskt område, SvJT 1990 s. 597

Rother Shirren, Theddo och Schüldt Johan: Familjejuridik, Sanoma utbildning AB, Stockholm 2015

Svensson, Eva-Maria: JP 2014 s 211

Wallgren, Jan, Gode mannens ABC, handbok för gode män och förvaltare s 76, Norstedts juridik, 2011

Wegestrand Linnea: Befriar leken från ansvar? Om BDS, samtycke och social adekvans. JP 2012 s 246

Warnling Nerep, Wiveka: ”Påtvingat kroppsligt ingrepp” (RF:2:6) och JO:s rättsvägläggande funktion, FT 1/2002 s. 34

Nätbaserad litteratur

Författningskommentar till lag om ändring i marknadsföringslagen (1995:450) <http://zeteo.nj.se/docview?state=58173>

Wallin, Gösta och Vängby, Staffan: Kommentarer till föräldrabalken (1 jan 2012, Zeteo)

Utländsk litteratur

Doidge, Norman: The brain that changes itself, Penguin Books ltd, London 2008

Lødrup Peter: Legeansvar- informert samtykke, Festskrift till Agell, A, s. 380, Iustus förlag AB, Uppsala 1994.

JO-beslut

JO-beslut 2006/07 s. 97

JO-beslut 2010-04-26, diarienummer 479-2010.

JK-beslut

JK-beslut 1982 A.17, 1982-04-29, dnr 850-822

Patientskadenämndens-beslut

PSN 509/2001

PSN 433/2006

Personlig intervju/odokumenterad källa

Telefonintervju med en anonym överläkare, samtal med en professor i medicin vid Karolinska Sjukhuset samt en sjukgymnast. Samtliga vill vara anonyma.

Rättsfallsförteckning

Nytt Juridiskt Arkiv

NJA 1957 s. 337

NJA 1979 s. 802

NJA 1990 s. 442

NJA 1995 s. 553

NJA 1999 s. 460

NJA 1999 s. 691

NJA 2009 s. 776

Ä 13412-07/2007-05-09 (Tingsrätten i Helsingborg)