LEVA SOM ANDRA GENOM STÄLLFÖRETRÄDARE

– en rättslig och faktisk paradox

Therése Fridström Montoya

iUSTUS

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4435

Leva som andra genom ställföreträdare

– en rättslig och faktisk paradox

Leva som andra genom ställföreträdare

– en rättslig och faktisk paradox

Therése Fridström Montoya

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

To Live Like Others Through Legal Representation – A Legal and Factual Paradox

In the past, people with intellectual disabilities have been treated as objects, rather than subjects, of law. Today, Swedish law purports to recognize that such persons have the same rights and freedoms as anyone else. To achieve this goal, Sweden's social welfare law provides persons with intellectual disabilities a right to the support and service that they need to "be able to live like others do". For persons who lack the capability to apply for these measures because they lack the capabilities or do not meet the prerequisites to be a legal actor, a legal representative is needed.

This dissertation examines the problem reflected in the expression "the ability to live like others do through legal representation", first through traditional legal analysis of its implementation in Swedish law, followed by a critical theoretical analysis of the law. The dissertation shows how Swedish law does not resolve the conflict between legal capacity and actual capabilities for people with intellectual disabilities, as it ratifies dependence on others for access to social welfare rights for people with intellectual disabilities in order for them to be taken seriously as legal actors and subjects before the law. The dissertation proposes a rethinking of the law from a Crip Theory perspective, which questions the able-mindedness norm of the legal subject. The dissertation argues that Swedish law exemplifies this norm as a reflection of power that produces and reproduces a certain kind of legal subject through normalization mechanisms. This dissertation shows that barriers still remain to the realization of full legal capacity for persons with intellectual disabilities and to the possibilities for such persons to be recognized as self-determinate subjects in law.

Key-words: *public law, social welfare law, legal representation, god man, förvaltare, legal subject, legal subjectivity, legal capacity, legal capability, persons with intellectual disabilities as legal subjects, social welfare-rights, law as power, normalization, Crip Theory.*

Therése Fridström Montoya

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2015
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7678-935-3
Produktion: eddy.se ab, Visby 2015
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Holmbergs i Malmö, 2015

Till minnet av min pappa Benny Fridström

I am blinded by the light
of God and Truth and Right
and I wander in the night
without direction

So I continue to continue to pretend
that my life will never end
and the flowers never bend
with the rainfall

– Paul Simon –

Förord

Somliga strofer har en förmåga att fastna i tankarnas virrvarr och vid oväntade tillfällen uppenbara sig och pocka på uppmärksamhet. Så var fallet med en rad i Karin Boyes dikt *I rörelse*, som dök upp i mina tankar strax efter att jag inlett doktorandstudierna:

> *Visst finns det mål och mening med vår färd,*
> *men det är vägen som är mödan värd.*

Jag insåg snart att det berodde på att den med exakt träffsäkerhet beskriver min upplevelse av att doktorera. Visst har det funnits ett mål i form av en avhandling, visst har det funnits en mening i form av något jag velat förmedla. Men det är vägen som har varit mödan värd. Det verkligt viktiga, har varit att befinna mig i rörelse.

*

I denna stund av stillhet vill jag tacka en rad personer som bidragit till att målet nåtts. Främst vill jag tacka mina handledare, professor Anna Singer och professor Anna Hollander. Mitt allra varmaste och innerligaste tack för att ni försökt se till att jag haft torrt på fötterna och att jag inte gått ner mig i djupa träsk eller vilse i mörka skogar. Bättre ”släpankare” och ”förvaltare” (era ord, inte mina) kunde jag inte ha haft. Även om nu förtöjningen kapas och förvaltarskapet upphör, kommer jag fortsatt att bära med mig era kloka råd och vikten av känslan av att vara betrodd med att förmå. Tack särskilt Anna Singer för att du föreslog att jag skulle söka mig till Uppsala som din doktorand. Jag har inte ångrat mig en sekund. Tack särskilt Anna Hollander för din envisa och mångåriga tro på att det här med forskarutbildning skulle passa mig. Utan din uppmuntran hade jag aldrig gett mig ut på den här färden. Jag är så glad att jag till sist gjorde det.

Därefter vill jag rikta ett djupt känt tack till professor Håkan Andersson, som bidragit med portaler till okända dimensioner och den mycket viktiga

insikten att olika faktiskt inte betyder fel. Det kan inte nog understrykas vilken betydelse den introducerande doktorandkursen under din ledning har haft. Även en fördjupande forskarkurs och många och långa samtal därutöver har på sina sätt varit avgörande för den avhandling som blev. Mest av allt vill jag dock tacka för ditt stöd vid kritiska tillfällen då jag inte litade på mitt eget omdöme.

Särskilt varmt vill jag också tacka juris doktor Mikael Hansson för den utsträckta handen vid tillfällen då jag snubblat eller på andra sätt haft svårt att ta mig framåt. Att kunna samtänka mina forskningsfrågor med dig har varit ovärderligt. Det är svårt att formulera ett tack som är rättvisande för den betydelse som alla dina tålmodiga frågor och motfrågor har haft. Det är ansträngande att försöka förstå något som den som förmedlar det knappt själv förmår formulera. Tack för att du orkade göra just det.

Motsvarande varmt vill jag tacka doktorand Anna Waldenström, som bokstavligen varit min följeslagare under större delen av färden; genom tre forskarkurser, under stunder av självtvivel och på kreativitetens irrvägar. Tack för din oräddhet och för hjälpen med att rikta ljus mot mina spöken.

Ett stort tack även till chefsjurist Peter Sporrstedt för de många samtalen och seminarierna på överförmyndarförvaltningen i Västerås som bidrog till kunskaper om god man och förvaltare som jag inte skulle ha kunnat läsa mig till. Framförallt vill jag dock tacka dig för kraften i att du fått mig att tro på att denna avhandling kan vara viktig ”på riktigt”.

Ett stort tack vill jag även rikta till professor Håkan Andersson, docent Katarina Alexius, docent Lotta Lerwall, docent Anna-Sara Lind och juris doktor Torbjörn Odlöw för alla era värdefulla kommentarer till mina texter i samband med mitt slutseminarium. Tack också till doktorand Jameson Garland för din engagerade granskning av textavsnitten på engelska.

För generöst doktorandbidrag tackar jag Stiftelsen Sävstaholm. För doktorandanställning och alla förmåner som därmed följer, tackar jag Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet. För tryckbidrag tackar jag Emil Heijnes fond för rättsvetenskaplig forskning.

Slutligen men allra mest vill jag tacka Patric, Yrla och Vile för att ni stått ut med min frånvaro. Jag lovar att göra mitt allra bästa för att från och med nu vara en mer här- och närvarande livspartner och mamma. I slutet av dagen är ju ni allt som räknas.

*

På sistone har en annan strof från samma dikt pockat på min uppmärksamhet. Dess budskap talar för sig självt.

Bryt upp, bryt upp! Den nya dagen gryr.
Oändligt är [mitt] stora äventyr.

Västerås 2014-11-30

Therése Fridström Montoya

Innehåll

Förord 7

Förkortningslista 21

1 Begynnelse 23

1.1 Inledning 23
1.1.1 En berättelse om personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt 23
1.1.2 Utgångspunkter: funktionshinder, normalitet och rätten som makt 33
1.1.2.1 Funktionshinder – något relativt 33
1.1.2.2 Normalitetskritik – ifrågasättande av funktionsfullkomlighetens företräde 35
1.1.2.3 En rättslig skapelseberättelse 38
1.1.3 Berättelsens huvudperson och funktionsnedsättning-en utvecklingsstörning 40
1.2 Syfte och frågeställningar 44
1.3 Kunskapssyn och metod 47
1.3.1 Betydelsen av förförståelse – om att höra det man kan höra 47
1.3.2 Val av vägar för studien och vägvalens betydelse för framställningen 51
1.3.3 Ett prövande och (själv)kritiskt förhållningssätt 55
1.4 Framställningens yttre och inre ramar 59
1.4.1 Material och avgränsningar som yttre ramar 59
1.4.2 Dispositionen som inre ram 62

2 Från idiot till medborgare – historiens slut eller bara en början? 64

2.1 Ingen nutid utan dåtid 65
2.1.1 Om rättslig (o)utveckling och förändring 65
2.1.2 Rätten som ett träd 67
2.2 Roten till den rättsliga historien om personer med utvecklingsstörning: karaktärisering som själsligen avvikande 68
2.2.1 Utpekande av en avvikande sinnesfunktion 68
2.2.1.1 Varierande beteckningar och karaktäriseringar över tid 68
2.2.1.2 Värderingar av karaktäriseringen – kategorisering som själsligt avvikande 74
2.2.2 Rubbad själsverksamhet som rättsligt diskvalificerande begrepp 78
2.3 Årsringar och förgreningar – personer med utvecklingsstörning som rättsliga objekt och rättslig kategori 82
2.3.1 Från en ytterlighet till en annan på 100 år 82
2.3.2 För ca 100 år sedan: sinnesslöa uppmärksammas som ett problem i behov av en lösning 85
2.3.2.1 Från kristen omsorg till medicinsk vård 85
2.3.2.2 Äktenskapsförbud införs och frågan om sterilisering väcks 87
2.3.3 För ca 75 år sedan: sterilisering och internering som problemlösningsstrategier 91
2.3.3.1 Steriliseringslagarna 91
2.3.3.2 De första undervisnings- och vårdlagarna 95
2.3.4 För ca 50 år sedan: normalisering och integrering de nya ledorden 100
2.3.4.1 Anstaltsskandaler och normaliseringsprincipens intåg 100
2.3.4.2 Den första omsorgslagen av år 1967 103
2.3.5 För ca 25 år sedan: fokus på friheten från och friheten till 105
2.3.5.1 Socialtjänstlagen 105

2.3.5.2 Den andra omsorgslagen av år 1985 106
2.3.5.3 Lag om stöd och service för vissa funktionshindrade 108
2.3.6 Nutid: individens rättigheter i centrum 109
2.4 Personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt – en utvecklingslinje 110
2.4.1 Från rättsinkapabel till fullvärdigt rättssubjekt? 110
2.4.2 Att finnas eller inte finnas i och för rätten – personstatus i rätten 113
2.4.2.1 Erkännande som rättssubjekt med rättskapacitet eller partsbehörighet 113
2.4.2.2 Olika former av rättssubjektivitet med olikartade innebörder 116
2.4.2.3 Rättssubjektivitetens relativitet i tid och rum 121
2.4.3 Erkännande som subjekt med förmåga att rättshandla – aktörsstatus i rätten 123
2.4.3.1 Förmåga att själv föra sin talan i rättsliga processer 123
2.4.3.2 Saklig förmåga att rättshandla 129
2.4.3.3 Personlig förmåga att rättshandla 130
2.4.4 Om utvecklingen av rättssubjektiviteten för personer med utvecklingsstörning 134
2.4.4.1 Förändringar i ställningen som rättssubjekt över tid 134
2.4.4.2 Civilrättsliga rättssubjekt: från hindrad och omyndig till fri och myndig 135
2.4.4.3 Människans tillblivelse som universellt rättssubjekt 138
2.4.4.4 Konstitutionella rättssubjekt: från sär- till likabehandling 141
2.4.4.5 Offentligrättsliga rättssubjekt: från paternalism till självbestämmande 142
2.5 Från människa till rättsligt objekt och subjekt, och tillbaka igen? 144

3 Möjlighet att leva som andra som mål 145

3.1 Möjlighet att leva lika eller lika olika som andra? 145
3.1.1 En målsättning med många betydelser 145
3.1.2 Om kapitlets struktur – lager på lager av lagar 147
3.2 Möjlighet att leva som andra – en fråga om rättvisa och likabehandling 149
3.2.1 Som andra medborgare – en ”ny” målsättning om (jäm)likhet och delaktighet 149
3.2.2 Leva som andra som legalt syfte och målsättning för faktisk verksamhet 155
3.2.2.1 Leva som andra enligt SoL 155
3.2.2.2 Leva som andra enligt LSS 158
3.2.2.3 Leva som andra – leva ett så ”normalt” liv som möjligt 161
3.2.3 Möjlighet att leva som andra – en målsättning eller alla människors rätt? 163
3.2.3.1 Om rättighetsbegreppets komplexitet 163
3.2.3.2 Olika slag av rättigheter inom den offentliga rätten 167
3.2.3.3 Leva som andra – ett utflöde av grundläggande rättigheter 173
3.3 Rätt till samma rättigheter – en rättighet i likabehandlingens namn 173
3.3.1 ”Samma rättigheter” förutsätter rättstillgänglighet och förmåga 173
3.3.2 Samma – lika – mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättningar 178
3.3.2.1 Mänskliga rättigheter och internationella konventioners ställning i svensk rätt 178
3.3.2.2 Människovärdesprincipen och frågan om vem som betraktas som en människa 180
3.3.2.3 Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning 182
3.3.3 Samma rättigheter, diskrimineringsskydd och ställning som rättssubjekt i EKMR 193
3.3.3.1 Om EKMR i svensk rätt 193

3.3.3.2 Diskrimineringsskydd 195
3.3.3.3 Ställning som subjekt genom rätten till privat- och familjeliv 195
3.4 Samma konstitutionella fri- och rättigheter som andra 197
3.4.1 Konstitutionellrättsliga målsättningar och rättigheter 197
3.4.2 Konstitutionellt och materiellt diskrimineringsförbud 199
3.4.3 Samma likhet inför lagen som andra 203
3.5 Mål kräver medel 204

4 Rätt till insatser och självbestämmande som medel 205

4.1 Möjlighet att leva som andra genom materiella och formella rättigheter 205
4.2 Materiella sociala rättigheter som kompensation för o(jäm)likhet 206
4.2.1 Generella och individuella sociala rättigheter 206
4.2.2 Likheter och skillnader mellan SoL och LSS 207
4.3 Rätten till bistånd enligt SoL 211
4.3.1 Villkoren för rätt till bistånd – behovs- och egenansvarsprinciperna 211
4.3.2 Skälig levnadsnivå – villkor eller kvalitetsnorm? 214
4.3.3 Är biståndsrätten tillgänglig? 219
4.4 Rätten till insatser enligt LSS 220
4.4.1 Villkoren för rätt till insatser 220
4.4.2 Goda levnadsvillkor – villkor eller kvalitetsnorm? 226
4.5 Formella individuella rättigheter – ett förverkligande av rätten till frihet 229
4.5.1 Att leva som andra – att leva ett oberoende och självständigt liv 229
4.5.2 Vad betyder oberoende och självständigt? 230
4.5.3 Negativ och positiv frihet inom ramen för möjlighet att leva som andra 232
4.5.4 Frihet och vilja i SoL och LSS 236

4.6 Rätt till självbestämmande och krav på samtycke 238
4.6.1 Självbestämmande och samtycke i socialtjänstlagstiftningarna 238
4.6.1.1 Frivillighetsprincipen i SoL 238
4.6.1.2 Frivillighetsprincipen i LSS 242
4.6.1.3 Autonomi och integritet 245
4.6.1.4 Giltiga samtycken i socialtjänstlagstiftningen 248
4.6.2 Samtyckeskrav i förmynderskapsrätten 251
4.6.2.1 Samtycke till anordnande av godmanskap enligt FB 11:4 251
4.6.2.2 Samtycke till ställföreträdarens rättshandlingar 255
4.7 Målet kräver inte bara medel för att kunna uppfyllas – ibland krävs även medel för att nå medlen 257

5 Legalt ställföreträdarskap som medel för att nå medlen 259

5.1 Möjlighet att leva som andra *genom* ställföreträdare? 259
5.2 Ställföreträdarskap som rättsligt institut 261
5.2.1 Ställföreträdarskapets konstituerande element 261
5.2.2 Legala ställföreträdare och fullmäktige – likheter och skillnader 262
5.2.3 Legalt ställföreträdarskap för vuxna och barn – likheter och skillnader 267
5.3 Från omyndigförklaring till godman- och förvaltarskap 269
5.3.1 Arvet från omyndigförklaringen 269
5.3.1.1 Ändrade lagar, oförändrad praktik? 269
5.3.1.2 Grunderna för omyndigförklaring före år 1975 270
5.3.1.3 Grunderna för omyndigförklaring mellan år 1975 och 1988 273
5.3.1.4 Omyndigförklaringens rättsverkningar för ”myndlingen” 275
5.3.1.5 Förmyndarens uppdrag och plikter 276
5.3.2 Principen om minsta ingripande åtgärd – en fråga om frihet 278

5.3.2.1 Problemet med omyndigförklaringens långtgående rättsverkningar 278
5.3.2.2 Minsta ingripande åtgärd som villkor för omyndigförklaring 281
5.3.2.3 Godmanskap – ett mindre ingripande alternativ till omyndigförklaring 285
5.3.2.4 Förvaltarskap – en flexibel och begränsad ersättning för omyndigförklaringen 289
5.4 Villkoren för anordnande av godmanskap eller förvaltarskap 293
5.4.1 Villkoren för anordnande relaterar till de legala ställföreträdarnas syften 293
5.4.2 Behovsprövning i flera led 295
5.4.3 Hjälpbehovets karaktär avgör om ett ställföreträdarskap kan behövas 299
5.5 God man *eller* förvaltare? 303
5.5.1 När behövs ett godmanskap och när behövs ett förvaltarskap? 303
5.5.2 Godmanskap får anordnas om det ”behövs” 303
5.5.3 Förvaltarskap får anordnas om det ”inte är tillräckligt” med godmanskap 308
5.5.3.1 När är det befogat att ingripa med ett förvaltarskap? 308
5.5.3.2 Förvaltarskapsprövningar i praxis 313
5.5.4 Individuell prövning av ställföreträdarskapets form och omfattning 318
5.5.4.1 Betydelsen av samtycke till ett godmanskap 318
5.5.4.2 Begränsat hjälpbehov ger begränsat ställföreträdarskap 321
5.6 God mans och förvaltares uppdrag 325
5.6.1 Olika roller inom ramen för uppdraget som god man eller förvaltare 325
5.6.2 Bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person 326
5.6.3 Bevaka, förvalta, sörja – ett uppdrag eller flera? 329
5.6.3.1 Sidoordnade och alternativa uppdragsdelar? 329

5.6.3.2 Är rättslig gränsdragning mellan uppdragsdelarna möjlig? 331
5.6.3.3 Är praktisk gränsdragning mellan uppdragsdelarna möjlig? 333
5.6.3.4 En omtolkning av uppdraget 336
5.6.4 Begränsning av den legala ställföreträdarens uppdrag 340
5.6.5 Om den intresse- och behovsbevakande rollen 342
5.6.6 Om rollen som ställföreträdare 346
5.6.6.1 Gemensamma frågor om behörigheten 346
5.6.6.2 God man som ställföreträdare 349
5.6.6.3 Förvaltare som ställföreträdare 352
5.6.6.4 Närmare om förvaltares behörighet i vissa personliga frågor 356
5.7 God man och förvaltare – ett medel för att nå medlen för att nå målet? 361

6 *Homo juridicus* och personer med utvecklingsstörning – normen och avvikelsen 364

6.1 Subjekt skapas i, för och genom rätten som makt 364
6.1.1 Om att ifrågasätta normen för mänskligt varande i rätten 364
6.1.2 Makten, rätten, sanningen och (rätts)subjektet 365
6.1.3 Makt, rätt och det ideala sättet att vara som människa i rätten 373
6.1.4 Normalisering som subjektsskapande makt på olika sätt – om kapitlets innehåll 378
6.2 *Homo juridicus* – det ideala rättssubjektet 380
6.2.1 Uttalade och underförstådda krav för personlig förmåga att rättshandla 380
6.2.2 Krav på ålder och mognad 382
6.2.2.1 Ålder som en fråga om omdömesförmåga 382
6.2.2.2 Ålder och personliga förmågor i förmynderskapsrätten 384

6.2.2.3 Ålder och personliga förmågor i SoL och LSS 389
6.2.2.4 Ålderskravets betydelse för förmåga att rättshandla 390
6.2.3 Krav på förmåga att kommunicera sin vilja 392
6.2.3.1 Förmåga att kommunicera – ett faktiskt krav 392
6.2.3.2 Personlig assistans som kompensation för bristande kommunikationsförmåga 394
6.2.4 Krav på vilja – det agerande rättssubjektets essens 399
6.2.5 Krav på viljeyttringens kvalitet – en fråga om förnuft 402
6.2.6 *Homo juridicus* som norm för mänskligt varande i rätten 406
6.2.6.1 En relativ och ”negativ” norm 406
6.2.6.2 Idealet bakom normen: det förnuftiga, suveräna och autonoma subjektet 409
6.2.7 Rättsliga strategier när ideal och verklighet inte möts 414
6.2.7.1 Kompensation som ”helande” funktion 414
6.2.7.2 Normalisering som subjektsskapande makt 417
6.3 Personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt och subjekt i rätten 419
6.3.1 Rättssubjektivitet, rättssubjektsroller och möjligheten att vara ett subjekt 419
6.3.2 Rollen som rättssubjekt inom socialtjänsten 423
6.3.2.1 Biståndssökande enligt SoL – en motsägelsefull diskurs för funktionshindrade 423
6.3.2.2 Insatssökande enligt LSS – en avvikelseposition 427
6.3.3 Subjektsställning i socialrättslig praxis – rätt till kontaktperson som exempel 429
6.3.3.1 Syftet med insatsen kontaktperson enligt LSS 429

6.3.3.2 Exempel från praxis – en fråga om maktens ”hur” 431
6.3.3.3 Den subjektsskapande makten verkar genom rätten 443
6.3.4 Rollen som rättssubjekt inom förmynderskapsrätten 448
6.3.5 Subjektsställning i förmynderskapsrättslig praxis – val av ställföreträdare som exempel 453
6.3.5.1 Val av legal ställföreträdare – vems fråga? 453
6.3.5.2 En rättrådig, erfaren och i övrigt lämplig person 454
6.3.5.3 Intressekonflikter i valet av ställföreträdare – en fråga om maktens ”hur” 458
6.4 Möjlighet att leva som andra men inte som annorlunda? 462

7 Fullbordan 463

7.1 Leva som andra genom ställföreträdare – en paradox 463
7.2 En rättslig paradox – en ”företeelse med motstridiga drag” 467
7.2.1 Genom en paradoxal ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten… 467
7.2.2 …blir ’leva som andra genom ställföreträdare’ en paradox 468
7.3 En faktisk paradox – ett ”skenbart orimligt men ändå sant påstående” 474
7.3.1 Den som är beroende kan inte vara fri 474
7.3.2 Subjekt skapas i skärningspunkten mellan tiden, rummet och makten 476
7.4 En faktisk paradox – en *para doxa* 481
7.4.1 *Homo juridicus* – en doxa som producerar och reproducerar idealmänniskan 481
7.4.2 Doxa mot doxa – människosyn mot människosyn 487
7.5 Historiens slut eller bara en början? 494

Summary 499

Chapter 1 In The Beginning 499

Chapter 2 From Idiot to Citizen – The End of History or Just a Beginning? 501

Chapter 3 The Possibility to Live Like Others Do – a Legal "End" 502

Chapter 4 The Right to Support and Service and The Right to Self-Determination as "Legal Means" 503

Chapter 5 Legal Representation as a Means of Gaining Access to Rights 504

Chapter 6 *Homo Juridicus* and People with Intellectual Disabilities – the Norm and the Deviation 505

Chapter 7 In The End 506

Källförteckning 508

Offentligt tryck 508

Rättsfall 510

Myndighetsbeslut 512

Myndighetspublikationer 512

Litteratur 513

Sakordsregister 525

Förkortningslista

AvtL	lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	föräldrabalken (1949:381)
FL	förvaltningslag (1986:223)
FPL	förvaltningsprocesslag (1971:291)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen (före år 2011 Regeringsrätten)
HSL	hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
KomL	kommunallag (1991:900)
LSS	lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
LPT	lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LVM	lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall
LVU	lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
RB	rättegångsbalken (1942:470)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
RF	Regeringsformen (1974:152)
SAOB	Svenska akademins ordbok
SoF	socialtjänstförordning (2001:937)
SOSFS	Socialstyrelsens författningssamling
SOU	statens offentliga utredningar
SoL	socialtjänstlag (2001:453)
ÄSoL	socialtjänstlag (1980:620)

1 Begynnelse

> ”Mitt mål har varit att åstadkomma en historia över de olika sätt på vilka människor görs till subjekt i vår kultur.”[1]

> ”*Vad tror du på?* – Detta: att alla ting måste få sin vikt fastställd på nytt.”[2]

1.1 Inledning

1.1.1 En berättelse om personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt

Det sägs att alla goda ting är tre. Inom det rättsliga paradigmet framstår frihet, rättvisa och likabehandling som den treenighet som symboliserar det yttersta *goda.* Som jurist är det nästintill otänkbart att ställa sig frågan om dessa värden alltid är eftersträvansvärda. Ändå är det vad som sker i denna avhandling. Är denna treenighet, materialiserad i form av rättigheter på olika nivåer inom rättssystemet, självklart god och eftersträvansvärd i alla sammanhang? Kan eller bör friheten, rättvisan och likabehandlingen alltid tillmätas samma vikt, för alla individer – även för personer som representerar ett annorlundavara i världen?[3] Även för personer med utvecklingsstörning?

[1] Foucault, Diskursernas kamp s. 8.

[2] Nietzsche, Den glada vetenskapen, Aforism 269 s. 142.

[3] För inspirationen till ordet ”annorlundavara” vill jag tacka Iris Johansson. Hennes självbiografiska bok ”En annorlunda barndom” om hennes uppväxt med autism, är en berättelse som från en annan värld där inga människor är onormala eller avvikande utan bara *annorlunda*.

Den svenska samtida rätten[4] kan sägas utgå från en likhetsideologi.[5] Olikheter mellan människor såsom kön, klass, kulturell tillhörighet eller funktionsnedsättning betraktas som rättsligt irrelevanta. Det finns förbud mot diskriminering på grund av exempelvis kön eller funktionsnedsättningar, och med få undantag är lagstiftningen (köns)neutralt formulerad.[6] En *likhetsprincip*, med utgångspunkt i människors frihet och lika

[4] Med ”rätten” menar jag inte enbart rättssystemets regler och principer och frågan om vad som är gällande rätt, utan hela den samhälleliga praktik som tolkar, tillämpar och på andra sätt hanterar och diskuterar rätten som diskursivt fenomen. I rätten ingår således all den praktik som befattar sig med denna och som är av juridisk eller rättsvetenskaplig art. Se och jämför Klami, Föreläsningar över juridikens metodlära s. 22. Se även Peczenik m.fl., Juridisk argumentation s. 9 ff, som beskriver rätten som både ett instrument för maktutövning (en tvångsordning) *och* ett normsystem. Särskilt påpekar Peczenik m.fl. att ”[r]ätten är inte enbart en maktordning och inte heller uteslutande ett normsystem. Rätten och samhället påverkar varandra ömsesidigt” (a.a. s. 9). Och rätten ”knyter samman makten, ekonomin, ideologier och anda bakgrundsfenomen” (a.a. s. 11). På likartat sätt resonerar Tuori, Rättens nivåer och dimensioner s. 17 f: ”Rätten har […] två ansikten. Rätten är inte bara ett normativt fenomen, en rättsordning, utan den består också av särskilda rättsliga praktiker som kontinuerligt producerar och reproducerar denna rättsordning. Rätten som rättsordning är beroende av rätten som rättsliga praktiker. Beroendeförhållandet mellan rättens två dimensioner är emellertid ömsesidigt […] de rättsliga praktikerna är i sin tur beroende av rätten som rättsordning.” Jfr även Foucault, Samhället måste försvaras s. 40: ”när jag säger rätten menar jag inte bara lagen, utan hela den mängd apparater, institutioner och regelverk som tillämpar rätten”.

[5] Trots, kan det tilläggas, exempelvis genusrättsvetenskapens ansträngningar att visa att antagandet om likhet kan ha problematiska konsekvenser. Se Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 182 ff. Likhetsideologin innebär bland annat att kön förklaras som rättsligt irrelevant. Problemet, som kan betraktas som en paradox, är att en stark tro på likhet kan medföra att faktiska olikheter döljs, med konsekvens att faktiska problem inte lyfts fram (s. 186 f). I sin avhandling problematiserar Svensson att det rättsliga likhetstänkandet, ”likhetens eller det identiskas logik”, förutsätter att rätten uppfattas som objektiv, neutral och opartisk, vilket innebär att *betydelsen av värden i rätten döljs*. I själva verket innebär likhetsideologin enligt Svensson en ”avskiljandets logik” som innebär att rätten är utformad efter en norm som betraktas som universell och allmängiltig. Rätten tar inte hänsyn till det avvikande. Det avvikande avskiljs och döljs genom att betecknas som irrelevant. Svensson, Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten s. 300 ff, särskilt s. 306 f. (Och det som inte syns, det finns ju inte. ”Syns inte, finns inte!”, som vildvittrorna i Astrid Lindgrens Ronja Rövardotter skulle sagt.)

[6] Angående diskriminering anges i RF 1:2 st 5 att: ”Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.” Materiellt råder förbud mot diskriminering enligt diskrimineringslag (2008:567). Undantag från den könsneutrala lagstiftningen är exempelvis lag (1982:316) om kvinnlig könsstympning och brottet kvinnofridskränkning, BrB 4:4a.

värde, formuleras i RF 1:2.[7] Den innebär att ”varje individ skall behandlas likadant som varje annan individ”.[8] Individers status eller personliga förtjänster eller egenskaper ska inte spela någon roll vid rättsliga ställningstaganden.[9] Domstolar och förvaltningsmyndigheter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen (RF 1:9).[10] Likhetsprincipen sägs vara etiskt motiverad och intimt sammanlänkad med rättvisa:

> ”[d]en konstitutionella principen om människors lika värde är exempel på en materiell rättviseprincip för värdefördelning, en princip om distributiv rättvisa.”[11]

Rättvisa sägs förutsätta frihet, som i sin tur sägs vara beroende av rättvisan. ”Frigörelse åstadkommer ett rättvist system och ett rättvist system är en förutsättning för frihet.”[12] Frihet, rättvisa och likabehandling är således inbördes beroende värden i rätten som står i direkt relation till likhetsideologin. Genom *rättigheter* av olika karaktär och på olika nivåer genomsyrar dessa värden åtminstone hela den offentligrättsliga sfären.[13]

När likhet framhålls, och olikhet därmed genom en ”avskiljandets logik” avfärdas som avvikande eller irrelevant, antas att olikheter mellan individer inte spelar någon rättslig roll.[14] Att individers olikheter inte har

[7] Vahlne Westerhäll, Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer s. 25.

[8] Vahlne Westerhäll a.a. s. 25.

[9] Vahlne Westerhäll a.a. s. 27. Likhetsprincipen måste enligt Vahlne Westerhäll få sitt materiella innehåll ”genom förhärskande humanitetsföreställningar”, annars kan allmänheten tappa förtroende för rättssystemets legitimitet. ”Kravet på likhet i enskilda fall måste ’anpassas’ till att det är det lika, som skall behandlas lika, annars kan likhetsprincipen leda till sin absoluta motsats.” Tyvärr utvecklas inte tanken vidare i sammanhanget. Det är oklart både vad som närmare avses med förhärskande humanitetsföreställningar och hur likhetsprincipen kan leda till sin motsats om det inte är det lika som behandlas lika.

[10] I RF 1:9 ges uttryck för en objektivitets- och likabehandlingsprincip. Se Bull, Objektivitetsprincipen s. 98 f. Peczenik m.fl., Juridisk argumentation s. 20 skriver att likhet inför lagen är en konsekvens av att alla myndigheter följer lagen.

[11] Vahlne Westerhäll a.a. s. 24.

[12] Nousiainen, Den universella kvinnan? s. 5.

[13] Med olika nivåer menar jag att rättigheter återfinns på både internationell, konstitutionell och materiellrättslig nivå. Med olika karaktär avses skillnaden mellan grundläggande fri- och rättigheter och utkrävbara välfärdsrättigheter. Med ”åtminstone den offentligrättsliga sfären” menar jag att frågor om mänskliga rättigheter i EKMR under senare tid åberopats även i civilrättsliga mål. Se exempelvis NJA 2007 s. 474, NJA 2008 s. 861 och NJA 2013 s. 1241.

[14] Svensson, Genus och rätt s. 302 ff. På s. 54, not 78 problematiserar Svensson avskiljandets logik genom att peka på hur antagandet om att rätten är könsneutral innebär

någon rättslig betydelse, kan i sin tur sammankopplas med en paradigmatisk förståelse av *rättssubjektet* som autonomt och kompetent.[15] Alla människor är rättssubjekt med rättskapacitet sägs det – utan nyansering.[16] Bilden kan dock kompliceras. Rättssubjektet är en rättslig konstruktion; en rekonstruering av människan i abstrakta termer.[17] Rättssubjektet är också i sociologiska termer en rättsligt – socialt – skapad *position* och *roll* i rätten och samhället.[18] Frågor som kan ställas avseende konstruktionen är om en människas status som rättssubjekt kan vara villkorad (den är ju inte naturgiven), vad som följer av ställningen som rättssubjekt och hur denna status påverkar individen. Frågor som kan ställas angående rollen, är om alla människor kan sägas vara *fullvärdiga rättssubjekt* – med status som både *personer* och *aktörer* i rätten?[19] Är det samma sak att uppfylla

---

antingen att kön tillmäts betydelse endast när kön uppenbart har betydelse, såsom när det gäller graviditet och barnafödande, *eller* att faktorer relaterade till kön bortförklaras som irrelevanta. Hon konkluderar att ”[k]önsneutraliteten och likhetsideologin blir ett hinder för att inomrättsligt kunna hävda att kvinnor och män skall ha lika rättigheter i ett samhälle som är organiserat kring en struktur där genusrelationen är central, en relation som är ojämn i olika hänseenden.”

[15] Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 203; Se även Svenssons replik i Gustafsson & Svensson, Finns det svarta svanar i Australien? s. 115: ”Den autonoma individen verkar vara paradigmatisk i samtida rättsvetenskap, även i andra teorier än de liberalt präglade.”

[16] Agell & Malmström, Civilrätt s. 58. Jfr prop. 2008/09:28 s. 42. Se kapitel 2, avsnitt 2.4.2 och 2.4.3 för fördjupning i rättssubjektiviteten i svensk rätt.

[17] Se Gustafsson, Dissens s. 127–161. På s. 138 skriver Gustafsson att rättssubjektet ”är den juridiska formen för de reella subjektens möjligheter att göra sina intressen gällande inom de av överbyggnaden överbestämda ramarna för rättssystemet”. Se angående rättssubjektet även Gustafsson, Persona non grata? Skisser till rättssubjektets upplösning, i Oikeuden Avantgarde (Festskrift till Juha Karhu) s. 27–55.

[18] Se och jfr Dahrendorf, Homo sociologicus. Om människan och rollerna s. 20 ff. Dahrendorf förklarar att om människan som en sociologisk varelse ska kunna analyseras vetenskapligt, måste hon rekonstrueras som en ”grundkategori, i vilken den enskilde och samhället framträder tillsammans” (a.a. s. 20). Denna grundkategori benämner Dahrendorf *homo sociologicus*. ”Vid skärningspunkten mellan den enskilde och samhället står homo sociologicus, människan som bärare av i förväg socialt utformade roller. Den enskilde *är* sina sociala roller, men dessa roller *är* å sin sida samhällets påträngande realitet” (a.a. s. 21 f).

[19] Jfr Mattsson, Barnet som subjekt och aktör s. 21 ff som skriver om barn som *subjekt* och barn som *aktörer*. Mattsson anför att ett barnperspektiv innebär att barnet ska respekteras som ett subjekt med egna behov och intressen, med därtill hörande rättigheter – att barnet är ett subjekt och en rättighetsbärare med fullt människovärde och rätt till integritet. Med aktör menar Mattson möjlighet till delaktighet i någon form. Både barnperspektivet och aktörsperspektivet utgår enligt Mattsson från individens och samhällsmedborgarens handlingsförmåga och lika värde. Skillnaden mellan perspektiven ligger i

villkoren för status som rättssubjekt (att vara människa), och att kunna agera i alla slag av rättssubjektsroller?[20] Vilka konsekvenser kan det få huruvida en individ erkänns eller underkänns i en viss rättssubjektsroll?[21]

För att kunna nysta i dessa frågor måste innebörden av och relationen mellan begreppen position och roll klargöras närmare:

> ”För varje *position*, som en människa kan ha, antingen det är en köns-, familje-, yrkes-, nationalitets- eller klassposition eller av ytterligare något slag [exempelvis en rättssubjektsposition, min anm.] känner ’samhället’ attribut och förhållningssätt, som innehavaren av sådana positioner ser sig ställd inför och som han måste ta ställning till. Tar han emot och bejakar de krav som ställs på honom, så uppger visserligen individen sin ursprungliga individualitet, men vinner det samhälles gillande i vilket han lever; uppreser han sig mot samhällets krav, så kan han bevara en abstrakt och hjälplös oavhängighet, men utsätter sig för samhällets vrede och smärtsamma sanktioner. Den punkt, på vilken dylik förening mellan den enskilde och samhället kommer till stånd, och med människan som samhällsvarelse också *homo sociologicus* föds, är detta ’uppträdande som…’ på livets scen, som Cicero söker innefatta i begreppet ’person’, Marx i begreppet ’karaktärsmask’ och Shakespeare […] i begreppet *’roll’*.”[22] (mina kurs.)

En position – en ställning – är med andra ord förenad med en rad förhållningssätt och attribut som är socialt bestämda. När människan bejakar de krav som ställs på en viss position gör hon så genom att träda in i en roll. I föreningen mellan människan och samhällets krav föds *homo sociologicus*. Med samma vokabulär kan sägas att *ställningen som rättssubjekt* är förenad med en rad förhållningssätt och attribut;[23] det finns föreställningar om

---

deras inriktningar. Barnperspektivet tar sikte på subjektet – vad jag kallar personen – och aktörsperspektivet på subjektets/personens handlingsförmåga och handlingsfrihet.

[20] Olika slag av roller som rättssubjekt utvecklas i kapitel 2, avsnitt 2.4.2.2. Angående rollbegreppets relevans i rättsvetenskap se och jämför Wilhelmsson, Social civilrätt s. 51 ff. Wilhelmsson behandlar enbart roller inom kontraktsrätten, och i en delvis olikartad version än i denna studie. Han inleder med en redogörelse för hur rollbegreppet använts i rättsvetenskapliga sammanhang, och anger bland annat att *en* definition som används är baserad på sociologins rollbegrepp, där social roll avser ”det komplex av förväntningar, som anknyter till en viss social position. Juridiskt sammanfattas i rollen de handlingsnormer som samhället uppställt för innehavararen av en sådan position.” Denna beskrivning ligger nära vad som här avses med rättssubjektsroller. Det är även en beskrivning av social roll som ligger nära den som Dahrendorf använder i Homo sociologicus s. 24 ff.

[21] Gustafsson, Dissens s. 148.

[22] Dahrendorf, Homo sociologicus. Om människan och rollerna s. 31 f.

[23] I sammanhanget av en diskussion om rättsvetenskapens tidlöshet skriver Touri bland annat att: ”De rättsliga begreppen har oundvikliga normativa implikationer: de uppställer vissa gränser för de normativa innebörder som är tänkbara. Som exempel kan vi ta

vad som kännetecknar positionen som rättssubjekt, hur människan som rättssubjekt ska ”vara”. När människan inträder i rättssubjektets roll(er) och förenar sig med rättens krav föds vad som hädanefter kallas *homo juridicus*.[24]

I positionen som rättssubjekt antas vi alla vara lika, men vilka egenskaper eller förmågor (attribut) som de lika rättssubjekten i gestalten av *homo juridicus* förutsätts ha talas det inte om. Med ett undantag:

> ”Egenskapslikhet betonas inte, utom på en viktig punkt, nämligen förmågan att tänka, intelligensen, förståndet, huvudet.”[25]

Om likhet intellektuellt är vad som förutsätts hos de lika och likvärdiga rättssubjekt som i enlighet med likhetsprincipen ska likabehandlas, blir frågan vilka konsekvenser som följer för individer som inte *är* lika i detta avseende. Hur hanterar rätten individer i rättssubjektsrollen som inte uppfattas ha förmåga att tänka, som inte bedöms besitta intelligens eller förstånd? Och var går gränsen för accepterad respektive icke accepterad olikhet, i betydelsen att olikheten ger rättsliga konsekvenser?

Om den rådande likhetsideologin följs borde svaren i samtliga fall bli likabehandling. Individers funktionsnedsättningar ska inte ha någon betydelse för ställningen som rättssubjekt, och därmed är det irrelevant att ställa frågan om var gränsen går mellan grader av olikhet. Men det svaret stämmer dåligt överens med den rättsliga verkligheten; när rättssubjektet – ”den viktiga och självklara huvudpersonen” för rätten[26] – utgörs av en individ med annorlunda förmågor och egenskaper än de som den ideala autonoma och kompetenta individen förväntas besitta. Lyfts exemplet barn som rättssubjekt fram, konstateras enkelt att intellektuell olikhet *spelar* roll.[27] Vilka rättsliga konsekvenser som intellektuella

---

begreppet allmän rättssubjektivitet, som implicerar idéerna om jämlikhet och mänskliga rättigheter.” Tuori, Kant och rättsvetenskapens tidlöshet s. 5.

[24] Supiot, Homo Juridicus, s. viii, förklarar att ”before we can dispose of ourselves freely and say 'I' we are already a subject of law, bound – *sub-jectum*: thrown under – by words which tie us to others.” Och vidare på s. ix: ”It is by transforming each of us into a *homo juridicus* that, in the West, the biological and symbolic dimensions that make up our being have been linked together.” Begreppet *homo juridicus* används även av Gustafsson, Dissens s. 140 (not 166) som den rättsliga motsvarigheten till *homo economicus*: ”intressesubjektet” för de ekonomiska maktstrukturerna i samhället.

[25] Svensson, Genus och rätt s. 303.

[26] Svensson a.a. s. 303.

[27] Omyndighetens rättsverkningar är en effekt av att barn inte betraktas som autonoma och kompetenta. Se närmare om detta i kapitel 6, avsnitt 6.2.2.

olikheter hos vuxna ger, är dock en fråga som det hittills skrivits sparsamt om i svensk rättsvetenskap.[28]

Huvudpersonen i föreliggande studie har en intellektuell funktionsnedsättning av särskilt slag: utvecklingsstörning. Som grupp betraktad har personer med utvecklingsstörning länge varit föremål för rättslig kategorisering och särbehandling. Ett sådant annorlundavara som uppvisas av personer med utvecklingsstörning betraktades länge som avvikande i negativ mening, vilket fick långtgående konsekvenser.[29] De senaste 50 åren har dock radikala förändringar ägt rum, vilka har beskrivits på följande sätt:

> ”Det är på många sätt en förfärande historia […]. Människor med utvecklingsstörning har i det förflutna blivit utnyttjade, utstötta och sedda som icke mänskliga. I dag är situationen en annan: personer med utvecklingsstörning är *fullvärdiga medborgare* med *lagstadgad rätt* till goda levnadsvillkor. Ingen annan grupp i vårt samhälle har fått uppleva en sådan *total förändring* i attityder och delaktighet.”[30] (mina kurs.)

Det är lätt att instämma i det omdöme som fälls om historien. Det *är* en på många sätt förfärande historia som utförligt skildras i den bok som citatet hämtats från.

Mindre självklar att instämma i, är dock känslan av slutpunkt som förmedlas. Från ett rättsligt perspektiv kan tre frågor behöva tänkas över,

[28] Se dock Odlöw, Ställföreträdare för vuxna. Kamrer eller handledare? s. 24–40. Odlöw problematiserar i avhandlingen begreppet rättshandlingsförmåga och med vilken terminologi vuxna som anses behöva hjälp i samband med rättshandlingar bör omtalas. Rättshandlingsförmåga har även problematiserats av Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 277–281; och av Klemme Nielsen, Laglöst land s. 37–77 i redogörelsen för brister inom hälso- och sjukvård och omsorger vad gäller formell beslutsrätt för personer som bedöms sakna beslutsförmåga.

[29] Se närmare om värdering, regleringar och konsekvenser för personer med utvecklingsstörning i det förflutna i avhandlingens kapitel 2, framförallt avsnitt 2.2 och 2.3.

[30] Grunewald, Från *idiot* till medborgare. Baksidestext. Boken skildrar personer med utvecklingsstörning i ett huvudsakligen svenskt historiskt perspektiv: hur de i olika tider har betraktats, förklarats, värderats och behandlats. Författaren till boken var åren 1961–1986 överinspektör och senare medicinalråd och chef för Socialstyrelsens avdelning Byrån för omsorger om utvecklingsstörda, vilken senare bytte namn till Byrån för handikappade. I dessa roller har Grunewald haft stor betydelse. Han var en av de ”eldsjälar” som genom att påvisa de miserabla förhållanden som rådde inom anstalterna bidrog till de omfattande förändringar som företogs inom omsorgerna för personer med utvecklingsstörning i Sverige under senare halvan av 1900-talet, se a.a. s. 14. För en motsvarande beskrivning av hur personer med utvecklingsstörning betraktades och behandlades under 1900-talet i USA, se Carlson, The Faces of Intellectual Disability. Philosophical Reflections s. 21–101.

vars svar kan nyansera känslan av *ett lyckligt slut*. Kan vuxna med utvecklingsstörning betraktas som fullvärdiga medborgare, i betydelsen att de kan betraktas som fullvärdiga rättssubjekt som erkänns som både personer och aktörer i rätten? Är en lagstadgad rätt till goda levnadsvillkor liktydig med att också kunna få goda levnadsvillkor? Har det skett en ”total” förändring i rätten vad gäller attityder och delaktighet för personer med utvecklingsstörning – tas dessa personer på allvar i rätten som självbestämmande subjekt?[31]

Frågorna riktar uppmärksamheten mot en särskild mötespunkt mellan rättsområden som bryter upp traditionell gränsdragning mellan olika rättsområden och rättsvetenskapliga ämnen.[32] När rättssubjektet är en person med utvecklingsstörning aktualiseras ofta två separata regelkomplex som behöver samverka: socialrätten och förmynderskapsrätten. Inom socialrätten, det område inom offentligrätten som reglerar samhällets hjälpinsatser på det socialpolitiska området,[33] återfinns den lagstadgade rätt till goda levnadsvillkor som omnämns ovan. Genom insatser enligt LSS ska personer som ingår i lagens målgrupp tillförsäkras goda levnadsvillkor.[34] Personer med utvecklingsstörning är en uttalad målgrupp i LSS (1 § 1), men de kan även vara berättigade till bistånd enligt

[31] Det kan noteras att ordet subjekt även kan förstås i den motsatta betydelsen till självbestämmande. Ordet betyder ursprungligen undersåte, att underkasta sig en makt – to *sub-ject*. Se Supiot, Homo juridicus s. viii, som markerar *sub-jectum*.

[32] Några ord kan här sägas om valet att lägga fram denna avhandling i ämnet offentlig rätt, trots att den i hög utsträckning även behandlar civilrätt. Den offentliga rätten är ett stort ämne som kan sägas förenas av att det handlar om relationen mellan det allmänna och de enskilda. Det allmännas ansvar för vad som betraktas som svaga grupper regleras offentligrättsligt, exempelvis i formen av särskild rättighetslagstiftning såsom SoL och LSS. Detta ansvar är dock begränsat till de skyldigheter som det allmänna är ålagt, vilket inom ramen för nämnda lagar innebär att den enskilde måste samtycka alternativt själv begära insats för att kommunernas ansvar ska aktualiseras. Min fråga är vad som händer när den enskilde inte förmår samtycka eller begära insatser men behöver det allmännas hjälp. Avhandlingen handlar således om *ställningen för personer med utvecklingsstörning som rättssubjektet och subjekt i offentligrätten*; ingången är det allmännas ansvar för personer med funktionsnedsättningar såsom det formulerats i SoL och LSS. För att kunna fördjupat diskutera detta ansvar måste dock även förmynderskapsrätten för vuxna (och i viss mån även processrätt) analyseras på djupet. Ett annat skäl till att jag betraktar avhandlingen som offentligrättslig, är dess fokus på *makt*. Den offentligrättsliga makten har historiskt sett varit högst kännbar för personer med utvecklingsstörning. Avhandlingen undersöker hur denna makt förändrats över tid, hur den regleras och utövas i samtida rätt, samt vilka subjektsskapande effekter den kan ha i nutid.

[33] Vahlne Westerhäll, Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer s. 8.

[34] LSS 7 § st 2.

SoL (4:1).[35] Målsättningen med både SoL och LSS är att genom stöd- och hjälpinsatser ge personer med funktionsnedsättningar *möjlighet att leva som andra*.[36] Insatserna är reglerade som individuella, utkrävbara rättigheter.[37] Centrala utgångspunkter för det allmännas verksamhet enligt både SoL och LSS är individens självbestämmande och integritet.[38] Socialnämnd kan inte ge bistånd till någon om det inte finns ett samtycke. Enligt LSS 8 § krävs att den enskilde själv begär insatser för att sådana ska kunna ges, men om den enskilde ”uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan” kan en *legal ställföreträdare* begära insatser för honom eller henne.

Regler om legalt ställföreträdarskap för barn och vuxna regleras civilrättsligt, närmare bestämt i FB inom ett underområde till familjerätten som benämns förmynderskapsrätt. Vuxna som på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller annat liknande förhållande behöver hjälp med – eller är ur stånd att – bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, kan erhålla hjälp och/eller skydd genom en god man eller förvaltare.[39] Personer med utvecklingsstörning har länge varit en särskilt utpekad målgrupp för förmynderskapsrätten.[40] Sedan omyndigförklaringen avskaffades år 1989 kan de dock inte längre kategoriskt underkännas som aktörer i rätten. Anordnande av godmanskap ger inga rättsverkningar vad gäller den hjälpbehövande personens förmåga att rättshandla. Inte heller anordnande av förvaltarskap innebär att den enskilde frånkänns sin förmåga att agera med rättslig verkan i alla frågor.[41]

Utvecklingsstörning är dock en funktionsnedsättning som kan innebära att individens *förmåga att rättshandla* anses brista.[42] Genom generella

[35] Se LSS 4 § som anger att LSS inte innebär någon inskränkning i rättigheter som den enskilde kan ha enligt någon annan lag.

[36] SoL 5:7 och LSS 5 §.

[37] SoL 4:1 och LSS 7 och 9 §§.

[38] SoL 1:1 st 3 och LSS 6 §.

[39] FB 11:4 och 11:7.

[40] Redan i förmynderskapslagen från år 1924 var ”sinnesslöa” en av de kategorier för vilka omyndigförklaring kunde vara aktuellt. Se närmare om detta i kapitel 2, avsnitt 2.2.1.

[41] Se FB 11:8 och 11:9. En bibehållen rätt att rösta i allmänna val var ett viktigt skäl till att omyndigförklaringen avskaffades.

[42] Det finns ingen särskild reglering om rättssubjektets rättsliga handlingsförmåga, eller *förmåga att rättshandla* som hädanefter kommer användas som uttryck för sådana krav som uppställs för att en individs rättshandlingar ska tillmätas rättslig verkan. Att sådan

krav i rätten på att individen måste ha förmåga att uttrycka en vilja för att förmåga att rättshandla ska föreligga, och genom krav på frivillighet eller egen begäran i SoL och LSS, sammanlänkas socialrätten och förmynderskapsrätten i formell mening när rättssubjektet är en person med utvecklingsstörning. På grund av funktionsnedsättningen saknar många personer med utvecklingsstörning även *faktisk förmåga* att känna till att de har rättigheter att utkräva och hur dessa ska utkrävas. Därmed kan sägas att de materiella möjligheterna för dessa att genom stöd från det allmänna kunna leva som andra, villkoras av att rättigheterna utverkas *genom* en ställföreträdare.

Det möte mellan socialrätten och förmynderskapsrätten som på beskrivet sätt uppstår när rättssubjektet är en person med utvecklingsstörning, är denna studies forskningsobjekt.[43] I fortsättningen används benämningen *'leva som andra genom ställföreträdare'* när forskningsobjektet som helhet omtalas.

Att ett annorlundavara som utvecklingsstörning de facto har rättsliga konsekvenser genom att 'leva som andra genom ställföreträdare' aktualiseras, utmanar det generella antagandet i rätten om att individers olikheter inte har någon rättslig betydelse. Även antagandet om rättssubjektet som autonomt och kompetent får därmed ifrågasättas. Om alla vore autonoma och kompetenta skulle ju inte reglerna om legalt ställföreträdarskap behövas. Och om alla rättssubjekt inte kan antas vara autonoma och kompetenta, kan även de rättsliga värden som eftersträvas för de ideala rättssubjekten problematiseras.[44] För att avsluta denna inledning där den började: om det inte kan antas att alla rättssubjekt är lika, kan det

---

förmåga krävs, anses följa av allmänna rättsprinciper. Se närmare om rättslig handlingsförmåga i kapitel 2, avsnitt 2.4.2 och 2.4.3. Däremot finns särskilda regler som talar om att sådan förmåga *inte* finns i vissa fall, såsom FB 9:1 som anger att barn under 18 år är omyndiga och normalt inte får råda över sin egendom eller ingå förbindelser.

[43] Med reservation för det tveksamma i att betrakta en rättsvetenskaplig forskningsuppgift som att det forskande subjektet närmar sig ett objekt, använder jag ändå uttrycket "forskningsobjekt" i brist på bättre uttryck. För utförligare förklaring av hur jag ser på forskningsuppgiften, se avsnitt 1.3.1.

[44] Jfr Gustafsson, Persona non grata? Skisser till rättssubjektets upplösning s. 27 ff, som föreslår att om frågan ska kunna ställas om *vilket subjekt och vilken subjektivitet som rättssubjektet underkastas*, är två operationer nödvändiga. För det för första att tillfälligtvis stänga av ("suspendera") den "individualistiska liberala ideologin som av, inför och under rätten definierat människan som ett formellt fritt och jämlikt rättssubjekt". Den andra är att sätta "varje invand föreställning om människans 'väsen' eller 'natur'" inom parentes. (Gustafsson använder uttrycket "fenomenologisk epokhé" istället för parentes, vilket är ett uttryck med filosofiska bottnar som inte avspeglas i min översättning till 'parentes'. Jag

heller inte antas med självklarhet att frihet, rättvisa och likabehandling är de värden som bör eftersträvas för alla.

1.1.2 Utgångspunkter: funktionshinder, normalitet och rätten som makt

1.1.2.1 Funktionshinder – något relativt

I en studie som handlar om en viss funktionsnedsättnings betydelse i rätten är begreppet *funktionshinder* fundamentalt, åtminstone om funktionshinder förstås som en social konstruktion på samma sätt som exempelvis genus.[45] Inledningsvis redogörs därför för vad som menas med funktionshinder, hur olika förklaringsmodeller anknyter till olika synsätt på vad funktionshinder innebär, hur det uppstår och vad som bör göras åt det. Dessa förklaringsmodeller är dock inte bara relevanta för att sätta funktionshinder-begreppet i en kontext. De är även relevanta som (delvisa) förklaringar till både dåtida och nutida rättslig reglering rörande personer med funktionsnedsättningar.

En första avgörande distinktion när det talas om funktionshinder är att ett sådant inte anses följa per automatik av en nedsatt fysisk eller psykisk förmåga.[46] Att människor har olika förmågor, egenskaper och olika förutsättningar att fungera i sin vardag, är en konkret verklighet. Såväl kroppen som intellektet kan ha nedsatta funktioner. Enligt rådande terminologiska rekommendationer för vård och omsorg omtalas sådana nedsättningar

---

anser ändå att det sistnämnda ordet är tillräckligt rättvisande för att huvudbudskapet ska kunna förmedlas till den som inte är filosofisk bevandrad.)

[45] Begreppet social konstruktion öppnar i det närmaste en avgrund av möjliga betydelser, meningar och åsyftningar, se Hacking, Social konstruktion av vad? Med stöd av Hacking a.a. s. 20 ff, menar jag följande när jag säger att funktionshinder är en social konstruktion: Funktionshinder är en social kategorisering, *inte något som följer av tingens ordning*. Funktionshinder är inte något oundvikligt, det är något som skapas av sociala händelser, krafter eller historiska förlopp som skulle kunna vara annorlunda. Jfr Lindqvist, Funktionshindrade i välfärdssamhället s. 43 ff, som skriver att sjukdomar och funktionshinder har ”en betydelsefull social dimension; de tillkommer inte oberoende av den sociala kontext vi lever i.” I ett mikroperspektiv (på individnivå), fortsätter Lindqvist, innebär funktionshinder som social konstruktion att det är beroende av ”hur vi ser på individens fysiologiska, psykologiska och sociala förhållanden. Våra föreställningar är knappast objektiva utan genomsyrade av värderingar, både lekmannamässiga och mer eller mindre vetenskapliga […].” (a.a. s. 44) Funktionshinder kan även i ett makroperspektiv (på strukturnivå) ses som en social konstruktion eftersom den baseras på bedömningar av normalitet och avvikelser, vad som betraktas som normalt i vår kultur i vår tid (a.a. s. 45 f).

[46] Berg & Grönvall, Crip Theory – en preliminär position s. 5.

hos människor som *funktionsnedsättningar*.[47] En funktionsnedsättning behöver inte innebära ett funktionshinder. Funktionshinder ska förstås som något som uppstår i en komplex samverkan mellan individ, samhälle och omgivning.[48] Vem som är eller inte är funktionshindrad är föränderligt över tid och med kultur. Exempelvis kan sägas att ”psykisk sjukdom och psykiskt funktionshinder är i genuin mening sociala konstruktioner i så måtto att omgivningens attityder och värderingar spelar en stor roll för hur vi uppfattar sådana problem.”[49] Och, bör tilläggas, attityder och värderingar spelar även stor roll för hur vi uppfattar de *personer* som har dessa tillstånd.

Föreställningar och antaganden – förväntningar på – hur människor med funktionsnedsättningar ska vara och leva, varierar beroende på olika synsätt och förklaringsmodeller avseende vad ett funktionshinder är och vem som är funktionshindrad.[50] Teorierna eller förklaringsmodellerna är utvecklade inom det tvärdisciplinära forskningsfält som ibland kallas handikappforskning, ibland forskning om funktionshinder eller funktionshinderforskning.[51] Internationellt är forskningsfältet väl utvecklat under beteckningen Disability Studies.[52] I huvudsak är det tre grundläggande förklaringsmodeller som används: den individuella/medicinska, den sociala samt den relationella eller miljörelativa modellen.[53]

Förenklat kan sägas att *den individuella/medicinska modellen* fokuserar på individens brister ur ett medicinskt perspektiv, och med (medicinsk) anpassning (habilitering) eller återanpassning (rehabilitering) till det

[47] Se Socialstyrelsens terminologibank på www.socialstyrelsen.se. Det kan noteras att andra begrepp som används istället för funktionsnedsättningar är *funktionsavvikelser* eller *funktionsolikhet*. Se exempelvis www.cedergruppen.se.

[48] Socialstyrelsens terminologibank på www.socialstyrelsen.se. Se även för närmare förklaring Sauer & Lindqvist, Funktionshinder, kultur och samhälle s. 13.

[49] Lindqvist, Funktionshindrade i välfärdssamhället s. 162.

[50] Dessa förklaringsmodeller och deras olika problemlösningsstrategier avspeglas i rättslig reglering. Se kapitel 6, avsnitt 6.3.

[51] Se exempelvis Uppsala universitets centrumbildning CFF, vilket står för Centrum för forskning om funktionshinder.

[52] Lindqvist a.a. s. 39.

[53] Sauer & Lindqvist, Funktionshinder, kultur och samhälle s. 16–19; se även Lindqvist a.a. s. 36–58. Dessa tre förklaringsmodeller kan dock kompletteras, exempelvis genom olika intersektionalitetsperspektiv (där det framhålls att individers situationer sällan kan förklaras bara från en sida av personen – en person med funktionshinder har samtidigt ett kön, en ålder, en sexualitet, och en kulturell kontext).

normala, funktionsdugliga, som mål.[54] *Den sociala modellen* fokuserar på samhällets roll i skapandet av funktionshinder. Enligt den sociala modellen är det inte individens skador eller nedsättningar som är (det största) problemet, utan samhällets organisation och utformning som innebär att somliga människor utestängs från delaktighet.[55] Därför är det olika hinder i samhället för allas delaktighet som ska identifieras och undanröjas, inte individer som ska anpassas.[56] *Den relationella* eller *miljörelativa modellen* ligger nära den sociala modellen. Skillnaden ligger i den förstnämnda modellens betoning av *relationen* mellan individ och samhälle, och mellan människa och miljö. I miljön inkluderas inte bara samhällsorganisationen, utan även relationerna till andra människor, varför bemötandefrågor är av stor vikt inom denna förklaringsmodell. Huruvida någon betraktas som funktionshindrad eller ej beror på såväl reella som upplevda hinder för deltagande i samhället. Upplevelserna handlar om hur vederbörande bemöts av andra; vilka attityder och föreställningar, men även vilket språk, som denne bemöts med.[57]

Huruvida en utvecklingsstörning *blir* ett funktionshinder i rättsliga sammanhang är alltså avhängigt vilka funktioner eller förmågor som krävs för att en individ ska betraktas som ett fullvärdigt rättssubjekt.

1.1.2.2 Normalitetskritik – ifrågasättande av funktionsfullkomlighetens företräde

Inom funktionshinderforskningen har olika kritiska riktningar bildats. Den kritiska riktning som ligger denna studie närmast, är en teoretisk position som i engelskspråkiga sammanhang benämns *Crip Theory*, på svenska *cripteori*.[58] Cripteori bygger vidare på den normkritiska tradition som etablerats inom en rad områden, såsom feministstudier, queerteori, critical race-teori osv.[59] Den är en utlöpare av queerteori, och delar ett

[54] Lindqvist, Funktionshindrade i välfärdssamhället s. 41 f.

[55] Lindqvist a.a. s. 52.

[56] Lindqvist a.a. s. 53.

[57] Lindqvist a.a. s. 39.

[58] Se McRuer, Crip Theory. Cultural Signs of Queerness and Disability; Berg & Grönvall, Crip Theory – en preliminär positionering; Tidskriften Lambda Nordicas temanummer Cripteori nr 1–2 2012.

[59] Hit får väl även den internationella rättsvetenskapliga forskningsgren som går under beteckningen Critical Legal Studies räknas. Se Minda, Postmodern Legal Movements s. 106–127 för en beskrivning av forskningsinriktningen.

antal av denna teoribildnings grundidéer och tankegods.[60]

Den gemensamma utgångspunkten för både crip- och queerteori är *språket som makt*, och antagandet om att nedvärderande benämningar av det avvikande och onormala i frigörande syfte kan bejakas och ”återerövras” av den utpekade gruppen.[61] En annan grundläggande del av såväl queer- som cripteori är ett *ifrågasättande av den förgivet-tagna och underförstådda normaliteten*, och av det språkbruk som korresponderar med och underbygger *normalitetens företräde* genom att framhålla denna som självklar och naturlig.[62] Cripteori ifrågasätter normaliteten genom att vända blicken bort från funktionsnedsättning/funktionshinder. Istället vänds blicken

> ”mot hur funktionsfullkomligheten skapas och avtäcker den dess naturlighet. Utgångspunkten är således en analys av binären abled/disabled med antagand[ena] att denna är 1) icke naturlig och 2) den innefattar en hierarki.”[63]

Genom den förståelseram som cripteori erbjuder, har det blivit möjligt att formulera frågan om hur personer med utvecklingsstörning genom rätten som språkhandling skapas som subjekt. Den avvikelse (olikhet) som representeras av personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt, ställs mot den förgivet-tagna och förhärskande normalitet som det förväntat funktionsfullkomliga rättssubjektet representerar.

Det som eftersöks i denna studie är den *norm för mänskligt varande* – sättet att vara som människa – som kommer till uttryck i rätten i *homo juridicus* gestalt. Antagandet är att denna norm inte är naturgiven och

[60] McRuer, Crip Theory s. 9 f. Stora namn inom både queer- och cripteori är Judith Butler och Michel Foucault.

[61] Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 126; Berg & Grönvall, Crip Theory – en preliminär positionering s. 3 f. Queer betyder ungefär ”konstig” och har varit ett nedvärderande uttryck för homosexuella, som dessa personer ”återerövrat” i ett medvetet ställningstagande till olikhet i jämförelse med den heterosexuella normalitetens alla uttryck. ”Crip” är en förkortning av crippled, dvs ungefär krympling på svenska. Liksom benämningen queer använts av homosexuella personer, använder vissa personer med funktionsnedsättningar benämningen crip i ett medvetet ”funktionshinderskap”, som ett sätt att bejaka sin olikhet jämfört med funktionsfullkomlighetsnormaliteten. Jämför uttrycken ”to come out as queer” och ”to come out as crip” som sätt att sluta försöka vara lika (som normen) och istället bejaka och vara stolt över olikheten.

[62] Som McRuer påpekar, verkar en normalitetsdiskurs på olika plan, vilken förnekar olikheterna mellan ”able-bodiedness” (funktionsduglighet) och ”disability” (funktionsnedsättning): ”[a]blebodiedness […] still largely masquerades as a nonidentity, as the natural order of things.” McRuer a.a. s. 1.

[63] Berg & Grönvall a.a. s. 5.

självklar. Den är en konstruktion som genom rätten som diskursiv makt får betydelse för de som avviker från den. Genom att den framhålls som självklar, upprätthåller den en *hierarki* som ger de funktionsfullkomliga företräde. För att räknas, behöver människor anpassa sig till – leva upp till – de förväntningar som normen för mänskligt varande i rätten uppställer. Att söka närma sig och granska det slag av rättssubjekt och subjekt som *genom denna norm skapas* genom rätten, är en av denna studies viktigaste beståndsdelar.[64]

Rätten kan dock inte sägas skapa subjekten direkt. Ett annat grundläggande antagande som studien vilar på, handlar om hur relationen mellan rättssubjektivitet och subjektivitet kan förstås. Rättssubjektet och subjektet står i en komplicerad inbördes relation till varandra.[65] Relationen kan förklaras på följande sätt:

> ”Bound to seek recognition of its own existence in categories, terms, and names that are not of its own making, the subject seeks the sign of its own existence outside itself, in a discourse that is at once dominant and indifferent. Social categories signify subordination and existence at once. In other words, within subjection the price of existence is subordination. […] Subjection exploits the desire for existence, where *existence is always conferred from elsewhere*; it marks a primary vulnerability to the Other in order to be.”[66] (min kurs.)

Med andra ord: Subjekt skapar sig själva, men är för att alls kunna existera som subjekt *beroende av en relation till en omgivning*.[67] Den omgivande världen, ”the Other”, erbjuder det nödvändiga motstånd mot vilket subjektet kan definiera sig som ett jag. I denna omgivande värld – i diskurserna, strukturerna, praktikerna och i relationerna med andra människor – dras gränser för subjektets formande genom *normer*, vilka

[64] Se och jämför Foucault, Samhället måste försvaras s. 38, 43 och 50.

[65] ”Rättssubjektet är en fotboja runt subjektet” skriver Gustafsson, och fortsätter ”det är särskilt genusteori som medvetandegjort den paradox som uppstår i jämställdhetsbefrämjande lagstiftning. Det är å ena sidan önskvärt att lagstiftningen är könsneutral; men priset är kvinnors osynliggörande i rätten.” Lyfts kvinnors utsatta position i samhället fram så sker det genom könsspecifik lagstiftning, med konsekvens att kvinnor blir undantaget från ”det annars manligt ’normala’ och ’neutrala’ regelverket i övrigt”. Jämställdhetssträvandena får därmed motsatt effekt – istället för att utjämna ojämlikheten förstärker de positionen för kvinnor som undantag och avvikande. Gustafsson, Dissens s. 150, not 178.

[66] Butler, The Psychic Life of Power. Theories in Subjection s. 20 f.

[67] Jfr Supiot, Homo Juridicus s. viii f.

tvingar subjektet att formas på ett visst sätt.[68] Normernas makt att forma subjekten verkar på flera plan. Dels genom en yttre underkastelseprocess i form av disciplinering. Dels genom en inre underkastelseprocess som kan kallas självdisciplinering; normerna internaliseras av individen och formar subjektets medvetande och samvete.[69] Den avgörande kraften i det inre formandet av subjektet är dock inte yttre påbud eller regler, utan individens *önskan att höra samman*, att ha ett sammanhang och en tillhörighet.[70] Att vara lika.

1.1.2.3 En rättslig skapelseberättelse

I denna studies fråga om hur subjekt skapas genom rätten ligger, som redan antytts, ett ställningstagande till att *rätt är makt*.[71] Därmed menas dock inte det traditionella betraktelsesättet där makt ses som något som kommer uppifrån,[72] utan:

> ”Makten är det nätverk av regelbundenheter som är verksamt och som gestaltar diskursens regler för hur bilden av något kan skapas. Traditionellt ser man visserligen makten såsom kommande uppifrån, och man personifierar den gärna genom politikens och marknadens ledare. Men man kan också se makt som en mer anonym strukturprincip. Idén att makt inte är något man innehar, utan något som är verksamt – det som skapar vår värld och våra liv – är en central tanke hos de postmoderna diskursteoretikerna.”[73]

[68] Foucault beskriver normer som ”allmänna lagar”, och relationen mellan juridik och disciplinerande normer på följande sätt: ”disciplinerna har sin egen diskurs. De är sig själva och skapar […] vetandeapparater, vetanden och mångfaldiga kunskapsfält. De är utomordentligt uppfinningsrika inom ramen för de apparater som skapar vetande och kunskaper; de äger en diskurs som aldrig kan vara rättens eller juridikens diskurs. Disciplinens diskurs är främmande för lagens diskurs; den är främmande för en diskurs där regeln är en effekt av den suveräna viljan. Disciplinerna kommer alltså att föra en annan typ av diskurs om regeln: inte den om den juridiska regel som härletts ur suveräniteten, utan den om den allmänna regeln, det vill säga normen. De definierar en lagsamling som inte hör samman med den juridiska lagen utan med *normaliseringen*, och de hänför sig med nödvändighet till humanvetenskaperna snarare än rättssystemets teoretiska horisont. *Rättspraxisen hos dessa discipliner blir därför det kritiska vetandet*.” (mina kurs.) Foucault, Samhället måste försvaras s. 50.

[69] Se Butler, The Psychic Life of Power s. 22 ff.

[70] Butler a.a. s. 20.

[71] Detta ställningstagande underbyggs närmare i kapitel 6, avsnitt 6.1.

[72] Se närmare om detta traditionella sätt att förklara relationen mellan rätt och makt kapitel 6, avsnitt 6.1.1.

[73] Andersson, Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten s. 352.

Omskriven med annan terminologi kan frågan om hur rättssubjekt och subjekt skapas genom rätten sägas avse *maktens ”hur”*. Eller med Foucaults ord: ”vilka rättsregler sätter maktens relationer i verket för att producera diskurser om sanning?”[74]

Sådana slag av subjektsskapande normer som kommer till uttryck i diskurserna[75] om vad som gäller för den som vill tas på allvar som subjekt i rätten, eller om hur en individ måste vara för att rätt till stöd inom socialrätten eller förmynderskapsrätten ska kunna aktualiseras, skulle inte kunna uppfattas utan insikten om att *avvikelser inte finns utan en normalitet* – en jämförelsenorm.[76] Genom denna insikt och de budskap som därigenom har kunnat uppfattas i rättskällorna, har öppnats upp för en kritisk granskning av den rättsliga världsbildens förgivet-taganden och tankemönster rörande rättssubjektet.[77]

På metanivå kan avhandlingen beskrivas som *en rättslig skapelseberättelse*; en berättelse om rätten som subjektsskapande makt. Den handlar om hur personer med utvecklingsstörning skapas som rättssubjekt och kategori i rätten. Den handlar också om hur normen för mänskligt varande i rätten begränsar dessa personers möjligheter att vara fullvärdiga rättssubjekt och att tas på allvar som subjekt i rätten. Och därmed handlar berättelsen, faktiskt, om oss alla. Normen för mänskligt varande i rätten gäller för alla som träder in i rollen som rättssubjekt och kräver att vi, om vi vill tas på allvar som självbestämmande subjekt i rätten, anpassar oss till dess förväntningar.

[74] Foucault, Samhället måste försvaras s. 38.

[75] Med diskurs menar jag etablerade (dvs maktens) sätt att tala om något vid en viss tid. En diskurs framstår som självklar, sanningsenlig och oantastlig, och det ligger så att säga i diskursens natur att sådant som inte passar in, undantrycks. En diskurs är således inte samma sak som en diskussion eller bara allmänt olika sätt att tala om något, vilka som helst. En diskurs är *det förhärskande sättet* att tala om något. Exempelvis om rättssubjektet.

[76] Se för utveckling av detta påstående kapitel 6, avsnitt 6.1.2.

[77] Rättssubjektet ”intar en viktig kunskapsteoretisk position inom det rättsliga kretsloppet, genom att som en effekt förena makt, kunskap och rätt: dvs genom att upprätta en viss sanningsregim med ett föregivet allmänt språkbruk.” Gustafsson, Persona non grata s. 48. Med andra ord: språkhandlingar inom rätten har betydelse. Det spelar roll hur vi talar om saker och ting, till exempel om personer med utvecklingsstörning. Ord är inte bara ord. Orden är vår tolkning av verkligheten och *är* därmed verkligheten. Vi skapar verkligheten genom hur vi talar om den.

1.1.3 Berättelsens huvudperson och funktionsnedsättningen utvecklingsstörning

Innan berättelsen inleds ska dess huvudpersons särskilda karaktärsdrag, funktionsnedsättningen utvecklingsstörning, presenteras närmare. En förståelse för innebörden av denna funktionsnedsättning är nödvändig när dess betydelse för en vuxen individs ställning i rätten ska undersökas.[78]

Inledningsvis kan konstateras att det är en liten grupp människor som har denna funktionsnedsättning. Uppskattningsvis omfattar den i Sverige inte fler än ca 38 000 personer – och då är även barn med utvecklingsstörning inräknade.[79] Som jurist kan det kännas självklart att söka ringa in en rättsligt relevant kategorisering genom en legal definition, såsom jämförelsevis ”[m]ed barn menas varje person under 18 år”.[80] Någon sådan legal definition finns dock inte när det gäller utvecklingsstörning, även om begreppet förekommer som kategori i lagtexter.[81] Vad som menas med en utvecklingsstörning får därför utrönas på annat sätt.[82]

Ett i min mening lämpligt sätt att förklara funktionsnedsättningens innebörd, är att använda den beskrivning som den nationella intresseorganisationen för personer med utvecklingsstörning tillhandahåller.[83] På riksförbundet FUB:s hemsida beskrivs utvecklingsstörning som

[78] Barns ställning som rättssubjekt berörs dock ibland, när så är av relevans för att kunna göra jämförelser av betydelse för vuxna med utvecklingsstörning. Framöver kommer endast när så är påkallat i sammanhanget markeras att det är vuxna med utvecklingsstörning som avses. Annars används uttrycket personer med utvecklingsstörning.

[79] Uppgift om gruppens storlek är hämtad 2014-10-20 från hemsidan för Riksförbundet för utvecklingsstörda barn, ungdomar och vuxna (FUB) www.fub.se.

[80] Se SoL 1:2, eller barnkonventionens artikel 1 som lyder: ”I denna konvention avses med barn varje människa under 18 år, om inte barnet blir myndig enligt den lag som gäller för barnet.”

[81] Se LSS 1 § och LPT 3 §.

[82] Tideman lyfter fram fyra olika sätt att definiera utvecklingsstörning: psykologiskt, socialt, administrativt och medicinskt. Dessa fyra sätt att definiera funktionsnedsättningen har olika utgångspunkter och syften. Tideman, Normalisering och kategorisering. Om handikappideologi och välfärdspolitik i teori och praktik för personer med utvecklingsstörning s. 42 f. Se även Kylén, Helhetssyn på människan. Begåvning och begåvningshandikapp s. 68 ff.

[83] Andra sätt att förklara utvecklingsstörning finns dock, exempelvis i medicinska termer, eller enligt ICF/ICF-Y, ett klassifikationsschema med koder för funktionstillstånd (se Socialstyrelsens hemsida, www.socialstyrelsen.se). Jag menar dock, att för denna studies syften finns det ingen poäng med att ge sig in vare sig i medicinska förklaringar eller ett sådant klassifikationsschema. Dessa förklaringar har ingen rättslig relevans.

> ”en funktionsnedsättning i hjärnan. Den som har en utvecklingsstörning har svårare att förstå och behöver mer tid för att lära sig och minnas. En del saker lär man sig aldrig. På andra sätt är man som alla andra. Barn och vuxna med utvecklingsstörning gläds, gråter, älskar och blir arga, precis som alla andra. Det finns olika grader av utvecklingsstörning.”[84]

Vissa slutsatser om vad som kännetecknar en utvecklingsstörning kan även dras av beteckningen som sådan. Den mentala eller intellektuella *utveckling* som alla människor förväntas genomgå från barn till vuxen, har av någon anledning ”*störts*” och resulterat i nedsatta förmågor av ett särskilt slag.[85] Utvecklingsstörning är ”en samlingsbeteckning för nedsatta intellektuella funktioner som uppstår under utvecklingsperioden, dvs före 16 år ålder”.[86]

Variationerna vad gäller hur funktionsnedsättningen tar sig uttryck är mycket stora, och kan beskrivas som både kvalitativt och kvantitativt olika. Även orsakerna till funktionsnedsättningen varierar kraftigt. Den kan bero på genetiska, medicinska eller rent tillfälliga förklaringar, såsom skada under graviditet eller förlossning, skada orsakad av yttre våld eller av sjukdom under barnaåren (före 16 års ålder), eller näringsbrist. Utvecklingsstörningen kan i vissa fall vara fysiskt synligt och direkt identifierbar. I andra fall kan den vara osynlig för ögat och kräva kännedom om personen ifråga. Ofta omtalas utvecklingsstörning i termer av *svårighetsgrad* såsom ”lindrig”, ”måttlig” eller ”svår”.[87] Skillnaderna har traditionellt beskrivits med hänvisning till vissa intervall på en intelligensskala, det så kallade IQ-testet.[88] Viktigt att påpeka är att någon tydlig gräns

[84] Se www.fub.se/utvecklingsstorning. Citatet är hämtat 2014-10-20.

[85] Historiskt har det inte varit ovanligt att vuxna personer med utvecklingsstörning har beskrivits som och i olika avseenden jämställts med barn. Det har talats om dessa personer som *vuxna barn*. Se Carlson, The Faces of Intellectual Disability. s. 30 f. Se även Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 29, som skriver om hur personer med utvecklingsstörning under antiken omtalades som ”välsignade barn till den gode guden”.

[86] Tideman, Normalisering och kategorisering s. 43.

[87] Ett annat enligt Tideman vanligt sätt att dela in svårighetsgraden är genom tre stadier: A, B och C. ”A-stadiet (djup utvecklingsstörning) innebär att man förstår och agerar bara i det upplevda närrummet, här och nu. B-stadiet (svår och måttlig utvecklingsstörning) innebär att man förstår sin närmiljö som en helhet men saknar överblick över det frånvarande. På C-stadiet (lätt eller lindring utvecklingsstörning) har man även en allmän uppfattning av tillvaron och förstår att det finns platser bortom det upplevda och att det finns en framtid och en dåtid.” Tideman a.a. s. 43. Se angående stadierna även Kylén, Helhetssyn på människan. Begåvning och begåvningshandikapp s. 68 ff.

[88] Se Grunewald, Från *idiot* till medborgare, exempelvis s. 87 ff och s. 113. Se även Tideman, Normalisering och kategorisering s. 43.

mellan svag begåvning och utvecklingsstörning *inte finns*. Den gräns för utvecklingsstörning som enligt den psykologiska definitionen dras vid en intelligenskvot under 70, är godtycklig.[89]

Oavsett orsaken och svårighetsgraden är det gemensamma för funktionsnedsättningen att utvecklingen av medvetandet eller intellektet inte följt en ”normal” utvecklingstakt. Personer som har en utvecklingsstörning har av denna anledning svårigheter att lära sig och minnas kunskaper – och därmed att *förstå omvärlden och sig själva*. Skillnaderna, och därmed svårigheterna jämfört med en ”normalutveckling”, är dock olika stora hos olika individer. Därför är det svårt att beskriva utvecklingsstörning i generella termer. Den bör beskrivas i relativa termer för varje enskild individ.

De *funktionshinder* som kan bli konsekvensen av en utvecklingsstörning har beskrivits som tre typer av svårigheter som personer med utvecklingsstörning ställs inför vid möte med omvärlden: ”1. En svårighet att rätt förstå andra som beror av den kognitiva skadan, av inlärningsnedsättningen. 2. En svårighet att rätt förstå omvärlden som beror av den kunskapsbegränsning som inlärningsnedsättningen leder till. 3. En svårighet att rätt förstå sig själv som beror av graden av handikappmedvetande, vilket leder till en delaktighetsinskränkning.”[90]

Genom att utvecklingsstörningens konsekvenser beskrivs relativt på angivet sätt, *i relation till omgivningen*, framgår att de funktionshindrande effekterna i hög grad är kontextuellt betingade. Funktionshindrets svårighetsgrad är beroende av omgivningens krav på en viss förståelsenivå, vissa kunskaper eller vissa kompetenser. Hindren eller svårigheterna som följer av en utvecklingsstörning kan minskas genom anpassade krav, anpassad miljö, anpassad utbildning och ett anpassat bemötande.[91] Frågan är dock hur stort intresset är av att tillmötesgå och ta hänsyn till dessa personers behov av anpassningar i olika sammanhang. Exempelvis i rättsliga sammanhang.

Sett i backspegeln har personer med utvecklingsstörning kanske tydligare och mer bokstavligen kännbart än de flesta andra kategorier av

[89] Tideman, Normalisering och kategorisering s. 43. Tideman lyfter fram hur gränsen i USA ändrats i ”den senaste diagnostiska manualen” till en intelligenskvot under 75, och påpekar att en högre gräns med automatik leder till att andelen personer med utvecklingsstörning i en befolkning genast blir större.

[90] Nirje, Normaliseringsprincipen s. 94 ff. Värt att notera i citatet är uttryckssättet ”svårighet att *rätt* förstå”. Apropå disciplinerande normalisering…

[91] Nirje a.a. s. 94 ff.

människor inte räknats som subjekt. Istället får de sägas ha haft status som objekt; för sanktionerade övergrepp i form av exempelvis tvångssterilisering, för påtvingade vård- och omsorgsinsatser och för vetenskapligt experimenterande.[92] Mot denna bakgrund är det inte svårt att motivera en undersökning som tar dessa personers ställning som subjekt i rätten på allvar. Att hävda sig själv, att ta plats som subjekt i olika sammanhang, kan vara svårt för oss alla. Det kan dock förmodas vara ännu svårare när man har en utvecklingsstörning,[93] eftersom funktionsnedsättningen i många fall innebär ett beroende av hjälp och stöd från andra för att alls kunna uttrycka och hävda sig själv och sina egna intressen. En viktig fråga att utreda i relation till just denna grupp är därför om det finns någon strategi i rätten för att anpassa förutsättningarna så att personer med utvecklingsstörning ska kunna nyttja sin ställning som exempelvis rättighetsbärare.

Just här kan måhända en invändning eller fråga uppstå. Det skulle (kanske) kunna hävdas att ett sådant annorlundavara som utvecklingsstörning, som på olika sätt motiverat särreglering och rättslig särbehandling i historien, trots allt kvarstår. Själva funktionsnedsättningen som sådan, de oförmågor som en utvecklingsstörning innebär, ändras väl inte genom att dessa personers subjektsställning i rätten poängteras? Och därmed ändras väl inte heller det funktionshinder i rollen som rättssubjekt som en utvecklingsstörning innebär? Motfrågan är given: eller gör det det? Hur stor del av den olikhet som leder till att personer med utvecklingsstörning särbehandlas i rollen som rättssubjekt, är något som i själva verket beror på en *föreställning* och därmed *förväntan* om vilka förmågor eller oförmågor som följer av diagnosen? En föreställning, får tilläggas, som inte baseras på utsagor från personer med utvecklingsstörning om deras egen uppfattning och beskrivning, utan som utgår från normens perspektiv.

Kunskaperna om vad personer med utvecklingsstörning själva tänker, upplever och anser är begränsade. Delvis beror detta på stora variationer inom gruppen vad gäller deras möjligheter att kommunicera, men därtill kommer att dessa personer inte förrän ganska nyligen alls tillfrågades om

[92] Se Boréus, Diskriminering med ord s. 42 ff och s. 126 ff, som anför att objektifiering av människor är problematiskt på många sätt. Ett objektifierande synsätt på människor innebär att de omtalas och betraktas på samma sätt som saker. Saker kan *plockas isär* (experimenteras på och med) och *användas* som verktyg, exempelvis som slavar.

[93] Nirje, Normaliseringsprincipen s. 127 ff.

något. Skälet var inte att de inte kunde svara eller förstå frågorna, utan att forskare och andra kunskapsföreträdare inte ansåg att det fanns någon anledning att tala med dem.[94] Inte heller i denna avhandling efterfrågas dessa personers egna beskrivningar eller uppfattningar.[95] Däremot görs ett ärligt försök att problematisera dessa personers ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten – och därigenom deras möjligheter att *vara* subjekt. Som andra.

1.2 Syfte och frågeställningar

Studiens syfte är att *undersöka betydelsen av utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och som subjekt i rätten*. Syftet är även att *reflektera över rätten som subjektsskapande makt*. Tvärtemot den likhetsideologi som förespråkar likhet som utgångspunkt i rätten, är således utgångspunkten för denna studie olikhet i formen av utvecklingsstörning. Med 'ställning som rättssubjekt' menas om personer med utvecklingsstörning erkänns som *fullvärdiga rättssubjekt*, det vill säga som både personer och aktörer i rätten. Med 'ställning som subjekt' menas om individen tas på allvar som en *självbestämmande* person vars vilja, önskemål och egenheter ska respekteras.

[94] Se exempelvis Boréus, Diskriminering med ord s. 120 f, som citerar Alfred Petrén, chefspsykiatriker i Stockholm och Uppsala, professor i psykiatri, chefsinspektör för vården av de sinnesslöa åren 1909–1924 samt socialdemokratisk ledamot i riksdagens första kammare åren 1912–1935. Petrén förefaller ha varit en synnerligen aktiv deltagare i både debatten om och i själva praktikerna rörande sinnesslöa, och därtill synnerligen auktoritär såsom företrädare för såväl praktikerna som vetenskapen *och* politiken. Vad gäller att inte tala med eller vara intresserad av vad de sinnesslöa själva ansåg om det som rörde dem, kan följande citat av Petrén återges, där han i motion i Första Kammaren, nr 188 1933 s. 7, påtalar varför det vore rent motbjudande om ett medgivande skulle krävas för att sterilisering av sinnesslöa kvinnor skulle kunna få företas: "Först och främst är det i hög grad osmakligt, att med sinnesslöa diskutera syftet med en sterilisering, ty det är ju här fråga om individer för vilka äktenskapsförbud gäller, varmed givetvis åsyftas att de icke böra hava några sexuella förbindelser. Bli de emellertid upplysta om, att sådana efter företagen sterilisering icke kunna få några följder och stå de så pass högt i intellektuellt hänseende, att de förstå detta, så kan en sådan upplysning lätteligen få till följd, att de sinnesslöa kvinnorna än mer låta driftelivet vara allenarådande och, medvetna om att risken för havandeskap är utesluten, helt och hållet förfalla till ett sedeslöst liv". Boréus a.a. s. 120 f. Se även Carlson, som drar samma slutsatser om ointresset inom den filosofiska diskursen av att ta reda på vad intellektuellt funktionsnedsatta personer själva anser, tycker och tänker. Carlson, The Faces of Intellectual Disability, framförallt kap. 4 s. 105–130.

[95] Skälet till att så inte sker är att en sådan undersökning faller utanför avhandlingens syfte.

Syftets formulering om att undersöka *betydelsen* är avsiktligt vag. Föresatsen är att *flerdimensionellt* undersöka funktionsnedsättningens innebörd för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten. Syftet uppnås således genom att frågor besvaras på olika ”nivåer” och utifrån olika premisser. Frågor om gällande rätt besvaras på rättens egna premisser. Frågor om hur rätten verkar som subjektsskapande makt, besvaras inom en språk-diskurs-makt-teoretisk tankeram.

Det rättsliga *undersökningsområdet* för samtliga frågor och analysskikt är ’leva som andra genom ställföreträdare’, det vill säga den situation där förverkligandet av målsättning enligt SoL och LSS blir beroende av att individen med utvecklingsstörning företräds av en god man eller förvaltare. I detta möte mellan rättsområdena socialrätt och förmynderskapsrätt uppstår en rad frågeställningar av betydelse för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt.

De *socialrättsliga* frågorna relaterar till ’leva som andra’. Inledningsvis handlar de om vad som menas med målsättningen i SoL och LSS om att personer med funktionsnedsättningar ska få möjlighet att leva som andra, under vilka förutsättningar en person har rätt till sociala insatser från det allmänna, och vad som avses med skälig levnadsnivå enligt SoL respektive goda levnadsvillkor enligt LSS. Därtill kommer även frågor om självbestämmande och samtycke, vilket förutsätts enligt både SoL och LSS. Vad menas med rätt till självbestämmande? Under vilka förutsättningar har en person rätt till självbestämmande? Vilka krav ställs på ett giltigt samtycke till rättsliga beslut, såsom till beslut om sociala insatser eller till att anordna legalt ställföreträdarskap?

Frågorna om samtycke leder i sin tur till *förmynderskapsrättsliga* frågor. Utan en legal ställföreträdare saknar många personer med utvecklingsstörning möjlighet att bevaka sina intressen och få sina behov tillgodosedda. Därför är det relevant att besvara frågor om i vilka fall godman- eller förvaltarskap ska eller får anordnas, vad som innefattas i en god mans eller förvaltares uppgifter, hur relationen mellan ställföreträdaren och den som han eller hon företräder är reglerad, samt vilken behörighet den legala ställföreträdaren har att företräda den enskilde i förhållande till tredje man. Och sist men mest viktigt för denna studies syfte, ställs frågan om det är möjligt att leva som andra *genom* ställföreträdare. Kan en legal ställföreträdare kompensera den enskildes bristande möjligheter att vara ett aktivt rättssubjekt på ett sådant sätt, att den enskildes möjligheter att vara ett subjekt tillvaratas?

Undersökningen av gällande rätt är en av flera delar av studien. ”Betydelsen” av utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt, undersöks inom fyra *tankeramar* med ledning av ett antal meta-frågor. Den första tankeramen handlar om *vad*: vad som har gällt i dåtid och vad som gäller i nutid för personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt. Vilken ställning i rätten har dessa personer haft historiskt sett, och vilken ställning kan de sägas ha idag? Den andra tankeramen handlar om *hur*: hur dessa personer historiskt har beskrivits, värderats och behandlats i rätten, och hur de beskrivs, värderas och behandlas i gällande rätt. Vilken betydelse har rättens kategoriseringar, antaganden och föreställningar om personer med utvecklingsstörning haft för deras ställning som subjekt, och vilken betydelse har de i den samtida rätten?

Den tredje tankeramen för analys handlar om *varför*. Vad framhölls i dåtid och vad framhålls i nutid som motiv för särbehandling av personer med utvecklingsstörning, exempelvis på det sätt som sker inom ’leva som andra genom ställföreträdare’? Mot vilken jämförelsenorm bedöms personer med utvecklingsstörning som avvikande eller annorlundavarande? Vilken människosyn förmedlas i rätten och vilka konsekvenser kan den ha för personer med utvecklingsstörning? Den fjärde och sista tankeramen handlar om rätten som makt; vilka *effekter* eller *konsekvenser* de rättsliga kategoriseringarna och särbehandlingen kan ha för personer med utvecklingsstörning. Vad innebär det i subjektsskapande mening att personer med utvecklingsstörning utpekas som avvikande? Tas personer med utvecklingsstörning på allvar som självbestämmande subjekt i rätten?

Sammanfattningsvis är avsikten att undersöka betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt genom att ta reda på vad som gäller, hur det gäller, varför det gäller och vilka effekter det gällande kan ha. *Ansatsen* är därmed både rättsdogmatisk och kritisk. De rättsdogmatiska tolkningarna av *vad*-frågorna, tänks om genom frågorna om hur, varför och vilka effekter som det gällande kan ge. Att besvara *hur*-frågan, innebär ett försök att visa hur rätten som makt producerar och reproducerar ett visst slag av subjekt, genom att gestalta en viss människosyn. I *varför*-frågan ingår ett sökande efter *homo juridicus*, den rättsliga idealmänniska som rättssystemet och rättsreglerna utgår från.[96] Detta ideal granskas genom jämförelse med det annorlundavara som i studien representeras av personer med utvecklingsstörning. Vilka effekter kan de antaganden och föreställningar om det ideala rätts-

[96] Se mer angående *homo juridicus*, avsnitt 1.1.1.

subjekt som rätten utgår från få för personer med utvecklingsstörning? I *effekt*-frågan slutligen, ligger en granskning av likhetsideologin och de värden som eftersträvas för det ideala rättssubjektet. Är det så att frihet, rättvisa och likabehandling kan betraktas som det yttersta goda för *alla* människor? Även de som är annorlunda, som personer med utvecklingsstörning?

1.3 Kunskapssyn och metod

1.3.1 Betydelsen av förförståelse – om att höra det man kan höra

Som redan framgått tar sig denna studie inte bara an problem och frågor som kan undersökas eller besvaras genom en undersökning med rättsdogmatisk metod. Somliga av studiens frågor besvaras rättsdogmatiskt, men andra kräver att rättskällorna närmas på annat sätt. För den som lyssnar noga, finns även *andra budskap* att uppfatta i de rättsliga texterna, än de som kan uppfattas när det enbart frågas efter vad som rättsligt gäller.[97] I hög grad är det sådana andra budskap som denna studie efterfrågar.

Rättsdogmatikens uppgift är att tolka och systematisera – rekonstruera – gällande rätt.[98] En rättsdogmatisk undersökning syftar alltid till att i någon mån uttolka, klargöra, fastställa eller på något annat sätt uttala sig om vad som rättsligt gäller i en viss juridisk fråga. Den rättsdogmatiska metoden innebär att utsagor i rättskällorna sammanvägande tolkas och analyseras i enlighet med rättskälleläran.[99] Exempel på frågor som den

[97] Jfr Andersson, Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten s. 346 f, som säger att vårt tillägnande av omvärlden – inklusive texter – är beroende av våra perceptionsramar.

[98] Peczenik m.fl., Juridisk argumentation s.132 anger att rättsdogmatikens huvuduppgift är att tolka och systematisera gällande rätt med slutmålet att bistå rättspraxis. Se även Svensson, Genus och rätt s. 31; Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 91 f.

[99] Angående rättsdogmatisk metod och rättskälleläran se för utförliga redogörelser Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning; Peczenik m.fl. a.a.; Klami, Föreläsningar över juridikens metodlära. För kortare utläggningar se Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 21–44; och Alexius Borgström, Rättsdogmatik s. 20. Kort kan sägas att rättskälleläran anvisar hur olika rättskällor ska vägas mot varandra och hur de ska användas. Med rättskällor menas alltid lag, förarbeten, rättspraxis (helst i formen av prejudikat från högsta instans) samt doktrin (rättsvetenskapliga texter). Beroende av rättsområde kan dock även annat räknas som rättskällor, exempelvis kan vissa slag av avtal och sedvana betraktas som rättskällor. Inom offentligrätten tillmäts även beslut av JO rättskällestatus

rättsdogmatiska metoden lämpar sig för, är vilken lösning rätten anvisar i en viss situation, om en viss regel är tillämplig eller inte under vissa förutsättningar, eller vad som krävs för att en rätt till något ska föreligga.

Rättsdogmatikern söker i rättskällorna efter svar av relevans för att kunna avgöra vad som *rättsligt* gäller. Men, ”vad som gäller” kan även förstås på ett annat sätt, nämligen som en fråga om vad som i rättskällorna förmedlas som det normala, påbjudna eller eftersträvansvärda. Även normer av det sistnämnda slaget kan uppfattas i de rättsliga texterna, under förutsättning att det frågas och lyssnas efter dem.[100] För att kunna ställa andra frågor och höra andra svar, krävs dock en viss ”skolning”, förberedelse eller *förförståelse* hos forskaren.[101] Ofta omtalas sådan beredskap

---

i sådana frågor som inte kommer till domstolarnas prövning. Med ”lag” menas alla slag av bindande författningar, vilket innebär att även centrala myndigheters föreskrifter är en rättskälla som ska följas i rättstillämpningen. Ibland utfärdar centrala myndigheter, exempelvis Socialstyrelsen, även rättsvägledande dokument av andra slag, som inte formellt betraktas som rättskällor men som ändå har genomslag i rättstillämpningen inom den myndigheten. Försäkringskassan är ett typexempel på en sådan myndighet. Se Vahlne Westerhäll, Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer s. 20 f, som menar att socialrättens rättskällelära är polycentrisk.

[100] Enligt Baier & Svensson, Om normer s. 33 ff, kan med normbegreppet avses olika saker, beroende av inom vilket paradigm begreppet används. I vardagligt tal kan ordet norm uppfattas som något som bestämmer eller gör anspråk på att bestämma något. *Rättsliga* normer, i formen av i rättskällor uttryckta auktoritativa rättsregler, uttrycker påbud, förbud eller tillåtelse till något, medan *sociala* normer betraktas som handlingsdirektiv för mänskligt beteende, uttryckta som standarder eller mönster. Utmärkande för sociala normer är alltså att ”de mycket tydligt har med vårt handlade att göra”. De anvisar beteenden eller handlingar. (a.a. s. 45.) Peczenik m.fl., Juridisk argumentation s. 35, skriver att ”självfallet” är inte alla normer rättsnormer, och exemplifierar med normer inom etik, mode, spel etc. Rättsnormer skiljer sig enligt Peczenik m.fl. från andra normer genom sin tillhörighet till rättssystemet. Gustafsson föreslår att rättssystemet ska betraktas som ett av flera *normerande*, inte normativa, *system* i samhället. Vad gäller rättens handlingsdirigerande effekter och konsekvenser är dessa enligt Gustafsson fullt jämförbara med t ex politiska, religiösa, moraliska eller kulturella system som också verkar normerande genom att individerna internaliserar deras påbud. Det är dock inte alltid givet vilket normsystem som styr människors handlingar. Många normer är också samtidigt rättsliga eller t ex moraliska. ”För den enskilde individens beteende och agerande är det ofta svårt att avgöra om det primärt är det rättsliga eller något annat normerande system som styr henne.” Gustafsson, Rättens polyvalens s. 58.

[101] Inom hermeneutiken som kunskapsteoretisk riktning (närmare bestämt inom en riktning som av Alvesson och Sköldberg benämns *aletisk* hermeneutik), talas om *förförståelse* och *förståelse* som givna delar av en tolkningsprocess. Förförståelsen styr vilka frågor forskaren kan ställa och vad denne kan uppfatta i det som undersöks. Det som uppfattas ger i sin tur forskaren förnyad förståelse för det undersökta och den nya förståelsen utgör i sin tur förförståelse inför nya frågor i en ”evig” spiral- eller cirkelrörelse. Se Alvesson & Sköldberg, Tolkning och reflektion s. 198 ff.

som att forskaren närmar sig ett forskningsobjekt med ett visst *perspektiv*. Ett exempel är genusperspektiv i rätten. Med ett sådant perspektiv sägs det, exempelvis, bli möjligt för forskaren att ifrågasätta grundläggande antaganden i rätten såsom att kön inte har rättslig relevans.[102] På samma sätt skulle grundläggande föreställningar i rätten om rättssubjektet kunna utmanas genom att ett ”funktionshinderperspektiv” anläggs i (eller på) rätten.

Perspektiv-metaforiken är dock enligt min mening problematisk i rättsvetenskap. Den ger en bild av att forskaren *betraktar* ett forskningsobjekt, från en utifrån-position. Ungefär som laboratorieforskaren som tittar på en bakterieodling i sitt mikroskop och konstaterar att den, givet vissa förutsättningar, har betett sig på ett visst sätt. Sökandet efter svar på frågor om gällande rätt eller andra rättsliga frågor handlar dock inte om att ”se på” rättskällorna och dess innehåll. Det handlar om att *lyssna till* och *tolka de budskap som förmedlas* i de rättsliga texterna. Jurister söker normernas mening.[103] Rättsvetenskaplig forskning är en tolkningsverksamhet, en hermeneutisk process, där forskaren och föremålet för hennes tolkningar, hennes sökande efter *förståelse*, i en viss mening är ett.[104] Problemet formuleras av forskaren, och tolkningarna är hennes egna. Den kunskap som kan erhållas är ”en produkt av mänskliga subjekt som tolkar sin omvärld”.[105] En förståelse av något kan därmed inte vara ”universellt sann”, i den meningen att den är oberoende av vem forskaren är.[106] Forskarens *förförståelse* – vilka kunskaper hon har i utgångsläget – är avgörande, både för vilka frågor hon kan ställa och vilka tolkningar hon

[102] Se Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 182.

[103] Peczenik m.fl., Juridisk argumentation s. 29.

[104] Samuelsson beskriver hermeneutik som ”en tänkandets metodlära; det utrymme i vilket tänkandet försöker förstå förståelsens natur, eller, mera handfast, hur man ska *göra* för att förstå.” Samuelsson, Hermeneutik s. 372.

[105] Gunnarsson & Svensson a.a. s. 127.

[106] Det betyder dock inte att inte *neutralitet* som forskningsmetodiskt förhållningssätt bör eftersträvas; jag menar inte att det är fritt fram för spekulationer eller personligt godtycke i det som aspirerar på att kallas forskning. Genom att förhålla sig prövande och självkritiskt, genom att ifrågasätta sina egna slutsatser och genom en strävan efter att vara rättvis i sin framställning av vad som uppfattas, möjliggörs att resultat som presenteras kan prövas och värderas och kritiseras av andra. Som Gunnarsson & Svensson a.a. s. 129 uttrycker saken: ”När genusforskning kallas subjektiv är det ofta utifrån ett synsätt där möjligheten av en objektiv kunskap antas. Dessutom sammanblandas ofta objektivitet som kunskapsteoretisk ståndpunkt med neutralitet som metodologiskt förhållningssätt”.

kan göra.[107] Konsekvensen av det sagda kan med ett vardagligt uttryck sägas bli att ”man hör det man vill höra”. Det ligger något viktigt även i ett vetenskapligt sammanhang i det uttrycket, om det omskrivs till att man endast hör det man *kan* höra.[108] Ska ett budskap kunna uppfattas, måste den som lyssnar ha förmågan att höra det.[109]

Omformulerat i mer konkreta termer, kan jag som rättsvetenskapare lyssna efter vad rättskällorna säger i rättsliga frågor, med avsikten att uttolka vad som rättsligt gäller. I så fall tolkar jag budskapen i de rättsliga utsagorna sammanvägande, i enlighet med den rättsdogmatiska metodens rättskällelära. *Eller* så kan jag lyssna efter vad källorna svarar när andra slag av frågor ställs; ibland kan det till och med vara mest intressant att lyssna efter vad som *inte* sägs (det outtalade), eller efter det som bara kommer till uttryck mellan raderna (det underförstådda). I de senare fal-

[107] Och här kan noteras att forskaren givetvis inte kan sägas vara helt fri. ”Vi varseblir det som vi i kraft av vår utbildning, träning och praktik förmår varsebli. […] Men den process som förvandlar en novis till en fullfjädrad forskare är inte en process där en individ successivt lär sig att se *allt som finns där* – nej, individen lär sig att se *det som skall finnas där att se*. Processen är alltså i lika hög grad en fråga om att sålla bort *det som betraktas som irrelevant* som att organisera det erfarna på ett stilriktigt sätt. God forskning är forskning som förmår producera *stilenliga resultat*.” Rosengren, Doxologi s. 41. Med stilenliga resultat menas resultat som *bekräftar och befäster den världsbild* som kunskapsparadigmet – tankekollektivet eller kunskapsfältet – ifråga uppfattar som självklar. Och häri ligger också en fara för den som försöker bryta tankestilen. Att så göra innebär en brytning med kollektivet. Rosengren citerar på s. 47 Fleck (1935) Uppkomsten och utvecklingen av ett vetenskapligt faktum – Inledning till läran om tankestil och tankekollektiv, s. 100: ”Tillhörigheten till en gemenskap medför att tankestilen [exempelvis den rättsvetenskapliga, min anm.] utsätts för en social förstärkning […]. Den blir till ett tvång för individerna och bestämmer ’vad som inte kan tänkas på annat sätt’. Hela epoker lever under bestämt tanketvång, och heretiker med avvikande åsikter betraktas av den kollektiva stämman som förbrytare och bränns på bål så länge som inte ett nytt stämningsläge har skapat en ny tankestil och nya värderingar.”

[108] Som förklaring kan ett musikexempel tas. Den som saknar skolning i klassisk musik kan förstås, om normal hörselförmåga föreligger, höra musiken. Men vad som uppfattas och hur det tolkas beror av den lyssnandes förmågor – förberedelse, skolning, förkunskaper, förförståelse. Det geniala i kompositionens sammansättning eller hur väl musikerna spelar instrumenten osv går den icke-kunnige förbi. Den som saknar skolning i klassisk musik *förmår inte att höra* samma saker i kompositionen som den som har skolning. Den som saknar skolning har inte heller begreppsapparaten för att kunna kommunicera med den skolade om det som uppfattas. Men det betyder inte att den oskolade lyssnaren inte kan uppskatta musiken och det konstnärliga uttrycket. Jfr Nietzsche, som om (den realistiske) målaren säger att: ”Han målar bara det han *tycker om* och vet. Och vad är det? Det han måla *kan*!” Nietzsche, Den glada vetenskapen, vers 55 s. 28.

[109] Måhända är jag som forskare extra lyhörd för det slag av normerande budskap i rättskällorna som eftersöks i denna studie eftersom jag jämte en juristexamen även har en socionomexamen.

len är inte rättsdogmatisk metod gångbar för tolkningen och analysen. Avser inte frågorna gällande rätt kan inte heller metoden för att nå en förståelse för det undersökta vara rättsdogmatisk. Ett annat sätt att söka mening behövs.

1.3.2 Val av vägar för studien och vägvalens betydelse för framställningen

Varje studie och varje forskare måste väl i någon mån själv ta ställning till vad som behöver förklaras och hur detta bäst görs.[110] Den som vill göra något som avviker från de mer traditionella sätten att bedriva svensk rättsvetenskap, bör vara noggrann med att klargöra sina utgångspunkter och sitt angreppssätt.[111] Skälen är goda och flera. Resultaten blir annars svåra(re) att kommunicera, och studiens vetenskapliga kvaliteter blir svåra att bedöma. ”Genom att man redogör för teori och metod kan kunskapen kritiskt granskas av andra forskare och därmed kan dess förklaringsvärde prövas.”[112] Ledordet för ett metodkapitel är alltså *transparens*, och uppmaningen är att vara så tydlig som det bara går med undersökningens premisser – på vad kunskapssökandet grundas.

Jag har valt att problematisera den likhetsideologi som rätten vilar på, med utgångspunkt i funktionshinder som en social konstruktion och det normkritiskt grundade antagandet om att rätten som makt skapar subjekt. Att problemet för studien skulle formuleras i sådana termer var dock inte ett självklart val. En annan väg som *kunde* ha valts för problemformuleringen, var att (tidsenligt) följa rättighets- och diskrimineringslinjen, att så att säga sälla mig till likhetsideologins förespråkare och undersöka om oönskade diskrepanser föreligger mellan rättigheter i teorin och rättigheter i praktiken.[113] Ur ett kunskapsperspektiv framstår dock den

[110] Jfr Hansson, Kollektivavtalsrätten s. 22.

[111] Se exempelvis Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 97; Gustafsson, Rättens polyvalens s. 27.

[112] Gunnarsson & Svensson a.a. s. 127.

[113] Sådana undersökningar, om än inte dagsaktuella, finns redan. Se Hollander, Rättighetslag i teori och praxis; Lewin, Funktionshinder och medborgarskap. Tillkomst och innebörd av de två rättighetslagarna, omsorgslagen och LSS, som komplement till socialtjänstlagen och hälso- och sjukvårdslagen. Även Gustafsson, Rättens polyvalens, bidrar till bilden av att rättigheter enligt LSS i teorin, är något helt annat än rättigheter i praktiken. Se även Gustafsson, Taking *Social* Rights Seriously (II).

vägen som ointressant.[114] Vi vet redan att personer med funktionsnedsättningar har en svagare position än de flesta medborgare i samhället, och att personer med utvecklingsstörning kanske har en av de allra svagaste positionerna – och det är ju därför LSS finns.[115]

Däremot är det hittills outforskat vad rättens likhetsideologi och den förgivet-tagna normaliteten i rättssubjektets skepnad kan betyda för personer med utvecklingsstörning. Att undersöka rättens respons på ett sådant annorlundavara, och att därigenom rikta uppmärksamheten mot idealmänniskan i rätten, blev därför mitt val. När väl problemet formulerats framstod det metodologiska valet inte så mycket som ett val, utan snarare som något givet. Om en norm i rätten ska kunna kritiseras på ett *rättvisande* sätt, måste den undersökas och beskrivas på sina egna premisser. De rättsdogmatiska frågorna och svaren är således essentiella för maktanalysens bäring. Men den rättsdogmatiska analysen behöver *kompletteras* när frågorna inte längre avser rättens ”vad”, utan siktar bortom gällande rätt. För problematisering av maktens (det vill säga rättens) hur, varför och dess effekter, behövs *ett annat sätt att söka mening*. Huvudsakligen är detta sätt hämtat från Foucaults tankegods. Foucault har genom sina egna exempel visat vad som kan åstadkommas när skeenden, praktiker, kunskaper och vetanden tänks om i diskursmakts-termer.[116] Foucault själv ville dock, vad jag förstår, inte bekänna sig till eller insorteras i ett särskilt teori- eller metod-fack.[117] I likhet med Foucault, värjer jag mig

[114] Därmed menar jag givetvis inte att det skulle vara ointressant eller oviktigt att utreda rättighets- och diskrimineringsfrågor för personer med utvecklingsstörning. Den reella betydelsen för dessa personer av en sådan mission kan vara stor. Men det är inte den uppgiften som jag har åtagit mig i denna avhandling.

[115] Se SOU 1999:21 s. 124 där statsrådet Lindqvist skriver att ”[d]e grundläggande handikappolitiska värderingarna tycks inte nå fram till den verklighet där beslut som berör personer med funktionshinder fattas. Det finns ett glapp mellan ideal och realiteter.” Samma glapp mellan ideal och verklighet har i forskning konstaterats alltjämt föreligga. Se exempelvis Giertz, Erkännande, makt och möten. En studie av inflytande och självbestämmande med LSS.

[116] I förordet till Diskursernas kamp, en sammanställning av ett antal kortare texter av Foucault, skriver redaktörerna att Foucault själv liknade sina böcker vid verktygslådor som läsaren kan använda efter eget huvud. Texterna, skriver redaktörerna, är ”helt enkelt *användbara* – som verktyg för att tänka annorlunda, som kartor över den historia, som hemsöker nuet, eller som vapen att förändra samhället med.” Foucault, Diskursernas kamp s. 7.

[117] I inledningen av Vetandets arkeologi skriver Foucault i en iscensatt intervju med sig själv, där han ifrågasätter sin egen osäkerhet, föränderlighet och riktningslöshet att: ”Det finns säkert fler än jag som skriver för att inte längre ha något ansikte. Fråga mig inte vem jag är och säg inte åt mig att förbli den jag är: det är en mantalsskrivningsmoral,

mot att sätta en ”etikett” på min metod.[118] Men därmed inte sagt att jag inte ska försöka förklara den i faktiska termer.

Eftersom Foucaults tankegods inte kan beskrivas i termer av en särskild teori eller metod, går det följaktligen inte att säga att jag följer Foucaults teori och metod. Genom att läsa Foucault, har jag dock utkristalliserat *fyra insikter som bildar grundval* för det meningssökande bortom vad som rättsligt gäller som sker i studien. Dessa insikter ligger till grund för både hur jag sökt och hur jag tolkat svar på studiens frågor om hur, varför och effekter. Insikterna har varit genomgående närvarande som *alternativa sätt att uttolka budskap* i rättskällorna, i samband med att den gällande rätten sökts. De har även varit vägledande i ”omtänkandet” av den gällande rätten. Den första insikten är att språk/makt/vetande bildar en intim enhet. Den andra är att makt kan, och bör, förstås i termer av något som finns överallt som relationer, inte som något som kommer ”uppifrån”. Den tredje är att subjekten och subjektiviteten inte föregår makten, utan är en effekt och en produkt av makten. Den fjärde är att subjekten formas och skapas av historiskt och kulturellt bestämda prakti-

---

det är den som bestämmer över våra identitetspapper. Men den skall lämna oss ifred då det gäller att skriva.” Foucault, Vetandets arkeologi s. 33. I Alvesson & Sköldberg, Tolkning och reflektion – en bok som är en sammanställning av olika samhällsvetenskapliga teori- och metodinriktningar – ges Foucault ett eget kapitel inom avdelningen ”Kritisk forskning”. Detta motiveras på följande sätt: ”Att Foucault får ett eget kapitel markerar hans särart. Vi måste också föra in reservationen att det rör sig om en mycket infallsrik, kreativ och mångsidig författare som egentligen spränger alla gränser för kategorisering, och själv aldrig stannade vid en position eller ett resultat eller metod, utan utvecklades och transformerades hela tiden”(a.a. s. 368). Författarna markerar också att även om Foucault ibland rubriceras som diskursanalytiker så har han inte så mycket gemensamt med de diskursanalytiska skolor som utbildats senare (a.a. s. 369). Skillnaden sägs ligga i perspektivet: ”Diskursbegreppet [som används inom diskursanalys, min anm.] skiljer sig från Foucaults. DA [diskursanalys, min anm.] är fokuserad på de språkliga praktiker som människor producerar snarare än kunskapssystem i form av en uppsättning utsagor som, via samspel med materiella praktiker, formar objekt och subjekt. Man kan säga att Foucault refererar till Diskurser med stort D (grandiosa diskurser) medan DA intresserar sig för lokala diskurser.” (A.a. s. 460.)

[118] Att bekänna sig till en viss metodriktning kan vara positivt om det betyder att man därmed enklare kan kommunicera med omgivningen om det som görs. Men det kan även vara negativt, eftersom det öppnar för kritik från andra som säger sig använda och (bättre) kunna samma metod. Om jag exempelvis skulle säga att min metod är dekonstruktion eller diskursanalys eller någon annan särskild metodinriktning målar jag dessutom in mig i ett hörn, eftersom det kritiska, i betydelsen fria, tänkandet därmed kan riskera att låsas fast vid ”hur man får eller inte får göra”. Därför vill jag bara säga att jag följer Foucaults exempel och försöker hålla mig *så fri från etiketter* som möjligt.

ker, och därmed är relativa med tid och rum. Rätten är en sådan subjektskapande praktik.[119]

Vilken betydelse ett annorlundavara som utvecklingsstörning har i rätten är en tredimensionell fråga. Dess svar avgörs i tre samtidigt verkande dimensioner: tiden, rätten och makten. Uttrycket dimensioner används för att markera att det inte, egentligen, är möjligt att hålla isär dessa faktorer. Tiden, den gällande rätten och makten interagerar och samspelar och utgör *sammantagna* den betydelse som efterfrågas i denna studie.[120] Genom språket – genom begreppen och deras över tid pålagrade innebörder – lever det dåtida i det nutida. Makt kan inte separeras från det som rättsligt gäller, eftersom rätt *är* makt. Genom sanningsdiskurser som produceras och reproduceras i rätten formas uppfattningar av verkligheten och därmed, i en viss mening, verkligheten. Samtidigt kan makten sägas verka genom rätten som ett redskap för normering. Relationen mellan rätt och makt kan bäst beskrivas cirkulärt: *rätt är makt är rätt*.

Tanken är inte att undersökningens delar ska uppfattas som separata enheter. Studien är en, och framställningen en komposition där de olika kapitlen är tänkta att vara lika sammanflätade med varandra som de olika stämmorna i ett musikstycke framfört av en kör. Det går visserligen att enbart lyssna efter en stämma i taget, men helhetsintrycket går förlorat om de olika stämmorna tystas till förmån för en enda. De olika delarna förutsätter varandra. Så långt det varit möjligt är ändå framställningen upplagd enligt principen dåtid-nutid-maktaspekter. Den läsare som eventuellt upplever att det förekommer upprepningar i presentationen,

[119] Jfr Kotkas, Governing Health and Social Security in the Twenty-First Century: Active Citizenship Through the Right to Participate, som med stöd av Foucaults ”governmentality studies” analyserar rätten till självbestämmande och deltagande inom den finska socialrätten som en praktik som skapar subjekt. Kotkas skriver på s. 177 att ”individual rights have substantially contributed to the production of active citizenship. It is produced through procedural rights […] law certainly has a role in the production of liberal subjects.”

[120] Det finns alltså inte ett beständigt forskningsobjekt, utvecklingsstörning som kategori eller rättssubjekt*et* i bestämd form, att ringa in och beforska. Rättssubjekt och subjekt skapas som *effekter av en föränderlig diskurs*. Foucault förklarar: ”Enheten mellan diskurserna om vansinnet skulle inte grunda sig på existensen av objektet ’vansinne’ eller på skapandet av en unik objektivitetshorisont; den skulle bestå i *samspelet* mellan de *regler* som under en given period tillåter objekten att framträda: objekt som utsöndras av diskriminerande eller repressiva åtgärder, objekt som särskiljer sig i den dagliga praktiken, inom *rättspraxis*, den religiösa kasuistiken, läkarnas diagnoser, objekt som framträder i patologiska beskrivningar, objekt som *inringas av lagtexter* eller recept för medicinering, behandling och vård.” (mina kurs.) Foucault, Vetandets arkeologi s. 51.

har därmed rätt. Samma grundproblematik, den som avser betydelsen av utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt, ägnas uppmärksamheten om och om igen i studien. Det är bara *vinkeln på problemet* som förändras, och detta har en poäng: Rättssubjekt och subjekt skapas i skärningspunkten mellan tiden, den rättsliga praktiken och makten. Det är fråga om en flerdimensionell skapelseprocess som inte kan göras rättvisa – inte förstås på djupet – om inte alla dimensionerna beaktas.

1.3.3 Ett prövande och (själv)kritiskt förhållningssätt

Även om det deklarerats i avsnittet ovan att det inte är möjligt att sätta en metodetikett på denna studie, annat än att rättsdogmatik kombineras med en kritisk ansats, så betyder inte det att det inte går att närmare beskriva förhållningssättet. Följande citat av Foucault, där han förklarar som vad kritik kan förstås och hur, får tjäna som en belysande inledning:

> ”Bibeln, rätten, vetenskapen; skriften, naturen, förhållandet till självet; kyrkans auktoritet, lagen, dogmatismens auktoritet. Vi ser hur växelspelet mellan styrningsrationalisering och kritik har gett upphov till fenomen som jag tror är av helt avgörande betydelse i den västerländska kulturens historia. Det handlar om utvecklingen av de filologiska vetenskaperna, filosofin, den juridiska analysen och den metodologiska reflektionen. Men vi ser framför allt att kritik i grund och botten består i ett knippe relationer som är knutna till varandra, eller där den ena är knuten till de två andra, makt, sanning och subjektet. Och […] kritik är den rörelse varigenom subjektet tar sig rätten att utfråga sanningen om dess effekter på makten och makten om dess sanningsdiskurser.”[121] (min kurs.)

Kritik kan med andra ord betraktas som *ett sätt att göra motstånd*: mot gängse förklaringar, synsätt och förmenta sanningar. Med kritik kan därmed menas en mängd olika saker i en vetenskaplig studie; kritisk analys kan genomföras på olika sätt och med olika avsikter.[122] För egen del tän-

[121] Foucault, Vad är kritik s. 131.

[122] Angående olika sätt att bedriva rättsvetenskaplig forskning med en kritisk ansats och kritiska perspektiv, se, som ett axplock: Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap; Bladini, I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål; Carlson, Critical race-teori; Samuelsson, Tolkning och utfyllning. Samuelsson skiljer mellan vad han kallar ”normativ kritik” och ”deskriptiv kritik” (s. 29 ff). Normativ kritik bedrivs enligt Samuelsson inom sådan rättslig forskning som ibland sammanförs under beteckningen Critical Legal Studies (se, för beskrivning av hur spretigt detta forskningsfält får anses vara, Minda, Postmodern Legal Movements s. 106–127). Normativ kritik känns enligt

ker jag kring den kritiska ansatsen i denna studie som ett *förhållningssätt* till det undersökta på följande sätt:

> ”Criticism (…) is to art what history is to action and philosophy to wisdom: a verbal imitation of a human productive power which in itself does not speak. And just as there is nothing which the philosopher cannot consider philosophically, and nothing which the historian cannot consider historically, so the critic should be able to construct and dwell in a conceptual universe of his own.”[123]

Det konceptuella universum som denna studie utgår från, är antagandena att ’rätt är makt är rätt’, att rätt och vetande är intimt sammanflätade och tidsligt och rumsligt relativa, och att subjekten (även forskaren själv) är produkter av makten. Studiens kritiska ansats innebär med andra ord, för att tala med Foucault, att ta sig rätten att som forskare utfråga sanningen om dess effekter på makten och makten om dess sanningsdiskurser.[124]

De sanningsdiskurser som uppmärksamheten riktas mot i denna studie är det som tas för givet inom rätten om rättssubjektet – vilka förmågor och egenskaper det antas att detta subjekt har. Uppmärksamheten riktas även mot de effekter som den normalitet som gestaltas genom rättssubjektet kan ha för personer med utvecklingsstörning. Den rådande likhetsideologin och de värden som korresponderar med denna *tänks om* med utgångspunkt i personer med utvecklingsstörning.[125] Med olikhet inför rätten som premiss, till skillnad från det axiomatiska antagandet

---

Samuelsson igen av en vilja att avslöja forskningsobjektet som förljuget och i behov av genomlysning för att en bättre, i betydelse mer i linje med de sociala realiteterna, ordning ska kunna föreslås (a.a. s. 32–34). Deskriptiv kritik definieras av Samuelsson som en *motsats* till normativ kritik: ”Som termerna antyder låter sig den ’deskriptiva kritiken’ förstås som den ’normativa kritikens’ motsats. Normativ kritik kan endast vara verksam genom att ta sin sanning för given, och i så måtto sätter den handling före kontemplation, praktiken före teorin. Den normative kritikern kräver förändring – och skall hans rop övertyga kan det inte vara tvehågset. Normativ kritik är trosviss, och kanske passionerad. […] Deskriptiv kritik är mer försiktig, mindre definitiv. Den ger uttryck för en strävan efter att till varje pris undvika dogmatism, och är således reflexiv; deskriptiv kritik utgör alltid, så som begreppet här bestäms, en form av självkritik.” (a.a. s. 35)

[123] Frye, Anatomy of Criticism. Four Essays s. 12.

[124] Och därmed blir kritiken i sig en del av diskursen, eftersom ”critique is not just constative, descriptive, truth-telling, but also performative, a speech act, a way of doing things with words”. Miller, Promises, promises: Speech Act Theory, Literary Theory, and Politico-Economic Theory in Marx and de Man s. 7. Som deltagare i den rättsliga diskursen, som en del av det rättsliga vetandet, bör man således ta ansvar för det som sägs.

[125] Med ”tänks om” avses samma förhållningssätt som det engelska uttrycket *re-think*.

om likhet, möjliggörs en rättsvetenskapligt *självkritisk* hållning.[126] Och genom denna självkritiska hållning som jag gärna vill kalla ironisk, möjliggörs att dekonstruera rättens doxa.[127]

Med *dekonstruktion* avses ett förhållningssätt till kunskap och texter, som kan sägas vara av nedmonterande eller isär-plockande karaktär.[128] Istället för att ta fasta på vad som sägs i en text fokuseras på det som *inte* sägs, istället för att leta efter det som harmoniserar eller underbygger en sammanhängande berättelse eller bild (såsom rättssystemets enhetlighet) kan uppmärksamheten ägnas det som *motsäger* sammanhang och helhet. Fokus kan vara att uppmärksamma diskrepanserna (skillnaderna[129]), sprickorna i väven, myntens högkant istället för deras sidor, eller att notera spåren av det som inte är, i det som är. Genom ett dekonstruerande förhållningssätt möjliggörs alltså att kunna se eller höra något annat eller mer nyanserat än det som vanemässigt hålls för ”sant”.

[126] Jfr Andersson, Skyddsändamål och adekvans s. 186, som anför att det är teoretikerns (till skillnad från praktikerns) uppgift att studera det juridiska tänkandet som sådant. ”Att han därför, i viss mening, kan sägas inte iaktta annat än sig själv får han leva med; det är dock en fördel om han är medveten om detta.” Se även Hansson, Kollektivavtalsrätten, som under rubriken ”Avhandlingens självreflekterande strävan” på s. 29 anger som avhandlingens syfte att ”teckna kollektivavtalsrättens självbild”.

[127] Begreppet *doxa* förklaras ingående i kapitel 7, men helt kort kan här sägas att begreppet är hämtat från Aristoteles Retorik, och av Rosengren förklaras som ”de försanthållanden, trosföreställningar och förgivettaganden som är rådande inom en grupp”. Rosengren, Doxologi s. 71. När jag säger att rättens doxa *dekonstrueras* så är inspirationen till angreppssättet hämtat från dekonstruktion i Derridas anda, men utan att det därför påstås att någon enskild utarbetad metod eller något särskilt exempel följs – vilket för övrigt förefaller vara en av Derridas poänger. Dekonstruktion är inte *en* metod, *en* teori eller *en* något annat. Dekonstruktion är ett *förhållningssätt* som kan ta sig många olika uttryck.

[128] Som påpekas av Dahlberg kan dekonstruktion i en juridisk kontext av somliga uppfattas som ”farlig” eller destruktiv. Juridiken är en normativ verksamhet med förutsebarhet som ett ideal. Att dekonstruera i betydelsen att avläsa med en öppenhet för olikheter och olika meningar eller betydelser beroende av sammanhang eller perspektiv, kan ses som en oönskad process som bryter ned och omöjliggör de traditionella och normerande positioner som rättsvetenskapen tar för givna. Men, när förutsebarhet används som ett argument för att dekonstruktion bör undvikas, bortses från det triviala faktum att rätten i verkligheten *inte är* förutsebar. I realiteten finns inte två fall som är helt lika. Förutsebarhet är i sig ett ideal som kan dekonstrueras. Dahlberg, Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion s. 40. ”Farorna” till trots har dekonstruktion varit en av de starka rörelserna inom rättsvetenskap under den senare delen av 1900-talet, bland annat inom forskningsriktningar som Critical Legal Studies, Feminist Legal Studies och Critical Race Studies. Se Minda, Postmodern Legal Movements s. 191 ff. Se för ett svenskt exempel på hur dekonstruktion kan betraktas som ett förled till något konstruktivt, Andersson, Constructive Deconstruction, s. 356–388.

[129] Andersson a.a. s. 365.

Inom dekonstruktion som teoretisk riktning sägs en ironisk tankestil vara framträdande – greppet att arbeta med paradoxer, absurditeter, motbilder och motsägelser finns i överflöd hos exempelvis Derrida.[130] *Ironi* kan vara ett sätt att komma verkligheten nära, så länge den inte slår över i poänglöst raljerande.[131] Ett sätt att *självkritiskt reflektera*.[132] Det är förstås inte en slump att avhandlingens huvudtitel är formulerad som en paradox, eller att en avsikt med avhandlingen är att söka rucka på (mina och rättens) invanda föreställningar om sättet att vara som människa i rätten. Ironi som tankestil är ett sätt att komma en annan verklighet, bortom normernas normering, närmare. Att formulera studiens problem med utgångspunkt i en rättslig likhetsideologi var ett första steg. I ett andra steg eftersöks en djupförståelse för forskningsobjektet genom en analyserande tankestil närliggande dekonstruktion. Konkret uttryckt så nöjer jag mig inte med det som förespeglas på ytan, utan frågar efter vad som döljer sig på djupen eller i undertexterna. Jag lyssnar inte bara efter vad och hur saker sägs, utan även efter det outsagda och det underförstådda.

Kritik och dekonstruktion är inte samma sak, men därmed inte sagt att de utesluter varandra. Skillnaden ligger i angreppssättens olikartade syften. Kritik kan inte anföras utan klargörande av vad kritiken grundas i – i annat fall blir det fråga om tyckande eller spekulationer.[133] Dekon-

[130] Alvesson & Sköldberg a.a. s. 401 ff.

[131] I sin avhandling från år 1841 betitlad ”Om begreppet ironi, med ständig hänsyn till Sokrates” (på originalspråket danska ”Om begrebet Ironi med stadigt Hensyn til Sokrates”), avhandlar den danske filosofen Søren Kierkegaard ironin som ett förhållningssätt och en metod för att komma sanningen nära. Med Kierkegaards egna ord: ”Ironin *avgränsar*, *ändliggör*, *begränsar* och skänker därmed sanning, *verklighet*, *innehåll*; den *tuktar* och *straffar* och skänker därmed *hållning* och *fasthet*. Ironin är en tuktomästare som bara fruktas av den som inte känner den, medan den älskas av den som känner den… Ironin som behärskat moment visar sig i sin sanning just däri att den lär oss verkliggöra verkligheten, däri att den lägger tillräcklig *tonvikt vid verkligheten*.” Thielst, Man förstår livet baklänges – men måste leva det framlänges s. 117 f. (Se citatet i originalspråk s. 355 ff på www.sks.dk.) Angående Kierkegaards avhandling skriver Simonsson att ”[i]roni kan ju bryta sönder gängse föreställningar och öppna möjligheter för nya synsätt. Sokrates iscensätter en ’ironisk metod’ där dialogen blir ett ändlöst frågande som sätter allt i tvivel. Underförstått är att var och en bär på sanningen inom sig själv. Ironin kan på så vis innebära subjektets egentliga begynnelse och sålunda fungera positivt.” Simonsson, Människans möjligheter – enligt Kierkegaard s. 54 f.

[132] Alvesson & Sköldberg, Tolkning och reflektion s. 477, skriver att ironi är viktigt för att kunna skapa en sådan distans som är nödvändig för vad de kallar en ”reflexiv metodologi”.

[133] Utgångspunkten för kritiken kan dock variera stort. Ett vanligt sätt att kritisera rätten är att peka på otydligheter, inkonsekvenser eller ”luckor” i lagen. Ett annat sätt är att

struktion strävar efter det motsatta: att inte ta en utgångspunkt, att *inte ta någonting som givet och orubbligt*, att söka se och ”stå ut med” att det varken är det ena eller andra (t ex idiot eller medborgare) – eller ett tredje – som är ett relevant, riktigt, bra eller *rätt* sätt att sortera verkligheten. Tänk om det inte går att säga vad som är gott/rätt/bra eller vad som är ont/fel/dåligt? Tänk, bara som ett tankeexperiment, om det kan finnas andra sidor av rättighetsdiskursen än de vi är vana att se – om frihet, rättvisa och likabehandling inte bara och i alla sammanhang är av godo.

Men, är det då möjligt att både dekonstruera och kritisera inom ramen för en och samma undersökning? Svaret ligger i greppens olika syften. Dekonstruktion som tankestil kan betraktas som en nyckel som kan låsa upp dörren till möjligheten att granska kritiskt. Genom ett dekonstruerande förhållningssätt möjliggörs, för mig, att ifrågasätta det förgivettagna inom det rättsvetenskapliga paradigmet som jag ofrånkomligen är en del av, och att därmed kunna varsebli annat än det invanda. Först då blir det möjligt att lyssna efter normen för mänskligt varande. Med hjälp av de kunskaper – insikter – som det dekonstruerande förhållningssättet resulterar i, kan en granskning ta vid. Dörren till en annan dimension av förståelse är så att säga upplåst. Det som återstår är att ta steget in i denna dimension och fundera över vad det som där kan uppfattas kan *betyda*.

1.4 Framställningens yttre och inre ramar

1.4.1 Material och avgränsningar som yttre ramar

Här ska klargöras vilket material som används i studien, hur detta material valts ut och hur det har använts. I grunden är studien inomrättslig och metoden rättsdogmatisk. Kapitel 3–5 är i huvudsak en redogörelse för vad som gäller, med vinkling mot ställningen som rättssubjekt och subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning. Materialet består därför i huvudsak av rättskällor i enlighet med rättskälleläran: författningstext, förarbeten, praxis och doktrin.[134] Metoden för tolkningen är

granska rätten från ett visst ”perspektiv”, eller att, som här, försöka visa hur rättens sätt att kategorisera och kvalificera rättssubjekten har betydelse för en annorlundavarande grupp av människor.

[134] Förvånansvärt lite rättsvetenskaplig litteratur finns dock att tillgå vad gäller ’leva som andra genom ställföreträdare’, och än mindre när det gäller frågan om rättssubjektet och rättssubjektivitet.

den rättsdogmatiska, i enlighet med vad som föreskrivs enligt rättskälleläran.

Eftersom syftet med studien inte är att klargöra ett rättsläge, utan att undersöka betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten, har urvalet av rättskällematerial skett med ett annat syfte än att eftersträva fullständighet i alla delar. Snarare än bredd har jag sökt djup. Materialet har därmed sökts med ett annat sökarljus än att finna ”allt” som skrivits om varje fråga som behandlas, såsom exempelvis om begreppet rättighet eller rätten till insatser enligt SoL och LSS. Jag har sökt material som kunnat besvara och fördjupa förståelsen för de specifika frågor som ställs i studien.

Därmed har jag även valt att göra avgränsningar. I huvudsak används inhemska svenska rättskällor, eftersom syftet med studien inte är att undersöka om svensk rätt står i överensstämmelse med internationella överenskommelser. Undantag görs dock för sådant internationellt rättsmaterial som är relevant för den rättsliga argumentationen i Sverige rörande ställningen som rättssubjekt och subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning. FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättningar (funktionsnedsättningskonventionen) är ett sådant exempel. Jag har vidare inte, med hänvisning till studiens syfte, funnit det nödvändigt att utreda EU-rättens inverkan på de rättsområden som undersöks. Undantaget är dock den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) som är svensk lag. Inte heller har jag bedömt att det varit relevant för syftet och frågeställningarna att göra jämförande utblickar till andra länders rättssystem och de lösningar som där finns på likartade problem som de som behandlas i denna studie.

Då syftet både innefattar frågor om vad som gäller *och* frågor om hur, varför och effekter av den gällande rätten, används även annat material än traditionellt rättskällematerial. Detta material består till övervägande delen av litteratur hämtad från funktionshinderforskning och filosofi. För den historiska redogörelsen i kapitel 2, fokuseras på rättsliga primärkällor i form av lagtext, propositioner och offentliga utredningar. Syftet är att beskriva en utveckling, en rörelse över tid, inte att fastslå vad som var gällande rätt vid vissa tidpunkter. Därmed har även en viktig källa varit litteratur som kunna bidra till att sätta förändringarna över tid i sin samhälleliga kontext.

I kapitel 6 där *homo juridicus* undersöks närmare, återanvänds i hög grad sådant rättsligt material som redan presenterats i tidigare kapitel. Material som tillkommer är både traditionellt rättskällematerial och litteratur av annat slag. I kapitel 6 företas även en analys av ställningen som subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning inom ramen för åtta kammarrättsavgöranden avseende rätt till kontaktperson enligt LSS. Syftet med denna analys är inte att kunna göra uttalanden om den gällande rätten, utan att genom exempel belysa ställningen som självbestämmande subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning. Rättsfallen har tillfrågats om subjektsställningen för personer med utvecklingsstörning – genom frågan om vilket utrymme som ges i prövningen till dessa personers verklighetsbeskrivningar och viljeyttringar. ”Läsningen” av rättsfallen kan liknas vid samma slag av analys som sker av intervjuutsagor. Jag har sökt efter tematiska mönster och efter likheter och skillnader i parternas och domstolens argumentation.

De kammarrättsfall som refereras och analyseras i detta syfte, fanns tillgängliga vid en sökning på rättsdatabaserna InfoTorg och Zeteo hösten 2010. Av de 15 kammarrättsfall i frågan som fanns tillgängliga vid detta slumpvis utvalda tillfälle, har de åtta som jag refererar valts ut därför att de faktiska omständigheterna inte kan sägas skilja sig särskilt mycket åt, men ändå varierar utfallen. Kontaktperson har både beviljats och nekats. Med hänvisning till rättsfallsanalysernas syfte, har jag inte tagit in kammarrättsdomar som meddelats senare än år 2010, trots att (många) sådana finns. Fler eller senare rättsfall har inte bedömts ha någon betydelse för det slag av analys som företas. Reglerna har inte förändrats, och syftet med analysen är inte att visa på förändringar i praxis. Syftet är att exemplifiera hur ställningen som självbestämmande subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning på intet sätt är självklar och kan variera stort beroende av vad domstolen väljer att fästa vikt vid i sin prövning.

Några forskningsetiska påpekanden kan vara på sin plats i relation till användningen av rättspraxis i studien – såväl från högsta instans som från lägre domstolsinstanser. Domarna rör fysiska personer och innefattar känsliga personuppgifter. Även om domar är offentliga och jurister sällan bekymrar sig om att sammanställa och på olika sätt använda uppgifter i domar i vetenskapliga texter, har jag valt att av etiska skäl utesluta personuppgifter eller annan information som skulle kunna innebära att de individer som rättsfallen avser kan identifieras genom min text.

1.4.2 Dispositionen som inre ram

Det har redan sagts att framställningen disponeras enligt strukturen dånu-makt, även om delarna förutsätter varandra. Som läsaren snart märker är dock den angivna strukturen i många fall uppluckrad. Dåtid och nutid vävs samman, och material och resultat från tidigare kapitel återkommer i många fall i senare kapitel, varför det ofta kors-hänvisas mellan de olika kapitlen. Därtill används fotnotssystemet genomgående för både källhänvisningar, korshänvisningar inom avhandlingen och fördjupande eller förklarande kommentarer till huvudtexten. Skälet till det sistnämnda är att jag eftersträvat en tydlig linje i huvudtexten. Tanken är att det inte ska vara nödvändigt att läsa de längre kommentarerna i noterna för att kunna förstå huvudtexten, men det rekommenderas för den som vill ha den mer meningstäta versionen av texten.

Istället för ett längre teoretiskt avsnitt i avhandlingens inledande del, har jag valt att lägga in teoretiska avsnitt där jag anser att de behövs. Kapitel 2 är till övervägande del en beskrivande historisk tillbakablick och en analys av utvecklingen av ställningen som rättssubjekt för personer med utvecklingsstörning fram till nutid. Kapitel 2 inkluderar dock även ett längre teoretiskt avsnitt om innebörden av ställningen som rättssubjekt, vad som avses med en fullvärdig rättssubjektivitet, vad som menas med förmåga att rättshandla, samt hur detta krav på det agerande rättssubjektet är avgörande för en individs möjligheter att betraktas som ett fullvärdigt rättssubjekt. På likartat sätt återfinns i inledningen av kapitel 6 ett längre teoretiskt avsnitt om relationen mellan makt, rätt och rättssubjektivitet. Avsikten med dessa insprängda teoretiska avsnitt i framställningen är att skapa plattformar för det som framläggs i de delar där de förekommer.

I kapitel 3–5 redogörs för innebörden av 'leva som andra genom ställföreträdare' enligt gällande rätt. Framställningen disponeras efter tanken *mål* (leva som andra) – *medel* (individuella rättigheter) – *medel för att nå medlen* (legalt ställföreträdarskap). Avsikten med detta sätt att bygga upp framställningen är att undersöka om det finns problem med "genom", det vill säga det faktum att en mellanhand behövs för att rättigheter som personer med utvecklingsstörning är tillskrivna inte är tillgängliga för dem utan en mellanhand. Ett annat grepp i framställningen inom kapitel 3 och 4 som måhända kan behöva förklaras på förhand, är att jag särskilt velat lyfta fram hur värdena *frihet*, *rättvisa* och *likabehandling*, som korresponderar med föreställningen om det autonoma och kompetenta rättssubjektet, kommer till uttryck i gällande rätt.

Genomgående har balans eftersträvats mellan undersökningens rättsområden. Studiens undersökningsområde är ’leva som andra genom ställföreträdare’, och både socialrätt och förmynderskapsrätt behandlas i alla delar, det vill säga såväl i den historiska framställningen som i undersökningen i kapitel 6 om normen och avvikelsen och analysen av ställningen för personer med utvecklingsstörning som subjekt i rättspraxis.

*

Med allt ovan sagt, återstår nu bara att börja berättelsen.

2 Från idiot till medborgare – historiens slut eller bara en början?[1]

”*Bara som skapande!* – Detta har berett mig det allra största besvär och bereder mig fortfarande det allra största besvär: att inse att det är av oändligt mycket större betydelse *vad tingen heter* än vad de är. Rykte, namn och anseende, betydelse, sedvanliga mått- och viktegenskaper hos ett föremål – ursprungligen i de allra flesta fall en missuppfattning och en godtycklighet, kastad över tingen som ett skynke och helt och hållet främmande för deras väsen och illa lämpad till och med för deras hud – allt detta har genom att man trott på det och från generation till generation fortsatt att tro på det med tiden så att säga vuxit fast och vuxit in i föremålet och blivit ett med själva dess kropp; det som till en början varit skenbart blir till slut nästan alltid substantiellt och *verkar* också substantiellt! Vem skulle väl vara så narraktig att han hävdade att det vore tillräckligt att fästa uppmärksamheten på detta ursprung och denna dimridå av fiktioner för att undanröja den som substantiellt betraktade världen, den så kallade ’*verkligheten*’! Bara som skapande är vi i stånd att undanröja! – Men låt oss inte heller glömma en annan sak: det är tillräckligt att skapa nya namn och värderingar och sannolikheter för att på lång sikt skapa nya ’föremål’.”[2]

[1] Grunewald, Från *idiot* till medborgare. De utvecklingsstördas historia, och Fukuyama, The End of History and The Last Man. Som framgick i avhandlingens problemformulering utgår denna från slutsatser i Grunewalds bok. Fukyamas bok används i kapitel 7.

[2] Nietzsche, Den glada vetenskapen, aforism nr 58 s. 69 f.

2.1 Ingen nutid utan dåtid

2.1.1 Om rättslig (o)utveckling och förändring

När frågan är vilken betydelse ett annorlundavara som utvecklingsstörning har i nutida rätt, bör den samtidigt vara vilken betydelse det har haft i dåtida rätt. Det nutida är alltid bärare av det dåtida som en referensram mot vilken nutiden kan förstås, men det dåtida är också en del av det nutida.[3] Rättssubjektet och rättssubjektiviteten som vi känner dem idag är inte en gång givna, utan har successivt över tid ändrat mening. På samma sätt har även personer med utvecklingsstörning figurerat i rätten på olika sätt vid olika tider; deras ställning som rättssubjekt har förändrats över tid. Beroende av hur funktionsnedsättningen rättsligt har *karaktäriserats och värderats* har dessa personer *kategoriserats som avvikande* på olika sätt, och gjorts till föremål för riktade regleringar av olika slag. Därtill har även deras *kvalificering som rättssubjekt* förändrats. Dessa förändringar över tid står i fokus i detta kapitel.

Inledningsvis kan konstateras att lagar och regler enkelt kan ändras. Ändringarna innebär dock inte per automatik att rättsliga *värderingar av och förväntningar på* exempelvis personer med utvecklingsstörning förändras i motsvarande mån. Det kan även konstateras att rätten ständigt förändras såsom en del av ett samhälle i fortgående omvandling.[4] Det är dock inte självklart att rättsliga förändringar i teori och praktik sker

[3] Jfr Kotkas, Den rättshistoriska forskningens etik s. 13 f, som med stöd av Derrida poängterar vår skyldighet att minnas, den etiska befallningen från det förflutna att inte glömma, utan *berätta om historien*. Inte med avsikten att kunna förutsäga framtiden eller berätta ”sanningen”, utan med avsikten att *självkritiskt granska våra egna gränser*. Med stöd i dekonstruktion enligt Derrida kritiserar Kotkas de gängse sätten i Finland att uppfatta rättshistoriaämnet och förespråkar ett alternativt synsätt. Rättshistoria kan, enligt gängse uppfattningar, vara ’rättshistoria som samhällsvetenskap’ eller ’rättshistoria som rättsdogmatik’, men bör framförallt förstås som ’rättshistoria som en humanistisk vetenskap’. Därmed öppnas upp för andra sätt att berätta om historien, vid sidan av sådana linjära förklaringsmodeller som de andra synsätten förutsätter. ”Eftersom historikern inte har någon direkt ingång till det förgångna – det förbli alltid som frånvarande – är det så att allt hon eller han kan göra är att berätta historier om det som någon gång har skett” (a.a. s. 13). Befallningen om att berätta om det förflutna bär med sig ett löfte om en ny framtid, men inte en *viss* framtid utan en framtid som vi inte vet något om. Att inte låsa historieberättandet vid vissa syften är därmed en etisk fråga i ordets vidaste bemärkelse.

[4] Jfr Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 27, som skriver om socialrätten att: ”den sociala rätten, är en rätt som befinner sig i ständig rörelse. Det normativa innehållet i rättsreglerna definieras och modifieras med utgångspunkt i den samhälleliga och rättsliga kontext som råder vid normtillämpningen. […] Genom att den samhälleliga kontexten ständigt förändras, förändras också rätten.”

i *takt* med ideologiska eller politiska förändringar.[5] Istället kan det vara rättvisande att beskriva rättens förändringsbenägenhet som i många fall trögare än samhällets – kanske till och med i vissa fall så trög att den inte förändras alls. Med utgångspunkt i det sagda utreds två frågor i detta kapitel: i) vilken betydelse ett annorlundavara som utvecklingsstörning har haft i rätten sett över tid, och ii) vilken ställning som rättssubjekt och subjekt som personer med utvecklingsstörning har haft vid olika tider.[6]

Huruvida olika lagar eller regler har upphävts, tillkommit eller förändrats är en enkel sak att konstatera. En helt annan sak är att fråga efter vilka förändringar som till följd därav faktiskt har åstadkommits i den rättsliga praktiken. En lag, en regel eller någon annan enskildhet som ska tillämpas befinner sig alltid i ett system av andra lagar, regler och principer mot vilka den ska tolkas och relateras. Till grund för enskilda rättsliga beslut läggs med andra ord både det specifika och en helhet. Helheten kan sällan sägas förändras i större utsträckning av att en enskild lag eller regel tillkommer eller ändras. Detsamma gäller för de rättsliga värderingar som grundar tolkningarna av rätten och de beslut som fattas.[7]

På ett likartat sätt som en människa kan sägas vara summan av sitt arv, sin sociala miljö, sitt genetiska arv och sina val, kan gällande rätt, ett rättsligt institut eller en rättslig konstruktion som rättssubjektet, betraktas som *summan av ett arv* i formen av föregående regleringar och praxis, en över tid föränderlig rättslig miljö i form av samhällskultur, ett omgivande rättssystem och en mängd rättsliga beslut. Det säger sig självt att förändringstakten för en sådan komplex organism som rätten i de flesta fall kan förväntas vara långsam.[8] Inte minst genom det rättsstatliga idea-

[5] Se för en iakttagelse av rättslig förändringströghet Mattsson, Rättighetssubjekt och omsorgsobjekt – hand i hand eller stick i stäv? Exemplet barn i institutionsvård s. 58–78. Mattsson visar hur två olika diskurser – en om barn som rättighetssubjekt och en om barn som omsorgsobjekt – förekommer parallellt i dagens rätt (både i lagstiftning och i praktisk tillämpning). Detta förklarar hon med att ett förändrat synsätt på barn inom andra paradigm inspirerat till enstaka lagändringar i lagar som härrör från äldre tider och andra synsätt.

[6] Här avgränsas undersökningen till de rättsområden som jag funnit relevanta för avhandlingens forskningsobjekt i den nutida rätten: 'leva som andra genom ställföreträdare'.

[7] Se Mattsson, Rättighetssubjekt och omsorgsobjekt – hand i hand eller stick i stäv? Exemplet barn i institutionsvård s. 77 f.

[8] Hydén, Rättssociologi som rättsvetenskap s. 15 skriver att "[v]i befinner oss i en formativ fas av samhällsutvecklingen där sociala förhållanden kommer att ändras och nya värderingar och nya sociala koder se dagens ljus. I detta läge verkar rätten både som ett hinder och en möjlighet. Rätten utgör en tröghetsfaktor som klamrar sig fast vid det

let om rätten som förutsebar, men även på grund av systemets komplexitet. Till stöd för att kunna förklara och förstå denna förändringströghet och dess effekter, ska härnäst en metafor etableras.

2.1.2 Rätten som ett träd

Ett träd växer på en viss plats, i en viss jordmån. Trädet växer och bildar nya grenar, framsprungna ur samma stam och rötter. De yngre grenarna på trädet kan, på grund av sin grönska och rörlighet, möjligen framstå som den verkligt levande delen av trädet, men grenarna kan inte kan leva utan rötterna och stammen. Från rötterna passerar genom stammen från tid till annan olikartad näring, beroende exempelvis av jordmånens yttre påverkan eller i vilken riktning rötterna växer. Trädets växtförutsättningar påverkas därtill av yttre förhållanden såsom klimatförändringar. Alla yttre omständigheter till trots så är dock fortfarande trädet detsamma, även om det till det yttre kan ha förändrats.

Liksom ett träd har ett rättsligt institut eller en rättslig konstruktion sina rötter i ett rättsområde (civilrätt, processrätt, offentlig rätt osv). Vilka frön som helst kan inte slå rot just där – det måste finns en kompatibilitet mellan regelkomplexet och det område där detta kan etableras. Även om ett rättsligt institut eller en rättslig konstruktion förändras på ytan genom att somliga grenar på trädet kapas och andra växer fram, och även om trädet över tid utsätts för yttre påverkan, låt säga i formen av folkrättslig nederbörd eller socialrättsliga vindar, så är det fortfarande *samma träd*.

När exempelvis omyndigförklaringen successivt ersattes av först godman- och senare förvaltarskapet, innebar inte de nya grenarna att det legala ställföreträdarskapsträdet inom familjerättsdelen av civilrätten förändrades i grunden. På ytan ser trädet visserligen annorlunda ut än det gjorde för snart hundra år sedan, men det hämtar alltjämt sin näring genom samma rötter: ett konstaterande av vissa människors avvikande förutsättningar eller förmågor att vara aktiva rättssubjekt. De yngre grenarna på ställföreträdarskapsträdet i form av godman- och förvaltarskapen är utlöpare från omyndigförklaringsstammen, vilket innebär att omyndigförklaringen alltjämt kan sägas fortleva som en del av det nya. Det är omöjligt att förstå godman- och förvaltarskapen utan beaktande av vad som gällde för omyndigförklaringen.

---

gamla industrisamhällets normativa strukturer samtidigt som den erbjuder en möjlighet att verka initierande och vara ett stöd för nya samhällsfenomen."

Med ovanstående liknelse som utgångspunkt kan frågan resas om vad som krävs för att mer ingripande förändringar ska kunna åstadkommas i rätten. Måhända är det inte tillräckligt att kapa en gren och låta en annan växa fram på ett befintligt träd; måhända är det inte heller tillräckligt att peka på en förändrad omgivning som ett regelkomplex ska samspela med. Om förändring ska kunna åstadkommas kanske det krävs att trädet helt sågas ned – kanske till och med att rötterna grävs upp. Om det menas allvar med att även personer med nedsatta intellektuella förmågor ska likabehandlas som subjekt i rätten måste man kanske tänka om i grunden när det gäller formerna för ställföreträdarskap?

2.2 Roten till den rättsliga historien om personer med utvecklingsstörning: karaktärisering som själsligen avvikande

2.2.1 Utpekande av en avvikande sinnesfunktion

2.2.1.1 Varierande beteckningar och karaktäriseringar över tid

Det annorlundavara som idag betecknas som utvecklingsstörning har sannolikt alltid funnits som en mänsklig variation. Hur detta annorlundavara har *betecknats och karaktäriserats* och vilka konsekvenser som följt därav, har dock varierat över tid. Först vid inledningen av 1900-talet ådrog sig denna form av funktionsnedsättning, då under beteckningen sinnesslöhet, rättsligt intresse.[9] Under 1900-talet ändrades de rättsliga beteckningarna för tillståndet vid ett flertal tillfällen. Med de ändrade beteckningarna följde även förändringar av hur tillståndet karaktäriserades. Den tidigaste beteckningen inom psykiatrin för det tillstånd som idag kallas utvecklingsstörning var *idioti*. Redan på 1700-talet användes termen idiot som en beteckning för personer ”med abnormt svagt förstånd”.[10] Till begreppet idioti fördes också begreppet *imbecillitet*, med vilket avsågs en lindrigare form av idioti.[11]

[9] Från slutet av 1890-talet utgick årligt statligt stöd enligt kungörelser om statsunderstöd för drift av uppfostringsanstalter för sinnesslöa barn och sedermera även arbetshem för sinnesslöa vuxna. Se SOU 1927:18 s. 7.

[10] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 28.

[11] Grunewald a.a. s. 15 och s. 44 ff.

Den officiella beteckning som var den tidigast förekommande i svenska lagtexter var *sinnesslöhet*. Inom gruppen sinnesslöa fanns en variation som sträckte sig från idioti som det svåraste tillståndet till imbecillitet som det lindrigaste (vilket får anses motsvara vad som idag omtalas som lindring utvecklingsstörning). I samband med införandet år 1915 av äktenskapsförbud för sinnesslöa, resonerades på följande sätt angående behovet av en begreppsbildning avseende:

> ”[…] de tillstånd av hämmad psykisk utveckling, vilkas högsta grad betecknas som idioti. […] De kunde lämpligen betecknas som sinnesslöhet, med vilken beteckning då avsåges grader av utvecklingshämning, vilka ligga under en utvecklingsnivå, som motsvara den normalt vid straffmyndighetsålder (15 år) föreliggande.”[12]

Undantagna från beteckningen sinnesslö var dock ”de lindrigaste formerna av imbecillitet, vilka stå på gränsen till den svaga begåvningen utan abnorm karaktär.”[13]

Sinnesslöbegreppet var väl etablerat under en dryg generation, men expertisen på området var inte helt tillfreds med vad som tillskrevs beteckningen. I förarbetena till lagen (1944:477) om undervisning och vård av sinnesslöa resonerades på följande sätt om sinnesslöheten:

> ”Enligt gällande språkbruk betecknas som sinnesslö den, som på grund av ett medfött eller senast i barndomen förvärvat psykiskt defekttillstånd saknar förutsättningarna för att självständigt kunna sköta sig och sina angelägenheter. Denna beteckning har i många fall lett till missförstånd, då den, som icke är fackman på området, i ordet lagt den innebörden att ’slöhet’ skulle föreligga, d. v. s. brist på energi, initiativ och företagsamhet. Så är långt ifrån alltid fallet. Många av de sinnesslö äro trots *bristande uppfattningsförmåga och omdöme* normalt aktiva, de till den eretiska typen hörande t. o. m. hyperaktiva och med livliga reaktioner.”[14] (min kurs.)

En sinnesslö person var alltså inte alltid med nödvändighet ”slö”. Med hänvisning till andra lagliga sammanhang där begreppet sinnesslö användes, ansågs det dock inte lämpligt att föreslå en annan begreppsapparat.[15] Det ansågs heller inte vara görligt att i lagtext exakt ange gränser mellan

[12] NJA II 1916 s. 47 f. Det bör i sammanhanget noteras att en 15-årings kunskaps- eller mognadsnivå i början av 1900-talet inte motsvarar en 15-åring idag; enligt Grunewald motsvarar dåtidens 15-åring en 11-åring i dagens samhälle. Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 90.

[13] NJA II 1916 s. 49.

[14] Prop. 1944:205 s. 42.

[15] Prop. 1944:205 s. 44.

efterblivenhet (debilitet) och sinnesslöhet (imbecillitet). Eftersom den föreslagna lagens syfte var att kunna ge utbildning till sådana sinnesslöa som ansågs bildbara, bestämdes att med sinnesslö i lagens mening skulle avses den som ”intellektuellt står för lågt för att kunna tillgodogöra sig den i folkskolan och inklusive dess hjälpklasser meddelade undervisningen.”[16]

Sinnesslöhet var den beteckning som användes i svenska lagtexter under så lång tid som från inledningen av 1900-talet fram till år 1955.[17] Vården som under denna period bedrevs för personer med utvecklingsstörning kallades följaktligen ”sinnesslövården”.[18] Först i mitten av 1950-talet kom beteckningen att ifrågasättas och ändras. I förslag till ny vårdlag för gruppen konstaterades att termerna sinnesslö och sinnesslöhet vid denna tidpunkt förekom på många ställen i lagstiftningen, men att begreppet inte föreföll ha samma innebörd i alla lagar.[19] Det som åsyftades var dock i samtliga lagar ”någon grad av defekt på intellektets område, som inom psykiatrin benämnes oligofreni.”[20]

I samband med införandet av lagen (1954:483) om undervisning och vård av vissa psykiskt efterblivna, ersattes sinnesslöhet med den nya beteckningen *psykisk efterblivenhet*. Begreppsbytet motiverades dels med att psykiatrin inte längre godtog sinnesslöhet som beteckning,[21] dels med konstaterandet att ”slöhet till sinnet utgör nämligen knappast något

[16] Prop. 1944:205 s. 43.

[17] Se exempelvis 1915 års giftermålsbalk 2:5 och förmynderskapslag (1924:320) 1:2 p. 1, vars regler om omyndigförklaring sedermera lyftes över till FB år 1949. Att notera är att begreppet sinnesslöhet dock inte kom att utmönstras ur andra lagtexter förrän betydligt senare än år 1955, även om den officiella hållningen var att begreppet var förlegat. Exempelvis ändrades grunderna för omyndigförklaring först år 1975 på så sätt att sinnesslöhet ersattes av tillståndsbeskrivningen ”hämmad förståndsutveckling”. Sinnesslöheten behölls även som grund för äktenskapshinder fram till dess att möjligheten att hindra äktenskap på grund av mentala tillstånd avskaffades år 1973.

[18] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 16. Se som exempel SOU 1927:18, betitlad ”Betänkande med förslag rörande ordnandet av vården av vuxna vanartade sinnesslöa (asociala imbecilla)”. Se även lag (1944:477) om undervisning och vård av bildbara sinnesslöa.

[19] Prop. 1954:26 s. 17. De exempel som tas upp är giftermålsbalken, föräldrabalken, strafflagen, sinnessjukhuslagen och 1944 års lag om undervisning och vård av bildbara sinnesslöa.

[20] Prop. 1954:26 s. 17.

[21] ”Inom psykiatrin brukar de oligofrena efter graden av undermålighet indelas i tre undergrupper – debila, imbecilla och idioter. Av dessa räknas dock i allmänhet icke de debila […] till de sinnesslöa”. Prop. 1954:26 s. 17 f.

väsentligt karakteristiskt drag gemensamt för alla inom gruppen."[22] Det konstaterades vidare att instrumentet för att mäta sinnesslöhet – intelligenstestning som resulterade i en intelligenskvot[23] – inte var tillfredsställande eftersom intelligenskvoten inte alltid hade visats vara avgörande för den "sociala anpassningsförmågan". Tvärtom hade "även efterblivna med en förhållandevis låg intelligenskvot kunnat klara sig relativt bra i samhället, medan andra med samma kvot måst omhändertagas på anstalt."[24] Nu sökte man därför efter ett nytt sätt att beteckna de personer för vilken åtgärder skulle kunna vidtas med stöd av lag.

Valet av ny beteckning föll på uttrycket psykisk efterblivenhet, men det markerades att det var det avvikande *tillståndets konsekvenser* som var det intressanta. De vuxna som kunde komma ifråga för undervisning eller vård var enligt lagens 1 § de personer som på grund av psykisk efterblivenhet "äro ur stånd att taga vård om sig själva". Därmed skedde en önskvärd anpassning till samma bedömningsgrunder som förelåg för omyndigförklaring enligt FB 10:1.[25] Vad som avsågs var om personen ifråga "över huvud icke kan klara sig på egen hand ute i livet".[26]

Terminologin förändrades ånyo redan år 1968, då lagen (1967:940) angående omsorger om vissa *psykiskt utvecklingsstörda* trädde i kraft.[27] Skälet till att det åter ansågs finnas ett behov av ett begreppsbyte var att beteckningen psykisk efterblivenhet bedömdes ha fått en dålig klang – en förringande innebörd. Det påpekades också särskilt att "en underutveckling i intellektuellt hänseende inte nödvändigtvis behöver innebära ett statiskt tillstånd."[28] Angående beteckningen efterbliven (som nu föreslogs skulle avskaffas) resonerades i 1966 års utredning på följande sätt:

[22] Prop. 1954:26 s. 46.

[23] Till hjälp för att bestämma "graden av efterblivenhet" genomfördes intelligensmätningar, som mättes i antingen "intelligensålder" genom att ange den ålder som den undersöktes utveckling ansågs motsvara hos ett barn, eller i intelligenskvot (IQ). Den sistnämnda skalan angav förhållandet mellan intelligensåldern och levnadsåldern angiven i procent med 100 som normalvärde. Angivet i IQ var den som fick 0–40 idiot, 40–65 à 70 imbecill och slutligen 65 à 70–85 debil. Se prop. 1954:26 s. 18. Enligt Grunewald förlitade man sig under lång tid inom psykiatrin och anstaltssverige på de så kallade intelligenstesterna för avvikelsebestämning. Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 87 ff.

[24] Prop. 1954:26 s. 49.

[25] Prop. 1954:26 s. 94.

[26] Prop. 1954:26 s. 94.

[27] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 11.

[28] Se SOU 1966:9 s. 40 och 44 f. Se även Grunewald & Wessman, Omsorgslagen. Lag och stadga angående omsorger om viss psykiskt utvecklingsstörda s. 20.

> ”De psykiskt efterblivna utgör […] en tämligen heterogen grupp. I den allmänna bilden av dem är dock givetvis den intellektuella underutvecklingen det dominerande draget. Denna kommer främst till uttryck i nedsatt förmåga hos den efterblivne att tillägna sig kunskaper, att kvarhålla dem och att utnyttja dem. Den efterblivne har vidare bristande förmåga att tänka abstrakt och systematiskt samt har inte sällan svårt att överblicka och beräkna konsekvenserna av en handling. Andra med intellektuell underutveckling sammanhängande drag är en allmän torftighet i föreställningsvärlden, oförmåga att planera för framtiden och bristande motståndskraft mot påverkan från andra människor.”[29]

Utredningen konstaterade vidare att det vid denna tidpunkt ingalunda var så att beteckningen sinnesslö hade utmönstrats – beteckningen sinnesslö förekom alltjämt i en rad lagar och med en icke samordnad innebörd.[30] De möjliga nya beteckningar för den föreslagna lagens målgrupp som diskuterades i utredningen var *psykiskt utvecklingshämmad* eller *psykiskt utvecklingsstörd*:

> ”Ehuru bristerna i intellektuellt hänseende utgör det mest framträdande draget hos nu ifrågavarande klientel, må här erinras om den inverkan som de nedsatta intellektuella funktionerna […] ofta har även på andra delar av själslivet, såsom känslo- och viljelivet. Det är givet, att individen kan komma att i betydande grad präglas härav. Genom att även andra psykiska funktioner än den intellektuella kapaciteten mer eller mindre påverkas synes det inte nödvändigt att vid begreppsbildningen ensidigt understryka nedsättningen av denna.”[31]

Utredningen föreslog att benämningen psykisk utvecklingshämning skulle användas, med anledning av att denna beteckning dels förespråkades av anhöriga till personer med utvecklingsstörning, dels fick en mindre medicinsk och mer social och pedagogisk prägel.[32] I den efterföljande propositionen stannade dock departementschefen för uttrycket psykiskt

[29] SOU 1966:9 s. 40.

[30] I SOU 1966:9 hänvisas i not på s. 41 till följande lagrum och utredningar där begreppet sinnesslö alltjämt förekom år 1966: ”GB 2:2, 2:5, 3:2, 10:2, 15:3 och 15:10, FB 10:1, 20:2, 20:7, 20:19 och 20:21, ÄB 10:4 och 13:2, BrB 6:2, 31:3, 33:2 och 36:8, RB 21:2, 21:3, 36:4 och 36:13. Begreppet förekommer vidare bl. a. i 1924 års lag om verkan av avtal som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet, 1938 års lag om avbrytande av havandeskap, 1941 års lag om sterilisering och 1946 års lag med särskilda bestämmelser angående vittne vid vissa rättshandlingar. Jfr vidare betänkande angående medicinska äktenskapshinder SOU 1960:21 och betänkande angående äktenskapsrätt SOU 1964:34 och 35.”

[31] SOU 1966:9 s. 46.

[32] SOU 1966:9 s. 47.

utvecklingsstörd, eftersom detta uttryck redan hade etablerats i det allmänna språkbruket.[33]

Benämningen psykiskt utvecklingsstörd behölls i den senare lagen (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl. Till den nya omsorgslagens personkrets tillfördes även personer som efter utvecklingsåren på grund av sjukdom eller yttre våld fått en hjärnskada som medför ett betydande och bestående begåvningshandikapp samt personer med barndomspsykos (autism).[34] Föredraganden skrev i propositionen att ”när jag i det följande talar om psykiskt utvecklingsstörda avser jag alla de tre nämnda grupperna”.[35] I specialmotiveringen till lagen framgick att någon förändring jämfört med 1967 års omsorgslag vad gällde begreppet psykiskt utvecklingsstörning inte var avsedd. Angående lagens personkrets anfördes följande:

> ”Psykisk utvecklingsstörning är en intellektuell funktionsnedsättning som beroende på grad och miljö utgör ett handikapp. Den sammanhänger med en under individens utvecklingsperiod inträffad brist eller skada som i många fall är så betydande att personen behöver stöd och hjälp i sin livsföring genom särskilda omsorger för att kunna delta i samhällslivet […]. Vid bedömning av den intellektuella förmågan skall psykologiska, sociala och pedagogiska faktorer vägas samman. […] Begåvningshandikappade är ett begrepp som omfattar fler grupper än utvecklingsstörda. I begreppet innefattas dels psykiskt utvecklingsstörda, dels människor med lindrigare former av intellektuell funktionsnedsättning och dels människor som drabbas av sådan nedsättning senare i livet än under utvecklingsperioden.”[36]

Motivet till att vidga personkretsen i 1985 års omsorgslag var att omsorgerna nu betraktades som rättigheter för de enskilda.[37] Allt tvång rensades bort ur lagen: de nya ledorden var självbestämmanderätt, integritet, integrering och normalisering.[38]

Sedan införandet av LSS år 1994 har prefixet ”psykiskt” utmönstrats; nu talas i målgruppsbestämmelsen (1 §) endast om *personer med utvecklingsstörning*. I samma personkrets ingår även personer med autism eller

[33] Prop. 1967:142 s. 104.

[34] Prop. 1984/85:176 s. 19.

[35] Prop. 1984/85:176 s. 20.

[36] Prop. 1984/85:176 s. 56.

[37] Prop. 1984/85:176 s. 20. Somliga remissinstanser ansåg att lagens personkrets var för snävt formulerad – det fanns många andra grupper av funktionshindrade som i rättvisans namn också behövde omsorger och vars rätt till sådana borde regleras på samma sätt som för de personer som nu kom att omfattas av den nya omsorgslagen.

[38] Prop. 1984/85:176 s. 16.

autismliknande tillstånd. Motivet till att prefixet ”psykiskt” togs bort var att detta redan hade försvunnit i vanligt språkbruk. Någon skillnad i sak var dock inte avsedd – samma bestämning som citeras ovan från förarbeten till 1985 års omsorgslag återupprepas i specialmotiveringen till LSS.[39]

2.2.1.2 Värderingar av karaktäriseringen – kategorisering som själsligt avvikande

Gemensamt för samtliga ovan nämnda beteckningar, även dagens beteckning,[40] är att de grundas i en konstaterad *avvikelse jämfört med en normalperson* vad gäller intellektuell förmåga. Därmed finns grund för kategorisering – att hänföra personer som betecknats och karaktäriserats på ett visst sätt till en viss grupp. Sedda i backspegeln kan noteras att beteckningarna, karaktäriseringarna och kategoriseringarna av personer med utvecklingsstörning stått i nära relation till en annan grupp: personer med psykiska sjukdomar. Relationen kan beskrivas både som ett särskiljande mellan och en sammanföring av grupperna.

Sinnesslöhet betecknades och karaktäriserades tidigt som något väsensskilt jämfört med sinnessjukdom, men konsekvenserna i både rättslig och faktisk mening av att karaktäriseras som sinnesslö respektive sinnessjuk har i historien varit desamma. Exempelvis innefattades enligt en särskild bestämmelse även sinnesslöa i sinnessjuklagen från år 1929, med konsekvens att vissa sinnesslöa vårdades på samma institutioner som sinnessjuka.[41] Först i samband med 1944 års lag om undervisning och vård påbörjades en samordnad förändring av denna samvård. I specialmotiveringen till sistnämnda lags 1 § anför sakkunniga att sinnesslöhetsbeteckningen i vissa fall lett till missförstånd på så sätt att

> ”sinnesslöhet ansetts föreligga hos sinnessjuka, hos vilka det framträdande symtomet varit psykisk avtrubbning och nedsatt aktivitet, och inte så sällan har det inträffat att en patient lidande av schizofreni, vilken före insjuknande visat normal begåvning, anmälts till sinnesslöanstalt. Ett särskiljande av

[39] Prop. 1992/93:159 s. 167.

[40] Det bör dock påpekas att det föreligger en väsentlig skillnad i att som idag tala om personer – som andra – *med* en funktionsnedsättning av ett visst slag, jämfört med en beteckning som utpekade vissa människor som en annan sorts människor. Kanske till och med lite mindre mänskliga än andra.

[41] Se prop. 1954:26 s. 13 f, där det förhållandet att sinnesslöa vårdades tillsammans med sinnessjuka framhölls som ett problem. Somliga statliga anstalter avsedda för sinnesslöa hade även förklarats som sinnessjukhus.

> sinnessjuka och sinnesslöa är nödvändigt, då de i mycket reagera helt olika, kräva olika behandling och ha en helt olika prognos."[42]

Båda slagen av avvikelse har också *i rättslig mening karaktäriserats och värderats* på samma sätt.[43] Relationen mellan karaktäriseringarna framgår tydligt om de dåtida beteckningarna sinnessjuk och sinnesslö – som alltså i början av 1900-talet förekom sida vid sida i lagtexter, exempelvis i giftermålsbalken och förmynderskapslagen – jämförs.[44] Båda tillståndsbeteckningarna tar sikte på *sinnena*. Personer som betecknades som sinnessjuka eller sinnesslöa ansågs båda, men på olika grunder, inte vara 'vid sina sinnens fulla bruk'. En sinnes*sjuk* persons sinnesintryck ansågs inte tillförlitliga på grund av att han exempelvis led av synvillor, hörde röster som inte fanns eller inbillade sig saker. Han led av *vanföreställningar*, var, med en ännu äldre beteckning, *vansinnig* (van-sinnig). På grund därav, kunde hans beslut eller viljeyttringar inte betraktas som tillräkneliga, varken i rättslig eller i annan mening.[45]

Problemet med en sinnes*slö* persons sinnesintryck var ett annat. Sinnesslöhet innebar inte att personens sinnesintryck var felaktiga eller för-

[42] Prop. 1944:205 s. 42 f.

[43] Psykansvarskommittén beskriver från ett straffrättsligt perspektiv hur "psykiskt störda" redan i det antika Grekland och sedermera i den romerska rätten behandlades på ett annat sätt än andra lagöverträdare. "Gemensamt för synsättet […] var att de psykiskt sjuka [i det antika Grekland, min anm.] betraktades vara utan *normalt mänskligt förnuft*. Denna förnuftsbrist var det huvudsakliga skälet till att de inte ansågs kunna ställas till svars för sina handlingar. […] i den romerska rätten skilde man mellan olika typer av psykisk sjukdom eller vansinne. Exempelvis ansågs den fullständigt sinnessjuke oförmögen att utföra någon typ av rättshandling. Allmänt gällde att den psykiskt sjuke inte skulle straffas, eftersom hans handlingar inte ansågs vara styrda av en *fri vilja*." (mina kurs.) SOU 2002:3 s. 163.

[44] Se exempelvis 1915 års giftermålsbalk 2:5: "Ej må den träda i äktenskap som är sinnessjuk eller sinnesslö", eller förmynderskapslagen 1:2: "Den som fyllt tjuguett år, skall av rätten förklaras omyndig: 1. Om han på grund av sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten är ur stånd att vårda sig eller sin egendom".

[45] Jämför Foucaults analys av Descartes första meditation (och av Derridas läsning av samma text) i Diskursernas kamp s. 134 f: "Att vara *insanus* är att anse sig vara något som man inte är, det är att tro på spökbilder och vara offer för illusioner. Så långt om tecknen. […] Men när Descartes inte längre ska beskriva vansinnet utan hävda att jag inte bör följa de vansinnigas exempel använder han termerna *demens* och *amens*: det är en i första rummet juridisk term som sedan också blir medicinsk, och den betecknar en hel kategori av människor som är oförmögna till vissa religiösa, civila och juridiska handlingar; *dementes* förfogar inte över alla sina rättigheter i fråga om att tala, lova, binda sig, underteckna, inleda process och så vidare. *Insanus* (sinnesrubbade) är en karaktäriserande term, *amens* och *demens* (otillräknelig) är diskvalificerande termer. I första fallet handlar det om tecknen, i andra fallet om kapaciteten."

vrängda (sjuka), utan problemet låg i individens förmåga att bearbeta och tolka dessa intryck:

> ”Sinnesslöhet är uttryck för en förlångsammad själslig utveckling. Förmågan att emottaga och bevara sinnesintryck är i regel orubbad, och de förändringar, som känslo- och instinktlivet kunna förete, visa inga specifikt utmärkande drag. Det kännetecknande är den bristfälliga förmågan att utfinna associativa förbindelser och att bilda begrepp. Förmågan saknas visserligen ej helt, men den är förkrympt. Denna undermålighet framträder olika starkt i olika fall, och man skiljer på debilitet, imbecillitet och idioti.”[46]

Långsamheten ansågs, i likhet med sinnessjuka, inverka på *förståndet och viljeverksamheten*.[47] Den sinnesslöes förmåga att tolka världen och fatta rationella beslut ansågs lika otillförlitlig som ett barns.[48] Den rättsliga konsekvensen var att en sinnesslö persons beslut eller viljeyttringar, återigen i likhet med en sinnessjuk persons, ansågs rättsligt otillräkneliga – dessa personer betecknades med ett dåtida uttryck som *rättsinkapabla*,[49] till skillnad från ”fullt rättskapabla” personer.[50] Därtill anfördes att det inte var ovanligt att sinnesslöa också blev sinnessjuka. Därmed betraktades de alltså som i dubbel mening otillförlitliga och inkapabla.[51]

De sinnesslöa personerna nedvärderades öppet under första halvan av 1900-talet. I offentliga utredningar diskuterades deras intellektuella och moraliska (eftersom moralen antogs sammanhänga med förmågan att reflektera över beslut och handlingar) ”undermålighet” eller

[46] SOU 1929:14, Bilaga 3 s. 92.

[47] Jfr vad som skrivs i prop. 1944:205 s. 42 om ”*bristande uppfattningsförmåga och omdöme*”; prop. 1954:26 s. 32: ”Med sinnesslöhet förstår man i allmänhet en mer eller mindre djupgående, ofta medfödd *rubbning på förståndslivets område* […]”.

[48] Se exempelvis NJA II 1924 s. 255 eller SOU 1933:22 s. 57.

[49] Exempelvis diskuterades frågan om samtycke i samband med förslaget till införande av den första steriliseringslagen, men det konstaterades att eftersom de sinnesslöa var rättsinkapabla – eller bara inkapabla – så kunde de inte samtycka i rättslig mening, SOU 1933:22 exempelvis s. 16 eller s. 65 ff. Att det utan samtycke i faktisk mening kunde bli fråga om tvång betraktades inte som ett problem, eftersom de sinnesslöa helt enkelt antogs inte ha någon egen vilja att betvinga, se Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 116.

[50] Se SOU 1933:22 där det diskuteras om den föreslagna steriliseringslagen skulle omfatta även regler om sterilisering på frivillig grund av fullt rättskapabla personer s. 66 f.

[51] Se SOU 1927:18 s. 34, där utredaren påpekar att det är svårt att dra en gräns mellan sinnessjuk- och sinnesslövården eftersom imbecilla ”bliva nämligen icke så alldeles sällan sinnessjuka”. Det slag av sinnessjukdom som åsyftas är orostillstånd och hallucinationer. (Tillstånd som det väl idag kan tyckas vara fullständigt friskt att utveckla om man tvångsvis vårdas på anstalt på livstid.)

”mindervärdighet”.[52] I sammanhanget bör noteras att det vid denna tidpunkt fanns liten relativitet i karaktäriseringen och kategoriseringen. Det talades inte, som idag, om personer – som alla andra – *med* sinnesslöhet.[53] En person hos vilken sinnesslöhet konstaterades *var* sinnesslö, det vill säga det var sinnesslöheten som var det signifikanta hos individen, och om personen var sinnesslö så var han också inkapabel och därmed en onormal, avvikande sorts människa. Och dessa avvikande personer betraktades som ett problem.

En förklaring till att själsliga avvikelser kom att hamna i fokus som ett problem i behov av åtgärdande under första hälften av 1900-talet, kan hämtas från samhällsutvecklingskontexten. I samband med utvecklingen av det moderna industrisamhället, en ökad urbanisering, en ökad tilltro till vetenskaperna och mindre tilltro till kyrkans auktoritet, ett ökat välstånd i samhället och en allt högre kunskapsnivå bland befolkningen, fick liberalismen som ideologi och förklaringsmodell för mänskligt varande ett starkt fäste.[54] Liberalismen framhöll, och framhåller alltjämt, och med än större emfas i de neoliberala riktningarna än i början av 1900-talet, *individens eget ansvar för sitt liv*. Människan beskrivs inom den liberala ideologin som fri (att sälja sin arbetskraft), självständig, oberoende och konkurrensinriktad. Individen framhävs framför kollektivet i denna ideologi, vilket vid denna tidpunkt var något nytt. En persons framtid ansågs inte längre avhängig hans status som tillhörande en viss släkt eller familj – det avgörande för hur en persons liv skulle utveckla sig var hur hårt personen själv var villig att arbeta och hur väl han (och senare även hon) förvaltade och utnyttjade sina naturgivna egenskaper. Människans rationalitet, förnuft och fria vilja betonades, och inte bara som naturgivna egenskaper,[55] utan även som det som kännetecknar den, i ett samhälle

[52] Se exempelvis SOU 1927:18 s. 14 ff, SOU 1929:14 s. 31 och SOU 1933:22 s. 71.

[53] En relativitet fanns dock i vissa sammanhang. Enligt förmynderskapslagen var det inte tillräckligt för omyndigförklaring att ett tillstånd som sinnessjuk eller sinnesslö kunde konstateras. Tillståndet skulle även innebära att personen ifråga var ur stånd att vårda sig själv eller sin egendom. Med tillägget dock att då ”en persons sinnessjukdom är uppenbar eller hans sinnesslöhet är fullt utpräglad, det icke gives något egentligt utrymme för tvekan om hans bristande förmåga att vårda sig eller sin egendom.” NJA II 1924 s. 225.

[54] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 49.

[55] Noggrannare sagt så hänförde Locke, under 1600-talet, sina tankar om människans natur (född fri och jämlik) i Two Treatises of Government till Bibelns berättelser. Först med Mills skrifter under 1800-talet, såsom On Liberty, började människans egenskaper betraktas som naturgivna. Om än inte lika *bra* – prestation lyftes, och lyfts väl alltjämt, särskilt fram i den liberala ideologin. Se Björk, Nina (2008) Fria själar s. 38 och s. 84.

som strävar efter ökat ekonomiskt välstånd, *dugliga* människan.[56]

Personer som saknade nämnda egenskaper, såsom sinnesslöa, betraktades med andra ord som icke dugliga samhällsmedlemmar och därmed som en belastning:

> ”I den mänskliga samlevnaden bliva dessa sjuka tärande och inte närande”.[57]

En *minskning av antalet* av sådana mindervärdiga individer i befolkningen ansågs önskvärd i en tid då ”(s)amhället i allt större utsträckning funnit sig böra själv sörja för de mindervärdigas vård, i följd varav samhällets utgifter för sådant ändamål kommit att ökas i utomordentlig grad.”[58]

Sett i ljuset av ovanstående är det inte förvånande att sterilisering av dessa mindervärdiga individer betraktades inte bara som en godtagbar utan till och med god idé, och senare också praktik. Det var dock inte bara i ett ekonomiskt och samhällsnyttighetsperspektiv som de sinnesslöa ansågs odugliga. Även i rättslig mening ansågs dessa personer sakna de rätta egenskaperna för att kunna erkännas som *kapabla*.

2.2.2 Rubbad självverksamhet som rättsligt diskvalificerande begrepp

Sinnessjukdom och sinnesslöhet var under tidigt 1900-tal typkategorierna inom ramen för den rättsligt diskvalificerande termen *rubbning av självverksamheten*.[59] Den som sålunda karaktäriserades och kategoriserades kunde omyndigförklaras och därmed berövas större delen av sin rättsliga handlingsförmåga.[60] Avtal som en sinnessjuk eller sinnesslö person hade ingått kunde ogiltigförklaras med stöd av 1924 års lag om avtal. Dessa personer underkändes även som agerande rättssubjekt på andra sätt, såsom det svepande uttrycktes i förarbetena till nya regler i giftermålsbalken:

> ”Det är […] enligt gällande rätt otvivelaktigt att den, som saknar förmågan att sluta avtal över huvud, ej heller äger ingå äktenskap. För så vitt sinnes-

[56] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 49.

[57] SOU 1929:14 s. 7.

[58] SOU 1933:22 s. 11.

[59] Se förmynderskapslag 1:2 p. 1 och lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits vid rubbad självverksamhet.

[60] Rättsverkningarna av en omyndigförklaring innebar att den så kallade *myndlingen* fick samma rättsliga ställning som ett 16-årigt barn. Mer om detta följer i avhandlingens kapitel 5, avsnitt 5.3.1.4.

> sjukdomen berövar den sjuke rättslig handlingsförmåga, utgör den alltså även äktenskapshinder."[61]

Inte heller ansågs en person som var "rättsinkapabel" på grund av rubbad själsverksamhet kunna *samtycka med rättslig giltighet* – såsom exempelvis till en så ingripande åtgärd som sterilisering. Av 1 § i 1934 års steriliseringslag framgick att den fick steriliseras som "på grund av sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten varaktigt saknar förmåga att lämna giltigt samtycke till att sterilisering å honom företages".[62] Det kunde med andra ord ha mycket stor betydelse för en individ att kategoriseras som sinnessjuk eller sinnesslö.

I samband med införandet av förmynderskapslagen år 1924, resonerade lagberedningen på följande sätt angående sinnesslöhet och det vidare begreppet "annan rubbning av själsverksamheten" såsom grund för omyndigförklaring:

> "Sinnesslöhet […] betecknar en ursprunglig psykisk utvecklingshämning, som föreligger, då en person i sin själsutveckling stannat vid eller under den grad, som motsvarar den vid straffmyndighetsåldern (femton år) normalt föreliggande. Sinnesslöheten omfattar således endast de svårare formerna av imbecillitet. Särskilt med hänsyn till den i uttrycket sinnesslöhet liggande begränsningen till de högre graderna av hämmad själsutveckling har det varit nödigt att i detta sammanhang jämväl upptaga 'annan rubbning av själsverksamheten'. Detta begrepp omfattar också lindrigare imbecillitet […]. Vidare höra hit s. k. partiella själsdefekter, såsom etisk imbecillitet, sexuell perversitet, dipsomani."[63]

Den personkrets som inkluderades i "rubbning av själsverksamheten" var alltså större än enbart personer som karaktäriserades som sinnessjuka eller sinnesslöa; även personer med lindrigare imbecillitet eller partiella själsdefekter kunde komma ifråga för omyndigförklaring. Omyndigförklaring var en obligatorisk åtgärd enligt förmynderskapslagen under förutsättning att de grunder som angavs var uppfyllda. Det som skulle prövas av rätten var dock inte förekomst av ett tillstånd i sig, utan tillståndets

[61] NJA II 1916 s. 47.

[62] Frågan om samtycke eller ej i steriliseringsärenden diskuterades ingående i SOU 1929:14 och SOU 1933:22. Mer om dessa diskussioner och steriliseringslagarna följer nedan under avsnitt 2.3.

[63] NJA II 1924 s. 225. Med etisk imbecillitet avsågs svag moralisk förmåga som ansågs visa sig i exempelvis sexuell lössläppthet, kriminalitet, lösdriveri eller tiggeri. Med uttrycket *dipsomani* menas en periodisk hemfallenhet åt alkoholmissbruk. Se Nationalencyklopedins hemsida: www.ne.se/dipsomani.

konsekvenser; det ansågs inte helt självklart att ett visst tillstånd innebar att den enskilde var *ur stånd att vårda sig eller sin egendom*:

> ”Väl kan det sägas, att då en persons sinnessjukdom är uppenbar eller hans sinnesslöhet är fullt utpräglad, det icke givas något egentligt utrymme för tvekan om hans bristande förmåga att vårda sig eller sin egendom. Men i andra fall bör omyndighetsförklaringen icke ske utan särskild prövning av den psykiska rubbningens betydelse i nämnda hänseende. […] Omyndighetsförklaringen bör ovillkorligen tillgripas, endast då den psykiska rubbningen hos en person fortskridit så långt, att han är ur stånd att själv vårda sig eller sin egendom.”[64]

I förarbetena till både förmynderskapslagen och den samtidigt införda 1924 års lag om avtal som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet, diskuterades *vad* det var som skulle bedömas gällande det ”psykiskt abnorma tillstånd” som enligt båda lagarna omfattade ”sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten”.[65] I relation till omyndigförklaringen anfördes att:

> ”Det bör anmärkas, att avgränsningen mellan de olika formerna av psykisk rubbning är utan betydelse inom förmynderskapsrätten. Av vikt är endast att *fastställa gränsen mot det normala själslivet*, även där detta kännetecknas av enfald, viljesvaghet o. d. I samtliga fall av psykisk rubbning förutsättes för omyndigförklaring, att rubbningen icke kan antagas vara av rent övergående natur. Det har icke varit erforderligt att åt denna förutsättning giva särskilt uttryck i lagtexten, enär av denna framgår, att den psykiska rubbningen är omyndighetsgrund endast i förening med en därav orsakad oförmåga hos en person att själv vårda sig eller sin egendom.”[66] (min kurs.)

En bedömning av om en persons *själsliv var onormalt* var alltså det avgörande. För att omyndigförklaring skulle kunna komma ifråga krävdes dock även att det onormala själslivet förorsakade en oförmåga att själv vårda sig eller sin egendom.

En sådan varaktig oförmåga att själv vårda sig eller sin egendom förutsattes dock inte för att ogiltigförklara avtal i enlighet med 1924 års lag om avtal. Däremot krävdes för att en specifik rättshandling skulle kunna ogiltigförklaras en motsvarande bedömning av den själsliga avvikelsen som den som skulle företas i samband med en omyndigförklaring. Vad gällde en själsligt rubbad persons tillräknelighet i civilrättslig mening anfördes av lagberedningen till 1924 års lag att:

[64] NJA II s. 225 f.

[65] NJA II 1924 s. 224 ff och s. 594 f.

[66] NJA II 1924 s. 225.

> ”Den stundom alltför långt drivna teorien om själslivets enhet, i följd varav varje rubbning av själsverksamheten skulle medföra total brist på rättslig handlingsförmåga, kan icke godkännas. Visserligen måste berörda teori principiellt gälla för den kriminella tillräkneligheten, enär straffpåföljd bör vara utesluten, så snart tvivel om tillräkneligheten kan råda. Men i avseende å den civilrättsliga handlingsförmågan skulle ett strängt genomförande av samma teori vara oförenligt såväl med ifrågavarande personers egna som med den allmänna samfärdselns intressen.”[67]

Även om ett tillstånd såsom sinnesslöhet kunde konstateras, skulle detta således inte per automatik föranleda ett konstaterande av total brist på (civil)rättslig handlingsförmåga, utan:

> ”[m]eningen är, att psykiskt abnorma personer skola erhålla *rättsskydd*, i den mån deras sinnestillstånd verkligen kräver det. […] Handlingens abnormitet kan bero därav, att den handlande saknat tillräcklig insikt om handlingens rättsliga eller faktiska betydelse, eller ock därav, att den handlande påverkats av motiv, som under normal sinnesförfattning icke skolat vara i stånd att göra sig gällande. Men vare sig rubbningen närmast träffat *förstånds-* eller *vilje*verksamheten, kommer det här likasom vid omyndighetsförklaringen ytterst an på *en kvantitativ avgränsning, som skiljer enfald och viljesvaghet från verkligt abnorma företeelser*.”[68] (mina kurs.)

Att notera i ovanstående citat är att motivet till att rättshandlingar i vissa fall skulle kunna ogiltigförklaras, var att skydda psykiskt abnorma personer från rättsverkningar av rättshandlingarna. Endast de personer vars sinnestillstånd verkligen krävde det, skulle dock erhålla sådant rättsskydd.[69]

Den skiljelinje som skulle dras mellan normal respektive rubbad eller abnorm själsverksamhet, förefaller utgå från två bedömningsskalor. På den ena skalan är förstånd–oförstånd ytterpunkterna, med ”enfald” som ett mellanläge. På den andra skalan är vilja–viljelöshet ytterpunkterna, med ”viljesvaghet” som ett mellanläge. Prövningen skulle inriktas på att *kvantitativt* avgränsa verkligt abnorma företeelser från enfald och vilje-

[67] NJA II 1924 s. 594.

[68] NJA II 1924 s. 594.

[69] Uttalandet i förarbetena till 1924 års lag om avtal kan jämföras med vad som anfördes i samband med införandet av regler om äktenskapsförbud i giftermålsbalken år 1915: ”Fakulteten har emellertid framhållit att sinnessjukdom enligt nutida vetenskaplig åskådning icke alltid kan anses innebära civilrättslig inkapacitet”. NJA II 1916 s. 47. Eftersom vissa sinnessjuka således inte på grund av rättslig inkapacitet alltid kunde vara förhindrade från att kunna ingå äktenskap men ansågs olämpliga att gifta sig med hänvisning till rashygien och äktenskapsinkompetens, behövdes ett explicit äktenskapsförbud.

svaghet. Vad som avsågs med en kvantitativ avgränsning framgår inte i sammanhanget. Språkligt sett menas med kvantitet mängd, omfattning eller storlek, varför det förefaller som att avgränsningen skulle grundas i en bedömning av hur ”stor” avvikelse som uppvisades jämfört med en normalförståndig och normalviljestark person. Någon närmare ledning än så gavs dock inte. Det tycks ha funnits en någorlunda klar bild av den normala människan, mot vilken avgränsningen mot det rubbade själslivets storlek skulle ske.

Oavsett skälen för diskvalificering som rättsligt kapabel på grund av rubbad själsverksamhet, kan konstateras att en tydlig *norm för mänskligt varande* i rätten framträder i ovanstående citat från förarbetena till förmynderskapslagen och 1924 års lag om avtal. Den *normala* personen ansågs vara *förståndig* och *viljestark* och ha *insikt* – kunskaper – om en handlings rättsliga och faktiska betydelse. Samme person skulle också ha *förmåga att rationellt uttrycka sig* om motiven för handlandet. Den person vars intellektuella förmågor ansågs mycket avvikande från normen kunde antingen formellt helt diskvalificeras som rättssubjekt genom en omyndigförklaring, eller åtminstone kunde enskilda rättshandlingar komma att ogiltigförklaras i det enskilda fallet. Diskvalificeringen som rättslig aktör gällde såväl sinnessjuka som sinnesslöa och alla andra vars självverksamhet bedömdes som rubbad i abnorm utsträckning.

2.3 Årsringar och förgreningar – personer med utvecklingsstörning som rättsliga objekt och rättslig kategori

2.3.1 Från en ytterlighet till en annan på 100 år

I detta avsnitt redogörs för de rättsliga konsekvenser som följt av att karaktäriseras och kategoriseras som sinnesslö och därmed själsligen avvikande. De utvecklingsstörda personernas rättsliga livshistoria är inte mer än ungefär 100 år lång, och skildras genom nedslag i historien vart 25:e år. Fokus ligger på sådan, företrädesvis civilrättslig och offentligrättslig, lagstiftning som infördes just med avsikt på personer med utvecklingsstörning.[70]

[70] Här avgränsas således regleringar inom andra områden, såsom exempelvis straffrätten, bort. Skälet är att andra rättsområden inte är relevanta för denna avhandlings forskningsområde ’leva som andra genom ställföreträdare’.

Det är inte länge sedan som personer med utvecklingsstörning tvångsmässigt kunde steriliseras, tvångsintas på institutioner och medicinskt experimenteras på utan eget samtycke.[71] I de nästföljande avsnitten ska redogöras för de lagar som understödde dessa praktiker. Här ska dock först några ord sägas om själva *svängningarna* i praktiker och rättslig reglering med avsikt på personer med utvecklingsstörning. Steriliseringsutredningen beskriver förändringarna under 1900-talets senare del som en pendel som slog över från en ytterlighet till en annan: ”från dominerande tvång till dominerande frivillighet; från befolkningspolitiska och ras/arvshygieniska motiv till socialmedicinska och familjeplanerande motiv; från samhällsintresse till individintresse.”[72] Förståelse av dessa förändringar och deras kraftiga utslag kan sökas i olika förklaringsmodeller.[73] Oavsett förklaringsmodell, kan dock konstateras att den *rättsliga* historien med personer med utvecklingsstörning som huvudperson är en motsägelsefull berättelse om problemformulering och -lösning.

Bland forskare såväl i Sverige som i andra länder synes samstämmighet råda om att det i huvudsak har varit två vetande- och praktiktraditioner som kämpat om herraväldet över diskussionen om denna avhandlings huvudperson – den *pedagogiska* och den *medicinska* traditionen.[74] Striden har stått om huruvida personer med utvecklingsstörning ska betraktas som bildbara, potentiellt ”närande” samhällsmedlemmar i behov av socialpedagogiska insatser, eller tvärtom som obildbara, obotliga och ”tärande” personer i behov av medicinsk vård.[75] Som kommer visas i

[71] Se exempelvis Vipeholmskandalen i avsnitt 2.3.5.1.

[72] SOU 2000:20 s. 16.

[73] Se exempelvis Färm, ”Socialt problem” eller ”som andra och i gemenskap med andra” – föreställningar om människor med utvecklingsstörning; se även Sandvin, Mot normalt? Omsorgsideologier i förändring, där olika författare lanserar olika förklaringsmodeller. Se även de generella indelningar som föreligger mellan individuella/medicinska förklaringsmodeller respektive sociala och miljörelativa förklaringsmodeller som presenterats i kapitel 1, avsnitt 1.2.2.1.

[74] Söder, Bakgrund, i Nirje, Normaliseringsprincipen s. 24 ff.

[75] Se Hirdman m.fl., Sveriges historia 1920 – 1965. De stora husen och de små människorna. Sjuka, fattiga och andra s. 273 ff. Med motsatsparet närande–tärande menas huruvida en person kan bidra till samhällsbygget genom att arbeta och försörja sig själv, eller om han eller hon ligger samhället eller andra människor till last såsom vård- eller försörjningsbehövande. Foucault har förklarat att syftet med anstaltsintagningen av sinnesslöa barn, snarare än att söka uppfostra dessa till närande individer, var att se till att dessa barns föräldrar skulle kunna förvärvsarbeta och bidra med ekonomisk tillväxt. Foucault, Psychiatric Power s. 214. Dessvärre kan väl, i linje med den trädmetafor som etablerades i kapitlets inledning, påpekas att närande–tärande-debatten inte alls enbart hör hemma

följande avsnitt har det under olika tidsepoker varierat vilken av dessa traditioner som haft problemformuleringsföreträdet, inflytandet över problemets lösning och över rättslig reglering med avsikt på gruppen. Sedan slutet av 1900-talet dominerar det *miljörelativa* synsättet på personer med funktionsnedsättningar.[76] Detta synsätt förespråkas idag av både världshälsoorganisationen (WHO) och av FN i den konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättningar som gäller i Sverige sedan år 2009. I Sverige etablerades det miljörelativa synsättet redan i början av 1980-talet.[77] Som förklarats i kapitel 1 innebär detta synsätt att funktionshinder betraktas som en produkt av mötet mellan den enskilde och omgivningen; en funktionsnedsättning blir ett funktionshinder först när den enskilde möter ett hinder för delaktighet i det omgivande samhället.[78] Detta hinder kan bestå både av fysiska hinder och av hinder som bottnar i hur personer med funktionsnedsättningar bemöts av andra människor.

I nedanstående skildring av den rättsliga livshistorien med personer med utvecklingsstörning som huvudperson, ligger fokus på konsekvenser vid olika tidpunkter av karaktärisering och kategorisering som föremål för specifik offentligrättslig reglering. Därvid uppmärksammas även de idétraditioner som de olika lagarna grundades i.

---

i det tidiga 1900-talet. I nutid används dock andra ord. Det talas om ”utanförskap” och om att ”det ska löna sig att arbeta”, och de karaktäriserande orden för människor i ”utanförskap” är exempelvis bidragsberoende eller långtidssjukskriven. Dessa benämningar är markörer som tyder på att den underliggande moralfrågan alltjämt är densamma: bidrar du eller är du en belastning? Trädet hämtar alltjämt sin näring genom samma rötter. Vi kanske inte ser dem, men det betyder inte att rötterna inte finns där.

[76] Kebbon, Normalisering – Klisjé og virkelighet s. 155. Se angående olika förklaringsmodeller avseende funktionshinder, kapitel 1, avsnitt 1.2.2.1.

[77] Se SOU 1982:46, SoU 1982/83:27 och prop. 1984/85:176 (förslaget till 1985 års omsorgslag). Se även prop. 1979/80:1 (förslaget till 1980 års socialtjänstlag) och prop. 1992/93:159 (förslaget till införande av LSS).

[78] För att konkretisera relationen mellan miljö och funktionshinder, kan man exemplifiera med att en person med synnedsättning inte är funktionshindrad i sitt eget hem. Denna privata miljö är anpassad efter hennes sätt att fungera; i sitt hem kan hon fungera utan att hindras av sin funktionsnedsättning. Ute i samhället kan dock synnedsättningen bli ett funktionhinder, beroende av att samhället inte fullt ut är anpassat för att även personer med synnedsättningar ska kunna delta fullt ut.

2.3.2 För ca 100 år sedan: sinnesslöa uppmärksammas som ett problem i behov av en lösning

2.3.2.1 Från kristen omsorg till medicinsk vård

Vid inledningen av 1900-talet var Sverige fortfarande i huvudsak ett jordbrukarsamhälle.[79] Den kristna kyrkan hade ett starkt samhällsinflytande.[80] Den pedagogiska omsorgstradition som nämnts ovan har sina rötter redan i den senare halvan av 1800-talet, då sinnesslöa barn för första gången omhändertogs på privata anstalter, anpassade särskilt för denna grupps behov.[81] Grunden till inrättandet av dessa privata anstalter och intagningarna där var kristen filantropisk medmänsklighet – kärleken till nästan.[82] Motivet till urskiljningen av just sinnesslöa barn var att det hade observerats att dessa for illa på fattighusen och hospitalen. Bakom urskiljningsmekanismen fanns således en räddningstanke: dessa barn skulle räddas från en ond och oförstående värld. Men idén var också att dessa barn genom rätt fostran och utbildning kunde omvandlas från tärande till närande medlemmar av samhället.[83]

Fostringstanken tog sig uttryck i ett ökat inrättande av institutioner under början av 1900-talet. Först vid mitten av 1940-talet fick landstingen ett formellt ansvar för att utbilda och vårda sinnesslöa, men dessa hade redan dessförinnan på frivillig grund med understöd från staten ombesörjt utbildning och vård för sinnesslöa i en ökande omfattning.[84] I slutet av 1920-talet fanns fyra slag av institutioner för sinnesslöa: internatskolor för ”imbecilla” barn som också kallades ”bildbara sinnesslöa”, arbetshem för imbecilla vuxna, asyler för ”idioter” som ansågs obildbara, samt uppfostringsanstalter för imbecilla vanartiga barn. Sinnesslögruppen hade nu förfinats i olika undergrupper, vilket kan ses som en direkt följd av att

[79] Hirdman m.fl., Sveriges historia 1920–1965 s. 54.

[80] Sidenvall, Frikyrkligheten i Sverige 1920–1965 s. 83 ff. Sidenvall beskriver hur många av de ledande männen i frikyrkoförbunden också var riksdagsmän ”på den liberala flanken” (s. 85).

[81] Till drivandet av dessa utgick som tidigare nämnts från år 1898 bidrag från staten enligt en kungörelse om understöd till uppfostringsanstalter och arbetshem för sinnesslöa, se SOU 1927:18 s. 7. Men i mångt och mycket var anstalterna självförsörjande – de sinnesslöa arbetade där, antingen med själva anstaltens drift eller som arbetskraft i ett till anstalten tillhörande jordbruk. Se Boréus, Diskriminering med ord s. 93.

[82] Söder, Omsorgsideologier i forandring, i Sandvin, Mot normalt? s. 45.

[83] Söder, Omsorgsideologier i forandring s. 45; Söder, Bakgrund s. 24; Boréus a.a. s. 84.

[84] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 72; Söder, Bakgrund, i Nirje (2003) Normaliseringsprincipen s. 25.

sinnesslöa personer vid denna tidpunkt hade varit institutionaliserade under några årtionden;[85] kunskaperna om sinnesslöa ökade eftersom de nu befann sig i fokus för vård och observationer på institutioner.[86]

Den nya kategoriseringen baserades delvis på behovet av att kunna förfina åtgärderna för olika personer inom gruppen – de personer som kallades ”obildbara”, ”svårskötta”, ”vanartade” och ”asociala” passade dåligt in i de strukturer för fostran och vård som anstalterna i första hand var avsedda för.[87] Alla sinnesslöa var inte lika lättskötta och bildbara som andra; vissa personer – de ”tjuvaktiga”, ”sexuellt opålitliga” och de ”starkt lynnesretliga” – betraktades till och med som ”skadliga för samlivet å en anstalt för bildbara sinnesslöa”.[88] Frågan var vad man skulle göra med dessa personer.

Sinnesslögruppens indelning i undergrupper kan även hänföras till det faktum att det vetenskapliga, medicinskt-psykiatriska inflytandet över synen på personer med utvecklingsstörning blev allt starkare under de första årtiondena av 1900-talet. Under samma period tog också rasbiologiska – ”vetenskapliga” – påståenden om sinnesslöhetens ärftlighet skruv, och den pedagogiska traditionen tappade inflytande över debatten om vad som skulle göras med detta inslag i befolkningen.[89] Att notera särskilt är att det inte enbart var biologisk-medicinska grunder som styrde den alltmer förfinade kategoriseringen. Moraliskt förkastliga beteenden, såsom ”opålitlig sexualitet”, kriminalitet eller lösdriveri, lades till grund för undergrupperna ”vanartade” och ”asociala”.

[85] Boréus, Diskriminering med ord s. 93 f.

[86] Som Foucault har visat, är kunskap och makt inbördes beroende på så sätt att den som har makten att med auktoritet formulera frågorna och besvara dem, också behärskar ”sanningen”. Kunskap och institutionell hantering går hand i hand i två riktningar. Kunskaper ger argument för institutionalisering, och väl på institutionerna kan de personer som där omhändertas studeras och kunskaperna ökas och ge nya argument för institutionalisering. Se Alvesson & Sköldberg, Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod s. 373 f, som förklarar att enligt Foucault kan kunskap och vetande inte separeras från makten och vara ”neutrala”. De är ett. ”Maktutövning och kunskapsutveckling/-tillämpning står i en intim relation till varandra. Genom klassificering, kodifiering, kalibrering, normalkurvor och indelningar av fenomen *hanterar man* och *når på samma gång kunskap* om dessa. Kunskap och institutionell hantering går hand i hand, i skola, psykiatri, kriminalvård, sexualrådgivning, barnomsorg, arbetsliv, etc.” (mina kurs.) A.a. s. 373 f.

[87] Se Carlson, The faces of Intellectual Disability s. 117 f; se även SOU 1927:18.

[88] SOU 1927:18 s. 7.

[89] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 101 och 109.

Frågan som nu stod på agendan, understödd av rashygieniska- och ärftlighetsargument, var alltså inte längre hur man skulle kunna utbilda de sinnesslöa, utan hur man skulle hantera det faktum att det i befolkningen fanns människor med moralisk och intelligensmässig undermålighet: ”medan intresset tidigare fokuserats på hur de bildbara skulle kunna tillägna sig kunskaper […] var den här tidens intresse att disciplinera, men framförallt *bli av* med de ’sinnesslöa’.”[90] I en offentlig utredning betitlad ”Betänkande med förslag rörande ordnandet av vården av vuxna vanartade sinnesslöa (asociala imbecilla)”,[91] förordade ensamutredaren ”sinnesslövårdssakkunnige” Alfred Petrén,[92] att sådana sinnesslöa som var tjuvaktiga, sexuellt opålitliga eller ”affektlabila” (personer som uppvisade starka humörsvängningar och våldsamt uppträde) borde vårdas i avskildhet på för ändamålet avsatta öar. Bokstavligen. Han pekade till och med ut två för ändamålet lämplig öar, nämligen Balgö och Vendelsö i Hallands län. Lämpligheten bedömdes beroende av om det var möjligt att fly från öarna. De kunde inte ligga för nära fastlandet, och vattnet fick inte vara så grunt att det gick att ta sig över det till fots eller så stillastående att det frös till färdbar is på vintern.[93]

Några sådana ö-lösningar blev aldrig aktuella, men det blev däremot särskilda anstalter för vuxna vanartade sinnesslöa, bland annat den skandalomsusade Vipeholms-anstalten utanför Lund. Skandalerna utspelade sig under den senare delen av 1900-talet och behandlas därför först i avsnitt 2.3.5.

2.3.2.2 Äktenskapsförbud införs och frågan om sterilisering väcks

Runt år 1920 präglades socialpolitiken i Sverige av både vetenskapliga och moraliska argument.[94] Jordbrukarsamhället var i omvandling till ett industrisamhälle som eftersträvade vetenskapligt upplysning, men

[90] Boréus, Diskriminering med ord s. 94.

[91] SOU 1927:18.

[92] Alfred Petrén var både ledamot i riksdagen (1908–1935), chefspsykiatriker och praktiserande överläkare i psykiatri, professor i psykiatri, chefsinspektör för vården av de sinnesslöa (1909–1924) och därtill mångårig ordförande för dels Allmänna svenska föreningen för vården av sinnesslöa och fallandesjuka personer (fallandesjuk var begreppet för det som idag kallas epilepsi), dels Föreningen för sinnesslöa barns vård.

[93] SOU 1927:18 s. 28 ff.

[94] Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 101 f; Boréus, Diskriminering med ord s. 85 ff.

kyrkans inflytande över moralen var alltjämt starkt. Från diskussionerna under tidigt 1900-tal om avskiljande av de sinnesslöa från resten av befolkningen genom internering på anstalter, var steget inte långt till andra disciplinerande praktiker visavi sinnesslöa under samma period: äktenskapsförbud och sterilisering. När det gällde specifikt frågor om hur de sinnesslöa skulle hanteras hade rasbiologin en inflytelserik position, både i vetenskapliga sammanhang och i den allmänna och politiska debatten.[95] Även psykiatrins företrädare hade ett stort inflytande över den politiska diskussionen.[96]

Antagandet som förefaller ha varit ostridigt vid denna tidpunkt var inte bara att de sinnesslöa var hopplösa obildbara fall, utan att de till och med – på grund av sin moraliska underlägsenhet – var *en fara för samhället*.[97] Sinnesslöa beskylldes, i vetenskapens namn, för att vara orsak till allehanda samhällsproblem, såsom kriminalitet, fattigdom och osedligt leverne med illegitima barn som följd. Ur ett rashygieniskt perspektiv betraktades dessa personer som ett slags ogräs, som genom förökning skulle föra dåliga gener vidare till nya generationer. Tidsandan illustreras väl av följande citat från den första steriliseringslagsutredningen:

> ”Ju mindre samhället tynges av någon arvsbunden intellektuell mindervärdighet, desto bättre för ett folks lyckliga bestånd.”[98]

En lagstiftning som tillät sterilisering av rashygieniska (”sjukdomsprofylaktiska”[99]) skäl, var följaktligen inget kontroversiellt vid denna tidpunkt.

[95] Se Boréus a.a. s. 85 ff. År 1922 öppnades det första rasbiologiska forskningsinstitutet i världen i Uppsala.

[96] I synnerhet då Alfred Petrén, se not strax här ovan. Som både Grunewald (a.a. s. 134 f) och Boréus (a.a. s. 94) påpekar, synes Petrén ha dominerat samtalet om vården av sinnesslöa under så lång tid som drygt 30 år. Bland annat var han den sakkunnige utredaren i SOU 1929:18, se ovan under avsnitt 2.3.2.1. Han var även starkt involverad i frågan om steriliseringslagstiftning: Petrén var den som motionerade första gången i riksdagen om frågan år 1922. Se SOU 1933:22 s. 24.

[97] Söder, Bakgrund s. 25.

[98] SOU 1929:14 s. 26.

[99] Uttrycket ”profylaktiskt” används frekvent i SOU 1929:14. Terminologin andas medicinsk och rasbiologisk expertis. Med motivet att samhällsintresset krävde ett ingripande för att vissa slag av personer – sinnessjuka, sinnesslöa och fallandesjuka (epileptiker) framöver skulle ”uppträda i så litet antal som möjligt”, skrev utredningen: ”Det nämnda samhällsintresset motiverar ett aktivt ingripande. Därvid kan man söka gå till roten och upphovet till det onda (sic!) och med ingripandet eftersträva att helt utrensa de ifrågavarande sjukdomsanlagen ur befolkningen. Denna synpunkt är *den rashygieniska* i vid bemärkelse. Ingripandet kan också hava en mera begränsad uppgift och åsyfta att i möjligaste mån minska risken, att förefintliga sjukdomsanlag så förena sig eller utvecklas, att

I princip rådde fullständig politisk enighet om att sterilisering av sinnesslöa var en god socialpolitisk åtgärd. Sterilisering sågs som ett sätt att tygla en annars ohejdad utveckling, beroende av den drift till könsumgänge som de sinnesslöa antogs ha:

> ”Sinnesslöheten är ej sällan, även i de fall, där den står på ärftlig grund, förbunden med en illa tyglad könsdrift, vilken i förening med en av den andliga undermågligheten betingad lättleddhet giver upphov till de lösaste sexuella förbindelser, vid vilka icke ringaste hänsyn tages till att det ena barnet efter det andra födes till världen.”[100]

Vissa juridiska tveksamheter till steriliseringsidén fanns dock. Inför utredningen av möjligheten av en steriliseringslag anförde departementschefen att:

> ”Den nu behandlade frågan är utan tvivel av stor betydelse. Omvårdnaden av de svaga och hjälplösa i samhället har alltmera utvecklats och fördjupats. Från denna omvårdnad är steget numera icke långt till åtgärder i syfte att förebygga födelsen av individer, vilka, enligt vad med säkerhet kan förutses, måste bliva till en börda för sig själva och andra. Emellertid får ej förbises, att en legalisering av de åtgärder, som i detta avseende ifrågasatts, skulle innebära ett avsteg från den eljest gällande regeln om skydd för individens kroppsliga integritet. Såväl på grund härav som med hänsyn till de grannlaga detaljspörsmål, som på detta område inställa sig, måste frågan om sterilisering av mindervärdiga individer betraktas som synnerligen ömtålig och svårlöst.”[101]

Det noterades alltså att skyddet för individers kroppsliga integritet kunde komma i konflikt med en steriliseringslag. Det som dock talade *för* en sådan legaliserad praktik, var att dessa ”mindervärdiga individer” med säkerhet kunde förutses bli en börda för både sig själva och andra. Därför borde födelse av sådana individer förebyggas.[102] Den ”ömtåliga och svår-

---

sjukdom uppstår. Denna synpunkt kan även, i inskränkt mening, kallas rashygienisk men bör bättre benämnas *den sjukdomsprofylaktiska*.” SOU 1929:14 s. 7.

[100] SOU 1929:14 s. 11 f.

[101] SOU 1929:14 s. 19.

[102] Det sistnämnda är ett motiv som kan uppmärksammas särskilt. Det fanns alltså, redan vid denna tidpunkt, en tanke om att det vore bäst för individer som kunde antas bli vad vi idag kallar utvecklingsstörda, att inte bli födda. Det är inte svårt att höra samma eko i den nuvarande debatten om fosterdiagnostik och abortering av foster som tidigt under graviditeten kan diagnosticeras med genetiska defekter av olika slag. I dagens debatt talas dock inte om mindervärdiga och belastande individer, utan om det förmodade *lidande* som dessa individer och deras anhöriga får lov att utstå under ett liv med utvecklingsstörning. Se Tännsjö, Fatta! En upplysningsskrift s. 102. Se även Carlson, The Faces of Intellectual Disabilities s. 163 ff, särskilt s. 182 ff. Detta lidande bör, enligt förespråkarna för dessa

lösta" frågan hade dock fått en lösning fem år senare. År 1934 inrättades den första lagen som tillät sterilisering av sinnesslöa.

I relation till den önskade minskningen av undermåliga anlag i befolkningen vid denna tid, framställdes i synnerhet kvinnor med sinnesslöhet som ett stort problem på grund av deras förmodade sexuella opålitlighet. Det ansågs att de sinnesslöa kvinnorna ökade omoralen (genom att locka män till sexuellt umgänge utanför äktenskapet) i samhället, överförde sinnesslöhet till sina barn och därtill belastade fattigvårdens ekonomi.[103] Men, att de belastade fattigvårdens ekonomi berodde inte enbart på egen förskyllan. Till skillnad från andra kvinnor som blev gravida utan att vara gifta kunde de sinnesslöa kvinnorna inte lösa sitt försörjningsproblem genom att gifta sig med fadern till barnet. Sedan år 1915 förelåg nämligen *äktenskapsförbud* för sinnesslöa personer, med motivet att om sinnesslöa (och sinnessjuka) hindrades från att gifta sig, skulle de även förhindras att sätta barn till världen. Antagandet var alltså att barn normalt avlades först efter äktenskaps ingående. Det faktum att äktenskapsförbudet inte i önskvärd utsträckning visade sig förhindra att sinnesslöa skaffade barn, var ett av de starka argumenten för att införa en lag om sterilisering.

Genom äktenskapsförbudet som gällde under åren 1915–1974[104] var de sinnesslöa utestängda från en av de starkaste och viktigaste institutioner som fanns i samhället under den första halvan av 1900-talet.[105] Kvinnor förväntades få sin försörjning genom äktenskapet, och endast barn

---

medicinska praktiker, besparas alla inblandade. Här finns dock svåra etiska problem. Det största problemet är att detta *förmodade* lidande, lika lite i nutid som när det anfördes som skäl för sterilisering, inte är belagt. Vi vet inte att dessa individer lider. Idén från år 1929 om att "förebygga födelsen" av personer med utvecklingsstörning kan således konstateras alltjämt fortleva, även om den motiveras med andra argument. Skillnaden ligger i att det i dagens samhälle inte är fråga om tvångsvisa ingrepp från statens sida i medborgarnas reproduktiva frihet.

[103] Informationen hämtad från pressmeddelande från Örebro Universitet på http://www.forskning.se/nyheterfakta/nyheter/pmimportocharkiv/pressmeddelandenarkiv2001/nydoktorsavhandlingihistoriaasocialaochimbecillakvinnornapavastramark19311967.5.1cb0f60511580453c258000781.html om doktorsavhandling i historia år 2001 av Kristina Engwall, betitlad "Asociala och imbecilla" – Kvinnorna på Västra Mark 1931–1967.

[104] Se prop. 1973:32.

[105] I sin avhandling om äktenskapets utveckling som samhällelig och rättslig institution skriver Caroline Sörgjerd att det endast är de slag av samlevnad eller relationer som ett samhälle (eller kyrkan) vill ha vid vissa tidpunkter som "godkänns" inom ramen för äktenskapsreglering. Ett effektivt sätt att styra människors familjebildningar har således varit att ställa upp hinder för äktenskap. Se Sörgjerd, Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape s. 80 f; se även Agell & Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap s. 28.

födda inom äktenskapet betraktades som ”legitima”. Äktenskapsförbudet infördes genom lag (1915:426) i dåvarande giftermålsbalk 2:5, och löd:

> ”Ej må den träda i äktenskap, som är sinnessjuk eller sinnesslö.”

Skälet till äktenskapsförbudet var att sinnesslöa personer inte ansågs lämpliga att bilda familj. Olämpligheten rörde dels föräldraförmågan – mest med avsikt på förmågan att försörja barnen – dels risken att även barnen blev sinnesslöa.[106]

För de sinnesslöa kvinnors del som hade olyckan att föda barn, innebar äktenskapsförbudet inte bara att de inte kunde erhålla sådan ekonomisk trygghet som ett äktenskap kunde innebära. Att föda barn utanför äktenskapet ansågs vara ett tecken på sinnesslöhet hos kvinnan; att föda illegitima barn var ett bevis för moralisk svagsinthet, vilket i sin tur var ett kriterium enligt den då rådande bedömningsgrunden för att anses som ”vanartad sinnesslö”. Sålunda bedömda som sinnesslöa, på grund av att de hade fött barn utanför äktenskapet, kunde alltså somliga kvinnor intas på anstalt för att säkerställa att de inte ytterligare skulle kunna föra sina dåliga gener vidare.

Äktenskapshindret kom att kvarstå ända fram till år 1974 då det avskaffades i samband med att andra regler om äktenskaps ingående och upplösning ändrades.[107] Från år 1945 fanns dock möjlighet att hos socialstyrelsen söka dispens från äktenskapshindret. Dispensmöjligheten samspelade med 1941 års lag om sterilisering på så sätt att frivillig sterilisering användes som villkor för dispens från äktenskapsförbudet – liksom för övrigt från fortsatt tvångsvård på anstalt.[108]

2.3.3 För ca 75 år sedan: sterilisering och internering som problemlösningsstrategier

2.3.3.1 Steriliseringslagarna

År 1934 instiftades så, på rashygieniska och socialmedicinska grunder, den första steriliseringslagen, vilken sedermera följdes av en andra lag om sterilisering år 1941.[109] Båda dessa lagar tillät under vissa omständig-

[106] NJA II 1916 s. 47 ff.

[107] Se SOU 1972:41 och prop. 1973:32.

[108] Se SOU 2000:20 s. 46.

[109] Lag (1934:171) om sterilisering av vissa sinnessjuka, sinnesslöa eller andra som lida av rubbad självverksamhet och lag (1941:282) om sterilisering.

heter *sterilisering utan samtycke* från den berörda personen, förutsatt att denne inte ansågs kunna förstå steriliseringens innebörd eller samtycka – vad som vid denna tidpunkt kallades att någon var ”rättsinkapabel”.[110] I andra fall företogs sterilisering med ”samtycke”, vilket i själva verket ofta innebar som villkor för att slippa anstaltsplacering.[111] Sterilisering praktiserades på personer med utvecklingsstörning så länge som fram till år 1976, då dåvarande steriliseringslag upphävdes och sterilisering enbart blev tillåtet på egen begäran.[112]

Frågan om frivillighet eller inte i en steriliseringslag var dock inte självklar att besvara. Den första utredningen i frågan om en steriliseringslag skulle införas år 1929, förespråkade att en frivillighetsprincip skulle råda i en steriliseringslag. Samtycke skulle krävas av den som hade förmåga att förstå ingreppet, även om det noterades att det i vissa fall skulle vara besvärligt att kunna få ett samtycke från själsligt defekta personer efter det att de informerats om åtgärdens innebörd. Trots detta konstaterande förespråkades ändå frivillighet, eftersom det annars skulle bli fråga om tvångsingrepp. Detta ställningstagande motiverades på följande sätt:

> ”Bortsett från sådana obotligt sinnessjuka och de sinnesslöa, vilka […] alltid äro i behov av stadigvarande anstaltsvård, kunna nämligen ifrågavarande sjuka [de som kunde förstå ingreppet, min anm.] förväntas äga en sådan grad av själslig förmåga, att de förstå steriliseringens innebörd, och en sterilisering utan personens efter dylik undervisning lämnade medgivande skulle därför i många fall kunna bliva liktydig med en tvångsoperation, ett ingrepp under hans protester. Det torde ligga i öppen dag, att en dylik situation – oavsett det personligen pinsamma, som den skulle innebära – skulle allvarligen strida mot den strävan efter hänsynsfullhet och försiktighet, med vilken den principiella rätten till sterilisering bör vara förbunden.”[113]

Sterilisering med öppet tvång ansågs således inte berättigat år 1929. I grunden skulle sterilisering betraktas som en *rätt* för de enskilda. Ett av argumenten för att det skulle vara möjligt att upprätthålla ett krav på frivillighet i en steriliseringslag för själsligt defekta och ändå uppnå de önskade effekterna med lagen – att kunna sterilisera de personer vars gener inte borde föras vidare och som var klart olämpliga som föräldrar – var att sterilisering knappast skulle komma att ifrågasättas för

[110] Se SOU 1933:22 s. 16. Se även SOU 2000:20 s. 15.
[111] SOU 2000:20 s. 16.
[112] SOU 2000:20 s. 15 f.
[113] SOU 1929:14 s. 43.

> ”personer med så grov själslig defekt, att de äro helt oförmögna att förstå ingreppets natur och följder, enär i dessa fall så gott som alltid behov av stadigvarande anstaltsvård förelåge.”[114]

Beträffande övriga ”inkapabla” – de som hade förmåga att förstå ingreppet – antogs att det nog skulle vara möjligt att erhålla deras samtycke i de fall då ”steriliseringens berättigande låge i öppen dag”.[115]

Mot denna frivillighetsprincip vände sig den senare utredningen år 1933, vars förslag utmynnade i 1934 års lag om sterilisering. I utredningen diskuterades ingående huruvida det var möjligt att uppnå de effekter som eftersträvades genom en steriliseringslag som utgick från att ingreppen skulle vara frivilliga. Det anfördes, med stöd från ett stort antal remissinstanser, att om en steriliseringslag skulle ha någon praktisk betydelse för de syften man ville komma åt på eugeniska (rashygieniska), sociala, medicinska, humanitära och kriminalpolitiska grunder, så var det nödvändigt att sterilisering kunde komma ifråga även för sådana inkapabla som kunde ha förmåga att uppfatta ingreppets innebörd och därmed med rättslig verkan kunde vägra ingreppet.

Angående specifikt sinnesslöas (eventuella) självbestämmanderätt, anförde en av de i frågan hörda myndigheterna, direktionen för Visby hospital, att sterilisering av inkapabla borde få företas även mot deras uttalade motstånd. Direktionen yttrade att:

> ”Det borde därjämte påpekas, att de sinnesslöa och många av de sinnessjuka i fråga om sin självbestämmanderätt närmast kunde jämföras med barn. Med sin ofta stegrade känslighet och oförmåga av självbehärskning reagerade de våldsamt mot varje ingrepp, och det torde i fråga om de flesta sinnesslöa behöva användas ett icke ringa mått av tvång för att lyckas sätta etermasken över deras ansikten.”[116]

Utredningens förslag ledde dock inte till en lag som gick så långt som till att tillåta öppet tvång med våld av sådant slag som föreslås i citatet ovan. Lagen angav enbart att om någon ansågs varaktigt sakna förmåga att lämna ett giltigt samtycke till sterilisering så fick denne, detta oaktat, steriliseras om det kunde antas antingen att personen var ur stånd att ta hand om eventuella barn eller kunde antas föra sinnesslöhet (eller sinnessjukdom) vidare genom arvsanlag. Frågan om hur man skulle förfara i fall då någon motsatte sig ingreppet reglerades inte; lagen angav bara i vilka

[114] SOU 1933:22 s. 28.
[115] SOU 1933:22 s. 28.
[116] SOU 1933:22 s. 57.

fall sterilisering var tillåten, vem som skulle godkänna ingreppet och hur ansökan om sterilisering skulle vara utformad och prövas.

Lagens 1 § stadgade:

> Den som på grund av sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten varaktigt saknar förmåga att lämna giltigt samtycke till att sterilisering å honom företages, må det oaktat steriliseras:
>
> 1. där han på grund av den själsliga rubbningen för framtiden är ur stånd att handhava vårdnaden om sina barn; så ock
>
> 2. där grundad anledning finnes att antaga, att han genom arvsanlag kommer att på sina avkomlingar överföra sinnessjukdom eller sinnesslöhet.

Vid ställningstagande till en persons avsaknad av förmåga att giltigt samtycka till sterilisering som krävdes enligt lagens 1 § anfördes i utredningen att sådan prövning skulle avgöras i enlighet med

> ”de i allmänhet gällande rättsgrundsatserna; det kräves alltså, utom att en rubbning av förståndets eller viljans (eller bådas) verksamhet föreligger, att denna rubbning måste antagas komma att öva inflytande på individens avgörande i den ifrågavarande angelägenheten. Sålunda har spörsmålet nära beröring med den prövning, som skall äga rum enligt lagen den 27 juni 1924 om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet. Uppenbarligen måste synnerlig hänsyn tagas till den säregna beskaffenheten av den åtgärd, vartill samtycke skulle lämnas.”[117]

Företogs prövningen av förmågan att samtycka på ovan angivet sätt, ansågs den även ligga i linje med sådan bedömning som skulle företas enligt dåvarande giftermålsbalk 10:3 p 1 om återgång av äktenskap. Ingånget äktenskap skulle enligt lagtexten återgå i de fall en make vid vigseln ”befunnit sig i tillfällig sinnesförvirring eller annat sådant tillstånd, som utesluter rättslig handlingsförmåga.” Som visats ovan i avsnitt 2.2.2 anfördes i förarbetena till 1924 års lag, liksom för övrigt också förmynderskapslagen från samma år, att bedömningen av rubbningens abnormitet skulle ta sikte på att kvantitativt bedöma avvikelsen från ett normalt förstånd och en normal viljestyrka.

En avvikelse från den idealnorm för mänskligt varande i rätten som ovan påvisats grundade således inte bara vem som kunde omyndigförklaras eller vems rättshandlingar som kunde ogiltigförklaras. Idealnormen avgjorde även vems samtycke som kunde undvaras i fråga om ett sådant

[117] SOU 1933:22 s. 68 f. Förarbetena till 1924 års lag har citerats och diskuterats ovan under avsnitt 2.2.2.

ingrepp som att permanent beröva denne förmågan och möjligheten att bli förälder.

I den andra steriliseringslagen från år 1941 som ersatte 1934 års lag var utgångspunkten enligt 1 § att samtycke skulle inhämtas till sterilisering för den som ”med skäl kan antagas komma att genom arvsanlag på avkomlingar överföra sinnessjukhet eller sinnesslöhet” eller annan svårartad sjukdom eller svårartat lyte (såsom dövhet). Av lagens 2 § framgick dock att om någon på grund av rubbad själsverksamhet saknade förmåga att lämna giltigt samtycke ”må han steriliseras ändå att han ej samtyckt därtill.” Tillstånd till sterilisering fick inte lämnas av medicinalstyrelsen enligt 3 § utan att den enskilde, eller, om denne var omyndigförklarad, dennes förmyndare, beretts tillfälle att yttra sig. En viss förändring mot ett erkännande av den enskildes självbestämmande kunde således noteras i den senare steriliseringslagen. På vilket sätt medicinalstyrelsen skulle värdera den enskildes (eller förmyndarens) yttrande, framgår dock inte av lagen.

2.3.3.2 De första undervisnings- och vårdlagarna

Under senare delen av 1940-talet och under de följande årtiondena efter andra världskriget rådde högkonjunktur och samhället genomsyrades av optimism och framtidstro. Det fanns också en samstämmig syn kring vikten av att ta lärdom av vad som kan bli konsekvenserna när karaktärisering och kategorisering drivs till sin spets. År 1948 antog FN sin allmänna deklaration om mänskliga rättigheter för alla människor, och år 1950 följde den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, vilken Sverige ratificerade år 1953. En internationell utveckling av en diskurs om rättigheter för *alla* människor, grundad i ett inneboende människovärde, var inledd.[118]

En vändpunkt i praktikerna som omfattade personer med utvecklingsstörning kan skönjas under samma tid – de två omsorgstraditionerna, den pedagogiska och den medicinska, ställdes vid denna tidpunkt emot varandra.[119] Den pessimistiska syn på personer med utvecklingsstörning som den medicinska traditionen upprätthöll, att sinnesslöa var ”hopplösa fall”, ifrågasattes nu med kraft av företrädare för pedagogiken. Med

[118] Den närmare innebörden av mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättningar behandlas i kapitel 3.

[119] Söder, Bakgrund s. 25 ff, se även SOU 2000:20 s. 16.

stöd av vetenskapliga bevis kunde visas att ”de bildbara sinnesslöa” var mottagliga för undervisning, i synnerhet om denna skedde i mindre miljöer. Det sista innebar ett ifrågasättande av de *stora* anstalterna, vilka från medicinskt håll försvarades med att de behövde vara tillräckligt stora för att erbjuda ett tillräckligt differentierat underlag, vilket betydde för att kunna motivera minst en överläkartjänst och bidra med forskningsmaterial.[120] Att notera särskilt är att den medicinska och den pedagogiska traditionen på en punkt hade betydande likheter. Ingen av dem ifrågasatte olikhetstänkandet och särbehandlingen av dessa personer. Det man traditionerna sinsemellan var oense om, var istället *hur* anstalterna skulle vara organiserade, med vilket syfte och mål verksamheten skulle bedrivas – inte *att* vård eller utbildning skulle ges i en sådan segregerad miljö.[121]

Det pedagogiska synsättet kan, på sätt och vis, sägas vara det som gick segrande ur debatten. Att notera är dock att den medicinska professionen behöll sitt grepp som expertisen på området: med *landstingen* som huvudman fick från år 1944 den del av gruppen sinnesslöa som bedömdes som *bildbar* ”rätt” till viss utbildning i enlighet med lagen (1944:477) om undervisning och vård av bildbara sinnesslöa, och denna rätt utvidgades tio år senare till att omfatta alla personer i gruppen – förutom de som vistades på statliga specialsjukhus. Hur det var ställt med möjligheten att betrakta denna utbildning som en ”rätt” till något, kan dock ifrågasättas. Enligt både 1944 års lag och den påföljande lagen (1954:483) om undervisning och vård av vissa psykiskt efterblivna, kunde intagning i särskola eller vårdanstalt ske med tvång, i form av regelrätt frihetsberövande.[122] Rätten till undervisning var nämligen förenad med en plikt att underkasta sig sådan om det bedömdes att man kunde tillgodogöra sig den. Om inte medgivande till intagning fanns, kunde beslutet om intagning verkställas genom polishandräckning.[123]

Båda de ovan nämnda lagarna samspelade med steriliseringslagarna och äktenskapsförbudet såsom åtgärder för att lösa problem som förknippades med de sinnesslöa.[124] Det betraktades som ett någorlunda effek-

[120] Söder a.a. s. 25 f.

[121] Söder a.a. s. 27 och s. 32.

[122] Se SOU 1960:19 som handlar om rättssäkerhetsfrågor vid administrativa frihetsberövanden s. 289.

[123] Se lag (1944:477) om undervisning och vård av bildbara sinnesslöa 17 § och lag (1954:483) om undervisning och vård av psykiskt efterblivna 24 §.

[124] Både i SOU 1929:14 och 1933:22 diskuteras som skäl för sterilisering att internering på anstalter och äktenskapsförbud inte var tillräckliga åtgärder för att komma tillrätta

tivt sätt att förhindra att sinnesslöa skaffade barn att internera dem på anstalter. Lagstöd för sådan internering tillkom dock vid ett sent datum, jämfört med hur länge praktiken hade förekommit. Statsunderstöd till drift av olika institutioner för fostran eller vård av sinnesslöa hade enligt kungörelser utgått alltsedan slutet av 1800-talet. Intagningen på sådana anstalter hade dock inte kunnat ske tvångsvis, utan enbart på frivillig grund.[125] Genom införandet av lag (1944:477) om undervisning och vård av bildbara sinnesslöa kom dock detta att ändras. Intagning kunde därefter ske med tvång.

Den första lagen som möjliggjorde tvångsmässig internering av sinnesslöa var sinnessjuklagen av år 1929, vilken enligt en särskild bestämmelse inte bara omfattade sinnessjuka utan även sinnesslöa.[126] Först genom 1954 års lag togs ett samlat grepp om lagstiftning specifikt rörande vården av alla sinnesslöa. I 1944 års lag reglerades enbart vård av de personer som ansågs ”bildbara”. I den allmänna motiveringen till 1944 års lag anförde departementschefen att behovet av en lag rörande undervisning av bildbara sinnesslöa var stort:

> ”Vården av de sinnesslöa har hittills icke blivit författningsmässigt reglerad i nämnvärd omfattning. Särskilt i fråga om de mera högtstående eller s. k.

---

med problemet med att sinnesslöa kunde sätta barn till världen och föra sina undermåliga gener vidare.

[125] Det var en uppgift för barnläkare vid denna tidpunkt att övertyga föräldrar som födde sinnesslöa barn att låta dessa omhändertagas på anstalter, se Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 94 f. Som Grunewald påpekar var det dock sällan föräldrar inte skickade iväg sinnesslöa barn till anstalter – det fanns liten möjlighet att ta hand om sådana barn i hemmet, och föräldrar som ville ha sina barn hemma övertygades med olika slag av argument som de hade svårt att värja sig emot. Läkarnas ställning som auktoriteter var vid denna tidpunkt stark. De representerade Kunskapen och Vetandet. I ”Hemmets läkarbok” skrev psykiatrikern Hakon Sjögren år 1949 att ”Det säger sig självt att idioterna behöva omhändertagas på särskilda anstalter. Det är inte ovanligt att deras mödrar inte vilja skiljas från dem utan i missriktad moderskärlek önska behålla dem i hemmet så länge som möjligt, vilket naturligtvis innebär stora påfrestningar inte bara för modern utan också för den övriga omgivningen. Bortsett från detta gå dylika barn också miste om det disciplinerande inflytande som specialanstalterna kunna bibringa dem. Någon möjlighet att påverka en idiots psykiska utveckling och göra honom eller henne till en intellektuellt fullvärdig individ finns tyvärr inte. Vederbörande har en gång för alla fått en viss utrustning och den saken kan inte ändras. Men det är ur allmän behandlingssynpunkt av stor betydelse att dessa sjuka, så långt möjligt är, få tillgång till alla de hjälpmedel som den organiserade statliga eller enskilda sinnesslövården har att erbjuda.” Grunewald a.a. s. 95. Det är svårt att tänka sig vilken förälder i mitten av 1900-talet som hade förmågan att sätta ifråga uttalanden av dessa slag från läkarkåren.

[126] Se 7 § sinnessjuklagen den 19 september 1929.

> bildbara sinnesslöa har detta förhållande gjort sig kännbart såsom en stor brist. Dessa kunna nämligen genom en för dem lämpad undervisning och vård i större eller mindre grad bibringas förmåga att bidraga till sin försörjning och att, med viss tillsyn från anhöriga eller andra, sköta sig själva under fria förhållanden. Härigenom kan även den inom denna grupp ofta framträdande tendensen till asocialitet och kriminalitet väsentligen motverkas."[127]

Att den pedagogiska traditionen hade haft inflytande på synen på de sinnesslöa framgår tydligt i ovanstående utsaga. Vad som också framgår är att de sinnesslöa betraktades som ett socialt problem: inte bara behövde de rätt slag av utbildning för att kunna försörja sig själva (inte vara tärande), utan genom utbildningen kunde även deras tendens till asocialitet och kriminalitet motverkas. Något belägg för påståendet om denna tendens står dock inte att finna i propositionen – det påstås som en vedertagen sanning.

Behovet av en särskild lagstiftning motiverades dock inte enbart med skäl som ovan angivits. Ett annat skäl var att det hittills hade saknats möjligheter att med tvång sända sinnesslöa barn till anstalter. Departementschefen förklarade att det behövde bli ändring på det:

> "Det har nämligen visat sig, att i många fall föräldrarna till sinnesslöa barn vägra att sända barnen till anstalterna, och för närvarande finnes icke någon möjlighet att tvångsvis göra detta, såvida icke förutsättningar för deras omhändertagande för skyddsuppfostran föreligga. Dylik vägran från föräldrarnas sida förekommer dessutom ofta i sådana fall, då föräldrarna själva äro mer eller mindre undermåliga och då med hänsyn härtill barnens skiljande från föräldrahemmet är särskilt önskvärt. Rätten att omhändertaga sinnesslöa barn för uppfostran på särskilda sinnesslöanstalter bör därför bliva föremål för laglig reglering."[128]

Det var dock inte enbart barn som var föremål för lagen ifråga. Den omfattade likväl vuxna, det vill säga personer över 21 år,[129] som hade avslutat sin utbildning, men behövde fortsatt omhändertagande på centralanstalt. Kvarhållande på anstalt av den som fyllt 21 år fick dock enligt 11 § inte ske utan *medgivande*. Vems medgivande det var fråga om framgår inte av lagen. Eftersom sinnesslöhet var grund för omyndigförklaring,

[127] Prop. 1944:205 s. 27.

[128] Prop. 1944:205 s. 27 f.

[129] Myndighetsåldern 21 år gällde för såväl män som kvinnor från år 1920. Den 18-årsgräns som nu gäller infördes så sent som år 1974. Se Saldeen, Barn- och föräldrarätt s. 276.

kan antas att det i många fall var förmyndarens medgivande som efterfrågades – inte den enskildes.

Redan tio år senare lades ett nytt förslag om en lag om vård av de sinnesslöa. Lag (1954:483) om undervisning och vård av vissa psykiskt efterblivna påkallades av det faktum att vården av andra sinnesslöa (beteckningen sinnesslö användes i förarbetena trots att det i lagen skedde ett begreppsbyte till psykiskt efterblivna) än de som ansågs bildbara var oreglerad, bortsett då från de fall då en sinnesslö kunde omhändertagas med stöd av sinnessjuklagen. Huvudmannaskapet ansågs inte tillbörligt klarlagt när det gällde sinnesslöas vård – alltjämt vårdades vissa sinnesslöa på privata anstalter, somliga andra på sinnessjukhus tillsammans med de sinnessjuka och ytterligare andra på frivilligt inrättade vårdhem i landstingens eller städernas (kommunernas) regi.[130] Sinnesslövården ansågs befinna sig i ett ”krisläge”: det fanns inte tillräckliga garantier för att inte personer utan fog intogs eller kvarhölls i sinnesslövården, vissa sinnesslöa barn fick gratis vård men andra inte, och vissa missförhållanden inom vården hade uppdagats. Det ansågs att det var hög tid att statsmakterna tog tag i frågan i en samlad lagstiftning med reglering inte bara av förutsättningarna för vård och vårdens genomförande, utan även om tillsyn.[131]

Genom 1954 års lag lagstadgades ett huvudmannaskap för sinnesslövården för landstingen, vilka enligt lagens 2 § fick det grundläggande ansvaret för undervisning och vård åt alla psykiskt efterblivna inom deras område. Lagen var enligt dess 1 § tillämplig för tre grupper av psykiskt efterblivna: barn under skolålder som inte kunde erhålla tillfredsställande vård i enskilt hem, barn under 18 år som inte kunde tillgodogöra sig folkskolans vanliga undervisning eller hjälpundervisning, samt personer över 18 år som ansågs vara ur stånd att ”taga vård om” sig själva.

Det till synes långtgående ansvaret för landstinget var dock begränsat genom en särskild bestämmelse; undantagna från landstingets ansvar var de grupper som omnämndes i 4 § a) och b). I a)-gruppen ingick ”psykiskt efterblivna som äro blinda, dövstumma, höggradigt vanföra eller epileptiska eller som på grund av asocialitet, indisciplinärt uppträdande, hypersexualitet eller av annat liknande skäl svårligen kunna undervisas eller vårdas tillsammans med andra psykiskt efterblivna”. I b)-gruppen ingick ”höggradigt psykiskt efterblivna, som äro så svårskötta, att de fordra vård å specialanstalt, eller som lida av tuberkulos i smittsamt

[130] Prop. 1954:26 s. 33.

[131] Prop. 1954:26 s. 35.

skede."[132] För dessa grupper ansvarade, liksom redan tidigare hade varit fallet, staten för vården.

I varje landstingsområde skulle enligt 6 § en centralstyrelse för undervisning och vård inrättas, vilken ansvarade bland annat för beslut om inskrivning vid och utskrivning från särskola eller vårdanstalt. För vuxna personer angavs i lagens 5 § tre slag av vårdanstalter: arbetshem för arbetsföra efterblivna, ålderdomshem för efterblivna som inte längre var arbetsföra samt vårdhem för höggradigt efterblivna vuxna som inte kunde vårdas i arbetshem eller ålderdomshem. Av lagens 11 § framgick att psykiskt efterbliven över 16 år var "underkastad vård". Intagning i arbetshem eller ålderdomshem fick dock endast ske "efter medgivande av den efterblivne, eller […] om han är förklarad omyndig, hans förmyndare". Anmälan till centralstyrelsen om att någon behövde inskrivas på vårdanstalt fick för personer som fyllt 18 år göras av fattigvårdsstyrelsen, förmyndare eller vårdnadshavare, centralstyrelsens läkare eller, för den som var eller hade varit intagen i särskola, skolans föreståndare. Beslut om intagning i vårdhem kunde enligt 24 § verkställas med polishandräckning.

2.3.4 För ca 50 år sedan: normalisering och integrering de nya ledorden

2.3.4.1 Anstaltsskandaler och normaliseringsprincipens intåg

Under 1950-talet rådde framtidsoptimism och grunden lades för att kunna möjliggöra materiell välfärd för alla medborgare.[133] Perioden 1950- till 1970-talet präglades av "drömmen om folkhemmet som en garant för alla medborgares välfärd, och särskilt för de svaga grupperna."[134] Som påpekats ovan hade det under första halvan av 1900-talet betraktats som självklart inom båda de omsorgstraditioner som behärskat diskursen om de sinnesslöa att dessa skulle vårdas på anstalter, om än med olika målsättningar och syften. Den era av uppbyggnad av institutionsvården som

[132] Begreppet "svårskötta" var svårbestämt. Ofta hänfördes dit sådana personer som hade en begränsad förmåga att kommunicera, många med vad som idag skulle kallas autism. Även personer med lindrigare utvecklingsstörning men med uttalade beteendestörningar, såsom aggressivitet och självdestruktivitet, hänfördes till gruppen svårskötta. Grunewald skriver att på Vipeholmsanstalten ville man gärna ha patienter som i själva verket var lättskötta, eftersom de behövdes som arbetskraft för bland annat allt utomhusarbete. Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 430.

[133] Söder, Omsorgsideologier i forandring s. 57.

[134] Tideman, Normalisering och kategorisering s. 33.

med stöd i utsagor om nyttan med vård och undervisning hade inletts efter andra världskriget, fick dock ett abrupt slut en generation senare. Under senare delen av 1960-talet inleddes den diskussion som ledde till att institutionerna helt avskaffades i slutet av -90-talet.[135] Bidragande till denna utveckling var de skandaler som under 1950-talet avslöjades, både i Sverige och i USA, gällande de svåra, rent av omänskliga, förhållanden som personer med utvecklingsstörning tvingades leva under på anstalter.[136]

En skandalomsusad svensk anstalt var som nämnts ovan Vipeholm i Lund.[137] En motsvarande amerikansk skandalanstalt var Willowbrook i staten New York. Vipeholm hade som mest ett par tusen intagna, Willowbrook så många som sex tusen. På Vipeholm uppdagades inte bara miserabla levnadsförhållanden.[138] Det avslöjades också att de intagna, med riksdagens godkännande, med start år 1946 hade utsatts för tre omfattande tandhälsoprojekt. De intagna hade tillförts stora mängder sötsaker under en lång period med avsikten att undersöka hur sockerrik kost påverkade tandhälsan genom mätning av mängden karies som uppstod. Försökspersonerna hade inte lämnat något medgivande till experimentet.[139] Några tandhälsobefrämjande insatser för att exempelvis laga alla de hål i tänderna som blev resultatet av sockerkosten företogs inte.[140] På samma sätt bedrevs en senare hårt kritiserad studie på Willowbrook avseende förekomsten och spridningen inom anstalten av hepatit A.[141] Att de intagna på dessa anstalter i vissas ögon betraktades mer som objekt än som subjekt, framstår inte som en vild gissning.

Svaret på skandalerna, såväl i Sverige som i USA, blev en långsam men stadig avveckling av anstalterna – den dramatiska vändningen i synen på

[135] Se lagen (1997:724) om avvecklingen av specialsjukhus och vårdhem. Det sista specialsjukhuset, Salberga i Sala, avvecklades år 1997. De personer som varit intagna på specialsjukhus på grund av domstols dom ansågs genom domen ha överlämnats till rättspsykiatrisk vård med särskild utskrivningsprövning. Se SOU 2002:3.

[136] Se Bengt Nirjes beskrivningar av erfarenheter från anstalter i både Sverige och olika länder i världen, framförallt i USA, Nirje, Normaliseringsprincipen, kapitel 2 s. 37–90. Se även Carlson, The Faces of Intellectual Disabilitys. 129 ff.

[137] Se Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 427–442.

[138] Grunewald a.a. s. 438 ff.

[139] Boréus, Diskriminering med ord s. 131; Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 434 ff.

[140] Grunewald a.a. s. 436.

[141] Krugman, The Willowbrook Hepatitis Studies Revisited: Ethical Aspects. Clinical Infectious Diseases, Volume 8:1 s. 157–162.

personer med utvecklingsstörning som många vittnar om tog sin början.[142] Den teori och ideologi som drev denna så kallade avinstitutionalisering framåt, såväl i Sverige som internationellt, var *normaliseringsprincipen*. Ursprunget till principen är inte helt klart, men en artikel av Bengt Nirje, vid denna tidpunkt ombudsman på Riksförbundet för utvecklingsstörda barn, ungdomar och vuxna, som publicerades i en amerikansk publikation år 1969 fick ett stort genomslag.[143] Nirje utvecklade normaliseringsprincipen under 1960- och 70-talet i anslutning till dansken Bank-Mikkelsens formulering om ett rimligt mål för omsorgerna för personer med utvecklingsstörning ”[…] att låta de utvecklingsstörda uppnå en tillvaro så nära den normala som möjligt.”[144]

Nirjes normaliseringsprincip var avsedd att vara normerande för verksamheter för personer med utvecklingsstörning:

> ”Denna princip ska gälla för alla utvecklingsstörda, oberoende av om de är lindrigt eller svårt utvecklingsstörda och vare sig de bor i sina föräldrahem eller på institutioner med andra utvecklingsstörda. Principen är användbar i alla samhällen, för alla åldersgrupper, och kan anpassas till sociala förändringar och individuell utveckling. Följaktligen bör den fungera som ett rättesnöre för medicinskt, pedagogiskt, psykologiskt, socialt och politiskt arbete för de utvecklingsstörda. När man fattar beslut och handlar i enlighet med denna princip bör resultatet oftare bli ’rätt’ än ’fel’.”[145]

Normaliseringsprincipen fick, delvis tack vare en stark föreningsrörelse som förespråkade dess värde, ett starkt fäste, och dess innehåll kan fortfarande sägas ha inflytande som (d)en vägledande princip(en) inom omsorgerna om personer med funktionsnedsättningar.[146] Begreppsappa-

[142] Se exempelvis Grunewald a.a. och Nirje, Bakgrund. Se även SOU 2000:20.

[143] Tøssebro m.fl., Normalization Fifty Years Beyond – Current Trends in the Nordic Countries s. 134.

[144] Se Nirjes citering av Bank-Mikkelsen i den artikel betitlad ”Normaliseringsprincipen” som skrevs 1969 – nu införd i Nirje, Normaliseringsprincipen s. 15–20.

[145] Nirje, Normaliseringsprincipen s. 15.

[146] Se Tøssebro m.fl., Normalization Fifty Years Beyond – Trends in the Nordic Countries s. 135 ff som beskriver hur normalisering som ledande princip genomgått två olika faser i de nordiska länderna. Den första fasen var kritiken av levnadsvillkoren på anstalterna med start under slutet av 1960-talet, den andra var en intensifierad ideologisk debatt med stöd från vetenskapssamhället och krav på sociala reformer under 1990-talet. Särskilt drivande för båda faserna var föräldrarörelser (a.a. s. 141 f). I Sverige ledde den andra fasen till att LSS inrättades. Sverige är dock det enda landet i norden med en sådan särskilt inriktad rättighetslagstiftning (a.a. s. 136). I övriga länder finns generell social välfärdslagstiftning, men ingen särskild rättighetslagstiftning för personer med intellektuella eller andra svåra funktionsnedsättningar.

raten har dock förändrats.[147] Principen formulerades som en reaktion mot de svåra och olikartade livsvillkor och livsbetingelser som förekom på de institutioner där personer med utvecklingsstörning framlevde sina liv under första halvan av 1900-talet. Den fick näring både av avslöjade skandaler och av nya kunskaper om det skadliga med institutionalisering; begrepp som institutionsskadad och inlärd hjälplöshet fick fäste.[148] Svaret blev ett *krav på integrering*. De anstaltsinternerade skulle i största möjliga utsträckning integreras i samhällets normala verksamheter, inte gömmas undan och specialbehandlas på anstalter.[149]

2.3.4.2 Den första omsorgslagen av år 1967

Tongångarna i förarbetena till den första omsorgslagen, lagen (1967:940) angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda, var helt andra än de i förarbetena till 1944 års och 1954 års lagar. Nu sades målet vara

[147] Söder, Normalisering, handikappolitik och forskning s.194, påpekar att även om det är fullt möjligt att uppfatta de mål och principer som vägleder lagstiftning och omsorgsverksamheter idag – delaktighet, jämlikhet och självbestämmande – som mycket närliggande normaliseringsprincipens innehåll så som Nirje formulerade och avsåg den, så försvann uttrycket från de offentliga dokumenten under 1980-talet. Söder lyfter fram en rad skäl till detta. Principen passade mindre väl för andra grupper av personer med funktionsnedsättningar än de med utvecklingsstörning, och i handikappolitiken innefattades alla personer med funktionsnedsättningar; principen utvecklades inte av personer med funktionshinder utan av icke funktionshindrade personer, vilket skapade en misstänksamhet mot den från empowerment-rörelser; och den missuppfattades ofta på så sätt att det antogs att det är personer med funktionshinder som ska normaliseras, inte samhället eller miljön. En annan viktig förklaring är den decentralisering som skett – staten har ”om inte abdikerat från rollen som patriarken i folkhemmet så i alla fall förändrat sin patriarkala roll. De centralt fastlagda målen är visserligen fortfarande ambitiösa, men förverkligandet av dem hänskjuts till kommunerna. (a.a. s. 196) […] Man skulle kunna uttrycka det så att staten genom lagstiftning förstärker den funktionshindrades förhandlingsposition gentemot kommunen, men det är den funktionshindrade själv som har att utnyttja denna position i kampen för stödinsatser. (a.a. s. 196) […] Principen var i hög grad ett instrument i den sociale ingenjörens händer för att reformera en segregerad omsorgsorganisation. Men i kampen för individuella rättigheter förefaller den inte komma till lika stor användning. Kravet på individuellt inflytande – ett av de starkast betonade målen för handikappservicen idag – formuleras istället som rätten till lika livsvillkor, tillgänglighet och deltagande.”(A.a. s. 197.)

[148] Se Söder, Normalisering, handikappolitik och forskning s. 194; se även Söder, Omsorgsideologier i forandring s. 53 ff, som skriver att normaliseringsprincipen är en omsorgsideologi som får mindre och mindre verklighetsrelevans, eftersom den härrör från ett helt annat problem (de segregerade och annorlunda livsvillkoren på institutioner) än de problem inom omsorgerna som föreligger idag.

[149] Nirje, Normaliseringsprincipen s. 123 ff.

att skapa ett flexibelt omsorgssystem med mångfald som ledord: kombinationsalternativ skulle ”möjliggöra att varje utvecklingshämmad får just de omsorger han behöver, inte minst i pedagogiskt hänseende, utan att hans frihet inskränks mer än nödvändigt”.[150] Borta var tidigare fokus på att fostra dugliga samhällsmedlemmar. Nu talades istället om att bygga omsorger för medborgare på lagstiftningens grund.[151]

Tidigare fokus på att reglera plikten för de utvecklingsstörda att underkasta sig undervisning eller tvång hade förbytts mot reglering av landstingens skyldigheter; den nya lagen ställde detaljerade krav på landstingen som huvudman för omsorgerna och utbildningen av de psykiskt utvecklingsstörda.[152] Lagen innebar förhöjda krav på omsorgernas kvalitet, och anstalterna moderniserades och byggdes ut för att kunna tillgodose de nya kraven.[153] Inte bara undervisning och vård reglerades, utan även andra former av omsorger, vari ingick olika slag av boendeformer. Även fritidsverksamheter betraktade som en önskvärd omsorgsinsats för psykiskt utvecklingsstörda. Sådana reglerades dock inte som en skyldighet för landstinget.

Möjligheten att i vissa fall med tvång vårda personer med psykisk utvecklingsstörning bestod dock alltjämt. Av lagens 35 § framgick att den som fyllt 15 år fick beredas vård i vårdhem eller på specialsjukhus oberoende av samtycke. Förutsättningen var att vården var oundgängligen påkallad med hänsyn till utvecklingsstörningens grad och att den enskilde till följd av utvecklingsstörningen var a) farlig för annans personliga säkerhet eller fysiska eller psykiska hälsa eller för eget liv, b) ur stånd att ta vård om sig själv, c) ur stånd att skydda sig själv mot att bli sexuellt utnyttjad, eller d) hade ett för närboende eller andra grovt störande levnadssätt. Vård i specialsjukhus fick även beredas utan samtycke om vården var oundgängligen påkallad med hänsyn till, förutom utvecklingsstörningens grad, att individen till följd av utvecklingsstörningen var farlig för annans egendom eller annat av lagstiftningen skyddat intresse som inte innefattades i a).

[150] Prop. 1967:142 s. 101.

[151] Prop. 1967:142 s. 101.

[152] I Grunewald & Wessman, Omsorgslagen, en lagkommentar från år 1969, beskrivs lagen i en inledande sammanfattning som ett av de otvivelaktigt viktigaste verken i socialla gstiftningen: ”ett effektivt instrument för uppfyllandet av samhällets förpliktelser mot de psykiskt utvecklingsstörda.” Både Grunewald och Wessman deltog i utredningen som utmynnade i SOU 1966:9.

[153] Söder, Bakgrund s. 28.

Som framgår av dessa vårdindikationer erkändes som grund för tvångsintagning såväl den enskildes behov av skydd från samhället eller från sig själv, som omgivningens eller samhällets behov av skydd från personen med utvecklingsstörning. Synen på personer med utvecklingsstörning som avvikande och i behov av internering i vissa fall kvarstod. Även relationen till sinnessjuklagen bestod så länge som fram till den 1 juli 1968. Den 1 januari 1967 ersattes 1929 års sinnessjuklag med en ny lag om sluten psykiatrisk vård.[154] Enligt lagens övergångsbestämmelser fanns från den 1 juli 1968 inte längre någon möjlighet att vårda psykiskt efterblivna med stöd av samma lag som angav möjligheter att vårda psykiskt sjuka.[155] Eftersom det fanns en speciallagstiftning för psykiskt utvecklingsstörda ansågs att denna grupp skulle undantas från kategorin psykisk sjuka.[156] En historiskt ny skiljelinje hade därmed inrättats mellan personer med utvecklingsstörning och personer med psykisk sjukdom.[157]

2.3.5 För ca 25 år sedan: fokus på friheten från och friheten till

2.3.5.1 Socialtjänstlagen

Alltsedan inledningen av 1980-talet har det allmänna genom kommunernas socialtjänst haft ett lagstadgat ansvar för att undanröja hinder för delaktighet i samhället och att ge den hjälp som behövs för att kompensera för personers funktionsnedsättningar. Syftet var (och är) att personer med funktionsnedsättningar av olika slag genom insatser får möjlighet att leva som andra.[158] Ledorden för socialtjänstens verksamhet var, och är alltjämt, frivillighet och integritet. Vad gällde specifikt ”handikappade” anfördes i förarbetena till den socialtjänstlag som infördes år 1982 att ”handikappfrågan är en fråga om att göra samhället tillgängligt.”[159] Det politiska målet på handikappområdet deklarerades vara att handikappade

[154] Se Wennergren, Lagen om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall med kommentar s. 5.

[155] Grunewald & Wessman, Omsorgslagen s. 24.

[156] Wennergren a.a. s. 23.

[157] Denna skiljelinje består alltjämt: utvecklingsstörning är ej grund för vård med stöd av LPT.

[158] Se socialtjänstlag (1980:620) och socialtjänstlag (2001:453).

[159] Prop. 1979/80:1 Del A s. 295.

skulle vara med i samhällets gemenskap och leva som andra. För dessa strävanden användes begreppen integration och normalisering.[160]

Socialtjänstlagen (1980:620), ÄSoL, var resultatet av ett långvarigt reformarbete. Syftet med reformen var en ambition att samla regleringen av samhällets hjälpinsatser för vad som betraktades som utsatta grupper under en och samma lag och att lägga ansvaret på en och samma huvudman. Till de utsatta grupperna räknades bland annat ”handikappade”. Omsorgslagen av år 1967 var dock, till skillnad från lagen om socialhjälp, nykterhetsvårdslagen och barnavårdslagen, en lag som vare sig avskaffades eller skrevs om i samband med att ÄSoL infördes. En utredning under namnet omsorgskommittén hade dock år 1977 inlett ett arbete med att se över omsorgslagstiftningen. Kommittén lämnade sitt förslag år 1981.[161] Först år 1986 förändrades dock ånyo lagstiftningen om omsorgerna om utvecklingsstörda då en ny omsorgslag trädde ikraft.

2.3.5.2 Den andra omsorgslagen av år 1985

År 1986 ersattes den första omsorgslagen från år 1967 av en ny omsorgslag: lag (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl. Nu var tvånget i omsorgerna om personer med utvecklingsstörning helt avskaffat. Den nya omsorgslagen var formulerad som en frivillighetsbaserad rättighetslag med möjlighet att leva som andra som mål för omsorgsverksamheten.[162] Synen på människor med funktionsnedsättningar hade ändrats i grunden; dessa betraktades inte längre som avvikande och i behov av särbehandling. Alla människors lika värde angavs som grundläggande utgångspunkt, och integrering och normalisering angavs som vägledande principer för den nya handikappolitiken.[163] Den nya omsorgslagen skulle betraktas som ett komplement till de hjälp- och stödinsatser som kunde erbjudas med stöd av exempelvis ÄSoL. I de fall extra stödinsatser var påkallade för psykiskt utvecklingsstörda skulle sådana kunna erhållas enligt den nya lagen.[164]

Föredraganden betonade i den allmänna motiveringen till den nya lagen att psykiskt utvecklingsstördas situation ännu inte var tillfreds-

[160] Prop. 1979/80:1 Del A s. 295.

[161] SOU 1981:26 Omsorger om vissa handikappade.

[162] Se 3 § lagen (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl.

[163] Prop. 1984/85:176 s. 13 f.

[164] Prop. 1984/85:176 s. 16.

ställande. Deras möjligheter till delaktighet och gemenskap i samhället behövde ytterligare stärkas. Det nya regelsystemet behövde därför frigöra sig från 1967 års omsorgslags betoning av institutionsvård och vård utan samtycke. Vidare skulle särskilt respekten för psykiskt utvecklingsstördas integritet och självbestämmanderätt betonas; de särskilda omsorgerna skulle enbart kunna ges efter begäran, möjligheten att bereda vård utan samtycke skulle utmönstras och det skulle i den nya lagen föreskrivas en skyldighet för huvudmannen för omsorgerna (alltjämt landstinget) att samråda med utvecklingsstörda och deras företrädare.[165]

De särskilda omsorgerna som omfattades av lagen reglerades i 4 § och var fem till antalet: rådgivning eller annat personligt stöd av en särskild kontaktperson, daglig verksamhet eller annan sysselsättning, korttidsvistelse utanför det egna hemmet, bostad i familjehem eller elevhem för barn eller ungdomar samt bostad i grupphem för vuxna som inte kan bo självständigt. Som nämnts tidigare i detta kapitel gällde omsorgslagen enligt dess 1 § för psykiskt utvecklingsstörda och för personer som, på grund av hjärnskada föranledd av yttre våld eller kroppslig sjukdom, hade fått ett betydande och bestående begåvningshandikapp, samt personer med barndomspsykos.

Att det inte var alldeles självklart vilka som räknades till lagens målgrupp, avspeglas i Regeringsrättens dom RÅ 1989 not 440. I målet var fråga om en 17-årig pojke som ansökt om särskilda omsorger med stöd av lagen. Ansökan hade dock avslagits med motiveringen att han inte ansågs tillhöra lagens personkrets. Av utredningen i målet framgick att pojken hade en ”hjärnskada av MBD-typ”[166] som visade sig i form av problem med finmotorik, språkstörningar och koncentrationsstörningar. Resultat av en rad tester hade visat att han ”presterade undergenomsnittligt men inom normalzonen”. Kammarrätten bedömde att pojken inte vid en helhetsbedömning kunde anses psykiskt utvecklingsstörd. Regeringsrätten meddelade ingen ändring i kammarrättens dom.

Enligt omsorgslagens 5 § hade psykiskt utvecklingsstörda rätt till särskilda omsorger enligt lagen om de behövde sådant stöd och sådan hjälp i sin livsföring och deras behov inte tillgodosågs på något annat sätt. Beslut om särskilda omsorger till enskilda kunde enligt 20 § överklagas till läns-

[165] Prop. 1984/85:176 s. 17.

[166] MBD är en förkortning av Minimal Brain Dysfunction, vilket är en föråldrad medicinsk term/diagnos från 1950-talet. Den ersattes under 1980-talet med DAMP, som i sin tur idag ersatts av ADHD.

rätt. De särskilda omsorgerna skulle enligt 6 § tillförsäkra goda levnadsvillkor. Ett krav på egen begäran för att omsorger skulle få ges, antingen från personen med utvecklingsstörning själv eller, om han uppenbart saknade förmåga att ta ställning i frågan, hans vårdnadshavare, förmyndare eller gode man, återfanns i 6 §.

En ny era var genom den nya omsorgslagen inledd. Omsorgerna sågs nu som *rättigheter* och den nya lagen *präglades av frihet*: frihet från institutionsvård, frihet från tvång, frihet till att få välja och bestämma, och frihet till att få möjlighet att leva som andra.

2.3.5.3 Lag om stöd och service för vissa funktionshindrade

År 1994 trädde nu gällande lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) ikraft. I likhet med föregångaren omsorgslagen tillerkänner LSS personer med utvecklingsstörning lagstadgad rätt till goda levnadsvillkor genom de insatser som kan erhållas med stöd av lagen. Ledorden är alltjämt desamma som enligt omsorgslagen: delaktighet i samhället, inflytande, tillgänglighet och självbestämmande. Målet är att lagens personkrets genom rättigheter i form av olika insatser ska få möjlighet att leva som andra. Personkretsen har enligt 1 § utökats med en tredje grupp, omfattande personer med andra varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder än utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd eller personer med förvärvade hjärnskador. Förutsättningarna för att omfattas av lagens nya personkrets är att det är uppenbart att funktionshindret inte beror på normalt åldrande, att funktionshindret är stort och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen, och att den enskilde har ett omfattande behov av stöd eller service.

Genom LSS har, jämfört med omsorgslagen, antalet insatser utökats till det dubbla. Bland insatserna återfinns den stora nyheten personlig assistans, som ges till den som har ett behov av ett personligt anpassat stöd som ges av ett fåtal personer. Lagen fokuserar på självbestämmande, delaktighet och inflytande för personer som ingår i lagens personkrets. Detta fokus kan betraktas som en följd av normaliseringsideologin, men kan även betraktas som en konsekvens av ett allt starkare fokus på individrättigheter. Förverkligandet av de rättigheter som tillerkänns lagens personkrets har förlagts på kommunerna, vilket har inneburit ett problem. Med hänvisning till bristande resurser och kommunalt självstyre, har kommunerna inte bara vägrat att verkställa förvaltningsdomstolarnas

domar utan även underlåtit att verkställa egna beslut.[167] Stora skillnader mellan olika kommuners tillämpning av lagen har också kunnat konstateras, med konsekvens att

> ”This has led to substantial local and individual inequality in living conditions and life situations that cannot be attributed to different individual needs or preferences. […] service is more dependent on the individual's knowledge of legislation and ability to argue his or her case. For people with ID [intellectual disabilities, min anm.], this entails an increased need for strong representation.”[168]

Huruvida det behov av stark representation som efterlyses i citatet kan sägas tillfredsställas genom legalt ställföreträdarskap, är en fråga som inte kan besvaras här.

2.3.6 Nutid: individens rättigheter i centrum

Under 2000-talet har inga nya lagar eller väsentliga lagändringar tillkommit i svensk rätt. Det är alltjämt SoL och LSS som reglerar hjälp, stöd och service till personer med utvecklingsstörning. En viktig nyhet har dock tillkommit på internationell, folkrättslig, nivå. År 2006 antog FN Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättningar med fakultativt tilläggsprotokoll. Konventionen och protokollet gäller i Sverige sedan år 2009. Huvudbudskapet i konventionen är att alla personer med funktionsnedsättningar har rätt att i alla sammanhang erkännas som och behandlas som människor som alla andra – med samma rättigheter som andra människor.[169]

Genom konventionen har således inte skapats några nya rättigheter i sak. Konventionens fokus på *individens ställning som rättighetsbärare* i likhet med andra människor och inför lag är dock en nyhet, vars effekter för personer med utvecklingsstörning ännu återstår att se. Ett första steg för att i svensk rätt kunna reflektera över konventionens betydelse för personer med utvecklingsstörning är att reda ut den *ställning som rättssubjekt* som personer med utvecklingsstörning har haft. Om rättssubjektivitet i allmänhet och i historisk belysning avseende personer med utvecklingsstörning i synnerhet, handlar nästa avsnitt.

[167] Se mer om LSS och dessa problem i kapitel 3, avsnitt 3.2.3.2.

[168] Tøssebro m.fl., Normalization Fifty Years Beyond – Current trends in the Nordic Countries s. 139 f.

[169] Mer om Förenta Nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning framgår i kapitel 3, avsnitt 3.3.2.3.

2.4 Personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt – en utvecklingslinje

2.4.1 Från rättsinkapabel till fullvärdigt rättssubjekt?

Under första halvan av 1900-talets betraktades sinnesslöa (och sinnessjuka) personer som *rättsinkapabla*,[170] en diskvalificerande term som innebar att de *underkändes som rättsliga aktörer*. De rättsinkapabla kunde exempelvis inte med rättslig giltighet samtycka till sterilisering eller ingå äktenskap. De kunde även omyndigförklaras, med hänvisning till att de var ur stånd att vårda sig själva eller sin egendom.

Någonstans under 1900-talet förvann uttrycket rättsinkapabel från den svenska rättsdiskursen.[171] I nutid finns inget ord för generell bestämning av frånvaro av förmåga att agera inom svensk rätt – det finns inget subjektsdiskvalificerande begrepp. I sammanhanget av en individs förmåga att agera med rättslig giltighet – att *själv* med rättslig verkan ingå avtal, sätta sig i skuld, hållas ansvarig eller vara verksam i en rättslig process – talas istället om ifall den enskilde har eller inte har rättslig handlingsförmåga eller processbehörighet med avsikt på en specifik rättshandling.[172]

[170] Se exempelvis SOU 1933:22 s. 16. Se för användning av begreppet kapabel/inkapabel även Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång, exempelvis s. 3, 18, 20, 34, och 43. För en relativt nutida användning av begreppet rättsinkapabel, se Socialstyrelsens (inaktuella) allmänna råd om tillämpningen av abortlagen (SOSFS 1989:6). Avsnitt 4.10 har rubriken ”Rättsinkapabla”, och diskuterar hur man ska hantera en ansökan eller ett samtycke till abort från en kvinna som ”saknar rättshandlingsförmåga”. I dessa fall rekommenderas att en särskild bedömning ska göras av om kvinnan är ”rättskapabel” i abortfrågan eller inte. Dokumentet har efterfrågats hos Socialstyrelsen, men har inte gått att få fram. Referensen är hämtad från Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 279, not 14.

[171] Påståendet om att begreppsbildningen om rättsinkapabla personer är utmönstrad ur det svenska rättsspråket kan i själva verket nyanseras till att det i svenska *rättskällor* inte finns något sådant begrepp. Däremot använder Socialstyrelsen begreppet rättskapabel på följande sätt i ett dokument publicerat så sent som i januari 2014: ”Av allmänna regler i civilrätten följer att *en rättskapabel person* kan ingå avtal om att någon ska företräda honom som ombud.” Socialstyrelsen (2014) Personlig assistent och god man. Är rollerna förenliga? s. 14. Jag antar att vad Socialstyrelsen menar är att den som har förmåga att rättshandla kan ställa ut fullmakt till någon att företräda honom eller henne såsom ombud. Noteras särskilt bör också hur Socialstyrelsen knyter förmågan att rättshandla till personens vara, som en egenskap, och inte till den rättshandling som är aktuell.

[172] Terminologin kring dessa frågor är en smula förvirrande (vilket även påtalats av Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 278 not 7). Ekelöf talar om *processbehörighet* som den processrättsliga motsvarigheten till det civilrättsliga uttrycket *rättshandlingsförmåga*, Rättegång II s. 50 f, och anger att barn och akut sinnessjuka helt saknar processbehörighet. I not på s. 51 förklarar Ekelöf att processbehörighet kan karakteriseras som ”processuell handlingsförmåga”. Agell & Malmström, Civilrätt s. 60, använder för

Med en rättshandling menas ”en sådan privat viljeförklaring, som enligt sitt innehåll åsyftar att framkalla en viss rättslig verkan”.[173]

Det är således en persons viljeförklaring som i vissa fall kan komma att underkännas, inte personen själv som rättssubjekt. Men likväl är det personliga faktiska förmågor som avgör om rättshandlingen ska tillerkännas rättslig verkan. Exempelvis kan ett avtal som ingåtts av en person med utvecklingsstörning ogiltigförklaras med stöd av lag (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning,[174] eller så kan processbehörighet nekas en person med hänvisning till dennes tillstånd eller personlig förmåga att rättshandla.[175]

På samma sätt som det inte finns något begrepp för diskvalificering av vissa rättssubjekt, finns heller inte i svensk rätt något vedertaget begrepp som täcker in vad som framöver kommer omtalas som *fullvär-*

---

samma företeelse, att *själv* kunna vara verksam i en rättslig process, begreppet *processhabilitet* (den senaste av Ramberg omarbetade upplagan av samma bok säger inget i frågan); jfr Saldeen, Barn- och föräldrarätt s. 277, som skriver att en persons rättshandlingsförmåga eller rättsliga handlingsförmåga inom processrätten har sin motsvarighet i begreppet processhabilitet. I Bergström m.fl., Juridikens termer, förklaras ordet processhabilitet med processbehörighet, vilket i sin tur förklaras som ”parts behörighet att *själv* utföra sin talan vid domstol”. Processbehörighet och processhabilitet synes med andra ord vara synonymer. Det till processhabilitet närliggande begreppet *rättshabilitet* förklaras i samma källa som ”detsamma som rättslig handlingsförmåga”. Begreppet *rättslig handlingsförmåga* förklaras i sin tur av Agell & Malmström a.a. s. 60 som ”förmågan att själv ombesörja sina rättsliga angelägenheter, sålunda att själv sälja och köpa, sluta avtal osv”, och av Bergström m.fl., Juridikens termer som ”en persons förmåga att med rättsligt bindande verkan *själv* träffa avtal etc.” Ordet *habilitet* synes mot bakgrund av ovanstående användas som ett annat uttryck för handlingsförmåga. Varför Ekelöf talar om behörighet men Agell & Malmström samt Saldeen om habilitet/handlingsförmåga med avsikt på samma företeelse, är höljt i dunkel. Oklarheten vad gäller begreppen blir ett problem när det beaktas att både rättslig handlingsförmåga och processbehörighet kräver förmåga att rättshandla/föra sin talan i två avseenden – både i sakligt och personligt avseende. Mer om denna dubbelhet nedan i avsnitt 2.4.3.

[173] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång s. 1.

[174] Lagen ifråga, som närmare berörts ovan i avsnitt 2.2, gäller alltjämt med enbart redaktionell förändring genom lag (1991:1550). Istället för rubbad själsverksamhet används nu uttrycket psykisk störning. Ändringen förtogs med avsikt att samordna terminologin på olika rättsområden, såsom den psykiatriska tvångsvårdsregleringen, processrätten och civilrätten. Se prop. 1990/91:194 s. 37 ff.

[175] Så var fallet i NJA 1981 s. 857. Tvivel uppkom i tvist angående parts processbehörighet med hänvisning till dennes psykiska tillstånd efter hjärnskada som han ådragit sig i en olycka. HD fann att det i målet var ådagalagt att parten ”saknat förmåga att med giltig verkan” återkalla överklagandet och fullmakter till ombud. Fallet refereras mer ingående nedan i avsnitt 2.4.3.3.

dig rättssubjektivitet:[176] *både* förmågan att vara bärare av rättigheter och skyldigheter *och* förmågan att kunna agera i förhållande till de rättigheter eller skyldigheter som man är tillskriven.[177] Fullvärdig rättssubjektivitet motsvarar med andra ord båda sidorna av det engelska uttrycket *legal capacity*:

> ”a person’s capacity to hold rights and obligations […], which defines them as a ’legal subject’ (*Rechtssubjekt*) as opposed to ’legal objects’ (as slaves would be), must be distinguished from the capacity to exercise certain rights independently […], in particular the capacity to bind themselves through a contract. Not all citizens enjoy the latter capacity.”[178]

I svensk rätt finns en begreppsbildning avseende förmågan att *vara en person i rätten* – rättskapacitet eller partsbehörighet – och en begreppsbildning avseende förmågan att som person i rätten med rättslig giltighet kunna *företa handlingar som får rättsliga konsekvenser* – rättshandlingsförmåga eller processbehörighet. För den kommande analysen bör redan här noteras att begreppen rättshandlingsförmåga och processbehörighet relaterar till en persons faktiska förmåga att *själv, på egen hand*, agera som subjekt i rätten.

Ett konstaterande av att någon ”saknar” rättshandlingsförmåga eller processbehörighet i en viss situation betyder att individen *inte själv kan* agera med rättslig verkan, oberoende skälet till avsaknaden av förmåga. Avsaknad av förmågan att själv rättshandla innebär dock inte att den enskilde förlorar sin ställning som rättssubjekt i betydelsen som *person* i rätten (och därmed möjligheten att vara part eller agera inom rätten

[176] Med fullvärdig rättssubjektivitet avses motsvarande innebörd som ryms inom begreppet ”legal capacity” i engelskan. Legal capacity kan inte översättas med uttrycket rättskapacitet eftersom rättskapacitet enbart åsyftar en individs formella ställning som person i rätten. Enligt FN:s kommentarer till art 12 i funktionsnedsättningskonventionen som handlar om likhet inför lagen, ska med begreppet legal capacity förstås *både* att erkännas som en *person* med rättskapacitet *och* som en agerande *aktör* i rätten. Likheten inför lagen som påbjuds av konventionen avser båda dessa sidor av en persons ställning som subjekt i rätten. Framöver omtalas detta i denna avhandling som *fullvärdig rättssubjektivitet*.

[177] Hesselink påpekar att detsamma tills helt nyligen även kunde sägas inom den europarättsliga kontexten: ”Until very recently, it seems, the concept of legal capacity was entirely absent from European Law. However, in a case from October 2004 the European Court of Justice [C-200/02 *Man Levette Chen and Kunqian Catherine Zhu v Secretary of State for the Home Department*] had to decide whether the legal incapacity of a minor prevents the child’s enjoyment of the right that European citizens have to move and reside freely within the territory of the Member States.” Hesselink, Capacity and Capability in European Contract Law s. 31 f.

[178] Hesselink, Capacity and Capability in European Contract Law s. 33.

genom att ingå avtal, driva processer etc), utan att behörigheten att agera i hans namn istället tillfaller hans ställföreträdare.[179] Ställföreträdarens behörighet sammanfaller därför normalt med den enskildes avsaknad av rättshandlingsförmåga eller processbehörighet.[180] För barn är det en självklarhet att en ställföreträdare finns och att denne har behörighet att företräda barnet i alla de situationer där barnet själv inte har rättshandlingsförmåga eller processbehörighet. För vuxna ser dock bilden annorlunda ut. En individ som av personliga skäl inte själv kan agera rättsligt kan sakna en ställföreträdare.

I det följande klargörs närmare de två delar av ställningen som rättssubjekt som tillsammans bildar en fullvärdig rättssubjektivitet. Frågan som besvaras är vad som krävs – vad som är villkoren – för att erkännas som fullvärdigt rättssubjekt.

2.4.2 Att finnas eller inte finnas i och för rätten – personstatus i rätten

2.4.2.1 Erkännande som rättssubjekt med rättskapacitet eller partsbehörighet

Att erkännas som ett subjekt inför rätten – som en person till vilken rättigheter och skyldigheter kan knytas – är rättssubjektivitetens grundläggande mekanism.[181] Med grundantagandet om rätten som en diskursiv maktordning vilken inkluderar eller exkluderar sådant som betraktas som rättsligt relevant eller inte,[182] kan sägas att *människor finns i rättslig bemärkelse* först när de rättsligt erkänns eller relevansgörs som rättssubjekt.[183] Detsamma kan sägas om individers handlingar av olika slag:

> ”Människans handling kan vara åtminstone omedelbart betydelselös i rättsligt avseende, eller också kan densamma under omständigheter av rättsordningen förbindas med en av denna bestämd rättslig verkan.”[184]

[179] Ekelöf, Rättegång II s. 50 och s. 100.

[180] Ekelöf a.a. s. 100 f.

[181] Ekelöf skriver i Rättegång II på s. 48 att alla fysiska personer har partsbehörighet, även nyfödda barn, och på s. 51 att partsbehörighet korresponderar med rättssubjektivitet. Sistnämnda begrepp förklaras i samma källa på s. 48 (i relation till juridiska personer) med att ”kunna förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter”.

[182] Gustafsson, Dissens s. 11 ff, särskilt s. 15 f.

[183] Binder & Weisberg, Literary Criticisms of Law s. 463.

[184] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt s. 1.

Vem och vad som erkänns som rättsligt relevant bestäms rättsligt. Inkludering i rätten genom kvalificering som rättssubjekt sker genom att fysiska individer, mer eller mindre frivilligt eller aktivt,[185] underkastar sig[186] rättsligt abstrakta kategorier eller rättssubjektsroller.[187] I rättslig mening finns människor enbart som subjekt *för* rätten, som en personifiering av de värderingar och intressen som rätten erkänner och behärskar.[188] På samma sätt som människor i det ekonomiska systemet enbart finns som symboler för olika marknadsintressen i formen av *homo economicus* finns de inför rätten enbart som *homo juridicus*.[189] Det är, med medveten upprepning, alltså enbart *i rättssubjektets skepnad* som människorna existerar i rättslig bemärkelse.[190]

Vanligen talas det om rättssubjektivitet som om det vore en helt okomplicerad företeelse; envar kan vara part i rättegång och alla fysiska personer erkänns som rättssubjekt med rättskapacitet. Med rättskapacitet menas att:

> ”varje mänsklig individ har från födseln till döden *rättskapacitet* (rättsförmåga), dvs. förmåga att ha rättigheter och förpliktelser, som den vedertagna definitionen lyder. Därmed följer också förmågan att vara part i rättegång (partshabilitet). Självfallet är detta dock inte en ’förmåga’ i betydelsen en biologisk egenskap hos människan. Det rör sig bara om en omskrivning

[185] Gustafsson a.a. s. 25 f.

[186] Som förklarats redan i kapitel 1 betyder ordet ”subject” på engelska bland annat undersåte, att vara underkastad någon eller någots makt. Se www.dictionary.com.

[187] Foucault, Samhället måste försvaras s. 53 ff; Gustafsson a.a. s. 25 ff.

[188] Se Leckey, Contextual Subjects. Family, State and Relational Theory. s. 247. Efter att ha refererat vad Joseph Vining argumenterat för, att ”in the law’s eyes the individual remains always merely a personification of social values and interests”, anför Leckey att ”[b]y adopting a contextual approach to particular human beings in their social and economic contexts, contemporary courts and legislatures focus explicitly on specific values and narrow bundle of rights. Yet these institutions may remain hobbled in their capacity to perceive individuals as complex, unitary beings.”

[189] Se Gustafsson a.a., som i fotnot nr 166 på s. 140 hänvisar till Foucault och förklarar att en viktig skillnad mellan intressesubjekten inom marknaden och rätten är att *homo juridicus* är *formaliserat* i rättssystemet till skillnad från *homo economicus*, som inte är formaliserat i något system. Denna skillnad innebär att rättssubjektet står i en annan relation till disciplineringsmakten än *homo economicus*.

[190] Rättssubjektet som företeelse inom rätten är för övrigt en historiskt sett ung företeelse. Wennström, Rättens individualisering s. 8 f, anför att rättssubjektet som rättslig konstruktion är en produkt av det moderna samhället, något som *skapades* samtidigt med den borgerliga individens födelse. ”Industrisamhället krävde för sin utveckling sådant som möjligheter för individen till ekonomiskt självförverkligande genom att denne tilläts ackumulera kapital.” (A.a. s. 9.)

för det förhållandet att rättsordningen har sådana regler att varje människa principiellt anses kunna äga tillgångar […], fordringar och andra rättigheter […] och å andra sidan anses kunna ha skulder och andra förpliktelser […]. Denna rättsordningens principiella inställning är resultatet bland annat av respekten för det allmänna människovärdet […]."[191]

Denna bild av rättssubjektivitet som något som följer automatiskt med bestämningen som människa, är dock en förenkling.[192] Det finns grun-

[191] Se Agell & Malmström, Civilrätt s. 58 f.

[192] För att ytterligare komplicera bilden så kan det påpekas att det, åtminstone i teoretiska sammanhang, *inte alltid är självklart vem som ska räknas som en människa*. Carlson, The Faces of Intellectual Disability s. 134 ff, redogör ingående för en filosofisk diskurs som jämför utvecklingsstörda med djur, i syfte att propagera för att skillnaden är så liten att djur borde ha rättigheter på samma sätt som utvecklingsstörda har det. Carlson refererar och citerar ett antal artiklar på detta tema, exempelvis på s. 151, Murphy, Do the Retarded Have a Right Not to Be Eaten? A Rejoinder to Joseph Margolis, och förklarar att författaren säger sig inte avse att väcka anstöt, utan att "raise the issue of rights for the retarded in its hardest context – namely, do they really differ in any significant way from those animals which we feel free to kill and eat? Too much well-meaning sentimentality is allowed to pass for thought in the discussion of the retarded, and I want to shock my way through this." Denna diskurs, där personer med utvecklingsstörning jämförs med djur, är dessvärre inte något som ligger i det förflutna. Som Carlson påpekar försvinner personer med utvecklingsstörnings mänskliga ansikte genom jämförelsen med icke-mänskliga djur i samband med diskussionen av rättfärdiga behandlingar, vilket i sin tur öppnar upp för synsätt och argument för behandlingar som exempelvis i fallet med 9-åriga Ashley X. Hennes livmoder och bröst opererades bort och hon gavs hormoner och mediciner som förhindrar tillväxt. Fallet utspelade sig år 2006 i Seattle i USA och rörde en flicka vars intelligensnivå enligt prognosen, under ett normallångt livsspann, inte skulle komma att förbättras över en 3-månaders babys nivå. Hon kunde inte gå, tala, hålla i en leksak eller ändra sin position i sängen, och hennes föräldrar sade sig inte vara säkra på att hon kunde känna igen dem. Mot bakgrund av dessa förhållanden drog professorn i bioetik Peter Singer, Ashleys föräldrar, läkare och sjukhusets etiska råd, slutsatsen att det var *bäst för Ashley* att hon inte fick utvecklas kroppsligen i takt med sin biologiska ålder. På så vis skulle hennes föräldrar orka fortsätta att bära henne, ta henne med på utflykter utanför hemmet och ge henne den vård hon behövde, och hon skulle besparas sådana "plågor" som naturligen följer med den kroppsliga utvecklingen till kvinna. Någon möjlighet att tillfråga Ashley själv om hennes egen uppfattning om ingreppen fanns inte på grund av hennes oförmåga att kommunicera. I artikeln "A Convenient Truth" publicerad 26 januari 2007 i The New York Times, argumenterar Peter Singer (professor i bioetik vid Princeton University) för att behandlingen av Ashley var berättigad. Peter Singers argumentation utgår från att Ashleys *enda människovärde ligger i att hennes föräldrar och syskon älskar henne*. Om hennes familj menar att de enklare kan ge henne den omsorg som hon behöver om hon inte växer och blir stor och tung, och hon dessutom kan besparas lidande i form av menstruationsbesvär och storvuxna bröst (vilket kan förutsättas inom familjen) som är i vägen när hon ligger ned eller sitter fastspänd i sin rullstol, så kan professor Peter Singer inte se att det finns några rationella argument som talar emot ingreppen. Tvärtom: genom dessa ingrepp fick hon en kropp som passade hennes mentala tillstånd: en intelligensnivå motsvarande en normal 3-månaders baby. Jag menar att de ingrepp (eller snarare

dantaganden om människan som döljs genom hänvisningen till rättens principiella inställning. Rättssubjektivitet handlar inte bara om egenskapen ”människa”, utan även om:

> ”vilka aspekter, egenskaper och förmågor av det levande subjektets erfarenheter som skärs ut för att sy ihop rättssubjektet; hur rättssubjektet påverkas av att också vara ett icke-rättssubjekt; och hur, till exempel, subjektets kön och medborgarskap påverkar rättssubjektets teoretiska konstituerande och dess genomslag i rättslig tillämpning”.[193]

Rättssubjektet är en rättslig konstruktion (en ”omskrivning”) som inte bara verkar på det abstrakta utan även på det konkreta planet; det verkar både i en rättslig-formell och en socio-materiell dimension.[194] Samtidigt. Den rättsligt-formella dimensionen avser de rättsförhållanden som är knutna till rättssubjektet. Den socio-materiella dimensionen avser de faktiska egenskaper eller förutsättningar som ska föreligga för en individs kvalificering som rättssubjekt, samt de intressen, värderingar och strukturer som rättssubjektet personifierar.

Beaktas det att rättssubjektet som konstruktion existerar och verkar i båda dessa dimensioner blir det möjligt att hävda två saker. Rättssubjektivitetens innebörd är inte densamma i alla kontexter. Den är inte heller samma för alla människor i alla kontexter.[195] Rättens likhetsideologi till trots.

2.4.2.2 Olika former av rättssubjektivitet med olikartade innebörder

Det är möjligt att urskilja skiljelinjer mellan olika former av rättssubjektivitet, förslagsvis mellan aktivt och passivt tillskriven rättssubjektivitet, mellan civilrättsliga och offentligrättsliga rättssubjektsroller och mellan

---

övergrepp) som 9-åriga Ashley utsattes för, kan uppfattas som en fråga om *vad hon kunde tillåtas finnas som*: hon kunde tillåtas finnas som ett barn, men inte som en vuxen kvinna. Hon kunde också tillåtas finnas som ett objekt – i behov av vård och omsorg från sin familj och samhället och som intressant diskussionsexempel för filosofiskt-etiska frågor – men hon kunde inte tillåtas att finnas som ett subjekt. Den springande punkten, det som motiverade diskvalificeringen och objektifieringen av Ashley, var hennes låga intelligensnivå och hennes oförmågor.

193 Gustafsson, Dissens s. 147 f.

194 Gustafsson, Dissens s. 134.

195 Se Gustafsson a.a. s. 159, som skriver att: ”Eftersom rättens ’enhet’ och ’ursprung’ är förlegade föreställningar, så måste också föreställningen om ett enhetligt rättssubjekt överges: en pluralistisk syn på rätten torde ge utrymme åt ett annorlunda förstått rättssubjekt, vilket närmar sig det reella subjektets tillstånd.”

sådana roller som i de rådande strukturerna betraktas som mer eller mindre neutrala respektive meningstäta. Att rättssubjektivitet förekommer i olikartade former med olikartade konsekvenser, blir möjligt att se om rättssubjekten betraktas som roller i ett skådespel vilka de fysiska individerna antingen aktivt spelar eller passivt fyller inför rätten.[196] Rätten ska dock i denna liknelse inte förstås som en deltagare i spelet – såsom lagstiftaren eller domstolen – utan snarare som en osynlig men suverän regissör som godkänner eller stoppar det fortsatta spelet beroende av om rollerna spelas på ”rätt” sätt eller inte – i enlighet med de givna normerna.[197]

En första åtskillnad kan göras mellan vad som kan kallas passivt eller aktivt tillskriven rättssubjektivitet respektive *passiva* eller *aktiva* rättssubjektsroller. Passivt tillskriven rättssubjektivitet och passiva rättssubjektsroller tillkommer och spelas av alla personer i samhället med avsikt på en viss egenskap. Denna form av rättssubjektivitet är således inget som

[196] Se Dahrendorf, Homo sociologicus. Om människan och rollerna, för en ingående analys av rollbegreppets användbarhet för analyser av människors sociala positioner och vad som förväntas av individers beteenden i dessa positioner. Dessa förväntningar har i sin tur en styrande kraft. De är normerande. För ett rättssubjekt är de dessutom också normativa, det vill säga det föreskrivs i rättsregler förenade med någon form av rättslig sanktion vad som förväntas, och den som bryter mot det föreskrivna riskerar sanktioner. A.a. särskilt s. 21 ff, där Dahrendorf förklarar att ”[v]id skärningspunkten mellan den enskilde och samhället står *homo sociologicus*, människan som bärare av i förväg socialt utformade roller. Den enskilde är sina roller, men dessa roller är å sin sida samhällets påträngande realitet.”

[197] Jfr Dahrendorf s. 27 f. I det maktperspektiv som denna avhandling utgår ifrån är liknelsen med rätten som en regissör av ett spel inte särskilt långsökt; rättsteoretiker talar om utgångspunkten för det rättsliga tänkandet, utgångspunkten för det rättsliga paradigmet, som att rätten har ett suveränt centrum. Man behöver inte heller gå längre än till RF 1:1 där det framgår att ”all offentlig makt utgår från folket” och att ”den offentliga makten utövas under lagarna” för att se att suveränitetstanken är högst aktuell och att suveräniteten inte kan knytas till en person utan ett betydligt mer abstrakt väsen: folkets vilja (Se exempelvis Gustafsson, Dissens s. 159; Foucault, Samhället måste försvaras s. 53 ff.) För somliga poänger kan liknelsen med rätten som en regissör fungera tämligen väl. I tidigare epoker *var* rätten en suverän person: kungen. Och de enskilda människorna i form av kungens undersåtar behövde spela sina roller inför kungen väl; det var nödvändigt att behaga (den nyckfulle) kungen för att antingen *få sin vilja igenom* eller för att *få olika fördelar* (och för att inte riskera att uppfattas som illojal mot kungen med negativa konsekvenser som följd, men det är en annan fråga.) Precis på samma sätt måste den som i dagens rätt vill utverka en rättslig följd spela spelet enligt reglerna. Förvisso ligger det långt bort i den moderna rättsstatliga diskursen att vilja jämföra rätten med en nyckfull kung – därav principer och regler om rättssäkerhet med avsikt att värna förutsebarhet och förhindra godtycke eller andra ovidkommande hänsynstaganden vid offentligrättslig rättstillämpning – men likväl finns givna villkor att uppfylla för den som vill söka sin rätt inom rättssystemet såsom formkrav eller kriterier i lagstiftning som ska visas uppfyllda.

aktivt väljs eller väljs bort av individen.[198] Alla fysiska personer är subjekt för rätten och är, i egenskap av att vara människor, tillskrivna mänskliga fri- och rättigheter. Den som är medborgare i ett land är även tillskriven sådana fri- och rättigheter i relation till staten som anges i landets konstitution, som exempelvis skydd från frihetsberövande från statens sida. Förvisso kan ett medborgarskap aktivt ansökas om, men det vanliga är att det passivt tillskrivs individen i samband med födseln.

De former av passivt tillskriven rättssubjektivitet som nämnts ovan är *generella*, men passivt tillskriven rättssubjektivitet kan även vara *selektiv*. Med grund i exempelvis en särskild egenskap eller ett särskilt tillstånd kan vissa individer utpekas som subjekt för rättsligt sanktionerade åtgärder eller insatser.[199] Exempel på sådan passiv selektiv rättssubjektivitet från det förflutna, är anstaltsinterneringen och steriliseringen av sinnesslöa personer som, just i egenskap av sin diagnos, utpekades som subjekt i lagarna om sterilisering eller vård på anstalter. I dessa exempel är dock en relevant fråga att ställa om inte individerna ifråga mer betraktades som objekt för rättsliga åtgärder, än som subjekt. Åtminstone om man med subjektsställning förutsätter någon form av respekt för individens självbestämmande.

De aktiva rättssubjektsrollerna är på olika sätt valbara eller frivilliga för individerna. Exempel på aktiva rättssubjektsroller är den civilrättsliga avtalsparten, den familjerättsliga maken, den socialrättsliga biståndseller insatssökande, eller den processrättsligt klagande. Dessa roller kräver för att aktiveras – för att individen ska erkännas i dem – någon form av viljeyttring eller handling från dennes sida; de förutsätter att den enskilde aktivt (om än kanske inte frivilligt) träder in i rättens domäner och spelar en aktiv roll i det rättsliga skådespelet.

Helt fria är dock inte de aktiva rättssubjektsrollerna; deras förekomst och villkor är bestämda av rätten och det finns intressen som tillgodoses genom att människor *styrs till* att ikläda sig vissa rättssubjektsroller. Rättssubjektsroller av aktivt slag kan alltså antas ha handlingsdirigerande syften. Vissa slag av handlingar eller beteenden, som att köpa, sälja, låna,

[198] Ett intressant faktum att lyfta fram i sammanhanget är att omyndigförklaring enligt 1924 års förmynderskapslag kunde ske på egen begäran, men enbart i de fall den enskilde faktiskt bedömdes vara ur stånd att ta vara på sig själv eller sin egendom. Myndigheten sågs alltså inte som valbar utan tvingande i de fall den enskilde inte uppfyllde kraven för omyndigförklaring. Se kapitel 5, avsnitt 5.3.1.2.

[199] Wennström, Rättens individualisering s. 21 ff, kallar sådan selektion *juridisk individuation*.

hyra eller gifta sig, erkänns och premieras i och genom rätten, medan andra kan leda till negativa konsekvenser. Om någon vill få något från en myndighet ska denne göra si, om en annan vill utkräva sin rätt i ett avtalsförhållande ska denne göra så. Alla slag av tvister mellan enskilda ”godtas” inte av rätten, och vad som helst kan inte begäras från en myndighet – det är rättsligt bestämt vilka intressen som rätten erkänner och stödjer.[200]

En annan skiljelinje som kan urskiljas mellan olika slag av rättssubjektsroller är beroende av vad som associeras med dessa, i betydelsen hur meningstäta de kan uppfattas vara. Olika slag av rättssubjektsroller associeras med olika värderingar, intressen eller makt. En rättssubjektsroll som uppfattas som neutral i vår tids rättsliv, är avtalsparten med dess olika ansikten såsom köparen eller säljaren etc.[201] Mer meningstäta rättssubjektsroller är sådana som tydligt associeras med särskild symbolik, mening, betydelse eller värdering. Som exempel kan nämnas rollen som brottsoffer, vilken associeras med utsatthet eller kränkning – en bild som dessutom ytterligare kan förstärkas beroende av om det framgår vilket slags brott som offret utsatts för (tänk exempelvis ”våldtäktsoffer”). En annan meningstät rättssubjektsroll är rollen som socialt biståndssökande. Rollen innebär en underordnad position som svag eller utsatt, både i förhållande till samhället och den maktfullkomliga myndigheten.[202]

Nämnda innebörder av vissa slag av rättssubjektsroller är problematiska eftersom de kan förstärkas ytterligare i rättens tillämpning. Så sker exempelvis genom nödvändigheten av att som våldtäktsoffer behöva stå till svars för sitt eget beteende och därmed eventuella delansvar i händelsen, eller att som biståndssökande behöva framställa sig som ”behövande”, vilket är ett villkor för att kunna erhålla bistånd enligt SoL eller insatser enligt LSS. En behövandeposition innebär inte bara en under-

[200] Här kan man t ex tänka på intresset av att marknaden hålls flytande genom att människor avtalar med varandra och också håller avtalen, eller intresset av att personer befäster familjeförhållanden genom ingående av äktenskap.

[201] Men, bör väl tilläggas, det beror på med vems glasögon som rollen betraktas. En person som inte delar synsättet att köpande och säljande är helt naturliga delar av mänsklig samvaro skulle sannolikt inte betrakta rollen som ”avtalspart” som neutral. På samma sätt torde dessutom neutraliteten även bero av vad avtalet gäller – vad som exempelvis köps eller säljs.

[202] När det talas om skyddsvärda grupper i relation till socialtjänstens lagar omtalas dessa grupper som just ”utsatta” eller ”svaga”. Se kapitel 6, avsnitt 6.3.

ordnad position i förhållande till myndigheten, utan även en beroendeställning och därtill en omskrivning till objektsstatus.[203]

Till de olika formerna av rättssubjektivitet är vidare knutet olikartade *rättsverkningar eller konsekvenser*, exempelvis rättigheter eller skyldigheter. Rättssubjektet sägs vara ”bärare” av olika rättsförhållanden, intressen och strukturer.[204] Även om alla fysiska individer kan sägas vara rättssubjekt på lika villkor i formell mening (likhet inför lagen), så är inte rättsföljderna av rättssubjektiviteten lika för alla subjektsroller. Det framstår inte som långsökt att anta att det kan ha betydelse för individens jag-upplevelse om hon enbart kan kvalificera sig i vissa slag av subjektsroller men inte i andra.

En annan skillnad mellan olika slag av rättssubjektsroller föreligger beroende av *rättssubjektets relationsbestämning*; ett civilrättsligt respektive ett offentligrättsligt rättssubjekt ”bär” olikartade rättsförhållanden.[205] Denna skillnad kan förklaras med utgångspunkt i makt. Ett civilrättsligt subjekts rättsliga relationer med andra subjekt förmodas i makthänseende vara jämbördiga – subjekten förmodas vara *lika* (autonoma och kompetenta).[206] Ett offentligrättsligt subjekts relation till det maktfull-

[203] Nordegren problematiserar att individen i mötet med företrädare för myndigheter eller andra samhällsverksamheter inte bara befinner sig i en underordnad position, utan även reduceras till ett objekt inom ramen för en normstruktur som handlar om helt andra saker än lagstiftning och den enskildes önskemål och vilja. Andra sociala normer än lagstiftning tar över i vardagliga situationer: ”Instiftade lagar förmår uppenbarligen inte ensamma att operationaliseras på lokal samhällsnivå och genomsyra denna. [...] När en starkare och övertagande norm träder in reduceras individen till ett objekt […] en annan norm har övertagit den generella – den som gäller för människor i allmänhet.” Nordegren, Dubbla sociala normer. Existenser och effekter i vardagen för personer med funktionsnedsättning s. 19.

[204] Se Gustafsson, Dissens s. 134 ff, om rättssubjektet som ”bärare” av rättsförhållanden i enlighet med Savigny, men även som bärare enligt Marx av ekonomiska grundstrukturer. De ekonomiska grundstrukturerna, förklarar Gustafsson, är vad som *skapar* det liberala kapitalistiska rättssubjektet – inte tvärtom som gärna framhålls i liberal teoribildning.

[205] För en utvecklad redogörelse, undersökning och kritisk granskning av de rättsliga subjektens kontextualitet inom familjerätt och förvaltningsrätt i kanadensisk rätt, se Leckey, Contextual Subjects. Family, State, and Relational Theory. Som Leckey skriver på s. 3 så argumenterar han genom boken för att ”law has come to suppose and produce contextual subjects […] subjects rooted in their relationships and social settings have come to replace ones defined rather more abstractly by legal categorazations.”

[206] Många exempel finns dock på civilrättsliga relationer som betraktas som ojämbördiga såsom exempelvis de mellan arbetsgivare-arbetstagare eller näringsidkare-konsument. Lösningen på problem relaterade till dessa ojämlikheter har varit att ”omvikta” maktbalansen genom tvingande lagstiftning som exempelvis förlagt bevisbörda hos den ena

komliga allmänna, innebär alltid att subjektet har en underordnad position. Maktobalansen mellan det allmänna och enskilda rättssubjektet innebär att det till denna relation alltid är knutna vissa rättsförhållanden i formen av grundläggande fri- och rättigheter. Därtill kommer att subjektet med stöd av generella och speciella förvaltningsrättsliga regler kan ställa krav på förvaltningsmyndigheternas och domstolarnas hantering av ärenden. Principerna om rättssäkerhet, legalitet och likabehandling är sålunda alltid närvarande i relationen mellan enskilda rättssubjekt och det allmänna.[207]

Någon motsvarande *formellrättslig* överbyggnad finns inte per automatik i förhållande till det civilrättsliga rättssubjektet. Först om det blir fråga om tvister eller skador och domstols prövning påkallas, aktiveras motsvarande formella rättsförhållanden i en processrättslig kontext. Innan dess håller sig rätten så att säga i bakgrunden som ett latent ”hot”; den som inte spelar spelet enligt reglerna riskerar att handlandet blir föremål för rättslig prövning och rättsliga sanktioner.

2.4.2.3 Rättssubjektivitetens relativitet i tid och rum

Ett erkännande som rättssubjekt med rättskapacitet, det vill säga förmåga att vara bärare av rättsförhållanden, innebär inte per automatik ett erkännande i alla former av rättssubjektsroller. Alla roller är inte tillgängliga eller öppna för alla människor. De aktiva rättssubjektsrollerna förutsätter för att kunna spelas, att den fysiska individen är försedd med en särskild uppsättning förmågor eller särskilda egenskaper – att individen *kan kvalificera sig* som rättssubjekt i den specifika rollen.

För att kunna erkännas i aktiva rättssubjektsroller måste individen förmå att inträda i rätten genom att med rättslig verkan företa handlingar som får rättsliga konsekvenser; avtalspart blir någon först genom att ingå ett avtal, biståndssökande blir någon först genom att ansöka om bistånd hos socialnämnden och make blir någon först efter att ha ingått äktenskap. I vissa fall förmår dock inte individer att aktivera eller inträda i rätten på egen hand, vilket uppmärksammats av lagstiftaren i exempelvis LSS. Av LSS 8 § framgår att insatser enligt lagen enbart får ges om den enskilde själv begär dem. Om den enskilde ”uppenbart saknar

---

parten eller skapat presumtioner till fördel för den svagare parten. Se Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s. 98 ff.

[207] Se RF 1:1 och 1:9, se även förvaltningslag (1986:223).

förmåga att på egen hand ta ställning i frågan" får dock legal ställföreträdare begära insatsen i den enskildes namn. Även i andra situationer kan somliga individer sakna förmåga att på egen hand kvalificera sig i aktiva rättssubjektsroller som de nämnda – faktisk oförmåga kan föreligga på grund av individens mentala tillstånd eller intellektuella egenskaper.[208]

Den intellektuella förmågan att förstå och att fatta förnuftiga beslut eller handla på förnuftigt vis, har över tid varit en avgörande faktor för rättslig karaktärisering och kategorisering av personer med utvecklingsstörning som avvikande på ett sådant sätt att de därmed också ansetts diskvalificerade som subjekt i rätten. Vem som i olika rättsliga sammanhang tillåts kvalificera sig som, eller *bli till* som ett rättssubjekt, är inte en gång och stadigvarande givet, utan har varierat beroende av tid och av vilka idéströmningar, ideologier och diskurser som varit förhärskande vid olika tidpunkter.[209] Även om och i så fall hur somliga individers faktiska oförmågor att agera i rätten bör kompenseras, kan variera beroende av tid och diskurser.

Om rättssubjektet som en abstrakt konstruktion sedd över tid kan sägas att

> "…[h]är finns ingen enkel utvecklingslinje, utan rättssubjektet är ständigt en fråga om diskursiva och epistemologiska förhandlingar som i ett skede kan inkludera, men i nästa stund exkludera individer, i ena stunden förespråka mänskliga rättigheter men i nästa stund radera dem genom nya benämningar, såsom 'indefinite detention' och 'illegal combatants'."[210]

Vem som tillerkänns ställning som rättssubjekt kan med andra ord betraktas som något obeständigt, och denna obeständighet kan vara mer eller mindre betydelsefull för de fysiska individerna. Betraktas rättssubjektet enbart i dess rättsligt-formella dimension, som en konstruktion, kan kanske tyckas att obeständigheten spelar mindre roll. Betraktas rättssubjektet istället i dess socio-materiella dimension, är det lika möjligt att hävda att obeständigheten spelar stor roll:

[208] Detta förhållande har diskuterats särskilt med avseende på RB 11:1, där det framgår att "envar kan vara part i rättegång". Här får skiljas inte bara på olika slag av rättssubjektsroller i sådan mening som ovan förespråkats, utan även beroende av vilken *partsställning* som en person intar i en process. Det är skillnad på vilka förmågor som krävs för att förmå att vara kärande eller svarande i en inomobligatorisk eller utomobligatorisk tvist, att vara tilltalad i ett brottmål eller vara part i en statusprocess (en familjerättslig process). Se Ekelöf, Rättegång II s. 52–81.

[209] Gustafsson, Dissens s. 133.

[210] Gustafsson a.a. s. 158, fotnot nr 185.

> ”…[r]ättssubjektet som abstrakt kategori […] har materiella effekter för den konkreta fysiska person det berör och träffar; att bli benämnd som rättssubjekt har vissa bestämda fysiska konsekvenser; att inte bli benämnd som rättssubjekt har också det bestämda fysiska effekter. Rättssubjektet – som juridiskt begrepp – åstadkommer och gör något med personen […].”[211]

Med andra ord: att finnas eller inte finnas som rättssubjekt har inte bara rättslig, utan även faktisk betydelse.[212] Särskilt tydlig blir denna faktiska betydelse om det betänks vad det innebar att kvalificera sig som rättssubjekt för exempelvis tillämpning av tvångsvårds- och steriliseringslagarna som tillämpades under 1900-talet.[213]

Minst lika tydlig blir den faktiska betydelsen av rättssubjektiviteten då frågan om rättens, och då särskilt rättigheters, *tillgänglighet* ställs i centrum. Rättigheter som individer är tillskrivna kommer inte dessa tillgodo per automatik; ”(a)lla kunna fuller förvärva sig rättigheter, men det är ej allom lovgivet att själva utföra deras talan.”[214] Det krävs vissa förmågor för att kunna aktivera rättigheterna, för att med rättslig verkan kunna agera som rättssubjekt. För fullvärdig rättssubjektivitet krävs *rättshandlingsförmåga* eller *processbehörighet*.

2.4.3 Erkännande som subjekt med förmåga att rättshandla – aktörsstatus i rätten

2.4.3.1 Förmåga att själv föra sin talan i rättsliga processer

Även om alla fysiska personer tillerkänns status som personer i rätten med rättskapacitet och partsbehörighet, kan inte alla människor i faktisk mening *på egen hand agera* som rättssubjekt. Oförmågan att agera på egen hand innebär dock inte att dessa personer är rättslösa. I kraft av sin rättskapacitet kan de i likhet med alla andra människor vara tillskrivna

[211] Gustafsson a.a. s. 148, fotnot nr 176, som inleds med åberopande av vad Butler, Austin och Foucault säger i frågan på s. 147.

[212] Här kan tankarna gå till Hamlets välkända replik ”To be or not to be” i Shakespeares pjäs med samma namn. Men det föreligger en väsentlig skillnad mellan denna replik och det som är poängen i denna avhandlings kontext, som kan lyftas fram som ett förtydligande. Det existentiella val som Hamlet grubblar över är något som *väljs av honom själv* – att leva eller inte leva. Det är dock, på samma sätt som för vem som helst, inte personer med utvecklingsstörning själva som väljer om de ska erkännas som rättssubjekt eller inte. Det bestäms rättsligt. Det är inte heller i många fall personer med utvecklingsstörning själva som väljer i vilka roller de ska inträda. Det bestämmer den legala ställföreträdaren.

[213] Se ovan avsnitt 2.3.4–5.

[214] Ekelöf, Rättegång II s. 50 (som i sin tur hämtat citatet från Nehrman).

rättigheter eller skyldigheter samt vara partsbehöriga i domstolsprocesser.[215]

Funktionsnedsättningen utvecklingsstörning innebär i många fall svårigheter på två plan i relation till möjligheten att kunna vara ett agerande rättssubjekt. Dels kan personer med utvecklingsstörning *i faktisk mening sakna förmåga* att känna till och agera med avsikt på rättigheter, att aktivera de aktiva rättssubjektsrollerna eller att spela roller såsom biståndssökande på ”rätt” sätt. Dels kan de även *i rättslig mening sakna förmåga* att på egen hand företa rättshandlingar med rättslig giltighet; i sistnämnda situationer talas civilrättsligt om avsaknad av rättshandlingsförmåga och processrättsligt om avsaknad av processbehörighet.

Den nedan följande utredningen av kraven för att erkännas som ett rättssubjekt med förmåga att rättshandla utgår från det processrättsliga perspektivet – vad som krävs för att en individ ska kunna ”aktivera” rätten, det vill säga ansöka, klaga, stämma etc. Skälet till att frågan utreds från detta håll är att det är i dessa situationer som det blir tydligt att det finns ett problem om individen i rättssubjektsrollen har en utvecklingsstörning (eller någon annan intellektuell funktionsnedsättning). Omformulerad i processrättsliga termer blir frågan för det följande vad som krävs för att någon ska kunna *agera* som part i ett mål eller ärende inför domstol; en fråga som för att kunna besvaras förutsätter att även kraven för att någon ska sägas ha rättshandlingsförmåga beaktas.

Processbehörighet respektive rättshandlingsförmåga är begrepp som båda åsyftar rättssubjektets förmåga att rättshandla med giltig verkan, och som samspelar. Processbehörighet kan karakteriseras som ”processuell handlingsförmåga”.[216] Parts processuella handlingsförmåga regleras i RB 11:1 st 2:

[215] Partsbehörigheten innebär således inte enbart fördelar för den enskilde. Ett vanligt förekommande problem under en period var att föräldrar registrerade bilar på sina barn och lät barnen bli skyldiga att betala parkeringsboter, försäkringsavgifter etc knutna till bilens ägare. Som Printz påpekar innebär en ställning som fullvärdig medborgare inte bara att ha rättigheter utan även att ha skyldigheter såsom att betala skatt, återgälda skulder och ett ansvar för åsamkade skador eller för brott, se Printz, Psykiskt funktionshindrades rättigheter s. 24.

[216] Se Ekelöf, Rättegång II som i not 15 på s. 51 skriver att processbehörigheten ”kan karakteriseras som ’processuell handlingsförmåga’ ”. Hädanefter kommer uttrycket processuell handlingsförmåga, trots att det inte förefaller vara ett begrepp som används i processrätten, att användas parallellt med processbehörighet. Skälet är att det enligt min mening tydligare anger vad som åsyftas: den enskildes förmåga att *själv* agera som rättssubjekt.

> ”Råder ej parten över det, varom tvistas, eller rör tvisten rättshandling, som han ej själv äger ingå, föres talan av den som är partens ställföreträdare.”

Processuell handlingsförmåga korresponderar således med rättshandlingsförmåga på så sätt att en person saknar processuell handlingsförmåga avseende det som han civilrättsligt saknar rättshandlingsförmåga för. Huvudregeln är att ”*part är processbehörig endast i den mån han civilrättsligt kan förfoga över det som processen rör sig om*.”[217] I processer om förmögenhetsrättsliga frågor följer individens processuella handlingsförmåga dennes förmåga att rättshandla.[218]

I sammanhanget måste uppmärksammas att en individ kan sakna förmåga att rättshandla, och därmed vara ”processobehörig”, rörande vissa rättshandlingar, men inte rörande andra:

> ”Ett rättssubjekts processobehörighet kan vara total eller partiell; i det senare fallet är han behörig att föra sin talan i vissa slags mål. Barn och akut sinnessjuka saknar helt processbehörighet. Däremot kan annan, som har förvaltare enligt FB 11:7, själv föra talan om sådant, som ej omfattas av förvaltaruppdraget, och likaså kan i viss utsträckning även underåriga själva föra sin talan i äktenskaps- och bördsmål och andra processer av icke ekonomisk natur. I den mån så icke är fallet, tillkommer processbehörigheten den som är vårdnadshavare eller förmyndare.”[219]

Som framgår i citatet kan dock processer i domstol avse en rad andra slag av frågor än förmögenhetsrättsliga, vilket innebär att begreppet processbehörighet har ett vidare tillämpningsområde än begreppet rättshandlingsförmåga. I allmän domstol kan processer handla om såväl tvister som brottmål och så kallade statusmål (familjerättsliga mål).[220] Processer i förvaltningsdomstolar kan avse överprövningar av förvaltningsmyndigheters beslut eller exempelvis beslut om vård med tvång.

Oberoende av slaget av process kan en individ vara partsbehörig utan att för den skull vara processbehörig, det vill säga hon kan sakna processuell förmåga i betydelsen att hon *inte själv kan föra sin talan i processen*. Saknar en individ processuell handlingsförmåga – antingen därför att hon på grund av underårighet eller förvaltarskap är civilrättsligt avskuren från möjligheterna att agera eller därför att hon saknar faktisk förmåga

[217] Ekelöf a.a. s. 51.

[218] Ekelöf a.a. s. 51.

[219] Ekelöf, Rättegång II s. 51.

[220] Se Ekelöfs indelning, a.a. s. 51–82.

– tillkommer enligt RB 11:1 st 2 behörigheten att föra individens talan istället dennes ställföreträdare.[221]

Nyckelorden här är ”själv” och ”agera”. En person som inte själv kan föra sin talan i processen saknar processbehörighet och får inte på egen hand föra sin talan i processen. Men *saken* kan fortfarande domstolsprövas. Den enskilde är fortfarande part, det vill säga själva subjektet, i förhållande till det som målet avser, även om han eller hon har förvaltare eller helt saknar faktiska förmågor att föra sin talan. Det betyder att när parten inte själv kan agera så måste någon annan kunna agera i dennes namn. Behörigheten att föra talan i saken tillkommer i dessa fall den enskildes ställföreträdare.

Frågan om huruvida processbehörighet kan frånkännas i andra fall än då det civilrättsligt föreligger begränsningar i förmågan att rättshandla, har varit föremål för diskussioner i doktrinen. Det har hävdats att det, vilket hade skett i två mål i HD år 1962,[222] ”skulle vara mycket olyckligt om frågan om en parts processbehörighet skulle av domstolarna avgöras efter ett rent skönsmässigt bedömande, särskilt om olika domstolar därvid fatta motstridiga beslut”.[223] Av den anledningen framstår det som rimligt att hävda att processbehörighet endast kan få frånkännas en person om denne formellt saknar civilrättslig rättshandlingsförmåga, det vill säga om en vuxen person är förhindrad att förfoga över frågan[224] på grund av exempelvis förvaltarskap.[225]

Men frågan om någon kan nekas att föra sin egen talan i processer har visat sig inte vara fullt så enkel. Dels därför att inte alla mål rör förmögenhetsrättsliga frågor.[226] Dels därför att det i praxis visat sig finnas situatio-

[221] Ekelöf a.a. s. 50 och s. 100.

[222] NJA 1962 C 404 och NJA 1962 C 922. Målen refereras av Welamson, Civil- och straffprocessen 1958–1962, s. 409 ff.

[223] Sundström, Till frågan om processbehörighet i tvistemål s. 262.

[224] I sammanhanget kan nämnas att även andra fall kan finnas då någon kan vara processobehörig därför att denne är hindrad att förfoga över egendom, exempelvis på grund av särskilt villkor i gåvobrev eller testamente.

[225] Vilket också är Sundströms slutsats i ovan nämnda artikel: domstolen bör inte kunna frånkänna en person processbehörighet om inte den enskilde antingen är underårig eller det framgår att han blivit ”berövad civilrättslig handlingsförmåga” genom omyndigförklaring (s. 266). Denna slutsats kritiseras dock av Welamson i ovan refererade artikel i SvJT 1964, med motiveringen att felet knappast ”ligger där Sundström vill placera det eller att lösningen är att söka efter de av Sundström angivna riktlinjerna”, a.a. s. 409.

[226] Se exempelvis NJA 1958 s. 264 om hemskillnad då ena maken befanns sinnessjuk och därmed i avsaknad av rättslig handlingsförmåga.

ner då en person inte civilrättsligt är hindrad att rättshandla, men ändå inte, på grund av faktiska personliga oförmågor, kan tillerkännas processuell handlingsförmåga. Prövningar i sistnämnda hänseende har företagits vid ett fåtal tillfällen. I NJA 1959 s. 195 kom HD till slutsatsen att en person skulle anses processbehörig så länge annat förhållande inte visats. I NJA 1962 C 922 undanröjde HD underinstansernas beslut att avvisa en kärandes talan med motiveringen att det av utredningen i målet inte kunde anses uppenbart att käranden på grund av sin sinnesbeskaffenhet saknade processbehörighet i målet. I enlighet med dessa avgöranden kan slutsatsen dras att en ”kärandes påstående om sin processhabilitet skall […] tagas för gott, så länge dess oriktighet inte är uppenbar.”[227]

I ett senare mål, NJA 1981 s. 857, uppkom tvivel angående parts processbehörighet med hänvisning till dennes psykiska tillstånd efter en hjärnskada som han ådragit sig i en olycka. Frågan för prövning var om rättshandlingar som parten företagit i målet, såsom att återkalla sitt ombuds överklagande av hans ärende och ställa ut respektive återkalla fullmakt till ombud, skulle frånkännas giltighet med hänsyn till partens psykiska tillstånd vid rättshandlingarnas företagande. Med stöd av yttrande från Socialstyrelsen som HD förordnat om, fann HD att det var ådagalagt att parten ”saknat förmåga att med giltig verkan” återkalla sitt överklagande och fullmakter till ombud. HD förordnade i anslutning till domen att den tillsammans med socialstyrelsens yttrande skulle tillsändas överförmyndaren i partens hemkommun.

NJA 1981 s. 857 kan jämföras med RÅ 1989 ref 11. I det senare fallet var fråga om en omyndigförklarad person som hade lämnat in en anmälan mot hälso- och sjukvårdspersonal till hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd. Nämnden hade beslutat att inte ta upp anmälan till prövning, med hänvisning till att eftersom anmälaren var omyndigförklarad så saknade hon behörighet. Anmälarens förmyndare hade förklarat att han inte ville inträda i ärendet. HFD motiverade på följande sätt sitt beslut att undanröja kammarrättens dom och nämndens beslut och återförvisa ärendet till ansvarsnämnden:

> ”Enligt 24 § lagen (1980:11) om tillsyn över hälso- och sjukvårdspersonalen m fl skall frågor om disciplinansvar tas upp på anmälan av den patient som saken gäller eller, om patienten inte själv kan anmäla saken, en nära anhörig till honom. Den omständigheten att en patient är omyndig utgör i sig inte hinder för patienten att själv göra anmälan till hälso- och sjukvår-

[227] Welamson a.a. s. 411.

> dens ansvarsnämnd. Ansvarsnämnden har således inte ägt avvisa NN:s talan på den grunden att hon förklarats omyndig. I det enskilda fallet kan det emellertid finnas anledning att – oavsett om anmälaren är omyndig eller ej – pröva om anmälaren på grund av sjukdom eller av annan orsak *saknar rättslig handlingsförmåga*. I förevarande mål får det anses befogat att företa prövning i angivna hänseende. Det bör ankomma på ansvarsnämnden att göra denna prövning." (min kurs.)

Den "rättsliga handlingsförmåga" som HFD ansåg att det fanns skäl att pröva om den saknades, får betraktas som en synonym till begreppet rättshandlingsförmåga. Begreppet rättshandlingsförmåga används inom civilrätten i två avseenden: dels för att bedöma en redan företagen rättshandlings giltighet, dels för att bestämma begränsningar i en persons möjligheter att "förplikta sig genom olika former av rättshandlingar".[228] För att rättshandlingsförmåga med avsikt på *en specifik handling* ska anses föreligga, ställs både sakliga och personliga krav.[229] De *sakliga* kraven är rättsligt formella och tar sikte på inskränkningar på grund av ålder eller förvaltarskap. De *personliga* kraven är faktiska – ett avtal som ingåtts under verkan av en psykisk störning kan ogiltigförklaras. Detsamma kan sägas om den processuella handlingsförmågan; det krävs inte bara personlig processbehörighet i betydelsen förmåga att själv föra sin talan, utan för att kunna föra talan i en process krävs också saklegitimation eller *talerätt*.[230]

När HFD i RÅ 1989 ref 11 talar om eventuell avsaknad av rättslig handlingsförmåga, avses inte sakliga krav på handlingsförmåga knutna till en specifik handling, utan personliga krav knutna till förmågan i generell mening att företa rättshandlingar. HFD konstaterar att den enskilde inte på grund av omyndigheten är förhindrad att göra en anmälan. Men målet återförvisades för prövning av "om anmälaren på grund av sjukdom eller av annan orsak saknar rättslig handlingsförmåga." Med andra ord för bedömning av om anmälarens tillstånd var sådant att hennes rättshandlingar kunde tillmätas rättsligt giltighet.

Erkännande som rättssubjekt med förmåga att rättshandla är enligt vad som sagts ovan beroende av *samtidig saklig och personlig förmåga att*

[228] Odlöw, Ställföreträdarskap för vuxna s. 30 f.

[229] Se för en åldrad, men alltjämt relevant modell för förklaring av dessa två element Hassler s. 25, eller för ett betydligt mer nutida exempel Odlöw s. 24 ff; eller Adlercreutz & Gordon, Avtalsrätt I s. 130 ff.

[230] Ekelöf, Rättegång II s. 54 ff.

rättshandla. Nedan behandlas var för sig den närmare innebörden av dessa två krav i såväl process- som civilrättslig mening.

2.4.3.2 Saklig förmåga att rättshandla

En rättshandling får rättslig verkan endast då den handlande *sakligt sett är behörig* att företa den specifika rättshandlingen.[231] Med ”sakligt” menas att förmågan att rättshandla bestäms av objektivt iakttagbara förhållanden; den rättshandlande måste ha saklig kompetens eller ”rådighet över den […] berörda rättssfären.” Saklig förmåga kan saknas i civilrättslig mening av huvudsakligen två skäl: antingen på grund av underårighet (omyndighet) eller på grund av beslut i allmän domstol om förvaltarskap (i den utsträckning som anges i förvaltarens förordnande).[232]

Saklig förmåga i processrättslig mening är beroende dels av den civilrättsliga rättshandlingsförmågan (om processen avser förmögenhetsrättsliga frågor), dels den enskildes *relation till själva saken* – om denne har *talerätt*.[233] Saknas talerätt kan den enskilde överhuvudtaget inte vara part i målet. Talerätten baseras på sakrelationen: den som är berörd av saken i fråga har normalt talerätt. Vem som tillerkänns talerätt kan dock variera beroende av måltypen. Särskilda regler om talerätt anges ofta i en viss typ av mål eller ärende för en viss krets av personer. Exempelvis har barn talerätt i mål om faderskap, och den som har fyllt 15 år har egen talerätt i ärenden enligt SoL och LSS.[234] I enlighet med förvaltningsprocessrättsliga regler får ett beslut av en förvaltningsmyndighet överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot och det är möjligt att överklaga med förvaltningsbesvär.[235]

Konsekvenserna av att saklig förmåga att rättshandla saknas i förhållande till en viss rättshandling, är antingen att den enskilde på förhand nekas att inträda i rättsförhållandet, eller att en redan företagen hand-

[231] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång s. 25; Odlöw, Ställföreträdarskap för vuxna s. 27 f.

[232] Se FB 9:1 om barn och FB 11:7 och 11:9 om förvaltarskap. I sammanhanget bör påpekas att rådighet över egendom även kan saknas på grund av särskilda villkor i gåvobrev eller testamente eller på grund av konkurs. Även beslut om näringsförbud är exempel på saklig inskränkning av förmågan att rättshandla.

[233] Ekelöf, Rättegång II s. 55.

[234] Se FB 3:2 och 3:5 om hävande respektive fastställande av faderskap, se SoL 11:10 och LSS 8 §.

[235] Se FL 22 och 22 a §§ och FPL 33 §.

ling i efterhand förklaras ogiltig. Exempel på det förstnämnda är att ett käromål i en tvist avvisas, eller att en ansökan om en insats från en förvaltningsmyndighet avvisas eftersom individen inte har talerätt i ärendeslaget. Exempel på det sistnämnda är att ett avtal som ingåtts av en person som har förvaltare ogiltigförklaras (om inte förvaltaren i efterhand godkänner avtalet). I båda fallen kan sägas att den ofullkomliga handlingen åtgärdas – antingen genom att bristen läks genom ratihabering, eller genom att den ”tas bort” genom ogiltigförklaring.

2.4.3.3 Personlig förmåga att rättshandla

Även om saklig förmåga att rättshandla föreligger, kan en person ändå anses sakna förmåga att rättshandla. Så är fallet om vederbörande bedöms sakna faktisk personlig förmåga att rättshandla. De rättsliga konsekvenserna av att personlig förmåga att rättshandla saknas är desamma som då saklig förmåga saknas; en talan kan avvisas och ett avtal kan ogiltigförklaras. Bedömning av avsaknad av personlig förmåga att rättshandla baseras som strax ska visas på avvikelse. Det ska konstateras att en persons förmågor jämfört med normen för mänskligt varande i rätten avviker på ett sådant sätt att det inte anses rimligt att tillmäta dennes handlingar rättslig verkan. Eftersom rättshandlingar betraktas som *viljeförklaringar* som åsyftar att framkalla en viss rättslig verkan,[236] ställs den enskildes vilja i centrum för prövningen. Frågan att besvara är om individen har *förmåga att kommunicera en förnuftig vilja som ska tillmätas rättslig verkan*.[237]

[236] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång s. 1.

[237] Två begrepp som förekommer avseende personliga förmåga att rättshandla är *beslutsförmåga* eller *beslutskompetens*. Utredningen om förmyndare, gode män och förvaltare anger begreppet beslutsförmåga som ett centralt begrepp när fråga är om legalt ställföreträdarskap för vuxna och definierar det som ”en mental förmåga att ta ställning i en rättslig angelägenhet”, se SOU 2004:112 s. 431. Med beslutskompetens avses enligt Rynning en individs förmåga att i en given situation tillgodogöra sig information och överblicka konsekvenserna av ett beslut. Se Rynning, Samtycke till vård eller behandling s. 279 och s. 292 ff. Odlöw, Ställföreträdarskap för vuxna s. 33 ff redogör för hur begreppet använts i olika sammanhang och de möjliga negativa konsekvenser begreppsbildningen kan ha, men landar för egen del i att det i brist på andra begrepp ändå är bättre att tala om beslutsförmåga än andra likartade begrepp som beslutinkompetens eller beslutsoförmåga. Jag menar att beslutsförmåga är ett begrepp som kan leda tanken fel i den större kontexten som handlar om individens ställning som subjekt i rätten. Subjektsställningen handlar inte bara om individens förmåga att fatta beslut, utan om att *överhuvudtaget få gehör för sin vilja och sina önskemål*. Rynning motiverar valet av beslutsförmåga som begrepp för diskussionen av samtycke till medicinsk vård och behandling, med att många patienter inom hälso- och sjukvården ”tillhör sådana personkategorier som inte tillerkänns rättslig

Vad gäller förmågan att kommunicera som krav för personlig förmåga att rättshandla kan det måhända tyckas självklart att den som inte kan förmedla sig med omvärlden inte heller kan rättshandla på egen hand. Det bör dock uppmärksammas att förmågan att kommunicera kan vara relativ, beroende av vem som söker utröna den enskildes vilja och önskemål. Förmåga att kommunicera kan saknas i relation till vissa personer men inte till andra; vissa individer kan bara kommunicera med personer som känner deras gester eller åtbörder väl, som kan tyda ett visst slag av teckenspråk, bildspråk eller liknande.[238] Givetvis kan inte en förmåga att enbart kommunicera sin vilja och sina önskemål med ett fåtal personer innebära att en individ underkänns som agerande rättssubjekt. Men det kan vara *faktiskt* svårt att själv föra sin talan eller att rättshandla på egen hand för den som endast begränsat kan kommunicera med omvärlden. En person med stora svårigheter att förmedla sig kan således behöva företrädas av en ställföreträdare med behörighet att rättshandla i huvudmannens namn.

Vad gäller kravet på förmåga att ge uttryck för en *förnuftig vilja* kan stöd för påståendet om att sådan förmåga måste finnas bland annat hämtas från det redan ovan refererade rättsfallet NJA 1981 s. 857. I målet infordrade HD yttrande från Socialstyrelsen för bedömning av om par-

---

handlingsförmåga i mera allmän bemärkelse, såsom barn och personer med olika psykiska störningar" (a.a. s. 278). Beslutsförmåga är ett relevant begrepp i det sammanhang Rynning använder det. I sammanhanget av fullvärdig rättssubjektivitet och att erkännas som rättssubjekt med förmåga att rättshandla, fungerar dock begreppet enligt min mening mindre väl. Till sin ordalydelse avser det just en persons förmåga att *fatta beslut* av olika slag. Men personlig förmåga att rättshandla kan saknas av andra anledningar än att beslutsförmåga saknas i den specifika situationen. Exempelvis kan personlig förmåga att rättshandla saknas därför att det inte är möjligt att utröna individens inställning på grund av att han eller hon inte kan kommunicera sin vilja. Nyckelbegreppet för att rätt förstå vad som krävs för en fullvärdig rättssubjektivitet ligger i det som en rad författare betonar: förmåga att *själv* föra sin talan, ingå avtal etc. Brister förmågan att *själv* agera på grund av t ex sjukdom, kan den *kompenseras* med rätt slag av stöd och hjälp, så att subjektet, trots de personliga bristerna, i faktisk mening kan sägas vara ett fullvärdigt rättssubjekt. Men bristen behöver inte nödvändigtvis handla om den enskildes oförmåga att fatta beslut. Se även Klemme Nielsen, Laglöst land s. 50 ff som problematiserar hur besluts(o)förmåga ska bedömas och av vilka professioner. Klemme framhåller att det inte finns något som talar för att en beslutsförmågebedömning måste vara förbehållen medicinskt kompetenta bedömare, men att det inte heller finns något som talar för att jurister är bättre lämpade att göra dessa bedömningar.

[238] Sådana förhållanden är, bland annat, vad som grundar rätt till personlig assistans enligt LSS 9 §. Se närmare om rätt till personlig assistans för behov av hjälp med att kommunicera, kapitel 6, avsnitt 6.2.3.2.

tens företagna rättshandlingar ”med hänsyn till hans psykiska tillstånd borde frånkännas giltighet”. Socialstyrelsens rättspsykiatriska sektion i läkarrådet yttrade sig efter att ha tagit del av läkarutlåtanden, iakttagelser av arbetsterapeut och kurator vid partens hemsjukhus, samt efter att ha haft samråd med och tagit del av ett yttrande av en professor tillika medlem i Socialstyrelsens vetenskapliga råd för rättspsykiatri. Av nämnda professors yttrande framgick att dennes uppfattning var att parten

> ”[…] på grund av en med åren alltmer tilltagande psykisk avtrubbning med åtföljande allvarliga brister i närminne och tidsorientering [under en viss period] saknat förmåga att företaga giltiga rättshandlingar.”

Socialstyrelsen yttrade för egen del att parten

> ”uppenbarligen saknat förmåga att företa giltiga rättshandlingar [under en viss period] på grund av brister i minnesförmågan och i sakorienteringen [men därtill redan tidigare hade haft] en så starkt nedsatt psykisk prestationsförmåga att han även då måste anses ha varit oförmögen att med erforderlig omdömesförmåga kunna utföra rättshandlingar av då aktuellt slag.”

HD ansåg att det genom vad socialstyrelsen anfört fick anses ådagalagt att parten saknat förmåga att med giltig verkan rättshandla.

I detta rättsfall framgår att det finns situationer då en person inte i saklig mening saknar förmåga att rättshandla, men ändå underkänns som agerande rättssubjekt. Varken förnuft eller vilja används explicit som kvalificeringsuttryck vid ställningstagandena till förmågan att företa giltiga rättshandlingar. Ordet *omdömesförmåga* torde dock avse just förnuft – ett rationellt ställningstagande till en viss fråga. Likaså får de påtalade bristerna i förmågan att *minnas och orientera sig* anses sammanhänga med vilja; en viljeförklaring från en person som ena stunden uttrycker en viss önskan men i nästa stund inte minns vad han nyss ville, kan inte tillmätas betydelse.

Den inställning till personlig förmåga att rättshandla som avspeglas i ovanstående rättsfall är inte något nytt. Under lång tid har det varit rättens inställning att vissa personer på grund av bristande intellektuell förmåga kan behöva skyddas från rättsliga konsekvenser av sina handlingar. Lagen från 1924 om verkan av avtal som ingåtts under inverkan av psykisk störning är ett exempel på detta tänkesätt,[239] liksom även för-

[239] Se angående rättsskydd som motiv till 1924 års lag om avtal NJA II 1924 s. 594. Se även AvtL 31 § som innebär att en rättshandling inte gäller om någon ”begagnat sig av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroendeställning till att taga eller betinga sig

valtarskapet och innan dess omyndigförklaringen.[240] Ett sätt att förklara att dessa regler finns är att betrakta dem från ett rättviseperspektiv. Det anses helt enkelt inte rättvist att alla personers handlingar ska tillmätas samma rättsliga effekter med tanke på att somliga inte förstår konsekvenserna av sina handlingar. Ett annat sätt att betrakta dessa regler är att de utgår från en förlegad människosyn. Utgångspunkten att vissa människor inte förstår sitt eget bästa och att rätten därför kan bestämma att somliga personers handlingar inte ska tillmätas normala rättsliga konsekvenser, kan betraktas som rester av ett historiskt paternalistiskt förhållningssätt gentemot människor som kategoriserades på vissa sätt. Det problematiska med det sistnämnda är att bedömningarna av den personliga förmågan utgår från en norm för mänskligt varande som i mångt och mycket är både oreglerad och outtalad. Därmed är det oklart vilka individer som i olika situationer kommer att ”underkännas” som agerande subjekt i rätten.[241]

Påståendet ovan, att den som saknar förmåga att ”kommunicera en förnuftig vilja” inte erkänns som rättssubjekt med förmåga att rättshandla, har inte bara stöd i NJA 1981 s. 857, utan även i det som framkommit tidigare i innevarande kapitel.[242] Resonemangen avseende ”rättsinkapacitet” som fördes på 1930-talet i samband med steriliseringslagstiftningen, 1924 års lag om avtal och förmynderskapslagen från samma år, hör förvisso hemma i en annan tid. Men även om mycket förändrats i både samhället och rättssystemet sedan dess, synes det enda som hänt vad gäller frågan om personlig förmåga att rättshandla vara att begreppet rättsinkapabel har försvunnit. Lagen om avtal från 1924 gäller alltjämt, och rättsfallet RÅ 1989 ref 11 är ett förhållandevis sentida exempel på att bedömningar av enskildas personliga förmåga att rättshandla prövas, med avsikt att avgöra om en person på grund av ”sjukdom eller av annan orsak saknar rättslig handlingsförmåga”.[243] Det framhålls även i processrättslig

---

förmåner, vilka stå i uppenbart missförhållande till det vederlag, som må hava blivit erlagt eller utfäst, eller för vilka något vederlag icke skall utgå”.

[240] Se avhandlingens kapitel 5 för en närmare redogörelse av grunderna för omyndigförklaring och förvaltarskap.

[241] Se kapitel 6, avsnitt 6.2 angående *homo juridicus* som det ideala rättssubjektet, och vilka uttalade respektive underförstådda krav som uppställs för personlig förmåga att rättshandla.

[242] Noteras bör att jag använder ”kommunicera en förnuftig vilja” som en samlande beskrivning av de krav som uppställs för personlig förmåga att rättshandla.

[243] Se HDF:s motivering i RÅ 1989 ref 11.

doktrin att ”akut sinnessjuka” helt saknar processbehörighet.[244] Bilden av den förnuftiga och viljestarka idealmänniskan förefaller med andra ord alltjämt styra synen på vems handlingar som kan tillmätas rättsliga effekter och konsekvenser.

Det nyss sagda innebär att när fråga är om erkännande av vuxna med utvecklingsstörning som rättssubjekt med förmåga att rättshandla, kan den enskildes personliga förmågor alltjämt komma att ifrågasättas i rätten på likartat sätt som i början av 1900-talet. Erkännande av personer som rättssubjekt med förmåga att agera i rätten kan med andra ord vara ett problem på två sätt; dels om förvaltarskap anordnas,[245] dels om det i enskilda situationer anses att personlig förmåga att själv rättshandla saknas och det inte finns en ställföreträdare med behörighet att föra individens talan. Även den som har förvaltare är dock fortfarande myndig och kan, sakligt sett, själv företa alla de rättshandlingar som inte omfattas av förvaltarens förordnande. Som nämnts tidigare är alltid en inskränkning av förmågan att rättshandla som följer av ett beslut om förvaltarskap partiell.

I sistnämnda hänseende skiljer sig svensk rätt på ett betydelsefullt sätt från vad som gäller i många andra länder. I svensk rätt finns inte möjlighet att genom ett generellt beslut frånkänna en myndig person all dennes förmåga att själv rättshandla. I många andra länder kan dock, på samma sätt som omyndigförklaringen, en person genom ett generellt beslut av domstol om ”legal incapacity”, underkännas som rättshandlande rättssubjekt på grund av personlig oförmåga av olika slag.[246]

2.4.4 Om utvecklingen av rättssubjektiviteten för personer med utvecklingsstörning

2.4.4.1 Förändringar i ställningen som rättssubjekt över tid

I den utvecklingslinje över tid som skissas i det följande vad gäller ställningen för personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt, sammanfogas de rättsområden som behandlats i detta kapitel. Från ett perspektiv kan det hävdas att dessa personers ställning som subjekt i rätten är

[244] Ekelöf, Rättegång II s. 51.

[245] Se avhandlingens kapitel 5 om det legala ställföreträdarskapet i form av god man eller förvaltare.

[246] Bartlett, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law s. 762 ff.

densamma som den ”alltid” varit – på ett övergripande plan är deras avvikelseposition fortfarande utpräglad. Undersöks frågan om rättssubjektivitetens utveckling för dessa personer i de olika rättsområdena, kan dock förändringar noteras. Läggs förändringarna bredvid varandra, kan även noteras att de i hög utsträckning är samtida. Sistnämnda notering är betydelsefull.

Utvecklingslinjen kan beskrivas både som en fördjupning i rättsutvecklingen och som en sammanfattande analys av det som framkommit tidigare i detta kapitel. Analysen för samman det som framkommit i den historiska redogörelsen i avsnitt 2.2 och 2.3 med utredningen av de rättsliga villkoren för att erkännas som ett fullvärdigt rättssubjekt i avsnitt 2.4. För en så fullständig utvecklingslinje som möjligt, redogörs även översiktligt för rättsutvecklingen på området mänskliga rättigheter och i den konstitutionella rätten.[247]

2.4.4.2 Civilrättsliga rättssubjekt: från hindrad och omyndig till fri och myndig

Inom civilrätten var personer med utvecklingsstörning under större delen av 1900-talet diskvalificerade som agerande rättssubjekt, dels genom förbudet att ingå äktenskap, dels genom reglerna om omyndigförklaring respektive 1924 års lag om avtal. Såväl äktenskapsförbudet som omyndigförklaringen hör till det förflutna. Det gör däremot inte 1924 års lag om avtal, som med enbart redaktionell ändring alltjämt gäller.[248]

Förbudet för sinnesslöa att ingå äktenskap infördes år 1916 och avskaffades så sent som år 1974. I förslag från familjerättskommittén år 1964 föreslogs förändringar av bestämmelserna om äktenskapet, men dessa ändringar avsåg inte förbudet för sinnesslöa att ingå äktenskap. Det föreslogs att detta förbud skulle behållas med enbart revision av terminologin.[249] Departementschefen anförde dock i propositionen som grundades på familjerättskommitténs förslag att:

[247] En mer ingående redogörelse för dessa rättsområden presenteras i avhandlingens kapitel 3.

[248] Det bör dock påpekas att en avgörande skillnad mellan 1924 års lag om avtal respektive omyndigförklaringen ligger i den senares inriktning på att förhindra individen från att rättshandla i generell mening. 1924 års lag om avtal avser enbart situationen då en specifik rättshandling ingåtts under inflytande av en psykisk störning och därför ogiltigförklaras.

[249] SOU 1964:34 och 35.

> ”Jag anser emellertid för egen del att det vid en kommande revision av äktenskapslagstiftningen i stället finns anledning att överväga, huruvida mentala sjukdomstillstånd över huvud taget bör utgöra äktenskapshinder vid sidan av de inskränkningar i äktenskapsbehörigheten, som följer av kravet på rättslig handlingsförmåga.”[250]

Med andra ord ansågs inte äktenskapsförbud behövas, eftersom det antogs att sinnesslöa hur som helst inte med giltig verkan kunde ingå äktenskap. Antingen därför att de saknade personlig förmåga att rättshandla eller därför att de var omyndigförklarade.

Vid samma tidpunkt som äktenskapsförbudet upphörde förändrades också grunderna för omyndigförklaring. Den personkrets som kunde komma ifråga för omyndigförklaring inskränktes kraftigt från år 1975. Förändringen av personkretsen motiverades på följande sätt:

> ”Tiden får nu anses vara inne för en radikal omprövning av gällande omyndighetsgrunder. Det synsätt som präglat den nuvarande lagstiftningen återgår på värderingar från 1800-talet. Det utmärks framför allt av önskemålet att skydda den enskildes tillgångar från hans egna dispositioner. Detta var förklarligt i en tid då det sociala trygghetssystemet ännu inte hade byggts upp. I dag framstår emellertid omyndighetsgrunderna i viss utsträckning som föråldrade. Särskilt gäller detta de båda grunderna slöseri och missbruk av rusgivande medel […].”[251]

Begränsningen av tillämpningsområdet berörde dock inte personer med utvecklingsstörning; beslut om omyndigförklaring kunde från år 1975 fortfarande fattas för personer som på grund av ”psykisk sjukdom, *hämmad förståndsutveckling* eller psykisk abnormitet av annat slag” ansågs ur stånd att vårda sig eller sin egendom.[252] Omyndigförklaring fick dock inte beslutas om det var tillräckligt att den enskilde fick hjälp av en god man eller på något annat mindre ingripande sätt.

I samband med förändringen av personkretsen för omyndigförklaring infördes godmanskapet i den skepnad det fortfarande har, med avsikt att vara ett mindre ingripande alternativ för den som behöver hjälp från en legal ställföreträdare. Godmanskapet var ett alternativ även för personer med utvecklingsstörning under förutsättning att ett sådant befanns tillräckligt för att tillgodose den enskildes behov av hjälp och stöd. Först år 1989 avskaffades omyndigförklaringsinstitutet helt, och ersattes av för-

[250] Prop. 1968:136 s. 72.

[251] Prop. 1974:142 s. 116.

[252] Se då gällande FB 10:1.

valtarskapet. Från den tidpunkten räknas alla personer som uppnått 18 års ålder som myndiga.

Omyndigförklaring som ett sätt att frånkänna en myndig person förmåga att rättshandla reglerades redan i 1734 års ärvdabalk, men kan spåras så långt tillbaka i tid som till landskapslagarna.[253] År 1924 instiftades förmynderskapslagen (1924:320), där personer med utvecklingsstörning inkluderades i grunden ”sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten”. De grunder som angavs för omyndigförklaring i förmynderskapslagen 1:2 fördes år 1949 oförändrade in i föräldrabalk (1949:381) (FB). Samma år som förmynderskapslagen inrättades, inrättades även 1924 års lag om avtal, vilken samspelade med reglerna om omyndigförklaring på så vis att den till skillnad från förmynderskapslagen omfattade även personer med tillfälliga rubbningar av själsverksamheten. Dessa personers avtal kunde – och kan alltjämt – ogiltigförklaras med hänvisning till rubbningens inverkan på avtalets ingående.

En slutsats som kan dras angående den torftiga civilrättsliga rättssubjektiviteten för personer med utvecklingsstörning under perioden 1916–1975 är att den var en produkt av dåtidens synsätt på dessa personer som avvikande och ett problem i det pågående samhällsbygget. De sinnesslöa tvångssteriliserades i rashygieniskt syfte och ”vårdades” med tvång på anstalter under större delen av sina liv. Att det rådde äktenskapsförbud och att dessa personer betraktades som inkapabla att rättshandla på andra sätt kan på intet sätt sägas vara förvånande. Först under senare halvan av 1900-talet började det uppfattas som ett problem att en omyndigförklaring inte bara skyddade den enskildes och hans familjs egendom från skadliga förmögenhetsrättsliga rättshandlingar, utan samtidigt berövade en person möjligheter att rättshandla på de flesta områden och därmed åtkomst eller utnyttjande av grundläggande fri- och rättigheter.[254] Med tanke på att det var först under den senare halvan av 1900-talet som det fanns välfärdsrättigheter för enskilda att tala om i förhållande till det allmänna, är skiftet i synsätt vid denna tidpunkt inte överraskande.[255]

[253] Odlöw, Ställföreträdarskap för vuxna s. 107.

[254] Odlöw, Ställföreträdarskap för vuxna s. 157 ff beskriver hur problemformuleringen växlat över tid, och visar hur detta konstaterande har betydelse. Odlöw förespråkar att problemet med vissa personers bristande förmåga att fatta beslut företrädesvis betraktas som ett socialt problem och ett ansvar för det allmänna, inte ett privaträttsligt problem.

[255] Ska man vara riktigt noga (och det ska man väl) så fanns ”rättigheter”, eller åtminstone semantiskt ”en rätt till” hjälp från samhället, betydligt tidigare än så. Se för en redogörelse över utvecklingen av rätten till socialhjälp (ekonomiskt bistånd) Vahlne Westerhäll,

Välfärdsstatens framväxt, med materiell rättvisa, sociala rättigheter och medborgarnas välfärd i centrum, är ett sentida fenomen.[256] Detsamma kan sägas om frågan om den fullvärdiga rättssubjektiviteten.

2.4.4.3 Människans tillblivelse som universellt rättssubjekt

Med erfarenheterna från andra världskriget som bakgrund antogs i FN år 1948 den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna. De rättigheter som i den allmänna förklaringen anges vara alla människors har senare vidareutvecklats i ett antal folkrättsligt bindande internationella konventioner.[257] Sverige har anslutit sig till alla centrala konventioner om mänskliga rättigheter inom det internationella samarbetet.

De mänskliga rättigheterna betraktas som universella och odelbara. De utgår från den allmänna förklaringens artikel 1, där principen om

---

Den starka statens fall? s. 483 ff. Se även om ”socialrättens omvandling” i Gustafsson, Taking *Social* Rights Seriously II s. 38–68. Sammanfattat kan med stöd i Vahlne Westerhäll (a.a. s. 483 ff) och Gustafsson (s. 40 ff) sägas att det redan i en stadga ”Om en allmän fattigvårdsinrättning uti Stockholms stad” från år 1807, uttrycktes att fattiga hade rätt till hjälp. Några årtionden senare hade dock tongångarna svängt mot en repressiv attityd till fattiga – de skulle inte ligga samhället till last och det ansågs till och med vara så att fattigvården kunde vara en bidragande orsak till ökad fattigdom. Understöd förenades med krav på motprestation. I fattigvårdsförordningarna från år 1847 och 1853 angavs en formell skyldighet för kommunerna att bistå enskilda, men någon ”rätt” till hjälp var inte aktuell, även om en begränsad besvärsrätt förelåg för den enskilde vad gällde vissa slag av beslut. Genom 1871 års fattigvårdsförordning försämrades de fattigas ställning än mer, genom att besvärsrätten avskaffades med motivet att det ansågs ligga i understödets natur att det inte kunde betraktas som en rättighet. Först i samband med att 1871 års fattigvårdsförordning ersattes av 1918 års fattigvårdslag, återinfördes synen på fattigvård som en rätt. *Rättighets*terminologin introducerades så sent som år 1956 då socialhjälpslagen infördes. Gustafsson beskriver socialrättens omvandling som en rörelse mellan olika slag av *rättstypologier*: repressiv rätt, autonom rätt, responsiv rätt och reflexiv rätt, men påpekar att det inte är fråga om en linjär utveckling, utan att dessa rättstypologier kan betraktas som samexisterande i nu gällande socialrätt (a.a. s. 56).

[256] Söder, Bakgrund s. 29 beskriver perioden från andra världskriget fram till mitten av 1970-talet som ”välfärdsstatens gyllene tid”, då den ekonomiska tillväxten var i det närmaste oavbruten. Problem i samhället försökte under denna tid lösas genom att ”kasta pengar på dem” (a.a. s. 31).

[257] En konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering antogs år 1965. Året efter, 1966, antogs två konventioner: dels en internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, dels en internationell konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. En internationell konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor antogs år 1979. År 1984 antogs en konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Konventionen om barnets rättigheter antogs 1989.

människovärdet framgår: Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. I den allmänna förklaringens artikel 2 finns ett förbud mot diskriminering. Var och en är berättigad till alla de fri- och rättigheter som uttalas i förklaringen utan åtskillnad av något slag. Personer med utvecklingsstörning har dock haft en eftersatt position som rättighetsbärare. Med anledning av detta faktum antogs i FN:s generalförsamling en särskild förklaring om rättigheter för psykiskt efterblivna år 1971.[258] Syftet var att säkerställa samma rättigheter för denna grupp som för andra människor. Med avsikt att garantera alla människor med funktionsnedsättningar samma rättigheter och skyldigheter antog FN år 1993 ett dokument med *standardregler* om delaktighet och jämlikhet för människor med funktionsnedsättningar.[259] Standardreglerna var inte bindande i juridisk mening, men tjänade som ett viktigt instrument för utvecklingen av handikappolitiken i Sverige.[260] Bland annat låg de till grund för den handlingsplan för handikappolitiken som riksdagen beslutade skulle gälla under åren 2000–2010.[261]

Standardreglerna är 22 till antalet, fördelade över tre delar. Den första delen omfattar regel 1–4 och avser förutsättningar för delaktighet på lika villkor. *Tillgänglighet*, i betydelsen tillgång till yttre miljöer och information och möjlighet att kommunicera, framhålls som centralt för delaktighet.[262] Huvudområden för delaktighet på lika villkor anges i regel 5–12 i den andra delen. Den tredje delen, omfattande regel 13–22 avser genomförande. Standardreglernas principer och innehåll stämmer väl överens med LSS som trädde i kraft året efter att standardreglerna antogs: båda regelverken har ett individuellt rättighetsperspektiv och fokuserar på delaktighet och möjligheter till jämlika levnadsvillkor.

År 2006 antogs FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättningar, framöver benämnd funktionsnedsättningskonventionen. Konventionen kan betraktas som en fortsättning på den ambition som standardreglerna avsåg att uppnå: att ange internationella regler som syftar till att undanröja hinder för delaktighet i samhället för

[258] Se närmare angående denna särskilda förklaring kapitel 3, avsnitt 3.3.3.2.

[259] Sverige var år 1989 initiativtagare till framtagandet av standardreglerna, se Ds 2008:23 s. 15. Samma år avskaffades omyndigförklaringen i Sverige.

[260] Ds 2008:23 s. 11 och 17 f.

[261] Prop. 1999/2000:79 Från patient till medborgare.

[262] Se Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen. En kommentar s. 28.

personer med funktionsnedsättning och att garantera dessa samma rättigheter som andra människor.[263]

Parallellt med utvecklingen av de universella mänskliga rättigheterna har även en utveckling av grundläggande rättigheter skett på europeisk nivå. År 1949 bildades Europarådet som ett organ för mellanstatligt arbete med syfte att främja demokrati, mänskliga rättigheter och respekt för rättsstatens principer.[264] Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och friheterna undertecknades i Rom år 1950 och trädde i kraft i Sverige år 1953. År 1995 fick Europakonventionen status som svensk lag.[265] Både Europakonventionen och Europarådets sociala stadga från år 1961 som trädde i kraft i Sverige år 1965, innehåller diskrimineringsförbud av samma slag som det som anges i artikel 2 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

Av relevans för ställningen som rättssubjekt för personer med utvecklingsstörning i det europeiska sammanhanget är den rekommendation, R (99)4 Principles concerning the legal protection of incapable adults, som Europarådet antog år 1999. Rekommendationerna baseras på de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter och Europakonventionen. Det genomgående draget i rekommendationens 28 principer, är avsikten att värna den enskildes ställning som subjekt i rätten. Inte bara vad gäller ställningen som rättighetsbärarande person, utan även vad gäller möjligheterna för den enskilde att agera som rättssubjekt. Till skillnad från funktionsnedsättningskonventionens artikel 12 kan noteras att Europarådets rekommendationer inte ifrågasätter praktiken med att underkänna personer som agerande rättssubjekt genom generella beslut om oförmåga – det tas som självklart att vissa vuxna kan vara ”incapable”, vilket i brist på bättre kan översättas som ”rättsligt oförmögen”. I fall då vuxna är rättsligt oförmögna rekommenderas att de åtgärder som vidtas för hjälp och skydd i så hög utsträckning som möjligt tillvaratar den enskildes egna förmågor och respekterar hans eller hennes önskningar.[266]

I det mänskliga rättighetsperspektivet har personer med utvecklingsstörning successivt stärkts som rättssubjekt: de ska nu vara garanterade *samma* rättigheter och *samma* ställning i rätten som andra människor,

[263] Funktionsnedsättningskonventionens närmare innebörd för personer med utvecklingsstörning utreds närmare i avhandlingens kapitel 3, avsnitt 3.3.3.2.

[264] Fransson & Stüber a.a. s. 29.

[265] Se lag (1994:1219).

[266] Rekommendationerna är tillgängliga på Europarådets hemsida: https://wcd.coe.int.

utan åtskillnad beroende av funktionsnedsättningen. Om så är fallet i svensk rätt är en fråga som får bero till senare delar av avhandlingen.

2.4.4.4 Konstitutionella rättssubjekt: från sär- till likabehandling

Nu gällande regeringsform härrör från år 1974[267] – samma år som äktenskapsförbudet avskaffades och grunderna för omyndigförklaring ändrades. Av RF 1:2 st 1 framgår människovärdesprincipen, att alla människor är lika i värde. Vidare framgår av RF 1:2 st 5 att det allmänna ska

> ”verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, *funktionshinder*, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.” (min kurs.)

Det allmännas ansvar för att motverka diskriminering på grund av bland annat funktionshinder infördes år 2003.[268] Mellan åren 1977–2003 skulle det allmänna enbart tillförsäkra män och kvinnor lika rättigheter.[269] Ändringen i regeringsformen motiverades med betydelsen för människor i utsatta positioner av att det allmänna har ett ansvar att verka för deras delaktighet och jämlikhet i samhället. Ansvaret för att motverka diskriminering ska betraktas som en del av ett allmänt ansvar för att verka för alla människors delaktighet och jämlikhet.[270] Mot bakgrund av vad som framkommit tidigare i detta avsnitt kan konstateras att sådan rättslig och faktisk särbehandling av personer med utvecklingsstörning som skett i det förflutna i dagsläget helt saknar konstitutionellt stöd.

Som ett tecken i tiden kan ett aktuellt fall som prövades både avseende LVU och diskrimineringsersättning lyftas fram. Ett nyfött barn hade omhändertagits med stöd av LVU. Efter överklagande upphävdes beslutet i HFD 2011 not 101. Skälet till HFD:s beslut var att det inte hade utretts vilken föräldraförmåga modern med diagnosen ”lindrig mental retardation” och den icke-funktionsnedsatta fadern till barnet hade. Istället hade en betydande del av socialnämndens utredning bestått i en redogörelse

[267] Regeringsform (1974:152). Den har senast omtryckts i SFS 2011:109 varvid vissa förändringar genomfördes. Dessa förändringar är dock inte av relevans i denna avhandling.

[268] Prop. 2001/02:72 s. 49.

[269] Se Lerwall, Könsdiskriminering s. 63 f.

[270] Se prop. 2001/01:72 s. 49.

för hur socialtjänstemännen uppfattade riskerna i allmänhet för barn till föräldrar med ”viss mental retardation eller begåvningsbrist.” Kravet som uppställs i LVU 2 § på att det ska finnas konkreta omständigheter i det enskilda fallet som innebär en påtaglig risk för skada avseende barnets hälsa eller utveckling, ansågs därmed inte uppfyllt.

Diskrimineringsombudsmannen väckte talan om diskrimineringsersättning mot kommunen, med hänvisning till att socialtjänsten i sin handläggning av ärendet hade diskriminerat föräldrarna till det omhändertagna barnet och därmed brutit mot diskrimineringsförbudet i diskrimineringslagen (2008:567) 1:4 och 2:13. Kränkningen bedömdes av både tingsrätt och hovrätt som allvarlig till såväl art som grad. I Svea Hovrätts dom[271] höjdes diskrimineringsersättningsbeloppet till modern, fadern och barnet från de i tingsrätten utdömda beloppen på 100 000 kr till modern respektive 75 000 kr vardera för fadern och barnet, till 150 000 kr per person. Familjen tilldömdes totalt 450 000 kr.

Slutsatsen som kan dras är att skillnaden i det närmaste är svindlande stor vad gäller de krav på likabehandling som personer med utvecklingsstörning kan ställa idag, jämfört med uppfattningen under 1900-talet om att personer med utvecklingsstörning var odugliga som föräldrar och därför genom äktenskapsförbud, tvångssterilisering och inkapacitering på anstalter skulle förhindras att bilda familj.

2.4.4.5 Offentligrättsliga rättssubjekt: från paternalism till självbestämmande

Offentligrättslig reglering av de praktiker som avsåg personer med utvecklingsstörning är en relativt sentida företeelse. Den första offentligrättsliga lag som reglerade vård av (även) sinnesslöa var sinnesjuklagen från 1929. År 1934 trädde den första steriliseringslagen ikraft, vilken år 1941 ersattes av en ny lag om sterilisering som var ikraft ända fram till år 1976. Med stöd av två lagar om utbildning och vård från år 1944 respektive 1954 betraktades det så länge som fram till år 1967 som en med tvångsmedel förenad plikt för vissa sinnesslöa att underkasta sig utbildning eller vård på anstalter.

Alla nämnda lagar innebar befogenheter för det allmänna att med tvång ingripa i en sinnesslö persons liv och att vidta fysiska ingrepp. Dessa ingripanden och ingrepp motiverades inte så mycket med de sin-

[271] Svea Hovrätt dom 2014-04-11, mål nr T 5095-13.

nesslöas bästa, som samhällets bästa. Det som reglerades i steriliseringslagarna och anstaltslagarna var följaktligen gränserna för det allmännas befogenheter och formella krav på beslutsgång med hänvisning till rättssäkerhetskrav, inte krav på vård eller utbildnings kvalitet eller innehåll, eller hänsynstaganden med individen i centrum. Med hänsyn till nämnda lagars utformning kan det hävdas att personer med utvecklingsstörning snarare än som subjekt hade ställning som objekt för de praktiker som tilläts genom lagarna.

Först i samband med införandet av den första omsorgslagen från år 1967 ändrades inställningen i lagstiftningen; 1967 års omsorgslag var den första lag som hade ett mer uttalat individperspektiv. Även om möjligheten att vårda med tvång alltjämt kvarstod, så sades lagens syfte vara att ”möjliggöra att varje utvecklingshämmad får just de omsorger han behöver”. Synen på personer med utvecklingsstörning var dock alltjämt att de var avvikande från norm-människan på ett sätt som innebar att de behövde ges omsorger och skyddas från påverkan från andra människor.[272]

Den första omsorgslagen kan betraktas som den första välfärdslagstiftning som riktade sig till personer med utvecklingsstörning. Från slutet av 1960- och under hela 1970-talet pågick ett övergripande och omfattande reformarbete avseende socialtjänstens lagar och verksamheter. Socialtjänstreformen drog även med sig en översyn av omsorgslagstiftningen för personer med utvecklingsstörning såsom en av de svaga eller utsatta grupper som samhället på solidaritetens grund hade ansvar för.[273] Bidragande till reformeringen av socialrätten var utvecklingen av de mänskliga rättigheterna. När den nya omsorgslagen trädde i kraft år 1986, var det i skepnaden av en rättighetslag helt baserad på frivillighet och självbestämmande för målgruppen.

Den människosyn som låg till grund för den från år 1982 gällande socialtjänstlagen smittade uppenbart av sig inte bara på omsorgslagstiftningen för personer med utvecklingsstörning, utan även på förmynder-

[272] Se SOU 1966:9 s. 27 där det diskuteras vad som ansågs kännetecknа de ”psykiskt efterblivna”: intellektuell underutveckling, nedsatt förmåga att tillägna sig kunskaper och att kvarhålla och utnyttja kunskaperna, bristande förmåga att tänka abstrakt och systematiskt, svårigheter att överblicka och beräkna konsekvenserna av en handling, en allmän torftighet i föreställningsvärlden, oförmåga att planera för framtiden samt en bristande motståndskraft mot påverkan från andra människor.

[273] Se om solidaritetstanken, uttryckt i socialtjänstlagens portalparagraf i SOU 1974:39 s. 243.

skapsrätten. År 1989 avskaffades omyndigförklaringen, bland annat med hänvisning till att den rimmade illa med de värderingar och den människosyn som socialtjänstlagen baserades på: respekten för den enskildes självbestämmanderätt och integritet.

2.5 Från människa till rättsligt objekt och subjekt, och tillbaka igen?

Inledningsvis i detta kapitel föreslogs att rättsliga institut eller konstruktioner kan liknas vid träd. En fråga som ställdes var hur förändring som enbart består i att nya grenar växer ut på en befintlig stam som hämtar sin näring från samma (gamla) rötter ska betraktas. I detta kapitel har visats att roten till den betydelse ett annorlundavara som utvecklingsstörning har haft i rätten, är karaktäriseringen och kategoriseringen av personer med utvecklingsstörning som avvikande i intellektuell mening. Det har även visats vilken betydelse för kvalificering som rättssubjekt som det haft i olika tider att karaktäriseras och kategoriseras som en person med utvecklingsstörning.

Det träd som kan kallas de utvecklingsstörda personernas rättssubjektsträd får därmed sägas ha *ändrat utseende* över tid: stammen har breddats och somliga grenar har skurits av, medan andra växt fram. Men i allt väsentligt är det fortfarande samma träd. Det dåtida är inte borta, utan inkapslat i stammens årsringar. Även om gamla värderingar och fördomar inte längre syns i lagstiftning, kan gamla föreställningar om personer med utvecklingsstörning som avvikande slå igenom i rättslig praktik. Frågan om fullvärdig rättssubjektivitet för personer med utvecklingsstörning är en fråga om både det förflutna och om det nutida. Mot det nutida ska blicken nu vändas i avhandlingens kapitel 3–5.

3 Möjlighet att leva som andra som mål

> ”Och jag ertappar mig plötsligt med att förväxla *vara* och *föreställa* som vore de detsamma, som om en bild vore vad den föreställde […].”[1]

3.1 Möjlighet att leva lika eller lika olika som andra?

3.1.1 En målsättning med många betydelser

I kapitel 2 har redogjorts för betydelsen i dåtid av hur personer med utvecklingsstörning betecknats, karaktäriserats och kategoriserats som grupp i rätten. Det har även berättats om hur möjligheterna att vara ett aktivt subjekt i rätten, såväl i dåtid som i nutid, villkoras av de krav som uppställs på en persons förmåga att rättshandla. Den ställning som personer med utvecklingsstörning har *haft* som rättssubjekt och subjekt i rätten,[2] kan antas ha betydelse även för den ställning de *har* i nutid.[3] Attityder till och föreställningar om avvikelser förändras inte i en handvändning, och det har upprepat i forskning och i offentliga utredningar påpekats att när det gäller personer med funktionsnedsättningar finns stora diskrepanser mellan idealen i lagstiftningen och verkligheten. I synnerhet förefaller så vara fallet vad gäller personer med utvecklingsstörning, som kan ha svårt att hävda sin ställning på egen hand.[4]

[1] Foucault, Detta är inte en pipa, i Diskursernas kamp s. 60.

[2] Med ställning som rättssubjekt menas som förklarats i kapitel 2, avsnitt 2.4.1, rättssubjektivitetens båda sidor: både erkännande som person i rätten och erkännande som aktör i rätten.

[3] Jfr inledningen till kapitel 2, avsnitt 2.11 om rättslig utveckling.

[4] Se exempelvis Giertz, Erkännande, makt och möten. En studie av inflytande och självbestämmande med LSS; Lewin, För din skull, för min skull eller för skams skull? Om LSS

I kapitel 3 och 4 riktas uppmärksamheten mot den samtida offentligrättsliga diskursen rörande personer med funktionsnedsättningar. Frågan är vilken betydelse en utvecklingsstörning har för en individs ställning som rättssubjekt inom ramen för SoL och LSS. Fokus i kapitel 3 ligger på den rättsliga *målsättningen* i SoL och LSS om att personer med funktionsnedsättningar ska få möjlighet att leva som andra.[5] *Medlen* för att förverkliga denna målsättning är rätten enligt dessa lagar till insatser och till självbestämmande.[6] Målsättningen undersöks i två meningar, dels i normativ, dels i normerande mening. Med normativ mening menas vad som i rättslig mening ska följa av skrivningen om möjlighet att leva som andra hur målsättningen inom ramen för SoL och LSS. Med normerande mening menas vilken norm om sättet att leva – vilken normalitet – som kommer till uttryck och påbjuds genom de rättsliga utsagorna om målsättningen.

Svaret på frågan om vad som menas med att få möjlighet att leva som andra kan således variera, beroende av hur frågan om uttryckets innebörd ställs. Ett sätt att förklara och förstå vad som menas, är att se målet som ett uttryck för en politisk ambition på samhällsnivå om alla medborgares jämlikhet och delaktighet i samhället – en rättvisesträvan.[7] Ett annat sätt att förklara och förstå målsättningen är att undersöka dess normativa innebörd inom ramen för SoL och LSS. Som målformulering i lagarna och därigenom lagarnas legala syfte, fungerar målsättningen som en tolkningsram mot vilken andra regler i SoL och LSS ska tolkas.[8] I materiell-

---

och bemötande; Widerlund, Nya perspektiv men inarbetad praxis. En studie av utvecklingsstördas delaktighet och självbestämmande; Lindqvists nia (SOU 1999:21).

[5] SoL 5:7 och LSS 5 §.

[6] Medlen undersöks inte i detta kapitel utan i kapitel 4.

[7] I prop. 1992/93:159 anför föredragande statsrådet att den nya ”rättighetslagen” LSS, till skillnad från ”ramlagen” SoL, ska konkret ange de insatser som den enskilde ska ha rätt till. Avsikten vid införandet av LSS var att genom den nya rättighetslagen kunna utjämna klyftan i livsvillkoren mellan människor med, respektive utan, svåra funktionsnedsättningar. Utjämningen skulle uppnås genom att komplettera de insatser som personer med funktionsnedsättning kunde erhålla med stöd av SoL eller HSL, eftersom det ”visat sig att socialtjänstens och hälso- och sjukvårdens insatser inte alltid räcker till för att skapa levnadsförhållanden som är jämförbara med andra människors”, a. prop. s. 49.

[8] Enligt Bramstång, Sociallagstiftningen. En kommentar till socialtjänstlagen, lagen om vård av unga samt lagen om vård av missbrukare s. 29 kan *en lags syfte* förstås på tre olika sätt, vilka bör skiljas åt. Dels kan man tala om lagens *legala* syfte (det syfte som explicit anges i lagtexten), dels de grundläggande *motiv* som anförts vid dess utformning eller vid formulering av vissa stadganden, samt dels författningens eller enskilda stadgandens *funktion* – främst i samspelet med andra närliggande författningar. Att det kan vara svårt

rättslig mening har därmed målet betydelse på två sätt, dels som en del av prövningen av en persons rätt till insats, dels som ett kvalitetsmått i relation till enskilda beslut om en beviljad insats utformning.[9] Ytterligare ett sätt att förklara och förstå vad som menas med möjlighet att leva som andra är att fråga efter hur målet i faktiska termer ska förverkligas i verksamheter som bedrivs i enlighet med lagarna, exempelvis gruppbostäder eller sysselsättningsverksamheter. I denna betydelse kan målsättningen betraktas som normerande, eftersom den anvisar ett ”normalt sätt” att leva för de personer som är beroende av det allmännas hjälp och stöd.

Slutligen kan målets innebörd och innehåll även förklaras genom att relatera det till rättigheter på andra nivåer i rätten.[10] Det kan knappast betraktas som en slump att målsättningen i svensk rättighetslagstiftning för personer med funktionsnedsättningar har formulerats som möjlighet att leva som andra; den kan förstås i ljuset av både folkrätt och svensk konstitutionell rätt. Betänks målsättningen i ett sådant rättssystematiskt perspektiv, kan den uppfattas som ett uttryck för ambitionen att förverkliga mänskliga och konstitutionella rättigheter för personer med funktionsnedsättningar. Med beaktande av denna rättighetskontext, kan således målet uppfattas som en uttrycklig strävan efter att garantera även personer med funktionsnedsättningar sådan frihet, rättvisa och likabehandling som ska tillkomma alla.

3.1.2 Om kapitlets struktur – lager på lager av lagar

Avsikten med detta kapitel är att visa hur komplext målet om möjlighet att leva som andra är, genom att klargöra de olika lager av betydelser som det kan ges. Den huvudsakliga avsikten är således inte att klargöra vad som gäller i normativ mening, utan att måla upp målsättningens *meningstäthet*. I denna ambition ingår förvisso en rättslig analys av den normativa innebörden, men syftet för kapitlet är att fånga mångtydighe-

---

att entydigt fastställa ett stadgandes eller en lags legala syfte innebär enligt Bramstång att man ”ofta torde få nöja sig med att fastställa ett primärt, dominerande syfte, som under alla förhållanden måste beaktas i lagtillämpningen men som inte kan betraktas som allenarådande” (a.a. s. 29). Målsättningen ”möjlighet att leva som andra” enligt SoL och LSS är ett legalt syfte, ägnat att ligga till grund för lagens tillämpning i alla delar.

[9] Med insatsers utformning menas insatsens närmare innehåll och omfattning i det enskilda fallet.

[10] Jämfört med Bramstångs terminologi enligt ovan, kan detta vara att jämföra med målets *funktion* i rättssystematiskt avseende.

ten. Samtliga sätt att betrakta målsättningen har betydelse för en djupare förståelse av hur olikartat den kan tolkas, och därmed vilken betydelse den kan sägas ha för ställningen som rättssubjekt och subjekt i rätten för personer med utvecklingsstörning. Det upplägg som valts nedan motiveras således inte av rättsutredande skäl, utan av strävan efter att klargöra målsättningens olika lager av betydelser.

I avsnitt 3.2 redogörs för hur målsättningen beskrivs inom funktionshinderpolitiken, hur den är avsedd att omsättas i faktiska verksamheter, samt vilken materiellrättslig normativ mening den har. Eftersom begreppet *rättighet* är centralt när möjlighet att leva som andra diskuteras, företas även en översiktlig analys av detta begrepps innebörd. Fokus ligger därvid på frågan om fri- och rättigheter och materiella rättigheter såsom rätt till insatser enligt SoL eller LSS som tillskrivs enskilda kan anses vara *tillgängliga* för personer med utvecklingsstörning – vilken betydelse det kan ha att personer med utvecklingsstörning sägs vara rättighetsbärare som andra. Att samhället ska vara tillgängligt för alla är en bärande princip i svensk funktionshinderpolitik, vilket är följdriktigt med tanke på att det miljörelativa synsättet på funktionshinder är det förhärskande.[11] Det miljörelativa synsättet innebär att funktionshinder ses som något relativt som uppstår i relationen mellan individen, samhället och omgivningen.[12] Om miljön är anpassad kan funktionshindrande effekter av en funktionsnedsättning minska, eller helt upphöra. Med utgångspunkt i detta synsätt på funktionshinder kan det problematiseras om rätten, och i synnerhet de individuella rättigheter som just personer med funktionsnedsättning är tillskrivna, är tillgängliga för dessa personer.

I avsnitt 3.3 och 3.4 följer en översiktlig redogörelse för rättigheter i det vidare perspektivet som kan anses ha direkt relevans för tolkningen av målet om möjlighet att leva som andra. Framställningen avgränsas således till rättigheter som uttalat handlar om det som formulerats som studiens syfte: att undersöka betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs *ställning som rättssubjekt* och subjekt i rätten. Inledningsvis redogörs för mänskliga rättigheter på folkrättslig nivå och därefter för rättigheter i den svenska konstitutionella rätten. Upplägget följer tanken att rättighetsreg-

[11] Se prop. 1992/93:159 s. 171 där det framgår att utöver *tillgänglighet*, är de bärande principerna för den svenska handikappolitiken *inflytande*, *delaktighet*, *självbestämmande*, *helhetssyn* och *kontinuitet*. Se närmare angående ”miljörelativ handikappsyn”, a. prop. s. 42 f.

[12] Olika förklaringsmodeller avseende funktionshinder har presenterats i kapitel 1, avsnitt 1.2.2.1.

leringarna sammantagna kan uppfattas som en tratt. De breda universella rättighetsförklaringarna formar trattens övre del, därefter smalnar den av genom grundläggande rättigheter i en europeisk och nationell konstitutionell kontext, för att slutligen utmynna i de individuella materiella rättigheter som kan utkrävas av enskilda. Trattens nederdel är smal. Det är i många fall svårt att kvalificera sig som stödberättigad enligt SoL eller LSS, vilket närmare klargörs i kapitel 4.[13]

3.2 Möjlighet att leva som andra – en fråga om rättvisa och likabehandling

3.2.1 Som andra medborgare – en ”ny” målsättning om (jäm)likhet och delaktighet

I samband med att normaliseringsprincipen fick fäste vid slutet av 1960-talet, genom 1985 års omsorgslag och genom socialtjänstreformen, kom en ny syn på personer med funktionsnedsättningar att etableras i den offentligrättsliga diskursen.[14] Införandet av LSS var en viktig milstolpe på vägen mot det som idag betraktas som en självklarhet inom funktionshinderpolitiken: att ”personer med funktionshinder är medborgare med lika rättigheter och skyldigheter som andra medborgare”.[15] Budskapet om lika ställning som rättssubjekt upprepades gång på gång i det förslag till nationell handlingsplan för handikappolitiken[16] som under namnet ”Från patient till medborgare” antogs av riksdagen år 2000. Att få till stånd en *grundläggande perspektivförändring* inom såväl omsorgsverksamheter riktade mot personer med funktionsnedsättningar, som i samhället i stort, var den uttalade avsikten med de förändringar som antogs. Istället för att som tidigare lyfta fram behov av vård, omsorg eller andra insatser för personer med funktionsnedsättningar – och därigenom beskriva dem som vårdobjekt – valde regeringen nu att beskriva handikappolitiken

[13] I kapitel 4 undersöks medlen för att nå målet, det vill säga villkoren för rätt till insatser enligt LSS och rätt till bistånd enligt SoL. I kapitel 4 redogörs även för ett annat slag av bestämmelser av största relevans för målsättningen att få möjlighet att leva som andra: regler om självbestämmande, inflytande och samtycke.

[14] Se kapitel 2, avsnitt 2.3.5–6.

[15] Prop. 1999/2000:79 s. 23.

[16] Numer har uttrycket handikappolitik bytts ut mot funktionshinderpolitik. Det första begreppet används dock när jag skriver om tidpunkter då detta var det gängse uttrycket.

som en fråga om demokrati, och personer med funktionsnedsättningar som *medborgare som alla andra*.[17]

Demokratiperspektivet motiverades i förslaget mot bakgrund av bland annat den utveckling av ställningen för personer med funktionsnedsättningar som bärare av mänskliga rättigheter som skett på det internationellrättsliga planet under senare delen av 1900-talet.[18] Ett annat argument för perspektivändringen var att Sverige i framtiden inte kunde anses ha råd att inte behandla alla medborgare lika. Resonemanget var att mångfald berikar samhället, och att alla medborgares erfarenheter och resurser behövs för att samhället ska kunna vara starkt och konkurrenskraftigt. Samtidigt påpekades att det framöver fanns behov av kraftfulla politiska insatser för att personer med funktionsnedsättning

> ”[…] skall få rätten till full delaktighet, värdighet och självbestämmande. Ytterst är handikappolitiken en demokratifråga – samhället måste byggas med insikten om att alla människor är *lika* mycket värda, har samma grundläggande behov och skall behandlas med samma respekt, att mångfald berikar, att varje människa med sin kunskap och erfarenhet är en tillgång för samhället. Det innebär konkret att alla ska ha *lika* rätt och *lika* möjligheter att bestämma över sina liv och få sina önskemål respekterade. Personer med funktionshinder ska ha *lika* möjligheter att röra sig i samhället i samma sammanhang som andra. Alla ska ha *lika* möjligheter att ta del av information och att göra sig hörda. Alla skall också ha *lika* möjligheter och skyldigheter att bidra till samhällets utveckling.”[19] (mina kurs.)

Likhet framhölls i ett antal avseenden: lika värde, lika rätt och möjlighet att bestämma över sig själv och sitt eget liv, lika rörelsefrihet i samhället, inkludering i både fysisk och intellektuell mening (att kunna ta del av information och göra sig hörd). Men även en likhet i ansvar för samhällets utveckling – lika möjligheter *och* lika skyldigheter.

[17] Prop. 1999/2000:79 s. 24.

[18] Demokrati och mänskliga rättigheter kan dock även ses som en problematisk relation. Tuori diskuterar (1993) hur demokrati och rättigheter ställts emot varandra i debatten om lagstiftningsstrategier vad gäller sociala rättigheter. ”Demokrati-argumentet” som hade anförts *emot* att grundlagsfästa sociala rättigheter (i Finland) handlar om att det är problematiskt att möjligheterna att politiskt kontinuerligt omförhandla dessa rättigheter därmed minskar, och att det finns en risk för att rättigheterna tas över av domstolarna på ett sätt som innebär att makten förskjuts från de folkvalda till domarna. Tuori, Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården s. 12 f. Men enligt Turoi ”kan man påvisa, att det inte föreligger någon oundviklig motsättning mellan demokrati och grundläggande rättigheter, utan att de bägge snarare förutsätter varandra och egentligen utgör betingelser för varandra” (a.a. s. 12).

[19] Prop. 1999/2000:79 s. 24.

Som utgångspunkt för resonemanget, grunden för strävan efter jämlikhet i alla nämnda avseenden, framhölls *alla människors lika värde*. Innebörden av likvärdigheten är att alla människor ska ha en ovillkorlig rätt till respekt för sitt människovärde. Denna rätt förändras inte på grund av en funktionsnedsättning – oberoende av nedsättningens art eller grad. En person med funktionsnedsättning ska inte betraktas som ett objekt för olika åtgärder, utan som en likvärdig medborgare med rättigheter och skyldigheter som alla andra.[20]

För att uppnå jämlikhet i *levnadsvillkor* för alla medborgare, framfördes vidare i handlingsplanen att det krävs att personer med funktionsnedsättning får möjligheter till:

> ”ett så *normalt* liv som möjligt. Målet är att människor med funktionshinder skall ges samma möjligheter som andra att få växa upp tillsammans med sina föräldrar, erbjudas god barnomsorg och utbildning, ha ett förvärvsarbete, ha en trygg bostad, kunna delta i olika kultur- och fritidsaktiviteter samt få den äldreomsorg som behövs. Tryggheten och gemenskapen i samhället skall omfatta alla medborgare. […] Genom bl. a. socialförsäkringssystemet, socialtjänsten, hälso- och sjukvården utgår ett offentligt och gemensamt ansvar. […] Så långt möjligt skall dessa insatser vara generella och utgå ifrån behov utan inkomstprövning. För personer med funktionshinder är tekniska hjälpmedel och andra kompensatoriska insatser av särskilt stor betydelse.”[21]

Indirekt sägs i citatet att personer med funktionshinder *inte har* samma möjligheter eller livsvillkor som andra personer i samhället, vilket ses som ett problem som behöver åtgärdas. Lösningen för att komma tillrätta med ojämlikheten sägs i första hand vara generella välfärdsinsatser, varigenom avses att över ett livstidsperspektiv ges möjlighet att leva ett så ”normalt liv som möjligt”. Samtidigt omtalas den särskilt stora betydelse som tekniska hjälpmedel och andra ”kompensatoriska insatser” får anses ha för personer med funktionshinder. Den möjlighet till (jäm)likhet i levnadsvillkor som alla medborgare ska ha rätt till förutsätter när det handlar om personer med funktionsnedsättningar inte bara sådana välfärdsrättigheter som tillkommer alla medborgare, utan även särskilda insatser som kompenserar för funktionsnedsättningen.[22]

I handlingsplanen konstaterades vidare att även om mycket redan hade gjorts för att förbättra för personer med funktionsnedsättningar, såsom

[20] Se SOU 1991:46 s. 122 ff.

[21] Prop. 1999/2000:79 s. 25 f.

[22] Rätten till sådana kompensatoriska insatser behandlas vidare nedan i kapitel 4.

införandet av LSS år 1994, fanns fortfarande mycket kvar att göra för att nå följande uppställda *mål för handikappolitiken* på nationell nivå:

– ”en samhällsgemenskap med mångfald som grund,
– att samhället utformas så att människor med funktionshinder i alla åldrar blir fullt delaktiga i samhällslivet,
– jämlikhet i levnadsvillkor för flickor och pojkar, kvinnor och män med funktionshinder”.[23]

För att uppnå dessa mål skulle det handikappolitiska arbetet under kommande år inriktas särskilt på att identifiera och undanröja hinder för full delaktighet och jämlikhet i samhället för alla människor, att förebygga och bekämpa diskriminering mot personer med funktionshinder, samt att ge personer med funktionshinder oavsett ålder eller kön förutsättningar för självständighet och självbestämmande.[24]

Tre huvudområden för insatser och förändringsarbete identifierades: att se till att ett handikapperspektiv genomsyrar alla samhällssektorer, att skapa ett tillgängligt samhälle samt att förbättra bemötandet av personer med funktionsnedsättning. Vad gällde förbättringar av bemötande, identifierades inte bara ett behov av utbildning för personal inom offentlig verksamhet. Det ansågs vara lika betydelsefullt vilka signaler om vilken syn som ska råda på personer med funktionsnedsättning som det allmänna sänder ut i lagar och genom resursfördelning.[25]

> ”Möten mellan människor sker inte opåverkade av de värderingar som råder i samhället som helhet. Synen på personer med funktionshinder och på handikappolitik som frågor om mänskliga rättigheter har en avgörande betydelse i den enskildes kontakter med olika myndigheter. Det handlar bl.a. om hur samhället genom lagar, regler, programförklaringar, resurstilldelning, tillgänglighetsåtgärder och allmänna värderingar manifesterar sin syn på personer med funktionshinder. Bemötandefrågor är således inte en angelägenhet enbart för funktionshindrade personer själva och de politiker och tjänstemän som i sin yrkesverksamhet möter dessa personer. Enligt regeringens uppfattning krävs kraftfulla politiska initiativ för att i grunden förändra attityder till människor med funktionshinder och därigenom förbättra bemötandet. Det är en politisk fråga som angår oss alla.”[26]

[23] Prop. 1999/2000:79 s. 11.
[24] A. prop. s. 23.
[25] A. prop. s. 31.
[26] Prop. 1999/2000:79 s. 31.

Hinder för full delaktighet i samhällets gemenskap för personer med funktionsnedsättning, formulerades som en fråga om tillgänglighet. Hinder för delaktighet i formen av bristande tillgänglighet kan finnas på många plan. En (offentlig) byggnad är exempelvis inte tillgänglig för den som är rullstolsburen om man måste kliva på trappsteg för att komma upp till dörren, eller om dörren inte är tillräckligt bred för att en rullstol ska kunna köra in genom den. Tillgänglighet kan även handla om att personer med funktionsnedsättningar på grund av fördomar om vad de kan bidra med på en arbetsplats eller i samhällslivet i stort, inte ges tillträde till samhällsgemenskapen. Tillgänglighet kan också saknas till det politiska samtalet, till demokratin eller till rättsväsendet och rätten för den som på grund av en utvecklingsstörning inte kan ta till sig och förstå information på det språk som används.[27]

Det framhölls särskilt i handlingsplanen att ett sätt att nå de uppsatta målen för handikappolitiken är genom lagstiftning. Antingen i form av rättighetslagstiftning till förmån för personer med funktionsnedsättning, eller i form av lagstiftning riktad mot olika samhällsområden.[28] Som exempel på det sistnämnda lyftes lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder fram. Däremot problematiserades inte lagstiftningens och rättssystemets – rättens – tillgänglighet för alla personer med funktionsnedsättning, såsom exempelvis personer med utvecklingsstörning. Det medborgarperspektiv som genomgående framhölls, att personer med funktionsnedsättning skulle betraktas som medborgare med samma rättigheter och skyldigheter som andra, kopplades inte samman med en frågeställning om hur man kunde tillförsäkra att rätten är tillgänglig. Sannolikt togs det bara för givet att rätten *är* tillgänglig.

Behovet av särskild rättighetslagstiftning för att kunna garantera vissa personer med funktionsnedsättning kompensatoriska insatser, har varit ett bestående tema i funktionshinderpolitiken sedan slutet av 1960-talet då 1967-års omsorgslag infördes.[29] Utvecklingen har gått mot att i lag

[27] Prop. 1999/2000:79 s. 26. En stor del offentlig information och många offentliga dokument finns numer tillgängliga på ”lättläst svenska”, vilket är ett förenklat språk avsett att vara anpassat för personer med utvecklingsstörning eller andra intellektuella funktionsnedsättningar. Se exempelvis www.riksdagen.se/sv-LL/Start/Lattlast/.

[28] A. prop. s. 17, varvid man hänvisar till diskussionen i Handikapputredningens slutbetänkande SOU 1991:46.

[29] Prop. 1999/2000:79 s. 15, under rubriken ”Rättighetslagstiftning”.

ange allt fler särskilt angivna utkrävbara insatser för lagens målgrupp.[30] Såväl införandet av 1985 års omsorgslag som införandet av LSS år 1994 har motiverats med en uttalad önskan att garantera målgrupperna för lagarna sådana insatser som de anses behöva, men inte fullt ut kunnat erhålla med stöd av generella välfärdslagstiftningar såsom ÄSoL eller hälso- och sjukvårdslagen.[31] Samma tema upprepades i handlingsplanen för funktionshinderpolitiken år 1999, och återupprepades av LSS-kommittén i den översyn av LSS som publicerades år 2008.[32] LSS-kommittén anförde i betänkandet att det fortfarande fanns betydande ojämlikheter i levnadsvillkor mellan personer med svåra funktionsnedsättningar och andra medborgare i samhället. Utan särskild rättighetslagstiftning befarade kommittén att insatser till LSS målgrupp skulle komma att ”nedprioriteras” i den ständigt pågående förhandlingen mellan olika grupper om samhällets begränsade resurser.[33] Den slutsats som LSS-kommittén drog var att det alltjämt fanns behov av särskild rättighetslagstiftning för att kunna tillförsäkra personer med svåra funktionsnedsättningar de insatser som dessa är beroende av i sitt dagliga liv.

Likartade slutsatser kom även Socialstyrelsen fram till ett par år senare i en rapport om levnadsvillkor för personer med funktionsnedsättningar som erhöll insatser enligt SoL eller LSS. Levnadsvillkoren för dessa personer var på alla jämförda områden betydligt sämre än jämförelsegruppens, förutom när det gällde boendestandard.[34] Fem områden pekades ut som särskilt angelägna att fortsatt följa upp, varav en var graden av de enskildas självbestämmande över socialtjänstens insatser och konsekvenserna av bristande tillgänglighet till miljö och tjänster.[35] Självbestämmande och tillgänglighet betraktas som frågor av största betydelse för förverkligandet av målet om jämlik möjlighet att leva som andra.

[30] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.4.5 för en snabb översikt, eller avsnitt 2.3.6 för en mer utvecklad redogörelse.

[31] Se prop. 1984/85:176 s. 16 och prop. 1992/93:159 s. 49 f.

[32] SOU 2008:77.

[33] SOU 2008:77 s. 229 ff, särskilt s. 233–236.

[34] Rapporten baserades på en undersökning omfattande 57 500 personer och avsåg levnadsvillkor i formen av ekonomi, arbete, utbildning, boende, fritid och hälsa jämfört med befolkningen i stort, och jämfört med andra grupper av funktionshindrade utanför SoL och LSS tillämpningsområde. Socialstyrelsen (2010) Alltjämt ojämlikt! Levnadsförhållanden för vissa personer med funktionsnedsättning, artikel nr 2010-6-21, publicerad i juni 2010 på www.socialstyrelsen.se s. 10.

[35] Socialstyrelsen a.a. s. 13.

3.2.2 Leva som andra som legalt syfte och målsättning för faktisk verksamhet

3.2.2.1 Leva som andra enligt SoL

Utöver att vara en politisk målsättning om alla medborgares jämlikhet och delaktighet i samhället, är ”möjlighet att leva som andra” även det *lagstadgade målet* för sådana verksamheter som bedrivs för personer med funktionsnedsättningar i enlighet med SoL och LSS.[36] Vad som närmare menas med möjlighet att leva som andra som ett legalt mål och en målsättning för faktisk verksamhet, är frågan som utreds härnäst.

I SoL 5:7 st 1 anges som ett ansvar för socialnämnden att verka för att den som av fysiska, psykiska eller andra skäl möter betydande svårigheter i sin livsföring *får möjlighet att delta i samhällets gemenskap och att leva som andra*. Socialnämnden ska även enligt SoL 5:7 st 2 medverka till att den enskilde får en meningsfull sysselsättning och får bo på ett sätt som är anpassat efter hans eller hennes behov av särskilt stöd. Lagrummet överfördes utan ändringar till SoL från ÄSoL 20 §. Till nu gällande lagtext i SoL 5:7 finns ingen ny motivering; de utsagor som förekommer i förarbetena avseende ÄSoL 20 § är således alltjämt relevanta för att avgöra vad som avses med socialnämndens ansvar enligt SoL 5:7.[37]

I propositionen till ÄSoL anförde departementschefen att ”handikappfrågan” inte kunde ses som en särfråga. En förbättrad levnadsnivå i takt med samhällets utveckling måste komma alla i samhället till del.[38] Det konstaterades vidare att:

> ”Handikappfrågan är en fråga om att göra samhället *tillgängligt*. Det politiska målet på handikappområdet är att handikappade skall vara med i samhällets gemenskap och leva som andra. För dessa strävanden används begreppen *integration* och *normalisering*. De är vägledande grundsatser för arbetet på detta betydelsefulla område.”[39] (mina kurs.)

Att just integration och normalisering framhölls som ledord för ”handikappområdet” får förstås i relation till den utflyttning av (bland annat) personer med utvecklingsstörning från institutioner som vid tidpunkten

[36] Se SoL 5:7 och LSS 5 §.

[37] Se prop. 2000/01:80 s. 166. Däremot har ett tredje stycke tillkommit i SoL 5:7, som anger att socialnämnden ska inrätta bostäder med särskild service för dem som till följd av sådana svårigheter som avses i första stycket behöver sådant boende.

[38] Prop. 1979/80:1 Del A s. 296.

[39] Prop. 1979/80:1 Del A s. 295.

för införandet av ÄSoL var i full gång.[40] Det som eftersträvades var integration i motsats till segregation, och normalisering av levnadsvillkor i motsats till de, allt annat än normala, levnadsvillkor som institutionsboendet innebar. ”Syftet är […] att så långt det är möjligt skapa förutsättningar för envar att delta i den gemenskap som samhället utgör och att leva ett normalt liv.”[41]

Med normalisering avsågs

> ”samhällets insatser för att stödja medborgarens strävan efter att så långt möjligt kunna vara som andra och ha det som andra, vilket samtidigt betyder rätt att vara sig själv. […] Som jag har försökt visa skall vi i omdaningen av den nuvarande socialvården mer än tidigare arbeta efter normaliseringsprincipen. Det sker genom att satsa mer på strukturinriktade och allmänt inriktade insatser men också genom att så långt möjligt ’normalisera’ de individinriktade insatserna så att människor som behöver sådant stöd inte känner sig stämplade och utpekade, avskiljda från gemenskapen i samhället.”[42]

Med tanke på personer med utvecklingsstörning kan noteras att ÄSoL trädde ikraft år 1982, fyra år innan 1967 års omsorgslag ersattes av LSS föregångare, 1985 års omsorgslag.[43] Den senare lagen utvecklades i nära anslutning till socialtjänstreformen.[44] Trots de särskilda rättigheter som framgick av omsorgslagen ansågs att det i den nya socialtjänstlagen behövdes en särskild bestämmelse om kommunens ansvar på handikappområdet. Motivet till att det behövdes en särskild bestämmelse för ”handikappade”, vilken kompletterade kommunens generella ansvar att bistå alla som vistas på kommunens område med hjälp och stöd som de behöver,[45] var de ”handikappades eftersatta ställning”.[46] Därmed avsågs dock inte att göra någon åtskillnad mellan personer med handikapp och andra, de förstnämnda ansågs ”givetvis [ha] samma rätt som andra människor till bistånd av socialnämnden för sin försörjning och sin livsföring i

[40] Se om normaliseringsprincipen, kapitel 2, avsnitt 2.3.5.

[41] Se SOU 1977:40 s. 157 ff.

[42] Prop. 1979/80:1 Del A s. 212 f.

[43] Se närmare om omsorgslagarna, lag (1967:940) angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda och lag (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl. i kapitel 2, avsnitt 2.3.5.1 och avsnitt 2.3.6.2.

[44] Utredning om att ersätta omsorgslagen av år 1967 med en ny lag startades år 1977, vilken utmynnade i SOU 1981:26. Det skulle dock dröja fram till år 1986 innan den nya omsorgslagen trädde ikraft. Då hade ÄSoL varit i kraft i fyra år.

[45] Rätten till bistånd enligt SoL behandlas i kapitel 4, avsnitt 4.2.

[46] Prop. 1979/80:1 Del A s. 298.

övrigt. Detta innefattar inte endast rätt till ekonomisk hjälp utan till den omvårdnad som de behöver och som ej tillgodoses på annat sätt."[47]

Föredraganden anförde i förhållande till ÄSoL 20 § att:

> "[…] en bra bostad är en förutsättning för att handikappade skall kunna delta i samhällets gemenskap och leva som andra. Jag vill också understryka att målet för bostadspolitiken måste vara att alla har en *egen bostad*. Institutionen som livsform för handikappade är numera en klart föråldrad företeelse. Dess ofrånkomliga särprägel strider mot grundläggande värderingar. Det senaste årtiondets strävanden att överge institutionellt boende bör fortsätta. För att tillgodose kvalificerade behov […] är naturligtvis även i fortsättningen vissa institutionella former nödvändiga. Det är angeläget att dessa genom hemliknande, god och ombonad prägel motverkar intrycket av gammaldags anstalt."[48]

Normaliseringsprincipens bärande idé om normalisering av levnadsvillkoren är här framträdande. En egen bostad gavs försteg framför institutionsboende, och om institutionsboende var ofrånkomligt för att behov av hjälp och stöd skulle kunna tillförsäkras, så ansågs det "angeläget" att institutionen utformades på ett hemliknande och ombonat sätt. Bostadens utformning betraktades som viktig för möjligheten att leva som andra.

En annan insats som framhölls i relation till normalisering och möjligheten att leva ett *självständigt liv som andra* var stöd både i och utanför hemmet:

> "Tillräcklig social hemhjälp är en förutsättning för att handikappade skall kunna leva självständigt. […] Den sociala hemhjälpen har naturligtvis en tyngdpunkt i anslutning till själva bostaden såsom hjälp med att handla, laga mat och städa. Jag ser den emellertid som en personlig service i boendet i den vidare bemärkelsen. Den bör stå till handikappades förfogande i de situationer de behöver sådan service. Hemhjälpsverksamheten bör alltså […] utvecklas till en social service som genom rikt varierade insatser gör det möjligt för handikappade att leva självständigt i egna bostäder och delta i olika verksamheter efter egna önskemål. Den utgör då ett viktigt medel för att bryta isolering och skapa goda livsvillkor kulturellt och socialt. Betydelsefulla uppgifter för den sociala hemhjälpen är enligt min mening även att ledsaga handikappade utom hemmet, t. ex. för att besöka vänner, delta i kulturlivet eller bara promenera."[49]

[47] SOU 1977:40 s. 165.

[48] Prop. 1979/80:1 Del A s. 300 f.

[49] Prop. 1979/80:1 Del A s. 301.

Att leva som andra i enlighet med SoL kan med ledning i det ovan anförda förstås som att leva *självständigt*; att i likhet med andra människor ha en egen bostad och kunna – med stöd – klara sitt liv i denna. Men därtill kommer även möjligheten att kunna, efter egna önskemål och med ledsagning om så behövs, ta sig utanför bostaden för att promenera, för att delta i kulturella aktiviteter eller för att umgås med vänner. En annan aspekt av att leva som andra som påpekades i förarbetena var vikten av att hjälpa handikappade till arbete eller annan sysselsättning. Inte bara av försörjningsskäl, utan även med tanke på möjligheterna till delaktighet i den sociala gemenskapen i samhället.[50]

3.2.2.2 Leva som andra enligt LSS

Då LSS trädde i kraft år 1994, betonades att lagens insatser syftar till att åstadkomma så jämlika villkor som möjligt mellan människor med och utan funktionshinder.[51] Angående målet för verksamheten enligt LSS 5 §, att den enskilde ska få möjlighet att leva som andra, uttalade departementschefen i propositionen att:

> ”[…] människor med omfattande funktionshinder skall kunna skapa sig ett *värdigt liv*, så *likt* andra människors som möjligt och i gemenskap med andra människor. Insatserna ska vara så utformade att de stärker den enskildes möjlighet att leva ett *självständigt och oberoende liv* och att *delta aktivt* i samhällslivet.”[52] (mina kurs.)

Människovärdighet och likhetssträvande; personer med funktionsnedsättningar ska kunna skapa sig ett värdigt liv, så likt andra människors som möjligt. De insatser som ges med stöd av LSS ska stärka möjligheterna till ett självständigt och oberoende liv. Jämfört med motiven till utformningen av SoL 5:7 kan konstateras att tankarna om delaktighet i samhället och enskildas möjligheter till självständighet har vidareutvecklats i LSS. Betoningen av människovärdigheten framkommer inte på samma uttalade sätt i motiven till SoL:s bestämmelser, och självständigheten betonas genom tillägget ”oberoende”.

På temat självständighet och oberoende nämns särskilt under rubriken ”Målet för verksamheten” att behov och önskemål om stödinsatser varierar från person till person och under olika skeenden i enskildas liv,

[50] Prop. 1979/80:1 Del A s. 302.
[51] Prop. 1992/93:159 s. 50.
[52] Prop. 1992/93:159 s. 50.

varför insatserna bör utformas så att de svarar mot den enskildes aktuella behov och livssituation. Gäller insatserna vuxna personer ska behovsbedömningen

> ”grundas på behov som den enskilde själv finner angelägna för att kunna leva ett så självständigt och oberoende liv som möjligt.”[53]

Målsättningen för verksamheten har med andra ord betydelse för hur behovsprövningen för rätt till insatser ska gå till, vilket kommer diskuteras närmare i kapitel 4.[54]

Den enskilde ska vidare ha ett *direkt inflytande* över LSS-insatserna i både utrednings-, planerings- och genomförandefas.[55] Även om sådant inflytande kan vara svårt för personer som på grund av sin funktionsnedsättning har begränsade möjligheter att kommunicera sina behov och önskningar, ska det ändå tillgodoses så långt möjligt. Människor i sådana situationer, säger föredraganden,

> ”bör kunna företrädas av ett ombud, t. ex. en god man. Då krävs emellertid stor lyhördhet och respekt för de önskemål som den enskilde ger uttryck för.”[56]

Som en förlängning av den självständighet hos den enskilde som lagens utformning tar som utgångspunkt, krävs enligt LSS 8 § att den enskilde själv ansöker om insatser: ”Insatser enligt denna lag ska ges den enskilde endast om han eller hon begär det.”[57] Viljan att bryta med en tidigare paternalistisk hållning i förhållande till personer med funktionsnedsättning framkommer tydligt genom detta lagrum.[58]

Strävan efter att möjliggöra just självständighet, framkommer även i andra delar av motiven till lagen, exempelvis i den allmänna motiveringen till insatsen bostad med särskild service för vuxna (LSS 9 § 9). Utgångspunkten för resonemangen är antagandet att de flesta människor

[53] Prop. 1992/93:159 s. 51.

[54] Se kapitel 4, avsnitt 4.3.

[55] Prop. 1992/93:159 s. 50.

[56] Prop. 1992/93:159 s. 50.

[57] Vad kravet på egen ansökan närmare innebär klargörs närmare i kapitel 4. Se kapitel 4, avsnitt 4.5.1.2.

[58] Att så är fallet noteras även i SOU 1999:21 (Lindqvists nia), varvid denna självständighet samtidigt problematiseras, se s. 133 ff. För de som har svårt att tala för sig själva eller att hävda sig i kontakten med myndigheterna ”måste andra vara talemän”.

vill ha en egen bostad.[59] Handikapputredningen[60] hade konstaterat att många vuxna med funktionsnedsättningar bodde kvar hemma hos sina föräldrar. Detta faktum betraktades som problematiskt, inte på grund av att personerna ifråga därmed inte antogs kunna erhålla den omsorg eller boendestandard som vore önskvärd, utan därför att ”de inte bor på ett sådant sätt att de kan leva ett eget och självständigt liv.”[61] Departementschefen påtalade särskilt att ungdomar med funktionsnedsättningar, i likhet med andra ungdomar, bör ges möjlighet att flytta hemifrån och skapa sig ett eget hem när de växer upp.[62] Med självständighet menas därmed tydligen inte bara självständighet i förhållande till det allmänna, utan även i relation till anhöriga.[63]

Ett liv så *likt andras som möjligt*, innebär vidare att både grundläggande behov som att ha en egen bostad, eller mer komplementära behov som att få möjlighet till miljöombyte och rekreation eller en meningsfull daglig sysselsättning, ska tillgodoses genom LSS-insatser.[64] Bostad med särskild service för vuxna (9 § 9), korttidsvistelse utanför det egna hemmet (9 § 6) och daglig sysselsättning (9 § 10) är exempel på sådana särskilda insatser som målgruppen för LSS kan ha rätt till.[65] Insatserna ska inte enbart ges för att kompensera för funktionsnedsättningar, utan även för att förebygga funktionsnedsättningars funktionshindrande effekter.[66]

För att målsättningen om möjlighet att leva som andra ska kunna förverkligas krävs inte bara att insatser kan erhållas, utan också att insatserna har ett visst innehåll och håller en viss kvalitet. Vad gäller exempelvis bostad med särskild service, anförs i de generella motiven att bostaden

[59] Prop. 1992/93:159 s. 85.

[60] Se SOU 1991:46.

[61] Prop. 1992/93:159 s. 85.

[62] Prop. 1992/93:159 s. 86.

[63] Självständighet i förhållande till anhöriga är intressant med tanke på att det i inledningen till funktionsnedsättningskonventionen, under punkten x), sägs att konventionsstaterna ”är övertygade om att familjen är samhällets naturliga och grundläggande enhet […]”.

[64] Förutsättningarna för att rätt till insats enligt LSS ska föreligga klargörs i kapitel 4, avsnitt 4.3.1.

[65] Övriga insatser är råd och stöd (9 § 1), personlig assistans (9 § 2), ledsagarservice (9 § 3), kontaktperson (9 § 4), avlösarservice i hemmet (9 § 5), korttidstillsyn för skolungdom över 12 år utanför det egna hemmet i anslutning till skoldagen samt under lov (9 § 7) och boende i familjehem eller bostad med särskild service för barn eller ungdomar som behöver bo utanför föräldrahemmet (9 § 8).

[66] Prop. 1992/93:159 s. 51.

för att uppnå målet inte får vara stor – då kan det inte längre sägas vara fråga om en ”egen” bostad, utan om en institution. Gruppens begränsade storlek i en gruppbostad påverkar även möjligheten till ett ”positivt socialt samspel med andra”, vilket ses som ett ”nödvändigt inslag för ett gott liv i en gruppbostad”.[67]

3.2.2.3 Leva som andra – leva ett så ”normalt” liv som möjligt

Mot bakgrund av ovanstående kan konstateras att tanken är att verksamheter för personer med funktionsnedsättning enligt SoL och LSS ska vara utformade med avsikten att *efterlikna levnadsvillkoren för människor utan funktionsnedsättning.* Denna likhetssträvan får förstås i relation till historien. Normaliseringsprincipen som formulerades i slutet av 1960-talet som en reaktion mot levnadsvillkoren på anstalterna under 1900-talet, hade just likhet i levnadsvillkor som målsättning.[68] Utgångspunkten för denna princip, och utgångspunkten för verksamheter enligt LSS, är att alla människor mår bra av sådana levnadsmönster som de flesta i samhället lever efter. De allra flesta vaknar på morgonen, går till ett arbete eller en annan sysselsättning, kommer hem, har vissa dagar en fritidssysselsättning eller socialt umgänge, och sover därefter igen. Eller, med föredragandens egna ord:

> ”De offentliga åtgärderna måste vara inriktade på att människor med funktionshinder eller familjer med ett funktionshindrat barn skall kunna leva ett *så normalt liv som möjligt.* Båda föräldrarna skall, om de vill, kunna ha kvar sitt förvärvsarbete, skall ha samma möjligheter som andra familjer att ha kvar sina vänner och odla sina intressen utanför hemmet. Strävan skall vara att människor med funktionshinder – precis som andra medborgare – skall ges möjligheter att få en god utbildning, ha ett förvärvsarbete, ha en trygg och värdig bostad, delta i olika kultur- och fritidsaktiviteter. Målet för handikappolitiken är att uppnå full delaktighet och jämlikhet.”[69] (min kurs.)

Vad som kommer till uttryck här är en uttalad norm om *det normala sättet att leva*, som utgår från hur människor antas leva sina liv. Normen är betydelsefull för hur målet om möjlighet att leva som andra kan förstås. Samtidigt bidrar normen till en motsägelsefull bild av målsättningen att få möjlighet att leva som andra. I denna målformulering ryms inte bara levnadsmönster såsom de ovan diskuterade, utan även ett betonande av

[67] Prop. 1992/93:159 s. 87.

[68] Se kapitel 2, avsnitt 2.3.5.

[69] Prop. 1992/93:159 s. 43 f.

individens subjektsstatus. Insatserna enligt LSS ska enligt förarbetena vara utformade på så sätt att de stärker den enskildes möjlighet att leva ett självständigt och oberoende liv, och i handlingsplanen för handikappolitiken år 2000 påtalas att ”alla ska ha lika rätt och lika möjligheter att *bestämma över sina liv och få sina önskemål respekterade*”.[70]

En fråga som därmed uppkommer är om avsteg från normen om det ”lika”, normala, sättet att leva, är möjliga för de som är beroende av hjälp från det allmänna. För personer utan funktionsnedsättning finns möjligheter att välja att leva på andra sätt än i enlighet med normala levnadsmönster. Exempelvis kan väljas att ha ett nattarbete, att delta i kultur- och fritidsaktiviteter som sträcker sig långt in på småtimmarna, att äta oregelbundet eller att umgås med andra människor på udda tidpunkter. Att ett sådant självbestämmande i praktiken kan vara svårt om man på grund av en intellektuell funktionsnedsättning är beroende av andras hjälp och stöd, har upprepade gånger visats i forskning.[71]

Dessutom har i forskning visats att gamla rutiner, trots förändringar i politiska styrdokument och i lagstiftning, lever kvar i verksamheter för personer med utvecklingsstörning. Av en intervjustudie från år 2007 som företogs med personal i en gruppbostad för personer med utvecklingsstörning, framgick att även om personalen uttryckte att det var viktigt att brukarna fick vara med och bestämma i verksamhetens utformning, så var det ändå personalen som i stor utsträckning bestämde. Förklaringen som de intervjuade gav till denna inkonsekvens var dels en rädsla för att brukarna skulle börja styra för mycket om de fick bestämma i vissa frågor, dels att det antogs att brukarna inte var med och bestämde på grund av dåligt självförtroende.[72]

Sammanfattningsvis kan konstateras att det med stöd av förarbetena till SoL och LSS finns två tydliga tolkningslinjer vad gäller vad som menas med möjlighet att leva som andra. Den ena handlar om individens självständighet och oberoende, den andra handlar om jämlikhet i betydelsen likartade levnadsvillkor. Huruvida normen om det normala

[70] Prop. 1999/2000:79 s. 24.

[71] Se exempelvis Löfgren-Mårtenson, Hip to be crip? s. 58; Widerlund, Nya perspektiv men inarbetad praxis: en studie av utvecklingsstördas delaktighet och självbestämmande; Giertz, Ideal och vardag – inflytande och självbestämmande med personlig assistans; Giertz, Erkännande, makt och möten. En studie av inflytande och självbestämmande med LSS.

[72] Se Widerlund, Nya perspektiv men inarbetad praxis: en studie av utvecklingsstördas delaktighet och självbestämmande (i bokens sammanfattning).

livet och den normativa (jäm)likheten och självständigheten har någon betydelse för tolkningen av rätt till bistånd respektive insatser enligt SoL och LSS, granskas närmare i avhandlingens kapitel 4.

3.2.3 Möjlighet att leva som andra – en målsättning eller alla människors rätt?

3.2.3.1 Om rättighetsbegreppets komplexitet

Som konstaterats ovan ska personer med funktionsnedsättning betraktas som medborgare, med samma rättigheter och skyldigheter som andra. Mot den bakgrunden kan möjligheten att leva som andra inte bara betraktas som en legal och politisk målsättning, utan även som ett utflöde av eller ett sätt att förverkliga rättigheter på överordnade nivåer av rätten.[73] För att närmare förklara det påståendet, är det nödvändigt att klargöra vad som menas med begreppet rättighet, och då i synnerhet vad som menas med *sociala* rättigheter. Det är också nödvändigt att klargöra vilken funktion begreppet rättighet fyller, samt vad som menas när det sägs att enskilda ”har rättigheter”.[74] Som påpekades av den amerikanske rättsteoretikern Hohfeld för ganska exakt 100 år sedan, kan *ordet* rättighet (right) användas i en rad betydelser, som förmån (privilege), befogenhet (power) eller immunitet (immunity).[75] Än idag synes begreppet tolkas och användas på flera olika sätt, och nedan skissas enbart en översikt.

Inledningsvis kan konstateras att rättighetsbegreppet har en tydlig koppling till rättssubjektiviteten. Slås begreppet rättighet upp i en juri-

[73] Se Tuori, Lagstiftningsstrategierna i social- och hälsovården s. 8 ff.

[74] Även *grunden* för rättigheter kan problematiseras och diskuteras. Är till exempel juridiska rättigheter en formalisering av moraliska rättigheter, på så vis att det ytterst är moralen som, i rättvisans namn, ger enskilda juridiska rättigheter genom de legala institutionerna? Se Simmonds, Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter. s. 146; jfr Tuori, Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården s. 8 ff. Förutsätter förekomst av rättigheter, liksom skyldigheter, någon form av jämbördighet mellan parter? Se Christensen, Konflikt eller harmoni s. 40. Eller är tal om rättigheter inget annat än metafysik och vidskepelse, det vill säga inget annat än ett uttryck för ideologi? Här åsyftas i första hand Hägerströms kritik av rättighetsbegreppet, se Lyles, A call for scientific purity: Axel Hägerströms critique of legal science. Med hänvisning till Hägerströms ”Objektiva rättens begrepp” skriver Lyles på s. 344: ”There exist no absolute rights and duties and the idea of the will-theory, that legal propositions can prescribe objectively existing rights and duties, lacks real merit.” Se även Lindberg, Om rättigheterna i historien s. 30 ff; Bramstång, Sociallagstiftningen s. 48 ff.

[75] Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial reasoning and other essays s. 35 ff. (Artikeln där Hohfeld först publicerade dessa tankar utkom år 1913.)

disk ordbok, hänvisas till termen *subjektiv rätt*. Sistnämnda begrepp förklaras i sin tur som ”den rätt som tillkommer en enskild (”rättighet”), till skillnad från objektiv rätt”.[76] I en annan juridisk ordbok finns inte ordet rättighet som uppslagsord. Däremot finns uppslagsordet ”rättighetslag”, som förklaras som en lag ”som anger den enskildes rättigheter i förhållande till en myndighet. Därtill också möjligheterna att få sitt ärende överprövat hos ett neutralt organ, som är överställt den beslutande myndigheten. Jfr skyldighetslag.”[77] Begreppet ”rättighetslag” synes med andra ord ha en annan betydelse och ett annat användningsområde än begreppet ”rättighet”.

Ett sätt att förstå rättighetsbegreppet, är att säga att det avser den ena sidan av en rättslig relationsbestämning; begreppsparet rättighet–skyldighet avser två av varandra beroende sidor av en rättslig relation.[78] Betraktas rättighetsbegreppet på det sättet, förutsätter en rättighet för någon att det samtidigt finns en motsvarande skyldighet eller plikt för någon annan. Om det inte finns en plikt finns det ingen möjlighet för den som sägs ha en rättighet att ställa några krav.[79] Om denna syn på rättighetsbegreppet följs, kan det betraktas som ett ”funktionsbegrepp”, vilket till skillnad från ”substansbegrepp” inte gör anspråk på att beskriva verkligheten, utan endast att fungera som en tankekonstruktion för att ange ett visst förhållande eller en viss systematik.[80] Ett likartat, praktiskt orienterat sätt att förklara rättighetsbegreppet, är att betrakta det ur juridisk metodologisk synvinkel som ett ”koblingsord”, i betydelsen ett begrepp som ger den enskilde rättstillämparen vägledning i hur olika intressen eller normer ska avvägas i en konkret rättstillämpningssituation.[81] Även i denna betydelse saknar rättighetsbegreppet ett faktiskt innehåll. En rät-

[76] Se Bergström m.fl., Juridikens termer. Med *objektiv rätt* menas enligt samma källa ”[…] rätten i betydelsen rättsordningen, dvs. sammanfattningen av rättsreglerna. Motsats: subjektiv rätt (dvs. rätten i betydelsen rättighet).” A.a. s. 151.

[77] Melin, Juridikens begrepp.

[78] Se Hohfeld a.a. s. 36 som ställer upp right – duty som ett av flera rättsliga korrelativ, utifrån vilka rättsliga relationer kan analyseras (de övriga är privilege – no right, power – liability och immunity – disability).

[79] Se Gustafsson, Rättens polyvalens s. 217 ff som analyserar rättigheter som korrelation med stöd av Hohfelds teoribildning.

[80] Undén, Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken s. 167 ff, särskilt s. 173.

[81] Se Graver, Rett, retorikk og juridisk argumentasjon s. 54, fotnot 72, där Graver redogör för Eckhoffs rättskällelära.

tighet finns inte, annat än som ett tankeled; rättighetsbegreppet är en avvägningsnorm vid rättsligt beslutsfattande.

Ett annat sätt att tänka kring rättigheter är att de uttrycker ”idéer” som fyller följande funktioner:

> ”rättighetsidéernas funktion framträder framförallt i två hänseenden. De är för det första *handlingsdirigerande*, varmed avses att de förmedlar föreställningar om de konsekvenser som följer av att någon säges äga en rättighet (t ex äganderätt eller fordringsrätt). För det andra är rättighetsidéerna även av *upplysande* natur. Istället för att påstå att vissa rättsfakta föreligger (t ex köp eller gåva) kan med sammanfattande beteckning sägas, att en viss rättighet (t ex äganderätt) föreligger.”[82]

Rättigheter kan även betraktas som ett rättsligt instrument för styrning av relationer. Med hjälp av rättigheter (och skyldigheter) kan *makt omfördelas*. Med hjälp av rättighetskonstruktionen kan ojämlika rättsliga relationer viktas om, både i civilrätt och offentlig rätt. Genom att (civilrättsligt) ange en legal rätt för den svagare parten i en viss avtalssituation vilken inte kan avtalas bort, kan ojämlikheter i civilrättsliga relationer jämnas ut. Så har skett i många fall, exempelvis vad gäller avtal mellan konsumenter och näringsidkare eller mellan arbetstagare och arbetsgivare. Indispositiva regler förekommer även i familjerätten, exempelvis när det gäller föräldrar och barns relation. Nämnda slag av rättigheter i civilrätten får dock sägas vara annorlunda till sin karaktär än sådana rättigheter som tillskrivs enskilda i offentligrätten. En klar skiljelinje kan dras mellan civilrättsliga rättigheter av tillfällig eller situationsberoende karaktär, grundade i ett specifikt rättsförhållande vid en viss tidpunkt, och sådana rättigheter som beskrivs som till människan knutna grundläggande, universella och okränkbara rättigheter.

Enligt rättsstatlig teori måste det allmännas – statens – makt över medborgarna begränsas, för att undvika att den utövas godtyckligt eller oförutsebart eller att medborgarna utsätts för övergrepp från statens sida.[83] Denna maktbegränsning kan vara både av *negativt* och *positivt* slag; rättigheter för medborgarna kan uttryckas både som friheter och som rättigheter. Ett sätt att begränsa statens makt är att garantera medborgarna rättigheter som uttrycks *negativt*, som *förbud* mot statlig intervention i medborgarnas privata sfär. Paradoxalt nog blir därmed staten både den ”onda” och den ”goda”. Detta fenomen omtalas som rättsstatsparadoxen;

[82] Bramstång, Sociallagstiftningen s. 50.

[83] Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 39 ff.

staten stiftar lagar varigenom staten ska förhindra sig själv från att missbruka sin makt.[84] Staten är även *positivt förpliktad* att tillförsäkra medborgarna rättigheter genom att agera för, genom lagstiftning eller faktiska ingripanden, att hindra andra medborgare från att kränka enskildas rättigheter.[85] Därtill är staten, som närmare klargörs nedan, positivt förpliktad att tillgodose medborgarna en viss miniminivå av trygghet, hälsa och levnadsstandard.

Inom den offentliga rätten kan rättigheter sägas ha en i det närmaste fundamental betydelse som maktfördelande och skyddande instrument; varierande slag av rättigheter kan sägas bära upp hela den offentliga rättens konstruktion.[86] Rättigheter betraktas som något självklart ”gott”, i betydelsen bra och gynnande för medborgarna.[87] Att anföra att det föreligger en rättighet för en enskild kan jämföras med att dra fram ett ess ur rockärmen, ett trumfkort, i det rättsliga spelet om vem som har rätt.[88] I synnerhet gäller denna förespegling om en gynnad position för vissa personer med funktionsnedsättning, för vilka det finns särskild rättighetslagstiftning i formen av LSS.[89]

Sammanfattningsvis kan rättighetsbegreppets komplexitet uppfattas som en konsekvens av att det fyller olika funktioner eller ges olika innebörder, beroende av *från vems perspektiv* det betraktas. Från lagstiftarens perspektiv kan rättigheter ses som ett verktyg för förskjutning av makto-

[84] Pettersson, Rättsstaten. s. 14.

[85] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, förklarar exempelvis att rätten till liv i artikel 2 i EKMR inkluderar en positiv plikt för staten att inte bara se till att det finns lagar som förbjuder och förhindrar att någon berövas livet, utan staten ska även vidta andra åtgärder ägnade att skydda medborgarnas liv, a.a. s. 55 och s. 61.

[86] Skillnader föreligger dock mellan rättigheter relaterade till den rättsstatliga respektive välfärdsstatliga ideologin. För en redogörelse av skillnaden mellan rättsstat och välfärdsstat, se Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 36–60.

[87] Bramstång, Sociallagarna s. 51 skrev dock redan år 1985 angående offentligrättsliga rättigheter att: ”För egen del ställer jag mig allmänt kritisk till de rättighetskonstruktioner som under de två senaste decennierna blivit allt mera på modet inom den offentliga rätten. Ett alltför frikostigt nyttjande av rättighetskonstruktionen är ägnat att ingiva betänkligheter inom såväl statsrättens som framförallt förvaltningsrättens regelsystem. […] Själv är jag benägen att reservera rättighetskonstruktioner för sådana *försiktigt och sparsamt* utvalda situationer, där den enskildes anspråk på en viss *förmån* efter omsorgsfulla överväganden verkligen befinnes förtjäna att kvalificeras på detta sätt.” Det ”mode” som Bramstång pekade på i mitten av -80-talet kan knappast sägas ha mattats av, utan snarare har det ytterligare förstärkts under de tre decennier som förflutit sedan dess.

[88] Se om rättigheter som ”trumf”, Gustafsson, Rättens polyvalens s. 225 ff; Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 31 f.

[89] Se prop. 1992/93:159 s. 45 ff.

balanser eller ett sätt att vikta om ojämlika rättsliga relationer, men även som ett medel för förverkligande av grundläggande rättigheter. Från ett rättstillämparperspektiv kan rättighetsbegreppet betraktas som en vägledning för avvägning i konkreta situationer mellan olika intressen eller normer. Från den enskilde medborgarens perspektiv kan en rättighet uppfattas som en makt att kunna utkräva eller hävda något, exempelvis en privat sfär, fredad från det allmännas ingripande eller en rätt till en insats.

Vad det närmare innebär för enskilda rättssubjekt att ”ha en rättighet” är därmed beroende av sammanhanget och vilket slag av rättighet som åsyftas. Betydelsen av att ha en rättighet beror också på vad som menas med ”ha”. *Värdet* av att vara en rättighetsbärare visar sig först när rättigheten kan göras gällande inom rätten, vilket i sin tur aktualiserar frågan om rättigheter som tillskrivs enskilda alltid kan sägas vara tillgängliga. Har alla människor vad som i engelsktalande sammanhang brukar omnämnas ”access to justice”?[90] I kommande avsnitt ska klargöras närmare hur olika slag av offentligrättsliga rättigheter har olika funktioner och innebörder. Även frågan om rättigheters tillgänglighet granskas.

3.2.3.2 Olika slag av rättigheter inom den offentliga rätten

Ett flertal sätt att skilja mellan olika slag av rättigheter förekommer inom den offentliga rätten. Inledningsvis förefaller en uppdelning ske mellan sådana till människan *i sig* knuta rättigheter (t ex rätt till frihet eller rätt till liv) som anses föreligga oberoende av en relation till en stat, och sådana rättigheter som är knutna till människans *status som medborgare* i relation till staten (t ex rörelsefrihet, opinionsfriheterna eller rätten att rösta i allmänna val). Dock kan det hävdas att det inte kan finnas några rättigheter över huvud taget, om det inte finns en stat som på något vis kan garantera dem. Samtidigt sägs att mänskliga rättigheter på det internationella planet ska betraktas som universella och odelbara och inte vara beroende av en stat.[91]

[90] Med access to justice i sammanhanget av rättigheter för personer med funktionsnedsättningar menas framför allt möjligheterna att uppträda inom rättsväsendet i alla slag av roller som personer utan funktionsnedsättningar. Exempel som nämns i p. 34 och 35 i General Comment No 1 (2014) CRPD/C/GC/1, kommentarerna till funktionsnedsättningskonventionen artikel 12, är möjligheterna att föra sin talan i domstol, möjligheten att erhålla rättslig representation i domstolsprövningar, och möjligheten att vittna.

[91] Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 177.

Ett annat sätt att skilja olika slag av rättigheter från varandra utgår från rättigheternas innehåll; vad de anger om relationen mellan enskilda rättighetsbärare och staten. I det perspektivet är det möjligt att särskilja *politiska*, *civila* och *sociala* rättigheter från varandra.[92] Politiska rättigheter ger medborgarna möjlighet att utöva makt inom och *över* staten. Civila rättigheter markerar medborgarnas frihet *från* statlig inblandning i deras liv. De sociala rättigheterna slutligen fördelar *genom* staten de gemensamma resurserna i samhället.[93] Alla dessa slag av rättigheter kan förekomma på olika nivåer inom rätten; på internationell mellanstatlig nivå, på nationell konstitutionell nivå eller på materiell individnivå.

Fri- och rättigheter på internationell mellanstatlig nivå benämns mänskliga rättigheter och avser rättigheter av sådan grundläggande natur att varje människa ska kunna hävda dessa gentemot det allmänna. Sådana grundläggande mänskliga rättigheter gavs ett mellanstatligt skydd genom att skrivas in i folkrättsliga dokument efter erfarenheterna under andra världskriget, där det särskilt i Tyskland uppvisades exceptionella grymheter mot statens egna medborgare. En kränkning av en enskild persons mänskliga rättigheter ses som ett brott mot folkrätten som ska leda till ansvar på internationell nivå.[94]

Grundläggande fri- och rättigheter knutna till ”var och en”, återfinns på svensk konstitutionell nivå i RF kap 2 och i EKMR, vilken gäller som lag i Sverige sedan år 1995.[95] De konstitutionella rättigheter som är intagna i rättighetskatalogen i RF kap 2 omtalas som antingen *relativa* eller *absoluta*, beroende av om de, enligt RF 2:20, får inskränkas genom lag eller inte.[96] De rättigheter som ingår i EKMR är på samma sätt möj-

[92] För en annan begreppsapparat men samma indelning, se Tuori, Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården s. 12 f. Tuori skiljer mellan dels rättigheter som avser garantier för medborgarnas *privata autonomi* (de ”klassiska friheterna” som rätten till liv, personlig frihet, rörelsefrihet, ägande och hemfrid), dels rättigheter som avser skyddet för medborgarnas *offentliga autonomi* (exempelvis rätten att rösta i allmänna val), dels rättigheter som avser att skapa *jämlika faktiska möjligheter* för medborgarna att utöva sin rättsligt tryggade privata och offentliga autonomi. Med detta synsätt utvecklar Tuori ett argument för att dessa olika slag av rättigheter är inbördes beroende av varandra.

[93] För en översikt över hur de sociala rättigheterna i svensk rätt har utvecklats, se Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 103 ff; Gustafsson (2002) Rättens polyvalens s. 249 ff och Gustafsson, Taking *Social* Rights Seriously s. 4 ff; Hollander a.a. s. 26 ff.

[94] Fischer, Mänskliga rättigheter. En introduktion s. 13.

[95] Se om EKMR nedan i avsnitt 3.3.4.

[96] Bull & Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s. 99 skriver att vissa rättigheter inte kan begränsas alls enligt lag eller föreskrift och ”dessa kallas ofta för absoluta rättigheter”.

liga att inskränka i vissa fall om så anges. Somliga rättigheter som anges i internationella konventioner har i den svenska konstitutionen status som *målsättningar* för det allmänna, istället för rättigheter för enskilda. Den närmare innebörden av detta konstaterande undersöks närmare nedan under avsnitt 3.4.1.

Rättigheter på materiell individnivå, såsom rättigheter i LSS och SoL, kan betraktas som ett medel för att förverkliga rättigheter på konstitutionell eller mellanstatlig nivå. Materiella individuella rättigheter benämns på olika sätt, beroende bland annat av vilka mänskliga rättigheter de kan sägas relatera till. På så vis talas exempelvis om *sociala* rättigheter. Sociala rättigheter kan med andra ord finnas såväl på mellanstatlig som konstitutionell eller internationell nivå.[97] De mänskliga rättigheterna och grundläggande fri- och rättigheter kan inte realiseras utan materiella individuella rättigheter och en förpliktelse för det allmänna att fullgöra en rättighet som individen kan åberopa och utkräva.[98]

Ytterligare ett sätt att skilja mellan olika typer av rättigheter är, som nämnts ovan, att kategorisera dem med utgångspunkt i på vilket sätt de styr relationen mellan staten och medborgarna: om de ger en rätt *till* något eller en ett skydd *från* något. Negativa rättigheter är viktiga i *rättsstaten* som rättsideologisk konstruktion, vilken i sin tur får sägas ha sitt ursprung i liberala tankeströmningar.[99] Det finns bakom de negativa rättigheternas historiska utveckling en röd tråd bestående av en potentiell konflikt mellan å ena sidan den maktfullkomlige kungen, feodalherren eller staten, och å andra sidan den fria enskilde medborgaren. Det är denna underliggande, ständigt närvarande, konflikt som de negativa rättigheterna avser.[100] Negativa rättigheter avser *en rätt till frånvaro från statlig inblandning* i medborgarnas liv, och tillgodoser därmed i grunden medborgarnas frihet. Exempel på negativa rättigheter är rätten att inte frihetsberövas eller rätten till ett privatliv.

Se Enkvists avhandling, Religionsfrihetens rättsliga ramar, angående religionsfrihetens karaktär som absolut (RF 2:1 p. 6).

[97] För en sammanfattande analys av hur detta komplexa system hänger samman vad gäller sociala rättigheter se Lind, Sociala rättigheter i förändring kap 7.2 s. 436–458.

[98] Gustafsson, Rättens polyvalens s. 231 ff särskilt s. 233; Tuori, Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården s. 11.

[99] Hollander, Rättighetslag i teori och praxis s. 27; Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 28.

[100] Lindberg, Om rättigheterna i historien s. 14 ff, särskilt 21 f.

De positiva rättigheterna avser en annan relation mellan medborgaren och staten än de negativa rättigheterna. Positiva rättigheter förknippas med en annan form av samhälle än det som rättsideologiskt bärs upp av (enbart) rättsstaten. *Välfärdsstaten*, med andra ambitioner än att enbart tillförsäkra medborgarna frihet, betraktas som en rättsideologisk utveckling av rättsstaten. Välfärdsstaten kännetecknas, bland annat, av att *rätten används som medel för att förverkliga de mål som eftersträvas* inom staten, med konsekvens att ”målen är viktigare än rätten”.[101] De positiva rättigheterna kan kategoriseras som antingen generella välfärdsrättigheter eller som individuella rättigheter.[102] Det gemensamma samlingsnamnet för dessa positiva välfärdsrättigheter är *sociala rättigheter* och dessa återfinns i både nationell och mellanstatlig rätt, på både den folkrättsliga och den europeiska unionsrättens nivå.[103] Genom positiva sociala rättigheter ställs krav på staten att genom aktiva handlingar *tillförsäkra medborgarna social rättvisa* – de gemensamma resurserna i samhället ska fördelas på ett rättvist sätt. Positiva rättigheter fanns redan i det antika Grekland, men då uttryckta som plikter för staten istället för rättigheter för de enskilda individerna.[104]

I doktrin har de olika slagen av rättigheter beskrivits som *rangordnade*, på så sätt att sådana rättigheter som relateras till rättsstatsvärdena (i synnerhet rättssäkerhet) ges en högre status än de som relateras till välfärdsstaten.[105] De sociala rättigheterna

> ”underordnas ideologiskt och blockeras på flera samverkande sätt: för det första underordnas de under de negativa rättigheterna, utan att det finns

[101] Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 51.

[102] Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 28 f.

[103] För en redogörelse för sociala rättigheter inom den Europeiska unionen, se del 4 i Lind a.a. s. 271–431.

[104] Lindberg, Om rättigheterna i historien s. 12 f.

[105] Jfr Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 51 som skriver om de sociala rättigheterna att dessa ”hamnat i skuggan av frihetsrättigheterna, trots att i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948 de sociala rättigheterna erkändes som jämbördiga med frihetsrättigheterna. Orsaken är att rättsstaten som regel inte tillerkänt de sociala rättigheterna ett konstitutionellt skydd. Rättsstatens grundrättighetsteori innebär att frihetsrättigheterna är omedelbart förpliktigande och kan göras gällande vid domstol, medan de sociala rättigheterna inte är rättsligt förpliktande.” Se även Lind a.a. s. 42, som skriver att sociala rättigheter inte anses ”jämbördiga” med medborgerliga och politiska rättigheter därför att de ”skrivs in i egna dokument som avses gälla enbart sociala rättigheter och inte medborgerliga och politiska rättigheter och i och med att de formuleras i termer av skyldigheter och inte rättigheter för individer så är de inte ’jämbördiga’ med de klassiska rättigheterna”.

någon analytisk grund för detta; för det andra förutsätter såväl negativa rättigheter som formell rättssäkerhet en tro på rätten som ett rättssystem med en hög grad av autonomi och slutenhet."[106]

Underordningen av de sociala rättigheterna – diskussionen om att sociala rättigheter inte är *riktiga* rättigheter – har varit tydlig när det gäller enskildas rätt till insatser enligt SoL och LSS. Kommuner har klagat över inskränkningar av den kommunala självbestämmanderätten och antingen vägrat att verkställa domstolars beslut, eller sina egna gynnande beslut.[107] Ekonomiska realiteter kan betraktas som *en* förklaring till att LSS beskrivits som en "handikappad lag".[108] En annan förklaring är att frihetsrättigheter, negativa rättigheter, *överbetonas* framför sociala rättigheter – de sociala rättigheternas status som "riktiga" rättigheter har ifrågasatts på grund av att de uppfattas som underordnade de negativa rättigheterna.[109]

En annan förklaring till varför genomslaget för LSS varit (och alltjämt är) problematiskt, är att det finns en ingrodd skepsis i rätten mot att tillmäta "särintressen" en särskild rättslig position. De som motsätter sig att betrakta materiella rättigheter enligt LSS som "riktiga" rättigheter, grundar motståndet i tanken om en fara för att alla särintressen då kommer kräva egna rättighetslagar.[110] Men, att stärka resurssvaga individers position till en jämbördig nivå som andra medborgares kan svårligen betraktas som ett särintresse, utan snarare som en grundläggande rätt. Ser man de sociala rättigheterna i exempelvis SoL och LSS som ett förverkligande av fundamentala värden som frihet, rättvisa och likabehandling, blir det svårt att hävda att sociala rättigheter ska ha en underordnad position jämfört med civila och politiska rättigheter. I ett sådant perspektiv är inte sociala rättigheter något artfrämmande, utan en nödvändig del i strävan efter att tillförsäkra alla människor samma överordnade värden som uttrycks genom de civila och politiska rättigheterna. Särskilt som det

[106] Gustafsson, Taking *Social* Rights Seriously (II) s. 66.

[107] Av denna anledning har det införts regler om sanktionsavgift i både SoL 16:6 a och LSS 28 a § för både domstolstrots och fördröjd verkställighet av beslut enligt lagarna. För kortfattad kommentar om sanktionsavgiften enligt SoL se Fridström Montoya, Rätten till bistånd enligt SoL s. 109. För kortfattad kommentar angående sanktionsavgift enligt LSS se Bäckman, Socialtjänstens ansvar för personer med funktionsnedsättning s. 237.

[108] Gustafsson, Taking *Social* Rights Seriously (II) s. 68.

[109] Gustafsson a.a. s. 66.

[110] Gustafsson a.a. s. 66 f.

även kan hävdas att de olika slagen av rättigheter förutsätter och möjliggör varandra:[111]

> ”Såväl den offentliga som privata autonomin saknar […] betydelse för den som inte har faktiska möjligheter att utöva sin autonomi. Hemfriden är betydelselös för den hemlöse, liksom yttrandefriheten för den som saknar utbildning.”[112]

Sociala rättigheter är en viktig del i välfärdsstaten. Den *rättvisesträvan* som är välfärdsstatens signum, kommer till uttryck i olika slag av lagstiftningar, såväl ramlagar som rättighetslagar. Det finns både för- och nackdelar med dessa lagstiftningsstrategier.[113] Förenklat kan sägas att *ramlagen* som anger skyldighet för det allmännas verksamhet att sträva efter vissa angivna mål men utan att specificera hur detta ska ske, har kritiserats för sin oförutsebarhet, vilken innebär ett rättssäkerhetsproblem. *Rättighetslagen* som innebär materiella utkrävbara rättigheter för enskilda i förhållande till framförallt kommunerna, har kritiserats för att inte fullt ut ta hänsyn till kommunernas ekonomi och för att det grundlagsstadgade kommunala självstyret därigenom inskränks.[114] I ett välfärdsstatligt sammanhang ses dock materiella rättighetslagar som ett viktigt strategiskt verktyg för att enskilda som definieras vara i särskilt behov av stöd från det allmänna inte ska riskera att deras behov på grund av oprecis och tolkningsbar ramlagstiftning inte blir tillgodosedda.[115]

[111] Jfr Tuori som skriver att den offentliga autonomin (politiska rättigheter) bara kan utnyttjas av den som åtnjuter privat autonomi (grundläggande friheter) och att ”de grundläggande rättigheterna, inklusive välfärdsrättigheterna, inte står i ett inbördes motsatsförhållande, utan förutsätter och möjliggör varandra.” Tuori, Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården s. 13.

[112] Tuori a.a. s. 13.

[113] Se Hydén, Ram eller lag? som på s. 4–18 redogör för och diskuterar ramlagens för- och nackdelar och landar i slutsatsen att problemen med ramlagar inte är av ”rättsteknisk” karaktär, utan av styrningsteknisk och administrativ karaktär.

[114] Se om dessa lagstiftningsstrategier inom social- och hälsovården Tuori, Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården. Tuori förespråkar att rättighetslagstiftning som strategi är att föredra framför ramlagstiftning, bland annat på grund av att ”på implementeringsstadiet ger rättigheterna förmånstagarna en chans åtminstone i princip att framstå som både rättsliga och moraliska subjekt och inte enbart som klienter för social- och hälsovården eller som objekt för byråkratins åtgärder. Detta kan ha stor betydelse t. ex. för handikappade personers eller socialbidragstagares uppfattning om sin egen ställning” (a.a. s. 11).

[115] Se exempelvis prop. 1992/93:159 s. 46 ff eller SOU 2008:77 s. 229 ff.

3.2.3.3 Leva som andra – ett utflöde av grundläggande rättigheter

Målet om möjlighet att leva som andra kan betraktas som ett utflöde av rättigheter på olika nivåer av rättssystemet; såväl på internationell som på nationell nivå. Inom ramen för ”leva som andra” kan i synnerhet *tre slag av rättigheter* identifieras. Dels sådana grundläggande och generella rättigheter som uttrycker en rätt till *likvärdighet*, lika levnadsvillkor, likabehandling eller icke-diskriminering. Dels rättigheter som tillerkänner enskilda individer rätt till insatser med avsikt att *kompensera* den som på grund av sin funktionsnedsättning saknar möjlighet att leva som andra. Därtill kommer även en tredje grupp av rättigheter som anknyter till individens subjektsstatus, som handlar om rätten till *självbestämmande* – om rätten till en autonom position i förhållande till det allmänna.

Samtliga nämnda rättighetstyper är betydelsefulla för att bestämma det närmare normativa innehållet i målformuleringen om möjlighet att leva som andra. Samma rättighetstyper är också av betydelse för avhandlingens syften: att klargöra betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten. I det följande ligger fokus på sådana rättigheter som nämnts närmast ovan. Utanför framställningen lämnas därmed andra slag av välfärdsstatliga rättigheter såsom rätten till utbildning, rätten till hälso- och sjukvård eller rätten till kompensation för inkomstbortfall i enlighet med socialförsäkringssystemet. Utanför framställningen lämnas även sådana rättigheter som, utöver den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR), förekommer inom den europeiska unionsrätten. Avsikten med redogörelsen inte är att ge en heltäckande och detaljerad bild av rättighetssystemets innehåll, utan att söka närmare ringa in vad som kan menas när det talas om möjlighet att leva som andra enligt SoL och LSS.

3.3 Rätt till samma rättigheter – en rättighet i likabehandlingens namn

3.3.1 ”Samma rättigheter” förutsätter rättstillgänglighet och förmåga

Att vara rättighetsbärare i teorin är en sak. En helt annan sak är att en förutsättning för att en rättighet ska ha reell betydelse, är att rättighets-

bäraren faktiskt kan göra rättigheten gällande.[116] Själva *värdet* av att ha en rättighet kan alltså sägas visa sig först när rättigheten på något sätt aktualiseras inom rätten, när en positiv rättighet kan utkrävas eller när det kan påtalas att en mänsklig eller negativ rättighet har kränkts. En tillskriven rättighet kommer inte en rättighetsbärare tillgodo per automatik. Att *ha* en rättighet behöver inte innebära att också *få* rättigheten. För vissa grupper av människor är relationen mellan förmåga och tillgänglighet ett större problem än för andra människor. Alla människor har inte samma förmåga att göra sina rättigheter gällande eller att överhuvudtaget känna till att rättigheter finns.[117] För vuxna med utvecklingsstörning kan såväl faktiska som rättsliga problem föreligga vad gäller rättigheters tillgänglighet. I båda fallen är den enskildes personliga *förmåga* central. Uttrycket ”förmåga” används i det följande som benämning av den grundförut-

[116] Se Hunt Federle, Rights flow downhill s. 343 ff, som visar att rättighetsdiskursen, på ett sätt som är ofördelaktigt för såväl barn som personer med intellektuella funktionsnedsättningar, förutsätter att människor har ”capacity”, ”competence” eller ”ability” att utkräva, påtala eller på annat sätt göra rättigheter gällande. Alla diskussioner om barns rättigheter kommer enligt Hunt Federle till korta på grund av en oförmåga att se att ”capacity” – i betydelsen kompetens eller förmåga att fatta rationella beslut och att tillvarata sina egna intressen – är centralt för vilken rättslig ställning som personer som antas sakna sådan förmåga ges. På grund av barns förmodade oförmåga rättfärdigas dels att dessa inte tillerkänns vissa rättigheter (såsom politiska), dels att vuxna ges bestämmanderätten över dem – i deras eget intresse, för att skydda dem. Konsekvensen blir att den maktförskjutning som är rättigheternas syfte uteblir. Hunt Federle anser att om förmåga/oförmåga tänks bort ur rättighetsdiskursen så möjliggörs en mer nyanserad diskussion om hur maktlöshet för vissa grupper ska kunna kompenseras. Hennes förslag är att rättighetsteori bör ta sikte på makten som sådan och på att tillförsäkra att de som saknar makt av egen kraft inte kan få kränkas av de som har makt.

[117] För människor i delar av världen där fattigdom är utbredd, kan sociala förutsättningar, såsom exempelvis utbildning, saknas för att dessa ska ha reell möjlighet att ens känna till att det finns rättigheter att åberopa och hur det i så fall skulle gå till. Det är, med stöd i den allt starkare trenden inom utvecklingen av internationella mänskliga rättigheter att åberopa alla rättigheters universalitet och odelbarhet, möjligt att sammankoppla förekomsten av mänskliga rättigheter med begrepp som *värdighet* och *människovärde*, och argumentera för att exempelvis den mest grundläggande rättigheten av alla, ”rätten till liv”, måste kopplas samman med sociala grundförutsättningar i levnadsmiljön att kunna leva ett värdigt liv. Se Sharma, Right to Life. The Pluralism of Human Existence s. 1 ff. Sharma problematiserar ”rätten till liv” i Indien, där levnadsvillkoren för en stor del av befolkningen innebär att rätten till liv är en fråga om enbart möjligheten att överleva för dagen. Genom sin undersökning av hur dödsstraffet utdöms, hur kvinnor och barn behandlas som handelsvaror samt problemen med tiggeri och hemlöshet, visar hon hur fundamental den faktiska förmågan att överhuvudtaget kunna göra sin röst hörd i samhället är för att kunna åberopa rätten till ett värdigt liv. Hennes huvudargument är att mänskliga rättigheter måste ställas i relation till ett statligt socialt ansvar för de levnadsförhållanden som människor existerar under.

sättning som skapar ett *tillgänglighetsproblem* i både rättslig och faktisk mening; den enskildes förmåga att veta, förstå, praktiskt förmå och att med rättslig giltighet rättshandla.[118]

Som klargjorts i kapitel 2 kan intellektuella funktionsnedsättningar såsom utvecklingsstörning innebära att *personlig förmåga att rättshandla* kan anses saknas, vilket är ett krav för den som själv ska kunna agera som rättssubjekt. En utvecklingsstörning kan även i många fall innebära bristande förmågor att kunna vara ett subjekt i den rättsliga kontexten i faktisk mening. Det är inte en självklarhet att känna till att individuella rättigheter finns, än mindre att kunna ansöka om dem på ”rätt sätt”, att kunna utkräva dem genom överklagande eller att kunna identifiera sina behov av hjälp och stöd på ett rättsligt adekvat sätt – att alls ha en röst i rätten.[119] De givna exemplen leder tankarna till den konceptuella ram som i engelsktalande sammanhang benämns som ”access to justice”, ett begrepp som på svenska kan översättas till ”rättstillgänglighet”. Rättstillgänglighet inkluderar ett flertal olika aspekter av tillgång till rätten, såsom effektiv tillgång till rättssystemets procedurer, till information om rätten samt till myndigheters och domstolars lokaler.[120]

För personer med utvecklingsstörning kan rätten och tillskrivna rättigheter vara otillgängliga i alla nyss nämnda avseenden. Rättigheter ingår i ett abstrakt och komplext rättssystem som i många fall kan tänkas ligga utanför den enskildes faktiska kunskaps- och förståelseförmåga. Möjligheten att på egen hand formulera behov av hjälp från rättssystemet kan också saknas, oavsett om det handlar om att ansöka om en social rättighet från sociala myndigheter, att anmäla en arbetsgivare för diskriminering eller att polisanmäla ett brott som man blivit utsatt för. Funktionsnedsättningen kan vidare innebära faktiska svårigheter att veta vart man ska vända sig, eller svårigheter att i fysisk mening kunna ta sig till de lokaler där ”rättvisan” kan sökas.

När tillgänglighet diskuteras som en funktionshinderpolitisk princip, är utgångspunkten att det är samhällets ansvar att se till att samhället

[118] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.3.2. Här menas dels personlig förmåga att rättshandla (att kunna kommunicera en förnuftig vilja) dels även faktiska svårighet av mer praktiskt slag som alltså inte är ett rättsligt utan *faktiskt hinder* för den enskilde att kunna tillvarata sina rättigheter.

[119] Det är inte heller självklart att känna till att det går att klaga på att rättigheter enligt EKMR eller funktionsnedsättningskonventionen har blivit kränkta.

[120] Ortoleva, Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and The Legal System s. 284.

är tillgängligt för alla. Personer med funktionsnedsättning ska inte på grund av samhällets organisation och strukturer hindras från att vara aktiva deltagare i samhället på samma villkor som andra.[121] I LSS 7 § st 2 stadgas att insatserna enligt lagen ”skall anpassas till mottagarens individuella behov samt utformas så att de är lätt tillgängliga för de personer som behöver dem och stärker deras förmåga att leva ett självständigt liv.” Vad detta närmare innebär framgår dock inte av propositionen. Där sägs endast att insatserna ska vara utformade enligt ”närhetsprincipen, dvs. så att de är lätt tillgängliga för de människor som behöver dem.”[122] Vad närhetsprincipen betyder framgår inte i sammanhanget.

Tillgänglighet i generell mening är en grundläggande princip mot vilken övriga artiklar i funktionsnedsättningskonventionen ska tolkas.[123] Problemet med rättstillgänglighet för personer med funktionsnedsättning har på ett tydligt sätt hamnat i blickfånget genom denna konventions artikel 12 och 13.[124] Artikel 13 om ”tillgång till rättssystemet” ska beröras här.[125] Artikel 13(1) lyder:

> ”Konventionsstaterna ska säkerställa effektiv tillgång till rättssystemet för personer med funktionsnedsättning på lika villkor som för andra, däribland genom att erbjuda dem processuella och åldersrelaterade anpassningar för att underlätta en verksam roll för dem som direkta och indirekta deltagare, inklusive som vittnen, i alla rättsliga förfaranden, innefattande i det undersökande skedet och i andra förberedande skeden.”[126]

Därefter följer en punkt 2 om ändamålsenlig utbildning för personer som arbetar inom rättsväsendet, tillika polis- och kriminalvårdsmyndigheter.

Genom artikel 13 ställs krav på *anpassning av rättsprocessen* i olika skeden för att möjliggöra för personer med funktionsnedsättning att vara aktiva som deltagare av olika slag i olika rättsprocesser. Tillgängligheten handlar enligt artikel 13 om att uppmärksamma och kompensera för sådana bristande förmågor som innebär att det kan vara problematiskt

[121] Se prop. 1999/2000:79 s. 39 ff. Se även förarbetena till LSS, prop. 1992/93:159 s. 171.

[122] Prop. 1992/93:159 s. 172.

[123] Se Förenta Nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning artikel 3 f.

[124] Ortoleva, Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and The Legal System s. 317 f.

[125] Artikel 12 om likhet inför lagen behandlas nedan i avsnitt 3.3.3 tillsammans med konventionen i sin helhet.

[126] SÖ 2008:26 s. 14.

för exempelvis personer med utvecklingsstörning att vara aktiva aktörer i rätten. Personer med bristande förmågor ska erbjudas anpassningar i syfte att underlätta för dem att få tillgång till rättssystemet.

Även om rätten kan sägas vara tillgänglig i den betydelse som artikel 13 förespråkar, det vill säga att rättsliga förfaranden är anpassade till att möjliggöra för alla att aktivt delta i rättsliga processer (vilket jag dock inte tar ställning till), kan rättigheter i vissa fall ändå inte utan hjälp eller stöd från annan anses tillgängliga för vissa individer. Faktisk förmåga att förstå eller att kommunicera kan vara så inskränkt att anpassningar av verksamheten inte räcker till. Individers rättshandlingar kan även i vissa sammanhang underkännas om rättssubjektet bedöms sakna personlig förmåga att rättshandla.[127] Trots att det i svensk rätt saknas möjlighet att genom ett generellt beslut förklara personer som ”rättsinkapabla”, finns ändå mekanismen som underkänner vissa personers rättshandlande kvar.[128]

Det faktum att alla människor sägs vara rättssubjekt med rättskapacitet eller partsbehörighet i svensk rätt, betyder endast att en individ erkänns av rättssystemet som någon som kan ha rättigheter eller skyldigheter. För att kunna *göra sina rättigheter gällande* inom rättssystemet krävs något mer; det krävs förmåga i betydelsen makt eller *kraft*, att göra sin röst hörd med rättslig verkan. Om förmågan, i betydelsen kraften eller kompetensen att göra rättigheter gällande, är en förutsättning för att vissa personer med utvecklingsstörning ska kunna ha glädje av att ha (få ut något av) rättigheter, och om rättighetsbegreppets essens är att förse den svagare parten i en rättslig relation med makt, uppstår en paradox. Den svaga parten får, trots rättigheter, ändå inte någon makt. Personer som saknar denna förmåga i faktisk mening kan inte sägas ha någon glädje av sina

[127] För redogörelse av vad som krävs för att en individ ska anses ha personlig förmåga att rättshandla, se kapitel 2, avsnitt 2.4.3, särskilt 2.4.3.3.

[128] Se angående ”declaration of incapacity” Bartlett, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law. För en översikt över den amerikanska hanteringen av dessa frågor se Quinn, Guardianship of Adults. Achieving Justice, Autonomy, and Saftety. Vad gäller begreppet ”incapacity” – rättslig oförmåga – skriver Wood i History of Guardianship i Quinn a.a. s. 35, att begreppet är själva kärnan i institutet ”guardianship”. Behov av guardianship bedöms baserat på en bedömning av en persons generella rättsliga oförmåga. Underlaget för olika amerikanska domstolars avgörande av sådan oförmåga i rättslig bemärkelse har enligt Wood utvecklats under de senaste årtiondena från bedömningar med stöd i medicinska diagnoser (exempelvis ”idiots”) till individuella bedömningar baserade på personlig funktionsförmåga i det enskilda fallet. (a.a. s. 35 ff).

rättigheter om personlig förmåga att göra rättigheter gällande är en förutsättning för att rättigheter ska vara tillgängliga.

Avsikten med att deklarera att personer med funktionsnedsättning är medborgare med samma rättigheter och skyldigheter som andra är att sådan exkludering som i det förflutna skett av svaga grupper på grund av deras förmodade oförmåga ska vara historia.[129] Att legalt ställföreträdarskap kan vara en avgörande funktion för att denna ambition ska kunna uppnås är uppenbart. Eller, som utredningen om förmyndare, gode män och förvaltare uttryckte saken: vuxna kan av olika skäl

> ”ha en mer eller mindre begränsad funktionsförmåga som avspeglas i brist på kapacitet att ta ställning i egna angelägenheter, personliga eller ekonomiska. De kan då sägas bli i behov av skydd i tre riktningar: mot att bli *förbisedda och ställda utanför de rättigheter som tillkommer dem*, mot att skada sig själva genom att handla oöverlagt eller insiktslöst och mot att bli utnyttjade av människor i deras omgivning.”[130]

Mänskliga rättigheter som tillkommer personer med funktionsnedsättningar i ett internationellt perspektiv, avhandlas i nästföljande avsnitt.

3.3.2 Samma – lika – mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättningar

3.3.2.1 Mänskliga rättigheter och internationella konventioners ställning i svensk rätt

Mänskliga rättigheter är en stor del av det internationella folkrättsområdet. De mänskliga rättigheterna kan härledas till de rättighetskataloger som antogs i England (1689), Frankrike (1789) och USA (1776).[131] Till grund för folkrättsliga förpliktelser om mänskliga rättigheter ligger FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från år 1948.[132] Sverige har ett så kallat dualistiskt rättssystem, vilket innebär att enbart svenska lagar tillämpas av de rättstillämpande organen.[133] När Sverige har

[129] Prop. 1999/2000:79 s. 11.

[130] SOU 2004:112 s. 430.

[131] Vahlne Westerhäll, Folkrättens påverkan på svensk förvaltningsrätt s. 252.

[132] Vahlne Westerhäll a.a. s. 252.

[133] Det har dock inte alltid varit så, och det finns faktum som talar i annan riktning. Se Bring, Monism och dualism i går och i dag, s. 24 ff. Sveriges medlemskap i EU från 1 januari 1995 innebär att Sverige är juridiskt bundet av unionens primär- och sekundärrätt. Även det förhållandet att EKMR är införlivad i svensk rätt är av betydelse för att

tillträtt och ratificerat en konvention blir konsekvensen att Sverige får en folkrättslig förpliktelse att tillse att staten lever upp till det som konventionen stadgar. Sverige åtar sig med andra ord att anpassa det svenska rättssystemet i enlighet med vad som överenskommits i konventionen. Antingen sker denna anpassning genom att konventionens bestämmelser transformeras in i den inhemska lagstiftningen, eller genom att hela konventionen genom ett beslut i lag inkorporeras som lag i det svenska rättssystemet.[134] Inkorporering har skett av EKMR, men andra internationella konventioner som Sverige har anslutit sig till, såsom FN:s konventioner, har istället då behov funnits transformerats in i svensk rätt.[135]

Innebörden av det nyss sagda är att inga andra konventioner än EKMR är *direkt* tillämpliga i svenska domstolar eller för andra som tillämpar svensk rätt. Den svenska lagstiftningen anses istället stå i överensstämmelse med konventionernas krav på Sverige. Därmed dock inte sagt att andra konventioner än EKMR inte har någon rättslig relevans i svensk rätt.[136] Det kan sägas att ”medan förvaltningsrätten är den nationella delen av offentlig rätt är folkrätten den internationella delen av offentlig rätt”.[137] Internationella överenskommelser ska påverka den rättsliga argumentationen ifråga om hur den svenska rätten ska tolkas, eftersom den svenska rätten ska stå i överensstämmelse med internationella överenskommelser som Sverige ingått.[138]

I doktrin har dock visats att det i svensk rättstillämpning framförallt synes vara EKMR som utgör ”folkrätt”, och därvid stoppar intresset för

---

säga att Sverige har tagit ett steg i riktning mot monism. ”[V]i har avsagt oss vår suveräna rätt att disponera över rättsmaterian genom egenlagstiftning och […] vi har accepterat Europakonventionen som ett levande dokument och Strasbourgdomstolens praxis som en uttolkning och precisering av den för oss bindande MR-rätten” (a.a. s. 31).

134 Bring talar om tre traditionella metoder för införlivning av traktatsförbindelser i svensk rätt: transformering, inkorporering eller fördragskonform tolkning. Det sistnämnda innebär att domstolarna förväntas tillämpa en sådan tolkning när spänning uppstår mellan gällande svensk rätt och traktatsförbindelser. Bring a.a. s. 31; se även Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s. 33 ff.

135 EKMR har till och med ett särskilt skydd i RF 2:19. Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt EKMR.

136 Även om inställningen i svensk förvaltningsrätt varit en tveksamhet till folkrätten som lett till att anpassningar skett först efter hand och inte utan motstånd. Vahlne Westerhäll, Folkrättens påverkan på svensk förvaltningsrätt – ett idéhistoriskt perspektiv s. 253.

137 Vahlne Westerhäll a.a. s. 251.

138 Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 42.

folkrättsliga rättskällors inflytande över de rättsliga besluten.[139] I den mån folkrättsliga källor används i rättstillämpningen synes så ske slumpartat och ogenomtänkt, utan reflektion över folkrättens normhierarki eller rättskällelära.[140] Ofta är det bindande konventioner som åberopas, men ”faktum är att det i praxis kan bli lite vad som helst i det folkrättsliga normutbudet som den enskilda domaren väljer att använda lite hur som helst.”[141]

Nedan redogörs för folkrättsliga normer som på grund av att de är möjliga att relatera direkt till enskilda människors status som rättighetsbärare bör anses relevanta för uttolkning av målsättningen ’leva som andra’ i SoL och LSS.

3.3.2.2 Människovärdesprincipen och frågan om vem som betraktas som en människa

Alla konventioner från FN, liksom även EKMR, utgår från FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från år 1948, vilken utformades som en respons på erfarenheterna från andra världskriget.[142] I den första artikeln i förklaringen framgår en fundamental princip inom paradigmet om mänskliga rättigheter: människovärdesprincipen.[143]

I svensk översättning lyder nämnda artikel:

> ”Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. De har utrustats med förnuft och samvete och bör handla gentemot varandra i en anda av gemenskap.”[144]

[139] Stern & Österdahl, Folkrätten i svensk rätt s. 303.

[140] Stern & Österdahl a.a. s. 302.

[141] Stern & Österdahl a.a. s. 303.

[142] Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s. 27 f; Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s. 17.

[143] Här kan tanken gå ända tillbaka till Rousseaus sociala kontrakt-idé, som gick ut på att gemenskapen mellan människorna i en sammanslutning var det väsentliga för uppkomst av såväl moraliska som kontraktuella rättigheter; ”the social contract creates obligations and rights that did not exist before”. Se Wagner, Redefining citizenship for the 21st century: from the National Welfare State to the UN Global Compact s. 279 f.

[144] Översättningen hämtad från ”FN:s konventioner om mänskliga rättigheter”, utgiven 2012 av Arbetsmarknadsdepartementet. Skriften finns på regeringens hemsida www.regeringen.se och innehåller de svenska översättningarna av FN:s allmänna förklaring och efterföljande konventioner. En intressant förskjutning av betydelse vad gäller artikel 1 i den allmänna förklaringen kan noteras när den engelska originaltexten och den svenska översättningen jämförs. Den engelska originaltexten lyder ”All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and

Den första meningen är välkänd och sägs uttrycka människovärdesprincipen. Den andra meningen är inte lika vanligt citerad. I denna avhandlings kontext, där människors (intellektuella) olikhet är utgångspunkten, är det dock av intresse att stanna upp och reflektera över den andra meningens innebörd. Är avsikten att deklarera att det är just förnuft och samvete som är kännetecknande för vem som är att betrakta som en människa? Kan den som bedöms sakna förnuft eller samvete inte anses vara en människa i sammanhanget av mänskliga rättigheter? Och kan personer utan förnuft och samvete därmed inte sägas vara lika i värde och rättigheter? I det följande ska fokuseras på innebörden av människovärdesprincipen och frågan huruvida avsaknad av förnuft och samvete i svensk rätt påverkar individers status som bärare av mänskliga rättigheter.

Människovärdesprincipen får anses väl förankrad i svensk rätt genom RF 1:2. Den är även väletablerad i den svenska funktionshinderpolitiken: i LSS-propositionen, under rubriken ”Allmänna utgångspunkter och överväganden”, talas om en humanistisk människosyn som grund för handikappolitiken. Innebörden av denna människosyn förklaras vara att människor alltid är att betrakta som individer med *ett värde i sig*. Föredraganden förklarar:

> ”Ingen människa är mer värd än någon annan. En ovillkorlig rätt till respekt för människovärdet förändras inte av grad eller art av funktionsnedsättning. Den människa som har ett svårt handikapp får aldrig betraktas som ’föremål för åtgärder’, utan skall ses som en individ med rättigheter.”[145]

Uttalandet i propositionen bygger på Handikapputredningens betänkande, i vilket det förklaras att:

> ”Den humanistiska människosynens kärna, respekten för människovärdet, innebär att människan alltid är att betrakta som en person med ett värde i sig. Värdet är inte delbart eller förhandlingsbart och inte knutet till vad en människa har eller gör. Alla människors värde är lika. […] Det är också grundläggande att den etiska principen om människans värde är oberoende av vilka andra egenskaper eller funktioner som en människa har. Det gäller både förtjänster och begränsningar. Varje enskild människas värde är ovill-

---

should act towards one another in a spirit of brotherhood.” Ordet ”dignity” har översatts med ”värde”, men borde snarare översättas med *värdighet*. Att människor betraktas som lika mycket *värda* är inte samma sak som att de ska vara jämlika i värdighet. Värdighet leder tankarna till integritet och krav på respekt från andra. Värde leder istället tankarna till en värdering i andras ögon – till kategorisering. Se vidare under avsnitt 3.4.2.1 hur båda begreppen – både värde och värdighet – används i RF 1:2.

[145] Prop. 1992/93:159 s. 43.

> korligt liksom hennes rätt till respekt är ovillkorlig. Denna princip gäller oavsett tillgång till eller förlust av den ena eller andra individuella förmågan. Den ovillkorliga rätten till respekt förändras inte på något sätt efter t.ex. art och grad av funktionsnedsättning."[146]

Av ovanstående utsagor kan slutsatsen dras att den farhåga som uttrycktes ovan, att människor som anses sakna förnuft och samvete måhända skulle vara exkluderade som bärare av mänskliga rättigheter, inte infrias i svensk rätt. Däremot infinner sig följdfrågan vilken betydelse det kan ha för personer som inte själva kan påtala kränkningar av rättigheterna att vara tillskriven mänskliga rättigheter. Hur kan dessa personers rättigheter garanteras eller förverkligas om de själva saknar förmågan att påtala dem eller utkräva dem?

Som redan konstaterats är det en sak att i teorin "ha" rättigheter, och en annan hur dessa kommer rättighetsbäraren till godo. Det är välkänt att personer med funktionsnedsättningar i historien och i de flesta av världens länder har haft (och i vissa länder alltjämt har) en svag position som rättighetsbärare. Det har inte varit tillräckligt att hänvisa till den grundläggande principen om alla människors lika värde och lika rättigheter som kommer till uttryck i artikel 1 i FN:s allmänna förklaring för att tillförsäkra alla människor samma rättigheter. Det kan tyckas att "alla" människor givetvis inkluderar alla människor utan åtskillnad. Trots det har det funnits behov av att utarbeta vad som omnämns som *grupprättigheter* för kvinnor, barn och personer med funktionsnedsättningar. FN har antagit konventioner med avsikt att tillförsäkra eller undanröja hinder för lika rättigheter för först kvinnor (år 1979), därefter barn (år 1989) och nu senast år 2006, för personer med funktionsnedsättning. Nedan följer en redogörelse för sistnämnda konvention.

3.3.2.3 Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning kan betraktas som kulmen på en lång utveckling av mänskliga rättigheter på det internationella planet för personer med funktionsnedsättningar. I denna utveckling har personer med utvecklingsstörning haft en särställning som skyddad grupp. Denna särställning kom till uttryck redan år 1971 då FN:s generalförsamling antog en förklaring om rättigheter

[146] SOU 1991:46 s. 123 ff.

för ”mentally retarded persons”.[147] I förklaringen uppmanades till såväl nationella som internationella åtgärder för att säkerställa en gemensam bas och referensram för skydd av de rättigheter som räknades upp under sju punkter.[148] Sammantaget handlade de uppräknade rättigheterna om att personer med utvecklingsstörning så långt det kunde anses genomförbart skulle garanteras *rätt till samma rättigheter* som andra människor. I förklaringen angavs även särskilda rättigheter till skydd för de särskilda behov som personer med utvecklingsstörning vid denna tidpunkt ansågs ha.

I punkt 4 uttrycktes att personer med utvecklingsstörning ska ha möjlighet att leva ett så normalt liv som möjligt:

> ”Whenever possible, the mentally retarded person should live with his own family or with foster parents and participate in different forms of community life. […] If care in an institution becomes necessary, it should be provided in surroundings and other circumstances as close as possible to those of normal life.”[149]

Strävan efter motsvarande slag av integrering och normalisering som vid samma tidsperiod var ledande i svensk politik och lagstiftning återfanns även här.[150] Om möjligt skulle utvecklingsstörda delta i samhällslivet. Vad gäller normalisering framgick att en person med utvecklingsstörning i första hand bör leva tillsammans med sin egen familj eller i ett familjehem. Om vård på institution krävdes skulle denna tillgodoses på en institution vars placering och andra omständigheter som så långt möjligt efterliknar ett normalt liv.[151]

[147] UN General Assembly, Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons, 20 December 1971, A/RES/2856, tillgänglig på www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f04e5c.html den 18 dec 2012.

[148] En förklaring eller deklaration är inte, till skillnad från en konvention, ett folkrättsligt bindande dokument utan ska förstås som en vilje- och åsiktsyttring från staternas sida. Hedlund Thulin, Lika i värde och rättigheter s. 24 f, förklarar att deklarationer har ett viktigt *moraliskt* värde och att även om staterna inte är juridiskt bundna av deklarationer så ”riskerar de att få förklara sig ganska ingående i FN eller något annat internationellt organ” om de agerar på ett sätt som direkt strider mot syftet och innehållet i en deklaration.

[149] Jag har inte hittat någon officiell svensk översättning av denna förklaring, varför texten återges på engelska för att innebörden inte ska förvanskas.

[150] Se kapitel 2, avsnitt 2.3.5.

[151] Jfr motiven till ÄSoL 20 § i avsnitt 3.2.2.1 som är slående lika som punkten 4 i sagda förklaring.

I deklarationens punkt 5 framhölls tillgång till en legal ställföreträdare[152] som en rättighet för en person med utvecklingsstörning:

> ”5. The mentally retarded person has a right to a qualified guardian when this is required to protect his personal well-being and interests.”

Som kommer klargöras i kapitel 5 betraktas inte tillgång till en legal ställföreträdare som en rättighet i det svenska rättssystemet. Huruvida så borde vara fallet, är en fråga som får bero till senare delar av avhandlingen. Här kan dock konstateras att år 1971 bedömdes betydelsen av legalt ställföreträdarskap för att säkerställa lika rättigheter för personer med utvecklingsstörning som för andra människor, vara så stor att ett legalt ställföreträdarskap formulerades som en specifik rättighet på internationell nivå. En person med utvecklingsstörning ”har rätt till en kvalificerad ställföreträdare när det behövs för att skydda den enskildes välfärd och intressen”.

Sverige var en av de pådrivande aktörerna i den process som ledde fram till att FN år 1989 antog *standardregler* för att garantera lika rättigheter och skyldigheter som andra medborgare i samhället för personer med funktionsnedsättning.[153] FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning antogs först år 2006.[154] Sverige var ett av de första länderna som ratificerade konventionen när den öppnades för ratificering år 2007,[155] och har även tillträtt ett fakultativt protokoll till konventionen som ger möjlighet att klaga till en övervakningskommitté för den som anser att hans eller hennes rättigheter enligt konventionen har kränkts. Sverige ansågs år 2012 ha brutit mot sina åtaganden enligt konventionen i ett fall rörande ett nekat bygglov.[156] Kommittén fann att

[152] Ett förtydligande bör här göras om att ”guardian” i den engelsktalande kontexten inte direkt kan översättas till gällande svensk rätt. En guardian utses efter en ”declaration of incapacity”, vilket i svenska termer får anses motsvara det år 1989 avskaffade förmynderskapet för vuxna och omyndigförklaringen. Visserligen kan både godmanskap och förvaltarskap jämföras med ”guardianship” på så sätt att syftena att skydda den enskildes välmående och intressen är desamma. Men i rättsföljdsmening får guardianship förstås som mer likt förmyndarskapet för en vuxen person under den period då omyndigförklaring var möjligt än godman- eller förvaltarskapen. Se avhandlingens kapitel 5.

[153] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.4.3.

[154] Se prop. 2008/09:28 s. 11.

[155] A. prop. s. 5.

[156] CRPD/C/7/D/3/2011. FN:s kommitté för rättigheter för personer med funktionsnedsättning fann den 19 april 2012 vid en granskning av ett klagomål från H.M. att Sverige brutit mot sina förpliktelser i enlighet med FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

> ”[…] en till synes neutral tillämpning av lagstiftning kan ha diskriminerande effekter om individuella omständigheter inte tas i beaktande vid tillämpningen. Brister i nämnda avseende kan leda till att konventionens förbud mot diskriminering överträds. […] nekandet av bygglov i praktiken […] innebar att klaganden nekades vattenterapi, vilket bedömdes vara den enda behandling som skulle kunna ge klaganden möjlighet att delta i samhället. Enligt kommittén innebar detta att Sverige inte levt upp till sina förpliktelser om rätten att leva självständigt och att delta i samhället enligt artikel 19 (b) i konventionen.”[157]

Konventionen och protokollet trädde i kraft år 2008 och i Sverige den 14 jan 2009.[158] Av artikel 1 framgår konventionens syfte och målgrupp:

> ”Denna konventions syfte är att främja, skydda och säkerställa det fulla och lika åtnjutandet av alla mänskliga rättigheter och grundläggande frihet för alla personer med funktionsnedsättning, och att främja respekten för deras inneboende värde.
>
> Personer med funktionsnedsättning innefattar bl. a. personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, vilka i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra.”[159]

Konventionen omfattar alla personer med funktionsnedsättning. Inga slag eller typer av funktionsnedsättningar är undantagna. Den enda exkluderingsgrund som kan utläsas relaterar till funktionsnedsättningens konsekvenser. Nedsättningen ska innebära hinder för ett fullt och verkligt deltagande i samhället på lika villkor som andra, vilket är skälet till att det finns ett behov av skydd för rättigheter i en bindande konvention.

Konventionen sägs inte tillskapa några nya rättigheter, utan syftar till att ”undanröja hinder för personer med funktionsnedsättning att åtnjuta sina mänskliga rättigheter”.[160] Genom att tillträda konventionen har Sverige enligt artikel 4 åtagit sig att genom olika slag av åtgärder säkerställa

[157] En svensk sammanfattning av kommitténs granskning finns tillgänglig på www.manskligarattigheter.se.

[158] Den 12 maj 2014 lämnade kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättningar sin rapport av granskningen av Sverige i CRPD/C/SWE/CO/1. Där konstaterades att det fanns anledning att lyfta ett flertal områden där Sverige bör uppmärksamma hur man bättre kan uppnå konventionens krav. Bland annat pekade kommittén i p. 33 på att ”Even though declarations of incapacity have been abolished, the Committee is concerned that the appointment of an administrator is a form of substituted decision-making.” Kommittén rekommenderar därför i p. 34 att Sverige omedelbart ser till att ersätta ”substituted decision-making” med ”supported decision-making”.

[159] SÖ 2008:26 s. 5.

[160] Prop. 2008/09:28 s. 6.

och främja fullt förverkligande av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla personer med funktionsnedsättning utan diskriminering av något slag. I internationell doktrin har påpekats att även om det framhålls att inga nya rättigheter har skapats genom konventionen, innebär den ändå stora förändringar – till och med ett paradigmskifte – vad gäller mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning.[161] Framförallt pekas därvid på rätten för personer med funktionsnedsättningar att *erkännas som självbestämmande personer*, i såväl rättslig som faktisk mening.

Efter sedvanligt åberopande av principerna i FN:s stadga om det inneboende värdet och värdigheten hos alla dem som tillhör människosläktet, deras lika och obestridliga rättigheter som grundval för frihet, rättvisa och fred i världen, den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter samt tidigare konventioner från FN, deklareras redan i konventionens inledning under punkten n) att konventionsstaterna:

> ”erkänner betydelsen av individuellt självbestämmande och oberoende för personer med funktionsnedsättning, däribland friheten att göra egna val”.[162]

Även i artikel 3 i konventionen som anger de allmänna principer mot vilka de övriga artiklarna i konventionen ska tolkas, återfinns respekten för individuellt självbestämmande, oberoende samt friheten att göra egna val såsom grundförutsättningar för allas lika värde och rättigheter. Artikel 3 lyder:

> ”Denna konventions principer är följande:
> a) respekt för inneboende värde, individuellt självbestämmande, innefattande frihet att göra egna val samt enskilda personers oberoende,
> b) icke-diskriminering,
> c) fullständigt och faktiskt deltagande och inkludering i samhället,
> d) respekt för olikheter och accepterande av personer med funktionsnedsättning som en del av den mänskliga mångfalden och mänskligheten,
> e) lika möjligheter,
> f) tillgänglighet,
> g) jämställdhet mellan kvinnor och män,

[161] Palacios & Walls, Changing the Paradigm – The Potential Impact of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, s. 121–l65; Bartlett, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law, s. 752–778.

[162] SÖ 2008:26 s. 3.

h) respekt för den fortlöpande utvecklingen av förmågorna hos barn med funktionsnedsättning och respekt för funktionsnedsatta barns rätt att bevara sin identitet."[163]

Konventionsstaternas respekt för personer med funktionsnedsättnings frihet inkluderar såväl värdighet som autonomi. Individuellt självbestämmande får med andra ord, mot bakgrund av formuleringen i artikel 3(a), förstås som en förutsättning för frihet. Artikel 3(a) korresponderar väl med målsättningen i LSS 5 § om möjlighet att leva som andra. Enligt förarbetena till LSS avser möjlighet att leva som andra att ha möjlighet att leva ett självständigt och oberoende liv.[164]

Till skillnad från 1971 års deklaration om rättigheter för personer med utvecklingsstörning som refererades ovan, förekommer ingen skrivning om legalt ställföreträdarskap som en rättighet enligt konventionen. Däremot handlar artikel 12 om "likhet inför lagen". Artikeln lyder i sin helhet:

"1. Konventionsstaterna bekräftar åter att personer med funktionsnedsättning har rätt att i alla sammanhang bli erkända som personer i lagens mening.

2. Konventionsstaterna ska erkänna att personer med funktionsnedsättning åtnjuter rättskapacitet på lika villkor som andra i alla hänseenden.

3. Konventionsstaterna ska vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda personer med funktionsnedsättning tillgång till det stöd de kan behöva för att utöva sin rättskapacitet.

4. Konventionsstaterna ska säkerställa att alla åtgärder som hänför sig till utövandet av rättskapacitet tillgodoser en ändamålsenlig och verksam garanti för att förhindra missbruk i enlighet med de mänskliga rättigheterna. Sådana garantier ska säkerställa att åtgärder som hänför sig till utövandet av rättskapacitet respekterar personens rättigheter, önskemål och preferenser, är fria från motstridiga intressen och otillbörlig inverkan, är proportionella och anpassade till personens förhållanden, sätts in under kortast möjliga tid samt är föremål för regelbunden översyn av en behörig, oberoende och opartisk myndighet eller ett rättsligt organ. Garantierna ska stå i proportion till den grad sådana åtgärder inverkar på personens rättigheter och intressen.

5. Med förbehåll för bestämmelserna i denna artikel, ska konventionsstaterna vidta alla ändamålsenliga och effektiva åtgärder för att säkerställa lika rätt för personer med funktionsnedsättning att äga eller ärva egendom, kontrollera sina egna ekonomiska angelägenheter och ha lika tillgång till banklån, hypotekslån och andra former av finansiella krediter och ska säker-

[163] SÖ 2008:26 s. 6 f.

[164] Se ovan avsnitt 3.2.2.2.

ställa att personer med funktionsnedsättning inte godtyckligt berövas sin egendom."[165]

Det finns anledning att återkomma till konventionens artikel 12 senare i kapitel 5, som handlar om god man och förvaltare enligt FB. Här ska dock vissa påpekanden göras vad gäller artikel 12 och möjligheten att 'leva som andra'. Att erkännas som ett rättssubjekt, som en person i och för rätten med kapacitet att ha rättigheter och skyldigheter, är en viktig del av möjligheten att leva som andra. Första punkten i artikel 12 härrör till det nyss sagda: personer med funktionsnedsättning har rätt att i alla sammanhang bli *erkända som personer i lagens mening*.

I den andra punkten i artikel 12 förefaller dock översättningen till svenska av den engelska originaltexten vara missvisande. I original lyder konventionstexten:

"State parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life."[166]

Med "legal capacity on an equal basis" avses *både* förmågan att i passiv mening vara bärare av rättigheter, *och* förmågan att med rättslig verkan kunna agera inom rätten, att kunna vara en agerande aktör.[167] Med andra ord avses i artikel 12 det som i denna avhandling benämns som *fullvärdig rättssubjektivitet*; att erkännas som både person och aktör i rätten. Det engelska begreppet *legal capacity* har i den svenska översättningen blivit *rättskapacitet*. Med rättskapacitet menas dock inget annat i svensk rätt än att som rättssubjekt vara (potentiell) bärare av rättigheter och skyldigheter.[168] Begreppet rättskapacitet avspeglar med andra ord enbart den *passiva* sidan av legal capacity. Den *aktiva* sidan, förmågan att kunna vara en aktiv aktör inom rätten, är i svensk rätt hänförlig till begreppen rättslig handlingsförmåga eller processhabilitet.[169] Dessa begrepp förekommer dock vare sig i översättningen eller i regeringens motivering till att konventionen kunde ratificeras utan behov av lagändringar.

Motiveringen till regerings ställningstagande är så kortfattad att den återges i sin helhet:

[165] SÖ 2008:26 s. 13 f.

[166] SÖ 2008:26 s. 13.

[167] Se General Comment No 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law, p. 11 s. 3.

[168] Se för redogörelse för begreppsapparaten kopplad till fullvärdig rättssubjektivitet avhandlingens avsnitt 2.4.1 och 2.4.3.

[169] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.3.

”Enligt svensk rätt åtnjuter människor med funktionsnedsättning samma rättskapacitet som andra. För människor med psykisk funktionsnedsättning finns det, liksom för andra som behöver det, olika former av stöd för att utnyttja rättskapaciteten. Bestämmelser om detta finns främst i 11 kap. föräldrabalken om god man och förvaltare. Handikapprörelsen har framhållit att dessa bestämmelser kan behöva ses över så att det tydligt framgår att ett förvaltarskap ska ersättas med godmanskap eller annan mindre ingripande hjälp när den enskilde inte längre behöver förvaltare.

Lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård innehåller strikta regler om tvångsvård av den som på grund av allvarlig psykisk störning under en begränsad tid behöver sådan vård och om rätten att få en stödperson samt offentligt biträde vid rättegång. De nämnda bestämmelserna ger den som behöver hjälp och stöd för att utöva sin rättskapacitet ett tillfredsställande skydd och stöd. De innebär också verksamma garantier av det slag som i övrigt avses i artikeln, även om tillämpningen av tvångsbestämmelserna av och till ifrågasätts. Det finns heller inte i svensk rätt något som inskränker rätten för personer med funktionsnedsättning att äga eller ärva egendom eller – frånsett de nämnda bestämmelserna i föräldrabalken – något som i övrigt begränsar deras möjligheter att kontrollera sina egna ekonomiska angelägenheter. Nuvarande svenska lagregler tillgodoser de krav som konventionen ställer.”[170]

Konventionens artikel 12(1) kräver att alla personer med funktionsnedsättningar *erkänns som personer* i lagens mening. I svensk rätt erkänns alla fysiska personer som rättssubjekt med rättskapacitet; alla människor betraktas som personer i rättslig mening och kan vara tillskrivna rättigheter och skyldigheter. Rättskapacitet är alltså något som följer av att vara människa och därmed erkänd som ett rättssubjekt eller en person inför rätten.[171]

Att erkännas som en person i lagens mening är dock inte samma sak som att erkännas som en aktör inför rätten. Översättningen av artikel 12(2) anger att konventionsstaterna ska erkänna att personer med funktionsnedsättningar ”*åtnjuter rättskapacitet* på samma villkor som andra i alla hänseenden”.[172] Med beaktande av hur begreppet rättskapacitet används i svensk rätt och med beaktande av de två sidorna av begreppet legal capacity som påtalats ovan, blir innebörden av översättningen att 12(1) och 12(2) i svensk rätt säger samma sak. Regeringens konstateran-

[170] Prop. 2008/09:28 s. 42.

[171] Grauers, Person och avtal – en kortfattad inledning till person- och avtalsrätten s. 13 f.

[172] Se anförda General Comments, p. 10 s. 3 där det förklaras att ”legal personality” endast är ett försteg till ”legal capacity”; enbart den som erkänns som en person i lagens mening kan tillerkännas legal capacity i dess passiva och aktiva mening.

de att ”[e]nligt svensk rätt åtnjuter alla människor med funktionsnedsättning samma rättskapacitet som andra” innebär inte något mer än att alla personer erkänns som personer i rätten. Det som eftersträvas med artikel 12(2), att personer med funktionsnedsättningar på ”lika villkor som andra i alla avseenden” ska erkännas både som rättighetsbärare och som rättsligt aktiva aktörer i rätten, missas därmed. De villkor som uppställs i svensk rätt för att individer ska kunna rättshandla, kraven på rättslig handlingsförmåga eller processhabilitet, omnämns över huvud taget inte i regeringens motivering. Inte heller diskuteras det faktum att förvaltarskap innebär en formell inskränkning av en persons behörighet att företa rättshandlingar såsom att ingå avtal.

Det krav som framgår av konventionens artikel 12(3) – att personer med funktionsnedsättning ska erbjudas *stöd* för att ”utöva sin rättskapacitet” – kan inte heller sägas uppfyllas i svensk rätt. Rättskapacitet skulle möjligen, som det uttrycks i motiveringen kunna ”utnyttjas” genom stöd (vilket, om man ska vara noga, faktiskt *inte* är samma sak som konventionstextens ”utöva”), men det ställs enligt tredje punkten i artikel 12 även krav på *hur* stödet ska vara beskaffat. Enbart förekomst av stödfunktioner för att personer med psykisk funktionsnedsättning ska kunna ”utnyttja rättskapaciteten” är inte tillräckligt för att uppfylla konventionens krav. Det relevanta är, som framgår nedan, *hur* detta stöd är utformat.

Det var en svårlöst fråga i förhandlingarna om utformningen av artikel 12 hur kraven skulle utformas vad gällde formen för stöd för att möjliggöra för personer med funktionsnedsättning att vara aktivt agerande rättssubjekt och subjekt – hur dessa personers *egna* vilja eller önskemål skulle kunna tas tillvara i rättsliga sammanhang. Praktiker med ”substituted decision-making” (såsom exempelvis förvaltarskap) betraktades som ett traditionellt sätt att frånkänna personer med funktionsnedsättningar status som självbestämmande subjekt, och skulle nu ersättas av ”supported decision-making”.[173] En persons oförmåga att fatta beslut får alltså inte enligt funktionsnedsättningskonventionen ersättas med någon annans beslutsrätt i dennes ställe. Istället ska den enskilde i alla situationer erhålla tillräckligt stöd för att kunna fatta ett eget beslut.

Oenigheten mellan de inblandade i förhandlingarna rörde frågan om det ändå inte kunde finnas extremfall där enbart stöd för beslutsfattande inte kunde betraktas som tillräckligt för att skydda en enskilds intres-

[173] Bruce, Which Entitlements and for Whom? The Convention on the Rights of persons with Disabilities and its Ideological Antecedents s. 177.

sen. Exempel som framhölls var de fall då någons vilja inte *kan* utrönas, hur stora ansträngningar som än gjorts för att klargöra den, eller fall då någons vilja förvisso kan utrönas, men uppfattas som skadlig för den enskilde (som då alltså skulle antas vara i behov av skydd från sig själv).[174] Utgångspunkten för artikel 12 är dock att en person aldrig med hänvisning till dennes funktionsnedsättning får underkännas som rättslig aktör:

> ”the point of departure remains that the support required to arrive at the expressed will of the individual is to be provided, and this will is to be exercised.”[175]

Att *ersätta* en nedsatt förmåga att själv fatta beslut med en annan persons beslut är inte förenligt med konventionens krav. Inte heller är det förenligt med artikel 12(3) att neka någon rättslig handlingsförmåga i olika situationer med hänvisning till den enskildes mentala brister. En persons bristande personliga förmågor får aldrig grunda ett underkännande av personen som rättslig aktör.[176] Stöd för att kunna vara en aktiv rättslig aktör måste, för att uppfylla konventionens krav, vara utformat på ett sådant sätt att den enskildes rättigheter, vilja och önskemål alltid respekteras; den enskildes beslutsförmåga får aldrig ersättas genom någon annan persons förmåga, utan enbart ta sikte på att stödja den enskildes eget beslutsfattande. Stödfunktioner för att möjliggöra en persons rättshandlande ska alltid utgå från den enskildes vilja och önskningar, aldrig från vad som antas vara bäst för den enskilde.[177]

Vad gäller artikel 12(4) slutligen, som handlar om ”åtgärder som hänför sig till utövandet av rättskapacitet”, är det svårt att utläsa något annat än att vad som åsyftas är dels sådana förklaringar av rättslig oförmåga

[174] Bruce a.a. s. 176.

[175] Bruce a.a. s. 176.

[176] Anförda General Comments p. 13 s. 4. Kommittén skriver att det av rapporter som inkommit till kommittén framgår att det är vanligt att mental förmåga och rättslig förmåga sammanblandas och att rättslig förmåga frånkänns den som anses mentalt oförmögen. Detta kan ske antingen redan på grundval av en särskild diagnos, med hänvisning till skadliga beslut som fattats av den enskilde eller genom ett konstaterande i någon form av tester av att förmågan att fatta beslut är defekt. Artikel 12 tillåter inte sådan sammanblandning av förmågebegreppen. Att frånkänna någon rättslig förmåga med hänvisning till mental förmåga är diskriminering. Bristande mental förmåga innebär att stöd ska finnas tillgängligt för personens möjligheter att vara ett aktivt subjekt i rätten.

[177] Anförda General Comments p. 18 s. 5. Det är enligt kommitténs kommentarer statens ansvar enligt konventionen att tillse att lagstiftning som rör stödjande av rättslig förmåga får en sådan utformning att alla beslut som fattas av någon annan alltid sker i enlighet med den enskildes önskningar och vilja, p. 22 s. 6.

– ”declaration of incapacity” – som är vanligt förekommande i andra länder, dels relationen till en företrädare som följer av en sådan förklaring.[178] Declaration of incapacity innebär att en person förklaras oförmögen att rättshandla i generell mening. Enligt artikel 12(4) ska konventionsstaterna säkerställa att alla åtgärder som hänför sig till ”utövandet av rättskapaciteten”, det vill säga alla åtgärder som kan hänföras till den enskildes rättsliga handlingsförmåga, tillgodoser en ändamålsenlig och verksam garanti för att förhindra missbruk i enlighet med de mänskliga rättigheterna. Det ska säkerställas att stödåtgärder för det rättsliga aktörskapet respekterar personens rättigheter, önskemål och preferenser, är fria från motstridiga intressen och otillbörlig påverkan, är proportionella och anpassade till personens förhållanden, sätts in under kortast möjliga tid samt är föremål för tillsyn. Därtill krävs även att garantierna ska stå i proportion till den grad stödåtgärderna inverkar på personens rättigheter och intressen.

I relation till artikel 12(4) måste påpekas att även om ingen längre kan omyndigförklaras i svensk rätt, finns fortfarande genom förvaltarskapet möjlighet att ingripa med inskränkningar i enskildas rättsliga handlingsförmåga – den aktiva sidan av legal capacity. Eftersom begreppet capacity i den svenska versionen av 12(4) översatts med rättskapacitet, synes dock regeringen ha missat att diskutera huruvida de legala ställföreträdarskapen i svensk rätt står i överensstämmelse med konventionens krav.[179] Istället har artikel 12(4) tolkats som en fråga om att garantera rättssäkerhet i samband med processer rörande tvångsvård enligt LPT.

I internationell doktrin angående artikel 12 har anförts att det inte kan råda någon tvekan om att ”the use of incapacity law” i många länder innebär en form av förtryck. Människor med mentala hälsoproblem förklaras inkapabla eller rättsligt oförmögna på tveksamma grunder, ibland utan att det ens är fråga om en rättslig process värd namnet. ”Guardianship” (som i svensk rättskontext i det närmaste får anses motsvara ett förmynderskap när en vuxen hade omyndigförklarats) används sällan partiellt. Följden blir att individen genom ”the incapacity determination” förlorar alla möjligheter att påtala eller utkräva sina rättigheter och alla

[178] Bartlett, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law s. 761.

[179] Och denna fråga var en av de frågor som Sverige kritiserades för i den rapport som presenterades i maj 2014, se CRPD/C/SWE/CO/1 p. 33 och p. 34.

möjligheter att fatta egna beslut.[180]

Det har vidare i internationell doktrin anförts att artikel 12 i det närmaste innebär ett paradigmskifte i synen på personer med funktionsnedsättningar i rätten. Den förmåga till självbestämmande som en individ har, ska i möjligaste mån stödjas – inte ersättas med en annan persons beslutanderätt.[181] Genom artikel 12 har den traditionella ”substitut”-modellen bytts ut mot en ”support”-modell.[182] Denna stora förändring har dock helt förbisetts i samband med det svenska ratificerandet av funktionsnedsättningskonventionen.

3.3.3 Samma rättigheter, diskrimineringsskydd och ställning som rättssubjekt i EKMR

3.3.3.1 Om EKMR i svensk rätt

I relation till den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) är framförallt rätten till *privat- och familjeliv* i artikel 8 och *diskrimineringsförbudet* i artikel 14 av intresse för denna avhandlings syften. Dessa artiklar har åberopats i mål i Europadomstolen avseende ”declaration of incapacity” (beslut om avsaknad av förmåga att rättshandla).[183]

Sverige ratificerade EKMR år 1953, men först år 1995 inkorporerades konventionen.[184] Konventionen har därmed ställning som lag i Sverige, jämte andra lagar. Samtidigt har den även en särställning, såtillvida att det i RF 2:19 anges att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt EKMR. Konventionens ställning som lag innebär att konventionstexten är direkt tillämplig i svenska domstolar, och följaktligen måste praxis från Europadomstolen beaktas i svensk rätt.

[180] Bartlett a.a. s. 761.

[181] Bartlett, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law s. 761.

[182] Palacios & Walls, Changing the Paradigm – The Potential Impact of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities s. 145 f.

[183] Eftersom det i svensk rätt inte finns något rättsligt instrument motsvarande ”declaration of incapacity”, översätts uttrycket fritt till beslut om avsaknad av förmåga att rättshandla, vilket kan betraktas som en begreppsbildning som ansluter till den som etablerats i kapitel 2.

[184] Inkorporeringen skedde genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Den som anser att hans eller hennes rättigheter enligt EKMR har kränkts kan klaga till Europadomstolen. Europadomstolens domar är bindande för de stater som anslutit sig, och om domstolen finner att en klagandes rättigheter enligt konventionen har kränkts, kan den klagande erhålla skadestånd från staten. Europadomstolens tolkning av EKMR sker med beaktande av konventionstextens ordalydelse och i ljuset av konventionens historia, helhet och dess kontext.[185] Genom den kontextuella tolkningen och Europadomstolens uttalanden om att konventionen ska betraktas som ett levande instrument som ska tolkas i ljuset av de aktuella förhållanden som råder,[186] ingår även andra internationella konventioner om mänskliga rättigheter i tolkningsunderlaget för Europadomstolen.[187]

Förarbeten till konventionen har, till skillnad från hur svenska lagar tolkas, ingen större betydelse för hur konventionstexten tolkas.[188] De utgör endast en sekundär rättskälla.[189] Konventionstexten är avsedd att vara en minimistandard som ska vara gemensam för samtliga konventionsstater. Begreppen i konventionen tolkas därför *autonomt*, det vill säga utan hänsynstagande till vad de kan betyda i olika staters inhemska rättssystem.[190]

Nedan redogörs för dels diskrimineringsskyddet i EKMR artikel 14, dels för ett par domar från Europadomstolen som får anses ha relevans för tolkningen av 'leva som andra'. Domarna avser beslut om oförmåga att rättshandla och berör därmed ställningen som fullvärdiga rättssubjekt för personer med (psykiska) funktionsnedsättningar.

[185] Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s. 78 ff; Mikkola, Social Human Rights of Europe s. 91.

[186] Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s. 80, med hänvisning till bland annat Tyrer mot Storbritannien, A/26, dom 25 april 1978, och Christine Goodwin mot Storbritannien, ansökningsnr 2895/95, dom 11 juli 2002.

[187] Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 452.

[188] Cameron a.a. s. 79 förklarar att dessa förarbeten är svåra att använda, inte ger så mycket information och inte anses representativa för vad som menas med viljan bakom konventionstexten.

[189] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s. 47.

[190] Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s. 80; Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s. 47.

3.3.3.2 Diskrimineringsskydd

Det skydd mot diskriminering uttryckt som ett *diskrimineringsförbud* som framgår av artikel 14 i EKMR, har ingen självständig betydelse utan måste alltid kunna knytas till en annan konventionsartikel.[191] Det krävs dock inte att en rättighet enligt EKMR har kränkts för att artikel 14 ska kunna åberopas. Det är tillräckligt att individens klagomål faller inom en annan artikels tillämpningsområde.[192] Av artikel 14 framgår att:

> Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

Vid jämförelse med RF 1:2 kan noteras att diskrimineringsförbudet i EKMR inte anger funktionshinder som grund. Artikel 14 kräver dock enligt Europadomstolen att ”staterna har en skyldighet att inte bara behandla lika fall lika och vid särbehandling kunna motivera det […] utan [s]taterna skall också kunna behandla olika fall olika. Rätten till icke-diskriminering kränks när stater utan objektiv eller skälig förklaring misslyckas med att behandla personer olika när dessas situationer är olika.”[193]

Eftersom EKMR tolkas i ljuset av den rådande förhållanden, kan antas att det kan komma att få betydelse för uttolkningen av olika rättigheter enligt EKMR att funktionsnedsättningskonventionen tillkommit som ett dokument om mänskliga rättigheter.

3.3.3.3 Ställning som subjekt genom rätten till privat- och familjeliv

Individers ställning som fullvärdiga rättssubjekt kan knytas till EKMR artikel 8, vilken lyder

> Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
>
> Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets

[191] Cameron a.a. s. 163; Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 213.

[192] Cameron a.a. s. 164.

[193] Lind a.a. s. 214, med hänvisning till Thlimmenos mot Grekland, ansökningsnr 34369/97, dom 6 april 2000.

ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Vad som menas med respekt för privatlivet är svårt att sammanfatta på ett enkelt sätt. Sådana aspekter av privatlivet som regleras som rättigheter i andra artiklar i konventionen begränsar dock artikel 8 till enbart sådana aspekter som faller utanför övriga artiklar.[194] Som exempel kan nämnas att rätten att ingå äktenskap skyddas genom artikel 12, varför denna rätt inte skyddas genom artikel 8. Däremot kan det enligt artikel 8 anses vara statens skyldighet att skydda äktenskapet.[195]

Begreppet privatliv får sin närmare bestämning genom Europadomstolens praxis. Innebörden av rätten till respekt för privatlivet kan sägas vara både positiv och negativ.[196] Staten ska avhålla sig från ingrepp i den skyddade sfären, men är även positivt förpliktad att skydda densamma genom lagstiftning eller skydd mot övergrepp i särskilda situationer.[197] Ett relevant fall som kan nämnas är *X och Y mot Nederländerna* där en ”mentalt handikappad kvinna” hade utsatts för ett övergrepp.[198] På grund av sitt mentala tillstånd var hon inte kapabel att göra en sådan angivelse som krävdes för åtal för brottet. Europadomstolen fann att Nederländerna hade gjort sig skyldigt till brott mot artikel 8 genom avsaknaden av ett rättsligt skydd i sådana situationer.

Europadomstolen fann år 2008 i *Shtukaturov mot Ryssland*,[199] att en förklaring av en domstol i Ryssland att en man med schizofreni helt saknade förmåga att rättshandla (”declaration of incapacity”), var en kränkning av rätten till respekt för privatlivet enligt artikel 8. Europadomstolen konstaterade att beslutet i rysk domstol om total avsaknad av förmåga att rättshandla berövade den enskilde hans förmåga att agera självständigt på de allra flesta livsområden. Han kunde inte längre köpa eller sälja sin egendom, inte ingå arbetsavtal, inte resa, inte välja var han ville bo, inte ansluta sig till föreningar, inte gifta sig osv. Han kunde inte bestämma över sitt eget liv: ”Even his liberty could henceforth have been limited without his consent and without any judicial supervision”. Beslutet inne-

[194] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s. 302.

[195] Danelius a.a. s. 303.

[196] Cameron, An introduction to the European Convention on Human Rights s. 122; Mikkola, Social Human Rights of Europe s. 86.

[197] Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s. 302.

[198] X och Y mot Nederländerna, ansökningsnr 8978/80, dom 26 mars 1985.

[199] Shtukaturov mot Ryssland, ansökningsnr 44009/05, dom 27 mars 2008.

bar enligt Europadomstolens mening ett allvarligt ingripande i en persons privatliv med konsekvens att den enskilde blev fullständigt beroende av och i händerna på sin ställföreträdare, och dessutom på obestämd tid. Den ende som kunde begära beslutet upphävt var nämligen ställföreträdaren.

Vad gällde beslutets proportionalitet anförde Europadomstolen att ett beslut om avsaknad av förmåga att rättshandla i likhet med beslut om frihetsberövanden, inte kunde få baseras enbart på en diagnos. Den enskildes tillstånd måste bedömas vara av sådan art eller sådan grad att ett ingripande kan betraktas som påkallat. Någon sådan prövning hade inte företagits i samband med beslutet. Inte heller hade beslutet i enlighet med Europarådets rekommendation No R (99) 4 anpassats till de skyddsbehov som förelåg i det enskilda fallet, vilket i och för sig inte var överraskande eftersom rysk lag enbart sanktionerade beslut om fullständig avsaknad av förmåga att rättshandla.[200]

I *Lashin mot Ryssland*[201] fann Europadomstolen år 2013 återigen att rätten till respekt för privatlivet hade kränkts i samband med beslut om avsaknad av förmåga att rättshandla. Delvis var grunderna för kränkningen desamma som i *Shtukaturov mot Ryssland*; en person beslutades i rysk domstol vara i total avsaknad av förmåga att rättshandla utan att någon bedömning av om beslutet var proportionerligt med hänvisning till art eller grad av den enskildes tillstånd.

Med stöd i dessa mål i Europadomstolen kan sägas att det inte i dagsläget finns ett skydd enligt EKMR mot att frånkänna individer ställning som aktiva rättssubjekt genom beslut om oförmåga att rättshandla. Åtminstone inte så länge besluten kan anses proportionerliga och påkallade med hänvisning till arten eller graden av den enskildes tillstånd.

3.4 Samma konstitutionella fri- och rättigheter som andra

3.4.1 Konstitutionellrättsliga målsättningar och rättigheter

Det finns en betydelsefull skillnad mellan sådana mänskliga fri- och rättigheter som återfinns i det internationella och det europarättsliga sam-

[200] Se angående Europarådets rekommendation kapitel 2 avsnitt 2.4.4.3.

[201] Lashin mot Ryssland, ansökningsnr 33117/02, dom 22 januari 2013.

manhanget, och de medborgerliga fri- och rättigheter som finns upptagna i den svenska konstitutionen. I RF förekommer en uppdelning mellan det som i kapitel 1 anges som målsättningar eller programförklaringar för det allmänna, och det som i kapitel 2 kallas för grundläggande fri- och rättigheter. Medborgarnas sociala rättigheter regleras inte som grundläggande fri- och rättigheter i kapitel 2, utan som målsättningar för det allmänna i RF 1:2, under kapitelrubriken ”Statsskickets grunder”.[202] I RF 1:2 anges att alla människors lika värde och frihet ska respekteras, att den enskildes privatliv och familjeliv ska värnas, att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället samt att diskriminering ska motverkas. Grundsatsen om alla människors lika värde ska förstås i sammanhanget av dels stadgandet som helhet, dels likhetsprincipen i RF 1:9, dels skydd mot diskriminering i RF kapitel 2.[203]

Målsättningarna i kapitel 1 har inte karaktären av utkrävbara rättigheter för medborgarna; de är *målsättningar* för det allmännas verksamhet.[204] Den som anser att målsättningsstadgandet inte har följts har ingen möjlighet att ”påkalla domstols ingripande mot det allmänna”.[205] Stadgandet kan dock ha betydelse som tolkningsram vid tillämpning av andra rättsregler.[206] Trots detta finns viktiga poänger med att dessa målsättningar finns upptagna i RF. De sätter en ram för det allmännas verksamhet, vad gäller vilket innehåll som lagstiftning får ha. Då olika slag av intresseavvägningar kan behöva göras vid stiftandet av lagar ska lagstiftaren beakta innehållet i RF 1:2.

Fri- och rättighetsutredningen påpekade i sitt betänkande från år 1975 att den mest väsentliga funktionen för stadgandet i RF 1:2 är att det allmänna åläggs att ”positivt verka för att den ifrågavarande rättigheten

[202] Bull & Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s. 56 skriver att ”stadgandets sakliga betydelse inte är så stor. Den är närmast begränsad till att ge stöd och kraft åt argumenteringen i den politiska debatten kring olika förslag, någon gång också åt den rättsliga diskussionen. Det har hänt att Lagrådet hänvisat till vad som står i 2 § då det uttalat sig kritiskt om ett överlämnat lagförslag.” Se dock Hirschfeldt, Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik s. 39 f, som bl.a. åberopar NJA 2012 s. 464 och HD:s dom 2014-04-17, mål nr T602-13, som exempel på att RF 1:2 åberopas i rättstillämpningen.

[203] Eka m.fl., Regeringsformen s. 27.

[204] Eka m.fl. a.a. s. 26 f exemplifierar med fall från JK:s och JO:s tillsynsverksamhet; jfr Holmberg m.fl., Grundlagarna s. 61; Hirschfeldt, Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik s 39.

[205] Prop. 2001/02:72 s. 15.

[206] Eka m.fl., Regeringsformen s. 26; prop. 2001/02:72 s. 16.

skyddas, främjas och i största möjliga utsträckning förverkligas."[207] Motsvarande förklaring av stadgandets betydelse anfördes även i samband med att funktionshinder infördes som diskrimineringsgrund i RF 1:2 år 2003:

> "Det är inte fråga om en rättsligt bindande regel utan om ett program- och målsättningsstadgande som ger uttryck för vissa särskilt viktiga principer för samhällsverksamhetens inriktning. Stadgandets främsta funktion är att ålägga det allmänna att positivt verka för att de ifrågavarande målsättningarna i största möjliga utsträckning förverkligas."[208]

Det föreligger alltså en skillnad i RF mellan det som i första hand kan ses som negativa rättigheter till direkt skydd mot statens maktbefogenheter – det är sådana rättigheter som tas upp i kapitel 2 i RF – och "indirekta" positiva rättigheter som framkommer genom angivande av målsättningar som det allmänna ska verka för. Som departementschefen uttryckte det i propositionen till regeringsformen av 1975:

> "I det moderna samhället intar de s k *sociala rättigheterna* – rätten till arbete, utbildning, bostad, social omvårdnad etc – en central plats. Den enskildes välfärd i skilda avseenden har i själva verket kommit att bli det övergripande målet för den politiska verksamheten. Det är därför naturligt att de rättigheter som har ett särskilt nära samband med denna målsättning får komma till uttryck i grundlagen. Som ett ytterligare skäl härför kan nämnas att en viss materiell standard för de enskilda individerna är en förutsättning för att den demokratiska styrelseformen ska kunna fungera tillfredsställande."[209]

De fri- och rättigheter som upptas i rättighetskatalogen i RF kapitel 2 behandlas enbart som en referensram nedan, eftersom det inte är detta slag av rättigheter som är av intresse för denna avhandlings syften. Istället fokuseras på vad som framgår av RF 1:2, 1:9 och 2:12.

3.4.2 Konstitutionellt och materiellt diskrimineringsförbud

I RF 1:2 första stycket stadgas att:

> "den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet".[210]

[207] SOU 1975:75 s. 184.

[208] Prop. 2001/02:72 s. 15.

[209] Prop. 1975/76:209 s. 128.

[210] Notera likheten, men också olikheten, med artikel 1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna vilken behandlats ovan under avsnitt 3.3.3.1. I den svenska översättningen av artikel 1 i FN:s förklaring finns bara ordet värde medtaget, inte vär-

Att den offentliga makten ska utövas med respekt för den enskildes frihet och värdighet brukar omtalas som att den enskildes *autonomi* ska värnas. Att ingen får frihetsberövas utan stöd i lag, är även en grundläggande frihet i enlighet med RF 2:8.[211] Ett antal andra friheter i förhållande till det allmänna är uppräknade i RF 2:1, såsom yttrandefrihet och religionsfrihet. Även människovärdesprincipen, alla människors lika värde, kommer till uttryck i RF 1:2.

Mer konkret följer i RF 1:2 st 4 att det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden samt värna den enskildes privatliv och familjeliv. Skyddet för den enskildes privat- och familjeliv inkluderar enligt fri- och rättighetsutredningen rätten att ingå äktenskap.[212] Privatlivet skyddas också som en grundläggande frihet i RF 2:6 genom skydd mot betydande intrång i den personliga integriteten och genom förbud mot åsiktsregistrering enligt RF 2:3. Vidare framgår av RF 1:2 st 5 att:

> ”det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.”

Här kommer det allmännas ansvar på konstitutionell nivå för allas delaktighet och jämlikhet till uttryck, vilket i materiell mening kan sägas förverkligas bland annat genom SoL och LSS. Att kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället är en viktig del av målformuleringen om ’möjlighet att leva som andra’.

Likaså föreskrivs att det allmänna ska motverka diskriminering på ett antal grunder, varav funktionshinder anges som en. Ändringen i RF 1:2 till att omnämna även funktionshinder som diskrimineringsgrund,

---

dighet (trots att det engelska ordet är ”dignity”). Att orden innebär olika saker framgår genom hur de används i RF. Alla människors lika värde är en sak, människors värdighet (och frihet) en annan.

[211] RF 2:8 lyder: ”Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot frihetsberövanden. Den som är svensk medborgare är även i övrigt tillförsäkrad frihet att förflytta sig inom riket och att lämna det.”

[212] Att det föreligger ett konstitutionellrättsligt skydd för rätten att ingå äktenskap (se även EKMR artikel 12) är intressant att notera mot bakgrund av att personer med utvecklingsstörning från år 1915 fram till år 1974 var hindrade från att ingå äktenskap genom äktenskapsförbud. Se avhandlingens avsnitt 2.3.2.2.

infördes så sent som år 2003.[213] Förändringen, som kritiserades av vissa remissinstanser för att innebära att konstitutionen blev alltför detaljerad, motiverades på följande sätt:

> ”Regeringen delar uppfattningen att grundlagarna bör utmärkas av viss stabilitet och att bestämmelserna inte bör vara alltför detaljerade. Det är emellertid också viktigt att Sverige även i framtiden kan vara ett föregångsland bl.a. när det gäller jämlikhet, delaktighet, tolerans och mänskliga rättigheter. Att skydd för olika utsatta grupper skrivs in i det stadgande i grundlagen som ger uttryck för samhällets grundläggande värderingar är i det sammanhanget en värdefull markering. En uppräkning knyter dessutom an till vad som föreskrivs i olika internationella konventioner och i EG-fördraget.”[214]

Av RF 2:12 framgår att lag eller annan föreskrift inte får innebära att någon missgynnas därför att han eller hon tillhör en minoritet med hänsyn till etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning. Stadgandet innebär ett förbud mot att meddela föreskrifter som missgynnar just de uppräknade minoriteterna. Funktionsnedsättning betraktas inte som en minoritet och omfattas således inte av detta stadgande.

Det konstitutionella skyddet mot diskriminering enligt RF 1:2 förverkligas på individnivå genom diskrimineringslagen (2008:567). Syftet med lagen är att ”värna principen om alla människors lika värde och allas rätt att bli behandlade som individer på lika villkor.”[215] Lagens syfte är likabehandling, vilken tar sin utgångspunkt i mänskliga rättigheter.[216] Utgångspunkten om lika värde innebär vidare att diskrimineringslagen även har som ändamål att främja lika rättigheter och möjligheter – att ge alla möjligheter att ”utvecklas utifrån sina individuella egenskaper och förutsättningar och efter sin förmåga och sina egna val.”[217]

För att kunna verka främjande för lika rättigheter och möjligheter innehåller diskrimineringslagen inte bara regler om förbud mot diskriminering, utan även regler om aktiva åtgärder och möjlighet till undantag från diskrimineringsförbuden. Av diskrimineringslagen 1:4 p. 1–5 framgår att diskriminering kan förekomma i fyra olika former och på sju

[213] Se prop. 2001/02:72.

[214] A. prop. s. 19. Se s. 17 för redogörelse för Amsterdam-fördragets artikel 13 (EG-fördraget) och två direktiv som antagits med stöd av artikel 13.

[215] Prop. 2007/08:95 s. 79.

[216] Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen s. 57.

[217] Prop. 2007/08:95 s. 79.

olika grunder eller ”karakteristika”.[218] *Grunderna* för diskriminering är kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder. De olika *formerna* av diskriminering är direkt diskriminering, indirekt diskriminering, trakasserier, sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera.

Från den 1 januari 2015 gäller en sjätte punkt i diskrimineringslagen 1:4, innebärande att bristande tillgänglighet för personer med funktionsnedsättningar blir en diskrimineringsgrund. Någon legaldefinition ges inte av begreppet tillgänglighet, med motiveringen att uttryckets innebörd får anses vara ”tämligen klar” i vardagsspråket.[219] Med bristande tillgänglighet menas att en person med funktionsnedsättning missgynnas på grund av att åtgärder inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation som andra personer utan funktionsnedsättningar.[220]

Vad gäller personer med utvecklingsstörning och diskriminering kan avslutningsvis omnämnas det mål om diskrimineringsersättning som avgjordes i hovrätt år 2014.[221] En familj där ett nyfött barn blivit omhändertaget på grund av att mamman hade en lindrig utvecklingsstörning, tilldömdes 450 000 kr i diskrimineringsersättning av hovrätten. Kommunen befanns i handläggningen av ärendet ha diskriminerat föräldrarna. HFD hade upphävt beslutet om omhändertagande av barnet med stöd av LVU med motiveringen att det inte hade prövats vilken föräldraförmåga föräldrarna hade.[222] Eftersom föräldrarnas föräldraförmåga inte hade prövats på sådant sätt som krävs enligt LVU 2 §, utan socialförvaltningen hade handlat utifrån en förutfattad mening om att personer med psykisk funktionsnedsättning inte kan ta hand om sina barn, fann både tingsrätten och hovrätten att kommunen brutit mot diskrimineringsförbudet i diskrimineringslagen 1:4 och 2:13. Kränkningen ansågs allvarlig både till art och omfattning.[223]

[218] Fransson & Stüber a.a. s. 58.

[219] Prop. 2013/14:198 s. 56.

[220] Prop. 2013/14:198 s. 59.

[221] Målet omnämns även i kapitel 2, avsnitt 2.4.4.4.

[222] HFD 2011 not 101.

[223] Svea Hovrätt dom 2014-04-11, mål nr T 5095-13.

3.4.3 Samma likhet inför lagen som andra

Objektivitets- och *likabehandlingsprincipen/likhetsprincipen* som stadgas i RF 1:9 är ofrånkomligen av intresse när ställningen som rättssubjekt och subjekt i rätten står i fokus.[224] Denna princip kan uppfattas som en utlöpare av diskrimineringsförbudet i femte stycket i RF 1:2. I 1974 års regeringsform ingick regeln som idag återfinns i RF 1:9 i samma stadgande som angav att domstolar och förvaltningsmyndigheter ”ej utan rättsligt stöd får särbehandla någon på grund av hans personliga förhållanden”. Detta förbud mot särbehandling ansågs som ett förtydligande av den första meningen i samma stadgande som angav att domstolar och förvaltningsmyndigheter i sin verksamhet skulle iaktta saklighet och opartiskhet.[225]

Den sistnämnda meningen motsvarar i allt väsentligt vad som framgår i nu gällande RF 1:9; att domstolar och förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet ska beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Stadgandet innebär i huvudsak att *rättssäkerheten* i mötet med det allmänna ska vara lika för alla människor, även de som har funktionsnedsättningar. Genom RF 1:9 uttrycks ”en grundläggande rättsprincip med normativ tyngd”.[226] Likhetsprincipen ”går tillbaka på grundsatsen om alla människors lika värde”.[227] Ovidkommande hänsyn får inte tas i beslutsfattande i enlighet med olika lagar. Stadgandet ska förstås som ett generellt skydd mot godtycke och diskriminering. Likabehandling ska råda *inför* lagen, inte nödvändigtvis *i* den.[228] Lagar får vara riktade till och ge vissa förmåner till vissa personer, såsom exempelvis till personer med funktionsnedsättning; det är endast i regeltillämpningen som RF 1:9 gäller.[229] Lagstiftning riktad särskilt till personer med funktionsnedsättningar och dessas behov av stöd eller service, närmare bestämt SoL och LSS, behandlas i nästa kapitel.

[224] Eka m.fl., Regeringsformen s. 44 skriver att likhetsprincipen kan sägas ingå i kravet på saklighet och opartiskhet. Det kan problematiseras om likhetsprincipen har något utrymme utanför objektivitetsprincipen; se även Hirschfeldt, Författningens kärnvärden s. 43.

[225] Bull, Objektivitetsprincipen s. 98 f.

[226] Marcusson, Förvaltningen i konstitutionen s. 214.

[227] Eka m.fl. a.a. s. 44.

[228] Eka m.fl., Regeringsformen s. 44; Hirschfeldt, Författningens kärnvärden s. 43.

[229] Bull & Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s. 58; Hirschfeldt a.a. s. 43.

3.5 Mål kräver medel

Jämfört med vad som framgått i kapitel 2, kan sägas att det fokus i rätten på särskilda slag av funktionsnedsättningar – såsom utvecklingsstörning eller psykisk sjukdom – som var gängse under större delen av 1900-talet, i nutid har fått ge vika för en generell diskurs om funktionshinder och personer med funktionsnedsättningar. Att så är fallet kan uppfattas som följdriktigt med beaktande av rådande likhetsideologi som ogärna lyfter fram olikheter mellan människor.[230] I linje med likhetstänkandet framhålls att personer med funktionsnedsättningar ska ha samma rättsliga ställning och status som andra medborgare i samhället. *Medlen* för att detta mål ska kunna uppnås, återfinns som individuella utkrävbara rättigheter enligt SoL och LSS, men även som en lagstadgad rätt till självbestämmande. Mot dessa medel vänds fokus i kapitel 4.

[230] Se om likhetsideologin i rätten i kapitel 1, avsnitt 1.1.

4 Rätt till insatser och självbestämmande som medel

> ”[…] tillskapandet av en formlig ’rätt’ till bistånd kan få stor betydelse på det ideologiska och psykologiska planet, oavsett ’rättighetens’ bräckliga reella innebörd och innehåll. Rättighetsbegreppet torde få betraktas som ett utmärkt instrument, då det gäller att framkalla vissa positiva känslor och föreställningar. Den enskildes känsla av kraft ökar i och med föreställningen, att fråga ej blott är om en osäker förmån, betingad av en diskretionär prövning, utan om en ’rätt’, på vars åtnjutande han äger ställa anspråk.”[1]

4.1 Möjlighet att leva som andra genom materiella och formella rättigheter

I kapitel 3 har framgått att målet i SoL och LSS handlar om både materiella och formella frågor. Det handlar både om att kompensera för sämre levnadsvillkor än människor utan funktionsnedsättning, och om att personer med funktionsnedsättningar ska ha samma rättigheter i formell mening som andra människor och medborgare. Jämlika levnadsvillkor och rätt till kompenserande insatser, är materiellrättsliga frågor. Ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten för personer med funktionsnedsättningar är formellrättsliga frågor.[2]

Nedan redogörs för de materiella och formella regler som kan betraktas som *medel* för att målet om möjlighet att leva som andra ska kunna

[1] Bramstång, Sociallagstiftningen s. 55.

[2] Jfr Kotkas, Governing Health and Social Security in the Twenty-First Century: Active Citizenship Through the Right to Participate s. 167 som talar om rätt till delaktighet, inflytande och självbestämmande i finsk rätts motsvarigheter till HSL och SoL, som ”procedural rights”.

uppnås.[3] I avsnitt 4.2–4.4 klargörs skillnader mellan SoL och LSS, samt vad som krävs för att någon ska ha rätt till insatser enligt respektive lag. I avsnitt 4.5 granskas vad värdet frihet betyder i relation till den del av målet som handlar om oberoende och självständighet, och därmed i förlängningen om regler om självbestämmande. I avsnitt 4.6 undersöks rätten till självbestämmande enligt SoL och LSS och kravet på samtycke inom förmynderskapsrätten. Skälet till att förmynderskapsrättens krav på samtycke behandlas i detta kapitel (istället för i efterföljande kapitel 5), är att regler som handlar om samtycke och självbestämmande, oavsett rättsområde, kan anses handla om samma grundläggande fri- och rättigheter.

4.2 Materiella sociala rättigheter som kompensation för o(jäm)likhet

4.2.1 Generella och individuella sociala rättigheter

Sociala rättigheter kan vara av olika slag, och utformade på olika sätt.[4] Fokus i det följande ligger på sådana sociala rättigheter genom vilka avses att individuellt kompensera för funktionsnedsättningar. Det uppmärk-

[3] Med *materiella* respektive *formella* regler, menar jag att de förstnämnda tar sikte på sakfrågor, det vill säga *vad* lagen i sak ska uppnå, medan de sistnämnda tar sikte på formfrågor, i betydelsen *hur* tillämpningen av lagen ska gå till. Jfr åtskillnaden mellan materiell och formell rättssäkerhet, i exempelvis Vahlne Westerhäll, Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten s. 15 f, och mellan materiell och formell legitimitet i Vahlne Westerhäll, Legitimitetsfrågor inom socialrätten s. 17 f. Materiell rättssäkerhet handlar om rättvisa i sak, formell rättssäkerhet om formerna för maktutövning och den eftersträvade förutsebarheten och hinder mot godtycklig maktutövning. På motsvarande sätt handlar formell legitimitet om formerna och spelreglerna för rätten, medan materiell legitimitet handlar om grunderna och argumenten för rättsordningen. Jfr dock Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor s. 33 ff, som gör en annan indelning. Med stöd av Max Webers olika rationalitetsbegrepp delar Svensson in rätten i formell eller materiell rätt (notera, inte reglerna, utan rätten). Det utmärkande för formell rätt är enligt Svensson att den ”utgörs av regler med en generell utformning och vars tolkning styrs av abstrakta, rättsliga principer utbildade inom den juridiska professionen” (a.a. s. 34). Den materiella rätten kännetecknas enligt Svensson av att den styrs av principer ”med ett mer handfast konkret innehåll” (a.a. s. 34).

[4] Se Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 41, som skriver att hon inte tror att det låter sig göras att exakt definiera sociala rättigheter, utan tar avstamp för sin avhandling i målstadgandet om det allmännas ansvar för medborgarna i RF 1:2; se definition i prop. 1975/76:209 s. 128 (”de sociala rättigheterna – rätten till arbete, utbildning, bostad, social omvårdnad etc”); se även en redogörelse för T S Marshalls definition av sociala rättigheter såsom sådana rättigheter som ska garantera alla i ett samhälle ett minimum av

sammades i förarbetena till LSS att rättigheter enligt de generella välfärdsystemen, såsom den sociala försäkringen eller hälso- och sjukvården, inte var tillräckliga för att möjliggöra jämlika levnadsvillkor för personer med funktionsnedsättningar jämfört med andra medborgare. Det ansågs att det behövdes särskilda behovsprövade rättigheter för denna grupp, eftersom ”[a]lla människor måste få chans att leva ett gott liv.”[5]

Framställningen nedan behandlar enbart de individuella behovsprövade rättigheter som faller inom denna studies avgränsade forskningsområde: rätten till insatser enligt SoL och LSS.[6] Andra sociala individuella rättigheter berörs inte.

4.2.2 Likheter och skillnader mellan SoL och LSS

Det finns en rad likheter och skillnader mellan SoL och LSS som påverkar hur lagarna ska tolkas. Sådana likheter och skillnader som är relaterade till rätten till bistånd enligt SoL respektive rätten till insatser enligt LSS,

---

ekonomisk välfärd, social trygghet och en rätt att ta del av samhällets arv och tillgångar, i Wagner, Redefining citizenship for the 21st century: from the National Welfare State to the UN Global Compact s. 280; se även Lindberg, Om rättigheterna i historien s. 10 f, som i en redogörelse för rättigheterna i (den västerländska) historien fram till våra dagar delar in rättigheter i *negativa, positiva och aktiva*. Om de positiva rättigheterna säger Lindberg att med dem avses sådana rättigheter som förpliktigar staten till en viss prestation. Därför kan dessa rättigheter, enligt Lindberg, kallas sociala eftersom de ”i regel är till för att hjälpa svagare grupper i samhället.” Lindberg a.a. s. 10–11. Jfr Kotkas beskrivning av rätten till inflytande, delaktighet och självbestämmande som *aktiva rättigheter*. Dessa kan i sin tur enligt Kotkas knytas till framväxten av vad som kan kallas ett *aktivt medborgarskap*. Kotkas, Governing Health and Social Security in the Twenty-First Century: Active Citizenship Through the Right to Participate s. 166 ff.

[5] Prop. 1992/93:159 s. 45.

[6] I sammanhanget måste nämnas att det även inom socialförsäkringsbalken (2010:110) finns regler om ersättningar riktade specifikt till personer med funktionsnedsättning eller familjer med barn med funktionsnedsättning (se kap. 22 om vårdbidrag och kap. 48–52 om handikappersättning, assistansersättning och bilstöd). Dessa ersättningar är avsedda att kompensera för sådana levnadsmerkostnader som kan uppstå på grund av funktionsnedsättning, såsom att behöva köpa två biljetter till en kulturell aktivitet därför att man behöver ha en ledsagare med sig (jfr HFD 2011 ref 8, där HFD slagit fast att kostnader för ledsagare i samband med aktivitet inte är en kostnad som det allmänna ska bära inom ramen för ledsagarinsatsen utan något den enskilde får bekosta) eller att behöva ta bilen även kortare sträckor därför att man inte tar sig fram till fots eller i rullstol. Nämnt slag av rättigheter behandlas dock inte i det följande. Dels därför att de inte är av relevans för förståelsen av innebörden av målsättningen om möjlighet att leva som andra i materiell lag, dels därför att de inte är behovsprövade utan kostnadskompenserande, dvs prövningen av rätt till ersättningen baseras på kostnader som föreligger för den enskilde, inte dennes behov av hjälp eller stöd för att kunna leva som andra.

lyfts fram nedan i avsnitt 4.3 och 4.4. Här ska andra, mer övergripande likheter och skillnader belysas, såsom lagarnas syften och tillämpningsområden.

SoL omtalas som en målrelaterad ramlag med rättighetsinslag, till skillnad från LSS som omtalas som en rättighetslag.[7] Både SoL och LSS ger dock enskilda en utkrävbar – i betydelsen att beslut kan överklagas med förvaltningsbesvär[8] – *rätt till* bistånd eller insats.[9] Rätten till bistånd enligt SoL har i doktrin ansetts ha en svagare karaktär än rätten till insatser enligt LSS, eftersom förutsättningarna för rätten och beskrivningen av förmånens innehåll enligt SoL är vagare formulerade än enligt LSS.[10] Samtidigt har också hävdats i doktrin att någon ”rätt” varken kan anses finnas enligt SoL eller LSS eftersom båda lagarna saknar ett objektivt sätt att fastställa den enskildes behov.[11] ”Det torde […] kunna hävdas att ’rätten’ egentligen innebär ett lagfäst anspråk på att få det konkreta biståndsbehovet prövat.”[12] Behov är, som kommer framgå nedan, grundförutsättningen för att någon ska ha rätt till stöd enligt SoL eller LSS.

Ett ytterligare sätt att resonera kring LSS som rättighetslag är att undersöka vilken rättslig position i förhållande till det allmänna som de enskilda har. Med stöd av Hohfelds rättighetsterminologi[13] kan sägas att enskilda kan göra kravrättigheter gällande enligt LSS.[14] Rätten till insatser

[7] Angående LSS som rättighetslag se prop. 1992/93:159 s. 49 f, och s. 46 f där skälet till att införa LSS angavs vara att det behövdes en lag som kunde ge en utsatt och närmare avgränsad målgrupp än den som omfattas av SoL, en starkare ställning. Angående SoL som en målinriktad ramlag, se prop. 1979/80:1 s. 121 f och prop. 2000/01:80 s. 82 ff; Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 143 och s. 171.

[8] Förvaltningsmyndighets beslut får enligt FL 22 § överklagas till förvaltningsdomstol (22 a §) av den som beslutet angår, om det gått honom emot och beslutet kan överklagas. Det kan noteras att partsställning i ett ärende inte krävs för att någon ska kunna klaga, det kan finnas andra intressenter i en sakfråga än den som är exempelvis sökande, se Wall, Rättskraft och korrektiv s. 238. Av FL 22 § följer att det inte finns någon allmän klagorätt avseende förvaltningsbeslut. För en djuplodande analys av domstolsprövning av förvaltningsbeslut se Warnling-Nerep, Förvaltningsbeslut – överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning. Vid sin överprövning av det överklagade beslutet företar förvaltningsdomstolen både en laglighets- och lämplighetsprövning av ärendet, och kan ersätta det tidigare beslutet med ett nytt beslut.

[9] Se angående rätt att överklaga beslut SoL 16:3 och LSS 27 §.

[10] Hollander, Rättighetslag i teori och praxis s. 44.

[11] Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor s. 331 f.

[12] Bramstång, Sociallagarna s. 62.

[13] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.3.1.

[14] Gustafsson, Taking *Social* Rights Seriously s. 51.

enligt SoL och LSS kan alltså inte sägas ha karaktär av servicerättigheter eller kvasirättigheter, vilka kännetecknas av att de inte kan utkrävas av enskilda, utan snarast är att betrakta som skyldigheter för myndigheten, i mån av resurser.[15] Positionen för enskilda som kravställare, i betydelsen att beslut om rätten till insatser kan överklagas, är tydlig i SoL och LSS, om än detsamma inte kan sägas om förutsättningarna för att en rätt ska anses föreligga i det enskilda fallet.

Betydelsefulla skillnader mellan lagarna ligger i hjälpinsatsernas *syften*, *förutsättningarna* för att erhålla hjälp, samt lagarnas *tillämpningsområde*. Om SoL kan sägas att den i huvudsak är en generell välfärdslag som reglerar kommunens skyldigheter att genom socialtjänsten erbjuda stöd och hjälp till *alla* de som vistas i kommunen och av olika anledningar – tillfälligtvis eller under en längre tid – är i behov av hjälp och stöd.[16] I detta vida tillämpningsområde inkluderas i synnerhet de målgrupper som särskilt omnämns i lagens kapitel 5: barn, missbrukare, brottsoffer, äldre och personer med funktionsnedsättningar.[17] Syftet med stöd enligt SoL är att erbjuda rehabiliterande och tillfälligt stöd. Utgångspunkten för socialt bistånd är att människor tillfälligtvis kan behöva hjälp och stöd, och att de genom stödet ska hjälpas till självhjälp.[18] En egenansvarsprincip framgår genom både SoL 1:1 och hur rätten till bistånd enligt SoL 4:1 är konstruerad. Mer om denna princip följer i nästa avsnitt.

[15] Lind, Sociala rättigheter i förändring s. 36, som i sin tur hänvisar till Vahlne Westerhäll, Patienträttigheter s. 87 ff. Jfr Rylander, Juridik och socialt arbete: Kritik av den antirättsliga vågen s. 663, som påpekar att det är skillnad mellan en sådan rättighet som *kan* utgå, om myndigheten bedömer det lämpligt och möjligt, och sådana förmåner som framstår som en ovillkorlig *rättighet*, inskriven i bindande lagtext. Rylander pekar på att socialvårdens klienter är människor ”som drabbats av bristerna i vårt samhällssystem och som lever på samhällets botten. Lagen (den föreslagna ÄSoL) ”kan gynna eller missgynna klienterna, göra deras ekonomiska villkor och sociala förhållanden mer eller mindre uthärdliga.” Med stöd av Börjesons ”myten om de goda myndigheterna” kritiserar Rylander Socialutredningen för att underbygga en ideologi om det goda samhället, att inte inse konflikten mellan enskilda och sociala myndigheter och hur ”rättsregler skulle kunna […] tjäna som skydd och vapen åt fattiga och utslagna människor” (a.a. s. 663).

[16] Se angående kommunens ansvar för socialtjänsten SoL 2:1 och SoL 2 a kap. För en kommentar avseende kommunens ansvar, se Fridström Montoya, Introduktion till socialtjänstlagstiftningen s. 66–72.

[17] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.2.1 för en redogörelse för målbestämmelsen avseende personer med funktionsnedsättningar i SoL 5:7.

[18] Prop. 1979/80:1 Del A s. 186; se för en kommentar Fridström Montoya a.a. s. 63; se Bramstång, Sociallagstiftningen s. 30.

Tillämpningsområdet för LSS är avsevärt snävare. Enligt lagens 9 § kan 10 specifika insatser utgå till personer som bedöms berättigade till stöd enligt LSS. Enligt 1 § gäller LSS endast för *vissa* personer med funktionsnedsättning, nämligen de som har de svåraste funktionsnedsättningarna och därmed det största behovet av stöd eller service.[19] Syftet med LSS är att utjämna levnadsvillkoren mellan människor med respektive utan funktionsnedsättningar.[20] En kommun är endast ansvarig enligt lagen för de personer som är bosatta inom kommunen (LSS 16 §). Jämfört med SoL kan således LSS sägas vara betydligt mer snävt inriktad mot en viss målgrupp och ett specifikt syfte.

Om LSS har sagts att den, liksom den tidigare omsorgslagen av 1985,[21] är en ”pluslag” i förhållande till SoL.[22] Vad som avses framgår av LSS 4 §, som lyder: ”Denna lag innebär inga inskränkningar i de rättigheter som den enskilde kan ha enligt någon annan lag”. Att LSS betraktas som en pluslag innebär med andra ord att rätten till insatser enligt LSS inte förändrar enskildas rätt till andra sociala rättigheter, såsom rätt till ersättningar av olika slag i enlighet med socialförsäkringsbalken eller rätt till bistånd enligt SoL. I två domar, HFD 2013 ref 45 och RÅ 1991 ref 25, har HFD slagits fast att en (eventuell) rätt till insats enligt LSS inte innebär att skäl finns att neka någon bistånd enligt SoL.[23]

Däremot kan inte samma behov tillgodoses genom insatser enligt båda lagarna samtidigt. Att så är fallet följer av de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att rätt till bistånd enligt SoL 4:1 respektive LSS 7 § ska föreligga. Vilka dessa förutsättningar är, klargörs i de nästföljande avsnitten.

[19] Se prop. 1992/93:159 s. 42 ff.

[20] Prop. 1992/93:159 s. 43.

[21] Hollander, Rättighetslag s. 89.

[22] Bäckman, Socialtjänstens ansvar för personer med funktionsnedsättning s. 211 f.

[23] Att notera är att RÅ 1991 ref 25 inte avsåg LSS (som trädde ikraft först 1994) utan dess föregångare lagen (1985:568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl, omsorgslagen. Omsorgslagens konstruktion och relation till ÄSoL var dock densamma som den nuvarande mellan LSS och SoL. Utöver de båda prejudikaten från HFD kan även nämnas en dom från Kammarrätten i Stockholm (meddelad 2005-02-08, målnr 5886-04) där frågan var om socialnämnden kunde neka en sökande rätt till kontaktperson enligt SoL med hänvisning till att den sökande kunde vara berättigad till insatsen enligt LSS. Kammarrätten fann, med hänvisning till RÅ 1991 ref 25, att så inte var fallet.

4.3 Rätten till bistånd enligt SoL

4.3.1 Villkoren för rätt till bistånd – behovs- och egenansvarsprinciperna

Rätten till bistånd regleras i SoL 4:1, som lyder:

> Den som inte själv kan tillgodose sina behov eller kan få dem tillgodosedda på annat sätt har rätt till bistånd av socialnämnden för sin försörjning (försörjningsstöd) och för sin livsföring i övrigt.
>
> Vid prövning av behovet av bistånd för livsföringen i övrigt får hänsyn inte tas till den enskildes ekonomiska förhållanden om rätten att ta ut avgifter för biståndet regleras i 8 kap.[24]
>
> Den enskilde skall genom biståndet tillförsäkras en skälig levnadsnivå. Biståndet skall utformas så att det stärker hans eller hennes möjligheter att leva ett självständigt liv.

Förutsättningarna för rätt till bistånd enligt SoL har, med undantag för perioden år 1998–2001, varit oförändrade jämfört med ÄSoL 6 §. Under de drygt 30 år som förflutit sedan ÄSoL trädde ikraft har ett stort antal mål om rätten till bistånd varit föremål för HFD:s prövning. Många av dessa mål är alltjämt relevanta för bedömningen av rättsläget avseende rätten till bistånd enligt SoL. Även frågan om vad förvaltningsdomstolarna ska pröva vid överklagande av beslut om rätt till bistånd enligt SoL eller insatser enligt LSS, har varit föremål för HFD:s prövning i flera mål.

I HFD 2013 ref 39 var fråga om rätt enligt SoL till en viss form av bistånd, nämligen missbruksvård genom behandlingshemsvistelse.[25] HFD gav den enskilde rätt till den sökta vården, men påminde om tidigare beslut (avseende insatser enligt LSS) där domstolen uttalat att ”det normalt inte finns anledning för domstolen att vid bifall till ett överklagande gå närmare in på utformningen av den avsedda insatsen utan att detta bör överlåtas till kommunen att bestämma”.[26] Domstolens roll får, med ledning av denna utsaga, sägas vara att pröva *rätten till* den form av insats som den enskilde ansökt om, inte att i detalj bestämma hur insatsen ska vara utformad och hur den ska verkställas. Vilken *utformning* och vilket *innehåll* biståndet ska ha, är en fråga för socialnämnden att bedö-

[24] Andra stycket i detta lagrum infördes den 1 mars 2010 som ett svar på förändring av praxis genom RÅ 2008 ref 38.

[25] Jämför en i allt väsentligt motsvarande prövning av rätt till missbruksvård på behandlingshem, RÅ 1991 ref 97.

[26] Se HFD 2011 ref 48 och HFD 2012 ref 59. Dessa rättsfall refereras närmare under avsnitt 3.6.4 om rätten till insatser enligt LSS.

ma med utgångspunkt i behoven och med beaktande av alla individuella omständigheter, tillgängliga resurser inom socialtjänsten och kunskapsläget inom socialt arbete.[27]

Av förarbetena till SoL framgår att alla personer ska ha rätt till insats för sin livsföring *efter behov* – oavsett vilken behövandegrupp han eller hon tillhör. Det som ska prövas enligt SoL 4:1 st 1 är om det finns ett behov avseende försörjning eller livsföring i övrigt, som *inte kan tillgodoses* av den enskilde själv, eller på något annat sätt. De två förutsättningarna som ska vara uppfyllda ger uttryck för att två principer i SoL ska avvägas: *behovsprincipen* och *egenansvarsprincipen*.[28]

Om ett behov kan tillgodoses utan bistånd från socialnämnden föreligger inte rätt till bistånd. Vad som mer exakt avses med behov i SoL:s mening är dock inte uttalat i förarbetena. Enligt vanligt språkbruk torde med behov rimligen avses något annat – mer allmänmänskligt *nödvändigt* – än enbart individuella önskemål (även om behov och önskemål givetvis kan sammanfalla i många fall). Uttrycket behov markerar någon form av grundläggande *brist* i livssituationen som behöver kompenseras. En sådan tolkning av vad som menas med behov, att behov betraktas som en fråga om en brist i förhållande till något nödvändigt, får stöd av följande uttalande i förarbetena till ÄSoL i det sammanhang där hjälpbehov som förutsättning för rätt till bistånd ska föreligga diskuterades:[29]

> ”[…] syftet med bestämmelserna om rätt till bistånd är att tillförsäkra den enskilde stöd och hjälp inom socialtjänsten när sådana insatser är *nödvändiga* för att den enskilde skall kunna *klara* sin försörjning och sin livsföring i övrigt.” (mina kurs.)[30]

Hur behovet uppstått, eller om det är självförvållat, får inte tillmätas betydelse i behovsbedömningen.[31]

Samtidigt står det klart att biståndsberättigande behov enligt SoL 4:1 inte kan avse vad som helst. För det första kan biståndsrätten enbart omfatta försörjning (ekonomiskt bistånd) eller livsföring i övrigt (insatser av olika slag). Behov av hjälp eller stöd av annat slag, som avser annat än

[27] Prop. 2000/01:80 s. 90.

[28] Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 172 f; Kjellbom & Alexius, Socialrättsliga principer vid risk för vräkning – finns det i Sverige en rätt till boende, bostad eller ett hem? s. 283. Jfr även prop. 1996/97:124 s. 32.

[29] Prop. 1979/80:1 Del A s. 183 f.

[30] Prop. 1979/80:1 Del A s. 185.

[31] Prop. 1979/80:1 Del A s. 184.

försörjning och livsföring, är inte primärt socialnämndens ansvarsområde utan annan huvudmans. Som exempel kan nämnas att hälso- och sjukvård inte är socialnämndens ansvarsområde, utan landstingets.

Av SoL 2:1 följer att kommunen har det yttersta ansvaret för att enskilda får det stöd och den hjälp som de behöver. Denna formulering ska dock inte tolkas som att andra huvudmän, med hänvisning till kommunens yttersta ansvar, kan frånsäga sig det ansvar som enligt lag är deras. Tvärtom följer det av samma lagrum att det yttersta ansvaret för kommunen *inte* innebär någon inskränkning i det ansvar som åvilar andra huvudmän. Vistelsekommunens yttersta ansvar enligt SoL 2:1 att bistå enskilda med det stöd och den hjälp som de behöver, är således begränsat till de behov som inte annan huvudman ska svara för. Innebörden av detta är exempelvis att hälso- och sjukvården ansvarar för medicinska behov, även om gränsdragningen mellan medicinska och sociala behov i vissa, eller till och med många, fall kan vara svår att dra.[32]

I händelse av att olika huvudmän – exempelvis socialtjänsten och hälso- och sjukvården – inte kan enas om vem som ansvarar för att tillgodose en enskilds behov, har slagits fast av HFD i RÅ 1984 2:63 att det yttersta ansvaret för kommunen innebär att det är kommunen som får bära ansvaret för att tillgodose behoven om de inte tillgodoses på annat sätt. En grundläggande förutsättning för att kommunen ska ansvara för att tillgodose behovet är dock givetvis att förutsättningarna för rätt till bistånd enligt SoL 4:1 är uppfyllda.

Ordet ”övrigt” i förhållande till begreppet livsföring markerar att biståndet inte avser försörjningsstöd, med vilket menas ekonomiskt stöd för regelbundet återkommande levnadskostnader (SoL 4:3). Bistånd för livsföringen i övrigt avser således alla andra behov därutöver som den enskilde kan ha i sin livsföring. Begreppet ”livsföring i övrigt” har därmed en mycket vid omfattning, vilket illustreras i följande citat från förarbetena:

> ”Med begreppet avses alla de olika behov som den enskilde kan ha för att tillförsäkras en skälig levnadsnivå och som inte omfattas av försörjnings-

[32] Det yttersta ansvaret för kommunen innebär att kommunen måste bevilja bistånd i fall då det antingen är oklart vilken huvudman som ansvarar för behoven, eller en annan huvudman borde tillgodose behoven, men inte gör det. Se prop. 1979/80:1 Del A s. 523 ff. Se även RÅ 1992 ref 57 där rätt till bistånd enligt SoL i form av psykoterapi inte ansågs föreligga med hänvisning till att den enskildes behov inte var ”omedelbart” – den sökande kunde vänta det år som han blev tvungen att stå i kö för att få behovet tillgodosett genom den ordinarie huvudmannen landstinget.

> stödet. Det kan vara fråga om bistånd till läkarvård eller tandvård, glasögon, möbler, husgeråd, vinterkläder, vård- och behandlingsinsatser för missbrukare, hemtjänst, särskilt boende för äldre eller funktionshindrade m.m. Det är inte möjligt att lämna en uttömmande uppräkning av vilka insatser eller behov som skall anses ingå. En individuell bedömning måste, liksom är fallet nu, göras i varje enskilt fall. Den rättspraxis som har utvecklats under de snart tjugo år socialtjänstlagen har varit i kraft, liksom allmänna råd från Socialstyrelsen bör kunna tjäna till ledning vid bedömningen av vilken biståndsinsats som kan komma ifråga."[33]

Begreppet "livsföring i övrigt" avser att fånga in alla de behov av insatser som en enskild kan ha för att kunna klara sin livsföring. Detta innebär i sin tur att behovsfrågan i förhållande till livsföringen, liksom vad som är lämpliga insatser för att tillgodose behoven, är komplicerad. Sociala, medicinska och psykosociala behov kan ofta vara svåra att skilja åt.

För att ett föreliggande behov ska grunda rätt till bistånd från socialnämnden ska först prövas om det är möjligt att på alternativa vägar tillgodose det behov som biståndsprövningen avser. Bistånd från socialnämnden är att betrakta som ett *yttersta skyddsnät*, när alla andra möjligheter att tillgodose behovet är uttömda. Den enskilde måste således ha gjort vad han eller hon själv kan för att tillgodose sitt behov i enlighet med *egenansvarsprincipen*. Det är dock inte enbart i fråga om akuta situationer som rätt till bistånd kan föreligga. Som framgår av citatet ovan kan det även vara fråga om behov grundade i mer varaktiga förhållanden, exempelvis relationsproblem inom en familj, missbruk eller funktionsnedsättning. För att kunna avgöra om ett sådant socialt behov föreligger som kan grunda rätt till bistånd och om detta kan tillgodoses på annat sätt än genom bistånd från socialnämnden, krävs sakkunskaper om varför och hur vissa typer av sociala problem uppstår och hur dessa kan lösas inom ramen för socialtjänstens verksamhet.

4.3.2 Skälig levnadsnivå – villkor eller kvalitetsnorm?

Av SoL 4:1 st 3 följer att biståndet, i de fall rätt till bistånd konstaterats enligt st 1, ska tillförsäkra den enskilde en *skälig levnadsnivå*, och att biståndet ska utformas så att det stärker den enskildes möjligheter att leva ett självständigt liv.[34] Sistnämnda skrivning om självständigt liv ska,

[33] Prop. 2000/01:80 s. 92.

[34] Vahlne Westerhäll beskriver hur det under 1990-talet skedde en svängning i synen på fattigdom och sociala problem som tidigare hade betraktats som uttryck för orättvisor i

enligt förarbetena till ÄSoL, förstås som det avgörande för valet av insats. Insatsen som väljs ska hjälpa den enskilde att i framtiden kunna bli självförsörjande eller i övrigt oberoende av socialnämndens hjälp.[35] Enligt lagtextens formulering ska skälig levnadsnivå bestämma biståndets storlek eller kvalitetsnivå; det handlar om biståndets utformning som ett sista led av bedömningen när en rätt till bistånd har konstaterats. Rehabiliteringssyftet ska i valet vara avgörande, vilket klargörs av departementschefens uttalande:

> ”Rehabiliteringssynpunkten måste […] tilläggas stor betydelse när biståndet skall bestämmas. Det är under sådana förhållanden inte möjligt att i lagen låsa fast vare sig de åtgärder som nämnden skall vidta eller den konkreta förändring av den enskildes förhållande som insatsen i varje enskilt fall skall syfta till. Lagstiftningen måste i stället lämna relativt stort utrymme för socialnämnden att anpassa insatserna så att de på bästa sätt kommer att främja den enskildes fortsatta rehabilitering. Det är således enligt min mening angeläget att det av lagen klart framgår att de insatser som ges inte bara skall syfta till att avhjälpa det föreliggande vårdbehovet utan även underlätta för den enskilde att i framtiden själv klara sin försörjning och sin livsföring i övrigt.”[36]

Den närmare innebörden av skälig levnadsnivå är svårfångad då den är beroende av om biståndet avser försörjningsstöd eller bistånd för livsföringen i övrigt. För försörjningsstödets del infördes 1998 en så kallad *riksnorm* (se SoL 4:3) för att stävja den olikbehandling av biståndsbehövande som landets kommuner dittills uppvisat. Riksnormen är densamma för alla, och avser att täcka vissa i SoL 4:3 st 1 angivna regelbundet återkommande levnadsomkostnader som det anses rimligt att alla i behov av försörjningsstöd erhåller.[37] Skälig levnadsnivå är detsamma som riksnormen när det gäller dessa kostnader. I försörjningsstödet ingår dock även andra regelbundet återkommande skäliga levnadskostnader som prövas individuellt (SoL 4:3 st 2). Dessutom kan annat ekonomiskt stöd, som *inte*

---

arbetsliv och samhälle. Även om det fortfarande fanns ett stöd hos folkmajoriteten för välfärdspolitiken ”fanns en utbredd syn som sade att man skulle ta eget ansvar. Man skulle göra rätt för sig. Denna människosyn delade staten fullt ut. Det offentligas åtgärder skulle inte försvaga utan förstärka den enskildes ansvar och självbestämmande.” Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 172 f.

35 Se prop. 1979/80:1 Del A s. 186 f. Se också Bramstång, Sociallagarna s. 30, som anför att biståndets rehabiliterande och framtidssyftande avsikter, att fungera som en ”hjälp till självhjälp” är det ”dominerande legala syftet” med SoL.

36 A. prop. s. 186 f.

37 Riksnormens storlek framgår av SoF 2:1.

ingår i försörjningsstödet enligt SoL 4:3 eftersom det avser en kostnad som inte är regelbundet återkommande, utges. Vad gäller skälig levnadsnivå för ekonomiskt bistånd utöver riksnormen har i förarbetena uttalats att en rimlig jämförelsenorm är vad ”en låginkomsttagare på orten har möjlighet att kosta på sig”.[38]

Avser biståndsprövningen istället sociala *stödinsatser* av olika slag, såsom insatser till personer med funktionsnedsättningar, kan inte ledning för bedömningen av skälig levnadsnivå sökas i den nivå för ekonomiskt bistånd som angetts i förarbetena (vad en låginkomsttagare på orten kan ha råd att unna sig). Utgångspunkten för såväl behovsbedömningen som för hur biståndet ska utformas för att tillförsäkra den enskilde en skälig levnadsnivå får istället sökas i de särskilda mål som anges i SoL för socialtjänstens verksamhet, vilka varierar beroende av vilken grupp av personer som den biståndsbehövande tillhör. För de särskilt utpekade målgrupperna för socialtjänstens verksamhet (barn, äldre, funktionshindrade, missbrukare, brottsoffer samt anhörigvårdare), finns i kap 5 särskilda målregler avseende socialtjänstens verksamhet.[39] Bestämmelserna i kapitel 5 har inte funktionen att i sig ange rättigheter för enskilda, utan att reglera kommunens skyldigheter och ange vilka målsättningar som ska gälla vid bedömning av rätten till bistånd i förhållande till de olika grupperna.[40]

Till följd av SoL:s ramlagskonstruktion står det socialnämnden fritt att, i samråd med den enskilde (SoL 3:5), bedöma *vilken* insats och i vilken *omfattning* och med vilken *utformning* denna ska ges. I bedömningen ska beaktas hur det mål med insatsen som lagen anger för den målgrupp som den enskilde tillhör, bäst kan tillgodoses. Det finns dock inte – vare sig med stöd i hur rätten till bistånd enligt SoL 4:1 är formulerad, med stöd i målreglerna i kap 5 eller frivillighetsprincipen som uttrycks i SoL 1:1 st 3 och 3:5 – någon obegränsad frihet eller rätt för den enskilde att välja tjänster eller att erhålla en viss bestämd insats. I förarbetena till SoL anför regeringen att socialnämnden, i de fall då den enskilde och nämn-

[38] Prop. 1996/97:124 s. 83. I förarbetena till SoL framgår att begreppet skälig levnadsnivå kvarstår i lagen med samma innebörd som begreppet tidigare haft vad gäller innehåll och nivåbestämning av biståndet, se prop. 2000/01:80 s. 87 ff.

[39] Se angående vad som gäller enligt SoL 5:7, den bestämmelse som avser personer med funktionsnedsättningar, kapitel 3, avsnitt 3.2.2.1.

[40] Regeringen förklarar detta samband i prop. 2009/10:176 i förhållande till SoL 5:7: ”I bestämmelsen anges såväl kommunens skyldigheter mot personer med funktionsnedsättning som ramar som ska gälla vid biståndsbedömning av insatser till den enskildes livsföring enligt 4 kap. 1 § SoL.” (A. prop. s. 45).

den har olika uppfattning om vilken insats som ska väljas, får göra en sammanvägd bedömning med hänsyn till den enskildes önskemål jämfört med olika insatsers lämplighet och kostnader.[41] Det ska dock påpekas att frågan om vilken insats som ska anses svara mot behoven eller hur insatsen ska utformas, inte har konsekvenser för själva *rätten till* bistånd. Begränsningen av rätten gäller den enskildes möjligheter att kräva att biståndet ska avse en viss typ av insats eller ha en viss utformning.[42]

Genom den rättspraxis som utvecklats sedan ÄSoL trädde i kraft år 1982, har begreppet skälig levnadsnivå kommit att få en i huvudsak annan betydelse än som ett kvalitetsmått mot vilket insatser eller annat bistånd ska prövas när rätt till bistånd konstaterats. På grund av praxis i förvaltningsdomstolarna, får skälig levnadsnivå betraktas som ett självständigt villkor för rätten till bistånd.[43] Själva behovsprövningen – det första ledet i bedömningen av rätt till bistånd enligt SoL 4:1 st 1 – företas med utgångspunkt i biståndets kvalitetsmått.[44] Den fråga som ställs är om den enskildes levnadsnivå *redan kan anses vara skälig*, alternativt om skälig levnadsnivå kan tillförsäkras på något annat sätt än genom det sökta biståndet. Bedöms att så är fallet, dras slutsatsen att inget behov i SoL:s mening föreligger, och följaktligen inte någon rätt till bistånd.[45]

Uttrycket skälig levnadsnivå har, som villkor för rätten till bistånd, kommit att få en *begränsande* funktion. Skälig levnadsnivå fungerar som

[41] Prop. 2000/01:80 s. 91.

[42] I sammanhanget kan nämnas RÅ 1991 ref 97 och HFD 2013 ref 39, där HFD företagit just sådana avvägningar. I båda fallen rörde frågan rätt till missbruksvård, och den enskildes önskemål om att denna vård skulle ges i en viss bestämd form. I båda fallen gav HFD den enskilde rätt, med hänvisning till betydelsen av att en missbrukare är motiverad för att en behandlingsinsats ska kunna lyckas.

[43] En utveckling som för övrigt två remissinstanser, Stockholms kommun och Föreningen Sveriges socialchefer, varnade för i samband med socialtjänstreformen då ÄSoL infördes. Remissinstanserna menade att det fanns en fara med ett vagt begrepp som skälig levnadsnivå eftersom ”detta kommer leda till det otillfredsställande förhållandet att frågan om skäliga levnadsvillkor, som är en fråga av socialpolitisk karaktär, kommer att avgöras av domstolar med utgångspunkt från ett juridiskt betraktelsesätt.” Se prop. 1979/80:1 Del A s. 186. Med facit i hand drygt 30 år senare, kan man ge dessa remissinstanser rätt.

[44] Listan över prejudikat från HFD är omfattande. Här kan, enbart som ett exempel på hur skälig levnadsnivå relateras till frågan om behov, hänvisas till RÅ 1997 ref 79 I–III. Se för en omfattande redogörelse för praxis i förhållande till biståndsrätten Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor; se även för en mer nutida men mindre omfattande redogörelse Fridström Montoya, Rätten till bistånd enligt SoL s. 83–104.

[45] Se Svensson a.a. s. 70 f; Bäckman, Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet s. 131; Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 127.

en ”tröskel” som den enskilde måste befinna sig under för att rätt till bistånd ska föreligga, istället för att, som lagtexten anger, vara ett kvalitetsmått för biståndets utformning. Denna begränsande funktion framgår även i förarbetscitatet ovan, från den senaste reformeringen av rätten till bistånd, avseende *vad* som kan berättiga till bistånd för livsföringen i övrigt: ”[…] alla de behov som en enskild kan ha för att kunna tillförsäkras en skälig levnadsnivå”.[46] Med andra ord: den biståndssökande ska befinna sig i en situation som innebär att han eller hon inte redan har en skälig levnadsnivå. Först då kan det anses föreligga ett behov av bistånd.[47]

Eftersom begreppet skälig levnadsnivå inte har getts någon närmare innebörd i formen av konkreta jämförelsenormer, kan det beskrivna förhållandet betraktas som en tveksam utveckling, i synnerhet när fråga är om bistånd för livsföringen i övrigt.[48] För rätten till försörjningsstöd är den så kallade riksnormen en tydlig normering av skälig levnadsnivå. Sådan normering saknas för prövningen av rätt till bistånd för livsföringen i övrigt. Eftersom sakkunskaper om sociala förklarings- och problemlösningsmodeller saknas i förvaltningsdomstolarna, är det svårt att se mot vilken jämförelsenorm som bedömningen av skälig levnadsnivå prövas i de fall prövningen avser annat bistånd än försörjningsstöd. Möjligheterna att kunna förutse i vilka situationer som bistånd kommer beviljas blir därmed små, för att inte säga obefintliga.[49]

Sammanfattningsvis får rätten till bistånd enligt SoL sägas vara villkorad av följande tre förutsättningar:

[46] Prop. 2000/01:80 s. 92.

[47] Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor s. 70 f beskriver det sagda som att skälig levnadsnivå i praktiken fungerar både som en miniminivå och en maximinivå för bistånd enligt SoL.

[48] Och det är antagligen inte heller görligt att utforma en sådan generell norm. Som Alexius Borgström konstaterar: ”Att i dagens komplexa och mångsidiga samhälle skapa en generell och allmängiltig precisering av begreppet ’skälig levnadsnivå’ i reglerna om bistånd i 4 kap. 1 § SoL är […] knappast möjligt.” Alexius Borgström, Regeltyper och beslutsmodeller inom juridiken i socialt arbete s. 152.

[49] Jfr Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor s. 329 ff som på grund av det beskrivna förhållandet betraktar rätten till bistånd enligt SoL (och till insatser enligt LSS) som ideologiska uttryck snarare än som rättigheter. Eftersom skälig levnadsnivå, liksom goda levnadsvillkor, inte är objektivt bestämda utan beroende av den enskilde tillämparens bedömning, kan det enligt Svensson inte talas om rättigheter enligt SoL och LSS i någon annan mening än att det finns en rätt att få ärendet överprövat i domstol. Jfr Alexius Borgström, Regeltyper och beslutsmodeller inom juridiken i det sociala arbetet s. 148 ff, som skriver att det är ett medvetet val från lagstiftarens sida att skapa ett utrymme för professionsbedömningar inom rätten till bistånd.

1. Det ska föreligga ett aktuellt behov (som faller inom socialnämndens ansvar) av bistånd för försörjningen eller livsföringen i övrigt,
2. behovet ska inte kunna tillgodoses av den enskilde själv eller på annat sätt,
3. den enskilde ska vara i behov av biståndet för att kunna uppnå en skälig levnadsnivå.

4.3.3 Är biståndsrätten tillgänglig?

Tidigare har diskuterats att rättigheters tillgänglighet, och därmed deras värde i praktiken, kan vara begränsade för personer med vissa funktionsnedsättningar.[50] Detta förhållande illustreras tämligen väl genom en kammarrättsdom avseende rätt till bistånd enligt SoL.[51]

I målet var fråga om en man med diagnoserna Aspergers och Tourettes syndrom samt ADD. Socialnämnden hade avslagit mannens ansökan om bistånd för försörjningen. Motiveringen till beslutet var att mannen inte hade gjort vad som kunde förväntas för att vara självförsörjande i enlighet med egenansvarsprincipen enligt SoL 4:1 – trots att han vid flera tillfällen fått hjälp med att fylla i blanketter och instruktioner om vad som sedan skulle göras med de ifyllda blanketterna. Avslaget på ansökan om försörjningsstöd meddelades vid en tidpunkt då nämnden hade haft kännedom om den enskildes diagnoser i fyra månader. Beslutet överklagades genom god man som en tid efter avslagsbeslutet förordnats för sökanden. Kammarrätten ändrade länsrättens dom och nämndens avslagsbeslut. Motiveringen som kammarrätten gav, var att den enskilde

> ”[…] till följd av sina handikapp hade stora svårigheter att förstå innebörden av de olika krav som ställts på honom för att komma ifråga för ersättningar och förmåner för sin försörjning. Han har visserligen fått hjälp och vägledning av social- och arbetsnämnden, men insatserna har uppenbarligen inte räckt till för att förmå honom att söka de ersättningar han kan ha rätt till. Det är först efter förordnandet av en god man som (N.N.) tagit itu med dessa frågor. Mot den bakgrunden borde social- och arbetsnämnden inte ha vägrat honom det bistånd han ansökte om.”

[50] Jfr Bramstång, Sociallagarna s. 52, som anför att han, efter en genomgång av hur rättighetsbegreppet används i olika betydelser inom doktrin, ”är benägen att reservera rättighetskonstruktioner för sådana *försiktigt och sparsamt* utvalda situationer, där den enskildes *anspråk* på en viss *förmån* efter omsorgsfulla överväganden verkligen befinnes förtjäna att kvalificeras på detta sätt. […] Förmånen ska vara lätt åtkomlig samt utkrävbar.” Med ”lätt åtkomlig” kan uppfattas att Bramstång ställer ett krav på tillgänglighet.

[51] Kammarrätten i Göteborg 2010-09-23, mål nr 721-10.

I detta fall valde kammarrätten att ställa kraven i enlighet med egenansvarsprincipen åt sidan, då de uppfattades som orimliga för en person som inte kunde förstå innebörden av de krav som ställdes på honom.

En betoning av egenansvaret i förhållande till rätten till bistånd enligt SoL – att den enskilde innan bistånd från socialnämnden kan komma ifråga måste kunna visa att han har gjort allt han kan för att själv tillgodose sina behov eller för att få behoven tillgodosedda på något annat sätt – innebär att personer som mannen i rättsfallet ovan både kan lida rättsförluster och faktiskt fara illa. I detta fall påvisas vilken betydelse en legal ställföreträdares rättsliga bevakning å den enskildes vägnar kan ha. Den legala ställföreträdaren kan ha en avgörande betydelse för att den enskilde ska få del av de medel som står till buds för att målet om möjlighet för personer med funktionsnedsättningar att leva som andra ska kunna uppnås. Den legala ställföreträdaren kan därmed sägas vara *ett medel för att nå medlen för att nå målet*. Och det målet inkluderar även att den enskildes grundläggande rättigheter, på andra nivåer av rättssystemet, tillvaratas. Insikten om god mans eller förvaltares betydelse i detta avseende kan ha stor betydelse för tolkning av reglerna om anordnande av legalt ställföreträdarskap enligt FB kap 11.[52] En analys av dessa regler företas i avhandlingens kapitel 5.

4.4 Rätten till insatser enligt LSS

4.4.1 Villkoren för rätt till insatser

Insatser enligt LSS är, liksom insatser som kan erhållas genom biståndsrätten enligt SoL, reglerade som utkrävbara rättigheter. Alla beslut om rätt till insats enligt LSS 9 § är möjliga att överklaga med förvaltningsbesvär (27 § LSS). Vad som krävs för rätt till insatser enligt LSS framgår av 7 §:

> ”Personer som anges i 1 § har rätt till insatser i form av särskilt stöd och särskild service enligt 9 § 1–9, om de behöver sådan hjälp i sin livsföring och om deras behov inte tillgodoses på annat sätt. Personer som anges i 1 § 1 och 2 har, under samma förutsättningar, även rätt till insatser enligt 9 § 10.
>
> Den enskilde skall genom insatserna tillförsäkras goda levnadsvillkor. Insatserna ska vara varaktiga och samordnade. De skall anpassas till mot-

[52] Se för tolkningen av reglerna om anordnande av legalt ställföreträdarskap för vuxna, Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar.

tagarens individuella behov samt utformas så att de är lätt tillgängliga för de personer som behöver dem och stärker deras förmåga att leva ett självständigt liv."

De villkor som ska vara uppfyllda för att en person ska anses ha rätt till en viss insats, kan förtydligas genom att de bryts ut till fyra separata betingelser, varav den andra och tredje kan förstås som två delar av samma villkor vad gäller behov. För rätt till insatser krävs att:

1. den sökande ingår i en av *personkretsarna* i LSS 1 §,
2. den enskilde har ett *behov* av sådan hjälp…
3. … i *sin* livsföring, samt
4. att dennes behov *inte tillgodoses* på annat sätt.

I rättslig mening är personkretskriteriet okomplicerat när det gäller personer med utvecklingsstörning.[53] Den som diagnosticerats av läkare med en utvecklingsstörning omfattas av den första personkretsen i LSS 1 § 1. I denna personkrets innefattas även personer med autism eller autismliknande tillstånd.

I likhet med SoL är grundförutsättningen för rätt till insatser att det föreligger ett *behov* av insatsen. Rätt till insatser föreligger om en person "behöver sådan hjälp i sin livsföring" som en insats enligt LSS kan tillgodose. Vad som avses med ett insatsberättigande behov i LSS mening är inte klarlagt i lagens förarbeten.[54] Klart är dock att behovet inte kan avse ekonomiska bidrag för försörjningsbehov, utan handlar om behov av andra slag. Därmed skiljer sig LSS från SoL. Enligt SoL kan behov av hjälp som berättigar till bistånd avse antingen försörjningen eller livsföringen i övrigt.[55]

Noteras de väsentliga skillnader som föreligger mellan SoL och LSS, är det möjligt att se att behov i LSS:s mening skiljer sig från behov i SoL:s mening. Av LSS 7 § framgår att en katalog av insatser (9 §) står till buds

[53] Den personkrets som i rättslig mening är svårast att avgränsa är personkrets 3, LSS 1 § 3. Se SOU 2008:77 s. 281 ff. Se angående LSS personkretsar även Bäckman, Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet s. 136 ff.

[54] Frågan behandlades inte heller närmare av Socialstyrelsen i allmänna råd om LSS, 1994:1 (numer upphävda). Det enda som sägs på s. 15 är att personer som tillhör personkretsen har rätt till insatser enligt 9 § under förutsättning att personen behöver en sådan insats och behovet inte tillgodoses på annat sätt. "Det är viktigt att bedömningen av behoven görs av personal som har kunskap om funktionshinder och dess konsekvenser."

[55] Se Bäckman a.a. s. 143. Se även Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor s. 96.

för den som behöver sådan hjälp i sin livsföring. SoL har ingen motsvarande insatskatalog. Behov av hjälp i ”livsföringen i övrigt” enligt SoL kan i princip avse vilka sociala hjälpbehov som helst. En begränsning av vilka behov som kan anses biståndsberättigande begränsas i första hand mot vilket ansvar som socialnämnden har enligt relevant målgruppsbestämmelse i SoL kapitel 5 – exempelvis SoL 5:7 vad gäller ansvar för hjälp eller stöd till personer med funktionsnedsättningar. Genom praxis har behov som berättigar till bistånd också begränsats genom att ”skälig levnadsnivå” omvandlats från ett kvalitetsmått på biståndet till ett villkor för rätten till bistånd. Bistånd enligt SoL har vidare enligt SoL 4:1 st 3 ett rehabiliterande syfte, att ”hjälpa människor till självhjälp”.[56] LSS syftar till att förbättra levnadsvillkoren för en eftersatt grupp i samhället, som länge haft sämre levnadsvillkor än andra. Insatserna som erbjuds ska enligt 7 § st 2 stärka målgruppens förmåga att leva ett självständigt liv, trots funktionsnedsättning. Här finns således ett *utjämnings-* eller *kompensationssyfte* som inte kan sägas ha en motsvarighet i SoL.

Av förarbetena framgår angående behov av insatser att:

> ”Insatserna till vuxna personer skall grundas på behov som den enskilde *själv finner angelägna* att få tillgodosedda för att kunna leva ett så självständigt och oberoende liv som möjligt.”[57] (mina kurs.)

Frågan om huruvida ett insatsberättigande behov föreligger eller inte ska alltså utgå ifrån den enskildes *egen* uppfattning av att behöva; en bedömning som i sin tur är avhängig den enskildes egna levnadsval.[58] Beroende av hur den enskilde vill inrätta och leva sitt liv, ser följaktligen behoven av insatser olika ut för olika personer. Huruvida ett behov föreligger eller inte kan således inte avgöras utifrån en objektiv måttstock lika för alla, utan varierar från person till person. Det avgörande för om ett behov i LSS mening föreligger bör vara att den enskilde behöver insatsen för *att kunna leva som andra*, i betydelsen oberoende och självständigt i enlig-

[56] Bramstång, Sociallagarna s. 30.

[57] Prop. 1992/93:159 s. 51.

[58] Gällande vad behovsbedömningen ska grundas i, kan redan här ett rättsfall som närmare refereras i kapitel 6 omnämnas. I fallet var fråga om rätt till kontaktperson enligt LSS. I överklagande av länsrättens dom anförde socialnämnden att ”det finns en skillnad mellan önskemål och behov. Länsrättens dom får långtgående konsekvenser och innebär enligt nämndens mening en utvidgad tolkning av lagen. Domen medför att önskemål och behov kan vara liktydiga”. Kammarrätten i Göteborg beslutade i dom 2004-02-16, mål nr 6009-03 att hörsamma socialnämndens invändning i behovsfrågan. Jämfört med vad som uttalats i förarbetena synes det vara en tveksam tillämpning av LSS.

het med sina egna levnadsval. Behovskriteriet är avhängigt vad som här fortsättningsvis kallas för ett självständighetskriterium.

Att behovsfrågan bör tolkas på nyss förespråkat sätt framgår inte bara av ovanstående citat från förarbetena, utan kan även anses framgå av lagtextens utformning. I LSS 7 § stadgas att den enskilde ska ha behov av insatsen i *sin* livsföring, inte ”i livsföringen”. Lagtextens utformning ger ett utrymme för att läsa in något kvalitativt annat än livsföring generellt. Med ”sin livsföring” markeras att hjälpbehovet skiljer sig åt från person till person. I jämförelse med målsättningen, att personer med funktionsnedsättning ska få möjlighet att leva som andra, stärks den förespråkade tolkningen av ”sin livsföring” ytterligare. Leva som andra ska förstås som att leva självständigt och oberoende som andra – med motsvarande *valmöjligheter* i livssituationen.

I relation till här anfört resonemang om ett självständighetskriterium vid behovsbedömningar enligt LSS, är HFD:s avgörande i RÅ 2003 ref 79 II av intresse. I fallet var frågan om en pojke, tillhörande den första personkretsen i LSS, hade rätt till insatsen bostad med särskild service för barn eller ungdomar som behöver bo utanför föräldrahemmet (LSS 9 § 8) för att kunna delta i den utbildning på annan ort som han var antagen till men enbart kunde delta i om han beviljades sökta insats. I samband med prövningen yttrade Socialstyrelsen:

> ”De allmänna bestämmelserna i LSS anger vad insatser enligt lagen syftar till. I dem anges sammantaget att insatserna avser att ge den enskilde möjligheter att leva ett liv som andra och att delta i samhällslivet på samma villkor som de som inte har ett eller flera funktionshinder. Verksamheten skall grundas på den enskildes självbestämmande och integritet. Den jämförelsenorm som därmed anges i lagen är således inte vilket behov en person med funktionshinder har av de alternativ han väljer att utnyttja, utan istället om dessa alternativ är sådana som den utan funktionshinder är oförhindrad att välja. Vad som är relevant i detta mål är därför endast att bedöma vad som i den givna situationen hade varit ett normalt alternativ för en icke funktionshindrad person i (N.N:s) situation i övrigt. Vad som då ska bedömas är huruvida en elev utan funktionshinder har möjlighet att välja önskad utbildning.”

HFD anförde att eftersom ”(N.N.) efter eget val och önskemål av sin vårdnadshavare tagits emot i en särskola utanför sin hemkommun är det således hans behov av stöd och service för att kunna fullfölja denna skolgång som bestämmer om han är berättigad till den begärda insatsen.”

HFD fann att sådant behov förelåg, varför pojken hade rätt till den sökta insatsen.

Som redan visats i kapitel 3 avses med möjlighet att leva som andra att ”människor ska kunna skapa sig ett värdigt liv, så likt andra människors som möjligt och i gemenskap med andra. Insatser enligt LSS ska vara så utformade att de stärker den enskildes möjligheter att leva ett självständigt och oberoende liv och att delta aktivt i samhällslivet.”[59] Med att leva som andra menas med andra ord inte att det anses finnas *ett* ”normalt” sätt att leva som andra, som kan fungera som en objektiv måttstock avseende behovsprövningen. I specialmotiveringen till 7 § LSS uttalas dock att:

> ”Vid bedömningen av om den enskilde har behov av insatsen i sin livsföring måste jämförelser göras med den livsföring som kan anses normal för personer i samma ålder.”[60]

Om ovanstående uttalande rycks ur sitt sammanhang, det vill säga om inte lagens mål beaktas, kan det tolkas som ett angivande av en normalitetsnorm, innebärande att behovsbedömningen ska ske med beaktande av vilka slag av behov som normalt kan anses föreligga i en viss åldersgrupp av slaget ”alla barn har behov av…”.[61] Beaktas målsättningen med LSS får uttalandet istället tolkas som ett påtalande om de skillnader, vad gäller exempelvis aktiviteter och intressen, som ofta föreligger mellan människor i olika åldersgrupper. Det kan antas att önskemål om hur livet ska levas varierar mellan ung eller gammal, barn eller vuxna. Detta konstaterande betyder dock inte att alla LSS-behövande inom en åldersgrupp har samma önskemål och därmed samma behov.

Uttalandet är med andra ord ett påpekande om att *möjligheterna att välja* hur man vill inordna sitt liv ska vara desamma för *alla* människor inom en och samma ålderskategori, oavsett om den enskilde har eller inte har en funktionsnedsättning. Precis just så med andra ord, som resonemanget förs i RÅ 2003 ref 79 II där fråga var om ett barns möjligheter att i likhet med andra barn kunna välja vilken skola han ville gå på. Därmed kan behovsbedömningen i slutänden uppfattas som en fråga om rättvisa

[59] Prop. 1992/93:159 s. 50.

[60] A. prop. s. 172.

[61] Jfr Socialstyrelsens allmänna råd 1994:1 LSS s. 16. Det kan noteras att i de allmänna råden (som är upphävda) har ”måste” som framgår av citatet från propositionen bytts ut mot ett ”kan”: ”För att bedöma behoven kan jämförelser göras med vad som anses vara normal livsföring för personer i samma ålder.”

och likabehandling, om att genom insatser kompensera för funktionsnedsättningars effekter och att utjämna de olikheter i livsvillkor som föreligger mellan människor med och utan funktionsnedsättningar.

Utöver personkretstillhörighet och att den enskilde behöver insatsen i sin livsföring, är ett sista villkor för rätt till LSS-insats att behovet ifråga inte tillgodoses på annat sätt. Om det finns ett behov av en insats i den enskildes livsföring och om behovet – faktiskt – inte är tillgodosett, föreligger rätt till insats. Häri ligger en annan betydelsefull skillnad mellan rätten till LSS-insatser och rätten till bistånd enligt SoL. Prövningen enligt LSS ska inte ta i beaktande huruvida behovet *kan* tillgodoses av den enskilde själv eller på något annat sätt än genom den sökta insatsen. Med andra ord villkoras inte rätten till LSS-insatser av någon egenansvarsprincip.[62] Inga krav kan ställas på den enskilde att, såsom enligt SoL, i första hand själv tillgodose sina egna behov eller att försöka få dem tillgodosedda på något annat sätt (än genom den sökta insatsen). Vad som ska prövas är endast huruvida behovet av insatsen är eller inte är tillgodosett – om det är fråga om ett aktuellt behov.[63]

Denna sist beskrivna skillnad mellan SoL och LSS, får anses ”naturlig” vid beaktande av att målgrupperna för respektive lagstiftning är väsentligen olika. SoL är en generell välfärdslag, tillämplig för alla som vistas i kommunen och som har ett behov av socialt stöd eller hjälp från socialnämnden. Bistånd enligt SoL är avsett att fungera som ett yttersta skyddsnät, när inga andra resurser står till buds. LSS gäller enligt 16 § endast för personer bosatta inom kommunen vilka faller in under endera av de målgrupper som anges i 1 §. Enligt 4 § innebär inte rätten till insatser enligt LSS att rättigheter som den enskilde kan ha enligt andra välfärdslagar förändras – såsom rätt till bistånd enligt SoL. Syftet med LSS är att utjämna ojämlikheter i levnadsvillkor och stödet är avsett att vara kontinuerligt.[64] De personer som omfattas av lagen är de med svåra, omfat-

[62] Med egensansvarsprincip menas att den enskilde i första hand själv måste söka tillgodose sina behov för försörjning eller livsföring i övrigt, eller söka få dem tillgodosedda på annat sätt än genom bistånd från socialnämnden. Se ovan avsnitt 4.3.1.

[63] I förarbetena anförs som exempel på situationer då någon kan nekas rätt till insats därför att behovet redan är tillgodosett, att en nära anhörig frivilligt svarar för insatsen som ett led i en familjerelation, eller att behovet helt eller delvis kan tillgodoses genom en förälders normala vårdansvar för sitt barn i enlighet med bestämmelser i FB. Se prop. 1992/93:159 s. 172.

[64] Föredraganden påpekar i den allmänna motiveringen till LSS att livsvillkoren för människor med allvarliga funktionsnedsättningar är sämre än de flesta andra människors, och att motivet till att införa en lag om individinriktade rättigheter är att dessa villkor

tande eller bestående funktionsnedsättningar – eller med såväl svåra som omfattande *och* bestående funktionsnedsättningar. Beaktas målgruppen för LSS framstår det som otänkbart att rätten till insatser skulle villkoras genom en egenansvarsprincip.

Frågan om behovet är tillgodosett eller inte, kan innebära att insatser i vissa fall kan komma att kombineras. I vissa fall kan ett behov kvarstå som motiverar ytterligare insats trots att en redan beviljad insats borde tillgodose behovet. I RÅ 1995 ref 47 var fråga om en kvinna med utvecklingsstörning som sedan tidigare var beviljad insatsen bostad med särskild service för vuxna (LSS 9 § 9), och nu ansökte om ledsagning enligt LSS 9 § 3. HFD konstaterade att förvisso *ska*, enligt LSS 9 e §,[65] behov av fritidsaktiviteter och kulturella aktiviteter tillgodoses inom ramen för insatsen, men eftersom kvinnan hade behov av ledsagning för att kunna utöva sådana fritidsaktiviteter som hon önskade och detta behov *faktiskt inte* var tillgodosett genom gruppbostaden, skulle hon beviljas ledsagningen. I detta fall är det tydligt att kvinnans möjligheter till självständighet spelat roll i behovsbedömningen. Det var inte så att det inte ingick fritidsaktiviteter inom ramen för insatsen, men det var inte sådana aktiviteter och i den omfattning som kvinnan önskade i *sin* livsföring.

4.4.2 Goda levnadsvillkor – villkor eller kvalitetsnorm?

När rätt till insats konstaterats, återstår frågan om insatsens utformning i det enskilda fallet. Av LSS 7 § st 2 framgår att den enskilde genom insatserna ska tillförsäkras *goda levnadsvillkor*. Genom angivande av goda levnadsvillkor som kvalitetsnivå för insatser enligt LSS, avsågs enligt lagens förarbeten att ”åstadkomma så jämlika (levnads)villkor som möjligt mellan människor med omfattande funktionshinder och andra människor”.[66] Vidare uttalades i lagens förarbeten att insatserna ska *förebygga* och *minska följderna* av funktionsnedsättningar. För barns del sägs att insatserna ska ge förutsättningar för god fysisk och psykisk utveckling och i övrigt sådana uppväxtvillkor som betraktas som goda för barn och ungdomar.[67] För vuxna påpekades särskilt att insatserna ska

---

måste utjämnas. ”Familjerna ska inte behöva kämpa för det som borde vara en självklarhet. De skall inte vara prisgivna åt vad de uppfattar som myndigheters godtycke.” Prop. 1992/93:159 s. 43.

[65] Vid tidpunkten för HFD:s prövning framgick insatsens omfattning av 9 § st 4.

[66] Prop. 1992/93:159 s. 50.

[67] Prop. 1992/93:159 s. 51.

> ”[…] grundas på behov som den enskilde själv finner angelägna att få tillgodosedda för att kunna leva ett så självständigt och oberoende liv som möjligt.”[68]

Uttrycket goda levnadsvillkor synes således i allt väsentligt sammanfalla med den närmare innebörden av lagens målformulering. Med goda levnadsvillkor menas att leva som andra: självständigt och oberoende.

Vad gäller goda levnadsvillkor, kan frågan ställas hur detta uttryck ska tolkas i jämförelse med skälig levnadsnivå enligt SoL. Är skillnaderna i formulering, *skälig* levnadsnivå och *goda* levnadsvillkor, avsedd att innebära en faktisk skillnad vad gäller nivå, kvalitet eller omfattning på insatser? Och innebär skillnaderna i uttrycken skillnader för prövningen av själva rätten till insatser eller bistånd?

LSS-kommittén som lade fram ett betänkande om en ny LSS år 2008, konstaterade att goda levnadsvillkor i praktiken betraktas som en högre levnadsstandard än skälig levnadsnivå.[69] I doktrin har dock anförts att det finns skäl att diskutera rimligheten i en sådan tolkning. En tillämpning med utgångspunkt i att det ska vara skillnad i nivå mellan hjälpinsatser enligt SoL (sämre) respektive LSS (bättre) bidrar till att skapa ojämlikheter i levnadsvillkor mellan olika grupper av personer med funktionsnedsättningar.[70]

Under avsnitt 4.3.2 diskuterades att skälig levnadsnivå, trots att uttrycket enligt lagtextens formulering i SoL 4:1 st 3 anger att det ska vara en måttstock mot vilket biståndet ska *utformas*, fungerar som ett villkor för själva rätten till bistånd enligt SoL.[71] Behov av bistånd anses alltså inte föreligga, om det bedöms att den enskilde redan har en skälig levnadsnivå. På samma sätt som när det gäller rätt till bistånd enligt SoL, för domstolarna resonemanget att behov (och därmed rätt till) inte föreligger om den enskilde redan bedöms ha goda levnadsvillkor. Den

[68] A. prop. s. 51.

[69] SOU 2008:77 s. 261 f och 272 f.

[70] Se Bäckman, Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet – för människor med funktionsnedsättning inom rättsområdena LSS och SoL s. 145. Som Bäckman påpekar är LSS en lag som enbart gäller för vissa personer med funktionsnedsättning. Alla de som inte kvalificerar sig för rätt till LSS-insats – som alltså faller utanför personkretsen i enlighet med 1 § – är hänvisade till ibland både omfattande och långvarig eller livslång hjälp med stöd av SoL. Att då hävda att rätten till hjälp i enlighet med SoL ska vara sämre än LSS, till kvalitet eller omfattning, kan enligt Bäckman skapa ojämlika levnadsförhållanden mellan olika grupper av personer med funktionsnedsättningar.

[71] Se Svensson, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor s. 69 f.

enskildes levnadsvillkor måste bedömas som sämre än goda för att ett behov (och därmed rätt till insats) ska anses föreligga.

Som exempel på det nyss sagda kan HFD 2013 ref 70 anföras, där HFD resonerar på följande sätt angående rätten till korttidsvistelse enligt LSS:

> ”Vid en samlad bedömning finner HFD att [N.N.] *för att tillförsäkras goda levnadsvillkor får anses ha haft behov* av en lägervistelse även sommaren 2012. Hon borde därför ha beviljats den sökta insatsen.”(min kurs.)

I RÅ 2006 ref 66 resonerade HFD på följande sätt:

> ”Av utredningen i det aktuella målet framgår att [N.N.] är beviljad assistansersättning och därmed är tillförsäkrad personligt stöd som kan utnyttjas för bl.a. deltagande i olika aktiviteter. Vid tillfälliga behov av ytterligare assistans kan utökad personlig assistans begäras. Mot bakgrund härav finner Regeringsrätten att [N.N.]. *inte kan anses ha behov av insatsen korttidsvistelse utanför det egna hemmet för att tillförsäkras goda levnadsvillkor*.” (min kurs.)

Vad gäller rätten till insatser enligt LSS och dessa insatsers *utformning*, som goda levnadsvillkor enligt lagtextens utformning borde handla om, har frågan om vad som ska omfattas av förvaltningsdomstols prövning tilldragit sig uppmärksamhet i flera fall i HFD. I RÅ 2010 ref 91 och RÅ 2007 ref 62 I och II har domstolen lagt fast att rena verkställighetsåtgärder eller verkställighetsbeslut avseende en beviljad insats inte är möjliga att överklaga.

I HFD 2011 ref 48 var ostridigt att en sökande hade rätt till bostad med särskild service för vuxna (LSS 9 § 9). Frågan var istället *vilken* gruppbostad som den enskilde hade rätt till. Kommunen hade erbjudit en gruppbostadsplats som den sökande tackat nej till, eftersom han ville att insatsen skulle verkställas i en annan gruppbostad. Enligt uttalanden i LSS förarbeten är beslut om viss utformning av en insats eller om ändring av en beviljad insats överklagningsbart. I förarbetena har anförts att vad domstolen har att ta ställning till är om den beviljade insatsen kan anses uppfylla de mål och krav som lagen ställer om möjlighet att leva som andra och goda levnadsvillkor.[72] Mot bakgrund av uttalandena i förarbetena ansåg HFD att den sökande

> ”[…] har haft rätt att få prövat om den av kommunen beslutade insatsen på ett godtagbart sätt tillgodoser hans behov. Däremot ankommer det inte på

[72] Se prop. 1992/93:159 s. 190.

domstolarna att begränsa kommunens möjligheter att utforma insatsen på ett lämpligt sätt."

Den sökande fick därför inte rätt i sin begäran om att insatsen skulle beviljas i en specifik gruppbostad. Det ansågs inte vara en fråga för domstolen att avgöra.

Ovan har redogjorts för vad som i generell mening kan anses gälla avseende rätten till insatser enligt LSS, som får betraktas som ett mycket viktigt medel för att nå målet om möjlighet att leva som andra trots en funktionsnedsättning. Minst lika viktigt som medel är också bestämmelser i LSS och SoL om rätt till självbestämmande, inflytande och respekt för den enskildes integritet. Om sådana regler handlar nästföljande avsnitt.

4.5 Formella individuella rättigheter – ett förverkligande av rätten till frihet

4.5.1 Att leva som andra – att leva ett oberoende och självständigt liv

I kapitel 3 har visats att målet om möjlighet att leva som andra i stor utsträckning är att betrakta som ett förverkligande eller en förlängning av grundläggande fri- och rättigheter. Dessa kan i sin tur anses utgå från värdena *likabehandling* och *rättvisa*, vilket tydligt återspeglas i den individuella behovsprövade rätten till insatser enligt LSS. Det uttalade syftet med rätten till insatser enligt LSS är att kompensera för olikheter och sämre förutsättningar för personer med funktionsnedsättningar, jämfört med personer utan funktionsnedsättningar.

Minst lika viktiga inom ramen för vad som menas med möjlighet att leva som andra, är dock även bestämmelser av ett annat slag. Dessa kan relateras till ett tredje värde: *frihet*. Varken dessa bestämmelser eller frihetsvärdet har hittills mer än antytts som väsentliga inom målet om möjlighet att leva som andra. Vad som framgått så här långt är att personer med funktionsnedsättningar ska ha samma fri- och rättigheter som andra medborgare, och att med möjlighet att leva som andra menas möjlighet att leva ett *människovärdigt* liv. Med ett människovärdigt liv, menas i sin tur att kunna leva oberoende och självständigt. Oberoende och självstän-

dighet handlar i sin tur om individernas ställning i rätten som självbestämmande – fria – subjekt.

Frihet som ett grundläggande värde genomsyrar både rätten till insatser enligt LSS och rätten till bistånd enligt SoL. Båda lagarna anger att målet med verksamhet för personer med funktionsnedsättningar är att insatserna ska möjliggöra att leva som andra, och båda lagarna framhåller den enskildes rätt till självbestämmande och integritet (SoL 1:1 st 3 och LSS 6 §). Frihet som ett grundläggande värde kan även sägas spela stor roll för utformningen av gällande förmynderskapsrätt för vuxna. Omyndigförklaringen avskaffades, bland annat, med motiveringen att den innebar ett alltför stort ingrepp i enskildas fri- och rättigheter, och en princip om minsta ingripande åtgärd kommer till uttryck i FB 11:7 vad gäller möjligheterna att anordna förvaltarskap för någon.[73]

Strävan efter att garantera människor frihet kommer till uttryck genom ett särskilt slag av bestämmelser om *relationer*, dels mellan det allmänna och enskilda, dels mellan en hjälpbehövande vuxen och dennes gode man eller förvaltare. De bestämmelser som åsyftas handlar om *rätt till självbestämmande*, om respekt för enskildas *integritet*, om *inflytande* och om *samtycke*. Sådana regler i såväl SoL och LSS som i FB analyseras närmare nedan. Först undersöks dock begreppen oberoende och självständighet, liksom vad som kan avses med frihet i sammanhanget av SoL och LSS.

4.5.2 Vad betyder oberoende och självständigt?

Målformuleringen i SoL och LSS om möjlighet att leva som andra kan, som visats ovan, förstås som en materialisering av mänskliga och konstitutionella rättigheter som syftar till att värna människovärdigheten. I den materiella socialrättsliga kontexten tycks ett likhetstecken sättas mellan ett människovärdigt och ett oberoende, självständigt liv.[74] Följdfrågan blir därmed vad som avses när begreppen oberoende och självständighet används.[75]

Inledningsvis kan konstateras att en närmare förklaring av vad som menas med oberoende och självständighet inte framgår i lagarnas förarbeten, annat än genom exemplifieringar av vilka insatser som det kan

[73] Se angående omyndigförklaringens långtgående rättsverkningar och principen om minsta ingripande åtgärd i kapitel 5, avsnitt 5.3.2.

[74] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.2.2.

[75] Och därtill kan frågan även ställas om varför *just* oberoende och självständighet framhålls som eftersträvansvärt. Denna fråga behandlas dock inte här utan i kapitel 6 och 7.

föreligga rätt till. Ett exempel är en egen bostad. Vill man närmare förstå begreppens betydelse får istället reflekteras över sammanhanget där de förekommer, och hur de används i allmänt språkbruk. I sistnämnt hänseende kan ordet ”oberoende” i första hand förstås som motsatsen till beroende; ett o-beroende betyder att *inte* vara beroende av någon (eller något) annan.[76] I vilken mening eller vilket avseende som någon kan anses beroende eller oberoende får dock betraktas som situationsbundet. En och samma person kan vara både beroende och oberoende i olika situationer och avseenden.[77] Det är även möjligt att hävda att ett fullständigt oberoende är omöjligt. Vi är alla i ett samhälle i olika avseenden beroende av varandra för att både få våra grundläggande och mer komplementära behov tillgodosedda.

Däremot får oberoende som begrepp klarare innebörd om det i en ideologisk kontext relateras till motpolen beroende. I dagens västerländska samhälle betraktas oberoende som eftersträvansvärt såsom del av det i kulturen förhärskande liberala och individualistiska sättet att förstå världen och sakernas tillstånd. Individerna förväntas vara oberoende och självständiga, förväntas förverkliga sig själva och ta ansvar för sitt eget liv och sina egna behov (och sin egen lycka). Att vara beroende av andra betraktas som svaghet och i det närmaste som något föraktligt.[78] Att vara beroende är helt enkelt *omodernt* – något som hör svunna tider till.[79] Tider då de tjänande klasserna var beroende av de härskande, då kvinnor var beroende av sina fäder eller makar som försörjare, och då personer med funktionsnedsättningar var beroende av privata allmosor eller det allmännas (inte sällan påtvingade) omsorger. I nutid, då alla människor

[76] Ordet förklaras i SAOB med ”som inte är beroende (av ngn eller ngt) för sin förekomst, sitt handlande etc.” Jämför t ex uttrycket ”ekonomiskt oberoende” som används i betydelsen att man har de ekonomiska resurser som krävs för att kunna välja att avstå från att arbeta för sitt uppehälle – man är inte beroende av att dra in lön för att få sina materiella behov tillgodosedda.

[77] Exempelvis kan en och samma person sägas vara ekonomiskt oberoende men däremot beroende av alkohol eller andra droger. Eller så kan man säga att alla människor alltid är beroende för sin överlevnad av grundläggande saker såsom mat och sömn, men likväl kan många sägas vara oberoende av andras hjälp för att få behoven tillgodosedda.

[78] Handikapputredningen citerar i SOU 1991:46 s. 127 Ofstad H m.fl. (1980) Livsboken: ”I dödshjälpsdebatten och andra yttringar i tiden spårar vi ett förakt för svaghet; ett övermänniskoideal, ett hyllande av de starka på de svagas bekostnad.”

[79] Att liberalismen gått hand i hand med det moderna samhällets framväxt och med industrialismen och kapitalismen, får väl betraktas som en vedertagen uppfattning, men se inledningen till Foucault, Power s. xxx f.

med självklarhet sägs vara ”födda fria och lika i värde och rättigheter”,[80] kan oberoende sägas vara den ideologiskt sett enda godtagbara positionen i både samhället och i relation till andra människor.

Vad gäller ordet ”självständig” används detta ofta som en synonym till oberoende, men förklaras som ”förmåga att handla och tänka utan att rätta sig efter andra”.[81] Eftersom båda uttrycken används i rättskällorna i relation till målsättningen om möjlighet att leva som andra (oberoende *och* självständigt) bör antas att begreppen kan ha olika innebörd eller avse olika saker. En relevant fråga som därtill bör resas inom ramen för temat, är om de som faktiskt *är* beroende av andras stöd, som många personer med funktionsnedsättningar är, ändå kan sägas leva oberoende och självständiga liv.

En skillnad mellan begreppen synes enligt ordboksförklaringarna ligga i att oberoende kan uppfattas som ett begrepp som är *situationsberoende* (hon lever ett oberoende liv, har en oberoende ställning etc), medan självständighet snarare leder tankarna till *egenskaper* eller *förmågor* hos en person (hon är mycket självständig). Ger man självständighet en sådan egenskapsbetydelse förefaller det som att begreppet självständighet särskilt kan relateras till *självbestämmande* och *integritet* – de egenskaper hos människor som enligt SoL:s inledande målstadgande ska respekteras särskilt av socialtjänsten (SoL 1:1 st 3) och som även enligt LSS 6 § ska grunda verksamheten i enlighet med lagen. Vad som närmare avses med självbestämmande och integritet enligt nämnda stadganden klargörs nedan under avsnitt 4.6.

4.5.3 Negativ och positiv frihet inom ramen för möjlighet att leva som andra

Lyfter man perspektivet från den språkliga innebörden av begreppen oberoende och självständighet och betraktar den större rättighetskontext som de förekommer inom, kan båda begreppen föras tillbaka på det grundläggande och överordnade frihetsvärdet. Innan detta påstående beläggs, kan det vara meningsfullt att stanna upp ett ögonblick. Är inte människans inneboende frihet ett så grundläggande, men samtidigt abstrakt antagande om sakernas tillstånd (att alla människor är fria), att det verkar

[80] FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, artikel 1.

[81] Se SAOB. Se även www.synonymer.se, 2013-11-14 eller www.wiktionary.org, 2013-11-25.

ogörligt att kunna säga något om detta av värde för denna text? Kan inte frihet sägas vara ett så fundamentalt värde att *all* rätt *alltid* kan relateras till frihet på det ena eller andra sättet?

Svaren på de nyss ställda frågorna kan både vara ja och nej. Frihet är förvisso ett abstrakt värde såtillvida att det är svårt att exakt säga vem som är eller inte är fri eller vad som ska menas med frihet. Frihet kan också betraktas som grundläggande i många rättsliga frågeställningar.[82] Men, friheten som överordnat och eftersträvat värde har så stor betydelse i *just* den del av rättighetsdiskursen som denna text avhandlar, att det är svårt att meningsfullt kunna diskutera rätten till självbestämmande och krav på samtycke utan att beakta hur frihetsvärdet kan förstås i olika meningar och hur dessa olika meningar inverkar på tolkningen av reglerna. Frihet som överordnat värde måste helt enkelt vara med i bilden för att den ska bli begriplig.

När frihet diskuteras på svenska, i det svenska språket, kan det uppmärksammas att det föreligger en begreppsbrist. Vi har bara ett och samma ord, oavsett om vi menar frihet *från* eller frihet *till*.[83] Vi skiljer inte begreppsmässigt mellan individers frihet från begränsningar, såsom från det allmännas inblandning i eller kontroll av enskildas liv, och frihet till egna ställningstaganden om hur det egna livet ska levas. Det är dock betydelsefullt att vara uppmärksam på hur frihetsvärdet tar sig uttryck, eller, annorlunda uttryckt, vilket *slag* av frihet som eftersträvas och avses tillgodoses i olika sammanhang. Att vara fri från begränsningar, behöver inte nödvändigtvis vara det bästa sättet att kunna leva som en fri människa i betydelsen med valmöjligheter i livet. Tvärtom kan friheten, om den inte kan hanteras, innebära att människor far riktigt illa – exempelvis genom att de utnyttjas av andra eller överskuldsätter sig. Förvisso är då individen fri i *en* mening, men inte i en annan.

Ett sätt att kunna skilja mellan olika betydelser av ordet frihet är att på samma sätt som när det gäller rättigheter, i enlighet med vad som anförts i kapitel 3, kategorisera friheten som antingen positiv eller negativ. ”Frihet från” kan sägas innebära en *negativ* frihet, och ”frihet till” en *positiv*

[82] Jfr Nousiainen, Den universellt fria kvinnan? s. 4, som anför att frihet är ett ”privilegierat begrepp i nästan all diskussion som gäller samhällsordningen i den moderna världen.”

[83] I engelskan skiljer man på dessa två betydelser eller aspekter av frihet genom att använda å ena sidan *freedom*: ”the condition of being free, the power to act or speak or think without externally imposed restraints”, det vill säga frihet *från* begränsningar, och å andra sidan *liberty*: ”freedom of choice”, det vill säga frihet *till* det man själv väljer. Se tyda.se.

frihet.[84] I det fortsatta används denna distinktion när frihetsvärdet diskuteras; det uppmärksammas huruvida bestämmelser relaterar till frihet i positiv eller negativ mening (och däri ligger förstås ingen värdering). Hur kommer då frihet till uttryck som grundläggande värde i rättighetsdiskursen? Givetvis är det ogörligt att heltäckande och i detalj redogöra för hur frihet som värde styr förekomst och tolkning av olika slag av rättigheter. Den följande redogörelsen får istället betraktas som en exemplifiering som kan illustrera hur frihetsvärdet gestaltas i och genom rådande rättighetsdiskurs.[85]

I sammanhanget av mänskliga rättigheter är inledningsvis artikel 1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna ett utmärkt exempel. Av nämnda artikel framgår att alla människor *är födda fria* och lika i rättigheter och värde. Var och en har också, enligt samma förklarings artikel 3, rätt till liv, *frihet* och personlig säkerhet. De flesta grundläggande rättigheter kan, även om begreppet frihet inte uttryckligen används i artiklar eller stadganden, omskrivas i antingen positiva eller negativa frihetstermer. Ytterst förefaller de mänskliga rättigheterna som ”paket” handla om att skydda frihet i antingen negativ eller positiv mening.

Vad specifikt gäller personer med funktionsnedsättning framhålls i funktionsnedsättningskonventionens inledning under punkten n) att de undertecknande staterna ”erkänner betydelsen av individuellt självbestämmande och oberoende för personer med funktionsnedsättning, däribland *friheten* att göra egna val”. Här kommer friheten i både negativ och positiv mening till uttryck. Sistnämnda konventions syfte enligt dess artikel 1 är också att ”främja, skydda och säkerställa det fulla och lika åtnjutandet av alla mänskliga rättigheter och grundläggande *friheter* för alla personer med funktionsnedsättning […].”

I svensk konstitutionell rätt sammanläggs friheter och rättigheter i rättighetskatalogen i RF kapitel 2 (under rubriken ”Grundläggande fri- och rättigheter”). Där regleras friheter som religionsfrihet, yttrandefrihet, föreningsfrihet och rörelsefrihet. De friheter och rättigheter som förekommer i RF kan sägas vara samtidigt positiva och negativa; exempelvis innebär rätten *till* ett fritt informationsutbyte samtidigt en frihet *från* hinder eller ingrepp i rättigheten.

[84] Nousiainen, Den universellt fria kvinnan? s. 5.

[85] För fler exempel på hur självbestämmande, valfrihet och samtycke kommer till uttryck inom rätten på olika nivåer och i olika rättsområden, se Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 40 ff.

Frihet som värde kommer dock inte bara till uttryck på överordnade nivåer av rätten som de som nyss exemplifierats. Frihet kan utan större ansträngning identifieras som ett eftersträvat värde att relatera rättslig normering och tolkning till även i materiell rätt. Exempelvis är *avtalsfrihet* en grundläggande princip inom förmögenhetsrätten. Överhuvudtaget framhålls också rättssubjektens fria och förnuftiga vilja som grund för giltiga rättshandlingar, genom krav som uppställs på personlig förmåga att rättshandla.[86]

Att frihet i positiv eller negativ bemärkelse är ett överordnat värde även i offentligrättsliga sammanhang, är uppenbart. Den offentliga rättens regelverk handlar i stor utsträckning om hur det allmännas makt får, respektive inte får, utövas mot medborgarna.[87] Det faktum att *samtycke* är en grundläggande förutsättning för att social myndighet ska kunna ge insatser enligt SoL eller LSS är ett uttryck för att medborgarnas negativa frihet värnas. Det allmännas inblandning eller ingripande i medborgarnas liv kräver lagstöd.[88] Genom ett samtycke till att det allmänna får ge en insats, kan sägas att den enskilde ger upp lite av sin frihet. Som närmare behandlas nedan ligger dock i samtycket alltid en möjlighet att ändra sig och återkalla detsamma. Ett samtycke till exempelvis social vård, är bara giltigt som befogenhetsgrund för det allmännas agerande så länge den enskilde inte tar tillbaka det.

Ingripanden i medborgarnas liv från det allmännas sida är ett sätt att utöva kontroll. I socialutredningens principbetänkande från 1974 anfördes att frågor om frihet och kontroll är komplicerade. Det anfördes även att kontroll från samhällets sida av medborgarna i syfte att ”förhindra avvikelse från erkända normer” inte borde drivas för långt, med hänsyn till att ”i ett pluralistiskt samhälle som det svenska kan eller bör en alltför

[86] Se närmare om kraven för personlig förmåga att rättshandla i kap 2, avsnitt 2.4.3.3 och i kap 6, avsnitt 6.2. Förmåga att rättshandla är inte bara ett krav när det gäller möjligheten att ingå ett giltigt avtal, utan även för andra rättshandlingar, exempelvis för att någon ska kunna gifta sig, se Agell & Brattström, Äktenskap, samboende, partnerskap s. 31.

[87] Relationen mellan enskilda och det allmänna ställs inom offentligrätten på sin spets i makthänseende, exempelvis genom möjligheten att ingripa med tvång i människors liv med stöd av tvångsvårdslagarna LVU, LVM och LPT.

[88] Se legalitetsprincipen som kommer till uttryck i RF 1:1. Se även skyddet för frihetsberövande enligt RF 2:8 – ett skydd som dock kan begränsas genom lag. Se även kravet i RF 2:9 på domstolsprövning vid så kallade administrativa frihetsberövanden. Den som tvångsvis omhändertas ska utan oskäligt dröjsmål kunna få saken prövad av domstol. Se även EKMR artikel 5. Se för diskussion om frivillighet–tvång i relation till SoL, LVU och LVM, Bramstång, Sociallagarna t ex s. 14 ff, s. 26 f, s. 197 f, s. 203 ff.

hög grad av likformighet i värderingar och konventioner inte krävas."[89] I skenet av denna insikt framstår rätten till självbestämmande för de som kommer i kontakt med socialtjänsten som ett ställningstagande för positiv frihet. Självbestämmande handlar om att kunna förverkliga sin frihet utan att kontrolleras av samhällets normer.[90]

Sammanfattningsvis kan målformuleringen om möjlighet att leva som andra, i betydelsen oberoende (som ett tillstånd) och självständigt (som en egenskap), ses som ett uttryck som relaterar till båda sidorna av frihetsbegreppet; det kan förstås i både den negativa och positiva betydelsen. Den som lever ett oberoende och självständig liv är både fri från (negativa) begränsningar som ett beroende innebär, och därmed i förlängningen fri till att (positivt) göra oberoende – självständiga – val.

4.5.4 Frihet och vilja i SoL och LSS

Frihet i negativ mening (att vara fri från) kan förverkligas genom negativa rättigheter, medan frihet i positiv mening (att vara fri till) kan förverkligas genom positiva rättigheter. (Men därmed givetvis inte sagt att frihet i endera betydelsen *faktiskt* förverkligas, oavsett om det finns eller inte finns rättigheter.) Både SoL och LSS kan sägas innehålla såväl positiva som negativa rättigheter, genom vilka frihet i både positiv och negativ mening tillgodoses. Rätten till bistånd respektive insatser är positiva rättigheter, i betydelsen att den enskilde kan ställa krav på det allmänna att förverkliga frihet i positiv bemärkelse: insatserna eller biståndet ska möjliggöra att leva som andra. Rätten till självbestämmande i enlighet med SoL respektive rätten till inflytande enligt LSS, kan ses som förlängningar av en idé om den negativa friheten – det allmänna ska vara förhindrat att blanda sig i den enskildes privatliv i annan utsträckning än som den enskilde själv efterfrågar och *vill*. Eller annorlunda sagt: "den enskildes *fria vilja* skall utgöra ledstjärnan"[91] vid tillämpningen av (åtminstone) SoL.

När självbestämmande, frivillighet, samtycke och inflytande är begrepp som används för den rättsliga relationen mellan det allmänna och

[89] SOU 1974:39 s. 98.

[90] Jfr Rynning som talar om positiv och negativ självbestämmanderätt; den positiva avser att få bestämma vad som ska ske i vården, den negativa avser att kunna tacka nej. Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 127.

[91] Bramstång, Vilja, valfrihet, samråd och resurser – några nyckelord för socialtjänsten och dess missbruksvård s. 11.

det enskilda rättssubjektet, förutsätts särskilda egenskaper hos det rättssubjekt som ska garanteras självständighet och frihet. Det förutsätts att rättssubjektet är utrustat med, och kan förmedla, en *vilja*. Särskilt tydligt framgår detta antagande om rättssubjektet om man utför tankeexperimentet att ”tänka bort” vilja i relation till begrepp som frivillighet och samtycke. Den som är ”viljelös” kan vare sig samtycka eller motsätta sig något. Den som kan anses sakna vilja kan därmed inte bli tvingad, eftersom tvång förutsätter att en vilja ignoreras eller betvingas.[92] Självbestämmande utan vilja framstår som en direkt omöjlighet. Själva ordet självbestämmande är i det närmaste synonymt med vilja. Försöker man med operationen att ta bort vilja i relation till frihet, i både positiv och negativ mening, kan det ifrågasättas om den som saknar vilja, eller förmåga att förmedla densamma, kan sägas vara vare sig fri eller ofri. Ofrihet synes på samma sätt som frihet förutsätta en vilja eller ett motstånd som kan hindras från frihet.

Kan därmed slutsatsen bli att *förmågan att vilja* är så avgörande för möjligheten att leva som andra (oberoende och självständigt), att detta mål blir ouppnåeligt för personer som inte kan uttrycka en vilja? Frågan kan inte besvaras här.[93] Det kan dock ändå konstateras att om det rättsligt antas att alla människor *har* en vilja och en förmåga att uttrycka denna, uppstår svårigheter när det handlar om personer vars funktionsnedsättningar rör just förmågan att vilja och att uttrycka densamma. I synnerhet i de fall då en vilja kanske finns och också uttrycks, men av olika anledningar inte anses tillförlitlig – när den enskildes personliga förmåga att rättshandla sätts ifråga. Vad händer i de situationer då samtycke är ett krav för att det allmänna ska kunna vidta åtgärder för en persons räkning? Kan dennes bristande förmåga att uttrycka en förnuftig vilja i dessa fall kompenseras på något sätt?

I de avslutande avsnitten i detta kapitel ska de nyss resta frågorna synas närmare. I fokus står regler av största betydelse för den enskildes status som självbestämmande subjekt: kraven enligt SoL och LSS på självbestämmande, inflytande och samtycke i den enskildes relation till det allmänna, och kraven på samtycke enligt FB i relation till godmanskapet.

[92] Jämför resonemangen som fördes i förarbeten till steriliseringslagarna under 1900-talet. Det ansågs som okomplicerat att utan samtycke utföra steriliseringar på sinnesslöa eftersom dessa personer ansågs sakna vilja. Se närmare om detta i avhandlingens kapitel 2 avsnitt 2.3.4.1.

[93] Frågan återkommer i kapitel 6 och 7.

4.6 Rätt till självbestämmande och krav på samtycke

4.6.1 Självbestämmande och samtycke i socialtjänstlagstiftningarna

4.6.1.1 Frivillighetsprincipen i SoL

Som klargjorts i kapitel 2 har utvecklingen över tid varit sådan att samhällets hjälp- och omsorgsinsatser till olika behövande grupper gått från paternalism och tvång, till en alltmer renodlad frivillighetsbaserad omsorg.[94] Fortfarande kan dock socialtjänsten i vissa situationer ingripa med tvång i människors liv. Ingen av de lagar som medger sådant tvång är dock tillämpliga för vuxna personer med utvecklingsstörning såsom utpekad målgrupp.[95] Det närmaste rättsligt sanktionerad omsorg under tvång som vuxna med utvecklingsstörning idag kan sägas komma, är genom förvaltarskapet. Förutsättningarna för anordnande av förvaltarskap behandlas i denna avhandlings kapitel 5.[96]

Alltsedan ÄSoL trädde ikraft år 1982 har SoL karaktäriserats som en frivillighetslag. Innebörden av detta är att SoL, till skillnad från tvångsvårdslagarna LVU och LVM (och LPT, vilken dock faller inom landstingets ansvarsområde), baseras på frivillighet i form av samtycke till insatser från de som behöver stöd eller hjälp från socialtjänsten. I socialutredningens principbetänkande, Socialvården, fördes resonemanget på följande sätt kring den princip om frivillighet i den sociala vården som den nya socialtjänstlagen skulle baseras på:

> ”Principen kan ses mot bakgrund av konventionen om de mänskliga rättigheterna och sådana övergripande mål som demokrati och jämlikhet. Men den har också i hög grad vuxit fram ur den praktiska erfarenheten att åtgärder som vilar på samråd och frivillighet i regel leder till avsevärt bättre resultat än de som kommer till stånd genom tvång och ensidiga diktat.”[97]

[94] Jfr Bramstång, Vilja, valfrihet, samråd och resurser – några nyckelord för socialtjänsten och dess missbruksvård s. 15.

[95] Det är i och för sig möjligt att en person med utvecklingsstörning kan komma ifråga för tvångsvård enligt LVM eller LPT på grund av ett fortgående missbruk eller en allvarlig psykisk störning. Men tvångsvården är då inte grundad i det faktum att den enskilde har en utvecklingsstörning, utan på samma förutsättning som gäller för alla: ett missbruk eller en allvarlig psykisk störning.

[96] Se avsnitt 5.5.3.

[97] SOU 1974:39 s. 98.

Frivillighetsprincipen infördes på två sätt i ÄSoL, och framgår alltjämt på samma sätt i SoL; dels i portalparagrafen, SoL 1:1 st 3 (ÄSoL 1 §), dels i SoL 3:5 (ÄSoL 9 §). I portalparagrafen är principen uttryckt som en del av målen för socialtjänsten, medan den i SoL 3:5 är uttryckt som en uppmaning till socialtjänstens tjänstemän om att insatser för enskild ska planeras och genomföras tillsammans med honom eller henne.

Portalparagrafen har varit oförändrad sedan ÄSoL inrättades.[98] Av dess andra stycke framgår att ”socialtjänsten skall under hänsynstagande till människans ansvar för sin och andras sociala situation inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och gruppers egna resurser.” Av det därpå följande tredje stycket framgår att verksamheten ska bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet. Av de allmänna motiven till ÄSoL framgår att andra och tredje styckets formuleringar innebär att frivillighet och självbestämmande ska vara vägledande vid handläggningen av enskilda ärenden. Vidare anfördes i motiven att det är viktigt som ett led i en demokratisk grundsyn att klienten själv behåller ansvaret för sin situation och att det finns en tilltro till att människor har inneboende möjligheter att utvecklas och växa.[99] I specialmotiveringen betonades det som utmärkande för den nya lagen att den ”så starkt betonar att socialtjänsten ska ha sin utgångspunkt i rätten för den enskilde att själv bestämma över sin situation”.[100]

Benämningen självbestämmande*rätt* är av intresse att belysa lite närmare. Självbestämmandet är inte en rätt som kan ”utkrävas”, utan kan betraktas som en frihet. Den betyder att den enskilde har *rätt att tacka nej* till insatser från socialtjänstens sida.[101] Självbestämmande är inte en rätt som uttryckligen kan härledas till grundläggande rättigheter, men rätten till frihet kan sägas inkludera självbestämmande i både dess positiva och negativa mening.

[98] I prop. 2000/01:80 s. 81 betonas att de principer och värderingar som hade lagts fast i förarbetena till ÄSoL alltjämt ska gälla i SoL.

[99] Prop. 1979/80:1 Del A s. 208 ff.

[100] Prop. 1979/80:1 Del A s. 522.

[101] Landelius redogör för Hohfelds olika rättighetsbegrepp och drar slutsatsen att med Hohfelds terminologi är rätten till självbestämmande en *frihet*. Men, tillägger Landelius, när det är fråga om frivilligt bistånd utgör självbestämmanderätten även vad Hohfeld kallar en *immunitet*, på så sätt att socialnämnden inte har befogenhet att ålägga den enskilda några förpliktelser. Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 34 f.

Den rättsliga konsekvensen av frivillighetsprincipen i SoL är att socialnämnden saknar befogenhet att agera i förhållande till en enskild om inte denne samtycker till agerandet. Att så är fallet framgår inte uttryckligen av SoL, men kan utläsas omvänt: det finns ingen regel i SoL som anger att socialnämnden får fatta beslut som rör den enskilde mot dennes vilja. Eftersom legalitetsprincipen i RF 1:1 anger att den offentliga makten utövas under lagarna, och eftersom det inte finns något stadgande i SoL som ger socialnämnden befogenhet att agera utan samtycke från den enskilde, krävs således att de enskilda ger sitt samtycke till socialnämnden att agera.[102]

Viss ledning för att närmare kunna förstå varför självbestämmande är formulerat som en rätt i SoL, kan erhållas från Socialutredningens principbetänkande. Under rubriken ”Ökat inflytande åt klienterna” diskuterades det förhållandet att forskning visat att sådan socialvård med paternalistiska förtecken som bedrevs innan socialtjänstreformen hade haft ett särskilt slag av negativa konsekvenser:

> ”I fråga om ’socialvårdsklientelet’ har […] socialvården genom sin patriarkaliska (sic!) tradition och betoning av den sociala kontrollen delvis *motverkat en frigörelse* av klienternas personliga resurser. Det har understrukits att de ’särdrag’ och ’karakteristika’ som anges i termer av ’fattigkulturer’ o d inte är någonting annat än en följd av svåra yttre förhållanden. Här kan också andras förväntningar på ett visst beteende bidra till att det man väntar sig också förverkligas. Negativa förväntningar verkar då som en ’självuppfyllande profetia’.”[103] (min kurs.)

Genom att betona en rätt till självbestämmande avsågs att vidga demokratidiskussionen till att inkludera fler människor genom att frigöra människors faktiska möjligheter och förmågor att utöva medinflytande och att göra sina krav och anspråk gällande i frågor som rörde deras egna

[102] Dock får det påpekas att det finns en gråzon där frivilligheten och samtycket sätts i gungning. Ett exempel är socialnämndens ansvar enligt tvångslagarna LVU och LVM i kombination med socialnämndens utredningsskyldighet enligt SoL 11:1. Utredning får inledas även om den enskilde inte samtycker därtill i de fall något kommit till socialnämndens kännedom som kan föranleda åtgärd från socialnämndens sida. Har en anmälan inkommit om ett barns behov av skydd eller stöd eller en missbrukares behov av vård, kan således utredning inledas utan samtycke om det finns anledning att tro att det kan finnas grund för tvångsvård i det enskilda fallet. En förutsättning för att vård ska kunna ges enligt LVU (1 §) eller LVM (4 §) är att vården inte kan ges på frivillig väg. Att enskilda samtycker till vård enligt SoL – ”SoL med knuff” – under hotet om att det annars blir fråga om att socialnämnden ansöker om tvångsvård, är ett välkänt faktum i det sociala arbetet.

[103] SOU 1974:39 s. 102.

levnadsförhållanden. Det betonades att den som lever under pressade sociala och ekonomiska förhållanden har större svårigheter i livssituationen än andra, och ofta även lägre självvärdering. Med insikten om att ”de som ’avviker’ är i grunden lika oss andra”,[104] anfördes också att ”[f]ör att bryta den låga självvärderingen och passiviteten måste kvardröjande förmyndarmässiga attityder från socialvårdsorganens sida ersättas av en mer demokratisk syn och samverkan mellan de hjälpberoende och myndigheterna.”[105]

När SoL infördes år 2002, påpekades att de principer och värderingar som hade lagts fast i samband med 1980-års socialtjänstreform alltjämt skulle gälla för socialtjänstens verksamhet. Principerna ger, enligt motiven, inte bara vägledning för socialtjänstens faktiska verksamhet, utan även för den *människosyn* som ska råda i verksamheten. Dock ansågs det angeläget att de principiella begreppen – helhetssyn, frivillighet, självbestämmande, flexibilitet, kontinuitet, normalisering, närhet och valfrihet – skulle konkretiseras och manifesteras i det sociala arbetet så att de inte utvecklas till tomma honnörsord utan konkret innebörd.[106]

I ljuset av avsikten att frigöra människors egna resurser kan sägas att frivillighetsprincipen inte bara är en fråga om negativ, utan också och kanske framförallt, positiv frihet. Den handlar om möjligheter att göra sina egna livsval. Genom en ny hållning inom socialtjänstens verksamhet gentemot människor som behöver hjälp var avsikten att de enskildas positiva frihet skulle kunna frigöras och ökas.

Den andra delen av frivillighetsprincipen framgår av SoL 3:5 st 1 (ÄSoL 9 §):

> ”Socialnämndens insatser för den enskilde skall utformas och genomföras tillsammans med honom eller henne och vid behov i samverkan med andra samhällsorgan och med organisationer eller andra föreningar.”

Genom detta stadgande kan sägas att positiv frihet i betydelsen *valfrihet* kommer till uttryck. Av förarbetena till ÄSoL 9 § framhölls att detta lagrum i huvudsak riktar sig till tjänstemännen inom socialtjänsten: det talar om hur dessa ska arbeta. Socialtjänsten får inte ”vidta insatser ’över huvud’ på klienterna.[107] Den enskilde ska inte heller serveras lösning-

[104] SOU 1974:39 s. 102.
[105] SOU 1974:39 s. 102.
[106] Prop. 2000/01:80 s. 81.
[107] Prop. 1979/80:1 Del A s. 528.

ar som socialtjänsten har bestämt, utan insatser ska både planeras och genomföras tillsammans med den enskilde. Socialtjänsten ska *samråda* med den enskilde.[108] Regeln innebär ”en begränsning av myndighetens handlingsfrihet och därmed sammanhängande maktposition i förhållande till den enskilde.”[109] Den enskilde kan däremot inte, med hänvisning till SoL 3:5, hävda någon ovillkorlig rätt att välja insatser eller hur insatser ska utformas.[110]

4.6.1.2 Frivillighetsprincipen i LSS

När det gäller frivillighetsprincipen i LSS kan inledningsvis konstateras att den kommer till uttryck i 6 § st 1 på i det närmaste ordagrant samma sätt som i SoL 1:1 st 3:

> ”Verksamheten skall vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet.”

Den därpå följande meningen i 6 § LSS avviker dock från SoL:

> ”Den enskilde skall i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges.”

Någon motsvarande skrivning om största möjliga inflytande och medbestämmande som i denna andra mening i LSS 6 § återfinns inte i SoL. Enligt specialmotiveringen till 6 § markerar bestämmelsen respekten för individens egna önskningar och behov, vilket exemplifieras med att om den enskilde önskar en viss person som personlig assistent eller kontaktperson så bör detta önskemål respekteras.[111] I den allmänna motiveringen, under rubriken ”Vissa inflytandefrågor”, framhålls att syftet med insatser enligt LSS är att främja svårt funktionshindrades utveckling till ett så självständigt och oberoende liv som möjligt. Det påpekas att insat-

[108] Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 118.

[109] Bramstång, Vilja, valfrihet, samråd och resurser – några nyckelord för socialtjänsten och dess missbruksvård s. 19.

[110] Prop. 1979/80:1 Del A s. 185; Prop. 2000/01:80 s. 88 ff. Jfr Bramstång a.a. s. 19. Se även RÅ 1991 ref 97, där HFD prövade val av form av missbruksvård. Med motiveringen dels att SoL betonar självbestämmande och integritet och att den form av behandling som den enskilde själv är motiverad till torde ha störst möjligheter att lyckas, dels att det inte kunde anses finnas någon större skillnad i lämplighet eller kostnad mellan de två alternativen, fann HFD att den enskildes självbestämmande över insatsen skulle vara avgörande. Jfr HFD 2013 ref 39 som i princip är en upprepning i fråga om omständigheter och resultat som i RÅ 1991 ref 97.

[111] Prop. 1992/93:159 s. 171.

serna ska vara grundade på respekt för den enskildes rätt att bestämma över sig själv och sina egna angelägenheter, vilket ifråga om personlig assistans framstår som ”naturligt”. Den personliga assistentens uppgift är att tillgodose den enskildes önskemål om hjälp. I relation till övriga insatser sägs dock den enskildes inflytande och självbestämmande behöva uppmärksammas särskilt.[112]

I specialmotiveringen till 7 § LSS återkommer föredraganden, i relation till kvalitetsnivån goda levnadsvillkor, till vad som sägs i 6 §:

> ”Insatserna skall utformas så att de ökar den enskildes möjligheter att leva ett självständigt liv. Insatserna får *inte ges formen av ett beskyddande omhändertagande där den enskilde själv spelar en passiv roll*. Det bör eftersträvas att den enskilde själv tar aktiv del i beslut om olika insatser. Såsom framhållits i motiven till 6 § skall sålunda den enskildes […] önskemål om t.ex. vem som skall utses till kontaktperson eller hur korttidsvård ska utformas, tillgodoses i största möjliga utsträckning. Alla insatser bör i övrigt ha en aktiverande prägel med yttersta syfte att även den som har omfattande funktionshinder i största möjliga utsträckning skall kunna bo självständigt och arbeta som andra.”[113] (min kurs.)

Frihet i positiv mening, som en möjlighet att själv välja hur man vill leva sitt liv, synes jämfört med SoL ha en mer framskjuten position i LSS. I förhållande till rätten till bistånd enligt SoL markeras särskilt i förarbetena att den enskilde inte har någon ovillkorlig rätt att välja insats eller hur en insats ska utformas.[114] I händelse av att socialnämnden och en enskild har olika uppfattning om vilken insats som ska väljas, ska socialnämnden sammanväga den enskildes önskemål med olika insatsers kostnader och lämplighet.[115]

Som en ytterligare förstärkning av den enskildes positiva frihet anges i LSS 8 § st 1 att insatser till enskild endast får ges om han eller hon själv begära det. För den som är under 15 år och för den som uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan kan dock legal ställföreträdare begära insatsen. I relation till kravet på egen begäran poängterades i förarbetena att i de senare fallen, då begäran om insats görs av någon annan än den insatsberättigade själv, ”krävs en mycket stor lyhördhet och respekt för de önskemål som den enskilde ger uttryck för”.[116]

[112] Prop. 1992/93:159 s. 96 f.

[113] Prop. 1992/93:159 s. 173.

[114] Prop. 1979/80:1 Del A s. 185; prop. 2000/01:80 s. 88 ff.

[115] Prop. 2000/01:80 s. 91.

[116] Prop. 1992/93:159 s. 97.

Av specialmotiveringen framgår att bestämmelsen utgör ett påpekande om att lagen saknar tvångsbestämmelser.[117] Påpekandet får förstås mot bakgrunden att personer med utvecklingsstörning under större delen av 1900-talet kunde vårdas med tvång.[118] Jämfört med SoL, som inte uppställer något krav på egen begäran men däremot samtycke, har det i LSS tydligt markerats mot möjligheterna till ett paternalistiskt förhållningssätt gentemot den enskilde från den beslutande myndighetens sida.

Självbestämmande och egen initiativrätt behöver dock inte alltid vara av godo. Att det egna initiativet betraktas som ett värde i sig i LSS, kan även vara problematiskt.

> ”Att initiativet ligger hos individen är viktigt för att förändra synen på personer med funktionshinder som passiva omsorgstagare till aktiv medborgare. Självbestämmande och delaktighet förutsätter att människor har frihet att ta egna initiativ. *Men det förutsätter också att de som behöver stöd för att ta initiativ får det.* Många kan bli övergivna av samhället om de inte får hjälp […]. Rätten att få ta egna initiativ och slippa förmynderi har tyvärr också fört med sig något som inte är lagens intention, nämligen en förväntan att enskilda skall driva sina egna ärenden. Det är omöjligt för många.”[119] (min kurs.)

Av intresse att notera är hur *vilja som förmåga* sätts i fokus genom LSS 8 §.[120] Endast om förmåga att på egen hand *ta ställning* i frågan uppenbart saknas, kan en legal ställföreträdare begära insats i den enskildes ställe. Frågan är då vad som i sammanhanget av LSS menas med förmåga att ta ställning?[121]

Av specialmotiveringen framgår att den åldersgräns på 15 år som uppställts för att någon ska kunna begära insatser på egen hand, är den då den enskilde kan anses vara tillräckligt mogen för att dennes *viljeyttring* ska ha *självständig betydelse*. En 15-åring som själv förstår vad saken gäller och som kan uttrycka en vilja kan alltså inte enbart på vårdnadshavarens eller förmyndarens begäran beviljas insatser. Samtidigt gäller också det omvända; insatser kan inte beviljas enbart på ett barns begäran om vårdnadshavaren motsätter sig dessa. Ett sådant förfarande skulle strida

[117] Prop. 1992/93:159 s. 173.

[118] Se avhandlingens kapitel 2, avsnitt 2.3, för en redogörelse över de tvångslagar som varit i kraft vid olika tider under 1900-talet.

[119] SOU 1999:21 s. 133 f.

[120] Se om vilja som förmåga ovan i avsnitt 4.4.4.

[121] Krav som uppställs för personlig förmåga att rättshandla i olika sammanhang analyseras närmare i kapitel 6, avsnitt 6.2.

mot vårdnadshavarens rätt enligt FB 6:11 att bestämma i barnets angelägenheter.[122]

Här kan noteras att en skiljelinje dras mellan barns och vuxnas vilja. Viljeyttringar från den som är under 15 år anses inte ha självständig betydelse; först vid 15 års ålder antas att den enskilde kan *förstå* och vara *mogen* att ge en viljeyttring som kan tillmätas självständig betydelse. Om däremot någon är över 15 år måste, för att insatser ska kunna ges enligt lagen, denne själv begära insatser, så länge det inte är fråga om att denne ”uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan”. I sådana fall får insatser begäras av legal ställföreträdare.

Det förefaller föreligga en gråzon här. Varför skulle en 14-åring utan intellektuell funktionsnedsättning vara mindre förmögen att förstå och avge en viljeyttring som kan tillmätas självständig betydelse än exempelvis en vuxen med en demenssjukdom eller med utvecklingsstörning? Och hur ska man förstå det faktum att vuxna med utvecklingsstörning i många fall *inte* kan sägas sakna uppenbar förmåga att ta ställning i frågan, men samtidigt inte har kunskaperna och kompetensen att själv begära insatser? Krävs verkligen en förmåga att uttrycka en förståndig vilja, så som det framstår enligt resonemanget om åldersgränsen, eller är det avgörande snarare att det kan konstateras att den enskilde inte motsätter sig insatser – så att det kan bli fråga om ett tvång? Vad är egentligen det avgörande här – den enskildes förmåga att uttrycka en fri och rationell vilja som kan godtas som *befogenhetsgrund* för det allmännas agerande, eller att den enskildes *autonomi och integritet* skyddas? Vilken aspekt av den enskildes frihet ska skyddas – den positiva eller negativa? Till hjälp för utredningen av dessa frågor, granskas i det följande begreppen autonomi och integritet.

4.6.1.3 Autonomi och integritet

Ett ord som ofta används när självbestämmande, frivillighet och samtycke diskuteras, är *autonomi*. Det finns dock ingen rättslig definition av begreppet. Ordet förklaras som ”en vidsträckt rätt att bestämma om egna angelägenheter”.[123] Ordet är en sammansättning av grekiskans *autos* som betyder själv, och *nomos* som betyder lag. Ursprungligen användes begreppet i relation till idén om medborgerligt självstyre i grekiska städer,

[122] Prop. 1992/93:159 s. 173.
[123] SAOB.

men därefter har det använts i olika tanketraditioner knutna till individers självstyre. Ibland används det för att tala om *en persons förmåga* att styra sig själv, ibland används det för att tala om *individers rätt till självbestämmande*.[124] Självbestämmande respektive autonomi kan således, beroende av i vilken betydelse begreppet autonomi används, betraktas som begrepp som uttrycker samma sak. Till grund för såväl självbestämmanderätten som autonomin, sägs uppfattningen om människans *fria vilja* ligga.[125]

Enligt både SoL 1:1 st 3 och LSS 6 § ska verksamhet som bedrivs enligt lagarna respektera enskildas självbestämmanderätt *och integritet*. Begreppet *integritet* förklaras som ”rätt att ha en egen sfär som är skyddad från intrång”.[126] Begreppet integritet förekommer i olika rättsliga sammanhang, men synes inte i något av dessa sammanhang vara klart definierat. Oftast handlar integritet i rättslig mening om en privat sfär, vilken ska vara fredad eller skyddad från exempelvis intrång från det allmänna eller från andras insyn genom att information lämnas ut.[127] Exempelvis skyddas medborgarnas integritet genom olika fri- och rättigheter enligt RF eller i EKMR,[128] liksom skyddet för den personliga integriteten skyddas genom regler i offentlighets- och sekretesslag (2009:400) (OSL). Förstås integritet i ovanstående mening är det således främst negativ frihet som värnas genom begreppets användning – den enskildes privata sfär ska vara fri från intrång från det allmänna.

Ordet integritet har sitt ursprung i latinets två ord *integritas* och *integer*. Det första betyder oskadat tillstånd eller hederlighet, det andra betyder hel eller ofördärvad.[129] Angående integritet, anförde Handikapputredningen att det gemensamma för insatser som regleras i SoL och dåvarande omsorgslagen (som senare ersattes av LSS) är att de ”värnar människovärdet genom att slå fast rätten till integritet, dvs. en rätt till

[124] Se Nikku, Informative paternalism s. 168. Jfr Mattsson, Barnet och rättsprocessen s. 33, som skriver att ”[i]ntegriteten skall säkerställas av autonomin”.

[125] Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 40.

[126] SAOB.

[127] Se SOU 2008:3 s. 161 ff.

[128] Se SOU 1984:54 s. 42, där integritet delas upp i rumslig, materiell, kroppslig och personlig integritet i antingen fysisk eller ideell mening. Med personlig integritet i ideell mening avses skydd för personligheten och för privatlivet inklusive den privata ekonomin. Jfr Mattsson, Barnet och rättsprocessen s. 120.

[129] SAOB. Se även Landelius a.a. s. 117 som skriver att ”Integritet kommer av latinets ord för helhet.”; och Handikapputredningen som i SOU 1991:46 s. 124 skriver att ”Integritet betyder helhet och sammanhang.”

att få sitt värde respekterat."[130] Då ordet integritet betyder helhet och sammanhang, anförde Handikapputredningen att rätten till integritet innebär att människan i sin helhet ska respekteras.

Samtidigt framhöll handikapputredning att det är svårt för vissa människor att själva kunna formulera och försvara rätten till integritet eller till autonomi. Självbestämmanderätten och integriteten kan för vissa grupper komma att nonchaleras. Antingen på grund av att rätten frikopplas från grundläggande människosyn eller därför att vissa människors förmåga att utöva sin självbestämmanderätt inte får någon tilltro. Som ett exempel fördes följande resonemang som utgår från personer med utvecklingsstörning:

> "Integritet och värdighet hävdas genom självbestämmande. Om en person inte själv kan utöva rätten till självbestämmande och försvara sin integritet blir han/hon beroende av att rätten kan hävdas av andra, ställföreträdare bland t. ex. anhöriga och personal. Historik om synsätt på handikapp kan visa, att det inte är länge sedan alla med psykisk utvecklingsstörning fråntogs respekten för sin förmåga att utöva självbestämmande. Det försvarades bl.a. med uppfattningar om funktionsnedsättningens karaktär, men handlade också om värderingar av människor med förståndshandikapp."[131]

Handikapputredningen påpekade att även om det vid inledningen av 1990-talet kunde skönjas en positiv förändring i synen på personer med utvecklingsstörning och deras förmåga att bestämma om sig själva, föreföll denna förändring variera beroende av omgivningens kunskaper och förhållningssätt. Utredningen varnade också för riskerna för maktmissbruk hos de som är satta att hjälpa de som själva inte kan bestämma på egen hand; att de så kallade "hjälparnas" åsikter och värderingar, i vad-som-är-bäst-för-den-enskildes namn, kommer att vara styrande för vad ett gott liv för den enskilde ska innebära och hur det ska utformas. I sådana fall kan rätten till självbestämmande och integritet komma att nedtonas med hänvisning till att den enskilde inte vet eller förstår sitt eget bästa.

[130] SOU 1991:46 s. 124.

[131] SOU 1991:46 s. 125. Notera hur handikapputredningen jämställer ställföreträdare med anhöriga och personal. Förvisso kan en anhörig eller en anställd i en verksamhet där den enskilde får vård eller liknande ha formell ställföreträdarbehörighet, men i så fall krävs att den enskilde har förmåga att skapa sådan behörighet genom att ställa ut en fullmakt. Inte alla som saknar förmåga att hävda sin självbestämmanderätt eller integritet kan anses ha förmåga att ställa ut fullmakter. Avses en legal ställföreträdare blir meningen "ställföreträdare bland t. ex. anhöriga eller personal" missvisande. Se kapitel 5, avsnitt 5.2.2 för närmare redogörelse för skillnader mellan fullmäktige och legala ställföreträdare.

Än mer komplicerad blir frågan om rätt till respekt för integritet och självbestämmande för exempelvis personer med utvecklingsstörning när det omvända förhållandet uppmärksammas – att den enskildes självbestämmanderätt och integritet i vissa situationer *överbetonas*.[132] Ett sådant förhållande är enligt utredningens mening inte, även om det på ytan förefaller så, förenligt med grundsynen om människovärdighet:

> ”Det omvända – att styrkan och självbestämmandet hos den enskilde överbetonas – kan förekomma och är då inte säkert i överensstämmelse med vårt grundläggande synsätt. Ytligt kan det dock se ut så. Begreppet normalisering har t.ex. ibland felaktigt använts för att försvara principen om rättvisa i situationer där en person med funktionshinder i själva verket får en sämre situation än andra. […] normaliseringsprincipen missbrukas och tar inte hänsyn till den enskildes utgångsläge i förhållande till andra.”[133]

Avslutningsvis underströk Handikapputredningen att ju mer nedsatt förmågan till självbestämmande är hos en person, desto mer utsatt är hennes integritet. Ju ”svagare” en människa är, desto mer beroende av andras solidaritet blir hon för att få sin integritet säkerställd.[134]

Sammanfattningsvis kan autonomi och integritet uppfattas som två sidor av samma mynt. Autonomi kan betraktas som en position i rättsliga och andra sammanhang, vilken rättsligt kommer till uttryck genom en rätt till självbestämmande. Integritet får betraktas som den privata sfär som ska vara skyddad från ingrepp från det allmännas sida – en sfär där individens självbestämmande kan utövas. Integritet är dock ett vidare begrepp än självbestämmande.[135] En persons integritet kan kränkas utan att självbestämmanderätten påverkas.

4.6.1.4 Giltiga samtycken i socialtjänstlagstiftningen

Ovan ställdes frågan vad som avses tillgodoses genom frivillighetsprincipen enligt SoL och kravet (enligt LSS) på att den enskilde själv ska begära insatser – om det som skyddas genom dessa regler är den enskildes

[132] Se Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar. I artikeln argumenteras för hur en överbetoning av rätten till integritet och självbestämmande resulterat i en restriktiv tolkning av reglerna om god man och förvaltare med förfelande konsekvenser.

[133] SOU 1991:46 s. 126.

[134] SOU 1991:46 s. 127.

[135] Mattsson, Barnet och rättsprocessen s. 35; Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 118.

fria vilja eller dennes autonomi och integritet. Beroende av svaret på den frågan, blir utfallet på frågan om vilka krav som kan uppställas för samtyckens giltighet olika.

Socialtjänsten har möjlighet att agera med syfte att hjälpa enskilda på såväl frivillig som tvångsmässig grund. Ska hjälp ges med stöd av SoL krävs, mot bakgrund av SoL 1:1 och 3:5, att den enskilde samtycker till utredning och till det som beslutas. Som klargjorts ovan var det uttalade syftet med frivillighetsprincipen när ÄSoL infördes att bryta med en förlegad syn på socialhjälpbehövande som svaga och i behov av ett paternalistiskt omhändertagande; syftet var att genom frivilliga stöd- och hjälpinsatser kunna frigöra enskildas inneboende resurser. Det sistnämnda syftet ansågs svårt att uppnå om hjälp skulle tvingas på enskilda. Samtyckets funktion i relation till bistånd från socialtjänsten är med andra ord att tillgodose det positiva frihetsvärdet, genom att försäkra att det är på grund av den enskildes eget val och i enlighet med den enskildes önskemål som hjälpen ges.

I vissa fall, då socialtjänsten har befogenhet enligt LVU eller LVM att agera med tvång för att hjälpa enskilda, kan gränsen mellan frivillighet och tvång sägas vara uppluckrad. Av både LVU och LVM framgår att vård med stöd av SoL är förstahandsalternativet när någon behöver hjälp av sådant slag som regleras i förstnämnda lagar.[136] En förutsättning för socialnämndens möjlighet att agera med stöd av endera tvångsvårdslag, är att den behövliga vården inte kan ges på frivillig väg.[137] I detta sammanhang får ett samtycke till vård en annan dimension än när det inte föreligger ett (underförstått eller uttalat) hot om vård med tvång i bakgrunden. Genom att samtycka till vård kan den enskilde, i de fall socialnämnden bedömer att behovet av vård kan tillgodoses på frivillig väg, undvika vård med tvång. Samtycket får därmed i dessa lägen betraktas som en fråga om negativ frihet; samtycket hindrar det allmänna från att ingripa med stöd av tvång. Frågan som återstår att utreda är därmed vad som krävs för att ett samtycke till vård ska anses giltigt.

[136] LVU 1 § och LVM 2 §.

[137] Se LVU 1 § och LVM 4 §. Notera dock att ”vård på frivillig väg” är ett svepande uttryck. I LVU 1 § anges att vård ska beredas enligt lagen om det kan antas att behövlig vård inte kan ges med samtycke. Enligt LVM 4 § ska vård beslutas om vårdbehovet inte kan tillgodoses enligt SoL eller på något annat sätt. Med ”annat sätt” menas om vård kan ges enligt annan lag, även annan tvångsvårdslag.

Ett samtycke är en rättshandling – ett uttryck för en vilja med avsikt att ge rättsliga konsekvenser.[138] Beroende av om det är den positiva eller negativa friheten som betraktas som skyddsvärd, blir utfallet olika vad gäller hur och av vem ett samtycke ska uttryckas för att vara giltigt. Om det är negativ frihet som ska skyddas, i betydelsen att den enskilde ska vara fri från socialtjänstens inblandning i dennes liv, bör strikta krav ställas på samtycket mot bakgrund av legalitetsprincipen (RF 1:1). Vad som ska klarläggas i dessa fall är att den enskilde verkligen är *införstådd med samtyckets konsekvenser*, och att samtycket *lämnats frivilligt*, utan påtryckningar.[139] Är det istället positiv frihet som ska tillgodoses, att den enskilde exempelvis genom det allmänna ska kunna kompenseras för brister i livssituationer och därigenom frigöras och ges valmöjligheter i sitt liv, blir det viktiga istället att säkerställa att den enskildes ges faktisk möjlighet att uttrycka sin inställning, lämna sina synpunkter och uttrycka sina önskningar.

Med tanke på att ett samtycke på beskrivet sätt kan fylla olika funktioner, blir svaret på frågan om vem som kan lämna ett giltigt samtycke och hur detta ska uttryckas, beroende av vad samtycket avser. Kraven blir inte desamma om frågan avser det allmännas befogenhet att ge bistånd till enskilda, som när fråga är om ett ingripande från det allmännas sida i den enskildes privata sfär. Vad som står på spel i de olika situationerna är två olika sidor av frihetsvärdet. I båda fallen kan dock, i enlighet med allmänna krav på personlig förmåga att rättshandla, krav ställas på att den enskilde *förstår vad samtycket innebär*. Annars kan det inte avgöras att viljeförklaringen tar sikte på den specifika rättsliga konsekvensen.

[138] Se dock Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 54 ff, som skiljer mellan viljeyttringar och rättsliga viljeförklaringar. Om den enskilde samtycker till bistånd från socialnämnden är det enligt Landelius endast fråga om en viljeyttring, avser däremot samtycket sådan vård som kan ges enligt LVU eller LVM, är det istället fråga om rättsliga viljeförklaringar. Endast de senare är enligt Landelius att betrakta som förenade med krav på giltighet i rättslig mening, eftersom det endast i relation till de senare finns en rättslig norm i form av en rättsregel som anger vilken betydelse viljeförklaringen ska tillmätas. Den åtskillnad mellan viljeyttringar och rättsliga viljeförklaringar som Landelius gör förefaller dock inte helt övertygande. En viljeyttring som avges med avsikt att få rättsliga konsekvenser är som jag ser det en rättshandling – oaktat om det finns en rättsregel eller inte som anger vilken rättslig konsekvens som ska följa av viljeyttringen. Se Adlercreutz & Gorton, Civilrätt I s. 24 f. Ett samtycke till bistånd bör lika mycket uppfattas som en rättshandling som ett samtycke till sådan vård som kan ges enligt LVU eller LVM.

[139] Landelius, Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten s. 57.

4.6.2 Samtyckeskrav i förmynderskapsrätten

4.6.2.1 Samtycke till anordnande av godmanskap enligt FB 11:4

Bestämmelserna om legalt ställföreträdarskap i FB saknar inledande målformuleringar motsvarande de som återfinns i SoL och LSS. Det finns inga principiella ställningstaganden i lagtexten om den enskildes självbestämmanderätt och integritet. Frihet som värde kan ändock sägas komma till uttryck genom regleringen av vad som krävs för att godmanskap respektive förvaltarskap ska kunna anordnas.[140]

Redan här kan påpekas att något samtycke inte krävs för att rätten ska få anordna ett förvaltarskap. Däremot får inte förvaltarskap anordnas om det är tillräckligt att godmanskap anordnas eller att den enskilde får hjälp på något annat mindre än förvaltarskap, ingripande sätt. Denna princip om minsta ingripande åtgärd som sålunda uttrycks i FB 11:7 kommer närmare att diskuteras i avhandlingens kapitel 5. Här ska istället fokuseras på det *samtyckeskrav* som uppställs som villkor i FB 11:4 för att ett godmanskap ska kunna anordnas.[141] Även frågan om huvudmannens samtycke till rättshandlingar som dennes god man vill företa inom ramen för ett pågående ställföreträdaruppdrag uppmärksammas nedan.

Av FB 11:4 st 1 framgår under vilka förutsättningar ett beslut om godmanskap ska fattas. Därav framgår även att:

> ”Ett sådant beslut får inte meddelas utan samtycke av den för vilken godmanskap skall anordnas, om inte den enskildes tillstånd hindrar att hans eller hennes mening inhämtas.”

I specialmotiveringen till lagrummet sägs kortfattat att det av FB 11:17 framgår att rätten inte får underlåta att inhämta den enskildes mening, om det inte föreligger läkarintyg eller annan likvärdig utredning om tillståndet. Det påpekas även att någon möjlighet att efterge kravet på samtycke vid särskilda skäl av annat slag än att tillståndet hindrar ett samtyckesinhämtande – vilket var möjligt enligt tidigare FB 18:3 – inte finns.[142] Däremot diskuteras inte, vare sig i specialmotiveringen eller i den allmänna motiveringen, vilken ”kvalitet” ett samtycke ska ha, det vill

[140] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 207 anför att ”[d]et intresse som tillgodoses genom regeln [dvs kravet på samtycke enligt FB 11:4, min anm.] är den enskildes intresse av bibehållen autonomi, även i de situationer då ett visst hjälpbehov ändå kan iakttas.”

[141] Övriga villkor som ska vara uppfyllda för att legalt ställföreträdarskap – såväl godmansom förvaltarskap – ska kunna anordnas, framgår i avhandlingens kapitel 5, avsnitt 5.4.

[142] Prop. 1987/88:124 s. 164.

säga om det kan ställas några krav på vad som kan anses vara ett ”giltigt” samtycke.[143]

I den allmänna motiveringen förhåller sig föredraganden kritisk till det faktum att kravet på samtycke enligt tidigare gällande FB 18:3 kunde efterges om det fanns särskilda skäl, även om möjligheten var avsedd att nyttjas restriktivt .[144] I motiven till FB 18:3 hade som exempel på sådana särskilda skäl framförts den situationen då en person är part i rättegång men inte är förmögen att föra sin egen talan på grund av sitt sinnestillstånd.[145] Nyttan av att förordna god man i de fall ett samtycke inte finns till anordnandet torde dock, som föredraganden påpekar, vara begränsad. Utan ett samtycke från den enskilde har en god man små möjligheter att kunna biträda den enskilde i hans angelägenheter med tanke på att den enskildes behörighet att företa rättshandlingar inte påverkas av ett godmanskap. Risken för kolliderande rättshandlingar blir i sådana fall uppenbar. Mot bakgrund av dessa betänkligheter utmönstrades möjligheten att förordna god man utan samtycke. I de fall någon som är i behov av legal ställföreträdare vägrar att ge sitt samtycke till ett godmanskap, finns istället möjligheten att överväga att anordna ett förvaltarskap.[146]

Frågan om samtycke inom förmynderskapsrätten är inte en sentida företeelse. Redan enligt 1924 års förmynderskapslag fanns möjlighet att anordna godmanskap vid övergående sjukdomstillstånd.[147] I förarbetena till förmynderskapslagen anförde lagberedningen följande angående att samtycke krävdes för anordnande av godmanskap enligt 11:3:

> ”Regelmässigt skall förordnande av god man jämlikt detta stadgande icke meddelas utan den sjukes eget samtycke. Detta överensstämmer med godmanskapets allmänna förutsättning, att åtgärden icke berör den sjukes handlingsförmåga. Där sådan förmåga finnes, kräver hänsyn till den sjukes medborgerliga frihet och säkerhet, att godmanskap ej anordnas utan hans samtycke. Endast om sjukdomen medför hinder mot samtyckes inhämtande, må god man det oaktat förordnas.”[148]

[143] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 208 ff.

[144] Möjligheten förelåg mellan åren 1975–1989.

[145] Se prop. 1987/88:124 s. 138, som i sin tur hänvisar till prop. 1974:142 s. 122.

[146] Prop. 1987/88:124 s. 138.

[147] Se förmynderskapslag (1924:6) 11:3. Lagtexten löd: ”Är någon för sjukdom, som kan antagas vara övergående, ur stånd att bevaka sin rätt och förvalta sin egendom, skall rätten, där så erfordras, förordna god man att bevaka hans rätt eller förvalta egendomen; dock må sådant förordnande ej givas utan den sjukes samtycke, med mindre sjukdomen medför hinder mot samtyckes inhämtande.”

[148] NJA II 1924 s. 492.

Angående den *förmåga* som omnämns i citatet, betonas i samma källa att god man endast skulle förordnas då ”ett verkligt behov av sådan åtgärd föreligger”. Med verkligt behov menades inte att det var en förutsättning för ett godmanskap att sjukdomen skulle ”hindra utfärdandet av en fullmakt”. Tvärtom anfördes att ”det är tillräckligt, att den sjuke icke förmår vederbörligen instruera och övervaka en av honom utsedd fullmäktig”.[149]

De sjukdomstillstånd som stadgandet främst var avsett för, var psykiska sjukdomstillstånd med antingen en god prognos, eller som ännu befann sig i ett begynnelsestadium där det kunde finnas grunder för att anta att tillståndet kunde komma att återgå. Stod det klart att sjukdomen och dess konsekvenser vad gällde den enskildes förmåga att själv vårda sina angelägenheter skulle bli bestående, var dock omyndigförklaringen tillämplig. Ett av skälen som anfördes för att härigenom begränsa omyndigförklaringens tillämpningsområde var

> ”[…] nödvändigheten i vissa fall av en alldeles särskilt skonsam behandling av den sjukes person. Genom en omyndighetsförklaring och dess kungörande kan sjukdomen förvärras. Härtill kommer svårigheten att, då en gång på grund av sinnessjukdom omyndigförklaring skett, få denna åter upphävd. Härför erfordras läkarintyg om återvunnen hälsa. Men innan ett sådant intyg kan erhållas, måste den omyndigförklarade […] leva under den nedtryckande känsla, som svårigheten att få omyndigförklaringen hävd kan framkalla.”[150]

Omsorg om den enskilde var således avgörande för att det skulle finnas ett alternativ till omyndigförklaring för tillfälliga sjukdomstillstånd. Skälet som framfördes för att den enskilde skulle samtycka om han hade ”handlingsförmåga” var att avsaknad av ett samtycke annars skulle strida mot hans medborgerliga frihet och säkerhet. Samtyckeskravet vid denna tidpunkt kunde således betraktas som ett sätt att värna den enskildes negativa frihet. Samtidigt var godmanskapet ett sätt att värna den enskildes positiva frihet, eftersom ett godmanskap möjliggjorde bibehållen rättslig handlingsförmåga och därmed möjligheterna att styra över sina egna angelägenheter i den mån så var görligt.

Regleringen om godmanskap vid tillfälliga sjukdomstillstånd lyftes, jämte reglerna om omyndigförklaring, oförändrad över till 1949 års FB. Först i mitten av 1970-talet reformerades förmynderskapsrätten. Grunderna för omyndigförklaring inskränktes kraftigt, och godmanskapet

[149] NJA II 1924 s. 491.
[150] NJA II 1924 s. 491.

som vi känner det idag infördes. Avsikten med godmanskapet var (och är) att erbjuda ett mindre ingripande legalt ställföreträdarskapsalternativ för mer permanenta tillstånd som föranleder behov av hjälp.[151] Eftersom omyndigförklaring från år 1975 enbart kunde komma ifråga vid psykisk sjukdom, hämmad förståndsutveckling eller psykisk abnormitet av annat slag, ansågs det vid denna tidpunkt nödvändigt att godmanskap kunde komma ifråga även i fall då den enskilde *inte* samtyckte.[152] För detta krävdes dock särskilda skäl.

I NJA 1977 s. 201 prövade HD om det kunde anses föreligga sådana särskilda skäl till att utan samtycke anordna ett godmanskap. I fallet var fråga om en kvinna född år 1881 som hade varit omyndigförklarad under åren 1957–1976. Omyndigförklaringen upphävdes genom dom den 28 maj år 1976 med stöd av den ändrade lagstiftningen. Samma dag ansökte överförmyndaren om att god man skulle förordnas för kvinnan. Skälen som anfördes var att kvinnan på grund av hög ålder behövde bistånd med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom och sörja för sin person.

HD konstaterade att det hade kommenterats mycket sparsamt i motiven till lagändringen i vilka fall det kunde finnas särskilda skäl att anordna godmanskap utan samtycke. I det aktuella fallet förelåg en situation som inte alls hade beaktats i förarbetena till lagen. Kvinnan ifråga var ägare till ett lantbruksgods, och flera anställda, arrendatorer och hyresgäster var beroende av hur detta gods förvaltades. Kvinnan hade vidtagit åtgärder för att lägga om driften på godset på ett sätt som skulle få stora, i det närmaste förödande, konsekvenser för egendomen. HD anförde som skäl för sitt beslut att:

> ”Även om den nya lagstiftningen med det innehåll den sålunda fått kan anses ha givit upp tanken, att den enskilde bör vid behov skyddas mot att han på olika sätt eller av skilda anledningar vanvårdar eller rentav ödelägger sin ekonomi, kan inte bortses från att det med hänsyn till omgivningen kan föreligga starka sociala och andra skäl för en insiktsfull förvaltning av hans egendom. Så måste anses vara fallet i förevarande mål. […] Med hänsyn till det anförda måste, i brist på andra möjligheter att tillgodose behovet av bistånd, särskilda skäl anses föreligga för förordnande av god man.”

Som redan nämnts finns inga motsvarande möjligheter att åsidosätta krav på samtycke vid anordnande av godmanskap i gällande rätt. Däremot står

[151] Mer om den historiska utvecklingen av förmynderskapsrätten framgår i avhandlingens kapitel 5.

[152] Prop. 1974:142 s. 71 och s. 122 ff.

det öppet att förordna om god man i de fall då den enskildes tillstånd hindrar att ett samtycke inhämtas. Vem som avgör om tillståndet hindrar att samtycke kan lämnas och på vilka grunder så ska anses vara fallet, framgår varken av lagen eller dess förarbeten. Det läkarutlåtande som rätten enligt FB 11:17 ska inhämta får sannolikt avgörande betydelse för dessa bedömningar.[153] Hur kravet på samtycke till godmanskap ska betraktas i ljuset av principen om minsta ingripande åtgärd i samband med en förvaltarskapsprövning, diskuteras närmare i kapitel 5.[154]

4.6.2.2 Samtycke till ställföreträdarens rättshandlingar

I samband med avskaffandet av omyndigförklaringen år 1989 genomfördes även vissa förändringar vad gällde godmanskapets reglering. Förutom avskaffandet av möjligheten att anordna godmanskap utan samtycke vid andra särskilda skäl än att tillståndet hindrar att sådant inhämtas, infördes också regler för att komma till rätta med hur en god mans uppdrag utövas. Skälet var att det hade uppmärksammats som ett problem att en god man saknade formell skyldighet att inhämta samtycke till rättshandlingar i den enskildes namn, och att det förekommit fall då gode män ”på ett oacceptabelt sätt har handlat i strid med huvudmannens önskemål.”[155] Ett annat skäl var förekomsten av kolliderande rättshandlingar.

Mot bakgrund av dessa problem infördes en regel i FB 11:5 om att en god man inom ramen för förordnandet har behörighet att företräda sin huvudman endast om han har den enskildes samtycke till rättshandlingen. Saknas samtycke blir inte rättshandlingen bindande för den som företräds. Den gode mannen har i dessa fall ett ”i huvudsak strikt” skadeståndsansvar gentemot tredje man.[156] Kravet på samtycke kan dock undvaras i två fall: dels då den enskildes tillstånd hindrar att samtycke inhämtas, dels då det är fråga om rättshandlingar som hör till den dagliga hushållningen. I sistnämnda fall får tredje man utgå från att samtycke finns om inte den enskilde har gett uttryck för annat.

Principiellt ska en god man betraktas som ett biträde åt huvudman, med konsekvens att den gode mannen inte bara så långt möjligt bör vara skyldig att samråda med den enskilde utan även formellt är skyldig att

[153] Se angående dessa läkarutlåtanden kapitel 6, avsnitt 6.3.4.

[154] Se avsnitt 5.5.4.1.

[155] Se prop. 1987/88:124 s. 141.

[156] Prop. 1987/88:124 s. 140.

inhämta samtycke till rättshandlingar i den utsträckning detta är möjligt.[157] Genom att införa ett krav på samtycke till den gode mannens rättshandlingar avsågs inte bara att stärka den enskildes ställning. Det antogs även att risken för kolliderande rättshandlingar skulle minska om den enskilde lämnat samtycke till den gode mannens rättshandlingar. Skulle en sådan situation uppkomma att det råder oenighet mellan en god man och den som företräds om vilka åtgärder som ska vidtas, följer det av godmanskapets generella utformning att det är den enskildes uppfattning som ska vara avgörande; ett godmanskap påverkar inte den rättsliga ställningen för den hjälpbehövande. Blir situationen ohållbar, på så sätt att en god man inte kan erhålla samtycken eller att den hjälpbehövande företar kolliderande rättshandlingar, får antingen möjligheten att anordna förvaltarskap övervägas, eller så får godmanskapet upphöra.[158]

Något resonemang om samtyckets kvalitet, i vilka fall ett samtycke kan betraktas som ”giltigt” eller inte, fördes inte i förarbetena. Däremot uttalades angående giltigheten av kolliderande rättshandlingar att en jämförelse får göras med lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet.[159] Endast om huvudmannen med stöd av den lagen ”kan frånkännas rättshandlingsförmåga eller någon annan ogiltighetsgrund föreligger, bör hans åtgärder sakna betydelse.”[160]

Enligt förarbetena till 1924 års lag om avtal framgår att rättshandlingsförmågan principiellt ska avgöras i förhållande till arten och beskaffenheten hos den rättshandling som ska bedömas. I relation till denna bedömning anförs att:

> ”Det är tillräckligt för fastställandet av orsakssammanhanget, att rättshandlingen icke kan antagas hava kommit till stånd, med mindre en ’rubbning av själsverksamheten’ förelegat. […] Handlingens abnormitet kan bero därav, att den handlande saknat tillräcklig insikt om handlingens rättsliga eller faktiska betydelse, eller ock därav, att den handlande påverkats av motiv, som under normal sinnesförfattning icke skola vara i stånd att göra sig gällande. Men vare sig rubbningen närmast träffat förstånds- eller viljeverksamheten,

[157] Prop. 1987/88:124 s. 141.

[158] Prop. 1987/88:124 s. 141.

[159] Numer heter lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en psykisk störning.

[160] Prop. 1987/88:124 s. 142, se även s. 165.

kommer det här […] ytterst an på en kvantitativ avgränsning, som skiljer enfald och viljesvaghet från verkligt abnorma företeelser."[161]

Är huvudmannens tillstånd sådant att hans rättshandlingar skulle underkännas med stöd av 1924 års lag, kan således även en kolliderande rättshandling som huvudmannen företagit betraktas som ogiltig. Detta konstaterande besvarar dock inte frågan om i vilka fall som ett samtycke till en rättshandling som den gode mannen vill företa kan betraktas som giltigt. Mycket talar för att en god man, trots skyldighet att inhämta samtycke i de fall detta inte hindras av den enskildes tillstånd, i praktiken kan ha stora möjligheter att agera utan att samråda med sin huvudman. Åtminstone synes möjligheten därtill vara stor om huvudmannen är en person med utvecklingsstörning, som kan ha svårigheter att både förstå och att agera om en god man överskrider sin behörighet.

4.7 Målet kräver inte bara medel för att kunna uppfyllas – ibland krävs även medel för att nå medlen

Den bild av mål och medel som förmedlats i kapitel 3 och 4 är ljus. Slutsatsen som kan dras av vad som framkommit i dessa kapitel är att personer med utvecklingsstörning ska ha samma fri- och rättigheter som andra människor. Som medel för att uppnå denna lika ställning som rättighetsbärare finns dels insatser som utkrävbara rättigheter riktade särskilt till denna grupp med avsikten att kompensera för funktionsnedsättningens funktionshindrande effekter, dels regler som tillvaratar den enskildes ställning som självbestämmande subjekt.

Men bilden är just en bild eller förespegling. Att det i *teorin* finns rättigheter att utkräva, förbud mot diskriminering eller en rätt till självbestämmande betyder inte att personer med utvecklingsstörning i praktiken får det som de har rätt till, att de inte diskrimineras i olika sammanhang eller faktiskt respekteras som självbestämmande subjekt. Den bild av rättigheter, kompensation och likabehandling som förespeglas i rätten är ingen försäkran om sakernas goda tillstånd. Bilden är inte en beskrivning av faktiska förhållanden. Den är en beskrivning av ett idealtillstånd, av vad som *bör* vara. När det framhålls att personer med utvecklingsstör-

[161] NJA II 1924 s. 594.

ning *har* rättigheter som alla andra, döljs ett glapp mellan rättighetsdeklarationerna och verkligheten. Och därmed uppmärksammas inte vad som kan saknas för att rättigheterna ska kunna få verklig betydelse: att rättigheterna i många fall inte är tillgängliga utan en mellanhand i form av en legal ställföreträdare. Om denna rättsliga figur som ett medel för att nå medlen (för att nå målet) handlar nästföljande kapitel 5.

5 Legalt ställföreträdarskap som medel för att nå medlen

> ”Man är stämplad, inte accepterad som svensk medborgare. Söker jag arbete skrattar de mig i ansiktet, när de hör att jag är omyndig. Jag har aldrig känt mig som en riktig människa.”[1]

5.1 Möjlighet att leva som andra *genom* ställföreträdare?

Det tål att upprepas att det inte är särskilt länge sedan som personer med utvecklingsstörning betraktades som rättsligt inkapabla. Som visats i tidigare kapitel har dock den människosyn som ligger till grund för rättssystemets regler förändrats stort de senaste 50 åren. I nutid framhålls det som en självklarhet i rätten att alla människor är födda fria, lika i värde och rättigheter och ska behandlas lika inför lagen. Samma budskap förmedlas i internationella konventioner, i grundläggande fri- och rättigheter på konstitutionell nivå och i materiell rättighetslagstiftning: ingen får särbehandlas på grund av sin funktionsnedsättning. Enligt social rättighetslagstiftning har personer med funktionsnedsättningar också rätt till stödinsatser för att kunna kompenseras för de sämre levnadsvillkor som kan följa av en funktionsnedsättning. Målet med de kompenserande insatserna är att möjliggöra för personer med funktionsnedsättningar att leva ett självständigt och oberoende liv – att leva som andra.

[1] Citatet är hämtat från domskälen i NJA 1981 s. 291, där fråga var ifall det kunde anses tillräckligt att god man förordnades för en person för att bistå honom i hans angelägenheter och den omyndigförklaring som beslutats år 1962 kunde hävas. Orden är ett i domskälen intaget citat av den omyndigförklarade mannen. Rättsfallet refereras närmare under avsnitt 5.3.2.1.

Ett problem som uppmärksammats i tidigare kapitel är att rättigheter som personer med utvecklingsstörning är tillskrivna, inte automatisk kommer dessa till del. Ska rättigheterna förverkligas krävs i många fall ett aktivt agerande från rättssubjektets sida. I kapitel 2 uppmärksammades att en *fullvärdig rättssubjektivitet*, i betydelsen att i rätten erkännas inte bara som en person utan också som en aktiv, självbestämmande aktör med förmåga att rättshandla, i många fall förutsätter en mellanhand för vuxna med utvecklingsstörning. Det legala ställföreträdarskapet i formen av god man eller förvaltare fyller en sådan mellanhandsfunktion.[2]

I detta kapitel granskas godman- och förvaltarskapet med utgångspunkt i rättssubjektivitetens personliga sida. Den övergripande frågan är om gode män och förvaltare i rättslig mening kan sägas kompensera för bristande personliga förmågor hos en vuxen med utvecklingsstörning på ett sådant sätt att denne *genom* en ställföreträdare kan sägas uppnå status som ett fullvärdigt rättssubjekt. Mer konkreta frågor som besvaras på vägen är i) vad ställföreträdarskap innebär, ii) för vem legalt ställföreträdarskap i endera formen är tillämpligt, iii) vad som ingår i god mans eller förvaltares uppdrag, samt iv) hur den enskildes subjektsstatus tas tillvara inom ramen för ett anordnat ställföreträdarskap.

Den sistnämnda frågan aktualiserar i sin tur en fråga om reglerna rörande god man och förvaltare tillgodoser de krav på likhet inför lagen som uppställs i artikel 12 i funktionsnedsättningskonventionen. Möjliggör de legala ställföreträdarskapen frihet, rättvisa och likabehandling på lika villkor som andra?

[2] Det kan tilläggas att god man och förvaltare också är de *enda* rättsliga institut som fyller denna funktion. Andra, offentligrättsligt reglerade stödpersonsinsatser såsom kontaktperson eller personlig assistent, har inga sådana rättsligt reglerade funktioner. En figur som kan betraktas som närliggande är ”personligt ombud”, vilket är en stödfunktion som är oreglerad såtillvida att det inte finns något lagstöd för enskilda att kräva sådant stöd. Reglerat är endast kommuners möjligheter till statligt stöd för att kunna tillhandahålla verksamhet med personliga ombud. Ett personligt ombud skiljer sig från legala ställföreträdare på två väsentliga sätt. För det första måste ett personligt ombud ha fullmakt från den enskilde för att erhålla behörighet att företräda honom eller henne. För det andra finns ingen legal uppdragsbeskrivning för ombuden. Sedan år 2013 gäller förordning (2013:522) om statsbidrag till kommuner som bedriver verksamhet med personliga ombud för vissa personer med psykiska funktionsnedsättningar, men denna förordning anger enbart villkoren för kommuner som erbjuder verksamhet med personliga ombud bidrag från staten.

5.2 Ställföreträdarskap som rättsligt institut

5.2.1 Ställföreträdarskapets konstituerande element

Ställföreträdarskap kommer till användning i olika typer av situationer. I likhet med många andra civilrättsliga institut,[3] såsom exempelvis avtalet och köpet, har ställföreträdarskapet gamla anor. Detsamma får sägas vad gäller ställföreträdarskap i processer i domstol.[4] Gemensamt för ställföreträdarskap i olika former är att en person med rättslig behörighet företräder en annan person – träder i dennes ställe – i samband med en rättshandling. De två konstituerande elementen i ett ställföreträdarskap är *rättshandlandet i annans namn* och *behörigheten*.[5]

Med en rättshandling menas att med rättslig verkan avge en viljeyttring som får rättsliga konsekvenser.[6] Exempel på rättshandlingar inom olika rättsområden är att ingå avtal med andra fysiska eller juridiska personer (andra rättssubjekt), ansöka om förmåner från det allmänna, eller begära att få sin sak prövad inför domstol. När en behörig ställföreträdare företar en rättshandling i huvudmannens namn, träffar rättshandlingens rättsverkan inte ställföreträdaren utan dennes huvudman.

Med behörighet[7] avses det rättsfaktum som innebär att ställföreträdarens rättshandling får direkt och avsedd rättsverkan på huvudmannens rättssfär – att huvudmannen blir bunden av rättshandlingen.[8] Ställföreträdarens behörighet kan uppkomma på två olika sätt; genom en viljeförklaring från huvudmannen i form av en fullmakt, alternativt genom

[3] Se angående rättsliga institut Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 230 f. Med ”instituten” avses enligt Strömholm ”de normkomplex som reglerar en viss transaktion, ett visst sakförhållande, en bestämd partsrelation eller ett helt livsområde”.

[4] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt s. 45 ff.

[5] Hassler a.a. s. 6 och s. 15.

[6] Eller som Hassler uttryckte saken år 1920: ”Rättshandling benämna vi en sådan privat viljeförklaring, som till sitt innehåll åsyftar att framkalla en viss rättslig verkan.” Hassler a.a. s. 1. Av Bergström m.fl., Juridikens termer framgår att med rättshandling menas ”en av rättsordningen tillåten förklaring el. handling, till vilken vissa rättsliga följder normalt avses vara anknutna, t.ex. upprättande av testamente (*ensidig rättshandling*) och slutande av ett avtal (*tvåsidig rättshandling*).”

[7] Begreppet behörighet beskrivs i sammanhanget av Adlercreutz & Gorton i Avtalsrätt I, s. 160 f., som: ”En ’makt’, behörighet, legitimation, kompetens eller vad man vill kalla det, att företräda annan vid företagande av rättshandlingar”. Se även s. 164 f. och s. 167 f.

[8] Hassler a.a. s. 16 f.

lagbud eller efter ett särskilt beslut av domstol.[9] I de senare fallen kallas ställföreträdarskapet för legalt ställföreträdarskap, i det första är det fråga om ett fullmaktsförhållande.[10] Likheter och skillnader mellan dessa två former av ställföreträdarskap klargörs närmare i nästa avsnitt.

5.2.2 Legala ställföreträdare och fullmäktige – likheter och skillnader

Sedan möjligheten att omyndigförklara vuxna personer avskaffades år 1989 har alla personer som fyllt 18 år status som myndiga personer. Den som är myndig har som grundprincip full förmåga att rättshandla; den som är omyndig har begränsade möjligheter att rättshandla på egen hand och måste i många fall företrädas av sin ställföreträdare. I likhet med omyndiga barn kan i vissa fall även vuxna behöva företrädas av någon som är behörig att rättshandla i den enskildes namn.

Myndiga personer kan av olika anledningar behöva företrädas av annan i samband med en rättshandling. Ett exempel är när någon tillfälligtvis är förhindrad att företa en rättshandling som han eller hon vill få utförd. I andra fall kan det vara lämpligt att en person med särskilda kunskaper får företräda den enskilde och rättshandla i dennes namn, exempelvis som rättsligt ombud i domstolsprocesser. I ytterligare andra fall kan den enskildes personliga förmåga att rättshandla anses vara bestående nedsatt i varierande grad, varför en legal ställföreträdare behövs.

Skillnaden mellan mer generella ställföreträdarbehov hos barn och vissa vuxna, jämfört med det ”normala” (ideala) rättssubjektets behov av att företrädas i vissa situationer, är att de personer som ingår i den förstnämnda gruppen anses sakna förmåga att själva identifiera sitt behov av att företrädas. De anses även sakna förmåga att instruera en ställföreträdare och att återkalla en given behörighet för annan att företräda den enskilde. Dessa särdrag hos de rättssubjekt som anses behöva en legal ställföreträ-

[9] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt s. 22; Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I s. 160 f.

[10] Angående beteckningen ”legalt ställföreträdarskap” se Adlercreutz & Gorton a.a. s. 161: ”exempel på ställföreträdarskap på grund av lag eller myndighets beslut, *legalt ställföreträdarskap*, är föräldrars ställning som legala förmyndare för sina barn respektive av domstol förordnad förvaltare”; se även SOU 1986:50 s. 109 där förmynderskapsutredningen skiljer mellan ställföreträdarskap genom fullmakt och legala ställföreträdare i formen av vårdnadshavare, förmyndare, gode män och förvaltare.

dare har betydelse för tolkningen av ställföreträdarskapets grundläggande element: behörigheten och rättshandlandet i annans namn.

Fullmaktsinstitutet regleras i 2 kap. i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL). Ställföreträdarskapsfiguren *fullmäktig* uppstår genom en viljeförklaring från fullmaktsgivaren. Genom fullmakten konstitueras en behörighet för fullmäktigen att rättshandla i fullmaktsgivarens namn. Fullmakten är således i sig en rättshandling, som skapar den avgörande behörigheten för fullmäktigen.[11] Det finns inga formkrav för fullmakters giltighet; de kan avges såväl skriftligt som muntligt, eller föreligga i formen av ställningsfullmakter.[12] En fullmäktig kan företa bindande rättshandlingar för fullmaktsgivarens räkning i förhållande till tredje man, förutsatt att rättshandlingen ligger inom fullmaktens gränser.[13]

Behörigheten är den för tredje man synliga gränsen för fullmäktigens uppdrag och samtidigt den ”yttre” gränsen för agerandet. Exempelvis kan fullmakten ange behörighet för fullmäktigen att för fullmaktsgivarens räkning ingå ett avtal om köp av en bil. Uppdraget kan dock vara mer begränsat än vad som framgår av behörigheten, genom att fullmaktsgivaren kan ha gett ytterligare instruktioner som begränsar fullmäktigens *befogenhet* att rättshandla.[14] Internt mellan fullmaktsgivaren och fullmäktigen kan instruktionen ha varit att bilen måste vara röd till färgen eller av ett visst märke eller en viss årsmodell. Överskrider fullmäktigen sin befogenhet genom att i strid med instruktionerna köpa en svart bil, innebär det inte att rättshandlingen inte blir bindande för fullmaktsgivaren. Så länge fullmäktigens rättshandlade var i överensstämmelse med behörigheten och tredje man var i god tro om att fullmäktigen också handlade i enlighet med sin befogenhet (11 § 1 st AvtL) är rättshandlingen giltig och bindande för fullmaktsgivaren.[15] En fullmaktsrelation utgår från att fullmaktsgivaren har förmåga att instruera och övervaka fullmäktigen – att fullmaktsgivaren har det ideala rättssubjektets förmågor.

[11] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt s. 24.

[12] Agell & Malmström, Civilrätt s. 97 ff.

[13] Agell & Malmström a.a. s. 99.

[14] Se Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I s. 168. Angående skillnaden mellan behörighet och befogenhet beskriver Adlercreutz & Gorton denna som en skillnad mellan vad fullmäktigen *kan* (har *makt* att göra) respektive *får* (har huvudmannens tillåtelse att göra), a.a. s. 169.

[15] Adlercreutz & Gorton a.a. s. 225.

För att en giltig fullmakt ska kunna skapas, förutsätts inte bara att fullmaktsgivaren har förmåga att med rättslig verkan ställa ut en fullmakt, utan även att han eller hon med giltig verkan kan företa den rättshandling som fullmakten avser. Här blir begrepp som etablerades ovan i kapitel 2 relevanta: en fullmakts giltighet kan sägas vara avhängig fullmaktsgivarens *samtidiga sakliga och personliga förmåga att rättshandla*. Full förmåga att rättshandla hos fullmaktsgivaren krävs både för att fullmakten ska kunna skapa behörighet för fullmäktigen, och för att rättshandlingar med giltig verkan ska kunna företas av fullmäktigen:

> ”Fullmaktsgivaren skall kunna själv företaga den ifrågakommande handlingen med rättsverkan i såväl sakligt som personligt avseende. Kan man icke genom egen handling omedelbart åstadkomma en viss rättseffekt, bör man icke heller kunna indirekt genomföra motsvarande verkan genom att åvägabringa behörighet och låta annan person företaga handlingen såsom ställföreträdare.”[16]

Saknar en person endera saklig eller personlig förmåga att företa den rättshandling som en fullmakt avser, kan inte en giltig fullmakt skapas. Ett barn eller en vuxen som har förvaltare, kan inte kringgå den begränsning i den sakliga förmågan att rättshandla som följer av omyndigheten eller förvaltarskapet genom att ge någon annan fullmakt att företa rättshandlingen ifråga. Ska en rättshandling kunna företas med giltig verkan för den som saknar saklig förmåga att företa rättshandlingen, måste den enskilde företrädas av en legal ställföreträdare.

För vuxna som har full *saklig* förmåga att rättshandla men bedöms sakna *personlig* förmåga att rättshandla, finns inte alltid en legal ställföreträdare som kan rättshandla i den enskildes namn. Detta kan ibland vara ett problem. Som diskuterades ovan i kapitel 2 förekommer det att domstolar avvisar personers talan på grund av att de anses sakna personlig förmåga att själva föra sin talan i processen. De sägs då sakna processbehörighet.[17] Personlig förmåga att rättshandla saknas som visats i kapitel 2 när det bedöms att den enskilde *inte kan kommunicera en förnuftig vilja*. Exempelvis kan så vara fallet för personer med utvecklad demenssjukdom eller utvecklingsstörning. I nämnda fall talas ofta om personers bristande *beslutskompetens* eller *beslutsförmåga*, vilken sägs vara kontextuellt och individuellt betingad, och begreppen används som tankeled för bedömning i ett enskilt fall av den personliga förmågan att med giltig verkan

[16] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt s. 25.

[17] Se kapitel 2 avsnitt 2.4.3.

företa en specifik rättshandling.[18] Här används för samma företeelse istället uttrycket personlig förmåga att rättshandla.[19]

Föreligger inte förmåga att rättshandla – av sakliga eller personliga skäl eller både och – är inte fullmaktsinstitutet tillämpligt. En fråga som därvid uppstår är vad som händer om en fullmaktsgivare vid tillfället för utfärdandet av fullmakten var förmögen att företa en viss rättshandling, men vid tillfället för fullmäktigens rättshandlande inte längre har sådan förmåga. Svaret är beroende av om det är i den sakliga eller personliga förmågan att rättshandla som bristen uppstått. Har en vuxen person efter det att en fullmakt ställts ut fått en förvaltare, och därigenom fått sin *sakliga* förmåga att rättshandla begränsad, följer av AvtL 22 § att en rättshandling som fullmäktigen företar och som omfattas av förvaltarens uppdrag inte har större verkan än den skulle ha haft om fullmaktsgivaren själv hade företagit rättshandlingen. Själva fullmakten är dock inte förfallen så länge inte den enskilde – eller förvaltaren – återkallar den.

Av det ovan sagda kan dock inte slutsatsen dras att även en rättshandling som företas av en fullmäktig i en persons namn vilken vid tidpunkten för rättshandlingen förlorat sin *personliga* förmåga att rättshandla, skulle bli ogiltig. En fullmakt som skapar behörighet för fullmäktigen, är en rättshandling vars giltighet är beroende av den enskildes viljeförklaring *vid tidpunkten för utgivandet* av fullmakten. En fullmakt upphör inte att gälla förrän samma person som givit den genom ny viljeförklaring återkallar den.[20] En fullmakt gäller enligt AvtL 21 § till och med om fullmaktsgivaren avlider. Har fullmaktsgivaren förlorat sin personliga förmåga att rättshandla – att kommunicera en förnuftig vilja – kan fullmakten därefter endast återkallas av någon annan som har behörighet att rättshandla i annans namn: en god man eller förvaltare.[21]

[18] Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling. 277ff; Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 33 ff.

[19] Skälen till att jag har valt att frångå en någorlunda etablerad begreppsapparat klargörs i kapitel 2, avsnitt 2.4.3.3.

[20] Hassler, Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt s. 33.

[21] Se Hassler a.a. s. 34; se även Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 85–104. Odlöw konkluderar efter genomgång av svenska rättskällor och en utblick till de nordiska länderna, att rättsläget förfaller oklart vad gäller huruvida en fullmäktigs behörighet att rättshandla i fullmaktsgivarens namn är beroende av fullmaktsgivarens beslutsförmåga. Odlöw landar i slutsatsen att en fullmakts giltighet inte ”bör anses vara beroende av fullmaktsgivarens beslutsförmåga om en godtroende tredje man har inlåtit sig i avtal med en fullmäktig som stöder sig på en giltig fullmakt” (a.a. s. 104). För en motstående uppfattning se Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 312 f, som argumenterar för att en full-

Ovanstående konstaterande innebär dock *inte* att slutsatsen kan dras att legala ställföreträdarskap inte behövs om det i enskilda fall finns en giltig fullmakt för någon att företräda en person.[22] Huruvida det finns eller inte finns giltiga fullmakter i omlopp är inte en fråga av relevans vid bedömningen av om en legal ställföreträdare behövs. Den bedömningen ska istället, som närmare visas nedan,[23] ske med utgångspunkt i den enskildes tillstånd och det behov av hjälp från en god man eller förvaltare med att bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person som följer av tillståndet. I korthet kan frågan om ett legalt ställföreträdarskap behövs sägas vara en fråga om personlig förmåga att rättshandla: den som saknar personlig förmåga att rättshandla behöver en legal ställföreträdare.

Behörighet för en fullmäktig att rättshandla i fullmaktsgivarens namn kan omfatta samma rättshandlingar som en god mans eller förvaltares behörighet. Men en fullmäktig kan svårligen sägas ha samma *skyldigheter* som en legal ställföreträdare. Gode män och förvaltare kan dessutom, i likhet med övriga legala ställföreträdarskap inom familjerätten, *inte bara betraktas som ställföreträdare*. Dels är de ställföreträdare med behörighet att företräda den enskilde i samband med rättshandlingar, dels – och framförallt – är de bevakare av den enskildes personliga intressen och behov. Därtill får även sägas ingå ett element av sysslomannaskap i rollen. Att gode män och förvaltare har sådana sammansatta roller framgår av

---

mäktigs behörighet att rättshandla i den enskildes namn avtar i samma utsträckning som fullmaktsgivarens beslutskompetens. Se även SOU 2004:112 s. 523 ff, där det föreslås att nämnda oklarhet vad gäller betydelsen av att en fullmaktsgivare förlorat sin personliga förmåga att rättshandla ska klargöras genom att avtalslagens regler ändras på så sätt att en rättshandling som en fullmäktig företar efter den tidpunkt då en fullmaktsgivare förlorat sin beslutsförmåga (”varaktigt och i huvudsak är ur stånd att ha hand om sina ekonomiska angelägenheter”) inte får större verkan än den skulle ha haft om fullmaktsgivaren själv hade företagit den. Ändringen skulle innebära att motsvarande skulle gälla när personlig förmåga att rättshandla förlorats, som gäller enligt AvtL 22 § när fullmaktsgivaren förlorat sin sakliga förmåga att rättshandla genom beslut om förvaltarskap. Enligt Ds 2014:16, med förslag till lag om framtidsfullmakter och om behörighet i vissa fall för anhöriga, föreslås även ändringar i AvtL. Enligt 22 § ska (om förslaget går igenom) gälla att en rättshandling som företas av en fullmäktig efter det att fullmaktsgivaren förlorat sin personliga förmåga att rättshandla, inte ska ha större verkan än den skulle haft om fullmaktsgivaren själv företagit den.

[22] Jfr Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 194 som skriver att: ”en fullmakt bör ges verkan också efter en nedsättning av fullmaktsgivarens rättsliga beslutsförmåga varför en fullmakt bör kunna användas som alternativ till anordnande av ställföreträdarskap, självfallet under den förutsättningen att fullmaktsgivaren haft tillräcklig rättslig beslutsförmåga vid utfärdandet av fullmakten.”

[23] Se avsnitt 5.4.

nedanstående jämförelse mellan de legala ställföreträdarskapen för vuxna respektive barn.

5.2.3 Legalt ställföreträdarskap för vuxna och barn – likheter och skillnader

Alla fysiska personer som inte har fyllt 18 år har rättssubjektsstatus som omyndiga, med konsekvens att de saknar saklig förmåga att företa rättshandlingar (FB 9:1).[24] Den som är omyndig saknar i rättslig mening bestämmanderätt i många frågor. Bestämmanderätten tillkommer istället *vårdnadshavaren* enligt FB 6:11 eller *förmyndaren* enligt FB 12:1, såsom legala ställföreträdare. Normalt är vårdnadshavare och förmyndare en och samma person, nämligen barnets förälder eller, om föräldrarna har gemensam vårdnad, båda föräldrarna (FB 10:2). I institutet ”föräldraskap” kan därmed sägas att flera *funktioner* är sammanförda.[25] Föräldrars ställföreträdarskap följer direkt av lag, som en automatisk följd av föräldraskapet.

När vuxna personer kan anses varaktigt sakna eller ha nedsatt personlig förmåga att rättshandla, finns möjlighet att anordna ställföreträdarskap för dessa i formen av godmanskap (FB 11:4) eller förvaltarskap (FB 11:7). Liksom vårdnadshavare och förmyndare har gode män och förvaltare behörighet att som ställföreträdare rättshandla i huvudmannens namn och att företräda denne. En skillnad mellan de legala ställföreträdarskapen för barn respektive vuxna ligger i hur de uppkommer. För att någon ska erhålla god man eller förvaltare, måste en ansökan göras till allmän domstol, som efter en särskild rättslig prövning beslutar om anordnande av godman- eller förvaltarskap.[26] Skälet till denna ordning är att utgångspunkten i rätten är att alla vuxna har full förmåga att rättshandla. Först om så efter prövning visar sig inte vara fallet i det enskilda ärendet, kan ett legalt ställföreträdarskap anordnas.

[24] Sedan år 1975 är myndighetsåldern för både män och kvinnor 18 år. Under åren 1969–1975 var den 20 år. För män var myndighetsåldern dessförinnan 21 år sedan år 1721. Kvinnor erhöll myndighetsstatus som ogifta först 1921, och då vid 21 års ålder. Se Saldeen, Barn- och föräldrarätt, s. 276. Påpekas bör dock att den sakliga förmågan att rättshandla i takt med ökad ålder och mognad förändras. Vid fyllda 16 år får en person företa vissa angivna rättshandlingar enligt FB kap. 9. Enligt SoL, LSS och LVU har barn egen talerätt i mål eller ärenden enligt dessa lagar från 15 års ålder.

[25] Singer, Föräldraskap i rättslig belysning s. 44 f.

[26] Se FB 11:15 angående vilka som kan ansöka om godman- eller förvaltarskap.

En annan skillnad mellan legalt ställföreträdarskap för barn respektive vuxna ligger i rättsverkningarna. Som redan nämnts saknar barn bestämmanderätt på många områden; den som är under 18 år saknar i de flesta fall saklig förmåga att rättshandla, men förmågan ökar i takt med barnets ökade ålder och mognad.[27] Yngre barn får även anses sakna personlig förmåga att rättshandla. En person som nått myndighetsåldern har som utgångspunkt full saklig förmåga att rättshandla. Endast genom ett särskilt beslut i domstol, exempelvis om anordnande av förvaltarskap, kan den sakliga förmågan inskränkas. Inskränkningen följer förvaltarens förordnande. Anordnas däremot ett godmanskap förändras inte den enskildes sakliga förmåga att rättshandla. Det betyder dock inte att den enskilde har faktisk förmåga att själv agera som rättssubjekt; skälet till att någon behöver en god man eller förvaltare är att den personliga förmågan att rättshandla brister på det ena eller andra sättet. Det är just en nedsättning i den personliga förmågan att rättshandla och ett därmed följande behov av hjälp med att bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person, som motiverar ett legalt ställföreträdarskap för en vuxen.

Nämnda nedsättning eller brist i en individs personliga förmågor är en förklaring till betydelsefulla likheter vad gäller skyldigheterna för ställföreträdare för vuxna och barn. En vårdnadshavare ansvarar för och företräder barnet i dess personliga angelägenheter, vilket i FB 6:11 uttrycks som att vårdnadshavaren har rätt och skyldighet att bestämma i barnets personliga angelägenheter. Enligt FB 6:1 och 6:2 har vårdnadshavaren ansvar för att tillgodose barnets behov av omvårdnad, trygghet, försörjning, utbildning och fostran. Barnets förmyndare har enligt FB 12:1 st 1 skyldighet att förvalta barnets tillgångar och att företräda barnet i alla angelägenheter som rör tillgångarna. Förmyndaren företräder barnet när detta inte enligt lag ska göras av någon annan (FB 12:1 st 3).

God man och förvaltare har ett i det närmaste ordagrant motsvarande ansvar för den som företräds, som vårdnadshavare och förmyndare har för barn. En god man eller förvaltare ska enligt FB 12:2, i den mån det följer av deras förordnande, bevaka rätten för den person de företräder, förvalta dennes tillgångar och sörja för dennes person. Ytterligare likheter mellan de legala ställföreträdarskapen för barn och vuxna framgår av FB 12:3–8, som ger gemensamma bestämmelser för förmyndare, gode män och förvaltare. Samtliga legala ställföreträdarfigurer ska omsorgsfullt fullgöra sina skyldigheter och alltid handla på det sätt som bäst gagnar

[27] Se FB 6:11 och kap. 9.

den enskilde (FB 12:3), de ska använda den enskildes medel för dennes uppehälle, utbildning och nytta i övrigt (FB 12:4) och de ska i ”viktiga frågor” höra den enskilde (FB 12:7).

En skillnad mellan ställföreträdarskapen för barn respektive vuxna är att de skyldigheter som för ett barns ställföreträdare är uppdelade på två olika händer – vårdnadshavaren respektive förmyndaren – för vuxna är samlade hos en och samma företrädarfigur. En annan väsentlig skillnad är att ett sådant *faktiskt vård- och omsorgsansvar* som en vårdnadshavare har för ett barn, inte har någon motsvarighet i uppdragsbeskrivningen för en god man eller förvaltare.[28]

Mot bakgrund av ovanstående kan sammanfattningsvis sägas att de legala ställföreträdarskapen för barn och vuxna synes ha två grundläggande gemensamma funktioner. Den ena är att möjliggöra för rättssubjekt som inte på egen hand har förmåga därtill att vara aktörer i rätten. Den andra är att bevaka den enskildes intressen och behov och när så är påkallat agera både rättsligt och faktiskt för den enskildes räkning. Att dessa funktioner är gemensamma framgår tydligt när förmynderskapsrättens historiska utveckling granskas nedan.

5.3 Från omyndigförklaring till godman- och förvaltarskap

5.3.1 Arvet från omyndigförklaringen

5.3.1.1 Ändrade lagar, oförändrad praktik?

Den så kallade förmynderskapsrätten[29] för vuxna i nutida rätt kan svårligen tolkas utan beaktande av reglernas framväxt. Som föreslagits i kapitel 2 kan godman- och förvaltarskap betraktas som yngre grenar på ett träd,

[28] Faktiskt vård- och omsorgsansvar för vuxna är istället angivet för det allmänna med stöd i exempelvis HSL, LSS och SoL.

[29] Se exempelvis Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 13; Westman, Förmynderskap s. 11. Rättsområdesbenämningen förefaller tas för given, men dess innebörd kan vara värd att fundera närmare över. Benämningen härrör från den tidigare förmynderskapslagen från 1924 (se Odlöw a.a. s. 13). Begreppsapparaten består således, trots att förmynderskap för och omyndigförklaring av vuxna sedan länge är avskaffade institut. Nya syften inom rättsområdet och nya sätt att resonera kring den grupp som kan komma ifråga för godman- eller förvaltarskap kan mot denna bakgrund ha svårt att få fäste. Med tanke på godman- och förvaltarskapens syften borde kanske rättsområdet hellre benämnas ”företrädarrätt”. Eftersom benämningen av rättsområdet synes vara gängse kommer den ändå

framsprungna ur en mycket gammal omyndigförklaringsstam. Med stöd i trädliknelsen kan sägas att trots att omyndigförklaringen avskaffades år 1989, lever den ändå kvar inom rättsområdet; själva konstruktionen av legalt ställföreträdarskap för vuxna är i grunden oförändrad, liksom även synen på vem som kan vara ett fullvärdigt rättssubjekt med förmåga att rättshandla.

Möjligheten att genom ett rättsligt beslut inskränka en vuxens sakliga förmåga att rättshandla är en praktik med gamla anor. När 1924 års förmynderskapslag infördes, hade redan omyndigförklaring praktiserats under lång tid. I 1734 års lag fanns regler om förmynderskap och omyndigförklaring i ärvdabalkens kapitel 19–23, men även tidigare fanns bestämmelser i landskapslagarna om begränsning av vissa personers möjligheter att rättsligt företräda sig själva.[30] De skäl som anförts för denna praktik och de grunder enligt vilka personer kunnat omyndigförklaras, har varierat över tid. Det tungt vägande motivet *för* omyndigförklaring – med eller utan den enskildes samtycke – har dock oförändrat över tid varit avsikten att skydda den enskildes tillgångar från hans egna dispositioner.[31]

I det följande redogörs för det arv som omyndigförklaringen kan sägas ha lämnat efter sig i dagens förmynderskapsrätt. Frågan för fortsättningen är hur mycket som kan sägas ha förändrats jämfört med de dåtida bestämmelserna om inskränkning av vuxnas sakliga förmåga att rättshandla, rättsverkningarna av ett legalt ställföreträdarskap samt företrädarens skyldigheter och ansvar.

5.3.1.2 Grunderna för omyndigförklaring före år 1975

År 1949 upphörde förmynderskapslagen då reglerna om förmynderskap inarbetades i FB. I både förmynderskapslagen och i ärvdabalken i 1734 års lag hade bestämmelser om förmynderskap varit gemensamma för alla

---

att användas i denna text, men med reservation för en medvetenhet om de associationer som benämningen väcker.

[30] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 106 f.

[31] Prop. 1974:142 s. 116. Även om skälet till en begränsning av saklig rättshandlingsförmåga för vissa vuxna har varit – och alltjämt inom ramen för förvaltarskapet är – att skydda den enskildes egendom från hans egna dispositioner, har dock bevekelsegrunderna för denna avsikt varit olika. En tydlig kursändring skedde under 1970- och -80-talen, då samhället övertog ansvaret för medborgarnas försörjning och sociala trygghet på ett nytt sätt. Se närmare om detta i avsnitt 5.3.

omyndiga, det vill säga för både barn och omyndigförklarade vuxna.[32] Systematiskt förändrades regleringen när den infördes i FB på så sätt att den uppdelades på separata kapitel, beroende av om förmynderskapet avsåg barn eller vuxna. I sak förändrades dock inget. Förmyndares uppdrag och plikter för omyndiga var alltjämt desamma som enligt förmynderskapslagen, liksom även omyndighetens rättsverkningar. Grunderna för omyndigförklaring lämnades oförändrade från 1924 års förmynderskapslag fram till år 1975.

Förmynderskapslagen från år 1924 angav i 1:2 ett antal olika förutsättningar för omyndigförklaring, vilka överfördes till FB 10:1 p. 1–4. En person som uppnått myndighetsåldern kunde enligt FB 10:1 p. 1 förklaras omyndig om han på grund av *sinnessjukdom*, *sinnesslöhet* eller *annan rubbning av själsverksamheten* var *ur stånd att vårda sig eller sin egendom*.[33] Med ”ur stånd att vårda” avsågs en bedömning av om den enskilde saknade förmåga att själv vårda sina angelägenheter. Angående denna bedömning anfördes följande i förarbetena:

> ”Huruvida i ett visst fall en person ska anses sakna förmåga att själv taga vård om sina angelägenheter, kan […] bliva föremål för högst olika bedömande, allt efter den bedömandes läggning och allmänna uppfattning. Ett handlingssätt, som för den ene vittnar om uppenbar oförmåga, utgör för den andre endast ett uttryck för tillåtlig originalitet. Först om vid frågans avgörande hänsyn måste tagas till huruvida den påstådda oförmågan har sin grund i viss lättare bestämbar objektiv omständighet, vinnas förutsättningar för en någorlunda likformig tillämpning av reglerna om omyndigförklaring.”[34]

Med ”objektiv omständighet” avsågs de sinnestillstånd som angavs. Att sådan grund förelåg, skulle enligt FB 20:21 styrkas med läkarintyg.

Grund för omyndigförklaring var enligt FB 10:1 p. 2 även *slöseri*, i betydelsen ”onödiga utgifter för konsumtionsändamål, såvida dessa utgifter står i uppenbart missförhållande till slösarens ekonomiska ställning”.[35] Under samma punkt innefattades även att någon genom *otillbörligt förfarande med avseende på egendomen* äventyrade sin eller sin familjs välfärd. Med sådant förfarande avsågs ”grovt försumlig, vårdslös eller lättsinnig förmögenhetsförvaltning eller fullständig likgiltighet för ekonomiska

[32] Odlöw a.a. s. 106.

[33] Se för en närmare redogörelse för bestämningen av sinnesslöhet i relation till förmynderskapslagen i kapitel 2, avsnitt 2.2.2.

[34] NJA II 1924 s. 233.

[35] Prop. 1974:142 s. 45.

angelägenheter".[36] Vidare kunde enligt p. 3 *hemfallenhet åt missbruk av rusgivande medel* vara grund för omyndigförklaring. Förutsättningen var att missbruket innebar att den enskilde inte kunde vårda sig eller sin egendom. Med uttrycket "hemfallenhet" markerades att det skulle vara fråga om ett mer stadigvarande missbruk av rusgivande medel.[37]

Hade en ansökan inkommit till rätten om omyndigförklaring i enlighet med slöseri- eller missbruksgrunderna (FB 10:1 p. 2 och p. 3), skulle rätten enligt dåvarande FB 20:17 utfärda föreläggande för den vilken målet avsåg att svara på stämningen. Undantagna från den kontradiktoriska förhandlingsprincipen var dock ansökningar som grundades på p. 1, det vill säga där skälet för omyndigförklaring angavs som sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten, under förutsättning att det "må antagas att hans hörande skulle vara utan gagn". Det kan antas att det i många fall var så att personer med utvecklingsstörning – som vid denna tidpunkt kunde intas på anstalter och steriliseras utan att någon frågade efter deras samtycke – kunde omyndigförklaras utan att ens bli hörda i processen.

Undantagna från den kontradiktoriska förhandlingsprincipen var även ansökningar om omyndigförklaring i enlighet med FB 10:1 p. 4. Enligt denna punkt kunde någon förklaras omyndig om han eller hon *själv begärde* eller *samtyckte* till det, om den enskilde på grund av *sjukdom*, *försvagat hälsotillstånd*, *lyte*, *oerfarenhet* eller *annan orsak* behövde annans bistånd i vården av sina angelägenheter.[38] Angående prövningen i enlighet med denna grund anförde lagberedningen följande i förarbetena till förmynderskapslagen:

> "Då i förslaget vid en persons omyndigförklaring under angivna omständigheter särskild betydelse tillerkänts hans egen önskan att bliva förklarad omyndig, får detta icke förstås så, som skulle åtgärden kunna företagas uteslutande på grund av hans egen önskan. Detta är icke händelsen. De omständigheter, som i lagtexten angivas som grund till hans önskan, måste obetingat vara förhanden och utgöra den egentliga grunden även till omyndighetsförklaringen, ehuru man använt hans egen uttalade önskan såsom ett avgörande bevis för att dessa omständigheter äro av den betydelse, att

[36] Prop. 1974:142 s. 45.

[37] Med rusgivande medel avsågs alkohol eller narkotika, se prop. 1974:142 s. 45.

[38] Med *sjukdom* avsågs enligt lagberedningen kroppslig sjukdom (psykiska sinnestillstånd var ju täckta av punkt 1). Med *lyte* avsågs "bristande syn-, hörsel- eller talförmåga". Om alla de tillstånd som uppräknades under p. 4 anförde lagberedningen att de inte innebar att personen var ur stånd att vårda sina angelägenheter, men jämväl kunde behöva annans hjälp (bistånd) därtill. Se NJA II 1924 s. 228.

> en omyndighetsförklaring är av behovet påkallad. Själva myndigheten är en rätt, som en person icke kan godtyckligt avsäga sig."[39]

Omyndigförklaring var således före år 1975 inte alltid en tvångsåtgärd. Den som själv bedömde sig vara i behov av hjälp från en förmyndare kunde själv begära sig omyndigförklarad. Det stod dock inte den som ville frånhända sig ansvaret för sin person eller sin egendom till annan fritt att göra så – myndighetsstatusen betraktades som en *rätt* som man inte godtyckligt kunde få frånsäga sig. För att någon skulle kunna förklaras omyndig skulle behovet av hjälp från en förmyndare vara

> "så starkt, att det icke lämpligen eller med säkerhet kan tillgodoses av en sysslоman, vilken av huvudmannen måste instrueras och övervakas."[40]

Med andra ord: den som inte själv förmådde att ge i uppdrag åt och styra en sysslоman, kunde få gehör för en begäran om omyndigförklaring.

5.3.1.3 Grunderna för omyndigförklaring mellan år 1975 och 1988

Från år 1975 inskränktes grunderna för omyndigförklaringen till att omfatta endast de som på grund av *psykisk sjukdom*, *hämmad förståndsutveckling* eller *psykisk abnormitet av annat slag* ansågs vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom. Personer med utvecklingsstörning kunde alltså fortfarande omyndigförklaras under kategorin "hämmad förståndsutveckling".[41] Ändringen av beteckningar för de olika kategorierna motiverades mot bakgrund av ändringar som skett i annan lagstiftning inom vårdområdet.[42] Någon skillnad i sak avsågs dock inte. Det var alltjämt samma grupper som åsyftades; de som kunnat omyndigförklaras (i enlighet med förmynderskapslagen 1:2 p. 1 och senare FB 10:1 p. 1)

[39] NJA II 1924 s. 229.

[40] NJA II 1924 s. 228. Här bör noteras att det antogs finnas situationer då någon i och för sig kunde tänkas vara förmögen att ställa ut fullmakt till en sysslоman, men ändå ansågs kunna behöva en förmyndare. Skiljelinjen förefaller dras vid den enskildes förmåga att praktiskt sett med lämplighet och säkerhet kunna instruera och övervaka en sysslоman.

[41] SOU 1970:67 s. 61 ff, särskilt s. 63: "Med uttrycket hämmad förståndsutveckling avses en nedsättning av de intellektuella funktionerna som är hänförlig till utvecklingsperioden, varmed i allmänhet menas tiden fram till 16-årsåldern. Nedsättningen skall ej behöva vara allmän, d.v.s. ha drabbat förståndslivet i dess helhet. Inte heller ska nedsättningen nödvändigtvis behöva bero på brister i det centrala nervsystemet." Jämför karaktäriseringar av samma grupp enligt andra lagar kapitel 2, avsnitt 2.2.1.1.

[42] Se prop. 1974:142 s. 70. De åsyftade lagarna var lagen (1966:293) om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall och lagen (1967:940) angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda.

med hänvisning till beteckningarna sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten.

Möjligheterna att omyndigförklara någon på grund av slöseri eller missbruk utmönstrades helt, även om begreppet psykisk sjukdom kunde omfatta ”vissa sjukdomstillstånd som hänger samman med missbruk av alkohol eller narkotika”.[43] Inskränkningarna av grunderna för omyndigförklaring motiverades med hänvisning till att vissa grupper som tidigare kunnat omyndigförklaras i många fall kunde få hjälp på andra sätt, exempelvis genom samhällets försorg. En omyndigförklaring ansågs för dessa grupper som en alltför långtgående åtgärd.[44]

Även möjligheten att förklara någon omyndig på egen begäran avskaffades. Ett tungt vägande skäl till detta var att sådana situationer som tidigare innefattats i FB 10:1 p. 4 från och med nu var tänkta att falla in under det ”nya” utvidgade godmanskapet.[45] Utvidgningen av godmanskapet motiverades med syftet att även fortsättningsvis kunna tillgodose behov av hjälp från en legal ställföreträdare för personer som inte längre kunde komma ifråga för omyndigförklaring. Genom en god man kunde hjälp erhållas utan omyndigförklaringens onödigt långtgående begränsningar av den enskildes frihet.[46]

Somliga remissinstanser ställde sig dock tveksamma till förslaget att utmönstra möjligheten att begära sig själv omyndigförklarad med motiveringen att det ”innebär trygghet för den som känner krafterna svika att själv i tid kunna begära sig omyndigförklarad och därmed skapa garantier för att han inte senare skall åstadkomma skada för sig själv eller sina anhöriga genom att ingå obetänksamma rättshandlingar.”[47] Föredraganden å sin sida menade dock att sådan trygghet kunde åstadkommas genom det utvidgade godmanskapet, och pekade på möjligheten att överförmynda-

[43] Prop. 1974:142 s. 119.

[44] Prop. 1974:142 s. 119.

[45] De tillstånd som räknades upp som grund för omyndigförklaring på egen begäran enligt 10:1 p. 4 var sjukdom, försvagat hälsotillstånd, lyte, oerfarenhet eller annan orsak. I det nya godmanskapet enligt FB 18:3 angavs grunderna sjukdom, hämmad förståndsutveckling, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande. I sak inkluderades med andra ord alla de grunder som tidigare hade gällt för frivillig omyndigförklaring, med undantag för ”oerfarenhet”. När det gällde oerfarenhet diskuterades i förarbetena om även sådan skulle kunna grunda godmanskap, men grunden inkluderades inte då den enligt föredraganden skulle leda alltför långt. Prop. 1974:142 s. 121.

[46] Prop. 1974:142 s. 118.

[47] Prop. 1974:142 s. 120.

ren eller anhöriga vid ett senare tillfälle kunde ansöka om omyndigförklaring om godmanskapet inte kunde anses tillräckligt.[48]

Argumentet om omyndigförklaring vid en senare tidpunkt förefaller dock sakna större tyngd. Inte någon av de som tidigare hade kunnat begära sig själva omyndigförklarade kunde kvalificera sig inom ramen för de insnävade grunderna för omyndigförklaring; de enda tillstånd som kunde grunda omyndigförklaring efter år 1975 var psykisk sjukdom, hämmad förståndsutveckling eller psykisk abnormitet av annat slag. De tillstånd som hade räknats upp som grund för omyndigförklaring på egen begäran eller med samtycke – sjukdom, försvagat hälsotillstånd, lyfte, oerfarenhet eller annan orsak – kunde svårligen inrymmas inom de tillstånd som nu angavs som grund för omyndigförklaring.[49]

5.3.1.4 Omyndigförklaringens rättsverkningar för ”myndlingen”

Rättsverkningarna av en omyndigförklaring lämnades oförändrade i samband med reformeringen av grunderna för förklaringen. Den som omyndigförklarades jämställdes i rättslig mening med ett 16-årigt barn; den sakliga förmågan att rättshandla begränsades till ett fåtal i FB angivna rättshandlingar. Den som förklarats omyndig fick inte själv råda över sin egendom eller åta sig förbindelser. Undantag gjordes för avtal om tjänst eller annat arbete, och den omyndigförklarade fick som huvudregel förfoga över sin arbetsinkomst. Egendom som förvärvats genom arbete, liksom även egendom som förvärvats genom gåva eller testamente, kunde dock tas om hand av förmyndaren om hänsynen till myndlingens välfärd krävde det. Andra typer av avtal än de särskilt angivna kunde enbart ingås med gällande verkan med förmyndarens samtycke.

Begränsningen av den omyndigförklarades sakliga förmåga att rättshandla var emellertid inte bara förmögenhetsrättslig. Den som var omyndig kunde inte gifta sig, kunde inte adoptera eller adopteras utan samtycke från förmyndare, inte utöva vissa yrken, inte inneha vissa förtroendeupp-

[48] Prop. 1974:142 s. 120.

[49] Problem som kunde uppkomma med den bristande samstämmigheten mellan tillämpningsgrupperna påvisas i NJA 1977 s. 201, där fråga var om godmanskap kunde anordnas utan samtycke för en person som på grund av hög ålder behövde hjälp från en legal ställföreträdare. Eftersom hög ålder inte kunde läggas till grund för omyndigförklaring, fanns inget annat alternativ än att utan samtycke förordna om god man, trots uppenbara risker för kolliderande rättshandlingar mellan den hjälpbehövande och den gode mannen. Rättsfallet har refererats närmare i kapitel 4, avsnitt 4.6.2.1.

drag eller rösta vid allmänna val.[50] Konsekvenserna av en omyndigförklaring var mycket långtgående, vilket uppmärksammades redan i förarbetena till förmynderskapslagen. Den förlust av rätten att själv bestämma över sina ekonomiska angelägenheter som en omyndigförklaring innebar, medförde i regel inte bara ett skydd av den enskildes tillgångar, utan även en begränsning av möjligheterna för den enskilde att ta egna initiativ och hävda egna åsikter.[51] Med beaktande av dessa rättsföljder uttalades att omyndigförklaring borde komma ifråga enbart när ett sådant beslut var ”oundgängligt nödvändigt” för att skydda vederbörande själv eller närstående som han var underhållsskyldig i förhållande till.[52]

5.3.1.5 Förmyndarens uppdrag och plikter

En förmyndare för en omyndigförklarad person var enligt 1949 års FB förpliktigad att dels ”förvalta myndlingens förmögenhet och företräda honom i angelägenheter som rör denna” (FB 13:1), dels ”sörja för myndlingens person, i den mån det med hänsyn till grunden för omyndighetsförklaringen eller eljest finnes nödigt” (FB 13:3).[53] Genom ett tillägg i FB 13:3 andra meningen med hänvisning till annat lagrum gällande vårdnad om underåriga, antyddes att plikten att sörja för person var jämställbar med vårdnadshavares plikt att vårda sitt barn. Ansvaret för ett barns personliga angelägenheter var redan vid denna tidpunkt skiljt från förmynderskapet för barnet, och innebar att det:

> ”[…] åligger barnets vårdnadshavare att *sörja för barnets person* och att ge det en sorgfällig uppfostran. Vårdnadshavaren ska se till att barnet får det *uppehälle* och den *utbildning* som är tillbörlig med hänsyn till de ekonomiska förhållandena och barnets anlag”.[54] (mina kurs.)

Vårdnaden upphörde dock alltid när barnet nått myndig ålder, eller dessförinnan ingått äktenskap. I de fall någon av rätten hade förklarats vara fortsatt omyndig redan innan myndighetsålderns inträde, gällde efter myndighetsdatumet inte längre reglerna om vårdnad i FB kap. 6. Istället

[50] Prop. 1974:142 s. 45 f och s. 116.

[51] NJA II 1924 s. 233 och prop. 1974:142 s. 44.

[52] Prop. 1974:142 s. 44.

[53] Eftersom förmynderskapsreglerna i dåvarande FB 13:3 endast gällde förmyndare för vuxna, tillades i en andra mening i FB 13:3 att ”Med avseende å vårdnaden om underårig stadgas i 6 kap.”

[54] Prop. 1974:142 s. 48.

inträdde enligt FB 13:3 ansvaret för förmyndaren att sörja för den omyndiges person, med vilket avsågs ett ansvar för ”den personliga omvårdnaden av myndlingen”.[55] Förmynderskapet för en omyndigförklarad vuxen innebar med andra ord en ”förlängning” av samma slags ansvar för den omyndigförklarade vuxnes personliga livsvillkor som den som gällde enligt vårdnadsreglerna för barn.

Oavsett om ”myndlingen” var ett barn eller en vuxen framgick vidare av dåvarande FB 13:4 att:

> ”Förmyndare skall med omsorg och nit *vårda* myndlingens *rätt* och *främja hans bästa.*” (mina kurs)

Vården av myndlingens rätt (att jämföra med dagens ”bevaka rätt”) sammankopplades alltså med ansvaret för förmyndaren att främja myndlingens bästa. Efter 1975 års reformering av förmynderskapsreglerna tillades en andra mening i FB 13:4, där det framgick att förmyndaren utöver att med omsorg och nit vårda myndligens rätt och främja hans bästa skulle:

> ”[…] se till att myndlingens medel i skälig omfattning användas till hans nytta.”

Angående denna förändring av regleringen av förmyndarens plikter resonerade föredraganden på följande sätt i propositionen:

> ”Den nuvarande förmynderskapslagstiftningen utmärks framförallt av en önskan att skydda den omyndiges egendom. Detta kommer till uttryck i bestämmelserna om förmyndarens plikter. I dessa bestämmelser betonas förmyndarens uppgift som ekonomisk förvaltare av myndlingens förmögenhet. Det ges också utförliga regler om hur förvaltningen skall utövas. […] Det råder ingen tvekan om att de omyndiga i allmänhet har ett stort behov av *personligt stöd* och *intressebevakning*. Det får också anses *minst lika viktigt* att förmyndaren sörjer för den omyndiges person som att han sköter den ekonomiska förvaltningen av den omyndiges egendom. Detta bör komma till klart uttryck i lagtexten. […] I uppgiften att sörja för myndlingens person måste […] ingå att se till att myndlingens medel verkligen används till hans nytta. På denna punkt torde förmyndarna inte sällan ha brustit. I stället för att använda den omyndiges egendom till hans nytta har de sett som sin uppgift att i största möjliga utsträckning bevara egendomen, något som många gånger har kommit arvingarna till godo.”[56] (mina kurs.)

Mot denna bakgrund förtydligades förmyndarens plikter för den omyndigförklarade. Att sörja för den enskildes person jämställdes med, och

[55] Prop. 1974:142 s. 66, se även s. 126 ff.

[56] Prop. 1974:142 s. 131 f.

markerades särskilt i förhållande till, uppgiften att förvalta myndlingens egendom. Förändringen genomfördes på två sätt. För det första flyttades uppgiften att sörja för person från FB 13:3 till det inledande stadgandet om förmyndares plikter, med konsekvens att FB 13:1 st 1 fick följande formulering:

> ”Förmyndaren har att sörja för myndlingens person samt att förvalta myndlingens egendom och företräda honom i angelägenheter som rör denna.”

För det andra infördes skyldigheten i FB 13:4 för förmyndaren att tillse att myndlingens medel i skälig omfattning användes till dennes nytta.

Reformen år 1975 innebar dock inte bara att reglerna om förmyndarens plikter förändrades på sätt som beskrivits ovan. Den stora nyheten var en omläggning av kursen för omyndigförklaringsinstitutet. Personkretsen som kunde komma ifråga för omyndigförklaring inskränktes som påvisats ovan kraftigt, godmanskapet så som vi känner det idag infördes som ett mindre ingripande alternativ för den som behövde en legal ställföreträdare, och principen om minsta ingripande åtgärd etablerades.[57]

5.3.2 Principen om minsta ingripande åtgärd – en fråga om frihet

5.3.2.1 Problemet med omyndigförklaringens långtgående rättsverkningar

Redan i samband med införandet av 1924 års förmynderskapslag påtalades omyndigförklaringens frihetsbegränsande effekter. Departementschefen anförde i förarbetena till förmynderskapslagen att:

> ”Omyndighetsförklaring är en åtgärd, som ingriper synnerligen djupt i en människas liv. Med förlusten av rätten att själv bestämma över sina ekonomiska angelägenheter följer i regel *en stark begränsning i förmågan att i fråga om sin livsföring över huvud följa egna åsikter och böjelser*. Därtill kommer, att omyndighetsförklaringen även medför offentligrättsliga verkningar, i det den omyndigförklarade förlorar både valrätt och behörighet att bekläda allmänna förtroendeuppdrag. Med hänsyn härtill bör omyndighetsförklaring icke komma till stånd i andra fall, än då detta är oundgängligen nödvändigt för att skydda vederbörande själv eller honom närstående personer, i förhållande till vilka han är underhållsskyldig.”[58] (min kurs.)

[57] Jfr Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 167.

[58] NJA II 1924 s. 233.

Genom en omyndigförklaring beskars både den enskildes möjligheter att vara ett aktivt rättssubjekt i rätten och att vara ett självbestämmande subjekt i faktisk mening. Den som omyndigförklarades kunde inte sägas vara en fri människa i vare sig negativ eller positiv mening – han eller hon var varken fri från ingripanden i hans eller hennes liv, eller fri att välja hur livet skulle levas.

När förmynderskapsreglerna reformerades år 1975, anmärktes i förarbetena särskilt att det nu var *nya tider* som påkallade andra lösningar.[59] Förutom att samhället och de samhällsbärande värderingarna hade förändrats, var det bärande argumentet för att ändra grunderna för omyndigförklaring det faktum att det allmänna vid denna tid åtagit sig ansvaret för enskildas sociala trygghet på ett sätt som tidigare saknat motsvarighet. Behovet av att skydda den enskildes tillgångar framstod i skenet av dessa samhällsförändringar inte längre som lika starkt.[60]

Av den allmänna motiveringen framgick också att:

> ”Vad gäller de grunder som anges i 10 kap. 1 § första och fjärde punkterna FB framstår inte sällan en omyndighetsförklaring som en *alltför ingripande åtgärd* i förhållande till det praktiska behovet.”[61] (min kurs.)

Många av de personer som enligt då rådande lagstiftning kunde omyndigförklaras kunde istället tänkas få sitt hjälpbehov tillgodosett utan omyndigförklaringens långtgående verkningar, vilket ansågs önskvärt. Omyndigförklaringen betraktades som ett allvarligt ingrepp i den enskildes liv som inte bara begränsade de omyndigförklarades frihet, utan ingreppet kunde även få allvarliga psykiska följder.

I samband med inskränkningen år 1975 av grunderna för omyndigförklaring resonerade föredraganden på följande sätt kring omyndigförklaringens negativa följder:

> ”Omyndighetsförklaring innebär alltid ett allvarligt ingrepp i en persons liv. Den omyndigförklarade förlorar inte bara rätten att själv bestämma över sina ekonomiska angelägenheter. En omyndighetsförklaring medför även långtgående verkningar på områden som ligger utanför den ekonomiska rörelsefriheten. Bl. a. är den omyndigförklarade utesluten från rösträtt. Över huvud taget medför en omyndighetsförklaring som regel en stark *begräns-*

[59] Prop. 1974:142 s. 116.

[60] Jfr Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 135, som påpekar att det utbyggda sociala skyddet i välfärdssamhället vid denna tidpunkt innebar att argumentet om att skydda egendom med hänvisning till försörjningsproblematik inte längre kunde anses ha någon bäring.

[61] Prop. 1974:142 s. 116.

> *ning av möjligheten att ta egna initiativ och hävda egna åsikter*. Detta kan få allvarliga följder för den omyndigförklarades psykiska tillstånd."[62] (mina kurs.)

Trots alla negativa följder som identifierades, var det ändock inte aktuellt år 1975 att avskaffa omyndigförklaringen. Istället begränsades grunderna för omyndigförklaring kraftigt, och *tillämpningen villkorades* genom krav på prövning av om ett godmanskap kunde vara tillräckligt för att tillgodose hjälpbehoven. Först om så bedömdes inte vara fallet fick omyndigförklaring tillgripas.

Att omyndigförklaring alltjämt kunde försvaras för vissa personer motiverades på följande sätt:

> "Även om man […] bygger ut samhällets kurativa verksamhet och vidgar förutsättningarna för förordnande av god man är det dock uppenbart att man inte helt kan undvika omyndigförklaringar. Beaktas bör bl a. att om man alltid skulle låta den som har nedsatt psykisk hälsa behålla sin rättsliga handlingsförmåga och istället tillgodoser hans behov av bistånd genom förordnande av god man e. d., så finns det risk för att den sjuke själv ingår rättshandlingar i strid med de åtgärder som vidtas av den gode mannen. Detta kan uppenbarligen vara till skada såväl för den sjuke själv som för tredje man."[63]

Behovet av bistånd som den enskilde – "den sjuke" – hade, ansågs alltså i och för sig kunna tillgodoses genom god man. Det avgörande argumentet för att trots allt behålla omyndigförklaringen, var att instrumentet att begränsa den sakliga förmågan att rättshandla behövdes för att undvika skador. Antingen för den enskilde själv eller för tredje man.

Den som omyndigförklarades efter 1975 ställdes liksom tidigare under förmyndarskap. Rättsverkningarna av omyndigförklaringen förändrades inte. Däremot genomfördes vid denna tidpunkt som nämnts ovan, ett par förändringar avseende förmyndarens plikter. Skälet till dessa förändringar var att skifta fokus från skydd för den enskildes egendom till *omsorgen om den enskilde*.[64] I sak förändrades således inte förmyndarens plikter, men den nya betoningen av ansvaret för att sörja för myndlingens person gav en ny kurs för förmynderskapsrätten.

[62] Prop. 1974:142 s. 113. Det kan noteras att argumenten i stor utsträckning är desamma som anfördes för en restriktiv hållning till omyndigförklaring med stöd av förmynderskapslagen, se NJA II 1924 s. 233.

[63] Prop. 1974:142 s. 118.

[64] Prop. 1974:142 s. 131 f.

Det tidigare syftet att skydda den enskildes och dennes familjs försörjning som motiverat den omfattande personkrets som fram till år 1975 hade kunnat omyndigförklaras, kan vid denna tidpunkt sägas ha övergått till ett hjälp- och skyddssyfte med utgångspunkt i omsorgen om den omyndigförklarades person.

5.3.2.2 Minsta ingripande åtgärd som villkor för omyndigförklaring

De personer som alltjämt efter år 1975 kunde komma i fråga för omyndighetsförklaring var de som på grund av psykisk sjukdom, hämmad förståndsutveckling eller psykisk abnormitet av annat slag var ur stånd att vårda sig eller sin egendom. Mot bakgrund av de negativa följder som en omyndigförklaring kunde få, poängterades i förarbetena vikten av att instrumentet inte skulle tillgripas om det inte verkligen var nödvändigt. För att garantera att en sådan prövning genomfördes i varje enskilt fall infördes i FB 10:1 ett krav på prövning av att

> ”det icke är tillräckligt att god man förordnas för honom eller att han på annat mindre ingripande sätt får bistånd i vården av sina angelägenheter.”

Föredraganden förklarade i den allmänna motiveringen till lagändringen, att rätten, efter att ett tillstånd som kunde grunda omyndigförklaring konstaterats, skulle pröva om den enskilde:

> ”[…] inte kan få tillfredsställande *personlig omvårdnad* genom anhöriga, inom ramen för kommunens sociala verksamhet eller på sjukvårdsinrättning e. d. Vidare bör prövas om inte den enskildes *rättsliga eller ekonomiska angelägenheter* kan bli tillfredsställande skötta på något av de angivna sätten eller genom t. ex. banks notariatavdelning, advokat eller annan förtroendeman. Skulle den enskildes behov av hjälp inte kunna tillgodoses på ett sådant sätt, ankommer det på domstolen att pröva om det inte är tillräckligt att förordna god man.”[65] (mina kurs.)

Bedömdes den enskildes situation inte ”tillfredsställande” kunna hanteras i nämnda angelägenheter utan en legal ställföreträdare, skulle i första hand övervägas om ett förordnande av en god man var en tillräcklig åtgärd. Först om det kunde bedömas att *ett godmanskap inte skulle räcka till*, fick beslut om omyndigförklaring fattas.[66]

[65] Prop. 1974:142 s. 120 och s. 179.

[66] Hur domstolen skulle besluta i de fall något angelägenhetsområde kunde tillfredsställande tillgodoses utan omyndigförklaring men inte ett annat, framgår inte. Till skillnad från det nu gällande förvaltatarskapet saknade omyndigförklaringen flexibilitet; genom

Villkorets formulering i lagtexten, som i allt väsentligt är densamma i nu gällande förvaltarskapsreglering, kan tolkas som att frågan i prövningen skulle vara om *antingen* godmanskap *eller* något annat sätt att tillgodose behoven av hjälp var tillräckligt. Av förarbetescitatet framgår dock att lagtexten inte skulle tolkas på det viset. Först skulle bedömas om den enskilde kunde klara sig klara sig utan en legal ställföreträdare. Befanns så inte vara fallet skulle prövas om ett godmanskap var tillräckligt för den enskildes hjälpbehov, eller om omyndigförklaring skulle tillgripas.[67]

En prövning av godmanskaps tillräcklighet för behoven av hjälp företogs i NJA 1978 s. 350. I fallet var fråga om en kvinna med så svår senil demens att hon var ”helt desorienterad i tid och rum och saknar all insikt om sin situation”. Överförmyndaren, underinstanserna och riksåklagaren ansåg samtliga att relationen mellan omyndigförklaringen och det nya godmanskapet efter lagändringarna år 1975 skulle förstås på så sätt att den enskildes tillstånd skulle avgöra vilket institut som skulle komma ifråga – resonemanget var ungefär att ’ju mindre förmögen att rättshandla, desto större anledning till omyndigförklaring’, vilket framgår tydligt av riksåklagarens svar till kvinnans yrkande om att ansökan om omyndighetsförklaring skulle lämnas utan bifall och god man istället förordnas:

> ”När såsom i förevarande fall den som avses med ansökningen är så gravt och varaktigt psykiskt handikappad, att varje möjlighet att utöva de befogenheter som tillkommer en myndig person får betraktas som utesluten, torde – oavsett att den sjuke saknar möjlighet att själv ingå rättshandlingar i strid mot åtgärder av en god man – omyndighetsförklaring inte kunna ersättas av ett godmansförordnande.”

HD var dock av en annan mening och ogillade ansökan om omyndigförklaring. I domskälen angavs att det inte fanns stöd, vare sig i förarbetena till lagändringarna eller i själv lagtexten, för att graden av psykisk ohälsa skulle ha betydelse för ställningstagande till om godmanskap skulle anses tillräckligt. I domskälen påpekade HD att:

> ”Som TR:n angett har otvivelaktigt ett väsentligt syfte med utökningen av möjligheterna att förordna god man som alternativ till omyndighetsförklaring varit att tillgodose intresset hos personer med lättare psykiska defekter att inte utsättas för mer ingripande åtgärder än deras sinnesbeskaffenhet

---

beslutet följde en i det närmaste absolut inskränkning av den enskildes sakliga förmåga att rättshandla.

[67] Det bör noteras att det nu endast var den enskildes egen situation som var den relevanta frågan, inte vad som krävdes till skydd för den enskildes familj. Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 129.

påkallar. I förarbetena till 1974 års lagändring har man emellertid samtidigt, som främsta hinder mot alternativet god man, återkommande åberopat risk för att huvudmannen ingår med huvudmannen kolliderande rättshandlingar […]. Detta syftar närmast till en begränsning i användningen av godmansalternativet för just personer med lättare psykiska störningar nämligen sådana som har och kan väntas på ett olyckligt sätt utnyttja förmågan att ta initiativ till och genomföra olika slag av rättshandlingar. Personer, som befinner sig så långt från mänsklig kontakt och rationellt handlande att ett ingrepp i den personliga eller rättsliga handlingsfriheten saknar all betydelse, berörs inte av något av nyssnämnda två, delvis motstridiga överväganden bakom den nya lagstiftningen."

Slutsatsen som kan dras av NJA 1978 s. 350 – även för relationen mellan nu gällande godman- och förvaltarskap – är att för den som helt saknar personlig förmåga att rättshandla saknas även möjligheter att företa kolliderande rättshandlingar eller skadliga dispositioner i övrigt. Någon anledning att ingripa med en inskränkning av den sakliga förmågan att rättshandla genom en omyndigförklaring (eller ett förvaltarskap) finns därmed inte. Godmanskap är i dessa fall tillräckligt för att tillförsäkra den enskilde den hjälp som behövs.[68]

Villkoret om prövning av godmanskaps tillräcklighet innan en omyndigförklaring fick tillgripas, hade betydelse även för *hävande av omyndigförklaringar* enligt FB 10:8. Rätten skulle, på ansökan av överförmyndaren, den omyndige själv eller dennes förmyndare, häva en omyndigförklaring om skäl för sådan inte längre förelåg.[69] I NJA 1981 s. 291 var fråga om sådan prövning.[70] En man hade varit omyndigförklarad under närmare 20 års tid. Han ansökte nu själv, 39 år gammal, om att få omyndigförklaringen hävd med motiveringen att ett godmanskap var tillräckligt.

I tingsrätten åberopades läkarintyg där det framgick att grunden för mannens omyndigförklaring varit ett test år 1962 som visat att han var

[68] Däremot kan det finnas skyddsaspekter som motiverar förvaltarskap även för den som kan sägas sakna personlig förmåga att rättshandla. Sådana skäl diskuteras senare, i avsnitt 5.5.

[69] Överförmyndarna ålades en skyldighet att årligen pröva det fortsatta behovet av förmynderskap och vid behov ansöka om hävande av omyndigförklaringen (FB 20:16). En skyldighet infördes även för andra professioner att anmäla till överförmyndaren om skäl för omyndigförklaring inte längre förelåg – se 67 § lagen (1954:579) om nykterhetsvård och 63 § lagen (1956:2) om socialhjälp. Se prop. 1974:142 s. 160. Motsvarande skyldighet åligger idag socialnämnd enligt SoF 5:3 och LSS 15 § p. 6.

[70] Detta kapitel inleds med ett uttalande av den sökande i målet som framgår som ett citat i HD:s domskäl.

sinnesslö eller åtminstone imbecill. Ett senare testtillfälle år 1972 hade utvisat en ”ojämn begåvningsprofil”, men inte av ett sådant slag att mannen kunde föras till kategorin hämmad förståndsutveckling. En läkare bedömde nu att han kunde vårda såväl sig själv som sin egendom; grunden för omyndigförklaring ansågs således inte längre finnas. Utredningen i målet visade att mannen hade svårigheter att hantera sin ekonomi, att han var godtrogen, impulsdriven och att han brukade alkohol på ett mindre lämpligt sätt. Enligt överförmyndarnämnden fanns det risk för att han skulle råka ut för hänsynslösa personer som skulle lura av honom hans pengar och att han skulle komma att ingå kolliderande rättshandlingar med en god man. Tingsrätten ansåg dock att omyndigförklaringen skulle hävas eftersom grunden för densamma inte längre förelåg.

I hovrätten inhämtades yttrande från Socialstyrelsen, som i sin tur inhämtat yttrande från en professor/läkare. Av yttrandet framgick att mannen förvisso inte längre kunde anses sinnesslö, men att han ändå fick anses vara ur stånd att vårda sig och sin egendom på grund av hämmad förståndsutveckling och psykisk abnormitet av annat slag: bristande psykisk mognad med drag av omdömeslöshet, godtrogenhet och kortsiktigt, impulsdrivet ekonomiskt handlande. I yttrandet anfördes följande:

> ”Trots sin ålder måste (N.N.) fortfarande i mycket behandlas som en liten oförståndig pojke, som behöver hjälp ej blott i ekonomiska angelägenheter utan i sin livsföring överhuvudtaget.”

Hovrätten fann inte skäl att ifrågasätta denna bedömning. Frågan var istället om det skulle vara tillräckligt att god man förordnades för mannen. Hovrätten fann att så inte var fallet. För det skydd och bistånd som mannen behövde ansågs det inte tillräckligt att förordna en god man.

I HD:s domskäl framhölls att syftet med 1975 års reform varit att så långt möjligt undvika omyndigförklaringar. HD framhöll vidare att mannen ifråga ”lider djupt av att vara omyndigförklarad och känner sig nedtryckt av samhället”. Även om det genom utredningen enligt domstolens mening var klarlagt att mannen var ur stånd att vårda sig eller sin egendom, innebar inte det att det inte kunde vara tillräckligt att förordna en god man. Risken för att mannen skulle ingå kolliderande rättshandlingar ansågs små, eftersom mannen var på det klara med sitt behov av hjälp. Omyndigförklaringen hävdes därför, och befintlig förmyndare förordnades som god man.

Utanför själva sakfrågan i NJA 1981 s. 291 – om en omyndigförklaring skulle hävas därför att ett godmanskap kunde anses vara tillräckligt

– ligger en annan bedömning som bör kommenteras. Trots att mannen hade bevislig förmåga att arbeta och försörja sig och bevislig förmåga att föra sin egen talan genom tre domstolsinstanser, ansågs han ändå vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom. Med ledning av detta kan sägas att tröskeln för att bedömas vara ”ur stånd att vårda” synes vara påfallande låg; för att bedömas vara ur stånd räcker det att kunna konstatera ”bristande psykisk mognad med drag av omdömeslöshet, godtrogenhet och kortsiktigt impulsdrivet ekonomiskt handlande”. Jämfört med de egenskaper hos det ideala rättssubjektet som krävs för personlig förmåga att rättshandla, kan sägas att förhållandevis små brister i förnuft och vilja tydligen är tillräckliga för att någon ska bedömas vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom. Det räcker med att vara omdömeslös eller lättledd.

I det följande står det år 1975 nyinrättade godmanskapet som ett mindre ingripande alternativ till omyndigförklaringen i fokus.

5.3.2.3 Godmanskap – ett mindre ingripande alternativ till omyndigförklaring

Möjlighet att förordna om god man fanns redan före år 1975. Institutet var dock tillämpligt endast som en temporär lösning, i situationer då någon som samtyckte till förordnandet var ur stånd att på egen hand förvalta sin egendom eller bevaka sin rätt på grund av sjukdom av övergående natur.[71] Ett godmanskap innebar då som nu, inga förändringar av den enskildes status som rättssubjekt – den sakliga förmågan att rättshandla påverkades inte av ett godmanskap.

Med syftet att skapa en mindre ingripande lösning jämfört med omyndigförklaringen och att därigenom kunna *minska antalet omyndigförklaringar*, fick FB 18:3 följande lydelse år 1975:

> ”Om någon på grund av sjukdom, hämmad förståndsutveckling, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande behöver bistånd med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, skall rätten, där så erfordras, förordna god man för honom. Förordnande som nu nämnts må ej givas utan samtycke från den för vilken god man skall utses, med mindre hans tillstånd medför hinder mot inhämtande av samtycke eller eljest särskilda skäl föreligga.”

Godmansinstitutet utvidgades och förändrades därmed på flera punkter. Det tidigare kravet på att sjukdomen skulle vara av övergående natur togs

[71] Prop. 1974:142 s. 56 f.

bort. Till grunderna tillfördes hämmad förståndsutveckling och försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande (jämför grunden för omyndigförklaring på egen begäran enligt dåvarande FB 10:1 p. 4).[72] Personer med utvecklingsstörning kunde således komma ifråga både för godmanskap eller omyndigförklaring.

Inte heller krävdes att någon kunde bedömas vara ”ur stånd att vårda sig eller sin egendom”. Istället var det tillräckligt att någon ”behövde bistånd” med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person.[73] Ett krav på att någon skulle vara ”ur stånd”, ansågs i alltför hög grad begränsa möjligheterna att anordna godmanskap. Att möjligheterna därmed å andra sidan blev ganska vida, med tanke på vilka tillstånd som angavs som grund, betraktades inte som ett problem; av lagrummet framgick att domstolen skulle pröva godmanskapets erforderlighet i det enskilda fallet. Därigenom garanterades att institutet inte skulle komma att tillämpas i de fall det inte behövdes.[74]

För att kunna förstå i vilka fall godmanskap skulle anses erforderligt, är det nödvändigt att beakta de förändringar som samtidigt skedde med grunderna för omyndigförklaring. Tanken var att somliga grupper – vissa av de som tidigare hade kunnat omyndigförklaras på egen begäran eller med samtycke – skulle undantas från de legala ställföreträdarskapens tillämpningsområde. Många personer antogs inte, varken i formen av ett godmanskap eller en omyndigförklaring, behöva en legal ställföreträdare – deras hjälpbehov kunde tillgodoses på annat (mindre ingripande) sätt.

Särskilt lyftes i sammanhanget *oerfarenhet*, som före år 1975 varit grund för omyndigförklaring på egen begäran. Den som nyss fyllt 18 år kunde förvisso behöva hjälp i både ekonomiska och personliga angelägenheter, men detta hjälpbehov antogs, liksom även för äldre personer som i och för sig var fullt friska men på grund av oerfarenhet kunde ha svårt att ensamma bevaka sina intressen, kunna tillgodoses på andra sätt.[75] Med tidigare etablerad begreppsapparat kan således konstateras att de som inte ansågs sakna personlig förmåga att rättshandla utan av andra anledningar behövde hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, nu undantogs från de legala ställföreträdarskapens tillämpningsområde.

[72] Prop. 1974:142 s. 121.
[73] A. prop. s. 121.
[74] A. prop. s. 121.
[75] A. prop. s. 121.

Det tidigare kravet på *samtycke* från den enskilde för förordnande av god man behölls som princip, men kunde enligt FB 18:3 efterges under förutsättning att den enskildes tillstånd medförde hinder mot inhämtande av samtycke eller det annars förelåg särskilda skäl.[76] Någon reglering motsvarande dagens FB 11:5 om vems vilja som skulle ha företräde i de situationer då huvudman och god man hade olika uppfattningar om rättshandlingar, infördes dock inte år 1975. Att det därmed fanns en risk för att en ”huvudman”[77] skulle komma att företa kolliderande rättshandlingar eller handlingar ”i strid med gode mannens vilja”[78] var ett bekymmer som diskuterades. Möjligheten att villkora ett godmanskap till de

[76] Prop. 1974:142 s. 119 ff. En sådan situation där det fanns särskilda skäl för att förordna god man utan samtycke förelåg i NJA 1977 s. 201 som refererats närmare i avhandlingens avsnitt 4.5.2.1.

[77] Angående begreppet *huvudman* är det, vad jag kunnat utläsa, först i samband med utvidgningen av godmansinstitutet år 1974 som denna benämning för att beteckna en person som har god man först dyker upp. Den som omyndigförklarades benämndes myndling eller i vissa fall den sjuke. När godmanskapet infördes som ett mindre ingripande alternativ till omyndigförklaringen framhölls det som ”angeläget att så långt möjligt undvika att en god man och hans huvudman företar kolliderande rättshandlingar” (se prop. 1974:142 s. 121). I propositionen till 1989 års förändringar används beteckningen genomgående, men Lagrådet vände sig kraftig emot förslaget att beteckningen huvudman användes vid åsyftningar av en person som var föremål för godmansförordnande eller förvaltarförordnande (prop. 1987/88:124 s. 233). Otvivelaktigt hade terminologin enligt Lagrådet sin förankring ”i gängse uttryckssätt, vari behandlas relationen mellan en huvudman och en syssloman/fullmäktig.” Att använda en sådan beteckning i en reglering som inskränker individens självbestämmanderätt skulle enligt Lagrådet ofrånkomligen leda till missvisande associationer. ”Visst är den enskilde, biståndsbehövande personen centralfiguren i de sammanhang som nu är i fråga – alla åtgärder ska vara till hans nytta. Men han är i en situation vari han saknar ett av huvudmannaskapets viktigaste element, nämligen behörighet att dirigera vad som genom en mellanman skall åtgöras i hans rättsliga angelägenheter.” I en reglering som innebär att den enskildes dirigerande kompetens beskärs i det närmaste totalt eller i vart fall på ett ingripande sätt, ”framstår det som något verklighetsfrämmande, att beteckna honom som ’huvudman’ i den *rättsligen i stort sett maktlösa position, vari hans hälsa eller levnadsomständigheter i övrigt försatt honom.*” (min kurs.) (a. prop. s. 233 f). Användning av begreppet huvudman i lagtext avstyrktes således, och ordet utmönstrades ur den lagtext som antogs – såväl vad gällde godman- som förvaltarskap. Begreppet är dock vedertaget i den förmynderskapsrättsliga diskursen, se exempelvis Odlöw, Ställföreträdare för vuxna; Wallgren, Gode mannens ABC; Sjöstedt & Sporrstedt, God man och förvaltare – en handbok. Här väljs dock begreppet huvudman bort, till förmån för ”den enskilde” eller ”den hjälpbehövande”. Även om huvudman kan synas vara en bra term när det handlar om ett godmanskap, kan påminnas om att många personer som får god man *på grund av sitt tillstånd inte har faktisk förmåga att styra sin företrädare*. Att kalla den som saknar kraft och förmåga för huvudman kan i vissa fall vara missvisande och därtill leda tankarna fel vid tolkningen av regleringen.

[78] Prop. 1974:142 s. 122.

fall där det inte kunde antas finnas risk för kolliderande rättshandlingar ansågs dock inte som en lösning – risken var att domstolarna då skulle komma att ”tillämpa en restriktiv praxis när det gäller förordnande av god man”,[79] och därmed skulle önskemålet att så långt möjligt begränsa antalet omyndigförklaringar motverkas.[80] Den lösning på dilemmat som förespråkades i propositionen var dels möjligheten att ogiltigförklara avtal som ingåtts av huvudmannen med stöd av 1924 års lag om avtal, dels att ansökan om omyndigförklaring kunde aktualiseras.[81] Det fick ju i sådana fall anses visat att godmanskap inte var tillräckligt.

Som redan påpekats ovan framstår sistnämnda lösning som problematisk med tanke på att det inte fanns någon samstämmighet mellan de personkretsar som kunde komma ifråga för omyndigförklaring respektive godmanskap.[82] Endast personer med ”hämmad förståndsutveckling” föll tydligt inom tillämpningsområdet för båda instituten. För de som kunde erhålla god man men inte kunde komma i fråga för omyndigförklaring eftersom de inte föll inom omyndigförklaringens tillämpningsområde såsom varande antingen psykiskt sjuka eller lidande av psykisk abnormitet av annat slag, exempelvis ålderdomssvaga, kvarstod således problemet med risk för kolliderande rättshandlingar.

Eftersom avsikten med att utvidga godmansinstitutet var att undvika omyndigförklaringar, gavs god man samma skyldigheter som en förmyndare. Att god man i likhet med en förmyndare skulle få i uppdrag att sörja för person, kommenterades på följande sätt:

> ”De förordade reglerna torde […] leda till att gode män i många fall kommer att fungera under avsevärd tid och att deras uppgifter blir likartade dem som åvilar en förmyndare. Det är i så fall av stor betydelse att den enskildes behov av personlig omvårdnad blir tillgodosett. Även om alltså orsaken till godmansförordnandet i första hand har varit att den enskilde behövt hjälp i rättsliga eller ekonomiska angelägenheter, bör den gode mannen alltid vara skyldig att dessutom sörja för den enskildes person i den mån det är erforderligt.”[83]

[79] Prop. 1974:142 s. 121.

[80] A. prop. s. 122.

[81] A. prop. s. 122.

[82] Det gör det däremot sedan förvaltarskapet infördes år 1989 – samma slag av tillstånd grundar både beslut om godmanskap och förvaltarskap. Se FB 11:7 med hänvisning till FB 11:4.

[83] Prop. 1974:142 s. 133.

Uttalandet är en tydlig indikator på att förmynderskapsrättens syften ändrades i samband med 1975 års reform. Det *primära syftet* var nu att ge den enskilde möjlighet att genom hjälp från en legal ställföreträdare få sina, varierande i art och över tid, behov tillgodosedda. Att ”sörja för person” skulle ingå i den gode mannens skyldigheter, motiverades med hänvisning till sannolikheten att många gode män skulle komma att anförtros uppdragen under lång tid. Även om ett behov av personlig omvårdnad och intressebevakning inte kunde sägas finnas vid tidpunkten för anordnandet, antogs att många huvudmän så småningom skulle komma att ha behov av hjälp för att få även personliga behov tillgodosedda.

Det uttalade syftet med 1975 års reform var att minska antalet omyndigförklaringar och att skapa en lösning med mindre långtgående rättsverkningar för de som behövde en legal ställföreträdare. Färre personers sakliga förmåga att rättshandla kunde efter år 1975 inskränkas, och argumenten för förändringen tog på ett nytt sätt sikte på den enskildes *behov av hjälp*, till skillnad från andra intressen. Den enskildes rättssubjektstatus inom förmynderskapsrätten kom ytterligare att förändras i samband med den efterföljande (och senaste) reformen år 1989.

5.3.2.4 Förvaltarskap – en flexibel och begränsad ersättning för omyndigförklaringen

År 1989 avskaffades omyndigförklaringen. Skälen var i allt väsentligt samma som de som anförts år 1975 för inskränkningarna av omyndigförklaringens tillämpningsområde. De många olikartade negativa konsekvenser som kunde följa av en omyndigförklaring lyftes fram på nytt. I de allmänna motiven till varför omyndigförklaringen borde avskaffas anfördes att:

> ”Rent allmänt kan sägas att en omyndigförklaring lätt uppfattas som en nedvärderande stämpel, både av den omyndigförklarade själv och hans omgivning. I många fall kan en sådan förklaring få allvarliga följder för den omyndigförklarades psykiska välbefinnande. Åtgärden kan också försvåra en social anpassning. Detta gäller inte minst vissa utvecklingsstörda.”[84]

Anpassningstanken som här kommer till uttryck kan kännas igenom som ett eko av *normaliseringsprincipen*, vilken vid denna tidpunkt hade en stark förankring i handikappolitiken och i de sociala vårdlagarna.[85]

[84] Prop. 1987/88:124 s. 131.

[85] Se närmare om normaliseringsprincipen kapitel 2, avsnitt 2.3.5.

Omyndigförklaringen ansågs, genom att den uppfattades som en ”nedvärderande stämpel” av både den enskilde och omgivningen, försvåra utvecklingsstördas sociala anpassning. Den integrering av personer med utvecklingsstörning som eftersträvades i samhället kunde med andra ord motverkas genom praktiken med omyndigförklaring.

Ett annat tungt vägande skäl till att avskaffa omyndigförklaringen, var de grundläggande värderingar om människors *lika värde* och om värdet av *mångfald* i samhället som lagts fast inom framförallt socialrätten:[86]

> ”Uppfattningen om alla människors lika värde är den grundläggande utgångspunkten för hur samhället skall utformas. Den sociallagstiftning som tillkommit under senare år bygger också på att alla människor har kunskaper, erfarenheter och förmåga som är viktiga för samhället och att människornas aktiva deltagande i samhällslivet skall främjas. […] I socialtjänstlagen framhålls att verksamheten inom socialtjänsten skall bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet. […] Det synsätt som sålunda präglar reformarbetet inom andra samhällsområden bör vara vägledande också för en reformering av lagstiftningen om förmynderskap och godmanskap, vilken har sina rötter i en äldre tids värderingar. Mot den bakgrunden anser jag att tiden nu är mogen att avskaffa institutet omyndigförklaring.”[87]

Omyndigförklaringens exkluderande effekter – dess befästande av en omodern kategorisering av människor som avvikande – var således ett starkt skäl till att ta avstånd från omyndigförklaringsinstitutet. Även dess i många fall onödigt långtgående rättsliga konsekvenser var ett tungt vägande skäl för avskaffandet. Dessa konsekvenser hade lyfts fram redan vid införandet av förmynderskapslagen år 1924 och på nytt i samband med reformen år 1975, men först år 1989 blev de på allvar ett argument för att avskaffa institutet.[88] Det kunde inte längre, mot bakgrund av förändrade värderingar i samhället och på närliggande rättsområden, motiveras att individer i ett svep fråntogs i princip all sin sakliga förmåga att rättshandla. Särskilt allvarligt sågs på den utestängning från samhällsgemenskapen som förlusten av rösträtt i allmänna val innebar.[89]

Samtidigt som omyndigförklaringens negativa konsekvenser påtalades, framhölls även att det för vissa personer och i vissa situationer trots

[86] Se exempelvis socialtjänstlag (1980:620) och omsorgslag (1985:568).

[87] Prop. 1987/88:124 s. 132.

[88] Prop. 1987/88:124 s. 130. Utsagan är i det närmaste identisk med en utsaga om rättsverkningarna av omyndigförklaring i prop. 1974:142 s. 113.

[89] Prop. 1987/88:124 s. 132.

allt fanns *behov av hjälp och stöd* med ekonomiska och personliga angelägenheter som ett godmanskap inte kunde tillgodose. Huvudsakligen åsyftades risken för kolliderande rättshandlingar när den enskildes sakliga förmåga lämnades intakt under ett godmanskap. En annan faktor som talade för att möjligheten att begränsa en persons sakliga förmåga borde behållas var somliga personers *behov av skydd* från konsekvenserna av sin förmåga att rättshandla. Föredraganden påpekade att:

> ”Ett avskaffande av omyndigförklaringsinstitutet kräver […] att man på annat sätt tillgodoser *behovet av hjälp och skydd* för personer som på grund av sjukdom e. d. saknar förmåga att själva ha hand om sina ekonomiska och personliga angelägenheter. Det gäller alltså att på något sätt ersätta omyndigförklaringens *skyddsfunktion*. Att omyndigförklaringen har en sådan funktion har ibland kommit i bakgrunden i den allmänna debatten. Men det har också från olika håll framhållits som angeläget att psykiskt svaga personer skyddas från påtryckningar av personer i deras närmaste omgivning som vill få till stånd olika ekonomiska dispositioner. Även i andra avseenden har de omyndigförklarade i många fall ett hjälpbehov som måste tillgodoses på något sätt, om institutet omyndigförklaring avskaffas. De hjälpmöjligheter som erbjuds enligt socialtjänst- och omsorgslagstiftningen har inte sådan inriktning att de kan ersätta de funktioner som ankommer på en förmyndare.”[90] (mina kurs.)

Mot denna bakgrund inrättades institutet *förvaltarskap* som ersättning för omyndigförklaringen. Förvaltarskapet konstruerades som en utbyggd form av godmanskap – ett *komplement till godmanskapet* i de situationer då ett sådant inte kan anses tillräckligt för att tillgodose det hjälp- eller skyddsbehov som föreligger i det enskilda fallet.[91]

I likhet med omyndigförklaringen innebär ett förvaltarskap att den enskildes sakliga förmåga att rättshandla inskränks, men till skillnad från omyndigförklaringen enbart *partiellt*. En viktig princip sades vara att den enskilde genom förvaltarskapet ”inte ska fråntas sin rättshandlingsförmåga i vidare utsträckning än som är befogat i det enskilda fallet”.[92] Inskränkningen avgörs genom att det anges i förvaltarens förordnande vilka angelägenheter dennes uppdrag omfattar (se FB 11:7 och 11:9). I alla andra avseenden behåller den enskilde sin sakliga förmåga att rättshandla.

[90] Prop. 1987/88:124 s. 132.

[91] A. prop. s. 145. Villkoren för anordnande av godman- och förvaltarskap klargörs närmare nedan i avsnitt 5.4.

[92] A. prop. s. 144.

Därmed är dock inte sagt att den enskilde också har faktisk förmåga att rättshandla i de fall som inte omfattas av förvaltarens förordnande. Förmågan att företa en rättshandling med giltig verkan är ju som bekant beroende av att den enskilde har både saklig och personlig förmåga att rättshandla. Situationen som förelåg i RÅ 1989 ref 11 är ett belysande exempel på det nyss sagda.[93] HFD bedömde att en person, trots omyndigförklaring, inte var hindrad att göra en anmälan av det slag som målet rörde. Anmälaren ansågs med andra ord inte sakna saklig förmåga att väcka talan i frågan. Däremot fanns det enligt HFD skäl att pröva om den enskilde på grund av sjukdom eller av annan orsak ”saknar rättslig handlingsförmåga”, det vill säga personlig förmåga att rättshandla.

Som påvisats ovan etablerades en princip om minsta ingripande åtgärd inom förmynderskapsrätten redan i samband med 1975 års reform.[94] Efter 1989 års reform har principen fått ett starkare genomslag.[95] Att förvaltarskap enligt FB 11:7 enbart får beslutas om det inte är tillräckligt att god man förordnas eller att den enskilde får hjälp på något annat mindre ingripande sätt innebär ingen förändring jämfört med den prövning som skulle företas för omyndigförklaring. Att ett beslutat förvaltarskap ska ingripa i så liten utsträckning som möjligt i den enskildes privata livssfär genom ett krav på att *förvaltarskapets omfattning ska anpassas till den enskildes behov i varje enskilt fall* (FB 11:7 st 2) kan däremot ses som en förstärkning av principen.[96] Samma flexibilitet ska även gälla under ett pågående förvaltarskap. Rätten ska enligt FB 11:23 ompröva omfattningen av ett förvaltarskap så snart det finns skäl för det.

Jämfört med omyndigförklaringen är rättsverkningarna av ett förvaltarskap betydligt mer flexibla och anpassningsbara efter behoven i det enskilda fallet. En notering kan dock göras vad gäller den personkrets vars sakliga förmåga att rättshandla kan inskränkas. Förvaltarskap är tillämpligt för samma kategorier av tillstånd som godmanskapet – inte bara, som omyndigförklaringen, för personer som är ur stånd att vårda sig eller sin egendom på grund av psykisk sjukdom, hämmad förståndsutveckling eller annan psykisk abnormitet. Den grupp av människor vars sakliga

[93] Rättsfallet har, tillsammans med NJA 1981 s. 857, ingående refererats i kapitel 2, avsnitt 2.4.3.

[94] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 128.

[95] Odlöw, a.a. s. 270, framhåller att principen om minsta ingripande åtgärd har ett starkt genomslag i reglerna relaterade till anordnande av både godman- och förvaltarskap, men däremot har liten inverkan på reglerna om godman- och förvaltaruppdragens utövande.

[96] Prop. 1987/88:124 s. 144.

förmåga att rättshandla *kan* begränsas, är därmed betydligt större idag, än den var under åren 1975–1989. Vilka personer som enligt gällande rätt kan få god man eller förvaltare, klargörs närmare i nästföljande avsnitt.

5.4 Villkoren för anordnande av godmanskap eller förvaltarskap

5.4.1 Villkoren för anordnande relaterar till de legala ställföreträdarnas syften

Som påvisats ovan har legala ställföreträdarskap för vuxna viktiga funktioner att fylla – både på system- och individnivå. Ett övergripande syfte och en övergripande funktion både med god man och med förvaltare är att göra det möjligt för den som saknar förmåga att *själv* rättshandla, att ändå vara ett aktivt subjekt i rätten.[97] Denna funktion förfaller dock inte ha uppmärksammats i någon större utsträckning i diskussioner om god man och förvaltare. Istället synes den förmynderskapsrättsliga diskursen i huvudsak ta sin utgångspunkt i betydelsen av att i görligaste mån värna den enskildes integritet och frihet, med konsekvens att reglerna tillämpas restriktivt.[98]

[97] Jag menar möjlighet att vara ett aktivt subjekt i rätten på så sätt att ställningen som exempelvis rättighetsbärare kan utnyttjas, trots att den enskilde inte själv förmår att agera rättsligt.

[98] Restriktiviteten avser både frågan om anordnandet i sig och ett förordnandes omfattning. Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 195 anför angående *när godmanskap behövs*, att anordnande ”inte skall vidtas om det hjälpbehov som föranlett bedömningen (att frågan om godmanskap kommit till rättens prövning, min anm.) kan tillfredställas utan att ställföreträdare förordnas”. Se också HD:s dom 2013-11-26 mål nr Ö 4869-13, där HD lämnade prövningstillstånd i hovrätt. I tingsrättens dom framgår att den hjälpbehövandes behov av hjälp ansågs tillgodosett på ett mindre ingripande sätt än genom ett godmanskap. Det fanns redan en person som kunde hjälpa den sökande och eftersom den sökande förstod vad saken rörde kunde hjälpbehoven enligt tingsrättens mening tillgodoses exempelvis genom fullmakt. Även mål nr ÖÄ 686-13 i Hovrätten över Skåne och Blekinge, vilket prövades efter att HD lämnat prövningstillstånd (2013-03-04 mål nr Ö 3618-12), är ett belysande exempel. I målet var fråga om godmanskap för en vuxen kvinna med utvecklingsstörning, som i praktisk mening fick hjälp av sin mamma. Tingsrätten hade i målet avslagit överförmyndarens ansökan om godmanskap, med motiveringen att ett godmanskap inte behövdes eftersom mamman ansågs på ett betryggande sätt kunna tillvarata dotterns intressen även utan ett formellt godmanskap. Hur detta i praktiken gick till var dock, som överförmyndaren påpekade i sitt överklagande, högst oklart. Någon legal ställningsfullmakt finns inte för föräldrar till vuxna barn som inte själva kan rättshandla. I det slutliga beslutet biföll hovrätten ansökan om godmanskap. Se

En restriktiv hållning till förvaltarskapet som begränsar den enskildes sakliga förmåga att rättshandla, synes berättigad. En motsvarande hållning till godmanskap förefaller inte lika självklar. Den kan dock betraktas som förklarlig med beaktande av att alla vuxna som utgångspunkt har full förmåga att rättshandla, och att beslut från det allmännas sida avseende medborgarnas privatliv omgärdas av en rättighetskontext som fredar enskilda från ingripanden i deras privatliv. Frihet är i denna kontext ett intresse överordnat andra intressen.[99]

Med ovanstående sagt bör det upprepas att den som är vuxen endast kan frånkännas saklig förmåga att rättshandla genom ett förvaltarskap. Däremot kan i vissa fall individers rättshandlingar ändå inte erkännas, med hänvisning till brister i deras personliga förmågor. Det faktum att rättshandlingar kan ogiltigförklaras eller processbehörighet inte kan anses föreligga, innebär att dessa personer blir utan möjligheter att rättshandla. Finns i sådana fall ingen förordnad ställföreträdare som kan föra den enskildes talan, blir den enskilde att betrakta som mer eller mindre rättslös. De legala ställföreträdarskapen löser här ett reellt problem.

Problemet med att vissa personer kan bedömas sakna personlig förmåga att föra sin egen talan inför domstol var föremål för diskussion i samband med 1975 års reformering av förmynderskapsrätten.[100] I doktrin hade uppmärksammats att det inte fanns något samspel mellan förmynderskapsrätten och domstolarnas möjligheter att underkänna vissa personer som aktörer i rättsprocesser. I vissa fall hade individer frånkänts processbehörighet inför domstol utan att det fanns någon ställföreträdare som kunde föra talan i deras ställe.[101] I en särskild skrivelse till justitiedepartementet hade JO påtalat behovet av klargörande från lagstiftarens sida vad gällde i vilka situationer en vuxen kan frånkännas processbehörighet. Det utvidgade godmanskapet framhölls i propositionen år 1974 som lösningen:

även underrätternas och överförmyndarens argumentation i NJA 1999 s. 691 för exempel på en restriktiv hållning avseende ett godmanskaps *omfattning*.

[99] I sammanhanget bör påpekas att det dock kan finnas andra skäl än rättsliga som kan förklara en restriktiv tillämpning av godmanskapsregleringen. Med en mer generös tillämpning ökar arbetsbelastningen på överförmyndarna som både utövar tillsyn av gode mäns och förvaltares uppdrag och rekryterar gode män och förvaltare. Det framhålls som allt svårare att rekrytera gode män och förvaltare till alla de som behöver sådan hjälp, och behoven av legalt ställföreträdarskap förutspås med en allt äldre befolkning öka. Se prop. 2013/14:225 s. 15.

[100] Se prop. 1974:142 s. 123 ff.

[101] Se för en redogörelse av detta i kapitel 2, avsnitt 2.4.3.1.

> ”Problemet torde […] bli tillfredsställande löst, om man […] vidgar möjligheterna att förordna god man för den som på grund av sjukdom e.d. inte själva kan bevaka sin rätt. Härigenom torde de myndiga personer som frånkänns processbehörighet så gott som alltid kunna få en ställföreträdare som kan föra deras talan. Som jag tidigare nämnt bör det i hithörande fall finnas möjlighet för domstolen att på eget eller annans initiativ förordna god man, även om den enskilde inte har gett sitt tillstånd till åtgärden.”[102]

Möjligheten att utan samtycke förordna om god man upphörde år 1989. Angående det problem som därmed på nytt kunde uppstå angående somliga personers processbehörighet, påpekades bara i propositionen att om den enskilde inte samtyckte till ett förordnande av god man, var den praktiska nyttan av ett sådant förordnande begränsat. I dessa fall ansågs den lämpliga lösningen på problemet vara att överväga om ett förvaltarskap var möjligt.[103]

Syftet med de legala ställföreträdarskapen för vuxna är inte enbart att möjliggöra att den som saknar förmåga att själv företa rättshandlingar ändå kan agera i rätten. Syftet är även att *tillgodose behov av hjälp* i vissa avseenden och att, för förvaltarskapets del, *skydda den enskilde* från att genom rättshandlingar skada sig själv.[104] Nämnda hjälp- och skyddsbehov står i fokus när villkoren för att anordna god man eller förvaltare nedan klargörs närmare.

5.4.2 Behovsprövning i flera led

Av FB 11:4 st 1 framgår villkoren för anordnande av godmanskap:

> Om någon på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande behöver hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, skall rätten, om det behövs, besluta att anordna godmanskap för honom eller henne. Ett sådant beslut får inte meddelas utan samtycke från den för vilken godmanskap ska anordnas, om inte den enskildes tillstånd hindrar att hans eller hennes mening inhämtas.

Av första meningen framgår att behovet av hjälp står i fokus. Samma hjälpbehov är grund även för anordnande av förvaltarskap, genom hänvisning till 4 § i FB 11:7:

[102] Prop. 1974:142 s. 124.

[103] Prop. 1987/88:124 s. 138.

[104] Det bör dock noteras, vilket framgått i kapitel 3 avsnitt 3.3.3.2, att skyddsaspekten inte enligt funktionsnedsättningskonventionen är ett accepterat skäl till att ersätta någons beslutsförmåga.

> Om någon som befinner sig i en sådan situation som anges i 4 § är ur stånd att vårda sig eller sin egendom, får rätten besluta att anordna förvaltarskap för honom eller henne. Förvaltarskap får dock inte anordnas, om det är tillräckligt att godmanskap anordnas eller att den enskilde på något annat, mindre ingripande sätt får hjälp.

”Situationen” ska alltså vara densamma för förvaltarskapet som för godmanskapet. Härmed får antas att hela den beskrivna situationen i FB 11:4 första meningen åsyftas: att den enskilde på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande har ett behov av hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sina tillgångar eller sörja för sin person *och* att ett legalt ställföreträdarskap (godmanskap) behövs. Skulle hänvisningen enbart åsyfta de tillstånd som anges i 4 § blir det hjälpbehov som omtalas i FB 11:7 st 1 andra meningen utan sammanhang. Båda instituten får således sägas avse samma slag av hjälpbehov, grundat i samma slag av tillstånd.

Den *behovsprövning* som ska genomföras, kan schematiskt uppställas i två för godmanskapet respektive tre för förvaltarskapet på varandra följande steg. För godmanskapet ska kunna konstateras att:

1. Den enskilde har på grund av sitt tillstånd ett behov av hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person och
2. ett godmanskap *behövs*.

För förvaltarskap ska kunna konstateras att:

1. Den enskilde behöver hjälp från en legal ställföreträdare av samma anledningar som grundar behov av godmanskap, och
2. tillståndet och hjälpbehovet enligt p. 1 tar sig sådant uttryck att den enskilde kan sägas vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom, och
3. det är inte tillräckligt att hjälpbehovet tillgodoses genom godmanskap (eller på något annat, mindre ingripande sätt).

I ovanstående uppställning har den avslutande delen av den andra meningen i FB 11:7 st 1 ”… eller på något annat, mindre ingripande sätt får hjälp” satts inom parentes. Anledningen är att bedömningen av om tillräcklig hjälp kan ges på ”annat sätt” ingår i det första steget. Som visats tidigare är den andra meningen i FB 11:7 st 1 en skrivning som infördes år 1975 i FB 10:1 som ett sätt att begränsa omyndigförklaring-

ens tillämpningsområde.[105] Av uttalanden i förarbetena angående denna lagändring framgår att det inte var fråga om en prövning av om *antingen* godmanskap *eller* någon annan mindre ingripande åtgärd var tillräcklig. Avsikten var att det först skulle prövas om den enskilde kunde erhålla hjälp på något annat mindre ingripande sätt, och om så bedömdes inte vara fallet, om inte ett godmanskap var tillräckligt.

Vid denna tidpunkt var omyndigförklaring den gängse praktik som man avsåg att genom lagändringar styra undan från så långt som möjligt. Det hade uppmärksammats att somliga personer som omyndigförklarades i själva verket kunde antas klara sig utan en legal ställföreträdare, och att en omyndigförklaring i många andra fall var en alltför ingripande åtgärd. Därför skulle prövas om det inte var tillräckligt att anordna ett godmanskap för den som behövde hjälp från en förmyndare. När förvaltarskapet infördes vändes de legala ställföreträdarskapens konstruktion på så sätt att godmanskap nu är förstahandsalternativet och förvaltarskapet ett undantagsalternativ – ett komplement i form av ett utbyggt godmanskap[106] – i de fall ett godmanskap bedöms inte vara tillräckligt. Först när det konstateras att ett godmanskap inte kan tillgodose behoven av hjälp är förvaltarskap tillämpligt.

Beroende av hur godman- och förvaltarskapen uppfattas, kan den förhållandevis oprecisa behovsbedömning som ska företas uppfattas som ett problem.[107] Om utgångspunkten för tolkningen av reglerna är att både god man och förvaltare är instrument som ingriper i den enskildes möjligheter till självbestämmande, leds tankarna till frågor om rättssäkerhet i form av krav på likabehandling- och förutsebarhet och därmed krav på begränsat tolkningsutrymme i reglerna.[108] Med tanke på arvet från omyndigförklaringen, vilken tveklöst innebar ett långtgående ingrepp i enskildas liv, ligger ett sådant synsätt nära till hands. Detsamma gäller om rätten till frihet från ingripanden i enskildas privatliv lyfts fram.[109]

Utgår tolkningen istället från god mans och förvaltares syften och funktioner, framgår att ett helt annat intresse ställs mot intresset av att värna den enskildes integritet och frihet: intresset av att kunna tillförsäkra hjälp och skydd till personer vars möjligheter att själva bevaka sina

[105] Se avsnitt 5.3.2.2.

[106] Prop. 1987/88:124 s. 145.

[107] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 173 ff.

[108] Odlöw a.a. s. 175.

[109] Se EKMR artikel 8.

intressen eller tillgodose sina behov är begränsade.[110] Från ett perspektiv kan ett anordande av legalt ställföreträdarskap betraktas som ett frihetsingrepp eller en autonomiinskränkning. Från ett annat perspektiv kan det vara avgörande för att hjälpbehövande personer ska kunna komma i åtnjutande av de välfärdsrättigheter de är tillskrivna, vilka i sin tur är avsedda att möjliggöra att i positiva frihetstermer leva som andra. Frågan är vilket intresse som bör tillmätas störst vikt – om det är den enskildes negativa eller positiva frihet som bör vara utgångspunkt för tolkningen av förmynderskapsrätten.

Att de legala förutsättningarna för anordnande av godman- respektive förvaltarskap kan uppfattas som otydliga, kan vara problematiskt när det gäller förvaltarskapet eftersom detta i många (men inte alla) fall kan betraktas som en tvångsåtgärd. Förvaltarskap får anordnas mot den enskildes uttalade vilja, och innebär alltid att den enskildes självbestämmande inskränks. Godmanskapet kan dock inte jämställas med förvaltarskapet. Ett godmanskap påverkar inte den enskildes självbestämmande i rättslig mening, och godmanskap *får inte anordnas mot den enskildes vilja* (FB 11:4).

Genom kravet på samtycke till anordnandet understryks att avsikten är att en god man ska vara ett *stöd* för den som av olika anledningar inte självständigt kan hantera sina angelägenheter.[111] Den gode mannen ska principiellt betraktas som ett biträde till en huvudman, i den utsträckning som den enskilde har förmåga att instruera den gode mannen.[112] Som framhålls i förarbetena skulle, med ett annat synsätt, gränsen mellan godmansinstitutet och förmyndarskapet (eller nu gällande förvaltarskapet) suddas ut.[113] Konsekvensen av samtyckeskravet är vidare att ett

[110] Jfr SOU 1986:50 s. 107 där förmynderskapsutredningen beskriver att det i godmansinstitutet finns en inbyggd konflikt mellan å ena sidan omsorgen om den enskildes välfärd (såsom den gode mannen kan uppfatta den) och respekten för huvudmannens bibehållna rättsliga handlingsförmåga.

[111] Jfr Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 269 f, som anför att det är problematiskt att ett godmanskap genom presumtionsregeln i FB 11:5 innebär att en ”stor del av den ekonomiska förvaltningen kan […] företas utan att den enskilde involveras”. Därigenom kan det uppfattas som att den gode mannen har långtgående möjligheter att ta över beslut från den enskilde. Men, kan det tilläggas, inte längre gående möjligheter än en fullmäktig som agerar med fullmakt från en fullmaktsgivare som har svårigheter att bevaka och styra fullmäktigens göranden.

[112] Prop. 1987/88:124 s. 141; JO 1986/87 s. 52.

[113] Prop. 1987/88:124 s. 141.

godmanskap ska upphöra om den enskilde begär det.[114] Snarare än som ett ingrepp i den enskildes liv, bör således godmanskapet betraktas som en angelägen hjälpinsats för den som har svårigheter att själv bevaka sina egna intressen eller att se till att få sina behov tillgodosedda. Krav på preciserade förutsättningar för anordnande av godmanskap synes således mindre angeläget än när det gäller förvaltarskapet.

I sammanhanget bör påpekas att godmanskap är obligatoriskt. Om förutsättningarna är uppfyllda så *”skall”* rätten enligt FB 11:4 besluta om godmanskap. Förvaltarskapet är ett fakultativt andrahandsalternativ. Rätten *”får”* besluta om förvaltarskap om förutsättningarna enligt FB 11:7 är uppfyllda.[115] Som framgått är den centrala frågan för godman- och förvaltarskapens tillämplighet när ett legalt ställföreträdarskap *behövs*. Till denna fråga vänds uppmärksamheten härnäst.

5.4.3 Hjälpbehovets karaktär avgör om ett ställföreträdarskap kan behövas

Godman- eller förvaltarskap komma ifråga för den som på grund av *sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller något annat liknande förhållande* har behov av hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person. Ett anordnande av ett legalt ställföreträdarskap förutsätter inte att det är fråga om långvariga eller permanenta tillstånd. I praktiken torde dock inte god man eller förvaltare förordnas för den som är kortvarigt sjuk eftersom mer tillfälliga hjälpbehov ofta kan lösas på andra sätt.[116]

[114] Ett sådant fall prövades i RH 1990:67. Hovrätten fann i detta fall att ett godmanskap skulle upphöra – även om det, som överförmyndaren och tingsrätten ansåg, fortsatt behövdes. Godmanskapet kunde inte beslutas fortgå mot den enskildes vilja.

[115] Jfr NJA 2012 s. 715 där justitieråden Borgeke och Lambertz i skiljaktig mening påtalar att ”[a]nordnande av förvaltarskap är inte obligatoriskt, utan rätten ”får” besluta om sådant anordnande när förutsättningarna är uppfyllda (11 kap. 7 § första stycket FB). Enligt 11 kap. 19 § första stycket första meningen ska förvaltarskapet upphöra när det inte längre behövs. I sådana fall blir det ofta aktuellt att i stället förordna god man, vilket enligt 11 kap. 4 § är obligatoriskt ”om det behövs”, om någon på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande behöver hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person.” Den skiljaktiga meningen rörde inte frågan om relationen mellan godmanskapet och förvaltarskapet utan den ena frågan för Högsta domstolens prövning: om ett förvaltarskap skulle upphöra i en situation då det inte visat sig möjligt att finna en person att förordna som förvaltare.

[116] Prop. 1987/88:124 s. 138.

Huruvida en sjukdom, en psykisk störning eller ett försvagat hälsotillstånd föreligger, kan svårligen bedömas av andra än medicinskt sakkunniga. I den rättsliga bedömningen av om behov föreligger av ett legalt ställföreträdarskap kan således förväntas att det föreligger ett medicinskt underlag för beslutsfattandet. Sådant får dock avvaras om den enskilde samtycker till ett godmanskap.[117]

Samma grupper av personer innefattas i gällande tillståndsuppräkning som enligt 1975 års FB 10:1 och FB 18:3.[118] Den språkliga förändring av tillståndsbeteckningarna som skett innebär för personer med utvecklingsstörning att de nu innefattas i gruppen av personer med funktionsnedsättningar av olikartad psykisk karaktär. Alla de tillstånd som åren 1976–1989 kunde föranleda omyndigförklaring – psykisk störning, hämmad förståndsutveckling eller psykisk abnormitet av annat slag – ingår nu i den betydligt vidare kategorin ”psykisk störning”.[119]

Det är ogörligt att i lagtext eller rättskällor i övrigt uttömmande räkna upp alla de tillstånd som kan falla inom de kategorier som anges i FB 11:4 men exemplifieringar förekommer, exempelvis i SOU 2004:112.[120]

[117] Se FB 11:17 om rättens beslutsunderlag.

[118] De tillstånd som räknades upp i dåvarande FB 18:3 var sjukdom, hämmad förståndsutveckling, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande – se avsnitt 5.3.2.3.

[119] Se prop. 1990/91:194 s. 42. Ändringen var en anpassning till förändrad medicinsk terminologi. Det kan noteras att personer med utvecklingsstörning i detta sammanhang samkategoriseras med personer med psykiska sjukdomar, vilket i historisk belysning får anses som en tillbakagång. Den historiska sammanföring av dessa personer som hade gällt under större delen av 1900-talet bröts, åtminstone vad gällde vårdlagstiftningarna, år 1967. Se närmare om detta i kapitel 2, avsnitt 2.3.5.1.

[120] Se SOU 2004:112 s. 422 ff. Avsnittet under rubriken ”Vilka behöver en ställföreträdare?” på s. 422 inleds med meningen: ”Behovet av ställföreträdare är nästan undantagslöst kopplat till att en person lider av nedsatt (eller bristande) beslutsförmåga.” Därefter följer en exemplifiering av medicinska tillstånd som kan ge upphov till nedsatt beslutsförmåga såsom demens, andra förvärvade hjärnskador i vuxen ålder på grund av sjukdom eller yttre våld, psykiska funktionshinder, utvecklingsstörning, autism och autismliknande tillstånd samt somatiska tillstånd av kortare eller längre duration såsom medvetslöshet, medicinsk neddrogning, svåra febertillstånd eller liknande. Den inledande meningens ”nästan undantagslöst” antyder att utredaren menar att det *kan* finnas situationer då godman- eller förvaltarskap behövs som *inte* är ”kopplat till att en person lider av nedsatt (eller bristande) beslutsförmåga”. Vilken slags situation som därmed avses framkommer inte, men det är tydligt att utredaren inte helt velat låsa behovsfrågan vid nedsatt beslutsförmåga. Se även SOU 1986:50 s. 143 ff, som inom ramen för utredning av förmynderskapsrätten inventerade antalet långtidssjuka personer med åldersbetingade psykiska sjukdomar såsom demens men även hjärt-kärlsjuka i formen av hjärnblödningar m.m., patienter i psykiatrisk vård samt personer som var föremål för omsorger enligt omsorgslagen. Se även Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 180 ff.

Gemensamt för de tillstånd som uppräknas i FB 11:4 är att de i många fall kan innebära nedsättningar av den enskildes intellektuella kapacitet och beslutsförmåga (förnuft och vilja), eller dennes förmåga att kommunicera sin vilja och sina önskningar med omvärlden. Tillstånden kan i många fall inverka menligt på den enskildes personliga förmåga att rättshandla. Inte alla sjukdomar, psykiska störningar etc innebär dock att den personliga förmågan att rättshandla sätts ned. Därav kravet på prövning av om ett ställföreträdarskap behövs i det enskilda fallet, trots att ett sådant tillstånd och ett sådant behov av hjälp som krävs kan konstateras.[121]

De uppräknade tillstånden i FB 11:4 ger liksom tidigare lagstiftning på området ett tydligt företräde för medicinskt konstaterbara grunder till hjälpbehovet. I samband med att förmynderskapslagen infördes angavs att det, vid ställningstagande till om någon kunde sägas vara ur stånd att ta vård om sig själv eller sin egendom, var av betydelse för en likformig tillämpning av reglerna att bedömningen av den påstådda oförmågan kunde grundas i ”lättare bestämbar objektiv omständighet”.[122] Kunde en läkare ställa en viss diagnos ansågs det finnas ”objektiv” grund. Med tanke på att tillståndsuppräkningen i allt väsentligt endast har förändrats språkligt, kan antas att läkares bedömningar alltjämt betraktas som objektiva, lätt bestämbara, omständigheter att grunda behovsprövningen i.[123]

[121] Ett exempel på en situation där det inte kan anses föreligga ett behov av ett legalt ställföreträdarskap är det ärende i vilket HD beslutade 2012-12-10, mål nr Ö 3767-12, att bevilja prövningstillstånd i Svea hovrätt. Hovrätten avgjorde slutligt målet 2013-02-06, ärende nr ÖÄ 11443-12. I fallet var fråga om en person som på grund av svåra allergiska reaktioner mot medel i kläder och skor var förhindrad att lämna sin bostad. Hon behövde därför hjälp – i huvudsak med att ta ut kontanta medel ett par gånger per månad. Hennes ansökan om god man avslogs, trots att det kunde konstateras att hon hade både en sjukdom och ett behov av hjälp. Hovrätten ansågs att det framförda hjälpbehovet inte kunde anses falla innanför en god mans uppgifter. Frågan borde dock enligt min mening istället ha varit om ett godmanskap behövdes med hänvisning till tillståndets och därmed hjälpbehovets karaktär. Kvinnans personliga förmåga att rättshandla påverkades inte av hennes tillstånd, varför hon inte saknade förmåga att ställa ut fullmakt och instruera och övervaka en syssloman.

[122] NJA II 1924 s. 233.

[123] Denna tillit till den medicinska vetenskapens objektivitet och till läkarnas bedömningar är på intet sätt förvånande i den historiska kontexten: under 1900-talet hade medicinen ett stort inflytande på alla möjliga områden av samhället. Att samma tänkesätt lever kvar idag är dock med tanke på de historiska erfarenheterna tveksamt. Det är som om det ständigt glöms bort att diagnoser och bedömningar är relativa. Upprepat under historien har det visats att vad som betraktas som sjukdom eller avvikelse under en tidsperiod, kan

Ett visst utrymme finns dock i FB 11:4 att beakta även andra grunder än medicinska inom uttrycket ”annat liknande förhållande”

> ”[…] för den som på grund av allvarligt alkohol- eller narkotikamissbruk har ett hjälpbehov. Särskilt när det gäller gruppen narkotikamissbrukare kan det ibland vara ett verksamt medel att förhindra att missbrukaren förslösar sin egendom för att finansiera sitt narkotikabruk. Bl. a. sådana missbruksfall torde kunna betecknas som med sjukdom liknande tillstånd.”[124]

I specialmotiveringen till FB 11:7 förtydligades att det, förutom de tillstånd som angav i FB 11:4 ”kan också vara fråga om ett alkoholmissbruk eller narkotikamissbruk av allvarligt slag som gör att missbrukaren *inte kan sköta sina angelägenheter* på ett tillfredsställande sätt.”[125] Ska legalt ställföreträdarskap komma ifråga för någon som inte kvalificerar sig i endera angiven medicinsk kategori, måste det ändå finnas ett förhållande som kan *liknas vid* sjukdom, psykisk störning eller ålderdomssvaghet. Exempelvis kan inte bristande språkkunskaper eller bristande kunskaper i största allmänhet grunda behov av ett legalt ställföreträdarskap.[126]

Med stöd i ovanstående uttalanden kan en slutsats dras angående hjälpbehovets karaktär. Det avgörande för om någon behöver en legal ställföreträdare är inte ifall det tillstånd som grundar hjälpbehovet kan klassificeras som en sjukdom, en psykisk störning eller ett försvagat hälsotillstånd. Det avgörande är om tillståndet ger upphov till ett hjälpbehov av sådan karaktär att det innebär att individen *inte på egen hand förmår att sköta sina angelägenheter*. Vid bedömningen av denna bristande förmåga får det dock inte vara fråga om en bedömning av någons ”besluts-

---

betraktas på ett helt annat sätt under en annan tid. Se för belysande exempel Foucaults undersökningar av vansinnets respektive sexualitetens historia.

[124] Prop. 1987/88:124 s. 145. Notera särskilt att detta uttalande i realiteten innebär att missbruk och slöseri, som var grunder för omyndigförklaring före år 1975, fortlever som grund för inskränkning av enskildas sakliga förmåga att rättshandla. Det föredraganden säger är ju att förvaltarskap kan komma ifråga för att undvika att den som *missbrukar slösar* bort sin egendom.

[125] Prop. 1987/88:124 s. 168.

[126] I sammanhanget kan Svea Hovrätts dom 2014-03-04, mål nr ÖÄ 10997-13 omnämnas. I fallet lyfts, vid sidan av det faktum att den enskilde hjälpbehövande var deprimerad och av läkare bedömts på grund av psykisk störning vara i behov av hjälp med att förvalta sin rätt, att hon inte kunde läsa, skriva eller tala svenska. Hovrätten konstaterar (med hänvisning till Sjöstedt & Sporrstedts handbok, vilket får betraktas som en tveksam rättskälla) att ”[r]ent allmänt gäller att språksvårigheter inte utgör grund för ett godmanskap eftersom hjälpbehovet då inte beror på t.ex. sjukdom eller försvagat hälsotillstånd.”

rationalitet" i jämförelse med bedömarens eller omgivningens normer.[127] Det ska vara en fråga om bedömning av individens förmåga och kraft att själv hantera eller kontrollera sina angelägenheter. Den gemensamma nämnaren för de tillstånd och behov av hjälp som anges i FB 11:4 består i att de kan innebära nedsättningar i den personliga förmågan att rättshandla – att förmågan att själv bevaka sina rättigheter eller intressen eller att på egen hand identifiera och tillgodose sina behov är begränsad.

5.5 God man *eller* förvaltare?

5.5.1 När behövs ett godmanskap och när behövs ett förvaltarskap?

Ovan har förespråkats att beslut om godman- och förvaltarskap ska uppfattas som en behovsbedömning i flera steg.[128] Det första steget – prövning av om det föreligger ett tillstånd som ger upphov till ett behov av hjälp med att bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person – förutsätter att det konstateras att ett legalt ställföreträdarskap *kan* behövas. Det andra steget är att ta ställning till *om* det behövs, och därefter i vilken *form*.

5.5.2 Godmanskap får anordnas om det "behövs"

Av FB 11:4 st 1 framgår att om någon på grund av endera uppräknat tillstånd har ett behov av hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person så "skall rätten, *om det behövs*, besluta att anordna godmanskap för honom eller henne". Godmanskap ska således anordnas endast om det anses behövligt. Alla slag av tillstånd som kan innebära att någon behöver hjälp med att bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person, innebär inte att ett legalt ställföreträdarskap behövs. Så när behövs ett godmanskap?

I förarbetena kommenteras endast sparsamt vad som är relevant i denna bedömning.[129] I doktrin har anförts att behovskriteriet ska tolkas som en fråga om den enskilde redan i praktisk mening får hjälp som kan anses tillräcklig eller inte. Antingen genom att det finns en giltig fullmakt

[127] Se Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 183 f.

[128] Se avsnitt 5.4.2.

[129] Se prop. 1987/88:124 s. 136 ff och prop. 1974:142 s. 121.

som innebär att någon har formell behörighet att företräda den enskilde, genom att anhöriga i faktisk mening sörjer för den enskildes personliga hjälpbehov, eller genom att den enskilde befinner sig på en vårdinrättning och därmed får antas få alla sina behov av hjälp tillgodosedda genom det allmännas försorg.[130] Med stöd i utvecklingen fram till nu gällande rättsregler kommer dock här att argumenteras för en annan uppfattning: att frågan om vem som behöver god man – legalt ställföreträdarskap över huvud taget – ska avgöras av *den enskildes tillstånd och det hjälpbehov som följer därav*.

Enligt förmynderskapslagen 1:2 och senare FB 10:1 p. 4 kunde den som på grund av lyte, oerfarenhet, ålderdomssvaghet eller liknande *behövde hjälp* (”bistånd”) från en förmyndare på egen begäran eller med samtycke omyndigförklaras. För att så skulle få ske, skulle behovet av hjälp vara ”så starkt, att det icke lämpligen eller med säkerhet kan tillgodoses av en syssloman, vilken av huvudmannen måste instrueras och övervakas.”[131] Det var alltså inte tillräckligt att någon *ville* ha hjälp – det krävdes att den enskilde inte kunde klara sina hjälpbehov genom att uppdra åt en fullmäktig eller syssloman att hjälpa till. Saknade den som begärde sig omyndigförklarad *sinnesförmåga* eller *kraft* som behövs för att kunna övervaka och instruera en syssloman, ansågs att behovet av hjälp från en förmyndare var tillräckligt starkt för en omyndigförklaring.

Mot denna bakgrund bör det krav i FB 18:3 på ett godmanskaps ”*erforderlighet*”, som motsvarar ”om det behövs” i nu gällande rätt, tolkas. Avsikten med det nyinrättade godmanskapet från år 1975 var att ersätta omyndigförklaringar i så stor utsträckning som möjligt. Det skulle inte krävas att någon var ur stånd att vårda sig eller sin egendom för att ett godmanskap skulle kunna anordnas, utan det skulle vara tillräckligt att någon på grund av sitt tillstånd ”*behövde hjälp*” av en god man – samma uttryck som krävts för omyndigförklaring på egen begäran. Eftersom sådan begäran inte längre var möjlig efter år 1975, hänvisades personer som tidigare kunnat omyndigförklaras på egen begäran för sina hjälpbehov till det nyinrättade godmanskapet.[132]

Tillståndsgrunderna lyftes dock inte helt och hållet över från FB 10:1 p. 4 till FB 18:3. Somliga remissinstansers förslag att även ”oerfarenhet”

[130] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 193 ff.

[131] NJA II 1924 s. 228.

[132] Prop. 1974:142 s. 120.

skulle läggas till grund för godmanskap avstyrktes av föredraganden, som menade att det skulle

> ”föra alldeles för långt att för dessa fall införa en möjlighet att förordna god man. Skulle någon på grund av oerfarenhet eller liknande behöva hjälp i ekonomiska eller rättsliga angelägenheter står andra möjligheter till buds. Jag vill bl. a. hänvisa till samhällets rättshjälp och till det bistånd med ekonomisk förvaltning som lämnas av banker och liknande.”[133]

Om citatet jämförs med vad som enligt förarbetena till förmynderskapslagen krävdes av ett hjälpbehovs omfattning eller karaktär för att någon skulle få gehör för en egen begäran om omyndigförklaring, kan en slutsats dras. Godmanskap behövs för den som saknar förmåga eller kraft att själv bevaka och tillvarata sina angelägenheter, eller att instruera och övervaka en fullmäktig eller syssloman.

En fråga som särskilt diskuterades i 1974 års förarbeten var om sådan hjälp med uppgifter av rättslig, ekonomisk eller personlig karaktär som hittills hade varit en förmyndares istället kunde tillgodoses inom ramen för vård- eller omsorgsverksamheter. Att tillvarata någons personliga intressen identifierades som en uppgift som ”står samhällets socialvårdande uppgifter nära”. Det konstaterades dock att även om personal inom sådan verksamhet kan hjälpa enskilda i vissa rättsliga angelägenheter av enklare natur så fanns här begränsningar.

> ”Vid behov bör den som bistår den enskilde kunna få formell fullmakt att uppträda som ombud. *Emellertid krävs det härvid att den enskildes psykiska tillstånd är sådant att han kan ingå giltiga rättshandlingar.* […] Oberoende av den rättsliga åtgärdens natur kan förhållandena vara sådana att den enskilde på grund av sin sinnesbeskaffenhet inte själv kan föra sin talan och inte heller utfärda fullmakt för ombud. Även om situationen är sådan som nu angetts torde det i många fall vara möjligt att bereda den enskilde erforderlig hjälp utan att han behöver förklaras omyndig. […] Om man vill att de enskilda i större utsträckning än f. n. skall kunna få den hjälp som behövs utan att omyndigförklaring behöver tillgripas ligger det nära till hands att bygga ut godmansinstitutet.”[134] (min kurs.)

Bristande förmågor att rättshandla – att själv föra sin talan eller utfärda fullmakt för ombud – avsågs från och med denna tidpunkt kunna kompenseras genom anordnande av godmanskap istället för omyndigförklaring.

[133] Prop. 1974:142 s. 121.

[134] Prop. 1974:142 s. 117 f.

Med den terminologi som används här kan skiljelinjen mellan behov eller inte av god man sägas gå mellan de som bedöms ha, respektive inte ha, personlig förmåga att rättshandla. Om den enskildes tillstånd ger upphov till sådana brister vad gäller förmågan att kommunicera en förnuftig vilja att den personliga förmågan att rättshandla kan antas brista i många situationer – då behövs en god man som kan dels ”läka” den enskildes förmåga att rättshandla i de fall denna förmåga brister, dels bevaka den enskildes intressen och behov av olika slag.

Det nyss sagda betyder dock inte att den som bedöms behöva god man i generell mening skulle vara diskvalificerad som agerande rättssubjekt. Det kan mycket väl vara så att den enskilde kan anses ha förmåga att företa en specifik rättshandling men ändå kan bedömas behöva en god man. Vad som ska bedömas är inte förmågan att företa enskilda rättshandlingar med giltig verkan, utan förmågan att själv eller genom ett ombud eller en syssloman bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person. En förmåga att vid ett enskilt tillfälle ställa ut fullmakt till någon, antingen före anordnande av godmanskap eller under ett pågående godmanskap, avgör således inte i sig bedömningen av om ett godmanskap behövs.

Stöd för resonemanget om att förmåga att ställa ut en giltig fullmakt inte är relevant för bedömningen av om god man behövs eller inte, kan hämtas från följande uttalande av JO angående mellan god man och huvudman kolliderande rättshandlingar:

> ”Jag förstår att det kan vara nödvändigt att gode mannen ingriper och på huvudmannens vägnar återkallar en fullmakt i vissa fall då huvudmannen inte längre är i sådant tillstånd att han kan uttrycka en egen vilja. Sådana fall torde i allmänhet inte innebära några problem. Svårigheter kan däremot uppstå om huvudmannen har sina sinnesförmögenheter i behåll och motsätter sig att fullmakten återkallas. Det kan då knappast anses lämpligt eller tillräckligt att gode mannen utnyttjar sin formella behörighet till att företa rättshandlingar i direkt strid med huvudmannens uttalade vilja.[135] Väl i linje med gode mannens uppgifter ligger att försöka förmå sin huvudman att inte begagna sig av sin rättsliga handlingsförmåga till skada för sig själv.”[136]

Det är uppenbart att JO i sitt uttalande utgår från att ett godmanskap kan vara anordnat för någon trots att denne har förmåga att ställa ut en

[135] Här bör noteras att någon sådan formell behörighet inte föreligger efter lagändringen 1989, då krav på samtycke från den enskilde krävs enligt FB 11:5 för att rättshandlingar som en god man företar i den enskildes namn ska bli bindande för denne.

[136] JO 1984/85 s. 85.

giltig fullmakt. Nyckeln till förståelsen av i vilka fall godmanskap behövs ligger som jag ser det i den sista meningen i citatet ovan. Enligt JO ligger det ”väl i linje med den gode mannens uppgifter” att försöka förmå den hjälpbehövande att inte begagna sig av sin sakliga förmåga att rättshandla till skada för sig själv.

Någon ny vägledning för bedömningen av i vilka situationer godmanskap skulle anses behövas gavs inte i samband med 1989 års reform. Med hänvisning till föregående FB 18:3 och de förutsättningar som där angavs, anfördes endast att det inte framkommit några skäl att ändra dessa. Den ändring som genomfördes vad gällde anordnandet var att möjligheten att anordna godmanskap för det fall någon motsätter sig ett sådant anordnande togs bort.[137]

I ljuset av det som anförts ovan, kan HD:s avgörande i det mål som beviljades prövningstillstånd i HD 2014-12-01 (mål nr Ö 4912-14) få stor betydelse för tolkningen av när godmanskap behövs. I hovrätten[138] hade godmanskap anordnats för en person med bipolär sjukdom. Överförmyndaren anförde i HovR att mindre ingripande åtgärder såsom förmedlingsmedel och personligt ombud inte prövats. HovR:n ansåg dock inte att de av överförmyndaren föreslagna insatserna skulle innebära tillräcklig hjälp för den enskilde.

I sammanhanget och som avslutning på detta avsnitt, ska ytterligare ett avgörande i hovrätt kommenteras.[139] I fallet var fråga om godmanskap behövdes för en person som enligt läkarutlåtande på grund av psykisk störning i form av depression behövde hjälp från en god man att förvalta sin egendom. Med stöd av doktrin anförde hovrätten i domskälen att ett godmanskap ska anordnas endast om det behövs, och att detta villkor är ett utslag av principen om minsta ingripande åtgärd.[140] Hovrätten hänvisade även till att det av förarbetena framgår att ”god man inte ska utses i sådana situationer då den enskildes hjälpbehov kan bli tillfredsställande uppfyllt på annat sätt”. Ett sådant sätt sägs med stöd av lagkommentar vara att den vårdbehövande istället utfärdar fullmakt till någon som denne känner förtroende för. Mot denna bakgrund konkluderade hovrätten att eftersom den sökandes tillstånd inte var sådant att hon uppenbarligen inte förstod vad saken gällde, så hade hon därigenom möjlighet att

[137] Prop. 1987/88:124 s. 138.

[138] Svea Hovrätt 2014-09-12, mål nr ÖÄ 7693-14.

[139] Svea Hovrätt 2014-03-04, mål nr ÖÄ 10997-13.

[140] Hänvisning till Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 193 f.

ge en vän fullmakt att sköta hennes ekonomiska angelägenheter. Hjälpbehovet kunde ”följaktligen tillgodoses på ett mindre ingripande sätt än genom att godmanskap anordnas”.

Som nämndes i inledning av detta avsnitt kan frågan om när godmanskap behövs tolkas på olika sätt. Den tolkning som hovrätten väljer kan ifrågasättas på flera punkter. Att någon har förmåga att ställa ut en fullmakt, är inte synonymt med att denne också har (det ideala rättssubjektets) förmågor att styra och övervaka fullmäktigen eller sysslomannen. Hjälp via fullmäktige eller sysslоman är bara ett alternativ för den som besitter dessa förmågor. Av rättskällorna kan heller inte utläsas att avsikten från lagstiftarens sida varit att godmanskap ska undvikas så långt möjligt. Visserligen har det framhållits att godmanskap inte alltid behövs, men det *avgörande* för denna prövning får anses vara den enskildes tillstånd och förmågor, inte dennes möjligheter att på något annat sätt få hjälp. Att som hovrätten här gör, knyta bedömningen av om ett godmanskap behövs till om den enskilde ”uppenbarligen inte förstår vad saken gäller” får betraktas som rent felaktigt. Det finns inget krav på att den enskilde uppenbarligen inte ska förstå vad saken gäller för att ett godmanskap ska anses behövas. (Om så vore fallet, skulle ju samtyckeskravet inte behövas.) Inte heller är frågan om den enskilde har möjlighet att ställa ut fullmakt avgörande för behovsfrågan. Frågan borde istället, med hänvisning till vad som anförts ovan i detta avsnitt, ha avgjorts genom prövning av om vederbörande på grund av sitt tillstånd förmådde att på egen hand eller genom att instruera och övervaka en fullmäktig och *genom denne bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person*.

5.5.3 Förvaltarskap får anordnas om det ”inte är tillräckligt” med godmanskap

5.5.3.1 När är det befogat att ingripa med ett förvaltarskap?

Samma grundförutsättningar gäller för anordnande av förvaltarskap som för godmanskapet. Förvaltarskapet är en kompletterande och mer långtgående åtgärd för den som behöver en legal ställföreträdare men inte kan få sina hjälpbehov tillräckligt tillgodosedda genom ett godmanskap. Ett förvaltarskap ”bör följaktligen inte komma i fråga i fall där den enskilde visserligen saknar förmåga att sköta sina angelägenheter men där det inte

föreligger någon risk att han vidtar några dispositioner till skada för sig själv."[141]

Den inbördes relationen mellan förvaltarskapet och godmanskapet framgår av hänvisningen i FB 11:7 till FB 11:4. För anordnande av förvaltarskap förutsätts *samma situation* som godmanskapet vad gäller tillstånd och hjälpbehov, men med den skillnaden att den som befinner sig en sådan situation även ska bedömas vara "*ur stånd att vårda sig eller sin egendom*". Att den enskildes tillstånd är sådant att han eller hon kan bedömas vara ur stånd att vårda sina angelägenheter ska enligt FB 11:17 visas genom läkarintyg eller annan likvärdig utredning om den enskildes hälsotillstånd.

Uttrycket "ur stånd" kan ses som en nödvändighetströskel som förvaltarskapet måste ta sig över – det ska bedömas att den enskilde inte *kan* vårda sina angelägenheter. Bedöms så vara fallet, får rätten besluta att anordna förvaltarskap *endast* om det visats att det *inte är tillräckligt att godmanskap anordnas* eller att den enskilde på något annat, mindre ingripande sätt, får hjälp.[142] Sammantaget kan därmed sägas att en dubbel nödvändighetsprövning ska företas, dels angående den enskildes personliga situation, dels angående möjligheten att tillgodose hjälpbehovet genom god man. Enbart en bedömning att någon är "ur stånd att vårda" innebär inte att slutsatsen får dras att denne inte kan erhålla tillräcklig hjälp genom ett godmanskap.

Angående för vilken grupp av personer som det nyinrättade förvaltarskapet främst var avsett, anfördes i propositionen följande:

> "När det gäller huvudmannens hälsotillstånd bör förutsättningarna […] vara desamma som vid förordnande av god man enligt nuvarande FB 18:3. […] Till dem vars psykiska svaghetstillstånd kan motivera ett förvaltarförordnande hör framförallt vuxna utvecklingsstörda, personer med åldersbetingade psykiska störningar och sådana som lider av vissa psykiska sjukdomar, bl. a. manodepressiva. Inte minst beträffande den senaste nämnda gruppen har det visat sig svårt att få ett godmanssystem att fungera, eftersom den sjuke under en manisk period inte sällan företar rättshandlingar som kolliderar med den gode mannens åtgärder."[143]

Risk för kolliderande rättshandlingar är således ett exempel på situationer då det inte är tillräckligt att någon får hjälp genom ett godmanskap.

[141] Prop. 1987/88:124 s. 145.

[142] I NJA 1992 s. 863 I refererar HD till detta villkor som en "spärregel".

[143] Prop. 1987/88:124 s. 145.

Att ett förvaltarskap ska bedömas vara *nödvändigt* i det enskilda fallet, tydliggörs av att förvaltarskapet vid sidan av det med godmanskapet gemensamma hjälpsyftet, också har ett uttalat *skyddssyfte*. Det är skyddssyftet som motiverar och ”nödvändiggör” ett ingripande i den enskildes sakliga förmåga att rättshandla (FB 11:9). Föredragande förklarade att det fick anses:

> ”[…] angeläget att psykiskt svaga personer skyddas från *påtryckningar* från personer i deras närmaste omgivning som vill få till stånd olika ekonomiska dispositioner. Även i andra avseenden har de omyndigförklarade i många fall ett *hjälpbehov* som måste tillgodoses på något annat sätt, om omyndigförklaring avskaffas. De hjälpmöjligheter som erbjuds enligt socialtjänst- och omsorgslagstiftningen har inte sådan inriktning att de kan ersätta de *funktioner som ankommer på en förmyndare*. För att den enskilde skall få ett tillfredsställande skydd är det inte heller tillräckligt med de *möjligheter till återgång eller ogiltigförklaring* av rättshandlingar som finns enligt 3 kap. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) eller lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet.”[144] (mina kurs.)

Förvaltarskapet ska tillgripas i situationer då den enskilde är i stort behov av hjälp (är ”ur stånd att vårda”) och behöver skyddas – antingen från sig själv eller från en utnyttjande omgivning. Genom ett anordnande förhindras den enskilde från att företa skadliga dispositioner. De möjligheter till återgång eller ogiltigförklaring av redan företagna rättshandlingar som föreligger enligt annan lagstiftning anses inte i dessa fall tillräckliga. I synnerhet, kan tilläggas, som sådan återgång eller ogiltigförklaring förutsätter att någon väcker frågan hos domstol. Om den enskilde själv är ur stånd att vårda sig själv eller sina angelägenheter och om det inte finns en legal ställföreträdare, är frågan vem som skulle väcka denna talan.

I citatet ovan lyfts, förutom skyddsaspekten, även förvaltarskapets hjälpfunktion. Enligt föredraganden kan hjälpfunktionen inte fyllas av sådana hjälpmöjligheter som står till bud i enlighet med socialrättslig lagstiftning. Särskilt kan noteras att föredraganden angav som skäl för införande av förvaltarskapet att hjälpmöjligheter som erbjöds med stöd av dåvarande socialtjänstlag och omsorgslag inte ansågs kunna ersätta de funktioner som ankom på en förmyndare för en omyndigförklarad. En förvaltare enligt dagens system har alltså motsvarande hjälpfunktioner som en dåvarande förmyndare, och hjälpfunktionen får antas vara överordnad skyddsaspekten. En bedömning av att den enskilde behöver skyd-

[144] Prop. 1987/88:124 s. 132.

das förutsätts dock vid ställningstagande till om det inte är tillräckligt att den enskildes får hjälp av en god man.

Flera skäl till varför ett godmanskap inte är en gångbar lösning i ett enskilt fall kan identifieras:

I) den enskilde *samtycker inte* till godmanskap, eller
II) godmanskap är *inte tillräckligt* för att tillgodose hjälpbehovet med hänvisning till
   a) att god man inte kan ge den hjälp som behövs, eller
   b) risk för kolliderande rättshandlingar, eller
   c) att den enskildes behov av skydd från sig själv eller omgivningen inte kan tillförsäkras genom god man.

Om någon bedöms vara i behov av god man, men *motsätter sig ett godmanskap* (I), kan ett sådant enligt FB 11:4 inte anordnas.[145] Om personen ifråga bedöms vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom kan istället möjligheten att anordna om förvaltarskap övervägas.[146] I sådana fall får förvaltarskapet betraktas som en tvångsåtgärd.

Även om ett samtycke till anordnande av godmanskap finns, kan det ändå i somliga fall vara så att ett godmanskap inte befinns tillräckligt för att tillgodose själva *hjälpbehovet* (IIa). En god man är enligt FB 11:5 behörig att företräda den enskilde inom ramen för sitt förordnande, förutsatt att han också har dennes samtycke till de dispositioner som vidtas. Nekar den enskilde till rättshandlingar som den gode mannen vill vidta kan det visa sig ”omöjligt” för en god man att ge hjälp (som han eller hon anser att) den enskilde behöver. Ett godmanskap kan då inte tillförsäkra hjälp som på grund av den enskildes tillstånd bedöms nödvändig. Godmanskap kan även vara otillräckligt i situationer då den enskilde förvisso samtycker till den gode mannens rättshandlingar, men strax därefter ”glömmer bort” eller ”struntar i” samtycket och företar kolliderande rättshandlingar (IIb).

Angående ovanstående två exempelsituationer (IIa-b) måste särskilt betonas att ”ur stånd”-bedömningen ska ha en avgörande betydelse för möjligheten att besluta om förvaltarskap.[147] Om inte, kan det bli fråga

[145] Här är inte fråga om en bedömning av ett samtyckes giltighet, utan enbart om ifall den enskilde har förmåga att *uttrycka sin mening*, se FB 11:4.

[146] Prop. 1987/88:124 s. 138.

[147] Se NJA 1981 s. 291 som tidigare refererats i avsnitt 5.3.2.1. Tröskeln för att bedömas vara ”ur stånd” får med stöd av detta rättsfall betraktas som relativt låg.

om sådana situationer som Lagrådet varnade för. Förslaget om förvaltarskapsregleringen var från början att såväl godmanskaps- som förvaltarskapsanordnanden skulle grundas i ”behov av hjälp”. Lagrådet påpekade att det måste finnas ett utrymme för enskilda att, från utomståendes synvinkel, fatta mindre lämpliga beslut.[148] Ska förvaltarskap komma ifråga med hänvisning till att godmanskap inte är tillräckligt, måste det vara fråga om en situation där det framstår som befogat och nödvändigt att den enskildes rättshandlingsförmåga beskärs. På Lagrådets inrådan infördes därför ”ur stånd att vårda” som en självständig grund för förvaltarskapet, vilket motiverades av Lagrådet på följande sätt:

> ”[…] man bör ha ett absolut kriterium – en tröskel – för att förvaltarskap ska få komma i fråga och ej […] falla tillbaka endast på för godmans- och förvaltarskap gemensamma kriterier, påbyggda med en sorts svårgripbar stegringsskala som antages utvisa att man i vissa fall når upp till en viss nivå, där det är otillräckligt med godmansförordnande och där förvaltarskapsreglerna därför ska slå till. En särskild betänklighet mot en stegringsskala av antydd art föranleds av den betydelse som ett vägrat samtycke från den hjälpbehövandes sida kan få och detta både när det gäller utverkande av godmansförordnande och när det gäller särskild förvaltningsåtgärd av redan förordnad god man. Flerstädes i remissprotokollet framgår att vid vägrat samtycke förutsätts att fråga uppkommer om att tillgripa förvaltarförordnande (som leder till att samtyckesfrågan blir irrelevant). Uttalandena i angiven del leder ofrånkomligen till olustiga associationer beträffande tvångssituationer som den biståndsbehövande kan bli försatt i: ’Samtycker du inte, så får vi ordna så att du blir satt under förvaltare’.”[149]

Slutligen kan förvaltarskap även komma att beslutas i de fall *ett uttalat skyddsbehov* motiverar en begränsning av den sakliga förmågan att rättshandla (IIc). Ett godmanskap är i dessa situationer inte tillräckligt eftersom den enskildes sakliga förmåga att rättshandla inte påverkas av godmansförordnandet. Först genom ett förvaltarskap kan problemen för den enskilde lösas: inskränkningen av den sakliga förmågan att rättshandla skyddar den enskilde från att vidta skadliga dispositioner.

Även om ett förvaltarskap kan anordnas mot den enskildes uttalade vilja, är det ändå inte alltid att betrakta som en tvångsåtgärd. Det kan tänkas att en person som saknar förmåga – är ur stånd – att värja sig mot egna impulser eller omgivningens krav är mer eller mindre införstådd med dessa brister och sitt behov av skydd. Det kan även tänkas att en

[148] Prop. 1987/88:124 s. 231.

[149] Prop. 1987/88:142 s. 230 f.

person är medveten om att minnets funktioner är nedsatta och att det uppstår situationer där han eller hon inte minns samtycken som lämnats till en god mans rättshandlingar eller dispositioner. I situationer som de nyss beskrivna kan tänkas att förvaltarskap beslutas med den enskildes medgivande. Regleringen efterfrågar inte den enskildes inställning – förvaltarskap *får* anordnas under givna förutsättningar oberoende av den enskildes inställning.

5.5.3.2 Förvaltarskapsprövningar i praxis

I NJA 1992 s. 863 I och II har HD prövat om förutsättningar förelåg för förvaltarskap; i det första fallet var fråga om godmanskap var tillräckligt eller om förvaltarskap skulle anordnas, i det andra fallet om ett förvaltarskap (tidigare omyndigförklaring) skulle bestå.[150]

I NJA 1992 s. 863 I var fråga om förvaltarskap för en ung ”lindrigt begåvningshandikappad” kvinna som erhållit arv och ett livförsäkringsbelopp om sammanlagt ca 200 000 kr. Kvinnan arbetade inte och hennes make var ställd under förvaltarskap. Kvinnan bestred ansökan och förklarade att hon inte behövde någon hjälp med att bevaka sin rätt och förvalta sin egendom. Tingsrätten fann att kvinnan var ur stånd att vårda sin egendom och att hon behövde hjälp och skydd från påtryckningar från sin närmaste omgivning angående ekonomiska dispositioner. Godmanskap ansågs inte tillräckligt. Förvaltare förordnades med uppgift att företräda kvinnan i alla ekonomiska angelägenheter.

I överklagande till hovrätten anförde kvinnan att hennes funktionsnedsättning inte innebar att hon var ur stånd att vårda sin egendom, att hennes problem med ekonomin kunde lösas genom kontaktperson enligt socialtjänstlagen,[151] och att det var tillräckligt att god man förordnandes. Om förvaltarskapet skulle bestå räckte det med att det begränsades till att avse banktillgångar och kreditinköp. Vid tidpunkten för hovrättens

[150] I samband att omyndigförklaringen avskaffades, angavs i särskilda övergångsbestämmelser (1988:1251) att den som vid ikraftträdandet var omyndigförklarad enligt äldre bestämmelser skulle tills vidare anses ha förvaltare enligt de nya bestämmelserna. Förvaltaren skulle därvid vara förvaltare ”med uppdrag att vårda den enskildes angelägenheter utan begränsning av uppdraget”.

[151] Här bör påpekas att en kontaktperson enligt ÄSoL 10 § inte var en insats som syftade till ekonomisk rådgivning eller hjälp, utan till att bryta en destruktiv social utveckling för enskilda eller familjer där det fanns relationsproblem, missbruksproblem eller liknande. Se prop. 1979/80:1 Del A s. 228. Samma syfte får för övrigt anses alltjämt gälla för kontaktperson som insats enligt SoL 3:6.

prövning hade kvinnan fått ett barn, vilket hon vårdade själv i hemmet. Kapitalet hade minskat med ungefär hälften sedan tingsrättens prövning – pengarna som hade portionerats ut av förvaltaren hade använts till sedvanliga levnadsomkostnader. Hovrätten fann att förvaltarskapet skulle bestå, men att det skulle begränsas till bankkapitalet och ingående av andra förmögenhetsrättsliga avtal än köp mot kontant betalning.

Vid tillfället för HD:s prövning var det ärvda bankkapitalet i det närmaste förbrukat. Skäl för förvaltarskap för att skydda denna egendom förelåg således inte längre. Av utredningen ansågs enligt HD visat att kvinnan – åtminstone i viss utsträckning – var ur stånd att vårda sina angelägenheter och att det var angeläget att hon på grund av hämmad förståndsutveckling behövde hjälp med att förvalta sin egendom. Därmed återstod att ta ställning till ”i vilka avseenden hon behöver bistånd och om inte hennes hjälpbehov kan tillgodoses på ett mindre ingripande sätt än genom ett förvaltarskap.” Efter redogörelse för uttalanden i propositionen om att en förvaltare kan få i uppdrag att företräda en person vid ingående av kreditköpsavtal och liknande rättshandlingar,[152] anförde HD att det för ett förvaltarskap som uteslutande tar sikte på rätten att ingå en specifik typ av avtal ”bör krävas att det är klart dokumenterat att en person är benägen att ingå kreditavtal eller liknande avtal i en inte obetydlig omfattning.” Sådan dokumentation fanns inte enligt HD, men:

> ”Vad som framkommit ger vid handen att [N.N.] i vart fall har behov av en god man med uppgift att biträda henne i kreditsammanhang. Frågan är då om hon får tillräcklig hjälp på det sättet. Det är självfallet vanskligt att bedöma [N.N:s] vilja och förmåga att samarbeta med en god man. Omständigheterna är emellertid sådana att det får anses värt att pröva en ordning med godmanskap. Skulle det visa sig att en sådan ordning inte fungerar, kan frågan om förvaltarskap tas upp på nytt.”

HD upphävde hovrättens beslut att förordna förvaltare för kvinnan, och angav att ”det ankommer på tingsrätten att ta upp frågan om förordnade av god man.”

Av detta rättsfall framgår att det som ska skyddas genom ett förvaltarskap är den *enskilde* – inte dennes eventuella förmögenhet. Förvaltarskap kan anordnas för att ”begränsa en person i rätten att förfoga över sina kapitaltillgångar” vilket i sin tur kan innebära att förvaltaren ges i uppdrag att företräda en person vid ingående av kreditköpsavtal, men syftet med en sådan begränsning och ett sådant specifikt uppdrag ska i så fall

[152] Prop. 1987/88:124 s. 146.

grundas i ett uttalat behov hos den enskilde att skyddas från att vidta sådana handlingar. Då det inte fanns något uttalat skyddsbehov, och det inte heller hade visats att det inte kunde vara tillräckligt att kvinnans behov av hjälp med ekonomiska angelägenheter kunde tillgodoses genom en god man, upphävdes beslutet om förvaltarskap.

Frågan om ett godmanskap skulle kunna vara tillräckligt lyftes inte fram i HD:s andra dom med samma referatnummer, NJA 1992 s. 863 II. I målet var fråga om förvaltarskap för en kvinna som under lång tid varit omyndigförklarad på grund av sin ”mentala status”. Hon hade haft samma person som först förmyndare och sedermera förvaltare i närmare 15 år. I ansökan till TR år 1990 av överförmyndaren, föreslogs att förvaltarskapet vid omprövning skulle kvarstå. Kvinnan motsatte sig att förvaltarskapet skulle bestå och yrkade att hon varken skulle erhålla god man eller förvaltare samt att annan lämplig person än den aktuella förvaltaren skulle utses om förvaltarskapet skulle bestå.

Av utredningen i målet framgick att kvinnan var förtidspensionerad. Utöver pensionen hade hon år 1987 ärvt 46 000 kr. Vid tidpunkten för tingsrättens prövning hade beloppet minskat till ca 25 000 kr. I intyg som åberopades av överförmyndaren hade allvarliga anmärkningar framställts angående kvinnans förmåga att sköta sin hygien och städningen av sin lägenhet. Av utredningen i ärendet framgick att kvinnan och förvaltaren inte var överens om hur hennes pengar skulle användas. Kvinnan ville spendera sina pengar på betal-TVavgifter och telefonsamtal, som i stort sett var de enda intressen hon hade. Förvaltaren anförde att om kvinnan själv fick förvalta sina pengar skulle det leda till skada för henne. Hon skulle på kort tid förbruka både pensionen och kvarvarande kapital. Tingsrätten bedömde att kvinnan var ur stånd att vårda sig själv och sin egendom och att förvaltarskapet därför skulle bestå.

I besvär till hovrätten anförde kvinnan att hon i likhet med andra människor borde ha rätt att använda sina pengar efter egen önskan och att hon var medveten om att hon fick dra ned på utgifterna när besparingarna var slut. Hon menade att förvaltaren saknade förståelse för hennes behov och i onödan hindrade henne från att använda sina pengar. Hovrätten bedömde att kvinnan var ur stånd att vårda sig och sin egendom och att det (utan motivering) inte var tillräckligt att hon fick hjälp på mindre ingripande sätt. Förvaltarskapet skulle således inte upphöra. Enligt hovrättens mening saknades dessutom stöd för kvinnans påstå-

ende om att förvaltaren var olämplig, varför skäl för att entlediga honom saknades.

I besvär till HD anförde kvinnan att den som äger ett kapital borde få använda detta som den vill, så länge det inte medför skada på hälsan. Överförmyndaren framhöll att kvinnan hade utgifter om ca 1 000 kr mer än inkomsterna per månad. Utan någon egen motivering, men med en skiljaktig mening, fastställde HD det beslut som hovrätten fattat.[153]

Vid en jämförelse mellan de två avgörandena förefaller frågan om godmanskaps eventuella tillräcklighet – vad HD för övrigt i det första fallet med samma referensnummer kallar för en ”spärregel” – ha tillmätts helt olika vikt. I det första avgörandet (NJA 1992 s. 863 I) säger HD att förvaltarskap inte ska anordnas för en så begränsad uppgift som kreditköp om det inte är klart dokumenterat att den enskilde har en benägenhet att ingå sådana köp i en inte obetydlig omfattning. Någon sådan dokumentation fanns inte i ärendet. Trots att den enskilde i det aktuella ärendet bedömdes vara ur stånd att vårda sig eller sina angelägenheter, menade HD att det inte kunde anses visat hon inte kunde få tillräcklig hjälp genom ett godmanskap.

I det andra avgörandet (NJA 1992 s. 863 II) angav inte HD några egna domskäl utan fastställde underinstansens beslut. Eftersom det inte heller i hovrättens dom fördes något resonemang om varför ett godmanskap inte kunde vara tillräckligt för att tillgodose hjälpbehoven, är det svårt att veta varför HD menade att förvaltarskapet skulle bestå i detta fall men inte i det andra. Det fanns en konflikt med förvaltaren angående hur kvinnans ekonomiska medel skulle användas. Jämfört med det resonemang som HD för i NJA 1992 s. 863 I borde dock inte detta förhållande ha varit ett tillräckligt skäl för förvaltarskap. Inte heller det faktum att kvinnan snabbt skulle komma att förbruka ett befintligt (förhållandevis blygsamt) kapital kan anses vara ett tillräckligt skäl för en så ingripande åtgärd som ett förvaltarskap.

Ett godmanskaps otillräcklighet kan inte heller sägas ha prövats med utgångspunkt i att kvinnan motsatte sig ett godmanskap. I tingsrätten

[153] Ett justitieråd var dock av skiljaktig mening och anförde, till skillnad från majoriteten och efter genomgång av de principiella utgångspunkter som bör tas i beaktande i samband med anordnande av förvaltarskap, att det fick anses att kvinnans hjälpbehov kunde bli tillräckligt tillgodosett genom ett godmansförordnande. I sådant fall ansåg dock dissidenten att den nuvarande förvaltaren borde ersättas av en annan person eftersom kvinnan hade tappat förtroendet för sin förvaltare, vilket kunde leda till misshälligheter och kolliderande rättshandlingar.

anförde kvinnan att hon varken ville ha en god man eller en förvaltare. Om ett ställföreträdarskap skulle bestå, ville hon inte ha samma person som ställföreträdare. Men hur hon skulle ha ställt sig till ett godmanskap med en annan person som god man framgår inte. Inte heller framgår något annat särskilt skäl till varför en god man inte skulle ha kunnat tillgodose kvinnans hjälpbehov.

Bedömningen att ett förvaltarskap fortsatt behövdes får därmed antas ha varit grundad i kvinnans behov av skydd från sina egna dispositioner, vilket konkret i detta fall avsåg de betal-TV och telefonsamtalsavgifter som översteg hennes löpande inkomster. Vid tidpunkten för prövningen fanns ett kapital som kunde täcka dessa kostnader under en period. Som påpekats i doktrin är det svårt att förstå varför en myndig person inte skulle vara tillåten att använda ett befintligt kapital till det han eller hon själv väljer.[154] ”Slöseri” som grund för omyndigförklaring utmönstrades redan år 1975. Vid förvaltarskapets införande poängterade också Lagrådet att det måste finnas ett utrymme för enskilda att fatta i omgivningens ögon mindre välbetänkta beslut, utan att det därför ska bli fråga om förvaltarskap.[155]

Jämförs slutligen NJA 1992 s. 863 I och II vad gäller de två hjälpbehövande kvinnornas situationer i sin helhet, kan en skillnad noteras som möjligen kan förklara de olika utfallen. Kvinnan i det första fallet levde under förhållandevis ordnade sociala förhållanden, med make och ett barn som hon själv klarade att vårda. I det andra fallet var situationen sådan att det hade framställts allvarliga anmärkningar mot kvinnans förmåga att sköta hygien och städning. Det är inte otänkbart att beslutet om förvaltarskap i det senare fallet delvis kan förklaras med att kvinnan i det andra fallet betraktades som mindre förmögen eller ’mer ur stånd’ att vårda sig själv eller sin egendom än kvinnan i det första. Som HD påpekat i NJA 1978 s. 350 finns dock inget stöd i vare sig lagtext eller förarbeten för att graden av psykisk ohälsa har betydelse för ställningstagande till vilken form av ställföreträdarskap som ska anordnas.

[154] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 226.

[155] Prop. 1987/88:124 s. 231.

5.5.4 Individuell prövning av ställföreträdarskapets form och omfattning

5.5.4.1 Betydelsen av samtycke till ett godmanskap

Den avgörande skillnaden mellan godmanskap och förvaltarskap ligger i rättsverkningarna av anordnandet för den enskilde. Förvaltarskap, som är ett långtgående ingripande i den enskildes självbestämmande genom inskränkningen av vederbörandes sakliga förmåga att rättshandla, får inte beslutas om det är tillräckligt att den enskilde får hjälp från en god man. Ett godmanskap har inga rättsverkningar för den enskildes självbestämmande – dennes sakliga förmåga att rättshandla påverkas inte.[156] I konsekvens härmed krävs den enskilde *samtycke* för anordnande av godmanskap, *om inte dennes mening på grund av tillståndet inte kan inhämtas* (FB 11:4).

Hur samtyckeskravet ska tolkas i ljuset av principen om minsta ingripande åtgärd är inte tydligt angivet. Om den enskilde inte samtycker utan tvärtom motsätter sig att ett godmanskap anordnas så kan det inte anordnas även om det behövs. Enligt uttalanden i förarbetena kan i sådana lägen förvaltarskap övervägas.[157] Men kan förvaltarskap även övervägas med hänvisning till kvalitativa krav på den enskildes samtycke för att det ska betraktas som giltigt? Kan ett samtycke betraktas som ogiltigt om viljeyttringen bedöms som otillförlitlig (på grund av demens), oförnuftig (på grund av utvecklingsstörning) eller grundad i vanföreställningar (på grund av psykisk sjukdom)?[158]

[156] Huruvida godmanskap dock i praktiken innebär ingrepp i enskildas faktiska självbestämmanderätt är en annan fråga. Här är det endast de rättsliga konsekvenserna av anordnandet som analyseras.

[157] Se prop. 1987/88:124 s. 138. Även om det i förarbetena uttalats att det kan finnas anledning att överväga möjligheten att förordna en förvaltare i de situationer då någon ”vägrar att lämna samtycke till ett godmanskap”, bör påpekas att förvaltarskapet kräver att även andra villkor är uppfyllda än att ett godmanskap inte är möjligt. Exempelvis kan bedömas att den enskilde inte är ur stånd att vårda sig eller sin egendom, eller så finns inget som tyder på att det är befogat att ingripa med ett förvaltarskap – det framstår inte som nödvändigt att beskära den enskildes sakliga förmåga att rättshandla.

[158] Frågan kan jämföras med samtycken som krav för att tvångsvård ska kunna beslutas enligt LVU, LVM och LPT. Enligt samtliga nämnda lagar får inte tvångsvård tillgripas om vårdbehovet kan tillgodoses på frivillig väg (enligt SoL eller HSL). När det gäller LPT anges i 3 § st 3 att en förutsättning för vård enligt lagen är att patienten motsätter sig frivillig vård, eller det *till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke*. I RÅ 1999 ref 64 tog HFD ställning till om det funnits grundad anledning att anta att vård inte kunde ges med patientens

Som konstaterats i kapitel 4, har inte frågan om vilka krav som ska ställas på samtycket för att det ska betraktas som giltigt diskuterats i förarbetena.[159] Med tanke på hur samtyckeskravet formulerats – godmanskap får inte beslutas utan samtycke av den saken gäller, om inte den enskildes tillstånd hindrar att hans eller hennes mening inhämtas – kan dock inte annat utläsas än att det är den enskildes *åsikt* eller *inställning* i saken som efterfrågas. Det är alltså, som JO uttalat angående motsvarande samtyckeskrav i 1975 års FB 18:3, själva *förmågan att uttrycka en vilja* som är avgörande:

> ”När det i lagrummet talas om att huvudmannens tillstånd medför hinder mot inhämtande av samtycke torde därmed åsyftas sådana fall där vederbörande ej har förmågan att uttrycka en egen vilja i saken. I andra fall torde utrymmet för att förordna god man utan samtycke vara tämligen begränsat.”[160] (min kurs.)

Huruvida den uttryckta viljan kan betraktas som *tillförlitlig* eller *förnuftig* har således ingen betydelse i sammanhanget. Med tanke på att målgrup-

---

samtycke. Patienten ifråga motsatte sig inte vård, men frågan i målet var om hennes tillstånd var sådant vid intagningstillfället att hon skulle anses ”uppenbart sakna förmåga att ge uttryck för ett grundat ställningstagande till frågan om vård”. HFD motiverade sitt ställningstagande om att så inte var fallet, med stöd i följande uttalande angående samtyckesfrågan från departementschefens i prop. 1990/91:58 Bilaga 1 s. 102: ”Jag anser att det måste vara befogat att ha tillgång till utvägen med tvångsvård också i vissa fall då patienten inte aktivt motsätter sig den oundgängliga vården. Jag tänker då på situationer då det är alldeles klart att det *inte går att definiera någon viljeinriktning* hos patienten beträffande vården, såsom när patienten på grund av sitt psykiska tillstånd är *helt avskärmad från verkligheten*. Vidare menar jag att man hit måste hänföra fall då patienten så *fullständigt saknar insikt om sin allvarliga psykiska störning och behovet av psykiatrisk vård för denna, att det framstår som uppenbart att han inte kan avge någon egentlig viljeförklaring i fråga om vården*. […] En annan speciell situation som kan bereda särskilda svårigheter är den då patienten *säger sig gå med på vården men detta inte kan sägas utgöra någon egentlig viljeyttring*. Det kan också vara så att patienten inom kort tid ger *skilda besked* om sin inställning. Jag bedömer det ofrånkomligt att en undantagsreglering får omfatta också vissa av de situationer jag här åsyftar. Det bör emellertid observeras att det ibland är mycket vanskligt att på ett riktigt sätt värdera innebörden i patientens meningsyttringar i dessa fall. Detta förhållande liksom det angelägna i att undantagsregleringen inte görs vidare än som är nödvändigt leder enligt min mening till att den bör begränsas till att avse enbart de förhållandevis klara fall då det framstår som uppenbart att patientens meningsyttring inte kan läggas till grund för ett avgörande om intagning.” Att det är förmågan att kommunicera en förnuftig vilja som avgör om ett ”giltigt” samtycke till frivillig vård ska anses föreligga eller ej är uppenbart. Se angående samtycke och bristande beslutsförmåga, Kindström Dahlin, Psykiatrirätt s. 190 ff.

159 Se kapitel 4, avsnitt 4.6.2.1.

160 Se JO 1984/85 s. 83, som refereras i SOU 1986:50 s. 133.

pen för regleringen om god man och förvaltare är personer vars personliga förmåga att rättshandla är nedsatt, och som just därför behöver en legal ställföreträdare, vore det märkligt om samma krav skulle uppställas för giltiga samtycken till godmanskap som uppställs på samtycke inom andra rättsområden. Skulle det exempelvis krävas att det står klart att den enskilde förstår den fulla innebörden av samtycket, att han eller hon förmått väga olika konsekvenser mot varandra eller senare kan antas minnas samtycket – krav som normalt ställs för att någon ska anses ha så kallad beslutsförmåga[161] – skulle det i många fall bli svårt att besluta om godmanskap. Och därtill sannolikt som svårast i de fall där sådant som mest behövs.

Mot bakgrund av ovanstående kan slutsatsen dras att avsikten med kravet på att den enskilde ska samtycka till ett godmanskap, är en annan än att försäkra att den enskilde frivilligt, med full förståelse av innebörden av samtycket, ger sin tillåtelse till en åtgärd – såsom när samtycke krävs för att någon ska kunna ges bistånd enligt socialtjänstlagen. Det är med andra ord inte negativ frihet – den enskildes position som fri från ingrepp i sin privata sfär – som i första hand värnas genom kravet på samtycke.[162] Tvärtom synes avsikten med samtyckeskravet vara att rätten ska *försäkra sig om att godmanskapet kan fungera*. En god man har små möjligheter att kunna fungera som det stöd som kan stärka den enskildes positiva frihet – möjligheten att kunna vara ett agerande rättssubjekt på samma villkor som andra – om den hjälpbehövande motsätter sig godmanskapet. Risken för kolliderande rättshandlingar blir också stor om den hjälpbehövande uttryckligen inte vill ha ett godmanskap, eftersom dennes sakliga förmåga att rättshandla lämnas oförändrad när god man förordnas.

Det faktum att godmanskap inte får beslutas för den som motsätter sig det men däremot får beslutas för den vars mening inte kan inhämtas, är ytterligare stöd för att hävda att det är godmanskapets möjligheter att fungera i praktiken, som eftersträvas genom samtyckeskravet. En person som saknar förmåga att uttrycka sin mening kan inte företa kolliderande rättshandlingar. Därmed finns det, trots att tillståndet medför ett större behov av en legal ställföreträdare än för den som kan uttrycka sin mening,

[161] Se avsnitt 2.4.3.2 för redogörelse för begreppet beslutsförmåga och vad som här kallas personlig förmåga att rättshandla. Se även Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 33 ff.

[162] Jämför resonemang om samtyckeskrav vid anordnande av godmanskap enligt förmynderskapslagen i NJA II 1924 s. 491 ff.

inget skäl till att ett godmanskap inte skulle fungera. Som konstaterats av HD i NJA 1978 s. 350 finns därmed inte heller något skäl att inskränka den enskildes sakliga förmåga att rättshandla.[163]

Sammanfattningsvis kan sägas att prövningen av anordnande av godmanskap respektive förvaltarskap är olika. I båda fallen är dock prövningen alltid individuell, på så vis att den ska utgå från omständigheterna i det enskilda ärendet och inte grundas i konstaterande av ett sakligt kriterium som förekomst av en viss diagnos såsom exempelvis utvecklingsstörning. En konstaterad utvecklingsstörning behöver inte innebära att det föreligger ett behov av en legal ställföreträdare. Omständigheterna i det enskilda fallet kan vara sådana att den enskilde trots diagnosen klarar sig väl utan en ställföreträdare – han eller hon kan vara kompetent att förstå innebörden av att ställa ut fullmakt och styra en fullmäktig. Liksom hos andra människor varierar givetvis förmågor även hos personer med utvecklingsstörning. Först om tillståndet innebär att den enskilde inte på egen hand kan bevaka och tillgodose sina intressen och behov och därför behöver hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, behövs ett godmanskap. Och först om ett godmanskap inte kan anses tillräckligt för en person som bedöms vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom, får förvaltarskap anordnas.

5.5.4.2 Begränsat hjälpbehov ger begränsat ställföreträdarskap

Som tidigare nämnts får det anses missvisande att tala om god man och förvaltare som enbart ställföreträdare, eftersom uppdraget innebär något mer och väsensskilt än att enbart företräda den enskilde i samband med rättshandlingar. Detta ”annat” avspeglas i den typ av hjälpbehov som anges både som grund för behov av god man eller förvaltare och som en god mans eller förvaltares skyldigheter. Hjälp med, eller skyldighet att, bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person kan inte – varken rättsligt, språkligt eller praktiskt – innebära enbart ett behov av hjälp med rättshandlingar eller att som god man eller förvaltare rättshandla i huvudmannens namn. Inom uttrycken ligger en tydlig skyldighet för en god man eller förvaltare att bevaka den enskildes intressen och behov och att i vissa fall utföra sysslor som inte kan betecknas som rättshandlingar.

I den allmänna motiveringen till lagändringarna år 1989 uttalas angående godmanskap att det är angeläget att ”domstolarna så långt möjligt

[163] Rättsfallet refereras närmare i avsnitt 5.3.2.2.

preciserar den gode mannens uppgifter, så att uppdraget inte blir mer omfattande än som är motiverat".[164] För förvaltarskapet har uttryckligen stadgats att ett sådant "*skall anpassas* till den enskildes behov i varje särskilt fall" (FB 11:7 st 2). Uppmaningarna om begränsning av ställföreträdarskapets omfattning innebär att det inte bara är huruvida ett behov av hjälp föreligger som ska prövas i samband med anordnande av godman- eller förvaltarskap, utan även i vilken omfattning. Omfattningen av den enskildes hjälpbehov styr i sin tur uppdragsbestämningen för den gode mannen eller förvaltaren.

I kravet på, respektive uppmaningen till, begränsning av uppdragets omfattning ligger en betydelsefull skillnad mellan då och nu. För den som var förmyndare för en omyndigförklarad räknades plikterna upp i lagtexten utan någon rättslig prövning i det enskilda fallet i relation till den enskildes behov. Den enda flexibilitet i en förmyndares uppdrag som förelåg enligt lagtexten avsåg uppgiften att "sörja för myndlingens person", vilket före år 1975 var en plikt enligt FB 13:3 "i den mån det med hänsyn till grunden för omyndighetsförklaringen eller eljest finnes nödigt". Efter reformen år 1975 stadgades i FB 13:1 enbart att förmyndare "har att sörja för myndlingens person". Förändringen är förklarlig mot bakgrund av att personkretsen för omyndigförklaring vid denna tidpunkt inskränktes enbart till personer som ansågs vara i behov av hjälp i personliga angelägenheter.

Hur omfattningen av behoven och därmed den gode mannens eller förvaltarens uppdrag ska avgöras, från vilken utgångspunkt, har inte närmare kommenterats i förarbetena. Beroende av hur god man respektive förvaltare uppfattas, blir utgångspunkten för bedömningen olika. Om utgångspunkten är att såväl godman- som förvaltarskap är *instrument för begränsning av den enskildes självbestämmanderätt*, blir det väsentligt att begränsa uppdraget till exakt de behov som i bedömningsögonblicket kan identifieras. Ser man istället godman- och förvaltarskap i första hand som *hjälp- och skyddsfunktioner*, blir det väsentliga istället att avgöra vilka angelägenheter den enskilde generellt sett, med utgångspunkt i tillståndet, kan behöva hjälp med eller skydd i förhållande till. Uppdraget för den gode mannen bör då, och ska för förvaltaren, preciseras till de angelägenheter eller situationer som den enskilde på grund av sitt tillstånd kan behöva den gode mannen eller förvaltaren för.

[164] Se prop. 1987/88:124 s. 140.

Det sagda kan illustreras genom NJA 1999 s. 691. I fallet var fråga om omfattningen av ett godmanskap för en ung man med ”hämmad förståndsutveckling”. Mannens föräldrar ansökte om förordnande av mamman som god man för sonen, med uppgift att bevaka sonens rätt, förvalta hans egendom och sörja för hans person. Överförmyndaren tillstyrkte att god man skulle förordnas och att därvid mamman skulle förordnas, men avstyrkte med stöd av ett yttrande från kurator, att uppdraget att sörja för person skulle ingå i godmanskapet eftersom mannen bodde hos mamman och därmed fick anses redan erhålla den personliga omvårdnad han behövde. De sökande vidhöll, med hänvisning till mannens behov av insatser enligt LSS, att uppgiften att sörja för person skulle ingå i uppdraget. Tingsrätten förordnade mamman som god man med uppgift att bevaka rätt och förvalta egendom, men ansåg inte att det fanns behov av god man för att sörja för sonens behov.

I besvär till hovrätten anförde de sökande att mannen hade en utvecklingsstörning, diagnosen autistiskt syndrom samt led av epilepsi. Hans stora funktionshinder innebar att han inte kunde ta vara på sig själv och sörja för sin person. Det uppgavs även att han snart skulle flytta hemifrån. Uppdraget borde därför omfatta uppgiften att sörja för person. Hovrätten avslog utan närmare motivering överklagandet. I besvär till HD vidhölls yrkandet om att godmanskapet skulle omfatta även uppgiften att sörja för person. HD avgjorde målet efter föredragning. Föredraganden uttalade, med hänvisning till propositionerna till lagändringarna år 1975 och 1989,[165] bland annat att

> ”en grundtanke bakom godmansinstitutet är att ett godmansförordnande inte skall göras mer omfattande än som är absolut nödvändigt. Godmanskapet skall anpassas till den enskildes behov i varje enskilt fall. […] Godmanskapet ses alltså som ett intrång i den enskildes och dennes familjs privata sfär som så långt det är möjligt bör undvikas.”

Åberopade grundtankar kunde dock enligt föredraganden inte göras gällande i samma utsträckning när den som skulle förordnas som god man var en nära anhörig till den enskilde. Därför föreslog föredraganden att sörja för person skulle ingå i det aktuella godmanskapet.

Det finns flera anledningar att här kommentera föredragandens betänkande, som förmedlar att ett godmanskap är ett ingrepp i enskildas privata sfär av samma dignitet som ett förvaltarskap. För det första kan det inte utläsas någon sådan påstådd restriktiv hållning till godmanskapet i

[165] Närmare bestämt prop. 1974:142 s. 179 och prop. 1987/88:124 s. 140.

förarbetena till 1975 års lagreform.[166] Tvärtom synes godmanskapet vid denna tidpunkt enbart ha betraktats som ett eftersträvansvärt mindre ingripande alternativ till omyndigförklaringen. Inte heller beläggs genom någon av de åberopade källhänvisningarna påståendet om att det skulle vara en ”grundtanke” bakom godmansinstitutet att det inte ska göras mer omfattande än som är ”absolut nödvändigt”. Det sägs i den senare källan vara angeläget att domstolarna så långt möjligt preciserar gode mäns uppgifter så att inte uppdragen blir mer omfattande än som är motiverat, men det är inte samma sak som att de inte ska göras mer omfattande än ”absolut nödvändigt”.[167] Det senare uttrycket ger ett betydligt mer restriktivt intryck.

För det andra innebär ett godmanskap inga förändringar vad gäller den enskildes självbestämmande. En god man ska principiellt betraktas som ett biträde till den hjälpbehövande. Påståendet om att godmanskap ses som ett intrång i den enskildes och dennes familjs privata sfär som så långt möjligt bör undvikas, är en tolkning som föredraganden synes ha gjort utan annat belägg än hänvisningen till ovan nämnt uttalande i förarbetena. I synnerhet mot bakgrund av att det krävs samtycke för anordnande av godmanskap, och det faktum att gode män i stor utsträckning i praktiken är familjemedlemmar eller andra anhöriga till de hjälpbehövande framstår tolkningen som klart tveksam.

HD beslutade i enlighet med föredragandens förslag, men med följande motivering:

> ”Det är angeläget att domstolarna så långt möjligt preciserar den gode mannens uppgifter, så att uppdraget inte blir mer omfattande än som är motiverat (se prop. 1987/88:124, s. 140). Godmanskapet skall alltså anpassas till den enskildes behov i varje särskilt fall. Av utredningen framgår att [N.N.] på grund av flera svåra funktionshinder behöver hjälp inte bara med att bevaka sin rätt och att förvalta sin egendom utan även att sörja för sin person. […] Det förhållandet att [mamman] redan hjälper sin son i sådana angelägenheter kan inte anses utgöra skäl mot att hennes godmanskap får omfatta uppgiften att sörja för sonens person. Tvärtom framstår det som naturligt att godmanskapet får omfatta även denna uppgift.”

Angående hur omfattningen av den enskildes hjälpbehov och därmed den legala ställföreträdarens uppdrag ska bedömas, kan med ledning av HD:s avgörande slutsatsen dras att det är tillståndets karaktär som är det

[166] Den i föredragandens betänkande anvisade sidan 179 i prop. 1974:142 innehåller ingen uppmaning om begränsning av godmanskapets omfattning.

[167] Prop. 1987/88:124 s. 140.

avgörande – vad den enskilde på grund av sitt tillstånd kan behöva en god man till, inte huruvida det för *tillfället* kan anses finnas ett hjälpbehov i det ena eller andra avseendet. Hjälpbehovets omfattning är således inte en fråga om konstaterade hjälpbehov här och nu, utan om konsekvenserna av tillståndet för olika slag av angelägenheter.[168]

Vad i sak som ingår i en god mans eller förvaltares uppdrag och hur detta i det enskilda fallet kan begränsas, avhandlas i nästa avsnitt.

5.6 God mans och förvaltares uppdrag

5.6.1 Olika roller inom ramen för uppdraget som god man eller förvaltare

Tidigare har förespråkats att god man och förvaltare i första hand ska betraktas som bevakare av den enskildes intressen och behov, och i andra hand som ställföreträdare i samband med rättshandlingar. Dessa två roller står dock i nödvändig relation till varandra. Utan det behovs- och intressebevakande elementet kan den gode mannen eller förvaltaren svårligen veta vilka rättshandlingar i den enskildes namn som behöver företas.

Därtill kan även en tredje roll identifieras inom ramen för ett uppdrag som god man eller förvaltare: en sysslomannaroll. Förvaltningsåtgärder rörande tillgångar ingår i den gode mannens eller förvaltarens uppdrag. Har den enskilde skulder, kan kontakt behöva tas med kreditgivare för att säkerställa att skuldsituationen inte förvärras och en plan kan läggas upp för återbetalning.[169] Behöver den enskilde hjälpinsatser från det allmänna behöver en ansökan om sådant stöd initieras och uppgifter lämnas för utredning.

I den aktuella diskursen omtalas dock god man och förvaltare som enbart ställföreträdare, vilket kan sägas ge en missvisande bild av vad instituten innebär. Benämningen kan också leda tanken fel i tolkningen

[168] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 195 drar följande slutsats om samma rättsfall: ”Av rättsfallet kan alltså den slutsatsen dras att det faktum att en hjälpbehövande vuxen utanför ramen för godmanskapet faktiskt får hjälp med sina personliga angelägenheter inte har hindrat rätten att utöka ett befintligt godmanskap på så sätt att det också omfattar att sörja för den hjälpbehövandes person. Den starka betoningen av principen om minsta ingripande åtgärd som görs i förarbetena mildras (sic!) kan således anses ha försvagats något genom rättsfallet. Det är emellertid möjligt att frågan hade bedömts annorlunda om någon annan än modern hade förordnats som god man i det aktuella fallet.”

[169] I vissa fall kan även ansökan om skuldsanering behöva göras.

av reglerna om uppdraget. Den gemensamma ramen för uppdraget är att en god man eller förvaltare ska bevaka den enskildes rätt, förvalta dennes egendom och sörja för dennes person (FB 12:2). Genom förordnandets formulering i det enskilda fallet kan uppdraget vara begränsat. Oberoende av hur uppdraget begränsats, innehåller det dock alltid rollerna som behovs- och intressebevakare och som ställföreträdare.

5.6.2 Bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person

Uppdraget som anges i gällande reglering för gode män och förvaltare, är detsamma som tidigare gällde för en förmyndare för en omyndigförklarad person. Som visats ovan skulle en förmyndare för en omyndigförklarad ”vårda myndlingens rätt och främja hans bästa”, ”förvalta myndlingens förmögenhet” och ”sörja för myndlingens person”.[170] Nuvarande kap. 12 i FB med rubriken ”Allmänna bestämmelser om förmyndares, gode mäns och förvaltares verksamhet” infördes år 1995,[171] och ersatte därmed det tidigare kap. 13 som i princip stått oförändrat sedan FB infördes år 1949.[172] Av FB 12:2 st 1, under rubriken ”Gode mäns och förvaltares skyldigheter”, anges att:

> Gode män och förvaltare skall, i den mån det följer av deras förordnande, bevaka rätten för de personer de företräder, förvalta deras tillgångar och sörja för deras person.

Som synes är den nu gällande uppdragsbestämningen i det närmaste identisk med förmyndarens plikter enligt dåvarande kap. 13 i FB.

FB 12:2 får betraktas som en reglering av *vad* en god man eller förvaltare är skyldig att göra. Av FB 12:3, under rubriken ”Gemensamma bestämmelser” följer *hur* uppdraget ska utövas:

> Förmyndare, gode män och förvaltare skall omsorgsfullt fullgöra sina skyldigheter och alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde.

Denna beskrivning av hur uppdraget ska utövas kan jämföras med vad som gällde för hur förmyndaren till en omyndigförklarad skulle utföra sitt uppdrag enligt FB 13:4:

> ”[…] med omsorg och nit vårda myndlingens rätt och främja hans bästa.”

[170] Se avsnitt 5.3.1.3 för en redogörelse för bestämmelserna om förmyndares plikter och hur dessa förändrades i samband med reformen år 1975.

[171] Se prop. 1993/94:251.

[172] 1949 års FB:s regler var dessutom samma som de som gällt enligt FmL från 1924.

I både lagrummen talas om *omsorg(sfullhet)* och att målsättningen ska vara den *enskildes bästa*. Skillnaden mellan dåvarande FB 13:4 och nu gällande FB 12:3 får, utöver språkbruket, främst anses ligga i att FB 12:3 enbart anger hur uppdraget ska utövas. Att *vårda* någons rätt som var knutet till att främja någons bästa i FB 13:4, har i dagens reglering sin närmaste motsvarighet i skyldigheten enligt FB 12:2 att *bevaka* rätten för den som företräds. Helt överensstämmande kan dock inte dessa två uttryck anses vara. ”Bevaka” får anses ha en mer distanserad innebörd än ”vårda”. I det senare uttrycket ligger språkligt sett en tydligare uppmaning om aktivitet.

Det kan även noteras den skillnad som ligger i att ”*vårda rätt*” i tidigare reglering var direkt sammanskrivet med skyldigheten att främja den enskildes bästa. I dagens FB är den rättsliga bevakningen inte samreglerad med skyldigheten att alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde. FB 12:3 anger en generell skyldighet för en god man eller förvaltare att alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde. Denna uppdelning, där FB 12:2 reglerar *vad* som ska göras, och FB 12:3 *hur* det ska göras, kan vara en förklaring till att gode män och förvaltare idag enbart omtalas som ställföreträdare, trots att uppdraget innefattar fler och större uppgifter än så. Övergripande handlar det om att *bevaka och vårda den enskildes intressen med hans eller hennes bästa för ögonen*.

Före år 1975 var det huvudsakliga syftet och den huvudsakliga uppgiften för en förmyndare för en omyndigförklarad att *förvalta egendom* (förmögenhet).[173] Det kan förklara att de flesta reglerna i FB angående god mans eller förvaltares uppdrag avser just egendomsförvaltning.[174] Regler om olika förvaltningsåtgärder och behov i samband därmed av samtycke från överförmyndarens sida, återfinns i FB kap. 14. En viss typ av rättslig bevakning regleras också särskilt i FB kap. 15, nämligen familjerättsliga frågor om arv, testamente och bodelning.[175]

[173] Se prop. 1974:142 s. 131. Egendomsförvaltning är fortfarande uppgiften inom förmynderskap för barn, se FB kap. 9.

[174] Se hela kap. 14 FB med rubriken ”Förordnade förmyndares, gode mäns och förvaltares vård av egendom”. Frågor som regleras i detta kapitel är enligt underrubrikerna följande: förteckningar över egendom, förvaltning av egendom, fast egendom, bortgivande av egendom, upptagande av lån m.m., rörelse, redovisning av förvaltad egendom, särskilda beslut av överförmyndaren i vissa fall, vissa åtgärder vid förvaltningens upphörande samt ställföreträdares död eller konkurs.

[175] Se hela kap. 15 FB med rubriken ”Vård av rätt i dödsbo, m.m.”.

Vad gäller tillvaratagandet av den enskildes personliga intressen, att ”*sörja för person*”, finns inga regler som uttryckligen avser en god mans eller förvaltares uppdrag i denna del. Att så är fallet kan tyckas förvånande mot bakgrund av de förändringar som genomfördes vad gällde uppgiftsbestämningen för förmyndare och gode män år 1975, då det genom lagändring förtydligades att uppgiften att sörja för person var lika viktig som att förvalta den enskildes egendom.[176] Som ett sätt att markera att uppdraget inte i huvudsak handlade om att bevara någons egendom, infördes i FB 13:4 en skyldighet att se till att den enskildes medel kom till myndlingens nytta.

År 1995 förtydligades vad som ska avses med ”nytta”. FB 12:4 fick då nu gällande lydelse:

> Den enskildes medel skall i skälig omfattning användas för hans eller hennes uppehälle, utbildning och nytta i övrigt. De medel som inte används för sådana ändamål skall placeras så att tillräcklig trygghet finns för deras bestånd och så att de ger skälig avkastning.

Med ”nytta i övrigt” menas enligt förarbetena vård, rekreationsresa, ett bättre boende eller liknande.[177] Likheterna mellan FB 12:4 och vad som gäller för en vårdnadshavare enligt FB 6:2 är slående. En vårdnadshavare ska bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning.

FB 12:4 pekar även på andra intressanta förhållanden. Dels framgår att det uppenbart är en uppgift för den som hanterar den enskildes tillgångar att se till att dessa används till dennes nytta. Dels får egendomsförvaltningens mål, genom angivelsen om att överskjutande medel ska placeras med trygghet och skälig avkastning, uppfattas vara att det *även i framtiden ska finns de medel som kan behövas för den enskildes uppehälle* etc. FB 12:4 kan därmed uppfattas som ett lagrum som anger vad som gäller för att sörja för person, även om så inte uttryckligen sägs.

I samband med reformen år 1989 diskuterades om uppgiften att ”sörja för person” alltjämt skulle vara en legal ställföreträdares skyldighet. Det ansågs inte självklart, med tanke på det vid denna tidpunkt väl utbyggda sociala trygghetssystemet. Föredraganden argumenterade dock för att behålla uppdragsdelen på följande sätt:

> ”Även om ansvaret att sörja för en hjälpbehövandes person i stor utsträckning har övergått på de organ som berörs av den nu behandlade lagstift-

[176] Se avsnitt 5.3.1.5.

[177] Prop. 1993/94:251 s. 212.

> ningen [SoL och OmsL, min anm.], faller flera av de uppgifter som i dag ankommer på gode män enligt 18 kap. 3 § föräldrabalken utanför denna reglering. Jag tänker då i första hand på biträde med rättsliga och ekonomiska angelägenheter men även på vissa funktioner inom det personliga området. Exempelvis bör kontakter med myndigheter skötas av andra än kontaktpersoner […].”[178]

En god mans funktion är att biträda – genom rättshandlingar eller i faktisk mening – i rättsliga, ekonomiska eller personliga angelägenheter. Men det finns en begränsning i ansvaret för den enskildes person. Det *faktiska* vårdansvaret, i betydelsen ansvaret för att ge vård eller omvårdnad som den enskilde behöver, vilar på det allmänna. Den gode mannen eller förvaltaren har det *rättsliga* ansvaret att bevaka och påtala den enskildes personliga behov av vård, stöd eller annan hjälp.

Uppdragsbeskrivningen för gode män och förvaltare kan uppfattas som otydlig. Med utgångspunkt i institutens syften att tillhandahålla hjälp, och för förvaltarskapets del att skydda den enskilde, kan dock en sådan förhållandevis vag angivelse av uppdraget som råder betraktas som fullt tillräcklig. Det är ogörligt att närmare ange vad som ska vara uppdraget eller uppgifter när individuella fall kan kräva högst varierande hjälpåtgärder. Den hjälpbehövandes behov och önskemål (om sådana kan uttryckas) i det enskilda fallet bör styra vilka uppgifter dennes enskilde gode man eller förvaltare får.

5.6.3 Bevaka, förvalta, sörja – ett uppdrag eller flera?

5.6.3.1 Sidoordnade och alternativa uppdragsdelar?

Genom det krav på anpassning av uppdraget som framgår av FB 11:7 och den uppmaning om begränsning som uttalats i förarbeten avseende godmanskapet, ska i samband med ett anordnande prövas om uppdragets omfattning kan anpassas till den enskildes behov.[179] Frågan är därvid *hur* denna begränsning ska ske. I praxis sker anpassningen ofta genom att antingen bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person utesluts ur förordnanden. Denna praxis skapar dock både rättsliga och faktiska svå-

[178] Prop. 1987/88:142 s. 137.

[179] Se prop. 1987/88:124 s. 140. Se även s. 164 där det sägs att ”på samma sätt som uttryckligen har föreskrivits beträffande förvaltarskap i 7 § kan ett godmansförordnande vara begränsat till att avse viss egendom eller angelägenhet e.d.”

righeter, varför frågan är om det är på nämnda sätt som uppdragen ska begränsas och anpassas.

Regleringen i FB 12:2 st 1 som anger vad som är god mans eller förvaltares uppdrag, tolkas i rådande rättstillämpning som att ett förordnande kan avse endera eller samtliga av de tre uppgifter som räknas upp. Bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person betraktas alltså som *olika*, *sidoordnade* och *alternativa* uppgiftsområden.[180] Begränsningar av uppdrag sker genom att någon eller flera av dessa uppdragsdelar utesluts ur gode mäns och förvaltares förordnanden. Varken i förarbeten eller i rättspraxis finns dock något tydligt stöd för att det är på det sättet som god mans eller förvaltares uppdrag ska begränsas.[181] Inte heller återfinns i rättskällorna några definitioner av vad uppdragsdelarna innebär, vilket skapar en rad problem. Inte bara blir det svårt att i utformningen av förordnandet matcha den enskildes hjälpbehov mot en odefinierad uppdragsdel. Det uppstår även problem vad gäller *behörighetsgränser* för legala ställföreträdare med så kallade begränsade uppdrag. Det blir även svårt att avgöra vilka *skyldigheter* den enskilde gode mannen eller förvaltaren ska anses ha.

I tidigare avsnitt har argumenterats för att en restriktiv hållning vid prövningen av hjälpbehovens omfattning förefaller mindre betydelsefull när fråga är om ett godmanskap[182] än när fråga är om ett förvaltarskap, eftersom det sistnämnda begränsar den enskilde dennes sakliga rättshandlingsförmåga och även kan beslutas mot den enskildes vilja. Frågan för detta avsnitt är *på vilket sätt uppdragen ska begränsas*. Ska omfattningen begränsas genom uteslutande av endera av de uppdragsdelar som anges i FB 12:2, eller kan omfattningen bestämmas på något annat sätt?

[180] Se exempelvis prop. 1993/94:251, s. 210 och prop. 1987/88:124 s. 139. Se även läkarintyg som infordras i anordnandeärenden. Socialstyrelsen tillhandahåller en standardblankett, vari läkaren ska *välja mellan tre kryssrutor* vid intyg om att han eller hon ”efter utredning som innefattar personlig undersökning och med stöd av inhämtade uppgifter har funnit att den saken gäller behöver hjälp med att bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person”. Blanketten finns tillgänglig på www.socialstyrelsen.se.

[181] I prop. 1987/88:124 s. 139 uttalas att ”en god man kan förordnas för att bevaka någons rätt, förvalta någons egendom eller sörja för någons person. Genom förordnandet anges alltså ramen för den gode mannens behörighet. Förmynderskapsutredning har konstaterat att tingsrätterna i de allra flesta fall […] inte närmare anger vilken av de tre biståndsformerna som förordnandet avser. Om ej annat sägs, får uppdraget anses omfatta alla tre uppgifterna.” Därefter följer – i relation till att uppdragsdelen ”sörja för person” diskuteras som uppgift för en god man – en redogörelse för det besvärliga i att dra gränser ”mellan sådant bistånd som gäller ekonomiska eller rättsliga angelägenheter och hjälp i mer personliga frågor”.

[182] Se avsnitt 5.5.4.2.

För att besvara den frågan undersökas först möjligheterna att från rättsligt respektive praktiskt perspektiv definiera och dra gränser mellan uppdragsdelarna.

5.6.3.2 Är rättslig gränsdragning mellan uppdragsdelarna möjlig?

Om endera uppdragsdelen ska kunna uteslutas ur ett förordnande bör det stå klart vad som därmed utesluts, liksom det också bör stå klart vad som innefattas. Lagtexten i FB 12:2 ger ingen ledning för bestämning av *vad* som ska avses ingå i en god mans eller förvaltares uppdrag. Det framgår endast *att* uppdraget, i den mån det följer av förordnandet, innefattar att bevaka rätt, förvalta tillgångar respektive sörja för person.

I samband med reformen av regleringen år 1995 angavs att uppgifterna i FB 12:2 knyter an till FB 11:4 (och 11:7), vari samma uttryck förekommer för att ange i vilka ”hänseenden” en enskild kan behöva hjälp från en god man eller förvaltare.[183] Det pekas även på att förordnandet kan vara begränsat ”till att avse bevakning av den enskildes rätt i något bestämt avseende eller förvaltning av vissa angivna tillgångar”.[184]

När godmansinstitutet förändrades år 1975, uttalades i förarbetena att en god man i allt väsentligt skulle ha samma uppgifter som en förmyndare för en omyndigförklarad person, inklusive uppdragsdelen att sörja för person.[185] Vad som närmare avsågs med dessa uppgifter klargjordes dock inte.[186] I en lagkommentar år 1976 uttalades att:

> ”Överhuvud synes lagstiftaren ha utgått från att tillämpningen skall anpassas efter behoven. Man har inte utrett hur gode mannen skall fatta sin uppgift och hur långt han skall driva sina åtgärder i fråga om förmögenhetsförvaltningen. 18 kap 8 § FB säger endast att hithörande bestämmelser om förmyndare och omyndigs egendom skall i tillämpliga delar gälla med avseende på god man och egendom som ”skall förvaltas av god man” med iakttagande av vissa undantagsföreskrifter som inte ger någon ledning.”[187]

Den beskrivna oklarheten har bestått i 40 år.

[183] Prop. 1993/94:251 s. 210.

[184] A. prop. s. 210.

[185] Prop. 1974:142 s. 133.

[186] Se Walin, Förmyndare och gode män s. 96 f. I en senare upplaga av samma skrift, år 1996, s. 60 f, anges i förhållande till god mans eller förvaltares uppgift enbart vad som framgår av lagtexten i FB 12:2.

[187] Walin a.a. s. 96 f.

I samband med 1989 års reform[188] ändrades FB 13:3 och 13:4 på så sätt att det i 13:3 stadgades att det var (ett barns) förmyndares plikt att ”med omsorg och nit vårda myndlingens rätt och främja hans bästa. Härvid skall förmyndaren se till att myndlingens medel används till nytta för myndlingen”. Av FB 13:4 framgick att vad som sades i 3 § också gällde för en god man och en förvaltare i förhållande till den som godmanskapet eller förvaltarskapet avser. Angående god mans och förvaltares plikter anfördes följande i lagrummets specialmotivering:

> ”Vilka insatser som gode män och förvaltare mera i detalj skall göra blir i första hand beroende av hur deras förordnande är utformat. De *huvuduppgifter* som kan komma i fråga är, som framgår av 11 kap. 4 och 7 §§, att bevaka huvudmannens rätt, förvalta huvudmannens egendom eller sörja för hans person. I många fall torde emellertid gränser komma att dras *snävare*, så att den gode mannen eller förvaltaren får i uppgift att t. ex. förvalta en viss närmare angiven egendom […]. I ett uppdrag att förvalta viss egendom *ingår* i regel uppgiften att bevaka huvudmannens rätt inför domstol och andra myndigheter i angelägenheter som rör egendomen. Vilka insatser som krävs av den gode mannen eller förvaltaren blir också i någon mån beroende av uppdragets längd.”[189] (mina kurs.)

Det talas om bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person som ”huvuduppgifter” i en svävande betydelse; uppdraget kan vara ”snävare”, en förvaltningsuppgift kan samtidigt innebära en rättslig bevakningsuppgift, och uppdragets längd över tid kan påverka de insatser som kan krävas av den gode mannen eller förvaltaren. Uttalandet ger föga ledning för hur begränsning av uppdrag ska ske.

Inte heller i andra rättskällor ges någon närmare ledning för bedömning av uppdragets omfattning.[190] I den sparsamma doktrinen upprepas i princip enbart vad som framkommer av FB 12:2.[191] I mer praktiskt inriktad litteratur på området exemplifieras vad som kan ingå i uppgifterna med avsikt att underlätta för en god man eller förvaltare att förstå sitt uppdrag.[192] I sagda litteratur framhålls ”sörja för person” som det

[188] Nu gällande kapitel 12 infördes först år 1995.

[189] Prop. 1987/88:124 s. 187.

[190] I NJA 1999 s. 691 där det var fråga om ifall ”sörja för person” skulle ingå i ett godmanskap uttalas ingenting till ledning för hur uppdragsdelen ska bestämmas.

[191] Se Westman, Förmynderskap s. 56 f. Se även Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 231 ff.

[192] Se Sjöstedt & Sporrstedt, God man och förvaltare – en handbok s. 47, anger som uppgifter för en god man att: ”Förvalta egendom innebär att se till att huvudmannens egendom är tryggt placerad med skälig avkastning. Bevaka rätt innebär att bevaka alla

mest besvärliga uppdraget att i praktisk mening definiera, och ”bevaka rätt” som det minst besvärliga.[193] Som kommer visas nedan kan det dock anses lika problematiskt att definiera och särskilja alla uppdragsdelarna från varandra.

5.6.3.3 Är praktisk gränsdragning mellan uppdragsdelarna möjlig?

Av förarbetena till reformen år 1989 framgår att lagstiftaren själv funnit att gränsen mellan de olika uppdragsdelarna för en god man eller förvaltare kan vara svår att dra, beroende av att praktiska angelägenheter ofta är svåra att renodla. Exempelvis anför föredraganden som skäl för att den nyinrättade förvaltaren ska kunna förordnas (även) för att sörja för den enskildes person, att:

> ”På samma sätt som när det gäller gode män bör en förvaltare vidare kunna få i uppdrag att sörja för huvudmannens person. Även om förvaltaren inte uttryckligen har fått en sådan uppgift, måste han hålla sig informerad om huvudmannens personliga förhållanden. Skall förvaltaren syssla med egendomsförvaltning, bör han vara skyldig att se till att medlen i skälig omfattning används till huvudmannens nytta. När det i övrigt gäller den personliga intressebevakningen bör samma principer gälla som för en god man. […] Har huvudmannen fått en kontaktperson enligt socialtjänst- eller omsorgslagen, bör förvaltaren givetvis samråda med denne, liksom med anhöriga och andra som har att bevaka huvudmannens personliga intressen.”[194]

Genom skyldighet att se till att huvudmannens medel används till hans eller hennes nytta (FB 12:4), kan sägas att det inom uppdraget att förvalta huvudmannens egendom, alltid finns en personlig intressebevakning och skyldighet att sörja för den enskildes person. Den som enligt sitt förordnande ska förvalta den enskildes egendom har således, *även* om förordnandet *inte* innefattar att sörja för person, genom FB 12:4 en skyldighet i egenskap av den som har makten över tillgångarna, att i samråd med anhöriga eller andra närstående tillse att den enskildes medel kommer denne till nytta. Förvaltningen av, ansvaret för, egendomen kan på så vis inte särskiljas från ett ansvar för den enskildes personliga behov.

---

huvudmannens rättigheter. Sörja för person innebär i huvudsak att gode mannen ska se till att huvudmannen får och har nytta av sin egendom.” Författarna påpekar också att uppgiften att sörja för person ibland felaktigt tolkas som en social uppgift, vilket inte överensstämmer med den uppfattning som framförs att godmanskapet är ett ekonomiskt och rättsligt uppdrag.

[193] Sjöstedt & Sporrstedt, God man och förvaltare – en handbok s. 52 och 54.

[194] Prop. 1987/88:124 s. 147.

Diskussionen fördes på ett likartat sätt i den allmänna motiveringen avseende god mans uppgifter år 1989:

> ”Det är svårt att dra en skarp gräns mellan sådant bistånd som gäller ekonomiska eller rättsliga angelägenheter eller hjälp i mer personliga frågor. Även om den gode mannens huvudsakliga uppgift skulle vara att syssla med egendomsförvaltning, innebär det inte att han enbart skall se till att egendomen behåller eller ökar sitt värde. Det är också en viktig uppgift för den gode mannen att se till att huvudmannens medel används till dennes nytta. Bl. a. med hänsyn härtill måste den gode mannen ha god kännedom om huvudmannens personliga förhållanden.”[195]

Personkännedom framstår som avgörande för att en god man eller förvaltare ska kunna fullgöra sina skyldigheter, inte endast när det handlar om att tillse att den enskildes medel används till dennes nytta i enligt med nuvarande FB 12:4 (tidigare 13:4), utan även i förhållande till ”rättsliga angelägenheter eller hjälp i mer personliga frågor”. Utan personkännedom är det svårt att veta något om vilka rättsfrågor som behöver bevakas eller i vilka typer av personliga frågor som den enskilde behöver hjälp. Enligt specialmotiveringen till dåvarande FB 13:4 menades med personkännedom att den gode mannen eller förvaltaren ska hålla sig informerad om den enskildes boendeförhållanden, behov av vård eller social service, samt omfattning och behov av sociala kontakter och rekreation.[196]

Ställt i relation till ”nyttan” enligt FB 12:4 och det faktum att uppdragsbestämningen ska baseras på den enskildes behov, framstår det som rimligt att uppställa ett krav på personkännedom inte bara angående den enskildes levnadsomständigheter utan även dennes personliga preferenser och önskemål. Om den gode mannen eller förvaltaren inte sedan tidigare har personkännedom på grund av exempelvis av släktskap, kan sådan införskaffas genom andra personer som står den enskilde nära.[197] Det ställs inget krav på att en god man eller förvaltare måste ha en personlig relation till den han eller hon företräder. Men den legala ställföreträdaren uppmuntras att samråda med anhöriga och eventuell vårdpersonal om hur medlen kan komma till nytta, och det påtalas särskilt att det inte är meningen att en god man eller förvaltare ska ta ifrån anhöriga uppgifter som de vill och ”lämpligen bör ha hand om”.[198]

[195] Prop. 1987/88:124 s. 139.
[196] Prop. 1987/88:124 s. 188.
[197] Prop. 1987/88:124 s. 147.
[198] Prop. 1987/88:124 s. 188.

Det personansvar som ligger inom uppdragsdelen sörja för person uppkommer enligt föredraganden

> ”[…] naturligtvis *i första hand när det uttryckligen framgår av förordnandet*. Men även i andra fall torde den gode mannen eller förvaltaren många gånger vara skyldig att svara för en viss personlig intressebevakning. Detta följer bl. a. av bestämmelsen om att den som förvaltar huvudmannens medel skall se till att de i skälig omfattning används till huvudmannens nytta. För att kunna uppfylla detta krav måste den gode mannen resp. förvaltaren skaffa sig kännedom om huvudmannens personliga förhållanden och undersöka i vilket avseende medlen kan göra mest nytta.”[199]

Det får anses klart att personlig intressebevakning är ofrånkomlig, även om en god man eller förvaltare i sitt förordnande enbart har fått uppgiften att förvalta egendom. Omvänt kan det även sägas att uppdraget att sörja för person svårligen kan fullgöras utan de andra två uppdragsdelarna. Om den gode mannen eller förvaltaren ska kunna agera för att tillgodose den enskildes behov behöver han eller hon sannolikt både ha kontrollen över den enskildes ekonomi och ett uppdrag att bevaka den enskildes rätt.

I praktiken förekommer många situationer då alla tre uppdragsområden sammanflätas med varandra. Ett exempel kan konstrueras för att illustrera hur komplicerat det kan vara att särskilja de tre uppdragsområdena från varandra. Att se till att den enskildes medel kommer till dennes nytta i övrigt i enlighet med FB 12:4 kan, som framgått ovan, ha olika innebörder. Det kan innebära att tillgångar används till att bekosta något som den enskilde personligen behöver, tycker om att göra eller vill ha. Men det kan lika gärna tänkas att den enskildes medel skulle kunna användas för att bekosta en rättslig tvist som, om den utfaller till den enskildes fördel, är till personlig eller ekonomisk nytta för den enskilde.[200] Exempelvis skulle en god man eller förvaltare kunna besluta att anlita en advokat för att driva en arvstvist. I ett sådant scenario kan den gode mannen eller förvaltaren anses *samtidigt* bevaka den enskildes rätt och sörja för hans eller hennes person – men dessa uppgifter möjliggörs i och genom ansvaret för den enskildes egendom. Det blir således svårt

[199] Prop. 1987/88:124 s. 188.

[200] Vill man vara än mer komplex kan det anföras att det även är tänkbart att det kan finnas psykologiska nyttoaspekter i förhållande till att driva en rättstvist å den enskildes vägnar; den enskilde kanske inte kan få ”ro” kring vad han eller hon upplever som en orättvisa som begåtts, eller kan vinna självförtroendenytta av att en rättssak drivs i hans eller hennes namn.

i scenariot ovan att avgöra var den ena uppgiften börjar och den andra slutar.

På likartat sätt är det svårt att dra gränser mellan uppdragsdelarna när en sådan vanligen förekommande syssla för en god man eller förvaltare som att betala den enskildes bostadshyra betraktas. Vilken uppdragsdel uppfyller den gode mannen eller förvaltaren då? Bevakar han den enskildes rätt i hyresförhållandet? Sörjer han för den enskildes personliga behov av att han en bostad? Eller hanterar han inkomster och utgifter inom ramen för uppdragsdelen förvalta egendom?

Genom de givna exemplen framgår att det i praktiken är svårt att renodla de olika uppdragsområdena. De faktiska situationer där en god man eller en förvaltare på olika sätt kan behöva agera för att hjälpa den enskilde, låter sig svårligen sorteras i de fack som benämns ”bevaka rätt”, ”förvalta egendom” respektive ”sörja för person”.

5.6.3.4 En omtolkning av uppdraget

En slutsats som ligger nära till hands mot bakgrund av svårigheterna att särskilja uppdragsdelarna från varandra, är att de inte bör särskiljas. Alla tre uppgifter utförs samtidigt i många situationer och dessutom får de i många praktiska situationer anses förutsätta varandra. Det är en obesvarad fråga hur exempelvis den enskildes personliga behov ska kunna tillgodoses av en god man eller förvaltare utan att denne förfogar över den enskildes ekonomiska tillgångar eller utan att den gode mannen eller förvaltaren företräder den enskilde vid företagande av rättshandlingar.

Vänder man på perspektiven och riktar blicken mot den hjälpbehövande kan även ifrågasättas det rimliga i ett antagande om att en person på grund av sitt tillstånd vara oförmögen att själv hantera exempelvis sina ekonomiska angelägenheter, men inte att bevaka sin rätt eller sörja för sina personliga behov? Om någon på grund av exempelvis en utvecklingsstörning har en nedsatt förmåga att fatta beslut eller att förstå och hantera mer komplexa sammanhang, borde denna oförmåga rimligen avse både att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller att sörja för sin person. Tilläggas kan också att det är mycket svårt att tänka sig en rättshandling som inte antingen avser den enskilde som person eller dennes egendom. Möjligheten för en legal ställföreträdare att enbart vara skyldig att bevaka någons rätt framstår därmed som omöjlig.

Med tanke på de svårigheter och problem som är förenade med praktiken att begränsa uppdrag genom att utesluta antingen endera av uppdra-

gets delar, framstår behovet av en omtolkning av denna fråga som stort. I den senaste översynen och utredningen av förmynderskapsrätten år 2004 föreslås också, av liknande skäl som ovan, en lagändring innebärande att indelningen av uppdragen skulle stå mellan ”personliga angelägenheter” respektive ”ekonomiska angelägenheter”, vilka båda skulle inkludera rättslig bevakning.[201] Utredaren påpekade samtidigt att även en sådan indelning kan innebära problem och att:

> ”[…] användningen av termerna ekonomiska och personliga angelägenheter är en grovuppdelning. […] [E]n konkretisering av uppdraget med anpassning till de individuella behoven är önskvärd och bör rekommenderas i 11 kap. FB i fråga om förordnande såväl av god man som av förvaltare. I lagtexten bör också klargöras att uppgifterna att bevaka den enskildes rätt och att företräda honom är självklara inslag i ett uppdrag, vare sig det är inriktat på ekonomiska eller personliga frågor.”

Det framgår klart och tydligt av FB 12:2 att det är en god mans eller förvaltares skyldighet att bevaka rätten för den som han företräder, förvalta dennes egendom *och* sörja för dennes person. Uppdraget, *i singularis*, är således alla dessa tre delar: att bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person. Genom en bisats inskjuts ”i den mån som framgår av förordnandet”. Anpassning av uppdraget kan ske genom förordnandets utformning, men avseende det som förordnandet anger är uppdraget att bevaka, förvalta och sörja. Dessa tre delar ingår alla i det legala uppdraget.

Ska uppdragets omfattning begränsas, kan det ske på det sätt som framgår av FB 11:7 st 2 – genom att en viss faktisk angelägenhet, egendom eller liknande anges. Möjligheten att anpassa, i betydelsen begränsa uppdraget, är också betydelsefull framförallt när fråga är om förvaltarskap, som inskränker den enskildes möjligheter till självbestämmande och rättshandlande. Men *utgångspunkten* vid bestämningen av uppdragets omfattning i det enskilda fallet kan inte vara att fråga efter hur ett uppdrag kan begränsas, utan vad den enskilde i generell mening utifrån sitt tillstånd *kan behöva* hjälp med från en legal ställföreträdare. Syftet med godman- respektive förvaltarskap är att se till att den enskilde får hjälp som han eller hon på grund av sitt tillstånd behöver för att kunna vara ett aktivt rättssubjekt som andra och att kunna få sina intressen värnade och behov tillgodosedda som andra, utan funktionsnedsättningar, sjukdomar eller andra svaghetstillstånd.

[201] SOU 2004:112, Band II, s. 448.

Gränsdragningar mellan uppdragsdelar blir en icke-fråga om en god man och förvaltare anses ha *en huvuduppgift*: att bevaka och se till att den enskildes intressen tillvaratas och att dennes behov blir tillgodosedda. Behoven kan tillgodoses antingen genom den enskildes egna medel eller på andra sätt. Inom ramen för denna huvuduppgift ingår att *både* bevaka och som ställföreträdare företa rättshandlingar, rättsliga angelägenheter av både privat- och offentligrättsligt slag såsom avseende det sociala trygghetssystemet, *och* att för den enskildes behov förvalta dennes egendom och se till att den kommer till den enskildes nytta.

Behörigheten att företräda den enskilde i samband med rättshandlingar är avgörande för att en god man eller förvaltare ska kunna fullgöra sin huvuduppgift. De faktiska situationer då ställföreträdarbehörighet behövs, utgår från vad den enskilde vid olika tidpunkter behöver hjälp med, och kan inte i förväg fastställas. I NJA 1999 s. 691,[202] där fråga var om omfattningen av ett godmanskap, resonerade HD på följande sätt:

> ”Av utredningen framgår att [N.N.] på grund av flera svåra funktionshinder behöver hjälp inte bara med att bevaka sin rätt och att förvalta sin egendom utan även att sörja för sin person. […] Det förhållandet att [mamman] redan hjälper sin son i sådana angelägenheter kan inte anses utgöra skäl mot att hennes godmanskap får omfatta uppgiften att sörja för sonens person. Tvärtom framstår det som naturligt att godmanskapet får omfatta även denna uppgift.”

Om underinstansernas beslut inte hade ändrats av HD skulle konsekvensen ha blivit att den gode mannen skulle saknat behörighet att företräda den enskilde i personliga angelägenheter. Redan det konstaterandet är allvarligt, med tanke på att den enskilde uppenbart saknade förmåga att själv ombesörja sina personliga angelägenheter. Än mer bekymmersamt hade det varit med tanke på att det skulle ha varit högst oklart vad som uteslöts behörighetsmässigt. HD:s domskäl ger stöd åt här förespråkade uppfattning att ett uppdrags omfattning måste bestämmas med utgångspunkt i vilka angelägenheter den enskilde i generell mening kan behöva hjälp med, inte vilka angelägenheter som i praktiken redan kan anses fungera väl utan att en legal ställföreträdare ges ansvar för att bevaka dem.[203]

[202] För ett längre referat av NJA 1999 s. 691, se avsnitt 5.5.2 om behov av god man.

[203] Domen – och grundfrågorna – kan dock tolkas på annat sätt. Se Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 195. Detta har även anmärkts i samband med analysen av rättsfallet i avsnitt 5.5.2.

Omtolkas uppdraget på det sätt som här föreslås, kan också ett praktiskt problem lösas med ”begränsade uppdrag” i betydelsen att någon eller flera av det legala uppdragets delar har uteslutits ur förordnandet. Eftersom det inte finns några definitioner av vad som avses med att bevaka rätt, förvalta egendom eller sörja för person är det svårt att dra behörighetsgränser. De odefinierade uppdragsdelarna lämnar fritt spelrum för tolkning.[204] Företag, banker, förvaltningsmyndigheter och till och med domstolar kan med egna tolkningar av de uppdragsdelar som ingår eller inte ingår i ett förordnande, ifrågasätta behörigheten och till och med neka den legala ställföreträdaren att rättshandla i den enskildes namn.[205] En sådan situation får anses högst otillfredsställande. Problemet försvinner dock om förordnanden antingen formuleras som ”fulla” eller

[204] Sjöstedt & Sporrstedt, God man och förvaltare – en handbok s. 46 skriver att ”eftersom begreppen bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person är så vida i sin utformning har de genom åren fått olika tolkning. I Sverige finns 290 kommuner och nästan lika många överförmyndare eller överförmyndarnämnder. Lägg till cirka 90 000 godmanskap och förvaltarskap som omges av anhöriga, personal på boenden, vårdpersonal och andra så är det inte svårt att förstå att så vida begrepp som dem vi nu talar om, kan tolkas på många olika sätt.”

[205] Tack till dåvarande förvaltningsjuristen Peter Sporrstedt på överförmyndarförvaltningen i Västerås för följande exempel från mångårig praktik: Socialnämnd har nekat en god man som förordnats att ”förvalta egendom” och ”sörja för person” att ansöka om insatser enligt LSS eftersom socialnämnden menat att ansökan är en rättshandling och att sådana enbart får företas av gode män som har till uppgift att ”bevaka rätt”. En god man som förordnats att ”bevaka rätt” och ”förvalta egendom” men inte ”sörja för person” har nekats behörighet att ansöka om LSS-insatser därför att en socialnämnd menat att en sådan insats är av personlig natur och enbart kan sökas av en god man med uppgift att ”sörja för person”. Andra exempel är att en mäklare funnit att en god man inte är behörig att sälja en fastighet om förordnandet enbart omfattar ”bevaka rätt” eftersom mäklaren menat att försäljningen är en ekonomisk disposition som bara kan företas om ”förvalta egendom” ingår i förordnandet. I samma ärende hade däremot inskrivningsmyndigheten ansett att den gode mannen var behörig. En bank har nekat en god man att omplacera enskilds tillgångar när den gode mannen endast varit förordnad för att ”sörja för person” och ”bevaka rätt”. När en god man som enbart förordnats för att ”förvalta egendom” ansökt om pension för den enskildes räkning, har försäkringskassan inte ansett att den gode mannen varit behörig att ansöka för den enskildes räkning eftersom de menat att behörighet endast föreligger om förordnandet innefattar ”bevaka rätt”. Ett sista exempel är en god man som sålt den enskildes konstsamling, satt in pengarna på ett spärrat konto och sedan använt tillgångarna för kostnader för den enskildes dagliga leverne. När personen ifråga sedermera avled, hade konstsamlingen värde fördubblats. Dödsbodelägarna stämde den gode mannen, bland annat med argumentet att denne handlat utanför sitt uppdrag då förordnandet inte omfattade uppgiften att förvalta den enskildes tillgångar, utan endast att ”sörja för person” och ”bevaka rätt”.

obegränsade uppdrag, alternativt anger vilka faktiska angelägenheter som omfattas eller inte omfattas av uppdraget.

Tolkas uppdraget på ovan föreslaget sätt blir konsekvensen att det i många fall kan blir svårt att se varför ett uppdrag skulle begränsas. Det är dock stor skillnad på att tala om ifall det finns en god man eller förvaltare som kan agera för den enskildes räkning om och så som den enskilde önskar (om vilja kan uttryckas), eller om en individ fråntas sin sakliga förmåga rättshandla.

5.6.4 Begränsning av den legala ställföreträdarens uppdrag

På grund av förvaltarskapets långtgående effekter i den enskildes privata rättssfär är det angeläget att ett förvaltarförordnande anpassas till behoven i det enskilda fallet. Anpassningen kan ske på olika sätt. Av FB 11:13 framgår att om omständigheterna motiverar det kan flera gode män eller förvaltare förordnas för den enskilde. Ett sätt att anpassa omfattningen av ett förvaltarskap utan att den enskilde ställs utan legal ställföreträdare i vissa angelägenheter, är således att anordna ett godmanskap för vissa angelägenheter och ett förvaltarskap för andra. Antingen med samma person som både god man och förvaltare, eller med olika personer i de respektive uppdragen.[206]

Ett annat sätt att anpassa uppdragets omfattning följer av FB 11:7 st 2:

> Förvaltaruppdraget skall anpassas till den enskildes behov i varje särskilt fall och får begränsas till att avse viss egendom eller angelägenheter eller egendom överstigande ett visst värde."

Av specialmotiveringen till detta lagrum framgår följande:

> "I denna föreskrift ligger en möjlighet, som inte finns vid de nuvarande omyndigförklaringarna, att avgränsa uppdraget för en förvaltare så att det passar varje enskilt fall. Detta kan ses som en vidareutveckling av den möjlighet att ta hänsyn till varje enskilds behov som enligt 4 § finns vid ett förordnande av god man. Med stöd av bestämmelsen kan en förvaltare t. ex. förordnas att förvalta en *viss angiven fastighet* eller att företräda huvudmannen vid ingående av *kontokreditförbindelser* eller *kreditköp* och andra *låneavtal*. I fall då den enskilde uppbär pension eller annan löpande inkomst kan det ofta vara lämpligt att låta honom själv disponera över en del, medan förvaltaren kan få till uppdrag att *bestämma över resten*. Motsvarande bör gälla när den enskilde har tillgångar på bank e. d. Det kan då vara lämpligt att en del av medlen sätts in på en räkning där den enskilde själv får göra

[206] Endast redaktionell ändring i 1995 års reform enligt prop. 1993/94:251 s. 200.

uttag, medan tillgångarna i övrigt sätts in på en eller flera räkningar som förvaltaren bestämmer över […]. Ett förvaltarförordnande kan naturligtvis också omfatta en persons *hela egendom*, såväl lös som fast. En förvaltare kan då få i uppdrag att t. ex. 'företräda X i *alla ekonomiska angelägenheter*.'"[207] (mina kurs.)

Angående ett förvaltarskaps omfattning anfördes även följande:

"Även om ett förvaltarskap i första hand torde komma att avse en rent ekonomisk förvaltning, bör en förvaltare liksom en god man också kunna få i uppdrag att företräda huvudmannen i angelägenheter av rättslig art. En förvaltare bör exempelvis kunna förordnas att företräda huvudmannen inför domstolar och andra myndigheter. Ett fall som jag tidigare har berört är när den enskilde är i sådant psykiskt tillstånd att han saknar förmåga att själv för sin talan i en process och dessutom motsätter sig ett godmansförordnande. Även i t. ex. ärenden om rätt till bidrag eller till vård eller omsorg enligt sociallagstiftningen kan den typen av förvaltarförordnande bli aktuell."[208]

Mot bakgrund av lagtextens formulering och ovanstående två citat från förarbetena kan slutsatsen dras att det i varje enskilt fall ska företas en prövning av i vilken eller vilka *praktiska angelägenheter* som den enskilde har behov av en förvaltare; t ex för kreditförbindelser, i förhållande till en angiven fastighet, en viss typ av ärenden hos sociala myndigheter eller liknande. Förordnandet skall således formuleras på ett passande sätt för att fånga in de identifierade behov av skydd som finns i det enskilda fallet. Endast i dessa fall är det motiverat att ingripa med ett förvaltarskap.

Uppdraget för den som förordnas som förvaltare eller god man för en viss angelägenhet är att angående den eller de angelägenheter som förordnandet omfattar, i enlighet med FB 12:2 bevaka den enskildes rätt, förvalta dennes egendom och sörja för dennes person. I dessa uppdragsdelar ligger alltid de olika rollerna att bevaka den enskildes intressen och behov, att företa rättshandlingar i dennes namn när så behövs samt att agera som syssloman i de praktiska situationer som påkallas för att uppfylla uppdragets huvuduppgift: att bevaka och se till att den enskildes intressen tillvaratas och att dennes behov blir tillgodosedda.

[207] Prop. 1987/88:124 s. 166 f.
[208] Prop. 1987/88:124 s. 146 f.

5.6.5 Om den intresse- och behovsbevakande rollen

Utöver uppgiften att agera ställföreträdare i de lägen som detta behövs, är det svårt att generellt säga vilka praktiska uppgifter som ingår i god mans eller förvaltares uppdrag. *Vad* som behöver göras för att fullgöra skyldigheten att bevaka den enskildes rätt, förvalta den enskildes egendom respektive sörja för dennes person blir alltid beroende av de faktiska förhållandena i det enskilda fallet.

Hur uppdraget ska fullgöras framgår av bestämmelser i FB kap. 12. Nuvarande kapitel 12 infördes i FB år 1995.[209] Tidigare gällde enligt dåvarande FB 13:4 att:

> Gode män och förvaltare skall omsorgsfullt och noggrant utföra sina uppdrag. Vid förvaltning av huvudmannens medel skall de se till att medlen i skälig omfattning används till nytta för huvudmannen.

Angående detta lagrum anfördes i specialmotiveringen följande av relevans för god mans eller förvaltares roll som intresse- och behovsbevakare:

> ”Den gode mannen eller förvaltaren bör […] hålla sig informerad om bl. a. huvudmannens boendeförhållanden, hans behov av vård eller social service samt omfattningen och behovet av sociala kontakter och rekreation. Om det konstateras *brister*, har den gode mannen eller förvaltaren skyldighet att så långt möjligt *se till att de avhjälps*. Kontakt kan då behöva tas med anhöriga och sociala organ. I många fall torde det också vara befogat att huvudmannens medel används för att bekosta en bättre bostad eller en bättre form av vård. Det kan också *ligga i huvudmannens intresse* att få göra en rekreationsresa e. d. I de fall huvudmannen är intagen på en vårdinrättning bör den gode mannen eller förvaltaren inhämta de synpunkter som från medicinskt eller kurativt håll kan finnas på medelsanvändningen. Även om den gode mannen eller förvaltarens uppdrag är av begränsad omfattning torde det ofta vara *naturligt att han träffar sin huvudman och ägnar sig åt viss kurativ verksamhet*. För de gode männens del gäller dessutom att de i princip är skyldiga att inhämta huvudmannens samtycke till varje rättshandling […].”[210] (mina kurs.)

Att god man och förvaltare ska agera som intresse- och behovsbevakare – hålla sig informerad om levnadsförhållanden och att vid konstaterande av brister agera för att avhjälpa dessa – framgår här tydligt. Det sägs vara den gode mannens eller förvaltarens skyldighet att hålla sig informerad om den enskildes levnadssituation och att se till att brister i denna avhjälps.

[209] Se lag (1994:1433).

[210] Prop. 1987/88:124 s. 188.

Han eller hon måste också ha god kännedom om både den enskildes levnadsförhållande och om dennes personliga preferenser och önskemål. Det framhålls till och med som ”naturligt” med en viss ”kurativ”, det vill säga samtalande, verksamhet från den gode mannens eller förvaltarens sida i förhållande till den enskilde.

Angående personlig intressebevakning framgår på samma ställe även följande:

> ”Vilket mått av personlig intressebevakning som den gode mannen eller förvaltaren skall ägna sig åt beror naturligtvis, utöver förordnandet, på omständigheterna i det särskilda fallet. Om huvudmannen har make eller andra anhöriga är det naturligt att dessa i första hand svarar för personlig omvårdnad och intressebevakning. Det är alltså inte meningen att en god man eller förvaltare ska ta ifrån de anhöriga sådana uppgifter som dessa vill och lämpligen bör ha hand om. På motsvarande sätt blir de gode männens och förvaltarnas ansvar för huvudmannens person i de flesta fall mindre, när huvudmannen är intagen för vård e. d. I de fall då en huvudman har fått en kontaktperson utsedd enligt socialtjänst- eller omsorgslagen åligger det i första hand denne att bevaka huvudmannens personliga intressen. Den gode mannen eller förvaltaren bör i sådana fall diskutera med kontaktpersonen vilka åtgärder som skall vidtas för huvudmannens räkning. Över huvud taget är det angeläget att samråd sker med såväl kontaktpersoner som andra samhällsorgan, så att bl. a. dubbelarbete undviks.”[211]

Uttalandet innehåller flera frågor som behöver kommenteras.

För det första synes en sammanblandning av roller ske, vad gäller den legala ställföreträdaren och anhöriga till den enskilde. En god man eller förvaltare ska aldrig ”ta ifrån” anhöriga faktiska omvårdnadsuppgifter. Däremot är det dennes *rättsliga* ansvar att bevaka att den enskilde får sina behov av omvårdnad tillgodosedda. Antingen genom dennes anhöriga eller på annat sätt. Nämnda rättsliga ansvar för den enskildes person består därtill bland annat i att bevaka hur dennes vårdbehov ombesörjs inom vården och att om brister konstateras, agera för att dessa avhjälps. Det betyder att den gode mannen eller förvaltarens ansvar för den enskildes person tvärtemot föredragandens påstående ovan inte ”minskar” om den enskilde ges vård från hälso- och sjukvård eller socialtjänst. Däremot kan det sägas att det skiftar fokus; från ett potentiellt ansöknings- till ett verkställighets- eller genomförandeperspektiv. Om vården inte fungerar som den ska, eller om den behöver kompletteras eller ändras för att den enskildes behov ska tillgodoses, är det den legala ställföreträdarens ansvar

[211] Prop. 1987/88:124 s. 188.

som behovsbevakare och företrädare för den enskilde att agera för förändringar.

För det andra påstår föredraganden att det i första hand är en kontaktpersons ansvar, om sådan finns, att bevaka den enskildes personliga intressen. Här föreligger en ren felaktighet. Det har aldrig varit en kontaktpersons uppdrag, vare sig enligt SoL eller LSS, att bevaka den enskildes personliga intressen.[212] Uttalandet om uppgiftsfördelning mellan gode män eller förvaltare respektive anhöriga och kontaktpersoner saknar dessutom en mycket viktig del av bilden: ingendera av sistnämnda kategorier har någon ställföreträdarbehörighet. Att föredraganden antyder att anhöriga eller kontaktpersoner kan ersätta god mans eller förvaltares uppgifter vad gäller den enskildes personliga angelägenheter får därmed betraktas som missvisande. I synnerhet som det får anses vara den gode mannens eller förvaltarens uppgift att föra den enskildes talan i förhållande till ansvarig myndighet i händelse av att exempelvis en kontaktpersonsinsats inte fungerar på ett tillfredsställande sätt.

Av intresse vidare för uppgiftsbestämningen för en god man eller förvaltare är FB 12:3:

> Förmyndare, gode män och förvaltare skall omsorgsfullt fullgöra sina skyldigheter och alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde.

Att ”alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde” kan uppfattas som en angivelse av både *hur* och *vad* den gode mannen eller förvaltaren skall göra. De skyldigheter som anges i FB 12:2 ska fullgöras *omsorgsfullt* och den gode mannen eller förvaltaren ska alltid handla på det *sätt* som *bäst gagnar* den enskilde.

Som exempel kan tänkas att den gode mannen eller förvaltaren i en viss situation bedömer att det som bäst gagnar huvudmannen är att hans

[212] Kontaktperson enligt ÄSoL 10 § och SoL 3:6 är en insats för de situationer då en person eller familj behöver särskilt stöd för att bryta en destruktiv social utveckling, exempelvis genom att få hjälp och stöd med personliga angelägenheter såsom att ta kontakt med missbruksvården, eller personligt stöd för att bryta sig loss från en olämplig miljö, olämpligt sällskap, etc. Se prop. 1979/80:1 Del A s. 228. Samma syfte får för övrigt anses alltjämt gälla för kontaktperson som insats enligt SoL 3:6. Kontaktperson enligt LSS 9 § 4 är en insats avsedd att tillhandahålla en medmänniska, en ”betald kompis” i betydelsen någon att prata och umgås med för att bryta den enskildes isolering eller bredda dennes kontaktnät utanför omsorgsverksamheters personal. Se prop. 1992/93:159 s. 178. Dock framgår av specialmotiveringen till lagrummet att kontaktpersonen ”kan också ge råd till eller vara förespråkare för den funktionshindrade i olika situationer som inte är av så komplicerad natur att t. ex. god man eller juridisk expertis bör anlitas.”

eller hennes bostad säljs, kanske för att möjliggöra en bättre ekonomisk situation framöver. I ett sådant fall kan FB 12:3 för det första stödja *att* denna försäljning sker – det är vad som bäst gagnar den enskilde. Samtidigt får FB 12:3 även anses ange *hur* försäljningen ska ske – nämligen på det sätt som bäst gagnar den enskilde – exempelvis genom att den läggs ut för budgivning på den öppna marknaden istället för att säljas till värderingspris till en släkting.[213]

Vad som ”bäst gagnar den enskilde” kan tolkas på olika sätt. Kan den enskilde själv uttrycka sin vilja bör som utgångspunkt både en god man och en förvaltare utgå från denna vilja vid bedömningen av vad som bäst gagnar den enskilde. Att detta bör vara utgångspunkten följer för den gode mannen av att han i enlighet med FB 11:5 ska ha den enskildes samtycke till rättshandlingar. För förvaltarens del följer samma utgångspunkt av det faktum att dennes ”ensamma rådighet” över angelägenheter som innefattas i förordnandet motiveras av syftet att skydda den enskilde från att vidta skadliga dispositioner – inte att ta över bestämmanderätten i övrigt i den enskildes liv.[214] I ljuset av funktionsnedsättningskonventionens artikel 12 kan också påminnas om att funktionsnedsättningskommittén har uttalat att det ”best interest”-paradigm som länge rått inom ramen för legala ställföreträdarskap ska ersättas med ett viljeparadigm.[215]

Angående 1989 års FB 13:4, motsvarigheten till dagens FB 12:3 och 12:4 – som angav att god man eller förvaltare skulle fullgöra sina skyldigheter omsorgsfullt och noggrant och tillse att medel användes till den enskildes nytta uttalades i förarbetena att den gode mannen eller förvaltaren i sitt uppdrag förväntades *samråda* med både personal på vårdinrättning, anhöriga och eventuell kontaktperson.[216] Saknar en person förmåga att uttrycka sin egen vilja bör således dennes gode man eller förvaltare – om inte denne redan har mycket god personkännedom – resonera med huvudmannens anhöriga eller med vårdpersonal för att bilda sig en uppfattning om vad som bäst gagnar den enskilde.

[213] Ett sådant beslut om försäljning får dock inte fattas utan överförmyndarens samtycke, se FB 14:11.

[214] Dessa frågor behandlas närmare nedan under avsnitt 5.6.6.2.

[215] Dessa frågor har behandlats i kapitel 3, avsnitt 3.3.2.2.

[216] Prop. 1987/88:124 s. 188 f.

5.6.6 Om rollen som ställföreträdare

5.6.6.1 Gemensamma frågor om behörigheten

Genom ett förordnande som god man eller förvaltare får en person *behörighet* att rättshandla i den persons namn som han eller hon företräder.[217] Beroende av hur förordnandet har formulerats bestäms därigenom behörigheten. Som kommer visas nedan under skilda avsnitt för god man respektive förvaltare som ställföreträdare, finns vissa särskilt reglerade begränsningar av behörigheten att beakta i ställföreträdarrollen. Innan dessa regler granskas ska några gemensamma frågor adresseras i detta avsnitt.

I doktrin har hävdats att en *befogenhetsgräns*[218] för legala ställföreträdare för både barn och vuxna framgår genom FB 12:3, där det anges att ställföreträdaren *alltid ska handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde*, det vill säga handla i den enskildes intresse.[219] Vid eventuellt handlande i strid med sagda befogenheten ”kan rättshandlingen visserligen bli bindande för huvudmannen, men om han lider skada blir ställföreträdaren skyldig att ersätta den”.[220] Det sista påståendet står i sammanhanget okommenterat. Sannolikt åsyftas den skadeståndsskyldighet för samtliga legala ställföreträdare som anges i FB 12:14; dessa är skyldiga att ersätta skada som de uppsåtligen eller av vårdslöshet har orsakat den enskilde. En för den enskilde *skadlig* handling,[221] som företas i strid med skyldigheten att alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde, har dock inget i sig att göra med ställföreträdarens handlingsutrymme. FB 12:3 är en förhållningsorder om hur uppdraget ska utövas, men den anger inga gränser för vad en god man eller förvaltare kan göra.

[217] Begreppet behörighet beskrivs av Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I s. 160 f som en makt, legitimation eller kompetens. Se för närmare redogörelse för ställföreträdarskapets konstituerande element avsnitt 5.2.1.

[218] Notera alltså *befogenhet*, inte behörighet. På samma sätt som i fullmaktsförhållanden – se avsnitt 5.2.2 – skiljer Westman, Förmynderskap s. 56 mellan behörighet som en yttre gräns och befogenhet som en inre, när det gäller en legal ställföreträdares handlingsutrymme. Frågan är dock om begreppsapparaten har relevans inom förmynderskapsrätten. Behörigheten sammanfaller med ”befogenheten” när det gäller de legala ställföreträdarnas agerande.

[219] Westman a.a. s. 56.

[220] Westman a.a. s. 56.

[221] I förhållande till äldre rätt finns två avgöranden avseende skadestånd för sådan skada som orsakats uppsåtligen eller av vårdslöshet: försummelse att indriva eller säkerställa myndlings fordran prövades i NJA 1940 s. 336 och försumlighet vid bevakande av omyndigs rätt i NJA 1951 s. 245.

En annan ”ordningsföreskrift” för god mans och förvaltares agerande som ställföreträdare, bör också uppmärksammas.[222] Av den regel som framgår av FB 12:7 och som endast med små ändringar har traderats ända från förmynderskapslagen,[223] framgår att:

> I viktigare frågor skall förmyndare, om det lämpligen kan ske, höra den omyndige, om den omyndige har fyllt sexton år, samt den omyndiges make eller sambo.
>
> Gode män och förvaltare har motsvarande skyldigheter i förhållande till den enskilde samt den enskildes make eller sambo. Om betydelsen av samtycke i vissa fall från den som har god man finns bestämmelser i 11 kap. 5 §.

I samband med 1995 års lagändringar ändrades bestämmelsen från att ställföreträdaren ”bör” till att han eller hon ”skall” höra den enskilde och dennes make eller sambo.[224] Samråd med den enskilde och dennes närmaste anhöriga *ska* alltså ske innan ställföreträdaren agerar i viktigare frågor.

Vad som menas med viktigare frågor är dock inte klargjort. När motsvarande regel infördes i förmynderskapslagen avsågs med ’viktigare frågor’ sådana som inte får avgöras utan samtycke från överförmyndaren. I dagens reglering framgår det av FB kap. 14 i vilka situationer som överförmyndarens samtycke krävs för att dispositioner ska kunna vidtas. Sammanfattningsvis kan det sägas vara frågor ”av förhållandevis genomgripande art” såsom upptagande av lån, försäljning eller köp av fastigheter och liknande.[225] Den begränsning i samrådsskyldigheten som ligger i ”om det lämpligen kan ske” respektive ”viktigare frågor” är dock av oklar innebörd.

Vad gäller behörigheten att företa rättshandlingar i den enskildes namn kan konstateras att denna i generell mening är vidsträckt – det finns ingen begränsning till ett visst slag av rättshandlingar. En rättshandling innebär att med rättslig verkan avge en viljeyttring som får rättsliga konsekvenser.[226] Det innebär att alla rättsområden och alla typer av rättshandlingar omfattas. En god man eller förvaltare är således, förutom i de undantagssituationer som kommer belysas nedan, generellt behörig inte enbart att för den enskilde företa rättshandlingar av förmögenhetsrättslig

[222] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 241.

[223] Odlöw a.a. s. 241.

[224] Se prop. 1993/94:251 s. 215 f.

[225] Odlöw a.a. s. 241 f.

[226] Se avsnitt 4.2.1.

eller familjerättslig art, utan även att föra den enskildes talan i alla de situationer då denne annars själv skulle haft talerätt eller processbehörighet. Själva poängen med ett legalt ställföreträdarskap för en vuxen är ju att kompensera eller läka dennes bristande förmåga att själv agera som rättssubjekt.

Mot bakgrund av det nyss sagda framstår de legala ställföreträdarna som mycket betydelsefulla i det socialrättsliga sammanhanget. För att förvaltningsmyndigheter ska kunna ge insatser i form av exempelvis bistånd eller för åtkomst i övrigt till det sociala hjälpsystemet krävs – som befogenhetsgrund för det allmänna – antingen *samtycke* från den som insatsen avser, alternativt att den enskilde själv *begär* hjälpen.[227] I praktiken kan det handla om möjligheten att ge den enskilde hjälp- och stödåtgärder av olika slag. Om en person inte själv kan ansöka, begära eller samtycka till insatserna är förvaltningsmyndigheten förhindrad att agera.[228] Dessutom kan påminnas om att det alls inte är så att rättigheter som enskilda är tillskrivna kommer dessa till del per automatik. Den som saknar förmåga att själv utkräva sin rätt genom att föra eventuell besvärstalan mot förvaltningsmyndigheters beslut har utan en legal ställföreträdare ingen möjlighet att få del av välfärdsrättigheterna. Rättigheterna blir inte tillgängliga.

När det gäller insatser enligt LSS har lagstiftaren i 8 § särskilt angett att legala ställföreträdare – för både barn och vuxna – har behörighet att föra den enskildes talan om insatser:

> Insatser enligt denna lag skall ges den enskilde endast om han begär det. Om den enskilde är under 15 år eller uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan kan vårdnadshavare, god man, förmyndare eller förvaltare begära insatser för honom.

Att den enskilde inte får påtvingas LSS-insatser, utan tvärtom själv måste begära dem, är en viktig princip mot bakgrund av hur personer som omfattas av LSS personkrets har behandlats i det förflutna. Lagstiftaren har dock uppmärksammat att många personer som kan ha rätt till insatser enligt LSS skulle gå miste om dessa om kravet på att den enskildes *själv* måste begära insatserna upprätthölls konsekvent.

[227] Se SoL 1:1 st 3 och LSS 8 §.

[228] Legalitetsprincipen, RF 1:1, kräver att det allmänna har lagstöd för agerande i förhållande till medborgarna. Såväl SoL som LSS och HSL kräver att den enskilde samtycker till åtgärder eller insatser.

Det sagda innebär att en legal ställföreträdare inte kan ansöka om en LSS-insats om den enskilde inte vill ha en insats. Det bör särskilt uppmärksammas hur kravet på den enskildes inställning enligt 8 § är formulerad. Den enskilde ska själv begära insatserna, men om denne *uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan* kan en legal ställföreträdare begära insatsen i hans eller hennes ställe. En fråga som därmed kan uppstå i praktiken, är i vilka lägen någon kan bedömas uppenbart inte kunna ta ställning i saken. Det kan framstå som uppenbart för omgivningen att en person exempelvis behöver flytta till ett särskilt boende för att kunna få sina behov av stöd och service tillgodosedda. Kan den enskildes inställning i saken så att säga ”köras över” om denne bedöms uppenbart sakna *förnuftig* förmåga att ta ställning till frågan?

En god man, som enligt FB 11:5 måste ha den enskildes samtycke till åtgärder som vidtas, har inga möjligheter att bortse från den enskildes inställning i saken, hur ”oförnuftig” den än kan uppfattas vara. Däremot förekommer det att en förvaltare som genom förordnandet ges ”ensam rådighet” inom sitt uppdrag antas ha ett sådant mandat.[229] Här bör dock påpekas att den ensamma rådigheten för en förvaltare inte kan innebära att förvaltningsmyndigheter med hjälp av den enskildes förvaltare kan kringgå grundläggande fri- och rättigheter i enlighet med RF och EKMR. Särskilt lagstöd måste finnas för ingripanden i den enskildes personliga frihet eller privatliv mot dennes vilja. Något sådant finns inte i vare sig SoL, LSS eller HSL. I många situationer kan lösningen att ge en förvaltare bestämmanderätt över den enskilde tyckas praktiskt sett frestande för att kunna ge den enskilde vård eller stöd som anses behövas. Men när det handlar om LSS framgår tydligt av 8 § att det är den enskildes möjligheter att alls uttrycka en vilja i saken som efterfrågas, inte vilken förnuftighetsmässig kvalitet denna vilja kan tillmätas. Ett förordnande av en förvaltare ändrar inte det faktum att lagstöd saknas för ingripanden utan enskildes samtycke enligt nämnda lagar.

5.6.6.2 God man som ställföreträdare

God mans behörighet begränsas enligt FB 11:5 st 1 för det första av förordnandets formulering, och för det andra av det generella kravet på

[229] Se Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr ÖÄ 1368-07. Rättsfallet refereras närmare i avsnitt 5.6.6.3.

samtycke för att en rättshandling som den gode mannen företar i den enskildes namns ska kunna bli bindande för denne. FB 11:5 lyder:

> En rättshandling som en god man har företagit utanför sitt förordnande är inte bindande för den som förordnandet avser. En rättshandling som utan dennes samtycke företagits inom ramen för förordnandet är inte heller bindande för den som förordnandet avser, såvida inte denne på grund av sitt tillstånd varit ur stånd att ge uttryck för sin mening eller denna av annan orsak inte har kunnat inhämtas.
>
> Har den gode mannen inom ramen för förordnandet ingått en rättshandling som sedvanligen företas för den dagliga hushållningen, skall samtycke från den som han företräder anses föreligga, om denne inte före rättshandlingen har gett uttryck för annat till den mot vilken rättshandlingen riktar sig.

Undantagna från kravet på samtycke är enligt FB 11:5 st 2 rättshandlingar som ”sedvanligen företas för den dagliga hushållningen”, där den enskildes samtycke presumeras förutsatt att han eller hon inte har uttryckt något annat till tredje man före rättshandlingen. I de fall en god man överskrider sin behörighet enligt FB 11:5 st 1 blir han enligt FB 11:6 ersättningsskyldig i förhållande till en godtroende tredje man för en sådan rättshandling som inte kan göras gällande.

Av FB 11:5 kan utläsas att den gode mannens behörighet är avhängig den enskildes faktiska möjligheter till självbestämmande. Enbart den som är förmögen att samtycka kan ”styra” den gode mannens förehavanden. Om den enskilde saknar förmåga att samtycka – är ur stånd att ge uttryck för sin *mening* – kan således sägas att den gode mannens behörighet enbart begränsas av den legala uppdragsbeskrivningen och förordnandets formulering. Framgår inga begränsningar i förordnandet får den gode mannen anses behörig att rättshandla i den enskildes namn i alla de situationer där den enskilde saknar personlig förmåga att rättshandla – att själv agera som rättssubjekt.

Att en god man har en sådan vidsträckt behörighet att agera självständigt i förhållande till den som saknar förmåga att själv agera som rättssubjekt illustreras i NJA 1994 s. 61. Frågan i målet var, efter ansökan av god man om förordnande av bodelningsförrättare, om ett samboförhållande hade upphört. Omständigheterna var sådana att den man som den gode mannen företrädde hade levt tillsammans med en kvinna under äktenskapsliknande förhållanden under perioden 1980–1988 och fått två barn födda 1985 och 1988. Efter att mannen ådragit sig en svår hjärnskada i samband med en olycka 1988 hade han bott på vårdinrättning. År 1990

förordnandes mannens mor som god man med uppgift att bevaka rätt, förvalta tillgångar och sörja för person.[230] Någon månad efter att godmanskapet inrättades kyrkobokfördes mannen på moderns adress. Den gode mannen sökte kvinnan i samboförhållandets medverkan till bodelning med motiveringen att samboförhållandet upphört. Kvinnan ville inte medverka till bodelning eftersom hon inte ansåg att samboförhållandet hade upphört. Både TR:n och HovR:n kom, på olikartade vägar, fram till att samboförhållandet inte kunde anses ha upphört.

HD fann, med ändring av HovR:ns beslut, att bodelningsförrättare skulle förordnas för att förrätta bodelning eftersom:

> ”En ansökan om förordnande av bodelningsförrättare får anses ge uttryck åt att sökande har uppfattningen att samboförhållandet har upphört. [Den gode mannen] är i egenskap av god man enligt 11 kap. 4 § FB för [N.N.] behörig att för honom ansöka om att bodelningsförrättare skall förordnas. Hon får också anses ha behörighet att för hans räkning ge uttryck åt uppfattningen att samboförhållandet har upphört […] Hennes ståndpunkt i detta hänseende är inte oförenlig med de faktiska förhållanden som råder.”(mina kurs.)

Eftersom en god man får anses behörig att föra tala om bodelningsförrättare och även att ge uttryck för uppfattningen att ett samboförhållande har upphört för den han eller hon företräder, saknade det faktum att separationen skett på grund av en olycka betydelse, liksom att mannen ifråga därefter inte kunnat uttrycka sin vilja. HD kan inte tolkas på något annat sätt än att en god mans ställföreträdarbehörighet är vidsträckt i den bemärkelsen att den gode mannen kan företa rättshandlingar med högst privata och personligt långtgående konsekvenser i de fall då det saknas möjlighet att efterhöra den hjälpbehövandes personliga vilja.

Som tidigare framgått styrs den gode mannens behörighet att rättshandla i den enskildes namn av förordnades utformning. I NJA 1994 s. 61 hade den gode mannen ett så kallat ”fullt”[231] förordnande – det omfattade att bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person. Mot bakgrund av tidigare diskussion i detta kapitel om de svårigheter som uppstår om man går med på den i rättstillämpningen rådande uppfattningen att ”bevaka rätt”, ”förvalta egendom” respektive ”sörja för person” ska uppfattas som separata, sidoordnade och alternativa uppdragsdelar,

[230] Hur det kom sig att mamman och inte sambon förordnades till god man, är en fråga av stort intresse som tyvärr inte besvaras i rättsfallet.

[231] Sjöstedt & Sporrstedt, God man och förvaltare – en handbok s. 45.

kan en intressant fråga resas med utgångspunkt i detta fall. Skulle HD:s ställningstagande om den gode mannens behörighet att begära bodelningsförrättare ha blivit ett annat om den gode mannens förordnande hade varit begränsat till en eller två av det legala uppdragets delar? Och inom vilken uppdragsdel skulle en begäran om bodelningsförrättare anses falla? Handlar en ansökan om bodelningsförrättare om att bevaka den enskildes rätt, förvalta dennes egendom eller sörja för dennes person?[232]

NJA 1994 s. 61 visar tydligt det som ovan anförts om svårigheter som uppstår i praktiken om man försöker sätta upp gränser mellan uppdragsdelarna. Behörighet att begära bodelningsförrättare skulle hypotetiskt kunnat föreligga oavsett vilken av de nämnda uppdragsdelarna som förordnandet omfattade. Och det innebär i sin tur att hela idén med att separera bevaka rätt, förvalta egendom och sörja för person saknar mening. Om en specifik rättshandling kan tolkas som att den faller in under endera av nämnda uppdragsdelar, synes nyttan av att hålla isär dem vara i det närmaste obefintlig. Den rimliga tolkningen av hur ett uppdrag för en legal ställföreträdare ska kunna begränsas, är genom att det i förordnandet specifikt anges vilka faktiska angelägenheter som uppdraget omfattar.

Sammanfattningsvis kan konstateras att i de fall den enskilde har möjlighet att samtycka till den gode mannens rättshandlingar, är den gode mannens behörighet beroende av ett sådant samtycke. Därmed kan även sägas att i de fall den enskilde *kan* styra sin gode mans agerande, föreligger inget skäl med hänsyn till den enskildes integritet att begränsa omfattningen av den gode mannens uppdrag.

5.6.6.3 Förvaltare som ställföreträdare

Avsikten med ett beslut om förvaltarskap istället för godmanskap, är att frånta den enskilde dennes sakliga förmåga att rättshandla i den omfattning som bestäms genom förvaltarens förordnande. Motsatsvis behåller den enskilde sin sakliga rättshandlingsförmåga i alla avseenden utom de

[232] Det skulle kunna tänkas att en dylik begäran av den gode mannen skulle kunna bedömas som en del av en rättslig bevakningsuppgift, i betydelsen att den gode mannen påtalar och utkräver huvudmannens rätt till bodelning när samboförhållandet kunde anses ha upphört. Rättshandlingen skulle å andra sidan också kunna förstås som en förmögenhetsrättslig handling, en del av förvaltningen av den enskildes egendom, eftersom bodelningen innebar ett säkrande av att egendomen ställdes under den gode mannens förvaltning istället för sambons. Och därigenom kan rättshandlingen i förlängningen uppfattas som en handling avsedd att sörja för den enskildes personliga behov.

som omfattas av förvaltarens förordnande. Förvaltaren får inom ramen för förordnandet enligt FB 11:9 *ensam rådighet över den enskildes egendom* och *företräder denne i alla angelägenheter som förordnandet omfattar*.[233] Innebörden av detta är enligt AvtL 22 § att eventuella fullmakter som den enskilde har utfärdat före förvaltarskapsanordnandet förlorar sin verkan i samma utsträckning som den enskildes sakliga rättshandlingsförmåga inskränks.[234] Vikten av att ett förvaltarskaps omfattning detaljerat anges i förordnandet är således stor.

Vissa rättshandlingar har den enskilde dock normalt kvar saklig förmåga att företa, även om ett förvaltarskap formulerats på så sätt att det omfattar alla den enskildes angelägenheter. Dessa rättshandlingar räknas upp i FB 11:8 som lyder:

> Trots ett förvaltarförordnande enligt 7 § har den som avses med förordnandet rätt att själv
>
> 1. sluta avtal om tjänst eller annat arbete,
>
> 2. förfoga över vad han eller hon genom eget arbete har förvärvat efter det att förvaltare har förordnats, liksom avkastningen av sådan egendom och vad som har trätt i egendomens ställe,
>
> 3. förfoga över vad han eller hon efter det att förvaltare har förordnats får genom gåva, testamente eller förmånstagarförordnande vid försäkring eller pensionssparande enligt lagen (1993:931) om individuellt pensionssparande under villkor att egendomen inte skall omfattas av förvaltarens rådighet.
>
> Om det finns särskilda skäl för det, får dock rätten föreskriva att förvaltaruppdraget skall omfatta även förhållanden som avses i första stycket.

De i FB 11:8 lagstadgade möjligheterna till självbestämmande inom ramen för ett förvaltarskap uppvisar på samma sätt som gällde för den som hade omyndigförklarats, stora likheter med vad som gäller för den som fyllt 16 år (se FB 6:12 samt kap. 9).

Samtidigt finns det enligt FB 11:8 st 2 en möjlighet för rätten att inskränka den enskildes sakliga förmåga att rättshandla även i de fall som omnämns i st 1, förutsatt att *särskilda skäl* för detta finns. Exempelsituationerna som framförs i förarbetena utgår från att det kan bedömas att den enskilde skulle *lida skada* i dessa situationer av att kunna rättshandla. Vad gäller avtal om arbete eller tjänst anförs att det kan förekomma att den enskilde skulle ”välja en anställning som uppenbart inte är lämplig för honom”.[235] Angående rådigheten över arbetsinkomst sägs att möjlig-

[233] Förvaltarskapet kungörs enligt FB 11:27.

[234] Prop. 1987/88:124 s. 171.

[235] Prop. 1987/88:124 s. 170.

heten för den enskilde att kunna förfoga över denna kan behöva inskränkas om inkomsten

> ”används till direkt skadliga ändamål. Det är emellertid inte tillräckligt att huvudmannen är mindre sparsam eller konsumerar till övermått. Vid fall av t. ex. mera uttalat alkoholmissbruk eller förödelse av egendomen kan en inskränkning dock komma i fråga.”[236]

Trots att avsikten när förvaltarskapet infördes var att komma bort från en paternalistisk inställning till personer som tidigare kunnat omyndigförklaras, är samma synsätt fortfarande märkbart. Det kan även noteras hur somliga av de grunder för omyndigförklaring som avskaffades redan år 1975 – missbruk och slöseri – här åter dyker upp i sammanhanget av möjligheter att begränsa den enskildes rättshandlingsförmåga.

Möjligheten för rätten att bestämma att ett förvaltarskap ska omfatta även den enskildes möjligheter att själv sluta avtal om tjänst eller annat arbete i fall då det skulle vara fråga om en anställning som ”uppenbart inte är lämplig” för huvudmannen, får anses som en långtgående inskränkning av den enskildes självbestämmanderätt. Vad som är en ”uppenbart olämplig” anställning kan givetvis bli föremål för diskussion, och frågan är om det alls är en fråga som borde kunna avgöras av någon annan än den enskilde själv. Även om syftet med ett förvaltarskap är att skydda den enskilde, kan det ändå svårligen försvaras att någon som kan och vill arbeta inte skulle ha rätten att ingå avtal om anställning. Det är svårt att föreställa sig vilket slag av anställning som uppenbart inte skulle vara lämplig för en person så länge någon vill anställa vederbörande.

När det gäller förvaltarens ”ensamma rådighet” i enlighet med FB 11:9 ska denna *inte* förstås som ett totalt maktövertagande över alla frågor i förhållande till en viss angelägenhet. När förvaltarskapet infördes anfördes att:

> ”I fråga om egendom och angelägenheter som omfattas av uppdraget är förvaltarens rådighet alltså utan konkurrens från huvudmannen. Om emellertid förvaltaren enbart har förordnats att ha hand om huvudmannens ekonomiska angelägenheter, har han inte någon bestämmanderätt över huvudmannen i frågor av mera personligt slag. Huvudmannen torde då normalt själv få t. ex. ansöka om medlemskap i en ideell förening, om detta inte medför några mera omfattande ekonomiska åtaganden. Även i de fall då förvaltaren har förordnats att representera huvudmannen i någon icke-ekonomisk fråga, t. ex. rörande den sociala vårdlagstiftningen, bör huvud-

[236] Prop. 1987/88:124 s. 171.

> mannen 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."[237]

I förhållande till förvaltarens *ställföreträdarroll* får med stöd av ovanstående citat huvudregeln uppfattas vara att förvaltarens rättshandlingar i den enskildes namn är "utan konkurrens" från den enskilde, det vill säga gentemot tredje man saknar den enskilde saklig rättshandlingsförmåga. Om man betänker att syftet med förvaltarskapet är att skydda den enskilde *från* dennes egna skadliga rättshandlingar, framstår förvaltarens ensamma rådighet som följdriktig. Utan ensam rådighet över de angelägenheter som omfattas av förvaltarskapet vore förvaltarskapets skyddssyfte svårt att uppnå.

Om förvaltarskapet är begränsat till den enskildes ekonomiska angelägenheter, har förvaltaren följaktligen ensam rådighet över rättshandlingar av ekonomisk eller förmögenhetsrättslig karaktär. Däremot föreligger en gråzon vad gäller rättshandlingar som den enskilde vill ingå som inte huvudsakligen är av förmögenhetsrättslig karaktär, men som kan få ekonomiska effekter, såsom tecknande av medlemskap i en ideell förening som kan vara förenat med kostnader i form av medlemsavgifter etc. Föredraganden klargör inte vad som ska gälla i en sådan situation. Det är oklart *om* den enskilde har saklig förmåga att företa den typen av rättshandlingar och därtill även ifall svaret beror av de kostnader som den enskilde därmed ådrar sig. Hur stora ska dessa vara för att den enskilde inte ska kunna företa rättshandlingen?

Den ensamma rådigheten sägs vidare enligt propositionen inte innebära att förvaltaren har bestämmanderätt över huvudmannen i frågor av mer personligt slag; den enskilde bör "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".[238] Skrivningen "inte i normala fall" ger en osäkerhet om ifall det *kan* finnas situationer då en förvaltare ändå har rätt att företräda den enskilde när det gäller frågor om samtycke till

[237] Prop. 1987/88:124 s. 171 f.
[238] Prop. 1987/88:124 s. 171 f.

vård. Och i så fall all vård, eller bara operativa ingrepp som exemplifieras i uttalandet?

Bestämmanderätt eller inte i personliga frågor är också intressant i jämförelse med FB 12:4 som anger en skyldighet för den som har ett uppdrag som omfattar ekonomiska angelägenheter att se till att den enskildes medel kommer till dennes nytta. Fråga kan uppkomma om vem som avgör vad som är till den enskildes nytta – förvaltaren eller den enskilde själv.

5.6.6.4 Närmare om förvaltares behörighet i vissa personliga frågor

Den ovan beskrivna osäkerheten om innebörden av en förvaltares ensamma rådighet, kan upplösas om förvaltarskapets syfte framhålls. Syftet med att begränsa den enskildes självbestämmande genom inskränkning av dennes sakliga förmåga att rättshandla är att *skydda den enskilde från skadliga rättshandlingar*. Avsikten är inte att genom förvaltarskap erbjuda ett sätt att indirekt, genom att en förvaltare ges beslutsrätt i olika frågor, tvinga människor till att exempelvis flytta (till vårdboende eller liknande) eller ta emot vård- eller behandlingsinsatser som de inte vill ha. Ett sådant förfarande strider mot grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter enligt både RF och EKMR.[239] I praktiken förekommer dock att förvaltarskap används på det sättet.

Ett exempel kan hämtas från Hovrätten över Blekinge och Skåne, som prövade om förvaltarskap skulle anordnas för en psykiskt sjuk kvinna. Uppgifter i förvaltarens förordnande var att ansöka om särskilt vårdboende.[240] Kvinnan bereddes vid tillfället för ansökan om förvaltarskap vård med stöd av LPT. I samband med vårdens framtida avslutning vägrade hon att flytta till ett vårdhemsboende. Kommunen var förhindrad att besluta om sådant boende utan kvinnans samtycke, varför överförmyndaren ansökte om ”förvaltarskap för ansökan om vårdboende”. Överförmyndarens motivering för ansökan var att förvaltarskap är avsett för sådana situationer då man ska kunna skydda en huvudman som ”saknar förmåga att inse sitt behov av hjälp”. Tingsrätten beslutade i enlighet med överförmyndarens ansökan. HovR anförde å sin sida att:

[239] Ett sådant förfarande kan inte heller anses stå i enlighet med funktionsnedsättningskonventionens krav, vilket uppmärksammats av kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättningar som i rapport i 12 april 2014 anmodat Sverige att se över förvaltarskapsregleringen. Se CRPD/C/SWE/CO/1 p. 34.

[240] Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr ÖÄ 1368-07.

> ”Det kan inte komma på fråga att utan stöd i lag tvinga någon att anordna sitt boende på visst sätt eller underkasta sig vårdåtgärder. Om [N.N.:s] vårdbehov inte kan anordnas på frivillig väg, får hon beredas vård enligt den lagstiftning för tvångsvård som står till buds. I förevarande fall är avsikten med förvaltarskapet enbart att, mot N.N:s uttalade vilja, åstadkomma en ansökan om vårdboende i kommunal regi. Det är inte förenligt med gällande rätt att tillgodose hennes behov genom att använda institutet förvaltarskap på detta sätt. Tingsrättens beslut skall därför upphävas.”

Även om förordnandet för en förvaltare innefattar att ”representera huvudmannen i någon icke-ekonomisk fråga såsom i förhållande till den sociala vårdlagstiftningen”, bör huvudmannen enligt förarbetena ändå kunna tillerkännas en ”viss självständighet”.[241] Det uppmärksammas särskilt att risken för negativa konsekvenser för den enskilde i förhållande till den sociala vårdlagstiftningen får anses liten med hänvisning till den officialprövning som åligger sociala myndigheter.[242]

Den som är ställd under förvaltarskap som omfattar personliga angelägenheter torde således trots förvaltarförordnandet ha saklig förmåga att föra sin talan i ärenden inom förvaltningsmyndigheter. Två mål i kammarrätt stödjer denna uppfattning. Kammarrätten i Jönköping fann att en kvinna med förvaltare förordnad för att bevaka hennes rätt och förvalta hennes egendom hade rätt att föra sin egen talan i ett ärende hos Försäkringskassan om handikappersättning enligt lag (1998:703) om handikappersättning och vårdnadsbidrag.[243] Förvaltningsrätten hade avvisat kvinnans överklagande med motiveringen att hon på grund av förvaltarförordnandet saknade rättslig handlingsförmåga och att förvaltaren inte hade inkommit med något samtycke till rättshandlingen. Kammarrätten motiverade sitt beslut, efter att först ha återgett vad som sägs i prop. 1987/88:124, s. 171, på följande sätt:

> ”Enligt kammarrättens mening är socialförsäkringsområdet ett område inom vilket en enskild som regel bör tillerkännas viss självständighet trots förekomsten av förordnad förvaltare. Kammarrätten finner mot denna bakgrund att [N.N.] haft rätt att själv, utan samtycke från sin förvaltare, överklaga Försäkringskassans beslut. Med hänsyn till vad som framkommit i målet finns det inte heller skäl att anse att [N.N.] på grund av sjukdom eller av annan orsak saknar rättslig handlingsförmåga.”

241 Prop. 1987/88:124 s. 171 f.

242 Prop. 1987/88:124 s. 171 f.

243 Kammarrätten i Jönköping 2011-01-21, mål nr 3040-10.

Kammarrätten fann i detta fall att förekomsten av ett förvaltarskap inte fråntog kvinnan saklig förmåga att föra sin talan i ärendet. Inte heller fanns något som talade för att hon saknade personlig förmåga att föra sin talan.

På liknande sätt fann Kammarrätten i Sundsvall att en man som i två fall begärt men nekats att få ut uppgifter om sig själv från socialförvaltningen på grund av att han hade förvaltare, inte på grund av förvaltarskapet kunde anses sakna rättslig förmåga att begära ut dessa uppgifter.[244] Kammarrätten åberopade RÅ 1989 ref 11 där Högsta förvaltningsdomstolen funnit att en omyndigförklarad person inte enbart på grund av sin omyndighet saknat talerätt vad gäller anmälan till hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd,[245] och konkluderade att

> ”[d]en omständigheten att [N.N.] har förvaltare hindrar honom inte från att begära ut handlingar som gäller honom själv. Kommunen borde därför ha tagit upp hans begäran till handläggning och i första hand prövat om han saknat rättslig handlingsförmåga.”

Ett förvaltarskap hindrade således inte att den enskilde begärde att få ut sekretessbelagda uppgifter om honom själv.

Av dessa kammarrättsavgöranden kan slutsatsen dras att ett förvaltarskap inte påverkar den enskildes *sakliga* förmåga att rättshandla när det rör ärende inom socialrätten eller att begära ut uppgifter om sig själv från förvaltningsmyndighet. Vad som dock enligt kammarrätterna kunde ha hindrat personerna ifråga från att få gehör för sina rättshandlingar var om de kunde ha ansetts sakna *personlig* förmåga att ansöka eller begära ut handlingar.

Trots ett förvaltarskap ska en enskild med andra ord inte anses fråntkänd sin förmåga att rättshandla i annat fall än vad som klart framgår av förvaltarens förordnande. Jämförelsevis kan det faktum lyftas fram att den som ställs under förvaltarskap behåller sin rätt att rösta i allmänna val.[246] Den enskildes sakliga förmåga att rättshandla ska vara likställd med andra vuxnas i alla avseenden, *utom* i de angelägenheter som förvaltarförordnandet omfattar. Vikten av att förvaltarens förordnande därför ges största möjliga tydlighet vad gäller vilka angelägenheter som omfattas kan inte nog understrykas.

[244] Kammarrätten i Sundsvall beslut 2010-07-06, mål nr 516-10 och 1330-10.

[245] Se för referat av RÅ 1989 ref 11 kapitel 2, avsnitt 2.4.3.1.

[246] Prop. 1987/88:124 s. 134 f.

Motsägelsefullt i sammanhanget är det faktum att förvaltare anses ha behörighet att företräda sin huvudman i samband med ansökan om äktenskapsskillnad (men däremot inte vid ingående av äktenskap). Denna behörighet har diskuterats i doktrin med hänvisning till RH 2008:33.[247] I fallet var fråga om en dement person som bedömdes sakna processbehörighet (dvs personlig förmåga att rättshandla) för ansökan om äktenskapsskillnad, varför en god man eller förvaltare enligt rätten borde förordnas för att föra talan å mannens vägnar.

En ansökan om äktenskapsskillnad kan uppfattas som en så ”strikt personlig rättshandling” att enbart den enskilde själv, liksom är fallet vid ingående av äktenskap, borde kunna samtycka till den. Å andra sidan kan konstateras att om god man eller förvaltare inte skulle vara behörig att ansöka om äktenskapsskillnad så skulle en person som bedöms sakna processbehörighet aldrig kunna få till stånd en äktenskapsskillnad – inte ens i fall där det kan finnas ”objektivt goda grunder” för detta. Frågan är komplicerad, eftersom behörigheten för legal ställföreträdare att ansöka om äktenskapsskillnad kan uppfattas stå i strid med den enskildes rätt att ingå äktenskap.[248] Mot bakgrund av att det under många år rådde äktenskapsförbud för personer med utvecklingsstörning, kan behörighet att ansöka om äktenskapsskillnad för en förvaltare, med ensam rådighet över den enskildes angelägenheter, ses som än mer problematisk.[249]

Frågan om förvaltares behörighet att ansöka om äktenskapsskillnad har även prövats i en senare hovrättsdom.[250] En förvaltare för en man med betydande och bestående begåvningsmässigt funktionshinder efter hjärnskada, hade ansökt om skilsmässa för den han företrädde. Den enskilde hade haft en vacklande inställning till frågan om äktenskapsskillnad. Det fanns en polisanmälan mot maken om olaga frihetsberövande av den enskilde. Tingsrätten utdömde äktenskapsskillnad. Båda makarna överklagade och anförde att det var deras (vars och ens separata) önskan att äktenskapet skulle bestå. Svea HovR anförde följande:

> ”Ett förvaltaruppdrag ger förvaltaren ensam behörighet att föra den enskildes talan i mål om äktenskapsskillnad […]. Hovrätten anser […] att N.N.

[247] Agell & Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap s. 46.

[248] Agell & Brattström, a.st. Rätt att ingå äktenskap och bilda familj framgår av EKMR artikel 12. Även av RF 1:2 framgår att det allmänna ska värna medborgarnas privat- och familjeliv, vilket anses inkludera rätten att ingå äktenskap.

[249] Se om äktenskapsförbud kapitel 2, avsnitt 2.3.2.2.

[250] Svea Hovrätt 2011-11-03, mål nr T 7134-10.

saknar rättslig handlingsförmåga. N.N. saknar därmed behörighet att föra sin egen talan i hovrätten. Hans överklagande ska därför avvisas."

Här kan sägas att hovrätten med hänvisning till den enskildes tillstånd underkände honom som agerande rättssubjekt. Behörigheten att föra talan baserades dock inte på det faktum att den enskilde hade förvaltare och därför ansågs sakna saklig förmåga att rättshandla, utan det som förefaller ha avgjort frågan om att inte tillerkänna den enskildes rättshandling betydelse var den enskildes bristande *personliga* förmåga att rättshandla.

Som påtalats i doktrin skulle i en sådan situation som den i denna dom, där personlig förmåga hos en make bedöms saknas för en ansökan om äktenskapsskillnad, en person aldrig kunna få äktenskapsskillnad om det inte fanns en legal ställföreträdare. Här uppfylls således det legala ställföreträdarskapets funktion att läka eller kompensera för bristande förmågor hos rättssubjektet. Å andra sidan kan behörigheten för förvaltare uppenbarligen innebära att vissa personer kan "tvångsskiljas", det vill säga i strid med sin direkt uttalade vilja. Förutsättningen härför synes dock vara att det kan bedömas att den enskildes viljeyttring inte anses tillförlitlig. Det är inte en brist i den enskildes sakliga förmåga att rättshandla som ger ställföreträdaren behörighet, det är personliga brister. Om en person med förvaltare ansöker om äktenskapsskillnad och bedöms ha personlig förmåga att företa rättshandlingen, borde hans eller hennes ansökan inte kunna avvisas med hänvisning till förvaltarskap.

Hovrättens uttalande om "ensam behörighet" för förvaltaren kan uppfattas som en syftning till förvaltarens "ensamma rådighet" enligt FB 11:9. Om det är så hovrätten menar, måste det enligt min mening uppfattas som en problematisk uttolkning av rättsläget. Istället är det rimligt att tolka hovrättens uttalande i domskälen på så vis att om någon, såsom i det aktuella fallet, bedöms sakna personlig förmåga att ansöka om äktenskapsskillnad så är som konsekvens därav förvaltaren den ende som har sådan behörighet. Förvaltaren har i sådana situationer "ensam behörighet". Skulle den enskilde tvärtom bedömas ha personlig rättshandlingsförmåga avseende ansökan om äktenskapsskillnad, kan den situationen uppstå att *både* förvaltaren – förutsatt att förordnandet omfattar personliga angelägenheter – *och* den enskilde själv kan uppfattas som behöriga. I en sådan situation är, mot bakgrund av vad som sagts ovan, den rimliga utgången att den enskildes inställning avgör om äktenskapsskillnad skulle utdömas eller inte.

Sammanfattningsvis kan följande slutsats formuleras angående förvaltares ställföreträdarroll: En förvaltares behörighet som ställföreträdare beror *dels* på hur dennes förordnande är formulerat, och *dels* av vilken rättshandling som är aktuell. Den ensamma rådigheten för förvaltaren inom förordnandet enligt FB 11:9 syftar till att *skydda* den enskilde *från* dennes egna skadliga rättshandlingar och att undvika konkurrerande rättshandlingar i förhållande till tredje man. Den ensamma rådigheten syftar *inte* till att genom ett förvaltarskap ge förvaltaren bestämmanderätten över den enskildes liv. Om den enskilde vill företa en rättshandling som han eller hon bedöms ha personlig rättshandlingsförmåga att företa och som inte kan uppfattas som skadlig för honom eller henne, ska han eller hon inte frånkännas förmåga att rättshandla med hänvisning till förvaltarskapet. Om det motsatta skulle anses gälla – att den enskilde är helt frånkänd sitt självbestämmande inom ramen för förvaltarskapet – skulle det i praktiken innebära att det inte skett någon sådan ändring alls med avsikt på enskildas integritet och autonomi som var avsikten när omyndigförklaringen avskaffades.

5.7 God man och förvaltare – ett medel för att nå medlen för att nå målet?

Frågan för detta kapitel var om gode män och förvaltare i rättslig mening kan anses kompensera för bristande personliga förmågor för vuxna med utvecklingsstörning på ett sådant sätt att de därmed kan sägas genom ställföreträdaren uppnå en fullvärdig rättssubjektivitet. Det korta svaret på den frågan är att det beror på hur fullvärdig rättssubjektivitet ska förstås.

Det långa svaret är att en fullvärdig rättssubjektivitet enligt artikel 12 i funktionsnedsättningskonventionen inte bara förutsätter *förekomst* av en ställföreträdare utan även ställer krav på *hur detta företrädarskap utövas*.[251] Om den enskildes bristande förmågor att fatta beslut *ersätts* av annan persons rätt att fatta beslut i den enskildes ställe, blir det fråga om diskriminering. Personer som uppvisar brister i sin personliga förmåga att rättshandla ska istället så långt det är möjligt *stödjas* i sina förmågor. Endast i de fall den enskilde inte har någon som helst förmåga att uttrycka sin vilja och sina önskemål får denne ersättas av annan person som kan

[251] Se avhandlingens kapitel 3, avsnitt 3.3.2.3.

företa rättshandlingar i dennes ställe. Och kravet i sådana fall är att de beslut som fattas ligger så nära som möjligt vad som kan utrönas som den enskildes vilja och önskemål. Vad som kan uppfattas som ”bäst för” den enskilde är inte en tillåten utgångspunkt.[252] Som påpekats i doktrin har reformeringarna av förmynderskapsrätten sedan år 1924 i allt väsentligt handlat om anordnandet, om att med beaktande av principen om minsta ingripande åtgärd värna den enskildes integritet och privatliv i samband med beslut om ställföreträdarskap. Liten uppmärksamhet har ägnats frågan om relationen mellan den enskilde och dennes ställföreträdare.[253]

Med hänsyn till ovanstående kan konkluderas att den enskildes status som rättssubjekt tas tillvara på olika sätt beroende av om det är fråga om godmanskap eller förvaltarskap. Inom ramen för ett godmanskap behåller den enskilde sin sakliga förmåga att rättshandla, och den gode mannen ska ha den enskildes samtycke till alla rättshandlingar som han eller hon vill företa i den enskildes namn. Undantagna är dock sådana rättshandlingar som enligt FB 11:5 avser den dagliga hushållningen, vilket innebär att ett stort antal rättshandlingar kan företas utan den enskildes samtycke. Annorlunda är det med förvaltarskapet. Den enskildes sakliga förmåga att rättshandla beskärs genom förvaltarskapet och förvaltaren får ensam rådighet över, och företräder den enskilde, i alla angelägenheter som innefattas i dennes förordnande. Förutom de generella föreskrifterna om att alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde och att i viktiga frågor samråda med den enskilde, finns inga krav på förvaltaren att efterhöra den enskildes inställning, vilja eller önskemål innan rättshandlingar i dennes namn företas.

Även om ett förvaltarskap anordnas, är dock normalt (men inte alltid) vissa rättshandlingar undantagna från förvaltarens rådighetsområde (FB 11:8). Den enskildes rättssubjektsstatus är således jämställd med andras när det gäller möjligheten att sluta avtal om tjänst eller annat arbete och att förfoga över vad som intjänats. Han eller hon får också förfoga över vad han eller hon fått genom gåva, testamente eller försäkring. Det kan med andra ord sägas vara tillåtet, hur mycket man än avviker från det ideala rättssubjektets förmågor, att bidra till de rådande samhällsstrukturerna och systemen. *Arbeta* är du (normalt) tillåten att göra, liksom att *konsumera*.

[252] Se General Comments artikel 12.

[253] Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 270.

Vad gäller de legala ställföreträdarskapens funktion som ett medel för att nå medlen – att kompensera för den enskildes bristande förmågor att på egen hand känna till och utkräva sociala rättigheter från det allmänna eller att påtala kränkningar av fri- och rättigheter och bristande likabehandling – kan sägas att åtminstone godmanskapet *skulle kunna* fylla denna funktion. Den intresse- och behovsbevakande rollen som en god man är tillskriven kan vara av största betydelse för den som inte själv förmår att bevaka sina intressen, utkräva sina rättigheter eller se till att få sina behov tillgodosedda. Ställföreträdarrollen har en nyckelfunktion om inte välfärdsrättigheter enligt exempelvis SoL eller LSS bara ska bli pappersprodukter för de som mest behöver dem. Ett problem kan dock föreligga med avsikt på hur ställföreträdarskapet utövas, enligt kommentarerna om artikel 12 ovan. Det finns heller ingen tydlig skyldighet för en god man (eller förvaltare) att särskilt bevaka den enskildes ställning som subjekt i rätt.

Det är tveksamt om den enskildes subjektsstatus – som en självbestämmande person vars vilja och önskemål och egenheter ska respekteras – kan sägas tillfredsställande garanteras i trepartsrelationen mellan den enskilde, den gode mannen eller förvaltaren och det allmänna. När SoL och LSS kräver samtycke är det fråga om dels att värna den enskildes status som självbestämmande, autonom, individ, dels att möjliggöra för denne att genom insatserna kunna leva som andra. Om den biståndseller insatsbehövande saknar personlig förmåga att samtycka till det allmännas åtgärder och det allmänna i vissa fall bedömer ställföreträdaren som icke behörig att ansöka för den enskildes räkning eller i andra fall inte försäkrar sig om att företrädaren har den enskildes samtycke, värnas måhända den enskildes negativa frihet. Men dennes positiva frihet – möjlighet att leva som andra – hindras.

6 *Homo juridicus* och personer med utvecklingsstörning – normen och avvikelsen

> "[t]he newer cultural criticism implies that civil libertarian policies cannot be adequately delineated or defended by reference to the natural rights of individuals to personal autonomy or integrity. If identity is the contingent outcome of socially conditioned choices, it is neither natural nor, in the traditional sense, "personal". Cultural criticism of law demands that normative argument defend institutions on the basis of the kind of identities they will cultivate rather than ability to protect or accurately represent existing personalities."[1]

6.1 Subjekt skapas i, för och genom rätten som makt

6.1.1 Om att ifrågasätta normen för mänskligt varande i rätten

På grund av funktionsnedsättningens yttringar kan personer med utvecklingsstörning antas ha sämre förutsättningar att sätta ifråga rådande sanningsdiskurser om normalitet än många andra grupper som kategoriseras som avvikande. Inget hindrar dock en forskare från att ställa sig frågan om vad som uppfattas som normalt, varför detta uppfattas som normalt, och vilka konsekvenser det som uppfattas som normalt kan ha för sagda personer. I detta kapitel är det vad som sker.

Tidigare har framgått att personer med utvecklingsstörning har en särställning i rätten på två sätt. På grund av sin diagnos kvalificerar de sig som möjliga insatsmottagare enligt LSS. På grund av funktionsned-

[1] Binder & Weisberg, Literary Criticisms of Law s. 19.

sättningens yttringar kan de även i många situationer diskvalificeras som agerande rättssubjekt, och måste därför företrädas av en legal ställföreträdare i samband med rättshandlingar. Den mekanism som styr diskvalificeringen benämns *personlig förmåga att rättshandla*. Denna mekanism utgår i sin tur från en underförstådd norm för mänskligt varande i rätten. I detta kapitel utforskas de krav som uppställs för personlig förmåga att rättshandla närmare, liksom frågan om det går att dra gränser mellan ”normala” förmågor och egenskaper och sådana avvikelser som får rättsliga konsekvenser. Genom de krav som uppställs på personlig förmåga att rättshandla kan utläsas vilka förmågor eller egenskaper som det förutsätts att *homo juridicus*, idealmänniskan i rätten, har.

Frågan för kapitlet är även vilka effekter *homo juridicus* kan ha i andra avseenden för personer med utvecklingsstörning. Kan normen påverka både ställningen som rättssubjekt och som subjekt i rätten för personer som inte lever upp till det förutsatta sättet att vara som människa? På vilket eller vilka sätt kan normen ha betydelse i termer av subjektsskapande makt?

Den sist ställda frågan utvecklas närmast nedan.

6.1.2 Makten, rätten, sanningen och (rätts)subjektet

Relationen mellan makt och rätt är komplex, vilket visar sig när frågor ställs om ursprung eller orsak och verkan. Är det möjligt att säga vad som kommer först, vad som följer av vad? Är makten – förstådd som någon eller något överordnat – rättens ursprung, eller är tvärtom makten en effekt av och beroende av rätten för att verka? Är det ens möjligt att hålla isär rätt och makt? Det förefaller som att svaren på de ställda frågorna beror av hur *begreppet makt* definieras och används. Det finns en mängd olika sätt att förklara och förstå vad som menas med makt.[2] En lämplig ingång till detta kapitel är därför att redogöra för de sätt som makt-

[2] För en redogörelse för olika sätt att använda maktbegreppet i traditionen efter Foucault, se exempelvis Hörnqvist, En annan Foucault. Maktens problematik. Inledningsvis skriver Hörnqvist att ”[i]ngen som vill förstå det sociala livet kan låta bli att analysera makten. […] Huvudfårorna i traditionen från Foucault […] bjuder på originella ansatser och ny terminologi men plågas samtidigt av analytisk oskärpa. […] Man blandar genomgående samman makt som aktivitet med makt som relation, man avgränsar inte den produktiva makten och förbiser den repressiva makten, och man fångar att maktutövningen är reflekterad men missar att den är organiserad.” A.a. s. 7 f.

begreppet används i rättsvetenskapliga sammanhang.[3]

Traditionellt har maktfrågor rättsteoretiskt behandlats som ett suveränitetens problem. Frågorna som diskuterats har handlat om *legitimiteten* i suveränens – i dåtid kungens, i nutid statens eller det allmännas – maktutövning mot medborgarna.[4] Men makt sägs även vara en fråga om relationen medborgarna emellan, vilken genom rättsliga ingripanden kan viktas om. Relationen makt-rätt-medborgare har exempelvis beskrivits på följande sätt:

> ”Merparten av alla normer i rättsordningen uttrycker ett förhållningssätt mellan staten och medborgarna, eller medborgarna emellan. Förhållandet mellan staten och medborgarna, men även mellan medborgarna, präglas av *makt och beroende*. Människan är till sin natur oupplösligt förbunden med kollektiva strävanden som många gånger är baserade på centrala etiska principer. Man har alltid hänvisat till moraliska värderingar när man har velat legitimera maktanvändning och man har också utgått från moraliska värderingar, när man velat skapa skydd för de svaga.”[5] (min kurs.)

Rätten kan alltså betraktas som ett moraliskt-etiskt legitimerat sätt att *utöva* makt för kollektivets bästa, men även för att skapa skydd för de som betraktas som ”svaga”. Makt är i ett sådant betraktelsesätt en aktivitet som utövas vertikalt – uppifrån.[6]

I grunden för det vertikala sättet att förstå relationen mellan makt och rätt ligger idén om samhällskontraktet.[7] Teorin om samhällskontraktet, hänförlig till tänkare som Hobbes, Locke och Rousseau,[8] går kortfattat ut

[3] Petersson, Maktbegreppet s. 7 f beskriver den oenighet som föreligger angående hur maktbegreppet ska beskrivas och hur det kan användas i vetenskapliga sammanhang. Efter en redogörelse för olika sätt att beskriva, förstå och använda maktbegreppet, landar Petersson på s. 21 i följande slutsats: ”[e]huru maktbegreppet är ett av samhällsvetenskapens mest svårbemästrade redskap är det samtidigt ett av de mest fruktbara. Dess stora värde är att det anvisar vägar för att studera hur samhällets institutioner *faktiskt* fungerar.”

[4] Strömholm skriver att ”legitimationsproblemet är och förblir det centrala spörsmålet i den traditionella rättsteoriens diskussion om makt och rätt.” Strömholm, Makt och rätt – från den juridiska sidan av rågången s. 270. På motsvarande sätt beskriver Foucault den juridisk-politiska suveränitetsteorin om maktens legitimering som ett problem som tilldragit sig teoretiskt intresse på olika sätt alltsedan medeltiden och fram till våra dagar. Foucault, Samhället måste försvaras s. 40 och s. 47 ff.

[5] Vahlne Westerhäll & Jäderberg, Den lilla starka staten s. 63.

[6] Jfr RF 1:1 st 3: Den offentliga makten utövas under lagarna.

[7] Vahlne Westerhäll & Jäderberg a.a. s. 63.

[8] Strömholm, Makt och rätt – från den juridiska sidan av rågången s. 284 ff; Votinius, Varandra som vänner och fiender s. 129 ff; Nousiainen, Den universellt fria kvinnan? s. 6. För en närmare förklaring av Hobbes statslära, se Filosofin genom tiderna. 1600-talet

på att medborgarna frivilligt ingått ett gemensamt avtal om att överlämna all makt till en suverän, vilken därigenom fått ställning som en slag ställföreträdande allmän eller ”allas” vilja.[9] Avsikten med frånhändandet av makten – att människorna lagt sina liv i suveränens händer (är beroende av denne) – är att de därigenom ska erhålla suveränens skydd i ett ”allas krig mot alla”.[10] En suverän makt antas behövas för att hålla ordning i ett samhälle bestående av självständiga och egennyttiga människor, och för att skapa och förverkliga regler till skydd för grupper som betraktas som ”svaga” eller ”utsatta”.

Teorin om samhällskontraktet baseras alltså på en viss syn på människan: att hon *föregår* samhället och att hon är *självständig*:

> ”Människor tänks som självständiga atomer som ingår relationer med andra människor. De upplysningsfilosofiska teorierna om samhällsfördraget hade en sådan bakgrund […]. Sådana bilder inbjuder oss till att tänka att det först finns individuella ’jag’ och att det därutöver finns samhällen. Det har varit en modell av verkligheten som varit fruktbar när det gällt tankar om rättvisa, plikter, styrelse och lagstiftning. Människor som ansluter sig till denna vision eller strategi finner talet om sociala konstruktioner suspekt. […] Vissa tänkare finner atomistiska visioner av den mänskliga naturen vara uppenbart falska. Snarare föds vi in i ett samhälle, uppfostras av det, och våra ’jag’ mejslas fram från ett biologiskt råmaterial genom ständigt samspel med våra medmänniskor.”[11]

Om utgångspunkten istället är att människor skapas genom samspelet med omgivningen, kan relationen makt-rätt-individer beskrivas från en annan, i det närmaste motsatt, utgångspunkt. Istället för att hänföra makten till en överordnad suverän såsom en folkvald församling, och istället för att beskriva relationen mellan medborgarna och suveränen

---

1700-talet s. 96 ff. På s. 100 skriver redaktören att ”[g]rundtanken är kort sammanfattad följande. I naturtillståndet, före all samfundsbildning, råkar människorna på grund av sin oinskränkta egoism i ett allas krig mot alla. För att undgå detta kaotiska tillstånd ingår de ett avtal (kontrakt) med varandra, varvid de överlåter all sin rätt på en överhet, helst en enda person, som genom denna överlåtelse erhåller en oinskränkt makt över dem men i gengäld förmår försvara dem mot angrepp och skänka dem fred. Denna högsta auktoritets lagar måste obetingat åtlydas.”

[9] Jfr RF 1:1 st 1: All offentlig makt i Sverige utgår från folket.

[10] Strömholm, Makt och rätt – från den juridiska sidan av rågången s. 284 ff; Foucault, samhället måste försvaras s. 91 ff. Foucault förklarar att Hobbes välkända ”allas krig mot alla” som det latenta hot som konstituerar statens/suveränens legitima maktutövning, är grundat i samma slag av rädsla och vilja att överleva som barnets, vilket lyder sin förälder därför att det är beroende av denne för sin överlevnad. Foucault a.a. s. 96 ff.

[11] Hacking, Social konstruktion av vad? s. 30 f.

som vertikal, kan makt betraktas som något som kommer *underifrån*, som *cirkulerar*, och som bara fungerar och sätts i verket i ett sammanhang.[12] Om rättssystemet och det juridiska (vetande)fältet har Foucault föreslagit att det kan betraktas som

> ”det permanenta verktyget för herraväldets och de mångformade underkastelseteknikernas förhållanden. Jag tror inte att rätten ska ses som en legitimitet att fastställa, utan snarare som de underkastelseprocesser den sätter i verket.”[13]

Enligt en förståelse grundad i tanketraditionen efter Foucault är makten dubbel: den kan betraktas både som en *aktivitet* som utövas och som en *relation*.[14] Maktrelationer, i betydelsen över- och underordning, är betingelsen för att makt som aktivitet ska kunna urskiljas. Det är i växelspelet mellan ojämlika sociala relationer som makten utövas. ”Maktrelationer bildar förutsättningarna för maktutövning.”[15]

Makt kan enligt den senare tanketraditionen inte förstås som något som någon har eller inte har, som vissa kan besitta och andra underkastas, som kan erövras som ett ting eller en vara, eller som kan knytas till den ena eller andra punkten.[16] Makt får istället förstås som samverkande mekanismer i samhället, och av dessa mekanismer kan enligt Foucault *lagstiftning* och *disciplinära processer* betraktas som två av de mest grundläggande.[17] En helt central roll för den makt som kommer till uttryck och verkar genom lagstiftning och disciplinära processer, har *vetandet*[18] – de

[12] Foucault, Samhället måste försvaras s. 42.

[13] Foucault a.a. s. 42. Jfr Gustafsson, Cyklopens öga. En betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet, där Gustafsson ger förklaringar till varför det är så svårt för många att se att det finns ett förtryck av det kvinnliga inom rättsvetenskapen. En delförklaring är enligt Gustafsson att ”det ekonomiska, sexuella och sociala förtrycket osynliggörs genom ett antal mindre synliga förkvävande mekanismer som opererar via en rad mer subtila och raffinerade sätt, såsom exempelvis Berit Ås har medvetandegjort genom de välbekanta fem härskarteknikerna ’osynliggörande’, ’underhållande av information’, ’dubbelbestraffning’, ’förlöjligande’ samt ’påförande av skuld och skam’.” Gustafsson a.a. s. 11 f. Ofta, säger Gustafsson, behöver dessa tekniker inte vara medvetna, utan tvärtom är de internaliserade i härskarnas beteende och tankar sedan barnsben. Dessa tekniker är ”dominansstrukturens tankesätt, paradigm eller, frestas man nästan säga, ’normalvetenskapliga’ förhållningssätt”. A.a. s. 12.

[14] Hörnqvist, En annan Foucault s. 12 ff.

[15] Hörnqvist a.a. s. 19.

[16] Foucault, Samhället måste försvaras s. 42.

[17] Foucault a.a. s. 49 ff, särskilt 51.

[18] Vetande, det vill säga vad som betraktas som kunskaper, produceras i varierande insti-

sanningsdiskurser som genom makten sätts i verket och reproduceras.[19] Sanningsdiskurser som förekommer i rättsliga sammanhang och som upprepas och befästs i rätten genom att ges juridisk relevans, får faktiska effekter eller konsekvenser.[20] Därmed kan sägas att rättens makt inte bara är *repressiv*, utan även *produktiv*.

Det sätt på vilket makten verkar genom rätten, kan enligt Foucault fångas mellan två gränser:

> ”[…] å ena sidan de rättsregler som formellt avgränsar makten, och å andra sidan dess andra extremitet eller andra gräns, nämligen de sanningseffekter som makten producerar och lägger fram, och som i sin tur förlänger makten. Vi har alltså en triangel: makt, rätt, sanning.”[21]

Sådan ”sanning” som Foucault talar om i citatet kan givetvis handla om olika saker, som kan ge helt olika effekter eller konsekvenser.[22] Som ett kraftfullt exempel kan nämnas den sanningsdiskurs om den abnormala individen och dennes potentiella eller till och med förment *bevisade* farlighet, som fördes inom psykiatrin under 1900-talet.[23] Upptagen inom rättens fält och åberopad som *sanning*, fick denna diskurs långtgående effekter. Inte bara stod individers frihet på spel. I vissa fall var det även fråga om liv eller död.[24]

Detsamma kan sägas om vetande om personer med utvecklingsstörning hämtat från rasbiologin (eugeniken), medicinen och pedagogiken,

---

tutioner med varierande tyngd. Det kan exempelvis vara fråga om vetande producerat inom ramen för vetenskap på universitet och högskolor, eller om erfarenhetskunskaper framhållna av experter inom vissa samhällsverksamheter. Foucault a.a. s. 170.

[19] Foucault, Samhället måste försvaras s. 46.

[20] Foucault, Abnormal s. 6.

[21] Foucault, Samhället måste försvaras s. 38.

[22] För egen del undersökte Foucault sanningsdiskurser och maktpraktiker avseende fenomen som vansinnet, fängelset och sexualiteten. Han ägnade ett års föreläsningar (år 1974–75) inom ramen för sin professur på Collège de France åt ämnet ”abnormalitet”. Forskningsobjektet var det sätt på vilket vetandefälten juridik och medicin gemensamt, med början i slutet av 1800-talet utkristalliserade en diskurs om psykologiska avvikelser – om den abnormala människan – och framförallt denna abnormalitets farlighet hos människor som begått brott. Se Foucault, Abnormal.

[23] Vilken för övrigt fortfarande förs: se exempelvis LPT och LRV, där patientens farlighet utgör grund för psykiatrisk tvångsvård. Se om samhällsskydd som intresse inom ramen för ”psykiatrirätten”, Kindström Dahlin, Psykiatrirätt, exempelvis s. 46–51 men även kap 6 och 7 s. 227–299.

[24] Foucault, Abnormal s. 6.

som upptagits i rätten och tillmätts rättslig relevans som ”sanning”.[25] Föreställningar om, och värderingar av personer med utvecklingsstörning, har haft allvarliga konsekvenser för deras möjligheter att bilda familj och att leva fritt och inkluderat i samhället.[26] Med stöd i föreställningar som producerats inom de medicinska och rasbiologiska vetandefälten har dessa personer tidigare i historien helt diskvalificerats som subjekt i rätten.[27] Snarare än som subjekt har de behandlats som objekt för rättslig reglering – som ”saker” som det inte funnits någon anledning att lyssna till.[28]

En annan effekt av makten är att den producerar subjekten. Ett av alla de sätt ”på vilka människor görs till subjekt i vår kultur” som Foucault uttryckt saken,[29] är genom rätten som diskursiv maktordning.[30] Makten verkar *genom* rätten – genom att beteckna, karaktärisera, kategorisera och inkludera det som betraktas som rättsligt relevant och genom att exkludera det som betraktas som irrelevant.[31] Människor ”finns” i rättslig bemärkelse först när de rättsligt kvalificerats, i betydelsen erkänts eller relevansgjorts, som rättssubjekt.[32] Kvalificeringen och inkluderingen, och därigenom disciplineringen *inom* rättens diskurs, sker genom att individerna mer eller mindre frivilligt eller aktivt[33] underkastar sig – såsom

[25] Se kapitel 2, avsnitt 2.3.1 om hur synsätten på personer med utvecklingsstörning svängt kraftigt under 1900-talet, framförallt beroende av vilken ideologi och vilken vetenskap som haft problemformuleringsmakten.

[26] Se om sterilisering, äktenskapsförbud och intagning på institutioner i kapitel 2, avsnitt 2.3.

[27] Se kapitel 2, avsnitt 2.2.1.2 om uttrycket rättsinkapabel.

[28] Givetvis, kan tilläggas. Vi frågar inte saker om vad de tycker om att bli inlåsta, experimenterade med eller undanställda. Angående subjekt/objekt-status i rätten, se Hesselink, Capacity and Capability in European Contract Law s. 33; Mattsson, Rättighetssubjekt och omsorgsobjekt – hand i hand eller stick i stäv?.

[29] Foucault, Diskursernas kamp s. 8.

[30] Gustafsson, Dissens s. 15 f. Jämför redogörelsen i kapitel 2 i denna bok där det redogjorts för hur beteckning, karaktärisering och kategorisering av personer med utvecklingsstörning i det förflutna hade rättslig betydelse och gav faktiska konsekvenser för de som betecknades som sinnesslöa.

[31] Gustafsson a.a. s. 11 ff, särskilt s. 15 f. Det bör tilläggas att det inte bara är rättsligt som sådan inkludering/exkludering sker – hela det mänskliga vetandet, all mänsklig kunskap, bygger på samma princip om gränsdragning. Som den grekiske filosofen Protagoras uttryckte saken: ”Människan är alltings mått: måttet för det varande, att det är, och för det ickevarande, att det icke är.” Se Rosengren, Doxologi s. 15.

[32] Binder & Weisberg, Literary Criticism of Law s. 463.

[33] Gustafsson a.a. s. 25 f.

undersåtar inför den suveräna makten – abstrakta rättsliga kategorier eller rättssubjektsroller.[34] I rättslig mening kan därmed sägas att människorna finns enbart som subjekt *för* rätten, som en personifiering av de värderingar och intressen som rätten erkänner och behärskar.[35]

Ett exempel kan förtydliga det sagda. På samma sätt som människor enbart existerar i det ekonomiska systemet som symboler för olika intressen på marknaden såsom köpare, säljare eller konsument i formen av *homo economicus*,[36] finns de i rättssystemet enbart som rättssubjekt, i formen av *homo juridicus*.[37] Det är, med medveten upprepning, alltså *enbart*

[34] Foucault förklarar i Samhället måste försvaras s. 54: ”snarare än att utgå från subjektet (eller till och med subjekten) och de element som tycks föregå relationerna, gäller det att utgå från själva maktrelationen, från herraväldets faktiska och verkliga relation, och att se hur denna relation själv formar de element den riktar sig mot. Det handlar alltså inte om att fråga subjekten hur, varför och i vilken rätt de låter sig underkastas, utan att visa hur det är underkastelsens själva relationer som skapar subjekten.” Jfr Hacking, Social konstruktion av vad? s. 84, som säger att det tas för givet i sociala konstruktionsstudier att makt inte bara utövas uppifrån, utan att *de som kategoriseras deltar i och bidrar till maktstrukturen*. Kategoriseringar av människor har effekter på de människor som kategoriseras, som en växelverkan. Mänskliga kategorier kan därför beskrivas som interaktiva.

[35] Se Leckey, Contextual Subjects s. 247. Efter att ha refererat Joseph Vinings argumentation, att ”in the law’s eyes the individual remains always merely a personification of social values and interests”, anför Leckey att ”[b]y adopting a contextual approach to particular human beings in their social and economic contexts, contemporary courts and legislatures focus explicitly on specific values and narrow bundle of rights. Yet these institutions may remain hobbled in their capacity to perceive individuals as complex, unitary beings.”

[36] Se Dahrendorf, Homo sociologiucus. Om människan och rollerna s. 15; För en tankeväckande populärvetenskaplig beskrivning av denna ekonomiska människa – den ekonomiske mannen – och effekterna av att vi *tror oss vara som han*, se Kielos, Det enda könet. Varför du är förförd av den ekonomiske mannen och hur det förstör ditt liv och världsekonomin.

[37] Angående *homo juridicus* skriver Supiot, Homo Juridicus s. ix att ”it is by transforming each of us into a *homo juridicus* that, in the West, the biological and symbolic dimensions that make up our being have been linked together”. Se Gustafsson a.a. som i fotnot nr 166 på s. 140 hänvisar till Foucault och förklarar att en viktig skillnad mellan intressesubjekten inom marknaden och rätten är att *homo juridicus* är formaliserat i rättssystemet till skillnad från *homo economicus*, som inte är formaliserat i något system. Denna skillnad innebär att rättssubjektet står i en annan relation till disciplineringsmakten än *homo economicus*. Förutom dessa skillnader som Gustafsson pekar på, är det minst lika intressant att notera att det även finns signifikanta likheter mellan nämnda intressesubjekt. De är båda beroende av att vi *tror* på dem, att vi kan *identifiera* oss med dem. I båda fallen förefaller det också som att subjekten, för att vara ”värda” att ”kallas” inför den disciplinerande makten, kräver ungefär samma egenskaper. Framförallt är det vara rationalitet – förnuft – som är den egenskap som såväl rätten som marknaden använder som kvalificeringsrelä. Det är knappast en slump att både barn och vuxna med intellektuella funktionsnedsatta är ointressanta som aktiva subjekt på såväl den ekonomiska som den rättsliga spelplanen.

i rättssubjektets skepnad som människorna existerar i *rättslig* bemärkelse.[38] Detta konstaterande har konsekvenser. Om det är rättsligt bestämt att exempelvis förmåner från det allmänna ska utgå till en viss grupp och till personer inom denna grupp som uppvisar vissa rättsligt ställda krav, måste den individ som vill utverka sin rätt till exempelvis insatser enligt LSS spela rollen som insatssökande på ”rätt sätt”. Annars kommer inte biståndet att beviljas. Det gäller att underkasta sig, inlemma sig i, den diskurs som omgärdar den aktuella rättssubjektskategorins roll.[39] Därmed kan sägas att:

> ”…[r]ättssubjektet som abstrakt kategori […] har materiella effekter för den konkreta fysiska person det berör och träffar; att bli benämnd som rättssubjekt har vissa bestämda fysiska konsekvenser; att inte bli benämnd som rättssubjekt har också det bestämda fysiska effekter. Rättssubjektet – som juridiskt begrepp – åstadkommer och gör något med personen […].”[40]

Att finnas eller inte finnas som rättssubjekt har inte bara rättslig, utan även faktisk betydelse.[41] Särskilt tydligt blir påståendet om den faktiska betydelsen, när det betänks vad det tidigare i historien innebar att kvalificera sig som rättssubjekt för tillämpningen av tvångsvårdslagar eller steriliseringslagar.[42] Vad det kan innebära i nutid att kategoriseras som rättighetsbärare, som biståndS- eller insatsmottagare enligt SoL och LSS eller som hjälp- och skyddsbehövande enligt de förmynderskapsrättsliga reglerna i FB, undersöks i avsnitt 6.3.

[38] Och rättssubjektet som företeelse inom rätten är en historiskt sett ung företeelse. Se Wijffels, Legal Capacity in Historical Perspective s. 60 f; Wennström, Rättens individualisering s. 8 f, anför att rättssubjektet som rättslig konstruktion är en produkt av det moderna samhället, något som skapades samtidigt med den borgerliga individen. ”Industrisamhället krävde för sin utveckling sådant som möjligheter för individen till ekonomiskt självförverkligande genom att denne tilläts ackumulera kapital.” Wennström a.a. s. 9. Mer om detta följer i avsnitt 6.2.4.

[39] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.2.2, för en mer ingående redogörelse för olika slag av rättssubjektsroller.

[40] Gustafsson, Dissens s. 148, fotnot nr 176 (som inleds på s. 147).

[41] Här kan tankarna gå till Hamlets välkända replik ”To be or not to be” i Shakespeares pjäs med samma namn. En väsentlig skillnad föreligger dock mellan denna repliks innebörd och det som är poängen i denna text. Det *existentiella* val som Hamlet grubblar över, är något som väljs av honom själv – att leva eller inte leva. Det är knappast personer med utvecklingsstörning själva som väljer om de ska erkännas som rättssubjekt i olika sammanhang eller inte, eller för den delen vilket slag av liv de ”får lov till” att leva.

[42] Se kapitel 2, avsnitt 2.3.

6.1.3 Makt, rätt och det ideala sättet att vara som människa i rätten

När det i det följande talas om makt, är det i betydelsen underifrån kommande makt, makt som cirkulerar och sätts i verket i ett sammanhang och som påverkar, begränsar eller på annat sätt ”gör” något med individerna. En konsekvens av detta synsätt på makten är att makt och rätt lika lite kan separeras från ”sanning” som en berättelse kan separeras från den som berättar den.[43] Gällande rätt kan inte heller separeras från dess verkningar, eftersom det som rättsligt gäller i en viss mening även *är sant*. Rättens beskrivningar och kategoriseringar blir, i både rättslig och faktisk mening, ”sanningen” när rätten tillämpas. Exempelvis blir den *människosyn* som kommer till uttryck eller gestaltas i rätten, ”sann” när den läggs till grund för regler, och för tolkningar och tillämpningar av dessa.[44]

Med människosyn menas idéer eller antaganden om hur människan ”är”, i betydelsen vilka hennes egenskaper, förmågor, möjligheter och begränsningar är.[45] Begreppet människosyn innefattar dock inte bara beskrivningar av människan. Med olika människosyner följer olika värderingar och normativa ställningstaganden. Betraktas människan exem-

[43] Foucault, Samhället måste försvaras s. 60 och s. 128. Att talet om en objektiv gällande rätt, oberoende av uttolkaren, är en chimär, har varit avhandlingsteman. Se exempelvis Svensson, Genus och rätt och Bladini, I objektivitetens sken.

[44] Jfr Votinius, Varandra som vänner eller fiender. Votinius driver i avhandlingen tesen att avtalsrätten och teorierna om kontraktet baseras på antagandet om att människor är varandras fiender. Att denna människosyn skulle vara självklar ifrågasätts dock med emfas av Votinius, som speglar samhällskontraktet och den människosyn som medföljer förståelsen av samhället som ett kontrakt, i en aristotelisk människosyn, och visar hur idéerna om kontraktets betydelse och innebörd skiftat genom historien.

[45] Se Nationalencyklopedin, www.ne.se 2014-07-15. Se även Blennberger, Människosyn för socialt arbete s. 2. Blennberger förklarar att begreppet människosyn kan användas för att fånga olika slags frågor om hur människan är eller borde vara. *Normativa* frågor handlar om hur människans liv borde vara, baserat på normer och värderingar av exempelvis hur vi bör vara, vad vi bör eftersträva etc. *Deskriptiva* frågor handlar om hur människan faktiskt är och om villkoren för den mänskliga tillvaron. De deskriptiva frågorna kan i sin tur indelas i empiriska och spekulativa. De *empiriska* frågorna kan studeras vetenskapligt inom discipliner som medicin, psykologi eller sociologi och svaren blir då kunskapsbaserade. De *spekulativa* frågorna däremot, såsom exempelvis frågan om ifall människan kan sägas ha en fri vilja eller inte, eller om det finns något specifikt som konstituerar den mänskliga naturen och i så fall vad, kan inte besvaras genom vetenskaplig kunskapsbildning utan har sin hemvist inom ideologier, trosuppfattningar eller andra livsåskådningsfält. Svaren blir därmed beroende av perspektiv.

pelvis som ett biologiskt kärl för gentransport (biologisk människosyn),[46] som en fri, suverän och viljande varelse (liberal människosyn)[47] eller som en varelse med en särställning jämfört med andra varelser, som Guds avbild och som skapelsens krona (religiös människosyn),[48] följer olika antaganden om vad som är gott, rätt och riktigt för henne. En viss människosyn ”innehåller också en uppmaning, ett etiskt manifest, hur vi inte bara kan, utan också hur vi bör se på varandra”.[49]

Den människosyn (eller kanske snarare de människosyner?) som kommer till uttryck i eller gestaltas i rätten, kan betraktas som fundamental i flera meningar. Föreställningar om hur människor är, vilka egenskaper och förmågor de har, kan antas grunda såväl rättsreglernas innehåll som de värderingar som eftersträvas i rätten. Beroende av hur människan antas vara, blir somliga värden eftersträvansvärda och andra inte. Antas det att människan är född fri och likvärdig, blir det viktigt att hennes frihet inte begränsas eller inskränks i ”onödan”, utan enbart i situationer där så betraktas som nödvändigt, och att hon i görligaste mån likabehandlas i rätten jämfört med andra människor. Människosynen i rätten är även fundamental i en annan mening. Den kan sägas grunda *normen för mänskligt varande i rätten*, vilken påbjuder vissa sätt att vara, base-

[46] Se Larsson E, En apa är ingen människa s. 30 ff; Rasmuson, Hur vi blivit vad vi är. Ett genetiskt perspektiv s. 56 ff.

[47] Se Björk, Fria själar, exempelvis s. 15. Hela avhandlingen handlar om den liberala människosynen, även om själva ordet människosyn inte frekvent förekommer i texten. Björk skriver på s. 16 att avhandlingen syftar till ”en bättre förståelse av ett visst sätt att se på världen och människan” och frågan för avhandlingen är hur Locke, Mill och Benedictsson gör ”när de skriver fram människan som oberoende.”

[48] Se Ahlstrand, Människosyn i religionerna, och utanför dem s. 73 skriver att ”[i] världens religioner är frågan om människans förhållande till resten av naturen och till gudarna ett centralt tema. […] Det är påfallande att ett gemensamt drag i nästan alla dessa berättelser är att människorna uppfattas ha en särställning i universum, de är ofta de sist skapade varelserna, varken djur eller gudar, men med något av djur och något av gud i sig”. Med särställning menas enligt Ahlstrand dock inte att människan skulle ha särskilda privilegier som ger henne rätt att utnyttja natur. Tvärtom. Sistnämnda tes framförs även av Manzoor, S Parvez, Moralens talesman i naturen: Människan enligt islam. På s. 100 förklaras att ”[t]rots den gemensamma synen på skapelsen har kristendomen och islam delvis gjort skilda tolkningar av människans natur och ansvar. För kristendomen kom Adam att stå för syndaren, den fallna människan, för islams del förblev han, trots sina misstag, Guds ställföreträdare på jorden. (I den koranska skapelseberättelsen förekommer varken ormen, förföraren eller någon antydan om Evas skuld.) Människans skapelse betecknar således moralens födelse i naturen”; se även Hermerén, På spaning efter en människosyn s. 12.

[49] Jersild, Darwins ofullbordade – försök till en människosyn s. 112.

rad på vilka förmågor och egenskaper som det fullvärdiga rättssubjektet förväntas ha. Normen verkar *normaliserande* och är därmed makt; makt som styr och skapar subjekten, men även makt som utpekar somligt som avvikande från normen och i behov av åtgärdande.

Begreppsparen *normalitet–avvikelse* och *vi/de* är vanligt förekommande analysverktyg inom forskningsfält som genusrättsvetenskapen och funktionshinderforskning.[50] Kort kan sägas att funktionshinder och personer med funktionsnedsättningar inte skulle finnas som kategorier om det inte vore för de maktmekanismer som grundas i normalitet–avvikelse och vi/de-indelningen av verkligheten. Förenklat uttryckt är förekomsten av en norm en förutsättning för att avvikelser ska kunna utpekas. Det går helt enkelt inte att konstatera avvikelser om det inte finns en norm att jämföra med.[51] När avvikelser läggs till grund för särskilda reglers tillämpning i rätten – såväl förmånsregleringar som regler som innebär negativa konsekvenser såsom frånkännande av förmåga att rättshandla – finns alltid en jämförelsenorm i botten, även om den kanske inte är uttalad. Handlar avvikelserna ifråga om rättssubjektets förmågor, utgörs jämförelsenormen av *det ideala sättet att vara som människa* enligt den rättsliga världsbilden.

Den rättsliga idealmänniskan – *homo juridicus* – är förvånansvärt outtalad i jämförelse med idealbilder av människan inom andra vetenskapsfält.[52] Kanske kan den till och med beskrivas som omedveten, trots att den uppenbart finns där som en jämförelsenorm. Det närmaste en

[50] Se för begreppsanvändningen inom genusrättsvetenskapen Gunnarsson & Svensson, Genusrättsvetenskap s. 201 ff. Se för begreppsanvändningen inom funktionshinderforskning Sauer & Lindqvist, Funktionshinder, kultur och samhälle s. 22 ff. Givetvis är det inte enbart inom dessa kunskapsfält som begreppsparen eller dikotomierna normalitet-avvikelse och vi/de används. Begreppsparen är användbara inom många olika sammanhang. Foucault använder begreppen i Samhället måste försvaras, exempelvis på s. 60 f, för att förklara hur samhället kan förklaras i termer av krig. Att utpeka ”andra” är ett effektivt sätt att peka ut fiender. Sauer & Lindqvist hänvisar till Ljuslinder, På nära håll är ingen normal, och säger att ”normalitetsbegreppet utgör en av de mest betydelsefulla tankemodellerna i vår samtid. Det har genomslagskraft på hur vi betraktar och bedömer vad som är önskvärt och vår tids syn på människovärde.” Sauer & Lindqvist a.a. s. 23.

[51] Se Boréus, Diskriminering med ord s. 22 ff. Angående kategorisering skriver Boréus att ”[e]tt speciellt utmärkande drag för kategorier av Andra är ofta att deras benämningar är på något sätt markerade i språket medan *normalitetskategorin, utgångspunkten*, förblir outtalad. Ett tydligt exempel är olika kategorier av brottslingar. De är alla *skapade* i tanke och språk i relation till den *normala* och laglydiga medborgaren. Medan vi har benämningar som ’mördare’, ’tjuv’ och ’hälare’, talar vi inte om ’låtalevare’, ’privategendomsrespekterare’ eller ’ickeförvaltare av stöldgods’.” (mina kurs.)

[52] Jämför exempelvis ekonomins *homo economicus*, medicinens *homo medicus*, sociologins *homo sociologicus* eller filosofins *homo moralis* i kapitel 7, avsnitt 7.4.2.

uttalad norm för mänskligt varande i rätten som det förefaller möjligt att komma, är den civilrättsliga tankefiguren *bonus pater familias* – den omsorgsfulla eller goda familjefadern. Denna tankefigur sägs dock vara förlegad och ersatt med en allmän aktsamhetsnorm som formuleras på följande sätt:

> ”[…] man bör iaktta den försiktighet som är *normal* bland förståndigt folk på det aktuella verksamhetsområdet”.[53]

Motsatsvis kan här utläsas att det normala och påbjudna sättet att vara som människa i rätten är att vara förståndig (och försiktig).

Andra direkta beskrivningar eller bestämningar i rätten om hur människor förväntas vara eller vilka förmågor eller egenskaper de antas ha, finns inte. Vad som istället finns, är indirekta beskrivningar av idealsättet att vara som människa som framträder i situationer då det anses att personlig förmåga att rättshandla *saknas*. Det talas alltså inte i rätten om vilka förmågor, egenskaper och funktioner vi antar att människor utan funktionsnedsättningar har. Det tas bara för givet att det finns en, låt oss kalla den *normalduglig* individ, som andra individers avvikande förmågor att rättshandla kan konstateras i jämförelse med.[54]

Genom att utgå från ett sådant annorlundavara som representeras av personer med utvecklingsstörning, kan normen för mänskligt varande i rätten synliggöras. När ljuset riktas mot situationer av rättslig särbehandling (i såväl positiv som negativ mening) av personer med utvecklingsstörning som annorlundavarande kategori och som individer, framträder motsatsvis idealsättet att vara som människa. Den förväntade nyttan med en sådan manöver är att genom medvetandegörande öppna möjligheten att diskutera den norm som fungerar som utgångspunkt för bestämning

[53] Agell & Malmström, Civilrätt s. 325. På samma ställe förklaras *bonus pater familias* i relation till culpabedömning inom skadeståndsrätten. Uttrycket sägs härröra från romersk rätt, och avse den ordentlighet som visas av en god familjefar. Uttrycket – tankefiguren – har dock enligt Agell & Malmström ofta kritiserats för att vara ”en fantasifigur, som inte ger någon rimlig vägledning beträffande vilket beteende som krävs på alla de skiftande livsområdena i det moderna samhället där skador förekommer.” A.a. s. 325. I senare upplaga av samma bok från år 2014, reviderad av Christina Ramberg, framgår ordagrant samma beskrivning av bonus pater familias. Ramberg, Malmströms civilrätt s. 312. I Bergström m.fl., Juridikens termer förklaras uttrycket på följande sätt: ”Bonus pater familias, ’*god familjefar*’. Att handla som en B. innebär att handla med den omsorg, som man normalt bör visa i den föreliggande situationen (varigenom man icke kan ådra sig skadeståndsskyldighet för vårdslöst handlande).”

[54] Se Boréus, Diskriminering med ord s. 22; se även McRuer, Crip Teory s. 1: ”ablebodiedness […] still largely masquerades as a non-identity, as the natural order of things.”

av vilka människor som har, respektive inte har, förmåga att rättshandla. Och det i sin tur har inte bara betydelse för personer med utvecklingsstörning, utan för oss alla. Normaliserande mekanismer ser till att vi anpassar oss till normen, och därmed kan sägas att rätten som makt, åtminstone indirekt, *skapar subjekt*.[55]

Påståendet om att rätten skapar subjekt kan förklaras på följande sätt. Rätten konstituerar och skapar *rätts*subjektet, vilket i sin tur fungerar som en disciplinerande norm i den maktprocess som kallas normalisering. Inom normalitetens ramar skapar individerna sig själva som subjekt. Om vi vill erkännas som subjekt i rätten har vi inget annat val än att anpassa oss till de givna mallarna för rättssubjektivitet, uppträda i de olika rättssubjektsroller som står till buds, och (försöka) leva upp till de egenskaper och förmågor som människor enligt rättens människosyn förväntas ha.[56] Individerna skapar alltså sig själva i enlighet med det påbjudna idealet.

En rättslig normalitetsdiskurs som sorterar människor i kategorier och som i vissa fall diskvalificerar de som inte lever upp till förväntningarna eller idealen, är värd att belysa och medvetandegöra. I synnerhet, eftersom människor kan vandra mellan kategorier. Samma individ kan kategoriseras som frisk (arbetsför) idag men sjuk (arbetsoförmögen) imorgon, närande (självförsörjande och skattebetalande) idag men tärande (biståndsberoende) imorgon, kapabel (förmögen att rättshandla) idag men ur stånd att vårda sig eller sin egendom (förvaltarskap behövs) imorgon. Därmed blir det viktigt att så att säga hålla sig på rätt sida av gränsen, och häri ligger normaliseringens *disciplinerande* essens.[57] I medve-

[55] Att säga att makten skapar subjekten är dock en förenkling. Makten skapar inte subjekten direkt, utan indirekt. Individerna skapar sig själva. Men denna skapelse är inte fri, utan intvingad inom de ramar som utgörs av normen. Makten, förklarar Foucault, *appliceras inte på individerna*. Den är inte individernas motpol, utan *passerar genom dem*. Individen, subjektet, är en makteffekt och på samma gång dess relä. ”[M]akten passerar genom den individ som den själv har skapat.” Foucault, Samhället måste försvaras s. 43. Därtill kan påpekas att det inte bara är ett yttre tvång som är normaliseringens essens utan ett inre tvång till anpassning grundad i önskan att höra till, se Butler, The Psychic Life of Power. Theories in Subjection s. 20 ff. Jfr även Hackings beskrivning av interaktiva kategorier – hur människor anpassar sitt beteende efter de kategorier som står till buds. Hacking, Social konstruktion av vad? s. 49 ff.

[56] Se på temat ett intressant examensarbete från juristprogrammet vid Lunds universitet: Svallingson, För alla lika olika – cripteoretiska interventioner i sexualstraffrättens subjektskapande.

[57] Det kan behöva påpekas att *normalisering som maktmekanism* inte ska sammanblandas med den *normaliseringsprincip* som etablerades inom omsorgerna om personer med utvecklingsstörning under 1970-talet. (Se kapitel 2, avsnitt 2.3.5.1 för en närmare redo-

tenheten om denna mekanism ligger även den möjlighet till motstånd mot att låta sig styras på det sätt som sker genom rätten, som ett kritiskt perspektiv på normen och dess effekter kan erbjuda.[58]

6.1.4 Normalisering som subjektsskapande makt på olika sätt – om kapitlets innehåll

Inom ramen för innevarande kapitel återanvänds i mångt och mycket samma material som redan presenterats och analyserats i tidigare kapitel. Här tänks materialet om, med syfte att försöka fånga hur rätten som normaliserande makt skapar subjekt. Utgångspunkten är att *homo juridicus*, normen för mänskligt varande i rätten, verkar normaliserande på två sätt. Det ena sättet är genom att *producera och reproducera en rättslig idealmänniska*. Idealbilden av människan läggs till grund för vad som betraktas

---

görelse för normaliseringsprincipen inom handikappolitiken.) Normaliseringsprincipen var förvisso avsedd att vara *normativ*, men inte (uttalat) disciplinerande. Dess syfte, som slagord och ideologi, var att bryta med traditionen att avskilja personer med utvecklingsstörning från samhället och låta dem leva under onormala levnadsvillkor inom stora institutioners väggar. Genom formulering av en normaliseringsprincip – att personer med utvecklingsstörning skulle ges möjlighet att leva som andra på alla plan – var avsikten att uppnå *inkludering* och *integrering* av personer med utvecklingsstörning i samhället, vilket är något annat än den disciplinerande normaliseringsprocess som genom att tillhandahålla ramarna, tillser att individerna formas till de subjekt som strukturerna vill ha. Dock kan påpekas att makten är högst närvarande även i en ambition som den nyss beskrivna. Att inkludera är enligt Foucault bara *ett annat sätt att styra*, än genom exkludering, avskiljning och kontroll. Se Foucault, Samhället måste försvaras s. 217 ff. Styrningen sker dock inte längre genom enbart kontroll av individerna i kroppslig bemärkelse, utan genom kontroll över hela befolkningens *liv*: dess ”nytta” som arbetsför, frisk, barnaalstrande osv. Disciplinering av individerna sker genom ”uppfostring”; genom att övervaka och fostra. Befolkningen styrs genom reglering och genom *normen*. ”Normen kan lika gärna användas för att disciplinera en kropp som för att reglera en befolkning. Under dessa villkor är det normaliserande samhället alltså inte ett slags allmänt disciplinsamhälle vars disciplinära institutioner skulle ha översvämmat och uppfyllt varje utrymme – detta är endast en första, otillräckligt tolkning av det normaliserande samhället tror jag. Det normaliserande samhället är ett samhälle där *disciplinens och regleringens normer korsar varandra* på ett rätlinjigt vis.” (min kurs.) Foucault a.a. s. 228.

[58] Enligt Foucault är ”kritik” något som bör förstås just som ett *motstånd*, genom andra sätt att beskriva, att förklara, förstå eller benämna, som är det gängse. Kritik kan, alltsedan 1500-talets styrningsrationalisering av samhället började få fäste, betraktas som ”en ständig fråga, nämligen ’hur inte låta sig styras på detta sätt, med dessa medel, i namn av dessa principer, för sådana ändamål och genom sådana procedurer, inte så här, inte därför, inte av dem’. […] Jag framkastar således, som en första preliminär definition av kritik, denna allmänna karakteristik: konsten att inte låta sig styras så mycket.” Foucault, Vad är kritik? s. 130.

som normalt när det handlar om vilka förmågor och egenskaper som människor antas ha, hur människor förväntas leva sina liv och i förlängningen vad som betraktas som gott, rätt och riktigt för människor. Så sker exempelvis genom att framhålla vissa värden som de självklart eftersträvansvärda i rätten. Det andra sättet som *homo juridicus* verkar normaliserande, är som den jämförelsenorm mot vilken somliga individer bedöms som avvikande eller tillhörande en ”de”-kategori. Genom sådan kategorisering kan de avvikande i förlängningen *diskvalificeras* som agerande rättssubjekt. Om de ”rätta” förmågorna eller egenskaperna saknas, erkänns inte en person som aktör i förhållande till en viss rättshandling. Det gäller således för individerna att anpassa sig till – leva upp till – idealen. Och genom att de gör så, produceras och reproduceras det ideala subjektet i faktisk mening i enlighet med den rättsliga idealmänniskan.

Frågan för detta kapitel är *hur* rätten som normaliserande makt skapar subjekt. Normaliseringen sker dels genom de rättsliga normernas utformning, dels genom hur personer med utvecklingsstörning bemöts som självbestämmande subjekt i rätten. Liksom tidigare begränsas undersökningen till ’leva som andra genom ställföreträdare’. I avsnitt 6.2 undersöks de krav som uppställs för att individer ska erkännas som agerande rättssubjekt med förmåga att rättshandla. Dessa krav konstituerar *homo juridicus*, normen för sättet att vara som människa i rätten. Om de normaliserande effekterna av denna norm ska kunna undersökas, är det nödvändigt att först ringa in normen närmare, vilket är det ena syftet med avsnitt 6.2. Det andra syftet med 6.2 är att söka efter *gränserna* för accepterad respektive subjektsdiskvalificerande avvikelse från normen. De förmågor och egenskaper som tillskrivs *homo juridicus* synas därefter närmare genom en filosofisk utblick, under frågan om vilka idéer eller tankeströmningar som dessa egenskaper eller förmågor kan antas vara hämtade från.

I avsnitt 6.3 skiftar fokus från normen till avvikelsen; till frågan om vilken ställning som rättssubjekt och subjekt som personer med utvecklingsstörning har inom ramen för ”leva som andra genom ställföreträdare”. Den första frågan som utreds är vilka *subjektsdiskurser* som omgärdar rättssubjektsrollerna som biståndS- eller insatssökande enligt SoL och LSS respektive hjälp- eller skyddsbehövande i förmynderskapsrätten. Den andra frågan är vad det kan betyda för personer med utvecklingsstörning att underkastas och underkasta sig de förväntningar som förknippas med respektive subjektsrolls diskurs.

Därefter undersöks dessa personers *faktiska ställning som självbestämmande subjekt* i rätten. Enligt principen att det är i den rättsliga tillämpningen, allra närmast individerna där rätten faktiskt tillämpas, som maktens ”hur” med Foucaults terminologi kan ”fångas”, analyseras vilket handlingsutrymme som *ges* till dessa personer i socialrättslig och förmynderskapsrättslig praxis.[59] Syftet är att undersöka om personer med utvecklingsstörning *tillåts* att vara självbestämmande subjekt i rätten på det sätt som förutsätts enligt formella regler om rätt till självbestämmande. För det syftet har två exempelsituationer utvalts, vilka kan antas ha stor vikt för dessa personers möjligheter att i faktiskt mening kunna vara subjekt: rätten till kontaktperson enligt LSS och frågan om vem som ska förordnas som god man eller förvaltare för någon.

Frågan om ställningen som subjekt i rätten är inte rättslig till sin karaktär. Den handlar inte om vad som rättsligt gäller, utan om *vad som sker* i rätten. Det betyder att forskningsuppgiften i denna del ändrar karaktär. Materialet analyseras inte med avsikten att göra uttalanden om vad som gäller, utan med avsikten att besvara frågan vilken betydelse det i faktisk mening kan ha för ställningen som självbestämmande subjekt att en person har en utvecklingsstörning.

6.2 *Homo juridicus* – det ideala rättssubjektet

6.2.1 Uttalade och underförstådda krav för personlig förmåga att rättshandla

Människor består av både kropp och själ, men det är sällan annat än människans själsliga sida som har relevans och tilldrar sig intresset i rätten. Det är *viljan* som konstituerar en rättshandling, det är inte en handling i sig utan *uppsåtet* (eller möjligen oaktsamheten) som gör handlingen straffbar, och det är våra *avsikter* som uttolkas ur avtal och ur testamenten.[60] Eller annorlunda uttryckt:

[59] Foucault, Samhället måste försvaras s. 38.

[60] Visserligen är exempelvis ”behov” det avgörande för rätten till bistånd från det allmänna, ”allvarlig psykisk sjukdom” det som ligger till grund för tvångsvård och ”arbetsoförmåga” det som grundar rätt till sjukpenning, men likväl är det relä som avgör om lagarna blir tillämpliga den enskildes vilja. Det krävs *samtycke* för att bistånd ska utges, *avsaknad av samtycke* (eller oförmåga att ta ställning) för att tvångsvård ska bli aktuell, och en aktiv handling i form av en *ansökan* för att sjukpenning ska utges.

> ”Legal decisions turn on diverse representation of the will of legal actors: injunctions, intentions, consents, interests, meanings, needs, expectations and purposes, as well as rights, privileges and competences.”[61]

Eftersom rätten utgår från människors motiv till handlingar istället för handlingarna i sig, är det inte överraskande att det finns mekanismer i rätten som kvalificerar respektive diskvalificerar somliga viljeyttringar, motiv etc. Dessa kvalificeringsmekanismer går i denna avhandling under samlingsnamnet *förmåga att rättshandla*.

En kort repetition av vad som redan utförligt sagts i kapitel 2 om förmåga att rättshandla är lämplig inför det kommande.[62] För att en rättshandling ska tillerkännas rättslig verkan måste både sakliga och personliga krav vara uppfyllda. *Saklig* förmåga att rättshandla föreligger om formella krav på den handlande är uppfyllda: hon måste ha rätt ålder (eller mognad, vilket dock innebär att kravet istället blir att betrakta som personligt) och hon får inte ha förvaltare eller på annat sätt formellt vara frånkänd förmågan att rättshandla.[63] *Personlig* förmåga att rättshandla föreligger om *personliga krav* på den handlande är uppfyllda: vederbörande måste ha förmåga att kommunicera en förnuftig vilja.

Sammantaget kan sägas att personlig förmåga att rättshandla handlar om fyra faktorer eller kvalificeringsgrunder:[64] i) ålder i kombination med *mognad*, ii) *kommunikationsförmåga*, iii) *förnuft* och iv) *vilja*. Ideal förmåga att rättshandla föreligger när den enskilde har rätt ålder och kan (eller anses tillräckligt mogen för att kunna) kommunicera en förnuftig vilja i sakfrågan. Den som däremot inte har passerat ålders-/mognadströskeln, eller som inte kan kommunicera en vilja som bedöms som tillräckligt ”stark” eller förnuftig, kan underkännas som agerande rättssubjekt i relation till den aktuella rättshandlingen.

Personer som, med HD:s ord ”befinner sig så långt från mänsklig kontakt och rationellt handlande att ett ingrepp i den personliga eller rättsliga handlingsfriheten saknar all betydelse”[65] anses sakna personlig förmåga att rättshandla. Var gränsen går i de mer tveksamma fallen, är

[61] Binder & Weisberg, Literary Criticisms of Law s. 6.

[62] Avsnitt 2.4.3.

[63] Exempelvis kan beslut fattas enligt lag (2014:836) om näringsförbud för den som gjort sig skyldig till brott i samband med konkurs eller ekobrottsutredning.

[64] Avsaknad av förmåga att rättshandla grundad i att någon har förvaltare eller näringsförbud är att betrakta som en fråga om individens *sakliga* förmåga att rättshandla.

[65] NJA 1978 s. 350, angående om en person skulle omyndigförklaras. Fallet refereras i kapitel 5, avsnitt 5.3.2.2.

dock svårare att säga.[66] De fyra kvalificeringsgrunderna kan varken sägas vara fast avgränsade eller möjliga att renodla. Tvärtom kan de beskrivas som glidande och delvis överlappande kvalificeringsskalor. Det *glidande* draget kan uttryckas som att en person kan brista till viss del i sin förmåga att kommunicera och vara lite oförnuftig eller viljesvag, utan att därför diskvalificeras som agerande rättssubjekt i den specifika situationen. Det *överlappande* draget framgår när det beaktas att kvalificeringsgrunden ålder/mognad uppenbart sammanhänger med såväl förnuft som kommunikationsförmåga.

Ålderskravet varierar också beroende av rättsområde och rättshandling, och är ofta öppet formulerat som en fråga om ålder *och* mognad eller utveckling. Kravet på förmåga att kommunicera överlappar kravet på vilja, eftersom den som inte kan förmedla sina avsikter eller önskningar svårligen kan företa rättshandlingar (som ju är viljeyttringar). Brister i förmågan att kommunicera kan dock avhjälpas, exempelvis genom tolk. Föreligger däremot alltför stora brister i kraven på mognad, förnuft eller vilja, kan inte den enskilde på egen hand företa en rättshandling. Då måste bristen ”läkas” genom företräde av en legal ställföreträdare.

Nedan undersöks de nämnda kvalificeringsgrunderna inom ramen för exempelsituationer inom socialrätten och förmynderskapsrätten. Avsikten är att försöka komma normen för mänskligt varande i rätten så nära som möjligt, att försöka ringa in ett kärnområde och dess yttre gränser.

6.2.2 Krav på ålder och mognad

6.2.2.1 Ålder som en fråga om omdömesförmåga

Varierande åldersgränser föreligger för när den som inte uppnått myndighetsåldern tillerkänns förmåga att själv agera med rättslig verkan. Ett sätt att beskriva detta faktum är att tala om barns ”relativa beslutskompetens” – förmågan att fatta beslut i olika frågor ökar i takt med barnets stigande ålder och mognad, och beroende av vad saken gäller.[67] Det är

[66] Något som även noterats av Wijffels, Legal Capacity in Historical Perspectives s. 56: ”even when considering distinct categories *ratione personae*, it often appears that there is no precise boundary between capacity and incapacity. Even within recognisable categories, the distinction between capacity and incapacity (borrowing the modern terminology) may strongly differ *ratione materiae*. ”

[67] Se Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 286 f, som skriver att det finns en presumtion om att unga barn *inte* är beslutskompetenta, men att denna med tilltagande ålder hos barnet successivt övergår till en presumtion *för* beslutskompetens. ”När

inte möjligt att nedan kartlägga alla de åldersgränser som förekommer i rätten.[68] Undersökningen begränsas till de åldersgränser som förekommer inom ramen för 'leva som andra genom ställföreträdare', det vill säga i SoL, LSS och FB.[69]

Myndighetsåldern, 18-årsdagen, är som huvudregel den ålder då alla personer tillerkänns full förmåga att vara aktiva rättssubjekt. Som skäl för begränsningar i förmågan att rättshandla dessförinnan framhålls att "barn ska skyddas mot vissa konsekvenser av rättslig handlingsförmåga"[70] eftersom den som är under 18 år "[t]ypiskt sett anses […] sakna *den mognad och det förstånd* som krävs för att fullt ut behöva ta konsekvenserna av sitt eget handlande".[71] (min kurs.) Barn anses

> "på grund av sin omognad eller sitt psykiska tillstånd […] sakna förmåga att själva tillvarata sin rätt och rätt bedöma de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande."[72]

Den som är under 18 år tillerkänns dock i olika sammanhang och vid olika åldrar rätt att med rättslig verkan framföra sin vilja, föra sin talan eller med giltig verkan ingå vissa slag av rättshandlingar.[73] Det avgörande, exempelvis vad gäller möjligheten att fatta beslut om sig själv inom hälso- och sjukvården, sägs vara förmågan hos barnet att tillgodogöra sig information om det som saken gäller och att överblicka konsekvenserna av sitt beslut.[74] Krav på viss ålder för att kunna agera som rättssubjekt avgörs således inte bara av barnets förmågor utan även av sammanhanget eller

---

det gäller de allra svåraste och mest ödesdigra besluten kan det tänkas att presumtionen för kompetens inte inträder förrän på 18-årsdagen" (s. 288).

[68] En kartläggning av åldersgränser för när barn (och personer under 30 år) har egen beslutsrätt framgår av SOU 1996:111. Se för åldersgränser inom området för hälsa och omsorg även SOU 2014:91 s. 125 ff.

[69] För exempel på bestämmelser inom andra lagar som tillerkänner ett barn beslutsrätt se Mattson, Barnet och rättsprocessen s. 150 ff; se även en exemplifiering av åldersgränser för med- eller självbestämmanderätt för barn, Rynning a.a. s. 288 f.

[70] Schiratzki, Barnrättens grunder s. 88.

[71] Singer, Barnets bästa s. 104.

[72] Saldeen, Barn- och föräldrarätt s. 277. Notera särskilt den sista utsagan "*rätt* bedöma". Finns där alltså ett rätt och ett fel sätt att bedöma de rättsliga konsekvenserna?

[73] Se angående barnets *vilja* och svårigheterna för vuxna att fastställa denna i rättslig mening Hollander, Att klarlägga barnets vilja – den rätta viljan! s. 33–48.

[74] Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 286.

sakfrågan,[75] vilket framhölls redan i förarbetena till 1924 års förmynderskapslag.[76]

Ett antal undantagssituationer där barn tillerkänns status som agerande rättssubjekt framgår i SoL, LSS och FB. Frågan för det följande är hur förekommande åldersgränser inom SoL, LSS och FB motiverats av lagstiftaren, och vad som genom dessa motiveringar kan utläsas om *homo juridicus* ideala förmågor och egenskaper. Eftersom myndighetsåldern är den generella utgångspunkten och legalt ställföreträdarskap för såväl barn som vuxna har betydelse för den enskildes möjligheter att föra sin egen talan i mål eller ärenden enligt SoL och LSS, undersöks först ålderskravet enligt de förmynderskapsrättsliga reglerna i FB.

6.2.2.2 Ålder och personliga förmågor i förmynderskapsrätten

Omyndighet är en rättslig status som sedan år 1989 endast tillskrivs barn, det vill säga personer som inte fyllt 18 år. Historiskt sett har de rättsverkningar som följt (och fortfarande följer) av omyndighet varit desamma oavsett omyndighetens skäl; oberoende av om den grundades i underårighet eller i ett beslut om omyndigförklaring. Motiveringarna till frånkännande av förmåga att rättshandla har i vissa fall handlat om avsaknad av samma slag av personliga förmågor oavsett om det varit fråga om barn eller vuxna. När frågan är vilka ideala förmågor som det förväntas att

[75] Se Wijffels, Legal Capacity in Historical Perspectives s. 56 ff för en redogörelse för barns varierande ställning som ”capable” beroende av rättsfrågan i belgisk rätt före år 1795. Se SOU 1975:75 s. 185 där det framförs angående barns ställning enligt RF 2 kap. att regleringen omfattar alla fysiska personer, men att barn ofta företräds av sina föräldrar. ”I den mån den underåriges omdömesförmåga, sakens beskaffenhet och omständigheterna i övrigt medger det, skall dock den underårige enligt vanliga föräldrarättsliga principer svara för sig själv.” Angående barns ställning som rättighetsbärare finns, enligt Bull & Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s. 62, inga inskränkningar av fri- och rättighetsskyddet beroende av exempelvis ålder. Rättighetskatalogen omfattar enligt RF 2:1 ”var och en”. (Liksom även skyddet mot kroppsstraff 2:5, skyddet mot kroppsligt ingrepp och för den personliga integriteten enligt RF 2:6 samt skyddet mot frihetsberövande i RF 2:8.)

[76] Lagberedning anförde angående omyndighet – på grund av ”minderårighet” eller omyndigförklaring – att den svenska rätten ”har i största möjliga utsträckning uppställt ett enhetligt omyndighetsbegrepp. Mellan de båda grupperna föreligger ringa skillnad med hänsyn till omyndighetens rättsverkan. De åtskillnader, som äro nödiga, träffa icke själva omyndigheten, utan innebära endast, att omyndiga kunna äga en mer eller mindre begränsad handlingsförmåga. *En sådan skillnad ligger vid olika åldersgränser i sakens natur* och återfinnes i alla rättssystem.” (min kurs.) NJA II s. 221.

homo juridicus har, är det således relevant att närmare undersöka motiven till omyndighetens rättsverkningar.

Huvudregeln är att den som är omyndig inte själv får råda över sin egendom eller åta sig förbindelser. I den omyndiges ställe är det istället förmyndaren som råder över egendomen och företräder barnet avseende denna (FB 9:1). På samma sätt företräder vårdnadshavaren barnet i personliga frågor (FB 6:11). En rad undantag finns dock från huvudregeln att barnet inte själv kan rättshandla före myndighetsåldern. Som exempel kan nämnas att det av FB 6:12 framgår att barnet på egen hand ingår avtal om anställning eller annat arbete, men endast om vårdnadshavaren samtycker till avtalet. Barnet får även självt säga upp avtalet och, om barnet fyllt 16 år, utan nytt samtycke från vårdnadshavaren avtala om annat arbete av liknande art. Enligt FB 9:3 råder den underårige själv över sin arbetsinkomst efter det att han eller hon fyllt 16 år. Ett barn med eget hushåll får enligt FB 6:2a även själv ingå sådana rättshandlingar som sedvanligen företas för den dagliga hushållningen eller för uppfostran av barn.

Bestämmelserna om, liksom undantagen från, omyndighetens rättsverkningar och om förmynderskap för ”underåriga”, har i hög grad varit oförändrade sedan 1924 års förmynderskapslag.[77] Den ålder då myndighet inträtt har dock varierat.[78] Motiven till omyndighetens rättsverkningar får således sökas i förarbetena till förmynderskaplagen. Myndighetsåldern som sådan problematiserades inte i förmynderskapslagens förarbeten, utan skälet som angavs för den då gällande 21-årsgränsen var enbart att ”[s]amma åldersgräns är fastställd i flertalet moderna lagar.”[79] Däremot var det inte självklart att den som fyllde 21 år alltid skulle bli myndig. I motiven till lagens 1:3 – där det stadgades att det var möjligt att förklara att en underårig skulle förbliva omyndig efter uppnådd myn-

[77] I NJA II 1924 s. 222 f diskuterades om beteckningen underårig eller minderårig skulle användas för den som på grund av ålder var omyndig. Förslaget från lagberedningen var att minderårig skulle användas, men detta förslag förkastades av lagrådet mot bakgrund av att uttrycket minderårig förekom i ett antal andra lagar för att beteckna de som var betydligt yngre än 21 år. Utskottet stannade vid underårig som beteckning med motiveringen att det enligt utskottets mening stod i strid med gängse föreställningssätt att beteckna den som var 19 eller 20 år som minderårig, i synnerhet som den som uppnått sådan ålder ”i regel försörjer sig själv”. A.a. s. 223.

[78] Enligt förmynderskapslagen 1:1 förelåg omyndighet för den som var under 21 år. Myndighetsåldern sänktes år 1969 till 20 år, och igen år 1974 till 18 år. Se SOU 1988:40 s. 78.

[79] NJA II 1924 s. 222.

dighetsålder – anfördes av departementschefen att om den omyndige i förvaltning av sin arbetsförtjänst

> ”[…] ådagalagt *oförmåga, lättsinne eller brist på omdöme*, kunna givetvis ifrågavarande bestämmelser tillämpas, därest övriga erforderliga förutsättningar föreligga. Eventuella försök från den minderåriges sida att göra sig oberoende av förmyndaren, t. ex. genom upptagande av lån utan förmyndarens tillstånd, bör ävenledes beaktas, om fråga uppstår att tillämpa omförmälda bestämmelser.”[80] (mina kurs.)

Det kan noteras hur reglerna om omyndigförklaring efter myndighetsålderns inträde *givetvis* kunde tillämpas om den underårige visat prov på oförmåga, lättsinne eller brist på omdöme. Några förklaringar eller exemplifieringar av vad som därmed avsågs gavs dock inte, liksom inte heller om dessa brister hos den underårige kunde tänkas variera i grad eller omfattning och hur dessa skillnader i så fall skulle hanteras. Även försök från den underårige att ”göra sig oberoende av förmyndaren” angavs som något som borde beaktas vid fråga om fortsatt omyndighet efter 21-årsdagen. Varför förklarades inte.

Vid en samläsning med förutsättningarna för omyndigförklaring enligt förmynderskapslagen 1:2, blir den ovan omtalade oförmågan, lättsinnet eller bristen på omdöme en aning tydligare i konturen. För att förklara någon omyndig krävdes antingen att den enskilde på grund av ”rubbad själsverksamhet” bedömdes vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom (p. 1), att han genom slöseri eller annan grov vanvård av sin egendom äventyrade sin eller sin familjs välfärd (p. 2), eller att han på grund av missbruk inte kunde vårda sig eller sin egendom (p. 3).[81] I relation till slöseriet som grund för omyndigförklaring påpekades särskilt hur ett sådant var förenat med nationalekonomisk och social fara.[82] En person som före 21 års ålder visat prov på oförmåga, lättsinne eller brist på omdöme i förvaltningen av sin egendom, kunde alltså komma ifråga för

[80] NJA II 1924 s. 237.

[81] Det finns flera skäl till att den enskilde ovan hänvisas till som ”han”. Ett skäl är att det i dessa förarbeten genomgående talas om ”han”. Det könsneutrala sätt att tala om rättssubjekt som är gängse i dagens rättskällor är en ordning som fick genomslag betydligt senare än år 1924. Ett annat skäl är att det kan antas att det sannolikt oftast var män som omyndigförklarades, åtminstone enligt slöseri- eller missbruksgrunderna. Det var vid denna tid männen som var ansvariga för familjens försörjning, och att äventyra familjens välfärd var grund för omyndigförklaring på grund av slöseri.

[82] NJA II s. 227.

omyndigförklaring därför att det betraktades som samhälleliga och sociala risker att tillåta denne att vara ett självständigt agerande rättssubjekt.

Vad gällde omyndighetens rättsverkningar i formen av frånkännande av behörighet att företa rättshandlingar, uttalade lagberedningen följande avseende förmynderskapslagen 5:1 som, på motsvarande sätt som nu gällande FB 9:1, stadgade att den som är omyndig inte utöver de undantagsfall som angavs i lagen själv fick råda över sin egendom eller åtaga sig förbindelser:

> ”Det grundläggande stadgandet i 1 § frånkänner ej den omyndige behörigheten att företaga rättshandlingar över huvud; lagrummet talar om rätten att råda över egendom och ikläda sig förpliktelser men berör ej den omyndiges förmåga att på egen hand förvärva rättigheter. Denna begränsning i stadgandets räckvidd har sin grund i att skydda den omyndige mot följderna av ekonomiskt ofördelaktiga rättshandlingar. Från denna synpunkt föreligger icke någon anledning att hindra honom från att taga fasta på rättshandlingar, som uteslutande äro till hans fördel. […] Om sålunda omyndigheten icke i och för sig medför obehörighet att mottaga gåva […] följer av allmänna rättsgrundsatser, att gåvotagaren måste *besitta de psykiska egenskaper, som erfordras för att uppfatta innebörden av den rättshandling, varom fråga är*. […] Tydligt är, att härvid kraven på gåvotagarens *förståndsutveckling* måste ställas vida högre, då fråga är om en fastighet eller en fordringsrätt, än vid gåva av ett lösöreföremål.”[83] (mina kurs.)

I sakligt hänseende frånkändes den omyndige enbart sin rättsliga förmåga att råda över egendom och åta sig förpliktelser, inte förmågan att förvärva rättigheter.[84] För att kunna förvärva rättigheter ställdes dock personliga krav på den enskildes psykiska egenskaper – på dennes faktiska förmåga att förstå innebörden av den aktuella rättshandlingen.[85] Några riktlinjer

[83] NJA II 1924 s. 314 f.

[84] Jfr bestämmelsen i nu gällande FB 11:9 som stadgar att en förvaltare inom ramen för sitt förordnande har ensam rådighet över den enskildes egendom och företräder denne i alla angelägenheter som omfattas av uppdraget. I kapitel 5 har diskuterats att en förvaltares uppdrag inte innebär andra inskränkningar i den företräddes möjligheter att företa rättshandlingar än som krävs för att *skydda denne* från ofördelaktiga dispositioner. Se avsnitt 5.6.6.3 och 5.6.6.4.

[85] Det bör påpekas här att det som diskuteras är möjligheten för underårig att i civilrättslig mening *förvärva* rättigheter. Något krav på den enskildes personliga egenskaper uppställs inte när det handlar om offentligrättsliga rättigheter såsom grundläggande fri- och rättigheter eller välfärdsrättigheter. Som påpekas av Hesselink: ”the capacity to exercise certain rights independently should not be confused with the capacity to hold those rights. Indeed, the mere fact that minors may need another person to exercise their rights for them implies that they are capable of having rights.” Hesselink, Capacity and Capability in European Contract Law s. 32.

för bedömning av dessa ”psykiska egenskaper” gavs dock inte, annat än att högre krav måste ställas på förståndsutvecklingen beroende av gåvans karaktär.[86]

När det gäller ett barns personliga angelägenheter tillkommer bestämmanderätten över dessa barnets vårdnadshavare enligt FB 6:11. Bestämmanderätten gäller i princip fram till den dag då barnet fyller 18 år, men rätten är inte obegränsad.[87] Inom ramen för FB 6:11 framgår att vårdnadshavaren i takt med barnets stigande ålder och utveckling ska ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål. Denna regel kan inte tolkas som att barnet har en *formell* medbestämmanderätt före 18 år, men den fyller ett viktigt pedagogiskt värde som en markering av att det anses viktigt för barns personlighetsutveckling att få vara med och bestämma i sina personliga angelägenheter.[88] ”I praktiken torde dock vårdnadshavarens bestämmanderätt vara mer begränsad än vad lagregleringen ger vid handen” eftersom det i takt med barnets ökande ålder blir allt svårare för en vårdnadshavare att genomdriva sin vilja mot barnets.[89] Vad som särskilt kan noteras i FB 6:11 är hur ålder och utveckling antas *samspela*, vilket ger en relativ möjlighet för barn till medbestämmande beroende av deras personliga utveckling. På samma sätt finns andra regler i FB (och i andra lagar) som tillerkänner barns vilja eller åsikt relevans med hänsyn till ålder *och* mognad.[90]

[86] Inget nytt har tillkommit i dessa frågor i samband med att förmynderskapslagen lyftes in i föräldrabalken år 1949.

[87] Singer, Föräldraskap i rättslig belysning s. 445. Singer påpekar att vårdnadsansvaret och därmed bestämmanderätten i barnets personliga angelägenheter enligt FB 6:2 upphör innan barnet fyller 18 år om barnet dessförinnan ingår äktenskap.

[88] Singer a.a. s. 445; se dock Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 286 som anför att bestämmelsen i FB 6:11, mot bakgrund av hälso- och sjukvårdslagens betoning av *patientens* egen beslutsrätt i frågor om vård och behandling, bör innebära att beslutsrätten bör vara barnets. Förutsättningen är att barnet kan bedömas kompetent att ta ställning i frågan. Jfr även Mattsson, Barnet och rättsprocessen s. 150, som tolkar FB 6:11 som ett uttryck för en gradvis ökande rätt för barnet till autonomi i förhållande till vårdnadshavaren.

[89] Singer a.a. s. 446. Jfr SOU 2014:91 s. 137, där det anges vara en princip i svensk rätt att det för barn som fyllt 15 år och som kan bedöma ett samtyckes innebörd och verkan, inte räcker med vårdnadshavares samtycke till åtgärder rörande barnets personliga angelägenheter. Barnet måste själv samtycka.

[90] Se Mattson, Barnet och rättsprocessen s. 150 ff för en exemplifierande uppräkning av lagrum där barnets bestämmanderätt eller inflytande görs avhängigt barnets ålder och mognad.

Ett ”rent” krav på ålder för att tillerkännas status som agerande rättssubjekt är rättsligt okomplicerat: antingen har barnet rätt ålder eller inte. Detsamma kan dock inte sägas när ålderskravet förenas med en bedömning av mognad eller utveckling. Riktlinjer för bedömning av tillräcklig mognad i en viss fråga saknas, varför detta krav i hög grad kan komma att avgöras av rättstillämparens personliga bedömningsgrunder.[91]

6.2.2.3 Ålder och personliga förmågor i SoL och LSS

Av SoL 11:10 följer att den som fyllt 15 år har rätt att föra sin egen talan i mål och ärenden enligt lagen. I specialmotiveringen till det ursprungliga stadgandet med samma lydelse (ÄSoL 56 §), anfördes att bestämmelsen uttrycker en rätt för barn som fyllt 15 år att ”vid sidan av sina legala ställföreträdare eller ensamma föra sin talan i mål eller ärenden enligt SoL.”[92] I den allmänna motiveringen förklarades att barn och föräldrar i ärenden hos en socialnämnd normalt måste antas ha gemensamma intressen i saken. Båda får dock ställning som part i ärendet. Så länge barnet inte fyllt 18 är företräder föräldern barnet som dennes ställföreträdare i enlighet med reglerna i FB. ”Barnet har alltså inte rätt att ensamt föra talan, inte rätt att självt yttra sig i ärendet eller få del av alla handlingar i detta utan föräldrarna företräder barnet i dessa avseenden.”[93]

Efter 15 års ålder företräder inte längre en vårdnadshavare barnet i ärendet eller målet enligt SoL; barnet får vid denna tidpunkt självständig ställning som part i ärendet. Vårdnadshavarens formella bestämmanderätt över barnet fram till 18 års ålder innebär dock att socialnämnden normalt inte mot vårdnadshavarens vilja får bevilja bistånd till ett barn över 15 år.[94] Särskilda undantagssituationer råder dock för vissa beslut om insatser till barn som fyllt 15 år. Beslut om öppna insatser enligt SoL 3:6a st 2 och om kontaktperson enligt SoL 3:6b st 1 får fattas utan samtycke från vårdnadshavaren. Förutsättningarna är att barnet samtycker.

När ÄSoL ersatte barnavårdslagen var det inte en självklarhet att behålla gränsen för barns talerätt i ärende vid social myndighet vid 15 års ålder. Departementschefen anförde att det i olika sammanhang påtalats att barn borde ges självständig partsställning vid en lägre ålder, för att de

[91] Mattsson a.a. s. 152. Jfr SOU 2014:91 s. 133 ff angående mognadsbedömningen.

[92] Prop. 1979/80:1 Del A s. 567.

[93] Prop. 1979/80:1 Del A s. 408.

[94] Leviner, Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete s. 119 ff.

inte skulle behöva vara beroende av sina föräldrars bestämmande. Socialutredningen hade dock föreslagit att 15 år var en lämplig gräns för när någon kunde antas ha uppnått ”en tillräcklig mogenhetsgrad”.[95] Med hänvisning till andra pågående utredningar med uppdrag att utreda likartade frågor, föreslog departementschefen att 15 år skulle fortsatt gälla som gräns för egen talerätt enligt SoL. Detta trots att ”barns rätt till självständighet hittills inte har beaktats i tillräcklig grad och att respekten för barns vilja inte sällan har blivit eftersatt”.[96] Samma åldersgräns gäller alltjämt enligt SoL, drygt 30 år senare.[97]

Enligt LSS 8 § får inte insatser ges till den som fyllt 15 år utan dennes egen begäran. Undantag föreligger dock för den som uppenbart saknar förmåga att på egen hand ta ställning i frågan. I dessa fall får barnets vårdnadshavare eller förmyndare begära insats för barnet. Angående 15-årsgränsen påpekas i specialmotiveringen till lagrummet att det är den ålder då

> ”en minderårig person kan anses vara tillräckligt *mogen* för att hans *viljeyttring skall ha självständig betydelse*. En 15-åring som själv *förstår* vad saken gäller och *kan uttrycka en vilja* kan inte beredas särskilda insatser enligt lagen enbart på vårdnadshavarens eller annan legal ställföreträdares begäran.”[98] (mina kurs.)

Samtidigt framhålls att det i vårdnadsbegreppet enligt föräldrabalken ligger att vårdnadshavaren har rätt och skyldighet att ”i viss utsträckning” bestämma i barnets angelägenheter. Konsekvensen av föräldrarätten sägs därmed vara att exempelvis insatsen bostad med särskild service inte kan beviljas ett barn över 15 år mot vårdnadshavarens vilja.[99]

6.2.2.4 Ålderskravets betydelse för förmåga att rättshandla

Mot bakgrund av ovanstående genomgång av ålderskrav för förmåga att rättshandla kan två slutsatser dras. Den första är att ålder som krav varie-

[95] Prop. 1979/80:1 del A s. 409.

[96] Prop. 1979/80:1 del A s. 409.

[97] En rättslig åldersgräns som består över lång tid kan ifrågasättas mot bakgrund av att det sägs att barn mognar tidigare och tidigare. Som jämförelse kan nämnas Grunewalds uttalande om att den gräns för intelligensnivå runt en 15-årings som angavs som grund för att betrakta någon som sinnesslö under första halvan av 1900-talet motsvarar en 11-årings i dagens samhälle. Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 90.

[98] Prop. 1992/93:159 s. 173.

[99] A. prop. a. st. Jfr SOU 2014:91 s. 137 ff.

rar beroende av typen av rättshandling och rättsområde. Huvudregeln inom förmynderskapsrätten är att den som är under 18 år saknar saklig förmåga att rättshandla, det vill säga förmågan är begränsad med hänvisning till underårigheten. I vissa undantagsfall tillerkänns dock barn förmåga att företa vissa rättshandlingar med giltig verkan från 16 års ålder, och dessa situationer är angivna i lag (exempelvis FB 6:12 eller 9:2a). Tanken med begränsningarna i förmågan att rättshandla är att barn ska skyddas från konsekvenser av handlingar som de inte förmår överblicka eller inte förstår, och att deras behov och intressen ska tillvaratas och tillgodoses av vuxna. Ett sådant synsätt på barn som individer kan beskrivas som behovsorienterat.[100]

Socialrättsligt förefaller ett delvis annat förhållningssätt föreligga vad gäller barns förmåga att rättshandla. Ålderskravet för rätt att föra sin egen talan i mål eller ärenden enligt SoL och för att kunna ansöka med giltig verkan om insats enligt LSS, är satt redan vid 15 år. I dessa ärendeslag och måltyper anses barn vid denna ålder vara tillräckligt mogna för att deras självständiga viljeyttring ska tillmätas betydelse. Men även om barn tillerkänns egen talerätt i dessa ärenden, kvarstår vårdnadshavarens behörighet att som barnets legala ställföreträdare bestämma om barnets personliga angelägenheter. Det synes med andra ord inte vara så att ett behovsorienterat synsätt på barn som individer inom socialrättsområdet har ersatts av ett kompetensorienterat synsätt – åtminstone inte fullt ut. Att ett barn har egen talerätt innebär att barnet får en ”negativ bestämmanderätt”[101] – barnet kan samtycka eller neka till att insats ges, men däremot kan, som huvudregel, inte barnet beviljas insats mot vårdnadshavarens vilja.[102]

[100] Singer, Föräldraskap i rättslig belysning s. 83; se även Svensson, Barns bestämmanderätt i medicinska frågor s. 867. Det behovsorienterade synsättet på barn som individer kan ställas mot ett kompetensorienterat synsätt. Det sistnämnda innebär att barn betraktas som kompetenta att både uttrycka sin vilja och att själva bestämma i personliga angelägenheter.

[101] Svensson, Barns bestämmanderätt i medicinska frågor, skiljer mellan *negativ* och *positiv* bestämmanderätt. Med negativ bestämmanderätt menas en rätt att samtycka och därmed även tacka nej till vård. Med positiv bestämmanderätt menas en rätt att ansöka om en viss åtgärd utan att någon annan (som legal ställföreträdare) kan förhindra att ansökan framställs. Svensson a.a. s. 871 och 883 f. Jfr vad som i kapitel 4, avsnitt 4.5.3 diskuterats angående positiv och negativ frihet; frihet *till* och frihet *från*.

[102] Som noterades ovan finns dock särskilda undantag för vissa beslut om insatser till barn som fyllt 15 år. Beslut om öppna insatser enligt SoL 3:6 a st 2 och om kontaktperson enligt SoL 3:6 b st 1 får fattas utan samtycke från vårdnadshavaren. Förutsättningarna är dock att barnet samtycker.

Den andra slutsatsen som kan dras är att ålder som krav för förmåga att rättshandla i grunden handlar om samma personliga förmågor som ställs på vuxna personer. Liksom för vuxna är det en fråga om vem som ska erkännas som ett fullvärdigt rättssubjekt och vem som kan betraktas som en autonom individ.[103] För att dessa förmågor inte ska behöva prövas i varje enskilt fall har det för gruppen barn, som länge betraktats som en grupp som saknar sådana grundläggande förmågor som krävs för att vara en rättslig aktör, uppställts åldersgränser. Först vid en viss ålder antas barnet ha utvecklat de förmågor som krävs. Till skillnad från somliga vuxna antas barn så småningom ha förvärvat de förmågor och egenskaper som förknippas med *homo juridicus*.

6.2.3 Krav på förmåga att kommunicera sin vilja

6.2.3.1 Förmåga att kommunicera – ett faktiskt krav

En förutsättning för att någon ska kunna vara ett aktivt agerande rättssubjekt och företa giltiga rättshandlingar, är att denne har förmåga att kommunicera – antingen direkt med den till vilken rättshandlingen riktar sig, eller med en företrädare av något slag. Att säga att förmåga att kommunicera är ett krav, betyder dock inte att det är ett *rättsligt* krav, utan ett *faktiskt*. En rättshandling definieras som en viljeförklaring. Om förmåga saknas att kommunicera sin vilja, kan inte omgivningen veta något om denna, och rättshandlingar kan därmed inte företas.

Den som har svårt att förmedla sig med omvärlden ska dock givetvis inte av detta skäl vara diskriminerad som agerande rättssubjekt. Enligt funktionsnedsättningskonventionen artikel 12(3)[104] ställs krav på medlemsstaterna att ”vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda personer med funktionsnedsättning tillgång till det stöd de kan behöva för att utnyttja sin rättskapacitet”.[105] I detta krav på stöd ligger bland annat ett

[103] Vad gäller autonomi kan noteras att både Mattsson, Barnet och rättsprocessen s. 32 f och Svensson, Barns bestämmanderätt i medicinska frågor s. 869, kopplar samman autonomi med integritet. Mattsson uttrycker relationen mellan begreppen på så sätt att integriteten, inom ramen för rättsskydd uttolkat som rätten till ett fredat privatliv och rätten över information om sin person, ska säkerställas av autonomin. Svensson beskriver relationen mellan begreppen på så sätt att alla människor har full integritet, men autonomin kan variera från person till person.

[104] Artikel 12 avser likhet inför lagen (equal recognition before the law).

[105] Se angående problem förenade med den svenska översättningens begreppsapparat, kapitel 3, avsnitt 3.3.3.2. Den engelska originaltextens ”capacity” har till svenska över-

krav på att möjliggöra rättshandlande för den som har svårigheter att kunna kommunicera.[106] I sammanhanget bör noteras att svårigheter att kommunicera kan handla om helt olikartade slag av nedsatt förmåga och därmed olikartade behov av stöd eller hjälp. Som exempel kan nämnas att en person som är dövblind behöver hjälp av en dövblindtolk för att kunna kommunicera, medan en person med utvecklingsstörning behöver någon som kan ”översätta” en komplicerad verklighet till en anpassad begriplighetsnivå för den enskilde.

Hur oförmåga att på egen hand kunna kommunicera i rättsliga sammanhang skulle hanteras inom ramen för artikel 12 i funktionsnedsättningskonventionen, var en svårlöst fråga när konventionen framförhandlades.[107] Artikel 3 anger ”individuellt självbestämmande, innefattande frihet att göra egna val samt enskilda personers oberoende” som en central princip i konventionen. Praktiker i form av ”substituted decision-making” som traditionellt varit sätt att frånkänna personer med funktionsnedsättningar status som självbestämmande subjekt,[108] ska nu ersättas av ”supported decision-making”. En persons oförmåga att fatta beslut får inte enligt funktionsnedsättningskonventionen ersättas med någon annans beslutsrätt i dennes ställe. Istället ska den enskilde i alla situationer så är möjligt erhålla tillräckligt stöd för att kunna fatta ett eget beslut.

Fråga uppkom i samband med förhandlingarna om konventionen, om det ändå inte kunde finnas extremfall där enbart stöd för beslutsfattande inte kunde betraktas som tillräckligt för att skydda en enskilds intressen. Exempel som framhölls var de fall då någons vilja inte *kan* utrönas, hur stora ansträngningar som än gjorts, eller fall då någons vilja förvisso kan utrönas, men uppfattas som skadlig för den enskilde (som då alltså skulle antas vara i behov av skydd från sig själv).[109] Utgångspunkten för artikel 12 är dock att en person *aldrig får underkännas som rättslig aktör med hänvisning till funktionsnedsättning*: ”the point of departure remains that

---

satts med rättskapacitet, vilket innebär att hela diskussionen förenlig med förmåga att rättshandla – den enskildes ställning som aktör i rätten – har förbiseetts i samband med Sveriges ratificerande av konventionen.

[106] General Comment No 1 (2014) Article 12: Equal Recognition before the law, p. 15.

[107] Bruce, Which Entitlements and for Whom? The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Ideological Antecedents s. 175 f.

[108] Bruce a.a. s. 177.

[109] Bruce a.a. s. 176.

the support required to arrive at the expressed will of the individual is to be provided, and this will is to be exercised."[110]

Om inte tillräckligt stöd och hjälp kan erhållas från andra personer, uppstår svårigheter att vara en rättslig aktör för den vars förmåga att kommunicera är nedsatt eftersom en rättshandling definieras som en viljeförklaring avsedd att ge rättsliga effekter.[111] En sådan måste ju dels kunna *uttryckas*, dels kunna *förstås* av den som den riktar sig till. Lite tillspetsat kan saken uttryckas så, att det inte spelar någon roll hur förnuftig en viljeförklaring än är, om den inte kan förmedlas – förklaringen kan då omöjligen få rättsliga konsekvenser. Möjligheten att kunna få hjälp med att kommunicera med omvärlden får därmed sägas vara en avgörande fråga för att personer med nedsatta förmågor i detta avseende ska kunna vara fullvärdiga rättssubjekt. Möjligheten till sådant stöd är även en tillgänglighetsfråga, och därmed i förlängningen en fråga om diskriminering.[112]

6.2.3.2 Personlig assistans som kompensation för bristande kommunikationsförmåga

Stöd för att kunna kommunicera möjliggörs genom rätten till personlig assistans enligt LSS 9 § 2. Rätten till personlig assistans var den stora nyheten när LSS infördes år 1994. Med personlig assistans menas ett till den hjälpbehövande personligen knutet stöd. Assistansen ska kunna ges i olika situationer av krävande eller komplicerad natur av ett begränsat antal personer, exempelvis till personer som behöver hjälp av "ett fåtal medhjälpare som de känner väl för att *kunna göra sig förstådda och för att själva kunna ta emot information*".[113] (min kurs.)

För att någon ska ha rätt till personlig assistans krävs att det hjälpbehov som ska tillgodoses genom insatsen avser utpräglat personliga och privata hjälpbehov av grundläggande karaktär, så kallade *grundläggande behov* (LSS 9 a §).[114] Föredraganden anförde i den allmänna motiveringen att:

[110] Bruce a.a. s. 176.

[111] Se för närmare redogörelse av kraven för förmåga att rättshandla i kap. 2 avsnitt 2.4.3.

[112] Bristande tillgänglighet införs som en ny form av diskriminering inom ramen för diskrimineringslagen från den 1 januari 2015. Se prop. 2013/14:198.

[113] Prop. 1992/93:159 s. 64.

[114] Prop. 1992/93:159 s. 64.

> ”Assistansen ska vara förbehållen krävande eller i olika avseenden komplicerade situationer, i regel av mycket personlig karaktär. Avgörande bör vara att den enskilde behöver personlig hjälp för att klara sin hygien, för att klä sig och klä av sig, för att inta måltider eller för att *kommunicera med andra*. Avsikten bör emellertid vara att assistansen därutöver också ska ges i andra situationer där den enskilde behöver kvalificerad hjälp och som ingår i det dagliga livet, t.ex. om personen behöver hjälp för att komma ut i samhället, för att studera, för att delta i daglig verksamhet eller för att få eller behålla ett arbete.”[115] (min kurs.)

Liksom kontaktperson och ledsagarservice ingår insatsen personlig assistans i LSS rättighetskatalog, närmare bestämt i 9 § 2. Där framgår att som insats för särskilt stöd och service kan erhållas biträde av personlig assistent eller ekonomiskt stöd till skäliga kostnader för sådan assistans till den del sådana kostnader inte täcks genom kapitel 51 i socialförsäkringsbalken. Till skillnad från övriga insatser som ingår i LSS 9 § krävs för rätt till personlig assistans inte bara personkretstillhörighet enligt 1 § och att den enskilde enligt 7 § har ett behov av insatsen i sin livsföring som inte är tillgodosett. För att rätt till personlig assistans ska föreligga måste behovet av insatsen avse specifikt *grundläggande behov* i enlighet med LSS 9 a §.

Sistnämnda lagrum tillkom genom en lagändring 1996.[116] Det hade visat sig finnas ett behov av att definiera vad som närmare avsågs med grundläggande behov för att dels bedömningarna av rätten till personlig assistans skulle bli mer enhetliga, dels stävja kostnadsutvecklingen för insatsen. I allt väsentligt kan konstateras att lagtexten i 9 a § följer departementschefens uttalande i förarbetena till LSS som citeras ovan. Genom 9 a § skiljs mellan dels *grundläggande* behov som grundar rätten till personlig assistans, dels *andra personliga* behov. De senare behoven kan innefattas i assistansinsatsen om rätten till assistans redan har konstaterats. Med andra personliga behov avses exempelvis stöd för att kunna komma ut i samhället, för att arbeta eller studera.

I samband med riksdagsbehandlingen av frågan anförde socialutskottet bland annat följande till klargörande av i vilka situationer rätt till personlig assistans föreligger:

> ”Om en funktionshindrad person […] klarar av att på egen hand sköta sina grundläggande behov men inte t.ex. klarar av att på egen hand göra inköp eller sköta sin ekonomi, föreligger inte rätt till insatsen personlig assistent.

[115] Prop. 1992/93:159 s. 64.

[116] Prop. 1995/96:146, Lag 1996:534.

> Denna typ av stödbehov hos den funktionshindrade ska tillgodoses genom andra insatser enligt LSS eller socialtjänstlagen, t.ex. genom stödperson eller ledsagare."[117]

Avseende möjlighet att kommunicera som ett grundläggande behov resonerade HFD på följande sätt i RÅ 2010 ref 17, där en pojke med funktionsnedsättningar som bland annat innebar svårigheter att kommunicera beviljades personlig assistans:

> "Att kunna kommunicera med andra och därmed kunna skapa och upprätthålla sociala kontakter hör till de grundläggande behoven. […] Utredningen visar att det krävs kunskap om honom, hans funktionshinder och hans kommunikationssätt för att kunna förstå vad han vill säga och för att hjälpa honom att uppfatta budskap som andra vill förmedla till honom. […] Omgivningens verbala kommunikation behöver tydliggöras med bilder för att minska missförstånden. Sammanfattningsvis har han ett svårt funktionshinder där diagnosen autism i kombination med hans medelsvåra utvecklingsstörning och grava beteendestörning tillsammans ger en mycket komplex och omfattande problematik. [N.N:s] behov av hjälp och stöd från vuxna personer i omgivningen, för ett fungerande liv i vardagen, blir därför omfattande."

Frågan om vad som ska räknas som grundläggande behov för vuxna har klargjorts genom några avgöranden i HFD, dock inte med utgångspunkt i svårigheter att kommunicera. I RÅ 1997 ref 28 var fråga om rätt till personlig assistans för en man med schizofreni, hjärnskada och hörselnedsättning. Mannen var i behov av att någon kunde stötta, uppmuntra och motivera honom till att sköta sin hygien, byta kläder, tvätta, städa, handla mat samt att äta. HFD motiverade sitt beslut att avslå mannens överklagande med följande motivering:

> "Som förutsättning för rätt till stöd i form av personlig assistans gäller enligt 9 a § LSS bl.a. att den funktionshindrade behöver hjälp med sin personliga hygien, måltider, att klä av och på sig, att kommunicera med andra eller annan hjälp som förutsätter ingående kunskaper om den funktionshindrade (grundläggande behov). Utredningen i målet ger […] vid handen att [N.N.] själv kan tillgodose sina grundläggande behov och att den hjälp som behövs i sammanhanget avser att aktivera honom. [N.N:s] behov får därmed anses vara av annat slag än som förutsätts i 9 a § LSS (jfr prop. 1995/96:146 s. 13 och 20). Hans överklagande skall därför avslås."

I RÅ 2003 ref 33 fann HFD ånyo att hjälpbehov avseende att aktivera och motivera inte skulle bedömas som grundläggande hjälpbehov. I

[117] 1995/96:SoU 15 s. 11.

målet var fråga om en man med bristande minnesfunktioner och orienteringsförmåga, som var i behov av kontinuerlig hjälp och vägledning. Han glömde i det närmaste omgående instruktioner eller vad han företagit sig, han saknade förmåga att känna mättnadskänsla eller att avläsa vilka kläder väderleken krävde och kunde inte ensam lämna hemmet. HFD hänvisade till RÅ 1997 ref 23, RÅ 1997 not 60 och RÅ 2000 not 97 och bedömde att det slag av tillsyn och motivationsinsats som här var ifråga inte var av sådan karaktär som HFD tidigare hade lagt fast ska krävas för att hjälpbehov ska räknas som grundläggande. Behoven kunde enligt HFD snarast liknas vid aktiv tillsyn av övervakningskaraktär, vilken inte behövde ges av ett begränsat antal personer med ingående kunskaper om mannen.

Frågan om grundläggande behov prövades även i RÅ 2009 ref 57 för en man som efter en hjärninfarkt och en klämolycka tillhörde personkrets 3 i LSS 1§. Otvistigt i målet var att mannen var i behov av omfattande hjälp för sin dagliga livsföring. Hjälpbehovet bedömdes dock inte vara av sådan karaktär och omfattning som krävs för rätt till personlig assistans. Det krävdes inte ingående kunskaper om mannen och hans funktionshinder för att hjälpen skulle kunna ges, och hjälpbehovet var endast till mycket begränsad del av sådan privat och känslig karaktär som krävs för att rätt till personlig assistans ska föreligga.

Den slutsats som kan dras av dessa prejudikat är att med grundläggande behov avses antingen behov som är specifikt knutna till den enskildes nedsatta förmåga att klara sina basala behov, eller behov av sådan karaktär att endast ett fåtal personer med särskilda kunskaper om den funktionshindrade kan ge hjälpen. När det gäller förmågan att kommunicera med andra, kan sådan vara nedsatt på mycket varierande sätt. En begränsad förmåga att kommunicera behöver dock på intet vis vara förknippad med en nedsatt förmåga att förstå och fatta beslut av olika slag. Med andra ord: den personliga förmågan att rättshandla behöver inte vara nedsatt med avsikt på kravet på förnuftig vilja.

För den vars förmåga att kommunicera är nedsatt och som därför har en personlig assistent, kan följande behöva förtydligas. En personlig assistent har ingen legal behörighet att företräda den enskilde i sin egenskap av personlig assistent. Däremot finns inget som hindrar att en personlig assistent kan företräda den som han eller hon assisterar med rättslig verkan med stöd av en fullmakt. Utställande av fullmakt kräver dock att den som assistenten hjälper har förmåga att ställa ut en sådan. Saknas sådan

förmåga, måste den enskilde istället företrädas av en legal ställföreträdare. En personlig assistent för en person som har svårigheter att kommunicera med omgivningen är i dessa fall en mycket betydelsefull länk till att sådan kommunikation kan komma till stånd. Assistentens roll i förhållande till den legala ställföreträdaren blir att förmedla vad den enskilde vill förmedla i varje enskild situation.

I sammanhanget bör tilläggas att det inte anses föreligga några rättsliga hinder för en person som är personlig assistent att samtidigt vara förordnad som god man eller förvaltare för den enskilde.[118] Den slutsatsen har dragits av Socialstyrelsen, som hade fått regeringens uppdrag att analysera och bedöma lämpligheten av sådana dubbla roller (eller till och med tredubbla, eftersom det framgick av undersökningen att det oftast är anhöriga som samtidigt är personlig assistent och god man.) Bedömningen från Socialstyrelsens sida blev att några åtgärder för att förhindra dubbla uppdrag som assistent och legal ställföreträdare inte bör vidtas – trots risker såsom intressemotsättningar, potentiella jävsförhållanden, bristande insyn och kontroll utifrån samt svårigheter för den enskilde att kunna leva ett självständigt liv.

Skälet till slutsatsen var att ett förbud mot dubbla roller enligt Socialstyrelsens mening skulle innebära en stor inskränkning i den enskildes självbestämmanderätt.[119] Dessutom framhölls i undersökningen att en god man som är personlig assistent känner den enskilde väl och därmed har goda förutsättningar att kunna kommunicera med och tolka den enskildes vilja. Därmed ökar förutsättningarna att kunna företräda den enskilde på ett sätt som tillvaratar den enskildes egna önskemål; ”i praktiken [är det] ofta en förutsättning för att den enskilde ska företrädas av en god man som han eller hon kan kommunicera med och som förstår hans eller hennes behov och önskemål.”[120]

Uppdraget som assistent kan, liksom ett legalt ställföreträdarskap, sägas vara ett helt internt uppdrag i förhållande till den enskilde assistansberättigade: det är den enskildes önskemål och vilja som är ”lagen” för hur den personliga assistentens uppdrag ska utövas. Det har dock visats i aktuell forskning att det kan vara svårt för den enskilde att utöva ett

[118] Sådana dubbla roller är enligt en undersökning av Socialstyrelsen relativt vanligt förekommande. Av de närmare 16 000 vuxna som har personlig assistans uppskattas att ca 15 procent, ca 2 500 personer, har en personlig assistent som samtidigt är god man eller förvaltare. Socialstyrelsen, Personlig assistent och god man. Är rollerna förenliga? s. 15.

[119] Socialstyrelsen, Personlig assistent och god man. Är rollerna förenliga? s. 7.

[120] Socialstyrelsen a.a. s. 17.

verkligt självbestämmande i förhållande till sina assistenter. Det föreligger en stor utsatthet för de personer som tar emot assistans i sitt hem, ofta utan tillsyn från utomstående.[121] Självbestämmanderätten enligt LSS kan därför betraktas som en paradox i de situationer då den enskilde ”inte har förutsättningar att leva upp till den aktiva och ansvarstagande brukarroll som förutsätts i lagtext och förarbeten”.[122] Vikten av att det i sådana situationer finns en legal ställföreträdare som med rättslig verkan kan föra den enskildes talan – sätta dennes vilja i verket – kan därmed bli stor.[123]

6.2.4 Krav på vilja – det agerande rättssubjektets essens

En rättshandling är en viljeförklaring avsedd att tillmätas rättslig verkan.[124] Det innebär att *homo juridicus* inte bara måste kunna kommunicera sin vilja för att kunna agera rättsligt. En vilja att uttrycka måste också faktiskt *finnas*. En handling tillmäts sällan rättsverkan utan ett klargörande av meningen, målet eller avsikten med handlingen.[125] Att rättshandla utan vilja synes svårt till den grad att vilja kan sägas vara det agerande rättssubjektets essens. Förekomst av en vilja är helt centralt för det agerande rättssubjektet, oberoende av rättsområde.

I civil- och processrätten kan sägas att rättssubjektets vilja är konstituerande, det som så att säga ”aktiverar” rätten. Men även inom offentligrätten är vilja hos rättssubjektet av grundläggande betydelse. Den offentliga rätten är i mångt och mycket centrerad kring individers rätt till *självbestämmande* och *integritet* och deras ställning som *autonoma* i relationen till det allmänna.[126] Såväl självbestämmande som integritet och autonomi utgår från en viljestark individ som bestämmer om sig själv, och som ska ha rätt till ett privatliv och en självständig, oberoende ställning i relation

[121] Se Giertz, Ideal och vardag – inflytande och självbestämmande med personlig assistans s. 123.

[122] Giertz a.a. s. 12. Se angående de lagtexter och förarbeten som Giertz hänvisar till exempelvis LSS 6 § och prop. 1992/93:159 s. 63 ff.

[123] Giertz a.a. s. 12.

[124] Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I s. 24 f. För en fördjupad analys av viljeförklaringsbegreppet och viljeteori inom förmögenhetsrätten se Svensson, Viljeförklaringen och dess innehåll.

[125] Undantag finns dock, vissa handlingar är straffbara oavsett om de var avsiktliga eller inte. På samma sätt föreligger strikt ansvar i skadeståndsavseende i vissa situationer.

[126] Se kapitel 4, avsnitt 4.6, för en belysning av dessa begrepp i relation till regler om självbestämmande och samtycke inom social- och förmynderskapsrätten.

till staten eller det allmänna. Viljan i detta sammanhang förutsätts med andra ord inte bara finnas, utan även vara *fri*.[127]

Påståendet om att vilja är centralt kan även utsträckas till att avse *hela rätten*, på så sätt att rätten utgår från viljeuttryck från antingen privata eller offentliga rättssubjekt.[128] Att så är fallet framgår exempelvis om välbekanta uttryckssätt såsom ”folkviljan”, ”lagstiftarens vilja” eller ”partsviljan” betänks. Nedan fokuseras dock enbart på hur kraven på vilja hos det agerande rättssubjektet tar sig uttryck inom ramen för ’leva som andra genom ställföreträdare’. Frågor att besvara är på vilket sätt vilja som krav kommer till uttryck, hur viljan så att säga ska vara beskaffad för att den ska tillmätas rättslig verkan, och för att en individ ska anses ha personlig förmåga att rättshandla.

När förmynderskapslagen infördes, kom krav på individens vilja till uttryck på följande sätt i relation till omyndigförklaringens tillämpningsområde:

> ”Av vikt är endast att fastställa gränsen mot det normala själslivet, även där detta kännetecknas av enfald, *viljesvaghet* o. d.”[129] (min kurs.)

Ett ”onormalt själsliv” skulle alltså konstateras för att omyndigförklaring skulle vara aktuellt. ”Enfald” och ”viljesvaghet” var dock inte tillräckligt för att gränsen mot ett normalt själsliv skulle passeras, utan det skulle till ytterligare allvarsgrad jämfört med normaliteten. *Var* denna gräns skulle dras diskuterades dock inte, och det gavs heller inga konkretiserande exempel annat än huvudkategorierna sinnessjukdom och sinnesslöhet.

På motsvarande sätt lades en distinktion mellan normala och avvikande förmågor till grund för ogiltigförklaring av vissa avtal enligt 1924 år lag om avtal som slutits under inflytande av rubbad själsverksamhet:

[127] Jfr SOU 2002:3 s. 163 ff där det redogörs för den fria viljans betydelse över tid för straffansvar. Endast den fria individen har antagits kunna straffas för sitt val att begå brott.

[128] Se Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 538 ff, för en redogörelse för hur viljebegreppet förändrades från något som var ”absolut centralt för juridiken” vid tiden för den realistiska revolutionen, till att bli en sak eller ett faktum, placerat utanför texterna i en ”yttre” verklighet. Tolkning av rättsliga texter, såväl rättskälletexter som skriftliga rättshandlingar, förstods vid inledningen av 1900-talet som ett efterforskande av den bakomliggande viljan. I den rättsrealistiska tolkningstraditionen förstås istället partsvilja som något faktiskt som ska bevisas. Innebörden blir att viljebegreppet ändrar betydelse och innebörd. Betraktar man exempelvis partsvilja som något faktiskt, visar det snart att denna vilja är omöjlig att få fatt i eftersom det inte (i fri omskrivning av ett citat av Ramberg och Ramberg, i Samuelsson a.a. s. 542) går att genom en analys av en parts hjärnverksamhet få svar på hur partsavsikten såg ut.

[129] NJA II 1924 s. 225.

> ”vare sig rubbningen närmast träffat förstånds- eller *viljeverksamheten*, kommer det här likasom vid omyndigförklaringen ytterst an på en kvantitativ avgränsning, som skiljer enfald och *viljesvaghet* från verkligt abnorma företeelser.”[130]

Inte heller i detta sammanhang gavs någon närmare ledning för bedömningen av var gränsen mellan normal respektive avvikande förstånds- eller viljeverksamhet skulle anses gå. Den enda säkra slutsats som kan dras av uttalandena är att det inte fick finnas en rubbning av viljeverksamheten som var alltför liten – det skulle vara fråga om en kvantitativ avgränsning jämfört med ett normalt beskaffat rättssubjekt. En abnormalitet.

Jämfört med vad som gäller idag, då frånkännande av ställning som agerande rättssubjekt grundat i en persons funktionsnedsättning uttryckligen står i strid med funktionsnedsättningskonventionens artikel 12, är skillnaden milsvid. I kommentarerna från funktionsnedsättningskommittén till artikel 12 framgår även att det är en otillåten praktik för konventionsstaterna att ersätta enskildas beslut – deras vilja – med annan persons beslutsrätt.[131] Det framhålls särskilt att för den som har svårt att på egen hand vara en rättslig aktör, ska det vara den enskildes egen vilja och egna önskemål som tillvaratas och läggs till grund för företrädarens agerande.[132]

Även inom ramen för LSS är enskildas vilja centralt. Den enskilde ska enligt 6 § LSS i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges. Enligt förarbetena är kravet på egen begäran till insatser från den enskilde enligt 8 § en markering av vikten av ”lyhördhet och respekt för de önskemål som den enskilde ger uttryck för.”[133] Utgångspunkten för både funktionsnedsättningskonventionen och LSS är därmed att alla människor, även de med svåra intellektuella funktionsnedsättningar, *har* en vilja, och att det är denna vilja som ska tillvaratas och respekteras samt läggas till grund för praktiker av olika slag.

Viljan är dock tveeggad. Att kunna uttrycka en vilja är centralt för att kunna vara ett aktivt agerande rättssubjekt, men att vilja ”fel”, kan ge

[130] NJA II 1924 s. 594.

[131] Se granskningen av Sverige i CRPD/C/SWE/CO/1 Concluding observations on the initial report of Sweden, p. 34.

[132] General comment No 1 (2014) Article 12: Equal Recognition before the law, p. 15; se även Bruce a.a. s. 176.

[133] Prop. 1992/93:159 s. 97.

konsekvenser med avsikt på den enskildes *negativa frihet*, det vill säga friheten från ingrepp från det allmännas sida i den privata sfären.[134] Som exempel kan nämnas att en person inte får vilja göra av med sina besparingar på tv- och telefoniavgifter – då kan ingripande ske genom anordnande av förvaltarskap (se NJA 1992 s. 863 II). Inte heller får den som vill vara fri från det allmännas ingripande i privatlivet vilja ”supa ihjäl sig” – då kan man omhändertas tvångsvis för vård med stöd av LVM.[135] Inte heller kan den som inte vill ha vård som erbjuds för allvarliga psykiska tillstånd alltid vara säker på att denna önskan efterföljs. Eventuellt kan det bli fråga om att bereda vård med stöd av LPT.[136]

Homo juridicus förväntas med andra ord *vilja det ”normala”*. Därtill krävs, för att viljeyttringen ska erkännas, att den är av en viss kvalitet.

6.2.5 Krav på viljeyttringens kvalitet – en fråga om förnuft

Redan av analysen av kravet på viss ålder för förmåga att rättshandla, framgick att de personliga egenskaper och förmågor som förutsätts hos det agerande rättssubjektet är *förstånd och omdömesförmåga*. Vad som därmed avses kan inte utläsas i de rättskällor som granskats. I en filosofisk kontext kan omdömesförmåga betraktas som en synonym till *förnuft* – den egenskap som alltsedan upplysningstiden ansetts som konstituerande för människan. Ordet förnuft förekommer dock sällan i rättsliga sammanhang, utan de ord som nyttjas för det som kan förstås som samma förmåga eller egenskap är förstånd och omdömesförmåga. Eftersom rättsliga förklaringar av vad som avses med omdömesförmåga saknas, ringas nedan denna förväntade förmåga eller egenskap hos *homo juridicus* in ”negativt” – genom analys av i vilka situationer personlig förmåga att rättshandla *inte* bedöms finnas.

En begreppsbildning som relativt nyligen har fått fäste i sammanhang där individers personliga förmåga att rättshandla sätts ifråga är den om

[134] Se kapitel 4, avsnitt 4.5.3 angående begreppen positiv och negativ frihet.

[135] Se LVM 2 och 4 §§. Vård kan beredas ”oberoende av samtycke” under de förutsättningar som anges i lagen.

[136] Se Kindström Dahlin, Psykiatrirätt s. 451 ff, som problematiserar det förhållandet att krav på frivillighet och samtycke kan vara illusoriska. Det kan diskuteras om en patient som ser att enda sättet att undvika att bli tvångsmässigt vårdad är att samtycka till frivillig vård, verkligen samtyckt i ordets rätta bemärkelse.

besluts(o)förmåga eller *besluts(in)kompetens*.[137] Ledning för att närmare förstå vad som kan menas med förstånd och omdömesförmåga kan erhållas genom denna begreppsbildning. I doktrin har beslutskompetens beskrivits som en individs förmåga att i en given situation *tillgodogöra sig information* och *överblicka konsekvenserna* av ett beslut.[138] För att ett beslut ska tillmätas rättslig verkan ställs krav på ”insikt” hos den beslutande.[139] Besluts*in*kompetens får därmed omvänt sägas föreligger om en person inte har förmåga att tillgodogöra sig information och överblicka konsekvenserna av ett beslut.

Enligt Utredningen om förmyndare, gode män och förvaltare menas med beslutsförmåga ”en mental förmåga att ta ställning i en rättslig angelägenhet”.[140] Denna mentala förmåga kan enligt utredningen vara nedsatt av olika anledningar, exempelvis på grund av kognitiva störningar:

> ”Nedsatt beslutsförmåga kan uppstå hos personer med olika former av kognitiva störningar, dvs. störningar som avser intellektuella funktioner och som t.ex. ger sämre koncentration eller svårigheter att planera och hålla ihop tankar. (Kognition skall alltså förstås som den själsliga eller intellektuella verksamhet varigenom iakttagelser blir medvetna och leder till förståelse, tankar och resonerande.)”[141]

Beslutsförmåga betraktas i denna utredning från 2004 som något som sammanhänger med intellektuella eller själsliga verksamheter såsom medvetandegörande av intryck, förståelse av dessa intryck och resonerande kring dem. I allt väsentligt känns detta sätt att resonera igen från beskrivningarna av ”rubbad själsverksamhet”, som i början av 1900-talet var den beteckning som användes för personer som ansågs vara ”rättsinkapabla”.[142] Ett antal olika sjukdomar eller skador som kan orsaka nedsatt beslutsförmåga räknas upp och beskrivs i 2004 års utredning, men utan närmare förklaring av vad som blir problemet med avseende på beslutsförmågan.

[137] Se Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 32 ff, och för ett aktuellt exempel den pågående Utredningen om *beslutsoförmögna personers* ställning i vård, omsorg och forskning (S 2012:06). Se även kapitel 2, avsnitt 2.4.3.3.

[138] Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 279 och s. 292 ff.

[139] Rynning a.a. s. 283.

[140] SOU 2004:112 s. 431.

[141] SOU 2004:112 s. 421.

[142] Se kapitel 2, avsnitt 2.2.2.

Viss ledning avseende vad som menas med sagda förmåga framgår dock av utredningens beskrivning av vad som är problematiskt i beslutförmågehänseende med demenssjukdomar som drabbar pannloberna:

> ”Dominerande symtom är nedsatt *planeringsförmåga*, försämrat *omdöme*, avtrubbning av känslor och förändrat känsloliv. Drifter och begär blir mer påträngande och den sjuke får allt svårare att *kontrollera* dem. I början av sjukdomen kan den som drabbats te sig initiativrik, men detta är mer ett utslag av minskat omdöme. Mot slutet av sjukdomen blir den drabbade passiv och oföretagsam.”[143] (mina kurs.)

Minskad omdömesförmåga framstår som det centrala problemet, i kombination med ökande svårigheter att kontrollera drifter och begär. Beslutsförmåga blir alltså nedsatt hos den vars förmåga att planera blir nedsatt, vars omdöme försämras och som tappar kontrollen över sina impulser. Vad som antas vara normala förmågor beskrivs inte, utan vad som kan menas med beslutsförmåga framgår omvänt. *Homo juridicus* förväntas kunna planera och ha kontroll över sina drifter och begär, i betydelsen att omdömesförmågan används för att fatta beslut som *inte* styrs av drifter och begär, utan av någon annan rationalitet. Vilken denna rationalitet skulle kunna vara kan anas i NJA 1981 s. 291 och NJA 1981 s. 857.[144]

I NJA 1981 s. 291[145] var frågan om det var tillräckligt att en 39-årig mans hjälpbehov kunde tillgodoses genom en god man, eller om hans omyndigförklaring skulle bestå. I samband med hovrättens dom lämnade Socialstyrelsen ett yttrande, vartill bifogades en läkarbedömning där följande omdömen fälldes om mannen (och om tidigare läkarbedömningar i ärendet):

> ”I sitt läkarutlåtande av d 27 juli 1962 anför överläkare[n] som slutomdöme att [N.N.] på grund av sinnesslöhet var oförmögen att taga vård om sig och sin egendom. Denna slutsats var fullt konsekvent med hänsyn till då erhållna resultat av intelligenstestning. I utlåtandet anföres emellertid också att [N.N:] ’även i övrigt’ företedde tecken på bristande mognad och att han var *lättlurad, lättlockad och omdömeslös*. Man måste därför räkna med att omyndigförklaringen grundade sig på konstaterandet av icke blott intelligensnedsättningen som sådan utan även dessa *abnormdrag*, även om den förra då var dominerande. Vid doktor A:s ställningstagande nu senare

[143] SOU 2004:112 s. 423.

[144] Några senare prejudikat av direkt relevans för personlig förmåga att rättshandla har jag inte funnit.

[145] Rättsfallet refereras ingående i kapitel 5, i avsnitt 5.3.2.2 om principen om minsta ingripande åtgärd som villkor för omyndigförklaring.

> spelar den sänkta intelligensnivån ej samma dominerande roll men fortfarande finns kvar tecken på *omdömeslöshet, godtrogenhet och lättleddhet*. Dessa iakttagelser vid läkarundersökningarna bekräftas i mycket hög grad av förmyndarens erfarenheter så som han skildrat dem för mig […]. [N.N:s] *oförmåga till ekonomisk planering* och hans *tendens till impulsköp* och *oöverlagda ekonomiska engagemang* har snarast ökat under senare tid. […] Trots sin ålder måste [N.N.] fortfarande i mycket behandlas som en liten oförståndig pojke, som behöver hjälp ej blott i ekonomiska angelägenheter utan i sin livsföring överhuvudtaget. […] Med hänvisning till det ovan anförda får jag avge det utlåtandet att [N.N.] på grund av hämmad förståndsutveckling och psykisk abnormitet av annat slag (bristande psykisk mognad med drag av *omdömeslöshet, godtrogenhet och kortsiktigt, impulsdrivet ekonomiskt handlande*) är ur stånd att vårda sig och sin egendom." (mina kurs.)

Omdömeslöshet upprepas tre gånger i utlåtandet, i kombination med lättleddhet, godtrogenhet och oförmåga att planera ekonomi, undvika impulsinköp och förstå konsekvenserna av "ekonomiska engagemang". Här faller ytterligare en pusselbit till bilden av *homo juridicus* på plats. Det ideala rättssubjektet förväntas vara i kontroll inte bara över sina begär och drifter, utan även över sin ekonomi och försörjning. Det gäller att förmå att göra ekonomiska konsekvensbedömningar. Saknas sådan förmåga kan det bedömas att en person är ur stånd att vårda sin egendom, vilket är grunden för förvaltarskap. Med stöd i detta prejudikat förefaller omdömesförmåga enligt en ekonomisk rationalitet vara en förväntad normal förmåga.

I NJA 1981 s. 857[146] var fråga om en mans processbehörighet, det vill säga hans personliga förmåga att föra sin talan, i ett tvistemål.[147] HD fann att det fick anses ådagalagt att mannen ifråga saknat förmåga att företa vissa av rättshandlingarna i målet. Andra rättshandlingar i målet hade dock företagits vid en tidpunkt då "på grundval av utredningsmaterialet ej med tillräcklig grad av säkerhet förutsättas att [N.N.] redan vid utfärdandet av nämnda fullmakter saknat processbehörighet." HD:s bedömning grundades i Socialstyrelsens yttrande över utredningen i målet, vari bland annat framgick följande bedömning om mannen av en överläkare:

> "Psykiskt företer han en egendomlig bild, har en hjärnskada som är uppenbar... betydande nivåsänkning och fungerar som en uttalad intellektuell efterblivenhet. Det är också svårt för honom att följa ordinationer och han

[146] Rättsfallet refereras ingående i kapitel 2, avsnitt 2.4.3.3 om personlig förmåga att rättshandla.

[147] Vad som menas med processbehörighet (ibland omnämnt som processhabilitet) har närmare utretts i kapitel 2, avsnitt 2.4.3.1.

> gör allt möjligt bakvänt […] avsevärda psykiska abnormsymtom. En viss allmänintellektuell nivåsänkning […] men huvudsakliga abnormiteten synes ha givit sig till känna på områdena för känsloliv och *omdömesförmåga*." (min kurs.)

Socialstyrelsen (rättspsykiatriska sektionen) konkluderade, efter samråd med socialstyrelsens vetenskapliga råd i rättspsykiatri, att mannen

> "uppenbarligen saknat förmåga att företaga giltiga rättshandlingar [under ett visst tidsspann] på grund av brister i *minnesförmågan* och i *sakorienteringen*." (min kurs.)

Varför det var *uppenbart* att mannen saknat sådan förmåga motiverades inte närmare, vilket reser ett antal följdfrågor. Varför skulle mannens rättshandlingar underkännas på grund av en "abnormitet" som gav sig till känna huvudsakligen "på områdena för känsloliv och omdömesförmåga"? På vilket sätt är brister i minnesförmågan och sakorienteringen avgörande för bedömning av att förmåga att rättshandla inte föreligger? I processrättslig doktrin framhålls att små barn och akut psykiskt sjuka helt saknar processbehörighet.[148] Men inte heller där klargörs det varför. Frågorna synes helt enkelt inte ha något svar, åtminstone inget rättsligt. Vad som däremot är klart är att mannens förmågor avvek så pass mycket från normen att rättsliga konsekvenser inträdde.

6.2.6 *Homo juridicus* som norm för mänskligt varande i rätten

6.2.6.1 En relativ och "negativ" norm

Den rättsliga prövningen av om en individ uppfyller *sakliga* förutsättningar för att kunna rättshandla med giltig verkan får sägas vara oproblematisk. Huruvida någon exempelvis är ställd under förvaltare, har näringsförbud eller inte uppfyller ett angivet ålderskrav, är enkelt att konstatera. Annorlunda är det med kraven på den *personliga* förmågan att rättshandla, som handlar om personliga egenskaper eller förmågor. Dessa krav är relativa. De får prövas i varje enskilt fall för varje enskild rättshandling. Tidigare har sagts att personlig förmåga att företa en specifik rättshandling föreligger när en person har förmåga att kommunicera en förnuftig vilja. Denna förmåga kan alltså sägas bilda normen för sättet att vara som rättssubjekt och konstituera *homo juridicus*.

[148] Ekelöf, Rättegång II s. 51.

Den fråga som inledningsvis i detta kapitel ställdes om var normens gränser går, i betydelsen hur avvikande från det normala sättet att vara som en individ kan vara innan avvikelsen får rättsliga konsekvenser, har visat sig svår att besvara. Uppenbart *finns* en norm för mänskligt varande i rätten, men det är oklart var gränserna går för vad som ska betraktas som accepterad variation respektive oacceptabel avvikelse. Det går att säga att normen har konsekvenser i formen av frånkännande av förmåga att rättshandla (i vissa situationer eller generellt), men det går inte att positivt bestämma den. Den visar sig enbart i det omvända – i de situationer då personlig förmåga att rättshandla anses saknas.

Ett generellt sätt att rättsligt bestämma och hantera avvikelse från det ideala sättet att vara som människa i rätten, är att sätta upp åldersgränser. Den som är under 18 år antas kunna ta omdömesgill ställning till, och därmed även tåla konsekvenserna av, vissa slag av rättshandlingar vid en viss ålder. Förekommande åldersgränser är dock ofta relativa, beroende av personen eller situationen. Barn tillerkänns i en mängd olika situationer rätt att uttrycka sin vilja eller att fatta beslut, förutsatt att vederbörande uppfattas som tillräckligt *mogen* att ta ställning i frågan. Både uppställandet av fasta åldersgränser och bedömningen av mogenhet kan dock betraktas som problematiska. Det finns inte några svar på enligt vilka mått mognad ska mätas, eller varför det betraktas som ett rimligt antagande att barn vid 15 år anses mogna att föra sin talan i exempelvis ärenden eller mål enligt SoL och LSS, men inte att ta konsekvenser av viljeyttringar i andra sammanhang.

Ett annat generellt sätt att rättsligt hantera avvikelser från det ideala sättet att vara som människa i rätten, är att anordna godman- eller förvaltarskap för den avvikande personen (FB 11:7). För att förvaltarskap ska kunna anordnas måste den enskilde bedömas vara *ur stånd* att vårda sig eller sin egendom. Alla som avviker från normen kan dock inte sägas vara ”ur stånd”. Mindre allvarliga eller omfattande avvikelser i den personliga förmågan att rättshandla kan kompenseras genom godmanskap. Förutsatt att ett godmanskap kan anses tillräckligt för att tillgodose vederbörandes behov av hjälp ska ett sådant även användas för den som är ”ur stånd”.[149] Ett beslut om godmanskap innebär inga inskränkningar i den enskildes sakliga förmåga att rättshandla.

[149] Se angående förutsättningarna för anordnande av godman- och förvaltarskap kapitel 5, avsnitt 5.4 och 5.5.

De förmynderskapsrättsliga reglerna för vuxna utgår från samma slags avvikelser från det ideala sättet att vara som människa i rätten som åldersgränserna. I likhet med mognadsbedömningarna är de också relativa, såtillvida att ett förvaltarskap ska anpassas till behoven i det enskilda fallet. Den enskilde ska frånkännas sin (sakliga) förmåga att rättshandla enbart i de fall som så behövs för att tillgodose vederbörandes behov av skydd eller hjälp. Det finns en presumtion om att den som är vuxen har personlig förmåga att rättshandla. Så är dock inte fallet med barn. För barn är presumtionen omvänd. Den som är under 18 år är omyndig och presumeras inte ha förmåga att rättshandla i andra fall än när så särskilt anges. Barn är alltså som huvudregel förhindrade i rättslig mening från att på egen hand vara aktiva rättssubjekt, men *kan* tillerkännas förmåga att rättshandla i vissa situationer. Vuxna är som huvudregel inte förhindrade att företa rättshandlingar. Genom att förvaltarskap anordnas i de fall då den enskildes egenskaper och förmågor avviker alltför mycket från de förväntade egenskaperna eller förmågorna *kan* dock vuxna frånkännas förmåga att rättshandla i vissa frågor.

I tidigare avsnitt har normen för mänskligt varande i rätten utforskats närmare i ett försök att mer detaljerat ringa in *homo juridicus* egenskaper och förmågor. Eftersom det inte finns rättsligt uttalat vilka dessa egenskaper och förmågor är, har undersökningen inriktats mot situationer där förmåga att rättshandla *inte* föreligger. Resultatet av undersökningen är i sammandrag följande: Barn, och tidigare vuxna omyndigförklarade, har saklig förmåga att förvärva rättigheter. De måste dock ha de psykiska (personliga) egenskaper som krävs för att uppfatta innebörden av den rättshandling som det handlar om, vilket betyder att det ställs högre krav på ”förståndsutvecklingen” om exempelvis en gåva avser en fastighet, än om den avser lösöre.[150] En person anses beslutsinkompetent om förmåga saknas att tillgodogöra sig information och att överblicka konsekvenser av ett beslut.[151] En persons beslutsförmåga är nedsatt om hennes planeringsförmåga är nedsatt, om hennes omdöme är försämrat eller om hon

[150] NJA II 1924 s. 314 f.

[151] Rynning, Samtycke till medicinsk vård och behandling s. 286. Jfr Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 40 som skriver att det finns en ”nedlåtande air” kring termen inkompetens som riskerar att överföras på termen ”beslutsinkompetens” och att ”oförmåga” därför är bättre. Odlöw påpekar vidare att även uttrycken ”hjälpbehövande vuxna” och ”beslutsförmåga/beslutsoförmåga” är problematiska och endast används i brist på bättre alternativ.

har svårt att kontrollera drifter och begär.[152] Den som bedöms vara lättlockad, lättlurad, omdömeslös, godtrogen och lättledd, som visat oförmåga till ekonomisk planering, tendens till impulsinköp och oöverlagda ekonomiska engagemang eller kortsiktigt impulsdrivet handlande, anses vara ur stånd att vårda sig själv eller sin egendom.[153] Och den som uppvisar en ”abnormitet” på områdena för känsloliv och omdömesförmåga och som brister i minnesförmåga och sakorientering, saknar processbehörighet.[154]

Alla exemplifierade situationer där vuxna frånkänns personlig förmåga att rättshandla bottnar i störningar eller nedsättningar i de intellektuella eller kognitiva funktionerna. I huvudsak är det, liksom när det handlar om barnens oförmågor, omdömesförmågan som betraktas som problemet. Om en fullvärdig rättssubjektivitet ska kunna uppnås får det helt enkelt inte vara alltför stora ”fel” på någons förmåga att förnuftigt tänka över sina handlingar och sina val.

6.2.6.2 Idealet bakom normen: det förnuftiga, suveräna och autonoma subjektet

Att ha omdömesförmåga, förstånd eller insikt, som är de förmågor eller egenskaper som uttrycks i rättskällorna när personlig förmåga att rättshandla diskuteras, kan betraktas som synonymt med att vara *förnuftig* eller *rationell*.[155] Frågan för det följande är varifrån dessa krav för fullvärdig rättssubjektivitet kan tänkas komma – varför det är förnuftet som, framför människans många andra egenskaper och förmågor, är det avgörande för att någon ska tas på allvar som ett agerande subjekt i rätten.

[152] SOU 2004:112 s. 423.

[153] NJA 1981 s. 291.

[154] NJA 1981 s. 857.

[155] Wennström, Rättens individualisering s. 135 förespråkar en modern översättning av förnuftsbegreppet såsom det brukats av Hegel till *rationalitet*, därför att Hegel (enligt Wennström) skiljer mellan förstånd och förnuft på så sätt att förnuft ”har en allmän karaktär”. Vad Wennström menar med det sistnämnda framgår inte i sammanhanget. I ett senare sammanhang (s. 141) säger Wennström att när Hegel talar om förnuft och verklighet (i citatet ”Det som är förnuftigt är verkligt; och det som är verkligt är förnuftigt”) är det ”inte existensen av verkligheten som åsyftas utan hur vi med förnuftet omfattar, tolkar, kritiskt granskar, analyserar, konstruerar denna verklighet”. Förnuft skulle därmed alltså, som jag tolkar det, kunna uppfattas som en beskrivning av kvalitativ intellektuell verksamhet i allmänhet, medan förstånd skulle avse den individuella kapaciteten till sådan verksamhet hos individen.

Vilket är idealet bakom normen för sättet att vara som människa i rätten? För att kunna besvara den frågan är en filosofisk utblick nödvändig.

Ett av filosofihistoriens mest välkända citat torde vara Descartes ”cogito ergo sum”. Till svenska översätts det som ”jag tänker, alltså är jag” eller ”jag tänker, alltså existerar jag”.[156] I detta uttalande ligger en tudelning av människan i kropp och själ, vilken i svensk översättning av Descartes ord uttrycks på följande sätt:

> ”Av detta visste jag att jag var en substans, vars sanna väsen är att tänka, och att den inte behöver uppta någon plats i rummet för att finnas till, och att den inte är avhängig något materiellt ting. Detta ’jag’, det vill säga den själ som gör mig till den jag är, är därför fullständigt skilt från kroppen, och till och med lättare att lära känna än den senare; och även om det inte fanns någon kropp, skulle själen ändå fortsätta att vara vad den är.”[157]

Själen, vars sanna väsen är att tänka, sägs vara ”fullständigt” skild från kroppen. Den tar ingen rumslig plats och den är inte beroende av något materiellt ting, säger Descartes. Denna dualism, kropp/själ, känns igen från många sammanhang där förnuftet betonas till det kroppsligas nackdel. Uttryck som att ”inte låta känslorna styra” eller att ”välja med förnuftet istället för med hjärtat” ger att förnuftigt genomtänkt och rationell är det påbjudna – normativa – sättet att vara som människa i vår kultur.

Det är inte svårt att se att denna dualism har relevans även inom rätten, att den färgar det rättsliga sättet att tänka om människan och hennes handlingar.[158] Som nämndes i inledningen av detta avsnitt är det män-

[156] Se Damasio, Descartes misstag. Känsla, förnuft och den mänskliga hjärnan s. 276. Enligt Damasio förekom detta uttalande av Descartes dels ursprungligen på franska i Discours de la méthode från 1637 och löd då: ”je pense donc je suis”, dels återkom det sedan på latin i formen ”cogito ergo sum” i Principia philosophiae.

[157] Damasio, Descartes misstag. Känsla, förnuft och den mänskliga hjärnan s. 277.

[158] Något som för övrigt feminister påpekat länge, såsom exempelvis Alison Jaggar som myntat begreppet *normativ dualism* – normativ i betydelsen att normen är den själsliga sidan av människan, vilket i sin tur bottnar i en tro på att ”det som är speciellt värdefullt med mänskliga varelser är en särskild ’mental’ förmåga, förmågan till rationalitet”. Jaggar, Alison (1983) Feminist Politics and Human Nature s. 28. Citatet är hämtat från Björk, Fria Själar s. 113, vilken anför angående vad Jaggar skriver att den normativa dualismens upphöjande av själ framför kropp och materiell verklighet fått konsekvensen att ”formell rättighetsbaserad jämlikhet sätts före substantiell dito; den liberala staten värderar intellektets rättigheter (yttrandefrihet, rösträtt etc) [dvs civila och politiska rättighet, min anm.] högre än kroppens (frihet från svält, sjukdomar, kyla, hemlöshet) [dvs sociala rättigheter, min anm.] och bevarar därmed ’den ursprungliga nedvärdering av kroppen som finns implicit i normativ dualism’.” Björk a.a. s. 291.

niskors vilja, uppsåt eller avsikt som ställs i förgrunden inom rätten, inte deras handlingar i sig. Ett sätt att beskriva detta är att säga att:

> ”Människans handling kan vara åtminstone omedelbart betydelselös i rättsligt avseende, eller också kan densamma under omständigheter av rättsordningen förbindas med en av denna bestämd rättslig verkan.”[159]

Betydelse inom rätten tillmäts normalt en handling endast om den kan knytas till en vilja, ett uppsåt eller en avsikt. Människans kroppsliga sida, hennes materiella verklighet, har inte rättslig relevans.[160] Det är det medvetna agerandet och de val som görs som har betydelse; det är den själsliga sidan av människans förmågor och egenskaper som avgör om hon kan erkännas som ett fullvärdigt rättssubjekt eller inte.

Den tanke som genomsyrar reglerna om omyndighet respektive förvaltarskap,[161] är att den som inte har förmåga att informerat och rationellt begrunda sin val – som inte har omdömesförmåga – inte heller bör hållas ansvarig för sina handlingar eller vidkännas rättsverkningar av andra slag. Det är alltså den själsliga förmågan som bedöms och som ger exempelvis förmynderskapsrättsliga konsekvenser, liksom det är det individuella *valet* som står i centrum för det fria, autonoma och självkontrollerande (suveräna) rättssubjektet.

Människans agerande bedöms, tolkas eller bestraffas och så vidare inom rätten enligt föreställningen om att hon är en fri, förnuftig och moralisk varelse.[162] Eller, som det uttrycks i artikel 1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna:

[159] Hassler a.a. s. 1. (Citatet återfinns även i kapitel 2, avsnitt 2.4.2.1.)

[160] Jfr Wennström, Rättens individualisering s. 10, som skriver att ”[i] det moderna samhället är den faktiska individen förpassad till den privata sfären.” Ett annat sätt att tala om (rätts)subjektets icke-materialitet är att ta utgångspunkt i Mills tänkande om det politiska subjektet, det vill säga det subjekt som räknas i de officiella sammanhangen utanför hemmets väggar. Subjektet är ”icke-förankrad, fritt svävande, rationell och oberoende av yttre omständigheter”. Björk a.a. s. 116. Björk anför även att ”[m]änniskan är för Mill lika lite som för Locke det hon gör; hon är inte sin kropp, inte sina relationer. Hon är sitt medvetande.” Björk a.a. s. 113.

[161] Och för övrigt är det påfallande samma tanke som förefaller genomsyra även påföljdsläran inom straffrätten, där barn under 15 år inte kan straffas, och den som led av en allvarlig psykisk störning vid brottstillfället inte heller kan straffas.

[162] Se Wennström, Rättens individualisering s. 10, som beskriver hur ett betydelsefullt utvecklingssteg mot denna syn på rättssubjektet härrör från Kant. Enligt Kants sätt att beskriva världen och människan är det ingen skillnad på människor och människor, men däremot mellan djur och människor. Och denna skillnad består i förnuftet – det fria moraliska förnuftet. ”En moraliskt fri människa, menade han [Kant, min anm.], måste kunna besluta och agera mot sina böjelser och begär och i enlighet med det moraliskt

> ”Alla människor är födda *fria* och lika i värde och rättigheter. De är utrustade med *förnuft och samvete* och bör handla mot varandra i en anda av gemenskap.”[163] (min kurs.)

Deklarerad på det sätt som sker ovan framstår det som att en sanning fastläggs, av evig karaktär. Men detta fria, likvärdiga, rättighetsbärande, förnuftiga och moraliska rättssubjekt som idag uppfattas som fullständigt självklart är en modern produkt.[164] Rättssubjektet är ett samtida fenomen med utvecklingen av industrisamhället och en ny rättslig ställning för medborgarna.[165]

Före industrialiseringen var en individs rättsliga ställning knuten till dennes ”status” eller börd, i betydelsen tillhörighet till en viss familj, en viss bygd etc. ”Medborgarna fick skydd och trygghet av sin sociala status i ett hierarkiskt system”.[166] När samhället förändrades till ett industrisamhälle där självhushållningen försvann och ersattes av marknadsekonomi, förändrades också individernas rättsliga ställning från att vara baserad på status som stånd eller börd, till att vara baserad på individuell prestation och avtal.[167] Det ”gällde att göra individen myndig” i det liberalistiska

---

rätta.” Wennström a.a. s. 10. Jfr vad som ovan anförts angående nedsatt beslutsförmåga i SOU 2004:112 s. 423 hos personer med demenssjukdomar i främre pannloben: ”Drifter och begär blir mer påträngande och den sjuke får allt svårare att kontrollera dem”.

163 Originaltexten lyder: ”All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.”

164 ”Även om den rättsvetenskapliga mytologin återger rättssubjektets narratologi som något ahistoriskt, så *existerade inte* rättssubjektet före 1840. Men naturligtvis hade marken för dess ankomst förberetts tidigare; dels genom naturrättens minskande betydelse, dels genom stånds- och privilegiesamhällets succesiva upplösning, dels genom en förändrad filosofisk subjektsuppfattning som betonade individens autonomi, dels genom en ny individsyn inom den politiska filosofin (liberalismen; romantiken).” Gustafsson, Dissens s. 129.

165 Wennström a.a. s. 9 skriver att det moderna samhällets utveckling i Sverige innebar ett skifte från bondesamhälle till industrisamhälle som ställde *två individideal* mot varandra: ståndspersonen mot den moderna borgaren som inte byggde sin framgång på arv eller social ställning utan genom möjligheten till ekonomiskt självförverkligande och möjligheten att ”ackumulera kapital”; jfr Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s. 114.

166 Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten s. 114.

167 ”I samma takt som en människas börd förlorade i betydelse blev den individuella meriten, den enskilda prestationen, allt viktigare” skriver Björk i ett sammanhang där industrialismens framväxt i 1800-talets England förklaras bilda bakgrund till John Stuart Mills ”Om friheten” – enligt Björk ofta omtalad som ”liberalismens bibel”. Björk, Fria själar s. 84.

och kapitalistiska samhälle som var under utformning.[168]

> ”By the nineteenth century […] legal capacity had become one of the essential attributes of a person as a legal subject, an expression of the individual’s free and equal status.”[169]

Alla människor inkluderades dock inte i denna nya ”myndighet”, innebärande möjlighet att bestämma över sig själv och sina egna angelägenheter och möjligheten att skapa sig själv och sin egen framgång.[170] I början av 1900-talet var alltjämt kvinnor rättsligt omyndiga och ställda under sin fars eller makes förmyndarskap. Såväl kvinnor som barn och vissa vuxna var med andra ord diskvalificerade som autonoma subjekt.[171] Denna ordning, om än inte för kvinnornas del,[172] framstod som fullständigt naturlig för John Stuart Mill, en av de kanske mest inflytelserika liberala tänkarna. Redan tidigt i den välkända texten ”On Liberty”,[173] undantar Mill vissa personer från den doktrin om det suveräna autonoma subjektet som han just inlett:

> ”The object of this Essay is to assert one very simple principle. […] That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their

[168] Sandgren a.a. s. 115; se även Gustafsson a.a. s. 129: ”Språnget in i moderniteten krävde en annan subjektsuppfattning än den som låste både individen och samhället i föråldrade […] kategorier.”

[169] Wijffels, Legal Capacity in Historical Perspective s. 60.

[170] Björk beskriver hur Mill har en dröm om människan som han iscensätter i Om friheten när han argumenterar för att *alla sätt att vara människa inte är lika bra*. ”Den kvalitativt högtstående människan, den fulländade människan, är för Mill just den oberoende och suveräna individen. Hennes främsta kännetecken är att hon har skapat sig själv, att hon är en *selfmade* produkt sprungen blott ur sina egna händer.” Björk a.a. s. 84.

[171] Wijffels, Legal Capacity in Historical Perspective s. 61.

[172] Se The Subjection of Women, där Mill argumenterar för att kvinnor bör tillmätas samma subjektsstatus som män. Mill menar att kvinnors behov av hjälp i offentliga sammanhang – i betydelsen utanför hemmets väggar – är inlärt. Det finns inget som talar för att inte kvinnor om de ges samma förutsättningar som män har möjlighet att vara subjekt på samma villkor som männen. Inledningsvis slår Mill fast att hans syfte med uppsatsen är att argumentera för att ”[t]he principle which regulates the existing social relations between the two sexes – the legal subordination of women – is wrong in itself, and now one of the chief hindrances to human improvement; and that it ought to be replaced by a principle of perfect equality, admitting no power or privilege on the one side, nor disability on the other.” Mill, *On Liberty* and *The Subjection of Women* s. 134.

[173] On Liberty sägs, i introduktionsdelen i den utgåva av On Liberty som här använts, vara ”one of the sacred texts of liberalism”. Introduktionen är författad av redaktören för utgåvan, Alan Ryan, Warden på New College, Oxford och tidigare professor i politik vid Princeton University.

> number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. […] Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign. It is, perhaps, hardly necessary to say that *this doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties*. We are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to *require being taken care of by others*, must be *protected* against their own actions as well as against external injury."[174]

Principen om frihet som Mill argumenterar för ska tillämpas för den suveräna individen, med självbestämmande över sin egen kropp och själ. Undantagna från frihetsprincipen är individer som inte har "mogna förmågor" (fri översättning av "maturity of faculties"). Den som är beroende av andras omsorger måste skyddas från sina egna handlingar, likväl som från att skadas av andra.[175]

I det nyss sagda kan anas både ett enkelt och komplicerat svar på denna studies huvudfråga: vilken betydelse en utvecklingsstörning har för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten. En utvecklingsstörning kan ha stor betydelse för en individs ställning som rättssubjekt eftersom funktionsnedsättningen innebär en avvikelse från det ideala sättet att vara som människa i rätten. Rättsliga strategier för att kompensera brister hos rättssubjektet vad gäller förmåga att kommunicera en förnuftig vilja är föremålet för nästa avsnitt.

6.2.7 Rättsliga strategier när ideal och verklighet inte möts

6.2.7.1 Kompensation som "helande" funktion

Individer som inte lever upp till normen för mänskligt varande i rätten, som inte uppvisar de egenskaper eller förmågor som rättssubjekten förväntas ha och därmed *inte är som homo juridicus*, utgör ett rättsligt problem. Å ena sidan finns krav på icke-diskriminering och allas likhet inför lagen, liksom lagfästa ambitioner om att genom rättighetslagstiftning utjämna olikheter i levnadsvillkor mellan människor med eller utan funktionsnedsättningar så att de förstnämnda kan "leva som andra".[176] Å

[174] Mill, On Liberty s. 16.

[175] Jfr Hesselink, Capacity and Capability in European Contract Law s. 33.

[176] Se kapitel 3 för närmare redogörelse för målsättningen om möjlighet att leva som andra och om regler på olika nivåer inom rättssystemet avseende icke-diskriminering och likabehandling.

andra sidan finns som framgått ovan både uttalade och underförstådda krav som måste mötas för att någon ska anses ha personlig förmåga att rättshandla. Dessa krav diskvalificerar vissa personer som agerande rättssubjekt, och därmed kan inte likhetsideologin upprätthållas.

Följden blir att rättssubjekts bristande förmågor måste kompenseras för att den ovillkorliga icke-diskrimineringen och likabehandlingen ska kunna upprätthållas även för personer som saknar personlig förmåga att rättshandla. Saknas sådan förmåga uppstår dessutom ett annat problem. De individuella rättigheter som personer med funktionsnedsättningar är tillskrivna enligt SoL och LSS förutsätter att den enskilde samtycker till eller själv begär dem. Saknas förmågan att göra så, kan svårligen dessa rättigheter förverkligas. Från den enskildes perspektiv kan därmed ställningen som rättighetsbärare enligt dessa lagar sägas bli meningslös; utan förmåga att rättshandla blir rättigheterna otillgängliga. Kraven på frivillighet och egen ansökan kan med andra ord innebära att den enskilde blir utan sådan hjälp eller sådant stöd som han eller hon har rätt till. Värnandet av enskildes frihet och likabehandling kan därmed hävdas ha en baksida:

> ”The notion of active citizenship incorporates the idea of responsibilization of the citizen; the citizen is not only endowed with rights but also with responsibility. The problem is that the responsibility for the citizen’s health or social well-being can be imposed on people who may not necessarily have the capacity or knowledge required to make such decisions, even though they are given all the necessary information. […] the conscious avoidance of juridification brought about by the welfare state leads to a new, or rather old (liberal) type of juridification in which citizens are expected to be alert to their own rights and able to defend them in court if necessary. The problem with this, of course, is that not everyone – especially the ill and socially excluded – may have the resources, knowledge or capacity to do so.”[177]

Olika strategier för att åstadkomma kompensation för den som inte har förmåga att rättshandla kan identifieras i rätten. För barn, som enligt lag presumeras sakna förmåga att rättshandla, kompenseras den bristande förmågan genom vårdnadshavaren och förmyndaren (se FB kap 6 och 9). För vuxna är presumtionen att förmåga att rättshandla finns. Om det i enskilda fall bedöms att personlig förmåga att rättshandla brister, finns olika kompensationsstrategier beroende av vilket slags brist som är ifråga.

[177] Kotkas, Governing Health and Social Security in the Twenty-First Century: Active Citizenship Through the Right to Participate s. 178 f.

Om det är *kommunikationsförmågan* som är nedsatt, är tanken att denna kan kompenseras genom hjälp från en personlig assistent enligt LSS (9 § 2). Personlig assistans som insats är en utkrävbar rättighet för den som uppfyller lagens krav.[178] Om det istället är den enskildes förmåga att uttrycka en *förnuftig vilja* som är nedsatt, finns ingen motsvarande hjälp- eller stödfunktion att utkräva. Den enda kompenserande funktion som finns i det svenska rättssystemet för individer som saknar sådan förmåga är det legala ställföreträdarskapet i form av god man eller förvaltare. Hjälp från en god man betraktas dock inte som en rättighet.[179] Det är inte heller självklart att det ingår i en god mans uppdrag att hjälpa den enskilde att fatta egna beslut.[180] Ett förvaltarskap är i det närmaste att betrakta som ett tvångsingrepp i den enskildes privata sfär, jämförbart med sociala tvångsvårdsingripanden. Både godmanskapet och förvaltarskapet läker förvisso brister hos rättssubjektet i rättslig mening, men priset för förvaltarskapet är för den enskildes subjektsstatus i rätten högt. Genom anordnande av ett förvaltarskap frånkänns den enskilde i viss utsträckning sin sakliga förmåga att rättshandla (se FB 11:9).[181]

Mot bakgrund av det sagda kan frågas efter i vems intresse som kompensation sker med avsikt på bristande personliga förmågor. Ligger ”läkningen” av rättssubjektets förmågor i den enskildes eller i systemets intresse? Argument finns för att svaret är både och.[182] Eftersom alla människor är rättssubjekt med rättskapacitet, det vill säga är personer i rätten som kan ha rättigheter eller skyldigheter, kan det anses ligga i rättssystemets intresse att rättssubjekten också kan utkräva rättigheterna eller fullgöra skyldigheterna – antingen på egen hand eller genom annan. Om vissa rättssubjekt saknar den möjligheten kan inte likhetsideologin vidmakthållas. På motsvarande sätt ligger det i de enskilda individernas intresse att kunna utkräva sina rättigheter eller fullgöra sina skyldigheter, även om den faktiska förmågan att göra så på egen hand brister.

[178] Se avsnitt 6.2.3.2.

[179] Tvärtom förefaller tillämpningen med stöd i principen om minsta ingripande åtgärd vara restriktiv både när det gäller godman- och förvaltarskap. Se Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar s. 459–477.

[180] Se Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 271, där en reformerad syn på ställföreträdarens uppgifter föreslås.

[181] Se angående förvaltares behörighet, kapitel 5, avsnitt 5.6.6.3.

[182] Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar s. 461 f.

Samtidigt kan kompensationsstrategierna även anses fylla ett helt annat slags intresse: den normaliserande maktens intresse av att människor formas enligt samma mall. Strategierna för kompensation kan betraktas som sätt att hjälpa och stödja individer i underordnade positioner i rätten, men de kan även betraktas som ett sätt att forma subjekten till ett visst sätt att vara som människa. Det är ju *endast* den som uppvisar *homo juridicus* förväntade förmågor eller egenskaper som erkänns som fullvärdigt rättssubjekt med förmåga att rättshandla. Genom normen – det påbjudna, ideala sättet att vara som människa i rätten – både skapas och återskapas idealmänniskan i rätten. Och de individer som vill erkännas som agerande rättssubjekt anpassar sig till, *blir som*, normen.[183] Om de kan.

6.2.7.2 Normalisering som subjektsskapande makt

Det som hävdades strax ovan ska här granskas lite närmare. De individer som avviker från normen för sättet att vara som människa i rätten och som i faktisk mening *kan förändras*, måste för att kvalificera sig som aktiva rättssubjekt *bli* som *homo juridicus*. Först när de kan kommunicera en förnuftig vilja erkänns de som agerande rättssubjekt. Typexemplet för detta påstående är att barn växer upp och under processen antas förvärva omdömesförmåga i tillräcklig grad för att kunna ta ansvar för sina handlingar senast vid 18 års ålder. De antas vid denna tidpunkt ha förvärvat *homo juridicus* egenskaper och förmågor. Samma sak gäller för den som är vuxen men tillfälligt anses sakna personlig förmåga att rättshandla, exempelvis på grund av sjukdom. Så länge sjukdomstillståndet pågår och den enskilde inte bedöms kunna kommunicera en förnuftig vilja diskvalificeras den sjuke som agerande rättssubjekt. När de förutsatta förmågorna

[183] Hacking beskriver denna process som en växelverkan, en ”återkopplingseffekt på sociala kategorier”. Hacking, Social konstruktion av vad? s. 49 ff, särskilt s. 52. Om en kategorisering har vissa effekter eller konsekvenser, anpassar sig människor till kategoriseringen för att uppnå dess effekter eller konsekvenser. Det exempel som Hacking anför är kategorin, eller idén om, ”kvinnliga flyktingar”. Idéer, skriver Hacking, har betydelse. ”Det kan verkligen vara av vikt för någon om hon kan kategoriseras som kvinnlig flykting; om hon inte blir kategoriserad som sådan kan hon deporteras, eller gå under jorden, eller gifta sig för att få medborgarskap. […] Hon behöver bli en kvinnlig flykting för att få stanna i Kanada; hon lär sig vilka drag hon ska lägga sig till med, vet hur hon ska leva sitt liv. Genom att leva det livet utvecklas hon, blir hon en särskild sorts person (en kvinnlig flykting).” Hacking a.a. s. 25. På samma sätt blir vi alla *homo juridicus* i mötet med rätten genom att anpassa oss till de krav som uppställs för att vi ska erkännas som fullvärdiga rättssubjekt med förmåga att rättshandla.

bedöms vara intakta igen, tillerkänns den enskilde ånyo sin personliga förmåga att rättshandla.[184]

Men hur är det då med de avvikande individer som inte kan förändras, som inte har normens egenskaper och förmågor, och heller inte förväntas kunna förvärva dessa? Dessa måste kompenseras *genom en annan person* för att kunna agera i rätten. Den andre personens ”läkande” funktion, innebär att *homo juridicus*-idealet kan upprätthållas. Att vissa människor inte uppfyller rättens krav på förmågor och egenskaper blir därmed inte en verklighet som rätten behöver anpassas efter. När verkligheten (individen) inte möter kraven och heller inte kan förändras så att kraven kan mötas, får han eller hon istället ersättas med annan idealtypisk person som får företräda vederbörande. Denna andra, ”läkande”, person är den legala ställföreträdaren, den gode mannen eller förvaltaren.[185] För att kunna förordnas som god man eller förvaltare krävs enligt FB 11:12 att den tilltänkta ställföreträdaren är ”rättrådig, erfaren och i övrigt lämplig”. Det kan anas att det som krävs är typiska *homo juridicus*-egenskaper.[186]

Som klargjorts i kapitel 5 innebär inte ett anordnande av god man några förändringar vad gäller den enskildes ställning som subjekt i rätten i rättslig mening, vare sig vad gäller den sakliga förmågan att rättshandla eller den formella rätten till självbestämmande.[187] En obesvarad fråga är dock hur det är ställt med ställningen som subjekt i rätten i *faktisk* mening för de individer som, exempelvis på grund av utvecklingsstörning, anses sakna centrala egenskaper och förmågor jämfört med idealmänniskan i rätten. Det är en sak huruvida dessa brister kan kompenseras eller läkas med avsikt på den personliga förmågan att rättshandla. En helt

[184] Här kan särskilt svåra problem noteras när det gäller *frånvaro av samtycke till frivillig vård* som förutsättning för tvångsvård enligt LPT. Lagen kräver att det inte på frivillig väg, med samtycke, går att ge den enskilde den vård som han eller hon måste ha (se LPT 3 §). Frågan om hur samtyckens giltighet eller personers oförmåga att samtycka till vård ska bedömas, kan vara mycket svår i praktiken. Kindström Dahlin, Psykiatrirätt s. 191, exemplifierar problemen med att bedöma samtycke till psykiatrisk vård med följande frågor: ”Är ett samtycke till vård ett uttryck för en verklig vilja? Är patienten ambivalent? Är samtycket villkorat eller handlar det om att 'kringgå' de rättsliga rekvisiten för att undvika tvångsvård? Är det fråga om en patient som har för avsikt att ta emot vården frivilligt men erfarenhetsmässigt har haft svårt att realisera denna avsikt?” Frågorna har diskuterats i förarbetena till LPT och konstaterats vara svåra. Se prop. 1999/2000:44 s. 115.

[185] Ekelöf, Rättegång II s. 51.

[186] Vad som närmare avses med dessa krav på legala ställföreträdare undersöks nedan i avsnitt 6.3.5.

[187] Kapitel 5, avsnitt 5.6.6.

annan sak är i vilken utsträckning som personer med utvecklingsstörning tas på allvar som självbestämmande subjekt i rätten – om deras viljeyttringar tillmäts betydelse på ett sådant sätt som förutsätts enligt rätten till självbestämmande.

Rätten till självbestämmande i SoL och LSS sägs inte vara beroende av förmåga att rättshandla.[188] Tvärtom. I den allmänna motiveringen till LSS understryks särskilt vikten av en mycket stor lyhördhet och respekt för de önskemål som den enskilde ger uttryck för i de fall då legal ställföreträdare begär insatser för den enskilde.[189] Av LSS 6 § framgår att den enskilde i största möjliga utsträckning ska ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges. Enligt förarbetena innebär 6 § att den enskildes rätt att bestämma över sig själv och sina egna angelägenheter ska respekteras, och att dennes önskemål om exempelvis vem som ska utses som kontaktperson eller hur omsorgsinsatser ska utformas, ska tillgodoses i största möjliga utsträckning.[190]

Kan det därmed antas att *homo juridicus*-normen, inom ramen för 'leva som andra genom ställföreträdare', enbart påverkar förmågan att rättshandla, i betydelsen att begära insatser eller föra sin talan processrättsligt, men inte möjligheten att i likhet med andra få gehör för sin självbestämmanderätt? Eller, annorlunda uttryckt, kan normen endast sägas ha betydelse för ställningen för en person med utvecklingsstörning som (agerande) rättssubjekt, men inte som subjekt i rätten? Dessa frågor står i fokus i nästa avsnitt.

6.3 Personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt och subjekt i rätten

6.3.1 Rättssubjektivitet, rättssubjektsroller och möjligheten att vara ett subjekt

I det fortsatta flyttas fokus från *homo juridicus* som norm för det mänskliga sättet att vara i rätten, till personer med utvecklingsstörning som avvikelse. Utgångspunkten för undersökningen utgörs av de grundantagan-

[188] Se kapitel 4, avsnitt 4.6.

[189] Prop. 1992/93:159 s. 97.

[190] Prop. 1992/93:159 s. 173. Se kapitel 4, avsnitt 4.6.1.2 för en mer utförlig redovisning av innebörden av frivillighetsprincipen enligt LSS.

den som i kapitel 1 förklarades i relation till cripteori som normkritisk riktning inom funktionshinderforskning.[191] Inom denna teoribildning är en utgångspunkt att språk är makt. Den cripteoretiska positionen innebär kritik av det språkbruk som korresponderar med och ger företräde till den förgivet-tagna normaliteten. Genom ifrågasättande av vad som tas för givet som normalt, kan föreställningar om normaliteten kritiseras.

Personer med utvecklingsstörning kan inte sägas ha makten över rättens språkbruk, kategoriseringar eller kvalificeringar. De kan inte heller sägas ha makten över vad som betraktas som ett normalt eller onormalt sätt att vara och leva (som andra). Genom sitt annorlunda sätt att vara bryter de, oavsiktligt men ofrånkomligen, mot normen om sättet att vara som människa i rätten. Frågan för det kommande är om dessa personer, trots det uppenbara underläget i rätten, ändå kan sägas vara sådana självbestämmande subjekt i rätten som formella regler om självbestämmande förutsätter. Frågan är även vilka förväntningar på, och därigenom normer för, hur personer med utvecklingsstörning ska vara och leva som skapas genom olika rättsliga kategoriseringar.

Den rättsliga vokabulären och de rättsliga praktikerna skapar världen på ett visst sätt. Det rättsliga språkbruket är ett sätt att utöva makt:

> ”[l]aw fashions the characters, personas, sensibilities, identities, myths, and traditions that compose our social world.”[192]

De rättsliga praktikerna är tätt sammanlänkade med språket; de är ”kommunikativa” praktiker på temat tillämpning, tolkning eller ändring av rättsnormer, vilka i sin tur är uttryckta i lagar eller andra rättskällor.[193] Stiftandet av lagar, domarens avgöranden och rättsvetenskaparens ställningstaganden är *språkhandlingar*.[194] Juristerna, de interna deltagarna i rätten, är tränade i ett språk som är specifik för rättskulturen, vilket kan

[191] Se avsnitt 1.1.2.2 om cripteori och dess grundläggande antaganden.

[192] Binder & Weisberg a.a. s. 18.

[193] Tuori, Rättens nivåer och dimensioner s. 7 ff förklarar att med *rättsliga praktiker* menas såväl de lagstiftande procedurerna som rättskipningen och rättsvetenskapen. På s. 17 f anför Tuori att: ”Rätten har således två ansikten. Rätten är inte bara ett normativt fenomen, en rättsordning, utan den består också av särskilda rättsliga praktiker som kontinuerligt producerar och reproducerar denna rättsordning. Rätten som rättsordning är beroende av rätten som rättsliga praktiker. Beroendeförhållandet mellan rättens två dimensioner är emellertid ömsesidigt […] de rättsliga praktikerna är i sin tur beroende av rätten som rättsordning.”

[194] Tuori, Rättens nivåer och dimensioner s. 8.

uppfattas som främmande för de som står utanför denna kultur.[195] Inom denna kulturs ramar tolkar juristerna verkligheten; benämner den, kategoriserar den, skapar och styr den.

Alla som deltar i den rättsliga diskursen med en ”performativ inställning” till den, det vill säga med ”ett implicit, dolt, normativt ställningstagande till rättens förpliktande natur” har makt genom språket.[196] Deltagarna i rättens produktion och reproduktion bär därmed ett personligt ansvar för de ”sanningar” som sätts i verket genom det rättsliga språket och rättens tillämpning.[197] Varje beslut och varje motivering, varje argument som framförs i en rättsvetenskaplig text och varje upprepning av vad som sagts i en rättskälla, bygger den världsbild inom vilken det ”normala” rättssubjekt skapas och därmed individernas handlingsutrymme som subjekt.

När det nedan analyseras vilket handlingsutrymme som subjekt som ges i rätten till personer med utvecklingsstörning, sker så med ingången att dessa personer såsom beskrevs inledningsvis har en underordnad position på flera plan inför de rättsliga praktikerna. För det första får de sägas sakna makt över orden – över problemformuleringarna, verklighetsbeskrivningarna eller tolkningarna. För det andra kan de även antas ha svårigheter att förstå de rättsliga spelreglerna och att agera inom rätten på grund av funktionsnedsättningens yttringar. För det tredje är de redan ställda i en avvikelseposition som rättssubjekt genom att funktionsnedsättningen innebär att de bryter mot normen om sättet att vara som människa i rätten. Deras förmåga att kommunicera en förnuftig vilja kan ifrågasättas. Sammantagna ger dessa faktorer en ostadig grund för hävdande av självbestämmande.

Vidare bör noteras att rättssubjektivitet, rättssubjektsroller och faktisk möjlighet att få gehör för sin egen person som ett subjekt, hänger intimt

[195] Tuori a.a. s. 9.

[196] Tuori a.a. s. 7.

[197] Enligt Gustafsson, Dissens s. 81, not 92, finns det skäl att fråga sig vad det innebär att delta i en diskurs och vilket ansvar ett sådant deltagande genererar. ”Den föregivet deskriptiva språkstrukturen förleder oss att vi enbart ’citerar’ en redan färdig struktur, ett objektivt objekt, som kan återges utan att frågor om ansvaret aktualiseras. Men innebär en ’citering’ att man är utan ansvar för det yttrade, för beskrivningen och klarläggandet, att man ’bara’ använder det språk som finns till hands (att det ’bara’ är en social konstruktion, en rättskonstruktion, en fiktion, en konvention, en cynism)?” Ett enkelt svar (i boken erbjuds dock ett betydligt mer teoretiskt avancerat och ingående svar, se s. 79–86) på frågan ger Gustafsson i not 91 på s. 80: ”Ett sexistiskt eller rasistiskt skämt reproducerar och förlänger den överordnade samhälleliga sexismen och rasismen.”

samman. Ställningen som rättssubjekt har olika innebörder i olika sammanhang, beroende av vilka diskurser som omgärdar rollen och vilka intressen den avser att tillgodose. Somliga slag av rättssubjektivitet kan upplevas stigmatiserande,[198] medan andra tvärtom signalerar självständighet och oberoende.[199] Även subjektets handlingsutrymme varierar i olika roller. Variationerna kan bero av formella regler, men även av andra faktorer såsom föreställningar eller antaganden om vad som är normala och önskvärda beteenden eller sätt att leva. Föreställningarna och antagandena om hur människor ska vara och leva kan i sin tur förklaras genom olika synsätt eller förklaringsmodeller om vad ett funktionshinder är och vem som är funktionsnedsatt.[200]

Som beskrevs i kapitel 1 finns olika slag av förklaringsmodeller om funktionshinder som kan användas för att förklara och förstå rättslig reglering rörande personer med funktionsnedsättningar.[201] I dagsläget är det den relationella eller miljörelativa förklaringsmodellen som är den dominerande, men det har inte alltid varit så. Vilken förklaringsmodell som styr synen på vad som är problematiskt och vad som kan göras åt det, varierar även beroende av kunskapsfält. Förenklat kan dock sägas att den individuella/medicinska modellen i de flesta sammanhang har ersatts av den sociala modellen, vilken sedermera har utvecklats till den relationella eller miljörelativa modellen.

Skillnaden mellan de sistnämnda modellerna ligger i betoningen av relationen mellan individ och samhälle, mellan människa och miljö. I miljön inkluderas enligt den miljörelativa modellen inte bara samhället som organisation, utan även relationerna till andra människor, varför bemötandefrågor anses ha stor vikt. Huruvida någon betraktas som

[198] Se Kammarrätten i Stockholms dom 2005-02-08, mål nr 5886-04. En ung man som efter psykologutredning hade visat ”en genomgående störning i utvecklingen/autismspektrumstörning” hade fått hjälp av sin mamma att ansöka om kontaktperson enligt LSS. Mannen tog dock tillbaka ansökan efter att ha uttryckt funderingar kring vad kontaktpersonen skulle anse om honom om han ansökte enligt LSS. Istället ansökte han om insatsen genom SoL. Efter att ansökan avslagits i såväl socialnämnd som förvaltningsrätt, anförde mannen i sin talan i kammarrätten att han inte ville ansöka enligt LSS ”eftersom kontaktpersonen då kommer att få reda på att han har en diagnos, vilket han inte vill, samt att det ska komma ut att han har en diagnos.” Kammarrätten biföll mannens överklagande och beviljade honom kontaktperson enligt SoL med hänvisning till LSS 4 §.

[199] Rättssubjektsrollen ”avtalspart” signalerar, åtminstone för mig, självständighet och oberoende.

[200] Se kapitel 1, avsnitt 1.1.2.

[201] Lindqvist, Funktionshindrade i välfärdssamhället s. 39.

funktionshindrad eller ej beror på såväl fysiska som upplevda hinder för deltagande i samhället. Upplevelserna handlar om hur individen bemöts av andra; med vilka attityder och föreställningar, men även med vilket språk denne bemöts.[202] De diskurser som omgärdar rättssubjektsrollerna inom social- respektive förmynderskapsrätten, vilka ska analyseras nedan, kan delvis förklaras med stöd i vilken modell eller vilket synsätt på funktionshinder som var rådande vid den tidpunkt då regleringarna tillkom.

De diskurser som omgärdar rättssubjektsrollerna har betydelse på flera sätt när ställningen som rättssubjekt och subjekt i rätten undersöks med utgångspunkt i ett annorlundavara som utvecklingsstörning. Att individer underkastar sig en rättslig kategorisering och de förväntningar som följer av denna, är ett sätt för den normaliserande makten att verka subjektsskapande. Sociala kategorier innebär en samtidig underkastelse och möjlighet att existera. Priset för att existera, att finnas eller erkännas, är underkastelse inom de ramar för existensen som formulerats av andra.[203] Den normaliserande maktens kraft ligger i individernas önskan att erkännas som subjekt.[204]

6.3.2 Rollen som rättssubjekt inom socialtjänsten

6.3.2.1 Biståndssökande enligt SoL – en motsägelsefull diskurs för funktionshindrade

Förutsättningarna för att rätt till bistånd enligt SoL ska föreligga har analyserats i kapitel 4, avsnitt 4.3. Här ska istället analyseras vilka föreställningar och antaganden om den biståndsbehövande individen som kringgärdar rollen som biståndssökande.

Inledningsvis kan konstateras att rätt till bistånd enligt SoL som grundförutsättning kräver att den enskilde har ett *behov* av biståndet (SoL 4:1). Att ett behov är den springande punkten för erkännande som rättssub-

[202] Lindqvist a.a. s. 39. Se även SOU 1999:21 där bemötandefrågorna särskilt lyfts fram som betydelsefulla för vad som betraktas som funktionshinder och vem som betraktas som funktionshindrad.

[203] Jfr Supiot, Homo juridicus s. viii: ”before we can dispose of ourselves freely and say ’I’, we are already a subject of law, bound – *sub-jectum*: thrown under – by words which tie us to others.”

[204] Butler, The Psychic Life of Power s. 20: ”Social categories signify subordination and existence at once. In other words, within subjection the price of existence is subordination. […] Subjection exploits the desire for existence, where existence is always conferred from elsewhere; it marks a primary vulnerability to the Other in order to be.”

jekt har särskilt betydelse. Rätten till bistånd eller insats förutsätter att den enskilde kan bedömas vara *behövande* och som utsatt[205] eller svag.[206] En förutsättning för att rätt ska anses föreligga är att den enskilde *inte har en skälig levnadsnivå* (SoL 4:1 st 3). Kan inte den sökande uppfattas som behövande, utsatt eller svag föreligger ingen rätt till bistånd eller insats. Rätten till bistånd gäller således enbart för den som befinner sig i en underordnad avvikelseposition vad gäller levnadsnivå eller levnadsvillkor jämfört med vad som betraktas som skäligt.

Positionen som svag eller utsatt befästs därtill ytterligare genom att rätten till bistånd inträder först när den enskilde kan visa att vederbörande inte själv eller på annat sätt än genom bistånd, kan tillgodose sina behov. Utgångspunkten är ett *egenansvar* för situationen. Individen måste således visa upp en *otillräcklighet* eller *oförmåga* vad gäller sina möjligheter att själv försörja sig eller att tillgodose sina behov för livsföringen i övrigt (se SoL 4:1). Bistånd som beviljas ska enligt SoL 4:1 st 3 utformas så att det stärker den enskildes möjligheter att leva ett självständigt liv.

Kravet på att den enskilde måste vara svag och oförmögen att klara sig själv är dock inkonsekvent. Egenansvarsprincipen ställer krav på den biståndssökande att visa att hon gjort vad hon kan för att få sina behov tillgodosedda. Den som betraktas som ”arbetsför” måste visa att hon har sökt arbeten, den som kan vara berättigad till andra bidrag måste i första hand söka dessa, den som inte kan språket och av denna anledning saknar möjlighet att få arbete måste delta i språkundervisning för att bistånd ska

[205] Vad gäller just ordet *utsatt* kan noteras att ”*utsättande*” var en praktik i Sverige under medeltiden. Barn med missbildningar, men även barn som det inte fanns försörjningsutrymme för, lämnades att dö. Symboliskt var tanken att de återlämnades till gudarna. Hur vanligt förekommande detta var finns ingen kunskap om. Se Grunewald, Från *idiot* till medborgare s. 39.

[206] Ambitionen att genom lagstiftning skapa rättsligt skydd för svaga grupper, är ett syfte som framhålls inom både civil- och offentligrätten, se exempelvis Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten, s. 115; se även Hollander, Rättighetslag i teori och praxis s. 47, som skriver att välfärdsrättens syften är att ge svagare grupper och svagare intressen skydd. Se även prop. 1992/93:159 s. 43 där departementschefen resonerar på följande sätt angående det angelägna i att införa LSS mitt i en period av samhällsekonomisk kris: ”Ibland förs den fördelningspolitiska debatten som om de flesta svenska skulle vara ’*svaga*’. Det riskerar dränka kraven på angelägna förbättringar för de som har de (sic!) allra *svårast*. Det är sällan som de starkaste organisationerna företräder de mest *utsatta* människorna. Enligt min mening är det angeläget att vi även i svåra tider kan finna utrymme för förbättringar för *de mest utsatta* till vilka människor med grava funktionsnedsättningar hör.” (mina kurs.)

kunna utfalla etc.[207] Det finns ingen formulering i lagtexten om undantag från denna princip, vilket innebär att samma krav enligt egenansvarsprincipen att göra vad man kan för att tillgodose behoven på andra sätt, kan ställas på *alla* biståndssökande. Även på individer som saknar förmågorna att kunna möta dem.[208] Upprätthålls egenansvarsprincipen strikt, kan den innebära att bistånd kan nekas den som på grund av funktionsnedsättning är oförmögen att exempelvis söka andra bidrag. Så var fallet i en kammarrättsdom som refererades ovan i kap 4.[209]

Rätten till självbestämmande enligt SoL 1:1 st 3 innebär vidare att socialnämnden inte, med beaktande av legalitetsprincipen (RF 1:1), kan ge bistånd till den som inte frivilligt tar emot hjälpen. Både självbestämmanderätten och egenansvarsprincipen synes utgå från en människa med andra egenskaper, förmågor eller en annan livssituation än den människa som kan beskrivas som svag, utsatt och oförmögen att på egen hand tillgodose sina behov. Den självbestämmande individen med förväntad förmåga att söka arbete eller bidrag eller att utbilda sig, är mer lik den autonoma ideala medborgaren som inte behöver samhällets stöd, än de utsatta eller svaga grupper som lagstiftaren i SoL kapitel 5 pekar ut som särskilda målgrupper för socialtjänstens arbete: barn som far illa, missbrukare, personer med funktionsnedsättningar, äldre och brottsoffer.

Att de biståndssökande kan betraktas både som autonoma och svaga, utsatta eller behövande, innebär att rollen som rättssubjektet förväntas spela är motstridig och oklar. Individen måste å ena sidan bedömas vara svag för att vara berättigad, men samtidigt stark nog att göra vad som krävs enligt egenansvarsprincipen. Hon måste framstå som både hjälpbehövande *och* självständig, i betydelsen suverän över sig själv och sin situation. Om individen inte uppfattas som tillräckligt svag eller hjälpbehövande får han eller hon inte bistånd. Men om individen inte kan visa att hon har gjort vad hon bör i enlighet med egenansvaret, så kan bistånd ändå komma att nekas.

En förklaring till denna ambivalenta rättssubjektsroll kan vara att SoL utgår från grundtanken att alla människor *är* autonoma, men ibland av olika orsaker kan ha hamnat i en svag eller utsatt ställning och därför kan

[207] Se Fridström Montoya, Rätten till bistånd enligt SoL s. 93 f s. 98 ff och s. 106 f.

[208] Jfr angående krav på deltagande Kotkas, Governing Health and Social Security in the Twenty-First Century: Active Citizenship Through the Right to Participate s. 178 f.

[209] Se Kammarrätten i Göteborg dom 2010-09-23, mål nr 721-10, refererad under avsnitt 4.3.3.

behöva samhällets stöd.[210] Av SoL 1:1 st 2 följer att ”[s]ocialtjänsten skall under hänsynstagande till människans ansvar för sin och andras sociala situation inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och gruppers egna resurser.” Genom biståndet ska individen få den hjälp som behövs för att han eller hon ska kunna återgå till det normala tillståndet som självständig, oberoende, självförsörjande och fri – som alla andra. Normen för mänskligt varande i SoL är med andra ord autonomi – människan förväntas vara, eller genom stöd *bli*, som *homo juridicus*. Att denna ambition kan vara svår att uppnå för de som utan att välja det *är* annorlunda, behöver knappast sägas.

I förarbetena till SoL diskuterades inte särskilt funktionsnedsättningar i relation till rätten till bistånd. Däremot diskuterades synen på ”handikapp” i relation till målsättningen om möjlighet att leva som andra i SoL 5:7 (ÄSoL 20 §). Tillgänglighet, integration och normalisering betonades som det eftersträvansvärda.[211] Funktionshinder betraktades, i enlighet med den sociala förklaringsmodellen avseende funktionshinder, som ett problem i samhällets organisation och struktur, inte som ett problem hos enskilda individer. Enligt SoL 5:7 ska socialnämnden verka för att den som på grund av fysisk, psykisk eller annan anledning möter betydande svårigheter i sin livsföring får möjlighet att delta i samhällets gemenskap och leva som andra, att den enskilde får en meningsfull sysselsättning och får bo på ett sätt som är anpassat efter hans eller hennes behov av särskilt stöd (SoL 5:7). Socialnämnden ska också planera sin verksamhet för personer med funktionsnedsättningar, och i samband därmed samverka med landstinget, andra samhällsorgan och organisationer (SoL 5:8). Med beaktande av dessa lagrum kan konstateras att ansvaret för personer med funktionsnedsättningar enligt SoL är utformat med utgångspunkt i den sociala förklaringsmodellen om funktionshinder; socialnämnden ges ett ansvar att verka för att samhället anpassas – inte att individen anpassas till samhället.

[210] Se prop. 1979/80:1 Del A s.124 ff; se även Fridström Montoya, Introduktion till socialtjänstlagstiftningen s. 58. Grundtanken i fråga benämns som ”tilltro till människans egen förmåga”. Med detta menas att utgångspunkten i det sociala arbetet lite klichéartat ska vara ”hjälp till självhjälp”. Detta synsätt var en nyhet i socialtjänstreformen eftersom det innebar ett brott med tidigare paternalistiska (och många gånger nedlåtande) synsätt på människor i behov av samhällets stöd.

[211] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.2.1 om leva som andra enligt SoL där synen på funktionshinder i SoL diskuteras närmare från ett rättsdogmatiskt perspektiv. Tillgänglighet, integration och normalisering framhålls i prop. 1979/80:1 Del A s. 295.

6.3.2.2 Insatssökande enligt LSS – en avvikelseposition

Liksom när det gäller den som är berättigad till bistånd enligt SoL är det den enskildes *behov* som är den grundläggande förutsättningen för rätt till insatser enligt LSS.[212] Inom LSS finns dock ingen egenansvarsprincip. Det ställs inga krav på den enskilde att visa sig oförmögen att tillgodose sina behov på egen hand eller att få dem tillgodosedda på något annat sätt. Ett sådant krav vore oförenligt med LSS, eftersom lagens personkretsar enligt 1 § avser människor med livslånga, svåra och/eller omfattande funktionsnedsättningar som svårligen kan tillgodose sina behov på andra sätt än genom samhällets hjälpinsatser. På grund av funktionsnedsättningarna har dessa personer konstaterats ha sämre levnadsvillkor än andra i samhället.[213] Syftet med LSS är att utjämna dessa villkor.[214] En position som utsatt, svag och behövande kan sägas vara förutsättningen för att ingå i lagens personkrets,[215] vilket innebär att ett erkännande av tillhörighet till en personkrets enligt LSS innebär att en avvikelseposition befästs.

Förutom att personkretstillhörighet måste kunna fastställas enligt LSS 1 §, krävs för rätt till insatser enligt 7 § att den enskilde har ett behov av insatsen i sin livsföring och att detta inte redan är tillgodosett. Enligt 7 § st 2 ska insatserna tillförsäkra den enskilde goda levnadsvillkor; i enlighet med LSS 5 § ska den enskilde få möjlighet att leva som andra. Det uttalade syftet med LSS är enligt förarbetena att åstadkomma så *jämlika villkor* som möjligt mellan människor med och utan funktionsnedsättningar.[216] Med att leva som andra menas att leva oberoende och självständigt – autonomt.

Jämfört med SoL är normen om autonomi mer uttalad enligt LSS, på så sätt att det individuella rättighetsperspektivet och rätten till inflytande och medbestämmande är starkare betonat i LSS.[217] En förklaring

[212] Se LSS 7 §.

[213] SOU 1992:52 s. 105.

[214] Prop. 1992/93:159 s. 50. Se angående syftet med LSS kapitel 3, avsnitt 3.2.2.2. Angående rätten till insatser enligt LSS, se kapitel 4, avsnitt 4.4.

[215] Vilket också var det uttalade argumentet för att införa LSS, se prop. 1992/93:159 s. 46 f. där det påpekas angående föregångslagarna till LSS att avsikten var att ge ”*utsatta*, närmare avgränsade grupper”, en starkare ställning, jämfört med den ställning de hade och fortfarande har i de generella vårdlagarna SoL och HSL.

[216] Prop. 1992/93:159 s. 50. Se kap. 4, avsnitt 4.4.2 i denna bok för en närmare redogörelse avseende goda levnadsvillkor enligt LSS.

[217] Se kapitel 4, avsnitt 4.6.1.2.

till detta kan vara att den relationella förklaringsmodellen rörande funktionshinder hade fått inflytande vid den tidpunkt då LSS framarbetades. Enligt denna modell anses funktionshinder inte bara vara en fråga om ifall samhället är otillgängligt för personer med funktionsnedsättningar, utan även en fråga om relationen mellan individen och omgivningen. Huruvida en persons funktionsnedsättningar är funktionshindrande eller inte, handlar i hög grad om attityder och föreställningar hos de människor som den enskilde möter.[218] Såväl privat, som inom ramen för det allmänna. Därför var det viktigt att betona den enskildes subjektsställning i LSS.

I de allmänna övervägandena till LSS uttalade departementschefen att ”[d]en människa som har ett svårt handikapp får aldrig betraktas som ’föremål för åtgärder’, utan skall ses som en individ med rättigheter.”[219] Respekten för *individens egna önskningar och behov* markeras särskilt i lagen genom formuleringen i 6 § om att verksamheten ska vara grundad på respekt för den enskildes självbestämmanderätt och integritet, och att den enskilde i största möjliga utsträckning ska ges inflytande och medbestämmande över insatser som ges.[220] Å ena sidan innebär således rollen som insatssökande enligt LSS att den som kvalificerar sig inom lagens målgrupp betraktas som avvikande och svag, utsatt och hjälpbehövande. Å andra sidan framhålls starkt att samma personer ska betraktas som sub-

[218] Se prop. 1992/93:159 s. 49 där enskilda personer med funktionsnedsättningar och deras familjers relation till omgivningen, i synnerhet representanter för det allmänna, lyfts fram som ett problem. På s. 43 uttalas som motiv för att införa LSS att ”[s]om jag nyss påpekade har människor med allvarliga funktionshinder sämre levnadsvillkor än de flesta andra. Deras livsvillkor måste alltid jämföras med villkoren för dem som inte är handikappade. Det är också motivet för att nu genomföra en lag om individinriktade rättigheter. Familjerna ska inte behöva kämpa för det som borde vara en självklarhet. De skall inte vara prisgivna åt vad de uppfattar som myndigheters godtycke.” Departementschefen uttalade vidare att ”[b]åde funktionshindret i sig och omständigheterna i övrigt leder ofta till att de har svårt att utan särskilt stöd hävda sina intressen gentemot offentliga organ. […] Jag anser därför att svårt funktionshindrades rättigheter i fråga om stöd och service i det dagliga livet bör regleras i en särskild lag.” Och på s. 44: ”Handikapputredningen har undersökt vilket inflytande människor med omfattande funktionshinder tycker sig ha över socialtjänstens insatser. Svaren ger en bild av maktlöshet. […] I den intervjuundersökning som Centrum för handikappforskning vid Uppsala universitet utfört på uppdrag av handikapputredningen listas olika hinder för inflytande. Det rör sig om en professionalism som blir till förmynderi, regelsystem utan flexibilitet, själva organisationen av servicen och sociala föreställningar om handikapp.”

[219] Prop. 1992/93:159 s. 43.

[220] Prop. 1992/93:159 s. 171.

jekt – som individer med rättigheter – vars önskningar och behov ska respekteras.[221]

Dessa olika synsätt på personer som ingår i lagens personkrets kan vara särskilt svåra att förena när det är fråga om personer med intellektuella funktionsnedsättningar, som utvecklingsstörning. Det finns en konflikt mellan de ideal om självbestämmande och inflytande som framgår av lagtexten och dessa personers faktiska förmågor och beroendeställning. Frågan för det följande är vilken ställning som subjekt i rätten som personer med utvecklingsstörning kan sägas ha i praxis avseende rätten till kontaktperson enligt LSS.

6.3.3 Subjektsställning i socialrättslig praxis – rätt till kontaktperson som exempel

6.3.3.1 Syftet med insatsen kontaktperson enligt LSS

Kontaktperson är enligt LSS 9 § 4 en av de insatser som kan erhållas med stöd av lagen. Målet för alla insatser är enligt 5 § att de personer som ingår i lagens personkrets ska få möjlighet att leva som andra. Kontaktperson är en av de vanligast förekommande LSS-insatserna; enbart daglig verksamhet (9 § 10) och boende för vuxna (9 § 9) ges till fler personer. Enligt statistisk från Socialstyrelsen hade ca 19 400 personer insatsen kontaktperson under år 2013. De allra flesta som fick insatsen tillhörde lagens personkrets 1, det vill säga är personer med utvecklingsstörning, autism eller autismliknande tillstånd.[222]

Angående syftet med kontaktperson uttalade departementschefen följande i den allmänna motiveringen till LSS:

> ”Avsikten är främst att tillgodose behovet av en medmänniska när anhörigkontakt saknas eller behöver kompletteras. […] Många personer med funktionshinder har få kontakter vid sidan av sina anhöriga. Människor med funktionshinder bor också ensamma i mycket större utsträckning än andra. Många saknar gemenskapen med andra människor i arbetslivet och i fritidssammanhang. Jag anser att personer med funktionshinder som omfattas av

[221] Jfr Lindqvist, Funktionshindrade i välfärdssamhället s. 22 som skriver att ”handikappreformen kännetecknas av individualisering i och med att individen försetts med rättigheter. Detta ställer dock stora krav på den enskilde att bevaka och ta rättigheterna i anspråk genom att beskriva de egna behoven och kunna föra sin egen talan i olika instanser.”

[222] Socialstyrelsen, Personer med funktionsnedsättning – insatser enligt LSS år 2013 s. 20 f.

> den nya lagen ska kunna erbjudas ett personligt stöd i form av kontaktperson för att *underlätta ett självständigt liv i samhället*. […] Kontaktpersonen bör vara en person som ställer sig till förfogande som *medmänniska* för en person med funktionshinder som behöver hjälp för att *komma i kontakt med andra* människor och för att *komma ut i samhället*. Ungdomar med funktionshinder som vill delta i olika aktiviteter tillsammans med andra ungdomar behöver ofta någon som följer med dem dit och därifrån och någon att vara tillsammans med under tiden aktiviteten pågår. Andra kan behöva en intresserad person eller en familj att regelbundet prata och umgås med. De som bor på vårdhem behöver ofta hjälp för att få kontakter utanför vårdhemmet."[223] (mina kurs.)

I specialmotiveringen framhölls, i likhet med vad som uttalades i den allmänna motiveringen, att en kontaktperson ska vara en medmänniska, men med tillägget att

> "[e]n viktig uppgift för kontaktpersonen ska vara att bryta den funktionshindrades isolering genom samvaro och genom hjälp till fritidsverksamhet."[224]

En betydelsefull skillnad föreligger i specialmotivering jämfört med vad som uttalades om syftet med kontaktperson i den allmänna motiveringen. I specialmotiveringen beskrivs, indirekt, funktionsnedsatta personers tillvaro som *isolerad* genom att det sägs att en kontaktpersons uppgift är att bryta den funktionshindrades isolering.

I den allmänna motiveringen beskrivs visserligen att många personer med funktionshinder lever ensamma liv: de har få kontakter vid sidan av sina anhöriga, de bor i större utsträckning än andra människor ensamma, och många saknar gemenskapen med andra människor i arbetslivet och i fritidssammanhang. Det sägs dock inte att personer med funktionsnedsättningar är isolerade, och det sägs *inte* att de måste betraktas som isolerade för att vara berättigade till kontaktperson. Som kommer framgå nedan har dock frågan om den enskilde kan betraktas som isolerad eller inte fått avgörande betydelse i en rad kammarrättsdomar avseende rätten till kontaktperson.

Med stöd i det som uttalades i propositionen, är syftet med insatsen kontaktperson dels att underlätta ett självständigt liv i samhället genom att tillsammans med kontaktpersonen kunna komma ut på aktiviteter, dels att öka de medmänskliga kontaktytorna eller att komplettera eller ersätta anhörigkontakt när sådan saknas. Den *medmänskliga* aspekten av

[223] Prop. 1992/93:159 s. 75 f.
[224] Prop. 1992/93:159 s. 178.

uppdraget är vad som särskilt betonas i citatet ovan. Personer med funktionsnedsättningar av det slag som kvalificerar för LSS-insatser kan ofta ha svårt att knyta kontakter på egen hand och att ta del av samhällets gemenskap. Därför kan de för social samvaro vara hänvisade uteslutande till de omsorgsverksamheter de befinner sig inom och den personal som där står till buds. Insatsen kontaktperson måste förstås mot denna bakgrund. Ibland beskrivs insatsen som en ”betald kompis”.[225]

Rätt till insats enligt LSS föreligger enligt 7 § när någon på grund av sin funktionsnedsättning behöver sådan hjälp i sin livsföring och behovet inte redan är tillgodosett. Genom insatsen ska den enskilde enligt 7 § st 2 tillförsäkras goda levnadsvillkor. Enligt LSS 6 § ska individen i största möjliga utsträckning ges inflytande och medbestämmande över de insatser som ges. Relaterat till bedömningen av om behov föreligger enligt 7 §, framgår också i propositionen att

> ”[i]nsatserna till vuxna skall grundas på behov som den enskilde själv finner angelägna att få tillgodosedda för att kunna leva ett så självständigt och oberoende liv som möjligt.”[226]

Med stöd i det ovan anförda kan sägas att ställningen som subjekt, som en person vars önskningar och egna tolkningar av sin livssituation ska respekteras, är stark inom ramen för LSS. Så stark, att det kanske är rättvisande att hävda att LSS ”kräver ett ’hyperindividualistiskt’ förhållningssätt” från de som tolkar, tillämpar och verkställer lagen.[227]

Vilket handlingsutrymme som i praxis ges till personer med utvecklingsstörning som subjekt inom ramen för prövning av rätt till LSS-insats, undersöks nedan.

6.3.3.2 Exempel från praxis – en fråga om maktens ”hur”

Makt kan, som klargjordes i avsnitt 6.1, beskrivas både som en relation och som en aktivitet. Makt utövas inom ramen för ojämlika relationer. Alla medborgare kan sägas ha en underordnad ställning i relation till det allmänna.[228] Även den som bedöms ha fullständig förmåga att agera för

[225] Se Mallander, Nära vänskap? En analys av kontaktperson enligt LSS.

[226] Prop. 1992/93:159 s. 51.

[227] Lewin, För din skull, för min skull eller för skams skull? Om LSS och bemötande s. 29.

[228] Genom formella rättssäkerhetsregler i bland annat FL, avses dock denna ojämlika relation viktas om, såtillvida att reglerna avser att begränsa det allmännas makt och garan-

sin sak inom rätten, befinner sig i ett underläge gentemot det allmännas representanter på grund av dessas tolkningsföreträde och befogenheter. För personer med utvecklingsstörning, vars funktionsnedsättning innebär en begränsning av förmågan att förstå komplexa och abstrakta företeelser, kan dock denna underordning antas vara mer uttalad än för andra medborgare. Underordningen kan även uppfattas som mångskiktad, genom att flera olika underordningsmekanismer aktualiseras.

För det första är personer med utvecklingsstörning i många fall beroende av stöd från det allmänna för sina dagliga liv, vilket innebär att de får en beroendeställning i relation till rättstillämparna på myndighetsnivå och i domstolarna. Rättstillämparna har en överordnad position dels som representanter för det allmännas makt att ge eller inte ge detta stöd, dels som de som behärskar orden – beskrivningarna av verkligheten – i rollen som uttolkare och tillämpare av rätten. Rättstillämparna kan även sägas ha ett övertag på grund av att funktionsnedsättningens yttringar innebär svårigheter för personer med utvecklingsstörning att förstå spelets regler. Hur dessa personers ställning som självbestämmande subjekt tillvaratas i samband med rättens tillämpning är således en fråga om makt: makten att tillmötesgå eller avfärda den enskildes viljeyttringar, makten att tolka dessa viljeyttringar i rätten, och makten att bestämma gränserna för individernas möjligheter att i faktisk mening vara subjekt.

Nedan undersöks genom exempelfall i formen av åtta kammarrättsavgöranden hur dessa personers verklighetsbeskrivningar och viljeuttryck tas emot i rättstillämpning. Rättsfallen analyseras på två sätt. En första analys följer i direkt anslutning till varje rättsfallsreferat. Den avser det sätt på vilket rättstillämparna – kommunernas socialnämnder, förvaltningsrätt och kammarrätt – tillvaratar och tolkar de verklighetsbeskrivningar och viljeyttringar som lämnas av personer med utvecklingsstörning (eller deras ställföreträdare). Frågan att besvara är om de enskilda får gehör i ställningen som självbestämmande subjekt. Rättsfallen analyseras därefter även samlat i avsnitt 6.3.3.3 med fokus på hur rätten som normaliserande makt skapar subjekt.

---

tera att makten inte utövas godtyckligt. Den individ som har förmågan att ställa krav, att utkräva sina rättigheter, att överklaga felaktiga beslut, eller att anmäla förvaltningsmyndigheter till tillsynsorgan såsom JO eller IVO (Inspektionen för vård och omsorg), har en betydligt starkare ställning gentemot det allmänna än personer med utvecklingsstörning. Den sistnämnda gruppen saknar de förmågor och egenskaper som krävs för att kunna utnyttja de rättssäkerhetsregler som skapats med avsikten att garantera att det allmännas maktutövning inte är godtycklig.

Rättsfall 1:[229] I målet prövades rätt till kontaktperson för en man som tillhörde personkrets 1 enligt LSS 1 §, vilken omfattar personer med utvecklingsstörning, autism och autismliknande tillstånd. Mannen var tidigare beviljad boende i gruppbostad och daglig verksamhet. I insatsen gruppbostad ska enligt LSS 9 e § ingå fritidsverksamhet och kulturella aktiviteter.[230] Mannen anförde i länsrätten att han hade behov av en kontaktperson utanför personalgruppen eftersom personalen på boendet inte kunde ägna sig enbart åt fritidsverksamhet för de boende. Mannen önskade sig mer fritidsaktiviteter efter eget val. Av socialnämndens utredning i målet framgick att mannens egna intressen och önskemål avseende fritidsaktiviteter togs tillvara inom gruppboendet genom en individuell fritidsplan, och att mannen hade haft möjlighet att genom personal på boendet gå på ishockey- och handbollsmatcher. Socialnämnden ansåg mot denna bakgrund att mannen inte hade något behov av kontaktperson. Genom boendet hade han tillgång till fritidsaktiviteter både enskilt och i grupp, och han hade kontakt med sin familj och särskilt sin bror. Socialnämnden avslog mannens ansökan med motiveringen att syftet med kontaktperson (enligt nämnden) är att motverka isolering när vänkontakt eller kontakt med anhöriga saknas. Mannen ansågs inte riskera någon isolering.

Länsrätten bedömde att eftersom mannen i målet hade önskemål om att komma ut i samhället i högre grad än vad som kunde tillgodoses genom gruppboendet, hade han ett behov av en kontaktperson. Mot bakgrund av att syftet med LSS är att den funktionshindrade i möjligaste mån ska få leva som andra och delta fullt ut i samhället i den utsträckning som han eller hon önskar, ansåg länsrätten att mannens önskemål fick anses ingå i sådana goda levnadsvillkor som den enskilde ska tillförsäkras genom LSS, och att han således hade rätt till kontaktperson.

Kammarrätten ändrade dock beslutet. Socialnämnden påpekade i sitt överklagande att ”det finns en skillnad mellan önskemål och behov. Länsrättens dom får långtgående konsekvenser och innebär enligt nämndens mening en utvidgad tolkning av lagen. Domen medför att önskemål och behov kan vara liktydiga.” Kammarrätten motiverade sitt beslut att inte bevilja den sökta insatsen med att mannen mot bakgrund av de uppgifter som framkommit i målet inte kunde anses vara isolerad i den mening som avses i lagens förarbeten.

I rättsfall 1 tillmäter länsrätten den enskildes önskemål stor vikt vid bedömningen av att ett behov föreligger som berättigar till insats. Socialnämnden avfärdar däremot mannens beskrivning, och anför att han inte har något behov av kontaktperson eftersom han inte kan anses riskera

[229] Kammarrätten i Göteborg, dom 2004-02-16, mål nr 6009-03.

[230] Vid tidpunkten för domen framgick att fritidsaktiviteter och kulturella aktiviteter ingår i insatsen gruppbostad i LSS 9 c §. Genom lag (2012:930) flyttades denna regel till 9 e §.

någon isolering. Påpekandet från nämnden i överklagandet till kammarrätten om att det är skillnad mellan behov och önskemål, innebär att den enskildes verklighetsbeskrivning och viljeyttring ifrågasätts, till förmån för en formellrättslig argumentation om lagens uttolkning och om vilket behov som kan anses uppfyllt genom en viss insats (boendet). Den enskilde reduceras som självbestämmande subjekt. Hans behov blir till ”saken” som det tvistas om.

Kammarrätten avgör inte målet med utgångspunkt i den enskildes beskrivning av behov av en kontaktperson, utan finner att rätt inte föreligger eftersom mannen inte anses vara isolerad i den mening som avses i lagens förarbeten. Vad som avses med att vara isolerad klargörs dock inte av kammarrätten. Som framgått ovan sägs inte i förarbetena att det är ett krav för rätt till kontaktperson att den sökande kan betraktas som isolerad. Det förklaras inte heller vad som avses med isolering.[231] Däremot poängteras i förarbetena att det ska vara den enskildes uttryckta behov som ska styra bedömningen, men mannen får trots detta inget gehör för sin beskrivning av behoven.

> *Rättsfall 2:*[232] Rätten till kontaktperson prövades för en man som tillhörde personkrets 1 i LSS och som redan var beviljad gruppbostad och daglig verksamhet. Mannen hade varit beviljad kontaktperson innan han beviljades gruppbostad. Kommunen hade nu beslutat att sådan rätt inte längre förelåg, eftersom behoven ansågs tillgodosedda genom gruppboendet. Mannen anförde att han hade behov av kontaktperson för att kunna komma ut bland människor och bryta den isolering som han upplevde genom problem med att kommunicera med och ha ett socialt utbyte med de övriga boende i gruppbostaden. I de aktiviteter som företogs inom gruppboendet kunde aktiviteterna inte anpassas efter mannens egna önskningar och behov. Mannen önskade en kontaktperson för att under aktiviteter tillsammans med denne kunna ”kommunicera och reflektera, få omedelbar uppmärksamhet, hjälp och möjlighet att byta aktivitet utan att det drabbar andra.” I överklagandet till länsrätten anförde mannen att han, i likhet med andra, icke funktionshindrade personer, ville ha möjlighet att göra vad han ville på sin fritid utan att som 34-åring vara hänvisad till sina föräldrar.
>
> Länsrätten anförde att det var ostridigt i målet att mannen hade behov av kontakt med andra människor vid sidan av sin familj som han träffade vid något tillfälle varje vecka. Dock bedömde länsrätten att mannen genom redan beviljade insatser i form av gruppboende och daglig verksamhet och de aktiviteter som företogs inom ramen för dessa i form av musikcirkel och bowling, inte kunde anses vara i behov av insatsen kontaktperson enligt LSS

[231] Se avsnitt 6.3.3.1.

[232] Kammarrätten i Göteborg, dom 2005-08-15, mål nr 4155-04.

för att uppnå goda levnadsvillkor. Överklagandet avslogs. Kammarrätten fann att mannen genom de redan beviljade insatserna, de aktiviteter som mannen faktiskt företog och kontakten med anhöriga, inte kunde ”anses isolerad i den mening som avses i lagens förarbeten”. Rätt till kontaktperson förelåg således inte.

Mannen i fall 2 beskriver sin upplevelse av att sakna en vän att företa aktiviteter och samtala med. Han påtalar även sin ställning som vuxen, och det därmed berättigade i att inte behöva vara hänvisad till sina föräldrar för att kunna komma ut i samhället eller för medmänsklig samvaro. Kommunens argument om att behoven är tillgodosedda genom de insatser mannen redan har, motsägs av mannens verklighetsbeskrivning. Länsrätten bedömer att mannen har så många aktiviteter att han får anses ha goda levnadsvillkor. Har den enskilde goda levnadsvillkor så anses inget behov finnas.

Även kammarrätten i rättsfall 2 utgår i sin bedömning från om mannen kan anses vara isolerad eller inte, vilket han inte befinns vara. Vad kammarrätten menar med isolerad framgår inte heller i detta fall. Det faktum att mannen själv beskriver en upplevelse av isolering tillmäts ingen betydelse. Beskrivningen godtas inte av kammarrätten. Mannen får inget gehör för sin beskrivning av att behöva insatsen.

Rättsfall 3:[233] Rätten till kontaktperson prövades för en 83-årig kvinna med utvecklingsstörning, vars hela kontaktnät bestod av personal och de tre andra boende i kvinnans gruppbostad. Kvinnan var sedan tidigare beviljad ledsagarservice för att kunna företa längre utflykter såsom att hälsa på hennes bror. På grund av de övriga boendes hälsotillstånd var möjligheten att företa fritidsaktiviteter eller kulturella aktiviteter genom gruppboendet mycket begränsad. Kvinnan menade att hon var i behov av en kontaktperson som kunde ”ägna sig enbart åt henne med regelbundet intervall”. Hon behövde ha någon som kunde stimulera henne och hjälpa henne med exempelvis kommunikation med släktingar och att ta del av kultur- eller fritidsaktiviteter.

Länsrätten avslog överklagandet med motiveringen att kvinnan var gammal och genom boendet fick anses vara tillförsäkrad att hennes behov var tillgodosedda. Kammarrätten fann dock att kvinnan i praktiken var så isolerad att hon hade behov av personlig kontakt med ytterligare någon person att vara förtrolig med, varför överklagandet bifölls.

Även i detta fall är det frågan om den enskilde kan anses isolerad eller inte som fäller avgörandet. Jämfört med rättsfall 1 och 2 kan sägas att

[233] Kammarrätten i Göteborg, dom 2005-09-21, mål nr 527-05.

kvinnans tillvaro framstår som ovanligt innehållslös. Därmed anser kammarrätten att kvinnan är så isolerad att hon behöver en annan person (än de boende i gruppbostaden och personalen) att ”vara förtrolig med”. Kvinnan själv efterfrågar i första hand möjligheterna att tillsammans med en kontaktperson företa aktiviteter, mer än en utökad medmänsklig kontaktyta. En kontaktperson kan tillgodose båda dessa behov. Det kan noteras hur kammarrätten i sin motivering tar fasta på andra behov än de som kvinnan själv ger uttryck för. De enskilda i rättsfall 1 och 2 framförde specifika önskemål om utökad medmänsklig kontaktyta, men där fälldes istället avgörandena om att behov inte förelåg mot bakgrund av deras, jämförelsevis, aktiva liv. Deras beskrivningar av behov ställdes åt sidan, och detsamma kan även sägas om kvinnan i rättsfall 3. Även om hon beviljades insatsen så motiverades inte beslutet med hänvisning till hennes egna beskrivningar av behovet. Behovet förefaller tvärtom vara bedömt genom en värdering av hennes livssituation.

Rättsfall 4.[234] Rätt till kontaktperson prövades för en ung man som tillhörde personkrets 1 i LSS och som nyligen hade beviljats, men ännu inte flyttat till gruppbostad. Mannen var tidigare beviljad kontaktperson, och anförde att han för att behålla sitt sociala liv, sin trygghet och säkerhet, behövde den kontaktperson som sedan tidigare var hans ”kompis”, som ville vara med honom och som han kunde följa med på folkrace, bilutställningar, fotboll etc. Personalen på gruppbostaden kunde visserligen följa honom på liknande aktiviteter som ledsagare, men kunde inte ersätta behovet av en kompis.

Socialnämnden som beslutat att kontaktperson inte längre behövdes, anförde att mannen redan hade ett fungerande nätverk och att det var personalen på boendets uppgift att vara mannen behjälplig med att leta upp och genomföra aktiviteter som han fann roliga. Gruppbostadsinsatsen skulle täcka mannens enskilda behov och tillförsäkra honom goda levnadsvillkor. Av utredningen i målet framgick att den kontaktperson som mannen haft var i hans ålder, och att han var den som letade upp aktiviteter för dem att göra tillsammans såsom att gå på konsert, åka skidor i fjällen, eller titta på svenska rallyt.

Både länsrätten och kammarrätten bedömde att mannen var i behov av en kontaktperson som komplement till gruppbostadsinsatsen. Kammarrätten påpekade särskilt att mannen ifråga var ung, och hade rätt att leva som andra i samma ålder. Mannens intressen skulle enligt kammarrättens bedömning med största sannolikhet inte kunna tillgodoses inom ramen för gruppbostaden, varför han inte kunde anses uppnå goda levnadsvillkor utan kontaktperson. Insatsen beviljades.

[234] Kammarrätten i Göteborg, dom 2005-06-27, mål nr 2420-05.

I detta fall betonas mannens ålder – hans ungdom framhålls särskilt av kammarrätten. Det uttryckta behovet av att kunna göra saker *som andra i hans ålder* tillmäts stor betydelse. Mannens beskrivning av vad han och kontaktpersonen gjort tillsammans, vilka intressen han har och den stora betydelse som kontaktpersonen har haft för mannen på det personliga planet, förefaller till skillnad från rättsfall 1, 2 och 3 ha tillmätts avgörande vikt vid ställningstagandet till att rätt till kontaktperson förelåg. Mannen får stort gehör för sin egen beskrivning av sina behov.

> *Rättsfall 5:*[235] Rätt till kontaktperson prövades för en kvinna som sedan tidigare var beviljad gruppbostad och daglig verksamhet. Socialnämnden ansåg inte att kvinnan var i behov av en kontaktperson eftersom hennes behov enligt socialnämndens mening tillgodosågs genom de redan beviljade insatserna. Länsrätten fann med stöd i vad kvinnan anfört att eftersom hon inte hade några kontakter med anhöriga eller hade några vänner, samt tyckte om att vara ute bland människor och företa sig saker som att promenera i staden, fika och besöka museum m.m., fanns ett behov av kontaktperson och insatsen skulle beviljas.
>
> Socialnämnden överklagade till kammarrätten, vilken fann att kvinnan genom gruppbostaden och den dagliga verksamheten, egna aktiviteter med personal en dag per vecka och tillsammans med övriga boende två dagar per vecka och ibland på helger, inte kunde ”anses vara isolerad i den mening som avses i lagens förarbeten.” Rätt till kontaktperson förelåg således inte enligt kammarrätten.

Länsrätten är den instans som i rättsfall 5 tar störst hänsyn till den sökandes verklighetsbeskrivning och önskemål. Beskrivningen av vad kvinnan tycker om och vill göra läggs till grund för länsrättens beslut att bevilja insatsen. Socialnämnden och kammarrätten beaktar inte kvinnas egna upplevelse och beskrivning av denna, utan för istället en formell argumentation för sina avslagsbeslut. Socialnämnden anser inte behov föreligga, eftersom kvinnan redan är beviljad gruppbostad. Inom den insatsen *ska* enligt LSS 9 e § ingå fritidsverksamhet och kulturella aktiviteter, och därmed anses kvinnans behov av fritids- och kulturella aktiviteter vara tillgodosett.

Kammarrätten tar, liksom i flera av de ovan refererade fallen, ställning till frågan om isolering och finner att kvinnan inte är isolerad i den mening som avses i lagens förarbeten. Inte heller denna gång klargör kammarrätten vad som avses med att vara isolerad. Kvinnans situation bedöms inte med utgångspunkt i hennes egen beskrivning av sina behov

[235] Kammarrätten i Göteborg, dom 2008-07-09 mål nr 916-06.

av stöd för att komma ut i samhället och öka den medmänskliga kontaktytan, utan genom en högst oklar tolkning av vad som kan betraktas som en isolerad situation. Kvinnan kan därmed inte sägas tillmätas ställning som ett självbestämmande subjekt.

> *Rättsfall 6:*[236] I ett annat mål prövades rätt till kontaktperson för en kvinna med utvecklingsstörning som redan var beviljad gruppboende och daglig verksamhet, samt fick råd och stöd av en kurator enligt LSS 9 § 1. Kvinnan hade också, vilket framhölls av socialnämnden och även av kammarrätten, ”stöd av god man i ekonomiska angelägenheter”. Kvinnan anförde att hon hade stort behov av stöd av fler personer sedan hennes familjehemsmamma gått bort. Hon hade mått så dåligt att hon varit tvungen att sluta sitt jobb (daglig verksamhet, min anm.) och det skulle underlätta för henne om hon hade en kontaktperson som hon kunde ”gå ut och hitta på lite trevliga saker med”. Hennes enda kontakter utanför gruppbostaden var med en familjehemssyster vid något tillfälle varje månad. Inga aktiviteter företogs enligt kvinnan tillsammans med de övriga boende inom ramen för gruppbostaden.
>
> Länsrätten bedömde att rätt till kontaktperson förelåg med motiveringen att hennes behov av hjälp med att bryta isolering och få tillgång till fritidsaktiviteter inte tillgodosågs genom de beviljade insatserna. Socialnämnden anförde i sitt överklagande till kammarrätten, att kvinnan saknade behov av kontaktperson eftersom hon var ”beviljad både råd och stöd av kurator med samtalskontakt varje vecka och god man som stöd i ekonomiska angelägenheter”. Vidare anförde socialnämnden att kvinnan deltog i aktiviteter på helgerna tillsammans med övriga boende i gruppboendet, exempelvis knytkalas. En dag per vecka deltog hon i en musikgrupp i en annan gruppbostad, och två gånger per vecka deltog hon i vuxenundervisning. Vid alla aktiviteterna krävdes dock motiveringsinsatser från personalen för att kvinnan skulle övertalas att delta. Kvinnan skulle även, enligt socialnämnden, ha uttryckt behov av att vara ensam eftersom ”för mycket umgänge med andra människor kan göra henne stressad”, och hon hade förmåga att ta sig ut på promenader och gå i affärer på egen hand.
>
> Kammarrätten anförde i de kortfattade domskälen att kvinnan var ”beviljad både samtalskontakt med kurator och god man som stöd i ekonomiska angelägenheter”, deltog regelbundet i aktiviteter både i och utanför gruppbostaden, hade kontakt med familjehemssyskon och med sina medboende och personalen i gruppboendet. Därav bedömde kammarrätten att kvinnan ”inte är så isolerad att hon behöver en kontaktperson för att vara tillförsäkrad goda levnadsvillkor”. Rätt till kontaktperson förelåg således inte.

Det är oklart varför socialnämnden lyfter fram att kvinnan behöver övertalas till att delta i sådana aktiviteter som anordnas inom ramen för gruppbostaden. Om så är fallet har ingen betydelse för en bedömning

[236] Kammarrätten i Göteborg, dom 2009-06-30, mål nr 3122-08.

av om behov av och rätt till kontaktperson föreligger eller inte. Kvinnans egen viljeförklaring avfärdas av både socialnämnden och kammarrätten, men med olika argument. Kammarrätten väljer återigen att knyta behovsprövningen till frågan om kvinnan kan anses isolerad eller inte. Det kan särskilt noteras hur kontakten med de andra boende och personalen i gruppbostaden framhålls av kammarrätten i bedömningen av om kvinnan kan anses isolerad eller inte. Hennes egen beskrivning av att känna sig ensam efter att hennes familjehemsmamma gått bort och att hon inte har några andra kontakter utanför omsorgens verksamhet än sin syster som hon träffar någon gång per månad, får hon inget gehör för. Budskapet som förmedlas genom domslutet är att kvinnan har människor omkring sig i omsorgsverksamheten, och att detta bör vara tillräckligt för en person med utvecklingsstörning.

Vidare kan det i detta fall läggas märke till att när kammarrätten motiverar avslagsbeslutet så är formuleringen en annan än i avslagsbesluten på samma tema i tidigare refererade fall. Här skriver kammarrätten att kvinnan ”inte är *så* isolerad att hon behöver en kontaktperson för att vara tillförsäkrad goda levnadsvillkor”. (min kurs.) I tidigare fall motiverades avslagen med att den enskilde inte ansåg vara isolerad i den mening som avses i lagens förarbeten. Motiveringen i rättsfall 6 kan jämföras med en annan kammarrättsdom,[237] där rätt till kontaktperson nekades en kvinna med utvecklingsstörning med samma motivering: att hon ”inte kan anses vara så isolerad att hon behöver en kontaktperson för att vara tillförsäkrad goda levnadsvillkor”.

Formuleringen kan tolkas som att goda levnadsvillkor inte anses utesluta att den enskilde är ”lite isolerad.” Alternativt kan motiveringen tolkas som att en viss isolering betraktas som ett så givet levnadsvillkor för personer med utvecklingsstörning att det krävs isolering utöver det vanliga för att rätt till kontaktperson ska föreligga. Båda tolkningarna får anses vara lika otillfredsställande för den som uttryckt ett behov av en kontaktperson. Budskapet blir att isolering i viss mån är något som får tålas när en person har en utvecklingsstörning.[238]

[237] Kammarrätten i Stockholm, dom 2010-04-21, mål nr 4-10.

[238] En fråga som jag måste anmärka på, trots att den faller utanför analysens fokus här, är att det faktum att kvinnan har en god man lyfts fram i rättsfall 6 som ett skäl för att avslå ansökan om kontaktperson. En god man är en legal ställföreträdare med ett helt annat uppdrag än en kontaktperson. Se kapitel 5, särskilt avsnitt 5.6.5.

Rättsfall 7:[239] Rätt till kontaktperson prövades för en 32-årig man med utvecklingsstörning. Mannen hade tidigare haft kontaktperson, men socialnämnden ansåg att han inte längre hade ett sådant behov i sin livsföring. Av utredningen i målet framgick att mannen ifråga redan var beviljad gruppboende och daglig verksamhet, att han hade en moster i samma stad (dit han flyttat för att komma närmare sin, vad det verkar, enda anhörig) och en god man, att han var aktiv i FUB,[240] samt att han aktivt deltog i regelbundna dansträffar anordnade för personer med utvecklingsstörning. Därmed ansåg kammarrätten att mannens behov av fritidsaktiviteter var tillfyllest, att han inte förde en isolerad tillvaro utan tvärtom genom gruppbostaden, den anpassade sysselsättningen och de fritidsaktiviteter han företog sig, inte hade ”drabbats av en social isolering som motiverar att han ska beviljas insatsen kontaktperson”.

Mannen uttrycker en önskan om utökad mänsklig kontaktyta utöver andra personer med funktionsnedsättning eller personal av olika slag. Hans situation bedöms dock vara ”tillfyllest” genom de kontakter och aktiviteter han har. Avslaget kan tolkas som att personer med utvecklingsstörning ska nöja sig med anpassade aktiviteter och den samvaro med andra personer med funktionsnedsättningar som därigenom erbjuds.

Avslagsformuleringen med utgångspunkt i isolering som förutsättning för rätt till kontaktperson har i detta fall förskjutits ytterligare jämfört med fall 6 och jämfört med fall 1, 2 och 5. I rättsfall 7 motiveras inte avslaget med att den enskilde inte kan anses ”isolerad i den mening som avses i förarbetena” eller att han inte är ”så isolerad att behov föreligger”. Istället lyder motiveringen att mannen inte har rätt till kontaktperson eftersom han inte har *drabbats* av en social isolering som motiverar att han ska beviljas insatsen. Genom detta sätt att uttrycka bedömningen av isolering som villkor för rätt till kontaktperson framstår det som att domstolen menar att det krävs en situation som är riktigt illa för att kontaktperson ska kunna beviljas.

Rättsfall 8:[241] Rätten till kontaktperson prövades för en man med utvecklingsstörning som sedan sex års tid hade haft kontaktperson och nu överklagat stadsdelsnämndens beslut att avslå hans ansökan om fortsatt kontaktpersonsinsats. Mannen var beviljad gruppbostad och daglig verksamhet. Utanför dessa verksamheter hade han kontakt med sin pappa vid ett par tillfällen per vecka. Mannen angav som skäl för sin ansökan om fortsatt beslut

[239] Kammarrätten i Stockholm, dom 2009-03-30, mål nr 4568-08.

[240] Förkortningen avser Riksförbundet för utvecklingsstörda barn, ungdomar och vuxna, FUB.

[241] Kammarrätten i Göteborg, dom 2010-02-03, mål nr 6356-09.

om kontaktperson, att hans behov av social kontakt inte var tillgodosett genom boendet och att den djupa kontakt han hade med sin kontaktperson sedan flera år inte kunde ersättas av den i huvudsak kvinnliga personalen på gruppboendet. Han behövde ha en fortsatt manlig kontakt att umgås med.

Socialnämndens motivering till avslagsbeslutet var att mannens behov var tillgodosett genom det sociala sammanhanget i boendet och den dagliga verksamheten. Han kunde således inte anses isolerad. Därtill anförde socialnämnden att mannen, eftersom han under lång tid haft kontaktperson, ”bör ha lärt sig att gå på olika aktiviteter på egen hand”(!).

Länsrätten höll muntlig förhandling i målet.[242] I domskälen framhöll länsrätten målsättningen om möjlighet att leva som andra enligt LSS 5 § och anförde att i ”begreppet goda levnadsvillkor ingår – förutom det direkta vårdbehov som kan finnas – även att ha kontakt med andra människor för att inte leva ett isolerat liv.” Länsrätten fann att rätt till kontaktperson förelåg mot bakgrund av att mannens funktionshinder medförde stora svårigheter för honom att ta kontakt med andra människor och att han hade svårt att känna tilltro till människor som han inte kände väl. Det bedömdes utan kontaktperson finnas ”en påtaglig risk för att [NN] blir socialt isolerad”.

Även kammarrätten höll muntlig förhandling i målet och lyfte i sina domskäl fram LSS 6 § om respekt för den enskildes självbestämmande och pekade, med stöd av RÅ 1995 ref 47 på att det i vissa fall kan framstå som nödvändigt att kombinera insatser enligt LSS. Socialnämnden hade inte bestridit att mannen hade särskilda behov som behövde tillgodoses för att han skulle kunna uppnå goda levnadsvillkor, eller hans uppgifter om att hans behov rent faktiskt för närvarande inte tillgodosågs på gruppboendet. Det fanns enligt kammarrätten inte heller ”skäl att ifrågasätta rimligheten i de behov (NN) uppgett eller hans uppgifter att de gemensamma aktiviteterna på gruppboendet inte har passat hans individuella behov och intressen och att hans samvaro med övriga boende är liten och inte ger honom någonting.” För att tillförsäkras goda levnadsvillkor befanns mannen berättigad till insatsen kontaktperson.

Till skillnad från de övriga rättsfall som refererats ovan hänvisas här till LSS 6 § om respekt för självbestämmande och integritet samt inflytande över insatser. Även 5 § där det framgår att målet med verksamhet enligt LSS är att lagens personkrets ska få möjlighet att leva som andra framhålls. Åberopandet av dessa lagrum synes ha stor betydelse för den vikt som i detta mål ges till den enskildes egen verklighetsbeskrivning och vil-

[242] FPL 9 § st 3 stadgar att kammarrätt och förvaltningsrätt ska hålla muntlig förhandling om enskild som för talan i målet begär det och förhandlingen inte är obehövlig och inte heller särskilda skäl talar emot det. Detta mål är trots denna reglering det enda mål jag sett om rätten till kontaktperson där muntlig förhandling har hållits. Detta fall är också ett av få fall som jag stött på där det framgår att den enskilde har ett ombud i form av god man som för den enskildes talan.

jeyttring. I detta fall får den enskilde stort gehör som självbestämmande subjekt.

Kammarrätten motiverar bifallet till mannens ansökan med hänvisning till mannens beskrivning av upplevd brist på sociala kontakter och medmänsklig samvaro. Intressant att notera är även hur länsrätten väger in den *framåtsyftande* risken för att mannen ska *bli* isolerad i sin bedömning av rätten till kontaktperson, även om mannen enligt länsrätten inte anses vara isolerad i dagsläget. Det är en mycket stor skillnad mellan att säga att någon behöver en kontaktperson för att inte riskera att *bli* isolerad, jämfört med att säga att någon inte behöver och därmed inte har rätt till en kontaktperson därför att vederbörande inte kan anses *vara* isolerad.

Sammanfattningsvis kan sägas att rättsfallen som refererats ovan visar både att och hur ställningen för personer med utvecklingsstörning som självbestämmande subjekt kan variera i praxis. Dessa variationer kan inte förklaras med att rättsreglerna förändrats eller att de faktiska omständigheterna i fallen skiljer sig nämnvärt åt. Skillnaderna synes främst kunna förklaras genom vilken betydelse som domstolen tillmäter de enskildas egna verklighetsbeskrivningar eller viljeuttryck. I de flesta av fallen är ställningen som subjekt i rätten svag. LSS anger att den enskildes egen uppfattning om behov ska tillmätas stor betydelse i bedömningarna av rätt till insatser. Domstolarna förbiser dock de enskildas verklighetsbeskrivningar i flertalet av fallen. Istället motiveras besluten genom en bedömning av om den enskilde lever ett isolerat liv eller inte. Varken vad som menas med att någon lever isolerat eller vad som menas med goda levnadsvillkor klargörs dock i domskälen.

I två rapporter, år 2012 och 2014, har FUB visat att antalet mål i *förvaltningsrätt* där insatsen kontaktperson beviljats har minskat, trots att det totala antalet mål i förvaltningsrätterna om rätt till insatsen ökat kraftigt. Nedgången inleddes år 2009, och har fortsatt.[243] Det kan således tänkas att den *förskjutning* i avslagsformuleringarna som noterats i de refererade kammarrättsfallen gällande bedömningen av att den enskilde inte har rätt till kontaktperson därför att han eller hon inte är isolerad har haft betydelse. Alternativt kan förskjutningen betraktas som en del av den åtstramande trend som FUB:s rapport tyder på. Mot bakgrund av att syftet med LSS är att genom insatser *öka* den enskildes möjligheter att

[243] Se Länsförbundet FUB i Stockholms län, rapport 2, 2012 och rapport 1, 2014. Rapporterna finns tillgängliga på www.stockholmslan.fub.se.

leva som andra, synes hållningen i praxis snarare *motverka* möjligheterna att genom stöd från en kontaktperson kunna leva som andra.

6.3.3.3 Den subjektsskapande makten verkar genom rätten

Genom dels sin beroendesituation, dels funktionsnedsättningens yttringar, kan det sägas att personer med utvecklingsstörning har små möjligheter att själva *ta sig* det utrymme som subjekt som LSS medger dem. Vilket utrymme de *ges*, blir därmed en mycket viktig fråga för deras ställning som subjekt i rätten. Huruvida deras önskemål, viljeyttringar och beskrivningar av sin livssituation tillvaratas och bemöts på ett respektfullt sätt i samband med rättsliga prövningar, är en fråga om subjektsskapande makt. Det är också en fråga om föreställningar och attityder hos rättstillämparna, som kan förstås som grundade i diskurser om normalitet–avvikelse, jämlikhet–ojämlikhet och vi/de.

Att det finns en norm för mänskligt varande i rätten som avgör vem som har förmåga att rättshandla och vem som därmed kan räknas som ett *fullvärdigt rättssubjekt*, har diskuterats i tidigare avsnitt i detta kapitel.[244] Det har då även sagts att normen verkar normaliserande i betydelsen att den framhåller ett idealt sätt att vara, som människor anpassar sig till. Vem som räknas som ett självbestämmande *subjekt i rätten* är dock en annan fråga. Den handlar inte om att erkännas som rättslig aktör, det vill säga som någon som med giltig verkan kan företa rättshandlingar, utan om att bemötas med respekt för sin person, sina önskemål, val och egenheter. Hur en person som befinner sig i en underordnad position bemöts av rättstillämparna är en fråga om makt. I det följande analyseras rättsfallen på nytt. Utgångpunkten är hur den subjektsskapande, *normaliserande*, makten verkar genom rätten.

Normaliserande mekanismer i form av kategoriseringar och föreställningar om vi/de och vad som är normalt eller avvikande kommer till uttryck i domstolarnas bedömningar i de refererade rättsfallen. Istället för att utgå från de enskildas subjektiva bedömning av sin situation såsom LSS påbjuder, utgår bedömningarna i många av rättsfallen antingen från en oklar föreställning om vad som är en isolerad tillvaro och vad som inte är det, eller från en bedömning av vad som kan betraktas som normalt eller inte för en person med utvecklingsstörning. I de flesta av fallen efterföljs därmed inte lagens intentioner enligt 5 och 6 §§. Innebörden för de

[244] Se avsnitt 6.1 och 6.2.

enskilda blir att de inte tillerkänns den ställning som subjekt som lagen ger utrymme för.

Därtill kommer även att rättstillämparnas bemötande är ett uttryck för normaliserande makt; ett sätt att begränsa de enskildas möjligheter att välja att leva sina liv på andra sätt än de som de *förväntas* leva inom omsorgerna. Den avvikelseposition som redan är befäst genom att en person bedöms tillhöra LSS personkrets, förstärks ytterligare genom praxis. På flera olika sätt. Som tidigare förklarats besvaras inom funktionshinderforskning frågan om vad funktionshinder är och vem som kan sägas vara funktionshindrad relativt. Funktionshinder är något som uppstår i en konfliktfylld samverkan mellan individen, samhället och kulturen.[245] Funktionshinder kan förklaras som en blandning av tre olika förhållanden eller dimensioner: som spänningen mellan *normalitet och avvikelse*, som en fråga om *jämlikhet–ojämlikhet* och som en diskurs om *vi/de*.[246]

Rättsligt kan såväl avvikelse som ojämlikhet sägas vara relevanta kategoriseringar för att rätt till stöd ska anses föreligga. Rätten till insatser enligt LSS förutsätter att den enskilde uppfattas som *behövande, svag eller utsatt*.[247] När den fråga som ges avgörande betydelse i rättsfallen är om den enskilde kan anses isolerad eller inte, synes det vara inom ramen för en *avvikelsediskurs* som avgörandena sker. Det som bedöms är hur avvikande den enskildes livssituation framstår ifråga om sociala kontakter och aktiviteter. Om inte situationen bedöms avvika tillräckligt mycket från det normala, anses inte rätt till insatsen föreligga.

Vad de enskilda i rättsfallen efterfrågar förefaller vara den möjlighet att utforma sitt eget liv, utanför omsorgernas tillrättalagda aktiviteter, som en kontaktperson kan innebära. Det som ställs på spel i prövningen av rätten till insatsen är därmed möjligheten att i faktisk mening kunna vara ett subjekt. I rättsfall 6, 7 och 8 argumenterar rättstillämparna för att det inte finns något behov av insatsen därför att den enskilde uppfattas som förhållandevis självständig och aktiv. Den enskilde säger sig behöva en kontaktperson för att kunna vara en självständig individ (som andra), men eftersom vederbörande i rättsfall 6 och 7 inte bedöms som tillräckligt osjälvständig, beviljas inte insatsen. Det bortses vid bedömningarna från önskemålen från den enskilde om att kunna *öka* sin självständighet och sina valmöjligheter – vilket är det uttalade syftet och målet med

[245] Sauer & Lindqvist, Funktionshinder, kultur och samhälle s. 13.

[246] Sauer & Lindqvist a.a. s. 21 ff.

[247] Se avsnitt 6.3.2.

LSS. Istället tas det ställning till om den enskildes situation är ”tillfyllest” (fall 7), eller om personen ifråga är ”så isolerad” att insatsen behövs för att tillgodose goda levnadsvillkor (fall 6). Den enskildes subjektivt beskrivna upplevelse av behov, ställs med andra ord åt sidan för en bedömning från andra utgångspunkter. Men vilka?

Normalitet–avvikelse är en dikotomi som redan tidigare använts när det handlat om det ideala och påbjudna sättet att vara som människa i rätten. Normalitet kan handla om olika slag av jämförelsenormer; *statistisk* normalitet (det genomsnittliga, mest vanligt förekommande), *kulturell* normalitet (vad som är idealt, högt värderat eller socialt accepterat) eller *individuell/medicinsk* normalitet (individens funktioner jämförs med det friska, icke-funktionsnedsatta).[248] Det är oklart enligt vilket slag av normalitet som avgörandena i rättsfallen kan ha träffats – om isoleringsfrågan har bedömts med stöd i en uppfattning om vad som är genomsnittligt, vad som är idealt eller (o)acceptabelt, eller från en bedömning av individens förmågor att skapa sig ett normalt liv.

Klart är dock att det finns en föreställning hos rättstillämparna om vad som är en isolerad tillvaro, vilken påverkar de enskildas möjligheter att skapa sig själva som subjekt. En norm kommer till uttryck som innebär att den som har en utvecklingsstörning och som bor i en gruppbostad där det enligt lagen ska ingå fritids- och kulturella aktiviteter, anses få sina behov av mänsklig samvaro och aktiviteter tillgodosedda. När de enskilda i rättsfallen nekas stöd med motivet att de inte kan anses isolerade, är budskapet tydligt. Deras levnadsvillkor betraktas som tillräckligt goda som de är. Att de själva anser annorlunda tillmäts ingen betydelse. Och därigenom hindras dessa personer från att välja andra sätt att leva än enligt de tillrättalagda sättet inom omsorgsverksamheterna – de hindras från andra sätt att *vara*, än som objekt för omsorger.

Den starka fokuseringen i rättsfallen på om den enskilde kan betraktas som isolerad eller inte, kan möjligen även förklaras från perspektivet att rättstillämparna bedömt om skillnaderna mellan (vad de uppfattar som) normala levnadsvillkor och levnadsvillkoren för de enskilda i rättsfallen har varit tillräckligt *stora* för att motivera att insatsen ska beviljas. Den normalitetsdiskurs som handlar om *jämlikhet–ojämlikhet* är en välfärdsdiskurs om att genom stöd minska (kompensera för) skillnader i levnadsvillkor mellan människor med och utan funktionsnedsättningar. Om utgångarna i rättsfallen analyseras från jämlikhet–ojämlikhetsperspekti-

[248] Sauer & Lindqvist, Funktionshinder, kultur och samhälle s. 23.

vet, kan noteras att det inom jämlikhetsdiskursen relativt nyligen pekats på en särskild spänning på temat beroende–självständighet. Det sägs att ”[p]å det ideologiska planet har det skett en förskjutning mot ett mer uttalat krav på individualitet och rätten till kontroll över sitt eget liv.”[249] Nämnda förskjutning innebär att ambitionen enligt SoL och LSS om att normalisera levnadsvillkoren för exempelvis personer med utvecklingsstörning, skapar en motsättning mellan en normativ utgångspunkt om vad som anses vara ett normalt liv – hur individen bör leva – och individens rätt till frihet att själv gestalta sitt liv.[250] Det som kan erhållas med stöd av LSS-insatser är det som betraktas som det normala livet, inte ett liv som individen med utvecklingsstörning fritt kan välja.

Vi/de-diskursen kommer till tydligt uttryck genom målformuleringen i 5 § LSS om att personer med funktionsnedsättningar ska få möjlighet att leva som andra – som *vi* lever. Förutsättningen för stöd är att den enskilde kan uppfattas som tillhörande *de*-kategorin. Det betyder att den enskilde behöver ”visa upp sig på ett sådant sätt att han eller hon övertygar bedömaren om att han/hon har rätt till insatsen”.[251] Målet är att personer i lagens målgrupp genom insatserna ska bli intagna i *vi*-gruppen – de ska få möjlighet att leva som andra. I exempelfallen kan noteras att i de fall som den sökandes situation beskrivs på ett sätt som gör det möjligt att uppleva att den enskilde redan lever ”som oss”, det vill säga som någon som redan tycks ingå i vi-kategorin, blir utfallet att insatsen nekas.

Exempelvis förefaller skälet till att de sökande i rättsfall 1, 2, 5, 6 och 7 inte beviljas kontaktperson vara att de lever vad som uppfattas som normalt aktiva och sociala liv i jämförelse med andra (de bedöms inte isolerade). För att kontaktperson ska beviljas måste den enskilde uppfattas som en ”andre/de”. Antingen som någon som i ordets rätta bemärkelse är isolerad, som den äldre kvinnan i rättsfall 3, eller som någon som har ett behov som synes normalt och angeläget men otillfredsställt, som i rättsfall 4 och 8. I rättsfall 4 var det fråga om en ung mans behov av att komma iväg på sådana aktiviteter och på sådant sätt (tillsammans med en annan man) som andra män i hans ålder. I rättsfall 8 var fråga om en man som uttryckte behov av en manlig kontakt för social samvaro, utöver den i huvudsak kvinnliga personalen på gruppbostaden.

[249] Sauer & Lindqvist a.a. s. 24.

[250] Sauer & Lindqvist a.a. s. 25.

[251] Sauer & Lindqvist, Funktionshinder, kultur och samhälle s. 28.

Slutligen kommer även en *kulturell* norm om det normala livet, i betydelsen det önskvärda, ideala, högt värderade och socialt acceptabla livet, till uttryck i rättsfallen. Det är inte möjligt att få gehör för önskemål om en kontaktperson för vilka syften som helst. Exempelvis är det otänkbart att en person med utvecklingsstörning skulle beviljas en kontaktperson som kan ta med vederbörande in i kriminella kretsar eller till missbruksmiljöer, till sexklubbar eller prostitutionssammanhang.[252] En person med utvecklingsstörning måste ”underkasta sig föreställningar om vad som är ’normalt’, eftersträvansvärt samt socialt och kulturellt accepterat” för att kunna få gehör för sina önskemål om stöd.[253]

Därmed kan sägas att möjligheterna för dessa personer att skapa sig själva och sina egna liv kan vara betydligt mer begränsade än för icke-funktionshindrade. Av exemplen som refererats kan inga generella slutsatser dras. Det är dock ingen överdrift att säga att det kan finnas påtagliga begränsningar att leva ett självständigt och självvalt liv för den som är beroende av stöd från det allmänna. Den som är beroende av det allmännas stöd tvingas underkasta sig andras föreställningar om vad som är det goda och normala livet för en person med utvecklingsstörning. Utrymmet att välja sitt sätt att leva, att forma sig själv som individ och sin identitet, är begränsat inom ramar som är betydligt snävare än de som gäller för personer utan funktionsnedsättningar.

I rättsfallen både beskrivs och behandlas personer med utvecklingsstörning som svaga och utsatta, vilket kan ses som en följd av att förutsättningen för att de ska ha rätt till insatser är att de är *behövande*. Att företrädarna för rätten ska lyssna på och ta dessa personers verklighetsbeskrivningar på allvar, är inte givet. Trots den starka betoningen i LSS på självbestämmande, inflytande, delaktighet i samhället och möjligheten att leva som andra, kommer inte detta till uttryck i de rättsfall som analyserats. Tvärtom ställs den enskildes egna beskrivningar och viljeyttryck ofta helt åt sidan, till förmån för föreställningar hos rättstillämparna om vad som är normalt och tillräckligt gott för att *enligt rättstillämparna* uppfattas som goda levnadsvillkor för personen med utvecklingsstörning.

[252] Exemplen är inte tagna ur luften, utan är exempel på ”annat socialt nedbrytande beteende” (än missbruk och brottslig verksamhet) som kan grunda omhändertagande av ungdomar med stöd av 3 § LVU. Se prop. 1989/90:28 s. 67. Det gemensamma för de exempel som nämns sägs i förarbetena vara att det är fråga om beteenden som bryter mot samhällets grundläggande normer och värderingar.

[253] Sauer & Lindqvist a.a. s. 26.

Avslutningsvis kan sägas att personer med utvecklingsstörning har en svag ställning som subjekt i rätten. Deras självbestämmande ska respekteras enligt LSS, men detta möjliggörs endast om deras viljeyttringar tillmäts betydelse i rättstillämpningen. Den svaga subjektsställningen kan dock inte bara förklaras med hänvisning till dessa personers funktionsnedsättningar och deras underordnade position som behövande i förhållande till det allmänna. Den svaga ställningen förstärks genom att de som har makten över orden, beskrivningarna och tolkningarna av såväl verkligheten som rättsreglerna, inte tar viljeyttringar från personer med utvecklingsstörning på allvar.

6.3.4 Rollen som rättssubjekt inom förmynderskapsrätten

Den diskurs som omgärdar rättssubjektet i förmynderskapsrätten kan vid första anblicken tyckas motsvara den i SoL och LSS. ”De svagaste måste få rätt hjälp” löd rubriken på en debattartikel om legalt ställföreträdarskap i dagspressen år 2014[254] och ”Föråldrade lagar drabbar utsatta – om god man och förvaltarskap” är rubriken på en samhällsgranskande tidskrifts specialnummer om god man och förvaltare utgiven år 2013.[255] Även om det också i förmynderskapsrätten talas om svaghet och utsatthet och om en kategori av personer som uppfattas som särskilt *hjälpbehövande*,[256] finns dock betydelsefulla skillnader att uppmärksamma mellan subjektsrollerna i SoL och LSS jämfört med rollen som hjälp- eller skyddsbehövande i förmynderskapsrätten.

En skillnad är att normalitet–avvikelsediskursen i SoL och LSS grundas i det förhärskande synsättet på funktionshinder som något socialt betingat och som något som uppstår i ett samspel mellan ett otillgängligt samhälle och avvikande funktioner hos individer – den relationella eller miljörelativa förklaringsmodellen. Normalitet– avvikelsediskursen i förmynderskapsrätten grundas i ett synsätt på funktionshinder som något individuellt och medicinskt betingat. Det problem som avses lösas genom en legal ställföreträdare är att den enskilde på grund av sjukdom

[254] Svenska dagbladet 2014-02-27. Artikeln var underskriven av Germund Persson, chefsjurist SKL, Claes Gillberg, ordförande i Föreningen Sveriges Överförmyndare, Agneta Zedell, ordförande i Riksförbundet Frivilliga Samhällsarbetare och Torbjörn Odlöw, jur dr., universitetslektor i civilrätt vid Handelshögskolan i Göteborg.

[255] Pockettidningen R nr 3 2013.

[256] ”Hjälpbehövande vuxna” är den benämning som används i SOU 2004:112 för att beskriva den grupp som kan behöva god man eller förvaltare. SOU 2004:112 s. 360 ff.

(eller liknande förhållande) och därmed följande oförmågor, avviker från ett idealt sätt att vara som människa i samhället och i rätten. Problemet och dess lösningar är alltså inte formulerat i samma termer som inom SoL och LSS. Inom förmynderskapsrätten handlar det inte om att kompensera för den enskildes bristande förmågor i ett samhälle som inte är anpassat till personer med funktionsnedsättningar, utan om att skydda och att läka en brist hos rättssubjektet och individen.

Reglerna om legalt ställföreträdarskap för vuxna har utan större förändringar varit gällande så länge som sedan år 1924. Vid den tidpunkten fanns inte de sociala och relationella förklaringsmodeller som idag är förhärskande när det gäller synen på funktionshinder. Rättssystemet vid denna tidpunkt innehöll ingen socialtjänstlag, ingen LSS, inga internationella mänskliga rättigheter och ingen diskrimineringslag. Personer med utvecklingsstörning omtalades i offentliga utredningar som ”undermåliga”, ”defekta”, ”mindervärdiga” och ”tärande”.[257] Praktiken med omyndigförklaring kan med hänvisning till denna bakgrund förklaras som ett sätt att lösa problemet med att vissa individer inte passade in i mallen för den dugliga, ansvarstagande, självförsörjande och närande samhällsmedborgaren.

Omyndigförklaring kunde komma ifråga på individens eget initiativ, men endast om sådana grunder som framgick av 1924 års förmynderskapslag ansågs föreligga. Att vara myndig betraktades enligt ett uttalande i förarbetena som en ”rätt” som ”en person icke kan godtyckligt avsäga sig.”[258] Med tanke på uttalandet är det kanske mer rättvisande att beskriva myndigheten som en plikt. Den som förmådde att ta ansvar för sig själv och sin familj kunde inte tillåtas friskriva sig från detta ansvar. I det följande utreds hur dessa uppfattningar i dåtid kan sägas påverka dagens rättssubjektsroll i förmynderskaprätten. En annan fråga att utreda är vad det kan betyda att förmynderskapsrätten har sin grund i ett annat synsätt på funktionshinder än det synsätt som ligger till grund för SoL och LSS.

Syftet med legalt ställföreträdarskap för vuxna är att tillgodose behov av hjälp och/eller skydd för den som på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller liknande förhållande *behöver hjälp* med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person (FB 11:4), eller den som på samma grunder är *ur stånd att vårda* sig eller sin

[257] Se kapitel 2, särskilt avsnitt 2.2.1.2.

[258] NJA II 1924 s. 229.

egendom (FB 11:7).[259] Den grundläggande förutsättningen är att någon med stöd i en avvikelse från det normala som kan konstateras genom en medicinsk bedömning, anses vara i behov av hjälp eller skydd.

Diskursen kring rättssubjektet i förmynderskapsrätten handlar således om normalitet–avvikelse i betydelsen *frisk/sjuk*, men även i betydelsen *förmögen/oförmögen* att vårda sig själv eller sin egendom. För att någon ska få en god man måste vederbörande bedömas som sjuk eller liknande, och som mer eller mindre oförmögen att på egen hand ta hand om rättsliga eller personliga angelägenheter. Som tidigare påpekats är ett godmanskap inte något som kan utkrävas som en rättighet för enskilda hjälpbehövande, utan något som anordnas ”om det behövs” (FB 11:4). Visserligen får inte ett godmanskap anordnas utan samtycke från den saken gäller, om inte dennes mening på grund av tillståndet inte kan inhämtas (FB 11:4). Det betyder dock inte att det är den enskildes egen bedömning av att behöva hjälp som tillmäts betydelse vid ställningstagande till om ett godmanskap behövs.

Uppfattas behovet av hjälp eller skydd som angeläget och det inte bedöms tillräckligt att hjälpbehovet tillgodoses genom godmanskap eller på något annat mindre ingripande sätt, kan ett förvaltarskap anordnas. Ett förvaltarskap innebär att den enskilde i viss utsträckning frånkänns sin sakliga förmåga att rättshandla – sina möjligheter att agera självständigt både i rättslig och faktisk mening.[260] Ett förvaltarskap kan anordnas mot den enskildes uttalade vilja (även om brist på samtycke inte är en förutsättning för ett anordnande).

Med stöd i det nyss anförda kan sägas att avsevärda skillnader föreligger mellan subjektsrollerna som bistånds- eller insatssökande inom socialrätten jämfört med rollen som hjälp- eller skyddsbehövande inom förmynderskapsrätten. För det första finns inga tvångsinslag i SoL och LSS. Tvärtom förutsätter dessa lagar att den enskilde antingen samtycker till (SoL 1:1 st 3) eller själv begär insatser (LSS 8 §). För det andra påverkar inte ställningen som rättssubjekt inom socialrätten den enskildes ställning i någon annan del av rättssystemet. Genom ett förvaltarskap

[259] Se kapitel 5 för en utförlig rättsdogmatisk redogörelse för förutsättningarna för anordnande av godman- eller förvaltarskap.

[260] Ett förvaltarskap ska enligt FB 11:7 alltid anpassas efter behoven i det enskilda fallet. Av FB 11:9 följer att förvaltaren får ensam rådighet över den enskildes egendom och företräder honom eller henne i alla angelägenheter som framgår av dennes förordnande. För närmare redogörelse av vad som ingår i god mans och förvaltares uppdrag och hur förvaltares uppdrag ska anpassas, se kapitel 5, avsnitt 5.6.

kan den enskildes ställning som subjekt – inte bara i förmynderskapsrätten utan i större del av rättssystemet – begränsas i avsevärd utsträckning.

Ett förvaltarskap kan dock inte beslutas utan sakliga skäl, bekräftade genom ett läkarintyg. Redan i förmynderskapslagen 12:9 framgick att läkarintyg om någons tillstånd krävdes om denne skulle kunna omyndigförklaras på grund av sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan rubbning av själsverksamheten. Lagberedningen påtalade särskilt vikten av att någon inte skulle kunna omyndigförklaras utan att objektiva grunder för detta beslut kunde konstateras.[261] I specialmotiveringen till förmynderskapslagens 12:9 framhölls att domstolen i regel var i behov av läkares bistånd för att kunna bilda sig en uppfattning i saken. Även av nu gällande FB 11:17 framgår att rätten ska inhämta läkarintyg eller annan likvärdig utredning om den enskildes hälsotillstånd innan den anordnar förvaltarskap. Detta gäller även i ärenden om anordnande av godmanskap om den enskilde inte har lämnat sitt samtycke. Enligt 5:2 i Socialstyrelsens föreskrifter, SOSFS 2005:29, gäller att den som ska utfärda läkarintyg i ärenden om anordnande av godmanskap och förvaltarskap ska vara legitimerad läkare.[262] I anslutning till föreskrifterna finns blanketter framtagna av Socialstyrelsen för dessa läkarintyg.

I ärende angående anordnande av godman- eller förvaltarskap ska rätten enligt FB 11:16 st 1 ge denna person tillfälle att yttra sig, om det kan ske. Av specialmotiveringen till lagrummet framgår att rätten kan låta bli att inhämta yttrande om den enskilde är bortavarande eller ”ur stånd att uttrycka en vilja”.[263] Av FB 11:16 st 2 framgår att i ärende om godmanskap ska den som ansökan avser höras muntligen, ”om det kan ske utan skada för honom eller henne och det inte är uppenbart att han eller hon inte förstår vad saken gäller.” Rätten får dock avstå från att höra den enskilde muntligen om han eller hon själv har gjort ansökan eller medgett förordnandet eller det annars finns särskilda skäl. Med särskilda skäl avses enligt specialmotiveringen att det är mindre ingripande beslut som är i fråga. Exempel som ges är att frågan handlar om att byta god man eller förvaltare, eller att det rör sig om ett mycket begränsat ställföreträdarförordnande för att exempelvis avveckla ett hyresförhållande.[264]

[261] NJA II 1924 s. 224 f.

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

[263] Prop. 1987/88:124 s. 176.

[264] Prop. 1987/88:124 s. 177.

Annars är utgångspunkten att rätten ska höra den enskilde muntligen, med syftet att ”rätten själv får bilda sig en uppfattning om hans hälsotillstånd m.m.”[265]

Det är inte svårt att se att diskursen om behov av hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, liksom om oförmåga att vårda sig eller sin egendom, är relaterad till *homo juridicus* – normen för det mänskliga sättet att vara i rätten. Det framhålls att legalt ställföreträdarskap självklart behövs för personer som saknar personlig förmåga att rättshandla – såsom personer ”som befinner sig så långt från mänsklig kontakt och rationellt handlande att ett ingrepp i den personliga eller rättsliga handlingsfriheten saknar all betydelse”.[266] Även i andra fall där behoven av en ställföreträdare inte är lika uttalade som i nämnda exempel, kan ändå skälen till att legala ställföreträdare anses behövas i hög grad betraktas som en lösning på problemet att vissa människor inte uppfyller normen för mänskligt varande i rätten. Legala ställföreträdarskap synes inte enbart grundas i omsorgen om enskildas hjälpbehov, utan även i rättssystemets behov av att någon annan kan träda i en oförmögen individs ställning som rättssubjekt.

Sådant självbestämmande som individen tillerkänns i SoL och LSS, saknar motsvarighet i förmynderskapsrätten. Samtycke krävs för anordnande av godmanskap (FB 11:4) och en god mans rättshandlingar i den enskildes namn kan som huvudregel inte binda den enskilde om inte denne har samtyckt till rättshandlingen (FB 11:5). Det finns dock inga principiella bestämmelser som värnar den enskildes subjektsställning i FB på det sätt som sker i SoL och LSS. Att så är fallet kan förklaras med hänvisning till att de förmynderskapsrättsliga reglerna härrör från en tidpunkt då individers ställning i rätten var väsentligen en annan än den är idag. En annan förklaring står att finna i det synsätt på funktionshinder som ligger till grund för förmynderskapsrätten. Den individuella/medicinska förklaringsmodellen förlägger problemet med avvikelse hos individen, och söker åtgärda bristerna hos individen – inte i dennes omgivning. Det kan således betraktas som följdriktigt, om än inte önskvärt, att det förmynderskapsrättsliga regelverket saknar principiella ställningstaganden till den enskildes självbestämmanderätt.

Nedan undersöks vilken ställning som subjekt som personer med utvecklingsstörning kan sägas ha i förmynderskapsrättslig praxis. En fråga

[265] Prop. 1987/88:124 s. 176.

[266] HD:s domskäl i NJA 1978 s. 350.

där den enskildes egna önskemål är av stor betydelse och därför kunde tänkas tillmätas stor vikt, är frågan om *vem* som ska förordnas som god man eller förvaltare för den enskilde. Denna situation har därför valts för en fördjupning avseende ställningen som subjekt i förmynderskapsrätten.

6.3.5 Subjektsställning i förmynderskapsrättslig praxis – val av ställföreträdare som exempel

6.3.5.1 Val av legal ställföreträdare – vems fråga?

Av FB 11:12 framgår att till god man eller förvaltare skall utses en *rättrådig*, *erfaren* och i övrigt *lämplig* man eller kvinna. Av st 2 i samma lagrum framgår även att den som är underårig eller som själv har förvaltare inte får vara god man eller förvaltare.[267] Den 1 januari 2015 trädde förändringar i FB i kraft, bland annat i FB 11:12. Av FB 11:12 framgår nu att en person som den enskilde hjälpbehövande själv föreslår som god man eller förvaltare ska förordnas, under förutsättning att personen ifråga vill åta sig uppdraget och uppfyller lämplighetskraven enligt FB 11:12. Inga förändringar har dock företagits vad gäller de krav som uppställs för en persons lämplighet. Dessa krav utreds närmare nedan under avsnitt 6.3.5.2.

Ändringen motiverades i propositionen med vikten av att förhållandet mellan den enskilde och dennes legala ställföreträdare är *förtroendefullt*, vikten av att den enskilde ska kunna känna sig *trygg* i sin vardag samt betydelsen av att principen om *självbestämmande* får genomslag.[268] På principnivå anförde regeringen även att

> ”[…] samhällets hjälpinsatser ska bygga på respekten för enskildas integritet samt att enskilda i största möjliga utsträckning ska ges inflytande och medbestämmande i angelägenheter som rör dem själva.”[269]

[267] Den som är underårig kan inte gärna uppfattas som ”erfaren”, och inte heller i övrigt lämplig eftersom han eller hon, beroende av sin ålder, själv har en begränsad saklig förmåga att rättshandla. Detsamma gäller för den som själv har förvaltare – om denne själv är frånkänd sin sakliga rättshandlingsförmåga i vissa avseenden bör han eller hon givetvis inte kunna rättshandla i annans namn, vilket också poängterades särskilt av Lagrådet i samband med att förvaltarskapet ersatte omyndigförklaringen, se prop. 1987/88:124 s. 232.

[268] Prop. 2013/14:225 s. 32.

[269] Prop. 2013/14:225 s. 33.

Mot bakgrund av vad som framgått i kapitel 3 och 4 kan det tyckas som att regeringen här upprepar något som redan sedan länge betraktas som en självklarhet inom den välfärdsrättsliga diskursen. Motsvarande utgångspunkter lades fast redan i samband med socialtjänstreformen som utmynnade i ÄSoL:s ikraftträdande år 1982. Förmynderskapsrätten har dock inte haft samma uttalade principiella utgångspunkter, vilket inte kan uppfattas som anmärkningsvärt om det betänks att ett legalt ställföreträdarskap, tvärtemot vad regeringen anför enligt citatet ovan, inte kan betraktas som en av samhällets hjälpinsatser. De legala ställföreträdarskapen för vuxna är *civilrättsliga uppdrag*, närmast jämförbara med legala ställföreträdarskap för barn i form av förmyndare och vårdnadshavare. Att betrakta förmyndare och vårdnadshavare som ”samhällets hjälpinsatser” framstår som främmande enligt gällande rätt.

Det faktum att regeringen gör ovanstående principuttalanden kan uppfattas som en principiell förflyttning av godman- och förvaltarskapen från det civilrättsliga till det offentligrättsliga fältet, men utan att reglernas placering ändras. Huruvida denna manöver är av godo är svårt att uttala sig om. Vad som däremot kan sägas är att lagändringarna innebär en välkommen förändring vad gäller den enskildes subjektsstatus i förmynderskapsrätten. Att så är fallet, framgår när det nedan klargörs vad som fram tills nu har gällt angående valet av lämplig legal ställföreträdare för vuxna.

6.3.5.2 En rättrådig, erfaren och i övrigt lämplig person

Före år 1975 var åtagande som förordnad förmyndare för en omyndig (både för omyndigförklarade vuxna och för barn) en medborgerlig *plikt*.[270] Den som kom i fråga för ett uppdrag som förmyndare hade enligt 1924 års förmynderskapslag 2:8 (senare FB 11:8) inte rätt att i eget intresse vare sig avböja eller bli befriad från uppdraget. År 1975 beslutades med argument om den omyndiges bästa att pliktbestämmelsen skulle upphävas. Tanken var att den som mot sin vilja tvingades att vara förmyndare, möjligen inte skulle anstränga sig i rollen.[271]

Kraven på den som ska förordnas som god man eller förvaltare, har varit desamma sedan 1924 års förmynderskapslag 2:5.[272] Till förmyn-

[270] NJA II 1924 s. 263.
[271] Prop. 1974:142 s. 72 f.
[272] NJA II 1924 s. 257.

dare skulle förordnas en erfaren, rättrådig och i övrigt lämplig man eller kvinna, med tillägget att denne helst skulle vara släkt med, besvågrad med eller annars stå den omyndige nära. Motivet var att det ansågs som synnerligen viktigt att förmyndaren kunde väntas ”hysa intresse för myndlingen”.[273] När plikten avskaffades år 1975, avskaffades samtidigt kravet på släktskap. Ett sådant krav kunde tänkas försvåra möjligheten att finna lämpliga förmyndare. Dock påpekades att det faktum att kravet på släktskap slopades inte innebar något hinder för att utse släktingar till ställföreträdare – tvärtom framhölls det många gånger vara lämpligt.[274]

Vad som menas med rättrådig och erfaren anges inte närmare än genom att det i FB 11:12 framgår att den som är underårig eller själv har förvaltare inte får utses. Angående lämpligheten i övrigt, diskuterade föredraganden på följande sätt i propositionen år 1974 (då vuxna alltjämt kunde omyndigförklaras):

> ”Kravet på att förmyndaren ska vara lämplig innebär givetvis att han skall ha de kvalifikationer som fordras för att sköta det förmynderskap som anförtros honom. Kraven måste ställas olika beroende på om förmynderskapet avser en vuxen person eller ett barn, om uppgiften i första hand kommer att avse den personliga omvårdnaden om myndlingen eller skötseln av hans ekonomiska angelägenheter, om den ekonomiska förvaltningen är omfattande osv. Förhållandena kan således skifta väsentligt och det är därför enligt min mening inte möjligt att […] mera utförligt än som redan har skett i lagtexten formulera de krav som bör ställas. Påpekas bör emellertid att, om förmyndaren på ett tillfredsställande sätt skall kunna sköta sina uppgifter när det gäller *personlig omvårdnad*, så krävs det i många fall att han har *god kännedom om den sociala vårdlagstiftningen*.”[275] (mina kurs.)

Den enskildes behov skulle således stå i centrum och styra vem som skulle anses lämplig som förmyndare. Av intresse att notera är att föredraganden särskilt påpekar att det i många fall krävs god kännedom om den sociala vårdlagstiftningen när förmynderskapet omfattar myndlingens ”personliga omvårdnad”. Vid denna tidpunkt, i mitten av 1970-talet, var den sociala vård- och rättighetslagstiftningen inte tillnärmelsevis så utbyggd och omfattande som den är idag, 40 år senare. Mot den bakgrunden skulle kunna hävdas att sådan kännedom borde vara än viktigare i dagsläget.

Sistnämnda uppgift för förmyndaren, att sörja för den enskildes ”personliga omvårdnad”, anfördes vidare som ett skäl till att det (redan då)

[273] NJA II 1924 s. 258.

[274] Prop. 1974:142 s. 126.

[275] Prop. 1974:142 s. 125.

kunde vara svårt att finna lämpliga förmyndare, särskilt om myndlingens behov av personlig omvårdnad var stort. Personer i behov av en förmyndare saknade ofta medel som var tillräckliga för förmyndarens arvode och arbetet med den personliga omvårdnaden var enligt dåvarande arvodesregler inte arvodesgillt. Samtidigt kunde det ofta vara ”så tidskrävande att det är svårt för en förmyndare att sköta uppdraget vid sidan om sitt vanliga arbete”.[276] Eftersom det ansågs angeläget att det fanns lämpliga förmyndare att tillgå, ”inte minst viktigt är det att det finns tillgång till kvalificerade förmyndare i fall då den omyndige är i stort behov av personlig omvårdnad”, förändrades arvodesreglerna till att även innefatta arbete med den personliga omvårdnaden.[277]

Mot bakgrund av att det redan vid denna tidpunkt var en kommunal uppgift att ”tillvarata någons personliga intressen”, infördes vid samma tidpunkt en regel om hörande av kommunernas överförmyndare i ärenden om förordnande av förmyndare. Det förutsattes därmed att överförmyndaren också skulle lämna förslag till domstolen om lämplig person för uppdraget. I samband med detta menade föredraganden att överförmyndaren ”givetvis” måste

> ”[…] beakta omständigheterna i det enskilda fallet. Ibland kan det vara lämpligt att föreslå en av kommunens tjänstemän, särskilt någon som är sysselsatt inom socialvårdssektorn. I andra fall kan det vara lämpligare att föreslå någon enskild person till förmyndare. Har sökanden i förmynderskapsärendet föreslagit någon som förmyndare bör överförmyndaren självfallet ta ställning till dennes lämplighet. […] Rätten bör dock inte vara bunden av förslaget utan har att utse den som rätten finner vara lämpligast med hänsyn till förhållandena i det enskilda fallet.”[278]

Det poängterades således återigen att den enskildes behov skulle avgöra vem som är lämplig som legal ställföreträdare. Det förutsattes att överförmyndaren företog en ”matchning” mellan den enskildes behov och de kvalifikationer för det specifika uppdraget som den tänkta förmyndaren besatt. Det framhölls även att om sökanden hade ett eget förslag till lämplig person, så borde ”självfallet” den förslagna personen lämplighetsprövas av överförmyndaren.

Gällande lämpligheten i övrigt anfördes följande i specialmotiveringen till nu gällande FB 11:12 i samband med 1989 års reform:

[276] Prop. 1974:142 s. 127.
[277] Prop. 1974:142 s. 127.
[278] Prop. 1974:142 s. 128.

> ”Vid val av god man och förvaltare gör sig olika synpunkter gällande beroende på det huvudsakliga syftet med förordnandet. Skall den gode mannen eller förvaltaren främst sörja för huvudmannens person, ligger det nära till hands att till uppdraget förordna en släkting till den hjälpbehövande eller en annan närstående person. Är det däremot fråga om mera krävande egendomsförvaltning eller bistånd i en rättslig angelägenhet av mera kvalificerat slag, kan uppdraget behöva anförtros en ekonomiskt eller juridiskt kunnig person. Självfallet bör valet inte falla på en person som har intressen motsatta den hjälpbehövandes. Något hinder att förordna en socialtjänsteman föreligger inte. Däremot kan inte uppdraget knytas till en viss befattning. Kan en socialtjänsteman, på grund av att han lämnar sin befattning, inte ha kvar ett uppdrag som god man eller förvaltare, får han entledigas från uppdraget enligt reglerna i 19 § och ersättas av en annan person.”[279]

Utgångspunkten vid förordnandet ska således vara vilket behov den enskilde har, vilka angelägenheter som uppdraget omfattar och hur omfattande eller ”avancerat” uppdraget kan uppfattas vara. Jämfört med vad som anfördes i samband med 1975 års reform lyfts vare sig den enskildes egna önskemål eller det betydelsefulla i att en förmyndare har god kännedom om sociallagstiftningen fram när fråga är om en person med behov av personlig omvårdnad. Om uppdraget *främst* avser att tillvarata den enskildes personliga intressen, att sörja för den enskildes person, menar föredraganden att en släkting eller annan närstående person är ett ”naturligt val”. Kvalifikationskravet för att kunna sörja för den enskildes person anses med andra ord främst vara släktskap. Mot bakgrund av att den sociala vårdlagstiftningen redan år 1989 fick anses som betydligt mer omfattande än den var år 1975, är frånvaron av detta perspektiv i förarbetena till 1989 års reform förvånande.

Den personkännedom som släktskap eller en anhörigrelation naturligen innebär kan i många fall vara viktig för den som ska bevaka och se till att den enskildes behov tillgodoses. Det förefaller dock som att kunskaper om hur den enskildes personliga behov av hjälp från det allmänna ska kunna tillgodoses är viktigare hos en legal ställföreträdare. En socialrättsligt kompetent gode man eller förvaltare är i de fall personlig kännedom saknas dessutom alltid skyldig att skaffa sig personkännedom, om inte genom egna kontakter med den enskilde så genom de personer som finns i huvudmannens närhet – anhöriga, vårdpersonal eller liknan-

[279] Prop. 1987/88:124 s. 173.

de.[280] Kunskaper om de medel som står till buds för att så långt som möjligt tillgodose den enskildes behov, förefaller mot den bakgrunden vara viktigare än personkännedom i form av släktskap.

Omfattar uppdraget mer komplicerade *förvaltnings-* eller *rättsfrågor*, ansåg däremot föredraganden att en god man eller förvaltare med särskilda kunskaper avseende sådana frågor är att föredra. Varför specialkunskaper i förhållande till dessa uppgiftsområden framhölls som en viktigare kvalifikationsgrund än kunskaper om den sociala vårdlagstiftningen för uppgiften att sörja för den enskildes person, är en obesvarad fråga. Det är svårt att finna argument för att det skulle vara mindre viktigt för den enskilde att erhålla det stöd enligt det sociala trygghetssystemet som han eller hon behöver, än att någon med juridik- eller ekonomikunskaper på bästa sätt hanterar hans eller hennes rättsliga angelägenheter eller ekonomi.[281]

6.3.5.3 Intressekonflikter i valet av ställföreträdare – en fråga om maktens ”hur”

Ytterligare en faktor i lämplighetsprövningen som omnämns i förarbetena är frågan om *intressekonflikter* mellan den gode mannen eller förvaltaren och den enskilde. Givetvis är inte en person med intressen motstående den enskildes lämplig som legal ställföreträdare, eftersom det därmed kan finnas en risk att den enskildes intressen ställs åt sidan.[282] Vad som närmare avses med motstående intressen är dock inte klargjort i förarbetena. Föredraganden pekar i sammanhanget på det olämpliga i att samma person som tidigare varit förordnad som god man vid ett anordnande av förvaltarskap förordnas som förvaltare, om det under godmanskapet uppstått motstridigheter mellan huvudmannen och den gode mannen.[283] Detta kan dock inte uppfattas som synonymt med att den gode mannen eller förvaltaren och huvudmannen skulle ha motstående intressen.

[280] Se för närmare redogörelse för god mans och förvaltares uppdrag kapitel 5, särskilt avsnitt 5.6.3.3.

[281] En tänkbar förklaring till nedtoningen av kunskaper om den sociala vårdlagstiftningen skulle kunna vara att det förutsätts att ”myndigheterna är goda”, i betydelsen att en enskild som är aktuell inom det sociala vårdområdet i det närmaste per automatik får sina behov tillgodosedda. Att så dock inte kan anses vara fallet har visats i rättsfallsanalysen i avsnitt 6.3.3.2.

[282] Prop. 1987/88:124 s. 173 f.

[283] Prop. 1987/88:124 s. 174.

Frågan om vilka krav som i visst fall bör ställas på förvaltare var föremål för HD:s prövning i NJA 1991 s. 545. Målet är av särskilt intresse här då det i hög utsträckning även handlar om den enskildes ställning som subjekt i förmynderskapsrätten. I målet var fråga om en man i 45-års åldern med Down's syndrom, som sedan födseln var "förståndshandikappad". Mannen hade omyndigförklarats när han var i 20-årsåldern, och en advokat hade förordnats som förmyndare. Sedan lagändringen år 1989 hade samma advokat varit mannens förvaltare. År 1990 hade mannen en deklarerad förmögenhet om 2 678 000 kr, varav 2 260 000 kr bestod av aktieinnehav. Förvaltaren begärde sig entledigad från uppdraget samma år, varefter överförmyndaren i kommunen i ansökan till tingsrätten – till vilken såväl den enskilde som den tilltänkta förvaltaren anslöt sig – föreslog en kriminalinspektör som förvaltare. Skälen som anfördes för dennes lämplighet var att han bland annat arbetat med ekonomisk brottslighet, med gott resultat utfört andra förvaltaruppdrag samt i tidigare ärenden hade upprättat en god social kontakt med huvudmännen, vilket bedömdes vara viktigt för mannen i fallet som bodde inom omsorgsförvaltningen och hade ett begränsat kontaktnät.

I yttrande till tingsrätten motsatte sig huvudmannens syster att kriminalinspektören förordnades som förvaltare. Som skäl anförde hon att hennes bror huvudsakligen behövde en förvaltare för att bevaka hans rätt och förvalta hans förmögenhet. Hans personliga intressen tillgodosågs enligt systern väl inom omsorgsverksamheten. Till förvaltare borde därför enligt systerns mening utses en advokat specialiserad på förmögenhetsförvaltning, en bankman eller en revisor. Tingsrätten fann dock inte skäl att frångå överförmyndarens förslag som huvudmannen själv anslutit sig till. Den föreslagna förvaltaren fick enligt tingsrättens mening anses väl skickad att handha uppdraget för huvudmannen.

Systern anförde besvär till hovrätten och yrkade att till förvaltare skulle utses en advokat specialiserad på förmögenhetsförvaltning, en bankman eller en revisor. Hovrätten bedömde att kravet på förvaltaren att tillgodose huvudmannens personliga förhållanden, mot bakgrund av att huvudmannens personliga behov väl tillgodosågs inom omsorgen, inte var så uttalat. Huvudsakligen avsåg uppdraget istället förvaltning av huvudmannens inte oansenliga förmögenhet. Ett sådant uppdrag krävde enligt hovrätten särskild erfarenhet och sakkunskap beträffande förmögenhetsförvaltning. Den aktuella förvaltaren uppfattades i och för sig som lämplig, men det framgick inte att han hade sådan erfarenhet och kunskap

som borde krävas i det aktuella ärendet, varför hovrätten undanröjde beslutet och visade målet åter till tingsrätten för utseende av ny förvaltare.

Överförmyndaren anförde besvär och yrkade att HD skulle fastställa tingsrättens beslut. En oenig HD lämnade besvären utan bifall. I domskälen diskuterades vad det innebar att det i förvaltarens uppdraget ingick både att ta hand om huvudmannens ekonomi och att sörja för hans person:

> ”För att [N.N:] tillgångar skall kunna användas till hans nytta i skälig omfattning krävs också att förvaltaren håller sig informerad om hans personliga förhållanden och om de behov av medel som tid efter annan kan uppstå. Något mera uttalat krav på att förvaltaren skall engagera sig aktivt i omsorgen om huvudmannens person kan däremot, på skäl som hovrätten anfört, inte anses föreligga.”

Slutsatsen blev att det viktigaste var att förvaltaren hade sakkunskap och erfarenhet av förmögenhetsförvaltning.

Ett justitieråd var av skiljaktig mening och anförde att det med utgångspunkt i utredningen – systern hade upplyst om att huvudmannen inte hade någon nämnvärd kontakt med sina släktingar – fick anses visat att huvudmannen uppenbart hade ett behov av någon som kunde bevaka hans personliga intressen. Detta behov kunde endast delvis tillgodoses av omsorgsförvaltningen, varför den föreslagna förvaltaren bedömdes som lämplig för uppgiften, *särskilt* som han också föreslagits av överförmyndaren och av den enskilde själv.

I detta fall hade den enskilde uttalat en egen önskan om en viss person som förvaltare. Hans egna önskemål tillmättes dock ingen betydelse av varken hovrätten eller HD. Mannen gavs ingen ställning som subjekt utan framstår i domskälen snarare som ett objekt, trots att HD lyfter fram att det är en uppgift för en förvaltare att tillse att den enskildes tillgångar i skälig omfattning används *till hans nytta*. Med hänvisning till förvaltaruppdragets personliga intressebevakning och vikten däri av personkännedom för att kunna avgöra vad som är till den enskildes nytta, fanns ett utrymme att tillerkänna mannens egna önskemål betydelse. I synnerhet också som det i förarbetena till reformen av FB år 1975 särskilt hade lyfts fram att en legal ställföreträdares uppgift *inte* är att säkra anhörigas framtida arv.[284] Valet av ställföreträdare synes dock tvärtom ha skett med just den avsikten. HD fäster större vikt vid förvaltandet av mannens förmögenhet, än vid hans önskemål om en viss person som förvaltare.

[284] Se prop. 1974:142 s. 132.

Därmed försvinner mannen som ett subjekt i målet, vilket istället handlar om intresset av att den person som förordnas som förvaltare har rätt kunskaper för att på bästa sätt förvalta tillgångarna.

Även NJA 1992 s. 863 II är av relevans i sammanhanget av intressekonflikter och val av god man eller förvaltare.[285] I målet var fråga om en kvinna som var i konflikt med sin förvaltare om sina ekonomiska tillgångar, och som i målet motsatte sig den omvandling av omyndigförklaring till förvaltarskap som överförmyndaren hade ansökt om. Kvinnan yrkade att hon varken skulle erhålla god man eller förvaltare, alternativt att en *annan person* skulle utses till förvaltare om förvaltarskapet skulle bestå. Hon hade haft samma person som förmyndare då hon varit omyndigförklarad. Hennes önskemål om att byta person som ställföreträdare fick dock inget gehör i domstolarna, det anfördes endast i hovrätten att inga anmärkningar på förvaltarens förvaltning hade lämnats från överförmyndarens sida.

Utgången i målet i såväl tingsrätt som hovrätt blev att förvaltarskapet skulle bestå med samma person som förvaltare, med motiveringen att kvinnan var ur stånd att vårda sig och sin egendom och att det inte var tillräckligt att hon fick hjälp på något mindre ingripande sätt. Konflikten mellan kvinnan och förvaltaren handlade om att kvinnan ville spendera sina tillgångar, ett arv som vid tidpunkten för tingsrättens beslut uppgick till ca 25 000 kr, på betal-TV-avgifter och telefoni. Förvaltarens inställning var att det var skadligt för kvinnan om hon fick spendera sina tillgångar som hon ville – såväl arvet som hennes månatliga pension skulle på kort tid förbrukas. Av överförmyndarens utredning framgick att kvinnans utgifter per månad översteg hennes inkomster med ca 1 000 kr.

HD fastställde hovrätten beslut utan egen motivering. Därmed är det svårt att veta vad som fällde avgörandet i målet. Vad gäller kvinnans ställning som subjekt i målet kan dock sägas att den kan uppfattas som i det närmaste obefintlig. Varken hennes önskemål om byte av person som ställföreträdare eller hennes invändning i besvären till både hovrätten och HD om att hon i likhet med andra borde ha rätt att använda sina egna pengar på det sätt som hon själv ville, tillmättes någon betydelse. Hovrätten anförde att det saknades stöd för kvinnans påstående att förvaltaren var olämplig. Hennes invändning om att få använda sina pengar till det hon själv önskade kommenterades inte alls i domskälen.

[285] Rättsfallet har ingående refererats i kapitel 5, avsnitt 5.5.3.2.

Med tanke på att förmynderskapsrätten kan uppfattas ha en stark relation till kraven på personlig förmåga att rättshandla och därigenom normen för mänskligt varande i rätten, kan en slutsats gällande enskildas subjektsställning i förmynderskapsrätten formuleras på följande sätt: Den som bedömts sakna förmåga att ge uttryck för en förnuftig vilja har inte tagits på allvar som ett subjekt, ens i frågor där det borde saknas betydelse om viljan kan bedöms som förnuftig eller inte. Avvikelser i de förmågor och egenskaper som det ideala rättssubjektet förväntas ha, kan därmed sägas ha haft större betydelse för den enskildes ställning som subjekt i förmynderskapsrätten, än i mål enligt LSS. Förändringen i FB 11:12 från den 1 januari 2015, innebärande att en person som den enskilde själv föreslår som god man eller förvaltare ska förordnas om denne är lämplig och vill åta sig uppdraget, kan mot denna bakgrund ses som mycket betydelsefull.

6.4 Möjlighet att leva som andra men inte som annorlunda?

I detta kapitel har framgått att normen för mänskligt varande i rätten – *homo juridicus* – kräver att den som vill erkännas som ett agerande rättssubjekt ska ha *förmåga att kommunicera en förnuftig vilja*. Idealmänniskan i rätten är *förnuftig, suverän och autonom*. Personer med utvecklingsstörning kan i många fall antas avvika på någon eller till och med samtliga av dessa punkter. Den avvikelseposition som *rättssubjekt* som de hamnar i om de bedöms sakna förmåga att rättshandla och därmed bedöms vara i behov av en god man eller förvaltare, förstärks därtill genom att förutsättningen för att erhålla stöd enligt SoL eller LSS är att individen bedöms som behövande, svag eller utsatt – själva motsatsen till självständig och autonom.

Vidare kan den som avviker från normen för mänskligt varande i rätten ha svårt att i praxis få gehör för sin ställning som självbestämmande *subjekt*. Personer med utvecklingsstörning hamnar därmed i en avvikelseposition både som rättssubjekt och som subjekt i rätten. De blir dubbelt maktlösa inför den normaliserande subjektsskapande makten, vilket innebär att den angelägna frågan inför det avslutande kapitlet inte är om det är möjligt att leva *som andra* genom ställföreträdare. Den angelägna frågan är om det är möjligt att leva *annorlunda*.

7 Fullbordan

”Vi skall göra människor som är vår avbild, lika oss.”[1]

“You all laugh because I’m different. I laugh because you are all the same.”[2]

7.1 Leva som andra genom ställföreträdare – en paradox

Syftet med denna studie var att inom ramen för ’leva som andra genom ställföreträdare’ undersöka betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och som subjekt i rätten. Syftet var även att tredimensionellt – över tid, rum och makt – reflektera över rätten som subjektskapande makt; hur personer med utvecklingsstörning skapats och skapas som subjekt i, för och genom rätten.

En rad frågeställningar relaterade till syftet har besvarats efterhand i olika kapitel. Det har i kapitel 2 klargjorts *vad som har gällt i historien* för personer med utvecklingsstörning och *hur* detta har gällt; hur dessa personer har betecknats, karaktäriserats, kategoriserats och (dis)kvalificerats. Det har i kapitel 3–6 klargjorts *vad som gäller idag*. Frågor om *varför* rätten är utformad som den är och på vilket sätt en utvecklingsstörning har rättslig betydelse, har besvarats löpande genom de olika kapitlen. Andra frågor, framförallt gällande *effekterna* av rätten för personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt och subjekt, har inte kunnat besvaras förrän nu. Det gäller dels frågan om hur personer med utvecklingsstörning skapas som subjekt genom rätten, dels den inledande frågan om det kan betraktas som självklart att frihet, rättvisa och likabehandling och det rät-

[1] Bibel 2000, Första Mosebok 1:26.

[2] Jonathan Davies.

tighetssystem som korresponderar med dessa värden, är det yttersta goda och eftersträvansvärda för alla människor.

I avhandlingens inledning påstods att svensk rätt utgår från en likhetsideologi. Det påstod även att denna ideologi kunde utmanas om ett annorlundavara som utvecklingsstörning togs som utgångspunkt för en analys av den förment (jäm)lika rättssubjektiviteten. Antagandet om att olikheter mellan människor inte spelar någon roll för ställningen som rättssubjekt, har vederlagts i kapitel 2 och 6 där det studerats vilken betydelse en utvecklingsstörning har för individers ställning i rätten. I undersökningen av gällande rätt har framgått att en likhets- och jämlikhetssträvan är högst påtaglig när det talas om personer med funktionsnedsättningar. Den återfinns inom ramen både för SoL och LSS och när det handlar om dessa människors grundläggande fri- och rättigheter. Samtidigt har visats att det faktum att personer med funktionsnedsättningar har, eller *ska ha*, samma fri- och rättigheter som andra, att de är tillskrivna särskilda individuella och utkrävbara rättigheter och en rätt till självbestämmande och inflytande, inte innebär att det finns någon garanti för att dessa rättigheter förverkligas.

En inledande slutsats som kan dras av det som framkommit i de tidigare kapitlen är att uttrycket 'leva som andra genom ställföreträdare' kan betraktas som en paradox. Inte bara i den ytliga meningen att det knappast kan sägas vara att leva som andra att ha en ställföreträdare, utan i en rad andra meningar. Enligt ordboken betyder en paradox en "företeelse som har motsägande eller skenbart oförenliga drag" eller ett "skenbart orimligt men ändå (djupare sett) sant påstående".[3] I avsnitt 7.2 och 7.3 utvecklas hur 'leva som andra genom ställföreträdare' kan betraktas som en rättslig och faktisk paradox i ordbokens meningar.

'Leva som andra genom ställföreträdare' kan dock även förstås som en paradox i en annan mening. Ordet är en sammansättning av de grekiska orden *para* och *doxa*. *Para* betyder emot eller motsats, och *doxa* betyder mening eller åsikt.[4] Begreppet doxa har en särskild kunskapsfilosofisk

[3] SAOB.

[4] Enligt SAOB betyder *para* emot, och *doxa* mening. Se mer om ordens ursprung och översättning (till engelska) på www.dictionary.reference.com/paradox (2014-07-07). Se även Gustafsson, Från axiom till paradox, s. 63, som beskriver paradoxer i rätten som något som uppstår när annat tal, annan kunskap, annan mening än den axiomatiska förgivettagna normen förs in i diskussionen (i artikeln ifråga annat än den manliga normen i rätten).

innebörd som ett kunskapsslag som står i motsats till *episteme*.[5] Traditionellt har kunskapsfilosofin skiljt mellan egentlig och oegentlig kunskap, mellan fakta och tolkningar.[6] Den ”egentliga” kunskapen är den epistemiska, den som handlar om det som vi ”objektivt” vetenskapligt bevisligen (tror att vi) *vet* om hur verkligheten i sig *är*. Doxisk kunskap är av ett annat slag. Den omfattar allt det där andra, som vi inte bevisligen vet, men ändå håller för sant som antaganden.[7] Sådant som framstår som självklarheter eller som ”common sense”.[8]

[5] Med episteme menade filosoferna under antiken insikter och kunskaper om hur världen i sig är beskaffad, oberoende av människan. ”Det epistemiska kunskapandet innebär att avslöja verklighetens väsen, skingra det dunkel som vi obetänksamma människor lever i för att slutligen med förnuft, intuition eller vetenskaplig metod skåda den av oss oberoende, objektiva världen”. Rosengren, Doxologi s. 71. Kunskapsbegreppen *doxa* och *endoxa* härrör från Aristoteles och dennes skrift Retoriken. Skillnaden mellan begreppen doxa och endoxa är att det sistnämnda handlar om ”det sannolika, i betydelsen det som hålls för sant” medan det förstnämnda handlar om ”de försanthållanden, trosföreställningar och förgivettaganden som är de rådande inom en större eller mindre grupp människor” (a.a. s. 71). Enligt Rosengren använde Aristoteles begreppen för beteckning av de slag av kunskaper som retoriken ofrånkomligen måste utgå ifrån – kunskap som inte visar verkligheten som *den är i sig*, utan som *den ter sig* för oss människor. Retoriken är en lära som tar på allvar att ”vi inte kan förstå vårt tänkande som skilt från vårt tal” (a.a. s. 69), vilket ger att kunskap är situerad, föränderlig och intresserad (a.a. s. 72).

[6] Rosengren a.a. s. 9 ff.

[7] Enligt Rosengren har begreppet doxa använts även av den franske sociologen Pierre Bourdieu för att tala om socialt bestämd, inte alltid medveten och ofta ickediskursiv kunskap (Rosengren, Doxologi a.a. s. 73). Bourdieu använder dock termen i en vidare mening än den aristoteliska – som en beteckning för kunskap av det slag ”som aldrig ifrågasätts helt enkelt därför att ingen inom gruppen kommer på tanken att ifrågasätta det” (a.a. s. 74). Varje social grupp, såsom exempelvis ett vetenskapligt fält eller en profession, har sin egen doxa: en gemensam samsyn om fakta och värderingar och ett visst sätt att uppfatta världen. Denna doxa är dock näst intill osynlig för agenterna inom fältet, det vill säga deltagarna i vetenskapsfältet eller professionen (a.a. s. 75). Att så är fallet förklaras av att doxan är något vi tillägnar oss i samband med att vi skaffar oss kompetensen för att bli intagna i fältet eller professionen. Vi uppfostras till och lär oss en doxa som ”formar vår perception och våra värderingar långt innan vi förmår reflektera över eller omforma *doxan*” (a.a. s. 76). Doxan är vårt mått för att mäta verkligheten, och något icke-doxiskt mått finns helt enkelt inte. En doxa är således inte något objektivt, yttre förekommande i förhållande till de subjekt som bär upp den, utan formar och i viss mån bestämmer vad och hur subjekten kan tänka och uppfatta (a.a. s. 80).

[8] Rosengren, Doxologi s. 71 ff, särskilt s. 76 f. Rosengren framhåller att common sense som en allmänt omfattad doxa fungerar som ett slags gemensam referensram ”ja ibland också som en norm vilken man kanske inte måste underkasta sig men som man alltid måste förhålla sig till, på ett eller annat sätt” (a.a. s. 77). Jfr Lindell, Notorietet och kontradiktion, s. 28 ff, som skriver om *common sense* som en undergrupp till *notoriska fakta*, det vill säga sådant slag av fakta som inte behöver åberopas i en rättsprocess därför att den anses allmänt känd. Inom ramen för common sense kan talas om *stereotyper* som sätt att

En motsättning mellan dessa slag av kunskaper behöver dock inte anses föreligga, inte om det beaktas att allt vetande ofrånkomligen utgår från människan. Kunskapen är alltid mänskligt efterfrågad, framtagen, beskriven, kategoriserad, förklarad etc. ”Människan är alltings mått”, som Protagoras uttryckt saken.[9] Det finns inga av människan oberoende kunskaper eller sanningar.[10] All kunskap är därmed i grund och botten doxisk. Med detta påstående följer att kunskap är tidsligt och rumsligt situerad, föränderlig med tiden och sammanhanget.[11] Kunskap inom ett kunskapsfält som vid en viss tid och i ett visst sammanhang tas för given och betraktas som så självklar att den är otänkbar att sätta ifråga, såsom exempelvis bland deltagarna i rätten som uttolkar, tillämpar eller konstruerar rättsnormerna, kan kallas *vetandefältets doxa*.[12]

Givet denna förklaring av begreppet doxa, som kunskap inom ett vetandefält som tas för självklar, kan en *paradox* förstås som något som uppstår när olika doxor – motstridiga grundantaganden, förgivet-taganden eller trossatser – ställs emot varandra i samma kontext.[13] I avsnitt 7.4 argumenteras för att ’leva som andra genom ställföreträdare’ är en paradox i denna mening. Närmast analyseras dock hur ’leva som andra genom ställföreträdare’ är en paradox i rättslig och faktisk mening.

---

kategorisera verkligheten med hjälp av generaliseringar och föreställningar om vilka egenskaper vissa grupper av människor har. Lindell exemplifierar på s. 29 hur föreställningar avseende stereotyper såsom kvinnor, brottslingar, militärer etc påverkar hur vi uppfattar och tolkar beteenden hos människor: ”Ett påstående som att ’brottslingar är olyckliga människor’ är ett exempel på en egenskap som tillskrivs en grupp av människor som en följd av stereotyping. Detta är samtidigt ett påstående som i amerikanska domstolar ansetts falla under ’judicial notice’.”

[9] Rosengren, Doxologi se s. 13 och s. 32. Rosengren utgår i boken från Protagoras sats och frågar sig vad det kan innebära för kunskapsfilosofin att människan är alltings mått.

[10] Rosengren a.a. s. 29.

[11] Rosengren a.a. s. 105.

[12] Rosengren a.a. s. 71 ff. Jfr Gustafsson, Dissens, s. 84 f, ffa not 96, där Gustafsson förklarar rättens världsåskådning och begreppsbildning som ”ett doxiskt habitus”. Till skillnad från Rosengren som inte lägger någon värdering i sitt konstaterande att doxan formar tankesätten inom ett vetandefält, ifrågasätter Gustafsson vad han kallar rättens frivilliga inspärrning (s. 86) i ordens och begreppens maktdiskurser, vars funktion är att disciplinera vetandet genom att utpeka det vetvärda och exkludera det icke vetvärda. Bland annat stödjs vetandets konformism genom anpassning inom akademiska institutioner till den rådande diskurs som ”präglar vilka forskningsfrågor som kan, får och bör ställas i avhandlingar och på högre forskningsseminarier.”

[13] Jfr Gustafsson, Från axiom till paradox, s. 63, som beskriver paradoxer i rätten som något som uppstår när annat tal, annan kunskap, annan mening än den axiomatiska förgivettagna normen (i artikeln ifråga den manliga normen i rätten) förs in i diskussionen.

7.2 En rättslig paradox – en ”företeelse med motstridiga drag”

7.2.1 Genom en paradoxal ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten…

När det talas om rättsliga paradoxer menas vanligtvis att gällande rätt är motstridig på så sätt att tillämpliga regler eller principer i en viss situation står i konflikt med varandra eller pekar i olika riktningar. Konsekvensen blir ett oklart rättsläge.[14] Att med olika medel försöka lösa upp sådana paradoxer så att en viss rättslig lösning kan förespråkas är en typisk rättsvetenskaplig uppgift. Det är dock inte mitt syfte här. Istället är avsikten att klargöra det paradoxala rättsläget vad gäller ställningen för personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt och subjekt i rätten, och hur paradoxalt uttrycket ’leva som andra genom ställföreträdare’ kan uppfattas när *målet* ställs i relation till *medlet*.

Det uttalade syftet med denna studie var att undersöka betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten.[15] Angående detta syfte kan inledningsvis konstateras att en utvecklingsstörning innebär problem för en individs ställning både som rättssubjekt och som subjekt i rätten.[16] Vad jag valt att tala om som en ’*fullvärdig rättssubjektivitet*’ föreligger när en individ erkänns som både *person* och *aktör* i rätten. Personstatus, med medföljande kapacitet att vara rättighetsbärare, följer av att vara människa.[17] Aktörstatus kräver *förmåga att rättshandla*, och det är i relation till detta krav som problem kan uppstå när en individ har en utvecklingsstörning.

Förmåga att rättshandla kräver samtidig saklig och personlig förmåga att rättshandla. *Saklig* förmåga att rättshandla följer normalt av myndighetsstatusen från 18-årsdagen, men den kan vara inskränkt för vuxna genom ett särskilt beslut, exempelvis anordnande av förvaltarskap. För att *personlig* förmåga att rättshandla ska föreligga krävs att personen ifrå-

[14] Se Teubner, ”And God laughed…” Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law s. 378 ff. Enligt Teubner finns många paradoxer i rätten, vilket enligt hans mening är föga överraskande då rätten i grunden bygger på en paradox – frågan om något är rätt, i betydelsen gott, helt enkelt därför att det rättsligt gäller.

[15] Se kapitel 1, avsnitt 1.2.

[16] Se exempelvis kapitel 2 avsnitt 2.4.2, kapitel 3 avsnitt 3.3.3.2, kapitel 5 avsnitt 5.7 och kapitel 6 avsnitt 6.2.7.

[17] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.2.1.

ga förmår att kommunicera en förnuftig vilja.[18] En utvecklingsstörning, som innebär en nedsättning i de intellektuella förmågorna, får i många fall konsekvensen att personen med utvecklingsstörning bedöms sakna personlig förmåga att rättshandla. Därmed erkänns inte individen som en aktör i rätten, och kan följaktligen inte heller ses som ett fullvärdigt rättssubjekt. I rättslig mening kan bristen vad gäller rättssubjektets förmåga att rättshandla läkas genom ett legalt ställföreträdarskap; ställföreträdaren får behörighet att företa rättshandlingar i den enskildes namn. Om ett ställföreträdarskap även kan sägas innebära att individen därigenom får ställning som ett fullvärdigt rättssubjekt, kan diskuteras.

Ställningen som *subjekt i rätten*, som en person som har rätt att kräva respekt för sitt självbestämmande, kräver inte att individen har förmåga att rättshandla. Rätten till självbestämmande enligt SoL och LSS är inte villkorad av att individen har personlig förmåga att rättshandla (SoL 1:1 st 3 och LSS 6 §).[19] Den enskildes verklighetsbeskrivningar och viljeyttringar ska enligt LSS tillmätas stor vikt vid bedömningen av om behov av insats finns.[20] Som framgått bland annat i analysen i kapitel 6 av kammarrättsfall avseende rätten till kontaktperson enligt LSS, kan ändå ställningen som subjekt i rätten vara svag för personer med utvecklingsstörning. I rättsfallen framgick att det kan variera stort vilken vikt som domstolarna väljer att tillmäta den enskildes utsagor. Det har även konstaterats att egenansvarsprincipen i SoL och kravet på egen begäran om insatser i LSS förutsätter förmågor hos rättssubjektet som personer med utvecklingsstörning ofta kan antas sakna.[21]

Med utgångspunkt i dessa resultat kan reflekteras över vilka möjligheter personer med utvecklingsstörning har att kunna leva som andra; om det medel som står till buds för att nå medlen för att nå målet är ändamålsenligt.

7.2.2 …blir 'leva som andra genom ställföreträdare' en paradox

Till grund för utformningen av möjlighet att leva som andra som målsättning enligt SoL och LSS, ligger ett konstaterande av att personer med funktionsnedsättningar har sämre levnadsvillkor och ställning i samhäl-

[18] Se kapitel 2, avsnitt 2.4.3.

[19] Se kapitel 4, avsnitt 4.6.

[20] Se kapitel 4, avsnitt 4.4.1 angående behovsbedömningen enligt LSS.

[21] Se kapitel 4, avsnitt 4.3.3 och 4.6.1.2.

let än personer utan funktionsnedsättningar. Genom sociala rättigheter i formen av stöd- och hjälpinsatser som medel, avses denna olikhet kompenseras och villkoren utjämnas. Som framgått i kapitel 3 är målet komplext. Det handlar dels om materiell utjämning av levnadsvillkor genom stödinsatser, dels om ställningen för personer med funktionsnedsättningar som medborgare i samhället. De ska vara garanterade samma rättigheter, men även ha samma skyldigheter som andra.[22] För personer med utvecklingsstörning är detta mål svåruppnåeligt, vilket beror av deras svaga ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten.

Som personer i rätten är enskilda med utvecklingsstörning i LSS tillskrivna utkrävbara rättigheter, avsedda att garantera sådant stöd och sådan service som de behöver i sin livsföring. För den som inte erkänns som aktör i rätten och inte heller har de faktiska förutsättningarna att känna till och utkräva dessa rättigheter, kan dock sägas att rättigheterna inte är *tillgängliga* om det inte finns en ställföreträdare som kan föra den enskilde talan.[23] En vuxen som bedöms sakna personlig förmåga att rättshandla, vilket ofta kan vara fallet när det är fråga om en person med utvecklingsstörning, kan endast företa rättshandlingar *genom* en legal ställföreträdare. Den legala ställföreträdaren är en rättslig lösning på problemet att rättssubjektet inte *själv* kan föra sin talan eller företa rättshandlingar; genom ställföreträdaren läks denna oförmåga hos rättssubjektet. Därmed dock inte sagt att en legal ställföreträdare alltid är en lösning på problemet med rättigheternas tillgänglighet. Det är inte heller givet att en legal ställföreträdare är en lösning på problemet med den enskildes ställning som självbestämmande subjekt i rätten.

Ställningen som självbestämmande subjekt i SoL och LSS är som sagt inte beroende av att den enskilde har personlig förmåga att rättshandla, men det är ändå inte självklart att en person som bedöms sakna sådan förmåga – som inte bedöms kunna kommunicera en förnuftig vilja – får gehör hos de sociala myndigheterna för sina önskemål och sina beskrivningar av behov i rättsliga sammanhang.[24] I synnerhet som det inte heller kan sägas vara en självklar uppgift för gode män eller förvaltare att se till att så sker.[25]

[22] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.1.

[23] Se om rättigheters tillgänglighet i generell mening i kapitel 3, avsnitt 3.3.1. Se angående biståndsrättens tillgänglighet kapitel 4, avsnitt 4.3.3.

[24] Se kapitel 6, avsnitt 6.3.

[25] Se angående god man och förvaltares uppdrag, kapitel 5, avsnitt 5.6.5.

De bestämmelser som anger vilket uppdrag legala ställföreträdare har och hur detta ska utövas, är inte utformade på ett sådant sätt att god man eller förvaltare har en skyldighet att se till att den enskildes ställning som subjekt i rätten tillvaratas hos socialnämnd eller i rättsprocess hos förvaltningsdomstol. Av FB 12:2 framgår endast att gode män och förvaltare ska bevaka rätten för de personer de företräder, förvalta deras tillgångar och sörja för deras person, och i FB 12:3 stadgas att en god man eller förvaltare ska ”omsorgsfullt fullgöra sina skyldigheter och alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde.” Därmed kan konkluderas att det blir ett paradoxalt antagande att det socialrättsligt formulerade målet om möjlighet att leva som andra för vissa personer kan uppnås genom en ställföreträdare.

Det beskrivna rättsläget kan framstå som otillfredsställande, men är relativt enkelt att förklara. De två regelverk som möts i uttrycket ’leva som andra genom ställföreträdare’ har sitt ursprung vid olika tidpunkter i historien. En välfärdsstatlig reglering från 1980- och 1990-talen möter en avsevärt äldre förmynderskapsrättslig reglering som i hög grad varit oförändrad sedan 1924 års förmynderskapslag trädde ikraft. Även om förmynderskapsrätten reformerades på det viktiga sättet att omyndigförklaringen avskaffades år 1989, synes lagstiftaren inte fullt ut ha uppmärksammat att och hur reglerna inom socialrätten och förmynderskapsrätten kan behöva samspela. Förmynderskapsrätten är därtill en civilrättslig reglering som inte omgärdas av offentligrättsliga principer, vilket leder vidare till de helt olikartade syftena med insatser enligt SoL och LSS å ena sidan, och med anordnande av god man eller förvaltare enligt FB å den andra.

Insatser som kan erhållas enligt SoL eller LSS syftar till att möjliggöra för den enskilde att leva som andra (SoL 5:7, LSS 5§). Delaktighet i samhället och jämställda levnadsvillkor, inklusive en jämlik ställning som medborgare, är det som avses förverkligas för lagarnas målgrupper. Med att leva som andra menas att kunna leva ett oberoende och självständigt liv.[26] Ställföreträdarskapens syften och funktioner är helt andra.[27] Det gäller särskilt förvaltarskapet, som syftar till att skydda den enskilde från dennes egna skadliga rättshandlingar. Både godmanskapet och förvaltarskapet syftar förvisso till att den enskilde ska få hjälp som han eller hon behöver, men inte med att kunna leva som andra utan med att bevaka sin

[26] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.1 och 3.2.2.

[27] Se angående de legala ställföreträdarskapens syften kapitel 5, avsnitt 5.4.1.

rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person. En god man eller förvaltare ska alltså kompensera för de brister hos den enskilde som innebär att vederbörande inte kan vara en rättslig aktör. Detta kompensationssyfte inkluderar inte med självklarhet att även kompensera för brister som kan innebära att den enskilde inte tas på allvar som självbestämmande subjekt i rätten.

Någon motsvarighet till den betoning av frivillighet, självbestämmande, delaktighet och inflytande som framgår av SoL och LSS finns inte inom förmynderskapsrätten.[28] Tvärtom innebär förvaltarskapet att den enskilde *fråntas sin sakliga förmåga att rättshandla* i den utsträckning som förvaltarens förordnande anger. Förvaltaren får ensam rådighet över den enskildes egendom och företräder denne i alla frågor som omfattas av förordnandet (FB 11:9). Att genom en förvaltare kunna leva som andra i SoL:s och LSS:s mening, det vill säga självständigt och oberoende (och med samma medborgerliga fri- och rättigheter som andra),[29] kan därmed sägas vara en omöjlighet. Individen fråntas formellt sin självbestämmanderätt genom begränsningen av den sakliga förmågan att rättshandla och kan därmed inte leva självständigt och oberoende.

Om den enskilde istället har en god man är dennes sakliga förmåga att rättshandla intakt, men det är sällan i faktisk mening den personliga förmågan. Tvärtom kan sägas att skälet till att någon ska anses behöva god man är just att det kan konstateras brister i den personliga förmågan att rättshandla.[30] Den gode mannens uppdrag är inte kringgärdat med regler som kräver att den enskildes självbestämmande tillvaratas. Visserligen finns krav på samtycke från den enskilde för att den gode mannen ska vara behörig att rättshandla i den enskildes namn (FB 11:5), men detta krav gäller inte om den enskildes tillstånd hindrar att samtycke inhämtas. Det gäller inte heller om rättshandlingen ifråga är en sådan som sedvanligen företas för den dagliga hushållningen.[31]

Ett godmanskap innebär inga inskränkningar i den enskildes negativa frihet; den enskildes självbestämmanderätt begränsas inte genom att en god man förordnas. Samtidigt är det dock inte givet att ett godmanskap innebär ett redskap för stöd och förstärkning av den enskildes positiva

[28] Se SoL 1:1 st 3, 3:5, och 5:7, och LSS 5 och 6 §§.

[29] Se kapitel 3, särskilt avsnitt 3.2.1 och 3.2.2.

[30] Se kapitel 5, avsnitt 5.5.2.

[31] Se för utveckling av vad som avses i dessa situationer i kapitel 4, avsnitt 4.6.2.2.

frihet i dennes ställning som ett självbestämmande subjekt i rätten.[32] Att detta dock vore önskvärt, framgår inte bara när det beaktas att en god man i sådant fall skulle kunna fungera som en garant för att rätten till självbestämmande i SoL och LSS tillvaratas, utan även när funktionsnedsättningskonventionens krav beaktas.

Enligt artikel 12 i sagda konvention får inte personer med hänvisning till en funktionsnedsättning nekas ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten. De ska istället i alla lägen erhålla stöd för att kunna företa rättshandlingar, och deras vilja och önskemål ska i alla fall då så är möjligt tillvaratas och respekteras. Stödet för att rättshandla får inte vara utformat på vilka sätt som helst. Det ska vara fråga om *supported decision-making*, inte *substituted decision-making*.[33] Huruvida godmanskapet uppfyller kraven för att vara ett konventionsenligt stöd – inte en ersättning för bristande förmåga att fatta beslut – kan dock diskuteras. Den gode mannens behörighet att rättshandla i den enskildes namn kan vara mycket långtgående, och det uppställs inga krav i regleringen på att tillvarata den enskildes självbestämmande i den utsträckning så är möjligt.[34]

En ytterligare fråga att uppmärksamma på temat rättslig paradox är det faktum att insatser enligt SoL och LSS är utkrävbara rättigheter.[35] Det är däremot inte de legala ställföreträdarskapen, ett faktum som inger betänkligheter med tanke på att det därtill inom förmynderskapsrätten argumenteras för att legala ställföreträdarskap, även godmanskap, ska undvikas så långt som möjligt.[36] Konsekvensen kan bli att personer som saknar faktisk eller rättslig förmåga att på egen hand utkräva sina rättigheter från det allmänna kan bli utan det stöd som de behöver för att kunna göra så. Inte därför att de inte har en rätt om saken väl prövas,

[32] Se även Odlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 271 som avslutar sin avhandling med att rekommendera att lagstiftningen reformeras så att den enskildes aktiva deltagande betonas i högre utsträckning.

[33] Se kapitel 3, avsnitt 3.3.3.2.

[34] Det kan även ifrågasättas vem som kan kontrollera den gode mannen och hur denne tillvaratar önskemål från den som företräds. Den årliga överförmyndarkontroll som företas av gode mäns och förvaltares uppdrag är en granskning av handlingarna i ärendet, en årsredovisning som ställföreträdaren lämnar in. Det förefaller omöjligt för överförmyndarna att därigenom utöva tillsyn i annan mening än att ekonomiska transaktioner kan kontrolleras.

[35] Se kapitel 4, avsnitt 4.2.2, 4.3 och 4.4.

[36] Se angående behovsbedömningen inom ramen för FB 11:4 kapitel 5, avsnitt 5.5.2. Se även Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar.

utan därför att medlet (ställföreträdarskap) som för vissa personer krävs för att tillgängliggöra medlen (rätten till insatser) för att nå målet om möjlighet att leva som andra, inte är utkrävbart.

En restriktiv hållning till frågan om när en god man behövs, är problematisk även i ett vidare perspektiv. Om det enda medel som står till buds för kompensation för bristande förmågor att rättshandla betraktas som något som med stöd i principen om minsta ingripande åtgärd bör undvikas,[37] kan det äventyra vissa personers ställning både som fullvärdiga rättssubjekt och som subjekt i rätten.[38] Principen om minsta ingripande åtgärd formulerades ursprungligen i relation till omyndigförklaringen. Ett beslut om omyndigförklaring hade mycket långtgående konsekvenser för den enskilde, som därigenom förlorade möjligheterna att rättshandla i de allra flesta situationer. Från år 1975 fick beslut om omyndigförklaring endast fattas om det inte var tillräckligt att den enskilde fick hjälp av en god man eller på annat mindre ingripande sätt kunde få ”bistånd i vården av sina angelägenheter.”[39] Motsvarande formulering återfinns i FB 11:7 när det gäller förvaltarskapet, som inte får anordnas om det är tillräckligt att den enskilde får hjälp av en god man eller på något annat mindre ingripande sätt.

Principen om minsta ingripande åtgärd kan leda tankarna till proportionalitetsprincipen. Principen innebär att en åtgärd som inskränker grundläggande fri- och rättigheter ska vara proportionerlig i förhållande till behovet av åtgärden, och det lindrigaste ingreppet ska väljas.[40] Proportionalitetsprincipen uttrycks i RF 2:21 på så sätt att en begränsning av en fri- eller rättighet som i enlighet med RF 2:20 får ske genom lag,

[37] Se om principen om minsta ingripande åtgärd i kapitel 5, avsnitt 5.3.2.

[38] Vad gäller principen om minsta ingripande åtgärd kan den tyckas eka mycket välbekant mot bakgrund av Mills formulering om principerna för ingrepp i det suveräna autonoma subjektets privata förehavanden: ”the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. […] To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to some one else.” Mill, On Liberty s. 16.

[39] Villkoren för omyndigförklaringen framgick av då gällande FB 10:1. Se kapitel 5, avsnitt 5.3.2.2.

[40] Proportionalitetsprincipen inkluderar i själva verket två principer: behovsprincipen och principen om det lindrigaste ingreppet. Se Helmius, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Offentligrättsliga principer s. 134 ff.

aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. Eftersom ett anordnande av ett förvaltarskap kan betraktas som ett intrång i den enskildes privatliv som inskränker dennes integritet och autonoma position – dennes negativa frihet – kan hävdas att förvaltarskap bör undvikas så långt möjligt.

Är det aktuella ställföreträdarskapet ett godmanskap kan dock ett proportionalitetstänkande vara problematiskt. Ett godmanskap har inga frihetsbegränsande effekter, varför det blir främmande att betrakta anordnandet som en fråga om en begränsning av den enskildes frihet.[41] Tvärtom borde enligt min mening godmanskapet betraktas som ett sätt att garantera möjligheterna att utkräva välfärdsrättigheter för den som inte själv förmår att utkräva de insatser enligt SoL och LSS som är avsedda att ställa den enskilde i en jämbördig position med andra medborgare. Betraktas godmanskapet som ett nödvändigt ont som bör undvikas så långt möjligt, kan 'leva som andra genom ställföreträdare' inte bara betraktas som en rättslig paradox – en motstridig företeelse – utan snarare som en rättslig anomali.[42]

7.3 En faktisk paradox – ett "skenbart orimligt men ändå sant påstående"

7.3.1 Den som är beroende kan inte vara fri

Det kanske mest uppenbart motsägelsefulla inom ramen för uttrycket 'leva som andra genom ställföreträdare' ligger i det faktum att det kan vara svårt att leva som andra i betydelsen självständigt och oberoende för den som har en funktionsnedsättning av sådant slag som berättigar till insatser enligt LSS. Saknas de *faktiska* förutsättningarna kan målet blir mycket svårt att uppnå. Personer som omfattas av LSS är i många fall helt beroende av stöd eller service för att deras livssituation ska kunna fungera. Förekomst av en ställföreträdare ändrar inte på detta faktum.

Ställningen för personer med utvecklingsstörning *som subjekt* i rätten kan sägas ställas på sin spets i 'leva som andra genom ställföreträdare'.

[41] Se för utförligare argumentation kring just dessa frågor, Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar.

[42] Vilket i och för sig kan vara något positivt. Anomalier, det vill säga faktum som strider mot ett paradigm, en teori eller en viss världsuppfattning, kan betraktas som nödvändiga för att vetenskapen ska utvecklas.

Uttrycket pekar på ett fundamentalt beroende i två riktningar – beroende av stöd från samhället, *och* beroende av stöd från en legal ställföreträdare. Den frihet i både negativ och positiv mening som personer med utvecklingsstörning i likhet med andra ska vara garanterade, kan därmed sägas vara svåruppnåelig på flera nivåer. Eller annorlunda uttryckt: problemet med friheten är mångfaldigt.

Vad gäller den enskildes negativa frihet (frihet från) är inte problemet att denna *begränsas*, åtminstone inte så länge ställföreträdarskapet är ett godmanskap. Problemet med den negativa friheten är istället att en *effekt* av densamma kan bli att den enskilde blir utan hjälp och stöd som han eller hon behöver. Med hänvisning till den enskildes negativa frihet är sociala myndigheter förhindrade att ge insatser utan samtycke eller egen begäran från den enskilde – även i de situationer där individen saknar faktiskt förmåga att samtycka eller begära.[43] (Vad som ovan i avsnitt 7.2 beskrevs som ett tillgänglighetsproblem.)

Med hänvisning till värnandet av den enskildes autonomi och principen om minsta ingripande åtgärd, förespråkas samtidigt en restriktiv hållning inom förmynderskapsrätten. Det anses att legala ställföreträdarskap, både i formen av god man och förvaltare, bör undvikas.[44] För den hjälpbehövande som inte själv kan utkräva sin rätt till stöd och hjälp och som inte heller får någon ställföreträdare som kan hjälpa till, kan dock hänvisningen till negativ frihet framstå som ett ihåligt argument. Att i faktisk mening vara fri kanske inte är så mycket värt om priset är att nödvändiga hjälpinsatser inte kan erhållas och den enskilde därigenom kan fara illa.

Mot bakgrund av det nyss sagda finns problem relaterade även till positiv frihet (frihet till) för personer med utvecklingsstörning. Utan stöd från en ställföreträdare kan en person med utvecklingsstörning ha svårt att hävda sin rätt och att uttrycka och kräva respekt för sitt självbestämmande inför de sociala myndigheterna. Med stöd i vad som framgått i samband med analysen av kammarrättsfallen i kapitel 6, kan även hävdas

[43] Enligt legalitetsprincipen i RF 1:1 utövas den offentliga makten under lagarna. Det betyder att en förvaltningsmyndighet måste ha lagstöd för sitt agerande. Det finns inget stöd i SoL eller LSS för att ge insatser till enskilda utan att de samtycker eller själva begär insatserna. Dessutom kan i sådana fall fråga uppstå om den enskildes grundläggande fri- och rättigheter kränks, särskilt rätten till privat- och familjeliv enligt EKMR art 8.

[44] Se angående behovsbedömningen inom ramen för FB 11:4 kapitel 5, avsnitt 5.5.2. Se även Fridström Montoya, Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar.

att ramarna eller gränserna för den positiva friheten är snävt formulerade för den som är beroende av samhällets stöd.[45]

Det förefaller för det första finnas *en norm om det goda – normala – livet* för en person med utvecklingsstörning, till vilken den som erhåller insatser enligt LSS tvingas anpassa sig. Insatserna utformas efter denna norm.[46] För det andra innebär föreställningen om vad som är ett gott liv *en begränsning i rätten till* insatser (åtminstone rätten till kontaktperson). Föreställningen läggs till grund för att neka insatser i de fall det anses att den enskildes liv redan är tillräckligt bra. Om en person bor i gruppbostad där det ingår fritidsaktiviteter anses att den enskilde får sitt behov av social samvaro tillgodosett. Vederbörande bedöms därmed inte vara isolerad, vilket av domstolarna synes uppfattas som ett krav för att rätt till kontaktperson ska föreligga.[47] Att få möjlighet att leva som andra förefaller för den som har en utvecklingsstörning betyda att få möjlighet att leva tillsammans med och som andra med utvecklingsstörning.

Sammanfattningsvis är frihet i både negativ och positiv mening något svåruppnåeligt för personer med utvecklingsstörning, såväl med som utan en ställföreträdare. Särskilt paradoxalt blir dock 'leva som andra genom ställföreträdare' om ställföreträdaren är en förvaltare, eftersom ett förvaltarskap innebär en faktisk begränsning av både den enskildes negativa och positiva frihet. Den som har en förvaltare kan inte leva självständigt och oberoende som andra, varken i rättslig eller faktisk mening. Därmed inte sagt att detta konstaterande nödvändigtvis måste betraktas som något icke önskvärt – men det blir onekligen ett frihetsproblem.

7.3.2 Subjekt skapas i skärningspunkten mellan tiden, rummet och makten

Som beskrevs i kapitel 2 kan den formella ställningen för personer med utvecklingsstörning som rättssubjekt och subjekt i rätten sägas ha förändrats i det närmaste radikalt under de senaste 100 åren.[48] Rätten till självbestämmande, ett tillerkännande av samma fri- och rättigheter som andra, inrättande av specifik rättighetslagstiftning och ratificerandet av

[45] Se avsnitt 6.3.3.

[46] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.2.3.

[47] Som påpekats i avsnitt 6.3.3.1 är det dock svårt att se att ett sådant krav formulerats i förarbetena.

[48] Se särskilt avsnitt 2.4 om förändringarna vill kunna jämföras.

en särskild konvention om ställningen som rättighetsbärare för personer med funktionsnedsättningar, har ändock inte förändrat allt. Regler som avspeglar rättsliga attityder till personer med utvecklingsstörning *som rättsliga aktörer*, har inte ändrats i motsvarande utsträckning som regler på andra rättsområden.[49]

Även om vissa personer inte längre kategoriseras som rättsinkapabla, så finns alltjämt mekanismerna för att underkänna vissa personers rättshandlingar på grund av personliga brister kvar. Dessa mekanismer har bestått i det närmaste helt utan förändringar sedan 1924 års lag om avtal och 1924 års förmynderskapslag inrättades. Omyndigförklaringen avskaffades visserligen år 1989, men kriteriet ”ur stånd att vårda sig själv eller sin egendom” i kombination med sjukdom, psykisk störning eller liknande förhållande är alltjämt grund för att (genom förvaltarskap) inskränka en persons förmåga att rättshandla och därmed dennes möjligheter att bestämma över sig själv och sin egendom.[50] För att vara ”ur stånd att vårda” har inte krävts särskilt stora brister i egenskaper eller förmågor. I NJA 1981 s. 291 bedömdes att en person som vid ett intelligenstest uppvisat ”ojämn begåvningsprofil” och som beskrevs som lättlockad, lättlurad, omdömeslös, godtrogen och lättledd, var ur stånd att vårda sig själv och sin egendom.[51]

I förarbetena till de nyss nämnda lagarna diskuterades att det som betraktades som relevant för underkännande av vissa personer som rättssubjekt var ett onormalt själsliv gällande förstånds- eller viljeverksamheten; en abnormitet i de själsliga förmågorna.[52] Enligt vad som framgått av kapitel 6 gäller alltjämt samma krav för att någon ska anses ha personlig förmåga att rättshandla, men istället för ”onormalt själsliv” talas om ”mental förmåga att ta ställning i en rättslig angelägenhet”[53] och att den

[49] Detsamma kan för övrigt även sägas om de rättsliga attityderna till personer med psykiska sjukdomar. Historiskt har utvecklingsstörning och psykisk sjukdom varit kategorier som följts åt. Inte heller för personer med psykisk sjukdom har attityderna förändrats vad gäller ställningen som självbestämmande subjekt. Kindström Dahlin, Psykiatrirätt s. 350 skriver att den särbehandling av psykiskt sjuka människor som alltjämt rättsligt sanktioneras innebär att dessa personers integritet och autonomi inte ges samma dignitet som andra människors.

[50] Se kapitel 5, avsnitt 5.5.3.1, se även kapitel 6, avsnitt 6.2.6.1.

[51] Rättsfallet refereras ingående i kapitel 5 avsnitt 5.3.2.2.

[52] Se kapitel 2, avsnitt 2.2.2.

[53] SOU 2004:112 s. 431, refererat i kapitel 6, avsnitt 6.2.5.

enskilde inte får brista i sitt omdöme eller sin förmåga att planera eller att kontrollera sina drifter och begär.[54]

Sättet att beskriva bristande förmågor som får betydelse för underkännande av personers rättshandlingar har alltså inte förändrats i sak, och inte heller synes större förändringar ha skett vad gäller kategorisering av personer med utvecklingsstörning som en grupp i rätten. Faran med kategoriseringar är att personer reduceras till sin diagnos – att den enskilde individen betraktas mindre som en person som andra och mer som sin diagnos. Om någon ska tas på allvar som ett självbestämmande subjekt måste dock denne betraktas som en person. Som andra. När det alltjämt talas om personer med utvecklingsstörning som personer som måste hjälpas och omhändertas på olika sätt, som en särskild grupp som är behövande, svag och utsatt, kan det ifrågasättas vad som på djupet förändrats. Även om konsekvenserna av kategoriseringen förändrats, kvarstår alltjämt utpekandet av gruppen som en *avvikelse*.

När det handlar om ställningen som aktör i rätten, kan slutsatsen inte bli annan än att personer med utvecklingsstörning är lika diskvalificerade och exkluderade i gällande rätt som de alltid har varit. Så länge krav uppställs på förnuftig vilja för att någon ska erkännas som aktör kommer det förhållandet att bestå. Därmed inte sagt att dessa krav nödvändigtvis måste bestå. Åtminstone borde de kunna förtydligas och diskuteras. Vad menar vi idag med förnuftig vilja? Vem ska anses ha förmåga att uttrycka en sådan? Var ska gränserna dras för en tillräckligt förnuftig/oförnuftig vilja? Varför anser vi att vissa personers viljeyttringar inte ska tillmätas de vanliga rättsliga konsekvenserna, att vissa personer måste skyddas? Är skälen för skyddstänkandet, att skydda barn och vuxna som inte förmår förstå konsekvenserna av sitt handlande, alltjämt rättfärdiga?[55] Om så befinns vara fallet, kan det finnas andra sätt att skydda den som vi anser skyddas bör? Kan det vara möjligt att vända på frågan och undersöka möjligheterna att istället hindra de som vill dra nytta av andras oförstånd från att kunna göra så?

Kraven på att någon måste kunna kommunicera en förnuftig vilja borde inte vara ett hinder för att tas på allvar som självbestämmande subjekt inom ramen för SoL och LSS. Dessa lagar tillerkänner alla människor självbestämmanderätt. Det är dock alltför enkelt att avfärda viljeyttringar från personer som på grund av funktionsnedsättningar inte

[54] Se kapitel 6, avsnitt 6.2.6.1.

[55] Se kapitel 6, avsnitt 6.2.6.1.

uppfattas som trovärdiga eller tillförlitliga. Bilden av hur svårt det kan vara för personer med intellektuella funktionsnedsättningar att tas på allvar som personer vars vilja ska respekteras, bekräftas i en studie i ämnet socialt arbete från år 2012. En av förklaringarna som ges till den svaga ställning som dessa personer i studien visades ha, är att deras viljeyttringar inte tolkas på samma sätt som andras:

> ”Hur den egna viljan tillåts uttryckas bestäms av andra. Viljeyttringar uppfattas inte alltid som uttryck för självbestämmande. […] De verksamhetsansvariga [inom LSS-verksamheter, min anm.] beskriver brukaren som beroende av såväl anställda som anhöriga. De beskriver det som ett underläge samtidigt som de menar att när brukaren försöker påverka sin situation är det manipulation och *utspel*. Att gå via föräldrarna som ställföreträdare är inte ett accepterat sätt att visa sin vilja, enligt intervjupersonerna.”[56]

Slutsatsen som dras av studiens resultat är att det föreligger en diskrepans mellan de ideal om självbestämmande och inflytande som lagtexten i LSS konstruerar och den enskildes vardagsliv.[57]

En motsvarande slutsats kan även dras i denna studie. Den ställning som subjekt som personer med funktionsnedsättningar tillerkänns i LSS synes inte ha genomslag i tillämpningen av lagen i den utsträckning som kunde förväntas med tanke på lagens utformning. På grund av krav som uppställs på personlig förmåga att rättshandla, har personer med utvecklingsstörning även en svag ställning i rättssystemet i övrigt.

En faktor i rätten som inte bör underskattas vad gäller möjligheterna för personer med utvecklingsstörning att vara subjekt (som andra) är det som nämndes ovan, att deras position som avvikande förstärks genom de diskurser som omgärdar *rättssubjektsrollerna* i socialrätten och förmynderskapsrätten. Att det kan vara svårt att få gehör för sin ställning som subjekt för den som måste uppfattas som behövande, svag eller utsatt för att vara berättigad till hjälp, har diskuterats i kapitel 6.[58] Personer som på grund av funktionsnedsättningar har ojämlika levnadsvillkor ska genom sociala rättigheter tillförsäkras möjlighet att leva jämlikt med andra. Förutsättningen för att de ska kunna få hjälp för att kunna leva som andra är att de framstår som behövande, svaga och utsatta och bekräftas som just så. Genom att personerna erkänns som behövande, svaga eller utsatta

[56] Giertz, Erkännande, makt och möten. En studie av inflytande och självbestämmande med LSS s. 133.

[57] Giertz a.a. s. 207.

[58] Kapitel 6, avsnitt 6.3.3.3.

förstärks den avvikelseposition – den olikhet – som insatserna avser att avhjälpa. För att uppnå likhet i en mening krävs, paradoxalt, att olikheten i en annan mening bekräftas, befästs och därigenom förstärks.

Men hur är det då med andra rättssubjektsroller, såsom exempelvis rollen som sökande, klagande eller annan part inför domstol, eller som avtalspart av olika slag? Eftersom dessa roller inte är kringgärdade av avvikelsediskurser, skulle erkännande i sådana roller kunna innebära en motpol, en förstärkning av normalitet för personer med utvecklingsstörning. Problemet är att individer med utvecklingsstörning sällan kan erkännas i dessa roller på grund av kraven på personlig förmåga att rättshandla. Behörigheten att företa rättshandlingar när en person med utvecklingsstörning befinner sig i en sådan roll tillerkänns istället den enskildes ställföreträdare. Därmed kan avvikelsepositionen befästas ytterligare. Därtill är det en motstridighet i sig, att personer som avviker från det ideala sättet att vara som människa i rätten antas kunna kompenseras genom en ställföreträdare. I själva anordnandet av ett ställföreträdarskap ligger en bekräftelse och en befästelse av en avvikelseposition; en markering av bristande förmågor jämfört med *det normala*.

Stora förändringar har skett i lagstiftningen och i det rättsliga språkbruket om människor med funktionsnedsättningar sedan de tider då en utvecklingsstörning innebar att en person kunde tvångsvårdas, tvångssteriliseras och förhindras att gifta sig.[59] Men det är ändå tveksamt om vi nått fram till en punkt där det kan sägas att personer med utvecklingsstörning inte längre betraktas som objekt, utan som subjekt i rätten. Än mer problematiskt är därtill hur utsatta dessa personer är för den normaliserande maktens effekter. Inte bara är deras ställning som aktörer och subjekt i rätten svag. Utrymmet att skapa sig själv, sin egen identitet och sitt eget liv är genom beroendet av stöd från det allmänna, och i många fall även en ställföreträdare, begränsat på ett sätt som inte är fallet för andra människor. Att personer med utvecklingsstörning i vissa meningar uppvisar ett annorlunda sätt att vara än människor utan utvecklingsstörningar är svårt att förneka. Att dessa personer av den anledningen ska ha snävare ramar för att bestämma om sig själva och göra egna livsval är däremot inte självklart.

[59] Se kapitel 2, avsnitt 2.3. För en snabb överblick över utvecklingen över tid och inom olika rättsområden vad gäller ställningen som rättssubjekt för personer med utvecklingsstörning, se avsnitt 2.4.4.

Det annorlundavara som en utvecklingsstörning innebär är förbundet med föreställningar och bilder som sträcker sig långt tillbaka i tid.[60] Enbart förändringar i offentligrättslig reglering – konstitutionellt såväl som materiellt – gällande det allmännas ansvar för dessa personer, synes inte ha varit tillräckliga åtgärder för att förändra attityder som bestått under lång tid och varit offentligt sanktionerade. I inledningskapitlet framhölls att subjekt skapas i skärningspunkten mellan tid, rum och makt.[61] Personer med utvecklingsstörning har under långt tid varit, och är fortfarande, en särskild kategori i det rättsliga rummet. Denna kategorisering har haft olika betydelse i olika rättsområden, varav förmynderskapsrätten och den sociala vårdlagstiftningen är de områden som undersökts i denna studie. Inom ramen för dessa områden kan sägas att personer med utvecklingsstörning fortfarande betraktas, utpekas och behandlas som avvikande. Och därmed *blir* dessa personer i faktisk mening avvikande.

Slutligen är möjlighet att leva som andra genom en ställföreträdare i faktisk mening att betrakta som en paradox i betydelsen ett ”skenbart orimligt, men ändå sant påstående”. Ställföreträdaren är, faktiskt, den *enda* möjligheten som står till buds för att den som betraktas som avvikande vad gäller förmåga att rättshandla ska kunna utkräva de rättigheter som är avsedda att möjliggöra att leva som andra. Orimligt eller ej, det är *genom* en ställföreträdare som det kan bli möjligt för personer med utvecklingsstörning att leva som andra. Ställföreträdaren kan vara den nödvändiga mellanhand som krävs för att utverka de insatser som den enskilde behöver för att i görligaste mån kunna leva som andra.

7.4 En faktisk paradox – en *para doxa*

7.4.1 *Homo juridicus* – en doxa som producerar och reproducerar idealmänniskan

I de föregående avsnitten har förklarats att ’leva som andra genom ställföreträdare’ kan uppfattas som en rättslig paradox i betydelsen en företeelse med motstridiga drag, och som en faktisk paradox i betydelsen ett skenbart orimligt men ändå sant påstående. Därtill kan ’leva som andra

[60] Se kapitel 2, avsnitt 2.2.

[61] Se kapitel 1, avsnitt 1.1.2.3 och 1.3.2.

genom ställföreträdare' betraktas som en paradox i *kunskapsmening* – en *para doxa* rörande något så fundamentalt som människosyn.

I det inledande avsnittet i detta kapitel beskrevs en doxa som sådan kunskap och sådant tänkande som är så självklart inom ett vetandefält att det nästan är omöjligt att ifrågasätta. Denna svårighet beror på att tankestilen är så införlivad hos deltagarna i fältet att den är mycket svår *att få syn på*. Inom rätten som vetenskapligt fält och praktik finns ett paradigmatiskt grundantagande om att människan *är på ett visst sätt*, nämligen autonom och kompetent.[62] Av detta grundantagande följer bland annat att rättsreglerna bör se ut som de gör, och att de bör sträva efter att förverkliga de värden som de strävar efter. Den rättsliga likhetsideologin och den människosyn som korresponderar med denna kan betraktas som en doxa som genomsyrar det rättsliga sättet att tänka och argumentera för vissa rättsliga lösningar. Sagda doxa kan dock utmanas om ett annat sätt att betrakta människan införs i det rättsliga paradigmet. Konfronterad med ett ifrågasättande av funktionsfullkomlighetens företräde blir rättens strävan efter likhet och framhållandet av det ideala rättssubjektets förmågor en *kunskapsparadox*.

Genom det rättsliga språkbruket och den rättsliga tankestilen – sätten att argumentera och tänka kring rätten – ges företräde för en likhetsnormalitet i gestalten av den funktionsfullkomliga *homo juridicus*. Effekterna av denna tankestil blir inte bara att de som avviker från idealet ställs åt sidan och osynliggörs genom att inte erkännas som aktiva rättssubjekt. I vissa fall förekommer även att de som avviker nedvärderas. I början av 1900-talet var denna nedvärdering uttalad när det gällde personer med utvecklingsstörning.[63] I gällande rätt är den inte uttalad, men den fortlever alltjämt genom att de mekanismer finns kvar som grundade praktikerna som dessa personer utsattes för under första delen av 1900-talet. Beteckning, karaktärisering, kategorisering och diskvalificering av personer med utvecklingsstörning förekommer fortfarande. Men orden är andra.

Det talas inte längre om människor som rättsligt inkapabla, men däremot om deras förmåga att rättshandla. Sådan förmåga grundas inte som tidigare enbart i vissa tillstånd eller diagnoser, men det finns en tydlig norm som den som ska anses ha förmåga att rättshandla måste leva upp

[62] Jag är dock inte ensam om att hävda detta, se kapitel 1, avsnitt 1.1.1 och de referenser som där åberopas.

[63] Se kapitel 2, särskilt avsnitt 2.2.1.2.

till: *homo juridicus*-idealet. Kategorisering av personer med utvecklingsstörning som en grupp förekommer fortfarande, men enbart med den uttalade avsikten att hjälpa och kompensera. Det som sker genom hjälpen och kompensationen kan betraktas som en form av kontroll av de som avviker. Kontrollen sker dock inte längre genom vad Foucault skulle kalla disciplinering inom ramen för institutioner, vilket var det vanliga under den första halvan av 1900-talet, utan genom *normalisering*. Sagda normalisering verkar genom den gällande rättens mekanismer för exkludering av de icke-funktionsfullkomliga individerna, genom den ”läkning” som sker av det som uppfattas som brister hos rättssubjektet samt genom ”kompensation” gällande subjektets levnadsvillkor.

’Leva som andra genom ställföreträdare’ kan därmed uppfattas som ett sätt att genom rätten som makt *omskapa avvikande människor som lika*. Både lika i betydelsen likartade liv genom stödinsatserna enligt SoL och LSS,[64] och lika i betydelsen med likartade förmågor och egenskaper genom ställföreträdarskapet. Inom det rättsliga paradigmet betyder ”som andra” som *homo juridicus*: en fri, suverän och autonom varelse med förmåga att kommunicera en förnuftig vilja. Det medges förvisso inom rätten att det inte är sådana som alla människor är – om alla *vore* som *homo juridicus* skulle ju varken ”möjlighet att leva som andra” eller ”genom ställföreträdare” behövas. Men den rättsliga responsen på detta medgivande är inte att revidera bilden av det funktionsfullkomliga rättssubjektet, att ställa frågan om idealet ligger alltför långt ifrån verkligheten och om idealbilden och därmed reglerna borde revideras. Istället skapas lösningar som innebär att idealet och likhetsideologin kan upprätthållas.

Både ’leva som andra’ och ’genom ställföreträdare’ representerar alltså strategier för att laga det glapp som finns mellan idealbilden av människan i rätten och de faktiska individer som avviker från denna bild. Om någon på grund av funktionsnedsättningar har sämre levnadsvillkor och möjligheter att delta i samhället än andra, skapas rättighetslagar och rätt till självbestämmande för att bilden av de *jämlika och lika medborgarna* ska kunna upprätthållas. Ska en individ kunna erkännas i och *spela rollen som rättssubjekt* i olika situationer, krävs de underförstådda förmågorna och egenskaperna. Eftersom alla människor är rättssubjekt med tillskrivna rättigheter och skyldigheter måste de rättssubjekt som brister i förmåga att rättshandla ”läkas” genom en annan funktionsfullkomlig person. Båda dessa vägar strävar således mot samma mål: att garantera

[64] Se kapitel 3, avsnitt 3.2.2.3 och kapitel 6, avsnitt 6.3.3.3.

att *även de som är olika kan vara lika*, i samhället såväl som inför rätten. *Likhet* är det centrala, inte jämlikhet. Jämlikhet antas snarare bli en konsekvens av likheten. Om olikheter undanröjs är tanken att jämlikhet blir en naturlig följd.[65] Denna rättens respons på olikheter hos rättssubjekten kan ses som en konsekvens av att rätten vilar på en likhetsideologi.

Grundantagandena om hur de lika människorna är, synes hämtade från liberalismens världsbild. Såväl de värden som eftersträvas i rätten – frihet, rättvisa och likabehandling – som de förmågor och egenskaper som *homo juridicus* förväntas besitta, har tydligt liberala förtecken.[66] Att människan är fri, suverän, förnuftig, jämlik och autonom är fundamentala antaganden om det subjekt som liberalismens världsbild utgår ifrån.[67] Det är också fundamentala antaganden i rätten om hur människor är. På nivån av mänskliga rättigheter sägs människor vara födda fria och lika i värde och rättigheter,[68] på konstitutionell nivå sägs att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet[69] samt att alla ska behandlas lika inför lagen; rätten ska tillämpas neutralt inför olikheter.[70] På materiell nivå ska socialnämnden eller kommunen respektera enskildas självbestämmanderätt och integritet.[71]

Givetvis kan samtliga antaganden enligt ovan om hur människan *är* ifrågasättas.[72] Exempelvis kan så ske genom att lyfta fram *olikheten* och ifrågasätta om människor – med eller utan funktionsnedsättningar – verkligen *är* lika i värde och rättigheter. Den *normalitet* som under-

[65] Se Lerwall, Könsdiskriminering s. 71 ff.

[66] Liberty and equality, det vill säga (val)frihet och jämlikhet i värde och värdighet, framhålls av Fukuyama, The End of History and The Last Man, som *de fundamentala principerna i liberalismen* (se exempelvis s. 323). Och dessa principer måste garanteras alla människor genom rättigheter. Rättigheterna kan sålunda betraktas som *medel* men, påpekar Fukuyama, även som *mål i sig själva* eftersom ”what truly satisfies human beings is not so much material prosperity as recognition of their status and dignity” (s. xviii).

[67] Se exempelvis Björk, Fria själar, som i del 1 s. 35 ff visar hur John Locke skrev fram människan som en fri och jämlik varelse och i del 2, s. 81 ff, visar hur John Stuart Mill skrev fram människan som en oberoende, suverän, konkurrerande och förnuftssträvande varelse. Se även Fukuyama a.a. s. 153 ff.

[68] Se FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, artikel 1 och RF 1:2.

[69] Se RF 1:2.

[70] Se RF 1:9.

[71] SoL 1:1 st 3 och LSS 6 §.

[72] Björk, Fria själar, ifrågasätter exempelvis med stöd av relationsteori och genusteori antagandena om och effekterna av att betrakta människan som fri, oberoende och suverän.

byggs genom rätten som språkhandling, och i synnerhet när det talas om möjlighet att leva som andra, innebär att normaliteten betraktas som det eftersträvansvärda, och att avvikelsen betraktas som något som ska kompenseras, repareras eller läkas. Indirekt nedvärderas därmed det avvikande. Konstaterandet leder till frågan *varför* det intressanta är att läka, reparera eller kompensera brister. Varför kan inte olikheterna accepteras? Borde det inte vara betydligt mer intressant att sätta ifråga själva idealbilden och ställa frågan *om någon av oss är som homo juridicus?*

Dessa frågor ställs sällan i den rättsliga diskursen,[73] vilket ger effekten att den rättsliga idealbilden av människan får bestå som en norm för mänskligt varande i rätten. Rätten utgår från att människor är som *homo juridicus*, och eftersom vi för att erkännas som rättssubjekt måste leva upp till de egenskaper och förmågor som normen för sättet att vara som människa i rätten påbjuder, blir effekten att *vi blir homo juridicus*.[74] Vi anpassar vi oss till och skapar oss själva som den idealmänniska som rätten/makten framhåller och underbygger – vi blir *homo juridicus* därför att *vi förväntas vara sådana*. I faktisk mening *produceras* därigenom idealmänniskan, och därmed kan hon även *reproduceras* i både rättslig och faktisk mening. De fria, jämlika, suveräna och autonoma subjekten kommer förvänta sig att rätten förstärker de egenskaper och förmågor som de besitter (eftersom det är dessa de förväntas besitta), och cirkeln kan slutas. Konsekvenserna för de som avviker från idealsättet att vara är att de exkluderas och nedvärderas.

I det sist sagda ligger förklaringen till hur rätten verkar som subjektsskapande makt. Att kategoriseras som avvikande och inte räknas fullt ut är en sak, att nedvärderas en annan. Den som riskerar sådan särbehandling kommer försöka att anpassa sig – leva upp till normen. Det finns helt enkelt inget val:

> ”compulsory [’able-mindedness’] functions by covering over, with the appearance of choice, a system in which there actually is no choice.”[75]

[73] Med diskursen menar jag alltså det förhärskande sättet att tala om rättssubjektet i rätten. Det finns som visats i avhandlingen exempel i rättsvetenskaplig forskning där bilden av rättssubjektet ifrågasätts, men dessa forskningsrön ingår inte i det gängse sättet som det talas om rättssubjektet.

[74] Jfr Butler, The Psychic Life of Power s. 20: ”Social categories signify subordination and existence at once. In other words, within subjection the price of existence is subordination.”

[75] McRuer, Crip Theory s. 8.

Incitamenten för individer att anpassa sig till det som förväntas, kan antas vara extra starka för de som är beroende av stöd och hjälp i sin livsföring. Det blir (livs)avgörande att anpassa sig till de krav som uppställs för att erhålla hjälpen och stödet. Om det, som enligt SoL och LSS, krävs att någon kan bedömas vara behövande, svag och utsatt för att rätt till hjälp ska föreligga, måste individen framhålla dessa sidor av sin person och sin situation, med risken att annars inte erhålla hjälpen. Att så är fallet kan belysas genom följande citat av en mamma till en pojke med omfattande funktionsnedsättningar:

> ”Jag ska vara påstridig och får inte säga något positivt om mitt och min sons liv. Om jag fått sova gott en natt, eller är riktigt glad någon gång, så kan jag inte säga det. Jag får inte den hjälp jag behöver eftersom jag inte kan måla livet i svart. Det är ju inte svart, även om det är ganska grått.”[76]

Om man anstränger sig för att måla sitt liv i svart, blir inte livet svart då? Om man ständigt måste framhäva de funktionsnedsättningar man har, blir man då inte i första hand en person med funktionsnedsättning framför många andra sidor av personligheten?

Som konstaterades ovan i avsnitt 7.3.1 omöjliggörs genom anpassningskraven positionen som fri, oberoende och självständig. Den omöjliggörs dock på flera olika sätt. Den som är beroende av andra är inte i ordens konkreta bemärkelse fri, oberoende och självständig. Vederbörande är inte heller fri, oberoende och självständig att skapa sig sitt liv som han eller hon vill – det finns, som visats i kapitel 6, begränsningar för hur långt samhället är berett att sträcka sig i erbjudandet av hjälp och stöd.[77] För personer med utvecklingsstörning kan därmed den frihet som eftersträvas för det funktionsfullkomliga subjektet, och som personer med utvecklingsstörning i självbestämmanderättens namn ska ha såsom andra, betraktas som en illusion. På grund av sitt beroende är dessa personer varken fria från begränsningar eller fria att välja och förverkliga sitt liv som de finner gott. Att ta en position som självbestämmande över sig själv och sitt liv på samma sätt som människor utan utvecklingsstörning, är helt enkelt inte ett möjligt val.

[76] SOU 1999:21 s. 139.

[77] Se avsnitt 6.3.3.3.

7.4.2 Doxa mot doxa – människosyn mot människosyn

Ett uttryck som återkommande dykt upp i undersökningen av betydelsen av en utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt i rätten, är *människosyn*. Exempelvis har sagts att avsikten med socialtjänstreformen var att ”låta en ny människosyn prägla utformningen av den nya sociallagstiftningen”.[78] Det har även sagts att ”psykiatrirätten”, regleringen av psykiatrisk vård och tvångsvård, ytterst kan betraktas som ”ett uttryck för rådande människosyn och värderingar i fråga om hur vårt samhälle bör vara beskaffat”.[79]

I förarbetena till LSS framhölls att till grund för lagen ligger, i linje med vad som sägs komma till uttryck i artikel 1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, en *humanistisk människosyn*.[80] I den allmänna motiveringen förklaras denna och sätts i relation till LSS på följande sätt:

> ”Den humanistiska människosynen innebär att människan alltid är att betrakta som en individ med ett värde i sig. Ingen människa är mer värd än någon annan. En ovillkorlig respekt för människovärdet förändras inte av grad eller art av funktionsnedsättning. Den människa som har ett svårt handikapp får aldrig betraktas som ’föremål för åtgärder’, utan skall ses som en individ med rättigheter.”[81]

Mot bakgrund av vad som anfördes i avsnitt 7.4.1 angående liberalismens världsbild och idealmänniska, förefaller den humanistiska människosynen i allt väsentligt vara synonym med den liberala idealmänniskan.[82] Den människosyn som kommer till uttryck i den första meningen i artikel 1 i FN:s allmänna förklaring, att människan är född fri och lika i värde och rättigheter, synes i gällande rätt uppfattas som så fullständigt självklar att den ideologiska dimensionen har försvunnit.[83] Sanningshalten i bilden ifrågasätts inte i den rättsliga tankestilen, utan

[78] Bramstång, Sociallagstiftningen s. 26.

[79] Kindström Dahlin, Psykiatrirätt s. 3.

[80] Angående *humanismen* som en politisk eller filosofisk åskådning se Tännsjö, Fatta! s. 91 ff. Tännsjö karaktäriserar och klassificerar humanismen som en rasism; en åskådning som tillmäter alla människor lika värde, men samtidigt förlänar människan i sin egenskap som just människa *en överlägsen ställning* jämfört med alla andra varelser.

[81] Prop. 1992/93:159 s. 43.

[82] Se även kapitel 6, avsnitt 6.2.6.2.

[83] Björk skriver i inledningen till sin avhandling att vår kultur förnekar det faktum att människan är en relationell och beroende varelse, att vår dröm om individuell frihet och suveränitet är en chimär, och att det knappast är kontroversiellt att hävda att det är libera-

> ”*[w]e all believe in* the first article of the Universal Declaration of Human Rights, which states that human beings are born free and endowed with reason, and so we have difficulty admitting that reason and freedom are precarious constructions which have an institutional basis.”[84] (min kurs.)

Människosynen ifrågasätts inte därför att vi tror på den – den är en essentiell del av rättens tankestil och världsbild och därmed så införlivad i det rättsliga tänkandet att den inte kan ifrågasättas. Den syns inte, eftersom den så att säga är själva ”måttet för att mäta juridiken”; ett doxiskt fundament för rättslig argumentation. Men människosynen är inte bara ett neutralt mått, utan även ett sätt att sortera. Hela Protagoras sats lyder:

> ”Människan är alltings mått: måttet för det varande, att det är, och för det ickevarande, att det icke är.”[85]

Doxan är således även en tankestil som sorterar bort det irrelevanta, såsom det faktum att olikheter mellan människor spelar både rättslig och faktisk roll. Den rättsliga människosynen kan inte bara sägas vara en världs*bild* som saknar relevans annat än som en bild.[86] Den är normativ och normerande – den anger både vad som *ska* vara i föreskrivande mening, och uppställer en norm som människor *bör* anpassa sig till. Människan i rätten sägs inte bara vara fri och (jäm)lik. Att vara fri och (jäm)lik är det *goda* och därmed eftersträvansvärda för människan, vilket bildar utgångspunkten för rättslig reglering.

För att djupare kunna förstå hur det nyss påstådda hänger ihop, ska en utvikning avseende begreppet människosyn företas. Begreppet människosyn används som en samlande term för sanningsdiskurser om hur människan är och vad som är gott, rätt och riktigt för henne. Under termen människosyn kan uppfattningar eller teorier om människans egen-

---

lismens ideologi som är den politiska luft vi andas – det är liberala antaganden som bildar fundamentet i den västerländska kulturens sätt att uppfatta världen och människan i den. Se Björk, Fria själar s. 10 ff. Björk citerar i sin tur Arblaster som säger att ”[l]iberalism i sin nuvarande form är inte så mycket en uppsättning idéer eller doktriner till vilka människor med ett medvetet val bekänner sig; den är ett sätt att uppfatta den sociala världen och ett antal antaganden om den, vilka införlivas av individen på ett så naturligt och gradvist sätt att han eller hon inte är medveten om att de överhuvudtaget är några antaganden.” Arblaster, The Rise and Decline of Western Liberalism s. 6.

[84] Supiot, Homo Juridicus s. 4.

[85] Hämtat från Rosengren, Doxologi s. 15.

[86] Invändningen här skulle kunna vara att en människosyn bara är en bild och inte något som aspirerar på att vara en ”sann” beskrivning av alla människor. Motinvändningen då är vad annat vi har än våra bilder och berättelser om världen och oss själva? Våra symboler är allt vi har för att kunna kommunicera världen för varandra och oss själva.

skaper och förmågor samt hennes syften och plats i världen sammanfattas.[87] Människosyner innehåller föreställningar, antaganden och attityder till människor grundade på empirisk kunskap, men även tankegods av spekulativ och normativ art.[88] Diskurser av sådant slag som ryms inom människosynsbegreppet varierar med tid och rum.

Det kan hävdas att alla vetenskaper och vetandefält har sin människosyn, sina egna grundantaganden om människan som styr de teorier, modeller och analyser som sker i just den vetenskapens namn.[89] Den rättsliga människosynen i formen av *homo juridicus* är just rättens. Inom andra vetandefält förekommer andra sätt att förklara och beskriva människan och hennes beteenden. Ett välkänt exempel är det ekonomiska paradigmets *homo economicus*. Människan beskrivs enligt denna tankemodell som ”den välinformerade beslutsfattaren som handlar rationellt och försöker maximera sin förväntade nytta”[90] eller ”den fullständigt informerade, helt igenom rationella människan”.[91] Den *drivkraft* som antas styra människan enligt denna tankemodell, är *egenintresse*.[92] Som den nationalekonomiska teorins fadersgestalt Adam Smith uttryckt saken så får vi

[87] Begreppet människosyn förklaras på följande sätt i Nationalencyklopedin (www.ne.se 2014-07-15): ”**människosyn**, i samtida idédebatt gängse term för uppfattningar om människans grundläggande egenskaper, hennes möjligheter och begränsningar. Människosynen har ofta ett historiskt samband med mer omfattande livsåskådningar eller ideologier.”

[88] Blennberger, Människosyn för socialt arbete s. 3.

[89] Angående olika roller för människan i olika vetenskaper, se Dahrendorf, Homo sociologicus. Om människan och rollerna. Dahrendorf förklarar på s. 20 ff att alla vetenskaper som ägnar sig åt människan och hennes beteenden behöver människomodeller att arbeta med som ofrånkomligen reducerar människan i all hennes komplexitet. Det vore ogörligt att i alla sammanhang väga in alla aspekter av mänskligt liv, och heller inte önskvärt om vetenskapligt stringenta förklaringar ska kunna erhållas. Att samtliga modeller därmed kommer mötas av kritik om att reducera människan är ofrånkomligt. Men i detta konstaterande ligger också en etisk uppmaning om att inte förlora den verkliga människan ur sikte (a.a. s. 22). Se även Hermerén, På spaning efter en människosyn s. 9.

[90] Se (exempelvis) Hermerén a.a. s. 9.

[91] Dahrendorf, Homo sociologicus s. 15.

[92] *Drivkrafter* hos människan har varit en aktuell fråga för filosofer i alla tider. Fukuyama drar en förenklad linje i The End of History and The Last Man (s. xvi ff) från Platon, över Hobbes, Locke, Hegel och slutligen Nietzsche för att förklara mänskligt beteende och historiska skeenden – i synnerhet krig. Egenintresse, självbevarelsedrift och strävan efter att erkännas som en like men även som förmer än andra, har enligt Fukuyama varit framträdande drivkrafter i mänsklighetens historia. Vilken drivkraft som är den viktigaste och hur denna ska förstås, har dock uppfattats olika hos olika tänkare (s. 153 ff och s. 313 ff).

> ”vår middag från slaktaren, bryggaren och bagaren och andra förnödenheter till exempel från ljusstöparen. Men det beror inte på att de tycker om oss utan på att de tjänar sina egna intressen genom byteshandel.”[93]

Den förklaringen är dock – givetvis – inte en förklaring till *allt* mänskligt beteende.

Ett annat exempel på en teoretiskt uttalad människosyn är *homo sociologicus* som beskrivs på följande sätt: ”Vid skärningspunkten mellan den enskilde och samhället står *homo sociologicus*, människan som bärare av i förväg socialt utformade roller. Den enskilde *är* sina sociala roller, men dessa roller *är* å sin sida samhällets påträngande realitet.”[94] Ett tredje exempel kan hämtas från det medicinska paradigmet, där *homo medicus* varit en idelbild av människan som rationell, kalkylerande och självbevarande. Därmed bör hon, enligt medicinsk teori, vara beredd att genast omsätta medicinska råd i sitt liv för att förebygga sjukdomar och för att främja sin egen hälsa.[95]

Ytterligare ett exempel på människosyn, hämtat från det filosofiska paradigmet, är människan som *homo moralis* – en varelse som med moralen och förnuftet som ledstjärna fattar goda, samvetsenliga beslut.[96] Denna människosyn kan jämte den liberala människosynen uppfattas

[93] Citatet tillskrivet Adam Smith är hämtat från Kielos, Det enda könet s. 13. Kielos anför att ekonomi som vetandefält redan från början handlade om en särskild syn på människan. ”Egenintresset hos var och en gör att helheten går ihop. Utan att någon egentligen behöver tänka på helheten. Det är magi. Och det blev en av vår tids mest berömda berättelser. För nationalekonomin var det uppenbart att det var egennyttan som fick världen att snurra. […] Ekonomi handlade inte om pengar utan redan från början om en syn på människan. Historien om att vi i grund och botten agerade för att vinna på en situation. I varje situation. Och alla de antaganden som följde av det. Det är fortfarande utgångspunkten i ekonomernas standardteorier. […] människor gör som de gör för att de tjänar på det. […] Så mycket mer behöver vi inte veta. På detta sätt går vi genom livet. Och tack vare detta kan samhället hålla ihop. Som genom en osynlig hand. Det är den stora paradoxen.” Kielos a.a. s. 14 f. Angående citatet från Smith så påpekar Kielos att även om han har delvis rätt i sin beskrivning, så missar han ett helt avgörande steg. Maten ställdes inte på bordet av slaktaren, bagaren eller bryggaren. Den ställdes där av Smiths mamma.

[94] Dahrendorf, Homo sociologicus. Om människan och rollerna s. 21 f.

[95] Se Peretti-Watel & Moatti, Renoncer à l’homo médicus pour mieux comprendre les conduites à risque, i Santé Autrement Magazine, 2010–11, www.santeautrementmagazine.fr, 2014-09-01. Författarna framhåller att homo medicus som idealtyp av människa behöver skrotas till förmån för en mer verklighetsbaserad människosyn. Att människor gör som de gör trots att läkare varnar för risker, exempelvis röker, är ett bevis för att människor inte är som, och inte agerar som, idealtypen.

[96] Korkman, Det förnuftiga djurets spelregler.

komma till uttryck i artikel 1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. I andra meningen i denna artikel sägs om de fria, rättighetsbärande och likvärdiga människorna som konstaterats i första meningen, att ”[d]e är utrustade med förnuft och samvete, och bör handla mot varandra i en anda av gemenskap”. Människan, enligt de mänskliga rättigheternas mest fundamentala dokument, ses som en förnuftig och moralisk varelse, uppmanad om att hon bör handla mot andra i en anda av gemenskap.

Av de nämnda exemplen kan anas att en människosyn som kan vara allmänt accepterad inom ett vetandefält kan vara starkt ifrågasatt inom ett annat.[97] Att så är fallet skulle kunna betraktas som relativt oproblematiskt, om det inte vore för att människosyner inte bara är deskriptiva, utan även normativa. Med föreställningar om hur människor *är*, följer även ställningstaganden om hur människor *bör vara*. En viss människosyn innefattar ett visst slag av problemformuleringar, liksom framtidsvisioner kopplade till lösningar av problemen.[98] Ställs olika människosyner mot varandra kan de normativa inslagen ge upphov till allvarliga meningsskiljaktigheter.

Särskilt så, eftersom olika människosyner innebär att somligt hos människan lyfts fram och betonas, medan annat undertrycks. En viss människosyn *reducerar* ofrånkomligen människan till det perspektiv eller de strukturer som människosynen samspelar med.[99] Exempelvis tar inte *homo economicus* andra sidor av människan i beaktande än de som är av relevans för att teorin om marknaden ska fungera. Människan antas enligt ekonomisk teori vara en rationell och självnyttomaximerade var-

[97] Jfr Hermerén, På spaning efter en människosyn s. 9.

[98] Hermerén (a.a. s. 12) exemplifierar resonemanget om olika synsätt som leder till olikartade problemformuleringar respektive lösningar på problemen, genom att ställa tre ”mer genomarbetade” människosyner mot varandra: den kristna, den marxistiska och den existentialistiska. Den kristna människosynen ser som ett grundläggande fel med mänskligheten att människan har missbrukat sin fria vilja och syndat och därför för att må bra behöver ta emot Guds förlåtelse och börja ett nytt liv inom ramen för det kristna samfundet. Enligt marxistisk teori har människan alienerats från sin sanna natur genom det kapitalistiska samhällets produktionsförhållanden, och först om samhället förändras radikalt kan individernas liv förändras. Enligt Sartre är problemet att människor är dömda till frihet och försöker undvika den ångest som denna insikt skapar. Endast genom ärlighet (mot oss själva, vår sanna natur, min anm.) och insikt om att vi är dömda till denna frihet, kan vi må bra.

[99] Jfr Dahrendorf, Homo sociologicus s. 20 ff.

else som strävar efter kapitalalstring – ingenting annat.[100] På samma sätt kan *homo juridicus* säga reducera människan till en förnuftig och viljande människa – det är i varje fall i huvudsak dessa sidor av människan som tillmäts intresse i rätten.

Eftersom en människosyn fångar in ett vetandefälts förgivet-taganden (doxa) om människan och dessutom kan sägas ha normativa effekter, kan begreppet vara synnerligen användbart inom rättsvetenskapen, som kan beskrivas som en normvetenskap.[101] Det kunde vara av stort intresse inom rättsvetenskapen att inte bara diskutera reglerna, utan även för vilken idealmänniska dessa regler är tänkta, vilka antagna beteenden som reglerna utgår ifrån och vilka effekter de får för den som eventuellt inte passar in i idealmallen. Så sker dock mycket sällan. Det talas vanligtvis inte om de antaganden om människan som grundar rättens innehåll och om de värderingar som *just därför* eftersträvas i rätten.[102] Det tas bara för givet – som en doxa – att människan *är* som *homo juridicus*.[103]

Konsekvensen av detta förgivet-tagande är att det inte heller blir möjligt att se att vad rättens människosyn *gör* är att producera subjekten, genom normalisering och disciplinering och genom att reproducera olika sanningsdiskurser. Exempelvis enligt uttalanden som det följande:

> ”Man kan nå fram till materiell rättvisa på olika sätt beroende på vilket innehåll man vill ge rättvisan. Utgår man från en humanistisk syn på människan ses hon som ett subjekt. Människan är ett jag. Hon är en person, har

[100] Angående rationaliteten, se dock Kahneman, Tänka, snabbt och långsamt. Kahneman beskriver på s. 14 ff hur två synsätt på människan som hade varit godtagna som grundantaganden om människans natur inom samhällsvetenskapen under lång tid kunde dementeras genom hans forskning; att människan i allmänhet är rationell och normalt tänker sunt, och att känslor som rädsla, tillgivenhet och hat är de viktigaste orsakerna till att människor inte förblir rationella.

[101] ”Förståelsen av rätten [inom genusrättsvetenskapen, min anm.] präglas av att rätten ses som en social konstruktion, som ett normsystem som interagerar med andra normsystem men också med samhället i stort.” Svensson, Genus och rätt s. 274.

[102] Ett undantag som kan nämnas är dock Votinius avhandling ”Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund.” Votinius granskar de värden som omgärdar kontraktsrättens teoribildning, och konstaterar att det bakom kontraktsrättens syn på relationerna mellan parterna, finns en konflikt som ytterst handlar om människan och samhället och människan och hennes mellanmänskliga relationer. Frågan som Votinius behandlar är ifall människor ska betraktas som varandras fiender eller vänner och om samhällets roll är att låta vara eller gripa in – i grund och botten alltså en fråga om människosyn.

[103] Jfr Svensson i Gustafsson & Svensson, Finns det svarta svanar i Australien? s. 115: ”Den autonoma individen verkar vara paradigmatisk i samtida rättsvetenskap, även i andra teorier än de liberalt präglade.”

> frihet, ansvar och mänsklig värdighet. Kant är en av de många filosofer, som anser det vara logiskt nödvändigt att anta ett jag, som äger autonomi och frihet. Detta tror jag är en förutsättning för allmänmänsklig erfarenhet. Till människans karakteristika hör då också att hon inom sig bär på skapande krafter. Hon är inte bara individ utan ingår dessutom i ett gemenskapssammanhang. Människan är en social varelse, beroende av sin yttre miljö och sina mänskliga relationer. Detta synsätt är utmärkande för ett välfärdsstatligt tänkande."[104]

Även om det är svårt att argumentera emot det som sägs i citatet kan ändå en fråga ställas. Är det rättfärdigat att i rättens namn intvinga alla människor i en reducerande människosyn, hur självklar och *god* vi än kan tycka att den är? Bortom de tilltalande orden kan anas att om det inte var upp till oss – vi mer eller mindre funktionsfullkomliga vars funktionsfullkomlighet tas för given inom rätten – att formulera människosynen och de värden som därmed förknippas, kanske bilden och därmed även värdena skulle se annorlunda ut. Vems frihet, rättvisa och likhet är det som eftersträvas i rätten? Allas? Eller kanske bara de funktionsfullkomligas, de som har förmågan att med rättsligt erkännande klaga på, ansöka om eller utkräva det som är *deras* rätt?

Med denna fråga har jag återkommit till samma punkt där denna avhandling inleddes. Slutsatsen som kan dras är att frihet, rättvisa och likabehandling är värden som korresponderar med en doxisk uppfattning i rätten om människan som en fri, förnuftig och viljande varelse. Den bilden av människan kanske är en rättvisande beskrivning av många människor, men inte av alla. Detta konstaterande till trots, är det tydligt att fri- och rättighetssystemet, de svenska rättighetslagstiftningarna och funktionsnedsättningskonvention alla utgår från dessa värden som det yttersta goda. För människor som faller utanför mallen, som inte kan sägas vara fria, förnuftiga och viljande, har visats att sagda värden kan ha en baksida, liksom de rättsregler som korresponderar med dem. Mot denna bakgrund framstår följande reflektion som välgrundad:

> "At present, it is questionable whether a general principle of equality still prevails. Instead, equality appears to be approached more frequently through the principle of non-discrimination on certain grounds. That approach implies a potential conflict with directly or indirectly incapacitating forms of protection of interests, for protecting interests consist not only in restricting formal equality, but also in restricting formal freedom. Any rethinking of capacitating or incapacitating techniques in law will therefore

[104] Vahlne Westerhäll, Den starka statens fall? s. 56 f.

> have to take into account the extent to which the principles of freedom and equality remain essential values of a societal organisation, and whether these may have to yield to other values and priorities in shaping society and the international community."[105]

Kanske bör vi inte oreflekterat utgå från att frihet, rättvisa och likabehandling är oantastliga och heliga värden som alltid bör eftersträvas. Åtminstone inte innan vi reflekterat över om den människosyn som ligger till grund för dem är den mest rättvisande.[106] Förutsatt då, givetvis, att vi menar allvar med att inkludera *alla* människor i rätten som fullvärdiga rättssubjekt. Även personer med utvecklingsstörning.

7.5 Historiens slut eller bara en början?

Det är vanligt att rättsvetenskapliga avhandlingar avslutas med en rekommendation eller ett förslag om hur något i rätten ska förbättras, förändras eller styras upp för att ett mål av något slag ska nås, till exempel hur barnets bästa bättre ska kunna tillvaratas, hur sjuka personers rättigheter ska kunna garanteras eller hur rättsliga oklarheter ska kunna läggas tillrätta. Något sådant förslag lämnas inte här. Syftet med studien var inte formulerat med en sådan ambition. Avsikten var att undersöka betydelsen av utvecklingsstörning för en individs ställning som rättssubjekt och subjekt och att reflektera över hur rätten som makt verkar subjektsskapande.

Det jag ville åstadkomma med studien var att *berätta en annan historia än normens*. Jag ville berätta om *vad normen gör med personer som avviker*; en historia som personer som avviker på grund av en utvecklingsstörning har svårt att själva berätta. Jag ville berätta den från mitt interna juristperspektiv, inifrån rätten. Inte utifrån, från ett annat vetandefälts perspektiv, inte som om jag vore del av den annorlundavarande gruppen, utan som en kritiker som ätit förbjuden frukt och därigenom fått förmågan att granska sin lustgård med nya ögon. Den förbjudna frukt som gjorde detta möjligt var *andra kunskaper än rättskällematerial eller rättsteori*, sådant material som enligt rättskälleläran avfärdas som rättsligt

[105] Wijffels, Legal Capacity in Historical Perspective s. 62.

[106] Eller med Supiots ord: "Law is not the expression of a truth revealed by God or discovered by science; and it is not simply a tool which could be judged on the basis of its efficiency (efficient for whom?) […] its role is to come as close as possible to an accurate and just representation of the world, in the knowledge that this can never be achieved absolutely." Supiot, Homo Juridicus s. xxv.

irrelevant. Jag menar dock att sådana kunskaper är högst relevanta i rättsvetenskapen om ambitionen är en annan än att reproducera den givna tankestilen; om det ska vara möjligt att kunna få syn på och granska den doxa som alla deltagare i rätten omfattas och innesluts av.

Innan avhandlingen avslutas ska återvändas till en sista obesvarad fråga, nämligen den som ställdes i rubriken till kapitel 2: ”Från idiot till medborgare – historiens slut eller bara en början?”. Något svar på frågan gavs avsiktligen inte i det kapitlet. Det första ledet i rubriken är lånat från titeln på en bok som använts i kapitel 2.[107] Samma boks slutsatser användes även som avstamp för studiens problemformulering. I inledningen problematiserades om de avsevärda förändringar som har genomförts för personer med utvecklingsstörning kan betraktas som tillräckliga för att ett lyckligt slut på historien ska kunna konstateras; om dessa personer kan betraktas som fullvärdiga medborgare, om en lagstadgad rätt till goda levnadsvillkor också innebär att kunna få goda levnadsvillkor, samt om det skett en total förändring i rätten vad gäller attityder till och därmed möjligheterna till delaktighet för personer med utvecklingsstörning.

När studien nu är genomförd kan samtliga frågor besvaras med ett nej. Personer med utvecklingsstörning kan inte betraktas som fullvärdiga medborgare eftersom de inte kan betraktas som fullvärdiga rättssubjekt. En lagstadgad rätt till goda levnadsvillkor innebär ingen garanti för att också kunna *få* goda levnadsvillkor. Inte heller kan det sägas att attityderna i rätten till personer med utvecklingsstörning har förändrats *totalt*. Den diskurs som förs om sakernas goda tillstånd idag jämfört med historien, kan behöva nyanseras.

Historien om personer med utvecklingsstörning, om man med historien menar en utveckling mot förbättringar,[108] *bör* således inte vara slut här. I varje fall är det min förhoppning att berättelsen om dessa personer

[107] Grunewald, Från *idiot* till medborgare.

[108] Jfr Fukuyama, The End of History and The Last Man s. xii ff som förklarar att ”what I suggested had come to an end was not the occurence of events, but History: that is, history understood as a single, coherent, evolutionary process, when taking into acoount the experience of all peoples in all times. […] Both Hegel and Marx believed that the evolution of human societies was not open-ended, but would end when mankind had achieved a form of society that satisfied its deepest and most fundamental longings. Both thinkers thus posited an ’end of history’: for Hegel this was the liberal state, while for Marx it was a communist society. This did not mean that the natural cycle of birth, life, and death would end, that important events would no longer happen […]. It meant, rather, that there would be no further progress in the development of underlying principles and institutions, because all of the really big questions had been settled.”

i rätten kommer fortsätta att förändras. Om så blir fallet, hoppas jag att det som driver utvecklingen i så hög grad som möjligt är önskemål som personer med utvecklingsstörning själva formulerar.

Framtidsutsikterna är dock dystra. Ett tungt vägande skäl till att personer med utvecklingsstörning fortfarande inte kan betraktas som fullvärdiga rättssubjekt får antas vara att de dåligt passar in i dagens kapitalistiska och individualistiska kultur.[109] Så länge ekonomisk tillväxt, liberalism och kapitalism är de förhärskande samhällsstrukturerna finns ett begränsat utrymme för personer med utvecklingsstörning. Eller annorlunda uttryckt:

> ”Det finns en rad egenskaper […] vilka är sådana att det är fördelaktigt för individen att slippa dem – åtminstone i det slags samhälle där vi lever. Jag tänker på egenskaper som låg intelligens […] dyslexi, ADHD samt svårigheter att leva sig in i hur andra människor tänker. […] Jag tror ingen av de uppräknade egenskaperna är sådan att den som sådan gör att en individ måste leva ett dåligt liv. Det är emellertid klart att i vårt konkurrensinriktade samhälle får man ofta problem, om man uppvisar dessa egenskaper.”[110]

Dagens samhälle kräver att människor skapar sig själva som just sådana oberoende och självständiga varelser som de olika roller som samhället erbjuder förutsätter.[111] Inom rätten och rollen som rättssubjekt är det inte bara personer med utvecklingsstörning som inte passar in. Det gäller alla som inte bedöms kunna kommunicera en förnuftig vilja; barn, psykiskt sjuka, äldre människor eller andra med nedsatt förmåga att vara som *homo juridicus*. Den mest brännande frågan att diskutera framöver borde därför inte vara hur personer med utvecklingsstörning eller andra annorlundavarande människor ska kunna hjälpas till att passa in, utan om *homo juridicus* är en rättvisande och därmed önskvärd avbild av någon av oss.

Genom att i denna berättelse ställa en grupp i rampljuset som av tradition befunnit sig i skuggan av normen, har sorteringsmekanismer

[109] McRuer, Crip Theory. s. 20 f, förklarar med stöd av Foucaults teori om disciplinering hur funktionshindrade personer har bevakats i termer av möjligheten av ”duglighet” i systemet och, om så befunnits möjligt, aktivt genom både samhällsinstitutioner såsom exempelvis psykiatriska praktiker eller, än mer subtilt egenupplevd påtvingad självkontroll, sökts omformas till produktiva, i systemet inpassade istället för avvikande personer.

[110] Tännsjö, Fatta! s. 106.

[111] Jfr Tännsjö, Fatta! Eugenik i går, i dag och i övermorgon s. 98 ff, särskilt s. 105 ff. Tännsjö problematiserar urvalsmekanismer vad gäller vilka barn som föds i gårdagens och dagens samhälle, vilka kan betraktas som styrningsmekanismer för att tillse att människor blir så (jäm)lika varandra i biologiskt och intellektuellt hänseende som möjligt.

i rätten kunnat synliggöras som är värda att lyfta fram. Synliggörandet av dessa mekanismer innebär att de blir möjliga att diskutera, och därigenom möjliggörs, kanske, en början till ett annat slut på berättelsen om personer med utvecklingsstörning i rätten. Det sägs att det är slutet som avgör om en berättelse är en tragedi eller en komedi. Tragedin slutar olyckligt, komedin lyckligt. Den väsentliga frågan att ställa sig så här när en slutpunkt snart ska sättas, är *var* i den rättsliga historien om personer med utvecklingsstörning som vi befinner oss. Är vi i slutet eller tvärtom i början? Är det tänkbart att dagens ordning i framtiden kommer framstå som absurd och som en plattform för en komedi, där huvudpersonen till sist frigörs från funktionsfullkomlighetens normerande förtryck och slutet blir lyckligt?

Svaren står skrivna i framtiden. Klart är dock att det i nutid finns en icke problematiserande hållning i rätten gentemot vad som betraktas som det normala sättet att vara som människa. Ett första steg mot förändringar är att reflektera över sättet på vilket personer med utvecklingsstörning görs till annorlunda och avvikande genom hur vi talar om dem. För den som eventuellt tvekar till om just språket verkligen kan spela så stor roll, vill jag avsluta med följande ”parlör”, författad av professor Karin Barron:[112]

”**Omsorgska**
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte ha ett hem utan en *LSS insats*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara en hyresgäst utan *en boende*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte ha ett arbete utan en *daglig verksamhet*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte ta ledigt från jobbet utan *ha en hemmadag*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte bli upprörd över att behandlas på ett kränkande sätt, utan *aggressivitet ingår i min handikappbild*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte enträget försöka bli förstådd utan ha *fastnat i ett negativt beteende*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara energisk utan *överaktiv*

[112] Karin Barron är professor i socialt arbete med inriktning mot äldre och funktionshinder vid Göteborgs universitet samt professor i sociologi med inriktning mot funktionshinderforskning vid Uppsala universitet.

Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle inte mina föräldrar älska mig, utan *överbeskydda mig*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte besluta mig för något utan *få för mig något*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara orolig och ledsen utan *stökig*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte spontant ändra vad jag vill göra utan *bryta en överenskommelse (t.ex. i form av en individuell plan)*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte ha sexuella behov, utan *problem med det sexuella*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara kunnig och kompetent utan *habiliterbar*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte bidra till andras välfärd utan vara en *omsorgstagare*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara en kreativ individualist utan ha *problem med gruppanpassning*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara uttråkad utan ha *dålig koncentrationsförmåga*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte åka buss utan *bussträna*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte tycka om Kalle och Eva utan vara för *beroende av personalen*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara en unik individ utan en *brukare*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte ha kul med mina vänner utan ha *social träning*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte vara ung eller gammal, kvinna eller man utan just *utvecklingsstörd*
Om jag skulle kallas utvecklingsstörd
skulle jag inte ta avstånd från denna enda grupptillhörighet utan ha *dålig handikappinsikt."*

I begynnelsen var ordet, och ordet var hos… oss.

Summary

Chapter 1
In The Beginning

There is an alikeness-ideology in Swedish law, which manifests itself in different ways. One of these is the presumption that all human beings are legal subjects – persons with rights, duties, and the capacity to interact with the legal system – and, in turn, that all legal subjects are alike. Not equal, but alike. Understood in this way, the "alikeness-assumption" suggests a means of promoting or even creating equality through law. An alikeness-principle is expressed in the Swedish Constitution in several articles. Chapter 1, § 2, for example, provides that everyone is alike in value and dignity and that discrimination on the grounds of gender, race, sexuality, disability, and other characteristics is prohibited. Chapter 1, § 9 provides that everyone shall be treated the same before the law. People with disabilities are, thus, declared to have the same rights and duties as everyone else.

The problem with this alikeness-assumption is that it obscures significant differences in reality between people. For example, Swedish legal authorities seldom discuss the ways in which people are presumed to be alike – principally, those abilities, capacities, or qualities that a legal subject under the law must have if he or she is to be recognized as both *a legal person* and *a legal actor*. By not taking real differences of people into account, real problems remain unsolved. Though everyone formally has the same legal status as a person before the law, not everyone has the capabilities to be a legal actor within the legal system. Children, for example, often lack the actual capacity to make certain legal decisions and, thus, are often denied legal capacity to act accordingly. Adults with intellectual disabilities are placed under similar constraints when they are held to lack certain intellectual or mental abilities that preclude their recognition as legal actors. As a consequence, persons with intellectual disabilities can have substantial difficulties accessing their welfare rights.

These rights are crucial in their everyday lives and essential as means to achieve the common goal expressed in both the Social Services Act and the Act Concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments – to ensure that people with disabilities are able "to live like others do".

The purported solution to the access problem for adults with intellectual disabilities in Sweden is legal representation, a model embodied by the concept of an appointee, known in Sweden as a *god man* or *förvaltare*. Notably, the standard judicial English translation of both of these terms is simply "administrator" or "trustee", which fails to differentiate between the two, as explained later in the thesis, but also strips the former of the benign qualities of the "good man". A *god man* or *förvaltare* has legal powers to represent a person who lacks the ability to take legal actions on his or her own and is, therefore, expected to be the benevolent "bridge" that a person with intellectual disabilities needs to claim his or her welfare rights.

The research reflected in this thesis emerged from this very point – that the possibility for persons with intellectual disabilities to live like others do is often contingent on the individual having a *god man* or *förvaltare* to legally represent him or her, because he or she lacks legal or actual capacity and, therefore, access to welfare rights. The purpose of the thesis, therefore, is to examine the legal effects of intellectual disabilities when it comes to the status of a person as a legal subject, as well as the person's actual position in law as a self-determinate individual. The thesis, thus, begins with traditional legal analysis of the regulations of social welfare rights for people with disabilities and the regulations regarding the *god man* and *förvaltare*, followed by an analysis of a number of court decisions regarding the question of whether the individuals in those cases were taken seriously as self-determinate subjects with particular needs.

The thesis is also a critical theoretical work, one that rethinks the findings of the traditional legal investigation by focusing on the power of law in terms of normalization and the production of legal subjects. In this thesis, I argue that Swedish law assumes, produces, and reproduces a certain "kind" of human being as the legal subject: *homo juridicus*. Through investigations of the history of people with intellectual disabilities as both objects and subjects in law and through an analysis of the way people with intellectual disabilities are treated in legal cases today, it is possible to see both changes over time and what kind of assumptions regarding

people with intellectual disabilities remain, particularly in legal demands on individuals who wish to take legal actions.

An additional point of departure is my argument that disability is a social construction. Building upon various theories, I argue that a "normality-norm" exists when it comes to the abilities and qualities of legal subjects. This normality-norm is not expressed, but shows itself when the subject before the law is someone who differs from the norm, such as a person with intellectual disabilities.

Chapter 2
From Idiot to Citizen – The End of History or Just a Beginning?

During the first half of the twentieth century, people with developmental disabilities were not treated as self-determinate subjects before the law, but rather as objects of involuntary or even coercive care and education, as well as scientific experiments. They were not viewed as citizens with the same rights and duties as others. They were prevented from marrying, could be sterilized without consent, and were most likely to be declared legally incapable to interact without assistance in the legal system (*omyndigförklarade*). Based on eugenic reasoning, defenders of this treatment claimed that, in the interest of society, people with intellectual disabilities should be prevented from having children and kept within institutions where they could be made useful.

This chapter examines the varied legal statuses and positions in law that persons with intellectual disabilities have experienced, focusing primarily on the twentieth century. The chapter begins with a chronological history of the different public law rules and guardianship regulations in Sweden concerning those persons, moving from the early 1900s to the present day. This historical exposé responds to questions regarding the ways in which these persons have been characterized, categorized, and (dis)qualified as subjects of law over time. A second historical examination follows, examining the subject status for these persons in different areas of law at particular times.

This chapter also consists of a doctrinal examination of the Swedish equivalent of the concept of *legal capacity*. Distinguishable from the concepts of capacity (and incapacity) in other jurisdictions, two different concepts in Swedish law establish the criteria for an individual to be able to take legal actions. First is the notion of being a legal subject, a per-

son in the eyes of law (*rättskapacitet*). All human beings are said to have *rättskapacitet*, but this only means that they can have rights and duties. Second is the notion of being an actor in law, which consists of two different criteria to be fulfilled simultaneously. Those two criteria – or sides of the legal "actor-ship" – can be called objective and subjective legal ability (*saklig och personlig förmåga att rättshandla*). To be recognized as a legal actor, an individual must first formally be authorized as a legal actor, which means that he or she (in most cases) must be an adult and that there are no court decisions restricting his or her authority to take the particular legal action that he or she wants to pursue. Second, he or she must personally be found able to communicate a reasonable will. A person who lacks this ability must be represented by a legal representative – a *god man* or *förvaltare* – to be able to take legal actions such as to apply for social welfare rights or to appeal to court.

Chapter 3
The Possibility to Live Like Others Do – a Legal "End"

Sweden has generous rights-based legislation, intended to give persons with severe disabilities rights to the support and service that they need to be able "to live like others do". This legally expressed goal – found in both the Social Services Act and the Act Concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments – can have different meanings in different contexts.

This chapter examines the official goal that people with disabilities shall be able "to live like others do" with the purpose of analyzing that expression's complexity and density of meaning. "To live like others do" can be interpreted in three different ways: as a legal norm of importance when interpreting the rights to support and service; as a "normal life"-norm inflicted on people with disabilities; and as a way of concretizing international human rights, especially the rights stated in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The chapter concludes that in the context of both Swedish welfare law and international human rights, the ideal "to live like others do" is related to three fundamental values in law: freedom, equality, and justice. Thus, people with severe disabilities are required to have the same rights to freedom, equality, and justice as everyone else. "To live like others do" means to be able to live life autonomously and self-determinate like people without disabilities.

And yet, the first two interpretations are the ones most often manifest in practice in Sweden, colliding with the broad normative interpretation suggested in international rights jurisprudence.

Chapter 4
The Right to Support and Service and The Right to Self-Determination as "Legal Means"

The right to support and service and the right to self-determination are crucial means to an end – to ensure that people with disabilities have the possibility to live like others do. This chapter, thus, examines these rights as legal mechanisms to further that goal. The chapter sets forth the similarities and differences between these rights according to their separate legal sources, the circumstances in which someone has a right to certain legal measures, and the circumstances in which the rights stated are practically accessible for persons with intellectual disabilities. The right to self-determination must be understood in light of the underlying purposes of the rules in several Swedish statutes, but also in light of the importance of these rules for the legal status for a person with intellectual disabilities as a self-determinate subject.

The chapter argues that while Swedish law is generous when it comes to guaranteeing people with intellectual disabilities a right to support and service – with guaranteed status as self-determinate persons before the law – the extent to which these rights and guarantees depend on others has received scant attention. The rights to support and service and the right to self-determination do not automatically attach to persons with intellectual disabilities but depend on grants and recognition from social welfare authorities. As such, the affected persons often need to appeal to courts to overrule the decisions made by the social welfare authorities.

Nevertheless, because persons with intellectual disabilities often lack the actual ability to apply to courts and appeal adverse decisions, they need legal representatives to act on their behalf. Indeed, if the rights are to be useful to these persons – and if the goal that people with disabilities shall be able to live like others do is to be fulfilled – the individual often needs a legal representative to act on his or her behalf. And yet, a number of people with intellectual disabilities lack that kind of legal representation. Without it, there can be no guarantees that they will have access to their rights and no guarantees that they will be treated as self-determinate

subjects. In the context of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, this remains a problem to be addressed more fully in Swedish law.

Chapter 5
Legal Representation as a Means of Gaining Access to Rights

Chapter 5 closely examines the Swedish legal representation models embodied by the *god man* and *förvaltare*. The chapter sets forth situations in which a *god man* or *förvaltare* can or must be appointed by a court. It details the duties of these appointees and what kinds of actions the appointees can take on behalf of the person he or she represents. Of most importance, the chapter explains the legal consequences of these appointments for the person who needs the representation. The question that the chapter raises is whether representation by a *god man* or *förvaltare* can actually constitute a means for a person with intellectual disabilities to live like others do – as a subject, rather than an object, of the law with both the same rights and duties and self-determination as others.

This chapter shows that the legal representation model of Sweden has both positive and negative results for persons with intellectual disabilities to live as others do. Depending on the individual situation, either a *god man* or a *förvaltare* can be appointed by a court. These two appointees differ considerably. The appointment of a *god man* has no legal consequences for the individual's legal capacity. The appointment of a *förvaltare*, on the other hand, restricts the individual's ability to take legal actions. The *förvaltare* also has legal powers to make the decisions regarding the property of the person he or she represents and represents the individual in all the matters that the appointment mentions. Thus, both can be seen as positive means of strengthening the possibilities for persons with intellectual disabilities to be legal actors by enabling their needs to be addressed and voices to be heard. Neither form of legal representation, however, places any requirements on the representative to reflect the will and preferences of the person he or she represents.

In this regard, regulations related to the functions of both the *god man* and *förvaltare* generate significant conflict in light of fundamental rights and freedoms as interpreted in Swedish law. Instead of viewing the legal representative as a possible means for people with intellectual difficulties to be legal actors, the *god man* and *förvaltare* are often viewed as means

for the State to intervene in individuals' personal integrity and their private sphere, which the law normatively considers something that should be avoided as far as possible. I argue that the *förvaltare* should be seen as such an unwelcome intrusion, but that the *god man* on the other hand should not. While it is indisputable that there is a need for clearer regulation of representation if Sweden aspires to fulfil the promises set out in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, persons with intellectual disabilities without a *god man* might be left, in many circumstances, without access to their rights and the support and services crucial to their lives.

Chapter 6
Homo Juridicus and People with Intellectual Disabilities – the Norm and the Deviation

Chapter 6 deploys critical analysis, intended as a rethinking of the legal findings in previous chapters. This chapter begins by explaining how problems in law regarding people with intellectual disabilities can be analysed in terms of power. Law is not only a way of shaping society – of handing out rights and duties and making sure that certain values like freedom, justice, and equality before the law are upheld – but produces and shapes subjects. From this perspective, the chapter explains how the requirement that a person must have the ability to communicate a reasonable will in order be taken seriously as a legal actor also effectively acts as a disqualifying mechanism that detracts from the "alikeness" ideology in Swedish law. The elements of this requirement – the ability to communicate, reason, and wilfulness – are actually independent demands that deserve critical re-examination under the relevant laws. The chapter shows that these requirements provide no clear lines to be drawn between those who can and those who cannot be recognized as a legal actor. There is no articulated norm for deciding which persons fall into which category and no standards for deciding if someone lacks the abilities required.

Chapter 6 also includes an analysis of the legal status in practice for persons with intellectual disabilities as self-determinate subjects. The chapter presents eight court cases regarding the right to a "contact person" under the Act Concerning Support and Service for Persons with Certain Functional Impairments. I compare the concepts and words of the Act – giving individuals the strongest possible standing as self-deter-

minate subjects to be heard and taken seriously while expressing their needs and desires – with the way both the social service authorities and the courts argued the cases. Instead of taking the expressed purpose of the act into consideration and listening to the arguments the individuals made regarding why they needed a contact person to be able to live like others do, the authorities and courts in most of the cases simply argued that each person seemed well off and able to lead a reasonably good life and, hence, was in no need of support from a contact person. The conclusion drawn from this analysis is that it seems to make no difference if the law gives the individuals a strong position if the authorities and courts pay no attention to the individuals' expressed needs. By doing so, the affected persons' freedom and equality is restricted in a way that is not equivalent with the way others live their lives. The affected persons are subjected to judgment of their needs and autonomy that has no counterpart in the lives of others.

Chapter 7
In The End

In this final chapter, the findings in the thesis are summarized and critically reassessed. The constructed expression "to live like others do through legal representation" is paradoxical for people with intellectual disabilities in three different ways. It is a legal, factual, and "true" (conceptual) paradox. The *legal paradox* derives from the way the regulation is formed, as it is hard to view the *god man* or *förvaltare* solely as a guarantee for people with intellectual disabilities to have access to their rights and, even more so, that these persons acquire the help needed to make sure that they can then be taken seriously as self-determinate subjects before the law. The *factual paradox* is that someone who is dependent on support, service, and help from others hardly can be seen as such an autonomous, free individual that the expression "to live like others do" claims. The *"true" paradox* thrives in the expression at its very conception.

The "true" paradox emerges through reflection on the original meaning of the word paradox. The word paradox is derived from two Greek words: *para* and *doxa*. *Para* means "different", while *doxa* means "opinion". Aristotle used the word *doxa* in his treatise *Rhetoric* to describe knowledge not in the empirical or scientific sense, but the kind that is held to be true by most people (or by the wise) as a sort of common sense.

Doxa can be used as a philosophical term for the sort of knowledge that is strongly rooted in a field and, therefore, taken for granted and in no need of proof. As Protagoras once put it: "Man is the measure of all things: of things which are, that they are, and of things which are not, that they are not." I argue that there is a *doxa* in law that produces and reproduces a certain kind of legal subject – a certain kind of human being, namely the free, autonomous, sovereign, and reasonable person. In saying that people with intellectual disabilities should have the possibility to live like others do – to be autonomous and self-determinate – the *doxa* stands in the way of the possibility to see that perhaps this goal is not something that is formulated by and for people with intellectual disabilities, but for individuals who have the abilities that everyone is presumed to have, or should have.

By raising the question of what happens when the legal subject has an intellectual disability, a different (*para*) way of viewing man (*människo-syn*) could be introduced in the legal context. The *doxa* in law regarding humans' abilities and qualities can then be questioned as something that is not a true representation of us all, but an ideal that simply excludes persons with intellectual disabilities.

Källförteckning

Offentligt tryck

Departementsserien

Ds C 1984:12 Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation
Ds 2008:23 FN:s konvention för personer med funktionsnedsättning
Ds 2014:16 Framtidsfullmakter

Offentliga utredningar

SOU 1927:18 Betänkande med förslag rörande ordnandet av vården av vanartade sinnesslöa (asociala imbecilla)
SOU 1929:14 Betänkande med förslag till steriliseringslag
SOU 1933:22 Förslag till lag om sterilisering av vissa sinnessjuka, sinnesslöa eller av annan rubbning lidande personer
SOU 1960:19 Rättssäkerheten vid administrativa frihetsberövanden
SOU 1964:34 Äktenskapsrätt
SOU 1966:9 Omsorger om psykiskt utvecklingshämmade
SOU 1970:67 Förmynderskap
SOU 1972:41 Familj och äktenskap
SOU 1974:39 Socialvården
SOU 1977:40 Socialtjänst och socialförsäkringstillägg. Lagar och motiv
SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter
SOU 1981:26 Omsorger om vissa handikappade
SOU 1982:46 Handlingsprogram i handikappfrågor
SOU 1984:54 Tvångsmedel Anonymitet Integritet
SOU 1986:50 God man och förvaltare
SOU 1988:40 Föräldrar som förmyndare
SOU 1991:46 Välfärd Handikapp Rättvisa
SOU 1992:52 Ett samhälle för alla
SOU 1996:111 Bevakad övergång – Åldersgränser för unga upp till 30 år
SOU 1999:21 Lindqvists nia – nio vägar att utveckla bemötandet av personer med funktionshinder

SOU 2000:20 Steriliseringsfrågan i Sverige 1935 – 1975 Historisk belysning – Kartläggning – Intervjuer
SOU 2002:3 Psykisk störning, brott och ansvar
SOU 2004:112 Frågor om förmyndare och ställföreträdare för vuxna
SOU 2008:77 Möjlighet att leva som andra
SOU 2013:27 Vissa frågor om gode män och förvaltare
SOU 2014:91 Juridiskt kön och medicinsk könskorrigering

Propositioner

Prop. 1944:205 Förslag till lag om sinnesslövården
Prop. 1954:26 Förslag till lag om undervisning och vård av vissa psykiskt efterblivna
Prop. 1967:142 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda, m.m.
Prop. 1968:136 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken, m.m.
Prop. 1973:32 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i giftermålsbalken, m.m.
Prop. 1974:142 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i föräldrabalken, m.m.
Prop. 1975/76:209 Om ändring i regeringsformen
Prop. 1979/80:1 Del A Regeringens proposition om socialtjänsten
Prop. 1984/85:176 med förslag till lag om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m.fl.
Prop. 1987/88:124 om god man och förvaltare
Prop. 1989/90:28 Vård i vissa fall av barn och ungdom
Prop. 1990/91:194 om förverkande av rätt att ta arv, m.m.
Prop. 1992/93:159 Stöd och service till vissa funktionshindrade
Prop. 1993/94:251 Förmynderskapslagstiftningen
Prop. 1996/97:124 Ändring i socialtjänstlagen
Prop. 1999/00:79 Från patient till medborgare
Prop. 2000/01:72 Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.
Prop. 2000/01:80 Ny socialtjänstlag m.m.
Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering
Prop. 2008/09:150 Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning
Prop. 2009/10:176 Personlig assistans och andra insatser – åtgärder för ökad kvalitet och trygghet
Prop. 2013/14:198 Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering
Prop. 2013/14:225 Bättre förutsättningar för gode män och förvaltare

Utskottsbetänkanden

1944, 9 saml., 2 avd., Andra lagutskottets utlåtande nr 55
1954, 9 saml., 2 avd., Andra lagutskottets utlåtande nr 27
SoU 1982/83:27

SÖ

SÖ 2008:26 Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen

Förarbetessamlingar

NJA II 1916
NJA II 1924

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1940 s. 336
NJA 1951 s. 245
NJA 1958 s. 264
NJA 1959 s. 195
NJA 1962 C 922
NJA 1962 C 404
NJA 1977 s. 201
NJA 1978 s. 350
NJA 1981 s. 291
NJA 1981 s. 857
NJA 1992 s. 863 I och II
NJA 1994 s. 61
NJA 1999 s. 691
NJA 2007 s. 474
NJA 2008 s. 861
NJA 2012 s. 464
NJA 2012 s. 715
Dom 2012-12-10, mål nr Ö 3767-13
NJA 2013 s. 1241
Dom 2013-03-04, mål nr Ö 3618-12
Dom 2013-11-26, mål nr Ö 4869-13
Dom 2014-04-17, mål nr T 602-13
Beslut 2014-12-01, mål nr Ö 4912-14

Högsta förvaltningsdomstolen/Regeringsrätten

RÅ 1984 2:63
RÅ 1989 ref 11
RÅ 1989 not 440
RÅ 1991 ref 25
RÅ 1991 ref 97
RÅ 1992 ref 57
RÅ 1995 ref 47
RÅ 1997 ref 23
RÅ 1997 ref 28
RÅ 1997 ref 79 I, II och III
RÅ 1997 not 60
RÅ 1999 ref 64
RÅ 2000 not 97
RÅ 2003 ref 33
RÅ 2003 ref 79 II
RÅ 2006 ref 66
RÅ 2007 ref 62 I och II
RÅ 2009 ref 57
RÅ 2010 ref 17
RÅ 2010 ref 91
HFD 2011 ref 8
HFD 2011 ref 48
HFD 2011 not 101
HFD 2012 ref 59
HFD 2013 ref 39
HFD 2013 ref 45
HFD 2013 ref 70

Hovrätterna

RH 1990:67
RH 2008:33
Hovrätten över Skåne och Blekinge, 2007-07-13, mål nr ÖÄ 1386-07
Svea Hovrätt 2011-11-03, mål nr T 7134-10
Svea Hovrätt 2013-02-06, mål nr ÖÄ 11443-12
Hovrätten över Skåne och Blekinge 2013-03-20, mål nr Ö 686-13
Svea Hovrätt 2014-03-04, mål nr ÖÄ 10997-13
Svea Hovrätt 2014-04-11, mål nr T 5095-13
Svea Hovrätt 2014-10-02, mål nr ÖÄ 7693-14

Kammarrätterna

Kammarrätten Göteborg 2004-02-16, mål nr 6009-03
Kammarrätten Stockholm 2005-02-08, mål nr 5886-04
Kammarrätten Göteborg 2005-08-15, mål nr 4155-04
Kammarrätten Göteborg 2005-09-21, mål nr 527-05
Kammarrätten Göteborg 2005-06-27, mål nr 2420-05
Kammarrätten Göteborg 2008-07-09, mål nr 916-06
Kammarrätten Stockholm 2009-03-30, mål nr 4568-08
Kammarrätten Göteborg 2009-06-30, mål nr 3122-08
Kammarrätten Stockholm 2010-04-21, mål nr 4-10
Kammarrätten i Sundsvall 2010-07-06, mäl nr 516-10 och 1330-10
Kammarrätten Göteborg 2010-09-23, mål nr 721-10
Kammarrätten Göteborg 2010-02-03, mål nr 6356-09
Kammarrätten i Jönköping 2011-01-21, mål nr 3040-10

Europadomstolen

Thlimmenos mot Grekland, ansökningsnr 34369/97, dom 6 april 2000
X och Y mot Nederländerna, ansökningsnr 8978/80, dom 26 mars 1985
Lashin mot Ryssland, ansökningsnr 33117/02, dom 22 januari 2013
Shtukaturov mot Ryssland, ansökningsnr 44009/05, dom 27 mars 2008
Tyrer mot Storbritannien, ansökningsnr 26, dom 25 april 1978
Christine Goodwin mot Storbritannien, ansökningsnr 2895/95, dom 11 juli 2002

Fall för funktionsnedsättningskommittén

CRPD/C/7/D/3/2011

Myndighetsbeslut

JO 1984/85 s. 85
JO beslut 2010-05-21, dnr 2333-2009

Myndighetspublikationer

Etiska riktmärken 6. Människosyner. Statens medicinsk-etiska råd (1994)
LSS lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Allmänna råd från
Socialstyrelsen 1994:1

Socialstyrelsen rapport nr 2014-1-17 Personlig assistent och god man. Är rollerna förenliga?
SOSFS 2005:29 Socialstyrelsens föreskrifter om utfärdande av intyg inom hälso- och sjukvården m.m.
SOSFS 1989:6 Allmänna råd om tillämpningen av abortlagen
Socialstyrelsen rapport nr 2010-6-21 Alltjämt ojämlikt! Levnadsförhållanden för vissa personer med funktionsnedsättning

Folkrättsligt material

CRPD/C/GC/1 General Comment No 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law
CRPD/C/SWE/CO/1 Concluding observations on the initial report of Sweden

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars (2011) Avtalsrätt I. Juristförlaget i Lund
Agell, Anders & Malmström, Åke (2005) Civilrätt. Liber förlag
Agell, Anders & Brattström, Margareta (2011) Äktenskap Samboende Partnerskap. Iustus förlag
Ahlstrand, Kajsa (1994) Människosyn i religionerna, och utanför dem. I Etiska vägmärken 6. Människosyner. Statens medicinskt-etiska råd
Alexius Borgström, Katarina (2009) Regeltyper och beslutsmodeller inom juridiken i socialt arbete. I Hollander, Anna & Alexius Borgström, Katarina (red.) Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete, s. 141–156. Studentlitteratur
Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj (2008) Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod. Studentlitteratur
Andersson, Håkan (1993) Skyddsändamål och adekvans. Ak. avh. Uppsala universitet. Iustus förlag
Andersson, Håkan (1998) Constructive Deconstruction. I Andenas, Mads & Jareborg, Nils (red.) Anglo-Swedish Studies In Law s. 356–388
Andersson, Håkan (2012) Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten. I Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (2012) Juridisk metodlära, s. 343–368
Bartlett, Peter, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law, 75(5) MLR
Baier, Matthias & Svensson, Måns (2009) Om normer. Liber AB

Berg, Susanne & Grönwall, Lars (2007) Crip Theory – en preliminär position, http://www.su.se/polopoly_fs/1.39088.1320403027!/CripTheory_enintroduktion.pdf
Bergström, Sture, Andersson, Torbjörn, Håstad, Torgny & Lindblom, Per Henrik (2002) Juridikens termer. Liber förlag
Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) Textens makt och mening. Metodbok i samhällsvetenskaplig text- och diskursanalys. Studentlitteratur
Bernitz, Ulf m.fl. (2004) Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder. Norstedts Juridik AB
Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) Literary Criticisms of Law. Princeton University Press
Björk, Nina (2008) Fria själar. Ideologi och verklighet hos Locke, Mill och Benedictsson. Ak. avh. Göteborgs universitet. Wahlström & Widstrand
Bladini, Moa (2013) I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål. Ak. avh. Göteborgs universitet. Makadam förlag
Blennberger, Erik (2010) Människosyn för socialt arbete. I Socionomen nr 1 2010
Boréus, Kristina (2005) Diskriminering med ord. Boréa förlag
Bramstång, Gunnar (1985) Sociallagstiftningen. En kommentar till socialtjänstlagen, lagen om vård av unga samt lagen om vård av missbrukare. P A Norstedt & Söners förlag
Bramstång, Gunnar (1984) Vilja, valfrihet, samråd och resurser – några nyckelord för socialtjänsten och dess missbruksvård. I festskrift till Gustaf Petrén. Institutet för offentlig och internationell rätt, s. 11–27
Bring, Ove (2012) Monism och dualism i går och i dag. I Stern & Österdahl (red.) Folkrätten i svensk rätt, s. 16–36
Bruce, Anna (2014) Which Entitlements and for Whom? The Convention on the Rights of persons with Disabilities and its Ideological Antecedents. Ak. avh. Lunds universitet
Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik (2010) Regeringsformen – en kommentar. SNS Förlag
Bull, Thomas (2012) Objektivitetsprincipen. I Marcusson, Lena (red.) Offentligrättsliga principer. Iustus förlag
Butler, Judith (1997) The Psychic Life of Power. Theories in Subjection. Stanford University Press
Bäckman, Therese (2013) Gynnande besluts negativa rättskraft och rättssäkerhet – för människor med funktionsnedsättning inom rättsområdena LSS och SoL. Ak. avh. Göteborgs universitet. Jure förlag

Bäckman, Therese (2014) Socialtjänstens ansvar för personer med funktionsnedsättning. I Eneroth, Elisabeth (red.) Juridik för socialt arbete, s. 211–240
Cameron, Iain (2014) An Introduction to the European Convention of Human Rights. Iustus Förlag
Carlson, Laura (2012) Critical race-teori. I Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (2012) Juridisk metodlära, s. 313–342
Carlson, Licia (2010) The Faces of Intellectual Disability. Philosophical Reflections. Indiana University Press
Christensen, Anna (1988) Konflikt eller harmoni. I Politisk filosofi. Rättigheter. Symposium förlag
Dahlberg, Anita (1995) Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion. I Nordborg, Gunnel (red.) 13 kvinnoperspektiv på rätten. Iustus Förlag
Damasio, R, Antonio (1999, 2006) Descartes misstag. Känsla, förnuft och den mänskliga hjärnan. Natur och Kultur
Danelius, Hans (2007) Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. Norstedts Juridik
Deakin, Simon & Supiot, Alain (red.) (2009) Capacitas. Contact Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy. Hart Publishing
Eka, Anders, Hirschfeldt, Johan, Jermsten, Henrik & Svahn Starrsjö, Kristina (2012) Regeringsformen – med kommentarer. Karnov Group
Ekelöf, Per-Olof & Boman, Robert (1996) Rättegång II. Norstedts Juridik
Enkvist, Victoria (2013) Religionsfrihetens rättsliga ramar. Ak. avh. Uppsala universitet. Iustus Förlag
Filosofin genom tiderna. 1600-talet. 1700-talet. (1992) Thales
Fischer, David (2009) Mänskliga rättigheter. En introduktion. Norstedts Juridik
Foucault, Michel (2011) Vad är kritik? I Fronesis, nr 36–37. Kritik s. 127–152
Foucault, Michel (1999) Abnormal. Lectures at the Collège de France 1974–1975. Picador
Foucault, Michel (1997) Samhället måste försvaras. Collège de France 1975–1976. Tankekraft Förlag
Foucault, Michel (2008) Psychiatric Power. Lectures at the Collège de France 1973–1974. Picador
Foucault, Michel (2008) Diskursernas kamp. Brutus Östlings bokförlag
Foucault, Michel (2002) Vetandets arkeologi. Moderna klassiker. Arkiv förlag

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard (2010) Diskrimineringslagen. En kommentar. Norstedts Juridik AB
Fridström Montoya, Therése (2014) Syftet som försvann – förmynderskapsrätten för vuxna på irrvägar. JT nr 2 2013/14
Fridström Montoya, Therése (2014) Rätten till bistånd enligt SoL. I Eneroth, Elisabet (red.) (2014) Juridik för socialt arbete. Gleerups
Fridström Montoya, Therése (2014) Introduktion till socialtjänstlagstiftningen. I Eneroth, Elisabeth (red.) (2014) Juridik för socialt arbete. Gleerups
Frye, Northrop (1957) Anatomy of Criticism. Four Essays. Princeton University Press.
Fukuyama, Francis (2006) The End of History and The Last Man. Free Press
Färm, Kerstin (1999) ”Socialt problem” eller ”som andra och i gemenskap med andra” – föreställningar om människor med utvecklingsstörning. Ak. avh. Linköpings universitet
Giertz, Lottie (2008) Ideal och vardag – inflytande och självbestämmande med personlig assistans. Lic. avh. Växjö universitet. Rapportserie i socialt arbete nr 004 2008
Giertz, Lottie (2012) Erkännande, makt och möten. En studie av inflytande och självbestämmande med LSS. Ak. avh. Linnéuniversitetet
Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2009) Genusrättsvetenskap. Studentlitteratur
Gustafsson, Håkan (1998) Från axiom till paradox? Om kön: rätt och makt. I Retfærd nr 82, 21, 1998, s. 51–78
Gustafsson, Håkan (2002) Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet. Ak. avh. Göteborgs universitet
Gustafsson, Håkan (2007) Taking *Social* Rights Seriously (II). I Retfærd årgång 30, 2007, nr 1/116, s. 38–68
Gustafsson, Håkan (2011) Dissens. Om det rättsliga vetandet. Juridiska institutionens skriftserie. Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, skrift 9
Gustafsson, Håkan (2013) Persona non grata? Skisser till rättssubjektets upplösning. I Oikeuden Avantgarde. Festskrift till Juha Karhu
Grauers, Per Henning (2009) Person och avtal – en kortfattad inledning till person- och avtalsrätten. Liber förlag
Graver, Hans Petter (2010) Rett, retorikk og juridisk argumentasjon. Keiserens garderobe og andre essays. Universitetsforlaget Olso
Grunewald, Karl & Wessman, Lars (1969) Omsorgslagen. Lag och stadga angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda. Statens nämnd för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer

Grunewald, Karl (2008) Från *idiot* till medborgare. Gothia förlag
Hacking, Ian (1999) Social konstruktion av vad? Thales
Hansson, Mikael (2010) Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse. Ak. avh. Uppsala universitet. Iustus förlag
Hassler, Åke (1920) Om ställföreträdarskap i rättegång. Ak. avh. Lunds universitet
Helmius, Ingrid (2012) Proportionalitetsprincipen. I Marcusson, Lena (red.) Offentligrättsliga principer. Iustus förlag
Hermerén, Göran (1994) På spaning efter en människosyn. I Etiska vägmärken 6. Människosyner. Statens medicinskt-etiska råd
Hesselink, Martijn W (2009) Capacity and Capability in European Contract Law. I Deakin & Supiot (red.) Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy, s. 31–47
Hirdman, Yvonne, Lundberg, Urban & Björkman, Jenny mfl (2012) Sveriges historia 1920–1965. Norstedts förlag
Hirschfeldt, Johan (2014) Författningens kärnvärden – symbolik, politik och juridik. I Åhman, Karin (red.) Regeringsformen 40 år 1974 – 2014. De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok 2014. Iustus förlag
Hohfeld, Wesley Newcomb (1919) Fundamental Legal Concepts as applied in judicial reasoning and other essays. Yale University Press (archive.org)
Hollander, Anna (2014) Att klarlägga barnets vilja – den rätta viljan! I Singer, Anna & Linton, Marie (2014) Förnuft, känsla och rättens verklighet. Vänbok till Maarit Jänterä-Jareborg. Iustus förlag
Hollander, Anna (1995) Rättighetslag i teori och praxis. Iustus förlag
Holmberg, Erik, Stjernkvist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne & Regner, Göran (2012) Grundlagarna med tillhörande författningar. Norstedts Juridik
Hunt Federle, Katherine (1994) Rights flow downhill. The International Journal of Children's Rights 2:343–368
Hydén, Håkan (1978) Rättens samhälleliga funktioner. Studentlitteratur
Hydén, Håkan (1984) Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Stat-Kommunberedningen, Ds C 1984:12
Hydén, Håkan (2002) Rättssociologi som rättsvetenskap. Studentlitteratur
Hörnqvist, Magnus (2012) En annan Foucault. Maktens problematik. Carlsson bokförlag
Jersild, P C (1994) Darwins ofullbordade – försök till en människosyn. I Etisk vägmärken 6. Människosyner. Statens medicinskt-etiska råd
Johansson, Iris (2007) En annorlunda barndom. En kvinnas berättelse om sin autistiska uppväxt. Forum

Kahneman, Daniel (2011) Tänka, snabbt och långsamt. Volante
Kebbon, Lars (1992) Normalisering – Klisjé og virkelighet. I Sandvin, Johans Tveit (red.) Mot Normalt? Omsorgsideologier i forandring. Kommuneforlaget
Kielos, Katrine (2012) Det enda könet. Månpocket
Kierkegaard, Søren (1999) Avslutande ovetenskaplig efterskrift I. NIMROD
Kindström Dahlin, Moa (2014) Psykiatrirätt. Intressen, rättigheter och principer. Ak. avh. Stockholms universitet. Jure förlag
Kjellbom, Pia & Alexius, Katarina (2011) Socialrättsliga principer vid vräkning – finns det i Sverige en rätt till boende, bostad eller ett hem? JT 2011–12 nr 2, s. 273–298
Klami, Hannu Tapani (1989) Föreläsningar över juridikens metodlära. Iustus förlag
Korkman, Petter (2005) Det förnuftiga djurets spelregler. I Kurtén & Molander (red.) Homo moralis. Människan och rättssamhället. Studentlitteratur
Korling, Fredrik & Zamboni, Mauro (red.) (2012) Juridisk metodlära. Studentlitteratur
Kotkas, Toomas (2006) Den rättshistoriska forskningens etik. I Retfærd årgång 29 2006, nr 1/112, s. 3–15
Kotkas, Toomas (2010) Governing Health and Social Security in the Twenty-First Century: Active Citizenship Through the Right to Participate. Law Critique 2010 21:163–182
Kylén, Gunnar (2012) Helhetssyn på människan. Begåvning och begåvningshandikapp. ALA Classics. FUB:s forskningsstiftelse
Landelius, Ann-Charlotte (1996) Självbestämmande, valfrihet och samtycke inom socialtjänsten. Nerenius & Santérus Förlag
Klemme Nielsen, Morten (2012) Laglöst land. I Broström, Linus & Johansson, Mats (red.) Ställföreträdarskap i vård och omsorg, s. 37–77
Krugman, Saul (1986) The Willowbrook Hepatitis Studies: Ethical Aspects. Clinical Infectious Diseases, Volume 8, Issue 1, s. 157–162
Larsson E, Karin (1994) En apa är ingen människa. I Etiska vägmärken 6. Människosyner. Statens medicinskt-etiska råd
Leckey, Robert (2008) Contextual Subjects. Family, State, and Relational Theory. University of Toronto press Incorporated
Leviner, Pernilla (2011) Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete. Ak. avh. Stockholms universitet. Jure förlag
Lerwall, Lotta (2001) Könsdiskriminering. Ak. avh. Uppsala universitet
Lewin, Barbro (1998) Funktionshinder och medborgarskap. Tillkomst och innebörd av de två rättighetslagarna, omsorgslagen och LSS, som

komplement till socialtjänstlagen och hälso- och sjukvårdslagen. Ak. avh. Uppsala universitet
Lewin, Barbro (2011) För din skull, för min skull eller för skams skull? Om LSS och bemötande. Studentlitteratur
Lind, Anna-Sara (2010) Sociala rättigheter i förändring. En konstitutionellrättslig studie. Ak. avh. Uppsala universitet
Lindberg, Bo (1988) Om rättigheterna i historien. I Politisk filosofi. Rättigheter. Symposium förlag
Lindqvist, Rafael (2009) Funktionshindrade i välfärdssamhället. Gleerups
Ljuslinder, Karin (2002) På nära håll är ingen normal. Handikappdiskurser i Sveriges Television 1956–2000. Ak. avh. Umeå universitet
Lyles, Max (2006) A call for scientific purity: Axel Hägerströms critique of legal science. Ak. avh. Stockholms universitet. Jure Förlag
Löfgren-Mårtensson, Lotta (2012) Hip to be crip? I Cripteori, Lambda Nordica nr 1–2, år 2012
Mallander, Ove (2011) Nära vänskap? En analys av kontaktperson enligt LSS. Égalité förlag
Manzoor, S Parvez (1994) Moralens talesman i naturen: Människan enligt islam. I Etiska vägmärken 6. Människosyner. Statens medicinskt-etiska råd
Marcusson, Lena (2014) Förvaltningen i konstitutionen. I Åhman, Karin (red.) Regeringsformen 40 år 1974 – 2014. De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsbok 2014. Iustus förlag.
Mattsson, Titti (2002) Barnet och rättsprocessen. Rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård. Ak. avh. Lunds universitet
Mattsson, Titti (2008) Rättighetssubjekt och omsorgsobjekt – hand i hand eller stick i stäv? Exemplet barn i institutionsvård. I Retfærd 31 2008 nr 2/21
McRuer, Robert (2006) Crip theory: cultural signs of queerness and disability. New York University Press
Melin, Stefan (2012) Juridikens begrepp. Iustus förlag
Mikkola, Matti (2010) Social Human Rights of Europe. Karelacio Legisactio Ltd
Mill, John Stuart (2006) On Liberty and The Subjection of Women. Penguin Books Ltd
Minda, Gary (1995) Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End. New York University Press
Miller, J. Hillis. (2002) Promises, promises: Speech Act Theory, Literary Theory, and Politico-Economic Theory in Marx and de Man. New Literary History 33, no. 1:1–20

Murphy, Jeffrey (1984) Do the Retarded Have a Right Not to Be Eaten? A Rejoinder to Joseph Margolis, i Kopelman, L & Moskop, J. C (red.) (1984) Ethics and Mental Retardation, s. 43–46
Nietzsche, Friedrich (2008) Samlade skrifter. Den glada vetenskapen. Band 5. Brutus Östlings förlag Symposion
Nikku, Nina (1997) Informative Paternalism. Studies in the ethics if promoting and predicting health. Department of Health and Society, Linköpings universitet
Nirje, Bengt (2003) Normaliseringsprincipen. Studentlitteratur
Nordborg, Gunnel (red.) (1995) 13 kvinnoperspektiv på rätten. Iustus Förlag
Nordgren, Camilla (2009) Dubbla sociala normer. Existenser och effekter i vardagen för personer med funktionsnedsättning. I Retfærd Årgång 32 2009 nr 2/125, s. 3–23
Nousiainen, Kevät (1990) Den universellt fria kvinnan? I Retfaærd Årgång 13 1990 nr 49, s. 4–18
Odlöw, Torbjörn (2005) Ställföreträdare för vuxna. Kamrer eller handledare? Ak. avh. Göteborgs universitet. Jure förlag
Ortolova, Stephanie (2010) Inaccessible Justice: Human Rights, Persons with Disabilities and The Legal System, 17 ILSA Journal of International & Comparative Law, 281 2010–2011 s. 282–320
Palacios, Agustina & Walls, Maria (2006) Changing the Paradigm – The Potential Impact of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 1 Irish Y.B Int'l L. 121 2006
Peretti-Watel, Patrick & Moatti, Jean-Paul (2010) Renoncer à l'homo médicus pour mieux comprendre les conduites à risque. I Santé Autrement Magazine, 2010–11, 2014-09-01
Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis & Bergholtz, Gunnar (1990) Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära. Norstedts Förlag
Pettersson, Olof (red.) (1987) Maktbegreppet. Carlssons bokförlag
Pettersson, Olof (1996) Rättsstaten. Frihet, rättssäkerhet och maktdelning i dagens politik. Publica, Norstedts Juridik AB
Printz, Anders (2004) Psykiskt funktionshindrades rättigheter. Norstedts Juridik AB
Quinn, Mary Jo (2005) Guardianship of Adults. Achieving Justice, Autonomy and Safety. Springer Publishing Company
Ramberg, Christina (2014) Malmströms civilrätt. Liber förlag
Rasmuson, Marianne (1994) Hur vi blivit vad vi är. Ett genetiskt perspektiv. I Etiska vägmärken 6. Människosyner. Statens medicinsktetiska råd
Rylander, Staffan (1976) Juridik och socialt arbete: Kritik av den antirättsliga vågen. SvJT 1976 s. 660–668

Rynning, Elisabeth (1994) Samtycke till medicinsk vård och behandling. En rättsvetenskaplig studie. Ak. avh. Uppsala universitet
Saldeen, Åke (2009) Barn- och föräldrarätt. Iustus förlag
Sandgren, Claes (red.) (1993) Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Norstedts Juridik AB
Sandvin, Johans Tveit (red.) (1992) Mot normalt? Omsorgsideologier i forandring. Kommuneforlaget
Samuelsson, Joel (2008) Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsligt tema. Ak. avh. Uppsala universitet. Iustus förlag
Samuelsson, Joel (2012) Hermeneutik. I Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (2012) Juridisk metodlära, s. 371–392
Sauer, Lennart & Lindqvist, Rafael (red.) (2007) Funktionshinder, kultur och samhälle. Studentlitteratur
Sharma, Parul (2007) Right to Life. The Pluralism of Human Existence. India Research Press
Schiratzki, Johanna (2014) Barnrättens grunder. Studentlitteratur
Sidenvall, Erik (2012) Frikyrkligheten i Sverige 1920–1965. I Hirdman, Yvonne, Lundberg, Urban & Björkman, Jenny m.fl. (2012) Norstedts Sveriges historia 1920–1965, s. 83–88. Norstedts förlag
Simmonds, Nigel E (2001) Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter. Norstedts Juridik AB
Simonsson, Ingmar (2013) Människans möjligheter – enligt Kierkegaard. Themis förlag
Singer, Anna (2000) Föräldraskap i rättslig belysning. Ak. avh. Uppsala universitet. Iustus förlag
Singer, Anna (2012) Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle. Norstedts Juridik AB
Sjöstedt, Daniel & Sporrstedt, Peter (2011) God man och förvaltare – en handbok. Studentlitteratur
Stern, Rebecca & Österdahl, Inger (red.) (2012) Folkrätten i svensk rätt. Liber förlag
Strömholm, Stig (1987) Makt och rätt – från den juridiska sidan av rågången. I Pettersson, Olof (red.) Maktbegreppet. Carlsson bokförlag
Strömholm, Stig (1996) Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts Juridik AB
Supiot, Alain (2007) Homo Juridicus. On the Anthropological Function of the Law. Verso
Svensson, Eva-Maria (1997) Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten. Ak. avh. Göteborgs universitet. Iustus förlag
Svensson, Eva-Maria (2013) Genusrättsvetenskap och juridiska metoder. I Korling & Zamboni (red.) Juridisk metodlära. Studentlitteratur

Svensson, Gustav (2005) Barns bestämmanderätt i medicinska frågor. JT 2005–06 nr 4
Svensson, Gustav (2000) Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor: bedömning i förvaltningsdomstolar och socialnämnder. Norstedts Juridik AB
Svensson, Gustav (2007) Rättssäker och rättvis biståndsbedömning – är det möjligt? I Vahlne Westerhäll, Lotta (red.) Legitimitetsfrågor inom socialrätten. Norstedts Juridik AB
Svensson, Ola (1996) Viljeförklaringen och dess innehåll. Nerenius & Santérus Förlag
Sundström, C-E, Till frågan om processbehörighet i tvistemål, SvJT 1963 s. 262
Söder, Mårten (2003) Bakgrund. I Nirje, Bengt (2003), Normaliseringsprincipen, s. 21–35
Söder, Mårten (2003) Normalisering, handikappolitik och forskning. I Nirje, Bengt (2003), Normaliseringsprincipen, s. 189–209
Sörgjerd, Caroline (2011) Reconstructing Marriage in a Changing Legal and Societal Landscape. Ak.avh. Uppsala universitet
Teubner, Gunther (2011) ”And God laughed…” Indeterminacy, Self-reference and Paradox In Law, German Law Journal vol 12, no 01, 2011
Thielst, Peter (1994) Man förstår livet baklänges – men måste leva det framlänges. Historien om Søren Kierkegaard. Rabén & Sjögren Bokförlag
Tideman, Magnus (2000) Normalisering och kategorisering. Om handikappideologi och välfärdspolitik i teori och praktik för personer med utvecklingsstörning. Studentlitteratur
Tuori, Kaarlo (1993) Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården. Retfærd nr 62, 16. Årgång 1993
Tuori, Kaarlo (1997) Kant och rättsvetenskapens tidlöshet. I Retfærd nr 77. Årgång 1997
Tuori, Karlo (2013) Rättens nivåer och dimensioner. Publikationer från juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet
Tännsjö, Torbjörn (2014) Fatta! En upplysningsskrift. Thales
Tøssebro, Jan, Bonfils, Inge S., Teittenen, Antti, Tideman, Magnus, Traustadottir, Rannveig, Vesala, Hannu T (2012) Normalization Fifty Years Beyond – Current Trends in the Nordic Countries. Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities, vol. 9, no 2, 2012, s. 134–146
Undén, Östen (1928) Några synpunkter på begreppsbildningen inom juridiken. I Festskrift tillägnad Axel Hägerström (1928). Filosofiska och juridiska föreningarna i Uppsala

Vahlne Westerhäll, Lotta (2002)) Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000. Norstedts Juridik AB
Vahlne Westerhäll, Lotta (red.) (2002) Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten. Norstedts Juridik AB
Vahlne Westerhäll, Lotta & Jäderberg, Judith (2005) Den lilla starka staten. Samtal om välfärdssystemets sociala hållbarhet i ett rättsligt perspektiv. SNS Förlag
Vahlne Westerhäll, Lotta (red.) (2007) Legitimitetsfrågor inom socialrätten. Norstedts Juridik AB
Vahlne Westerhäll, Lotta (2012) Socialrättens regelsystem, rättskällor och tolkningsnormer. I Nordisk Socialrättslig Tidskrift nr 5–6 2012, s. 7–31
Vahlne Westerhäll (2012) Folkrättens påverkan på svensk förvaltningsrätt – ett idéhistoriskt perspektiv. I Stern & Österdal (red.) Folkrätten i svensk rätt, s. 251–275
Votinius, Zacharias (2004) Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund. Ak. avh. Lunds universitet. Brutus Östlings bokförlag Symposium
Wagner, Antonin (2004) Redefining Citizenship for the 21st Century: from the National Welfare State to the UN Global Compact, i International Journal of Social Welfare, 2004:13
Walin, Gösta (1976) Förmyndare och gode män. Bokförlaget PAN/Norstedts
Walin, Gösta (1996) Förmyndare, förvaltare och gode män. Norstedts Juridik AB
Wall, Gustaf (2014) Rättskraft och korrektiv. En förvaltningsrättslig studie. Ak. avh. Uppsala universitet
Wallgren, Jan (2011) Gode mannens ABC. Norstedts Juridik AB
Warnling-Nerep, Wiweka (2010) Förvaltningsbeslut – överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning. Studentlitteratur
Welamson, Lars, Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessen 1958–1962. SvJT 1964 s. 401–456
Wennergren, Bertil (1970) Lagen om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall med kommentarer. Statens nämnd för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer
Wennström, Bo (2005) Rättens individualisering. Mot en ny juridisk antropologi. Uppsala universitetstryckeri
Westerstrand, Jenny (2008) Mellan mäns händer. Kvinnors rättssubjektivitet, internationell rätt och diskurser om prostitution och trafficking. Ak. avh. Uppsala universitet
Westman, Per (2005) Förmynderskap. Norstedts Juridik AB

Widerlund, Lena (2007) Nya perspektiv men inarbetad praxis. En studie av utvecklingsstördas delaktighet och självbestämmande. Lic. avh. Luleå universitet
Wijffels, Alain (2009) Legal Capacity in Historical Perspectives. I Deakin, Simon & Supiot, Alain (red.) (2009) Capacitas. Contact Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy, s. 49–62
Wilhelmsson, Thomas (1987) Social civilrätt. Lakimiesliiton kustannus. Juristförbundets förlag

Övrigt

Länsförbundet FUB i Stockholms län, Kontaktperson enligt LSS en genomgång av insatsens utveckling och domar i förvaltningsrätten. Rapport 1, 2014
Länsförbundet FUB i Stockholms län, Om kontaktperson och ledsagarservice i Förvaltningsrätten. Vem får rätt i mål om LSS? Rapport 2, 2012

Sakordsregister

A
abnormalitet 401
access to justice 175
aktör 26, 189, 469, 477
aktörstatus 467
annorlundavara 464, 481
anpassning 340
anpassning av ställföreträdares uppdrag 322
asocial 86
autonomi 187, 200, 245, 248, 399, 475
autonom individ 392
avvikande 428
avvikelse 478
avvikelsediskurs 444

B
begränsade uppdrag 339
behov 212
– FB 295
– LSS 221
behov av skydd 291
behovsbedömning 212
behovsbevakare 325
behovsbevakning 338
behovsprincip 212
behovsprövning, FB 296
behörighet 261, 263, 346
behörighetsgränser 330
behövande, svag eller utsatt 444
beroende 475
beslutsförmåga 264
besluts(in)kompetens 403
beslutskompetens 264
besluts(o)förmåga 403
beslutsrationalitet 302
bestämmanderätt 355
beteckning 68
bevaka rätt 327
bildbar 96
bistånd 207, 212
biträde 255, 324
bonus pater familias 376

C
cripteori 35, 420
crip theory 35

D
declaration of incapacity 192
de-kategorin 446
dekonstruktion 57
delaktighet 108, 139, 158
demokrati 150
disciplinerande 377
disciplinära processer 368
diskriminering 141
– EKMR 195
– RF 199
diskrimineringsgrund 200
dispens från äktenskapshindret 91
doxa 466, 482
drivkraft 489

E
egenansvarsprincipen 212, 425
egenintresse 489
ensam rådighet 349, 353, 354
eugenik 93

F
faktiskt vård- och omsorgsansvar 269
fostran och utbildning 85
fri 400
frihet 229, 233, 234
frisk/sjuk 450
frivillighetslag 238
frivillighetsprincipen 216, 241
fulla uppdrag 339
fullmakt 263
fullmäktig 263
fullvärdiga rättssubjekt 495
fullvärdig rättssubjektivitet 111, 188, 467
funktionsfullkomlighet 482
funktionshinder 33
funktionsnedsättning 34
förklaringsmodeller funktionshinder 34
förmyndare 267
förmynderskapslagen 271
förmåga att kommunicera 131, 392
förmåga att rättshandla 128, 264, 381, 467
förnuft 381, 402
förnuftig vilja 131, 416
förstånd 402
försörjningsstöd 213
förvalta egendom 327
förvaltningsbesvär 208
föräldraskap 267

G
goda levnadsvillkor 226
grundläggande behov 394
guardianship 192

H
handlingsutrymme 421
hermeneutik 48
homo economicus 371, 489
homo juridicus 28, 365, 378, 406, 408, 452, 482
homo medicus 490
homo moralis 490
homo sociologicus 490
humanistisk människosyn 181
hävande av omyndigförklaring 283

I
inflytande 108, 159, 242, 401
initiativrätt 244
inkapabel 93
insatser 108
insatskatalog 222
institutioner 155
integration 106, 155
integrering 103, 106
integritet 230, 245, 399
intellektuell mindervärdighet 88
intressekonflikter 458
intresse- och behovsbevakare 342
isolerad 430, 476

K
karaktärisering 65, 68
kategorisering 65, 478, 483
kolliderande rättshandlingar 287, 309
kommunalt självstyre 108
kommunikationsförmåga 381, 416
kompensationssyfte 471
kompenseras 418
kontaktperson 344, 429
kontroll 483
kravrättigheter 208
kritik 55

kvalificering 65
kvalifikationskrav ställföreträdare 457
kvasirättigheter 209

L
legal capacity 112, 188
legalitetsprincipen 240
levnadsvillkor 151, 154, 469
liberalism 77
likabehandling 229
likabehandlingsprincipen 203
likhetsideologi 24, 416, 464, 482
likhetsprincip 24, 203
livsföring i övrigt 213
livsval 241
läkarintyg 451

M
makt 365, 432
maktrelationer 368
medbestämmande 242, 401
medborgare 149, 432
medborgerlig plikt 454
mognad 381
myndighetsåldern 383
målsättningar 169, 198
människosyn 143, 241, 373, 482, 487
människovärde 151
människovärdesprincipen 141, 180, 200
människovärdighet 230, 248
människovärdigt liv 229
mänskliga rättigheter 138, 168, 178

N
negativ frihet 236, 246, 402, 471, 475
normalduglig individ 376
normaliserande 375, 443
normalisering 106, 155, 483
normaliseringsprincipen 102, 289
normalitet 36, 445, 484
normalitet–avvikelse 375
normalitetsdiskurs 377
normer 48
norm för mänskligt varande 82
normkritik 35
nytta 333
närande 83

O
oberoende 158, 186, 230, 242
obildbar 86
objektivitetsprincipen 203
omdömesförmåga 132, 402, 404, 409
omdömeslöshet 405
omsorgslagen 103
omsorgslagstiftningen 106
omyndigförklaring 79, 136, 270, 449
omyndighet 384
onormalt självliv 400

P
partsbehörig 125
partshabilitet 114
person 26, 112, 113
personansvar 335
personkrets 108
personkännedom 334, 457
personlig assistans 394
personlig förmåga att rättshandla 130, 136, 264, 381, 409, 467
personlig intressebevakning 333, 343
personstatus 467
pluslag 210
portalparagrafen 239
positiva rättigheter 236
positiv frihet 243, 471, 475

privatliv 196, 297
privat- och familjeliv 195
processbehörighet 110, 124, 359, 405
processhabilitet 111, 188
proportionalitetsprincipen 473
psykisk efterblivenhet 70
psykisk störning 300
psykiskt utvecklingshämmad 72
psykiskt utvecklingsstörd 71

R
ramlag 146, 172, 208
rasbiologi 86, 88
rashygien 87, 88, 93
rationell 409
relativa beslutskompetens 382
riksnorm 215
rubbad självverksamhet 78, 403
rättigheter 108, 163
– civila 168
– negativa 169
– omsorgs 108
– politiska 168
– positiva 170
– sociala 163, 168, 170, 199
rättighetsbärare 109
rättighetslag 106, 146, 172, 208
rättighetslagstiftning 154
rättrådig, erfaren och i övrigt lämplig 453
rättsdogmatik 47
rättshabilitet 111
rättshandling 111, 250, 382
rättshandlingsförmåga 124
rättsinkapabel 76, 79, 92, 110, 403
rättskapacitet 114, 188
rättslig aktör 394
rättsliga normer 48
rättslig handlingsförmåga 94, 110, 188
rättslig idealmänniska 378
rättsligt oförmögen 140
rättsskydd 81
rättsstat 169
rättssubjekt 26, 412
– position 26
– roll 26
rättssubjektivitet 377
rättssubjektsroller 116, 377, 479
rättstillgänglighet 175
rättvisa 229
rösträtt 290

S
saklig förmåga att rättshandla 129, 264, 381, 467
sakorienteringen 406
samhällskontraktet 366
samråd 242
samtycke 79, 92, 235, 249, 350
samtyckeskrav 251, 318
servicerättigheter 209
sinnen 75
sinnesslöhet 69
självbestämmande 108, 186, 230, 236, 246, 361, 399, 420, 425, 432, 453, 472
självbestämmanderätt 239, 471
självkontrollerande 411
självständig 232, 242, 367
självständighetskriterium 223
självständigt liv 157
skyddsbehov 312
skyddssyfte 310
skyldigheter 330
– legal ställföreträdare 266
skälig levnadsnivå 214
sociala normer 48
språkhandlingar 420
standardregler 139, 184
status eller börd 412
sterilisering 79, 88
steriliseringslagar 91, 143

stödinsatser 216
subjekt inför rätten 113
subjektsstatus 363
subjektsställning 422, 448
substituted decision-making 190, 393, 472
supported decision-making 190, 393, 472
svårskött 86, 100
sysslomannaroll 325
sörja för person 328

T
talerätt 129, 389
tankestil 50, 488
tillgänglig 348, 469
tillgänglighet 105, 108, 123, 139, 153, 174, 202, 219
tärande 83

U
underåriga 385
uppdrag 340
ur stånd att vårda 80, 309, 407, 449, 477
”ur stånd”-bedömning 311
utsatt 424, 428, 448
utvecklingsstörning 40
– svårighetsgrad 41

V
valfrihet 241
vanartad 86
vi/de 375
vilja 237, 381, 411
vilja som förmåga 244
viljeyttring 244, 479
viljeyttryck 447
vårdanstalt 100
vårdnadshavare 267
välfärdsdiskurs 445
värdigt liv 224

Å
ålder 381
åldersgränser 382, 407

Ä
äktenskapsförbud 90, 136, 359
äktenskapsskillnad 359