



LUND UNIVERSITY

Hjärt- och/eller lungtransplantation för personer som saknar permanent uppehållstillstånd

Litins'ka, Yana

2020

Document Version:

Manuskriptversion, referentgranskad och korrigerad (även kallat post-print)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Litins'ka, Y. (2020). *Hjärt- och/eller lungtransplantation för personer som saknar permanent uppehållstillstånd.*

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Hjärt- och/eller
lungtransplantation för
personer som saknar
permanent
uppehållstillstånd



Yana Litins'ka

Innehåll

Om uppdraget.....	5
Sammanfattning.....	6
1 Inledande ord.....	10
1.1 Bakgrund.....	10
1.2 Rapportens upplägg och metodologiska övervägande.....	10
1.3 Avgränsningar	12
2 ”Vård som inte kan anstå” och avancerade behandlingar	13
2.1 Vilka behöver hjärt- och/eller lungtransplantation?.....	13
2.2 Allmänt om tillgång till subventionerad sjukvård för migranter i Sverige.....	14
2.3 <i>Vård som inte kan anstå</i> och organtransplantationer.....	17
2.3.1 <i>Vård som inte kan anstå</i> : begreppets tillkomst i svensk rätt.....	17
2.3.2 EU:s minimikrav för vård av asylsökande	19
2.3.3 Tillgänglig vård för utländska medborgare respektive statslösa personer: mänskliga rättigheter.....	20
2.3.3.1 Olika slag av statliga skyldigheter: introduktion.....	20
2.3.3.2 Rätten till hälsa och tillgång till organtransplantation	23
2.3.3.3 Staternas skyldighet att säkerställa rätten till liv och förbudet mot tortyr samt tillgången till organtransplantationer.....	26
2.3.4 Begreppet <i>vård som inte kan anstå</i> i svenska förarbeten och myndighetsbeslut.....	31
2.4 Svar på utredningens första fråga: utgör en hjärt- och/eller lungtransplantation <i>vård som inte kan anstå</i> ?	34
3 Att neka avancerad behandling på grund av avsaknad av permanent uppehållstillstånd.....	35
3.1 En överblick av det aktuella läget.....	35
3.2 Bedömningen att inte tillhandahålla organtransplantation: frågans juridiska karaktär	37

3.3 Legalitets- och objektivitetsprincipen.....	39
3.4 Officialprincipen.....	42
3.5 Rättighetsperspektiv: en överblick av förpliktelser.....	45
3.5.1 Rätten till privatliv och förutsebarhet.....	45
3.5.2 Rätten till liv och förbudet mot tortyr: begränsningar av positiva förpliktelser	47
3.5.3 Icke-diskriminering.....	48
3.5.4 Barnets bästa.....	57
3.6 Svar på fråga 2: vikten av permanent uppehållstillstånd för bedömningen	58
4. Käll- och litteraturförteckning	61

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FL	Förvaltningslag (2017:900)
FN	Förenta Nationerna
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (2017:30)
IVO	Inspektionen för vård och omsorg
lag 2008:344	Lag (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl.
lag 2013:407	Lag (2013:407) om hälso- och sjukvård till vissa utlänningar som vistas i Sverige utan nödvändiga tillstånd (härmed lag 2013:407)
MR	Mänskliga rättigheter
RF	Regeringsform (1974:152)

Om uppdraget

Jag har ombetts av statens medicinsk-etiska råd (Smer) att företa en rättsutredning avseende vilka möjligheter personer som saknar permanent uppehållstillstånd har att få avancerad vård i Sverige utifrån nu gällande regelverk. Med personer som saknar permanent uppehållstillstånd avses bl.a. asylsökande och papperslösa barn, asylsökande och papperslösa vuxna samt personer som har fått tidsbegränsat uppehållstillstånd. Rättsutredningen ska enligt uppdragsbeskrivningen utmyнна i besvarandet av två frågor:

Fråga 1. Om en hjärt- och/eller lungtransplantation omfattas av begreppet ”vård som inte kan anstå”.

Fråga 2. Om vårdpersonalen vid bedömningen av huruvida en person ska ges ett organ får väga in att patienten saknar permanent uppehållstillstånd och därför kan behöva åka tillbaka till sitt hemland där tillgången på livsnödvändig eftervård är osäker.

Tanken är att denna rättsutredning ska utgöra underlag för vidare analys utförd av Smer. Jag har instruerats att avsätta max. 80 arbetstimmar för detta arbete.

Denna promemoria överlämnades till Smer den 1 mars 2020.

Yana Litins'ka

Sammanfattning

I denna rapport analyseras frågor som avser möjligheterna att tillhandahålla eller neka en hjärt- och/eller lungtransplantation till personer som saknar permanent uppehållstillstånd i Sverige. Rapporten har ett rättsvetenskapligt tillvägagångssätt och innehåll. En rättsdogmatisk metod används för att analysera alla frågor som ingår i rapporten.

I kapitel 2 av denna rapport undersöks huruvida en hjärt- och/eller lungtransplantation omfattas av begreppet ”vård som inte kan anstå” (fråga 1). Numera nyttjas begreppet *vård som inte kan anstå* i lagstiftningen för att beskriva regioners skyldigheter att ge vård till vuxna asylsökande och vuxna papperslösa personer. Begreppet tillkom i svensk rätt i syfte att möjliggöra tillhandahållandet av mer omfattande vård till asylsökande. Möjligheterna att få *vård som inte kan anstå* utvidgades sedermera till att även omfatta papperslösa. *Vård som inte kan anstå* anses införliva kravet i EU:s direktiv 2013/33/EU att ge nödvändig hälso- och sjukvård till asylsökande. Detta betyder att det svenska begreppet *vård som inte kan anstå* ska tolkas direktivkonformt; minimikravet för svensk *vård som inte kan anstå* i relation till asylsökande är EU:s rättsliga krav på *nödvändig hälso- och sjukvård*.

EU:s direktiv innehåller ingen beskrivning av innebörden och omfattningen av begreppet nödvändig vård. En tolkning av lagtextens ordalydelse i ljuset av uttalanden gjorda i förarbetena till direktiv 2013/33/EU och EU-domstolens befintliga praxis ger emellertid vid handen att kraven för nödvändig sjukvård som minimum ska motsvara det krav som återfinns i tillämpliga konventioner om mänskliga rättigheter, i synnerhet Europakonventionen. Minimikravet för uppfyllande av det svenska begreppet *vård som inte kan anstå* är följaktligen att sådan vård som tillhandhålls i Sverige ska vara i enlighet med de internationella åtaganden som är hänförliga till mänskliga rättigheter och som Sverige är bundna av.

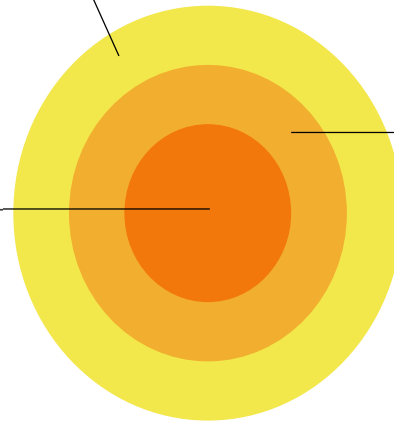
En analys av de krav som uppställs av de internationella mänskliga rättigheterna visar att staterna är skyldiga att tillhandahålla vård i situationer då en varaktig fara för liv föreligger, livslängden kommer att minska, eller patienten kommer att lida betydande psykiska eller fysiska men. I dessa situationer anses staten ha en positiv förpliktelse att skydda rätten till liv och/eller förhindra tortyr eller andra former av omänsklig eller förnedrande behandling. I fall där hjärt- och/eller lungtransplantation utgör en acceptabel metod inom hälso- och sjukvården i en specifik stat kan tillgången till organtransplantationer i tillämpliga fall utgöra en del av rätten till liv och förbudet mot tortyr. Stater äger neka organtransplantationer endast då det anses vara orimligt eller utgöra en oproportionerlig börda. I sådana situationer som beskrivs ovan har staten en skyldighet att erbjuda vård oberoende av individens medborgarskap eller legala status.

En analys av det svenska begreppet *vård som inte kan anstå* visar att lagstiftaren valt att ge detta en vidsträckt innebörd i syfte att öka möjligheten för asylsökande och

papperslösa att få den vård som de behöver. Huruvida en enskild omfattas av det svenska begreppet beror framför allt på den enskildes hälsotillstånd och framtidsprognos. Alla insatser utan vilka patienter riskerar att avlida, tvingas utstå fysiska eller psykiska men, eller livslängden kommer att minska, omfattas av begreppet. Även följdinsatser inkluderas i begreppet. Om en hjärt- eller lungtransplantation i det specifika fallet är nödvändig för att rädda patientens liv, minska patientens lidande, eller öka patientens livslängd, bedömer jag att den omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*.

Vård som inte kan anstå
enligt svensk lag

Insatser som är nödvändiga för att säkerställa att rätten till liv och förbudet mot tortyr efterlevs,
t.ex. insatser som syftar till att undanröja varaktig fara för liv, minskning av livslängden, eller betydande psykiska eller fysiska men



Nödvändig behandling av sjukdomar och läkarhjälp
enligt direktiv
2013/33/EU

I kapitel 3 behandlas utredningens andra fråga, dvs. om vårdpersonalen vid bedömningen av huruvida en person ska ges ett organ får väga in att patienten saknar permanent uppehållstillstånd och därför kan behöva åka tillbaka till sitt hemland där tillgången på livsnödvändig eftervård är osäker. Denna fråga har utretts utifrån ett mänskliga rättigheter-perspektiv samt utifrån nationella offentlighetsprinciper.

Analysen visar att vid bedömningen av möjligheterna att ge ett organ kan patientens förmåga att få eftervård vägas in. Svaret på frågan huruvida avsaknaden av permanent uppehållstillstånd får vägas in är avhängigt ett antal olika omständigheter, inklusive hur bedömningarna av möjligheterna att få eftervård görs i allmänhet, och vilka konsekvenser avsaknaden av permanent uppehållstillstånd får.

Prövningen av patientens möjligheter att erhålla eftervård kan sägas följa av kravet på att vården ska ges i enlighet med vad som är vetenskapligt och beprövat. Detta innebär att vårdgivare/vårdpersonal ej bör neka vård enbart på grund av att den vårdsökande saknar permanent uppehållstillstånd. Internationella medicinska

riktlinjer fokuserar på patientens mentala förmågor samt vederbörandes möjligheter att få socialt stöd, och inte på migrationsrättslig status. Internationella medicinska riktlinjer är inte formulerade på ett sådant vis att det uppställs krav på att utreda möjligheterna för patienten att bo i ett specifikt land, såsom exempelvis Sverige. Den nu rådande begränsningen av möjligheten att få vård och att placeras i väntelistor på grund av avsaknaden av permanent uppehållstillstånd framstår som oförutsebart för den vårdsökande. Något krav på permanent uppehållstillstånd för avancerad sjukvård kommer inte till uttryck i vare sig lagtext, praxis, förarbeten, medicinska riktlinjer eller skriftliga rutiner från transplantationsavdelningarna. På grund av att det krav på permanent uppehållstillstånd som i praktiken uppställs leder till oförutsägbarhet för patienten kan denna begränsning strida mot rätten till privatliv enligt artikel 8 Europakonventionen.

Analysen aktualiserar vidare frågan huruvida kravet på allas likhet inför lagen verkligen uppfylls då avsaknaden av permanent uppehållstillstånd vägs in i bedömningen av möjligheterna att ta emot organ. Med detta avses att i fall rörande svenska medborgare så tar bedömningen sikte på den mentala förmågan att mottaga eftervård, medan andra kriterier uppstår i fråga om personer med ett annat nationellt ursprung. Svenska medborgare kan emellertid, liksom personer med permanent uppehållstillstånd, byta status eller flytta till andra länder. Medborgarskap och permanent uppehållstillstånd utgör inte någon garanti för att patienten kommer att försätta bo i Sverige och därmed ha möjligheter för eftervård. För att uppnå likhet inför lagen är det nödvändigt att bl.a. skapa rutiner för hur utredningen av förmågan att få eftervård genomförs och säkerställa att samma kriterier uppställs för alla människor oavsett nationellt ursprung. Utredningen väcker även frågan huruvida personer med annat nationellt ursprung är föremål för diskriminering. I fall då patienter nekats möjligheter att få vård eftersom de inte placeras på väntelistor på grund av avsaknaden av permanent uppehållstillstånd kan det betraktas som diskriminering.

Frågor rörande utredningsansvarets omfattning och bevisbördans placering analyseras också i denna rapport. På grund av patientens utsatthet samt de intressen/rättigheter som påverkar situationen utmynnar utredningen i slutsatsen att graden av vårdens utredningsansvar är ganska högt i frågor som rör organtransplantation. Det innebär att ansvaret för att utreda möjligheterna till eftervård med nuvarande lagstiftning fram för allt vilar på vården. Det innebär i sin tur att sjukvården ställs inför betydande svårigheter att göra sakliga bedömningar avseende möjligheterna att få eftervård i framtiden i vissa länder. Det är inte sjukvården som fattar beslut om utvisningar, utan andra självständiga myndigheter, det finns bestämmelserna om sekretess i sjukvården som kan försvåra utredningen, samtidigt som den vårdsökandes hälsotillstånd i situationer involverande transplantation är av vikt att utredningen ej fördröjs. Samverkan mellan myndigheterna i dessa frågor anses problematisk. Det är också viktigt att beakta hälso- och sjukvårdens primära uppgift, nämligen att ge god vård på lika villkor till hela befolkningen. Principen om allas likhet inför lagen får betydelse även vid

tolkningen av utredningsansvaret och bevisbördans placering såtillvida att strängare krav på att bevisa möjligheter till eftervård ej kan uppställas för personer med ett annat nationellt ursprung. Detta väcker frågan om det även är nödvändigt att utreda hur länge en enskild kommer att kvarstanna i Sverige för att kunna placera personer med omfattande vårdbehov på väntelistan.

Vilka slutsatser bör sjukvården dra när möjligheterna att få vård i Sverige är oklara på grund av vårdsökandens migrationsrättsliga status? För egen del anser jag att osäkerhet i detta avseende för avgöras till förmån för den enskilde, eftersom frågan ytterst rör rätten till liv och förbudet mot tortyr. Patienter bör placeras på väntelistor även om det föreligger osäkerhet pga. av migrationsrättslig status. Det är också viktigt att hänsyn till likhet inför lagen visas vid hanteringen av frågan rörande bevisbördan; denna behöver hanteras på samma sätt för migranter och svenska medborgare. Vid bedömningen av möjligheterna att placera barn på väntelistor ska även barnets bästa beaktas. Några mer välgrundade och detaljerade slutsatser låter sig emellertid ej dras i avsaknad av relevanta rättskällor som behandlar bevisbördefrågor i somatisk sjukvård.

I utredningen analyseras frågor om rätten till liv, förbudet mot tortyr, och icke-diskriminering. Utredningen nödvändiggör särskiljandet av två situationer: (1) situationen då det finns ett organ och en patient prioriteras framför en annan eftersom vederbörande har bättre förutsättningar för eftervård och därför har bättre möjligheter att överleva, och (2) situationen då patienter nekas vård/plats på väntelistor på grund av att utsikterna till erforderlig eftervård är osäkra. Den första situationen kommer sannolikt ej att betraktas som ett åsidosättande av rätten till liv, förbudet mot tortyr eller diskrimineringsförbudet. I denna situation finns det en objektiv och rimlig förklaring till varför vissa patienter prioriteras i förhållande till andra och prioriteringen är nödvändig på grund av organbrist. Möjligheterna att få vård i Sverige kan indirekt komma att påverka bedömningen om prioriteringar. I den andra situationen kan frågor om kränkningar av rätten till liv, förbudet mot tortyr, och diskriminering uppstå. När patienten inte placeras på väntelistor nekas han eller hon möjligheten att få vård även om organ kommer att finnas tillgängliga. Placering på väntelistor kommer i sig sannolikt att betraktas som en rimlig eller proportionerlig börda för staten, och MR fackorgan betonar att rätten till liv och förbudet mot tortyr ska skyddas på samma sätt för alla människor oavsett migrationsrättslig status. Det är staten som helhet som bär ansvaret för sina MR-förpliktelser. Staten ska skydda rätten till liv och säkerställa att förbudet mot tortyr efterlevs både i vården och genom att inte utvisa människor till länder där vård ej kan erhållas med följderna att patienten därför kommer att dö. Jag är därför av uppfattningen att sådana situationer då patienter nekas tillgång till vård enbart på grund av sin migrationsrättsliga status kan strida mot mänskliga rättigheter.

1 Inledande ord

1.1 Bakgrund

Av 8 kap. hälso- och sjukvårdslagen (2017:30; HSL) framgår att en region har en skyldighet att erbjuda hälso- och sjukvård för personer som är bosatta inom regionen samt EU-medborgare som har rätt till vårdsförmåner enligt förordning 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen. Regionens ansvar sträcker sig emellertid längre än så. År 2008 och 2013 antog riksdagen lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl. (hädanefter: ”lag 2008:344”) och lagen (2013:407) om hälso- och sjukvård till vissa utlänningar som vistas i Sverige utan nödvändiga tillstånd (framledes: ”lag 2013:407”). Båda dessa lagar förpliktigar regioner, i egenskap av vårdgivare, att ska tillhandahålla bestämd subventionerad vård till vissa utlänningar. Som exempel på vård som regioner är skyldiga att ge kan nämnas *vård som inte kan anstå*. Begreppet *vård som inte kan anstå* har kritiserats från olika myndigheter och yrkesverksamma för att vara oklart i fråga om vilken typ av vård som omfattas.¹

Smer har mottagit frågor från yrkesverksamma inom hälso- och sjukvården rörande hur de ska agera i situationer när personer som saknar permanent uppehållstillstånd i Sverige är i behov av organtransplantationer. Ett antal utmaningar uppstår i samband med dessa avancerade behandlingar i situationer när det är osäkert om personerna kommer att stanna i Sverige. Dessa utmaningar är delvis relaterade till att personer som kan komma att utvisas eller lämna Sverige har begränsade möjligheter att få eftervård i hemlandet. Personalen inom hälso- och sjukvården saknar inte sällan information och möjligheter att utreda hur länge vården kan fortsätta i Sverige, eller hur lång tid en utvisning kan komma att dröja. I de flesta situationerna kan avsaknaden av eftervård eller fortsatt vård leda till att patienten avlider. Utmaningarna kan även vara kopplade till begränsade resurser, och till frågor om hur resurserna ska fördelas i relation till personer som är inte bosatta i Sverige. Dessa utmaningar gör sig framför allt gällande i situationer som rör organtransplantation, bl.a. på grund av organbrist.

1.2 Rapportens upplägg och metodologiska övervägande

Jag har fått i uppdrag av Smer att företa en juridisk analys av två frågor. Dessa frågor är följande:

¹ Socialstyrelsen, *Vård för papperslösa: Vård som inte kan anstå, dokumentation och identifiering vid vård till personer som vistas i landet utan tillstånd* 2014, s. 18; Flodin, T, *Slopa uttrycket »vård som inte kan anstå«*; Westin, J, *Krav på större tydlighet om vård till migranter*; Ortiz, J M I, *Vems vård kan vänta?*

Fråga 1. Om en hjärt- och/eller lungtransplantation omfattas av begreppet ”vård som inte kan anstå”.

Fråga 2. Om vårdpersonalen vid bedömningen av huruvida en person ska ges ett organ får väga in att patienten saknar permanent uppehållstillstånd och därför kan behöva åka tillbaka till sitt hemland där tillgången på livsnödvändig eftervård är osäker.

I uppdraget ingår därför att analysera svenska nationella regler med hjälp av en rättsdogmatisk metod. Med uttrycket ”rättsdogmatisk metod” avses att jag söker fastställa gällande rätt genom att analysera relevanta rättskällor (lagtext, rättsfall, förarbeten och doktrin). Om de svenska reglerna är otydliga kan tolkningen av det svenska regelverket även göras i ljuset av Sveriges internationella åtaganden om mänskliga rättigheter (konventions- eller fördragskonform tolkning.² En konventionskonform tolkning är dock omöjlig när de svenska nationella reglerna är tydliga eller om de svenska reglerna står i direkt strid med relevanta internationell traktater.³ En konventionskonform tolkning kan även vara relevant vid tolkningen av EU-rättsliga bestämmelser, t.ex. när EU-reglerna formulerats under hänvisning till standarder i andra konventioner. För att förstå hur utredningen av frågor huruvida en person ska ges ett organ när han eller hon saknar permanent uppehållstillstånd går till i verkligheten vände jag mig till samtliga avdelningar som tillhandhåller hjärt- och lungtransplantationer. De frågor som tillställdes avdelningarna vid intervjuer eller skriftligen redovisas i avsnitt 3.1.

För att kunna besvara **fråga 1** ingår i uppdraget att beskriva tillkomsten och tolkningen av begreppet *vård som inte kan anstå* med hjälp av nationella samt EU-rättsliga källor. För det fall dessa rättskällor inte skulle ge något tydligt svar på frågan om hur begreppet ska tolkas kan även konventioner om mänskliga rättigheter användas för att tydliggöra begreppet. Sverige har genom åren ingått en rad internationella överenskommelser upprättade av Förenta Nationerna (FN) och Europarådet. Vissa av dessa överenskommelser, såsom Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och FN:s konvention om barnets rättigheter gäller numera som svensk lag. Men även andra konventioner av FN och Europarådet kan utgöra stöd vid tolkningen av begreppet *vård som inte kan anstå*. De internationella konventioner som reglerar rätten till hälsa/rätten till medicinsk hjälp, såsom Europarådets europeiska sociala stadga (reviderad), FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR) och FN:s konvention för skydd av migrantarbetare och deras familjers rättigheter, kan vara aktuella för tolkning. Även andra internationella instrument som reglerar rätten till liv, förbudet mot tortyr och omänsklig eller förnedrande behandling, t.ex. FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, kan vara relevanta för utredningen. Fråga 1 har besvarats i kapitel 2.

² Prop. 2017/18:186 s. 60–61, 73.

³ Prop. 1993/94:117 s. 37–38 och prop. 2017/18:186 s. 86–87.

För att besvara fråga 2 fordras en närmare analys av principerna och ramarna för beslutsfattande för placering av personer på väntelistor för organtransplantation (avsnitt 3.1). Såväl nationell som internationell rätt innehåller ett antal principer och regler som är grundläggande för beslutsfattande av personer som representerar offentlig makt, inkl. dem som fattar beslut om att ge eller vägra organtransplantation eller annan avancerad behandling, samt dem som bestämmer över kostnader för sådana procedurer. Inom ramen för denna utredning (av fråga 2) kommer principer som legalitetsprincipen, objektivitetsprincipen, officialprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, och principen om barnets bästa att undersökas närmare. Det är också angeläget att närmare analysera om beslut att neka en hjärt- och/eller lungtransplantation kan leda till att man bryter mot ett åtagande som följer av internationella konventioner om mänskliga rättigheter. Fråga 2 har besvarats i kapitel 3.

1.3 Avgränsningar

Som framgår av den lämnade uppdragsbeskrivningen ska uppdraget inte överskrida 80 arbetstimmar. Mot denna bakgrund behöver vissa avgränsningar göras.

Syftet med studien är att analysera den rättsliga ställningen i vården för personer som saknar permanent uppehållstillstånd. EU-medborgare behöver i och för sig inte ha uppehållstillstånd för att befinna sig i Sverige, men kan befinna sig i Sverige med uppehålls*rätt*. Det framgår emellertid av uppdragsbeskrivningen att Smer önskar få utreda frågor som gäller den juridiska statusen för utlänningar som saknar permanent uppehåll*stillstånd*. Utredningen ska därför framför allt fokusera på tredjelandsmedborgare, och bara indirekt på EU-medborgare.⁴

Både Europarådets och Förenta Nationernas (FN:s) dokument kommer att analyseras. Genom Europarådet försorg har antagits mer än 200 olika MR-konventioner. Tre av Europarådets konventioner som Sverige tillträtt är särskilt viktiga för att besvara de ovan identifierade frågorna. Dessa är Europakonventionen, Europeiska sociala stadgan (reviderad), och Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna och biomedicinen (inkl. protokoll). Enbart dessa konventioner kommer att diskuteras. Nio dokument betraktas som ”kärndokument” i FN:s system. Jag kommer enbart att kartlägga åtaganden enligt konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, konventionen mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, samt konventionen om barnets rättigheter.

⁴ Det är dock värt att notera att EU-rätten uppställer strikta krav på likabehandling av EU-medborgare och deras familjemedlemmar. Av artikel 24 direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 framgår att EU-medborgare och deras familjemedlemmar som har uppehålls*rätt* eller permanent uppehålls*rätt* ska åtnjuta samma behandling som medlemsstatens egna medborgare.

Internationella arbetsorganisationen (ILO) har även framarbetat ett flertal konventioner som kan tillämpas på personer utan permanent uppehållstillstånd. Dessa har emellertid inte utgjort föremål för utredningens analys.

2 ”Vård som inte kan anstå” och avancerade behandlingar

2.1 Vilka behöver hjärt- och/eller lungtransplantation?

Lung- och/eller hjärttransplantation är en av metoderna för behandling av svårt sjuka patienter i Sverige. Den 19 november 2008 beslutade Socialstyrelsens Rikssjukvårdsnämnd att lung- och/eller hjärttransplantationer utgör högspecialiserad vård (rikssjukvård).⁵ Detta innebär bl.a. att de som vill bedriva organtransplantationer ska ansöka om tillstånd från Socialstyrelsen. Idag är det Västra Götalandsregionen, genom Sahlgrenska universitetssjukhuset, och Region Skåne, genom Skånes universitetssjukhus, som har tillstånd att bedriva lungtransplantationer, hjärttransplantationer och hjärt- och lungtransplantationer.⁶ Dessa avdelningar bestämmer vilka patienter som placeras på väntelistor för organtransplantationer.

Enligt Socialstyrelsen uppstår behov av hjärttransplantationer vid hjärtsvikt.⁷ Detta betyder att hjärtat ej förmår bibehålla normal blodcirkulation. Eftersom blodcirkulationen inte fungerar normalt kan hjärtsvikt även leda till andra organ slutar att fungera.⁸ Lungtransplantation behövs i de fall patienter har lungsvikt pga. kronisk-obstruktiv lungsjukdom (KOL), lungfibros (IPF), cystisk fibros (CF) eller andra sjukdomar med kronisk lunginfektion eller pulmonell hypertension (PH).⁹ Hjärt-lungtransplantation behövs ofta för patienter som erhållit ovannämnda diagnoser och som undergått flera hjärtoperationer eller har hjärtsjukdomar som påverkar blodförsörjning till lungor.¹⁰

⁵ Enligt 7 kap. 5 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) har Socialstyrelsen, som myndighet utsedd av regeringen, befogenheter att bestämma vilken hälso- och sjukvård som ska bedrivas som högspecialiserad (rikssjukvård).

⁶ Socialstyrelsens beslut av den 2015-12-16 (dnr 10071/2015); Socialstyrelsens beslut av den 2015-12-16 (dnr 10068/2015); Socialstyrelsens beslut av den 2015-12-16 (dnr 10034/2015); samt Socialstyrelsens beslut den 2015-12-15 (dnr 10038/2015).

⁷ Socialstyrelsen, Hjärt- och lung-transplantationer som rikssjukvård 2008 s. 13.

⁸ A.a., s. 14.

⁹ A.a., s. 19.

¹⁰ A.a., s. 18–19.

Samtliga ovannämnda typer av transplantationer har gemensamt att de endast tillhandhålls när ett organ som kan transplanteras faktiskt finns tillgängligt, och uteslutande om andra alternativa behandlingsmöjligheter uttömts.¹¹ Dessa typer av organtransplantationer anses att utgöra *livräddande* behandling. Samtidigt medför transplantationerna allvarliga risker för liv och hälsa. Som exempel kan nämnas att avstötning kan förekomma efter transplantationen, till undvikande av vilket patienten behöver immunförsvarshämmande mediciner på daglig basis under resten av sitt liv. Avvikelse från föreskrivna immunförsvarshämmande läkemedel eller felaktig dosering av läkemedel kan innebära att patienten dör väldigt hastigt. Immunförsvarshämmande medicinering kan i sin tur leda till andra biverkningar, såsom njursvikt.¹² Kapaciteten hos transplanterade organ kan också förändras över tid och behov av en ny transplantation kan därför uppstå.

För att patienten ska komma i fråga för en transplantation behöver han eller hon ha tillräckliga svårigheter med hjärta och/eller lungor, men annars vara tillräckligt frisk för att kunna undergå denna svåra typ av operation. Det är bara personer som anses uppfylla dessa kriterier som placeras på väntelistor. Det finns inga möjligheter att transplantera hjärtan och/eller lungor för personer som ännu inte är tillräckligt sjuka, eftersom det i Sverige, liksom i alla andra länder, råder stor organbrist.

Eftersom hjärt- och/eller lungtransplantationer innebär allvarliga och livslånga risker för liv och hälsa, är möjlighet till regelbunden kontakt med vården, tillgång till socialt stöd som underlättar dessa kontakter, samt skötseln av den egna medicineringen otroligt viktiga faktorer.¹³ Vid organbrist betyder brister i något eller flera av dessa hänseenden att patienten som inte fick eftervård sannolikt kommer att dö samtidigt som en annan patient inte erhöll något organ.

2.2 Allmänt om tillgång till subventionerad sjukvård för migranter i Sverige

Sverige är ett mångkulturellt land med olika grupper av utlänningar som vistas och bor här. Enligt utlänningslagen (2005:716) och EU:s lagstiftning görs det en åtskillnad mellan olika grunder enligt vilka en utlänning lagligen kan befinna sig i Sverige. Som exempel kan nämnas att utlänning får vistas här om han eller hon har:

- visering;
- uppehållsrätt eller permanent uppehållsrätt;
- uppehållstillstånd eller arbetsstillstånd eller permanent uppehållstillstånd;
- flyktning- eller skyddsbehövandestatus; eller

¹¹ A.a., s. 15 och 19.

¹² A.a., s. 17.

¹³ A.a., s. 17–18 och 21–23.

- sökt asyl.¹⁴

Vissa personer vistas och bor i Sverige utan att ha laglig grund för detta.

EU-medborgare som lagligen vistas i Sverige kan inte få tidsbegränsat eller permanent uppehållstillstånd i form av ett dokument. EU-medborgare har istället uppehållsrätt, dvs. en juridisk rättighet (eller status). Till skillnad från uppehållstillstånd finns det inte något gemensamt dokument (såsom ex. ett kort) som bekräftar att EU-medborgare har uppehållsrätt. EU-medborgares permanenta uppehållsrätt kan dock intygas av Migrationsverket. Observera emellertid att både permanent uppehållsrätt och permanent uppehållstillstånd kan återkallas om en person bor i andra länder under långa tidsperioder.

Regioner ansvarar för att tillhandahålla subventionerad hälso- och sjukvård, bl.a. till personer som anses vara bosatta inom regionen.¹⁵ Personer som saknar permanent uppehållstillstånd kan alltjämt vara bosatta i Sverige, vilket vanligtvis är fallet när de är folkbokförda i riket.¹⁶ Enligt 3 § folkbokföringslagen (1991:481), kan en person folkbokföras här i riket när det kan antas att vederbörande regelmässigt kommer tillbringa sin natt- eller dygnsvila i Sverige under minst ett år.¹⁷ Lagstiftaren uppställer inte några ytterligare villkor, såsom krav på permanent uppehållstillstånd, som förutsättning för tillgång till god vård för dem som är bosatta i regionen.

Tillgång till subventionerade hälso- och sjukvårdsinsatser för personer som inte anses vara bosatta i Sverige skiljer sig från sådan tillgång för dem som är bosatta. Enligt 8 kap. 4 § HSL har regionerna skyldighet att ge omedelbar vård till personer som vistas i regionen.¹⁸ Begreppet omedelbar vård har dock varit föremål för olika tolkningar.¹⁹ Från maj 1996 fanns det en överenskommelse mellan staten och Landstingsförbundet om landstingens åtaganden och statens ersättning för hälso- och sjukvård till asylsökande m.fl. Enligt överenskommelsen var Landstingsförbundet skyldigt att rekommendera till landstingen (numera regioner)

¹⁴ För mer information om olika grunder för laglig vistelse i Sverige se t.ex. Thorburn, Stern, R., *Makt, myndighet, människa: en bok i speciell förvaltningsrätt*, s. 25–38.

¹⁵ Observera att vissa EU-medborgare som är bosatta i Sverige kan ha omfattande rättigheter till tillgång till svensk hälso- och sjukvård. Se t.ex. Erhag, T., *Socialrätt under omvandling - om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, s. 162.

¹⁶ Notera att folkbokföring är det vanligaste och enklaste tillvägagångssättet för att bevisa bosättning i Sverige. Svenska myndigheter kan emellertid även göra en helhetsbedömning av huruvida en person är bosatt i Sverige trots att han eller hon inte är folkbokförd. Se SOU 2017:05 s. 212–213, 458–459 och 532 f.; Erhag, a.a., s. 162; och Zillén, K., *Barn i välfärdsstatens utkant - om rätten till sjukvård för barn som är unionsmedborgare och som lever i ekonomisk utsatthet i Sverige*, s. 69.

¹⁷ Även det förhållandet att personen regelmässigt tillbringar sin dygnsvila i Sverige minst en gång i veckan kan innebära att kravet för bosättning är uppfyllt.

¹⁸ Se även prop. 1981/82:97 s. 120.

¹⁹ Se vidare diskussionen i avsnitt 2.2 och prop. 1993/94:94 s. 54–55.

att erbjuda asylsökande vård som inte kan anstå. Staten åtog sig i gengäld att ersätta dessa typer av insatser. Riksdagen har också fattat ett antal beslut för att utvidga tillgången till vård för olika grupper av icke-bosatta personer, såsom exempelvis gömda barn eller personer som innehar tidsbegränsade uppehållstillstånd.²⁰

2008 och 2013 beslutade riksdagen att lagstadga regionernas skyldighet att ge sjukvård åt asylsökande och utlänningar som vistas i Sverige utan stöd av myndighetsbeslut eller författning (denna personkategori kommer framgent nämnas under samlingsbeteckningen ”papperslösa”).²¹ Enligt lagen (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl. (framledes: ”lag 2008:344”) och lagen (2013:407) om hälso- och sjukvård till vissa utlänningar som vistas i Sverige utan nödvändiga tillstånd (hädanefter: ”lag 2013:407”) har regionerna en skyldighet att tillhandahålla bl.a. följande typer av subventionerade insatser till asylsökande och papperslösa som har fyllt 18 år:

- vård som inte kan anstå,
- mödrahälsovård,
- vård vid abort,
- preventivmedelsrådgivning, och
- hälsoundersökningar.

Det kan även finnas speciallagstiftning som reglerar frågor rörande tillgång till mer specifika insatser för ovannämnda grupper, men denna lagstiftning faller utanför ramen för utredningen.²² Det bör dock även betonas att lagstiftaren endast uppställt minimikrav för regionerna, dvs. det står följaktligen regionerna fritt att erbjuda vård utöver vad som anges i HSL, lag 2008:344 och lag 2013:407.

För asylsökande och papperslösa som är under 18, ska vård erbjudas i samma omfattning som för barn bosatta i Sverige enligt 5 § lag 2008:344.

Enligt 5 § 2 st. lag 2013:407 gäller lagen enbart för personer vars vistelse i Sverige inte är avsedd att vara tillfällig. Lagstiftaren avsåg därför att begränsa tillgången till subventionerad vård för dem vars vistelser bär karaktären av besök. Lagen ska inte tillämpas på turister (inkl. medicinska turister) eller affärsresenärer som saknar

²⁰ För redovisning av dessa beslut se prop. 2007/08:105 s. 14–15.

²¹ Notera att benämningen av en persons status som papperslös inte innebär att denna person inte innehar några dokument som möjliggör för honom eller henne att identifiera sig, utan snarare att det inte finns något myndighetsbeslut eller någon författning som ger personen rätt att lagligen vistas i ett land.

²² Papperslösa personer och asylsökande har även tillgång till subventionerade läkemedel. För asylsökande är det Migrationsverket, och inte regionerna, som står för kostnaderna för subventionerade läkemedel.

tillstånd att befinna sig i landet.²³ Till dem ska regionerna endast tillhandhålla akutvård.

Det är uppenbart att andra typer av insatser än *vård som inte kan anstå* saknar bäring på möjligheten att ta emot hjärt- och/eller lungtransplantationer. För att besvara de för utredningen aktuella frågorna krävs en närmare analys av begreppet *vård som inte kan anstå*.

Personer som inte anses bosatta här i riket, som inte tillhör en personkrets identifierad i lag 2008:344, lag 2013:407 eller EU:s förordning 883/2004, eller som inte har sjukförsäkring måste själva betala för sjukvård. I fråga om dessa personer har lagstiftaren bara auktoriserat akutvård, förutsatt att regionerna själva inte, frivilligt, tillhandahåller mer omfattande insatser.²⁴

2.3 *Vård som inte kan anstå* och organtransplantationer

2.3.1 *Vård som inte kan anstå*: begreppets tillkomst i svensk rätt

Hänvisningar till begreppet *vård som (inte) kan anstå* förekommer i inhemska rättskällor ända sedan 1980-talet.²⁵ Som exempel på hur närliggande begrepp kommit till uttryck och begreppet utvecklats kan följande uttalande i propositionen till hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) nämnas:

Läkaren eller annan som svarar för vården bör liksom hittills få avgöra om en vårdsökande behöver omedelbar vård eller *om vården kan anstå* till dess den vårdsökande kommer till sitt eget län eller dit där han annars har att söka vård.²⁶ (kursivering tillhandahållen)

I propositionen kontrasteras begreppet *vård som kan anstå* med omedelbar vård. Propositionen förutsätter vidare att vården kan nås på en annan plats, nämligen ett annat landsting där patienten är bosatt, utan allvarliga hinder.²⁷

²³ Prop. 2012/13:109 s. 40–41. Observera även att begreppet “tillfällig vistelse” kritiserades av vissa remissinstanser för att det verkade vara oklart.

²⁴ Zillén, K. a.a.,s., s. 73 ff.

²⁵ För en redovisning av begreppets användning innan ikraftträdandet av lag 2008:344 och lag 2013:407, se Socialstyrelsen, *Vård för papperslösa: Vård som inte kan anstå, dokumentation och identifiering vid vård till personer som vistas i landet utan tillstånd* 2014, s. 14.

²⁶ Prop. 1981/82:97 s. 120.

²⁷ Begreppet *vård som kan anstå* begagnades varken i SOU:n till hälso- och sjukvårdslagen, eller i lagtexten. Det är därför omöjligt att dra några mer säkra slutsatser om innebörden av begreppen, och relationen dessa emellan, i lag 2008:344 och lag 2013:407 samt propositionen.

Användningen av begreppet *vård som inte kan anstå* behandlades vidare i Regeringens proposition 1993/94:94.²⁸ I propositionen diskuterades frågor om mottagning av asylsökande och statlig ersättning för hälso- och sjukvård till asylsökande. Socialstyrelsen, som var en av remissinstanserna, lyfte problematiken att hälso- och sjukvårdslagen tillåter tillgång till omedelbar vård, vilket enligt Socialstyrelsen kunde betraktas som synonymt med akutvård. Asylsökande, uttalade man, kan emellertid inte återvända till sina hemländer för att få hälso- och sjukvårdsinsatser på samma sätt som svenska bosatta i ett annat landsting kan (och som antogs vara fallet i de ovan citerade förarbetena till hälso- och sjukvårdslagen). Det ansågs därför problematiskt att använda det medicinska begreppet *akutvård* i förhållande till asylsökande. Det behövdes därför göras en annan bedömning av vad som skulle anses utgöra nödvändig vård där asylsökandes särskilda omständigheter beaktades. Utifrån diskussionen i propositionen är det tydligt att vuxna asylsökande enligt praxis erhöll vård utöver vad som anses vara *akut* i medicinsk mening. Enligt propositionen hade barn möjlighet till barnhälsovård i samma utsträckning som svenska barn.²⁹ För att skilja mellan akutvård i strikt medicinsk bemärkelse och vård som behövdes för asylsökande som inte kan återvända till sina hemländer, ansåg Regeringen och Socialstyrelsen att ett annat begrepp - *vård som inte kan anstå* - var nödvändigt att använda.³⁰

Begreppet *vård som inte kan anstå* kodifierades sedan genom lag 2008:344. En anledning till detta var införlivandet av direktiv 2003/9/EG om miniminormer för mottagandevillkor av asylsökande i medlemsstaterna.³¹ Enligt artikel 15 i direktivet krävs att EU:s medlemsstater säkerställer tillgång för asylsökande till akut vård, *nödvändig behandling av sjukdomar, samt nödvändig läkarhjälp eller annan hjälp för asylsökande nödvändig med särskilda behov*. Den svenska lagstiftaren ansåg att det för att införliva direktivet var nödvändigt att tydliggöra att asylsökande inte bara har tillgång till akut vård (eller omedelbar vård som anges i hälso- och sjukvårdslagen), utan även andra typer av insatser som EU-direktivet kräver. Begreppet *vård som inte kan anstå* ansågs införliva direktivets krav på tillgång till nödvändig behandling av sjukdomar och läkarhjälp för sökande med särskilda behov.³² Begreppet *vård som inte kan anstå* bör därför heller inte tolkas snävare än att det inrymmer de EU-rättsliga krav följer av direktivet.

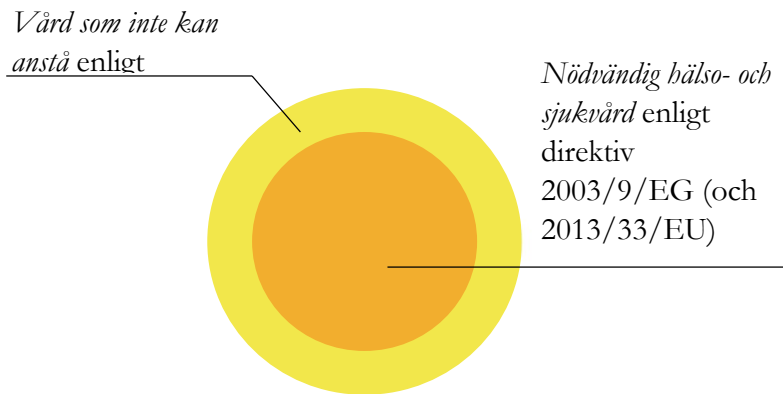
²⁸ Prop. 1993/94:94 s. 53.

²⁹ A. prop. s. 54–55.

³⁰ A. prop. s. 54–55.

³¹ SOU 2003:89 s. 35–36 och 101. Direktivet är numera upphävt och ersatt med direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013.

³² Prop. 2007/08:105 s. 9–11 och 29; SOU 2003:89 s. 101.



2.3.2 EU:s minimikrav för vård av asylsökande

Begreppet *vård som inte kan anstå* ansågs införliva de som uppställs i direktiv 2003/9/EG. Direktiv 2003/9/EG om miniminormer för mottagandevillkor av asylsökande i medlemsstaterna har numera ersatts av direktiv 2013/33/EU om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd. I direktiv 2013/33/EU finns ett antal krav för mottagning som tar sikte på hälso- och sjukvård. Enligt artikel 5 i direktivet ställs det exempelvis krav på EU:s medlemsstater att tillse att asylsökande får information om den hälso- och sjukvård till vilken asylsökande har tillgång. Medlemsstaterna har även en skyldighet att tillse att asylsökande har en rimlig levnadsstandard som skyddar deras fysiska och psykiska hälsa (art. 17). Minimikraven för hälso- och sjukvård fastslås i artikel 19 i direktivet:

Artikel 19

Hälso- och sjukvård

1. Medlemsstaterna ska se till att sökande får nödvändig hälso- och sjukvård som åtminstone ska innefatta akutsjukvård och nödvändig behandling av sjukdomar och allvarliga psykiska störningar.

2. Medlemsstaterna ska sörja för nödvändig läkarhjälp eller annan hjälp för sökande med särskilda mottagandebehov, inklusive lämplig psykisk vård när det behövs.

Artikel 21 i direktiv 2013/33/EU kräver vidare att EU:s medlemsstater i sina nationella rättssystem beaktar den speciella situation i vilken utsatta personer och personer som lider av allvarliga sjukdomar befinner sig. Minimikraven för hälso- och sjukvård för asylsökande är högre än akutsjukvård. Men hur ska begreppet *nödvändig sjukvård* eller *nödvändig behandling av sjukdomar* tolkas?

En tolkning av begreppen enligt denna ordalydelse medger att de ges en vidsträckt innebörd med avseende på omfattningen, dvs. att all vård som anses vara nödvändig faller inom ramen för dessa begrepp. Någon egentlig definition av vad som utgör nödvändig sjukvård/behandling av sjukdomar står emellertid ej att finna i den unionsrättsliga lagstiftningen. EU-domstolen har heller hittills inte preciserat

innebörden av bestämmelserna som rör omfattningen av den sjukvård som ska vara tillgänglig enligt direktiv 2013/33/EU. Däremot har EU-domstolen fastslagit att medlemsstaterna ska säkerställa att förbudet mot omänsklig och förnedrande behandling garanteras i förhållande till sjukvård den sjukvård som tillhandahålls. Vad som anses som förnedrande och omänsklig behandling ska förstås mot bakgrund av den minimistandard som garanteras i Europakonventionen.³³

I förarbetena till direktiv 2013/33/EU förklaras att begreppet *nödvändig sjukvård* medför ett antal minimikrav när det gäller asylsökande, nämligen tillgång till primär sjukvård. I de fall då en läkare bedömer att vården ”inte kan skjutas upp” är säkerställandet av tillgång till specialiserad sjukvård nödvändigt.³⁴ I förarbetena återfinns inga uttryckliga hänvisningar till frågor om organtransplantation. Detta betyder emellertid inte nödvändigtvis att organtransplantation exkluderas från direktivets tillämpningsområde. Här anser jag, å ena sidan, att direktivet enbart uppställer minimikrav, och att EU:s medlemsstater således är fria att bestämma att asylsökande ska ha rätt till alla former av hälso- och sjukvårdsinsatser. Å andra sidan kan omfattningen av den sjukvård som måste göras tillgänglig inte fastställas oavhängigt människans värdighet. EU:s medlemsstater ska organisera sin hälso- och sjukvård på ett sätt som säkerställer att asylsökande har möjlighet att förverkliga sina grundläggande rättigheter.³⁵ Svaret på frågan om nödvändig vård för asylsökande är följaktligen beroende av vilka krav som uppställs i konventioner om mänskliga rättigheter. Vilka dessa krav är kommer att undersökas nedan i avsnitt 2.3.3.2-3. I detta sammanhang bör vidare understrykas att det enligt förarbetena till EU-direktivet är de yrkesverksammas bedömning som skall vara vägledande i frågan avseende vilken vård, utöver den primära, som en patient ska ha tillgång till.

2.3.3 Tillgänglig vård för utländska medborgare respektive statslösa personer: mänskliga rättigheter

2.3.3.1 Olika slag av statliga skyldigheter: introduktion

Som framgått av den ovan förda diskussionen infördes begreppet *vård som inte kan anstå* uttryckligen i svensk rätt som en följd av EU:s direktiv om mottagningsvillkor för asylsökande. EU-rätten använder sig av begreppet *nödvändig behandling av sjukdomar*. Det EU-rättsliga begreppet är kopplat till de krav som uppställs i

³³ EU-domstolens dom av den 16 februari 2017 i mål C-578/16 PPU, *C. K. m.fl. mot Republika Slovenija*, ECLI:EU:C:2017:127, p. 75–80.

³⁴ Förslag till Rådets direktiv om miniminormer för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna /* KOM/2001/0181 slutlig - CNS 2001/009.

³⁵ EU domstolen anser att en asylsökande ska ha tillgång till materiella mottagningsvillkor så snart asylsökanden lämnar in sin asylansökan. Se skäl 9, 10, 11, 35 i direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013 och EU-domstolens dom av den 27 februari 2014 i mål C-79/13 *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers mot Selver Saciri m.fl.*, ECLI:EU:C:2014:103 som gällde en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF från Arbeidshof te Brussel (Belgien), genom beslut av den 7 februari 2013, och som inkom till domstolen den 15 februari 2013, s. 35.

konventioner om mänskliga rättigheter (hädanefter: ”MR-konventioner”). I avsnitt 2.3.3 kommer jag utreda om rätten till tillgång till en hjärt- och/eller lungtransplantation skulle kunna betraktas som ett krav enligt MR-konventioner. Frågan kommer analyseras utifrån Sveriges MR-åtaganden enligt Europarådets och Förenta Nationernas (FN:s) MR-konventioner. Europakonventionen kommer att behandlas i detta avsnitt, trots dess status såsom svensk lag.

Vissa av Europarådets och FN:s konventioner innehåller en uppdelning mellan, å ena sidan, medborgerliga (civila) och politiska rättigheter, och, å den andra, ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. När jag hädanefter hänvisar till medborgerliga och politiska rättigheter använder jag begreppet civila rättigheter. När jag hänvisar till ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter använder jag begreppet sociala rättigheter. Uppdelningen mellan civila och sociala rättigheter är tydlig i såväl Europakonventionen som den Europeiska sociala stadgan, samt i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter och FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Staternas skyldigheter enligt dessa konventioner har formulerats på olika sätt, vilket kommer utredas nedan.

Skyldigheterna enligt Europakonventionen och FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter måste realiseras omedelbart,³⁶ dvs. i de flesta fallen spelar det inte någon större roll vilka resurser staterna har, utan de måste respektera och tillförsäkra enskilda de rättigheter som kommer till uttryck i konventionerna. Som exempel på rättigheter som kommer till uttryck i konventionerna kan nämnas rätten till liv, rätten till privatliv, förbudet mot tortyr eller grym, omänsklig eller förnedrande behandling (framledes: ”tortyr”).

Det förhåller sig emellertid annorlunda när det gäller staternas skyldigheter i fråga om sociala rättigheter. Staternas skyldigheter när det gäller sociala rättigheter, såsom rätten till hälsa, realiseras i stället gradvis; det handlar om en fortsatt skyldighet att så snabbt och effektivt som möjligt stegvis nå en fullständig realisering av dessa rättigheter. Staternas möjligheter och skyldigheter är således avhängiga vilka resurser som finns tillgängliga.³⁷ Att staterna successivt ska uppnå den fulla realiseringen av en social rättighet innebär dock samtidigt att en försämring av

³⁶ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *General Comment No. 31* [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, p. 5 och 14.

³⁷ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 3* The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23, p. 1, 2 och 9; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 13/2002 Autism-Europe v. France, p. 53; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 69/2011 Defence for Children International (DCI) v. Belgium p 70–71; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 114/2015 EUROCEF v. France, p. 163; och Roscam Abbing, D. C. H., *The Right to Care for Health: The Contribution of the European Social Charter*, s. 189.

denna realisering, dvs. en utveckling i motsatt riktning, kan strida mot åtagandet om dessa regressivt verkande åtgärder inte är välmotiverade.³⁸

Det kan vara svårt att dra en skarp gräns mellan civila och sociala rättigheter. Det är därför nödvändigt att inta ett integrerat förhållningssätt i fråga om förståelsen av omfattningen av statens skyldigheter.³⁹ Det bör understrykas att varje rättighet, inklusive rätten till hälsa, består dels av en så kallad kärnförpliktelse som har en omedelbar verkan, dels av ett lager av förpliktelse som ska realiseras successivt beroende på statens resurser. Det kan ibland vara svårt att i ett enskilt fall avgöra om konkret medicinsk behandling utgör en kärnförpliktelse eller om dess förverkligande är avhängigt statens resurser.

Majoriteten av MR-konventioner utgår från att staterna har skyldigheter i relation till alla människor, m.a.o. att mänskliga rättigheter är universella.⁴⁰ Det spelar alltså ingen roll om människor har tillstånd att befinna sig i ett land som är part till en MR-konvention eller ej.⁴¹ Det finns dock ett undantag. Den Europeiska sociala stadgans bilaga har följande lydelse:

Without prejudice to Article 12, paragraph 4, and Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned, subject to the understanding that these articles are to be interpreted in the light of the provisions of Articles 18 and 19.

This interpretation would not prejudice the extension of similar facilities to other persons by any of the Parties.⁴² (kursivering tillhandahållen)

Bestämmelsen innebär att, som huvudregel, kan inte alla artiklar i den Europeiska sociala stadgan tillämpas på papperslösa personer. Den andra meningen kan dock förstås som att för det fall staten bestämmer sig för att utvidga sina skyldigheter gentemot papperslösa personer så gäller konventionen även för dem.⁴³ Europarådets Kommitté om sociala rättigheter har uttalat att det strider mot

³⁸ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 3* The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23, p. 9; FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14* The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 32; Lind, A.-S., *Sociala rättigheter i förändring — En konstitutionellrättslig studie*, s. 262–264.

³⁹ Europadomstolen, *Airey v. Ireland*, Application number 6289/73, Judgment of 9 October 1979, p. 24; och Lind, a.a., s. 184 ff.

⁴⁰ Se t.ex. Thorburn Stern, R., *Socialrätt under omvandling - om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, s. 198–199.

⁴¹ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Statement of interpretation on the rights of refugees under the European Social Charter, 280th session of the European Committee of Social Rights in Strasbourg, 7–11 September 2015, p. 3.

⁴² Bilaga till Europeiska sociala stadgan (reviderad).

⁴³ Lind., a.a., s. 246.

stadgan att neka papperslösa personer rätt till medicinsk hjälp.⁴⁴ Förklaringen till detta är att det finns en stark koppling mellan rätten till medicinsk hjälp och sådana rättigheter som måste realiserats omedelbart (rätten till liv, förbudet mot tortyr eller förnedrande behandling) samt principen om mänsklig värdighet.⁴⁵ Begränsningarna i den Europeiska sociala stadgans tillämpningsområde har därför ingen större relevans för denna utredning.

2.3.3.2 Rätten till hälsa och tillgång till organtransplantation

Rätten till hälsa har erkänts i flera internationella traktater. Rättigheten stadgas bl.a. i artikel 12 i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, artikel 5 FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, artikel 24 FN:s konvention om barnets rättigheter, artikel 25 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, samt i artiklarna 11 och 13 i den Europeiska sociala stadgan (reviderad).⁴⁶

Varken FN:s eller Europarådets konventioner definierar hälsa. Hälsa beskrivs i litteraturen som ett socialt och kulturellt begrepp som förändras i takt med samhällsutvecklingen.⁴⁷ På samma sätt som begreppet hälsa förändras kan tolkningen av vad som ingår i minimistandarden för att garantera rätten till hälsa förändras i takt med utvecklingen i ett visst samhälle.

FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter anger att rätten till hälsa inbegriper både friheter (som är kopplade till personers möjligheter att bli fria från yttre påverkan) och berättigande (eng. *'entitlements'*). Det är främst den sistnämnda typen av rättighet som är av intresse för förevarande utredning. Berättigande handlar om statens skyldighet att skapa tillgång till olika insatser för att främja hälsa på lika villkor.⁴⁸ Det anges vidare att rätten inbegriper fyra viktiga komponenter: tillgänglighet (eng. *'accessibility'*), tillgång (eng. *'availability'*),

⁴⁴ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 14/2003 By the International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, p. 32; och Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 69/2011 Defence for Children International v. Belgium, p. 128.

⁴⁵ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Interpretative Statement on Article 11 of the Charter; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 14/2003 By the International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France p. 32; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 90/2013 Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands, p. 66 och 115; samt Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 69/2011 Defence for Children International v. Belgium p. 101, 121 och 128.

⁴⁶ Artikel 11 av den Europeiska sociala stadgan (reviderad) handlar om rätten till hälsa, medan artikel 13 av stadgan garanterar rätten till medicinsk och social hjälp. Rätten till medicinsk hjälp kan anses som en del av rätten till hälsa.

⁴⁷ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 10; Zillén, K., a.a., s. 111.

⁴⁸ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 8.

godtagbarhet (eng. 'acceptability') och kvalité (eng. 'quality'). Tillgänglighet och tillgång är särskilt aktuella i detta sammanhang. Tillgänglighet av hälso- och sjukvårdsinsatser har ett nära samband med rätten till icke-diskriminering i den bemärkelsen att sjukvård som erbjuds ska vara tillgänglig *för alla*. Tillgänglighet i konventionens mening innebär också att sjukvården ska vara fysiskt och ekonomiskt tillgänglig; rent konkret innebär det att enskilda rent faktiskt ska kunna nå sjukvården. De som är mest utsatta i samhället och som har mindre tillgångar ska inte belastas oproportionerligt mycket för att erhålla hälso- och sjukvård.⁴⁹ Tillgång i konventionens mening innebär att hälso- och sjukvårdsinsatser skall erbjudas i tillräcklig utsträckning. Vilka insatser som erbjudas beror på ett stort antal faktorer, inkl. utvecklingsnivån i det specifika landet.⁵⁰ Sverige tillhandahåller som exempel hjärt- och lungtransplantationer, medan vissa andra länder inte kan tillhandahålla denna typ av insats. FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har uttalat att stater har en skyldighet att tillhandahålla följande typer av insatser:

basic preventive, curative, rehabilitative health services [...]; regular screening programmes; appropriate treatment of prevalent diseases, illnesses, injuries and disabilities, preferably at community level; the provision of essential drugs; and appropriate mental health treatment and care.⁵¹

Uttalandet innebär att det är ett brett spektrum av insatser som staterna ska tillhandahålla. Vad det är som en stat måste kunna tillhandahålla beror på nivån av utvecklingen av vetenskap och beprövad erfarenhet, samt på statens ekonomiska resurser.

Har stater en skyldighet att tillhandahålla organtransplantationer? Rättigheten att ta emot organ nämns inte uttryckligen i något beslut från FN:s eller Europarådets organ. Frågor om transplantationer av organ har emellertid ibland aktualiserats i olika typer av beslut. Detta kan indikera att möjligheten att få organ anses utgöra en del av rätten till hälsa/medicinsk hjälp.⁵²

⁴⁹ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 12 (b); samt se även Europeiska kommittén för sociala rättigheter, *Collective complaint No. 67/2011 Médecins du Monde - International v. France*, p. 139–140.

⁵⁰ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 12 (a).

⁵¹ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 17.

⁵² Se t.ex. Europeiska kommittén för sociala rättigheter, *Conclusions 2013/def/BGR/11/1/EN – Bulgaria – Article 11-1 removal of causes of ill-health*; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, *Conclusions 2017/def/EST/13/4/EN – Estonia – Art. 13-4 specific emergency assistance for non-residents*; och Europeiska kommittén för sociala rättigheter, *Conclusions 2004 XVIII-2/def/LVA/11/1/EN – Latvia – Article 11-1 removal of causes of ill-health*. Se även utkast av FN:s kommitté om skydd för alla migrerande arbetstagares rättigheter och deras familjemedlemmar, *Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers*

De utav FN:s och Europarådets kommittéer vars verksamhetsområden utgörs av sociala rättigheter har hittills inte explicit uttryckt att icke-medborgare i en stat äger rätt till specialiserad eller högspecialiserad vård. Kommittéer har däremot uttalat att rätten till hälsa eller medicinsk hjälp ska realiseras omedelbart i fall då rätten till liv, eller förbudet mot tortyr äventyras i avsaknad av tillgång till insatser.⁵³ Som exempel på situationer då rätten till liv hotas anses bl.a. frånvaron av tillgång till primärvård och akutvård.⁵⁴ Europarådets kommitté för sociala rättigheter har förklarat att akut vård inte ska ges en snäv innebörd.⁵⁵ Enligt kommittén är det dock inte möjligt att definiera när, mer precist, rätten till akut vård uppstår enligt Europeiska sociala stadgan (reviderad). Anledningen till denna svårighet är att rätten till akut vård måste bedömas utifrån huruvida patientens behov är seriösa och/eller brådskande.⁵⁶

Sammanfattningsvis har kommittén fastslagit att enskilda, oavsett legal status, har rätt till medicinska insatser som är nödvändiga för att säkerställa rätten till liv eller förbudet mot tortyr.⁵⁷ När detta behov uppstår beror på hur allvarligt tillståndet i vilket personen befinner sig är. Två frågor som i detta skede uppstår är således när skyldigheten att skydda en patients liv inträder respektive när skyldigheten att skydda en patient mot tortyr uppstår. För att kunna besvara dessa frågor behöver

and Members of Their Families and No 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 16 November 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, p. 99. Transplantation nämns dock inte explicit i slutversionen av denna General Comment.

⁵³ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Statement of interpretation on the rights of refugees under the European Social Charter, 280th session of the Committee in Strasbourg, 7–11 September 2015, p. 10; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Interpretative Statement on Article 11 of the Charter; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 90/2013 CEC v. the Netherlands, p. 66; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 48/2008 ERRC v. Bulgaria p. 37–38; FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 14* The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4, p. 3 and 30; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Conclusions 2005 XVII-2_Ob_1-1/Ob/EN – Statement of interpretation – Article 11; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Conclusions 2005 XVII-2_Ob_1-1/Ob/EN – Statement of interpretation – Article 11; och Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 87/2012, International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy, p. 66.

⁵⁴ FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No. 19* The right to social security (art. 9), 5–23 November 2007, E/C.12/GC/19, p. 37. I vissa situationer hänvisar Europeiska kommittén för sociala rättigheter, till tillräcklig vård (sufficient health care) Collective complaint No 90/2013 CEC v. the Netherlands, p. 126. Se även Europeiska kommittén för sociala rättigheter Collective complaint No 114/2015 EUROCEF v. France, p. 163.

⁵⁵ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 90/2013 CEC v. the Netherlands, p. 105; och Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 86/2012 FEANTSA v. the Netherlands, p. 171.

⁵⁶ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 90/2013 CEC v. the Netherlands, p. 105.

⁵⁷ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 14/2003 FIDH v. France, p. 32; och Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 90/2013, CEC v. the Netherlands, p. 126.

de underliggande rättigheterna analyseras närmare. Jag kommer att företa analysen av dessa frågor i avsnitt 2.3.3.3.

2.3.3.3 Staternas skyldighet att säkerställa rätten till liv och förbudet mot tortyr samt tillgången till organtransplantationer

I de fall som rätten till hälsa är kopplad till andra civila rättigheter och människans värdighet anser FN:s och Europarådets kommittéer att staternas skyldigheter ska realiseras omedelbart. Rätten till hälsa kan ha en stark koppling till rätten till liv, förbudet mot tortyr, rätten till privatliv, samt förbudet mot diskriminering. I detta avsnitt kommer jag behandla frågor som rör rätten till liv och förbudet mot tortyr. En analys av bestämmelserna om icke-diskriminering och rätten till privatliv är nödvändig för att besvara utredningens andra huvudfråga, vilken adresseras i avsnitt 3.5.

Det betonas ofta att konventioner om mänskliga rättigheter är inte avsedd att vara illusoriska, utan måste vara praktiska och effektiva.⁵⁸ Staterna har därför ålagt ej blott negativa, utan även positiva, förpliktelser i syfte att skapa förutsättningar för människor att åtnjuta sina rättigheter. Negativa förpliktelser handlar om skyldigheter för staten att inte ingripa i vissa situationer. Som exempel på negativa förpliktelser hänförliga till rätten till liv och förbudet mot tortyr kan nämnas åtagandena att inte använda dödstraff, eller utöva fysiskt eller psykiskt tvång mot människor.⁵⁹ Positiva förpliktelser förenade med rätten till liv och förbudet mot tortyr kan röra skapandet av förutsättningar så att människor kan överleva vissa allvarliga situationer eller så att dessa inte nödgas leva på förnedrande sätt.

Såväl Europadomstolen som FN:s kommittéer har yttrat att tillgång till hälso- och sjukvård utgör en nödvändig förutsättning för att säkerställa att både rätten till liv och förbudet mot tortyr efterlevs.⁶⁰

⁵⁸ Se t.ex. Europadomstolen, *Airey v. Ireland*, Application number 6289/73, Judgment of 9 October 1979, p. 24.

⁵⁹ Enligt Europadomstolen utgör staternas skyldighet att inte utvisa människor till länder där de kommer att dödas eller torteras en negativ skyldighet, Europadomstolen, *Paposhvili v. Belgium*, Application number 41738/10, Judgment of 13 December 2016, p. 188; samt jämför Stoyanova, V., *How Exceptional Must 'Very Exceptional' Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposhvili v. Belgium*, s. 584 ff.

⁶⁰ Europadomstolen, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, Application number 47848/08, Judgment of 17 July 2014, p. 130; Europadomstolen, *Cyprus v. Turkey* [GC], application number 25781/94, Judgment of 10 May 2001, p 219; Europadomstolen, *Dybeku v. Albania*, Application number 41153/06, Judgment of 18 December 2007, p. 45 och 48; Europadomstolen, *Poltoratskiy v. Ukraine*, Application number 38812/97, Judgment of 29 April 2003, p. 148; Europadomstolen, *Asbot Harutyunyan v. Armenia*, Application number 34334/04, Judgment of 15 June 2010, p. 112 och 114–115; Europadomstolen, *Tysiac v. Poland*, Application number 5410/03, Judgment of 20 March 2007, p. 124; FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *General Comment No 36* On article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life, 30 October 2018, CCPR/C/GC/36, p. 25; och FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2348/2014,

Europadomstolen har i sin praxis utvecklat en metod för att undersöka huruvida en stat har brutit mot sina positiva förpliktelser enligt rätten till liv eller förbudet mot tortyr. Enligt denna metod bedömer Europadomstolen följande kriterier:

1. Om det allmänna visste, eller borde vetat, att det förelåg en risk för en persons liv eller integritet;
2. Om risken för liv eller integritet var varaktig;
3. Om det allmänna borde ha haft befogenhet att undvika risken; och om
4. det allmänna vidtog rimliga förebyggande åtgärder som inte medförde en omöjlig eller oproportionerlig börda, samt som respekterade andra rättigheter och garantier.⁶¹

De tre första kriterierna ger upphov till positiva skyldigheter medan det fjärde kriteriet besvarar frågan hur skyldigheterna ska realiseras och huruvida det finns någon möjlighet för staten att i det enskilda fallet vägra att realisera skyldigheten. En analys av frågan huruvida kriterierna är mötta kan vara utredningen behjälplig för att ta ställning tillgång till om organtransplantation överhuvudtaget ingår i statens förpliktelse att säkerställa rätten till liv eller förbudet mot tortyr. Det kan vidare bidra till att besvara frågan om organtransplantation omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*. En närmare undersökning av det fjärde kriteriet (huruvida tillgång till organtransplantation är rimlig eller utgör en oproportionerlig börda) är även nödvändig för att kunna diskutera om vårdpersonalen får neka organtransplantation med hänsyn till patientens status i landet. Analysen av denna fråga kommer därför både att påbörjas i detta avsnitt, och fortsätta i kapitel 3.

Utifrån ett juridiskt perspektiv framstår det inte som särskilt svårt att besvara huruvida det första kriteriet är uppfyllt. Så snart hälso- och sjukvårdspersonalen eller andra representanter för den offentliga makten är medvetna om att en patient har ett omfattande vårdbehov får staten anses vara informerad om risken i förhållande till rätten till liv och/eller förbudet mot tortyr.⁶²

Toussaint v. Canada, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014, p. 11.3.

⁶¹ Europadomstolen, *Osman v. the United Kingdom*, Application number 87/1997/871/1083, Judgment of 28 October 1998, p. 116; Europadomstolen, *Fernandes de Oliveira v. Portugal*, Application number 78103/14, Judgment of 31 January 2019, p. 109–110 och 112; Europadomstolen, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, Application number 47848/08, Judgment of 17 July 2014, p. 130–131; Europadomstolen, *El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application number 39630/09, Judgment of 13 December 2012, p. 198; och Europadomstolen, *J.K. and others v. Sweden*, Application number 59166/12, Judgment of 23 August 2016, p. 87. Se även Mowbray, A. R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, s. 15–17; och Harris, D. J., O’Boyle, M., och Warbrick, C., (red.), *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, s. 209.

⁶² Europadomstolen, *Tarariyeva v. Russia*, Application number 4353/03, Judgment of 14 December 2006, p. 88; och Europadomstolen, *Ilbeyi Kemaloglu and Meriye Kemaloglu v. Turkey*, Application number 19986/06, Judgment of 10 April 2012, p. 41. Se också Harris, O’Boyle & Warbrick, a.a., s. 209–211.

Bedömningen enligt det andra kriteriet är avhängig hur omfattande vårdbehovet är i det konkreta fallet. Inte alla risker som existerar inom ramen för hälso- och sjukvård kan leda till uppkomsten av positiva skyldigheter enligt rätten till liv eller förbudet mot tortyr.⁶³ Om vårdpersonalen emellertid kommer fram till en sakligt grundad slutsats av innebörden att patienten behöver en hjärt- och/eller lungtransplantation aktualiseras rättigheterna sannolikt. Orsaken till detta är att följderna i flertalet fall är att patienten annars kommer att dö, utsättas för allvarligt lidande, eller åtnjuta en betydligt kortare livslängd i avsaknad av transplantationen. Hotet mot liv, hälsa och integritet kommer i sådana fall där patienten behöver organtransplantation osannolikt att bedömas som ringa.⁶⁴ I sådana situationer förutser jag att Europadomstolen kommer att bedöma risken varaktig.

Det tredje kriteriet gäller det allmännas befogenhet att undanröja risken. Om domstolen skulle finna att det allmänna saknat erforderlig befogenhet att skydda liv eller integritet kommer den sannolikt kritisera staten för att den inte tillskapat ett fungerande regelverk, och för att därmed ha åsidosatt sina positiva förpliktelser.⁶⁵ Ett sådant åsidosättande kan t.ex. bestå i att staten nekat medicinsk behandling av vissa personer som behöver vård, eller reglerat frågor på ett så oklart sätt att det föranlett att personalen nekat vård i en konkret situationen pga. att deras skyldigheter varit oklara.⁶⁶

Det fjärde kriteriet är av särskilt intresse för denna utredning i dess helhet. Europadomstolens resonemang avseende vilka åtgärder som är rimliga i fråga om organtransplantation kommer att sammanhålla med vilka alternativ som finns tillgängliga för den enskilda individen i den konkreta staten. Dessa alternativ beror i sin tur på den vetenskapliga nivån och den beprövade erfarenheten, samt vilka acceptabla metoder som finns i landet. Patienter kan endast beredas tillgång till

⁶³ Europadomstolen, *Kudła v. Poland*, Application number 30210/96, Judgment of 26 October 2000, p. 91; Europadomstolen, *Stanev v. Bulgaria*, Application number 36760/06, Judgment of 17 January 2012, p. 202; och Europadomstolen, *Poltoratskij v. Ukraine*, Application number 38812/97, Judgment of 29 April 2003, p. 131.

⁶⁴ Se t.ex. fall Europadomstolen, *Paposhvili v. Belgium*, Application number 41738/10, Judgment of 13 December 2016, p. 183. Fallet handlar om en man som hade leukemi och var i behov av en transplantation samt annan behandling. Belgiska myndigheter fattade beslut om att mannen skulle utvisas, trots att hans möjligheter till att få hälso- och sjukvård i sitt hemland, samt till att få hjälp från sin familj i hemlandet, var oklara. Europadomstolen gjorde bedömning att om Belgien utvisade mannen så skulle det innebära en kränkning av artikel 3 (förbudet mot tortyr) av Europakonventionen. Fallet handlar om statens negativa förpliktelse att inte utvisa en person. Samtidigt visar fallet att behov av behandling, utan vilken personen kommer att dö, inte kan betraktas som en ringa risk. Fallet innehåller även direkta hänvisningar till transplantation.

⁶⁵ Europadomstolen, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application number 56080/13, Judgment of 19 December 2017, p. 188 och 190.

⁶⁶ Se t.ex. Europadomstolen, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application number 56080/13, Judgment of 19 December 2017, p. 188–196; och Europadomstolen, *Arskaya v. Ukraine*, Application number 45076/05, Judgment of 5 December 2013, p. 84–86.

sådana metoder som är godkända eller på annat sätt accepteras i staten i fråga.⁶⁷ Statens positiva skyldigheter i fråga om rätten till liv och förbudet mot tortyr är inte begränsad till akutvård eller primärvård, utan till den vård som anses vara acceptabel i det specifika landet. Europadomstolen har t.ex. ansett att tillgång till dialys,⁶⁸ aidsbehandling,⁶⁹ eller kemoterapi och transplantation för lymphocytic leukaemia⁷⁰ utgör en integrerad del av rätten till liv och/eller förbudet mot tortyr. Såsom läget är den 4 januari 2020 har Europadomstolen hittills ännu ej inte fattat något beslut som rör rätten att ta emot lungor och/eller hjärtan.⁷¹ Enligt min uppfattning föreligger emellertid inga avgörande skillnader i juridiskt hänseende mellan möjligheter att ta emot lungor och/eller hjärtan, och andra typer av avancerade behandlingar som enligt Europadomstolen ansetts utgöra en del av rätten till liv eller förbudet mot tortyr. Av såväl Europadomstolens praxis som den juridiska doktrinen anses Europarådets konvention om de mänskliga rättigheterna och biomedicinen kunna nyttjas som ett tolkningshjälpmedel för att fastställa innehållet i Europakonventionen.⁷² I detta sammanhang förtjänar att framhållas att det i ingressen till tilläggsprotokollet om transplantation av organ och vävnader av mänskligt ursprung till konventionen om de mänskliga rättigheterna och biomedicinen anges att:

transplantation of organs and tissues is an established part of the health services offered to the population.

Även Socialstyrelsen, som ger tillstånd att bedriva rikssjukvård, anser att transplantation är en av de etablerade metoderna för att rädda liv eller hälsa i Sverige. Det är därför sannolikt att Europadomstolen inte kommer att behandla

⁶⁷ Europadomstolen, *Hristozov and Others v. Bulgaria*, Application number 47039/11 and 358/12, Judgment of 13 November 2012, p. 112–113.

⁶⁸ Europadomstolen, *M.T. v. Sweden*, Application number 1412/12, Judgment of 26 February 2015 p. 7, 50–53.

⁶⁹ Europadomstolen, *D. v. United Kingdom*, Application number 30240/96, Judgment of 2 May 1997, p. 50–53.

⁷⁰ Europadomstolen, *Paposhvili v. Belgium*, Application number 41738/10, Judgment of 13 December 2016, p. 34–45.

⁷¹ Begreppet *transplantation* omnämns i vissa av Europadomstolens domar. Europadomstolen har bekräftat att tagandet av organ eller vävnader från en död person kan innebära en otillåten inskränkning av förbudet mot tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (Artikel 3) och rätten till privatliv (artikel 8) som åtnjuts av den avlidnes släktingar. Se Europadomstolen, *Elberte v. Latvia*, Application number 61243/08, Judgment of 13 January 2015, och *Petrova v. Latvia*, Application number 4605/05, Judgment 24 June 2014.

⁷² Seatzu, F., and Fanni, S., *The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine*, s. 13. Se även Honnefelder, L., *Science, Law and Ethics: The Biomedicine Convention as an Ethico-Legal Response to Current Scientific Challenges*, s. 20–21; Europadomstolen, *Lambert and Others v. France*, Application number 46043/14, Judgment of 5 June 2015, p. 59; Europadomstolen, *Vo v. France*, Application number 53924/00, Judgment of 8 July 2004, p. 35; Europadomstolen, *Evans v. the United Kingdom*, Application number 6339/05, Judgment of 10 April 2007, p. 50; och Europadomstolen, *V.C. v. Slovakia*, Application number 18968/07, Judgment of 8 November 2011, p. 76–77, 108, 115 och 152.

organtransplantation på ett annat sätt än andra typer av avancerade behandlingar som erbjuds befolkningen.

Mina slutsatser är att om organtransplantation anses vara en acceptabel metod inom hälso- och sjukvården i en specifik medlemsstat av Europarådet, så kan tillgång till organtransplantation utgöra en del av rätten till liv och förbudet mot tortyr. Staten kan i sådana fall endast vägra organtransplantation i situationer då det anses innebära en orimlig eller oproportionerlig börda. Diskussionen om huruvida organtransplantation till personer som saknar permanent uppehållstillstånd utgör en sådan typ av börda följer i avsnitt 3.5.2.

Frågor gällande tillgång till medicinsk behandling som en del av rätten till liv eller förbudet mot tortyr (eller andra civila rättigheter) har även diskuterats i beslut fattade av FN:s fackorgan.⁷³ Resultatet av en analys av de resonemang som förts av FN:s fackorgan harmonierar med de slutsatser som en analys av Europadomstolens praxis renderat. Det sagda illustreras exempelvis av det beslut som fattades av FN:s kommitté för mänskliga rättigheter i fallet *Toussaint mot Kanada*.

Toussaint mot Kanada rörde en kvinna som arbetat i Kanada under många år medan hon var papperslös. Kvinnan blev sjuk och erhöll diagnosen lungemboli och diabetes med komplikationer. Hon ansökte då om uppehållstillstånd och om täckning av kostnader för hälso- och sjukvård för immigranter. Eftersom hon inte föll in under någon av de kategorier av invandrare som var berättigade till täckning av kostnader fick hon avslag på sin ansökan om ersättning för sjukvårdskostnader. Kvinnan klagade till FN:s kommitté för mänskliga rättigheter där hon gjorde gällande att Kanada nekat henne nödvändig vård och på så sätt brutit mot sin positiva förpliktelse att säkerställa rätten till liv och förbudet mot tortyr. FN:s kommitté för mänskliga rättigheter förklarade betydelsen av rätten till liv för hälso- och sjukvårdsinsatser i följande ordalag:

...the obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. [...] States parties have the obligation to provide

⁷³ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 28 December 2016, concerning communication No. 2465/2014, CCPR/C/118/D/2465/2014, p. 9.3; FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2348/2014, *Toussaint v Canada*, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014, p. 11.3; och FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *General Comment No. 36* On article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018, CCPR/C/GC/36, p. 26. Se även FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Concluding Observations on the fourth periodic report of Israel, 20 October 2014, CCPR/C/ISR/4, p. 12; FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Concluding observations on the sixth periodic report of Canada, 20 July 2015, CCPR/C/CAN/CO/6, p. 10 och 12; och FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Concluding observations on the seventh periodic report of Sweden, 28 April 2016, CCPR/C/SWE/CO/7, p. 15.

access to existing health-care services that are reasonably available and accessible when lack of access to the health care would expose a person to a reasonably foreseeable risk that can result in loss of life.⁷⁴

Kommitténs resonemang påminner om de kriterier som utvecklats i Europadomstolens praxis och som diskuterades ovan. Kanada var medvetet om att det förelåg en varaktig risk för kvinnans liv, hade befogenhet att agera, och eftersom fråga var om vård som var tillgänglig för andra människor i landet innebar tillhandahållandet inte att staten påfördes någon orimlig eller oproportionerlig börda i denna situation. FN:s kommitté för mänskliga rättigheter fann därför att Kanada brutit mot sina förpliktelser enligt rätten till liv när kvinnan nekades täckning för sina sjukvårdskostnader.

Sammanfattningsvis har jag i detta avsnitt diskuterat omfattningen av staternas positiva skyldigheter enligt rätten till liv och förbudet mot tortyr. För att säkerställa att rätten till liv samt förbudet mot tortyr efterlevs måste staterna erbjuda hälso- och sjukvårdsinsatser som accepteras i landet. De hälso- och sjukvårdsinsatser som ska erbjudas är inte begränsade till primär och akutvård i strikt medicinsk mening. Den närmare omfattningen av insatserna kan vara beroende av vilken vård som anses vara acceptabel, samt förenlig med vetenskap och beprövad erfarenhet, i ett specifikt land.

2.3.4 Begreppet *vård som inte kan anstå* i svenska förarbeten och myndighetsbeslut

Begrepp *vård som inte kan anstå* begagnas i lag 2008:344 och lag 2013:407, men ingen av dem innehåller någon legaldefinition av begreppet. I detta avsnitt kommer jag diskutera hur begreppet tolkas i förarbeten och myndighetsbeslut i Sverige.

I förarbetena till lagarna 2008:344 och 2013:344 anses det att *vård som inte kan anstå* är en utvidgning av begreppet *omedelbart vård*, varför omedelbar vård alltid omfattas av begreppet.⁷⁵ Till skillnad från fullständig vård fordrar *vård som inte kan anstå* att det visas att en fördröjning av vårdinsatserna kan leda till allvarliga följder för patienten eller samhället.⁷⁶ Resonemanget om allvarliga följder påminner om analysen i avsnitt 2.3.3.3. I det avsnittet anfördes att för att statens positiva skyldigheter att skydda liv eller förhindra tortyr skall uppstå så behöver risken vara varaktig (kriterium 2). I förarbetena definieras inte vilka typer av situationer som kan medföra allvarliga följder. Däremot listas såsom exempel svår värk, svår ångest, svår

⁷⁴ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2348/2014, *Toussaint v Canada*, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014, p. 11.3.

⁷⁵ Prop. 2007/08:105 s. 29; prop. 2012/13:109 s. 19; ds 2012:36 s. 33; SOU 2011:48 s. 397; och 2007/08:SfU8 s. 8.

⁷⁶ Prop. 2007/08:105 s. 20, och 29; prop. 2012/13:109 s. 42 och 59; SOU 2003:89 s 89; och ds 2012:36 s. 34.

depression, risk för kvävning eller risk för förblödning.⁷⁷ I SOU 2004:13 diskuteras antiviral behandling av hivinfektion och det anges att sådan behandling ska omfattas av begreppet.⁷⁸ I SOU 2017:92 diskuteras vidare huruvida könsbekräftande hormonbehandling i vissa situationer kan omfattas av begreppet.⁷⁹ Förarbetena och en tolkning i ljuset av MR-åtaganden tillåter en tolkning av innebörden att alla sjukvårdsinsatser som kan leda till att patienten har bättre förutsättningar att överleva, eller som kan minska lidande eller medföra att livslängden inte förkortas kan omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*. Till sådana insatser kan även tillföras organtransplantationer.

Även sådana insatser som innebär att sjukvården kan bli mindre omfattande eller ingripande för patienterna vid ett senare tillfälle omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*.⁸⁰ I dessa situationer kan lidandet minskas, vilket innebär att definitionen är kopplad till de skyldigheterna som hör samman med förbudet mot tortyr. I förarbetena uttrycks även att följdinsatser, inklusive tillgång till hjälpmedel, också ska omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*.⁸¹

Omfattningen av *vård som inte kan anstå* uttrycks i förarbetena på ett väldigt brett och icke uttömmande sätt. Lagstiftaren har avstod avsiktligt från att lämna någon definition av begreppet, eftersom det ansågs att detta skulle kunna medföra att begreppet kom att tolkas alltför snävt.⁸² Huruvida insatser *utgör vård som inte kan anstå* beror på det tillstånd i vilket varje konkret patient befinner sig. Det är därför vårdpersonalen som måste avgöra vilken vård som utgör vård som inte kan anstå i varje enskilt fall.⁸³ Samma diagnos kan ibland innebära att vården kan anstå, och i andra fall att den inte kan anstå.⁸⁴ Vårdpersonalen måste i varje enskilt fall göra

⁷⁷ Prop. 2012/13:109 s. 19; SOU 2003:89 s. 89; och ds 2012:36 s. 34.

⁷⁸ SOU 2004:13 s. 91 ff.

⁷⁹ SOU 2017:92 s. 556, 666–668. Se även Socialstyrelsen, God vård av vuxna med könsdysfori – Nationellt kunskapsstöd 2015, s. 22–23.

⁸⁰ Prop. 2007/08:105 s. 29–30; och prop. 2012/13:109 s. 19.

⁸¹ Prop. 2012/13:109 s. 20; prop. 2007/08:105 s. 30–31; SOU 2011:48 s. 388; SOU 2003:89 s. 89; och ds 2012:36 s. 65.

Frågan om patienthotellet kan anses som vård som inte kan anstå enligt förordningen (1996:1357) om statlig ersättning för hälso- och sjukvård till asylsökande diskuterades av Förvaltningsrätten i Karlstad. I det aktuella målet förmåddes det inte visas att boende i patienthotellet skulle anses utgöra en nödvändig sjukvårdsinsats, se Förvaltningsrätten i Karlstads dom i mål 5074-18 av den 11 september 2019.

⁸² Prop. 2007/08:105 s. 30–31.

⁸³ Prop. 2012/13:109 s. 19; prop. 2007/08:105 s. 31; SOU 2003:89 s. 89; ds 2012:36 s. 33; och 2007/08:SfU8 s. 8. Jämför SOU 2018:39 s. 333 där det diskuteras att en liknande bedömning ska göras för att avgöra om vårdbehovet är akut eller inte.

⁸⁴ Denna tolkning sammanfaller med Socialstyrelsens slutsatser. I sin rapport anser Socialstyrelsen att det är omöjligt utifrån ett etisk och medicinskt perspektiv att ange en lista med diagnoser eller tillstånd som ska omfattas av begreppet. Till detta kan tilläggas att en lista med diagnoser sannolikt skulle vara oförenlig med syftet med lagarna som inkluderar begreppet vård som inte kan anstå, och sannolikt skulle strida mot mänskliga rättigheter. Socialstyrelsen, Vård för papperslösa: Vård som inte kan anstå, dokumentation och identifiering vid vård till personer som vistas i landet utan tillstånd 2014, s. 27.

bedömningen utifrån objektiva faktorer, inklusive prognosen, samt patientens subjektiva uppfattning om det egna lidandet.⁸⁵

Denna breda tolkning av begreppet *vård som inte kan anstå* bekräftas även i IVO:s beslut.⁸⁶ IVO:s beslut dnr 8.2-35696/2006, 2015-04-13 handlade om behandlingen av en patient med diabetes som inte skede på ett sätt förenligt med nationella riktlinjer för diabetesbehandling. IVO kritiserade Region Skåne för detta och för att ledningen i vårdcentralen blandat ihop begreppen *akutvård* och *vård som inte kan anstå*. Patientens situation omfattades av begreppet *vård som inte kan anstå* eftersom vederbörandes hälsa kunde förvärras betydligt utan vård och en fördröjning av behandlingen kunde medföra allvarliga följder för patientens hälsa. Ett annat exempel är IVO:s beslut dnr 8.2-36521/2015-15, 2016-10-17 som rörde en patient med diagnosen hypertrofisk kardiomyopati. Vårdpersonalen ansåg att patienten behövde profylaktisk ICD (en inopererad defibrillator). Chefläkaren ansåg emellertid att ICD, även om den har ett preventivt syfte, inte utgjorde en del av behandlingen i sig. Chefläkaren ansåg vidare att uppföljning kunde vara svår med hänsyn till att patienten var en asylsökande som kunde komma att utvisas. Patienten avled till följd av ett plötsligt hjärtstopp. IVO konstaterade även i detta fall att ICD ska omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*. IVO:s tolkning innehåller hänvisningar till, och sammanfaller med den tolkning som gjorts i, förarbetena.

I lagtext, förarbeten och tillgänglig rättspraxis anses begreppet *vård som inte kan anstå* vara kopplad till kostnadseffektivitet endast om insatser kan minska användningen av resurskrävande akuta insatser.⁸⁷ *Vård som inte kan anstå* förutsätter inte några andra direkta förbindelser med kostnader för vården. Begreppet, som således ska tolkas i ljuset av den konkreta patientens behov, tillåter därför en bred tolkning.

⁸⁵ Att den subjektiv uppfattningen måste beaktas framgår bl.a. av Europadomstolens tolkningar av artikel 3 Europakonventionen, se t.ex. Europadomstolen, *Rooman v. Belgium*, Application number 18052/11, Judgment of 31 January 2019, p. 141. Se även FN:s kommitté mot tortyr, *General comment No. 4* (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, 4 September 2018, CAT/C/GC/4, s. 17.

⁸⁶ För att förstå hur svenska myndigheter tolkar begreppet *vård som inte kan anstå* har jag skickat en begäran om att få ta del av allmänna handlingar som innehåller begreppet till Inspektionen för vård- och omsorg (IVO). Eftersom *vård som inte kan anstå* inte är ett sökbart begrepp i IVO:s databas förmådde IVO emellertid inte tillhandahålla alla beslut som inkluderar begreppet. Exemplet från IVO:s praxis är således inte uttömmande.

Så vitt jag förmått utröna har begreppet, sjukvård som inte kan anstå, inte utgjort föremål för prövning i de högsta instanserna. Avslag på begäran om vård anses svåra att överklaga, delvis på grund av att det är diskutabelt huruvida dessa kan anses utgöra överklagbara beslut i förvaltningsrättslig mening, delvis på grund av tillgängligheten av detta rättsmedel för asylsökande eller papperslösa personer. Se dock artikel 26 i direktiv 2003/9/EG om miniminormer för mottagandevillkor av asylsökande i medlemsstaterna. Frågor om *vård som inte kan anstå* har indirekt diskuterats i domstolspraxis i samband med begäranden om ersättning enligt förordningen (1996:1357) om statlig ersättning för hälso- och sjukvård till asylsökande. Numera handläggs dessa frågor framför allt av förvaltningsrätter.

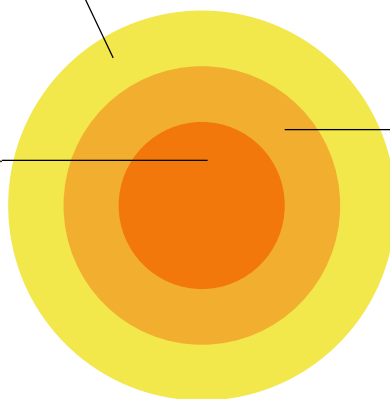
⁸⁷ Prop. 2007/08:105 s. 30.

2.4 Svar på utredningens första fråga: utgör en hjärt- och/eller lungtransplantation *vård som inte kan anstå*?

Vård som inte kan anstå är ett brett begrepp med en stark koppling till EU-rättsliga krav samt till statens positiva skyldigheter att säkerställa att rätten till liv, förbudet mot tortyr och rätten till hälsa efterlevs. Innehållet av detta begrepp är avhängigt patientens hälsotillstånd och framtidsprognos. En förenklad syn på begreppet är att det inkluderar alla typer av insatser utan vilka patienter kan avlida, lida betydande fysiska eller psykiska men, eller livslängden kommer att minska. I Sverige anses en hjärt- och/eller lungtransplantation vara nödvändig när andra behandlingsalternativ är uttömda genomförs i syfte att rädda livet på, eller förlänga livslängden av, en patient. Om den individuella bedömningen i ett konkret fall har utmynnat i att denna typ av organtransplantation är nödvändig för att rädda patientens liv, minska patientens lidande, eller öka patientens livslängd, anser jag att den omfattas av begreppet *vård som inte kan anstå*.

Vård som inte kan anstå
enligt svensk lag

Insatser som är nödvändiga för att säkerställa att rätten till liv eller förbudet mot tortyr efterlevs, t.ex. insatser som syftar till att undanröja varaktig fara för liv, minskning av livslängden, eller betydande psykiska eller fysiska men



Nödvändig behandling av sjukdomar och läkarhjälp enligt direktiv 2013/33/EU

3 Att neka avancerad behandling på grund av avsaknad av permanent uppehållstillstånd

3.1 En överblick av det aktuella läget

Den andra frågan som aktualiseras inom ramen för denna utredning är om vårdpersonalen vid bedömningen av huruvida en person ska ges ett organ får väga in att patienten saknar permanent uppehållstillstånd och därför kan behöva åka tillbaka till sitt hemland där tillgången på livsnödvändig eftervård är osäker. Innan en diskussion om tillämpningen av de juridiska reglerna finns anledning att diskutera hur beslut avseende huruvida migranter får ta emot lungor och/eller hjärtan fattas i den kliniska verkligheten.

För att få information om den kliniska verkligheten kontaktade jag avdelningar som tillhandahåller hjärt- och/eller lungtransplantationer för att få en överblick av deras beslutsfattanden. I Sverige finns det tre avdelningar som kan utföra hjärt- och lungtransplantationer, även om jag antar att andra transplantationsavdelningar, och även personal som jobbar utanför transplantationsverksamheter, möter liknande utmaningar. Syfte med denna delstudie är inte att kritisera det arbete som utförs av personalen på transplantationsavdelningar, utan att belysa hur beslut faktiskt fattas.

Jag ställde frågan till tre transplantationsavdelningar om det inom deras verksamhet finns riktlinjer för prioriteringar och/eller kontraindikationer för att få hjärt- och/eller lungtransplantationer. Samtliga avdelningar svarade att det inte finns några lokala riktlinjer och att de baserar sina beslut om vilka patienter som ska prioriteras och/eller vilka kontraindikationer som föreligger på medicinska riktlinjer från the International Society for Heart and Lung Transplantation.⁸⁸ I dessa riktlinjer upptas en lista på medicinska tillstånd som utgör absoluta eller relativa kontraindikationer för transplantationer. Dokumentet innehåller även en lista med kontraindikationer som har en social, snarare än en medicinsk, karaktär. Bland dessa upptas, bl.a., bristande socialt stöd och oförmåga att sköta den egna medicineringen. Att sköta medicineringen under eftervården behandlas i dessa riktlinjer framför allt i termer av patientens vilja och förmågor att fortsätta med behandlingen. Som framgår av diskussionen i avsnitt 2.1 är det livsnödvändigt att få tillgång till eftervård. De medicinska riktlinjerna innehåller ingen information om

⁸⁸ Mehra, M. R. m. fl., *The 2016 International Society for Heart Lung Transplantation listing criteria for heart transplantation: A 10-year update*; och Weill, D. m.fl., *A consensus document for the selection of lung transplant candidates: 2014—An update from the Pulmonary Transplantation Council of the International Society for Heart and Lung Transplantation*.

hur dessa sociala faktorer ska utredas. Avsaknaden av eftervård anses emellertid vara en absolut kontraindikation.

Jag ställde även frågan om det inom avdelningarna finns riktlinjer eller rekommendationer för personal som har att ta ställning till denna fråga, samt vad vårdpersonalen för att utreda denna fråga i förhållande till migranter. Samtliga avdelningar svarade att det inte finns några formella riktlinjer. En av avdelningarna lämnade information om att bedömningarna görs av en multiprofessionell kommitté. En annan svarade att det är svårt för vuxna papperslösa personer att erhålla transplantationer, men att det dock inte är omöjligt för asylsökande eller personer med tillfälligt uppehållstillstånd att få ta emot organ. Skillnaden mellan papperslösa barn och vuxna förklarades med etiska svårigheter, samt under hänvisning till barnkonventionen. På den avdelningen ansågs också att turister inte ska ha tillgång till organtransplantationer. Möjligheter till eftervård och uppföljning vid ett kompetent medicinskt center väger tungt vid bedömningen. Bedömningen görs från fall till fall, med hänsyn till, bl.a., ”ålder, etiska perspektiv och ekonomiska förhållanden”.

Två av avdelningarna meddelade att de har diskuterat steg som de ska vidta vid bedömningen om patienter kan placeras på väntelistor. En av dessa avdelningar angav att de, för att säkerställa kontakter med vården, ber alla patienter att uppvisa bevis på svenskt medborgarskap. Om patienten inte är svensk medborgare ber de i stället om en kopia på ett permanent uppehållstillstånd. Om patienten inte kan visa att han eller hon innehar permanent uppehållstillstånd kan de alltså inte sättas upp på väntelistan. Den andra avdelningen rapporterade att de haft fall där efter transplantationerna utvisats till länder där nödvändig eftervård inte varit möjlig på en tillräcklig nivå. Avdelningen hade vid flera tillfällen vänt sig till Migrationsverket för att kunna bedöma möjligheterna för enskilda patienter att få eftervård i Sverige, men förfrågningarna hade gått obesvarade. Personalen beskriver att det nu utgör en mardröm att få patienter som saknar permanent uppehållstillstånd, eftersom de inte genom kontakter med Migrationsverket kan säkerställa att patienterna får eftervård, och det därmed inte finns någon förutsebarhet. Eftersom det bara finns ett organ och stor osäkerhet råder om möjligheterna för migranter att få eftervård, resonerar man på avdelningen som så att patienter utan permanent uppehållstillstånd inte kan placeras på väntelistor.

Samtliga kontaktpersoner på avdelningarna meddelade att de inte har haft något omfattande antal fall av transplantationer för utlänningar, utan att det är något som sällan förekommer. En av kontaktpersonerna meddelade att de fattat beslut om att transplantera en lever till en papperslös patient som behövde vård. En annan avdelning uppgav att de har transplanterat ett hjärta till ett barn, men att barnet utvisades till ett annat land utan tillgång till nödvändig eftervård. Samtliga kontaktpersoner på avdelningarna uttrycker oro över att de är inte är säkra på hur lagstiftningen ska tolkas i dessa avseenden.

3.2 Bedömningen att inte tillhandahålla organtransplantation: frågans juridiska karaktär

För att besvara denna rättsutrednings andra fråga är det nödvändigt att identifiera de juridiska ramarna för vårdpersonalens beslutsfattande vid beslut att tillhandahålla organtransplantationer.

I Sverige anses hjärt- och/eller lungtransplantationer utgöra en del av högspecialiserad vård (rikssjukvård).⁸⁹ Bedömningen att patienten behöver remitteras till högspecialiserad vård kan göras av vilka vårdinrättningar som helst, men idag är det bara två sjukhus med regioner som huvudmän som tillhandhåller dessa typer av operationer.⁹⁰ De två sjukhus som gör den slutliga bedömningen i frågor gällande transplantation av hjärtan och/eller lungor utgör i juridisk bemärkelse kommunala förvaltningsmyndigheter. Genom sina beslut utför vårdpersonalen ett offentligt uppdrag: att ge sjukvård; allmänt anses vårdpersonal utgöra representanter för det allmänna.⁹¹ Detta innebär att viss offentlighetslagstiftning är tillämplig vid beslut av vårdpersonal i frågor som rör organtransplantation. Till denna särskilda lagstiftning hör bl.a. Regeringsformen (1974:152; framledes: ”RF”) och förvaltningslagen (2017:900; hädanefter: ”FL”).

RF och FL fastslår vissa grundläggande principer som äger tillämpning för alla som representerar det allmänna. Till dessa principer hör bl.a. legalitetsprincipen och objektivitetsprincipen. Legalitetsprincipen bidrar till att klarlägga vilka befogenheter vårdpersonalen överhuvudtaget besitter. Objektivitetsprincipen kan aktualiseras vid besvarande av frågor rörande hur det allmänna ska utöva makt, eller när, och under vilka förutsättningar, människor får gynnas eller missgynnas. Betydelsen av dessa principer för beslut om organtransplantationer kommer att undersökas närmare i avsnitt 3.3.

Enligt 1 § FL gäller lagen i sin helhet vid handläggningen av ärenden hos förvaltningsmyndigheterna. Jag har redan konstaterat vårdpersonal, vid frågor som rör organtransplantation, anses utgöra representanter för kommunala förvaltningsmyndigheter. Frågan är därför huruvida bedömningen av om patienten har möjligheter att ta emot organ eller ska exkluderas från väntelistan utgör en handläggning av ett ärende i förvaltningsrättslig mening.

Med handläggning av ett ärende avses all sådan verksamhet som utmynnar i ett beslut i förvaltningsrättslig mening.⁹² Beslut i förvaltningsrättslig mening beskrivs

⁸⁹ Se ovan avsnitt 2.1.

⁹⁰ Även andra typer av organtransplantationer bedrivs genom offentligt finansierad sjukvård.

⁹¹ Se t.ex. Marcusson, L., *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, s. 23.

⁹² von Essen, U., Bohlin, A., & Warnling Conradson, W., *Förvaltningsrättens grunder*, s. 58–59; och Johansen, T. O., *Förvaltning som verksamhet – bidrag till offentlighetslagens allmänna läror*, s. 111.

såsom ett utlåtande avsett att styra på visst sätt någon enskild eller myndigheter; beslut påverkar rättigheter och skyldigheter som bärs av olika aktörer.⁹³ Som huvudregler anses att beslut är överklagbara. Ett exempel på handläggning av ett ärende i sjukvården som brukar anges i rättskällor utgörs av fakturan som skickas till en patient för att meddela honom eller henne att han eller hon måste betala för sjukvården.⁹⁴ I detta exempel finns ett utlåtande från en myndighet som påverkar en av patientens skyldigheter, nämligen att betala en viss summa pengar. Vilka frågor som i övrigt bör betraktas som handläggning av ärenden i hälso- och sjukvården har inte studerats i tillräcklig utsträckning.⁹⁵ En av orsakerna till detta är att handläggning av ärenden och myndighetsutövning inom hälso- och sjukvården delvis varit undantagen förvaltningslagens (1986:223) tillämpningsområde. Den nya FL som trädde i kraft i 2018 gäller emellertid i sin helhet för ärendehandläggning inom hälso- och sjukvården.⁹⁶

Utgör beslut att neka vård eller placering på en väntelista för handläggning av ett ärende? Detta är ett utlåtande från representanter för det allmänna som avsevärt påverkar enskildas rättigheter (rätten till liv, god vård, m.m.). Ett beslut att inte tillhandahålla nödvändig sjukvård till asylsökande skall enligt artikel 26 direktiv 2013/33/EU anses vara överklagbart. Eftersom en placering/nekandet av en plats på en väntelista är ett utlåtande som påverkar enskildas rättigheter i betydlig utsträckning anser jag att det utgör handläggning av ett ärende.⁹⁷ Följaktligen gäller samtliga bestämmelser i FL för dessa slags beslut.

Varför är frågan om beslutsstatus enligt FL viktig för förevarande utredning? En av orsakerna är att 23 § FL reglerar frågor rörande ansvar för myndigheter att utreda ett ärende (officialprincipen). Klarläggandet av frågan hur omfattande utredningsansvaret skall anses vara är av vikt för att kunna resonera om utredningens andra fråga. Det är också nödvändigt att adressera frågan om bevisbördan placering i fall då patientens möjligheter att erhålla eftervård i Sverige är oklara.⁹⁸ Officialprincipen tillämpning vid organtransplantation kommer att studeras närmare i avsnitt 3.4.

⁹³ Även om förvaltningsmyndigheter ibland anser att de ej fattat något beslut kan en enskild klaga till en domstol som kan avgöra om fråga varit om ett beslut i förvaltningsrättslig mening. SOU 2010:29 s. 97; prop. 2016/17:180 s. 24; JO dnr 5877-2011, beslut av den 6 december 2013; RÅ 2004 ref. 8; och Essen, Bohlin & Warnling Conradson, a.a., s. 60.

⁹⁴ SOU 2010:29 s. 97; och Scheutz, Allmänt och enskilt - offentlig rätt i omvandling: festskrift till Lena Marcusson, s. 321.

⁹⁵ Mig veterligen har dessa frågor främst undersökts av Lotta Vahlne Westerhäll, se Vahlne Westerhäll, L., *Hjälper eller stjälper myndighetsutövning patienten?*

⁹⁶ Prop. 2016/17:180 s. 33.

⁹⁷ Se även Vahlne Westerhäll, L., a.a., s. 22 och 39.

⁹⁸ Officialprincipen har stark koppling till objektivitetsprincipen, eftersom sakliga beslut inte kan fattas utan att en utredning företas. Man kan därför argumentera för att officialprincipen, till en viss utsträckning, gäller oavsett om FL ska tillämpas.

Enligt såväl det svenska som internationella regelverk kan beslut att neka möjlighet att ta emot organ aktualisera frågor om grundläggande rättigheter. Jag har tidigare diskuterat beslutets starka samband med rätten till liv och privatliv, förbudet mot tortyr och diskriminering, m.m. I avsnitt 3.5 diskuteras frågor hänförliga till huruvida vårdpersonalen får väga in att patienten saknar permanent uppehållstillstånd mot bakgrund av dessa rättigheter.

3.3 Legalitets- och objektivitetsprincipen

Legalitetsprincipen kommer till uttryck redan i 1 kap. 1 § RF, vari anges att allt makt utövas under lagarna. Principen kommer till uttryck även i andra delar av RF samt i FL, och gör sig även gällande med varierande styrka beroende på hur betungande beslutet är för den enskilde.⁹⁹ Dess innebörd är att det allmänna endast äger utöva sin makt inom ramarna för sina befogenheter såsom dessa framgår av juridiska regler som i sin tur tillkommit genom den demokratiska processen.¹⁰⁰ Legalitetsprincipen är därför sammankopplad med de grundläggande idéerna om demokratin, rättsstaten, folksuveräniteten, samt ett skydd mot godtycke.¹⁰¹ Principen utgör en manifestation av statsskickets grunder där folket väljer sina representanter som i riksdagen stiftar lagar eller delegerar möjligheten att skapa regler till andra aktörer. Utanför denna demokratiska kedja äger det allmänns representanter ej utöva sin makt, eftersom det skulle riskera att leda till godtycke och maktmissbruk.¹⁰² Legalitetsprincipen relation till föremålet för denna utredning kan beskrivas genom följande exempel: Riksdagen stiftade HSL, lag 2008:344 och lag 2013:407. Dessa lagar föreskriver att regionerna är skyldiga att tillhandahålla en viss miniminivå av sjukvårdsinsatser till alla människor, och att regionerna äger befogenhet att själva besluta om att tillhandahålla en mer omfattande sjukvård än den i lagen stadgade miniminivån fordrar. Av HSL samt patientsäkerhetslagen (2010:659) framgår vidare att det är genom hälso- och sjukvårdspersonal som regionerna skall realisera dessa skyldigheter. Hälso- och sjukvårdspersonalen kan däremot inte själva bestämma att turister som tillfälligt vistas i Sverige och som saknar sjukförsäkring ska få tillgång till avancerad icke-akut sjukvård gratis, om regionerna inte erbjudit sådana möjligheter inom ramarna för sina

⁹⁹ Om fråga t.ex. är om ett påtvingat kroppsligt ingrepp eller en åtgärd som medför betydande intrång i den personliga integriteten får rättigheterna, enligt 2 kap. 20 § RF, endast begränsas genom lag från Riksdagen. Se Sterzel, F., *Offentlighetsprinciper*, s. 84; och Bull, T., *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, s. 41.

¹⁰⁰ Se prop. 2016/17:180 s. 57–58; SOU 2010:29 s. 142–145; samt se även HFD 2014 ref. 57; och HFD 2014 ref. 37.

¹⁰¹ Bull, T., a.a., s. 39–40; Sterzel, F., a.a., s. 49–50; och Nilsson, A. K., *Enforcing Environmental Responsibilities: A Comparative Study of Environmental Administrative Law*, s. 71.

¹⁰² Sterzel, F., a.a., s. 49–50; Bull, T., *Mötes- och demonstrationsfriheten: en statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, s. 418; Kindström Dahlin, M., *Psykiatrirätt: intressen, rättigheter & principer*, s. 54; Bull, T., *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, s. 39–40; Åhman, K., *Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag*, s. 458.; RÅ 2005 ref. 50, och JO dnr 3236-2006 beslut den 19 september 2007.

befogenheter. På samma sätt kan inte personalen kräva att endast personer som har vissa specifika dokument, såsom ex. pass, ska ha tillgång till akutvård.¹⁰³

Objektivitetsprincipen fastslås i 1 kap. 9 § RF, samt i § 5 FL. I RF formuleras principen på följande sätt:

Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saktighet och opartiskhet.

Definitionen uppstår tre viktiga komponenter, opartiskhet, saktighet, och likhet inför lagen, som alla kommer att diskuteras nedan.

Opertiskhet beskrivs som det yttre förhållande mellan dem som utövar den offentliga makten och enskilda vid maktutövning.¹⁰⁴ Principen handlar om samhällets uppfattning av möjligheten att lita på dem som utöver den offentliga makten.¹⁰⁵ Det brukar som exempel anges att representanter för det allmänna inte får utöva den offentliga makten i förhållande till sina familjemedlemmar. Även om representanterna för det allmänna anser att de skulle agera på samma sätt i förhållande till sina nära och kära som de skulle göra gentemot alla andra så saknas i samhällets ögon tilltro till maktutövningen.¹⁰⁶

Saktighet, som en del av objektivitetsprincipen, betyder att beslut inte ska gynna eller missgynna personer utan att det finns stöd i lag för detta.¹⁰⁷ Kravet på saktighet är förknippat med legalitetsprincipen; legalitetsprincipen beskriver huruvida befogenhet finns att fatta ett beslut, medan kravet på saktighet besvarar frågan vilka kriterier som är legitima att ta i beaktande och vilka som är irrelevanta.¹⁰⁸ Diskussionen i avsnitt 2.3.4 visade t.ex. att konsekvenserna för en enskild patient utgör en relevanta faktor vid tolkningen av vad som utgör vård som inte kan anstå, medan kostnaderna för vården kan sakna relevans vid identifiering av vilken vård inte kan anstå. Objektivitetsprincipen innehåller vidare ett krav på allas likhet inför lagen. Kravet på likhet inför lagen kan sägas inrymmas i kravet på saktighet; de kriterier som används vid beslutsfattande ska användas konsekvent så att lika fall behandlas lika.¹⁰⁹

¹⁰³ Se liknande resonemang i JO ämbetsberättelse 2018/19:JO1 s. 387; samt se även Sandén, U., *Sekretess och tystnadspliket inom offentlig och privat hälso- och sjukvård: ett skydd för patientens personliga integritet*, s. 89.

¹⁰⁴ Bull, T., *Offentlighetsprinciper*, s. 103.

¹⁰⁵ Bull, a.a., s. 103.

¹⁰⁶ Bull a.a., s. 103; Bull, T, och Sterzel, F., *Regeringsformen: en kommentar*, s. 55.

¹⁰⁷ Bull, T., *Offentlighetsprinciper*, s. 101; och Kindström Dahlin, M., *Psykiatrirätt: intressen, rättigheter & principer*, s. 58.

¹⁰⁸ Bull a.a., s. 101; Kindström Dahlin, a.a., s. 59; och Nilsson, A. K., *Enforcing Environmental Responsibilities: A Comparative Study of Environmental Administrative Law*, s. 74–76.

¹⁰⁹ Bull, a.a., s. 102; Kindström Dahlin, a.a., s. 60; och Nilsson, a.a., s. 74.

Vid en applicering av legalitets- och objektivitetsprincipen på den fråga som utgör föremål för utredningen låter sig följande slutsatser dras:

Enligt 8 kap HSL har regionerna en skyldighet att ge god vård till alla personer som är bosatta i Sverige, oavsett medborgarskap, samt till EU-medborgare som har rätt till vårdförmåner enligt förordning 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen. Av lag 2008:344 och lag 2013:407 följer vidare en skyldighet att tillhandhålla vård som inte kan anstå till asylsökande och papperslösa. Som diskuterats ovan inbegriper vård som inte kan anstå även avancerad sjukvård, såsom organtransplantation, som syftar till att rädda livet på, eller förlänga livslängden för, en patient.

Enligt 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen (2010:659) har hälso- och sjukvårdspersonal en skyldighet att utföra allt sitt arbete i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Detta krav kan anses ge uttryck för vilka kriterier som är relevanta för beslutsfattande och vilka som saknar relevans. Det får förmodas att om utredningen av möjligheterna att tillhandhålla hjärt- eller/och lungtransplantationer görs enligt riktlinjer från the International Society for Heart and Lung Transplantation så får förfarandet anses förenligt med vetenskap och beprövad erfarenhet.¹¹⁰ Enligt de medicinska riktlinjerna anses att transplantationerna ska tillhandahållas om patienterna har möjlighet att få eftervård. Psykologisk förmåga att sköta medicinering eller att komma på regelbundna kontroller för vården anses vara en del av bedömningen. Dessa internationella riktlinjer fokuserar framför allt på den psykologiska och psykiatriska dimensionen av patienternas möjlighet att få eftervård. Det krävs även en utvärdering av möjligheterna att erhålla socialt stöd. Enligt min mening följer en utredning av frågan om patienten har möjligheter att komma till regelbundna kontakter med vården av kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet. De ovannämnda medicinska riktlinjerna kräver emellertid inte att möjligheterna att stanna i ett visst konkret land undersöks. Jag anser dock ändå att möjligheterna till att få eftervård efter lämnandet av ett land är av relevans för bedömningen och indirekt baseras på de krav som kommer till uttryck i de medicinska riktlinjerna. Det får därför anses att kravet på saklighet är uppfyllt när vårdpersonal tar hänsyn till patientens möjligheter att erhålla eftervård vid beslutsfattande sin rör placering på väntelistor. Däremot, anser jag det ej finnas lagstöd för att gynna eller missgynna patienter på grund av att de saknar permanent uppehållstillstånd. Med andra ord innebär det förhållandet att lagstiftaren tillåtit beaktande av möjligheterna för patienterna att få eftervård inte att lagstiftaren även tillåtit vårdpersonal att uppställa krav på uppvisande av endast vissa specifika dokument, såsom permanenta uppehållstillstånd. Ett krav på permanent uppehållstillstånd eller medborgarskap kan inte anses vara legitimt, eftersom det inte är den enda möjligheten att bevisa att

¹¹⁰ Mehra, M. R., m. fl., *The 2016 International Society for Heart Lung Transplantation listing criteria for heart transplantation: A 10-year update*; och Weill, D., m.fl., *A consensus document for the selection of lung transplant candidates: 2014—An update from the Pulmonary Transplantation Council of the International Society for Heart and Lung Transplantation*.

möjligheter till att få eftervård finns. Omständigheter hänförliga till patientens migrationsrättsliga status, t.ex. huruvida vederbörande har permanent uppehållstillstånd, kan komma att förändras efter transplantation. Medborgarskap, permanenta eller tillfälliga uppehållstillstånd kan enligt min mening ej tas till intäkt för patienter kommer att ha eller sakna möjligheter till att få eftervård.

Objektivitetsprincipen uppställer även krav på att bedömningen motsvarar kravet på allas likhet inför lagen. För att uppnå likhet inför lagen är det nödvändigt att det allmänna har rutiner för hur utredningen av förmågan att erhålla eftervård skall utföras som är oberoende av patienternas migrationsstatus. Dessa kriterier (rutiner) ska användas för varje enskilt fall. Som jag uppfattar situationen utifrån mina kontakter med avdelningarna finns hittills inga rutiner som klargör vilka frågor som ska ställas till alla patienter oavsett medborgarskap och migrationsrättslig status. Den uppfattning jag fått är att det för svenska medborgare och dem som har permanent uppehållstillstånd fokuseras på patienternas vilja och förmåga att fortsätta behandlingen, medan det för icke-medborgare är andra frågor som ställs och dessa rör förutsättningar som inte är beroende av patienten. Jag anser att avsaknaden av rutiner kan riskera att äventyra likheten inför lagen. Här menar jag bl.a. att i den mening som avses i 8 kap. HSL ska tillgången till subventionerad sjukvård för personer som är bosatta i Sverige inte anses vara annorlunda än för svenska medborgare bosatta i landet.

3.4 Officialprincipen

Inom ramen för denna utredning är det viktigt att ställa frågan i vilken omfattning vårdpersonalen behöver utreda patientens möjligheter att få eftervård. En annan viktig fråga är vem som har bevisbördan i händelse av att möjligheterna att få eftervård förblir oklara; ska det i ett sådant fall antas att patienten kan få eftervård och följaktligen ska placeras på väntelistan eller tvärtom.

Officialprincipen återfinns i 23 § FL som föreskriver att en myndighet ska se till att ett ärende blir utrett i den omfattning som dess beskaffenhet kräver. Vårdpersonalen har m.a.o. en skyldighet att utreda om patienterna kan placeras på väntelistor, inkl. möjligheterna till att få eftervård. Principen anses utgöra en rättssäkerhetsgaranti; bara under förutsättning att det allmänna är välinformerat kan korrekta beslut fattas.¹¹¹ Det allmänna kan alltså inte fatta sakliga beslut utan att utreda frågan. Utredningsskyldigheten har därför en stark koppling till objektivitetsprincipen (se avsnitt 3.3.), varför det kan hävdas att utredningsansvaret existerar oavsett om FL tillämpas eller ej.

¹¹¹ Lundin, O., Offentlighetsprinciper, s. 207; och Lindkvist, G., *Utredningsskyldighet, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen*, s. 57.

Utredningsansvarets styrka varierar beroende på en rad olika faktorer, såsom typen av process och frågans beskaffenhet.¹¹² Vid frågor som rör möjligheter till tillstånd eller dispens är myndigheternas utredningsansvar t.ex. svagt; ansvaret för att frambringa bevisning åvilar framför allt den enskilde. Bevisbördan brukar i dessa fall ligga hos den enskilda; om den enskilda inte förmår bevisa vad han eller hon gör gällande kommer ansökan avslås. Utredningsansvaret är som starkast när fråga är om ingripanden mot enskilda. I sådana fall är det således myndighetens ansvar att framlägga bevis för att inskränkningen ska tillåtas; om det inte finns tillräcklig bevisning kan åtgärderna ej företas. Graden av intrång i den i enskildas rättsfär påverkar utredningsansvarets styrka; ju starkare inskränkningen är, desto större ansvar har myndigheterna för att utreda den konkreta frågan.¹¹³

Frågan om graden av utredningsansvar vid ärenden gällande placering på väntelistor har hittills inte varit föremål för diskussion i relevanta rättskällor. Som konstaterades kapitel 2 ovan utgör organtransplantation en form av livräddande behandling, varför placeringen på väntelistor aktualiserar rätten till liv, frihet från tortyr, samt rätten till hälsa. Dessa rättigheter skyddas av svensk lag (Europakonventionen). Intresset av att skydda liv och av att förbjuda tortyr åtnjuter en hög prioritet i såväl den svenska som Europarådets rättsordning. Placering på väntelistor är ärenden som rör enskilda i väldigt utsatta situationer och som är i en starkt beroende ställning i förhållande till sjukvården. Samtidigt är det patienterna som ansöker om att placeras på väntelistorna och det handlar således inte om sanktioner mot patienter eller andra ingripande åtgärder. Med hänsyn till patientens utsatthet samt de mycket viktiga intressen/rättigheter som påverkas gör jag bedömningen att utredningsansvarets styrka är ganska hög i dessa situationer, dock inte lika högt som i fall som innefattar ingripande åtgärder eller sanktioner. Det innebär att det framför allt åvilar det allmänna att visa att patientens åtnjutande av det skydd av rätten till liv och förbudet mot tortyr vartill han eller hon är berättigad ej åsidosätts genom ett beslut som avser en placering på en väntelista.¹¹⁴ Frågor rörande officialprincipens styrka brukar utvecklas i rättspraxis, som emellertid

¹¹² Prop. 2016/17:180 s. 129; SOU 2010:29 s. 406; Lundin, O., *Offentligrättsliga principer*, s. 205 och 209; och Nilsson, A. K., *Enforcing Environmental Responsibilities: A Comparative Study of Environmental Administrative Law*, s. 82.

¹¹³ SOU 2010:29 s. 407; JO:s ämbetsberättelse 1998/99:JO1 s. 180; RÅ 2010 ref. 120; Lundin, O., *Offentligrättsliga principer*, s. 211; och Ryberg-Welander, L., *Officialprincipen i sjukförsäkringen*, s. 405.

¹¹⁴ Jag anser att det även är analogt med vilken medicinsk behandling som helst. När patienten kommer till en läkare och begär om hjälp pga. att han eller hon mår dåligt gör läkaren en undersökning enligt vetenskap och beprövad erfarenhet. Om tillsynsmyndigheter utvärderar huruvida patienten erhöll nödvändigt vård i detta fall och bör bedömningen avse huruvida vården var förenlig med vetenskap och beprövad erfarenhet. Frågan ska inte handla om huruvida patienten har bevisat att han eller hon mår tillräckligt dåligt. Se även SOU 1964:27 s. 299 och SOU 1946:69 s. 86, samt Europadomstolen, *Paposhvili v. Belgium*, Application number 41738/10, Judgment of 13 December 2016, p. 185–187, 221–224 där Europadomstolen betonade att i frågor som rör utvisning av personer på grund av hälsorelaterade problem har myndigheterna ett omfattande utredningsansvar. Detta kan förklaras med kopplingen till förbudet mot tortyr och rätten till privatliv.

hittills saknas, varför det utifrån relevanta källor i nuläget inte är möjligt att tillhandahålla en tydligare definition av omfattningen av den enskildas respektive vårdgivarens bevisbörda.

Möjligheterna att utreda tillgängligheten av eftervård är begränsade för både vårdpersonalen och den enskilda som följd av ett antal olika faktorer. Bland dessa faktorer återfinns den enskildas migrationsrättsliga status, som kan förändras, samt sekretessrelaterade bestämmelser. Frågan om den enskildas möjlighet att bli medborgare eller erhålla permanent eller tillfälligt uppehållstillstånd beslutas av Migrationsverket. Migrationsverket och vårdgivare agerar självständigt i beslut som rör enskilda (12 kap. 2 § RF). I de flesta fallen arbetar Migrationsverket med anmälningsärenden, dvs. de beslut som kan fattas beror på vad den enskilda begär och hur begäran framställs. Vissa patienter kan inneha tillfälliga uppehållstillstånd pga. studier, arbete, eller familjerelationer, men vid en ny ansökan kan andra förhållanden aktualiseras så att de kan få en annan migrationsrättslig status. På samma sätt kan även svenska medborgare bestämma sig för att flytta till ett annat land, byta medborgarskap, etc. Även om det finns en konkret, pågående, ärende hos Migrationsverket kan en offentlighet- och sekretessbestämmelse som äger tillämpning i fråga om patienten hindra vårdpersonalen från att vända sig till Migrationsverket med frågor avseende den enskildas status i landet. Därtill kommer att Migrationsverket, även om den enskilda eller vårdgivaren kan vända sig till Migrationsverket med frågor om det konkreta ärendet (t.ex. om den enskilda lämnat samtycke eller det finns en sekretessbrytande bestämmelse), ofta har långa handläggningstider. Som angavs ovan behöver emellertid frågor om placering på väntelistor handläggas skyndsamt; patienternas hälsotillstånd är ofta livshotande, och en fördröjning av behandlingen kan innebära att patienternas allmänna tillstånd förvärras betydligt så att patienten inte längre kommer överleva transplantationen.

Det ovan förda resonemanget visar att det finns ett antal faktiska och juridiska hinder för utredningen av de faktiska möjligheterna att få eftervård som gör sig gällande i fråga om utläningar. Om Migrationsverket fattar beslut om utvisning kan det även vara oklart om personerna kommer att ha möjligheter att erhålla kvalificerad eftervård i andra länder, och, i så fall, till vilka länder patienterna kommer att resa. Patienter som fått avslag på sin ansökan om uppehållstillstånd kan också bestämma sig för att fortsätta leva i Sverige som papperslösa och i sådana fall har regionerna en skyldighet att tillhandahålla vård som inte kan anstå, såsom eftervård i form av immunförsvarshämmande mediciner. Möjligheterna att få eftervård i hemlandet kan förändras när patienten behöver resa dit. Det finns därför ett stort antal faktorer som innebär att det nästan aldrig kan gå att klarlägga om patienterna kommer att ha möjlighet till att få eftervård i Sverige eller i ett annat land. Med hänsyn härtill är det viktigt att adressera frågan vad denna osäkerhet innebär för patienternas möjligheter att placeras på väntelistor och få vård.

Om det är oklart huruvida patienten kan få eftervård eller ej, ska det antas att patienten kan få eftervård, och att vederbörande därför ska placeras på väntelistan, eller tvärtom? Frågan har inte adresserats i rättskällorna och det är därför svårt att besvara på denna fråga definitivt och sakligt. En del av problematiken med att besvara frågan består i att beviskravet inte är uttryckligen formulerat vare sig i nationellt rätt eller internationella medicinska riktlinjer. Krävs det att det ”finns anledning att anta”, ”är sannolikt”, ”finns en hög grad av sannolikhet”, ”klart framgår”, eller ”är uppenbart” att patienten inte kommer att få tillgång till eftervård? Svaret är oklart. Det går även att resonera på olika sätt i fråga om bevisbördans placering. Ett sätt är att utgå från att bevisbördan, som huvudregel, åvilar den enskilda som söker erhålla en förmån.¹¹⁵ Eftersom en placering på en väntelista kan ses som en förmån kan man nå slutsatsen att det är patienten som har bevisbördan. Å andra sidan har de rättigheter som dessa frågor aktualiserar ett nära samband till förbudet mot tortyr, vilket är en absolut rättighet enligt Europakonventionen.¹¹⁶ Det går därför att argumentera för att osäkerhet bör tolkas till förmån för den enskilda; patienter bör placeras på väntelistor även om osäkerhet föreligger pga. deras migrationsrättsliga status. För egen del är jag mer benägen att förespråka det senare resonemanget med hänsyn till de vårdsökandes särskilda utsatthet. Några säkra slutsatser är emellertid inte möjliga att dra i avsaknad av relevanta rättskällor. Förhoppningsvis kommer frågan att klarläggas av domstolar och/eller myndigheter om och när asylsökande gör bruk av möjligheten att överklaga dessa typer av beslut. Samtidigt får förmodas att tillgången till rättslig prövning för denna personkategori begränsas av ett antal faktiska hinder som hör samman med deras utsatthet i egenskap av personer med omfattande vårdbehov såväl som deras juridiska och sociala status i det svenska samhället.

3.5 Rättighetsperspektiv: en överblick av förpliktelser

3.5.1 Rätten till privatliv och förutsebarhet

I avsnitt 2.3.3.3 påpekades att tillgång till medicinsk behandling, inklusive hjärt- och/eller lungtransplantation, aktualiserar rätten till privatliv. Om denna rättighet föreskrivs i artikel 8 Europakonventionen, som gäller såsom svensk lag. Jag berörde

¹¹⁵ Lindkvist, G., *Utredningsskyldighet, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen*, s. 250 och 266.

¹¹⁶ Se även SOU 1946:69 s 89. I SOU:n anges: ”när fråga är om en åtgärd som angriper värden vilka skyddas av RF § 16, d. v. s. medborgarnas personliga integritet, ... och hemfrid, myndigheten icke kan välja sig med förklaringen att den enskilde bort hava övertygat myndigheten om oriktigheten av den företagna åtgärden och att, då han icke lyckats göra detta, myndigheten ägt handla som den gjort. *Myndigheten måste i stället äga full bevisning* för åtgärdens lagenlighet och ändamålsenlighet” (min kursivering). Se även IVO:s beslut dnr 8.2-36521/2015-15, 2016-10-17. IVO anser att ”... det var rimligt av vårdgivaren att beakta de risker behandlingen var förknippad med och även möjligheterna att följa upp dessa risker där personen kommer att befinna sig. *Beslutet kan dock inte baseras på antaganden* utan måste vara välgrundade och motiveras i patientjournalen” (min kursivering).

tidigare frågan om staterna är underkastade positiva förpliktelser att tillhandhålla organtransplantationer. Europadomstolen har uttalat att i frågor som rör tillgång till medicinsk behandling aktualiseras ibland både positiva förpliktelser och negativa förpliktelser i samband med en inskränkning av en rättighet.¹¹⁷ Detta är högaktuellt även för frågor som behandlas i utredningen. Å ena sidan har staten positiva förpliktelser som går ut på att tillhandhålla vård. Å andra sidan beslutar sjukvården att inskränka möjligheterna för utlänningar som saknar permanent uppehållsrätt, eller för dem vars möjligheter att erhålla eftervård är osäkra, att få vård. Detta innebär att fråga är om inskränkningar av rätten till privatliv och att staten har negativa skyldigheter.

När rätten till privatliv inskränks fordras att ett antal villkor, som listas i artikel 8.2 Europakonventionen, är uppfyllda, bl.a. att ingreppet sker med stöd av lag. Att ingreppet måste ske med stöd av lag är krav som till sin natur är väldigt nära knutet till legalitetsprincipen. Det är dock viktigt att notera att Europadomstolen uppställer väldigt stränga krav ifråga om lagstödet kvalitet. Stödet i lag måste vara precist, tydligt och förutsebart så att en enskild kan bestämma sitt agerande i en viss situation.¹¹⁸ Om en person som har allvarliga hälsoproblem t.ex. bestämmer sig för att åka till ett annat land för att där erhålla vård, eftersom vården anses vara tillgänglig där, och det i verkligheten finns icke-skrivna hinder för att få vården där kan det knappast anses vara förutsebart.¹¹⁹ Vid tillämpningen av dessa rekvisit på den situation som diskuteras i utredningen uppstår ett antal frågor rörande förutsebarheten och kravet på lagstöd. Här menar jag att de svenska reglerna ej uttryckligen begränsar möjligheterna för personer utan permanent uppehållstillstånd att få behandling. I de internationella medicinska riktlinjer som nyttjas hänvisas överhuvudtaget inte till frågan om migrationsrättslig status, utan i dessa riktlinjer diskuteras bara frågan om patientens mentala förmåga att mottaga eftervård samt dennas möjligheter att erhålla socialt stöd. Europadomstolen, svenska domstolar och myndigheter kan därför komma att nå slutsatsen att inskränkningen av rätten till privatliv är olaglig eftersom det inte är förutsebart för patienterna vilka av dem som äger rätt att få tillgång till organtransplantationer.

¹¹⁷ Europadomstolen, *S.H. and others v. Austria*, Application number 57813/00, Judgment of 3 November 2011, p. 88.

¹¹⁸ In Europadomstolen, *Ternovsky v. Hungary*, Application number 67545/09, Judgment of 14 December 2010, p. 23–24; Europadomstolen, *Petrova v. Latvia*, Application number 4605/05, Judgment of 24 June 2014, p. 86; Europadomstolen, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Application numbers 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008, p. 95; Europadomstolen, *Elberte v. Latvia*, Application number 61243/08, Judgment of 13 January 2015, p. 104; och Europadomstolen, *Narinen v. Finland*, Application number 45027/98, Judgment of 1 June 2004, p. 34. See även McDonagh, M., *Balancing Disclosure of Information and the Right to Respect for Private Life in Europe*, s. 13.

¹¹⁹ Notera att även RF ställer uppställer ett krav på förutsebarhet. Kraven är omfattande i fall då staten begränsar rättigheter enligt 2 kap. 20 § RF. Emedan frågan som diskuteras i utredningen inte innebär någon begränsning av rättigheterna i 2 kap. RF anser jag det dock vara påkallat av pedagogiska skäl att diskutera rätten till privatliv och förutsebarhet som en fråga separerat från frågan om legalitetsprincipen.

3.5.2 Rätten till liv och förbudet mot tortyr: begränsningar av positiva förpliktelser

I avsnitt 2.3.3.3 behandlades frågan om staternas positiva förpliktelser att skydda liv och förhindra tortyr. Jag kom fram till slutsatsen att om staten är medveten om att utan en organtransplantation så kommer en person att avlida, hans eller hennes livslängd förkortas, eller han eller hon lida betydande men, så har staten en skyldighet att agera. I andra situationer kan staten, tvärtom, inte vara skyldig att agera. Till de senare hör situationer då de förväntat förebyggande åtgärderna ej var rimliga, skulle ha inneburit en omöjlig eller oproportionerlig börda, eller skulle ha resulterat i att andras rättigheter och garantier överträdde. Bevisbördan för förefintligheten av ovannämnda omständigheter åligger staten.¹²⁰ I detta avsnitt kommer jag beröra frågan huruvida ett nekande av en transplantation pga. osäkerhet med avseende möjligheterna att få eftervård i hemlandet, bör betraktas som en rimlig och proportionerlig inskränkning eller som en kränkning av rätten till liv och frihet från tortyr.

För att besvara denna delfråga anser jag det vara nödvändigt att ta ställning till två situationer, nämligen:

- Situation A. Patienten, som har tillräckliga vårdbehov, får plats på väntelistan, men när ett organ blir tillgängligt prioriteras en annan patient, eftersom patientens möjligheter att få eftervård är osäkra och den samlade bedömningen görs att en annan patient har bättre förutsättningar att överleva.
- Situation B. Patienten, som har tillräckliga vårdbehov, nekas plats på väntelistan (och motsvarande tillgång till livräddande behandling) pga. osäkerhet avseende möjligheterna att erhålla vård i hemlandet.

I fråga om situation A är det viktigt att ha i åtanke Europadomstolens i praxis uttryckta förståelse för att staternas resurser inte är obegränsade.¹²¹ Jag anser därför att om det finns bara ett organ och en samlad bedömning, som görs på objektiva grunder, visar att en annan patient har bättre förutsättningar att överleva än den första patienten så har staten ett tolkningsutrymme att vem som konkret tilldelas

¹²⁰ Europadomstolen, *Tagayeva and others v. Russia*, Application number 26562/07, Judgment of 13 April 2017, p. 585; och Europadomstolen, *Mansuroğlu v. Turkey*, Application number 43443/98, Judgment of 26 February 2008, p. 80.

¹²¹ Europadomstolen, *Budayeva and Others v. Russia*, Application numbers 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02 Judgment of 20 March 2008, p. 134–135; Europadomstolen, *Vilnes and Others v. Norway*, Application numbers 52806/09 and 22703/10, Judgment of 5 December 2013, p. 220; Europadomstolen, *Brincat and Others v. Malta*, Application numbers 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, Judgment of 24 July 2014 p. 101; Europadomstolen, *Osman v. the United Kingdom*, Application number 87/1997/871/1083, Judgment of 28 October 1998, p. 116; och Europadomstolen, *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, Application number 46846/08, Judgment of 17 January 2012, p. 46.

organet. Jag anser att i situation A kommer inte statens agerande innebära en kränkning av rätten till liv eller förbudet mot tortyr.

För att kunna ta ställning till situation B är det viktigt att notera att MR organen inte riktar kritik mot specifika myndigheter, utan snarare till Sverige som stat. Europadomstolen riktar t.ex. sin kritik till Sverige, och inte till Migrationsverket, domstolar eller vårdpersonal. Både FN och Europarådets organ bekräftar i sin praxis att staterna har en positiva förpliktelser att inte utvisa personer som har allvarliga medicinska behov om möjligheterna till vård i hemlandet är oklara.¹²² Som beskrevs ovan har även sjukvården positiva förpliktelser att skydda liv och förhindra tortyr. Det är svårt att anse att placeringen av en person på en väntelista i sig kan utgöra en orimlig, omöjlig eller oproportionerlig börda, eller innebära att andras rättigheter inte respekteras. Att neka en sådan placering på grund av osäkerhet med avseende på om personen kan stanna i Sverige kan komma att föranleda de övervakande organen att sluta sig till att statens myndigheter inte samverkar som de ska, och att staten misslyckats med att skapa ett fungerande regelverk för att skydda rättigheterna.¹²³ Jag bedömer därför att MR kommittéer och Europadomstolen kan komma att kritisera Sverige som stat för att ha åsidosatt rätten till liv och/eller förbudet mot tortyr.

3.5.3 Icke-diskriminering

Kravet på icke-diskriminering framgår av RF, Europakonventionen, diskrimineringslagen (2008:567) och EU rätten.¹²⁴ Rätten till icke-diskriminering är också en mänsklig rättighet som återfinns i en majoritet av MR-dokumenterna. De frågor som behandlas i detta avsnitt är följande: om vårdpersonal beslutar att neka patienten en plats på väntelistan pga. att vederbörande saknar permanent uppehållstillstånd, är det att betrakta som diskriminering? Om vårdpersonalen beslutar att prioritera en annan patient än patienten utan permanent

¹²² FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, communication No. 900/1999, *C. v. Australia*, Views of the Human Rights Committee under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 13 November 2002, CCPR/C/76/D/900/1999; Europadomstolen, *Paposhvili v. Belgium*, Application number 41738/10, Judgment of 13 December 2016 p. 185–187, 204–205; Europadomstolen, *Savran v. Denmark*, Application number 57467/15, Judgment of 1 October 2019 p. 45–49; och FN:s kommitté mot tortyr, *General comment No. 4* (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, 4 September 2018, CAT/C/GC/4, s. 22.

¹²³ Europadomstolen, *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application number 56080/13, Judgment of 19 December 2017, p. 190–196; Europadomstolen, *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey*, Application number 13423/09, Judgment of 9 April 2013, p. 96–97. Se även FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2348/2014, *Toussaint v Canada*, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014, p. 11.3.

¹²⁴ 2 kap. 12 § RF ger skydd mot diskriminering på grund av etnisk ursprung. Enligt förarbetena till RF är det svårt att göra gällande att bestämmelsen om icke-diskriminering skyddar utländska medborgare, dvs. mot diskriminering pga. nationalitet, utan det är snarare det etniska ursprunget som är i fokus i 2 kap. 12 § RF, se prop. 2009/10:80 s. 152. Inom ramen för denna utredning kommer jag inte att lägga något fokus på bestämmelserna i RF.

uppehållstillstånd, är det att betrakta som diskriminering? Jag kommer att diskutera denna fråga både utifrån ett svenskt och ett MR-perspektiv.

Diskrimineringslagen

1 kap. 4 § diskrimineringslag (2008:567) upptas två viktiga definitioner av diskriminering som kommer att analyseras i det följande. Dessa är definitionerna av direkt respektive indirekt diskriminering. De lyder:

1. direkt diskriminering: att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder,

2. indirekt diskriminering: att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, viss funktionsnedsättning, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet,

Vissa kriterier är gemensamma för direkt och indirekt diskriminering. För att kunna hävda att direkt diskriminering, enligt definitionen ovan, föreligger av patienter vid organtransplantationer måste det visas att:

- (a) patienten tillhör en av de skyddade personkategorier som anges i lagen;
- (b1) patienten missgynnats genom att behandlas sämre än någon annan skulle ha behandlats i en jämförbar situation;
- (c) missgynnandet skett på grund av personens tillhörighet till den skyddade personkategorin.

För att hävda att indirekt diskriminering föreligger måste följande kriterier vara uppfyllda:

- (a) patienten tillhör en av de skyddade personkategorier som anges i lagen;
- (b2) patienten missgynnas genom tillämpning av ett kriterium som framstår som neutralt;
- (d) intresseavvägning.

Som framgår är kriterium (a) gemensamt för direkt och indirekt diskriminering. Kriterierna (b1) och (b2) har gemensamma karaktärsdrag, såtillvida att båda förutsätter ett missgynnande i jämförelse med någon annan person i en jämförbar situation. Skillnaden mellan (b1) vid direkt diskriminering och (b2) vid indirekt diskriminering är att i det förra fallet ligger fokus på individnivå, medan det centrala

i det senare i stället är en statistisk jämförelse av relationen mellan två grupper.¹²⁵ De sista kriterier (c) och (d) är olika och kommer att diskuteras separat.

Kriterium (a) innebär att man måste visa att patienten åtnjuter skydd av en viss diskrimineringsgrund (status). Bland de skyddade diskrimineringsgrunderna anges etnisk tillhörighet. Etnisk tillhörighet definieras i 1 kap. 5 § diskrimineringslagen som *nationellt* eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande. I de allra flesta situationer då personerna inte är svenska medborgare har de ett annat nationellt ursprung.¹²⁶ Jag anser därför att personer som saknar permanent uppehållstillstånd oftast kommer att uppfylla kriterium (a).

Kriterierna (b1) och (b2) innebär att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan. Det verkar att inte särskilt problematiskt att nå slutsatsen att om personen nekas möjlighet att erhålla en organtransplantation på grund av sitt nationella ursprung så utgör det en missgynnande behandling. Även bedömningen om möjligheter till eftervård sker på olika sätt för svenska medborgare och personer som har ett annat nationellt ursprung (se diskussionen i avsnitt 3.1). Svenska medborgare behöver visa bara sin mentala förmåga att följa eftervård, medan det för dem som saknar permanent uppehållstillstånd krävs att både mental förmåga och faktisk förmåga att erhålla vård i Sverige, som är beroende av många olika orsaker såsom ex. beslut av andra myndigheter, visas.

För att uppfylla kriterium (b1) behöver personen även visa att han eller hon behandlas sämre än någon annan i en jämförbar situation. Kriterium (b2) förutsätter att personer med ett annat nationellt ursprung, som grupp, behandlas sämre än en annan grupp. Det är därför nödvändigt att identifiera jämförelseobjektet för bedömningen.¹²⁷ Förbud mot diskriminering syftar till att skydda minoriteter, varför det är logiskt att jämföra med majoriteteten.¹²⁸ Jag anser därför att referensobjektet bör utgöras av personer svenskt nationellt ursprung. Enligt den information jag erhöll från de tillfrågade transplantationsavdelningarna utgör svenska medborgare en absolut majoritet av dem som får hjärt- och/eller lungtransplantationer. Enligt förarbetena till diskrimineringslagen är det på hälso- och sjukvårdsområdet patientens behov som ska vara styrande vid jämförelsen.¹²⁹ Om en patient har ett större vårdbehov än en annan ska de två inte anses befinna sig i jämförbara situationer. Vilka behov patienterna har ska inom vården baseras på vetenskap och

¹²⁵ Hellborg, S., *Diskrimineringsansvar: en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*, s. 125.

¹²⁶ Prop. 2007/08:95 s. 497; Hellborg, a.a., s. 162; och Swanstein, F., och Henrikz, K., *Diskrimineringslagen: från princip till praktik*, s. 93.

¹²⁷ Prop. 2007/08:95 s. 101; och SOU 2006:22 s. 354–355.

¹²⁸ Se även Bull, T., *Fundamentala fragment: ett konstitutionellt lapptäcke*, s. 180.

¹²⁹ Prop. 2007/08:95 s. 254.

beprövad erfarenhet.¹³⁰ Detta innebär att diskussionen rörande huruvida patienter som har utländskt eller svenskt nationellt ursprung har samma vårdbehov, inklusive behovet av eftervård, kan lämnas öppen. Det kan motiveras att vårdbehovet som personer som saknar permanent uppehållstillstånd har skiljer sig från vårdbehovet som de som har permanent uppehållstillstånd har på grund av tillgången till eftervård. Jag anser att utredningens frågor inte aktualiserar olika vårdbehov, utan snarare om eventuella möjligheter att erhålla sådan eftervård som både svenska och utländska patienter behöver.

Kriterium (c) innebär att det måste finnas ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet och de skyddade diskrimineringsgrunderna. Någon avsikt att diskriminera behöver inte visas för att påvisa ett orsakssambandet, men avsikten kan vittna om att det finns ett starkare orsakssamband.¹³¹ För här relevanta syften innebär det att nationellt ursprung kan vara en av flera orsaker till missgynnandet, om än inte nödvändigtvis den enda orsaken.¹³² I förarbetena anges att även om önskan varit att bespara någon lidande, och det således varit goda avsikter som föranlett missgynnandet, kan ett orsakssambandet föreligga mellan handlingssättet och diskrimineringsgrunden.¹³³ Det anges vidare att tidsaspekten kan vara viktig för bedömningen av om det finns ett orsakssamband; om missgynnandet sker i tidsmässigt nära anslutning till att vårdpersonalen vann kännedom om patientens nationella ursprung kan det vara en starkare indikation på att ett orsakssamband föreligger.¹³⁴ Man kan även ofta anta att det föreligger direkt diskriminering då det förekommer hänvisningar till ”typbeteende” utan individuell bedömning.¹³⁵

Kriterium (d) som används för att bedöma om indirekt diskriminering förekommit innebär att en avvägning görs mellan godtagbarheten av syftet med bestämmelserna eller av det kriterium som missgynnar en viss grupp, och lämpligheten och nödvändigheten av de medel som används för att uppnå syftet.¹³⁶ Vad är syftet med bestämmelserna om möjligheter till eftervård? Jag anser att bestämmelserna fyller flera viktiga funktioner, nämligen att skydda rätten till liv som andra personer som har behov i organ åtnjuter, att förvara organ från personen som avled på det för samhället mest gynnsamma sättet, och att förhindra att personer som inte kan få eftervård utsätts för lidande. Dessa syften har en stark koppling till frågor om

¹³⁰ A. prop., s. 255.

¹³¹ A. prop., s. 488; och NJA 2014 s. 499 II.

¹³² A. prop. s. 489; och Hellborg, S., *Diskrimineringsansvar: en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*, s. 123.

¹³³ A. prop., s. 488; och AD 2005 nr 32.

¹³⁴ A. prop. s., 489.

¹³⁵ Stockholms tingsrätts dom av den 10 januari 2009 i mål nr T 16183-06; AD 2003 nr 47; och Hellborg, S., *Diskrimineringsansvar: en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*, s. 269.

¹³⁶ Prop. 2007/08:95 s. 491; och Hellborg, a.a., s. 322.

mänskliga rättigheter och patientsäkerhet och bör anses vara godtagbara. Är de medel som används för att uppnå syftena lämpliga och nödvändiga? Svaret på frågan kan variera från fall till fall. För de ovan nämnda syftena kan en prioritering av en annan patient på väntelistan vara nödvändig i ett konkret fall med hänsyn till att det bara finns ett organ som kan rädda livet på endast en person. Om patienter däremot, utan någon individuell bedömning av möjligheterna till att få eftervård, exkluderas från väntelistor förhåller det sig sannolikt så att åtgärderna bör betraktas som icke-nödvändiga. En exkludering av personer som saknar permanent uppehållstillstånd från möjligheten att vänta på ett lämpligt organ går, enligt min mening, utöver vad som fordras för att uppnå en patientsäker vård.

Vårdgivaren eller staten kan också hänvisa till att det inte är möjligt att erbjuda tillgång till transplantationer pga. att insatserna kostar för mycket. Detta syfte kan i och för sig anses vara berättigat. Vad som är nödvändigt och lämpligt måste emellertid tolkas i ljuset av relevant praxis från Europadomstolen. Europadomstolen anser att på vissa områden som kräver mycket finansiella resurser, såsom hälso- och sjukvård, åtnjuter staterna en bred tolkningsmarginal inom vilken de äger bestämma om, och begränsa tillgången för utlänningar till, dessa typer av tjänster.¹³⁷ Men ju starkare samband en fråga har till en kärnförpliktelse i Europakonventionen, desto snävare är tolkningsmarginalen. Europadomstolen avseende rätten till liv och förbudet mot tortyr klargjort att dessa är rättigheter med fundamentalt värde.¹³⁸ Staterna åtnjuter därför en snävare tolkningsmarginal i frågor som rör resursallokering för att säkerställa att rätten till liv eller förbudet mot tortyr efterlevs, såsom är fallet vid exempelvis organtransplantationer.¹³⁹ I realiteten innebär det att vårdgivaren eller staten måste motivera mycket noggrant varför kostnaderna för vård i ett enskilt fall var för höga för vårdgivaren eller staten.

De resonemang som ovan förts i anslutning till kriterierna för icke-diskriminering enligt diskrimineringslagen leder mig att dra slutsatsen att det i vissa situationer är möjligt att göra gällande direkt eller indirekt diskriminering i samband med att en person utan permanent uppehållstillstånd nekas placering på väntelistorna. Det föreligger dock flera osäkra faktorer i fråga om hur domstolarna kommer att bedöma ett enskilt fall. Vissa av dessa osäkerheter är kopplade till frågan huruvida patienter med utländskt ursprung är i en situation som är jämförbar med svenska medborgares. För att en jämförelse mellan personer med utländskt nationellt ursprung och svenska dito måste konstateras att de har samma vårdbehov, samtidigt som det är oklart hur svenska domstolar kommer bedöma frågan i sådana

¹³⁷ Europadomstolen, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 54.

¹³⁸ Europadomstolen, *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], Application number 23458/02, Judgment of 24 March 2011, p. 174.

¹³⁹ Jfr. Europadomstolen, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 55 och 57–58.

situationer som involverar patienter som eventuellt har olika möjligheter att erhålla eftervård. Det är också till viss del oklart om domstolarna kommer att välja svenska medborgare som den relevant jämförelsegrupp. Frågan om kriterierna (c) och (d) är uppfyllda är också öppen för diskussion. Även om något krav på att visa innehavet av ett permanent uppehållstillstånd inte direkt framgår av lagstiftningen är det alltså relevant att utreda patienternas möjligheter till att få eftervård (se avsnitt 3.3). Sådana fall där några sådana utredningar inte äger rum, och patienten nekas möjligheten att få vård pga. av att han eller hon saknar permanent uppehållstillstånd, är särskilt problematiska utifrån ett diskrimineringsperspektiv.⁷

Europakonventionen och icke-diskriminering

Förbudet mot diskriminering återfinns även i artikel 14 Europakonventionen, som har åtnjuter status som lag här i riket. Övervägandena hänförliga till artikel 14 Europakonventionen skiljer sig inte från dem som gör sig gällande i fråga om diskrimineringslagen på något principiellt plan, utan de flesta av de kriterier som ska tillämpas vid bedömningen av huruvida diskriminering förekommit enligt Europakonventionen är samma som dem enligt diskrimineringslagen. En viktig skillnad mellan Europakonventionen och diskrimineringslagen är består emellertid däri att det, för att det skall vara möjligt att åberopa artikel 14 Europakonventionen, fordras att frågan även aktualiserar någon av de andra rättigheter som garanteras i konventionen.¹⁴⁰ Det förefaller inte vara särskilt problematiskt i fall som rör organtransplantationer. I dessa fall kan artikel 14 göras gällande i förening med artikel 2 (rätten till liv), artikel 3 (förbud mot tortyr) eller artikel 8 (rätten till privatliv).¹⁴¹

Enligt artikel 14 Europakonventionen är diskriminering på grund av nationellt ursprung förbjuden. Nationellt ursprung, med vilket skall förstås bl.a. medborgarskap i ett annat land, är en av de skyddade diskrimineringsgrunderna (precis som diskrimineringslagen).¹⁴² Europakonventionen ger emellertid även skydd åt ”annan status”, och enligt Europadomstolen utgör en migrationsrättslig

¹⁴⁰ Sverige har inte ratificerat tilläggsprotokoll 12 till Europakonventionen som gör det möjligt att se förbudet mot diskriminering som en självständig rättighet, dvs. en rättighet oavhängig andra rättigheter som stadgas i Konventionen. Europadomstolen, *Andrejeva v. Latvia*, Application number 55707/00, Judgment of 18 February 2009, p. 74; Europadomstolen, *Biao v. Denmark*, Application number 38590/10, Judgment of 24 May 2016, p. 88; Europadomstolen, *Dhabbi v. Italy*, Application number 17120/09, Judgment of 8 April 2014, p. 39; och Europadomstolen, *Kurić and Others v. Slovenia*, application number 26828/06, Judgment of 26 June 2012, p. 384.

¹⁴¹ Se avsnitt 2.3.3.3 och 3.5.2.

¹⁴² Europadomstolen, *Gaygusuz v. Austria*, Application number 17371/90, Judgment of 16 September 1996, p. 41; och Europadomstolen, *Koua Poirrez v. France*, Application number 40892/98, Judgment of 30 September 2003, p. 47–49.

status en sådan ”annan status” skyddas enligt Konventionen.¹⁴³ Detta kriterium kommer därför att vara uppfyllt för personer som saknar permanent uppehållstillstånd.

På samma sätt som diskrimineringslagen kräver Europakonventionen att någon skillnad i åtnjutande av rättigheterna ej görs jämfört med andra personer i en jämförbar situation. Frågan om möjligheten att få tillgång till medicinsk behandling som en del av diskrimineringskyddet för migrationsrättslig status har ännu ej varit föremål för Europadomstolens prövning. Däremot har tillgång till andra typer av sociala förmåner behandlats vid några tillfällen. Europadomstolen har i dessa sammanhang uttalat att en begränsning av tillgången till förmåner, eller krav på betalning för att komma i åtnjutande av rättigheter, utgör en skillnad i åtnjutande av rättigheter.¹⁴⁴ Europadomstolen har därefter jämfört situationen för personer med ett främmande nationellt ursprung med situationen för medborgare i de specifika länderna och, i vissa fall, även med andra utlänningars situationer.¹⁴⁵

Europadomstolen har vidare bedömt frågan om skillnaden i behandling varit objektiv och rimlig (kriteriet påminner om diskrimineringslagens kriterium (d)).¹⁴⁶ Vid bedömningen undersöker Europadomstolen om skillnaden i behandlingen uppfyller ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Bedömningen av vilka syften som kan godtas har i de flesta situationer varit generös för staterna, varför någon anledning ej finns att ifrågasätta att patientsäkerhet eller resursallokering inom hälso- och sjukvården kommer att bedömas utgöra ett godtagbart syfte.¹⁴⁷ Om Europadomstolen finner att staten haft ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle fortsätter den genom att undersöka huruvida åtgärderna varit objektiva och rimliga. För detta syfte tar domstolen ställning till omfattningen av den tolkningsmarginal (eng. ’margin of appreciation’) staten

¹⁴³ Europadomstolen, *Bab v. the United Kingdom*, Application number 56328/07, Judgment of 27 September 2011, p. 45–46.

¹⁴⁴ ; Europadomstolen, *Koua Poirrez v. France*, Application number 40892/98, Judgment of 30 September 2003 p. 48; Europadomstolen, *Luczak v. Poland*, Application number 77782/01, Judgment of 27 November 2007, p. 49; och Europadomstolen, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011 p. 50.

¹⁴⁵ Europadomstolen, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 50; Europadomstolen, *Bab v. the United Kingdom*, Application number 56328/07, Judgment of 27 September 2011, p. 50; Europadomstolen, *Luczak v. Poland*, Application number 77782/01, Judgment of 27 November 2007, p. 49; Europadomstolen, *Koua Poirrez v. France*, Application number 40892/98, Judgment of 30 September 2003, p. 48; och Europadomstolen, *Kuric and Others v. Slovenia*, Application number 26828/06, Judgment of 26 June 2012, p. 390–391.

¹⁴⁶ Se t.ex. Europadomstolen, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011 p. 86; Europadomstolen, *Dhabbi v. Italy*, Application number 17120/09, Judgment of 8 April 2014, p. 45; och Europadomstolen, *Kuric and Others v. Slovenia*, Application number 26828/06, Judgment of 26 June 2012, p. 384.

¹⁴⁷ Europadomstolen, *Dhabbi v. Italy*, Application number 17120/09, Judgment of 8 April 2014, p. 53; och Europadomstolen, *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 86.

åtnjuter i saken. Tolkningsmarginalen är avhängig ett antal faktorer. Bland dessa faktorer ingår vilka diskrimineringsgrunder som aktualiseras och vilka rättigheter som åberopas i förening med artikel 14.¹⁴⁸ Staten åtnjuter en snävare tolkningsmarginal i frågor som aktualiserar en av Europakonventionens kärnförpliktelser, och en än snävare marginal då frågan handlar om rätten till liv och förbudet mot tortyr.¹⁴⁹ Tolkningsmarginalen är också snäv när medborgarskap utgör den enda orsaken till begränsningarna av rättigheter.¹⁵⁰ Detta innebär att staten (och transplantationsavdelningar som representerar staten) är underkastade en skyldighet att göra individuella bedömningar och ange tillräckligt starka skäl för varför särbehandlingen då vårdsökande med främmande ursprung nekas placeringar på väntelistor. Det är även staten som har bevisbördan i dessa fall. I fråga om prioriteringar har Europadomstolen emellertid uttryckt att staterna åtnjuter en bred tolkningsmarginal.¹⁵¹

För här relevanta syften innebär det för det i detta delavsnitt sagda att Europakonventionen inte uppställer något krav på att organtransplantation tillhandahålls i första hand till icke-medborgare. Möjligheterna att få eftervård kan vägas in i bedömningen vilka som bör tilldelas tillgängliga organ först. Det kan dock vara problematiskt att exkludera patienter utan permanent uppehållstillstånd från väntelistor, men ett mer konkret svar på denna fråga är avhängigt de individuella omständigheterna i varje konkret fall.

Icke-diskriminering i andra MR-dokument

Bedömningen enligt bestämmelser om icke-diskriminering som återfinns i andra MR-dokument är ganska lik den som måste företas enligt Europakonventionen. Frågor om diskriminering av utlänningar i samband med tillgång till förmåner, inklusive hälso- och sjukvård, har behandlats i ett antal beslut från Europarådets kommitté för sociala rättigheter. I *FIDH mot Frankrike* och *CEC mot Nederländerna* påpekade kommittén att om lagstiftning eller praxis inte medger en viss grupp tillgång till nödvändig sjukvård så kan detta strida mot rätten till icke-diskriminering.¹⁵² I fråga om skillnader i behandlingen av medborgare och icke-

¹⁴⁸ Europadomstolen, *Ponomyovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 52; och Europadomstolen, *Bab v. the United Kingdom*, Application number 56328/07, Judgment of 27 September 2011, p. 37.

¹⁴⁹ Jfr. Europadomstolen, *Ponomyovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 55 och 57–58.

¹⁵⁰ Europadomstolen, *Dhabbi v. Italy*, Application number 17120/09, Judgment of 8 April 2014, p. 52; och Europadomstolen, *Ponomyovi v. Bulgaria*, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011, p. 53.

¹⁵¹ Europadomstolen, *Bab v. the United Kingdom*, Application number 56328/07, Judgment of 27 September 2011, p. 48–50.

¹⁵² Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 14/2003 *FIDH v France*, p. 30–32; Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 90/2013, *CEC v. the*

medborgare företar Europarådets kommitté för sociala rättigheter en bedömning av huruvida det finns objektiva och rimliga förklaringar till skillnaderna i behandling.¹⁵³ När patienter kan placeras på väntelistor - och därför inte nekas möjligheten att få vården - men det finns individuella objektiva och rimliga förklaringar till att vissa patienter prioriteras är det inte sannolikt att diskriminering föreligger.

Diskriminering på grund av nationellt ursprung är förbjuden även enligt FN:s konventioner. FN:s fackorgan har också uttalat sig om diskriminering på liknande sätt; bedömningarna av att diskriminering förekommit beror i de flesta fallen på att det saknats objektiva och rimliga förklaringar till åtskillnaden.¹⁵⁴ Att begränsa möjligheterna för utlänningar att erhålla avancerad sjukvård under hänvisning till att höga kostnader anses att utgöra diskriminering.¹⁵⁵ Enligt FN:s kommitté för mänskliga rättigheter ska samma villkor uppställas för åtnjutande av skyddet av rätten till liv och förbudet mot tortyr oavsett migrationsrättslig status.¹⁵⁶ Detta betyder att FN:s fackorgan, och FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, sannolikt kommer att kritisera Sverige om personer utan permanent uppehållstillstånd inte

Netherlands, p. 125; och Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Conclusions 2013/def/MNE/13/1/EN - Montenegro - Article 13-1.

¹⁵³ Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 51/2008, *European Roma Rights Centre (ERRC) v. France*, p. 81–83. Se även Europeiska kommittén för sociala rättigheter, Collective complaint No. 13/2002, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, p. 52, och Litins'ka, Y., *Assessing capacity to decide on medical treatment: On human rights and the use of medical knowledge in the laws of England, Russia and Sweden*, s. 182.

¹⁵⁴ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *General Comment No. 18 Non-Discrimination*, 10 November 1989, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p 13; FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *Gonçalves et al. v. Portugal* (1565/2007), 18 March 2010, CCPR/C/98/D/1565/2007, p. 7.4; FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2673/2015, *M.S.P.-B. v. the Netherlands*, 17 August 2018, CCPR/C/123/D/2673/2015; FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, Communication No. 001/2013, *López Rodríguez v. Spain*, 20 April 2016, E/C.12/57/D/1/2013, p. 14.1; och FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, *General Comment No 20 Article 2, Para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20, p. 13.

Notera att det finns vissa undantag. FN:s Barnkommitté har t.ex. inte uttryckt direkt att det kan finnas objektiva och rimliga förklaringar och FN:s Kommittén för avskaffande all slags diskriminering mot kvinnor har uttryckt att denna standard inte alltid ska användas för dessa konventioner, FN:s kommitté för avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, Concluding Comments, Peru, 6 July 1998, A/53/38/Rev.1, p 319–320; Zillén, K., *Barn i välfärdsstatens utkant - om rätten till sjukvård för barn som är unionsmedborgare och som lever i ekonomisk utsatthet i Sverige*, s. 127; Litins'ka, Y., *Assessing capacity to decide on medical treatment: On human rights and the use of medical knowledge in the laws of England, Russia and Sweden*, s. 136; och Vandenhole, W., *Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, s. 62–64 och 71.

¹⁵⁵ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2348/2014, *Toussaint v. Canada*, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014, p. 11.7.

¹⁵⁶ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, Communication No. 2348/2014, *Toussaint v. Canada*, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014, p. 11.7.

ges möjlighet att sättas upp på väntelistor och därigenom nekas tillgång till sjukvård. Om det emellertid finns andra personer i behov av samma organ och det objektivt visas att en av dem har bättre förutsättningar att överleva kan det anses utgöra en objektiv och rimlig förklaring. Därutöver är det omöjligt att basera objektiva och rimliga förklaringar på migrationsrättslig status allena.

Analysen i avsnitt 3.5.3 föranleder slutsatsen att begränsningar av möjligheterna för personer som saknar permanent uppehållstillstånd att placeras på väntelistor för organtransplantation kan betraktas som diskriminering. Det har även framkommit att möjligheterna att få eftervård kan vägas in vid prioriteringsbedömningar av vilka patienter som har bättre förutsättningar att och ta emot organ och överleva. Ett mer konkret svar på denna fråga är beroende av flera andra omständigheter som är relevanta för bedömningen. Samma slutsatser i fråga om diskriminering kan dras utifrån både ett svenskt perspektiv och bestämmelser i MR-konventioner. I nationell rätt synes tolkningen av kriterierna för diskriminering vara mer restriktiv än motsvarande tolkning i internationell rätt.

3.5.4 Barnets bästa

Vissa transplantationsavdelningar jag har varit i kontakt gör skillnad mellan barns och vuxnas möjligheter att få plats på väntelistor eller få organ. Skillnaden motiveras med hänsyn till att FN:s konvention om barnets rättigheter utgör svensk lag. I detta avsnitt ämnar jag översiktligt undersöka hur barnets bästa påverkar transplantationsavdelningarnas skyldighet att tillhandahålla vård.

FN:s kommitté för barnets rättigheter har uttryckt att barnets bästa är en materiell rättighet, en rättslig tolkningsprincip, och ett tillvägagångssätt i beslutsprocesser.¹⁵⁷ Kommittén menar att barnets bästa som en materiell rättigheter innebär bl.a. att om det finns flera intressen vid ställningstagandet till en konkret fråga så ska barnets bästa väga tungt vid bedömningen.¹⁵⁸ Som tolkningsprincip innebär barnets bästa att om det finns flera tolkningar av vissa bestämmelser ska den tolkningen som på det mest effektiva viset främjar barnets bästa väljas.¹⁵⁹ Som tillvägagångssätt i beslutsprocesser

¹⁵⁷ FN:s kommitté för barnets rättigheter, *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, p 6; se även ds 2019:23 p. 54–55.

¹⁵⁸ FN:s kommitté för barnets rättigheter, *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, p. 6(a).

¹⁵⁹ FN:s kommitté för barnets rättigheter, *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, p. 6(b).

innebär barnets bästa att intresset, med avseende på specifika barn eller barn i allmänhet, ska vägas in vid olika beslutsprocesser.¹⁶⁰

Barnets bästa utgör en individuell helhetsbedömning. Ett stort antal av faktorer kan påverka vad ska anses utgöra barnets bästa i ett konkret fall.¹⁶¹ Till dessa faktorer hör bl.a. barnets rätt till hälsa, åsikter, identitet, säkerhet, och möjligheter att bo tillsammans med familjen.¹⁶² Det är inte möjligt att företa en bedömning av vad barnets bästa kommer att vara i fråga om ett specifikt barn utan en analys och balansering av olika intressen som gör sig gällande. Om man emellertid talar om en grupp av barn, såsom migranter, kan man göra gällande att det är förenligt med barnets bästa och andra rättigheter att barn erbjuds frivillig sjukvård av god kvalitet som kan rädda liv eller förbättra livskvalitén.¹⁶³

Betydelsen av barnets bästa för den fråga som behandlas i utredningen medför att staten, regionerna och transplantationsavdelningarna måste beakta de intressen som barn utan permanent uppehållstillstånd har som grupp. Både staten och transplantationsavdelningarna gör bedömningen att det är förenligt med barnets bästa att de kan erbjudas alla typer av hälso- och sjukvårdsinsatser på samma villkor som svenska barn, dvs. gratis. Som en tolkningsprincip kan barnets bästa i vissa situationer, där utredningen ger vid handen att möjligheterna att erhålla vård är oklara, innebära att valet faller på den tolkning som ger barnet det mest effektiva skyddet. Det kan i vissa fall resultera i att det antas att barnet kommer att ha möjligheter att erhålla eftervård. I andra fall kan beaktandet av barnets bästa rendera andra slutsatser, t.ex. när barnet visar stark motvilja att undergå behandlingen. På samma sätt kräver barnets bästa som en materiell rättighet att en individuell bedömning görs utifrån barnets omständigheter i det specifika fallet av barnets möjligheter att få en organtransplantation.

3.6 Svar på fråga 2: vikten av permanent uppehållstillstånd för bedömningen

Utredningens andra fråga har avsett om vårdpersonalen, vid bedömningen av huruvida en person ska ges ett organ, får väga in att patienten saknar permanent uppehållstillstånd och därför kan komma att behöva åka tillbaka till sitt hemland

¹⁶⁰ FN:s kommitté för barnets rättigheter, *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, p. 6(c).

¹⁶¹ FN:s kommitté för barnets rättigheter, *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, p. 48.

¹⁶² FN:s kommitté för barnets rättigheter, *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14, p. 48–84.

¹⁶³ Søvig, K. H., *Provision of Health Services to Irregular Migrants with a Special Focus on Children*, s. 51

där tillgången till livsnödvändig eftervård är osäker. Utredningen av denna fråga har skett utifrån en analys av offentlighetsprinciper i form av legalitets-, objektivitets- och officialprincipen. Under utredningen har även frågor om rätten till privatliv, rätten till liv, förbudet mot tortyr, rätten till icke-diskriminering och barnets bästa analyserats.

Skyldigheten att utreda möjligheterna till eftervård följer av kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet, samt är en del av patientsäkerheten. Internationella medicinska riktlinjer innehåller tydliga instruktioner om att vid bedömningen ska patientens mentala förmågor att följa vårdpersonalens instruktioner utredas. Riktlinjerna nödvändiggör även en utredning av frågan om den vårdsökande har tillgång till socialt stöd som möjliggör fortsatt vård. Något krav på att den vårdsökande ska kunna uppvisa bevis på permanent uppehållstillstånd framgår däremot varken av lagstiftningen eller riktlinjerna. Utifrån de vårdsökandes perspektiv framstår begränsningar av möjligheten att erhålla organtransplantationer på grund av avsaknaden av permanent uppehållstillstånd som oförutsebara. På grund denna bristande förutsebarhet kan krav på permanent uppehållstillstånd stå i strid med rätten till privatliv.

Får vårdpersonal neka vård pga. att patienten saknar permanent uppehållstillstånd? Analysen av kravet på saklighet och utredningsansvaret visar att krävs en helhetsbedömning av möjligheterna till en framgångsrik transplantation som inbegriper den vårdsökandes möjligheter att erhålla eftervård. Ett krav som innebär att möjligheten att erhålla eftervård endast kan visas genom innehavet av ett permanent uppehållstillstånd är däremot inte sakligt.

Svensk lagstiftning och internationella mänskliga rättigheter ställer även krav på allas likhet inför lagen och icke-diskriminering. Likhet inför lagen, som en del av den svenska objektivitetsprincipen, innebär att samma krav skall uppställas i förhållande till alla människor, oberoende av medborgarskap, vid utredningen av möjligheterna att erhålla eftervård. Om sjukvården utreder möjligheterna för den enskilda att stanna i ett visst land i vissa fall, men inte i andra, så är det problematiskt utifrån kravet på likhet inför lagen. Staten eller vårdgivaren riskerar även att bryta mot diskrimineringsförbudet om möjligheterna att få vård och att placeras på väntelistor nekas pga. av de vårdsökandes nationella ursprung eller deras migrationsrättsliga status.

Även frågor som rör skyddet av rätten till liv, förbudet mot tortyr och icke-diskriminering har undersökts närmare. Utredningen utmynnar i slutsatsen att det kan strida mot dessa rättigheter att neka tillgång till vård genom fattandet av beslut om att patienter inte ska placeras på väntelistor. Placering på väntelistor av icke-medborgare kommer sannolikt ej anses utgöra en orimlig eller oproportionerlig börda för staterna. En annan situation uppstår när staten/vårdgivaren erkänner möjligheten till att få livräddande avancerad behandling, men det bara finns ett organ tillgängligt samtidigt som det finns flera personer som är i behov av en

transplantation. Om en av patienterna i en dylik situation har bättre förutsättningar att överleva, t.ex. som följd av bättre utsikter att erhålla en god eftervård, kommer det sannolikt ej betraktas utgöra ett brott mot de ovannämnda rättigheterna att prioritera honom eller henne framför andra individer.

4. Käll- och litteraturförteckning

4.1. Offentligt tryck

Sverige

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

Prop. 1993/94:94 mottagande av asylsökande m.m.

Prop. 1993/94:117 inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 2007/08:95 ett starkare skydd mot diskriminering

Prop. 2007/08:105 lag om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl.

Prop. 2009/10:80 en reformerad grundlag

Prop. 2012/13:109 hälso- och sjukvård till personer som vistas i Sverige utan tillstånd

Prop. 2016/17:180 en modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag

Prop. 2017/18:186 inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter

SOU 1946:69. Förvaltningsförfarandet: förberedande utredning angående reglering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor

SOU 1964:27. Lag om förvaltningsförfarandet: Besvärssakkunnigas slutbetänkande

SOU 2003:89. EG-rätten och mottagande av asylsökande

SOU 2004:13. Samhällets insatser mot hiv/STI - att möta förändring

SOU 2006:22. En sammanhållen diskrimineringslagstiftning

SOU 2010:29. En ny förvaltningslag

SOU 2011:48. Vård efter behov och på lika villkor - en mänsklig rättighet

SOU 2017:05. Svensk social trygghet i en globaliserad värld

SOU 2017:92. Transpersoner i Sverige - Förslag för stärkt ställning och bättre levnadsvillkor

SOU 2018:39. God och nära vård. En primärvårdsreform

Ds 2012:36 Hälso- och sjukvård till personer som vistas i Sverige utan tillstånd

Ds 2019:23 Vägledning vid tolkning och tillämpning av FN:s konvention om barnets rättigheter

Socialförsäkringsutskottets betänkande 2007/08:SfU8 Lag om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl.

Europeiska unionen

Förslag till Rådets direktiv om miniminormer för mottagande av asylsökande i medlemsstaterna /* KOM/2001/0181 slutlig - CNS 2001/009 EGT C 213E, 31.7.2001

4.2 Övrigt offentligt material

Socialstyrelsen, Hjärt- och lung-transplantationer som rikssjukvård 2008

Socialstyrelsen, God vård av vuxna med könsdysfori – Nationellt kunskapsstöd 2015

Socialstyrelsen dnr 10038/2015 beslut den 2015-12-15

Socialstyrelsen dnr 10034/2015 beslut den 2015-12-16

Socialstyrelsen dnr 10068/2015 beslut den 2015-12-16

Socialstyrelsen dnr 10071/2015 beslut den 2015-12-16

Socialstyrelsen, Vård för papperslösa: Vård som inte kan anstå, dokumentation och identifiering vid vård till personer som vistas i landet utan tillstånd 2014, Socialstyrelsen.se februari 2014

<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2014-2-28.pdf>, senast besökt [05/1 2020]

4.3 Praxis och kommentarer från domstolar och kommittéer

Sverige

Stockholms tingsrätts dom av den 10 januari 2009 i mål nr T 16183-06

Förvaltningsrätten i Karlstads dom av den 11 september 2019 i mål nr 5074-18

HFD 2014 ref. 37

HFD 2014 ref. 57

RÅ 2005 ref. 50.

RÅ 2010 ref. 120

JO ämbetsberättelse 1998/99:JO1

JO 3236-2006 beslut den 19 september 2007.

JO ämbetsberättelse 2018/19:JO1

NJA 2014 s 499 II

AD 2003 nr 47

AD 2005 nr 32

EU-domstolen

Dom av den 27 februari 2014 i mål C-79/13 *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers mot Selver Saciri m.fl.*, ECLI:EU:C:2014:103

Dom av den 16 februari 2017 i mål C-578/16 PPU *C. K. m.fl. mot Republika Slovenija*, ECLI:EU:C:2017:127

Europadomstolen

Airey v. Ireland, Application number 6289/73, Judgment of 9 October 1979

Gaygusuz v. Austria, Application number 17371/90, Judgment of 16 September 1996

D. v. United Kingdom, Application number 30240/96, Judgment of 2 May 1997

Osman v. the United Kingdom, Application number 87/1997/871/1083, Judgment of 28 October 1998

Kudła v. Poland, Application number 30210/96, Judgment of 26 October 2000

Cyprus v. Turkey [GC], Application number 25781/94, Judgment of 10 May 2001

Poltoratskiy v. Ukraine, Application number 38812/97, Judgment of 29 April 2003

Koua Poirrez v. France, Application number 40892/98, Judgment of 30 September 2003

Narinen v. Finland, Application number 45027/98, Judgment of 1 June 2004

Vo v. France, Application number 53924/00, Judgment of 8 July 2004

Tarariyeva v. Russia, Application number 4353/03, Judgment of 14 December 2006

Dybeku v. Albania, Application number 41153/06, Judgment of 18 December 2007

Tysiac v. Poland, Application number 5410/03, Judgment of 20 March 2007

Evans v. the United Kingdom, Application number 6339/05, Judgment of 10 April 2007

Luczak v. Poland, Application number 77782/01, Judgment of 27 November 2007

Mansuroğlu v. Turkey, Application number 43443/98, Judgment of 26 February 2008

Budayeva and Others v. Russia, Application numbers 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02 Judgment of 20 March 2008

S. and Marper v. the United Kingdom, Application numbers 30562/04 and 30566/04, Judgment of 4 December 2008

Andrejeva v. Latvia, Application number 55707/00, Judgment of 18 February 2009

Ashot Harutyunyan v. Armenia, Application number 34334/04, Judgment of 15 June 2010

Ternovskiy v. Hungary, Application number 67545/09, Judgment of 14 December 2010

Giuliani and Gaggio v. Italy [GC], Application number 23458/02, Judgment of 24 March 2011

Ponomaryovi v. Bulgaria, Application number 5335/05, Judgment of 21 June 2011

Bab v. the United Kingdom, Application number 56328/07, Judgment of 27 September 2011

S.H. and others v. Austria, Application number 57813/00, Judgment of 3 November 2011

V.C. v. Slovakia, Application number 18968/07, Judgment of 8 November 2011

Stanev v. Bulgaria, Application number 36760/06, Judgment of 17 January 2012

Choreftakis and Choreftaki v. Greece, Application number 46846/08, Judgment of 17 January 2012

İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Turkey, Application number 19986/06, Judgment of 10 April 2012

Kurić and Others v. Slovenia, Application number 26828/06, Judgment of 26 June 2012

Hristozov and Others v. Bulgaria, Application number 47039/11 and 358/12, Judgment of 13 November 2012

El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application number 39630/09, Judgment of 13 December 2012

Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, Application number 13423/09, Judgment of 9 April 2013.

Arskaya v. Ukraine, Application number 45076/05, Judgment of 5 December 2013.

Vilnes and Others v. Norway, Application numbers 52806/09 and 22703/10, Judgment of 5 December 2013

Dhabbi v. Italy, Application number 17120/09, Judgment of 8 April 2014

Petrova v. Latvia, Application number 4605/05, Judgment 24 June 2014

Brincat and Others v. Malta, Application numbers 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, Judgment of 24 July 2014

Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, Application number 47848/08, Judgment of 17 July 2014

Elberte v. Latvia, Application number 61243/08, Judgment of 13 January 2015

Lambert and Others v. France, Application number 46043/14, Judgment of 5 June 2015

Biao v. Denmark, Application number 38590/10, Judgment of 24 May 2016

Aydoğdu v. Turkey, Application number 40448/06, Judgment of 30 August 2016

J.K. and others v. Sweden, Application number 59166/12, Judgment of 23 August 2016

Paposhvili v. Belgium, Application number 41738/10, Judgment of 13 December 2016

Tagayeva and others v. Russia, Application number 26562/07, Judgment of 13 April 2017

Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Application number 56080/13, Judgment of 19 December 2017

Fernandes de Oliveira v. Portugal, Application number 78103/14, Judgment of 31 January 2019

Rooman v. Belgium, Application number 18052/11, Judgment of 31 January 2019

Savran v. Denmark, Application number 57467/15, Judgment of 1 October 2019

FN:s kommitté för mänskliga rättigheter

General Comment No 18 Non-Discrimination, 10 November 1989, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), p. 13

General Comment No 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13

Concluding Observations on the fourth periodic report of Israel, 20 October 2014, CCPR/C/ISR/4

Concluding observations on the sixth periodic report of Canada, 20 July 2015, CCPR/C/CAN/CO/6

Concluding observations on the seventh periodic report of Sweden, 28 April 2016, CCPR/C/SWE/CO/7

Communication No. 900/1999, C. v. Australia, Views of the Human Rights Committee under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 28 October 2002, CCPR/C/76/D/900/1999

Communication No. 1565/2007, Gonçalves et al. v. Portugal, 18 March 2010, CCPR/C/98/D/1565/2007

Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 28 December 2016, concerning communication No. 2465/2014, CCPR/C/118/D/2465/2014

Communication No. 2673/2015, M.S.P.-B. v the Netherlands, 17 August 2018, CCPR/C/123/D/2673/2015

Communication No. 2348/2014, Toussaint v Canada, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, 30 August 2018, CCPR/C/123/D/2348/2014

General Comment No. 36 On article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life, 30 October 2018, CCPR/C/GC/36

FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

General Comment No. 3 The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23

General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 11 August 2000, E/C.12/2005/4

General Comment No. 19 The right to social security (art. 9), 5–23 November 2007, E/C.12/GC/19

General Comment No. 20 Article 2, Para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, 2 July 2009, E/C.12/GC/20

Communication No. 001/2013, López Rodríguez v. Spain, 20 April 2016, E/C.12/57/D/1/2013

FN:s kommitté mot tortyr

General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, 4 September 2018, CAT/C/GC/4

FN:s kommitté för avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor

Concluding Comments, Peru, 6 July 1998, A/53/38/Rev.1

FN:s kommitté för barnets rättigheter

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC/C/GC/14.

Draft of joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, 16 November 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/2

Europeiska kommittén för sociala rättigheter

Collective complaint No. 10/2000 *Tehy ry and STTK ry v. Finland*

Collective complaint No. 13/2002 *Autism-Europe v. France*

Collective complaint No. 14/2003 *By the International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*

Collective complaint No. 48/2008 *ERRC v. Bulgaria*

Collective complaint No. 51/2008 *European Roma Rights Centre (ERRC) v. France*

Collective complaint No. 67/2011 *Médecins du Monde - International v. France*

Collective complaint No. 69/2011 *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*

Collective complaint No. 86/2012 *FEANTSA v. the Netherlands*

Collective Complaint No. 87/2012 *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy*

Collective complaint No. 90/2013 *Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands*

Collective complaint No. 114/2015 *EUROCEF v. France*

Conclusions 2004 XVIII-2/def/LVA/11/1/EN – Latvia – Article 11-1 removal of causes of ill-health

Conclusions 2005 XVII-2_Ob_1-1/Ob/EN – Statement of interpretation – Article 11

Conclusions 2013/def/BGR/11/1/EN – Bulgaria – Article 11-1 removal of causes of ill-health

Conclusions 2013/def/MNE/13/1/EN - Montenegro - Article 13-1

Conclusions 2017/def/EST/13/4/EN – Estonia – Art. 13-4 specific emergency assistance for non-residents

Statement of interpretation on the rights of refugees under the European Social Charter, 280th session of the European Committee of Social Rights in Strasbourg, 7–11 September 2015

Interpretative Statement on Article 11 of the Charter

4.4 Litteratur

Bull, T., Den offentliga tjänstemannen — makthavare i medborgarnas tjänst i *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, Lind, A.-S. & Namli, E. (red.), Studentlitteratur 2017

Bull, T., Diskriminering och dekonstruktion: om positiv faderskapstalan i *Fundamentala fragment: ett konstitutionellt lapptäcke*, Iustus förlag 2013

Bull, T., *Mötes- och demonstrationsfriheten: en statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, Iustus 1997

Bull, T., Objektivitetsprincipen i *Offentlighetsrättsliga principer*, Marcusson, L. (red.), 3 uppl., Iustus förlag 2017

Bull, T., och Sterzel, F., *Regeringsformen: en kommentar*, 4 uppl., Studentlitteratur 2019

Erhag, T., Om tillhörighetsregler i socialförsäkringen i *Socialrätt under omvandling: om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, Erhag, T., Leviner, P., & Lind, A.-S. (red.), Liber 2018

von Essen, U., Bohlin, A., Warnling Conradson, W., *Förvaltningsrättens grunder*, 3 uppl., Norstedts juridik 2018

Flodin, T., Slopa uttrycket »vård som inte kan anstå«, *Läkartidningen* 12-13/2014

Harris, D. J., O'Boyle, M., och Warbrick, C. (red), *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, 4 uppl., Oxford University Press 2018

Hellborg, S., *Diskrimineringsansvar: en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*, Iustus förlag 2018

Honnefelder, L., Science, Law and Ethics: The Biomedicine Convention as an Ethico-Legal Response to Current Scientific Challenges, Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing, Gevers, J. K. M., Hondius, E. H., och Hubben, J. H. (red), *International Studies in Human Rights* 85, s. 14–22, Nijhoff 2006

- Johansen, T. O., *Förvaltning som verksamhet – bidrag till offentlig rättens allmänna läror*, Göteborgs universitet, Handelshögskolan 2019
- Kindström Dahlin, M., *Psykiatrirätt: intressen, rättigheter & principer*, Jure 2014
- Lind, A.-S., *Sociala rättigheter i förändring — En konstitutionellrättslig studie*, Akademisk avhandling, Uppsala universitet 2009
- Lindkvist, G., *Utredningsskyldighet, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen*, Norstedts juridik 2018
- Litins'ka, Y., *Assessing capacity to decide on medical treatment : On human rights and the use of medical knowledge in the laws of England, Russia and Sweden*, Uppsala universitet 2018.
- Lundin, O., Officialprincipen i *Offentligrättsliga principer*, Marcusson, L. (red.), 3. uppl. uppl., Iustus förlag 2017
- Marcusson, L., Det offentliga uppdraget och de mänskliga rättigheterna i *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, Lind, A.-S., & Namli, E. (red.), Studentlitteratur AB 2017
- McDonagh, M., Balancing Disclosure of Information and the Right to Respect for Private Life in Europe, *Journal of Internet Law*, vol 12, nr 3, 2012, s. 3–17
- Mehra, M. R., m.fl., The 2016 International Society for Heart Lung Transplantation listing criteria for heart transplantation: A 10-year update, *The Journal of Heart and Lung Transplantation*, vol 35 nr 1, 2016, s. 1–23
- Mowbray, A. R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford 2004
- Nilsson, A. K., *Enforcing Environmental Responsibilities: A Comparative Study of Environmental Administrative Law*, Uppsala universitet 2011
- Ortiz, J. M. I., Vems vård kan vänta?, *Ottar* 15/12 2017.
- Roscam Abbing, D. C. H., The Right to Care for Health: The Contribution of the European Social Charter, *European Journal of Health Law*, vol 12, nr 3, 2005, s. 183–192
- Ryberg-Welander, L., Officialprincipen i sjukförsäkringen, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3, 2014, s. 405–419
- Sandén, U., *Sekretess och tystnadsplik i offentlig och privat hälso- och sjukvård: ett skydd för patientens personliga integritet*, Iustus förlag 2012
- Scheutz, S., När börjar ett betygsärende? Till skillnaden mellan faktiskt handlande och handläggning av ärenden i *Allmänt och enskilt - offentlig rätt i omvandling: festskrift till Lena Marcusson*, Bull, T., Lundin, O., Rynning, E., & Marcusson, L. (red.), Iustus förlag 2013
- Seatzu, F., and Fanni, S., The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol 31, nr 35, 2015, s. 5–16

Sterzel, F., Legalitetsprincipen i *Offentligrättsliga principer*, Marcusson, L (red.), 3 uppl., Iustus förlag 2017

Stoyanova, V., How Exceptional Must 'Very Exceptional' Be? Non-Refoulement, Socio-Economic Deprivation, and Paposhvili v Belgium, *International Journal of Refugee Law*, nr 24, 2017, s. 580–616

Swanstein, F., och Henrikz, K., *Diskrimineringslagen: från princip till praktik*, Studentlitteratur 2018

Søvig, K H., Provision of Health Services to Irregular Migrants with a Special Focus on Children, *European Journal of Health Law*, nr 18, 2011, s. 43–54

Thorburn Stern, R., Migration i *Makt, myndighet, människa: en bok i speciell förvaltningsrätt*, 3:e uppl., Iustus förlag 2018

Thorburn Stern, R., Vem får ta del av kakan? Om migranter, rättigheter och solidaritet i *Socialrätt under omvandling - om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, Erhag, T., Leviner, P., och Lind, A.-S., Liber 2018

Vandenhoe, W., *Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia nv 2005

Weill, D., m.fl., A consensus document for the selection of lung transplant candidates: 2014—An update from the Pulmonary Transplantation Council of the International Society for Heart and Lung Transplantation, *The Journal of Heart and Lung Transplantation*, vol 34 nr 1, 2015, s. 1–15

Vahlne Westerhäll, L., Hjälper eller stjälper myndighetsutövning patienten? – Hälso- och sjukvård i ett myndighetsutövningsperspektiv, *Nordisk Administrativt Tidskrift*, nr 2, 2019, s. 19–46

Westin, J., Krav på större tydlighet om vård till migranter, *Vårdfokus* 28/06 2017

Zillén, K., *Barn i välfärdsstatens utkant - om rätten till sjukvård för barn som är unionsmedborgare och som lever i ekonomisk utsatthet i Sverige*, Iustus förlag 2019

Åhman, K., Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 3, 2018, s. 457–464