



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Samuel Brandström

Vem bestämmer på demensboendet?

En analys av dementa personers rättsliga ställning i deras
kontakt med vård och omsorg

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Titti Mattsson

Termin för examen: VT2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod och material	6
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Begrepp	8
1.6.1 Integritet – i relation till människovärde och självbestämmande	8
1.6.2 Beslutsförmåga	10
1.6.3 Enskild	11
1.7 Disposition	11
2 OM DEMENS	13
2.1 Inledning	13
2.2 De vanligaste typerna av demens	13
2.2.1 Alzheimers sjukdom	13
2.2.2 Frontaltemporal demens	13
2.2.3 Vaskulär demens	14
2.3 Demensliknande tillstånd	14
2.4 Sammanfattande kommentar	15
3 VÅRD- OCH OMSORGSINSATSER VID DEMENS	16
3.1 Inledning	16
3.2 Äldreomsorgens mål och krav	16
3.3 Det allmännas ansvar och skyldighet att tillgodose den enskildes skyddsbehov	17
3.3.1 Internationell rätt	17
3.3.2 Nationell rätt och ansvarsfördelningen mellan kommun och landsting	18
3.4 Självbestämmande inom vård och omsorg	19

3.4.1	Medbestämmande och delaktighet	19
3.4.2	Giltigt samtycke – en förutsättning för vård- och omsorgsinsatser	21
3.5	Vård och omsorg utan samtycke	23
3.5.1	Hälso- och sjukvård med stöd av LPT	23
3.5.2	Hälso- och sjukvård som inte kan anstå med stöd av 4 kap. 4 § PL	23
3.5.3	Vård och omsorg med stöd av nödbestämmelsen i 24 kap. 4 § BrB	24
3.6	Sammanfattning och diskussion	25
4	DEN ENSKILDES INTEGRITETS-SKYDD I 2 KAP. RF OCH EKMR	28
4.1	Introduktion	28
4.2	Aktuella bestämmelser i 2 kap. RF	28
4.2.1	Skydd för kroppslig integritet – 2 kap. 6 § RF	28
4.2.2	Skydd mot frihetsberövanden – 2 kap. 8 § RF	30
4.2.3	Skydd för psykisk integritet – 2 kap. 6 § 2st. RF	31
4.2.4	Frihetsberövande eller kroppsligt ingrepp – eller ingetdera?	32
4.3	Aktuella bestämmelser i EKMR	33
4.3.1	Rätt till frihet i artikel 5 EKMR – fysiska begränsningar i samband med vård och omsorg	33
4.3.2	Rätt till privat- och familjeliv i artikel 8 EKMR – andra integritetskränkningar i samband med vård och omsorg	34
4.4	Begränsningar av de grundläggande fri- och rättigheterna	35
4.4.1	Legalitets- och proportionalitetsprincipen	35
4.4.2	Begränsningar av rättigheter i 2 kap. 6 och 8 §§ RF	37
4.4.3	Begränsningar av rättigheter i artikel 5 EKMR	37
4.4.4	Begränsningar av rättigheter i artikel 8 EKMR	38
4.5	Sammanfattning och diskussion	39
5	STÄLLFÖRETRÄDARSKAP – EN DEL AV LÖSNINGEN	42
5.1	Introduktion	42
5.2	Något om ställföreträdarskap i internationell rätt	42
5.2.1	Principen om självbestämmande i artikel 12 CRDP	42
5.2.2	Europarådets rekommendation R (99) 4	43
5.3	Om god man och förvaltare	45
5.4	Vad som ingår i ställföreträdarens uppdrag	46
5.5	Skyddsregler för den enskilde i samband med beslutsfattandet	47
5.5.1	Samtyckeskravet när den enskilde har god man	47
5.5.2	Ställföreträdarens lojalitets- och samråds-plikt	48
5.6	Ställföreträdarens behörighet att fatta beslut som rör vård och omsorg	49
5.6.1	Allmänt	49

5.6.2	Beslutanderätt när den enskilde motsätter sig åtgärden	50
5.6.3	Beslutanderätt när den enskilde inte motsätter sig åtgärden	51
5.6.4	Kommentar	52
5.7	Nytt lagförslag om framtidsfullmakter	52
5.7.1	Allmänt om framtidsfullmakter	52
5.7.2	Hur framtidsfullmakter träder i kraft	53
5.7.3	Vilka frågor som kan omfattas av framtidsfullmakter	54
5.7.4	Fullmaktsinnehavares lojalitets- och samrådsplikt	55
5.8	Sammanfattning och diskussion	56
6	AVSLUTNING	59
6.1	Slutsatser	59
6.2	Framåtblick och förslag på åtgärder	60
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	70

Summary

The essay revolves around the discussion about the legal status of people with dementia in their contact with health care and social services. The public has a duty to protect vulnerable individuals and give them an opportunity to live a dignified life. Meanwhile, a core value is that services in the health field should be conducted with respect for people's autonomy and integrity. The individual's participation in the design and implementation of her own health care and social services is a key to achieve the legislator's demand for health care and social service of good quality. The right to autonomy also includes that the services of the public cannot be carried out without the individual's consent, whether the service in question is a medical procedure, a nursing action or any other form of social assistance. To be valid in the eyes of the law, the consent must be informed. In short, this means that the individual must understand what she agrees to. Due to their mental disability, people with dementia many times do not have the adequate decision-making capacity to make a valid consent. This becomes a legal problem since the law, except in exceptional situations, does not regulate how decisions concerning health care and social services should be carried out when the individual lacks capacity to consent.

Furthermore, the essay notes that many actions that are carried out in elderly care means a restriction of the individual rights and freedoms protected by the Swedish Instrument of Government (RF) and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). Both regulations stipulate that all restrictions on the individual's rights and freedoms must be prescribed by law. Therefore, many of the actions carried out are in breach with RF and ECHR, since Swedish law in most cases does not govern decision-making in the health field when the individual lacks capacity to consent. An alternative to compulsory treatment, which in many cases is likely to be a disproportionate measure with reference to the proportionality principle, is guardianship legislation in the health field. However, Swedish legislation concerning guardianships in the Parental Code is not suited for such decisions since the law does not require guardians to consult with the individual or take her wishes and desires into account when she lacks decision-making capacity. Hence, the author's opinion is that it is suitable that guardians do not have competence to make decisions regarding interventions in the health field – even though reforms extending their competence to decide on these matters are both necessary and desirable.

It is overall noted that the law leaves large gaps, which often lead to that nobody is authorized to make decisions or agree to the efforts people with dementia are in need of to be able to live a safe and dignified life. Moreover, the lack of regulation on how to make decisions means an increasing risk of persons with dementia's integrity being violated since the law does not ensure that the wishes and desires of the individual are considered when others make decisions regarding their health care.

Sammanfattning

Uppsatsen kretsar kring diskussionen om dementa personers rättsliga ställning i deras kontakt med vård och omsorg. Det allmänna har en skyldighet att skydda utsatta individer och ge dem möjlighet att leva ett värdigt liv. Samtidigt är ett centralt värde att vård och omsorg ska bedrivas med respekt för människors självbestämmande och integritet. Den enskildes delaktighet vid utformandet och genomförandet av sin egen vård och omsorg är en nyckel för att uppnå lagstiftarens krav på vård och omsorg av god kvalitet. Rätten till självbestämmande innebär också att den enskilde alltid måste samtycka till det allmänns insatser, oavsett om det handlar om ett medicinskt ingrepp, en omvårdnadsåtgärd eller någon annan form av socialt bistånd. För att samtycket ska betraktas som giltigt i lagens ögon måste det vara informerat. Kort sagt innebär detta att den enskilde måste förstå vad denne samtycker till. För dementa personer som, på grund av sin mentala funktionsnedsättning, många gånger inte har tillräcklig beslutsförmåga för att kunna lämna ett giltigt samtycke innebär detta ett problem eftersom lagen, förutom i undantagssituationer, inte reglerar hur beslut som rör vård och omsorg ska fattas när den enskilde inte kan lämna ett informerat samtycke.

Vidare konstateras att många åtgärder som vidtas inom äldreomsorgen innebär en inskränkning av den enskildes fri- och rättigheter som skyddas av Regeringsformen (RF) och den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Båda regelverken föreskriver att alla inskränkningar av den enskildes fri- och rättigheter måste ha stöd av lag. Många åtgärder strider således mot RF och EKMR då svensk rätt i de flesta fall inte reglerar beslutsfattande i vård och omsorg när den enskilde inte har förmåga att själv samtycka. Ett alternativ tvångsvårdslagstiftning, som många gånger kan förmodas vara en alltför ingripande åtgärd med hänvisning till proportionalitetsprincipen, är regler om ställföreträdarskap inom vård och omsorg. De svenska reglerna om ställföreträdarskap i föräldrabalken är dock inte anpassade för sådana beslut då reglerna varken kräver att ställföreträdare ska försöka samråda med den enskilde eller ta hänsyn till den enskildes önsknings när denne inte är beslutsförmögen. Författaren anser därför att det i dagsläget är lämpligt att ställföreträdare inte är behöriga att fatta beslut om vård- och omsorgsinsatser för den enskilde – även om reformer som utvidgar ställföreträdarens behörighet till att besluta i dessa frågor både är nödvändiga och önskvärda.

Sammantaget konstateras att det finns stora luckor i svensk rätt vilket ofta leder till att ingen är behörig att fatta beslut eller samtycka till de insatser som dementa personer är i behov av för att kunna leva ett tryggt och värdigt liv. Dessutom leder avsaknaden av reglering om hur beslut ska fattas till att dementa personers integritet i ökad omfattning riskerar att kränkas då lagen i för liten omfattning garanterar att den enskildes vilja och önsknings beaktas när andra fattar beslut gällande dennes vård och omsorg.

Förkortningar

1924 års lag	Lag (1924:323) om verkan av avtal som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet
BrB	Brottsbalk (1962:700)
CRDP	Förenta Nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
EKMR	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FFmL	Förslag till lag om framtidsfullmakter
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FN	Förenta Nationerna
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
ICESCR	Förenta Nationernas konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk tidskrift
LPT	Lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LSS	Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
LVM	Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
PL	Patientlag (2014:821)
Prop.	Proposition
PSL	Patientsäkerhetslag (2010:659)
RF	Regeringsform (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SMER	Statens medicinsk-etiska råd
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Idag lever omkring 160 000 personer i Sverige med någon form av demenssjukdom. Risken att drabbas ökar markant efter 65 års ålder – omkring en femtedel av personer över 80 och hälften av alla över 90 år har någon form av demens. Inget tyder på att risken att insjukna har ökat – men eftersom vi blir allt äldre förväntas antalet diagnoser ändå öka dramatiskt. En rejäl uppgång väntas under nästa årtionde när 40-talisterna börjar nå 80-årsåldern. Det finns olika prognoser över hur mycket och i vilken takt antalet demensdiagnoser kommer öka men det rör sig troligtvis om en ökning på omkring 50 procent jämfört med dagens nivåer.¹

I takt med att vi blir allt äldre och till följd av att rättens utveckling de senaste årtiondena gått mot att ge individuella fri- och rättigheter och sociala rättigheter ett allt större erkännande för alla grupper i samhället ställs nya krav på rättssystemet. Detta är särskilt påtagligt inom vård och omsorg av dementa personer med nedsatt beslutsförmåga. En grundläggande rättslig princip är att den enskildes självbestämmande och integritet måste beaktas. Samtidigt finns det en moralisk uppfattning att vi har en skyldighet att hjälpa den som inte kan ta hand om sig själv.

Så länge en person är i stånd att tillvarata de utökade rättigheter som erkänts henne tycks det inte finnas några direkta motsättningar mellan god vård och självbestämmande. Om den enskilde däremot helt eller delvis saknar förmåga att bestämma över sig själv riskerar emellertid en intressekonflikt mellan den enskildes behov av skydd och dennes rätt till självbestämmande att uppstå. Denna konflikt blir tydlig vid vård och omsorg av äldre personer med demens. Dementa personer har ofta behov av insatser från såväl hälso- och sjukvård som socialtjänst men många gånger har de inte den mentala förmåga som krävs för att själva kunna tillgodose sina behov.

1.2 Syfte och frågeställning

Den här uppsatsen har till syfte att beskriva och analysera dementa personers rättsliga ställning i deras kontakt med vård och omsorg. För att belysa den problematik som finns i dag och diskutera vilka förändringar som är påkallade för att skydda denna grupps intressen har följande frågor valts:

1. Tillgodoser svensk lagstiftning dementa personers behov av vård och omsorg?

¹ SOU 2015:80 s. 355; Svensk demenscentrum, ”Vad är demens”.

2. Vilka av den enskildes fri- och rättigheter i RF och EKMR riskerar att kränkas i samband med vård och omsorg? På vilka villkor tillåter dessa regelverk begränsningar av dessa fri- och rättigheter?
3. Vilken behörighet har ställföreträdare att fatta beslut åt den enskilde i samband med vård och omsorg? Skulle det, med nuvarande reglering, vara lämpligt att utvidga denna behörighet?
4. Vilka brister har den svenska regleringen när det kommer till att tillgodose dementa personers integritet?

1.3 Avgränsningar

Ämnet för uppsatsen är brett och en rad avgränsningar har därför varit nödvändiga att göras. För det första fokuserar uppsatsen på gruppen dementa. Andra grupper som också kan ha problem att tillvarata sin rätt och fatta självständiga beslut är exempelvis barn, psykiska sjuka och personer med olika typer av fysiska och psykiska funktionshinder. Även om alla dessa grupper är i behov av samhällets hjälp och regler som tillgodoser att dessa behov uppfylls samtidigt som de behandlas med respekt och värdighet så skiljer sig olika gruppers behov från varandra. Dementas säregenskaper som funktionshindrad grupp är *generellt* att de tidigare i livet haft full beslutsförmåga. Men när de väl insjuknat blir deras tillstånd aldrig bättre – i regel försämras det stadigt livet ut.

Vidare har jag avgränsat uppsatsen till att gälla endast personliga frågor, i synnerhet de som rör den enskildes vård och omsorg, undantaget tandvård och insatser enligt lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). Med anledning av detta kommer de ekonomiska delarna av gode mäns och förvaltares och framtidsfullmaktsinnehavares uppdrag endast beröras i så stor utsträckning som behövs för att kunna belysa de personliga frågorna. Fokus ligger även på den interna relationen mellan den enskilde och ställföreträdaren, varför frågor om tredje mans ställning inte berörs. En annan viktig del inom ställföreträdarskapsrätten är den externa tillsynen och granskingen av uppdragen. Av utrymmesskäl har någon redogörelse av dessa regler emellertid inte kunnat göras. Det som undersöks i uppsatsen är när ställföreträdaren är behörig att fatta olika beslut och på vilket sätt lagen skyddar att den enskildes intressen beaktas när besluten fattas.

En annan relevant fråga är den om privata respektive allmänna aktörer inom vård och omsorg, eftersom det kan påverka huruvida den enskilde åtnjuter skydd av RF och EKMR. Av utrymmesskäl har denna fråga inte kunnat utredas närmare. Jag kommer därför utgå från att vård- och omsorgsgivarna omfattas av det allmänna. Andra frågor som har utelämnats men som är av intresse för ämnet är den enskildes rätt att överklaga ”informella myndighetsbeslut” om vård och omsorg eller överträdelser vid det allmännas genomförande av desamma i förhållande till 3 § förvaltningslagen (1986:223) (FL) och artikel 6.1 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR).

I den del av kapitel 3 som beskriver när vård kan bedrivas utan den enskildes informerade samtycke har det inte redogjorts för den straffrättsliga oskrivna regeln om social adekvans som ansvarsfrihetsgrund.²

1.4 Metod och material

Den gemensamma nämnaren för rättsvetenskapliga arbeten är att de utgår från rättskälleläran. Ämnesvalet styr emellertid i vilken utsträckning annat material kan och bör användas, vilket i sin tur påverkar valet av metod.³ I den här uppsatsen har en *rättsanalytisk metod* valts. I sin kärna är metoden rättsdogmatisk. Med detta menas att man, genom att tolka och systematisera rättskällorna, gör en rekonstruktion av vad som utgör gällande rätt.⁴ Till de traditionella rättskällorna hör lagar, förarbeten, prejudikat och doktrin. EKMR är sedan drygt 20 år tillbaka en del av den nationella rätten⁵ och numera stadgar 2 kap. 18 § regeringsformen (RF) att inga lagar och föreskrifter får stå i strid med EKMR. Då konventionen således uppnått konstitutionell status är EKMR och Europadomstolens praxis att betrakta som svenska rättskällor.

Då socialtjänstlagen (2001:453) (SoL) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) (HSL) övervägande är så kallade ramlagar, som ger uttryck för lagstiftarens övergripande mål för och krav på verksamheten, spelar förarbeten, doktrin och myndighetmaterial en betydande roll för redogörelsen av författningarnas bakomliggande mål och syften.⁶ Avseende myndighetsmaterialet har jag främst använt mig av material från Socialstyrelsen. En annan viktig källa utgörs av beslut från Riksdagens ombudsman, även kallad Justitieombudsmannen (JO). JO kontrollerar att den enskildes grundläggande fri- och rättigheter inte kränks i samband med den offentliga maktutövningen, exempelvis vid dennes kontakter med hälso- och sjukvård och socialtjänst.⁷ Således utgör JO:s praxis i det här sammanhanget en viktig rättskälla, speciellt med tanke på att det i princip saknas prejudikat från Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) på området.

² I ett lagrådsyttrande från 2012 som inhämtades av regeringen med anledning av bl.a. ett planerat lagförslag om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten hävdade Lagrådet att det, vid ett eventuellt åtal mot någon som tar hand om en demenssjuk eller någon annan person som saknar beslutsförmåga, antagligen finns ett betydande utrymme för ansvarsfrihet efter att en vederbörlig behovs- och proportionalitetsbedömning gjorts. Regeln om social adekvans kan enligt Lagrådet vara tillåten inom demensvården om det är fråga om åtgärder där det finns utrymme för envar att till viss del använda sig av våld och tvång. Denna rätt behöver enligt Lagrådet inte grundas på en skriven lagregel utan kan följa av den oskrivna regeln om social adekvans, se Lagrådets protokoll vid sammanträde den 18 december 2012. För vidare läsning om begreppet social adekvans hänvisas läsaren till Svensson (2016). Se även Kindström Dahlins kritik mot Lagrådets yttrande, Kindström Dahlin (2014), s. 161 f.

³ Sandgren (2015), s. 39 f.

⁴ Sandgren (2015), s. 43 ff.

⁵ Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁶ Jfr Kindström Dahlin (2014), s. 19.

⁷ SOU 2008:117 s. 291.

Under 2000-talet har två statliga utredningar, SOU 2004:112, benämnd förmyndarskapsutredning och SOU 2015:80, den så kallade ställföreträdarskapsutredningen, föreslagit reformer inom ställföreträdarskapsrätten. I SOU 2006:110, demensutredningen, lämnades lagförslag om tvångsvård av dementa personer inom såväl socialtjänst som sjukvård. Emellertid har utredningarnas förslag i skrivande stund inte lett till några reformer, vilket naturligtvis påverkar deras status som rättskälla. Dock kan utredningarna fortfarande vara värdefulla för den rättsliga diskussionen.⁸

Då min ansats är att även analysera och kritisera gällande rätt mot bakgrund av ett verkligt samhällsproblem har det emellertid inte varit tillräckligt att endast använda ovanstående material.⁹ I tillägg har internationell rätt använts. Materialets rättskällevärde är begränsat¹⁰, men det är användbart eftersom det ger uttryck för principiella ståndpunkter som kan förstärka och förtydliga delar av den nationella rätten och fungera som referenspunkt för att lättare kunna synliggöra eventuella brister i densamma.¹¹ Vidare har material som innehåller den för ämnet alltid närvarande etiska diskussionen till viss del använts. Vad som utgör juridik respektive etik i det rättsliga landskap uppsatsen rör sig i är enligt min uppfattning något flytande eftersom lagstiftningen i mångt och mycket utgår från etiska värden som självbestämmande, integritet och människovärde. De etiska aspekterna kan därför inte utelämnas eftersom de ingår i rättsliga begrepp som *god kvalitet* inom hälso- och sjukvården och ett *värdigt liv* inom äldreomsorgen.¹² Material från Statens medicinsk-etiska råd (SMER) utgör här en användbar källa.¹³ Till sist ska sägas att avsnitten som beskriver demenssjukdomar utgör en viktig bakgrundsbeskrivning till ämnet för uppsatsen. För att kunna diskutera och analysera dementa personers rättsliga ställning och speciella behov krävs en viss insikt i vad demenssjukdomar är och hur de kan påverka den som drabbas.

1.5 Forskningsläge

Som forskningsområde får äldrerätt (elder law) sägas befinna sig i en etableringsfas i Sverige och Europa. Områdets relevans ökar dock i takt med den pågående demografiska förändringen i samhället där befolkningen blir allt äldre. Sedan 2012 bedriver *The Norma Elder Law Research Environment* vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet interdisciplinär juridisk forskning inom ämnet med fokus på såväl nationell rätt som

⁸ Bengtsson (2011), s. 779 f.

⁹ Sandgren (2015), s. 25 f, 45 f.

¹⁰ De olika internationella dokumenten har även varierande rättskällevärden sinsemellan. Vissa traktat har ratificerats av Sverige, vilket ger dem ett högre värde än om de endast har undertecknats, jfr Linderfalk (2012), s. 82. Andra dokument i uppsatsen är inte folkrättsligt bindande – utan utgör endast rekommendationer, se Rynning (2002), s. 273 f.

¹¹ Jfr Mattsson (2002), s. 27.

¹² Prop. 2009/10:116 s. 8; Sahlin och Johansson, Hälso- och sjukvårdslagen (12 aug. 2016, Zeteo), kommentaren till 2 a § under rubriken *God kvalitet*.

¹³ SMER är ett av regeringen tillsatt organ som har till uppgift att belysa medicinsk-etiska frågor ur ett övergripande samhällsperspektiv, se SMER, "Om SMER".

europarätt. Ett av målen med *Norma-projektet* är att etablera äldrerätt som en självständig juridisk disciplin, likt barnrätt och kvinnorätt.¹⁴ I slutet av februari 2017 publicerade forskarlaget boken *Elder Law Evolving European Perspectives* med Ann Numhauser-Henning som redaktör. I boken har bl.a. Eva Ryrsterdt skrivit ett kapitel om demens och autonomi. Denna gjordes dock inte tillgänglig i tid för att kunna inkluderas i detta arbete.

Ryrstedt har dock tidigare publicerat artiklar som behandlar dementa personers kvarvarande självbestämmanderätt när de anordnats en legal ställföreträdare. Gällande ställföreträdarskapsrätten i övrigt finns, förutom lagkommentarer och en mängd handböcker, två avhandlingar som behandlar ställföreträdarskap för vuxna, skrivna av Torbjörn Odlöw och Thérèse Fridström Montoya, samt boken *Ställföreträdarskap i vård och omsorg* från 2012 där ställföreträdarens roll inom vård och omsorg diskuteras ur ett etiskt och juridiskt perspektiv.

Under 2012 publicerades två artiklar om tvångs- och begränsningsåtgärder i samband med vård och omsorg av dementa, skrivna av Elin Sandegård respektive Sara Åkerström och Moa Kindström Dahlin. Den sistnämnda författaren har även skrivit en avhandling som analyserar psykiatrisk tvångsvård ur ett rättighets- och etikperspektiv och bedriver även fortsättningsvis forskning om olika persongruppers ställning inom hälso- och sjukvården utifrån ett rättighetsperspektiv.

Elisabeth Rynnings ständigt refererade avhandling *Samtycke till medicinsk vård och behandling* är, trots att den är från 1994, i allra högsta grad relevant för ämnet då centrala begrepp som tvång, samtycke och beslutsförmåga behandlas ingående. Boken *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, skriven av Peter Bartlett, Oliver Lewis och Oliver Thorold analyserar hur EKMR förhåller sig till personer med mental funktionsnedsättning.

1.6 Begrepp

1.6.1 Integritet – i relation till människovärde och självbestämmande

I det här avsnittet diskuteras innebörden av begreppet integritet och dess förhållande till begreppen självbestämmande och människovärde. Begreppen behöver enligt mig preciseras närmare då de är ständigt återkommande inom såväl mänskliga rättigheter som den nationella socialrätten. Skyddet för funktionshindrades integritet framgår av artikel 17 Förenta Nationernas (FN) konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRDP) som ratificerades av Sverige 2008.¹⁵ I nationell rätt förekommer integritetsskyddet bl.a. i de grundläggande

¹⁴Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, ”The Norma Elder Law Research Environment”.

¹⁵SÖ 2008:26.

bestämmelserna för hälso- och sjukvården och socialtjänsten, 2 a § HSL och 1 kap. 1 § SoL.

Ordet *integritet* härstammar från latin och betyder oberoende, okränkbarhet eller frihet från obehörig påverkan.¹⁶ I sin diskussion om begreppet integritets innebörd tar Mattsson avstamp i en uppdelning som tidigare använts i förarbetena.¹⁷ Enligt denna delas integriteten in i rumslig, materiell, kroppslig och personlig integritet. Den personliga integriteten har i sin tur en fysisk och en ideell dimension där den förra avser skydd för personlig frihet och rörelsefrihet och den senare skydd för ens personlighet och privatliv.¹⁸ Vid insatser som rör vård och omsorg av äldre är det utefter denna uppdelning, enligt mig, framförallt den enskildes kroppsliga- och personliga (både fysisk och ideell/psykisk) integritet som riskerar att kränkas.

Med integritet kan sägas att vi alla har rätt till en personlig sfär som ska vara fredad från otillbörliga intrång. Detta knyter an till principen om alla människors lika värde.¹⁹ Människovärdesprincipen kommer till uttryck i en rad för Sverige folkrättsligt bindande dokument²⁰ samt i nationell lag på konstitutionell nivå genom artikel 1 EKMR, artikel 1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och 1 kap. 2 § RF där den senaste fastslår att ”makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och den enskilda människans frihet och värdighet”. Inom hälso- och sjukvården stadgas människovärdesprincipen i 2 § HSL och i förarbetena framhåller lagstiftaren att människors lika värde inte ska påverkas av personliga egenskaper och den funktion en person har i samhället.²¹ Även 1 kap. 1 § SoL kan sägas ge uttryck för människovärdesprincipen.²² Precis som integriteten kan människovärdet kränkas, men inte mistas.²³

Integritet är även starkt sammankopplat med autonomi/självbestämmande.²⁴ Hermerén gör åtskillnad mellan integritet och autonomi. Integritet innefattar enligt honom att den enskildes åsikter, önskningar och värderingar respekteras.²⁵ Integriteten hävdas sedan genom självbestämmande.²⁶ Dementa personer som har nedsatt beslutsförmåga saknar i olika utsträckning *faktisk möjlighet* att utöva självbestämmande, vilket innebär att de är beroende av andra för att kunna bevaka sin integritet. Dock innebär principen om självbestämmande enligt Hermerén att den som påverkas av

¹⁶ SOU 1987:74 s. 43

¹⁷ Se SOU 1984:54 s. 42; SOU 1992:84 s. 187.

¹⁸ Mattsson (2002), s. 120.

¹⁹ SMER, ”Integritet”. Se även Mattsson (2002), s. 119; Rynning (1994), s. 77.

²⁰ Se bl.a. artikel 1 Förenta Nationernas allmänna förklaring av de mänskliga rättigheterna från 1948.

²¹ Prop. 1996/97:60 s.18 ff.

²² Prop. 2009/10:116 s. 20.

²³ Kroken (2011), s. 33.

²⁴ SOU 1989:98 s.134.

²⁵ Hermerén (1986), s. 143; Mattsson (2002), s. 32.

²⁶ Mattsson (2002), s. 33; SOU 1991:46 s. 124.

ett besluts konsekvenser ska ges möjlighet att påverka beslutet samt i vissa fall få bestämma själv.²⁷

Mot bakgrund av detta kan integriteten lite grovt indelat sägas innehålla den negativa rätten att fredas från intrång i sin personliga sfär samt den positiva rätten att få vara med och påverka sin egen situation. Det är så begreppet kommer användas i denna uppsats.

1.6.2 Beslutsförmåga

Centralt för den här uppsatsen är den rättsligt problematiska situation som uppstår när en person på grund av sin demenssjukdom inte längre är förmögen att fatta ett välgrundat beslut. Med andra ord när den enskilde saknar beslutsförmåga.²⁸ I svensk rätt finns ingen enhetlig definition av när en person ska anses sakna beslutsförmåga. Som utgångspunkt har dock alla människor över 18 år beslutsförmåga men om någon lider av en demenssjukdom kan det finnas anledning att i vissa fall ifrågasätta denna presumtion.²⁹

I doktrinen har begreppet diskuterats närmare, dock utifrån den negativa definitionen *beslutsförmåga*. Klemme Nielsen skriver att beslutsförmåga är ett begrepp som sammanfattar personers ”oförmåga att förstå, ta ställning till och besluta om viktiga frågor”.³⁰

Inom medicinsk rätt är beslutsförmågan central för frågan huruvida den enskildes samtycke till medicinska ingrepp och behandlingar är giltiga. I sin avhandling delar Rynning upp beslutsförmåga (hon kallar det dock för *beslutsinkompetens*) i *absolut* och *relativ*. Absolut beslutsförmåga är lätt att konstatera då den inträffar när någon är medvetlös eller i ett sinnestillstånd som innebär att denne är helt avskuren från sin omgivning.³¹ Vid *relativ beslutsförmåga* är bedömningen dock mycket svårare. En dement person eller ett litet barn kan ha en bestämd uppfattning i en fråga. Detta behöver dock inte betyda att personen har förmåga att fatta ett välgrundat beslut.³² I detta sammanhang ska det även nämnas att bara för att en person inte har förmåga att fatta beslut i en viss fråga betyder inte det att hon inte kan ha det gällande ett annat spørsmål. Beslutsförmågan är relativ i förhållande till den specifika beslutssituationens komplexitet.³³ Enligt Rynning är omfattningen av konsekvenserna också avgörande för bedömningen. Att samtycka till ett medicinskt ingrepp som är förenat med stora risker eller att tacka nej till en livsviktig behandlingsåtgärd kräver

²⁷ Hermerén (1986), s. 143; Mattsson (2002), s. 33.

²⁸ Omvänt är *beslutsförmåga* när en person inte besitter denna förmåga.

²⁹ SOU 1997:154 s. 63.

³⁰ Klemme Nielsen (2012), s. 39.

³¹ Rynning (1994), s. 282 f.

³² Rynning (1994), s. 283.

³³ Myndigheten för delaktighet (2015), s. 6.

högre grad av beslutsförmåga än om den enskilde samtyckt eller motsatt sig en mindre ingripande åtgärd av rutinmässig karaktär.³⁴

I en artikel som berör ämnet har Rynning kokat ner detta till ”förmågan att kunna tillgodogöra sig erforderlig information och överblicka konsekvenserna av sitt beslut”.³⁵ Det är även så begreppet kommer användas i uppsatsen.

Beslutsförmåga ska i detta sammanhang inte sammanblandas med begreppet *rättshandlingsförmåga*. Med *rättshandlingsförmåga* menas i den här uppsatsen inte den enskildes faktiska intellektuella förmåga att fatta ett beslut. Vad som avses är den av rättssystemet erkända förmågan att kunna fatta ett rättsligt bindande beslut i en specifik fråga.³⁶ Exempel på grupper som delvis saknar *rättshandlingsförmåga* är barn, 9 kap. 1 § föräldrabalken (1949:381) (FB), och vuxna personer som är satta under förvaltarskap, 11 kap. 9 § FB.³⁷

1.6.3 Enskild

När det i denna uppsats talas om de individer som problematiken kretsar kring, dvs. dementa personer, används det förvaltningsrättsliga begreppet *enskild*. Inom civilrätten är detta begrepp främmande. Istället används begreppet huvudman om den person som har fått en god man eller förvaltare. Huvudman används också, jämte fullmaktsgivare, som beteckning av den som ställer ut en fullmakt till en annan. Begreppet huvudman förekommer även inom den offentliga rätten som beteckning för det offentliga organ som har ansvar för hälso- och sjukvård och socialtjänst. Inom hälso- och sjukvårdsrätten benämns den enskilde istället som patient. För att inte förvirra läsaren har jag konsekvent försökt byta ut alla dessa begrepp som avser uppsatsens huvudrollsnehavare, dvs. den demente personen mot *den enskilde*. Jag anser även att begreppet *enskild* är passande i det här sammanhanget eftersom det belyser att dementa personer i regel befinner sig i en ganska maktlös position – både i förhållande till det allmänna och till den eventuelle ställföreträdaren.

1.7 Disposition

Efter detta inledande kapitel ger kapitel 2 en kort redogörelse för vad demens är för något. Därefter kommer kapitel 3 redogöra för den svenska regleringen av vård och omsorg³⁸ och hur den tillgodoser dementa personers behov och rättigheter. Vidare fokuserar kapitel 4 på den enskildes

³⁴ Rynning (1994), s. 284.

³⁵ Rynning (2002), s. 271.

³⁶ Se Klemme Nielsen (2012), s. 40.

³⁷ Se även lag (1924:323) om verkan av avtal som slutits under påverkan av psykisk störning.

³⁸ Med *vård och omsorg* menas både insatser som ges inom socialtjänsten och hälso- och sjukvården. Om det står *socialtjänst* eller *social omsorg* menas specifikt insatser där SoL är tillämplig lag. Om det står *hälso- och sjukvård* eller *vård* menas endast insatser enligt HSL.

grundläggande fri- och rättigheter och vilka krav som ställs på det allmänna när dessa rättigheter inskränks. Kapitel 5 handlar om de svenska reglerna om ställföreträdarskap och ställföreträdarens roll vid beslutsfattande inom vård och omsorg. I slutet av varje kapitel följer en sammanfattning och diskussion. Därtill följer även en avslutande sammanfattning och diskussion i det avslutande kapitel 6.

2 Om demens

2.1 Inledning

Ordet *demens* kommer ursprungligen från latinets *de mens* som betyder *utan själ*. Demens är inte en sjukdom – utan ett samlingsnamn på en mängd olika sjukdomar och sjukdomstillstånd.³⁹ Såväl symptomen som orsakerna till uppkomsten av desamma varierar. Det är även vanligt att personer lider av en kombination av olika demenssjukdomar.⁴⁰ Demenssjukdomarna har dock gemensamt att de är förvärvade kliniska tillstånd som över tid försämrar den drabbades kognitiva förmågor. Detta är förmågor som är kopplade till vårt tänkande och intellekt – såsom minne, omdöme, beslutsfattande, språk med mera.⁴¹ Den sjuke kan uppleva andra känslor än innan och kan även ha svårt att kontrollera desamma.⁴² De vanligaste formerna av demens brukar delas in i tre grupper, Alzheimers sjukdom, frontalttemporal demens och vaskulär demens. Här följer en presentation av dessa.

2.2 De vanligaste typerna av demens

2.2.1 Alzheimers sjukdom

Den vanligaste demenssjukdomen är Alzheimers sjukdom som orsakas av att hjärnceller börjar dö i större omfattning än normalt. Symptomen kommer smygande och ökar i takt med att större delar av hjärnan bryts ner.⁴³ Sjukdomen påverkar en rad funktioner – däribland minnet, tankeförmågan och lokalsinnet. Svårigheter med språket, förvirringstillstånd och depressiva symptom är även vanligt förekommande.⁴⁴ Mellan 60 och 70 % av demensdiagnoserna är Alzheimers sjukdom.⁴⁵

2.2.2 Frontalttemporal demens

Frontalttemporal demens orsakas också av att hjärnceller bryts ner i onormalt snabb takt,⁴⁶ dock drabbas andra områden i hjärnan än vid Alzheimers sjukdom. En annan skillnad är att sjukdomen debuterar tidigare, ofta redan vid 50 års ålder.⁴⁷ Symptomen varierar beroende på vilket område i hjärnan

³⁹ Svenskt demenscentrum, ”Vad är demens”.

⁴⁰ SOU 2006:110 s. 196.

⁴¹ Ash (2014), s. 3.

⁴² SOU 2006:110 s. 194.

⁴³ Svenskt demenscentrum, ”Alzheimers sjukdom”.

⁴⁴ SOU 2006:110 s. 197 f.

⁴⁵ Svenskt demenscentrum, ”Alzheimers sjukdom”.

⁴⁶ Samlingsnamnet för denna typ av demenssjukdomar som orsakas av att hjärncellerna bryts ner onormalt fort är *pimärdegenerativa sjukdomar*. Till dessa hör även Lewy body demens, Parkinsons sjukdom med demens och Huntingtons sjukdom, Svenskt demenscentrum, ”Vad är demens”.

⁴⁷ SOU 2006:110 s. 196.

som drabbas. Det finns en rad undergrupper av frontalttemporal demens.⁴⁸ Vanligast är dock att pannloben drabbas vilket bl.a. resulterar i smygande personlighetsförändringar. Den sjuke blir omdömeslös och handlar irrationellt. Ofta blir personen självupptagen, rastlös och kan få plötsliga vredesutbrott. Den empatiska förmågan försämras gradvis. Symptomen blir fler allt eftersom sjukdomen sprider sig till fler delar av hjärnan. Vid den här typen av demens drabbas minnet oftast först i slutet av sjukdomen.⁴⁹ Detsamma gäller försämringar i språk och minspel.⁵⁰ Av de tre huvudgrupperna är den här typen av demenssjukdomar ovanligast – mindre än en tiondel av det totala antalet dementa lider av frontallobsdemens.⁵¹

2.2.3 Vaskulär demens

Omkring 25 % av alla demenssjuka har någon form av vaskulär demens, även kallad blodkärlsdemens. Den orsakas av att blödningar och/eller blodproppar stryker syretillförseln till olika områden i hjärnan, vilket leder till att vävnad skadas. Det beror ofta på att personen i fråga fått en stroke men orsaken kan även bero på förträngningar i eller sammanlödning av små blodkärl i hjärnan vilket leder till att nerverna i dessa områden skadas. Skadan kan även uppkomma genom att blodet blir för trögflytande för att nå ut till de minsta blodkärlen.⁵² Till skillnad från de ovan nämnda sjukdomarna uppstår symptomen ofta plötsligt. Tillståndet kan därefter vara stabilt under en längre tid för att sedan plötsligt försämras ytterligare. Försämringen sker alltså mer stötvis än gradvis – som fallet är vid ovan nämnda sjukdomstillstånd.⁵³ Vanliga symptom är nedsatt planerings- och initiativförmåga, minnesförlust, förvirring, depression. Även rörelseförmågan hos den sjuke påverkas ofta negativt.⁵⁴

2.3 Demensliknande tillstånd

Det finns olika tillstånd som liknar demens. På grund av olika orsaker kan personer drabbas av tillfälliga stadier av förvirring eller depression. Förvirring kan uppstå som en följd av infektion, feber eller felaktig medicinerings. Depression är mycket vanligt bland äldre och kan även den ge upphov till symptom som liknar den demenssjukes.⁵⁵ Var den exakta skiljelinjen går mellan vad som är, respektive inte är, en demenssjukdom är emellertid svårt att säga. Klart är dock att den problematik som kan uppstå i rättsliga sammanhang inte nödvändigtvis är avhängig personens medicinska diagnos.

⁴⁸ Svensk demenscentrum, "Frontalttemporal demens".

⁴⁹ SOU 2006:196 s.196.

⁵⁰ Svensk demenscentrum, "Frontalttemporal demens".

⁵¹ Svensk demenscentrum, "Vad är demens".

⁵² Svensk demenscentrum, "Vaskulär demens".

⁵³ Svensk demenscentrum, "Vaskulär demens".

⁵⁴ SOU 2006:110 s. 196.

⁵⁵ SOU 2006:110 s. 197.

2.4 Sammanfattande kommentar

Som framgått ovan är demens inte en sjukdom utan ett samlingsnamn på en rad olika sjukdomar vars symptom varierar kraftigt både till art och grad. Dock är några gemensamma nämnare, i vart fall i sjukdomarnas sluteskede, att förmågor som att minnas, tänka abstrakt, planera och att orientera sig försämras. Detta resulterar i att dementa personer ofta har en funktionsnedsättning som leder till att de i varierande grad har försämrade *beslutsförmåga*. Precis som alla personer över 18 år har dementa personer som utgångspunkt rätt att själva bestämma över och fatta beslut som rör dem själva. Samtidigt innebär sjukdomens negativa påverkan av de kognitiva förmågorna, tillsammans med effekterna av ett naturligt åldrande, till att individer i denna grupp i ökad utsträckning inte har faktisk förmåga att helt och hållet utöva självbestämmande. Med denna information i bakhuvudet går vi nu vidare till nästa kapitel som redogör för gällande rätt inom vård och omsorg och hur denna förhåller sig till de speciella behov dementa personer har.

3 Vård- och omsorgsinsatser vid demens

3.1 Inledning

Följande del presenterar huvuddragen i den lagstiftning som reglerar den svenska demensvården. Då denna befinner sig i ett gränsland mellan socialtjänst och hälso- och sjukvård⁵⁶ presenteras båda dessa regelverk. Kapitlet inleds med att redogöra för de lagstadgade målen och kraven som ställs på hälso- och sjukvård, socialtjänst och äldreomsorg samt vilket ansvar och vilka skyldigheter det allmänna har gentemot den enskilde. Efterkommande del redogör för innebörden av den enskildes rätt till självbestämmande innan en avslutande sammanfattande diskussion tar vid.

3.2 Äldreomsorgens mål och krav

En god hälsa och en vård på lika villkor för alla människor är målet för hälso- och sjukvården, vilket framgår av 2 § 1st. HSL. Av samma bestämmelses andra stycke framgår vidare att vården ska ges med respekt för alla människors lika värde och den enskildes värdighet. Med detta menas mer konkret att varje människa har rätt till liv, frihet, trygghet och ett värdigt liv.⁵⁷ I 2 a-i §§ HSL stadgas lagstiftarens krav på hälso- och sjukvården. Enligt 2 a § ska vården bedrivas så att den uppfyller kraven på god vård. Detta innefattar bl.a. tillgodoseendet av den enskildes behov av trygghet (2 a § 1st. 1 HSL) samt kontinuitet och säkerhet (2 a § 1st. 5 HSL) i vården och behandlingen. En god vård ska även bedrivas med respekt för den enskildes självbestämmande och integritet vilket framgår av 2 a § 1st. 2 HSL. Enligt 2 e § HSL ska det finnas tillgång till den personal, utrustning och lokaler som behövs för att kunna bedriva god vård.

I 1 kap. 1 § SoL fastslås att socialtjänstens mål är att på demokratins och solidaritetens grund främja människors ekonomiska och sociala trygghet, jämlikhet i levnadsvillkor och aktiva deltagande i samhällslivet. Verksamheten ska grundas på respekten för människors självbestämmande och integritet och, med hänsyn till den enskildes ansvar för sin egen och andras situation, inrikta sig mot att frigöra och utveckla grupper och enskildas inneboende resurser. Socialtjänstens insatser ska enligt 3 kap. 3 § SoL vara av god kvalitet, vilket bland annat kräver att det finns personal med lämplig utbildning och kompetens.

Numera finns även en nationell värdegrund för äldreomsorgen som återfinns i 5 kap. 4 § 1 st. SoL. Värdegrunden slår fast att socialtjänstens äldreomsorg ska inriktas på att äldre får leva ett värdigt liv och känna välbefinnande. Ett

⁵⁶ Sandegård (2012), s. 194.

⁵⁷ Prop. 1996/97:60 s. 20 ff.

värdigt liv innehåller delvärden som respekt för den enskildes privatliv och integritet, självbestämmande, individanpassning och delaktighet. En annan aspekt är att insatserna uppfyller kraven på god vård och socialtjänst av god kvalitet, som utöver beaktande av det som nämns ovan kräver att personalen har god kännedom om den enskildes behov och rutiner.⁵⁸ *Välbefinnande* tar mer sikte på den enskildes subjektiva upplevelse av sin livssituation. I förarbetena poängteras att det allmänna ska verka för att den enskilde upplever sig ha en trygg och meningsfull vardag.⁵⁹ På sin hemsida skriver Socialstyrelsen: ”För att uppnå det [ett värdigt liv och välbefinnande] behöver äldreomsorgen bland annat värna och respektera den enskilda personens rätt till privatliv och kroppslig integritet, självbestämmande, delaktighet och individanpassning”.⁶⁰

3.3 Det allmännas ansvar och skyldighet att tillgodose den enskildes skyddsbehov

3.3.1 Internationell rätt

Sveriges skyldighet att tillförsäkra alla människors rätt till bästa möjliga psykiska och fysiska hälsa framgår av artikel 12 FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR).⁶¹ CRDP är en rättighetskonvention från FN speciellt avsedd för personer med funktionsnedsättning, dit personer med demens räknas.⁶² Av artikel 25 CRDP framgår att Sverige ska försäkra att funktionshindrade har samma rätt till hälsa utan att de diskrimineras på grund av sin funktionsnedsättning. Funktionshindrades rätt till skydd framgår av artikel 16 CRDP. I 1 kap. 2 § RF stadgas att det allmänna ska verka för den enskildes välfärd genom att verka för social omsorg och trygghet och goda förutsättningar för hälsa.⁶³ Statens yttersta ansvar att skydda medborgarna kan även sägas framgå av Europadomstolens praxis som kräver att staternas rättssystem på ett effektivt sätt skyddar rätten till liv i artikel 2 EKMR.⁶⁴ I *Dodov mot Bulgarien* hade en kvinna med Alzheimers sjukdom försvunnit från det boende hon vårdades på. Den klagande som var en anhörig till kvinnan ansåg bl.a. att hennes försvinnande berodde på vårdhemmets försummelse i sin övervakning. Europadomstolen fann att det fanns ett direkt samband mellan kvinnans försvinnande och antagliga död och fann därför att den nationella regleringen inte skyddat rätten till liv i artikel 2 EKMR.⁶⁵

⁵⁸ Prop. 2009/10:116 s. 27 f.

⁵⁹ Prop. 2009/10:116 s. 27, 29 f.

⁶⁰ Socialstyrelsen, ”Nationell värdegrund för äldreomsorgen”.

⁶¹ SÖ 1971:41.

⁶² Dementa ingår i begreppet funktionshindrade i artikel 1 CRDP, se Donnely (2014), s 274, särskilt not 6.

⁶³ Begreppet hälsa är så vitt definierat att det enligt mig förmodligen innefattar äldreomsorgen i sin helhet, jfr prop. 1996/97:60 s. 17.

⁶⁴ Danelius (2015), s. 69. Detta gäller även när en enskild vårdas på sjukhus, De Pauw (2014), s. 244.

⁶⁵ *Dodov mot Bulgarien*, dom den 17 januari 2008, (ansökningsnr 59548/00).

3.3.2 Nationell rätt och ansvarsfördelningen mellan kommun och landsting

Av 2 kap. 1 § SoL framgår att kommunerna inom sina territorier har det yttersta ansvaret för att enskilda får det stöd och den hjälp de behöver. Om en person inte klarar av att själv tillgodose sina behov har denne rätt till bistånd för sin försörjning eller sin livsföring i övrigt. Kommunen är då skyldig att bistå denne enligt 4 kap. 1 § 1 st. SoL. Biståndet ska enligt 4 kap. 1 § 3 st. SoL tillförsäkra den enskilde en skälig levnadsnivå och möjliggöra att denne kan leva ett självständigt liv. *Försörjningsstöd* är ekonomiskt bistånd som den enskilde erhåller för att på egen hand kunna tillgodose basala behov.⁶⁶ *Livsföring i övrigt* är alla andra typer av bistånd som kan behövas för att tillgodose kravet på en skälig levnadsnivå. I förarbetena står det att detta innefattar en rad olika behov av stöd och hjälp, service, behandling, vård och omsorg.⁶⁷

Karaktäristiskt för äldre är att de får hjälp med vardagliga sysslor och omvårdnad i det egna hemmet.⁶⁸ Finns ett behov av särskilt stöd och den äldre inte klarar av att bo kvar hemma ska kommunen enligt 5 kap. 5 § SoL erbjuda boende i ett servicehem, gruppboende eller sjukhem – som med ett samlat namn kallas för särskilda boenden.⁶⁹ Att beviljas flytt till ett särskilt boende som man sedan vårdas på är en typ av bistånd som faller in under begreppet livsföring i övrigt.

På det särskilda boendet kan den enskilde få insatser i form av både socialtjänst och hälso- och sjukvård. De senare insatserna regleras av HSL där det som huvudregel är landstinget som är ansvarig huvudman enligt 3 § HSL. Dock har kommunen ansvar för viss hälso- och sjukvård som tillhandahålls på särskilda boenden, vilket framgår av 3 § 2 st. och 18 § 1 st. HSL.⁷⁰ Om vården meddelas av läkare är dock landstinget huvudman även om den demente får sjukvård på det särskilda boendet, 18 § 4 st. HSL. Enligt Sahlin och Johansson betyder detta att kommunen endast kan ansvara för hälso- och sjukvård av vardaglig karaktär.⁷¹

För att frågor om ansvar inte ska falla mellan stolarna och gå ut över den enskilde ska kommunen och landstinget tillsammans upprätta en vårdplan för personer som är i behov av insatser från hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Av planen ska det bl.a. framgå vilka insatser som behövs, vem av huvudmännen som står för respektive insats samt vem som har det

⁶⁶ Se 4 kap. 3 § SoL.

⁶⁷ Prop. 2000/01:80 s. 90.

⁶⁸ En stor andel av personer med demens vårdas i sitt egna hem med hjälp av stödinsatser från exempelvis hemtjänsten, SOU 2006:110 s. 26.

⁶⁹ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 485.

⁷⁰ Ett av syftena med detta var att minska flyttningen av dementa till olika institutioner eftersom bristande kontinuitet och miljöombyte i regel förvärrar dementa personers sjukdomssymptom, se Johansson och Sahlin, Hälso- och sjukvårdslagen (12 aug. 2016, Zeteo), kommentaren till 18 § HSL.

⁷¹ Johansson och Sahlin, Hälso- och sjukvårdslagen (12 aug. 2016, Zeteo), kommentaren till 18 § HSL.

övergripande ansvaret, 3 f § HSL, 6 kap. 4 § patientlagen (2014:821) (PL) och 2 kap. 7 § SoL.

Gällande kommunens ansvar kan det uppstå oklarheter om vilka insatser som hör till enklare hälso- och sjukvård respektive socialtjänst. På ett särskilt boende räknas daglig service och omvårdnad – såsom hygien, på- och avklädning, matintag och andra vardagliga aktiviteter till socialtjänst. Även enklare vårdinsatser, exempelvis omplåstring kan också höra hit.⁷² Omvårdnad räknas emellertid också som en del av begreppet hälso- och sjukvård.⁷³ Exakt när en vårdinsats under kommunens huvudmannaskap går över från SoL till HSL är enligt mig därför inte helt klart.

3.4 Själbestämmande inom vård och omsorg

3.4.1 Medbestämmande och delaktighet

Att respektera den enskildes rätt till självbestämmande och integritet är grundläggande värden i hälso- och sjukvården som kommer till uttryck i de krav som ställs på hälso- och sjukvården i 2 a § HSL, 1 kap. 1 § och 4 kap. 1 § PL. Detta krav vilar på idén att en god vård endast kan uppnås om den enskilde i så stor utsträckning som möjligt får möjlighet att påverka och ta ansvar för sin egen vård.⁷⁴

Mer konkret innebär detta att vården så långt som möjligt ska utformas och genomföras i samråd med den enskilde – och dennes närstående om så är lämpligt 5 kap. 1, 3 §§ PL. Om det exempelvis finns flera behandlingsalternativ och hjälpmedel att tillgå ska den enskilde få det alternativ hon väljer, 7 kap. 1–2 §§ PL. Valfriheten begränsas dock av att den enskilde bara får välja mellan de behandlingsalternativ som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen (2010:659) PSL. Därutöver måste kostnaden för behandlingen eller hjälpmedlet framstå som befogad med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan, 28 § HSL.

Den enskilde har även rätt att få information om sitt hälsotillstånd och de olika alternativ som finns att tillgå beträffande undersökning, vård, behandling och olika hjälpmedel, 3 kap. 1 § PL.⁷⁵ Personalen måste även anpassa informationen till den enskildes nivå, 3 kap. 5 § PL, och så långt som möjligt säkerställa att den enskilde förstår innebörden av densamma, 3 kap. 6 § PL. Är det inte möjligt att informera den enskilde ska istället dennes närstående informeras om det är möjligt, 3 kap. 4 § PL. Även om ordalydelsen inte medger det får information enligt förarbetena ges till

⁷² Sandegård (2012), s. 194.

⁷³ Johnsson och Sahlin, Hälso- och sjukvårdslagen (12 aug. 2016, Zeteo), kommentaren till 1 § HSL.

⁷⁴ Prop. 1981/82:97 s. 50 f.

⁷⁵ Se även 2 b § HSL och 6 kap. 6 § PSL som hänvisar till 3 kap. PL.

närstående även när den enskilde är beslutsförmögen.⁷⁶ Närstående är som huvudregel familj och andra anhöriga. Undantagsvis kan dock mycket nära vänner också vara närstående.⁷⁷

I förarbetena till PL framhålls att informationsplikten är essentiell för att bestämmelserna om delaktighet och valmöjlighet ska få genomslag i praktiken.⁷⁸ Informationen är även grundläggande för att den enskilde i sin tur ska kunna ge personalen den information som behövs för att uppnå goda vårdresultat.⁷⁹ Inte minst gäller detta dementa personer som ofta är multisyjuka och har en komplex sjukdomsbild.⁸⁰ I förarbetena framhålls vikten av att vården ska utgå från ett helhetsperspektiv och utformas med hänsynstagande till andra aspekter än de rent medicinska – såsom allmän social situation, arbetsförhållanden, utbildning och kulturell bakgrund.⁸¹ Även detta fordrar informationsutbyte. Helhetsperspektivet är även grundläggande för socialtjänstens verksamhet.⁸²

Informationsbestämmelserna knyter också an till den grundläggande bestämmelsen om samtycke i 4 kap. 2 § PL, som stadgar att samtycket endast är giltigt om den enskilde fått information på ett sätt som möjliggör att denne kan fatta ett beslut i den aktuella frågan (se avs. 3.4.4).⁸³

Som nämnts ovan (se avs. 3.2) ska även socialtjänstens verksamhet enligt 1 kap. 1 § 3 st. SoL bygga på respekt för människors självbestämmande och integritet. I förarbetena uttrycks att såväl handläggningen av ärenden som genomförandet av sociala insatser och vårdinsatser ska grundas på den enskildes självbestämmande och frivillighet.⁸⁴ I lagtext framkommer detta i 3 kap. 5 § SoL som ställer krav på att insatser ska utformas tillsammans med den enskilde. Socialnämnden har således en skyldighet att *samråda* med den enskilde.⁸⁵ Vid valet mellan olika insatser ska stor hänsyn tas till den enskildes *önskan*. Detta beror på att en grundläggande förutsättning för en lyckad insats är att den enskilde känner sig motiverad, och chanserna för att den enskilde är motiverad ökar ju mer delaktig denne är i utformandet av sina egna insatser.⁸⁶ För att socialtjänsten ska uppfylla kravet på god kvalitet i 3 kap. 3 § SoL krävs det enligt förarbetena att den enskilde och/eller dennes företrädare får ett verkligt inflytande över utformningen av

⁷⁶ Prop. 2013/14:106 s. 117.

⁷⁷ Prop. 2013/14:106 s. 117; prop. 1996/97:60 s. 44.

⁷⁸ Prop. 2013/14:106 s. 47 f.

⁷⁹ Prop. 1981/82:97 s. 58 f.

⁸⁰ SOU 2015:80 s. 415 f. Socialstyrelsen skriver att detta i synnerhet gäller äldre som i regel är känsligare för biverkningar och ofta är multisyjuka vilket innebär en ökad risk för att olika läkemedel påverkar varandra. I snitt behandlas personer på särskilda boenden med 10 olika sorters läkemedel, se Socialstyrelsen (2013), s. 9.

⁸¹ Prop. 1981/82:97 s. 117.

⁸² SOU 1999:97 s. 79.

⁸³ Prop. 2013/14:106 s. 57.

⁸⁴ Prop. 1979/80:1 s. 208 ff.

⁸⁵ Thunved m.fl. (2016), s. 62.

⁸⁶ Jfr HFD 2013 ref. 39 där den enskilde beviljades bistånd i den form som denne önskade trots att socialnämnden hade en annan uppfattning om vilka insatser som var lämpliga just på grund av motivationens vikt för behandlingens resultat.

insatserna och att genomförandet av insatserna sker i förtroendefull samverkan mellan vårdgivaren, den enskilde och/eller dennes företrädare.⁸⁷

I 5 kap. 5 § SoL står det att äldre som får bistånd enligt SoL så långt som möjligt ska kunna välja när och hur stöd och hjälp i boendet samt annan lättåtkomlig service ska ges. Den enskilde ska kunna påverka saker som när uppstigning ur och läggning i sängen ska ske och vilken mat den enskilde önskar äta och när den ska ätas.⁸⁸

3.4.2 Giltigt samtycke – en förutsättning för vård- och omsorgsinsatser

Rätten till självbestämmande inom socialtjänsten innebär att den enskilde måste samtycka till alla insatser som ges enligt SoL.⁸⁹ Detta kan även uttryckas som att den enskilde har en negativ rätt att avstå från samhällets hjälpinsatser. Insatser och vård utan samtycke kan endast ges med lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall (LVM) och i lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU), 1 kap. 3 § SoL.⁹⁰

Sedan 1 januari 2015 finns kravet på samtycke inom hälso- och sjukvård uttryckt i 4 kap. 2 § PL. Bestämmelsen stadgar att hälso- och sjukvård inte får ges utan den enskildes samtycke och att samtycket när som helst kan tas tillbaka. Av 4 kap. 2 § PL framgår även att samtyckeskrevet endast kan frångås med stöd i lag, exempelvis lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård (LPT) eller nödbestämmelsen i 4 kap. 4 § PL.⁹¹ Även om det tidigare inte framgått direkt av lagstiftningen har dock ett samtyckeskrev inom vården också funnits innan PL:s tillkomst. Det har kunnat utläsas av kraven på information, samråd och respekt samt uttalanden i förarbetena om att den enskilde *i princip* har en oinskränkt rätt att avstå från vård och behandling.⁹²

I 4 kap. 2 § PL stipuleras när ett samtycke är giltigt. Samtycket till medicinsk vård och behandling kan ges på olika sätt. Det kan ges *uttryckligen* genom tal eller skrift. Det kan även uttryckas mer vagt genom handling, ett s.k. *konkludent* eller *tyst* samtycke. Alla dessa former av samtycke bygger på att den enskilde får erforderlig information som denne

⁸⁷ Prop. 1996/97:124 s. 52 ff.

⁸⁸ Prop. 2009/10:116 s. 28.

⁸⁹ Detta framgår inte uttryckligen av SoL men enligt Fridström Montoya framgår det av legalitetsprincipen som kräver lagstöd för offentlig maktutövning. Att fatta beslut om bistånd eller specifika insatser för en enskild utan dennes samtycke finns det inget lagstöd för i SoL, Fridström Montoya (2015), s. 239. Mer om legalitetsprincipen nedan i avs. 4.4.1.

⁹⁰ Tvångsvård enligt LVU gäller bara till upp till dess den enskilde fyllt 20 år, 1 § LVU. Dementa personer kan förvisso behöva hjälp med att ta sig ur missbruk av alkohol, narkotika eller flyktiga lösningsmedel genom tvångsvård men någon redogörelse för detta kommer inte göras i denna uppsats, jfr 1 § LVM.

⁹¹ Prop. 2013/14:106 s. 56.

⁹² Prop. 1981/82:97 s. 118; Rynning (1994), s. 350. Syftet med PL är stärka patientens ställning genom att på ett överskådligt sätt samla och förtydliga redan rådande normer inom hälso- och sjukvården, se prop. 2013/14:106 s. 40 f.

kan processa tillräckligt för att kunna lämna ett giltigt samtycke och sedan manifesterar sitt medgivande på något sätt.⁹³ Samtycket är då informerat och uttryckt. Ett *inre samtycke* innebär att den enskilde är fullt medveten om vad som händer och samtycker till de åtgärder som är i görningen. Dock manifesteras detta inte på något sätt – varför ett faktiskt samtycke inte kan anses ha lämnats.⁹⁴ Istället *presumerar* personalen att den enskilde samtycker till åtgärden.⁹⁵ En särskild form av presumerat samtycke är det s.k. *hypotetiska* samtycket.⁹⁶ Precis som vid det inre samtycket har något faktiskt samtycke inte lämnats från den enskilde. I tillägg till detta är den enskilde vid ett hypotetiskt samtycke inte heller medveten om ingreppet i fråga. Samtycket grundas helt och hållet på ett antagande – en *hypotes* – om att denne skulle samtyckt till åtgärden om denne haft tillfälle att yttra sig.⁹⁷

Det råder tveksamheter kring presumerade samtyckens giltighet inom hälso- och sjukvården – i synnerhet de hypotetiska.⁹⁸ Inre samtycken verkar tidigare ha accepterats vid åtgärder av mindre ingripande karaktär, dock med extra stor försiktighet om den enskilde hade nedsatt beslutsförmåga.⁹⁹ Efter dessa uttalanden har emellertid nya regler sett dagens ljus som sätter ytterligare frågetecken kring huruvida några former av presumerade samtycken är rättsligt giltiga. Ställföreträdarskapsutredningen menar att presumerade samtycken inte längre är lagliga eftersom ordalydelsen i 4 kap. 2 § PL kräver att den enskildes samtycke på något sätt kommer till uttryck. I förarbetena nämns dessutom inga undantagssituationer när presumerade samtycken kan godtas,¹⁰⁰ vilket ledde till utredarens slutsats att presumerade samtycken inte längre är giltiga.¹⁰¹

Kravet på beslutsförmåga för ett giltigt samtycke (eller vägran att motta insatser) har inte diskuterats lika flitigt inom socialtjänsträtten som den medicinska rätten. Enligt Fridström Montoya måste det emellertid klargöras att ”den enskilde verkligen är *införstådd med samtyckets konsekvenser*, och att samtycket *lämnats frivilligt*, utan påtryckningar.”¹⁰² Det kan således antas att samtycket även måste vara *informerat* vid insatser enligt SoL. Dock har PL:s intåg inte inneburit någon ändring av rättsläget avseende insatser som räknas som social omsorg, vilket enligt mig möjligen skulle kunna tyda på att presumerade samtycken kan godtas vid vissa insatser som vidtas enligt SoL – exempelvis rutinmässiga insatser som rör den dagliga omvårdnaden av dementa personer på särskilda boenden.¹⁰³

⁹³ Rynning (1994), s. 316-323.

⁹⁴ Rynning (1994), s. 325.

⁹⁵ Rynning (1994), s. 325.

⁹⁶ Prop. 2013/14:106 s. 57.

⁹⁷ Rynning (1994), s. 390-395. Jfr nedan med *hypotetisk motvilja* i avs. 4.2.1.

⁹⁸ Ds 2003:47 s. 128; SOU 1984:64 s. 179; Socialstyrelsen, nr 12/2013, s. 5.

⁹⁹ Som särskilt ingripande åtgärder som påkallar högre krav på samtyckets art nämns olika former av frihetsberövanden, som inlåsning och bältesspanning, SOU 1984:64 s. 176.

¹⁰⁰ Prop. 2013/14:106 s. 57, 119.

¹⁰¹ SOU 2015:80 s. 409.

¹⁰² Fridström Montoya (2015), s. 250.

¹⁰³ I ställföreträdarskapsutredningens lagförslag om ställföreträdare inom vård och omsorg som inte lett till lagstiftning föreslogs att löpande omvårdnadsåtgärder och mindre ingripande hälso- och sjukvård kunna vidtas av personalen med stöd ett presumerat

3.5 Vård och omsorg utan samtycke

3.5.1 Hälsa- och sjukvård med stöd av LPT

Undantag från det informerade samtycket kan alltså endast göras med stöd i lag. Inom hälso- och sjukvården kan exempelvis tvångsåtgärder vidtas mot en enskild med stöd av LPT. Detta förutsätter enligt 3 § LPT att den enskilde lider av en *allvarlig psykisk störning*. I förarbetena står att det framförallt är psykotiska tillstånd och svåra depressioner där självmordsrisk föreligger som omfattas av begreppet, men även att *klara demenstillstånd* kan utgöra en allvarlig psykisk störning.¹⁰⁴ Vidare ansågs det ofrånkomligt att en psykisk funktionsnedsättning som beror på åldrande och ”kommer till uttryck i s.k. *åldersdement beteende* kan vara så kraftig att begreppet allvarlig psykisk störning är tillämpligt” (min kursivering).¹⁰⁵

I undantagsfall kan således en dement person bli föremål för tvångsvård. Åkerström och Kindström Dahlin poängterar dock att LPT inte är väl anpassad för att möta den problematik som uppkommer vid demenssjukdom eftersom LPT i princip inte medger kroppslig tvångsvård. Vidare är syftet med LPT att undantagsvis bemyndiga det allmänna att under en begränsad period vidta tvångsåtgärder för att tillgodose ett oundgängligt vårdbehov. Då demenssjukdomar inte är övergående behövs enligt författarparet mer varaktiga lösningar.¹⁰⁶ Ett annat argument för att LPT är en olämplig lagstiftning är att lagen kräver att den enskilde måste flyttas till en psykiatrisk klinik, 15 § LPT (jfr avs. 4.4.3). Bristande kontinuitet och miljöombyte förvärrar i regel den enskildes sjukdomstillstånd,¹⁰⁷ och därför kan det även av denna anledning enligt mig starkt ifrågasättas om LPT ska användas inom demensvård.

3.5.2 Hälsa- och sjukvård som inte kan anstå med stöd av 4 kap. 4 § PL

Inom hälso- och sjukvårdslagstiftningen finns numera 4 kap. 4 § PL som stadgar att hälso- och sjukvård ska få ges för att avvärja en akut fara som allvarligt hotar den enskildes liv eller hälsa, även om dennes vilja på grund av medvetslöshet eller av någon annan orsak inte kan utredas. Med annan orsak avses i förarbetena olika tillstånd när den enskilde inte är i stånd att kunna uttrycka sin vilja eller när det är omöjligt att utröna dennes uppfattning i frågan.¹⁰⁸ Regeringen framförde att bestämmelsen även är tillämplig när en person som mer varaktigt får anses sakna beslutsförmåga

samtycke, SOU 2015:80 s. 505 ff. Se även avs. 3.3.2 ovan om gränsdragningen mellan vård och omsorg.

¹⁰⁴ Prop. 1990/91:58 s. 86.

¹⁰⁵ Prop. 1990/91:58 s. 86.

¹⁰⁶ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 495.

¹⁰⁷ Johnsson och Sahlin, Hälsa- och sjukvårdslagen (12 aug. 2016, Zeteo), kommentaren till 18 § HSL.

¹⁰⁸ SOU 2013:2 s. 181.

befinner sig i en nödsituation. För att vård ska vara berättigad enligt bestämmelsen ska det röra sig om vård som inte kan anstå i en akut situation där det handlar om att rädda den enskildes liv eller undvika svåra konsekvenser för dennes hälsa.¹⁰⁹ Vidare stadgas i författningskommentaren att 4 kap. 4 § PL inte kan tillämpas för att fortlöpande bereda beslutsoförmögna personer hälso- och sjukvård som inte är av akut karaktär. I dessa fall, skriver regeringen, ”torde stöd för vården även fortsättningsvis få hämtas i den allmänna nödbestämmelsen i 24 kap. 4 § brottsbalken.”¹¹⁰ Därför ska det nu undersökas när den straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunden nöd kan användas inom hälso- och sjukvård och omsorg.¹¹¹

3.5.3 Vård och omsorg med stöd av nödbestämmelsen i 24 kap. 4 § BrB

I 24 kap. 4 § brottsbalken (1962:700) (BrB) finns bestämmelser om ansvarsfrihet på grund av nöd. Detta innebär att en gärningsperson under vissa förhållanden, kan undgå ansvar från en annars straffbar gärning. Bestämmelserna om nödrätt är universella och gäller för alla, inklusive anställda inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten.¹¹²

Nöd föreligger enligt 24 kap. 4 § 2 st. BrB när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat av rättsordningen skyddat intresse. Inom vård och omsorg får det antas att det framförallt är intressena liv och hälsa som kan berättiga ett nödingripande. Gärningen måste vara försvarlig, vilket den endast är om den avser skydda ett intresse som är av betydligt större vikt än det som offras.¹¹³

Inom demensvården kan det antas att det alltsomoftast är den enskildes grundläggande rättigheter till självbestämmande, integritet och frihet som får ge vika till förmån för att skydda dennes liv eller hälsa. Enlig Jareborg måste det anses försvarligt att ingripa för att rädda någons liv även om denne motsätter sig räddningsaktionen. Därför kan förhindrandet av någons självmord, utförande av ett operativt ingrepp eller tvångsvis matning och medicinering i vissa fall rättfärdigas.¹¹⁴ Angående tvångsmatning skriver Sahlin att det kan ske med stöd av nödrätten om det gått så långt att den enskildes liv uppenbart är i fara.¹¹⁵ Ett annat exempel på en nödsituation där en överhängande fara kan föreligga och där ett ingripande är försvarligt är enligt Socialstyrelsen om den enskilde är på väg ut i för tunna kläder för rådande väderlek och riskerar att frysa ihjäl.¹¹⁶ Dock fordras alltid att personalens upphävande av nödsituationen rimligen inte kan uppnås på

¹⁰⁹ Prop. 2013/14:30 s. 120.

¹¹⁰ Prop. 2013/14:30 s. 121.

¹¹¹ 4 kap. 4 § PL är inte tillämplig vid insatser enligt SoL.

¹¹² Detta betyder att även andra ansvarsfrihetsgrunder i 24 kap. BrB, som nödvärnsrätten i 1 § och samtycke i 7 § är tillämpliga. Här behandlas dock bara nödbestämmelsen.

¹¹³ Prop. 1993/94:130 s. 35 f, 70.

¹¹⁴ Jareborg (1985), s. 53.

¹¹⁵ Sahlin (1990), s. 612 f.

¹¹⁶ Socialstyrelsen, nr 12/2013, s. 3. Se även Sahlin (1990), s. 612 f.

något mindre ingripande sätt, förutsatt att den alternativa insatsen inte hade krävt en för personalen oproportionerlig ansträngning eller uppoffring.¹¹⁷

Precis som PL:s specialbestämmelse får den allmänna nödbestämmelsen endast tillämpas i undantagsfall.¹¹⁸ Mot bakgrund av detta skriver Rynning att detta rimligen torde innebära att regeln inte kan åberopas för rutinmässiga ingripanden med hänvisning till någon form av perdurerande nöd.¹¹⁹ Mot bakgrund av vad som har sagts kan regelbunden inlåsning eller användande av sänggrindar, bälten, larm och andra hjälpmedel inte användas med stöd av nödregeln – även om syftet är att skydda den enskilde från fara.¹²⁰

3.6 Sammanfattning och diskussion

Som framgår av ovan gjord redogörelse är självbestämmande ett centralt värde inom svensk vård och omsorg. Att få vara med och bestämma över och påverka sin egen livssituation är en grundläggande rättighet även för en person som bor på ett demensboende. Detta hänger samman med respekten för den enskildes integritet och människovärde. Självbestämmande i innebörden delaktighet och medbestämmande har betydelse för vården och omsorgens kvalitet. Den faktiska förmågan att utöva självbestämmande kan således sägas vara en förutsättning för att kunna uppnå målet på en god vård på lika villkor. Dementa personer har på grund av sin funktionsnedsättning inte samma möjlighet att på ett aktivt sätt vara delaktiga i utformandet av sin egen vård, vilket ökar risken för att individer i denna grupp självbestämmande och därmed även integritet kränks.

Även om den enskilde tidigare haft rätt till samråd, medbestämmande delaktighet och valfrihet är införandet av PL enligt mig positiv. Lagen ger en överblickbar och förhållandevis tydlig och överskådlig bild av vilka rättigheter och skyldigheter enskilda respektive personal har. Detta är extra viktigt med tanke på att lagen tillämpas i en miljö där juridiskt skolade personer i regel inte agerar. Dock gäller de andra lagarna inom hälso- och sjukvården som tidigare, PL är alltså inte på något sätt uttömmande. Den nationella värdegrund som sedan några år tillbaka gäller för äldreomsorgen är även den ett positivt inslag då den lyfter fram vilka generella värden som ska styra äldreomsorgen samtidigt som den understryker vikten av en individanpassad vård och omsorg. Att värdegrunden är lagstadgad i 5 kap. 4 § SoL är även detta positivt eftersom det sänder signaler om att lagstiftaren ser dessa frågor som viktiga.

Samtidigt finns det enligt mig skäl att kritisera PL. Samtyckesbestämmelsen i 4 kap. 2 § PL är utformad med den självklara utgångspunkten att den enskildes samtycke bara är giltigt om denne 1) fått erforderlig information

¹¹⁷ Jareborg (1985), s. 53.

¹¹⁸ Prop. 1993/94:130 s. 35.

¹¹⁹ Rynning (1994), s. 379. Se även SOU 2006:110 s. 173; Socialstyrelsen, 12/2013, s. 4.

¹²⁰ Jfr Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 495.

om den betänkta åtgärden och 2) på något sätt manifesterar sitt samtycke. Undantaget från den regeln är emellertid bristfälligt. Den nya nödbestämmelsen är inte mer långtgående än den allmänna straffrättsliga bestämmelsen om nöd och kan således bara tillämpas i ytterst prekära situationer. När det kommer till en dement person som saknar förmåga att lämna ett giltigt samtycke enligt 4 kap. 2 § PL – och något av de mycket restriktiva undantagen ovan inte är tillämpliga – finns det idag *ingen* som är behörig att samtycka till eller godkänna att åtgärder inom hälso- och sjukvård vidtas. Möjligen finns ett begränsat undantag för att utföra mindre ingripande och vardagliga omvårdnadsåtgärder med hjälp av presumerade samtycken vid omvårdnadsinsatser enligt SoL.

Inom äldreomsorgen kan det många gånger vara medicinskt och socialt motiverat att den enskilde med hjälp av ett bälte eller ett brickbord hålls sittandes i en stol. Det kan möjliggöra den enskildes deltagande i olika sociala aktiviteter samtidigt som densamme skyddas från att ramla ur sin stol och skada sig. Enligt demensutredningen råkar omkring 60 % av äldre som bor på särskilda boende ut för minst ett fall per år. Skadorna varierar i allvarlighetsgrad, men leder inte alltför sällan till exempelvis frakturer och hjärnskakningar.¹²¹ Vidare är en dement person som vårdas på ett särskilt boende allt som oftast i behov av läkemedel.¹²² Det kan även handla om mer vardagliga behov som hygienhållning och matintag.¹²³ Något som i vissa fall kan vara motiverat ur såväl ett skydds- som integritetsperspektiv är att utrusta den enskilde med en GPS-sändare så att denne kan lämna boendet helt själv utan någon personlig övervakning (se 4.2.3). Alla dessa åtgärder och insatser kan vara förenliga med en god och kvalitativ vård och omsorg om de är till nytta för den enskilde och överensstämmer med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Resultatet av nu rådande lagstiftning är dock att personalen inom sjukvård och äldreomsorg kan ställas inför ett etiskt dilemma där de tvingas välja mellan att agera utan rättsligt stöd och därigenom kränka den enskildes självbestämmande, eller underlåta att agera vilket kan resultera i att den enskilde utsätts för fara eller förvisas till att leva i en ovärdig och eländig tillvaro.¹²⁴ I många fall framstår det som etiskt oförsvarbart för personalen att inte agera i strid med lagen eftersom detta skulle strida mot de grundläggande etiska principerna om att inte skada och att göra så gott som möjligt gentemot den enskilde.¹²⁵

¹²¹ SOU 2006:110 s. 213.

¹²² Se not 80.

¹²³ Törnquist och Broström (2012), s. 89.

¹²⁴ Rynning (2002), s. 272.

¹²⁵ Vahlne Westerhäll och Princis skriver att det för vård- och omsorgspersonal uppstår en etisk konflikt mellan principen om den enskildes självbestämmande (självbestämmande-principen) och de andra två centrala principerna om att alltid göra gott (godhetsmaximeringsprincipen) och att minimera andra människors lidande (skademinimeringsprincipen). Att inte behandla eller vårda någon som saknar sjukdomsinsikt när olika åtgärder kan bota eller lindra sjukdomen är enligt Vahlne Westerhäll och Princis inte etiskt godtagbart eftersom det strider mot godhetsmaximering- och skademinimeringsprincipen, Vahlne Westerhäll och Princis (2013), s. 389.

Den tillsynes allmänt vedertagna uppfattningen är att vissa människors beslutsförmåga är så pass nedsatt att vi ibland har en skyldighet att fatta beslut åt dessa i syfte att ge dem skydd.¹²⁶ Denna uppfattning framgår enligt mig inte tydligt nog av nuvarande lagstiftning. Sammanfattningsvis är svaret på frågan om svensk *lagstiftning* tillgodoser dementa personers behov av vård och omsorg *nej, inte tillräckligt*, eftersom varken den enskilde eller någon annan kan lämna ett giltigt samtycke till insatserna om den enskilde saknar tillräckligt beslutsförmåga för att samtycka till dessa.

Svensk rätt saknar regler om hur beslut ska fattas i dessa situationer. En aspekt som gör det svårt att stifta lagar inom området är hur nära relaterade dessa problem är till den enskildes grundläggande fri- och rättigheter. I nästa kapitel kommer vi därför se närmare på vilka grundläggande fri- och rättigheter den enskilde har i dessa sammanhang och vilka krav som ställs på staten vid ett eventuellt begränsande av dessa rättigheter.

¹²⁶ Se Ryrstedt (2016a), s. 32; Mattsson m.fl. (2014), s. 181.

4 Den enskildes integritets- skydd i 2 kap. RF och EKMR

4.1 Introduktion

I det här kapitlet redogörs för de grundläggande fri- och rättigheter som den enskilde har gentemot det allmänna samt när och i vilken utsträckning dessa rättigheter kan begränsas.¹²⁷ Begreppet ”det allmänna” omfattar alla landstingsdrivna och kommunala sjukvårds- och omsorgsinrättningar vilket innebär att reglerna i såväl 2 kap. RF som EKMR är direkt normerande för dessa verksamheter i den meningen att regelverken sätter upp gränser för när och hur myndigheterna har rätt att inskränka den enskildes fri- och rättigheter.¹²⁸ Kapitlet inleds med en genomgång av några för ämnet aktuella bestämmelser i RF och EKMR samt vilken eller vilka rättigheter som skyddas av respektive bestämmelse. Därefter följer en redogörelse för när dessa olika rättigheter kan begränsas och vilka krav som ställs på det allmänna när sådana begränsningar sker. Även det här kapitlet knyts avslutningsvis ihop med en sammanfattande diskussion.

4.2 Aktuella bestämmelser i 2 kap. RF

4.2.1 Skydd för kroppslig integritet – 2 kap. 6 § RF

I vår grundlag skyddas vår kroppsliga integritet av 2 kap. 6 § RF.¹²⁹ Huruvida vi åtnjuter detta grundlagsskydd avgörs av om åtgärden utgör ett *påtvingat kroppsligt ingrepp* eller en *kroppsbesiktning*. Med kroppsligt ingrepp menas först och främst olika typer av våld mot någons kropp oavsett syfte. Förarbetena stadgar att läkarundersökningar, mindre omfattande ingrepp som vaccination, blodprovstagning och andra liknande företeelser som brukar kallas för kroppsbesiktning också omfattas.¹³⁰ Att medicinera en person är således ett kroppsligt ingrepp.¹³¹ I såväl förarbetena som doktrinen sägs begreppet kroppsbesiktning omfatta sjukvård i allmän

¹²⁷ Warnling-Nerep (2002), s. 24.

¹²⁸ Gustafsson (2010), s. 28 f. Av 12 kap. 4 § RF framgår dock att förvaltningsuppgifter kan delegeras till privata rättssubjekt. Det betyder att enskilda i vissa fall kan ha ett konstitutionellt integritetsskydd även mot privata vård- och omsorgsgivare om de utför uppgifter på uppdrag av det allmänna. I annat fall är det de allmänna reglerna om straffansvar i BrB som utgör den enskildes skydd. Som inledningsvis nämndes i avs. 1.3 utgår dock denna uppsats från att alla vårdgivare tillhör det allmänna.

¹²⁹ Se även de oinskränkbara förbuden mot dödsstraff, 2 kap. 4 § RF och 2 kap. 5 § RF som bl.a. förbjuder kroppsstraff och tortyr.

¹³⁰ Prop. 1975/76:209 s. 147.

¹³¹ Prop. 1983/84:111 s. 92; JO 1980/81 s. 299, se särskilt s. 304; JO 2005/06 s. 101, se särskilt s. 126.

bemärkelse.¹³² I betänkandet som föregick bestämmelsens införande underströk utredaren att indelningen i kroppsligt ingrepp, kroppsbesiktning och den tredje kategorin kroppsvisitation var ”tämligen godtycklig och att gränsdragningen mellan kategorierna är svår, eftersom vissa fall utgör mellanformer som kan hänföras till mer än en kategori.”¹³³ Jag kommer mot bakgrund av detta fortsättningsvis endast använda mig av termen kroppsligt ingrepp.

För att ett kroppsligt ingrepp ska utgöra en integritetskränkning enligt 2 kap. 6 § RF ska det vara *påtvingat*. I grundlagskommentaren skriver Petrén och Ragnemalm att bestämmelsen inte är tillämplig då ett *frivilligt samtycke* lämnas från den enskilde. Ingreppet ska vara påtvingat i den meningen att det allmänna använder sig av någon form av maktmedel för att utöva åtgärden. Som exempel framförs att en läkare, i det allmännas tjänst, utför ett operativt ingrepp på en nedsövd person utan att denne på förhand gjorts införstådd i detta. Vidare är ett ingrepp att anse som påtvingat om det allmänna bryter ner den enskildes motstånd genom hot om någon form av sanktion.¹³⁴

Rynning är inne på samma linje men hon tar avstamp i Jareborgs straffrättsliga teori om *relativt* och *absolut tvång*.¹³⁵ Med *relativt* tvång förstås när den enskildes motvilja bryts ner eller om ett samtycke framkallas genom hot om någon sanktion. JO tycks göra samma bedömning vilket konstateras i två nya fall där lämnande av urinprov konstaterats vara ett påtvingat kroppsligt ingrepp eftersom det allmänna i båda fallen använde sig av maktmedel för att framkalla samtyckena.¹³⁶ *Absolut* tvång föreligger när den enskildes motstånd betvingas rent fysiskt eller i situationer när den enskilde berövas möjligheten att på något sätt manifesteras sitt motstånd eller motvilja mot det kroppsliga ingreppet. Det kan ske om den enskilde är medvetlös eller så pass allvarligt sjuk att hon inte förstår innebörden av ingreppet – men även när någon med högre grad av medvetande inte

¹³² SOU 1975:75 bil. 11 s. 356; Rynning (1994), s. 102. För vidare läsning om den kanske numera något överspelade debatten om paragrafens omfång hänvisas läsaren till Wennergren (1981); Regnér (1981); Warnling-Nerep (2002).

¹³³ SOU 1975:75 bil. 11 s. 356.

¹³⁴ Petrén och Ragnemalm (1980), s 54 f. Se dock Wennergrens uppfattning om att ett kroppsligt ingrepp bara vara påtvingat om den enskilde på något sätt *uttryckt sin motvilja*. Manifesterandet av motviljan kan komma till uttryck skriftligen, muntligen eller genom den enskildes beteende i övrigt. Wennergren jämför med bestämmelsen om olaga tvång 4 kap. 4 § brottsbalken som kräver att det skett ett inhämtade av den enskildes ställningstagande för att begreppet ska anses vara påtvingat. I annat fall har det allmänns förfarande förvisso varit egenmäktigt – men inte påtvingat, se Wennergren (1980), s. 89 f.

¹³⁵ Se Jareborg (1984), s. 267.

¹³⁶ Se JO 2016/17 s. 548, där lämnande av urinprov som villkor för att få socialt bistånd ansågs vara relativt tvång. Liknande uttalanden gjordes i det andra JO-fallet. En patient som vårdades inom öppen rättspsykiatrisk vård lämnade ett urinprov som vid ett s.k. screeningtest misstänktes innehålla spår av narkotika. I väntan på en mer grundlig analys fick patienten antingen välja mellan att frivilligt stanna kvar på kliniken eller att chefsöverläkaren annars skulle påbörja utredning om det gick att konvertera den öppna vården till slutna rättspsykiatrisk vård. Patienten stannade därför kvar sju dagar till dess provet kom tillbaka. JO såg detta som ett *icke reellt samtycke* eftersom det lämnats efter hot om en sanktion, se JO 2016/17 s. 110, särskilt s. 118 – 125.

informerar om ingreppets karaktär eller helt och hållet saknar kännedom om att det kroppsliga ingreppet sker. Det centrala är, enligt Rynning, om den enskilde har *nödgets tåla ingreppet*.¹³⁷

Rynning menar dock att ett ingrepp mot någon som inte kan uttrycka sin mening inte per automatik är påtvingat. Det måste föreligga en *hypotetisk motvilja*.¹³⁸ Antagandet kan vara objektivt eller subjektivt, där det förra grundar sig på gemene mans inställning och vad som objektivt är bäst för den enskilde medan det senare tar hänsyn till dennes förmodade vilja. Är den enskilde negativt inställd till åtgärden är den alltid att anse som påtvingad, oavsett om viljan framstår som rationell eller inte.¹³⁹ Enligt förmyndarskapsutredningen är faktumet att ”den enskilde redan genom att ge uttryck för att motsätta sig en åtgärd som riktar sig mot hans eller hennes kroppsliga integritet kan stoppa åtgärden, oberoende om motståndet ger prov på bristande beslutsförmåga”.¹⁴⁰

I vissa fall kan det dock råda total ovisshet eftersom det saknas underlag för att ens göra en hypotetisk bedömning av den enskildes inställning till ingreppet i fråga. Då menar Rynning att det vare sig går att betrakta ingreppet som påtvingat eller frivilligt.¹⁴¹ Mot bakgrund av vad som anförts ovan om demens skulle denna situation förmodas kunna uppstå inom demensvården. Vanligare torde dock enligt mig vara att den enskilde på något sätt uttrycker sin inställning i frågan. Är den negativ så föreligger tvång.

4.2.2 Skydd mot frihetsberövanden – 2 kap. 8 § RF

2 kap. 8 § RF skyddar den enskilde från *frihetsberövanden*. Ett frihetsberövande har i förarbetena definierats som att den enskilde är ”fängslad eller genom inspärning eller annan övervakning eller dylikt är faktiskt förhindrad att förflytta sig utanför ett rum eller annat relativt starkt avgränsat område.”¹⁴² Avgörande är huruvida den enskilde faktiskt är förhindrad att komma i kontakt med andra människor.¹⁴³

I ett för sammanhanget viktigt JO-fall från 1980-talet tog JO fasta på den vidtagna åtgärdens *faktiska effekt*. I fallet hade så kallade låskåpor placerats på insidan av ytterdörren hemma hos en dement kvinna. Dörren var inte låst men kåpan hindrande likväl kvinnan från att kunna öppna dörren själv. Även om dörren gick att öppna utan nyckel var det enligt JO fråga om ett frihetsberövande enligt 2 kap. 8 § RF eftersom kvinnan till följd av sitt

¹³⁷ Rynning (1994), s. 107.

¹³⁸ Rynning (1994), s. 107. Jfr ovan med definitionen av *hypotetiskt samtycke* i avs. 3.4.2.

¹³⁹ Rynning (1994), s. 392.

¹⁴⁰ SOU 2004:112 s. 452.

¹⁴¹ Rynning (1994), s. 108.

¹⁴² Prop. 1975/76:209 s. 52.

¹⁴³ Prop 1973:90 s. 241 f.

funktionshinder inte kunde öppna dörren.¹⁴⁴ Enligt JO ska alltså den mentala förmågan hos den som är föremål för ett eventuellt frihetsberövande vägas in i bedömningen. I demensutredningen konstaterades att det är vanligt förekommande att personalen låser dörrar eller på andra sätt försvårar eller omöjliggör för den enskilde att ta sig ut från sitt rum eller boendet.¹⁴⁵ Enligt mig råder det nog inget tvivel om att detta är en form av frihetsberövande – oavsett om syftet är att skydda den enskilde.

Rynning menar att ett frihetsberövande även kan vara av psykisk form, exempelvis om personalen aktivt manipulerar den enskilde till tron att denne har en skyldighet att stanna på boendet eller om personalen har vetskap om att den enskilde lever i villfarelse om att en sådan skyldighet föreligger men inte gör något för att avlägsna denna.¹⁴⁶ Mot bakgrund av de uttalanden som finns i förarbetena som även har bekräftats av JO om att det är den faktiska effekten av åtgärden som räknas framstår enligt mig Rynnings tolkning att ett frihetsberövande kan föreligga till följd av psykisk påverkan som rimlig.

4.2.3 Skydd för psykisk integritet – 2 kap. 6 § 2st. RF

Sedan 1 januari 2011 finns en ny bestämmelse i 2 kap. 6 § 2st. RF som skyddar enskilda från *övervakning* och *kartläggning*.¹⁴⁷ Regeln förbjuder åtgärder från det allmänna som utgör ett betydande intrång i den personliga integriteten om det är fråga om ett intrång som sker utan den enskildes samtycke och dessutom innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.¹⁴⁸ Bedömningen om en åtgärd utgör kartläggning eller övervakning ska enligt förarbetena utgå från åtgärdens effekt – inte dess huvudsakliga syfte. Huruvida den är *betydande* ska avgöras utifrån åtgärdens art samt i vilken omfattning den har vidtagits. Åtgärdens ändamål kan ha betydelse för bedömningen.¹⁴⁹

I takt med den tekniska utvecklingen har en rad produkter som kan vara till hjälp för den enskilde och äldreomsorgens verksamhet i stort sett dagens ljus. Dessa hjälpmedel går ibland under den gemensamma benämningen *välståndsteknologi*.¹⁵⁰ Exempel på sådan är s.k. *trygghetslarm* som den enskilde själv kan utlösa genom att trycka på en knapp som fästs runt

¹⁴⁴ JO 1989/90 s. 207, se särskilt s. 212.

¹⁴⁵ SOU 2006:110 s. 203 ff.

¹⁴⁶ Rynning (1994), s. 111 f.

¹⁴⁷ Vid tiden för 2006 års demensutredning fanns således inte 2 kap. 6 § 2st. RF. Efter denna bestämmelses tillkomst framstår det emellertid som att användandet pejlings-larm, GPS-sändare, videokameror och larmmattor i allmänhet används för övervakning och kartläggning och kanske därför är mest hänförliga till denna bestämmelse, jfr SOU 2015:80 s. 478 ff.

¹⁴⁸ Prop. 2009/10:80 s. 250.

¹⁴⁹ Prop. 2009/10:80 s. 250.

¹⁵⁰ SOU 2015:80 s. 486. Myndigheten för delaktighet definierar välfärdsteknologi som ”kunskapen om välfärdsteknik, digital teknik som kan användas för att öka delaktighet, självständighet, aktivitet och trygghet för personer med funktionsnedsättning”, se Myndigheten för delaktighet, ”Välfärdsteknologi”.

dennes handled ifall hon skulle befinna sig i ett utsatt läge.¹⁵¹ En snarlik teknisk lösning som passar för dementa personer som ger sig ut på promenader och riskerar att gå vilse eller försätta sig i farliga situationer är *nödsändare* eller *pejlingslarm*. Dessa larm kan även aktiveras av vårdpersonal eller anhöriga som misstänker att den enskilde gått vilse eller är i fara. Sändaren skickar då en ljudlös signal till polisen som därefter kan spåra var den enskilde befinner sig.¹⁵² Det finns även *larmmattor* som kan placeras vid sängar och dörrar som utlöser ett larm vid beröring.¹⁵³ Numera används även *GPS-sändare* som tillsammans med trygghetslarm eller mobiltelefon möjliggör att den enskilde snabbt kan positioneras, kontaktas och få hjälp om denne går vilse.¹⁵⁴ Det verkar överlag finnas en positiv inställning till det senaste alternativet men det saknas reglering av informationshanteringen och när GPS-sändare kan användas när den enskilde har nedsatt beslutsförmåga och därför inte själv kan samtycka till att använda dem.¹⁵⁵ I den etiska diskussionen har det framhållits att denna typ av övervakning i det individuella fallet kan bidra till en minskad integritetskränkning eftersom dementa personer med nedsatt lokalsinne kan gå ut själva utan att behöva utsättas för mänsklig övervakning.¹⁵⁶

4.2.4 Frihetsberövande eller kroppsligt ingrepp – eller ingetdera?

Var gränsen går mellan ett kroppsligt ingrepp och ett frihetsberövande är inte helt lätt att klargöra när det kommer till vissa åtgärder inom demensvården. JO har exempelvis framhållit att bältesspänning kan ses som en inskränkning av båda två.¹⁵⁷ Detsamma torde, enligt Åkerström och Kindström Dahlin även gälla användningen av brickbord, sänggrindar, larm och andra anordningar. Åtgärderna kan ju, som redan konstaterats, exempelvis hjälpa den enskilde att sitta upp i sin stol utan att riskera att falla – men samtidigt utgör de en begränsning av dennes rörelsefrihet.¹⁵⁸ Med hänvisning till ett förtydligande meddelande från Socialstyrelsen¹⁵⁹ menar Åkerström och Kindström Dahlin att bedömningen ska göras utifrån begränsningsåtgärdens syfte. Utgör åtgärden ett led i en medicinsk behandling är det inte fråga om ett frihetsberövande utan ett kroppsligt

¹⁵¹ SOU 2006:110 s. 206 f. Trygghetslarm används mest av de individer som bor kvar i sitt eget hem.

¹⁵² SOU 2006:110 s. 207.

¹⁵³ SOU 2006:110 s. 209.

¹⁵⁴ Sveriges Television, ”GPS-larm ska göra det lättare att hitta en anhörig”.

¹⁵⁵ Jfr med integritetkommitténs riskbedömningsmodell för när åtgärder och informationshantering kan utgöra ett för stort intrång i den personliga integriteten, SOU 2016:41, s. 41. När det kommer till användandet av GPS-sändare inom äldreomsorgen ansåg kommittén att det råder stora oklarheter om när sådan utrustning får användas och på vilket sätt informationen ska hanteras, vilket ledde till kommitténs slutsats att ”det föreligger allvarliga risker för den personliga integriteten i samband med [...] socialtjänstens användning av välfärdsteknik.”, a.a., s. 77.

¹⁵⁶ SMER 2014:2, s. 76.

¹⁵⁷ JO 2008/09 s. 338.

¹⁵⁸ Jfr Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 501 f. Se även avs. 3.6 ovan.

¹⁵⁹ Socialstyrelsen, ”Förtydligande om lås, larm och bälten”.

ingrepp – vilket leder till att åtgärden inte är grundlagsstridig om den enskilde lämnar sitt samtycke.¹⁶⁰

Jag är enig i ovan nyss nämnda författarpars resonemang. Om samtycke lämnas till ett medicinskt motiverat ingrepp bryter detta givetvis inte mot 2 kap. 6 § 1 st. RF. Vad som de emellertid inte diskuterar är vilken kvalitet den enskildes samtycke ska ha. Om vi bara, *for the sake of the argument*, antar att det är ett informerat samtycke som menas kan det enligt mig diskuteras om RF ställer ett sådant högt krav på samtycket. Bestämmelsen innehåller ju inte något samtyckesrekvisit – utan ett tvångsrekvisit. Mot bakgrund av den diskussion som förs av bl.a. Rynning om begreppet påtvingat (se avs. 4.2.1) framstår det enligt mig inte som självklart att det föreligger tvång i grundlagens mening bara för att den enskilde inte lämnat ett informerat samtycke. Åtgärden är *lagstridig* eftersom 4 kap. 2 § PL kräver ett informerat samtycke – men detta innebär inte nödvändigtvis att åtgärden också är *grundlagsstridig* i den meningen att den strider mot 2 kap. 6 § 1st. RF.

4.3 Aktuella bestämmelser i EKMR

4.3.1 Rätt till frihet i artikel 5 EKMR – fysiska begränsningar i samband med vård och omsorg

Artikel 5.1 EKMR skyddar den personliga friheten och bestämmelsen har designats så att ingen godtyckligen ska berövas densamma.¹⁶¹ Bestämmelsen skyddar endast frihetsberövanden och inte begränsningar av rörelsefriheten, vilken istället skyddas av Artikel 2 fjärde tilläggsprotokollet EKMR, eller som kommer framgå nedan, av artikel 8 EKMR. Det rör sig dock nödvändigtvis inte om olika begränsningar – snarare om begränsningens grad och intensitet.¹⁶² En objektiv bedömning måste därför göras från fall till fall utifrån begränsningarnas typ, varaktighet, effekt och sättet de genomförs på.¹⁶³

Baserat på detta har Europadomstolen byggt vidare sin praxis när det gäller bedömningen av vad som är olagligt frihetsberövande i samband med ”frivillig” vård. I *Storck mot Tyskland*, där domstolen prövade om en kvinna som upprepade gånger varit föremål för psykiatrisk vård varit utsatt för ett olagligt frihetsberövande, fastslog domstolen att det objektivt sett ska röra sig om ett bestämt avgränsat område där den enskilde hålls kvar under en icke försumbar tid.¹⁶⁴ I *H.L. mot Storbritannien*, där en person med autism vårdades på en frivillig psykiatrisk klinik fastslogs återigen att en bedömning om ett frihetsberövande föreligger måste avgöras mot bakgrund faktiska omständigheterna i det specifika fallet. Om den enskilde inte är fri

¹⁶⁰ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 502.

¹⁶¹ Bartlett m.fl. (2007), s. 31.

¹⁶² *Ashingdane mot Storbritannien*, dom den 28 maj 1985 (ansökningsnr 8225/78), p. 41.

¹⁶³ *Guzzardi mot Italien*, dom den 6 november 1980 (ansökningsnr. 7367/76).

¹⁶⁴ *Storck mot Tyskland*, dom den 16 juni 2005 (ansökningsnr 61603/00), p. 72.

att när som helst lämna institutionen och den vårdande personalen har total kontroll över den enskildes vård och hur denne rör sig talar dock mycket för att ett frihetsberövande föreligger. Huruvida rummet eller vårdenheten är låst eller inte har enligt domstolen betydelse men är inte avgörande.¹⁶⁵ Vidare är den enskildes vilja och inställning alltid av betydelse för bedömningen oavsett dennes formella rättshandlingsförmåga eller nivå av beslutsförmåga.¹⁶⁶

Av *Storck* följer att ett samtycke kan ha betydelse för bedömningen om det är fråga om ett frihetsberövande enligt artikel 5.1 EKMR när den enskilde vårdas på institution. Samtycket är dock bara giltigt om den enskilde haft tillräcklig beslutsförmåga.¹⁶⁷ I *H.L.* framhöll även domstolen att rätten till frihet är *för viktig* för att den enskilde ska kunna berövas denna rättighet endast genom att denne låtit sig tas i förvar.¹⁶⁸ Det förefaller alltså som att även EKMR ställer krav på att samtycket är reellt.

Ett fall som sticker ut i det här sammanhanget, även om det avgjordes tidigare än de nyss refererade fallen där vikten av ett reellt samtycke poängteras, är *H.M. mot Schweiz*. I fallet ansåg en 85-årig kvinna att hon olagligen hade frihetsberövats då hon tvångsvis flyttades till ett äldreboende på grund av *neglect* (försummelse i vården av henne) – vilket var en grund för tvångsförflyttning av äldre enligt schweizisk lag men som inte är en uppräknad grund för tvångsomhändertagande artikel 5.1 a-f EKMR (se avs. 4.4.3). Domstolen tog inte ställning om grunden för omhändertagandet var konventionsenlig eller inte. Istället bedömde domstolen, mot bakgrund av de levnadsförhållanden kvinnan levde under och det faktum att hon varit ambivalent inför flytten till äldreboendet att det allmännas agerande inte var ett tvångsomhändertagande – utan en *ansvarsfull åtgärd från det allmännas sida som låg i linje med kvinnans intressen*.¹⁶⁹ Att domstolen fokuserade på den enskildes bästa istället för den faktiska omständigheten att flytten skedde utan den enskildes samtycke är anmärkningsvärt, och det visar på den spänning som finns mellan samhällets ansvar att tillgodose den enskildes skyddsbehov och den enskildes rätt till självbestämmande.¹⁷⁰

4.3.2 Rätt till privat- och familjeliv i artikel 8 EKMR – andra integritetskränkningar i samband med vård och omsorg

Artikel 8.1 EKMR skyddar bl.a. rätten till privat- och familjeliv. Att uttömmande lista alla situationer som kan komma att omfattas av artikel 8.1

¹⁶⁵ *H.L. mot Storbritannien*, dom den 5 oktober 2004 (ansökningsnr 45508/99), p. 91-92; *Raninen mot Finland*, dom den 16 december 1997 (ansökningsnr 20972/92), p. 63; Danelius (2015), s 371.

¹⁶⁶ *Glass mot Storbritannien*, dom den 9 mars 2004 (ansökningsnr 61827/00); *H.L. mot Storbritannien*.

¹⁶⁷ *Storck mot Tyskland*, p. 76-77. Se även Richardsson (2010), s. 197 f.

¹⁶⁸ *H.L. mot Storbritannien*, p. 91-92.

¹⁶⁹ *H.M. mot Schweiz*, dom den 26 maj 2002 (ansökningsnr 39187/98), p. 40-49.

¹⁷⁰ De Pauw (2014), s. 246 f.

EKMR ter sig som en omöjlig uppgift.¹⁷¹ En förklaring till detta är att bestämmelsen till sin ordalydelse är bred i sig – men artikel 8 har även kommit att bli konventionens generalklausul i förhållande till övriga artiklar. En begränsande åtgärd som inte är allvarlig nog att klassas som ett frihetsberövande (artikel 5) eller tortyr (artikel 3) kan fortfarande fångas upp av artikel 8.1 EKMR.¹⁷²

Europadomstolen har klargjort att begreppet privatliv bl.a. omfattar en persons fysiska och psykiska integritet¹⁷³, rätten till personlig utveckling och självbestämmande.¹⁷⁴ Tvingande medicinska ingrepp, hur små de än må vara, utgör en kränkning av rätten till privatliv.¹⁷⁵ Om ett tvingande ingrepp är så pass ingripande att det är fråga om omänsklig eller förnedrande behandling kan ingreppet falla inom den inskränkbara tortyrbestämmelsen i artikel 3 EKMR. Så var exempelvis fallet i *V.C. mot Slovakien* där en icke medicinskt motiverad sterilisering vidtagits, trots att den enskilde inte lämnat ett informerat samtycke till åtgärden.¹⁷⁶ Praxis tyder dock på att medicinskt motiverad behandling inte faller inom artikel 3 EKMR så länge behandlingen inte går utöver vad som anses vara just medicinskt legitimt.¹⁷⁷

4.4 Begränsningar av de grundläggande fri- och rättigheterna

4.4.1 Legalitets- och proportionalitetsprincipen

Nedan följer en redogörelse för vilka krav som ställs i RF respektive EKMR när det allmänna inskränker den enskildes fri- och rättigheter. Två för båda regelverken viktiga rättsliga principer är de om *legalitet* och *proportionalitet*.¹⁷⁸ Därför följer nu en kort genomgång av principernas innebörd samt hur de förhåller sig till varandra.

Legalitetsprincipen framgår av 1 kap. 1 § RF och innebär att all offentlig maktutövning måste grundas på någon sorts rättslig norm. Det är alltså normen som ger det allmänna befogenhet utöva makt mot den enskilde. Är det fråga om mer ingripande åtgärder från det allmänna krävs stöd i *lag*. Ju mer ingripande åtgärden i fråga är, desto restriktivare ska den

¹⁷¹ Bartlett m.fl. (2007), s. 81 f.

¹⁷² Danelius (2015), s. 364.

¹⁷³ *X och Y mot Nederländerna*, dom den 26 mars 1985 (ansökningsnr 8978/80), p. 22.

¹⁷⁴ *McDonald mot Storbritannien*, dom den 20 maj 2014 (ansökningsnr 4241/12), p. 46, med där gjorda hänvisningar.

¹⁷⁵ *Y.F. mot Turkiet*, dom den 22 juli 2003 (ansökningsnummer 24209/94), p. 33.

¹⁷⁶ *V.C. mot Slovakien*, dom den 8 november 2011 (ansökningsnr 18968/07).

¹⁷⁷ Bartlett m.fl. (2007), s. 127 med hänvisning till *Herczegfalvy mot Österrike*, dom den 24 september 1992 (Ansökningsnr 10533/83), p. 83, 86.

¹⁷⁸ *Objektivitets- och likabehandlingsprincipen* är två andra viktiga principer inom den svenska förvaltningsrätten som framgår av 1 kap. 9 § RF. De kan sägas bygga vidare på legalitetsprincipen. I korthet innebär objektivitetsprincipen att myndigheters beslutsfattande endast får grundas på relevanta fakta och omständigheter och inte ovidkommande saker som den enskildes religion, politiska åskådning, medan likabehandlingsprincipen kräver en enhetlighet och stringens i myndighetens beslutsfattande, se Strömberg och Lundell (2014), s. 69-74.

rättstillämpande domaren, beslutsfattaren, vårdaren eller någon annan som agerar på uppdrag av det allmänna vara vid uttolkningen av det allmännas befogenhet att agera.¹⁷⁹ I EKMR framgår legalitetsprincipen av att begränsningar av individuella fri- och rättigheter måste vara lagliga eller ha stöd i lag.¹⁸⁰ Europadomstolens krav är att lagen ska vara så pass tydlig och precis för den enskilde att denne rimligen kan förutse eventuella konsekvenser av sitt handlande.¹⁸¹ Ju mer ingripande en åtgärd är, desto högre krav ställer EKMR på lagens tydlighet och precision.¹⁸²

Proportionalitetsprincipen är en hörnpelare i europarätten men har numera även kommit att bli en för svensk del grundläggande förvaltningsrättslig princip.¹⁸³ Principen innebär att en inskränkning av den enskildes rättigheter måste vägas upp av samhällets motstående intressen.¹⁸⁴ Helmius har identifierat tre delar av proportionalitetsprincipen. För det första får makt bara utövas om det kan anses nödvändigt för att uppnå syftet, för det andra måste maktutövningen stå i rimlig proportion till vikten av vad som ska uppnås, och för det tredje ska det alternativ som innebär det lindrigaste ingreppet för den enskilde väljas.¹⁸⁵ Det sista kriteriet kallas även ibland för *behovsprincipen* eller *det lindrigaste ingreppets princip*.¹⁸⁶ Proportionalitetsprincipen fordrar således att det allmänna vidtar försiktighet i sin lagliga maktutövning i den meningen att agerandets skadeverkningar för den enskilde alltid måste beaktas.¹⁸⁷

Av föregående mening framgår även hur proportionalitetsprincipen och legalitetsprincipen förhåller sig till varandra. Det allmännas maktutövning måste först och främst vara *laglig* i den meningen att det allmännas åtgärd ska ha stöd i en, med beaktande av inskränkningens allvarlighet, tillräckligt tydlig regel. Först efter att detta krav uppfyllts är det relevant att, i ett andra steg, pröva huruvida åtgärden är proportionell med hänvisning till ett av lagen identifierat motstående intresse.¹⁸⁸ På samma sätt kontrollerar Europadomstolen medlemsstaternas rättssystem. En lag eller en av det allmänna annan vidtagen åtgärd måste till att börja med vara inom konventionens ramar, men för att lagen eller åtgärden inte ska stå i strid med konventionen måste den dessutom uppfylla kravet på proportionalitet.¹⁸⁹

¹⁷⁹ Sterzel (2012), s. 73 f.

¹⁸⁰ Se exempelvis artikel 5.1 e och artikel 8.2 EKMR.

¹⁸¹ *Sunday Times mot Storbritannien*, dom den 26 april 1979 (ansökningsnr 6538/74), p. 49.

¹⁸² Østenstad (2009), s. 537 ff.

¹⁸³ SOU 2010:29 s. 181; Strömberg och Lundell (2014), s. 73.

¹⁸⁴ Helmius (2012), s. 96 ff.

¹⁸⁵ Helmius(2012), s. 137.

¹⁸⁶ Helmius (2012), s. 137; Strömberg och Lundell (2014), s. 73.

¹⁸⁷ SOU 2010:29 s. 182.

¹⁸⁸ SOU 2010:29 s.182; Helmius (2012), s. 158 f.

¹⁸⁹ RÅ 2000 ref. 66; Helmius (2012), s. 156.

4.4.2 Begränsningar av rättigheter i 2 kap. 6 och 8 §§ RF

En begränsning av 2 kap. 6 och 8 §§ får enligt nationell rätt endast göras med stöd av lag enligt 2 kap. 20 § RF.¹⁹⁰ I 2 kap. 21 § RF finns även krav på att en begränsning av den enskildes rättigheter även ska vara proportionell. Ytterligare en säkerhetsventil finns i 2 kap. 9 § RF för den som blivit föremål för ett frihetsberövande. Bestämmelsen stadgar att denne ska få sin sak prövad av domstol eller därmed jämställd nämnd utan skäligt dröjsmål.¹⁹¹ Regler som exemplifierar detta i den speciella förvaltningsrätten är exempelvis 33 och 35 § LPT som slår fast den enskildes rätt att begära en skyndsam domstolsprövning av ett beslut om psykiatrisk tvångsvård.

4.4.3 Begränsningar av rättigheter i artikel 5 EKMR

Av artikel 5.1 EKMR framgår att skyddet mot frihetsberövanden och den personliga friheten kan begränsas genom lag. I artikel 5.1 a-f listas vidare uttömmande de omständigheter som ett lagligt frihetsberövande kan grundas på. Enligt 5.1 e) är psykisk sjukdom en grund för frihetsberövande. Europadomstolen har påpekat att vad som menas med psykisk sjukdom (unsound mind)¹⁹² är oprecist och kan växla med tiden.¹⁹³

I praxis har fyra grundläggande krav ställts på medlemsstaterna gällande beslutsfattande om och verkställande av tvångsvård. Det måste för det första röra sig om en *verklig psykisk sjukdom* som förutom i brådskande fall ska ha konstaterats av medicinsk personal. För det andra ska den enskildes tillstånd vara av sådan art och grad att ett tvångsomhändertagande kan rättfärdigas. För det tredje ska tvångsvård alltid upphöra om den psykiska sjukdomen upphör och för det fjärde måste den enskilde placeras på en terapeutisk institution, exempelvis ett sjukhus.¹⁹⁴ Dessa kriterier återspeglas i LPT.¹⁹⁵

Legalitetskravet i artikel 5 innebär att den inhemska lagen och rättstillämpningen ska leva upp till de processuella krav som ställs upp i

¹⁹⁰ Warnling-Nerep (2002), s. 25.

¹⁹¹ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 493.

¹⁹² Se den engelska versionen av artikel 5.1 e) EKMR.

¹⁹³ Danelius (2015), s. 130.

¹⁹⁴ Se *Winterwerp mot Nederländerna*, dom den 24 oktober 1979 (ansökningsnr 6301/73) angående de tre första kriterierna och *Aerts mot Belgien*, dom den 30 juni 1998 (ansökningsnr 61/1997/845/1051) för det sista kriteriet. Se även Kindström Dahlin (2014) s. 175 f.

¹⁹⁵ Se 4 § LPT som kräver att en legitimerad läkare skriver ett vårdintyg om att den enskilde lider av en allvarlig psykisk störning och undantaget i 47 § LPT om att polishandräkning får ske i vissa fall. Vidare kräver 3 § LPT att det föreligger ett oundgängligt vårdbehov. Enligt 27 § LPT måste vården upphöra om förutsättningarna för tvångsvård inte längre föreligger och av 15 § LPT framgår att vården ska bedrivas på en sjukvårdsinrättning. Se även JO 2015/16 s. 482, där allvarlig kritik riktades mot en psykiatrisk klinik för att delar av tvångsvården utfördes utanför vårdinrättningen.

EKMR, som att den enskilde utan dröjsmål ska informeras om frihetsberövandet (artikel 5.2) och att den enskilde har rätt att begära laglighetsprövning av beslutet i domstol (artikel 5.4). Därutöver måste ett nationellt beslut eller en domstolsprövning om tvångsanhållning även ske med i enlighet med processuella krav som nationell lagstiftning ställer på förfarandet.¹⁹⁶ Frihetsberövandet måste även uppfylla ovan nämnda krav på proportionalitet.¹⁹⁷

4.4.4 Begränsningar av rättigheter i artikel 8 EKMR

De krav som ställs på en begränsning av rättigheterna i artikel 8 som framgår av artikelns andra stycke skiljer sig från de i artikel 5 EKMR. Utgångspunkten är dock densamma – det allmännas inskränkning av den enskildes rätt till privatliv måste ha stöd i lag och uppfylla kraven på tillräcklig tydlighet och tillgänglighet.¹⁹⁸ Vidare måste inskränkningen vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till något av de motstående intressen som räknas upp i artikel 8.2 EKMR. Bland dessa intressen finns skydd för hälsa och landets ekonomiska välbefinnande. Inskränkningen måste även vara proportionell. Ordet necessary (nödvändig) ligger enligt Europadomstolen mellan indispensable (oumbärlig) och desirable (önskvärd).¹⁹⁹ Vid bedömningen av vad som anses vara ett nödvändigt intresse som rättfärdigar det allmännas begränsning av den enskildes rättigheter i artikel 8 EKMR har medlemsstaterna generellt ett långtgående *tolkningsutrymme (margin of appreciation)*. Dock måste begränsningen kunna knytas till och motiveras av något av de intressen som listas i bestämmelsen.²⁰⁰ Tolkningsutrymmet varierar beroende av vilket intresse som står emot den enskildes. Ett vitalt statsintresse och frågor som rör den allmänna moralen är exempel på områden där tolkningsutrymmet är tämligen brett.²⁰¹

Samma stora tolkningsutrymme tycks även finnas avseende medlemsstaternas reglering av hur generösa deras välfärdssystem ska vara.²⁰² Detta bekräftas bland annat i *McDonald mot Storbritannien*. Den klagande kunde på grund av sitt funktionshinder inte komma ur sin säng själv. Då hon ofta behövde besöka toaletten om nätterna hade hon beviljats hemtjänst för att få hjälp med utträttandet av sina behov. Hemtjänsten drogs dock in och byttes ut mot inkontinensskydd då detta var ett avsevärt mycket billigare alternativ som enligt socialtjänsten tillgodosedde hennes behov. Formellt hade hon dock rätt till hemtjänst fram till att biståndsbeslutet

¹⁹⁶ *Van der Leer mot Nederländerna*, dom den 21 februari 1990 (Ansökningsnr. 11509/85); Bartlett m.fl. (2007), s. 47; Kindström Dahlin (2014), s. 175 ff.

¹⁹⁷ Danelius (2016), s. 129.

¹⁹⁸ Bartlett m.fl. (2007), s. 81.

¹⁹⁹ *Handyside mot Storbritannien*, dom den 7 december 1976 (ansökningsnr 5493/72), p. 48.

²⁰⁰ Bartlett m.fl. (2007), s. 81 f.

²⁰¹ Danelius (2015), s. 57.

²⁰² De Pauw (2014), s. 245.

omprövades ett knappt år senare. Den enskilde menade att inkontinensskydden innebar en kränkning av hennes privatliv i artikel 8.1 EKMR. Att inte ha möjlighet att gå på toaletten kränkte enligt den enskilde hennes rätt till värdighet, integritet och självbestämmande.²⁰³ Europadomstolen konstaterade att det skett en kränkning av den enskildes rätt till privatliv i artikel 8.1 genom att dra in hemtjänsten och gick sedan vidare till att pröva om inskränkningen var rättfärdigad enligt artikel 8.2.²⁰⁴

Europadomstolen kom fram till att staten inte agerat i enlighet med inhemsk rätt från det att hemtjänsten upphörde fram till dess att omprövningen av biståndsbeslutet skedde. Under den perioden hade den enskilde laglig rätt till hemtjänst enligt biståndsbeslutet. Således hade det skett en överträdelse av artikel 8.1 EKMR under den perioden. Efter att biståndsbeslutet omprövades och ändrades till att endast tillhandahålla inkontinensskydd istället för hemtjänst var dock inskränkningen i enlighet med inhemsk rätt. På frågan om det försämrade biståndet var nödvändigt i ett demokratiskt samhälle i den meningen att åtgärden var proportionell och att det fanns ett legitimt motstående intresse konstaterade domstolen att medlemsstaternas tolkningsutrymme är tämligen brett när det kommer till frågor som rör välfärdspolitik och fördelning av statens knappa resurser. Mot bakgrund av detta gjorde Europadomstolen ingen egen bedömning av proportionalitetsfrågan utan avvisade den del av talan som avsåg perioden efter att biståndsbeslutet ändrats.²⁰⁵

Även om *McDonald* kan sägas cementera Europadomstolens ovilja att lägga sig i medlemsstaternas reglering av vård och omsorg har fallet likväl öppnat upp för diskussion. De Pauw påpekar att detta var första gången som Europadomstolen tog hänsyn till centrala människorättsliga bestämmelser om värdighet²⁰⁶ i samband med ett fall som rör tillhandahållande av vård och omsorg för funktionshindrade personer.²⁰⁷ Även om det är för tidigt att sia om tycks De Pauw ge uttryck för att *McDonald* skulle kunna utgöra embryot till framtida rättspraxis som, utifrån artikel 8 EKMR, stadgar att statens underlåtenhet att tillhandahålla värdig vård och socialtjänst skulle kunna utgöra en överträdelse av artikel 8 EKMR.²⁰⁸

4.5 Sammanfattning och diskussion

För att applicera vad som ovan nämnts på de situationer som kan tänkas uppkomma på ett särskilt boende för dementa personer och olika åtgärder

²⁰³ *McDonald mot Storbritannien*, p. 38.

²⁰⁴ *McDonald mot Storbritannien*, p. 46-47.

²⁰⁵ *McDonald mot Storbritannien*, p. 46-47.

²⁰⁶ I det här fallet artikel 1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och artikel 3 CRDP.

²⁰⁷ Begreppet värdighet har tidigare diskuterats av Europadomstolen i ett mål som rörde rätten till aktiv dödshjälp, se *Pretty mot Storbritannien*, dom den 29 juli 2002 (ansökningsnr 2346/02).

²⁰⁸ Strasbourg Observers, "McDonald v. the United Kingdom: A step forward in addressing the needs of persons with disabilities through Article 8 ECHR".

som vidtas i syfte att hjälpa eller skydda den enskilde kan det konstateras att det inte alltid är helt lätt att avgöra *vilken* av den enskildes rättigheter som kränkts. Gränsdragningen mellan frihetsberövanden och intrång i den kroppsliga och själsliga integriteten är flytande både i RF och EKMR. Syftet bakom åtgärden, tillsammans med en bedömning av övriga omständigheter i det specifika fallet synes vara avgörande för bedömningen. Som nämndes ovan (se avs. 4.3.1) måste en objektiv bedömning göras från fall där hänsyn tas till begränsningarnas typ, varaktighet, effekt och sättet de genomförs på.

Om personalen på ett äldreboende exempelvis sätter upp en sänggrind som hindrar den enskilde från att ramla ur sängen eller lägger ut en larmmatta som signalerar när densamme är uppe och går är det enligt mig oklart vilken rättighet som har kränkts. Till sin typ kanske inte sådana begränsningar är lika typiska för ett frihetsberövande som att låsa en dörr eller att lägga någon i bälte. Men om den enskilde ofta är föremål för sådana åtgärder och om effekten blir att densammes frihet i betydande omfattning begränsas skulle det fortfarande kunna utgöra ett frihetsberövande enligt artikel 5 EKMR och/eller 2 kap. 8 § RF. Avseende artikel 5 EKMR har ett samtycke endast betydelse om det är reellt och den enskilde har tillräcklig beslutsförmåga för att kunna lämna ett informerat samtycke. Dock ska den enskildes inställning alltid beaktas oavsett beslutsförmåga. Detta får enligt mig tolkas som att tvång alltid föreligger om den enskilde motsätter sig insatsen.

Som framgått ovan (se del 4.4) spelar frågan om den enskilde utsätts för ett frihetsberövande stor roll i den meningen att artikel 5 EKMR ställer långtgående krav på hur medlemsstaternas rättssystem ska reglera administrativa frihetsberövanden. Hårda krav ställs på förfarandet som föregår ett beslutsfattande om tvångsvård samt verkställandet av densamma. Dessutom har den enskilde rätt att begära en skyndsamt domstolsprövning av tvångsvårdsbeslutet enligt artikel 5.4 EKMR och 2 kap. 9 § RF. Att besluta om åtgärder inom äldreomsorgen som uppfyller kriterierna för ett frihetsberövande på något annat sätt än genom ett förvaltningsrättsligt tvångsvårdsbeslut förefaller enligt mig inte vara möjligt. Med tanke på hur ingripande ett frihetsberövande är framstår detta som rimligt. Det krävs en säker rättsprocess där det utesluts att den enskildes skyddsbehov inte kan tillgodoses genom någon mindre ingripande åtgärd än tvångsvård.

Många åtgärder som vidtas inom demensvården innebär dock inte att den enskilde är frihetsberövad. Likväl kan många vård- och omsorgsinsatser utgöra ett påtvingat kroppsliga ingrepp enligt 2 kap. 6 § RF eller en inskränkning av den enskildes privatliv som skyddas av artikel 8.1 EKMR. Om det allmänna utför åtgärder inom vård och omsorg som den enskilde inte har lämnat sitt informerade samtycke till är enligt min uppfattning sannolikheten hög för att det skett en överträdelse av artikel 8 EKMR. När det gäller 2 kap. 6 § RF är läget dock, mot bakgrund av tvångsdiskussionen oklarare (se avs. 4.2.1 och 4.2.4). Inskränkter åtgärden emellertid 2 kap. 6 § RF eller rätten till privatliv i artikel 8 EKMR kräver legalitetsprincipen att det allmännas handlande måste ha rättsligt stöd (se avs. 4.4.1). Som redan

konstaterats i kapitel 3 finns det inte, förutom i några få undantagsfall, något stöd i svensk rätt för att någon annan kan besluta om vård- och omsorgsinsatser när den enskilde saknar förmåga att själv lämna ett informerat samtycke. Mot denna bakgrund kan det enligt mig konstateras att utförandet av många åtgärder inom vård och omsorg mot en person som själv inte kan samtycka till åtgärderna strider mot legalitetsprincipen och därmed även RF och EKMR.

Lagstiftaren behöver alltså reglera hur beslut fattas i dessa situationer. I vissa fall kanske de åtgärder som vidtas är så pass inskränkande att det enda alternativet är tvångsvård. Och med tanken på hur illa lämpad LPT är för dementa personer är jag av uppfattningen att det behövs en ny lag som är anpassad för att tillgodose de speciella behov dementa personer har. I många fall är emellertid tvångsvård en alltför ingripande åtgärd. Finns det ett mindre ingripande alternativ ska detta väljas, annars strider det allmännas agerande mot proportionalitetsprincipen (jfr avs. 4.4.1).

Vid mindre ingripande åtgärder ställer inte legalitetsprincipen samma krav på lagens tydlighet (jfr avs. 4.4.1), vilket öppnar för alternativa och mer flexibla former av beslutsfattande. Till exempel skulle regler om ställföreträdarskap i vissa fall kunna utgöra ett alternativ till offentlig-rättsliga regleringar i situationer när enskilde själv inte har förmåga att fatta beslut som rör dennes vård och omsorg. Nästa kapitel kommer därför handla om reglerna om ställföreträdarskap och vilken roll ställföreträdare har – och kan ha – i sådana beslutssituationer.

5 Ställföreträdarskap – en del av lösningen

5.1 Introduktion

För att ta vid där förra kapitlet slutade så finns det två sätt att reglera hur ett beslut om vård och omsorgsinsatser ska fattas när det enskilde själv inte har förmåga att göra detta – offentligrättslig lagstiftning eller regler om ställföreträdarskap. Det här kapitlet berör det senare alternativet. De svenska reglerna om legala ställföreträdarskap, eller god man och förvaltare, finns i 11–12 kap. FB. Som ett komplement till dessa lämnade regeringen förra året ett lagförslag om så kallade framtidfullmakter.²⁰⁹ Kapitlet innehåller generella redogörelser för innebörden av de legala ställföreträdarskapen samt den föreslagna framtidfullmaktslagen (FFmL). Fokus ligger dock på vilken behörighet ställföreträdare har att fatta beslut åt den enskilde i frågor som rör vård och omsorg av dementa personer med nedsatt beslutsförmåga samt på vilket sätt reglerna om ställföreträdarskap skyddar den enskildes rätt till självbestämmande och integritet. För att lättare kunna identifiera brister i den svenska regleringen och för att ha någonting att diskutera utifrån inleds kapitlet dock med en kort genomgång av internationell rätt som kan sägas sätta en internationell standard för regler om ställföreträdarskap.

5.2 Något om ställföreträdarskap i internationell rätt

5.2.1 Principen om självbestämmande i artikel 12 CRDP

CRDP är som ovan nämnts en människorättslig konvention särskilt avsedd för personer med funktionsnedsättning (se avs. 3.3.1). Konventionen tydliggör att personer med funktionsnedsättning har samma rättigheter som alla andra – men även att dessa personer är i behov av samhällets stöd för att kunna åtnjuta och hävda sina rättigheter på samma villkor som människor utan funktionsnedsättning.²¹⁰ I den för det här ämnet centrala artikel 12 CRDP stadgas inledningsvis i punkt 1 att personer med funktionsnedsättning i alla sammanhang har rätt att bli erkända som personer i lagens mening. I punkt 2 fastläs att ”personer med funktionsnedsättning åtnjuter rättskapacitet på lika villkor som andra i alla hänseenden.” Vidare påbjuder punkt 3 att ”staterna ska vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda personer med funktionsnedsättning tillgång till det stöd de kan behöva för att utöva sin rättskapacitet.” Konventionsstaterna har således en positiv förpliktelse att tillförsäkra att människor med kognitiva funktions-

²⁰⁹ Jfr Fridström Montoya (2015), s. 167.

²¹⁰ Bartlett (2015), s. 752 ff.

nedsättningar, däribland dementa, får det stöd de behöver för att kunna utöva sin rättshandlingsförmåga.²¹¹ I den officiella engelska versionen används begreppet *legal capacity* som i den svenska versionen översatts till rättskapacitet. Enligt FN:s *general comment* och doktrin ska funktionshindrade emellertid åtnjuta *full legal capacity*, vilket både innefattar att inneha rättigheter, dvs. *rättskapacitet* och rätten att utföra rättshandlingar, dvs. *rättshandlingsförmåga*.²¹² Det finns mot bakgrund av detta fog att ifrågasätta den svenska översättningens riktighet, varför jag använder mig av rättshandlingsförmåga.

Även om huvudregeln i artikel 12 CRDP är att den enskildes alltid ska ha rätt att få det stöd som behövs för att utöva självbestämmande förnekar inte funktionshinderkonventionen helt att en ställföreträdare eller något annat organ ibland måste fatta beslut åt den enskilde, vilket framgår av artikel 12.4 CRDP.²¹³ I *general comment* krävs här att det nationella rättssystemet tillförsäkrar att inskränkningen har föregåtts av seriösa försök att utröna den enskildes inställning i frågan.²¹⁴ Artikel 12.4 CRDP stadgar att en sådan inskränkning ska vara proportionell och ändamålsenlig. Vidare ska den vara anpassad för omständigheterna i det enskilda fallet och inte pågå längre än nödvändigt. Ställföreträdarens beslut måste ske med respekt för den enskildes grundläggande fri- och rättigheter samt bygga på den enskildes förmodade vilja och önskningsar – och inte vad som objektivt sett är den *enskildes bästa*.

5.2.2 Europarådets rekommendation R (99) 4

Europarådets ministerkommittés rekommendation R (99) 4 om hjälpbehövande vuxna från 1999²¹⁵ innehåller principer som syftar till att göra en avvägning mellan den enskildes rätt till självbestämmande och dennes samtida skyddsbehov. Rekommendationen är varken bindande för Sverige eller Europadomstolen men den senare har hänvisat till rekommendationens bestämmelser och uppgett att den ger uttryck för en gemensam europeisk standard för regler om ställföreträdarskap.²¹⁶ Rekommendationen tas även upp som en del av den internationella rätten i de senaste årens utredningar om ställföreträdarskap.²¹⁷

Inledningsvis stadgar rekommendation R (99) 4 att dess principer ska tillämpas för att skydda vuxna som till följd av försämringar eller brister i sina personliga förmågor inte självständigt kan fatta beslut som berör deras personliga eller ekonomiska angelägenheter. Principerna gäller även för den

²¹¹ Donnelly (2014), s. 275.

²¹² FN, *General Comment* No. 1 (2014), p. 4, 8, 12, 13, 14 och 15; Ryrstedt (2014), s. 332. Se även Fridström Montoya (2013/14), s. 462.

²¹³ Bartlett (2012), s. 765.

²¹⁴ FN, *General comment* No. 1 (2014), p. 14.

²¹⁵ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults.

²¹⁶ *Schtukurov mot Ryssland*, dom den 27 mars 2008 (ansökningsnr 44009/05), p. 95.

²¹⁷ Se SOU 2004:112; SOU 2015:80.

som inte kan förstå, uttrycka sig eller agera utifrån sina ekonomiska eller personliga beslut och således inte heller kan bevaka sina intressen.²¹⁸ I Europarådets till rekommendationen förklarande memorandum förklaras att det exempelvis handlar om personer som på grund av sitt tillstånd fattar *uppenbart irrationella* beslut eller som inte kan agera utifrån beslutet för att hon exempelvis glömt bort detsamma minuten senare.²¹⁹ Rekommendationen förespråkar flexibla ställföreträdersystem som möjliggör skraddarsydda lösningar som skyddar beslutsförmögna personers ekonomiska och personliga angelägenheter och samtidigt är proportionella och inte mer ingripande än nödvändigt för den enskilde.²²⁰

Till skillnad från artikel 12 CRDP stadgar princip 8 och 9 i rekommendationen att det vid etablerandet eller genomförandet av skyddsåtgärder för den enskilde är dennes *intressen och välfärd* som främst ska beaktas. Dock ska såväl tidigare som nuvarande önsknings i så stor utsträckning som möjligt fastställas och beaktas.²²¹ Detta gäller även vid valet av ställföreträdare. Vidare bör ställföreträdaren ge den enskilde information och samråda med densamme innan olika beslut fattas – i synnerhet när det kommer till viktiga frågor. Ställföreträdaren är även skyldig att samråda med den enskildes närstående enligt princip 10.

I princip 22 behandlas beslutsfattande om vård och behandling av beslutsförmögna personer inom hälso- och sjukvård.²²² I princip 22.1 fastslås att åtgärder inom hälso- och sjukvård inte får vidtas utan den enskildes samtycke om denne har tillräcklig beslutsförmåga till att lämna ett informerat sådant. I det förklarande memorandumet förklaras att personal och ställföreträdare aktivt ska försöka utröna den enskildes mening och att det ibland är nödvändigt att den enskilde samtycker genom en anförtrödd.²²³ Om den enskilde inte kan samtycka till en medicinsk åtgärd får åtgärden enligt 22.2 ändå vidtas om den är till direkt nytta för den enskilde och åtgärden medgetts av den enskildes ställföreträdare, en myndighet eller någon annan person eller organ som bemyndigats i lag. Även här ska det enligt princip 27 samrådas med närstående och den enskildes bästa, jämte dennes tidigare och förmodade vilja, ska beaktas precis som vid alla andra typer av beslut.²²⁴ Utifall den enskilde inte har en ställföreträdare med den behörighet som krävs bör det enligt princip 22.3 övervägas vilka myndigheter, personer eller organ som enligt lag istället kan ge tillstånd till

²¹⁸ Rekommendation R (99) 4, part I.

²¹⁹ Memorandum, p. 16, 17. I p.19 slås det fast att rekommendationen inte är tillämplig när ett beslut endast framstår som irrationellt. Se även Ryrstedt (2016b), s. 408 f.

²²⁰ Rekommendation R (99) 4, princip 2, 3, 5 och 6.

²²¹ Den enskildes bästa sätts främst, men detta utesluter inte att andra berördas intressen beaktas, memorandum, p. 43.

²²² Enligt rekommendationens första del omfattar begreppet hälso- och sjukvård åtgärder för förebyggande vård, diagnos, behandling, rehabilitering och forskning. Enligt memorandumet relaterar principerna till Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin som antogs år 1996 och Sverige undertecknade året därpå. Dock har konventionen inte ratificerats av Sverige, SOU 2004:112 s. 417.

²²³ Memorandum, p. 73.

²²⁴ Memorandum, p. 75.

olika slags medicinska åtgärder. Vid särskilt ingripande åtgärder bör det även övervägas om en domstol eller något annat rättsligt organ beviljar tillstånd för dess utförande. Till sist ska lagen enligt 22.4 innehålla regler om konfliktlösning mellan olika organ och personer som har rätt att avstå eller samtycka till vårdinsatser när den enskilde saknar beslutsförmåga.

I memorandumet uttrycks att det finns olika sätt att konstruera ett regelverk för vad som ska gälla när den enskilde inte kan ge ett informerat samtycke till vårdinsatser och att det är upp till varje land att utforma sin reglering. Det viktiga, framhålls det, är att regelverket inte innehåller några onödiga rättsliga luckor, eftersom detta strider mot legalitetsprincipen och nödgar personalen att vårda den enskilde i ett rättsligt vakuum.²²⁵

5.3 Om god man och förvaltare

Om den enskilde på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller något liknande förhållande behöver hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person ska tingsrätten anordna denne en god man enligt 11 kap. 4 § FB. Om den enskilde utöver detta även är ur stånd att vårda sig själv eller sin egendom, ska istället en förvaltare förordnas enligt 11 kap. 7 § FB.

Huvudregeln vid förordnande av god man är att den enskilde måste lämna sitt samtycke. I förarbetena motiveras detta av att ett godmanskap bygger på förtroende mellan de inblandade parterna och att risken för kolliderande rättshandlingar skulle vara alltför stor om den enskilde är fientligt inställd till förordnandet.²²⁶ Om den enskilde inte har förmåga att uttrycka sin inställning i frågan kan dock en god man förordnas utan den enskildes samtycke.²²⁷ Detta tillstånd måste enligt 11 kap. 17 § FB styrkas av ett läkarintyg eller en likvärdig utredning.²²⁸ Det får antas att anordnanden utan den enskildes samtycke är vanligt förekommande när det kommer till dementa personer.

Enligt 11 kap. 7 § FB ska rätten bara besluta om förvaltarskap om det inte är tillräckligt att en god man anordnas. Förvaltarskapet är ett komplement till

²²⁵ Memorandum, p. 76-78.

²²⁶ Eftersom den enskilde fortfarande har rättshandlingsförmåga finns det ingenting som hindrar denne från att vidta rättshandlingar även om de befinner sig inom sfären för den gode mannens förordnande. Har den enskilde och huvudmannen olika uppfattningar i en fråga ska den enskildes uppfattning vara avgörande. Om den enskilde handlar i strid med en tidigare rättshandling som gode mannen vidtagit med dennes goda minne ska båda rättshandlingarna ses som giltiga. En eskalerande konflikt kan vara grund för att övergå till ett förvaltarskap, prop. 1987/88:124 s. 142. Se även avs. 5.5.1 nedan.

²²⁷ Prop. 1987/88:124 s. 138.

²²⁸ Läkarintyget ska utfärdas av en legitimerad läkare på en standardiserad blankett, se 5 kap. 2 § och 8 kap. 2 § SOFS 2005:29. Läkarintyg som utfärdats för ett annat ändamål kan ibland godtas. Som likvärdig utredning nämns journalanteckningar tillsammans med utlåtande från en *kompetent befattningshavare* (oklart vilka professioner som avses) i det fall den enskilde långvarigt vistats på någon form av vårdinstitution, se NJA II 1988 s. 472 f.

godmanskap som endast är aktuellt om den enskilde, utöver att inte kunna sköta om sina angelägenheter, är i ett tillstånd där det föreligger risk att denne vidtar olika rättshandlingar som kan åsamka skada för denne.²²⁹ Anledningen till den restriktiva hållningen gentemot förvaltare är att förvaltaren i princip har en bestående ensam beslutanderätt för den enskilde inom det område förordnandet avser. Detta till skillnad från den gode mannen, vars rättshandlingar, enligt huvudregeln, endast är bindande om den enskilde lämnat sitt samtycke (jfr dock avs. 5.5).²³⁰

Enligt 11 kap. 12 § FB, ställs krav på att den som utses till ställföreträdare är rättrådlig, erfaren och i övrigt lämpad för uppdraget. I förarbetena framhålls att den som har intressen som är motsatta den enskildes, inte bör utses till god man eller förvaltare.²³¹ Sedan ett par år tillbaka ska den enskilde ges tillfälle att själv föreslå en ställföreträdare. Syftet är att ge den enskilde ökat inflytande och således ge denne mer självbestämmande.²³²

5.4 Vad som ingår i ställföreträdares uppdrag

I ett helomfattande uppdrag ska ställföreträdaren förvalta den enskildes egendom, bevaka dennes rätt och sörja för dennes person, 11 kap. 4 § och 12 kap. 2 § FB. Huruvida alla delar eller endast en del ska omfattas avgörs utifrån den enskildes behov. Förvaltning av egendom är den ekonomiska delen av uppdraget och det innefattar saker som att ta hand om den enskildes pension och andra bidrag, betala räkningar och förvalta kapital.²³³ Bevaka rätt beskrivs som den juridiska delen av ställföreträdares uppdrag. I uppdraget ingår att bistå den enskilde vid dennes kontakter med myndigheter.²³⁴

Vad som ingår i begreppet sörja för person är mer höljt i dunkel, eftersom det inte finns några regler om explicit reglerar den delen av ställföreträdares uppdrag.²³⁵ Det beskrivs som den mest svårdefinierade delen av uppdraget. I propositionen till de nuvarande reglerna om god man och förvaltare övervägdes det om ”sörja för person” inte skulle ingå i uppdraget eftersom dessa uppgifter sköttes av socialtjänsten. Lagstiftaren framhöll dock att ställföreträdaren var tvungen att ha viss insikt i den enskildes personliga förhållanden för att kunna sköta den ekonomiska förvaltningen. Vidare anfördes att det personliga uppdraget minskar om den enskilde också har insatser från hemtjänsten.²³⁶

²²⁹ Prop. 1987/88:124 s. 144 f.

²³⁰ SOU 2004:112 s. 449.

²³¹ Prop. 1987/88:124 s. 173.

²³² Ryrstedt (2016b), s. 401 ff.

²³³ Holmgård och Wallgren (2015), s. 187.

²³⁴ Holmgård och Wallgren (2015), s. 186.

²³⁵ Fridström Montoya (2015), s. 328; Klemme Nielsen (2012), s. 75. Se även Fridström Montoyas kritik mot nuvarande indelning av ställföreträdares uppdrag, Fridström Montoya (2015), s. 329 ff.

²³⁶ Prop. 1987/88:124 s. 139 f.

Enligt Walin och Vängby bör ställföreträdaren bl.a. hålla sig informerad om den enskildes bostadsförhållanden, samt dennes behov av vård, omsorg och andra former av socialt bistånd. Om ställföreträdaren konstaterar att det föreligger brister ska denne så långt möjligt försöka se till att dessa avhjälpas genom att kontakta anhöriga eller sociala organ. Om den enskilde exempelvis vårdas på ett särskilt boende, bör ställföreträdaren inhämta de synpunkter som från medicinskt eller kurativt håll kan finnas på medelsanvändningen.²³⁷

Det nyss sagda kan sammanfattas med att den *faktiska* omvårdnaden av den enskilde åvilar det allmänna, medan ställföreträdaren har det *rättsliga* ansvaret för att den enskildes behov tillgodoses.²³⁸ Nedan återkommer vi till frågan om när ställföreträdaren faktiskt kan ansöka och samtycka till olika insatser och åtgärder inom vård och omsorg (se avs. 5.6).

Det har uppmärksammats att nuvarande indelning av de legala ställföreträdarnas uppdrag är oklar vilket leder till att ställföreträdare ofta åtar sig uppgifter som ligger utanför deras uppdrag.²³⁹ I förmyndarskapsutredningen föreslogs därför att nuvarande indelning skulle ersättas med att uppdraget delas upp i personliga och ekonomiska angelägenheter, där förvaltarkap begränsas till att endast kunna omfatta den ekonomiska delen. Att bevaka den enskildes rätt sågs enligt utredningen som är en naturlig del i bevakandet av dessa angelägenheter.²⁴⁰ Denna indelning är för övrigt samma som används i Europarådets rekommendation (se avs. 5.2.2) och det nya lagförslaget om framtidsfullmakter (se avs. 5.7.3).

5.5 Skyddsregler för den enskilde i samband med beslutsfattandet

5.5.1 Samtyckeskravet när den enskilde har god man

I 11 kap. 5 § FB regleras när den gode mannens handlingar är rättsligt bindande. Tanken är enligt förarbetena att den gode mannen ska fungera som ett biträde för den enskilde²⁴¹ som ju fortfarande formellt sett har rättshandlingsförmåga. Huvudregeln i 11 kap. 5 § FB är därför att den enskilde måste samtycka till de rättshandlingar som den gode mannen utför. Gällande kravet på samtycke *vid förordnandet* av god man har Odlöw uppmärksammar att förarbetena inte behandlar vilka kvalitetskrav som ställs på den enskildes samtycke.²⁴² Detsamma gäller enligt Ryrstedt för

²³⁷ Walin & Vängby, Föräldrabalken (20 maj 2016, Zeteo), kommentaren till 12 kap. 2 §.

²³⁸ Fridström Montoya (2015), s. 329.

²³⁹ Holmgård och Wallgren (2015), s. 188 f.

²⁴⁰ SOU 2004:112 s. 457 ff.

²⁴¹ Prop. 1987/88:124 s. 164 f.

²⁴² Odlöw (2005), s. 208 f.

samtyckeskravet när den gode mannen vidtar rättshandlingar åt den enskilde. Hon menar att reglerna om ställföreträdarskap inte ställer krav på att samtycket ska vara informerat.²⁴³ Med andra ord behöver den enskilde inte förstå vad denne samtycker till.

I 11 kap. 5 § FB listas det två undantagen från samtyckeskravet vid godmanskap. Det första är om det är fråga om beslut som ”sedvanligen företas för den vardagliga hushållningen”.²⁴⁴ Syftet med denna presumptionsregel är att inköp av mat och kläder, hyresbetalningar och andra typer vardagliga transaktioner inte ska betungas av att ett uttryckligt samtycke alltid behöver lämnas.²⁴⁵ Det andra undantaget från samtyckeskravet är om den enskilde ”på grund av sitt tillstånd varit ur stånd att ge uttryck för sin mening eller denna av annan orsak inte har kunnat inhämtas”, 11 kap. 5 § FB. I förarbetena är undantaget tillämpligt inte bara när den enskildes beslutsförmåga är absolut, utan även när dennes ”tillstånd är sådant som avses i lagen (1924:323) om verkan av avtal som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet”(1924 års lag).²⁴⁶

I doktrinen har olika slutsatser dragits av propositionens uttalanden om 1924 års lag. Ryrstedt menar mot bakgrund av citatet ovan att kravet på att inhämta den enskildes samtycke försvinner när den enskilde saknar rättslig handlingskapacitet.²⁴⁷ Fridström Montoyas tolkning är att 1924 års lag endast är tillämplig när kolliderande rättshandlingar uppstår mellan den gode mannen och den enskilde, och att den gode mannens rättshandling ges företräde om 1924 års lag är tillämpligt. Detta med hänvisning till andra uttalanden i samma proposition om att den enskildes *åtgärder* endast saknar betydelse om denne enligt 1924 års lag kan fränkännas rättshandlingsförmåga.²⁴⁸ Dock skriver Fridström Montoya att det i praktiken finns stora möjligheter för den gode mannen att handla utan att samråda med den enskilde, även om dennes samtycke formellt måste inhämtas.²⁴⁹ Även om författarna verkar ha olika uppfattningar om när den enskildes samtycke enligt *rätten* inte behöver inhämtas verkar de vara överens om en fara jag instämmer i – lagen har ett svagt skydd för beslutsoförmögna personer med god man.

5.5.2 Ställföreträdarens lojalitets- och samrådsplikt

När förvaltare – och gode män när den enskilde har en nedsatt beslutsförmåga – befinner sig i en position där deras rättshandlingar inte tycks ifrågasättas kan det vara av intresse att se lite närmre på vilka

²⁴³ Ryrstedt (2016b), s. 399.

²⁴⁴ 11 kap. 5 § FB.

²⁴⁵ Prop. 1987/88:124 s. 166.

²⁴⁶ Prop. 1987/88:124 s. 164. Se även s. 141.

²⁴⁷ Ryrstedt (2016b), s. 398 f.

²⁴⁸ Fridström Montoya (2015), s. 256, med hänvisning till prop. 1987/88:124 s. 142, 165. Se även not 225 ovan som berör huvudregeln vid kolliderande rättshandlingar.

²⁴⁹ Fridström Montoya (2015), s. 257.

kontrollmekanismer lagen innehåller för att, i stunden för beslutsfattandet, motverka exploatering av den enskilde och tillförsäkra dennes rätt till själv- och medbestämmande.

Av 12 kap. 3 § FB följer att ställföreträdaren omsorgsfullt ska fullgöra sina skyldigheter och alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde. Det finns alltså en lojalitetsplikt att handla i enlighet med vad som *objektivt* sett är den enskildes bästa (se avs. 5.4.4). Detta kan även bekräftas av förmyndarskapsutredningens till bestämmelsen föreslagna tillägg i vilken det stadgades att den enskildes egna uttryckta eller förmodade inställning skulle beaktas när ställföreträdaren kommer fram till vad som bäst gagnar den enskilde.²⁵⁰

I viktiga frågor ska ställföreträdaren enligt 12 kap. 7 § FB samråda med den enskilde samt dennes make eller sambo, om det lämpligen kan ske. Vad som är en viktig fråga har inte berörts sedan 1924 och lämnar således begränsad vägledning.²⁵¹ Mot bakgrund av samhällsutvecklingen och Sveriges ratifikation av CRDP skriver Ryrstedt att det nog är ”rimligt att förutsätta att åtminstone frågor som berör den enskildes person idag skulle kunna falla in under den nämnda kategorin.”²⁵² Odlöw har kritiserat samrådsbestämmelsen för att den inte oblikerar ställföreträdaren att aktivt ”söka aktivera den hjälpbehövande vuxne och stimulera henne till ett aktivt deltagande i förvaltningen i syfte att bibehålla hennes kvarvarande förmågor eller att där så är möjligt hjälpa henne att utveckla nya”.²⁵³ Dessutom, tillägger Odlöw, oblikerar inte bestämmelsen att den enskildes mening ska beaktas av ställföreträdaren.²⁵⁴ I förarbetena nämns vidare den enskildes hälsotillstånd som en anledning till att underlåta samråd.²⁵⁵

5.6 Ställföreträdarens behörighet att fatta beslut som rör vård och omsorg

5.6.1 Allmänt

I förarbetena till bestämmelserna om de legala ställföreträdarskapen föreskrivs att den enskilde ska ha kvar en viss beslutanderätt i vissa personliga frågor, även om denne står under ett helomfattande förvaltarens förvaltning.²⁵⁶ Ryrstedts uppfattning är att rättsläget i praktiken blir detsamma när den enskilde har en god man som kan rättshandla på egen

²⁵⁰ SOU 2004:112 s. 990.

²⁵¹ Odlöw (2005), s. 241 f, med hänvisning till NJA II 1924 s. 360.

²⁵² Ryrstedt (2016b), s. 399.

²⁵³ Odlöw (2005), s. 241.

²⁵⁴ Odlöw (2005), s. 233. Se även Ryrstedt som konstaterar att samrådsbestämmelsens tillämpning är mycket begränsad, Ryrstedt (2016b), s. 410.

²⁵⁵ NJA II 1995 s. 36.

²⁵⁶ Prop. 1987/88:124 s. 172.

hand.²⁵⁷ Enligt förarbetena har den enskilde kvar viss beslutanderätt i frågor som rör den sociala vårdlagstiftningen – samtidigt som ställföreträdaren också har rättshandlingsförmåga i dessa frågor.²⁵⁸ Någon form av överlappande rättshandlingsförmåga mellan den enskilde och ställföreträdaren verkar alltså föreligga.²⁵⁹ I samma avsnitt skriver lagstiftaren att den enskilde i *allmänhet bör* bestämma själv vid frågor som rör vård och boende.²⁶⁰ Reservationen antyder att förvaltaren kan fatta beslut om det är nödvändigt.²⁶¹ Som ett annat exempel nämns att en förvaltare i *normalfallet inte bör kunna* företräda den enskilde och lämna samtycke å dennes vägnar till ett operativt ingrepp. En annan sak är att ställföreträdarens uppfattning kan inhämtas.²⁶²

Gränsdragningen mot när frågorna blir alltför personliga är dock inte helt klar.²⁶³ Då den enskilde bevisligen har beslutanderätt i dessa frågor är det rimlig att anta att dennes inställning har betydelse för vad dennes gode man eller förvaltare får besluta om. Därför följer nu en kort redogörelse för hur den enskildes inställning påverkar ställföreträdarens kompetens att fatta personliga beslut inom vård och omsorg.

5.6.2 Beslutanderätt när den enskilde motsätter sig åtgärden

I Förmyndarskapsutredningen diskuterades en eventuell utvidgning av de legala ställföreträdarskapen. Utredningen tog tydligt ställning mot att ställföreträdarens beslutanderätt skulle kunna omfatta åtgärder som innebär integritetskränkningar som tvångsåtgärder och frihetsberövanden inom vård och omsorg. Utredningen kom fram till detta inte var möjligt då sådana inskränkningar av de grundläggande fri- och rättigheterna till följd av legalitetsprincipen i 2 kap. RF måste ha ett tydligt lagstöd.²⁶⁴ Lagstöd kan ju i och för sig sägas finnas i FB:s regler om ställföreträdarskap. Uppfattningen verkar dock vara att dessa regler är för allmänt hållna för att kunna utgöra det lagstöd som krävs enligt legalitetsprincipen i 2 kap. 20 § RF.²⁶⁵ När det gäller ansökan om bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL skriver Socialstyrelsen att varken god man eller förvaltare har befogenhet att söka om bistånd mot den enskildes vilja.²⁶⁶

Ett hovrättsfall från 2007²⁶⁷ bekräftar vad som ovan sagts. Omständigheterna i sak var att en enskild som vårdats med stöd av LPT, vid tidpunkten för vårdens upphörande, ansågs vara i behov av särskilt

²⁵⁷ Ryrstedt (2014), s. 333 f, 339.

²⁵⁸ Prop. 1987/88:124 s. 172.

²⁵⁹ Ryrstedt (2014), s. 339.

²⁶⁰ Prop. 1987/88:124 s. 172.

²⁶¹ Jfr Ryrstedt (2014), s. 339.

²⁶² Prop. 1987/88:124 s. 172.

²⁶³ SOU 2015:80 s. 432.

²⁶⁴ SOU 2004:112 s. 452 f.

²⁶⁵ Rynning (1994) s. 110 not 162.

²⁶⁶ Socialstyrelsen, ”Frågor och svar om rättssäker äldreomsorg – ansökan”.

²⁶⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut den 17 juli 2007 i mål nr ÖÄ 1368-07.

boendestöd. Då den enskilde inte ville flytta till ett särskilt boende förordnades denne en förvaltare av tingsrätten. Förvaltarens uppdrag omfattade endast att vårda den enskilde i frågan om ansökan till särskilt boende. Hovrätten rev upp tingsrättens beslut. I skälen konstaterades inledningsvis att beslut om medicinska vård- och behandlingsåtgärder är så pass personlig att *inte ens* en förvaltare - i vart fall om den enskilde motsätter sig åtgärden - har beslutanderätt.²⁶⁸ Att på detta sätt försöka förmå den enskilde att flytta eller underkasta sig vårdåtgärder kunde enligt hovrätten inte komma på fråga. Ett sådant förfarande stod enligt hovrätten i strid med förvaltarskapsinstitutets syfte.

5.6.3 Beslutanderätt när den enskilde inte motsätter sig åtgärden

Gällande förvaltares beslutanderätt i frågor som rör medicinsk vård och behandling när den enskilde är ur stånd att ge uttryck för sin mening menar Rynning att dennes roll endast är informell.²⁶⁹ Dock kan ställföreträdarens information vara värdefull för personalen när de försöker utröna den enskildes hypotetiska vilja.²⁷⁰ Detta ska dock inte förväxlas med att ställföreträdaren *de facto* har någon beslutanderätt.²⁷¹ När det gäller ansökan om bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL kan en god man endast bistå den enskilde att ansöka om bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL om den enskilde samtycker. En förvaltare kan däremot, enligt Socialstyrelsens uppfattning ansöka om bistånd när den enskilde inte motsätter sig aktionen.²⁷²

Gällande vilka insatser en ställföreträdare kan samtycka till inom verkställandet av sociala insatser som inte direkt har med medicinsk vård och behandling att göra finns inte mycket sagt. Ett JO-fall tangerar dock ämnet. I fallet hade god man, tillika dotter till den enskilde, i uppdrag att sörja för dennes person. Den enskilde vårdades på en sjukvårdsinrättning och var dement. Efter önskemål från den gode mannen/dottern beslutade chefsöverläkaren om besöksförbud för den enskildes son med familj, vilket ledde till att sonen gjorde en JO-anmälan. JO inledde med att konstatera att ett sjukhem inte är allmän plats och att de som driver verksamheten därför kan besluta om vem får besöka platsen. I regel har endast den med ett befogat intresse rätt att besöka ett sjukhem. Dock skrev JO att vårdgivaren har en skyldighet att tillgodose patientens önskemål om vem denne vill ha besök av. Mot bakgrund av att den enskilde inte kunnat ge uttryck för sin inställning och den gode mannens uppdrag omfattade att sörja för den enskildes person konstaterade JO att det inte kunde ”läggas sjukvården till last att man i en uppenbarligen konfliktfylld situation villfarit den gode

²⁶⁸ Hovrätten hänvisade till SOU 2004:112 s. 576 f.

²⁶⁹ Rynning (1994) s. 301 ff. Lagstöd kan ju sägas finnas i FB:s regler om ställföreträdarskap. I en tidigare fotnot skriver dock Rynning att reglerna är för allmänt hållna för att kunna utgöra det lagstöd som erfordras enligt 2 kap. 20 § 1 st. 2p RF, Rynning (1994) s. 110 not 162.

²⁷⁰ SOU 2004:112 s. 572.

²⁷¹ Se Rynning (1994), s. 302 f.

²⁷² Socialstyrelsen, ”Frågor och svar om rättssäker äldreomsorg – ansökan”.

mannens, tillika dotter, uttryckliga begäran i fråga om besök.”²⁷³ I tillägg till detta förtydligade dock JO att gode män inte står under JO:s tillsyn och att någon prövning i den delen därför inte var motiverad – JO hade endast gjort en ”strikt formell prövning av sjukvårdens handlande”.²⁷⁴

5.6.4 Kommentar

Hovrättens beslut bekräftar enligt mig att det finns vissa strängt personliga frågor som den enskilde alltid har vetorätt till, oavsett vilken rättshandlingsförmåga denne har. Detta stämmer överens med såväl 2 kap. 6 § RF och artikel 5 och 8 EKMR²⁷⁵ som slår fast att det alltid är fråga om tvång om den enskilde motsätter sig en flytt eller en vårdinsats. Dessutom stadgar artikel 3 och 12 CRDP att en person som saknar beslutsförmåga fortfarande har rättigheter och att den dennes nuvarande vilja alltid ska beaktas.²⁷⁶ Skulle en insats trots allt behöva vidtas mot den enskildes vilja krävs förmodligen att ett offentligrättsligt beslut som grundats på tydliga lagregler fattas – dvs. någon form av tvångsvårdsbeslut.

Om den enskilde däremot inte är fientligt inställd till en åtgärd eller insats eller om dennes inställning av någon anledning inte kan utrönas tycks dock gällande rätt medge att ställföreträdaren i vart fall ska kunna ansöka om insatser enligt SoL. Som nog är känt vid det här laget innehåller dock inte svensk rätt några regler som ger ställföreträdare behörighet att samtycka till vårdinsatser och att ställföreträdare inte nämns i PL ens som samrådspartners (se avs. 3.4.1) befäster enligt mig att gode män och förvaltare formellt sett har en mycket perifer roll beträffande beslutsfattande inom hälso- och sjukvården.

5.7 Nytt lagförslag om framtidsfullmakter

5.7.1 Allmänt om framtidsfullmakter

Redan i 2004 års förmyndarskapsutredning föreslogs ett införande av regler om generella framtidsfullmakter i svensk rätt. Förslaget ledde inte till någon lagstiftning. Dock har betänkandet utgjort ett fundament för efterkommande utredningar på området. Efter att regeringen 2014 presenterat en kompletterande promemoria till förmyndarskapsutredningens förslag om framtidsfullmakter lämnades förra året ett förslag till en ny lag.²⁷⁷

²⁷³ JO 1990/91 s. 243.

²⁷⁴ JO 1990/91 s. 243.

²⁷⁵ Se *H.L. mot Storbritannien; Glass mot Storbritannien*. I artikel 2 kap. 8 § RF finns inget samtyckesrekvisit, jfr avs. 4.2.2.

²⁷⁶ Donnely (2014), s. 274.

²⁷⁷ Se prop. 2016/17:30 – *Framtidsfullmakter - en ny form av ställföreträdarskap för vuxna*.

Trots att i princip alla personer med en svår demenssjukdom förmodligen är i behov av en legal ställföreträdare står de allra flesta utan.²⁷⁸ I stället agerar anhöriga på uppdrag åt den enskilde med hjälp av vanliga fullmakter trots att det är mycket oklart om dessa över huvud taget gäller efter att den enskilde mist sin beslutsförmåga.²⁷⁹ I NJA 2015 s. 851 konstaterade HD att fullmaktssystemet bygger på att den enskilde har förmåga att *instruera* sin ställföreträdare i uppdraget och *kontrollera* att densamma följer det.²⁸⁰ Framtidsfullmakter däremot, blir giltiga först när den enskilde *har mist* sin beslutsförmåga. Regeringen framhåller att ett införande av framtidsfullmakter kommer innebära ett utökat självbestämmande för den enskilde då denne på förhand kan välja sin ställföreträdare. Den enskilde har enligt regeringen, trots den utökade möjligheten att påverka valet av god man eller förvaltare i 11 kap. 12 § FB, i praktiken väldigt begränsade möjligheter att välja en legal ställföreträdare eftersom dessa ofta förordnas först när den enskilde blivit beslutsoförmögen.²⁸¹

Enligt förslaget kommer fullmäktigens uppdrag inte stå under regelbunden offentlig tillsyn. Istället sker redovisningen av uppdraget till en i fullmakten utsedd granskare, alternativt den enskildes anhöriga om någon granskare inte har utsetts.²⁸² Överförmyndaren har dock rätt att begära redovisning av hela eller delar av uppdraget. Trots att målet är att reglerna ska vara så privaträttsliga som möjligt ansågs detta inslag av offentlig kontroll vara nödvändigt med tanke på att den enskilde, till skillnad från i ett vanligt fullmaktsförhållande, inte har förmåga att själv kontrollera att uppdraget efterlevs.²⁸³ Överförmyndaren ska dock bara göra detta om det finns misstankar om att uppdraget missköts eller om omständigheterna är sådana att ett legalt ställföreträdarskap kan behöva tillförordnas.²⁸⁴

5.7.2 Hur framtidsfullmakter träder i kraft

En framtidsfullmakt träder i kraft när fullmaktsinnehavaren bedömer att den enskilde mist sin beslutsförmåga. Bedömningen ska göras på generell basis och det avgörande är om den enskilde *i huvudsak* mist sin beslutsförmåga.²⁸⁵ Fullmaktsinnehavaren ska enligt 10 § FFmL utan dröjsmål meddela den enskildes närstående och den särskilde granskaren (om en sådan utsetts i fullmakten) att fullmakten trätt i kraft.²⁸⁶ Genom att skriva in det i fullmakten kan dock den enskilde kräva att beslut om fullmaktens ikraftträdande fattas av domstol, 9 § 2 st. FFmL. Tingsrättens

²⁷⁸ Törnquist och Broström (2012), s. 82

²⁷⁹ Adlercreutz m.fl. (2016), s. 246. Specifikt om fullmakt i sjukvård, se SOU 2004:112 s. 578; Rynning (1994), s. 312; Odlöv (2005), s. 91.

²⁸⁰ Se Fridström Montoya (2016) för en grundlig analys av NJA 2015 s. 851.

²⁸¹ Prop. 2016/17:30 s. 18 f. Jfr avs. 5.3 om den enskildes rätt att föreslå vem denne vill ha som sin ställföreträdare.

²⁸² 23, 24 §§ FFmL, se prop. 2016:17:30 s. 7 f, 58.

²⁸³ Prop. 2016/17:30 s. 68.

²⁸⁴ Prop. 2016/17:30 s. 128 f.

²⁸⁵ Prop. 2016/17:30 s. 106.

²⁸⁶ Med närstående innefattas även make och sambo och närmaste släktingar. Se prop. 2016/17:30 s.115 för en närmare definition av begreppet.

prövning ska i detta skede begränsas till att bedöma om de formella kraven är uppfyllda. Således ska inte fullmaktsinnehavarens lämplighet prövas.²⁸⁷

Det sker alltså ingen obligatorisk registrering av framtidsfullmakten. Regeringen framhöll att det finns fördelar med ett offentlighetsligt system då det innebär större möjligheter att kontrollera att uppdragen sköts. Vidare skulle en obligatorisk registrering undanröja oklarheter om fullmakten trätt i kraft.²⁸⁸ Ett argument som framhölls för en mer privaträttslig lösning var att ett alltför stor inblandning från det offentliga skulle försvåra uppfyllandet av ett av institutets övergripande syften – att stärka den enskildes självbestämmande. Dessutom ansågs en för stor offentlig inblandning vara för kostsam och trög.²⁸⁹ Tanken är enligt regeringen att framtidsfullmakter ska vara ett självständigt och smidigt komplement till de legala ställföreträdarskapen – inte en ny version av desamma.²⁹⁰

5.7.3 Vilka frågor som kan omfattas av framtidsfullmakter

Det är fullmaktens innehåll som styr uppdragets omfattning. Dock ska en ”generalframtidsfullmakt” omfatta såväl personliga som ekonomiska frågor. Uppdraget ska då motsvara ett helomfattande godman- eller förvaltarskap.²⁹¹ Enligt lagförslaget undantas frågor som rör hälso- och sjukvård samt frågor av personlig karaktär, vilket framgår av 2 § 2 st. FFmL. Det senare undantaget hänvisar till ett föreslaget nytt stycke, 12 kap. 2 § 3st FB som även kommer förtydliga begränsningar av legala ställföreträdarens behörighet att företräda den enskilde i frågor av utpräglat personlig karaktär. Tillägget i FB räknar upp ingående av äktenskap, bekräftande av faderskap samt upprättande av testamente.²⁹² Således tar detta undantag inte sikte på den enskildes omsorg och personliga livsföring.²⁹³

Det andra undantaget är desto mer intressant i det här sammanhanget då det stadgar att framtidsfullmakter inte kan omfatta frågor som rör hälso- och

²⁸⁷ Prop. 2016/17:30 s. 118. Utöver förlorad beslutsförmåga ska även vissa formkrav vara uppfyllda för att fullmakten ska träda i kraft. Enligt 3 § FFmL måste den enskilde vara 18 år och haft beslutsförmåga vid fullmaktens upprättande. I 4 § ställs krav på att fullmakten ska vara skriftlig och att den skrivits under av två samtidigt närvarande vittnen som är varse om att dokumentet i fråga är en framtidsfullmakt. Fullmaktsinnehavaren får inte vara vittne, a.a., s. 5.

²⁸⁸ Prop. 2016/17:30 s. 21.

²⁸⁹ Prop. 2016/17:30 s. 23.

²⁹⁰ Prop. 2016/17:30 s. 18, 23. För en utförlig diskussion om för- och nackdelar med obligatorisk registrering samt hur framtidsfullmaktsinstitut utformats i olika länder, se Ryan m.fl. (2015).

²⁹¹ Dessa omfattar att bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person, 11 kap. 4, 7 §§ FB. Se även avs. 5.4 ovan.

²⁹² Prop. 2016/17:30 s. 11, 30. Motsvarande begränsningar för legala ställföreträdare, se prop. 1987/88:124 s. 154.

²⁹³ Jfr Ryrstedts uppdelning av olika personliga beslut där hon konstaterar att den enskilde *alltid* har exklusiv rättshandlingsförmåga gällande dessa frågor, Ryrstedt (2014), s. 332.

sjukvård.²⁹⁴ I förmyndarutredningens lagförslag om framtidsfullmakter, som det nuvarande lagförslaget i grund och botten bygger på, kunde det särskilt anges att framtidsfullmakten även skulle omfatta frågor inom hälso- och sjukvård.²⁹⁵ Anledningen till att denna möjlighet inte finns i nu liggande lagförslag är att frågan om ställföreträdarskap för vård och omsorg utreddes parallellt i det nu lämnade betänkandet från ställföreträdarskapsutredningen.²⁹⁶

I sitt remissvar till regeringens promemoria belyste Socialstyrelsen att gränsen mellan vad som är sjukvård respektive socialtjänst ibland är oklar. I synnerhet när det gäller äldre personer som är föremål för insatser från både socialtjänsten och kommunal hälso- och sjukvård.²⁹⁷ Enligt den föreslagna lagen skulle innehavaren av framtidsfullmakten vara behörig att fatta beslut gällande åtgärder som ses som genomförande av ett biståndsbeslut enligt 4 kap. 1 § SoL, men inte om åtgärden är hälso- och sjukvård skulle kunna leda till oklarheter.²⁹⁸ I det nu liggande lagförslaget har ett förtydligande gjorts genom att en hänvisning till definitionen av sjukvård i 2 kap. 1 § i den föreslagna nya hälso- och sjukvårdslagen.²⁹⁹ Beträffande gränsdragningsproblematiken mellan socialtjänst och hälso- och sjukvård anfördes i propositionen att denna inte helt går att undvika. Vidare hänvisade regeringen till att gode män och förvaltare inte har getts någon särskild roll inom hälso- och sjukvården och att samma begränsningar ska gälla för innehavaren av en framtidsfullmakt.³⁰⁰ Som nämnts ovan är emellertid rättsläget i stora delar oklart när det gäller de legala ställföreträdarnas behörighet att fatta beslut i dessa frågor när den enskilde saknar beslutsförmåga. Vid vård och omsorg av äldre, som bedrivs i gränslandet mellan hälso- och sjukvård och social omsorg är detta extra ovisst (jfr avs. 3.3.2).

5.7.4 Fullmaktsinnehavares lojalitets- och samrådsplikt

Fullmaktshavaren har enligt 15 § FFmL en lojalitets- och samrådsplikt gentemot den enskilde. Det innebär att innehavaren måste fullgöra uppdraget i enlighet med den enskildes intressen och inte sina egna.

²⁹⁴ Även tandvård är undantaget, men frågor rörande tandvård har avgränsats bort.

²⁹⁵ SOU 2004:112 s. 507. Det ska i sammanhanget nämnas att utredningen även presenterade en rad andra reformer inom ställföreträdarskapsrätten. Bland annat föreslogs en lag om ställföreträdarskap för vuxna med bristande beslutsförmåga inom hälso- och sjukvården m.m. i vilken det genom en lagfäst prioritering stadgades vem av olika ställföreträdare, däribland framtidsfullmaktsinnehavare, och anhöriga, som skulle fatta beslut å den enskildes vägnar då denne saknade beslutsförmåga, se SOU 2004:112 s. 599-646.

²⁹⁶ Ds 2014:16 s. 103.

²⁹⁷ Socialstyrelsen, Dnr 28640/2014-2, s. 1.

²⁹⁸ Socialstyrelsen, Dnr 28640/2014-2, s. 1.

²⁹⁹ Prop. 2016/17:43 s. 128, med hänvisning till prop. 1981/82 97 s. 110 f. och prop. 1991/92:152 s. 11 f.

³⁰⁰ Prop. 2016/17:30 s. 29 f. Regeringen hänvisar till uttalanden om god man i prop. 1987/88:124 s. 172 och SOU 2015:80 s. 411.

Bestämmelsen motsvarar enligt förarbetena *inte alltid* lojalitetsregeln för legala ställföreträdare i 12 kap. 3 § FB eftersom denna regel endast stadgar att den gode mannen eller förvaltaren ska handla utifrån den *enskildes bästa*.³⁰¹ Fullmaktsinnehavaren ska utöver detta handla som fullmaktsgivaren skulle *antas ha velat* handla om denne hade kunnat göra ett informerat val.³⁰² Att hänsyn ska tas till den enskildes nuvarande känslor står det dock inget om.

Om det är möjligt med hänsyn till den enskildes tillstånd har fullmaktsinnehavaren en skyldighet att samråda med den enskilde i viktiga frågor. Som exempel på viktiga frågor nämns större ekonomiska överväganden, som hantering av en aktieportfölj eller försäljning av exempelvis fast egendom. Även personliga frågor som rör boende och inköp av regelbundna hushållsnära tjänster som städning räknas också in. Dock skriver regeringen att det är upp till fullmaktsinnehavaren att ta reda på vad som är viktiga frågor för den enskilde då detta är något högst individuellt. Samråd kan dock underlåtas om det står klart att den enskilde inte har förmåga att förstå innebörden av den fråga som saken gäller.³⁰³

5.8 Sammanfattning och diskussion

I internationell rätt är det numera självklart att dementa och andra personer med funktionsnedsättning har samma mänskliga värde och rättigheter som alla andra. I artikel 12 CRDP slås det fast att funktionshindrade personer dels har samma rättigheter som alla andra, dels att konventionsstaterna är skyldiga att bistå personer i denna grupp med de verktyg de behöver för att i så stor utsträckning som det bara går kunna fatta beslut på egen hand och således utöva självbestämmande. Som en sista utväg tillåter dock artikel 12.4 CRPD att en ställföreträdare ska kunna träda in och fatta beslut. Principerna i rekommendation R (99) 4 redogör utförligt för vilka skyddsmekanismer lagstiftning som rör ställföreträdarskap bör innehålla. Ett flexibelt och proportionellt system förespråkas där den enskilde som utgångspunkt ska behålla sin rättshandlingsförmåga och alltid ha rätt till medbestämmande när så är möjligt. Dock ska det gå att frånta den enskilde dennes rättshandlingsförmåga om det behövs för att skydda denne. Så här långt verkar de svenska reglerna i vart fall vara i överensstämmelse med rekommendationens principer då förvaltarskap bara ska anordnas undantagsvis och personer med god man har kvar sin rättshandlingsförmåga.

Båda konventionerna innehåller regler om vilka intressen som ska beaktas när någon annan fattar ett beslut åt den enskilde. Enligt artikel 12.4 CRDP framhålls emellertid den enskildes rätt till självbestämmande då beslutet måste vara i enlighet med den enskildes vilja och önskningar. I dessa situationer intar rekommendationen en mer pragmatisk ställning då det

³⁰¹ Prop. 2016/17:30 s. 121; NJA II 1995 s. 32.

³⁰² Prop. 2016/17:30 s. 120.

³⁰³ Prop. 2016:17:30 s. 58

föreskrivs att den enskildes tidigare och nuvarande vilja och önsknings ska beaktas i så stor utsträckning som möjligt – men att det övergripande målet för ställföreträdarens beslut är den enskildes bästa. Min uppfattning är att rekommendationens principer är mer realistiska när det kommer till att fatta beslut åt dementa personer. Att ge en dement person fullständig autonomi att fatta beslut gällande sin livssituation behöver enligt mig inte alltid vara positivt eftersom dementa personer, på grund av sin funktionsnedsättning, ofta inte kan fatta beslut som är i linje med vad som är bäst för dem. Som konstaterats i kapitel 2 beror detta på försämrade kognitiva funktioner som leder till att dementa personer har svårt att ta till sig och processa information i den utsträckning som är nödvändig för att de ska kunna överblicka konsekvenserna av sina beslut. Om det endast är den dementes nuvarande vilja som beaktas kan det innebära en försämring av den enskildes livskvalitet på sikt.³⁰⁴ I vissa fall kan det förmodas den enskildes kognitiva förmågor är så pass nedsatta att denne inte kan ge uttryck för sin vilja. I sådana fall måste många gånger ett beslut likväl fattas och då framstår det enligt mig som att ett beslut många gånger måste fattas i enlighet med den enskildes bästa.

Vad som går som en röd tråd genom rekommendation R (99) 4 om ställföreträdarskap är att alla personer, oavsett beslutsförmåga, har rätt till att vara delaktiga och medbestämmande i beslut som rör dem själva. Ställföreträdaren ska aktivt, genom att samråda med den enskilde, söka vad som är dennes nuvarande vilja. Vid viktiga frågor ska även närstående höras för att komma närmare vad som är bäst för den enskilde. Extra tydligt är detta i rekommendationens principer om beslutsfattande som rör hälso- och sjukvård. Här stadgas att personalen och ställföreträdaren aktivt ska vidta åtgärder för stötta den enskilde till att få fram sin mening och att den som fattar beslutet måste samråda med närstående för att skapa sig en så tydlig bild som möjligt av vad den enskilde skulle haft för inställning om denne kunnat uttrycka sig.

I förhållande till den standard som sätts i nyss nämnda internationella dokument avseende samråd- och lojalitet får de svenska reglerna om ställföreträdarskap sägas var bristfälliga. När det kommer till dementa personer finns det anledning att anta att undantaget i 11 kap. 5 § FB i realiteten snarare utgör huvudregel än undantag vilket betyder att samtycke endast behöver inhämtas undantagsvis. Hur mycket en dement persons samtycke är värt kan dessutom ifrågasättas eftersom det inte finns några krav på att detsamma ska vara informerat. Om den enskildes beslutsförmåga är så pass nedsatt att hon inte kan ge uttryck för sin vilja är min uppfattning att den gode mannens handlingar presumeras vara i linje med den enskildes vilja. Även om det i denna situation formellt sett finns en skillnad mellan god man och förvaltare kan det enligt mig diskuteras om den enskilde i realiteten har mer självbestämmande när denne har en god man istället för en förvaltare. På pappret har den enskilde kvar sin rättshandlingsförmåga men i praktiken kan den gode mannen agera lika fritt som en förvaltare.

³⁰⁴ Jfr Ryrstedt (2016a), s. 415.

En del av den här uppsatsens integritetsbegrepp är att den enskilde kan känna att hon får vara med och påverka sitt eget liv. Även om den enskilde inte kan fatta många beslut själv är det fortfarande viktigt att hon inte känner sig förbisedd. Som jag ser det ligger inte problemet med dagens ställföreträdarskapsregler nödvändigtvis i att förvaltare, och gode män när den enskildes beslutsförmåga inte tillåter att denne kan samtycka, har det sista ordet i beslutsfattandet. Detta kan ju till och med sägas vara poängen med ställföreträdarskap. Problemet är snarare avsaknaden av tydliga ”förfaranderegler” som garanterar att en beslutsförmögen persons intressen inte förbises i beslutsprocessens gång.

Enligt 12 kap. 3 § FB ska den gode mannen alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde. Här finns det inte något tillägg om att ställföreträdaren i så stor utsträckning som möjligt ska ta hänsyn till den enskildes tidigare och nuvarande önsknings. Det finns antagligen många ställföreträdare som tar hänsyn till den enskildes inställning men detta beror på att dessa individer på ett föredömligt sätt tar hänsyn till den enskildes integritet – trots att lagen egentligen inte ålägger dem att göra det om den enskildes beslutsförmåga är tillräckligt nedsatt.

Det kan mot bakgrund av detta konstateras att lagen innehåller få garantier som tillförsäkrar dementa personer deras rätt till medbestämmande och delaktighet. Således tillgodoser reglerna om ställföreträdarskap enligt mig, i än mindre omfattning än de offentlighetsreglerna om vård och omsorg, den enskildes rätt till integritet i bemärkelsen att göras delaktig i beslutsprocessen. Med tanke på hur underutvecklade reglerna om ställföreträdarskap är avseende beslutsfattande i personliga frågor när den enskilde har nedsatt beslutsförmåga är det enligt mig inte heller lämpligt att i dagsläget utvidga ställföreträdarnas behörighet att besluta om frågor som rör den enskildes vård och omsorg. Dock skulle ställföreträdare i framtiden kunna få en mer framträdande roll i dessa frågor. För detta krävs regler som ålägger ställföreträdaren att aktivt integrera den enskilde och dennes närstående i beslutsfattandet för att komma fram till det för den enskilde bästa beslutet. Hänsyn ska tas till dennes nuvarande och tidigare viljor och önsknings. Det är enligt mig angeläget att införa sådana regler. Att lagstifta om dessa frågor har dock visat sig vara lättare sagt än gjort och det kan befaras att ställföreträdarskap inom vård och omsorg kan låta vänta på sig ytterligare en tid.

Innan vi är där skulle emellertid ett par ändringar i FB enligt mig förbättra beslutoförmögna personers intressen vid beslut som redan idag omfattas av ställföreträdarnas uppdrag. Ett tillägg i 12 kap. 3 § FB om att ställföreträdaren i så stor utsträckning som möjligt ska ta hänsyn till den enskildes önsknings och vilja när denne kommer fram till vad som *bäst gagnar* den enskilde, tillsammans med ett förtydligande av vad som utgör viktiga frågor som påkallar samråd i 12 kap. 7 § FB, skulle enligt mig minska risken för att den enskildes integritet kränks.

6 Avslutning

6.1 Slutsatser

Den här uppsatsen handlar om dementa personers rättsliga ställning i deras kontakt med sjukvård och omsorg. I kapitel 3 som behandlar hur dementa personers behov tillgodoses i svensk lagstiftning om vård och omsorg dras slutsatsen att det på senare år har vidtagits åtgärder som styrkt dessa personers rätt till delaktighet och självbestämmande men att dementa till följd av sin sjukdom och ålderdom i övrigt kan ha svårt att hävda sina rättigheter vilket därmed även innebär en ökad risk för att deras integritet på olika sätt kränks. Ett annat problem med nu rådande rättsläge är att det inte finns några bestämmelser som reglerar vem som kan samtycka eller ge tillstånd till utförandet av nödvändiga åtgärder inom vård och omsorg när den enskilde själv inte har tillräcklig beslutsförmåga att göra detta – vilket leder till att personal inom vård och omsorg tvingas vidta åtgärder trots att lagen inte ger dem denna behörighet.

I kapitlet därpå konstateras att många vård- och omsorgsinsatser som vidtas utan den enskildes samtycke strider mot dennes grundläggande fri- och rättigheter i RF och EKMR. Även om insatserna i de flesta fall företas i syfte att skydda den enskilde klassas vård- och omsorgsinsatser många gånger som offentlig maktutövning som innebär en inskränkning av den enskildes kroppsliga och psykiska integritet vilken skyddas i 2 kap. 6 § RF och artikel 8 EKMR. I vissa fall kan det till och med röra sig om ett informellt frihetsberövande som den enskilde skyddas från i 2 kap. 8 § RF och artikel 5 EKMR. Eftersom det, som redan konstaterats i kapitel 3, saknas regler i Sverige om hur beslut om vård och omsorg ska fattas när den enskilde saknar beslutsförmåga strider dessa åtgärder mot legalitetsprincipen i såväl RF som EKMR. På frågan om vilka krav som ställs på lagstiftaren om denne ska begränsa dementa personers fri- och rättigheter i syfte att ge dem skydd är svaret att den lagstiftning som reglerar beslutsfattande om skyddande vård- och omsorgsåtgärder måste vara proportionell. Tvångsvård är i och för sig ett, i vart fall formellt sett, rättssäkert alternativ med tydliga förfaranderegler som även ger den enskilde rätten att begära överprövning. Samtidigt innebär ett sådant beslut i sig en stor integritetskränkning för den enskilde. Tvångsvårdslagstiftning ska därför endast tillämpas om ändamålet – att skydda den enskilde – inte kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Detta följer av proportionalitetsprincipen i 2 kap. 21 § RF och EKMR (se del 4.4).

Ett mindre ingripande sätt att uppfylla syftet att ge dementa personer skydd samtidigt som kravet på legalitet uppfylls är att en enligt lag bemyndigad ställföreträdare samtycker till åtgärderna i den enskildes ställe. I kontrast till internationell rätt konstateras det att de svenska reglerna om ställföreträdarskap är undermåliga. När den enskildes beslutsförmåga är tillräckligt nedsatt finns det anledning att anta att gode män inte behöver inhämta den enskildes samtycke för att vidta rättshandlingar åt denne.

Vidare saknas det regler som ålägger ställföreträdare att aktivt vidta åtgärder i syfte att utröna den enskildes inställning genom att samråda med denne och närstående (se del 5.5). Reglerna lämpar sig således inte för att fatta beslut om så pass personliga angelägenheter som vård- och omsorgsinsatser. För att ställföreträdare ska få en roll inom vård och omsorg, vilket enligt mig både är nödvändigt och önskvärt, krävs tydligare regler om vilka åtgärder som får vidtas med ställföreträdares samtycke och vad som ska beaktas när denne gör sitt ställningstagande. I annat fall blir ställföreträdares beslut i samband med vård och omsorg, ur den enskildes perspektiv, enligt min uppfattning bara en mer informell version av ett tvångsvårdsbeslut.

Syftet med den här uppsatsen har varit att beskriva och analysera dementa personers rättsliga ställning i deras kontakt med vård och omsorg. Det kan sammantaget konstateras att nu rådande ordning med stor sannolikhet står i strid med såväl RF som EKMR då det saknas lagstiftning som reglerar hur beslut fattas inom vård och omsorg när personen som är föremål för åtgärden inte själv är kapabel att ta ställning i frågan. Avsaknaden av lagstiftning om *vem* som fattar beslut har även lett till att det inte finns enhetliga regler om *hur* besluten ska fattas vilket leder till att den enskildes rätt till medbestämmande, delaktighet och integritet inte heller tillgodoses.

6.2 Framåtblick och förslag på åtgärder

Efter att jag nu har bekantat mig med dementa personers rättsliga situation inom vård och omsorg under ett antal månader står det klart att detta är ett område där det finns ett brännande behov av reglering. Frågor om ställföreträderskap inom vård- och omsorg för personer med nedsatt beslutsförmåga och tvångsvård av dementa personer har varit föremål för omfattande utredningar under 2000-talet. Så sent som i SOU 2015:80 kom ett lagförslag om ställföreträderskap för vuxna vid ställningstaganden inom vård- och omsorg där personer med nedsatt beslutsförmåga föreslogs representeras av en framtidsfullmäktig, anhörig, närstående eller undantagsvis en legal ställföreträdare. Utredningen tog inte ställning i frågan om tvångsvård av dementa personer. Betänkandets förslag har emellertid inte gått vidare i lagstiftningsprocessen och frågorna är under fortsatt utredning.

Trots att utredningens förslag inte mottogs med öppna armar finns trots allt tecken på att dödläget börjat brytas. I det nya lagförslaget om framtidsfullmakter som föreslås träda i kraft senare i år har förvisso hälso- och sjukvårdsfrågor undantagits – men införandet av framtidsfullmakter bäddar för att lagen i framtiden kan utvidgas till att även omfatta dessa frågor. Nya regler om ställföreträderskap där framtidsfullmaktsinnehavare och legala ställföreträdare har en lagstadgad roll vid frågor som rör vård och omsorg skulle innebära en minskad risk för att den enskildes negativa rättighet att inte bli utsatt för godtyckliga ingrepp skulle minska. Tydligare regler skulle även kunna innebära att den enskilde genom sin ställföreträdare får ett ökat inflytande över sin egen situation och har större möjlighet att

hävda sin rätt till samhällets insatser. Med tanke på de krav som HSL och SoL ställer på individens ansvarstagade och delaktighet är ett förtydligande av ställföreträdarens roll i dessa frågor nödvändigt för att dementa och andra personer med nedsatt beslutsförmåga ska kunna hävda sina positiva rättigheter på samma villkor som personer utan funktionsnedsättning. Sådana förändringar är även nödvändiga för att svensk rätt ska stå i överrensstämmelse med artikel 12 CRDP som ställer långtgående krav på att ställföreträdarens roll är att vara den enskildes språkrör – inte förmyndare.

Att bestämma över och samtycka till olika åtgärder som rör en annan vuxen persons vård, omsorg och livssituation i övrigt är en obekväm uppgift. Bara det faktum att någon annan fattar beslutet innebär en integritetskränkning för den enskilde. Att lagstiftningen lämnar dessa personer som många gånger inte klarar av att sörja för sitt eget bästa vind för våg innebär dock enligt mig många gånger en större integritetskränkning än att inskränka deras självbestämmande. Avsaknaden av regler innebär en osäker och otrygg situation för den enskilde där dennes grundläggande fri- och rättigheter på informella grunder riskerar att kränkas. Vidare innebär dagens situation att personal inom vård och omsorg många gånger inte kan agera i enlighet med gällande rätt. Att vidta åtgärder utan den enskildes informerade samtycke när nödreglerna inte är tillämpliga är rättsstridigt då det inte finns något normstöd för att vidta dem – men samtidigt skulle en underlåtenhet att ingripa många gånger också stå i strid med gällande rätt eftersom det allmänna har ett ansvar och en skyldighet att skydda utsatta människor. Detta skadar enligt mig rättssystemets legitimitet – för hur ska personal och andra inblandade kunna ha tilltro till ett rättssystem i vilket det inte går att göra rätt?

Jag anser att det är viktigt att det införs ett övergripande system som reglerar i vilka situationer:

- Personalen på egen hand får fatta beslut rörande enklare vård- och omsorgsåtgärder.
- Den enskildes ställföreträdare ska göras delaktig för att skydda den enskildes intressen.
- En åtgärd är så pass ingripande att ett förvaltningsrättsligt beslut måste fattas.

Lagstiftaren har ännu inte kommit fram till var gränserna ska dras mellan de olika beslutsformerna för att finna balans mellan intressen som flexibilitet, effektivitet, självbestämmande, integritet och rättssäkerhet. Hur mycket detta än utreds tror jag dock inte att det går att komma fram till en optimal lösning då kompromisser mellan grundläggande värden är ofrånkomliga. Jag tror dock att det skulle bli lättare att göra dessa intresseavvägningar om det fanns ett regelverk att utgå från. En ram som stadgar grundläggande saker som vem som är behörig att fatta ett visst beslut och vad denne beslutsfattare ska beakta för att tillgodose den enskildes intressen. Därefter får justeringar göras genom lagändringar, praxis, föreskrifter och riktlinjer så att vi kommer så nära målet som möjligt – ett *värdigt liv* i äldreomsorgen.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Regeringens propositioner

Kungl. Maj:ts proposition 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.

Regeringens proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen

Regeringens proposition 1979/80:1 om socialtjänsten

Regeringens proposition 1981/82:97 om hälso- och sjukvårdslag, m.m.

Regeringens proposition 1983/84:111 med till förslag till polislag m.m.

Regeringens proposition 1987/88:124 om god man och förvaltare

Regeringens proposition 1996/97:60 – Prioriteringar inom hälso- och sjukvården

Regeringens proposition 2000/01:80 – Ny socialtjänstlag m.m.

Regeringens proposition 2009/10:80 – En reformerad grundlag

Regeringens proposition 2009/10:116 – Värdigt liv i äldreomsorgen

Regeringens proposition 2013/14:106 – Patientlag

Regeringens proposition 2016/17:30 – Framtidsfullmakter – en ny form av ställföreträdarskap för vuxna

Regeringens proposition 2016/17:43 – En ny hälso- och sjukvårdslag

Statens offentliga utredningar

SOU 1975:75 – *Medborgerliga fri- och rättigheter : Regeringsformen*

SOU 1984:54 – *Tvångsmedel anonymitet integritet : Betänkande av tvångsmedelskommittén*

SOU 1984:64 – *Psykiatrin, tvånget och rättssäkerheten*

SOU 1987:74 – *Optisk-elektronisk övervakning : Betänkande av utredningen om Tv-övervakning m.m.*

SOU 1989:98 – *Transplantation : Etiska, medicinska och rättsliga aspekter*

SOU 1991:46 – *Handikapp välfärd rättvisa*

SOU 1992:84 – *Ersättning för kränkning genom brott*

SOU 1997:154 – *Patienten har rätt*

SOU 1999:97 – *Socialtjänst i utveckling*

SOU 2004:112 – *Frågor om förmyndare och ställföreträdare för vuxna*

SOU 2006:110 – *Regler för skydd och rättssäkerhet för personer med demenssjukdom*

SOU 2008:117 – *Patientsäkerhet. Vad har gjorts? Vad behöver göras?*

SOU 2010:29 – *En ny förvaltningslag*

SOU 2013:2 – *Patientlag*

SOU 2015:80 – *Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning*

SOU 2016:41 – *Hur står det till med den personliga integriteten? – En kartläggning av Integritetskommittén*

Departementsserien

Ds 2003:47 – *På väg mot en god demensvård. Samhällets insatser för personer med demenssjukdomar och deras anhöriga*

Ds 2014:16 – *Framtidsfullmakter*

Övrigt offentligt tryck

Lagrådets protokoll vid sammanträde den 18 december 2012.

NJA II 1924

NJA II 1988

NJA II 1995

SOSFS 2005:29 – Socialstyrelsens föreskrifter om utfärdande av intyg inom hälso- och sjukvården m.m.

Socialstyren, ”Socialstyrelsens yttrande över promemorian Framtidsfullmakter (Ds 2014:16), Dnr Socialstyrelsen, Dnr 28640/2014-2 [cit. Socialstyrelsen, Dnr 28640/2014-2]

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt I*, 14 u, Studentlitteratur, Lund, 2016 [cit. Adlercreutz m.fl. (2016)]

Ash, Elissa L, "What is Dementia", Foster, Charles, Herring, Jonathan, Doron, Israel (red.), *The Law and Ethics of Dementia*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 3–14 [cit. Ash (2014)]

Bartlett, Peter Lewis, Oliver, Thorold, Oliver, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, IDC Publishers, Nederländerna, 2007 [cit. Bartlett m.fl. (2007)]

Bengtsson, Bertil, "SOU som rättskälla", *SvJT*, 2011 s. 777-785 [cit. Bengtsson (2011)]

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis : en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5 u, Nordstedt juridik, Stockholm, 2015 [cit. Danelius (2015)]

De Pauw, Marijke, "Interpreting the European Convention on Human Rights in Light of Emerging Human Rights Issues: An Older Person's Perspective", i *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 8, 2014, s. 235–357 [cit. De Pauw (2014)]

Donnelly, Mary, "A Legal Overview", i Foster, Charles, Herring, Jonathan, Doron, Israel (red.), *The Law and Ethics of Dementia*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 271-281 [cit. Donnelly (2014)]

Fridström Montoya, Therése, "Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar", *JT* nr 2 2013/14, s. 459-477 [cit. Fridström Montoya (2013/14)]

Fridström Montoya, Therése, *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox*, akademisk avhandling, Iustus, Uppsala, 2015 [cit. Fridström Montoya (2015)]

Fridström Montoya, Therése, "Ett litet steg för HD, ett stort språng för personrätten", *SvJT*, 2016, s. 523–540 [cit. Fridström Montoya (2016)]

Gustafsson, Ewa, *Psykiatrisk tvångsvård och rättssäkerhet*, Studentlitteratur, Lund, 2010 [cit. Gustafsson (2010)]

Helmius, Ingrid, "Proportionalitetsprincipen", Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, 2 u, Iustus förlag, Uppsala, 2012 [cit. Helmius (2012)]

Hermerén, Göran, *Kunskapens pris; Forskningsetiska problem och principer i humaniora och samhällsvetenskap*, 1 u, Forskningsrådets förlagstjänst, Stockholm, 1986 [cit. Hermerén (1986)]

Holmgård, Lars, Wallgren, Jan, *God man, förvaltare och förmyndare : Domstolars handläggning*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2015
[cit. Holmgård och Wallgren (2015)]

Jareborg, Nils, *Brotten : första häftet : grundbegrepp, brotten mot person*, 2 u, Nordstedts, Stockholm, 1984 [cit. Jareborg (1984)]

Jareborg, Nils, *Brottsbalken kap. 23-24 med mera*, Iustus förlag, Uppsala, 1985 [cit. Jareborg (1985)]

Johnsson, Lars-Åke, Sahlin, Jan, *Hälso- och sjukvårdslagen : med kommentar*, 12 aug. 2016, Zeteo [cit. Johnsson och Sahlin, Hälso- och sjukvårdslagen (12 aug. 2016, Zeteo)]

Kindström Dahlin, Moa, *Psykiatrirätt; intressen, rättigheter & principer*, akademisk avhandling, Jure förlag, Stockholm, 2014
[cit. Kindström Dahlin (2014)]

Klemme Nielsen, ”Laglöst land”, Broström Linus, Johansson, Mats (red.), *Ställföreträdarskap i vård och omsorg*, Gleerups AB, Malmö, 2012, s. 37–78 [cit. Klemme Nielsen (2012)]

Kroken, Jørn, *Bruk av tvang og makt; sosialtjenesteloven kapittel 4A i praksis*, Universitetsforlaget, Oslo, 2011 [cit. Kroken (2011)]

Linderfalk, Ulf, *Folkrätten i ett nötskal*, 2 u, Studentlitteratur, Lund, 2012
[cit. Linderfalk (2012)]

Mattsson, Titti, *Barnet och rättsprocessen : rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, akademisk avhandling, Juristförlaget i Lund, Lund, 2002 [cit. Mattsson (2002)]

Mattsson, Titti, Broström, Linus, Johansson, Mats, ”Vilka personer saknar förutsättningar att ge informerat samtycke till att delta i forskning : en rättslig och etisk diskussion rörande etikprövningslagens regler och tillämpning”, *FT*, nr 1, 2014, s. 171–183, [cit. Mattsson m.fl. (2014)]

Odlöw, Torbjörn, *Ställföreträdare för vuxna : Kamrer eller handledare?*, akademisk avhandling, Jure förlag, Stockholm, 2005 [cit. Odlöw (2005)]

Petrén, Gustav, Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar*, Liber förlag, Uddevalla, 1980 [cit. Petrén och Ragnemalm (1980)]

Regné, Göran, ”Grundlagsskyddet för den kroppsliga integriteten – en replik”, *SvJT* 1981, s 462 [cit. Regné (1981)]

Richardsson, Geneva, "Rights-Based Legalism: Some Thoughts from the Research", i McSherry, Bernadette, Weller, Penelope (red.) *Rethinking Rights-based Mental Health Laws*, Hart Publishing, Oxford, 2010, s. 181-202 [cit. Richardsson (2010)]

Ryan, Trevor, Arnold, Bruce Baer, Bonython, Wendy, "Protecting the Rights of Those with Dementia Through Mandatory Registration of Enduring Powers: A Comparative Analysis", *Adelaide Law Review*, 2015, s. 355–386 [cit. Ryan m.fl. (2015)]

Rynning, Elisabeth, *Samtycke till medicinsk vård och behandling – en rättsvetenskaplig studie*, akademisk avhandling, Iustus Förlag, 1994 [cit. Rynning (1994)]

Rynning, Elisabeth, "Rättssäkerhet och rättsskydd i vården av icke beslutskompetenta vuxna", Vahlne Westerhäll, Lotta (red.), *Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten*, Norstedts Juridik, 2002, s. 267-301 [cit. Rynning (2002)]

Ryrstedt, Eva, "Får jag inte bestämma något själv? En studie av kvarstående beslutanderätt hos dementa äldre", *Socialvetenskaplig tidskrift*, nr 3-4, 2014, s. 329–348 [cit. Ryrstedt (2014)]

Ryrstedt, Eva, "Dementa äldre personer; vem ska bestämma?", *JFT*, nr 1-2, 2016 s.179–208 [cit. Ryrstedt (2016a)]

Ryrstedt, Eva: "Ställföreträdare och självbestämmande", *JFT*, nr 4, 2016, 395–416 [cit. Ryrstedt (2016b)]

Sahlin, Jan, "Om nödrätt i hälso- och sjukvården. Några anteckningar om juridiken på ett etiskt område", *SvJT*, 1990, s. 597-623 [cit. Sahlin (1990)]

Sandegård, Elin, "Demensvården och tvånget", Vahlne Westerhäll, Lotta (red.), *Tvångsvård och psykisk ohälsa*, Juridiska institutionens skriftserie ; skrift nummer 12, Göteborg, 2012, s. 185–217 [cit. Sandegård (2012)]

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 3 u, Nordstedts juridik, Stockholm, 2015 [cit. Sandgren (2015)]

Sterzel, Fredrik, "Legalitetsprincipen", Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, 2 u, Iustus förlag, Uppsala, 2012 [cit. Sterzel (2012)]

Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 26 u, Liber AB, Stockholm, 2014 [cit. Strömberg och Lundell (2014)]

Svensson, Erik, "Social adekvans i straffrättsdogmatiken", *SvJT*, 2016, s. 403-416 [cit. Svensson (2016)]

Thunved, Anders, Lundgren, Lars, Samuelsson, Per, *Nya sociallagarna : Med kommentarer i lydelsen den 1 januari 2016*, Norstedts juridik, Stockholm, 2016 [Thunved m.fl. (2016)]

Thunved, Anders, Lundgren, Lars, Samuelsson, Per, *Nya sociallagarna : Med kommentarer i lydelsen den 1 januari 2017*, Wolters Kluwer [cit. Thunved m.fl., *Nya Sociallagarna* (1 jan. 2017, Zeteo)]

Törnquist, Agneta, Broström, Linus, ”Ställföreträdarskapets villkor på äldreboendet”, Broström Linus, Johansson, Mats (red.), *Ställföreträdarskap i vård och omsorg*, Gleerups AB, Malmö, 2012, s. 79–94 [cit. Törnquist och Broström (2012)]

Vahlne Westerhäll, Lotta, Princis, Linnéa, ”Medicin och juridik vid psykiatrisk tvångsvård”, *FT*, nr 4, 2013, s. 387-422 [cit. Vahlne Westerhäll och Princis (2013)]

Walín, Gösta, Vängby, Staffan, *Föräldrabalken : en kommentar*, 2016-05-20, Zeteo [cit. Walín & Vängby, *Föräldrabalken* (20 maj 2016, Zeteo)]

Warnling-Nerep, Wiveka, ”’Påtvingat kroppsligt ingrepp’ (RF 2:6) och JO:s rättsvägledande funktion”, *FT*, nr 1, 2002 s. 19–42 [cit. Warnling-Nerep (2002)]

Wennergren, Bertil, ”Enskilds rättsskydd mot påtvingat kroppsligt ingrepp”, *Om våra rättigheter : Antologi utgiven av Rättsfonden*, Rättsfonden, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1980 [cit. Wennergren (1980)]

Wennergren, Bertil, ”Grundlagsskyddet för den kroppsliga integriteten”, *SvJT*, 1981, s. 131-136 [cit. Wennergren (1981)]

Åkerström, Sara, Kindström Dahlin, Moa, ”Tvångs- och begränsningsåtgärder inom demensvården – olagliga rättighetsbegränsningar?”, *FT*, nr 4, 2012 s. 481 – 505 [cit. Åkerström och Kindström Dahlin (2012)]

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelssporsmål i behandling av og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente : Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og ingrepp utan gyldig samtykke*, akademisk avhandling, Universitetet i Bergen, 2009 [cit. Østenstad (2009)]

Elektroniska källor

Elektroniska källor från myndigheter

Myndigheten för delaktighet, ”Etik och nedsatt beslutsförmåga”, Myndigheten för delaktighet, Sundbyberg, 2015, <http://www.mfd.se/globalassets/dokument/publikationer/2015/2015-9-etik-och-nedsatt-beslutsformaga.pdf> , hämtad 2017-02-27 [cit. Myndigheten för delaktighet (2015)]

Myndigheten för delaktighet, ”Välfärdsteknologi”,
<http://www.mfd.se/valfardsteknologi/vad-ar-valfardsteknologi/>, hämtad 2017-02-13 [cit. Myndigheten för delaktighet, ”Välfärdsteknologi”]

Socialstyrelsen (utg.), ”Förtydligande om lås, larm och bälten”, augusti, 2010,
<http://www.socialstyrelsen.se/pressrum/nyhetsarkiv/fortydligandeomlas-larmochbalten>”, hämtad 2017-01-23
[cit. Socialstyrelsen, ”Förtydligande om lås, larm och bälten”]

Socialstyrelsen, ”Läkemedelsgenomgångar för äldre ordinerade fem eller fler läkemedel – en vägledning för hälso- och sjukvården”, april, 2013,
<https://www.socialstyrelsen.se/Lists/Artikelkatalog/Attachments/19019/2013-3-18.pdf>, hämtad 2017-03-02 [cit. Socialstyrelsen 2013]

Socialstyrelsen, ”Tvågs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg för vuxna”, meddelandeblad nr 12/2013, december 2013,
<https://www.socialstyrelsen.se/Lists/Artikelkatalog/Attachments/19309/2013-12-34.pdf>, hämtad 2017-03-02 [cit. Socialstyrelsen, nr 12/2013]

Socialstyrelsen, ”Nationell värdegrund för äldreomsorgen”.
<http://www.socialstyrelsen.se/aldre/nationellvardegrund>, hämtad 2017-02-23 [cit. Socialstyrelsen, ”Nationell värdegrund för äldreomsorgen”]

Socialstyrelsen, ”Frågor och svar om rättssäker äldreomsorg – ansökan”,
http://www.socialstyrelsen.se/fragorochsvar/rattssakeraldreomsorgansokan#anchor_0, hämtad 2017-03-03 [cit. Socialstyrelsen, ”Frågor och svar om rättssäker äldreomsorg – ansökan”]

SMER, ”Integritet”, <http://www.smer.se/etik/integritet/>, hämtad 2017-02-03 [cit. SMER, ”Integritet”]

SMER, ”Om SMER”, <http://www.smer.se/om-smer/>, hämtad, 2017-03-02 [cit. SMER, ”Om Smer”]

SMER, ”Robotar och övervakning i vården av äldre – etiska aspekter”, rapport 2014:2, http://www.smer.se/wp-content/uploads/2015/02/Smer-2014_2_webb.pdf, hämtad 2017-03-02 [cit. SMER 2014:2]

Elektroniska källor från utländska rättsliga organ

Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults.
[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), hämtad 2017-03-03 [cit. Rekommendation R (99) 4]

Council of Europe, Committee of Ministers, Explanatory Memorandum recommendation Rec (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults,

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e302a, hämtad 2017-03-03 [cit. Memorandum]

FN, *General Comment* NO 1 (2014), On the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Article 12: Equal recognition before the law. By the Committee on the rights of Persons with Disabilities, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>, hämtad 2017-03-03 [cit. FN, *General Comment* No 1 (2014)]

Övriga elektroniska källor

Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, ”The Norma Elder Law Research Environment”, <http://www.law.lu.se/#!elderlaw>, hämtad 2017-03-04 [cit. Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, ”The Norma Elder Law Research Environment”]

Strasbourg Observers, “McDonald v. the United Kingdom: A step forward in addressing the needs of persons with disabilities through Article 8 ECHR”, De Pauw, Marijke, <https://strasbourgobservers.com/2014/06/04/mcdonald-v-the-united-kingdom-a-step-forward-in-addressing-the-needs-of-persons-with-disabilities-through-article-8-echr/> – hämtad 2017-03-02 [cit. Strasbourg Observers, “McDonald v. the United Kingdom: A step forward in addressing the needs of persons with disabilities through Article 8 ECHR”]

Svenskt demenscentrum, ”Vad är demens”, <http://www.demenscentrum.se/Fakta-om-demens/Vad-ar-demens/>, hämtad 2017-03-02 [cit. Svenskt demenscentrum, ”Vad är demens”]

Svenskt demenscentrum, ”Frontaltemporal demens”, <http://www.demenscentrum.se/Fakta-om-demens/Demenssjukdomarna/Frontotemporal-demens/>, hämtad 2017-03-02 [cit. Svenskt demenscentrum, ”Frontaltemporal demens”]

Svenskt demenscentrum, ”Vaskulär demens”, <http://www.demenscentrum.se/Fakta-om-demens/Demenssjukdomarna/Vaskular-demens/>, hämtad 2017-03-02 [cit. Svenskt demenscentrum, ”Vaskulär demens”]

Sveriges Television, ”GPS-larm ska göra det lättare att hitta en anhörig”, Hedlund, Cecilia, <http://www.svt.se/nyheter/lokalt/sormland/gps-larm-ska-gora-det-lattare-att-hitta-en-anhorig>, hämtad 2017-03-02 [cit. Sveriges Television, ”GPS-larm ska göra det lättare att hitta en anhörig”]

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Handyside mot Storbritannien, dom den 7 december 1976 (ansökningsnr 5493/72)

Sunday Times mot Storbritannien, dom den 26 april 1979 (ansökningsnr 6538/74)

Winterwerp mot Nederländerna, dom den 24 oktober 1979 (ansökningsnr 6301/73)

Guzzardi mot Italien, dom den 6 november 1980 (ansökningsnr. 7367/76)

X och Y mot Nederländerna, dom den 26 mars 1985 (ansökningsnr 8978/80)

Ashingdane mot Storbritannien, dom den 28 maj 1985 (ansökningsnr 8225/78)

Van der Leer mot Nederländerna, dom den 21 februari 1990 (ansökningsnr. 11509/85)

Herczegfalvy mot Österrike, dom den 24 september 1992 (ansökningsnr 10533/83)

Raninen mot Finland, dom den 16 december 1997 (ansökningsnr 20972/92)

Aerts mot Belgien, dom den 30 juni 1998 (ansökningsnr 61/1997/845/1051)

Pretty mot Storbritannien, dom den 29 juli 2002 (ansökningsnr 2346/02)

HM. mot Schweiz, dom den 26 maj 2002 (ansökningsnr 39187/98),

Y.F. mot Turkiet, dom den 22 juli 2003 (ansökningsnummer 24209/94)

Glass mot Storbritannien, dom den 9 mars 2004 (ansökningsnr 61827/00)

H.L. mot Storbritannien, dom den 5 oktober 2004 (ansökningsnr 45508/99)

Storck mot Tyskland, dom den 16 juni 2005 (ansökningsnr 61603/00)

Dodov mot Bulgarien, dom den 17 januari 2008, (ansökningsnr 59548/00)

Schtukaturrov mot Ryssland, dom den 27 mars 2008 (ansökningsnr 44009/05)

V.C. mot Slovakien, dom den 8 november 2011 (ansökningsnr 18968/07).

McDonald mot Storbritannien, dom den 20 maj 2014 (ansökningsnr 4241/12)

Högsta förvaltningsdomstolen f.d. Regeringsrätten

RA 2000 ref. 66

HFD 2013 ref. 39

Högsta domstolen

NJA 2015 s. 851

Hovrätten

Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut den 17 juli 2007 i mål nr ÖA 1368-07

Justitieombudsmannens ämbetsberättelse

JO 1980/81 s. 299

JO 1989/90 s. 207

JO 1990/91 s. 243

JO 2005/06 s. 101

JO 2008/09 s. 338

JO 2015/16 s. 482

JO 2016/17 s. 110

JO 2016/17 s. 548