

Justitieombudsmannen
Thomas NorlingRegeringskansliet
Socialdepartementet
103 33 Stockholm**Yttrande över betänkandet Framtidens teknik i omsorgens tjänst (SOU 2020:14)**

(S2020/01396/SOF)

Riksdagens ombudsmän (JO) har beretts tillfälle att yttra sig över betänkandet Framtidens teknik i omsorgens tjänst.

Inledning

Utredningens uppdrag handlar om att lämna förslag på åtgärder som kan främja införandet av s.k. välfärdsteknik inom äldreomsorgen. I betänkandet lämnar utredaren även förslag till nya bestämmelser med innebörden att hälso- och sjukvården och socialtjänsten ska ha rätt att fatta beslut om vård och omsorg till enskilda som inte endast tillfälligt saknar förmåga att samtycka till sådana insatser eller åtgärder.

Frågan om behovet av lagstiftning i fall där en enskild saknar förmåga att själv samtycka till åtgärder inom hälso- och sjukvård eller omsorg har behandlats i flera tidigare utredningar. I betänkandet Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning (SOU 2015:80) lämnades förslag till en ny lag med bl.a. bestämmelser om företrädare för enskilda som inte själva hade förmåga att ta ställning i frågor om vård och omsorg. JO uttryckte i sitt yttrande över betänkandet att det var en brist i lagstiftningen att det inte närmare reglerats hur situationer inom hälso- och sjukvården och omsorgen skulle hanteras när den enskilde inte själv kunde samtycka till föreslagna åtgärder (dnr R 165-2015). JO delade utredarens uppfattning att det behövdes lagstiftning till skydd för den enskildes rättssäkerhet i sådana situationer, men ansåg inte att förslaget som det hade utformats borde leda till lagstiftning. Dessförinnan hade förslag till lagstiftning rörande personer med nedsatt beslutsförmåga lämnats av Patientmaktsutredningen i delbetänkandet Patientlag (SOU 2013:2). Jag återkommer till den utredningen nedan.

Jag har utifrån de aspekter som JO har att beakta valt att begränsa mitt yttrande till de delar av förslagen som rör bestämmelserna i 4 kap. 5 § patientlagen (2014:821)

samt 3 kap. 8 § och 4 kap. 1 d § socialtjänstlagen (2001:453), SoL. Av de skäl som redovisas nedan avstyrker jag att förslagen läggs till grund för lagstiftning.

Förslag till bestämmelse i 4 kap. 5 § patientlagen (avsnitt 8.7.1)

I utredarens uppdrag ingår bl.a. att ”utifrån tidigare utredningar, remissvar, rapporter m.m. överväga och vid behov lämna författningsförslag med fokus på reglering av samtycke från personer med nedsatt beslutsförmåga i syfte att underlätta användning av välfärdsteknik inom äldreomsorgen” (dir. 2018:82). Mot bakgrund av det ganska begränsade uppdraget i denna del är det överraskande att utredningen har ansett sig ha tillräckligt underlag för att lämna förslag till en allmän bestämmelse i patientlagen, avsedd att tillämpas vid beslutsfattande i alla former av hälso- och sjukvård, när det står klart att den enskilde inte endast tillfälligt saknar förmåga att samtycka till en viss insats. Utredningen anser dock att frågan om huruvida teknik används eller inte ”skulle ge upphov till en konstlad och icke ändamålsenlig avgränsning mellan vad som i realiteten är olika utföranden av vård- eller omsorgsinsatser” samt att en allmänt inriktad lagstiftning inte heller bedöms stå i strid med utredningens direktiv. Jag har inga invändningar mot dessa bedömningar i sig, och har förståelse för utredningens uppfattning att det skulle underlätta för personalen inom äldreomsorgen om samma principer skulle kunna tillämpas oavsett om en viss åtgärd formellt anses falla under hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) eller socialtjänstlagen. Jag får dock konstatera att utredningens överväganden på ett antal punkter framstår som oförenliga med vissa folkrättsliga åtaganden och uppenbart otillräckliga för att läggas till grund för införandet av den föreslagna bestämmelsen.

Frågan om beslutsfattande för patienter med nedsatt beslutsförmåga har som sagt behandlats i flera tidigare utredningar utan att någon lagstiftning kommit till stånd. Det är mycket olyckligt att frågan alltså är oreglerad. Såvitt jag kan förstå beror det framför allt på svårigheterna att utforma ett regelverk som ger ett tillfredsställande skydd för den enskildes självbestämmande men samtidigt inte är alltför komplicerat att tillämpa i praktiken.

Den nu föreslagna bestämmelsen knyter an till ett tidigare förslag lämnat av den s.k. Patientmaktsutredningen, som inte kommit att genomföras. I det nu föreliggande betänkandet uttalas att ”remissinstanserna hade i regel inget att invända i sak mot Patientmaktsutredningens förslag om vård till patienter med varaktigt nedsatt beslutsförmåga” men att flera framhöll att ”tidpunkten var illa vald, då en annan statlig utredning skulle se över bl.a. detta”. För egen del konstaterar jag att hälften av remissinstanserna var negativa till förslaget och att regeringen framhöll att det rörde sig om ”en mycket komplicerad fråga som bl.a. innebär flera svåra etiska överväganden”.

Förslaget motiveras nu bl.a. av att det rör sig om en kodifiering av en praxis ”som visat sig fungera väl i praktiken”, att liknande regler finns i andra nordiska länder samt att Europarådets regelverk med krav på ställföreträdare inte är undantagslöst när det gäller mindre ingrepp. Det krav som uppställs i FN:s konvention om

rättigheter för personer med funktionsnedsättning, om att ställföreträdande beslutsfattande ska bygga på den enskildes förmodade vilja, avfärdas med bedömningen att ”det är enklare att slå fast vad som vid en objektiv bedömning är patientens bästa än vad patienten eventuellt skulle ha ansett om han eller hon inte skulle ha haft nedsatt beslutsförmåga, vilket riskerar att urarta till ren spekulation även om det ibland kan finnas något att gå på”. Det betonas också att den nya bestämmelsen inte ska ge utrymme för tvång, samtidigt som utredningen ger uttryck för en förenklad och snäv definition av vad som kan anses utgöra tvång. Av utrymmesskäl avstår jag från att redogöra för alla de invändningar som kan anföras mot utredningens uttalanden, men måste sammantaget konstatera att utredningens strävan efter enkelhet i regleringen dessvärre tycks ha lett till ett antal grovt förenklade resonemang och i vissa fall direkt missvisande påståenden.

Bland de frågor som är otillräckligt analyserade kan nämnas förslagets förhållande till det folkrättsliga regelverket, den närmare innebörden av regleringen i de övriga nordiska länderna, bedömningen av och kriterier för beslutsförmåga, hur patientens vilja ska klarläggas, betydelsen av patientens tidigare uttalade eller dokumenterade önskemål, bedömningen av patientens bästa, närståendes roll, gränsdragningen mellan frivillighet och tvång etc.

Förslag till bestämmelse i 4 kap. 1 d § socialtjänstlagen (avsnitt 8.7.2)

Utredaren föreslår en ny bestämmelse i 4 kap. 1 d § SoL med innebörden att en biståndsinsats får ges till en enskild som inte endast tillfälligt saknar förmåga att samtycka till insatsen efter en individuell behovsbedömning med utgångspunkt i hans eller hennes bästa. Av förslaget framgår också att den enskildes vilja ska klarläggas så långt det är möjligt och alltid respekteras.

Socialtjänstens verksamhet ska bygga på respekt för enskildas självbestämmanderätt och integritet (1 kap. 1 § SoL). Enligt 3 kap. 5 § SoL ska socialtjänstens insatser för den enskilde utformas och genomföras tillsammans med honom eller henne. Socialnämnden kan alltså inte besluta om insatser eller vidta åtgärder ”över huvudet” på den enskilde.

Den föreslagna bestämmelsen ger socialnämnden en möjlighet att fatta beslut om en insats i situationer när den enskilde inte kan avge en inställning. Även om det inte finns något uttryckligt krav i SoL på att den enskilde ska samtycka till en viss insats är utgångspunkten att insatsen ges i samråd med honom eller henne. I detta ligger att nämnden måste klarlägga hur den enskilde ställer sig till en föreslagen insats innan den kan beviljas. Det är i praktiken fråga om att den enskilde förklarar om han eller hon samtycker till insatsen. Utredarens förslag utgör på så vis ett principiellt avsteg från principen om att insatser ges i samförstånd med den enskilde. En lagstiftning som ska reglera beslutsfattande för personer med en inte tillfälligt nedsatt beslutsförmåga måste givetvis vara tydlig och förutsägbar. Enskildas rättssäkerhet ska garanteras.

Enligt min mening är förslaget ofullständigt i vissa delar. Det är inte ovanligt att personer med nedsatt beslutsförmåga har god man eller förvaltare enligt bestämmelserna i 11 kap. föräldrabalken, FB. Ett beslut om att förordna en god man kräver samtycke från den enskilde, om inte hans eller hennes tillstånd är sådant att samtycke inte kan inhämtas. Om det inte är tillräckligt med god man kan en förvaltare förordnas. Förvaltaren har inom ramen för förvaltaruppdraget ensam rådighet över den enskildes egendom och företräder honom eller henne i alla angelägenheter som omfattas av uppdraget (11 kap. 9 § FB). I förarbetena till bestämmelsen uttalades bl.a. att i fall då förvaltaren har förordnats att representera huvudmannen i någon icke ekonomisk fråga, t.ex. rörande den sociala vårdlagstiftningen, bör huvudmannen ofta kunna tillerkännas en viss självständighet. Risken för negativa konsekvenser av kolliderande rättshandlingar på det området torde vara försumbar med hänsyn till den officialprövning som åligger sociala myndigheter m.fl. I allmänhet bör huvudmannen också själv få bestämma i frågor som rör hans boende liksom innehållet i erbjuden vård. En förvaltare bör således i normala fall inte företräda huvudmannen när det gäller frågor om samtycke till t.ex. operativa ingrepp (prop. 1987/88:124 s. 172).

En god man eller förvaltare kan, under förutsättning att uppdraget tillåter det, ansöka om bistånd för huvudmannens räkning. Det gäller även om huvudmannen skulle sakna förmåga att samtycka till en sådan insats. Om huvudmannen motsätter sig en föreslagen insats kan den dock inte ges. Mot bakgrund av att enskilda med nedsatt beslutsförmåga i många fall har en god man eller förvaltare som agerar för deras räkning när det gäller insatser enligt SoL uppstår frågan om i vilken utsträckning den föreslagna bestämmelsen skulle komma att tillämpas. Det kan i sammanhanget också nämnas att enskilda med nedsatt beslutsförmåga kan ha överlåtit till en framtidsfullmäktig att ta ställning till biståndsinsatser för deras räkning.

Ett biståndsbeslut enligt den föreslagna bestämmelsen kan ha större eller mindre verkningar för den enskilde. Om nämnden beslutar att den enskilde i stället för att bo kvar i hemmet ska ges en insats i form av särskilt boende är det fråga om ett beslut som har stora faktiska verkningar för honom eller henne. Även ett beslut om att tillhandahålla den enskilde bistånd i form av tillsyn med kamera i hemmet utgör enligt min mening en ingripande åtgärd. Jag återkommer nedan till utredarens förslag om lagstiftning för att möjliggöra socialtjänstens användning av digital teknik för kartläggning och övervakning.

Socialnämndens beslut om bistånd får överklagas enligt 16 kap. 3 § SoL. Det ligger dock i sakens natur att en enskild som bedömts sakna förmåga att samtycka till en insats inte kommer att ha förmåga att överklaga nämndens beslut om insats. Det innebär att biståndsbeslut som fattas med stöd av 4 kap. 1 d § SoL inte kommer att bli föremål för domstolsprövning i samma omfattning som andra biståndsbeslut. Om det inte tillskapas någon praxis på området medför det en risk för att landets kommuner kommer att tillämpa bestämmelsen på olika sätt. Det är givetvis inte en önskvärd ordning.

Enligt förslaget utgör hälso- och sjukvårdens ställningstagande i fråga om den enskildes beslutsförmåga endast ett moment i handläggningen av biståndsärendet och är således inte överklagbart. Biståndsbeslutet måste alltså överklagas för att den enskilde ska kunna angripa den bedömning som hälso- och sjukvårdspersonalens gjort i fråga om hans eller hennes förmåga att samtycka till en viss insats. Som förslaget är utformat har den enskilde inte någon som företräder honom eller henne under handläggningen av biståndsärendet. En företrädare hade exempelvis kunnat vara behjälplig med att överklaga beslut som inte bedöms vara för den enskildes bästa.

Enligt min mening behövs det en mer grundlig analys av de frågor som jag pekat på. De synpunkter som jag lämnat ovan om att vissa frågor är otillräckligt analyserade i förslaget om bestämmelsen i 4 kap. 5 § patientlagen gör sig gällande även här.

Av betänkandet framgår att den enskildes förmåga att samtycka ska bedömas av legitimerad hälso- och sjukvårdspersonal. Utredaren anger att det inte i första hand är en läkare som ska göra bedömningen, utan t.ex. en demenssjuksköterska eller en arbetsterapeut. Jag noterar att det finns 22 legitimationsyrken inom hälso- och sjukvården, bl.a. fysioterapeut, logoped och kiropraktor. Som bestämmelsen har utformats har samtliga 22 yrkesgrupper rätt att bedöma en enskilds samtyckesförmåga. Enligt min mening bör förslaget ses över i denna del. Jag noterar därvid att det i tidigare utredningar har föreslagits att bedömningen av enskildas beslutsförmåga ska göras av läkare.

Förslag till bestämmelse i 3 kap. 8 § socialtjänstlagen (avsnitt 8.9.1)

Utredaren föreslår också att det införs en ny bestämmelse i 3 kap. 8 § SoL om att användning av digital teknik som medför övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden får ske inom socialtjänsten under förutsättning att ändamålet är att säkerställa eller öka den enskildes trygghet, självständighet, aktivitet eller delaktighet. Enligt förslaget ska värdet av att använda tekniken vid en samlad bedömning uppväga intrånget i den enskildes personliga integritet.

Var och en är mot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden (2 kap. 6 § andra stycket RF). Grundlagsskyddet får begränsas genom lag och endast för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningarna får aldrig gå utöver vad som är nödvändig med hänsyn till det ändamål som har föranlett den (2 kap. 20–21 §§ RF).

I betänkandet anger utredaren att syftet med att inskränka grundlagsskyddet i 2 kap. 6 § andra stycket RF genom den aktuella bestämmelsen är att underlätta användningen av välfärdsteknik. Vidare anges att den enskilde alltid kan undgå övervakning och kartläggning av sina personliga förhållanden genom att tacka nej till en erbjuden insats. Det finns i det sammanhanget anledning att påpeka att

bestämmelsen i 4 kap. 1 d § SoL, som innehåller en särskild hänvisning till 3 kap. 8 § SoL, avser personer som saknar förmåga att samtycka. I det ligger att de inte heller kan förväntas kunna tacka nej till en insats som innebär övervakning eller kartläggning.

Det krävs starka skäl för att inskränka grundlagsskyddet mot intrång i den personliga integriteten. En sådan lagstiftning ska som nämnts uppfylla kraven i 2 kap. 20–21 §§ RF. Vidare måste det ställas höga krav på tydlighet och förutsägbarhet.

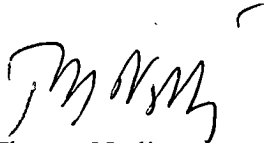
Den föreslagna bestämmelsen omfattar till sin lydelse hela socialtjänstens verksamhet. Det innebär att den formellt sett är tillämplig i alla tänkbara ärenden enligt SoL, t.ex. i ärenden som rör barn. Utredaren har inte närmare övervägt det vidsträckta tillämpningsområdet. För egen del ser jag en risk för att bestämmelsen kommer att användas på ett sätt som utredaren inte har förutsett. Jag efterlyser därför en mer noggrann analys av vilka situationer som bestämmelsen syftar till att reglera. Det får inte heller råda några oklarheter i fråga om hur bestämmelsen ska användas.

Enligt förslaget får socialtjänsten använda övervakning och kartläggning för vissa i bestämmelsen angivna ändamål. Ändamålen är hämtade från Socialstyrelsens definition av välfärdsteknik i myndighetens termbank. Det rör sig enligt min mening om relativt vida och opreciserade begrepp, vilket i sig skulle kunna ge upphov till olika tolkningar vid tillämpningen av bestämmelsen. Utredaren har föreslagit att Socialstyrelsen ska ges i uppdrag att ta fram stöd för den närmare tillämpningen av bl.a. den aktuella bestämmelsen. Det framgår av betänkandet att stödet inte ska vara i form av bindande föreskrifter. Även om Socialstyrelsen ska tillhandahålla stöd vid tillämpningen finns det enligt min mening skäl att ifrågasätta att ändamålen tagits in i bestämmelsen utan några närmare överväganden. Bestämmelsen bör inte komma i fråga för lagstiftning i sin nuvarande utformning.

Avslutningsvis noterar jag att utredaren pekat på risken för att teknik kommer att användas mer generellt än behovsanpassat när det gäller biståndsinsatser. Utredaren nämner exempelvis att om en övervakningskamera används på natten kan det finnas en risk för att man av bekvämlighetsskäl även börjar använda den på dagen, i stället för att göra personlig tillsyn. Det är ostridigt så att äldreomsorgen står inför stora utmaningar såväl demografiskt som när det kommer till personalförsörjning. Det finns redan i dag ett stort behov av att frigöra resurser inom äldreomsorgen. Ett sätt att göra det är att använda tekniska lösningar i den mån det är möjligt. Det ansträngda läget kan dock medföra en risk för att användningen av välfärdsteknik inte kommer att grundas i enskildas behov av välfärdsteknik, utan styras av andra faktorer. En grupp som skulle vara särskilt utsatt vid en sådan utveckling är personer med nedsatt beslutsförmåga. Det är av största vikt att ett regelverk som möjliggör tekniska lösningar samtidigt säkerställer att enskildas rättigheter inte kränks.

I övrigt lämnar jag inte några synpunkter på förslagen.

Jag har i de delar av yttrandet som avser hälso- och sjukvården samrått med chefsjustitieombudsmannen Elisabeth Rynning.



Thomas Norling

Ärendet har föredragits av Sandra Lundgren.

Byråchefen Marcus Agnvall har deltagit i beredningen av yttrandet.