

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2012-12-18

**Närvarande:** F.d. justitieråden Susanne Billum och Dag Victor samt justitierådet Margit Knutsson.

### **God vård och omsorg om personer med demenssjukdom samt regler för skydd och rättssäkerhet**

Enligt en lagrådsremiss den 29 november 2012 (Socialdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten,
2. lag om ändring i socialtjänstlagen (2001:453),
3. lag om ändring i lagen (2003:192) om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet,
4. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Jimmy Järvenpää, biträdd av kanslirådet Kent Löfgren.

Förslagen föranleder följande yttranden:

Lagrådet anför:

### Inledning

I remissen lämnas förslag till en särskild lag om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten. Den föreslagna lagen är endast tillämplig i förhållande till personer som beviljats vissa former av bistånd enligt socialtjänstlagen och som till följd av demenssjukdom saknar förmåga att lämna ett grundat ställningstagande till behovet av en sådan åtgärd som avses i lagen.

Som ett av lagens syften anges att ge medarbetarna i vård och omsorg om personer med demenssjukdom ett stöd i det dagliga arbetet med att bedöma vilka handlingsätt som står till buds för att ta hand om de demenssjuka på bästa möjliga sätt.

Enligt Lagrådet är detta en mycket angelägen uppgift och det finns från den synpunkten anledning att hälsa förslaget med tillfredsställelse även om det finns samma behov av stöd när det gäller vården och omsorgen om andra grupper av personer som på motsvarande sätt saknar beslutskompetens.

Lagrådet (Billum och Knutsson) anför:

### Allmänt

Enligt Lagrådet kan det sättas i fråga om beskrivningen i remissen av nu gällande rätt i alla delar är rättvisande. Hur denna ska uppfattas är av betydelse för hur en ny lagstiftning lämpligen bör utformas men också när det gäller hur man bör se på den användning av liknande åtgärder som i dag förekommer såväl när det gäller demenssjuka som beträffande andra som saknar beslutskompetens.

I avsnitt 10 i remissen sägs under rubriken Kommuner och landsting, att det i nuvarande lagstiftning inte finns något utrymme för att genomföra vård och omsorg mot en persons visade eller uttryckta vilja och att i de fall som sådana åtgärder vidtas i dag så saknar de stöd i lag och kan vara straffbara om inte brottsbalkens bestämmelser om ansvarsfrihet är tillämpliga.

Beskrivningen synes i första hand grunda sig på en bedömning att det krav på lagstöd som gäller för bl.a. begränsningar av det i 2 kap. 6 § regeringsformen reglerade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp skulle vara generellt tillämpligt i förhållande till den typ av åtgärder som den nu föreslagna lagen omfattar.

Det bör då anmärkas att skyddet enligt regeringsformen endast gäller gentemot det allmänna. När det gäller förhållandet mellan enskilda upprätthålls motsvarande skydd genom allmänna straffbestämmelser – i aktuellt hänseende främst bestämmel-

serna om brott mot liv och hälsa och mot frihet och frid i 3 och 4 kap. brottsbalken.

Vård och omsorg om personer med demenssjukdom utövas inte heller endast av det allmänna utan också i annan form. I förhållande till sådan vård och omsorg gäller inte regeringsformens bestämmelser utan bedömningen av om åtgärder är tillåtna eller inte får göras med stöd av vanlig lag.

Förutsättningarna för att besluta om och genomföra skyddsåtgärder enligt den föreslagna lagen är, förutom att den sjuke saknar förmåga att lämna något ställningstagande till behovet av åtgärden, att det, om åtgärden underlåts, finns en uppenbar risk att den sjuke kan komma att drabbas av en allvarlig skada (eller, i ett fall; skadar sig själv eller någon annan).

Lagrådet vill inte ifrågasätta att åtgärder av det slag som avses i lagen formellt kan falla under brottsbalkens straffbestämmelser om de under motsvarande förutsättningar företas i ett privat vård- och omsorgsförhållande, exempelvis inom en familj. En sådan åtgärd är emellertid inte brottslig (otillåten) om någon av de i 24 kap. brottsbalken reglerade allmänna grunderna för ansvarsfrihet är tillämpliga.

Dessa bestämmelser, och då i första hand de om nödvärn och nöd, berörs relativt kortfattat i remissen och det görs därvid gällande att utrymmet för ansvarsfrihet skulle vara ytterst begränsat.

I remissen berörs inte heller att det vid sidan av ansvarsfrihetsreglerna i brottsbalken finns oskrivna ansvarsfrihetsregler som brukar behandlas under beteckningen social adekvans (jfr t.ex. NJA 2009 s. 776 och avsnitt 3.8 i Asp, Ulväng, Jareborg, Kriminalrättens grunder, 2010).

Det är svårt att säga hur långt som de aktuella ansvarsfrihetsreglerna sträcker sig. När det gäller åtgärder av det slag som remissen tar sikte på – dvs. åtgärder som syftar till att skydda personer som saknar beslutskompetens mot allvarlig skada – finner emellertid Lagrådet det antagligt att det vid ett eventuellt åtal mot en enskild som tar hand om en demenssjuk, efter vederbörlig behovs- och proportionalitetsbedömning, skulle anses att det finns ett betydande utrymme för ansvarsfrihet (jfr a.a. s. 293).

Det ska då också beaktas att det för att en gärning ska anses ansvarsfri som socialadekvat, på motsvarande sätt som vid nöd, knappast kan krävas att gärningen varit den för ändamålet lämpligaste åtgärden utan endast att den inte varit oförsvarlig med hänsyn till omständigheterna.

Det skydd gentemot det allmänna mot bl.a. påtvingade kroppsliga ingrepp som det i 2 kap. regeringsformen uppställda kravet på särskilt lagstöd innebär har ett nära samband med statens våldsmonopol. Innebörden kan sägas vara att staten inte utan lagstöd har rätt att använda annat tvång eller våld än sådant som i princip är tillåtet för envar. Däremot kan regleringen enligt Lagrådets bedömning knappast anses innefatta ett krav på särskilt lagstöd där det finns ett utrymme för envar att använda

visst tvång eller våld men detta grundar sig på en oskriven regel och inte på en direkt lagregel.

Detta innebär att det inte vare sig när det gäller demensvården eller annan motsvarande vård torde finnas något direkt krav på särskilt lagstöd så länge som de åtgärder som är aktuella ligger inom ramen för vad som i princip är tillåtet för envar.

### Förutsättningar för tvångsåtgärder

I lagrådsremissen anförs bl.a. (s. 44) att möjligheterna att inom vård och omsorg om personer med demenssjukdom med lagstöd vidta åtgärder mot den enskildes uttryckta eller visade vilja är ytterst begränsade. Bestämmelserna om nödrätt i brottsbalken ger ett visst begränsat utrymme att i akuta situationer handla i syfte att skydda den enskilde själv eller någon annan från att komma till skada. Det utrymmet är otillräckligt för att klara de många situationer som uppstår i vardagen i omsorgen om personer med demenssjukdom. – Vidare anförs (s. 81) att beslut om tvingande skyddsåtgärd i praktiken innebär en tillåtelse att vidta den aktuella åtgärden när behov uppstår.

Lagrådet instämmer i att lagstödet för att vidta tvingande skyddsåtgärder i dag är begränsat, i vart fall när det inte rör sig om ingripanden i akuta situationer. Syftet med den föreslagna lagen synes alltså vara att skyddsåtgärder i förekommande fall ska kunna användas inte bara i omedelbara nödsituationer utan också för att förebygga att den demenssjuke ska komma till allvarlig skada. De ska även kunna användas under längre tid, t.ex. låsning av dörr. Förslagen får i sådana delar ses som en

viss utvidgning av det tvång som är tillåtet enligt brottsbalkens regler om nödvärn och nöd. Härav följer visserligen inte att åtgärderna skulle betraktas som olagliga, jfr vad som ovan anförts om social adekvans.

I lagrådsremissen anför emellertid också i flera sammanhang (bl.a. s. 117) att lagens uppräknade möjliga åtgärder är uttömmande, dvs. några andra åtgärder är inte tillåtna att vidtas mot personens uttryckta eller på annat sätt visade vilja. Detta skulle kunna uppfattas som en begränsning av de åtgärder som annars skulle kunna vidtas enligt brottsbalkens regler, t.ex. en nödvärnshandling i syfte att avvärja förstörelse av annans egendom. Detta kan knappast ha varit avsikten.

Enligt Lagrådets mening förutsätter den föreslagna regleringen att det görs en noggrann analys av förhållandet mellan de allmänna ansvarsfrihetsreglerna och de tvingande skyddsåtgärderna, såväl vad gäller förutsättningarna för att vidta olika åtgärder som beträffande åtgärdernas syfte, karaktär och varaktighet. Lagrådet utgår från att dessa frågor klargörs i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

#### Tillämplighet inom enskilt bedriven verksamhet

Av 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453) framgår att kommunen inte får överlämna uppgifter som innefattar myndighetsutövning till ett bolag, en förening, en samfällighet, en stiftelse eller en enskild individ. I 7 kap. socialtjänstlagen finns föreskrifter om enskild verksamhet m.m. Dessa gäller

alltså enbart verksamhet som inte innefattar myndighetsutövning.

I den föreslagna lagen om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten finns inga föreskrifter rörande enskilt bedriven verksamhet på socialtjänstens område. Inte heller tas dessa frågor upp i författningskommentaren. Förslaget kan därför ge intryck av att endast vara avsett för den socialtjänst kommunen själv utför.

Av allmänmotiveringen (avsnittet Genomförande av beslutad tvingande skyddsåtgärd) framgår dock att detta inte är avsikten. Genomförandet av en beslutad tvingande skyddsåtgärd bedöms kunna verkställas såväl inom kommunal som inom enskilt bedriven verksamhet. Som skäl för denna bedömning anges att genomförandet inte bör anses utgöra myndighetsutövning. Den enskilt bedrivna verksamheten bedöms inte fatta beslut som får en självständig effekt.

Vid lagrådsföredragningen har bekräftats att avsikten är att den föreslagna lagen ska tillämpas inom såväl kommunal som enskilt bedriven verksamhet. Enligt vad som upplysts bygger förslaget på att myndighetsutövning endast skulle innebära vad som ryms inom den definition som ursprungligen upptogs i 1971 års förvaltningslag, dvs. i detta fall förfarandet inför och fattandet av beslut om tvingande skyddsåtgärd. Beslutet ska vara preciserat. Själva verkställigheten av beslutet skulle därmed falla utanför begreppet myndighetsutövning och därmed kunna överlämnas även till en verksamhet som drivs i enskild regi.



Lagrådet gör följande överväganden.

Sedan gammalt brukar man skilja ut två huvudformer av verksamhet inom den offentliga förvaltningen. Den ena består av handläggning och avgörande av ärenden och den andra av faktiskt handlande. Redan tidigt i arbetet med en förvaltningsrättsreform klargjordes att detta lagstiftningsarbete skulle begränsas till den förstnämnda verksamheten, dvs. handläggning och avgörande av ärenden (se SOU 1964:27 s. 81). I betänkandets lagförslag slogs fast att den föreslagna lagen om förvaltningsförfarandet var tillämplig "i förvaltningsärende".

I det förslag till förvaltningsrättsreform som så småningom lades fram (prop. 1971:30) fanns en motsvarande begränsning upptagen i den föreslagna förvaltningslagens 1 §. Lagen angavs gälla "handläggning av ärende hos förvaltningsmyndighet". Genom begränsningen till handläggning av ärenden hos förvaltningsmyndighet klargjordes att myndigheternas s.k. faktiska handlande föll utanför lagens tillämpningsområde (a. prop. Del 2 s. 315).

Vissa bestämmelser i förslaget till förvaltningslag begränsades ( 3 §) till att gälla "endast i den mån fråga är om utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinär bestraffning eller annat jämförbart förhållande". Härmed avsågs att beskriva s.k. myndighetsutövning, ett uttryck som inte användes i själva lagtexten. När det gäller innebörden av detta begrepp framhölls i propositionen att

vad som anförts om myndighetsutövning mot enskild hade aktualitet endast när det förelåg ett ärende i lagens mening (a. prop. Del 2 s. 334). Departementschefen tillade att det var svårt att dra en skarp gräns mellan handläggning av ärenden och s.k. faktiska handlingar från myndighets sida, en omständighet som föranledde ett uttryckligt undantag för sjukvård.

Senare lagstiftningsarbete på området har haft samma utgångspunkt; förvaltningslagens bestämmelser gäller endast handläggning av ärenden medan s.k. faktiskt handlande faller utanför (se t.ex. SOU 1983:73 s. 49). I den nu gällande förvaltningslagen (1986:223), vilken ersatt 1971 års lag, anges i 1 § att lagen gäller förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden. Den tidigare beskrivningen av myndighetsutövning återfinns inte i den nya lagen. I stället har uttrycket myndighetsutövning förts in i de relevanta bestämmelserna.

Av det nu anförda följer enligt Lagrådets mening att användningen av uttrycket myndighetsutövning i förvaltningslagen inte tar sikte på mer än förvaltningsmyndigheternas handläggning och avgörande av ärenden. Formuleringen har inte fått sin utformning för att täcka all verksamhet där offentlig makt utövas. Den kan sålunda inte ges den betydelsen att all verksamhet som faller utanför den beskrivning som fanns i 1971 års förvaltningslag därmed inte utgör myndighetsutövning i någon bemärkelse.

Begreppet myndighetsutövning används på olika håll i lagstiftningen, ibland med en vidare betydelse än den nu angivna. Så är fallet bl.a. med bestämmelserna om brottet tjänstefel i

20 kap. 1 § brottsbalken och om det allmännas skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207). Beträffande den exekutiva verksamheten, se särskilt NJA 2002 s. 188.

I Strömberg- Lundell: Allmän förvaltningsrätt (25 uppl., 2011, s.20) beskrivs myndighetsutövning på följande sätt. Till myndighetsutövning hör först och främst sådan offentlig verksamhet varigenom myndigheten ensidigt bestämmer om enskildas skyldigheter eller om ingrepp i enskildas frihet eller egendom. Hit hör sålunda beslut som innebär ålägganden att göra eller underlåta något eller som avser ingrepp i personlig frihet eller egendom, men även rent faktiska åtgärder som innebär sådana ingrepp, antingen de grundas på formliga beslut eller inte.

Enligt Lagrådets mening är det sålunda inte en korrekt slutsats att verkställighet av ett beslut som innebär myndighetsutövning generellt skulle falla utanför detta begrepp och att därmed verkställighet kan överlämnas åt enskilda rättssubjekt utan stöd i lag. Bedömningen av om myndighetsutövning föreligger synes bl.a. bero av vilket slag av verkställighetsåtgärder som är i fråga. När det som här gäller att genomföra beslut om tvångsåtgärder som innebär ingrepp i människors personliga frihet ter det sig uppenbart att verkställigheten inte kan skiljas ut som något väsensskilt från utövandet av samhällets maktbefogenheter. Närmast till hands ligger att se verkställigheten som ett led i den myndighetsutövning som leder till att den enskilde utsätts för frihetsinskränkningar. Ett oaktsamt utnyttjande av tvångsåtgärderna bör t.ex. kunna beivras som tjänstefel.

Lagrådet vill tillägga att det knappast synes vara möjligt att precisera beslut om tvingande skyddsåtgärder i sådan utsträckning att inte någon prövning måste göras i det konkreta fallet av om det finns tillräckliga skäl att vidta åtgärden (jfr 4 § i lagrådsremissen). En risk- och proportionalitetsbedömning måste alltid göras.

Vid lagrådsföredragningen har upplysts att det anses angeläget att samma regelsystem ska gälla på det aktuella området, oavsett om omsorgen ges inom den kommunala socialtjänsten eller inom enskilt bedriven verksamhet. En lösning som möjligen kan övervägas i detta sena skede av lagstiftningsarbetet är därför att komplettera 1 § i lagförslaget med ett andra stycke som klargör att lagen är tillämplig även inom enskild verksamhet.

Härutöver bör ett tillägg göras till bestämmelsen i 2 kap. 5 § socialtjänstlagen varigenom erinras om att särskilda bestämmelser finns i lagen om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten.

F.d. justitierådet Victor anför:

### Allmänt

Beskrivningen i remissen av nu gällande rätt är emellertid enligt min bedömning inte rättvisande. Hur gällande rätt ska uppfattas är inte bara av betydelse för hur en lagstiftning lämpligen bör utformas men också för hur man bör se på den användning av åtgärder av det slag som den föreslagna lagen avser som förekommer i dag såväl när det gäller demenssjuka som beträffande andra som saknar beslutskompetens. Det ska i det sammanhanget anmärkas att den föreslagna lagstiftningen föreslås träda i kraft först den 1 juli 2014.

I avsnitt 10 i remissen sägs under rubriken Kommuner och landsting att det i nuvarande lagstiftning inte finns något utrymme för att genomföra vård och omsorg mot en persons visade eller uttryckta vilja och att i de fall som sådana åtgärder vidtas i dag så saknar de stöd i lag - är olagliga - och kan vara straffbara om inte brottsbalkens bestämmelser om ansvarsfrihet är tillämpliga.

Denna formulering, liksom ett antal andra i remissen, ger, även om det i avsnitt 9 sägs att omfattningen av otillåtna åtgärder inte kunnat klarläggas, ett intryck av att det inom vården och omsorgen i dag skulle vidtas olagliga åtgärder i stor omfattning mot personer som saknar beslutskompetens.

Beskrivningen i remissen synes i första hand grunda sig på en bedömning att det krav på lagstöd som gäller för bl.a. begränsningar av det i 2 kap. 6 § regeringsformen reglerade skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp skulle vara generellt tillämpligt i förhållande till den typ av åtgärder som den nu föreslagna lagen omfattar.

Det bör då anmärkas att skyddet enligt regeringsformen endast gäller gentemot det allmänna. När det gäller förhållandet mellan enskilda upprätthålls motsvarande skydd genom allmänna straffbestämmelser – i aktuellt hänseende främst bestämmelserna om brott mot liv och hälsa och mot frihet och frid i 3 och 4 kap. brottsbalken.

Vård av och omsorg om personer med demenssjukdom utövas inte heller endast av det allmänna utan också i annan form. I förhållande till sådan vård och omsorg gäller inte regeringsformens bestämmelser utan bedömningen av om åtgärder är tillåtna eller inte får göras med stöd av vanlig lag.

Förutsättningarna för att besluta om och genomföra skyddsåtgärder enligt den föreslagna lagen är, förutom att *den sjuke saknar förmåga att lämna något ställningstagande till behovet av åtgärden*, att det, om åtgärden underlåtes, *finns en uppenbar risk att den sjuke kan komma att drabbas av en allvarlig skada* (eller, i ett fall; skadar sig själv eller någon annan).

Åtgärder av detta slag kan, om de vidtas i ett privat vård- och omsorgsförhållande, exempelvis inom en familj, formellt falla under brottsbalkens straffbestämmelser. En sådan åtgärd är

emellertid inte brottslig (otillåten) om någon i 24 kap. brottsbalken reglerad eller annan allmän grund för ansvarsfrihet är tillämplig.

Förslaget i remissen synes i så måtto grunda sig på detta förhållande att samtycke [24 kap 7 § brottsbalken] genomgående verkar vara avsett att kunna godtas som grund för sådana åtgärder som lagen avser utan krav på något beslut enligt lagen även om den sjuke saknar sådan beslutskompetens som brukar krävas för att samtycke ska kunna ligga till grund för ansvarsfrihet. I motsats till samtycke berörs i remissen ansvarsfrihetsgrunderna nöd och nödvärn, om än relativt kortfattat. Det görs därvid gällande att utrymmet för ansvarsfrihet skulle vara ytterst begränsat (s. 44: jfr s. 34 och 83 f).

Däremot berörs det inte alls i remissen att det vid sidan av ansvarsfrihetsreglerna i brottsbalken finns oskrivna ansvarsfrihetsregler som brukar behandlas under beteckningen social adekvans (jfr härtill t.ex. NJA 2009 s. 776 och avsnitt 3.8 i Asp m.fl., Kriminalrättens grunder, 2010).

Det är visserligen svårt att säga hur långt som de aktuella ansvarsfrihetsreglerna sträcker sig. Men när det gäller åtgärder av det slag som remissen tar sikte på – dvs. *åtgärder som syftar till att skydda personer som saknar beslutskompetens mot allvarlig skada* – är emellertid enligt min bedömning utrymmet för ansvarsfrihet såvitt avser ansvar enligt allmän lag relativt stort (jfr Asp m.fl., a.a. s. 293). Det ska då beaktas att det för att en gärning ska anses ansvarsfri som socialadekvat, på motsvarande sätt som vid nöd, knappast kan krävas att gärningen varit

den för ändamålet lämpligaste åtgärden utan endast att den inte varit oförsvarlig med hänsyn till omständigheterna. För egen del anser jag att det är osannolikt att sådana åtgärder som den föreslagna lagstiftningen tar sikte på skulle bedömas vara brottsliga enligt allmän lag om de i dag genomförs under sådana förhållanden och på det sätt som är avsett att gälla enligt förslaget.

### Regeringsformens krav på lagstöd

Det skydd gentemot det allmänna mot bl.a. påtvingade kroppsliga ingrepp som det i 2 kap. regeringsformen uppställda kravet på särskilt lagstöd innebär har ett nära samband med statens våldsmonopol. Innebörden kan sägas vara att staten inte utan lagstöd har rätt att använda annat tvång eller våld än sådant som i princip är tillåtet för envar. Däremot kan regleringen enligt min bedömning knappast anses innefatta ett krav på särskilt lagstöd i sådana fall som det finns ett utrymme för envar att använda visst tvång eller våld även om detta utrymme grundar sig på en oskriven regel och inte på en direkt lagregel.

Detta innebär att det vare sig när det gäller demensvården eller annan motsvarande vård torde finnas något direkt krav på särskilt lagstöd så länge som de åtgärder som är aktuella ligger inom ramen för vad som i princip är tillåtet (inte förbjudet) för envar.

Detta betyder nu inte att en lagstiftning av det nu föreslagna slaget framstår som mindre angelägen. När det allmänna svarar för verksamhet inom vilken det kan finnas behov av ett visst



mått av tvång eller våld framstår det som i hög grad angeläget att verksamheten i den delen styrs upp av regler och riktlinjer. För detta talar inte endast att gränserna mellan det tillåtna och otillåtna enligt allmänna regler är i hög grad oklara utan också att dessa gränser under alla förhållanden inte är lämpliga att användas som grund för en reglering som syftar till "en god och säker omsorg". Avståndet mellan att en åtgärd inte är oförsvarligt och att den är föredömlig är förhållandevis stort.

Sammanfattningsvis gör jag den bedömningen att de skyddsåtgärder som är avsedda att vara tillåtna enligt den föreslagna lagstiftningen är sådana som i och för sig ligger inom ramen för vad som redan är tillåtet (dvs. inte förbjudet) enligt gällande rätt. Förslaget är då inte att se som en utvidgning av det allmännas rätt att använda tvång eller våld. Tvärtom innebär det en begränsning i förhållande till det utrymme som i dag finns enligt allmänna regler.

### Genomförande av beslut om skyddsåtgärder

När det gäller genomförandet av beslut enligt den föreslagna lagen innebär förslaget, med dessa utgångspunkter, följande såvitt gäller verksamhet som bedrivs i det allmännas regi.

Den som genomför beslutade åtgärder måste alltid göra en egen konkret behovs- och proportionalitetsbedömning. Genomförs en åtgärd på ett sätt som överskrider gränsen för straffbarhet enligt allmän lag kan också fortsättningsvis, på samma sätt som nu, den som svarat för åtgärden dömas för det brott som gärningen innefattar (20 kap. 1 § fjärde stycket brottsbalken).

Har genomförandet skett på ett sätt som inte överskrider den gränsen men som står i strid med lagens reglering eller ett med stöd av lagen fattat beslut kan den som genomfört åtgärden dömas för tjänstefel (att genomförandet av enligt lagen beslutade åtgärder utgör myndighetsutövning i brottsbalkens mening när det sker i allmän verksamhet är uppenbart).

Vad därefter angår verksamhet som bedrivs i privat regi synes följande komma att gälla om man inte kompletterar det framlagda förslaget.

Den föreslagna lagen och beslut enligt denna kommer inte att vara direkt tillämpliga i förhållande till privat verksamhet. Grunden för bedömningen av enskilda befattningshavares åtgärder inom sådan verksamhet kommer även fortsättningsvis vara allmänna regler. Vid överträdelse av dessa kan straff enligt allmän lag följa. Någon vidgad rätt till åtgärder ger vare sig lagen eller beslut enligt denna. Inte heller kan något straff följa av en överträdelse av lagens bestämmelser eller beslut enligt denna så länge gärningen ligger inom ramen för det tillåtliga enligt allmänna regler. Det får däremot förutsättas att den som svarar för verksamheten förbinder sig att bedriva denna i enlighet med vad som följer av lagens regler och beslut enligt lagen. I den mån detta inte sker kan det leda till kontraktuella påföljder för verksamhetsutövaren (och det allmänna kan ansvara i förhållande till den som utsatts för åtgärden; jfr NJA 1989 s. 191 där privat verksamhet ansågs ingå som "ett led" i en myndighetsutövning).

### Avgränsningen av enligt lagen tillåtna åtgärder

Vad gäller avgränsningen, behovet och lämpligheten av de åtgärder som förslaget avser har jag inte underlag för att göra någon annan bedömning än den som gjorts i remissen. Jag vill emellertid framhålla att enligt vad som anges redan under lagrådsremissens huvudsakliga innehåll så är avsikten att andra åtgärder än de som anges i lagen inte ska vara tillåtna att vidta mot personens vilja (se även s.117 och 120). Avsikten synes vara att begränsningen inte endast ska avse typen av åtgärder utan också de ändamål för vilka dessa får vidtas. För egen del är jag dock inte övertygad om att det inte kan finnas behov av åtgärder av det aktuella slaget också för andra ändamål än de som anges i lagen.

Jag vill här särskilt peka på förslaget i 7 § avseende fasthållande eller bortförande som avviker från övriga förslag i så måtto att det inte avser endast risk för att den demenssjuke, utan också för att vissa uppräknade andra, ska skadas. I den delen är det lätt att uppfatta regleringen som en specialreglering i förhållande till brottsbalkens bestämmelse om nödvärn med innebörd att i och för sig tillåtna nödvärnsåtgärder skulle vara förbjudna. Detta skulle bl.a. gälla vid angrepp på personal och egendom. Jag har svårt att se att vad som anförs i remissen kan anses tillräckligt för att genomföra en sådan generell begränsning av nödvärnsrätten.

Lagrådet anför:

Lagens disposition

Den föreslagna lagen är disponerad så att den inleds med bestämmelser om när och av vem som ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd får fattas samt vad som ska iakttas när beslutet genomförs. Därefter följer en genomgång av de skyddsåtgärder som lagen tillåter samt vilken utredning som ska föregå beslutet och fr.o.m. 12 § följer bestämmelser av handläggnings- och processuell karaktär, bl.a. regler om omprövning och överklagande av beslut. En del av dessa bestämmelser är gemensamma för handläggningen hos socialnämnden och i förvaltningsdomstol medan andra tar sikte på antingen socialnämndens hantering eller domstolsprocessen.

Lagrådet anser att ordningsföljden av de avslutande bestämmelserna i 14-20 §§ bör ändras så att de regler som utslutande vänder sig till socialnämnden placeras först. Därefter bör de regler som avser överklagande till domstol och hanteringen där komma och slutligen bör gemensamma bestämmelser tas upp.

Lagrådet föreslår följande ordningsföljd:

14 § om rapportering till Socialstyrelsen.

15 § om överklagande till domstol.

16 § om offentligt biträde.

17 § om domstols sammansättning.

18 § om att beslut enligt lagen gäller omedelbart.

19 § om skyndsam handläggning.

20 § om delgivning.

### Rubriker

4 § handlar om vad den som vidtar en tvingande skyddsåtgärd ska iaktta och tar alltså sikte på själva genomförandefasen. Lagrådet anser att detta bör återspeglas i rubriken före paragrafen och föreslår att den ges följande lydelse: Genomförande av beslut om tvingande skyddsåtgärd.

5 § reglerar möjligheten att låsa en ytterdörr eller en dörr till en avdelning i ett särskilt boende eller en dagverksamhet. Det är enligt den bestämmelsen inte tillåtet att låsa in den sjuke i hans eller hennes rum vilket den föreslagna rubriken före paragrafen (Inlåsnings m.m.) ger intryck av. En mer rättvisande rubrik är enligt Lagrådets mening Låsning av dörr.

8 § handlar om tvång i samband med personlig hygien. Rubriken talar om användning av tvingande skyddsåtgärder i detta sammanhang vilket inte framstår som alldeles korrekt eftersom samtliga åtgärder enligt 5-9 §§ är tvingande skyddsåtgärder och vad som avses i 8 § är den specifika skyddsåtgärden användning av fysiskt tvång i samband med personlig hygien. Lagrådet anser att rubriken bör kortas ner till Skötsel av personlig hygien. Om man vill att åtgärdens karaktär, på samma sätt som gäller övriga rubriker till bestämmelserna om skyddsåtgärder, kommer till uttryck redan i rubriken kan ett alternativ vara Fysiskt tvång i samband med skötsel av personlig hygien.

9 § reglerar möjligheten att använda vissa anordningar för att förhindra fall ur en säng eller en stol. Anordningarna är alltså av skyddskaraktär vilket bör återspeglas i rubriken, jfr rubriken före 6 §. Lagrådet föreslår följande rubrik: Användning av vissa skyddsanordningar.

Lagrådet har ovan föreslagit att lagen avslutas med tre paragrafer (18-20 §§) som är gemensamma för handläggningen i socialnämnden och domstolen och föreslår att de föregås av rubriken Gemensamma bestämmelser om handläggningen. Rubrikerna Skyndsam handläggning och Delgivning bör som en konsekvens av detta strykas.

### Förslaget till lag om vissa tvingande skyddsåtgärder inom socialtjänsten

#### 3 §

I 3 § regleras förutsättningarna för att socialnämnden ska få fatta ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd. En första förutsättning är enligt punkten 1 att den demenssjuke beviljats bistånd enligt socialtjänstlagen (2001:453), t.ex. i form av särskilt boende. Detta begrepp förekommer inte i socialtjänstlagen utan vad som åsyftas här är de boendeformer som avses i 5 kap. 5 § andra stycket och 7 § tredje stycket socialtjänstlagen. Detta bör framgå av punkten 1.

I punkten 4 anges att frivilliga åtgärder ska ha visat sig otillräckliga. Av författningskommentaren framgår att dessa frivilliga

åtgärder kan vara av annat slag men också vara samma som den tvingande skyddsåtgärden. Att åtgärder av annat slag ska ha visat sig vara otillräckliga innan en tvingande skyddsåtgärd får beslutas följer enligt Lagrådets mening redan av punkten 1 som säger att skyddsåtgärden ska vara nödvändig för en god och säker omsorg. Vad som avses i punkten 4 torde närmast vara att den demenssjuke motsätter sig just denna åtgärd.

I punkten 5 anges som en förutsättning för ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd att de negativa effekterna av åtgärden för den sjuke kan uppvägas. Som Lagrådet uppfattar denna bestämmelse är avsikten att effekterna av en skyddsåtgärd om möjligt ska mildras men inte att tillgången till mildrande åtgärder utgör en nödvändig förutsättning för att ett beslut om en skyddsåtgärd över huvud taget ska få fattas. Bestämmelsen synes därmed närmast ta sikte på själva genomförandet av socialnämndens beslut och bör lämpligen flyttas till 4 §.

Lagrådet föreslår sammanfattningsvis att 3 § ges följande lydelse:

Ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd som avses i 5-9 §§ får fattas om

1. den som beslutet avser har beviljats bistånd enligt socialtjänstlagen (2001:453) i form av särskilt boende som avses i 5 kap. 5 § andra stycket eller 7 § tredje stycket samma lag, dagverksamhet eller hemtjänst,
2. åtgärden är nödvändig för en god och säker omsorg,
3. den demenssjuke motsätter sig åtgärden, och
4. denne till följd av sin sjukdom saknar förmåga att lämna ett grundat ställningstagande till behovet av åtgärden.

#### 4 §

Som framgått av det föregående anser Lagrådet att bestämmelsen i punkten 5 i 3 § bör flyttas till 4 §. Vidare anser Lagrådet att punkten bör förtydligas så att det framgår att den inte handlar om hur skyddsåtgärden ska utföras utan om att andra åtgärder kan behöva vidtas för att mildra effekterna av skyddsåtgärden. Bestämmelsen bör därför lämpligen placeras i ett eget andra stycke.

I punkten 4 föreskrivs att personalen ska ha teoretisk och praktisk utbildning om en sådan åtgärd som avses i lagen. Som Lagrådet uppfattar avsikten med bestämmelsen handlar det om att personalen ska ha lämplig utbildning för att utföra den aktuella uppgiften. I detta ingår inte bara kunskap om åtgärden som sådan utan det krävs även att personalen har kunskap om den aktuella målgruppen, dvs. personer med demenssjukdom.

Lagrådet föreslår sammanfattningsvis att 4 § ges följande lydelse.

När en tvingande skyddsåtgärd vidtas ska den utföras

1. med respekt för den demenssjukes självbestämmanderätt och integritet,

2. på ett sätt så att den inte sträcker sig längre än vad som är nödvändigt med hänsyn till syftet med åtgärden,

3. så att åtgärden blir så kortvarig och skonsam som möjligt med största möjliga hänsyn till den sjuke, och

4. av personal som har lämplig teoretisk och praktisk utbildning för uppgiften.

De negativa effekterna av åtgärden för den sjuke ska om möjligt uppvägas av andra åtgärder.



## 10 §

Enligt 10 § ska en person som är föremål för utredning läkarundersökas. Av författningskommentaren framgår att detta inte gäller undantagslöst utan att det kan finnas situationer då en läkarundersökning är obehövlig, t.ex. om personen i fråga nyligen har genomgått en sådan undersökning i ett fall som rör samma tvingande skyddsåtgärd. Exemplet visar att avsikten är att undantaget ska tillämpas restriktivt. Undantaget bör framgå av lagtexten och Lagrådet föreslår att första meningen ges följande lydelse:

När en utredning har påbörjats ska socialnämnden, om det inte är uppenbart obehövt, besluta att en medicinsk undersökning ska genomföras avseende den person som utredningen avser.

## 12 §

Av 12 § första stycket 3 framgår att socialnämnden ska ompröva ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd om det beslut om bistånd som avses i 3 § 1 ändrats. Avsikten kan knappast vara att varje ändring av ett biståndsbeslut ska föranleda omprövning utan det torde krävas att biståndsbeslutet ändras på ett sätt som påverkar behovet av en skyddsåtgärd. En ändring av ett beslut om hemtjänst bör t.ex. inte föranleda omprövning av ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd som får vidtas i en dagverksamhet. Lagrådet föreslår att punkten 3 ges följande lydelse.

3. om det beslut om bistånd som avses i 3 § 1 har ändrats på ett sätt som påverkar behovet av åtgärden.

### 13 §

Av 13 § första stycket 1 framgår att socialnämnden ska upphäva ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd om ett beslut om bistånd som avses i 3 § 1 upphör att gälla. På motsvarande sätt som nyss anförts beträffande 12 § torde det även här vara det för skyddsåtgärden relevanta beslutet som avses. Att ett beslut om dagverksamhet upphör att gälla bör rimligtvis inte föranleda att ett beslut om en tvingande skyddsåtgärd som får vidtas i den sjukes bostad upphävs. Om skyddsåtgärden å andra sidan får vidtas i dagverksamheten ska givetvis beslutet härom upphävas. Detta följer emellertid redan av punkten 2 som säger att ett beslut ska upphävas om åtgärden inte längre behövs. Det kan därför ifrågasättas om punkten 1 behövs.

### Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.