



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Sara Ljunggren

Vem ska besluta om äldres vård?

Om självbestämmande och vårdbehov för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Period 1 HT2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod, material och perspektiv	7
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Disposition	10
1.7 Begrepp	11
1.7.1 Kognitiv funktionsnedsättning	11
1.7.2 Vård	13
1.7.3 Äldre	14
2 SKYDD I INTERNATIONELLA ÖVERENSKOMMELSER	15
2.1 Inledning	15
2.2 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning	15
2.3 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna	17
2.4 Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin	19
2.5 Sammanfattade slutsatser	20
3 ATT BESTÄMMA ÖVER SIN EGEN VÅRD	21
3.1 Inledning	21
3.2 Samtycke till vård	21
3.2.1 Olika former av samtycke inom vården	21
3.2.2 Integritetskränkande vård av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar	22
3.2.3 Krav på samtycke till vård enligt grundlagen	24
3.2.3.1 Påtvingat kroppsligt ingrepp och kroppsvsitation	24
3.2.3.2 Frihetsberövande	25
3.2.4 Hälso- och sjukvård	26
3.2.4.1 Krav på samtycke till vård i hälso- och sjukvården	26
3.2.4.2 Giltigt samtycke inom hälso- och sjukvården	27

3.2.5	Vård av socialtjänsten	28
3.2.5.1	Krav på samtycke i socialtjänsten	28
3.2.5.2	Giltigt samtycke i socialtjänsten	29
3.2.6	Att tacka nej eller att ta tillbaka sitt samtycke till vård	30
3.2.7	Vård utan samtycke	30
3.2.7.1	Undantag från samtyckeskrav	30
3.2.7.2	Tvångsvård enligt LPT	31
3.2.7.3	Nödrätt	31
3.2.7.4	Social adekvans	32
3.3	Förmågan att kunna fatta ett beslut	34
3.3.1	Självbestämmande	34
3.3.2	Beslutskompetens och beslutsinkompetens	35
3.3.3	Vem är beslutskompetent?	36
3.3.3.1	Krav på kognitiv förmåga	36
3.3.3.2	Beslutskompetens hos äldre med kognitiva funktionsnedsättningar	37
3.3.4	Vem avgör om en person är beslutsinkompetent?	39
3.4	Hur kan äldres vilja till vård fastställas?	40
3.4.1	Verklig vilja?	40
3.4.2	Vad har personen velat tidigare?	41
3.4.3	Hypotetisk vilja	42
3.5	Sammanfattade slutsatser	42
4	STÄLLFÖRETRÄDARES MÖJLIGHETER ATT BESLUTA OM ÄLDRES VÅRD	44
4.1	Inledning	44
4.2	Samhällets ansvar	45
4.3	God man och förvaltare som ställföreträdare i vårdfrågor	45
4.3.1	Gemensamt om god man och förvaltare	45
4.3.2	Särskilt om god man och samtycke	46
4.3.3	Särskilt om förvaltare och samtycke	48
4.3.4	Gode mannens och förvaltarens uppdrag	48
4.3.5	God man och förvaltares möjligheter att besluta om den enskildes vård	49
4.4	Anhörigas möjligheter att besluta om äldres vård	51
4.5	Ställföreträdare genom fullmakt	53
4.5.1	Vanlig fullmakt	53
4.5.2	Framtidsfullmakt	53
4.5.3	Framtidsfullmakter och vård	55
4.6	Vård för den enskildes bästa?	56
4.7	Sammanfattade slutsatser	58

5	AVSLUTANDE DISKUSSION	60
5.1	För vems skull?	60
5.2	Att fastställa den äldres vilja	61
5.3	Vem ska fatta den äldres vårdbeslut?	63
5.4	Bistra framtidsutsikter utan reglering?	64
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	71

Summary

As the number of elderly people in the population grows, the number of elderly people who suffer from cognitive disabilities (different forms of dementia) who require care grows as well. The purpose of the thesis is to examine the relationship between elderly people's autonomy and their need of care.

Care cannot be given without consent from the individual unless there are exceptions stated in the law. A valid consent requires that the individual understands the meaning and the consequences of the consent. Elderly people with cognitive disabilities can, due to their sickness, have a reduced ability to provide a valid consent. Care without consent can be given if there is an emergency. Social adequacy can also provide some possibilities to give care without consent. However, to what extent social adequacy can be used is not entirely clear.

According to international agreements those who cannot decide for themselves should receive the help they need to make decisions. No one else should be allowed to make their decisions. In Sweden, however, deputy representation is arranged so that the deputy makes decisions for the individual, rather than giving the individual the necessary help to be able to make decisions for themselves. A deputy can help the elderly person with personal affairs but cannot make decisions about the person's care. If the person refuses care, a deputy cannot consent to the person's care. It is not clear who will decide on the care of these people when they do not have the ability to decide for themselves. Due to lack of regulation, the decision of the deputy (or next of kin) seems to be accepted regarding the care of the elderly person.

An important aspect of deciding on the care of the elderly with cognitive disabilities is establishing what should guide the decision-making. It is possible that the decisions should be guided by the best interests of the person or according to what the person hypothetically would have wanted if he or she had insight into his or her state of disease (hypothetical will). The decisions could also be guided by the person's previously expressed will or according to the person's present will. There are problems with every option. Letting the decisions be guided by the person's best interests omits the elderly person to someone else's interpretation of what is best. Letting the decisions be guided by hypothetical will and previously expressed will is problematic because it does not recognize who the elderly person is today and is based on someone else's image of who the elderly person was. It is also questionable if the elderly person's autonomy is strengthened by a hypothetical person's will. Finally, an elderly person's well-being is at risk if the decisions are based solely on the will they express when they suffer from cognitive disabilities.

Sammanfattning

Med en ökande åldrande befolkning kommer antalet vårdbehövande äldre med kognitiva funktionsnedsättningar (olika former av demenssjukdomar) att öka. Uppsatsens syfte är att undersöka förhållandet mellan äldre personers självbestämmanderätt kontra deras behov av vård.

Vård kan inte ges utan den enskildes samtycke, om inte undantag finns uttryckt i lag. Ett giltigt samtycke kräver att den enskilde förstår innebörden och konsekvenserna av samtycket. Äldre med kognitiva funktionsnedsättningar har därför, på grund av sin sjukdom, begränsad förmåga att kunna ge ett giltigt samtycke. Om det föreligger ett nödläge kan vård ges utan samtycke. Även reglerna om social adekvans ger vissa möjligheter att ge äldre med kognitiva funktionsnedsättningar vård. Hur långtgående social adekvans kan användas inom vården är dock inte klart.

Enligt internationella överenskommelser ska den som inte själv kan besluta få den hjälp som krävs för att kunna fatta beslut. Det ska inte vara någon annan som fattar den enskildes beslut. I Sverige är dock ställföreträdarskap ordnat så att ställföreträdaren fattar beslut åt den enskilde, snarare än att den enskilde får nödvändig hjälp för att själv kunna fatta beslut. En ställföreträdare har möjlighet att hjälpa den äldre med personliga angelägenheter, men det ger inte ställföreträdaren rätt att besluta om den enskildes vård. Om den äldre nekar till vård kan en ställföreträdare inte samtycka till den äldres vård. Vem som ska besluta om den äldres vård, när den äldre inte har förmågan att besluta själv, är inte klarlagt. På grund av brist av reglering verkar ställföreträdarens (eller anhörigas) beslut accepteras gällande den äldres vård.

En viktig aspekt i att besluta om äldre med kognitiva funktionsnedsättnings vård är vad som ska vägleda beslutsfattandet. Det går att tänka sig att besluten borde vägledas av den äldre personens bästa, enligt vad personen hade velat (hypotetisk vilja) eller enligt personens tidigare uttryckta vilja eller enligt personens nuvarande vilja. Det finns problem med samtliga alternativ. Att låta besluten vägledas av den äldres bästa utelämnar den äldre åt någon annans tolkning om vad som är bäst. Att låta besluten vägledas av hypotetisk vilja och tidigare uttryckt vilja är problematiskt eftersom det inte tillåter att den äldre förändrats och bygger på någon annans bild av vem den äldre har varit. Dessutom är det tveksamt om den äldres självbestämmande verkligen stärks av att besluten styrs av en hypotetisk persons vilja. Slutligen riskerar äldre med kognitiva funktionsnedsättningar att fara illa om besluten helt ska vägledas av vad de uttrycker för vilja under sjukdomen.

Förkortningar

BrB	brottsbalk (1962:700)
EKMR	lag (1994:1219) om den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta nationerna
HSL	hälsa- och sjukvårdslag (2017:30)
JO	Justitieombudsmannen
LFF	lag (2017:310) om framtidsfullmakter
LPT	lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LSS	lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
PL	patientlag (2014:821)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SoL	socialtjänstlag (2001:453)
ÄktB	äktenskapsbalk (1987:230)
ÄB	ärvdabalk (1958:637)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Idag lever ungefär 150 000 personer med någon form av diagnostiserad kognitiv funktionsnedsättning¹ i Sverige. Årligen drabbas ungefär 25 000 personer.² Med ett ökande antal äldre³ i befolkningen kan vi också förvänta oss att ett större antal kommer att få en kognitiv funktionsnedsättning eftersom risken att drabbas ökar ju äldre en person blir.⁴ Samtidigt ökar risken för andra sjukdomar ju äldre personen blir.⁵ Ett högre antal äldre med kognitiva funktionsnedsättningar och andra vårdbehov kommer att ställa högre krav både på samhället och på äldreården.⁶

Att en äldre person, enligt omgivningen, behöver vård är dock inte en garanti för att personen faktiskt kommer att vårdas. Framförallt för att en äldre person med en kognitiv funktionsnedsättning oftast saknar sjukdomsinsikt och många gånger motsätter sig olika typer av vård. Eftersom vården är frivillig kan det alltså uppstå situationer där äldre behöver vård, men inte kan vårdas då de vägrar att lämna samtycke och det inte finns någon annan som i rättslig mening har rätt att samtycka åt personen.⁷

Frågan om särskild lagstiftning gällande vård till äldre med kognitiva funktionsnedsättningar har diskuterats sedan i alla fall 1980-talet och har av lagstiftaren flera gånger konstaterats vara ett svårbemästrat rättsligt område som kräver svåra etiska överväganden.⁸ Samtidigt växer sig synen på

¹ Se avsnitt 1.7.1 för definition.

² Socialstyrelsen (2017a), s. 17.

³ Se avsnitt 1.7.3 för definition.

⁴ Sundelöf och Tegman (2019), s. 28.

⁵ Törnquist och Broström (2012), s. 79 f.

⁶ Katzin (2017), s. 97.

⁷ Klemme Nielsen (2012), s. 37 f.

⁸ Se till exempel prop. 1990/91:58, s. 80 f.; Prop. 2013/14:106, s. 61; Prop. 2016/17:30, s. 29 f.

självbestämmande starkare och utan tydlig reglering riskerar människor att fara illa.⁹

Med det i åtanke måste vi fråga oss hur mycket hänsyn som ska visas en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning som motsätter sig vård? Vet personen sitt eget bästa? Är det viktigaste att den äldre får bestämma själv eller är det viktigare att anhöriga slipper känna oro över vad den äldre släktingen ska ta sig för? Ska en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning tillåtas leva i misär för att misären är självvald? Ska den som börjar insjukna behöva oroa sig för att inte få vård när sjukdomen tagit över mer och mer?

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att utreda och kritiskt analysera hur äldre personers självbestämmanderätt säkerhetsställs i förhållande till deras vårdbehov. För att uppfylla syftet har följande frågeställning valts:

1. Hur uttrycker en person med en kognitiv funktionsnedsättning samtycke till vård i rättens mening?
2. Vilka möjligheter har en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning att motsätta sig vård?
3. Om den äldre själv inte bedöms kunna bestämma över sin egen vård – vem ska då fatta vårdbesluten?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på självbestämmande vad gäller vård för äldre som drabbats av en kognitiv funktionsnedsättning. Uppsatsen fokuserar på äldre som tidigare i livet har haft full kognitiv förmåga. De som faller utanför detta

⁹ Ryrstedt (2017), s. 136 f.

avgränsas från uppsatsen på grund av att det finns möjlighet att ytterligare avvägningar krävs i dessa fall.

Beslut rörande annat än vård som äldre med en kognitiv funktionsnedsättning kan, eller inte kan råda över, kommer i de fall de nämns i uppsatsen endast användas i jämförande syfte (det vill säga varför de liknar eller inte liknar vårdbeslut). Olika former av ställföreträdare för äldre kommer därmed tas upp i den mån de kan tänkas ha möjlighet att besluta om den äldres vård.

Det finns många olika typer av vård¹⁰ där äldre med kognitiva funktionsnedsättnings förmåga att samtycka kan vara relevant. Uppsatsen är avgränsad till att endast beröra sådan vård hälso- och sjukvård som kan utföras med stöd av HSL, PL och SoL. Dock är troligtvis de avvägningar och problem som uppkommer när det rör sig om äldre med kognitiv funktionsnedsättningar och samtycke ganska lika oavsett vilken typ av vård det än handlar om.

Uppsatsen har därför heller inte tagit upp lagstadgad tvångsvård i någon vidare bemärkelse. LPT skulle kunna bli aktuellt för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar i vissa fall och nämns därför kort. Annan tvångsvård omfattas inte av uppsatsens syften.¹¹

Relaterat till att någon annan än den äldre själv eventuellt beslutar om vården är möjligheten att överklaga beslut. På grund av uppsatsens storlek och syften har det dock inte varit möjligt att ta med detta. Detsamma gäller möjligheten för en person att klaga på, byta ut eller bli av med sin sin ställföreträdare. Jag kan dock konstatera att det antagligen är väldigt svårt för en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning att klara av ett sådant förfarande på grund av sina nedsatta kognitiva förmågor.

¹⁰ Se avsnitt 1.7.2 för definition.

¹¹ Tvångsvård enligt till exempel *lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall* är inte aktuell då det förutsätts i uppsatsen att personens vårdbehov endast beror på den kognitiva funktionsnedsättningen, se avsnitt 1.7.1.

Uppsatsen har inte tagit upp andra intressekonflikter mellan självbestämmande och behov som omgivningen kan ställas inför när en äldre person drabbas av en kognitiv funktionsnedsättning. Hur den äldre uttrycker samtycke i rättens mening kan vara relevant även i förhållande till andra behov, men hur mycket självbestämmande någon bör tillåtas ha kan möjligen kräva en annan bedömning när det gäller andra behov än vårdbehov.

Uppsatsen har tagit upp olika intressen och viljor, bland annat anhörigas intresse för att den äldre ska få vård. När antalet äldre som behöver vård ökar har anhörigvården¹² också växt.¹³ Uppsatsen kommer inte gå in på detta specifikt, men det är relevant för uppsatsen att veta att anhöriga på olika sätt kan belastas när äldre behöver vård.

1.4 Metod, material och perspektiv

För att skriva uppsatsen den rättsanalytiska metoden använts. Den kan ses som en vidareutveckling av den rättsdogmatiska metoden. Att använda en analytisk metod snarare än en dogmatisk passar bättre för att uppfylla uppsatsens syfte då en analytisk metod har mer utrymme att vara kritisk.¹⁴ Den rättsdogmatiska metoden lämpar sig väl för att fastställa vad som är gällande rätt genom att analysera de allmänt accepterade rättskällorna. Vilka som är de allmänt accepterade rättskällorna är dock inte helt självklart. I den här uppsatsen används den hierarkiska rättskälleuppfattningen, alltså lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹⁵ Doktrinens status som rättskälla är omdiskuterad och anses främst vara ett bidrag till den juridiska diskussionen¹⁶ varför en rättsanalytisk metod passar uppsatsens syften bättre då den ger ett större utrymme att beakta material som enligt rättskälleläran har lågt värde.

¹² Anhörigvård innebär att anhöriga vårdar och hjälper närstående på olika sätt, se till exempel Pettersson (2017).

¹³ Pettersson (2017), s. 309 f.

¹⁴ Sandgren (2005), s. 655 f.

¹⁵ Sandgren (2005), s. 649 ff.

¹⁶ Kleineman (2018), s. 21.

Vidare ger den rättsanalytiska metoden ett större utrymme att analysera vad lagen borde vara.¹⁷

Då praxis i princip saknas på området har jag inte kunnat gå den vägen för att fastställa gällande rätt. Med tanke på de typiska symptom en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning lider av är det heller inte konstigt att praxis på området saknas. Det finns dock praxis där domstolen behandlar andra frågor där en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning är eller kan tänkas vara inblandad. Sådana rättsfall blir därför intressanta för att se hur domstolen resonerar kring äldre med kognitiva funktionsnedsättningar och frågor som rör dem.

Som material har relevant lagtext, förarbeten och doktrin använts. Jag har också använt mig av myndighetspublikationer från Socialstyrelsen. Myndighetspublikationer har lågt värde som rättskällor, men kan bland annat visa hur lagstiftningen används i praktiken. Även internationella överenskommelser rörande funktionsnedsättningar och äldre har använts i uppsatsen för att kunna göra en kritisk granskning av rättsläget ser ut och hur väl Sverige uppfyller sina internationella åtaganden.

I uppsatsen har viss analys gjorts fortlöpande i texten för att det har gett möjlighet att löpande kunna dra relevanta slutsatser. Större delen av analysen har dock gjorts i ett eget kapitel. Utgångspunkten för min analys är att ur ett äldrerättsligt perspektiv kritiskt diskutera vilka konsekvenser olika bestämmelser kan få för den äldre. Ett äldrerättsligt perspektiv innebär att se på en situation ur den äldres perspektiv i ljuset av att vi i framtiden kommer att ha en större procentuell andel äldre i befolkningen. Ett äldrerättsligt perspektiv kan belysa de särskilda utmaningar samhället oundvikligt kommer att ställas inför i takt med att fler och fler blir allt äldre.¹⁸ Ett äldrerättsligt perspektiv kan också bli nödvändigt då äldre med en kognitiv funktionsnedsättning annars riskerar att ses mest som en ekonomisk börda för

¹⁷ Sandgren (2005), s. 655 f.

¹⁸ Mattsson & Numhauser-Henning (2017), s. 3 ff.

samhället. Vårdkostnaden för kognitiva funktionsnedsättningar är redan väldigt hög och kan alltså förväntas stiga när fler och fler blir äldre.¹⁹

Analysen har även beaktat värdegrunden för äldre som finns i 5 kap. 4 § 1 st SoL. Den inriktar sig på att äldre personers vilja och behov ska respekteras i större utsträckning och att äldre människor ska få åldras och leva resten av sina liv med värdighet. Med värdighet menas bland annat självbestämmande, respekt för integritet, delaktighet, trygghetskänsla och respektfullt bemötande.²⁰ Tanken med värdegrunden är att åldrande ska ses som en naturlig del av livet och att samhällets stödinsatser ska möjliggöra för äldre att få leva ett fortsatt liv utifrån den individuella person som den äldre är.²¹

I min mening är det omöjligt att diskutera äldres autonomi och vårdbehov utan att även se det ur omgivningens, och då framförallt anhörigas, perspektiv. Äldres vårdbehov och beslut kan bli en belastning för anhöriga känslomässigt, men också genom att anhöriga behöver ta ett större ansvar för den äldre. Därför har olika scenarior analyserats både ur den äldres och omgivningens perspektiv.

1.5 Forskningsläge

Sedan 2012 har projektet ”The Norma Elder Law Research Environment” vid Juridiska fakulteten i Lund arbetat med att inrätta äldrerätt som ett nytt rättsområde i Europa. Forskargruppen släppte 2017, med Ann Numhauser-Henning som redaktör, boken *Elder Law: Evolving European Perspectives*. 2017 släpptes dessutom boken *Äldrerätt: Ett nytt rättsområde* med Titti Mattsson och Ann Numhauser-Henning som redaktörer. I böckerna presenteras äldrerätten som rättsområde och ett flertal rättsområden där ett äldrerättsligt perspektiv är nödvändigt. Dels ställs nya krav på samhället då

¹⁹ Vårdkostnaden idag överstiger kostnaderna för till exempel cancersjukdomar; Sundelöf och Tegman (2019), s. 28 f.

²⁰ Ej uttömmande lista, se prop. 2009/10:116.

²¹ Prop. 2009/10:116, s. 24 ff.

allt fler blir äldre, dels behöver samhället förstå och kunna tillgodose den äldre individens olika behov.

Eva Ryrstedt har skrivit om självbestämmande kontra skyddsbehov för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar, bland annat i artikeln *Dementa äldre personer; vem ska bestämma?* Artikeln tar upp ställföreträdarskap för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar och lyfter de svårigheter som uppstår när viljan hos den äldre ska utrönas.

Ställföreträdarskap berörs vidare ur ett juridiskt och etiskt perspektiv i boken *Ställföreträdarskap i vård och omsorg* med Linus Broström och Mats Johansson som redaktörer. I den boken har Morten Klemme Nielsen skrivit kapitlet *Laglöst land* som lyfter problematiken kring beslutsinkompetenta vuxna och ställföreträdarskap i vårdfrågor.

Även Therése Fridström Montoyas avhandling *Leva som andra genom ställföreträdare* är värd att nämnas då den handlar om att leva under ställföreträdarskap.

Elisabeth Rynnings avhandling *Samtycke till medicinsk vård och behandling* är, trots att den är från 1994, aktuell för ämnet då den behandlar samtycke inom sjukvården. Rynning tar också upp personers beslutskompetens och möjliga ställföreträdare som kan bestämma över en persons vård. Rynning har vidare skrivit ett kapitel i boken *Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten* som handlar om rättssäkerhet i vården av vuxna som inte är beslutskompetenta.

1.6 Disposition

I avsnitt 1.7 förklarar kort för uppsatsen relevanta begrepp, för att läsaren ska förstå innebörden i centrala begrepp och hur dessa begrepp används i uppsatsen. Tanken är också att begreppen ska ge en inblick i de svårigheter som omgivningen ställs inför när en äldre person insjuknar och förändras. Avsikten är inte att gå in på sjukdomsförloppet alltför medicinskt, utan att beslysa de symptom som är relevanta för uppsatsen.

Kapitel 2 presenterar några internationella överenskommelser som aktualiseras i frågor om äldre med kognitiva funktionsnedsättningar, vård och ställföreträderskap.

Kapitel 3 redogör för kravet på samtycke till vård och äldre med kognitiva funktionsnedsättningars möjligheter att lämna ett giltigt samtycke. Kapitlet fokuserar på äldres förmåga att besluta om sin egen vård.

Kapitel 4 går igenom vem som kan tänkas bestämma om den äldre personen inte själv bedöms kunna bestämma över sin vård.

I kapitel 5 förs en övergripande diskussion med ett äldrerättsligt perspektiv.

1.7 Begrepp

1.7.1 Kognitiv funktionsnedsättning

Det finns olika typer av kognitiva funktionsnedsättningar som en person kan drabbas av som inte endast beror på naturligt åldrande. Den vanligaste orsaken är att den äldre personen har drabbats av en demenssjukdom. Det finns olika typer av demenssjukdomar, där Alzheimers är den absolut vanligaste.²²

Att använda begreppet demenssjukdom är dock något missvisande. Själva ordet demens betyder ”utan själ” på latin, vilket inte riktigt förmedlar att den som drabbats är värd omsorg och respekt på samma sätt som en person med full kognitiv förmåga. En kognitiv sjukdom beskriver bättre att det handlar om en sjukdom och förmedlar tydligare att det handlar om en person som drabbats.²³ Ytterligare en anledning till att inte använda begreppet demenssjukdom är att användningen av ordet demens minskar.²⁴ I den här uppsatsen kommer *kognitiva funktionsnedsättningar* användas istället för

²² Socialstyrelsen (2017a), s. 17.

²³ Sundelöf och Tegman (2019), s. 27 f.

²⁴ Bytet av begrepp kommer dock antagligen att ta tid.

demenssjukdomar eller kognitiva sjukdomar. Anledningen till det är att även inkludera de personer som ännu inte fått en sjukdom diagnostiserad.

Vidare kommer det förutsättas att personen som drabbats har tidigare i livet haft full kognitiv förmåga. Dock kan även normalt åldrande innebära kognitiva förändringar, men det ska inte blandas ihop med kognitiv sjukdom. En kognitiv sjukdom innebär att det uppkommit sjukliga förändringar i hjärnan som inte går att bota.²⁵

En person som drabbats får successivt svårare att förstå och klara av vardagliga sysslor, även om symptomen kan variera från dag till dag.²⁶ Följande symptom är vanliga och kan uppvisas i varierande grad hos den drabbade:

- **Minnessvårigheter:** Framförallt brukar korttidsminnet påverkas, men successivt försämras även långtidsminnet. Nya minnen blir svårare att komma ihåg. Det är vanligt att den drabbades tidigaste minnen (barndomsminnen till exempel) stannar kvar hos personen längst. Det verkar alltså som att de senast skapade minnena successivt blir svårare för den drabbade att komma åt.²⁷
- **Beteendeförändringar:** Depression hos den drabbade är vanligt, framförallt i början av sjukdomsförloppet då personen fortfarande förstår vad som händer. Depressionen kan också förklaras med att hjärnan minskar på serotoninproduktionen. Förvirring är också vanligt, vilket kan orsaka både ångest och rädsla. Förvirringen kan till exempel yttra sig i att personen får för sig saker som inte stämmer med verkligheten.²⁸
- **Personlighetsförändringar:** Att den drabbades personlighet förändras kan förklaras både psykologiskt och biologiskt. Den sociala

²⁵ Sundelöf och Tegman (2019), s. 27.

²⁶ Sundelöf och Tegman (2019), s. 26.

²⁷ Solheim (2019), s. 34.

²⁸ Solheim (2019), s. 41 f.

inlärningen glöms bort, vilket kan innebära att personlighetsdrag förstärks och omdömesförmågan reduceras. Personen kan alltså både göra och säga sådant som omgivningen inte är van vid att personen gör. Psykologiskt kan det beskrivas som att inlärd sociala spärrar försvinner. Biologiskt kan personlighetsförändringarna förklaras med att hjärnan förändras där impulscentrum sitter.²⁹

- **Kommunikationssvårigheter:** Den drabbade kan dels få svårt att göra sig förstådd, dels ha svårt att förstå vad andra säger. Det senare kan bero på ett försämrat korttidsminne.³⁰

Det finns andra tillstånd som kan orsaka liknande symptom. Det kan till exempel bero på psykisk ohälsa eller en bakomliggande infektion. Till skillnad från kognitiva sjukdomar kan dessa tillstånd botas. Det är då viktigt att den bakomliggande orsaken upptäcks och inte misstas för en kognitiv sjukdom. Om orsaken till symptomen är något annat än en kognitiv sjukdom brukar symptomen utvecklas i ett snabbt tempo (från några timmar till några dygn). Beror symptomen på en kognitiv sjukdom brukar personen gradvis bli sämre under en längre tidsperiod (från månader till år).³¹

1.7.2 Vård

I uppsatsen kommer begreppet *vård* att användas som ett generellt begrepp som innefattar vårdinsatser för äldre. Det kan vara dels hälsa- och sjukvård som organiseras av landstingen och dels äldreomsorg som organiseras av kommunerna.³² Vård kan alltså exempelvis vara medicinering eller bistånd till ett särskilt boende.

Ibland blir det dock nödvändigt att särskilja olika typer av vård. Det gäller framförallt när uppsatsen ska utreda vad som är gällande rätt. Då kommer istället begreppen *hälso- och sjukvård* att användas och *vård från*

²⁹ Solheim (2019), s. 42.

³⁰ Solheim (2019), s. 36 f.

³¹ Solheim (2019), s. 59 ff.

³² Mattson (2017), s. 108 ff.

socialtjänsten. Var gränsen ska dras mellan de olika typerna av vård kan dock vara svårt att fastställa.³³

1.7.3 Äldre

Med äldre menas framförallt personer över 65 år. Den person som drabbas av en kognitiv funktionsnedsättning är vanligtvis över 65 år gammal³⁴, men vilken ålder personen har är egentligen mindre viktigt. Utmaningarna och de övervägningar som behöver göras bör vara ungefär desamma oavsett ålder.

Åldersgränser används på olika sätt i dagens samhälle. De kan ge rättigheter, plikter och styr till viss del hur samhällets resurser används. 65-årsgränsen används till exempel som en övre gräns för att få ekonomiskt bistånd till uppehälle av kommunen. Personen får istället söka äldreförsörjningsstöd hos Pensionsmyndigheten.³⁵ 65 år är också den ålder som brukar användas i socialtjänsten för att avgränsa äldre från andra åldersgrupper.³⁶

65-årsgränsen används även som en övre gräns inom LSS. Det innebär att den som inte har haft en insats enligt lagen inte har möjlighet att söka när hen har fyllt 65 år. Har personen haft en insats finns det dock möjlighet att få behålla den, men den kan i så fall inte utökas³⁷. Det är intressant ur ett äldrerättsligt perspektiv med tanke på att LSS ska tillförsäkra att den enskilde *goda levnadsvillkor*³⁸, medan SoL, som den som fyllt 65 år istället hänvisas till, har som mål att tillförsäkra den enskilde *skäliga levnadsvillkor*.³⁹

³³ SOU 2004:112, s. 674.

³⁴ Socialstyrelsen (2017a), s. 6.

³⁵ Mattsson och Numhauser-Henning (2017), s. 21.

³⁶ Socialstyrelsens meddelandeblad nr. 1/2011, s. 2.

³⁷ 9b § LSS.

³⁸ 7 § LSS.

³⁹ 4 kap. 1 § SoL.

2 Skydd i internationella överenskommelser

2.1 Inledning

Det finns ett stort antal internationella överenskommelser, där vissa innehåller bestämmelser som principiellt blir viktiga för äldre med kognitiva funktionsnedsättnings rätt till vård och självbestämmande. I det här kapitlet presenteras kort några för ämnet relevanta internationella överenskommelser.

2.2 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

*FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*⁴⁰ är relevant då kognitiva funktionsnedsättningar omfattas av konventionen.⁴¹ Sverige har genom att ratificera konventionen bundit sig till att följa konventionen. Det innebär att all lagstiftning ska anpassas så att den överensstämmer med konventionsåtagandet.⁴²

Konventionen är framtagen med hjälp av personer som lever med en funktionsnedsättning. Den är därför skriven ur deras perspektiv, snarare än att vara skriven ur omgivningens perspektiv. Konventionen får därmed tyngd då den adresserar det som är viktigt ur de funktionsnedsattas perspektiv snarare än att adressera det som omgivningen tror är viktigt. Några äldre med kognitiva funktionsnedsättningar verkar dock inte ha deltagit under konventionens framtagande.⁴³

Syftet med konventionen är att skydda och säkerhetsställa att personer med funktionsnedsättningar kan ta del av alla mänskliga rättigheter och

⁴⁰ *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, brukar förkortas CRPD.

⁴¹ Flynn (2018), s. 158.

⁴² Fridström Montoya och Kindström Dahlin (2019), s. 373.

⁴³ Flynn (2018), s. 158 f.

grundläggande friheter enligt de rättighetskonventioner som redan finns.⁴⁴ Konventionen skapar alltså inga nya rättigheter utan syftar till att ge personer med funktionsnedsättningar tillgång till mänskliga rättigheter. Konventionen innebär dock stora förändringar då personer med funktionsnedsättning erkänns självbestämmande i både rättslig och faktisk mening.⁴⁵

I artikel 3 framgår att personer med funktionsnedsättningar har självbestämmanderätt och att deras människovärde ska respekteras.

Av artikel 12 framgår att personer med funktionsnedsättningar ska ha rättshandlingsförmåga på samma villkor som människor utan funktionsnedsättningar och att de ska få det stöd som behövs för att kunna utöva sina rättigheter. Notera dock att det som menas i konventionen är *full legal capacity* medan det i den svenska översättningen står ”rättskapacitet”. Det är inte riktigt samma sak. Medan rättskapacitet innebär att inneha rättigheter innebär *full legal capacity* att, förutom att åtnjuta rättigheter, kunna agera med rättsligt bindande verkan. Det verkar alltså snarare vara rättshandlingsförmåga som menas.⁴⁶

I första hand ska alltså personer med funktionsnedsättningar själva bestämma, med hjälp av stöd som personen behöver. Någon annan ska inte bestämma åt personen.⁴⁷ En person får inte fräntas sin rättshandlingsförmåga på grund av sina personliga förmågor.⁴⁸ Det betyder inte att någon annan ibland kan behöva fatta nödvändiga beslut gällande personen. Ett sådant beslut ska i så fall fattas i enlighet med personens *vilja och önskemål* snarare än *för personens bästa*. Om det inte går att reda ut personens vilja och det inte finns någon anhörig eller annan person som har sådan kännedom får beslutet fattas

⁴⁴ SÖ 2008:26.

⁴⁵ Fridström Montoya (2015), s. 185 f.

⁴⁶ FN, General comment No 1 (2014), p. 11 s. 3; Fridström Montoya (2015), s. 188 f.; Ryrstedt (2016b), s. 407 f.

⁴⁷ Ryrstedt (2016a), s. 201.

⁴⁸ Fridström Montoya (2015), s. 191 ff.

i enlighet med ställföreträdarens bästa tolkning av vad personens vilja och önskemål är.⁴⁹

Vidare framgår rätten till skydd mot våld och utnyttjande för personer med funktionsnedsättning av artikel 16. Av artikel 25 framgår att personer med funktionsnedsättningar har rätt till vård på samma villkor som andra, med beaktande av deras fria och informerade samtycke.

2.3 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

EKMR är lag i Sverige sedan 1995.⁵⁰ Det stadgas också i grundlagen att inga lagar eller andra föreskrifter får meddelas i strid med EKMR.⁵¹ Konventionstexten är alltså direkt tillämplig och praxis från Europadomstolen måste beaktas i svenska domstolar. Konventionen ska ge alla anslutna staters invånare en minimistandard och konventionstexten tolkas självständigt. Vad begreppen i texten betyder i inhemska rättssystem tas alltså inte i beaktande i tolkningen om en rättighet kränkts enligt EKMR.⁵²

I artikel 2 EKMR stadgas rätten till liv. Den skyddar människor från att avsiktligt dödas. Konventionsstaterna ska också mer allmänt skydda rätten till liv, vilket betyder att det kan vara ett konventionsbrott om en person omkommer till följd av en myndighets vårdslösa handlande eller om handlandet innebär livsfara. Rätten till liv innefattar inte rätten att dö⁵³, men det är inget konventionsbrott att, enligt patientens önskan, inte fortsätta livsuppehållande behandling.⁵⁴ Däremot kan det vara ett konventionsbrott att

⁴⁹ Flynn (2018), s. 163 ff.; Fridström Montoya (2015), s. 190 f.

⁵⁰ Genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵¹ 2 kap. 19 § RF.

⁵² Fridström Montoya (2015), s. 193 f.

⁵³ SOU 2015:80, s. 204 f.

⁵⁴ Europadomstolens dom den 25 juni 2015, Lamberts m.fl. mot Frankrike, ansökan nr 46043/14.

inte ge vård till någon som under påverkan av psykisk störning vägrar att samtycka till vården, såvida inte personens förmåga att samtycka blir ordentligt utredd. Det är viktigt att konventionsstaterna har tillräckliga lagar och föreskrifter inom vården för att säkerhetsställa att människors rätt till liv skyddas.⁵⁵

I artikel 3 EKMR stadgas förbud mot tortyr, vilket i vårdsammanhang blir relevant vad gäller tvångsåtgärder. Artikeln förbjuder inte tvångsåtgärder, men kräver att åtgärderna har lagstöd, att de är medicinskt motiverade och att de inte utgör en omänsklig eller förnedrande behandling av patienten.⁵⁶

I artikel 5 EKMR stadgas rätten till frihet och säkerhet. Varje frihetsbegränsande åtgärd måste ha stöd i lag. Vad som ska räknas som ett frihetsberövande är inte helt klarlagt. Det kan till exempel vara svårt att avgöra om en person befinner sig på en institution på grund av tvång eller med samtycke. Det kan vidare kompliceras av att personen kanske inte är beslutskompetent⁵⁷ och därför inte kan lämna ett giltigt samtycke eller att samtycket har lämnats av någon annan (till exempel en ställföreträdare).⁵⁸

I artikel 8 EKMR stadgas rätten till skydd för privat- och familjeliv. I vårdsammanhang är artikeln relevant då den skyddar den kroppsliga och privata integriteten och fångar upp de fall som inte faller in under specialbestämmelserna i artiklarna 3 och 5. En påtvingad medicinsk åtgärd kan till exempel utgöra en kränkning av artikel 8.⁵⁹ En proportionalitetsbedömning blir dock nödvändig. Till exempel kan det vara godtagbart att flytta en äldre till ett särskilt boende, trots att personen inte klart

⁵⁵ Europadomstolens dom den 5 december 2013, Arskaya mot Ukraina, ansökan nr 45076/05.

⁵⁶ SOU 2015:80, s. 207 f.

⁵⁷ Beslutskompetens avhandlas närmare i avsnitt 3.3.3.

⁵⁸ SOU 2015:80, s. 208 ff.

⁵⁹ SOU 2015:80, s. 210 ff.

samtycker till flytten, om det med tanke på omständigheterna görs för den äldres bästa.⁶⁰

2.4 Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin

*Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin*⁶¹ antogs 1996. Sverige har skrivit under konventionen, men ännu inte ratificerat den. I konventionen ställs krav på rättslig reglering gällande personer som inte har förmåga att samtycka. Sådan reglering saknas i svensk lagstiftning och hindrar därför en ratificering av konventionen.⁶²

Konventionens syfte är att utifrån mänskliga rättigheter och människovärde skydda människor i hälso- och sjukvård och medicinsk forskning.⁶³

Enligt artikel 5 biomedicinkonventionen får en medicinsk åtgärd inte utföras utan ett giltigt samtycke. Ett giltigt samtycke förutsätter att personen lämnar samtycket frivilligt och är införstådd med vårdåtgärdens eventuella konsekvenser. Vård får utföras utan samtycke om det rör sig om en nödsituation.⁶⁴

Artikel 6 biomedicinkonventionen fastställer skydd för personer som inte har förmåga att lämna samtycke. Enligt artikeln får vård endast utföras mot beslutsinkompetenta personer om det är till nytta för personen. Vidare får beslutsinkompetenta personer endast underkastas en medicinsk åtgärd med bemyndigande av hans eller hennes ställföreträdare eller en myndighet, en

⁶⁰ Europadomstolens dom den 26 maj 2002, H.M. mot Schweiz, dom den 26 maj 2002, ansökan nr 39187/98.

⁶¹ *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, kallas ofta biomedicinkonventionen.

⁶² SOU 2015:80, s. 214 f.

⁶³ SOU 2015:80, s. 215.

⁶⁴ Det stadgas också i artikel 8 i biomedicinkonventionen.

person eller en instans som lagen föreskriver. Personen ska så långt det är möjligt få delta i beslutet.

Enligt artikel 9 biomedicinkonventionen ska hänsyn tas till personens tidigare uttryckta vilja. Det gäller både i nödsituationer och situationer som beror på sviktande beslutskompetens (till exempel en kognitiv funktionsnedsättning). Att hänsyn ska tas till tidigare uttryckt vilja betyder inte att tidigare uttryckt vilja måste följas.

2.5 Sammanfattade slutsatser

Vård får inte ges utan den enskildes samtycke. Har den enskilde nedsatt beslutskompetens och därför inte möjlighet att samtycka ska hen få stöd för att kunna fatta ett beslut. Ställföreträdare ska ge den enskilde den hjälp hen behöver för att kunna uppnå självbestämmande snarare än att fatta beslut åt personen. Beslut rörande den enskilde ska fattas utifrån den enskildes vilja och önskemål snarare än för den enskildes bästa.

3 Att bestämma över sin egen vård

3.1 Inledning

Kapitlet börjar med att beskriva frivillighet och samtycke till vård. För att kunna tacka nej till vård behöver den äldre personen ha förmågan att samtycka. Ett nej, eller ett ja för den delen, bör inte räknas om personen saknar förmåga att fatta beslut. Kapitlet fortsätter därför med att redogöra för förmågan att kunna fatta beslut för att sedan försöka utreda hur äldres vilja till vård ska fastställas. Kapitlets fokuserar på den äldres möjlighet att själv besluta över sin egen vård.

3.2 Samtycke till vård

3.2.1 Olika former av samtycke inom vården

Som tidigare nämnts⁶⁵ är vård frivillig och kräver samtycke. Att kunna lämna samtycke innebär att personen är beslutskompetent⁶⁶ i det samtycket gäller.⁶⁷ Samtycke kan ses som ett godkännande av en annan persons handlande.⁶⁸ I vårdsammanhang kan det ses som en gränsdragning mellan frivilliga åtgärder och tvångsåtgärder, även om det ibland kan vara svårt att avgöra var gränsen ska dras.⁶⁹

Samtycke kan uttryckas på olika sätt. Det kan ske muntligen, skriftligen eller genom att en person via sitt handlande visar att hen samtycker. Inom vården blir ett sådant *uttryckt* samtycke giltigt om personen är tillräckligt informerad

⁶⁵ Se avsnitt 1.1.

⁶⁶ Beslutskompetens avhandlas närmare i avsnitt 3.3.3.

⁶⁷ Johnsson, Hälso- och sjukvårdslag (1 september 2017, Juno), kommentaren till 5 kap. 1 §, under avsnittet ”Självbestämmande och integritet”.

⁶⁸ Rynning (1994), s. 167.

⁶⁹ Rynning (1994), s. 173.

och är beslutskompetent.⁷⁰ Det kan jämföras med ansvarsfrihetsgrunden samtycke enligt BrB⁷¹, där ett giltigt samtycke kräver att det lämnats frivilligt och med insikt om gärningens eventuella konsekvenser.⁷²

En annan form av samtycke är samtycke som bygger på antagandet att personen samtycker. Personen kan vara tillräckligt informerad och samtycker till åtgärden, men samtycket kommet inte till uttryck på något sätt. Personen visar å andra sidan inte heller något tecken på motvilja. Ett sådant antaget samtycke kan kallas *presumerat* samtycke. Eftersom det inte har uttryckts kan det egentligen inte anses vara ett giltigt samtycke.⁷³ Antagande om samtycke kan även förekomma i fall där personen inte är medveten om vad som sker, men vårdpersonalen antar att personen skulle samtycka om personen hade haft möjlighet att göra det. Denna form av presumerat samtycke brukar kallas för ett *hypotetiskt* samtycke.⁷⁴ Viktigt att notera när det gäller ett hypotetiskt samtycke är att något samtycke aldrig existerat utan ”skapas” för att vårdpersonalen ska kunna utföra den vård och de åtgärder som är medicinskt motiverade.⁷⁵ Ett hypotetiskt samtycke kan som jämförelse inte vara ansvarsbefriande vid brott.⁷⁶

3.2.2 Integritetskränkande vård av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar

Svenskt demenscentrum sammanställde 2010 en generell lista där de försökte gradera tvångsåtgärder inom vården utifrån hur integritetskränkande de är. Överst på listan kom att flytta någon till ett särskilt boende, att lura en person att ta läkemedel (till exempel lugnande medicin eller medicin den äldre annars vägrar ta) och att låsa in någon. Även fysiska begränsningsmedel, som att spänna fast någon i en stol, kom ganska högt upp. Längre ner på listan

⁷⁰ Prop. 2013/14:106, s. 57.

⁷¹ 24 kap. 7 § BrB.

⁷² Asp, Ulväng, Jareborg (2013), s. 226 ff. och s. 259.

⁷³ Rynning (1994), s. 325.

⁷⁴ Rynning (1994), s. 390 ff.

⁷⁵ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 498.

⁷⁶ Asp, Ulväng, Jareborg (2013), 229.

återfinns att utföra hygienrelaterade åtgärder som den äldre motsätter sig (till exempel att duscha). Längst ner på listan finns åtgärder som handlar om att hålla koll på den äldre via till exempel larm eller någon form av GPS-teknik. Att det hamnar längst ner verkar inte så konstigt då det inte egentligen begränsar den äldres rörlighet, utan hjälper vårdpersonal att hålla koll på var den äldre personen befinner sig.⁷⁷

Listan som nämns ovan behöver inte stämma för alla, men kan användas för att få en känsla för hur stora krav på ett giltigt samtycke som kan ställas på ett enskilt beslut. Desto allvarligare integritetskränkning desto större krav på att det finns ett giltigt samtycke.⁷⁸

Inom vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar förekommer en del fysiska begränsningsåtgärder som egentligen saknar stöd i lag. Detta kan vara till exempel någon form av fastspänning som används i sängar, vid bord, och så vidare. Studier visar att användningen av fysiska begränsningar kan ha negativa konsekvenser för den som utsätts, så som muskelsvaghet och balanssvårigheter, utöver att personens rörelsefrihet begränsas och rättigheter kränks.⁷⁹

I vissa situationer kan det dock verka olämpligt att inte använda fysiska begränsningar. Till exempel när de används för att äldre ska kunna sitta upp. Risken är dock att de används utan ordentlig motivering för att hindra äldres rörlighet. En förklaring, utöver att fysiska begränsningar används för att skydda äldre från att skada sig, kan vara att vårdpersonalen är för få och saknar tillräckligt kompetens för att kunna vårda äldre med kognitiva funktionsnedsättningar.⁸⁰

⁷⁷ Svenskt demenscentrum (2010), 29 f.

⁷⁸ Svenskt demenscentrum (2010), s. 30.

⁷⁹ Svenskt demenscentrum (2015), s. 13 ff.

⁸⁰ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 504 f.

3.2.3 Krav på samtycke till vård enligt grundlagen

3.2.3.1 Påtvingat kroppsligt ingrepp och kroppsvisitation

Regeringsformens fri- och rättigheter innebär bland annat att var och en gentemot det allmänna är skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp, kroppsvisitation och frihetsberövande.⁸¹ Om det är motiverat och godtagbart i ett demokratiskt samhälle kan detta begränsas genom lag.⁸²

I uttrycket kroppsligt ingrepp åsyftas våld mot kroppen. Det kan till exempel vara kirurgiska ingrepp, blodprov och läkarundersökningar. Även psykiatriska läkarundersökningar anses vara ett kroppsligt ingrepp.⁸³ I uttrycket kroppsvisitation inryms allmän sjukvård, det vill säga mindre ingripande vård och behandling. Troligen inryms även medicinering här.⁸⁴ Medicinering kan också anses vara ett kroppsligt ingrepp då medicin kan påverka och förändra kroppen väsentligt.⁸⁵ Det måste också röra sig om ett faktiskt handlande. Att någon låter bli att agera kan inte anses innebära att utsätta en annan person för ett kroppsligt ingrepp.⁸⁶

För att skyddet mot kroppsligt ingrepp ska gälla behöver det vara fråga om ett *påtvingat* ingrepp. Vad som menas med påtvingat är omdiskuterat. Det skulle kunna betyda att antingen har ingreppet mot personen skett *utan samtycke* eller att det skett *mot personens vilja*.⁸⁷ Att något sker utan ett uttryckt samtycke måste dock inte betyda att det är påtvingat. En medvetlös person kan till exempel inte ge ett uttryckt samtycke, men det måste inte betyda att vårdinsatser mot personen är påtvingade. Samma person har heller ingen möjlighet att uttrycka motvilja, vilket öppnar för möjligheten att personen hade kunnat uttrycka motvilja om hen inte hade varit medvetlös. Omständigheterna i fallet kan vara sådana att personen helt enkelt tvingas tåla

⁸¹ 2 kap. 6 & 8 §§ RF.

⁸² 2 kap. 20 § RF.

⁸³ Rynning (1994), s. 101 f.

⁸⁴ SOU 2015:80, s. 124.

⁸⁵ Rynning (1994), s. 103.

⁸⁶ SOU 2015:80, s. 124.

⁸⁷ SOU 2015:80, s. 125.

ingreppet, det vill säga att situationens omständigheter gör att även om vården givits utan samtycke kan den inte anses påtvingad.⁸⁸

Enligt Rynning är det en förutsättning att det kan antas att personen skulle ha motsatt sig ingreppet för att det ska anses vara påtvingat. Då inryms även de situationer där våld (eller hot om våld) inte förekommer. Det kan till exempel vara så att en person inte får möjlighet att uttrycka sin vilja eller hålls ovetande om ett ingrepp. Det är inte säkert att ett antagande om vad personen hade velat i situationen återspeglar personens faktiska vilja, men det går antagligen att göra ett mer eller mindre övervägt antagande. Om det genom kunskap om personen går att utröna vad hen skulle vilja i situationen kan antagandet baseras på detta. Om det inte går kan antagandet grundas på vad gemene man i allmänhet vill i motsvarande situation. Skulle det inte gå att fastställa varken hypotetiskt samtycke eller hypotetisk motvilja är det enligt Rynning tveksamt om det är fråga om ett påtvingat ingrepp. Att därför kalla det frivilligt vore dock inte heller riktigt.⁸⁹

3.2.3.2 Frihetsberövande

Ingen får hållas instängd på en vårdinrättning utan att det finns lagstöd för detta. Att vara frihetsberövad beror inte endast på om personen ifråga vill vara det eller inte, utan också på personens faktiska möjligheter att lämna platsen.⁹⁰

Begreppet frihetsberövande kan till exempel bli aktuellt när det rör vård av äldre med kognitiv funktionsnedsättning. Kanske går det att påstå att äldre med kognitiva funktionsnedsättningar mer eller mindre blir frihetsberövade på grund av att låsmekanismen på dörren är konstruerad på ett sådant sätt att de inte klarar av att öppna den. Enligt både JO och Rynning är det i strid med grundlagen⁹¹ att ha konstruerat låsmekanismen på sådana sätt att äldre med kognitiva funktionsnedsättningar effektivt berövas alla möjligheter att ta sig

⁸⁸ Rynning (1994), s. 106 f.

⁸⁹ Rynning (1994), s. 107 f.

⁹⁰ SOU 2015:80, s. 128 f.

⁹¹ Det vill säga RF:s rättighetsbestämmelser.

ut.⁹² Att avdelningar på särskilda boenden som vårdar äldre med kognitiva funktionsnedsättningar trots det har dörrar låsta och att de äldre inte klarar av att öppna dem är nog ingen överraskning.⁹³ Att det är så kan troligtvis motiveras, i alla fall till viss del, av att det görs för att skydda de äldre.

3.2.4 Hälsa- och sjukvård

3.2.4.1 Krav på samtycke till vård i hälso- och sjukvården

I 5 kap. 1 § 3 p. HSL och 4 kap. 2 § PL framgår att god vård ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet. Det bygger på principen att vård inte får ges utan patientens samtycke och att god vård endast kan ges till den som får möjligheten att delta i vårdbeslutet.⁹⁴ Innan PL:s tillkomst var kravet på samtycke i sjukvården en underförstådd princip⁹⁵, men nu för tiden finns det uttryckt i lagen att hälso- och sjukvård kräver samtycke.

Kravet på samtycke inom vården är förenat med att patienten ska få vara delaktig och hållas välinformerad om vården. Det medför också att patienten ska hållas informerad om eventuella konsekvenser olika vårdbeslut kan få. Att hållas informerad ställer krav på hälso- och sjukvårdspersonalen att kunna förmedla information på ett sätt som gör att patienten kan ta den till sig.⁹⁶ Kan patienten inte informeras, kan informationen förmedlas till personens närstående⁹⁷ istället.⁹⁸

Att patienten får vara delaktig i vårdbeslutet är viktigt också för att patienten i utbyte ska kunna ge hälso- och sjukvårdspersonalen nödvändig information för att de ska kunna erbjuda god vård.⁹⁹ Som exempel är det viktigt för hälso-

⁹² Rynning (1994), s. 111 och JO 1989/90 s. 207 - 212.

⁹³ Svenskt demenscentrum (2015) s. 13.

⁹⁴ Prop. 1981/82:97 s. 50 f.

⁹⁵ SOU 2004:112, s. 569 f.

⁹⁶ Prop. 2013/14:106, s. 56 f.

⁹⁷ Anhöriga är främst familj och andra närstående; prop. 2013/14:106 s. 117.

⁹⁸ 3 kap. 4 § PL. Enligt förarbetena kan anhöriga informeras även när patienten är beslutskompetent. Det framgår dock inte av formuleringen i paragrafen.

⁹⁹ Prop. 1981/82:97 s. 58 f.

och sjukvårdspersonalen att informeras om vilka läkemedel en äldre patient redan använder, eftersom olika läkemedel kan vara olämpliga att kombinera. Då det är vanligt att äldre lider av flera sjukdomar samtidigt¹⁰⁰ och därför behandlas med flertalet olika sorters läkemedel är det alltså viktigt att hälso- och sjukvården får nödvändig information.¹⁰¹

Delaktighet innebär inte att patienten utan vidare kan kräva vilken vård som helst. Vården ska motiveras utifrån vetenskap och beprövad erfarenhet. I slutändan blir det att avgöra från fall till fall vad som ska göras och att tillgodose patientens önskemål så långt det är möjligt.¹⁰²

Patientens makt över sin vård ligger främst i att kunna välja antingen mellan olika åtgärder eller att välja att inte påbörja eller avbryta en viss åtgärd. En patient kan till exempel inte kräva aktiv dödshjälp, men det ligger däremot i patientens makt att avbryta en livsuppehållande åtgärd. Det sistnämnda kräver att patienten är beslutskompetent.¹⁰³

3.2.4.2 Giltigt samtycke inom hälso- och sjukvården

Samtyckeskravet innebär som tidigare nämnt att samtycket ska vara *uttryckt*. Det kan alltså ske muntligen, skriftligen eller genom att patienten via sitt handlande visar att hen samtycker. Ett sådant samtycke kräver att patienten är informerad och förstår vad samtycket innebär.¹⁰⁴

Ett krav på att samtycket skulle uttryckas skriftligen för att vara giltigt har diskuterats. Ett skriftligt samtycke ansågs dock inte öka tilltron till samtyckets giltighet tillräckligt mycket för att motivera den extra administrativa börda det skulle lägga på hälso- och sjukvårdspersonalen.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Skr. 2017/18:280, s. 5 f.

¹⁰¹ SOU 2015:80 s. 415 f.

¹⁰² SOU 2015:80, s. 138.

¹⁰³ Johnsson, Hälso- och sjukvårdslag (1 september 2017, Juno), kommentaren till 5 kap. 1 §, under avsnittet ”Närmare om kravet på patientens samtycke”.

¹⁰⁴ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 502 f.

¹⁰⁵ Prop. 2013/14:106, s. 57 f.

Tidigare accepterades presumerade samtycken inom hälso- och sjukvården. I alla fall när det gällde mindre ingripande vårdåtgärder¹⁰⁶ och där vårdåtgärden bedömdes vara medicinskt nödvändig. Det krävdes också att det inte fanns någon anledning att misstänka att patienten skulle motsätta sig vården.¹⁰⁷ Huruvida presumerade, särskilt hypotetiska, samtycken är lagliga inom hälso- och sjukvården idag är omdiskuterat. Då PL:s samtyckeskrav¹⁰⁸ kräver ett uttryckt samtycke kan det vara så att hypotetiska samtycken inte längre är giltiga.¹⁰⁹

Hälso- och sjukvårdspersonalen ska vidare journalföra patientens inställning till och önskemål om vården. I det ingår samtycke och eventuellt återtagande av samtycke.¹¹⁰

3.2.5 Vård av socialtjänsten

3.2.5.1 Krav på samtycke i socialtjänsten

Äldres rätt till hjälp i sin livsföring, som till exempel hemtjänst eller att flytta till ett särskilt boende, regleras i 4 kap. 1 § SoL. Målet med biståndet är att den äldre ska uppnå en skälig levnadsnivå. Den äldre ska alltså ha behov av bistånd på något sätt och dessa behov ska inte gå att tillgodose på annat sätt.¹¹¹ När det kommer till särskilt boende ska möjligheterna att flytta till ett sådant finnas först när den äldre inte klarar av att bo hemma längre.¹¹²

Liksom inom sjukvården bygger vårdinsatser via socialtjänsten på frivillighet. Individens självbestämmande och integritet ska respekteras. Det framgår i 1 kap. 1 § SoL. Vidare framgår av 3 kap. 3 och 5 §§ SoL att insatserna ska vara av god kvalitet och att individen ska få vara delaktig i de beslut som fattas. God kvalitet innebär att individen eller ställföreträdaren får

¹⁰⁶ Med mindre ingripande åtgärd menas allmän sjukvård och behandling, se SOU 2015:80, s. 124.

¹⁰⁷ Se SOU 2004:112, s. 572 f; Rynning (1994), s. 390 ff.

¹⁰⁸ 4 kap. 2 § PL.

¹⁰⁹ SOU 2015:80, s. 409.

¹¹⁰ Se 5 kap. 5 § HSLF-FS 2016:40 och Socialstyrelsens (2017b), s. 66.

¹¹¹ Prop. 2000/01:80, s. 89 ff.

¹¹² Prop. 1996/97:124 s. 89.

inflytande över besluten.¹¹³ Det innebär därmed att socialtjänsten inte ska agera ”över huvudet” på den enskilde. Vården ska planeras och genomföras i samråd med den enskilde, men i likhet med hälso- och sjukvård betyder det inte att den enskilde kan välja fritt vad hen önskar för insats.¹¹⁴ För att den enskilde ska kunna delta i vårdbeslutet krävs det, likt inom hälso- och sjukvården, att socialtjänsten ger information som den enskilde klarar av att ta till sig.¹¹⁵

Socialtjänst till äldre ska utgå ifrån värdegrunden för äldre som återfinns i 5 kap. 4 § 1 st. SoL. Enligt värdegrunden för äldre ska äldres självbestämmanderätt respekteras och äldre ska få leva resten av sina liv med värdighet. I värdighet ingår också bland annat delaktighet, trygghetskänsla och respektfullt bemötande. Tanken med värdegrunden är att åldrande ska ses som en naturlig del av livet, att ”man ska få leva tills man dör” och att samhällets stödinsatser ska möjliggöra för äldre att få leva ett fortsatt liv utifrån den individuella person som den äldre är.¹¹⁶

3.2.5.2 Giltigt samtycke i socialtjänsten

Kravet på hur samtycket till vård i socialtjänsten ska uttryckas för att vara giltigt är inte lika omdiskuterat som i hälso- och sjukvården. Enligt Fridström-Montoya är det dock ett krav att personen som lämnar samtycket förstår vad samtycket innebär och att det lämnas frivilligt.¹¹⁷ Det verkar dock möjligt att i större utsträckning använda sig av hypotetiska samtycken i vård av socialtjänsten. I alla fall då det rör sig om rutinmässiga insatser på särskilda boenden där äldre med kognitiva funktionsnedsättningar vårdas.¹¹⁸

¹¹³ SOU 2015:80, s. 162 f.

¹¹⁴ Landelius (1996), s. 118.

¹¹⁵ Landelius (1996), s. 128.

¹¹⁶ Prop. 2009/2010:116, s. 9 f.

¹¹⁷ Fridström-Montoya (2015), s. 249 f.

¹¹⁸ SOU 2004:112, s. 573; SOU 2015:80 s. 505 ff.

3.2.6 Att tacka nej eller att ta tillbaka sitt samtycke till vård

Rätten att tacka nej till vård inom hälso- och sjukvården är mer eller mindre obegränsad. Personen har alltså rätt att inte påbörja en viss typ av hälso- eller sjukvårdsinsats eller att avbryta redan påbörjad vård när som helst.¹¹⁹ Rätten att avbryta eller inte påbörja vård gäller även om vården medicinskt sett anses kunna gagna personen. Det kräver dock att patienten är beslutskompetent och förstår konsekvenserna av beslutet¹²⁰ vilket gör att det kan bli svårt för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar att få gehör för önskan att avbryta eller inte påbörja vård.

Enligt litteratur som framförallt vänder sig till studenter på hälso- och sjukvårdsutbildningar kan vårdpersonal arbeta med motivationsåtgärder om en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning tydligt motsätter sig vård.¹²¹ Vad motivationsåtgärder exakt innefattar framgår inte, men risken finns att det ska förstås som någon form av övertalning eller att personen tillfrågas upprepade gånger tills det svar som önskas ges. Att övertalning på ett eller annat sätt pågår i den dagliga vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar¹²² är enligt mig inte förvånande.

3.2.7 Vård utan samtycke

3.2.7.1 Undantag från samtyckeskrav

Vad händer när en äldre person med en kognitiv funktionsnedsättning, som omgivningen tycker behöver vård, inte kan samtycka eller vägrar samtycka?

Ett undantag från samtyckeskravet i 4 kap. 2 § PL är 4 kap. 4 § PL som i ett akutläge ger patienten rätt att få den vård som krävs även om samtycke inte kan inhämtas. Det gäller oavsett anledning till att samtycket inte kan inhämtas

¹¹⁹ Johnsson, Hälso- och sjukvårdslag (1 september 2017, Juno), kommentaren till 5 kap. 1 §, under avsnittet ” Självbestämmande och integritet”.

¹²⁰ Svenska läkaresällskapet och Svensk sjuksköterskeförening (2018).

¹²¹ Wendel (2019), s. 286.

¹²² Törnquist och Broström (2012), s. 89 f.

och gäller även om patienten inte annars är beslutskompetent. Paragrafen är dock endast tillämplig så länge nödläget består och kan inte användas för att motivera fortsatt vård av en beslutinkompetent person.¹²³ Hälso- och sjukvårdspersonalen hänvisas istället till bestämmelserna om nödrätt i 24 kap. 4 § BrB.¹²⁴

Det finns inget stöd i SoL som ger stöd för socialtjänsten att fatta beslut att agera utan att den enskilde samtycker till åtgärden.¹²⁵ Vård enligt SoL är dock oftast hjälp för att klara av vardagen och dit hör antagligen inte vårdåtgärder utan samtycke.¹²⁶

3.2.7.2 Tvångsvård enligt LPT

Om personen lider av en allvarlig psykisk störning och motsätter sig vård kan tvångsvård enligt LPT komma ifråga. Vården ska inte kunna tillgodoses på annat sätt än genom tvångsvård och de åtgärder som väljs ska inte gå utöver vad som är nödvändigt i situationen.¹²⁷ Kognitiv funktionsnedsättning kan visserligen i vissa fall anses vara en sådan allvarlig psykisk störning som anses nödvändig för tvångsvård enligt 3 § LPT, men då LPT främst syftar till vård av övergående psykiska störningar är det antagligen inte lämpligt att försöka lösa vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar med hjälp av LPT.¹²⁸ LPT omfattar dessutom i princip inte kroppsvård på det sätt som vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar brukar innebära. Vårdpersonalen hänvisas istället till nödrätten.¹²⁹

3.2.7.3 Nödrätt

Bestämmelser om ansvarsfrihet vid nöd finns i 24 kap. 4 § BrB¹³⁰. Paragrafen innebär bland annat att om det är fara för liv och hälsa får andra intressen ge

¹²³ Prop. 2013/14:106, s. 121.

¹²⁴ Nödrätt avhandlas närmare i avsnitt 3.2.7.3.

¹²⁵ Fridström-Montoya (2015), s. 239 f.

¹²⁶ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 494.

¹²⁷ SOU 2015:80, s. 144.

¹²⁸ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 495.

¹²⁹ Prop. 1990/91:58, s. 257 ff.

¹³⁰ Paragrafen omfattar alla och kan alltså användas av vårdpersonal.

vika. Det intresse som kränks ska ha ett lägre värde än det som tillvaratagits på grund av handlingen. Det vill säga att fatta ett livräddande vårdbeslut i en akut situation är inte brottsligt trots att personen inte uttryckt samtycke till vården.¹³¹

Inom vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar kan nödrätten yttra sig till exempel genom att hindra någon att gå utanför dörren med otillräckliga kläder mitt i vintern.¹³² Det kan även bli aktuellt att tvångsmata en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning med stöd av nödrätten, om det föreligger en uppenbar fara för personens liv. Nödrätten kan även medge tvångsmedicinering av en person som annars riskerar att skada andra.¹³³

Det viktigaste är att den åtgärd som används är den som är minst ingripande, det vill säga att gärningen inte är oförsvarlig, och att det i situationen verkligen är, eller är nära förstående, en fara för liv och hälsa.¹³⁴ Nödrätten ska endast användas i undantagsfall.¹³⁵ Det går därmed inte att kontinuerligt åberopa nödrätt för att undkomma kravet på samtycke inom vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar.

3.2.7.4 Social adekvans

Ytterligare en grund för ansvarsfrihet som kan användas i vårdsammanhang är bestämmelser om social adekvans, vilket brukar anses vara en objektiv ansvarsfrihetsgrund. Social adekvans kan ses som en oskriven regel för att kunna dra den juridiska slutsatsen att brott inte ska anses föreligga i en situation där det vore orimligt att straffa någon. Inom vården kan till exempel operationer, eller andra medicinska åtgärder, vara socialadekvata. Rent definitionsmässigt skulle operationer kunna klassas som misshandel, men om

¹³¹ Asp, Ulväng, Jareborg (2013), s. 220 ff.

¹³² Socialstyrelsens meddelandeblad nr 12/2013, s. 3.

¹³³ Rynning (1994), s. 382 ff.

¹³⁴ Asp, Ulväng, Jareborg (2013), s. 222 f.

¹³⁵ Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 495.

de sker med patientens samtycke och utförs vetenskapligt vore det orimligt att utdöma straffrättsligt ansvar mot utföraren.¹³⁶

Lagrådet skrev i ett yttrande 2012 att det antagligen finns ett betydande utrymme för ansvarsfrihet i form av social adekvans i vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar. De poängterar också att en handling som anses socialadekvat inte behöver vara den mest lämpliga i situationen, det krävs endast att handlingen inte anses vara oförsvarlig i förhållande till omständigheterna.¹³⁷

Social adekvans som ansvarsfrihetsgrund i vård av en person med en kognitiv funktionsnedsättning har prövats av Högsta domstolen i NJA 2018 s. 1051. I målet hade en anställd på ett särskilt boende stängt in en av de boende i sitt rum och satt sig i en fåtölj utanför rummet. Den boende, en äldre kvinna med en kognitiv funktionsnedsättning, var innan instängningen orolig och utåtagerande. Under tiden kvinnan hölls instängd försökte hon ta sig ut, både genom att försöka öppna dörren och genom att säga att hon ville ut. Kvinnan hölls instängd en längre stund. Högsta domstolen konstaterar att det måste¹³⁸

*”i sådan vård- och omsorgsverksamhet som den aktuella finnas ett visst utrymme att med stöd av oskrivna regler om social adekvans vidta åtgärder som i och för sig kan anses utgöra t.ex. ofredande, olaga tvång eller olaga frihetsberövande.”*¹³⁹

Den åtgärd som användes i fallet ansågs dock vara alltför långtgående, men då den anställde såg åtgärden som nödvändig och felaktigt trodde att hen hade befogenhet att vidta åtgärden saknades det uppsåt som krävdes för en fällande dom.¹⁴⁰

¹³⁶ Asp, Ulväng, Jareborg (2013), s. 254 ff.

¹³⁷ Lagrådets yttrande den 18 december 2012, s. 5.

¹³⁸ NJA 2018 s. 1051.

¹³⁹ NJA 2018 s. 1051.

¹⁴⁰ NJA 2018 s. 1051.

3.3 Förmågan att kunna fatta ett beslut

3.3.1 Självbestämmande

Att alla människor inte klarar av att besluta om en vårdåtgärd är lämplig eller inte är inte svårt att föreställa sig. Att ett litet barn inte har ordentlig mognad och förmåga att fatta vårdbeslut är till exempel inte så konstigt. Att bli av med sin förmåga att själv besluta om sin vård är däremot svårare att föreställa sig. Det går inte att bli omyndigförklarad, men en äldre person med en kognitiv funktionsnedsättning bör troligen ändå inte bör anses ha samma förmåga som personen hade vid full kognitiv kapacitet.¹⁴¹

De äldre som får vara delaktiga i att bestämma över sin tillvaro och sin vård har visat sig vara nöjdare med livet. Självbestämmande ses som en viktig del i vården av äldre och är ett sätt att respektera den äldre för den person hen är.¹⁴²

Den bakomliggande tanken till självbestämmanderätten är tanken om människors fria vilja. Självbestämmanderätt hör i vissa fall samman med *integritet*, som har att göra med en persons människovärde.¹⁴³ Det krävs inga särskilda förmågor för att en person ska kvalificera sig till mänskliga rättigheter.¹⁴⁴ Kränks självbestämmanderätten hos en person kränks även personens integritet, men det behöver inte vara tvärt om. Integritet är därmed ett vidare begrepp, vari individens rätt till självbestämmande kan komma till uttryck.¹⁴⁵

¹⁴¹ Ryrstedt (2017), s. 123 f.

¹⁴² Törnquist och Broström (2012), s. 83.

¹⁴³ Landelius (1996), s. 61.

¹⁴⁴ Fridström Montoya och Kindström Dahlin (2019), s. 354.

¹⁴⁵ Landelius (1996), s. 118; Fridström-Montoya (2015), s. 248.

I begreppet självbestämmande ryms alltså rättshandlingsförmåga¹⁴⁶. Självbestämmanderätt kräver dock inte att personen har rättshandlingsförmåga. I självbestämmande ingår också beslutskompetens.¹⁴⁷

3.3.2 Beslutskompetens och beslutsinkompetens

Rynning använder begreppet *beslutskompetens*¹⁴⁸ för att beskriva förmågan att kunna samtycka till vård. Att använda begreppet beslutskompetens framför rättslig handlingskapacitet när det kommer till äldres självbestämmande är att föredra bland annat på grund av att i begreppet innefattas även de personer som normalt inte har rättslig handlingsförmåga.¹⁴⁹ Inom begreppet beslutskompetent ryms dels behörigheten att fatta ett visst beslut, dels förmågan att fatta beslutet.¹⁵⁰

Vidare använder Rynning begreppet *beslutsinkompetens* för att beskriva motsatsen till beslutskompetens. Beslutsinkompetensen kan vara absolut eller relativ.¹⁵¹

En *absolut beslutsinkompetent* person är, av någon anledning, okontaktbar. Personen kan då inte lämna ett giltigt samtycke på något sätt. Om vårdgivaren behöver ett samtycke för att genomföra ett beslut behöver det lösas på annat sätt.¹⁵²

En person med *relativ beslutsinkompetens* kan uttrycka vilja, men uppfyller av någon anledning ändå inte beslutskompetens. Anledningen bakom är någon form av psykisk distraktion eller otillräcklighet. Om denna beror på sjukdom eller har en annan anledning varierar från fall till fall.¹⁵³ Det är här

¹⁴⁶ Med rättshandlingsförmåga menas en persons möjlighet att, till exempel, med rättsligt bindande verkan ingå avtal.

¹⁴⁷ Ryrstedt (2016b), s. 396.

¹⁴⁸ Andra använder begreppen beslutsförmögen och beslutsförmögen för att beskriva samma sak, se till exempel prop. 2016/17:30, s. 19.

¹⁴⁹ Rynning (1994), s. 278 f.

¹⁵⁰ Rynning (1994), s. 279.

¹⁵¹ Rynning (1994), s. 282.

¹⁵² Rynning (1994), s. 282 f.

¹⁵³ Rynning (1994), s. 283.

äldre med kognitiva funktionsnedsättningar vanligtvis hamnar. De kan uttrycka vilja, men då de på grund av sjukdom inte kan sägas överblicka konsekvenser och tillgodogöra sig information på ett fullgott sätt kan de inte alltid sägas vara beslutskompetenta.

3.3.3 Vem är beslutskompetent?

3.3.3.1 Krav på kognitiv förmåga

Regeringens uppfattning om vem som är beslutsinkompetent är:

”Den som inte längre kan fatta självständiga beslut, dvs. kan förstå relevant information, överväga alternativen och fatta ett beslut baserat på dessa överväganden, är beslutsförmögen.”¹⁵⁴

Beslutskompetensen verkar alltså hänga samman med den kognitiva förmågan. Att en person har full kognitiv förmåga är dock ingen garanti för att hen är förmögen att fatta ett välgrundat beslut i en viss situation, det går alltid att tänka sig undantag.¹⁵⁵ Den som inte klarar av att ta in information och överblicka möjliga konsekvenser av ett beslut, till exempel på grund av en kognitiv funktionsnedsättning, är antagligen inte beslutskompetent i många fall, men att dra den slutsatsen när det gäller samtliga beslut i personens liv går troligtvis inte.¹⁵⁶ En persons eventuella beslutskompetens skulle antagligen behöva bedömas i varje enskilt beslut. Om en person vill tacka nej till ett beslut, som får stora konsekvenser ifall beslutet inte genomförs, är tröskeln för att räknas som beslutskompetent antagligen högre än om samma person vill samtycka till beslutet.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Prop. 2016/17:30, s. 19.

¹⁵⁵ Rynning (1994), s. 282.

¹⁵⁶ SOU 1996:154, s. 60.

¹⁵⁷ Rynning (1994), s. 281.

Beslutskompetens verkar också hänga samman med personens förmåga att ta hand om sig själv¹⁵⁸ och fatta beslut av egen fri vilja.¹⁵⁹ Enligt Fridström Montoya utgår bedömningar om beslutskompetens ofta från hur en beslutskompetent person kan förväntas vara,¹⁶⁰ vilket sätter fokus mer på förmågor personen inte har.

Om den enskildes tillstånd gör att hens rättshandlingar skulle underkännas med stöd av *lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av psykisk störning* skulle det möjligen kunna peka på beslutsinkompetens, men enligt Klemme Nielsen är den lagen svår att applicera på bedömningar om beslutskompetens då den rör retroaktiva bedömningar av enskilda händelser. I vårdfrågor rör bedömningen om beslutskompetens snarare alla framtida beslut.¹⁶¹

3.3.3.2 Beslutskompetens hos äldre med kognitiva funktionsnedsättningar

Det verkar vara svårt att precisera när en person inte längre är beslutskompetent. Särskilt när det rör sig om ett långsamtgående förlopp, som en kognitiv funktionsnedsättning oftast är. Dessutom blir avgörandet svårare på grund av att sjukdomsförloppet och symptomen inte förvärras kontinuerligt och förutsägbart. Sett i det långa loppet går personen mer och mer åt beslutsinkompetens, men från dag till dag kan beslutsförmågan variera.¹⁶² Det kanske går att säga att en person inte är beslutskompetent när personen övervägande del av tiden inte är förmögen att fatta beslut. Det går också att tänka sig att olika typer av beslut delas upp, så att personen är beslutskompetent i vissa fall och är beslutsinkompetent i andra. Det skulle till exempel kunna innebära att personen inte längre är beslutskompetent vad

¹⁵⁸ Fridström Montoya (2017), s. 179.

¹⁵⁹ Fridström Montoya (2017), s. 184.

¹⁶⁰ Fridström Montoya (2017), s. 197 ff.

¹⁶¹ Klemme Nielsen (2012), s. 52.

¹⁶² Åkerström och Kindström Dahlin (2012), s. 500.

gäller ekonomiska förehavanden medan personen fortfarande är beslutskompetent i personliga angelägenheter.¹⁶³

Ett av de största problemen med att fastställa beslutskompetens hos en person med kognitiva funktionsnedsättningar är att det är svårt att säga exakt vad som krävs, både juridiskt och medicinskt, för att någon ska vara det. Därför blir det också svårt att säga när någon inte längre är det. Problematiken blir inte lättare av att kognitiva funktionsnedsättningar yttrar sig på olika sätt hos olika personer.¹⁶⁴ Att grunda bedömningen endast på att någon har en kognitiv funktionsnedsättning går inte.¹⁶⁵

Ett annat problem med att fastställa beslutskompetens hos en äldre med kognitiva funktionsnedsättningar är att beslutskompetens är så tätt sammankopplat med etiska frågeställningar. Det verkar behövas en moralisk och vetenskaplig diskussion för komma fram till vad som är en acceptabel ”gräns” för att någon ska anses vara beslutsinkompetent.¹⁶⁶

Som nämndes ovan kan det vara så att en person är beslutskompetent i vissa frågor, medan hen är beslutsinkompetent i andra frågor.¹⁶⁷ Att inte ha en fast gräns gör att det riskerar att bli en maktobalans när eventuell beslutskompetens ska avgöras. Det går inte komma ifrån risken att äldre som vill tacka nej till en vårdåtgärd blir stämplade som beslutsinkompetenta just på grund av att de vill tacka nej.¹⁶⁸ Å andra sidan kan en fastare gräns riskera att ribban läggs för högt, eller för lågt.

Att förstå innebörden av ett beslut, det vill säga att förstå beslutets konsekvenser borde kanske teoretiskt vara sättet att avgöra om någon är kapabel att fatta ett beslut. Å andra sidan går att argumentera för att

¹⁶³ SOU 2004:112 s. 491, ff.

¹⁶⁴ Svenskt demenscentrum (2010), s. 22.

¹⁶⁵ SOU 2015:80, s. 352.

¹⁶⁶ Broström och Johansson (2012), s 12.

¹⁶⁷ En sådan uppdelning ifrågasätts dock av Fridström Montoya, se avsnitt 4.3.4 och Fridström Montoya (2015), s. 336.

¹⁶⁸ Rynning (1994), s. 281 ff.

långtgående konsekvenser är svårgripbara för vem som helst.¹⁶⁹ Ska överhuvudtaget någon få tacka nej till den vård som erbjuds?

3.3.4 Vem avgör om en person är beslutsinkompetent?

Vem som ska besluta om en person inte längre är beslutskompetent är inte klarlagt. I kontakt med vården faller det troligen på ansvarig läkare, medan det i andra frågor ankommer på den som påstår att någon är beslutsinkompetent att visa att personen är det.¹⁷⁰

Det finns olika former av tester som, om de genomförs strukturerat, skulle kunna mäta till exempel kognitiv förmåga. Ett sådant test, även om det är avsett att testa någon annat, skulle kunna ge en indikation på en persons beslutskompetens. På grund av tidsbrist och svårigheterna som test av den här sorten innebär, är det inte i princip inte möjligt att använda de här testerna i praktiken.¹⁷¹ Istället används en metod som grundar sig mer på omdöme och en helhetsbedömning än någon form av redskap. En fördel med ett sådant förfarande är att det går att fokusera på det som för tillfället är aktuellt. De tester som finns för att diagnostisera en kognitiv funktionsnedsättning är bra för att till exempel fastställa personens minneskapacitet, men är sämre på att fastställa personens beslutskompetens i en särskild fråga.¹⁷²

Riskerna med att använda en godtycklig metod är bland annat att den som ska avgöra beslutskompetensen fokuserar på personens tillkortakommanden snarare än personens förutsättningar. Det kan också bli svårt för andra att förstå vad bedömningen grundats på.¹⁷³ Ytterligare ett exempel på en nackdel med en godtycklig bedömning nämndes redan i förra avsnittet. Det finns en

¹⁶⁹ Broström och Johansson (2012), s. 19.

¹⁷⁰ SOU 2004:112, s. 486 f.

¹⁷¹ Broström och Johansson (2012), s. 14.

¹⁷² Broström och Johansson (2012), s. 14 f.

¹⁷³ Broström och Johansson (2012), s. 15.

risk att den som vill tacka nej till en vårdåtgärd anses vara beslutsinkompetent just för att personen vill tacka nej.

3.4 Hur kan äldres vilja till vård fastställas?

3.4.1 Verklig vilja?

Det är inte svårt att tänka sig att äldre med kognitiva funktionsnedsättningar kommer att få problem som kan kräva vård. Vårdbehovet kan uppstå dels på grund av stigande ålder, dels på grund av svårigheten i att klara av vardagliga sysslor. Det är också lätt att föreställa sig att till en början milda åkommor kan gå oupptäckta, och bli väldigt allvarliga innan de upptäcks, när minnet och förståelsen för vad som händer sviker. Den äldre kanske vill ha vård egentligen, men den kognitiva funktionsnedsättningen gör att hen inte klarar av att söka vård. Den kognitiva funktionsnedsättningen kan också stoppa den äldre från att få vård för att hen inte förstår sitt vårdbehov. Alltså att den äldre personen inte vill ha ont, men inte förstår vad hen behöver göra för att inte ha det. I så fall kanske det kan vara så att det oftare är allvarligare sjukdomstillstånd det rör sig om när äldre med kognitiva funktionsnedsättningar söker vård. Det vill säga att tillståndet till en början var mindre allvarligt, men om ingen annan har uppmärksammat att den äldre behöver behandling kan tillståndet ha förvärrats till något allvarligare.¹⁷⁴ Det skulle kunna medföra att till exempel nödrätt oftare kan vara tillämpligt.

Det går också att tänka sig att det inte skulle röra sig om tvångsvård om det inte går emot den äldres *verkliga* vilja. Den verkliga viljan verkar vara den som en normal person skulle vara enig med. Alltså det den äldre personen hade velat om hen var beslutskompetent. Som exempel vill de flesta ta den medicin en läkare föreskriver för att förbättra hälsan, men en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning kan mycket väl vägra att ta sin medicin på grund av nedsatt förståelse och konsekvenstänk. Ett föra ett sådant

¹⁷⁴ Se avsnitt 1.7.1 om kognitiva funktionsnedsättningar.

resonemang är enligt Rynning absurt och går emot grundlagsbestämmelserna i 2 kap. RF¹⁷⁵ eftersom det i så fall aldrig skulle kunna bli tal om tvång när en beslutsinkompetent vårdas, så länge vården är vetenskapligt motiverad.¹⁷⁶

Ytterligare något vi måste ta ställning till är hur stor vikt som ska fästas vid kognitiva förmågor hos en vuxen person. Enligt Ryrstedt verkar det som att äldres kognitiva förmågor fått en viktigare ställning än deras uttryckta vilja.¹⁷⁷ Äldre kanske är känslösamt övertygade att de inte önskar en viss typ av vård, men eftersom de lider av en kognitiv funktionsnedsättning får deras uttryckta vilja inte lika stor betydelse som den kognitiva funktionsnedsättningen.

3.4.2 Vad har personen velat tidigare?

En möjlighet till att fastställa vad en äldre med kognitiva funktionsnedsättningar vill är att titta på vad den äldre velat tidigare i livet. Har den äldre uttryckt någon bestämd önskan tidigare? Hur mycket vikt ska fästas vid en sådan önskan? Spelar det någon roll hur den äldre tidigare har levt sitt liv?

Det finns till exempel någonting som brukar kallas vårddirektiv eller livstestamente. Ett sådant kan till exempel förbjuda hälso- och sjukvården att sätta in livräddande åtgärder under vissa omständigheter. De är inte juridiskt bindande, men skulle kunna hjälpa till att avgöra personens hypotetiska inställning. Att de inte är juridiskt bindande beror på att personen skulle kunna ha ändrat sig sedan livstestet skrevs. Situationen när det skrevs (eller uttalades) kan ju vara en annan än den är när ett eventuellt livstestamente aktualiseras. Om personen var beslutskompetent vid vårddirektivets uppkomst kan det dock inte utan vidare förkastas, men beroende på hur länge sedan det uppkom och situationen i övrigt kan det därmed bidra till information om personens vilja i olika stor utsträckning.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Det vill säga att vård utan samtycke kräver stöd i lag.

¹⁷⁶ Rynning (1994), s. 396.

¹⁷⁷ Ryrstedt (2014), s. 344.

¹⁷⁸ Rynning (1994), s. 380; SOU 2004:112, s. 579 f.; Klemme Nielsen (2012), s. 70 f.

När det kommer till äldre med kognitiva funktionsnedsättningar är frågan också vilken relevans en tidigare viljeyttring ska få när den person som yttrat viljan inte längre är densamma. Det blir ännu mer komplicerat om den äldre samtidigt anses beslutsinkompetent och alltså inte anses kunna besluta om hen vill stå kvar vid sin tidigare viljeyttring eller inte.¹⁷⁹

3.4.3 Hypotetisk vilja

En möjlighet för att fastställa äldres vilja skulle kunna vara att gå efter en hypotetisk vilja. Till skillnad från hypotetiskt samtycke, som gör den äldre till en passiv ja-sägare, skulle hypotetisk vilja kunna, i alla fall i teorin, ge patienten en aktivare roll. Att bestämma den hypotetiska viljan hos den äldre skulle då vara som att väcka till liv den fria, självbestämmande person som den äldre en gång var och hålla kvar det som var utmärkande för just den personens identitet.¹⁸⁰

Frågan är dock hur hypotetisk vilja ska kunna fastställas. Ska det göras utifrån när den äldre senast var beslutskompetent och när var hen i så fall det? Eller ska det göras utifrån någon slags samlad bild över vem personen en gång var och vems bild ska det i så fall vara?¹⁸¹ Tillåter hypotetisk vilja att en person förändras?¹⁸² Enligt Klemme Nielsen blir det dessutom märkligt att tänka sig att en hypotetisk vilja, det vill säga en icke-existerande persons vilja, skulle stärka självbestämmandet hos den faktiska personen.¹⁸³

3.5 Sammanfattade slutsatser

Kapitlet handlar om den äldres möjligheter att själv bestämma över sin vård. Grundlagen säger att vård inte får ges utan samtycke, såvida det inte finns stöd i lag. Det gäller även för personer som inte är beslutskompetenta. Ett giltigt samtycke innebär att personen är informerad och förstår samtyckets

¹⁷⁹ Klemme Nielsen (2012), s. 65.

¹⁸⁰ SOU 2004:112, s. 636; Klemme Nielsen (2012), s. 61.

¹⁸¹ Klemme Nielsen (2012), s. 63 f.

¹⁸² Jönsson och Harnett (2012), s. 97 ff.

¹⁸³ Klemme Nielsen (2012), s. 63 f.

konsekvenser. Samtycket måste inte uttryckas, personen kan med sina handlingar visa att hen samtycker till vården. Vid hypotetiskt samtycke föreligger inget egentligt samtycke, utan det antas att personen skulle samtycka om hen hade kunnat. Hypotetiska samtyckens giltighet är omdiskuterade inom vården.

I hälso- och sjukvården finns utrymme att ge vård utan samtycke om det föreligger en nödsituation, men den rätten föreligger endast så länge nödsituationen består och kan alltså inte sägas gå längre än nödrätten i BrB. Om inte nöd föreligger verkar social adekvans ändå ge ganska stort utrymme för att kunna vårda äldre med kognitiva funktionsnedsättningar utan samtycke.

I socialtjänsten verkar det finnas ett större utrymme än i hälso- och sjukvården att använda sig av ett hypotetiskt samtycke. Det går därför att tänka sig att mycket av den vård som genomförs i socialtjänsten utförs med motiveringen att den äldre ”hade velat detta om hen hade varit beslutskompetent” och är i de flesta fall antagligen inte straffbelagda enligt reglerna om social adekvans.

Kognitiva förmågor, det vill säga den äldres beslutskompetens, verkar väga tyngre än den äldres uttryckta vilja och känslor när det kommer till att fastställa vilja. Således är min tolkning att när de kognitiva förmågorna försämras blir självbestämmanderätten mer begränsad.

Ett möjligt sätt att fastställa viljan hos äldre med kognitiva funktionsnedsättningar är att försöka fastställa vad personen velat tidigare i livet. Den äldre kan dock ha ändrat sig och nu sakna förmågan att ta tillbaka sin uttryckta vilja. Frågan är också vilken relevans en tidigare uttryckt vilja, eller en idé om vad personen skulle ha velat om hen var beslutskompetent, ska ha när personen inte längre kan sägas vara samma person som uttryckte viljan.

4 Ställföreträdares möjligheter att besluta om äldres vård

4.1 Inledning

Vissa beslut har den karaktär att de endast kan fattas av personen de gäller. Typexemplet på ett sådant beslut är att ingå äktenskap. Det går inte att ingå äktenskap åt någon annan än sig själv.¹⁸⁴ Att ingå äktenskap ställer också krav på att personerna som ingår äktenskapet är medvetna om vad de gör.¹⁸⁵ Vårdbeslut, både vad gäller hälso- och sjukvård och vård av socialtjänsten, är personliga och ska normalt inte kunna fattas av någon annan än den person de gäller.¹⁸⁶ I vissa situationer måste vårdbeslut dock kunna fattas av någon annan. En person ska till exempel kunna få vård även i en nödsituation då personen inte har möjlighet att samtycka.¹⁸⁷ Nödrätt kan dock bara motivera vård när det verkligen rör sig om en nödsituation, vilket det inte alltid är frågan om när det gäller vård av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar.¹⁸⁸

Äldre med kognitiva funktionsnedsättningar kan, som framkom i förra kapitlet, bedömas vara beslutsinkompetenta och därför inte ha förmågan att samtycka till vård.¹⁸⁹ Den äldre kan dock ha ett vårdbehov, antingen det handlar om hälso- och sjukvård eller vård av socialtjänsten. Det här kapitlet handlar om möjliga ställföreträdare för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar¹⁹⁰ och deras rätt att besluta över den äldres vård.

¹⁸⁴ 4 kap. 2 § ÄktB. Se också 12 kap. 3 § FB.

¹⁸⁵ Se NJA 1994 s. 108 och NJA 2010 s. 648.

¹⁸⁶ SOU 2004:112, s. 576.

¹⁸⁷ Till exempel i en nödsituation enligt 4 kap. 4 § PL.

¹⁸⁸ Se avsnitt 3.2.7.3 om nödrätt.

¹⁸⁹ Se avsnitt 3.3 om förmågan att kunna samtycka.

¹⁹⁰ Den som har en ställföreträdare brukar egentligen hänvisas till som huvudmannen, men kommer i uppsatsen att hänvisas till som personen eller den enskilde.

Kapitlet lyfter också att framtidsfullmakter, främst i den mån de rör vård. En utgångspunkt för kapitlet är således att den äldre i huvudsak är beslutsinkompetent och, i alla fall enligt omgivningen, i behov av vård.

4.2 Samhällets ansvar

När äldre inte längre kan fatta beslut om sin egen vård är det samhällets ansvar att se till att självbestämmanderätten inte kränks mer än vad som är absolut nödvändigt samtidigt som de får den vård de har rätt till och behov av.¹⁹¹

Utan lagstiftning, som reglerar hur äldre med kognitiva funktionsnedsättningar ska få vård samtidigt som deras självbestämmande respekteras, öppnar för möjligheten att beslut fattas godtyckligt. Det är både oförutsägbart och rättsosäkert.¹⁹²

4.3 God man och förvaltare som ställföreträdare i vårdfrågor

4.3.1 Gemensamt om god man och förvaltare

Om det behövs¹⁹³ kan en vuxen person 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” få en god man.¹⁹⁴ Om god man eller annan hjälp inte är tillräckligt för att uppfylla behovet kan en förvaltare anordnas.¹⁹⁵ Behovet ska inte gå att tillgodose på något annat, mindre ingripande sätt.¹⁹⁶ Om den enskilde själv ansökt om ställföreträdare kan det påverka bedömningen om hur ingripande i den enskildes liv en åtgärd kan anses vara.¹⁹⁷

¹⁹¹ SOU 2015: 80, s. 368.

¹⁹² SOU 2015:80, s. 368 ff.

¹⁹³ Angående ”om det behövs”: se NJA 2015 s. 851. Se även Fridström Montoya och Kindström Dahlin (2019), s. 366 f.

¹⁹⁴ 11 kap. 4 § FB.

¹⁹⁵ 11 kap. 7 § FB.

¹⁹⁶ Prop. 1987/88:124, s. 136; Fridström Montoya (2016), s. 525 f.

¹⁹⁷ Se NJA 2018 s. 825.

Ansökan om god man eller förvaltare kan göras av den enskilde själv, hans eller hennes make eller sambo, närmaste släktingar, framtidsfullmaktshavare och överförmyndaren.¹⁹⁸ En förordnad god man kan dessutom ansöka om att förvaltarskap ska ordnas istället för god man om den enskildes behov blivit större.¹⁹⁹ Det kan även finnas anledning för en allmän domstol att själv ta upp frågan om god man eller förvaltare.²⁰⁰ En anmälan om att någon behöver en god man eller förvaltare kan även komma från till exempel socialtjänsten.²⁰¹ Beslut om god man och förvaltare fattas av tingsrätten. Personen som ansökan avser har rätt att yttra sig om det är möjligt.²⁰² Domstolen ska även utreda personens hälsotillstånd, antingen genom läkarintyg eller annan handling som anses likvärdig.²⁰³

Den som utses till god man eller förvaltare ska vara *”rättrådig, erfaren och i övrigt lämplig.”*²⁰⁴ Om den enskilde föreslår en person, och den personen anses lämplig och vill åta sig uppdraget, ska den personen utses till ställföreträdare.²⁰⁵ Att utse sin egen ställföreträdare förutsätter dock viss beslutskompetens när ställföreträdaren ska utses.²⁰⁶

4.3.2 Särskilt om god man och samtycke

En god man får inte anordnas utan den enskildes samtycke. Kravet på den enskildes samtycke förutsätter att den enskilde har förmågan att samtycka.²⁰⁷ Det betyder att så länge personen har förmågan att samtycka kan personen ta tillbaka sitt samtycke till godmanskapet. I vissa fall kan det då bli aktuellt att istället anordna förvaltare.²⁰⁸ Vilka krav som ställs på samtycket till godmanskapet för att det ska vara giltigt är oklart, antagligen får det

¹⁹⁸ 11 kap. 15 § 1 st. FB.

¹⁹⁹ 11 kap. 15 § 2 st. FB.

²⁰⁰ 11 kap. 15 § 3 st. FB.

²⁰¹ Enligt 5 kap. 3 § socialtjänstförordningen (2001:937) ska socialtjänsten anmäla till överförmyndaren om de anser att någon behöver god man eller förvaltare.

²⁰² 11 kap. 24 § FB.

²⁰³ 11 kap. 17 § FB.

²⁰⁴ 11 kap. 12 § 1 st.

²⁰⁵ Prop. 2013/14:225, s. 32.

²⁰⁶ Prop. 2016/17:30, s. 19.

²⁰⁷ 11 kap. 4 § FB.

²⁰⁸ Prop. 1987/88:124, s. 138.

läkarintyg som domstolen använder för att utreda personens hälsotillstånd stor betydelse i frågan.²⁰⁹

När en god man förordnas är det av intresse att hans uppgifter och uppdrag preciseras så långt det är möjligt. Det är inte meningen att den gode mannens uppdrag ska gå utöver vad som behövs i det aktuella fallet.²¹⁰ En god man har endast rätt att företräda den enskilde, inom godmanskapets förordnande, om den enskilde samtycker. Rättshandlingar som den gode mannen företar sig utanför uppdraget blir alltså inte bindande för den enskilde. Undantaget från det är om personen inte kan samtycka eller om det handlar om rättshandlingar som hör till den dagliga hushållningen.²¹¹ Om den enskilde och den gode mannen är oense om en åtgärd bör den enskildes åsikt få företräde. När en person får en god man försvinner nämligen inte personens rättshandlingsförmåga.²¹²

Vilka krav som ställs på samtycket till de rättshandlingar som den gode mannen utför för att det ska anses vara giltigt framgår inte, men en jämförelse kan göras med om den enskilde och den gode mannen har ingått kolliderande rättshandlingar. Om den enskildes tillstånd gör att hans rättshandlingar skulle underkännas med stöd av *lagen (1924:323) om verkan av avtal, som slutits under påverkan av psykisk störning*, kan den enskildes rättshandling betraktas som ogiltig. Fridström Montoya konstaterar dock att det inte svarar på frågan om vilka krav som kan ställas på ett samtycke för att det ska vara giltigt. Hon konstaterar också att mycket talar för att en god man i praktiken kan ha stora möjligheter att agera utan att inhämta samtycke. Särskilt om den enskilde har svårt att förstå om den gode mannen överskrider sin behörighet.²¹³

²⁰⁹ Fridström Montoya (2015), s. 251 ff.

²¹⁰ Prop. 1987/88:124, s. 140.

²¹¹ 11 kap. 5 § FB.

²¹² Fridström Montoya (2015), s. 256.

²¹³ Fridström Montoya (2015), s. 255 f.

4.3.3 Särskilt om förvaltare och samtycke

Likt godmanskap är det av intresse att förvaltarens uppdrag preciseras så långt det är möjligt.²¹⁴ Till skillnad från god man kräver anordnandet av förvaltare inte att personen samtycker.²¹⁵

En förvaltare är heller inte beroende av den enskildes samtycke för att rättshandla. Inom uppdragets gränser tar förvaltaren över den enskildes möjligheter att rättshandla.²¹⁶ Med förvaltarens samtycke kan den enskilde själv få rättshandla inom förvaltaruppdragets gränser.²¹⁷ Om förvaltaren företar sig rättshandlingar utanför uppdraget binder inte dessa den enskilde.²¹⁸ Precis som för god man kan det dock vara svårt för äldre med kognitiva funktionsnedsättningar att förstå när en förvaltare överskrider sin behörighet.²¹⁹

4.3.4 Gode mannens och förvaltarens uppdrag

I godmanskapet och förvaltarskapet ingår alltså att *”bevaka rätten för de personer som de företräder, förvalta deras tillgångar och sörja för deras person.”*²²⁰ Eftersom uppsatsen handlar om vårdbeslut är det främst av intresse när ställföreträdaruppdraget innefattar ”sörja för person”. Det verkar dock inte helt klart vad som ingår i begreppet, men kan sägas vara att se till att den enskildes hälsomässiga behov uppfylls.²²¹ Ibland kan det också vara svårt att skilja begreppen från varandra, till exempel ekonomiska och personliga angelägenheter.²²² Enligt Fridström Montoya kan det vara angeläget att göra en omtolkning av vad som gäller och inte skilja på dem.

²¹⁴ Prop. 1987/88:124, s. 146.

²¹⁵ 11 kap. 7 § FB.

²¹⁶ 11 kap. 9 § FB.

²¹⁷ 11 kap. 10 § FB.

²¹⁸ 11 kap. 11 § FB.

²¹⁹ Fridström Montoya (2015), s. 255 f.

²²⁰ 12 kap. 2 § FB.

²²¹ Broström (2017), s. 85.

²²² Fridström Montoya (2015), s. 331 ff.

Vad säger att en person som inte klarar av att förvalta sina ekonomiska tillgångar klarar av att bevaka sin rätt och sörja för sin person?²²³

Gode män och förvaltare ska handla på det sätt som bäst överensstämmer med den enskildes bästa.²²⁴ Vad det bästa för den enskilde är framkommer inte och kan betyda olika saker beroende på vem som ska tolka vad det bästa är och vilken situation det rör sig om.²²⁵ Jag kommer att återkomma till vad som ska anses vara en persons bästa senare.²²⁶

4.3.5 God man och förvaltares möjligheter att besluta om den enskildes vård

När det gäller vård faller det rättsliga ansvaret på ställföreträdaren, medan själva omvårdnaden faller på det allmänna. Det innebär alltså att ställföreträdaren ska bevaka och uppmärksamma den enskildes vårdbehov. Det kräver att den gode mannen eller förvaltaren har kännedom om personens personliga förhållanden, som boendesituation till exempel.²²⁷

I allmänhet ska den enskilde själv ha kvar beslutanderätten över vissa personliga frågor, däribland vård och boende, även när personen är ställd under ett helomfattande förvaltarskap. I allmänhet kan då tyda på att förvaltaren har möjlighet att besluta om vård om det blir nödvändigt.²²⁸ Antagligen gäller det även för god man om den enskilde är beslutsinkompetent.²²⁹

När en person inte kan ge sitt samtycke eller där personens vilja inte är känd kan en ställföreträdarens samtycke vara av betydelse.²³⁰ Även om det inte riktigt ger ställföreträdaren rätt att samtycka åt personen kan det ge en

²²³ Fridström Montoya (2015), s. 336.

²²⁴ 12 kap. 3 § FB.

²²⁵ Broström och Johansson (2012), s. 17.

²²⁶ Se avsnitt 4.6.

²²⁷ Fridström Montoya (2015), s. 329.

²²⁸ Prop. 1987/88:124 s. 172.

²²⁹ Ryrstedt (2014), s. 333 f.

²³⁰ SOU 2004:112, s. 577.

möjlighet för vårdpersonalen att ta ställning till den enskildes hypotetiska vilja.²³¹

Om den enskilde själv säger nej till vården, eller det kan antas att person skulle säga nej, medan ställföreträdaren säger ja, vore det enligt Rynning otvivelaktigt tal om ett påtvingat ingrepp som skulle behöva stöd i lag för att inte vara i strid med grundlagen.²³² Att ordna ställföreträdare åt en beslutsinkompetent person som vägrar samtycka till vård endast för att ställföreträdaren ska samtycka till behövlig vård är heller inte tillåtet.²³³

I omvänd situation, det vill säga att personen säger ja till vården medan ställföreträdaren säger nej, kan det inte vara ett påtvingat ingrepp då det inte drabbar den person som sagt nej. Det behöver inte betyda att vårdbeslutet har gått rätt till. Personen kanske saknar beslutskompetens i frågan.²³⁴ Rynning menar att det i ett sådant läge kan finnas utrymme att använda sig av nödrätt.²³⁵

Att faktiskt lämna ett giltigt samtycke till vård verkar alltså en ställföreträdare i form av god man eller förvaltare i rättslig mening egentligen inte kunna göra. Deras roll handlar mer om att hjälpa den enskilde utkräva sina rättigheter till vård,²³⁶ men var gränsen ska dras är inte helt enkelt.²³⁷ Till exempel kan det anses ingå att sörja för den enskildes person att ansöka om särskilt boende,²³⁸ så länge den enskilde inte protesterar mot ansökan.²³⁹ En god man eller förvaltare har antagligen också rätt att få information om den enskildes hälsotillstånd och eventuella tillgängliga vårdalternativ.²⁴⁰

²³¹ Rynning (1994), s. 302 f.; SOU 2004:112 s. 572.

²³² Rynning (1994), s. 110.

²³³ Se Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut den 17 juli 2007 i mål nr ÖÄ 1368-07.

²³⁴ Rynning (1994), s. 110.

²³⁵ Rynning (1994), s. 305.

²³⁶ Fridström Montoya och Kindström Dahlin (2019), s. 355 f.

²³⁷ Rynning (2002), s. 270.

²³⁸ Se Kammarrätten i Göteborg i mål nr 3780-15.

²³⁹ Se Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut ÖÄ 1388-08 och Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut den 17 juli 2007 i mål nr ÖÄ 1368-07.

²⁴⁰ SOU 2004:112, s. 577.

Den enskildes uttryckta motvilja verkar vara viktigare än den enskildes eventuella beslutskompetens när det gäller god man och förvaltares möjligheter att besluta om den enskildes vård.²⁴¹ Det följer av att om en beslutsinkompetent person är beredd att gå med på en vårdåtgärd så kan ett giltigt samtycke anses föreligga om personens ställföreträdare också samtycker till vården.²⁴²

4.4 Anhörigas möjligheter att besluta om äldres vård

Antalet äldre med kognitiva funktionsnedsättningar som har ställföreträdare i form av god man eller förvaltare är antagligen mindre än det antal som nog skulle behöva det.²⁴³ En förklaring till det kan vara att behovet av gode män och förvaltare är större än tillgången.²⁴⁴ I många fall kan det också antas att anhöriga²⁴⁵ istället har tagit på sig den rollen utan att det är tal om ett formellt ställföreträdarskap.²⁴⁶ I vissa fall kan anhöriga ha tagit på sig att hjälpa den äldre innan behovet blivit så stort att den äldre behöver en god man eller förvaltare.²⁴⁷ Om den äldre kan få fortsatt hjälp av anhöriga skulle det också kunna begränsa omfattningen av uppdraget för en god man eller förvaltare.²⁴⁸ Dessutom kan det kännas tryggare för den äldre att bli företrädd av en anhörig.²⁴⁹

Att anhöriga många gånger tar ett stort ansvar för äldre med kognitiva funktionsnedsättnings vård²⁵⁰ och i princip fattar den enskildes vårdbeslut

²⁴¹ Klemme Nielsen (2012), s. 51; Se även Socialstyrelsen (2013), s. 4.

²⁴² Rynning (1994), s. 302; SOU 2004:112, s. 377.

²⁴³ Törnquist och Broström (2012), s. 82 f.

²⁴⁴ Prop. 2013/14:225 s. 15.

²⁴⁵ Med anhöriga menas framförallt make eller sambo, barn, barnbarn, syskon och syskonbarn, se 17 kap. 2 § FB (paragrafen räknar även upp föräldrar, men det bör inte bli relevant när det gäller äldre). Det går också att tänka sig att ytterligare personer kan räknas som anhöriga, se Jönsson och Harnett (2012), s. 97.

²⁴⁶ Törnquist och Broström (2012), s. 85 f.

²⁴⁷ Prop. 2016/17:30, s. 81

²⁴⁸ Se avsnitt 4.3.2 och 4.3.3.

²⁴⁹ Prop. 2016/17:30, s. 81.

²⁵⁰ SOU 2017:21, s. 235.

är ingen överraskning.²⁵¹ Till exempel är det säkert lättare att kommunicera med den anhöriga än den beslutsinkompetenta äldre personen.²⁵² Trots avsaknad av lagstöd har detta accepterats både inom hälso- och sjukvården och vård av socialtjänsten.²⁵³ Ansvaret för vårdbesluten i en sådan situation ligger dock kvar på vårdpersonalen.²⁵⁴ Anhöriga kan också spela en viktig roll i att se till att den äldre får den information hen behöver för att kunna lämna ett giltigt samtycke till vård.²⁵⁵

Anhöriga spelar också en viktig roll i att veta vem den äldre var innan hen drabbades av en kognitiv funktionsnedsättning och är därför en viktig del i att fastställa hypotetisk vilja. Anhöriga har också stora möjligheter att märka när den äldre behöver vård och när den äldre inte får sina behov tillgodosedda.²⁵⁶ Att anhöriga typiskt sett vet deras äldre anhörigas tidigare vilja behöver dock inte betyda att det alltid är så. Anhörigas uppfattning om lämpliga åtgärder i vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar kan ibland också gå längre än vad lagen egentligen tillåter.²⁵⁷ Anhöriga skulle till exempel kunna instruera hemtjänstpersonal att låsa in en äldre med kognitiva funktionsnedsättningar för att hen inte ska gå ut och gå vilse. Även om de anhörigas begäran görs i all välmening är det inte tillåtet då det är att betrakta som ett frihetsberövande.²⁵⁸

1 juli 2017 infördes nya regler i FB²⁵⁹ som ger anhöriga möjligheter att rättshandla för den enskilde i lättare ekonomiska frågor.²⁶⁰ Behörigheten för anhöriga att rättshandla uppkommer när den enskilde är uppenbart beslutsinkompetent och ska ses som ett alternativ till den som inte har skrivit

²⁵¹ SOU 2004:112, s. 692 f.

²⁵² SOU 2004:112, s. 672.

²⁵³ Rynning (1994), s. 306; Klemme Nielsen (2012) s, 71 f. och s. 76 f.

²⁵⁴ Rynning (1994), s. 306.

²⁵⁵ SOU 2004:112, s. 574 f.

²⁵⁶ Jönsson och Harnett (2012), s. 96 f.

²⁵⁷ Rynning (1994), s. 308 ff.

²⁵⁸ Se JO 1989/90 s. 207 – 212.

²⁵⁹ Se 17 kap. FB.

²⁶⁰ Med enklare ekonomiska frågor menas framförallt att hjälpa anhöriga med ”vardagliga betalningar och inköp”, se prop. 2016/17:30, s. 136.

en framtidsfullmakt.²⁶¹ Det är dock upp till den anhörige att bedöma om den enskilde är beslutsinkompetent.²⁶² Den enskilde har fortfarande kvar sin rättshandlingsförmåga.²⁶³

Att de nya reglerna infördes motiverades med att det vore bra med en legalisering av det många anhöriga redan gjorde.²⁶⁴ Anhörigas roll i den enskildes vårdangelägenheter berörs inte av de nya reglerna trots att det också, antagligen, är en sådan sak många anhöriga redan gör.

4.5 Ställföreträdare genom fullmakt

4.5.1 Vanlig fullmakt

Som tidigare nämnt ska den beslutsinkompetenta få den hjälp som är minst ingripande. En person som kan få hjälp av en anhörig kanske inte behöver hjälp av en god man till exempel.²⁶⁵ Ytterligare ett alternativ vore att använda sig av en fullmakt. Högsta domstolen konstaterade dock i NJA 2015 s. 851 att en fullmakts giltighet kan ifrågasättas när fullmaktsgivaren inte längre är beslutskompetent. I målet ansökte en person som hade svårt att klara av sin ekonomi på grund av psykisk sjukdom om att få hjälp av en god man. Överförmyndaren tyckte inte att det var nödvändigt och hänvisade personen till att istället upprätta en fullmakt. Högsta domstolen konstaterade att det vore svårt för en beslutsinkompetent person att övervaka fullmaktsuppdraget och att det alltså inte kunde ses om ett lämpligt alternativ till god man eller förvaltare.²⁶⁶

4.5.2 Framtidsfullmakt

Sedan 1 juli 2017 finns möjligheten för den enskilde att ge någon annan en framtidsfullmakt att använda när, eller om, den enskilde blir

²⁶¹ Prop. 2016/17:30, s. 83 f.

²⁶² Prop. 2016/17:30, s. 94 f.

²⁶³ Prop. 2016/17:30, s. 87.

²⁶⁴ Prop. 2016/17:30, s. 107.

²⁶⁵ Se avsnitt 4.3.2.

²⁶⁶ NJA 2015 s. 851; Se även Fridström Montoya (2016), s. 527.

beslutsinkompetent. Syftet bakom införandet är att enskilda ska få större kontroll över framtiden genom att själv få utse sin framtida företrädare och därmed stärka den enskildes självbestämmande.²⁶⁷

Formkraven för en framtidsfullmakt är samma som för testamente. Alltså att den ska upprättas skriftligt och skrivas under av fullmaktsgivaren. Underskriften ska bevitnas av två vittnen. Vittnena bekräftar med sina underskrifter att den enskilde är beslutskompetent när framtidsfullmakten skrivs under.²⁶⁸ Reglerna om vilka som kan vara vittnen är samma som vilka som kan bevittna ett testamente.²⁶⁹ Fullmaktshavaren kan inte heller bevittna framtidsfullmakten.²⁷⁰

En framtidsfullmakt kan, likt stöd från anhörig, ses som en mindre ingripande åtgärd än att utse en god man eller förvaltare åt den enskilde. Förhoppningen är också att systemet med framtidsfullmakter ska avlasta systemet med god man och förvaltare.²⁷¹ Framtidsfullmakten träder i kraft när den enskilde i huvudsak blivit beslutsinkompetent.²⁷² En framtidsfullmakt kan alltså bli giltig då en vanlig fullmakt inte längre kan anses vara giltig.²⁷³ Det är fullmaktshavaren som avgör när det är.²⁷⁴ Det kan dock vara svårt att avgöra när en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning är beslutsinkompetent. Främst beror det på att symptomen vid en kognitiv funktionsnedsättning kan variera från dag till dag. Kravet är därför att den enskilde i huvudsak ska vara beslutsinkompetent.²⁷⁵ För att vara på den säkra sidan rekommenderas därför i propositionen till lagen om framtidsfullmakter att framtidsfullmakten kompletteras med en vanlig fullmakt.²⁷⁶ Det finns också möjlighet att skriva i fullmakten att domstolen ska pröva om den är giltig,²⁷⁷ det vill säga om den

²⁶⁷ Prop. 2016/17:30, s. 19 f.

²⁶⁸ Prop. 2016/17:30, s. 32 f.

²⁶⁹ Se 10 kap. 4 § ÄB.

²⁷⁰ Formkrav för framtidsfullmakten och vilka som kan bevittna framgår av 4 § LFF.

²⁷¹ Prop. 2016/17:30, s. 19 ff.

²⁷² 9 § 1 st. LFF.

²⁷³ Prop. 2016/17:30, s. 44.

²⁷⁴ 9 § 2 st. LFF.

²⁷⁵ Prop. 2016/17:30, s. 45.

²⁷⁶ Prop. 2016/17:30, s. 42.

²⁷⁷ 11 § LFF.

enskilde är beslutsinkompetent. Fullmaktshavaren kan också begära prövning i domstol.²⁷⁸

Att återkalla en framtidsfullmakt görs enligt samma regler som vid vanliga fullmakter,²⁷⁹ men vad händer om framtidsfullmakten trätt i kraft? Kan en beslutsinkompetent person återkalla en gällande framtidsfullmakt? Regeringen förutsätter i propositionen att förhållandet mellan den enskilde och fullmaktshavaren vilar på ett stort förtroende och att en sådan situation därför endast i undantagsfall skulle kunna aktualiseras. Fullmaktsgivarens möjligheter att ta tillbaka fullmakten när hen är beslutsinkompetent verkar alltså ganska små.²⁸⁰ Det kan dock anges i fullmakten att en granskare kan utses dels för att kontrollera att fullmaktshavaren fullgör sitt uppdrag²⁸¹ och dels ha möjlighet att återkalla framtidsfullmakten.²⁸² Dessutom har överförmyndaren²⁸³ möjlighet att besluta att framtidsfullmakten inte längre får användas om fullmaktshavaren inte agerar i enlighet med den enskildes intressen.²⁸⁴

4.5.3 Framtidsfullmakter och vård

En framtidsfullmakt kan omfatta ekonomiska och personliga angelägenheter. Den kan alltså motsvara samma uppgifter som för gode män och förvaltare. En fullmaktshavare bör därmed kunna sörja för den enskildes person på samma sätt som en god man, alltså genom att hjälpa den enskilde få den vård hen har rätt till, men kan likt god man och förvaltare inte samtycka till vård mot den enskildes uttryckta vilja. Den enskilde bör därför inte med giltig verkan kunna skriva i framtidsfullmakten att fullmaktshavaren får, även mot

²⁷⁸ Ryrstedt (2017), s. 131 f.

²⁷⁹ 8 § LFF.

²⁸⁰ Prop. 2016/17:30, s. 53.

²⁸¹ 23 § LFF.

²⁸² 9 § 2 st, LFF.

²⁸³ Överförmyndare, eller överförmyndarnämnd, i kommunen.

²⁸⁴ 26 § LFF.

den enskildes samtycke, ordna så att den enskilde får komma till ett särskilt boende när det är nödvändigt.²⁸⁵

Hälso- och sjukvård är uttryckligen undantaget från framtidsfullmakter. Det motiverades med att hänsyn måste tas till bland annat 2 kap. 6 § RF och att frågan behandlas vidare i Regeringskansliet. Det hindrar dock inte fullmaktshavaren att hjälpa den enskilde i kontakten med hälso- och sjukvården.²⁸⁶

Fullmaktshavaren ska vid fullgörandet av uppdraget handla i enlighet med den enskildes intressen och, om det är möjligt, inhämta den enskildes åsikt i viktiga frågor.²⁸⁷ Både den enskildes nuvarande vilja och vad den enskilde tidigare velat kan beaktas för att fullgöra uppdraget.²⁸⁸

4.6 Vård för den enskildes bästa?

Ryrstedt menar att när det gäller ställföreträdarskap för äldre är det de med pålitliga anhöriga som kan anmäla när allt inte står rätt till som bör klara sig bäst.²⁸⁹ Liknande resonemang borde gå att göra när det gäller äldres vårdbehov. Risken finns att äldre med kognitiva funktionsnedsättningar som saknar anhöriga kan tillåtas leva i misär för att ingen uppmärksammar deras behov av vård. Det behöver inte nödvändigtvis betyda att äldre med anhöriga är mer självbestämmande än äldre utan anhöriga. Anhöriga har troligtvis bättre koll på den äldres tidigare vilja och kan därför veta hur den äldre skulle vilja ha det om hen inte hade haft en kognitiv funktionsnedsättning. Å andra sidan är det inte helt självklart att hypotetisk vilja ska gå före den verkliga personens vilja. Det är heller inte självklart att anhöriga verkligen har koll på den äldres vilja.

²⁸⁵ Prop. 2016/17:30, s. 30 f.

²⁸⁶ Prop. 2016/17:30, s. 29 f.

²⁸⁷ 15 § LFF.

²⁸⁸ Ryrstedt (2017), s. 132.

²⁸⁹ Ryrstedt (2017), s. 138.

Enligt olika konventioner som Sverige är bundet av ska ett beslut som rör äldre med kognitiva funktionsnedsättningar ha personens *behov och vilja* i åtanke.²⁹⁰ Det är inte riktigt som att säga att besluten ska vägledas av den äldres bästa, det beror på vad det ska sägas vara. Vad är det bästa för en person? Är det bäst för den äldre att få den vård som omgivningen tycker eller är det bäst att den äldre får bestämma själv? Kan det sägas att ju angelägnare en viss typ av vård är, desto mer är det för den äldres bästa?²⁹¹ Är det bästa för den äldre tidigare uttryckt vilja och hypotetisk vilja? Vem ska bestämma den äldres hypotetiska vilja i så fall? Eller ska det bästa för äldre följa någon slags allmän standard?²⁹² Kan det bästa för en äldre tänkas vara det som bidrar till bäst livskvalitet?²⁹³

Vad som är bäst för en person i en given situation bör endast kunna bygga på personens subjektiva uppfattning. När det gäller äldre med kognitiva funktionsnedsättningar kompliceras det dock av att de lever mer ”här och nu” och har svårt att förutse och bedöma potentiella konsekvenser av ett beslut. Krävs det konsekvenstänk för att en äldre ska kunna fatta ett vårdbeslut?

Det kan alltså vara svårt för en utomstående att kunna fatta ett beslut om vad som är bäst för någon annan. Beslutet kommer troligen grundas på en objektiv uppfattning om vad som är bäst, vilket alltså kanske inte överensstämmer med personens subjektiva uppfattning.²⁹⁴ En utomstående kommer antagligen dessutom att vara påverkad av sin egen subjektiva uppfattning om vad som är bäst i en given situation. En anhörig till en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning är antagligen väldigt angelägen om att den äldre ska få vård och skulle därför vara väldigt påverkad av den inställningen i en eventuell beslutssituation. Å andra sidan kanske de anhörige har större kunskap om den äldres vilja (eller i alla fall vad den äldre velat tidigare). Huruvida det gör den anhörige mer eller mindre lämpad att fatta beslut åt den

²⁹⁰ Se avsnitt 2.3; Se även Ryrstedt (2015), s. 329.

²⁹¹ Klemme Nielsen (2012), s. 49.

²⁹² Klemme Nielsen (2012), s. 58.

²⁹³ SOU 2015:80, s. 386.

²⁹⁴ Broström och Johansson, s. 17 ff.

äldre går antagligen inte att säga något om utan att veta omständigheterna i aktuell situation. Till exempel kanske den anhörige bygger sitt beslut på en felaktig bild av den äldres önskemål eller kanske inte vill ta till sig att den äldre har ändrat sig i en viss fråga.

Enligt *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*²⁹⁵ ska den äldre få det stöd hen behöver för att kunna fatta ett beslut. Det vill säga stöd för att uppnå självbestämmande. Ställföreträdarskap så som det är ordnat i Sverige är snarare att ställföreträdaren fattar beslutet åt den enskilde. Sverige uppfyller alltså inte sina internationella åtaganden enligt konventionen.²⁹⁶

4.7 Sammanfattade slutsatser

Ställföreträdarskap för ekonomiska frågor finns i flera varianter i svensk rätt. I vårdfrågor kan en ställföreträdare än så länge uppmärksamma den enskildes vårdbehov och hjälpa den enskilde kontakterna med vården, men någon ytterligare beslutsrätt över den enskildes vård verkar en ställföreträdare egentligen inte ha. En ställföreträdare kan vidare inte samtycka till den enskildes vård mot den enskildes uttryckta vilja. Däremot kan ställföreträdarens åsikt vara av intresse om den enskilde inte har möjlighet att uttala sig.

Vad lagen säger att en ställföreträdare (eller anhörig) kan samtycka till i den äldres ställe och hur det ser ut i praktiken verkar inte riktigt överensstämna. Ställföreträdarens och anhörigas beslut verkar accepteras inom vården av äldre i större utsträckning än vad det finns stöd för enligt lagen.

När en ställföreträdare utför sitt uppdrag ska det göras i enlighet med den enskildes bästa. Vad som ska anses vara den enskildes bästa kan dock

²⁹⁵ Se avsnitt 2.3.

²⁹⁶ Fridström Montoya och Kindström Dahlin (2019), s. 373; Ryrstedt (2015), s. 329.

ifrågasättas. Är det i enlighet med den enskildes nuvarande vilja, tidigare uttryckt vilja eller vad den enskilde hade kunnat tänkas vilja idag?

Svensk reglering utgår ifrån att en ställföreträdare fattar besluten åt den enskilda. Internationella konventioner, särskilt FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, utgår istället ifrån att beslutsfattandet ska ske av den enskilde med stöd av ställföreträdaren.

5 Avslutande diskussion

5.1 För vems skull?

När det gäller vård av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar är det inte bara den äldre som riskerar att må dåligt av att inte få vård. Även den äldres eventuella anhöriga kan må väldigt dåligt av att den äldre inte vårdas. Anhöriga kan också ha ett intresse som inte stämmer överens med den äldres vilja. De anhöriga önskar kanske till exempel att den äldre ska få flytta till ett särskilt boende, medan den äldre själv inte vill något hellre än att vara kvar hemma. För den äldre kanske tryggheten av hemmet är det viktigaste, medan de anhöriga ser den äldres livssituation på ett annat sätt. Anhöriga kan också insistera på att den äldre ska få någon form av vård för att det annars blir de som får vårda den äldre. Olika uppfattningar om vårdbehov mellan den enskilde och den enskildes anhöriga är säkert inte ovanligt.

Vårdbeslut handlar inte bara om rättigheter som den enskilde kan ha, det handlar till viss del också om känslor. Anhöriga kan till exempel tycka att det är väldigt jobbigt att se hur den äldres förmåga att ta hand om sig själv blir sämre och sämre. Den äldre själv kan också känna oro inför framtiden när hen börjar få en kognitiv funktionsnedsättning. Vissa kanske också känner oro inför att i framtiden drabbas. Dels är det skrämmande att föreställa sig att inte kunna ta hand om sig själv, dels kan det kännas oroande att eventuellt inte bli omhändertagen på det sätt som önskas när de kognitiva förmågorna inte är nedsatta. Många kan säkert också oro sig över att bli en börda för sina anhöriga, vilket antagligen inte är en orimlig oro med tanke på att anhängvården ökar i samhället. Ett vårdbeslut behöver alltså inte endast drabba den äldre och kan nog sägas vara mer känsloladdat än till exempel ett ekonomiskt beslut.

Med utgångspunkt i att många oroar sig för att inte få vård om de drabbas av en kognitiv funktionsnedsättning och önskar att underlätta för sina anhöriga, vore det kanske bra om framtidsfullmakter även kunde omfatta vård. Det

skulle ge den enskilde möjlighet att på förhand avgöra vem som ska fatta framtida vårdbeslut. Om framtidsfullmaktsförhållandet dessutom bygger på ett stort förtroende (som regeringen utgår ifrån i propositionen)²⁹⁷ borde en framtidsfullmaktshavares åsikt ha större tyngd än hypotetisk vilja. Å andra sidan vore det fortfarande någon annan som potentiellt fattar beslut som den äldre inte samtycker till. Möjligheterna till att återkalla framtidsfullmakten verkar också något begränsade.

5.2 Att fastställa den äldres vilja

Ett av problemen när det kommer till vård av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar är hur vi ska tolka motvilja hos en vuxen person. Vilket är värst ur ett värdighetsperspektiv – att ens självbestämmanderätt och integritet hela tiden kränks eller att eventuellt få leva i misär? Jag tror inte att någon efterfrågar en lösning där äldre med kognitiva funktionsnedsättnings motvilja till vård blint accepteras, men det motsatta är inte heller en lösning som bör eftertraktas då det tar bort den enskildas rätt att själv få bestämma över sin egen vård.

Troligen är det en ganska vanlig uppfattning att tidigare uttryckt vilja ska få styra även när en äldre fått en kognitiv funktionsnedsättning. Trots att den äldre inte kan komma ihåg den tidigare uttryckta viljan. Att använda sig av tidigare uttryckt vilja (som blir en form av hypotetisk vilja) när det gäller att fastställa vad den äldre vill kan dock vara problematiskt. Utöver att tanken att hypotetisk vilja skulle stärka självbestämmandet hos den verkliga personen finns det annat som talar för att det inte är ett helt säkert tillvägagångssätt. Att använda hypotetisk vilja accepterar till exempel inte den äldres förändring, vare sig det gäller förändring som den äldre redan genomgått eller framtida förändring. Den hypotetiska viljan ser inte den person den äldre är nu, utan bara en bild av vem den äldre en gång var. Att den bilden dessutom är rätt är

²⁹⁷ Se avsnitt 4.5.2.

inte helt säkert. Det kan dessutom inte sägas respektera den äldre för den personen den äldre är nu.

Ett ytterligare problem med att använda hypotetisk vilja, eller tidigare vilja, är hur viljan ska bestämmas. Vems uppfattning ska ligga till grund för viljan? Ska anhöriga få bestämma? Eller ska en allmän uppfattning om vad människor i allmänhet vill ligga till grund för vårdbeslutet? Inget av alternativen kan sägas respektera den äldres rätt till självbestämmande.

Att använda hypotetisk vilja aktualiserar också frågan om en person inte ska tillåtas ändra sig? Precis som vid livstestamente (som inte är juridiskt bindande) finns det en chans att den äldre har ändrat sig – oavsett vad det än är den äldre sagt att hen vill och hur länge eller hur många gånger hen har sagt att hen vill ha det så. Vidare är det inte säkert att den uppfattningen den äldre hade om hur hen ville ha det stämmer överens med hur den äldre vill ha det när hen väl befinner sig i den aktuella situationen. Dessutom är det svårt att tänka sig varje situation som kan uppstå i förväg. Hypotetisk vilja, eller tidigare uttryckt vilja, kan också ses som ett sätt att ta bort självbestämmandet för den äldre. När beslutsinkompetensen inträder försvinner självbestämmanderätten?

Förutom att hypotetisk vilja egentligen inte tillåter att den äldre förändras, så är det tveksamt om hypotetisk vilja erkänner den äldre som en person som lever idag. Snarare blir det som att väcka liv i en person som inte längre finns. Med andra ord blir det som att ignorera den kognitiva funktionsnedsättningens existens, vilket i min mening inte är ett respektfullt och värdigt bemötande. Betyder beslutsinkompetens att den person som nu existerar inte är värd att räknas som en person på samma villkor som en person med full kognitiv förmåga? Såklart inte. Att en person slutar vara den person som omgivningen känner igen tar ju inte bort personens människovärde. Det måste gå att ge vård till den äldre på ett sätt som inte innebär att åberopa hypotetisk vilja.

Det går också att argumentera för att det inte spelar någon roll om den äldres vilja kränks – hen kommer ju ändå antagligen inte komma ihåg det sedan.

Forskningen kan väl övertygande sägas peka på att en äldre med en kognitiv funktionsnedsättning inte förstår vad det är som händer när det har gått tillräckligt långt, men den tolkningen är antagligen också väldigt bekväm. Med det menar jag att det är lättare att fatta ett beslut över någons huvud om uppfattningen är att personen ändå ”inte förstår någonting” eller ”vet sitt bästa”. Den inställningen kan få väldigt negativa konsekvenser, både för de äldre vars kognitiva funktionsnedsättningar är fullt utvecklade, men också för de som inte har lika långtgående symptom. Oavsett vilka symptom den äldre har och hur mycket hen förstår handlar det ju fortfarande om en person. Får den kognitiva förmågan stor betydelse när det gäller äldres möjligheter att bestämma om sin egen vård på grund av att omgivningen inte står ut med att se att den äldre inte klarar av att ta hand om sig själv?

5.3 Vem ska fatta den äldres vårdbeslut?

Huvudsakligen verkar det saknas någon som egentligen har rätt att fatta vårdbeslut för äldre som inte längre är beslutskompetenta. Även om ställföreträdare har vissa möjligheter när det kommer till att sörja för den enskildes person så sträcker det sig inte över vård- och boendebeslut. Sverige har skydd mot vård utan samtycke enligt grundlagen och lag, men alltså ingen som enligt lagen kan fatta vårdbeslut för den som på grund av kognitiva funktionsnedsättningar inte längre är beslutskompetent.

Social adekvans och nödrätt kan visserligen användas till viss del för att motivera vård av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar, men att ha det på det sättet ger varken förutsebarhet eller rättssäkerhet. Det utelämnar också särskilt vårdpersonal till att göra rättsliga bedömningar om vilka rättighetsbegränsande åtgärder som är godtagbara.²⁹⁸ Vårdpersonalens möjligheter att vidta åtgärder med stöd av social adekvans verkar visserligen kunna gå ganska långt, men det borde inte lämnas upp till dem att behöva göra juridiska ställningstaganden när de utför sitt arbete.

²⁹⁸ Se avsnitt 3.2.7.4.

Sverige lyckas heller inte uppfylla våra internationella åtaganden, särskilt inte i förhållande till ställföreträdarskapets funktion. Istället för att låta den enskilde få det stöd hen behöver för att bli självbestämmande tar ställföreträdaren över beslutsfattandet för den enskildes beslut. När det gäller äldre med kognitiva funktionsnedsättningar blir en sådan reglering olycklig då de kommer att ha svårt att förstå när en ställföreträdare överskrider sin behörighet.

Att låta ställföreträdare ta över den enskildes beslutsfattande på grund av att den enskilde är beslutsinkompetent gör också att allt fokus hamnar på vilka förmågor den enskilde inte har, snarare än att fokusera på de förmågor den enskilde faktiskt har. Den enskildes bristande kognitiva förmågor kanske får för stort fokus?

En möjlig förklaring till att ställföreträdare och anhöriga tillåts överskrida sin behörighet och samtycka till den äldres vård kan vara att det antagligen är lättare att kommunicera med en beslutskompetent person. Jag betvivlar inte att det är så, men det är olyckligt eftersom det inkräktar på den äldres integritet och dessutom sätter ner den äldres människovärde. En annan möjlig förklaring kan vara att det tar mycket resurser i anspråk om vårdpersonal eller ställföreträdare konstant ska behöva rådgöra med den äldre, vilket antagligen blir fallet med de äldre som har kognitiva funktionsnedsättningar. Å andra sidan handlar det om den äldres liv snarare än vårdpersonalens eller ställföreträdarens liv.

5.4 Bistra framtidsutsikter utan reglering?

Frågan om vård till äldre med kognitiva funktionsnedsättningar har diskuterats sedan 1980-talet och har av lagstiftaren flera gånger konstaterats vara ett svårbemästrat rättsligt område som kräver svåra etiska överväganden.²⁹⁹ Att frågan är svår och känslig är inte svårt att tänka sig, men

²⁹⁹ Se till exempel prop. 1990/91:58, s. 80 f.; Prop. 2013/14:106, s. 61; Prop. 2016/17:30, s. 29 f.

att inte ha ett klart rättsligt läge utelämnar både äldre, ställföreträdare och vårdpersonal till godtyckliga vårdbeslut.

Idag pratas mycket om bristande resurser som en förklaring till att vårdssituationen ser ut som den gör. I framtiden kommer ännu fler vara äldre vilket innebär att fler ska dela på de resurser som finns. Till det tillkommer att vården av äldre med kognitiva funktionsnedsättningar är väldigt kostsam för samhället. Det kan också anses vara en typ av vård där det inte vore lika upprörande att dra ner på resurserna, till skillnad från om det rörde sig om till exempel barn. Dels för att det rör sig om äldre människor som inte har livet framför sig och dels för att äldre med kognitiva funktionsnedsättningar, på grund av sina symptom, antagligen har svårare än andra att klaga på otillräcklig vård.

Utan en tydlig reglering på området finns alltså risken att äldre med kognitiva funktionsnedsättningar kommer att tvingas leva i misärlika förhållanden, hur många bestämmelser Sverige än har om äldres självbestämmande och värdigt åldrande. Det vill säga att det finns en risk att en vårdgivare med knappa resurser godtar äldres nekande till vård alltför lättvindigt för att spara in på resurserna. Välfärdens ättestupa, om man så vill.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner och regeringsskrivelser

Prop. 1981/82:97	om hälso- och sjukvårdslag, m.m.
Prop. 1987/88:124	om god man och förvaltare
Prop. 1990/91:58	om psykiatrisk tvångsvård m.m.
Prop. 1996/97:124	Ändring i socialtjänstlagen
Prop. 2000/01:80	Ny socialtjänstlag m.m.
Prop. 2009/10:116	Värdigt liv i äldreomsorgen.
Prop. 2013/14:106	Patientlag
Prop. 2013/14:225	Bättre förutsättningar för gode män och förvaltare
Prop. 2016/17:30	Framtidsfullmakter - en ny form av ställföreträdarskap för vuxna
Skr. 2017/18:280	Framtidens äldreomsorg – en nationell kvalitetsplan

Statens offentliga utredningar

SOU 2004:112	Frågor om Förmyndare och ställföreträdare för vuxna
SOU 2015:80	Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning
SOU 2017:21	Läs mig! Nationell kvalitetsplan för vård och omsorg om äldre personer

Myndighetspublikationer

Socialstyrelsen, ”Nya bestämmelser gällande äldreomsorgen från och med den 1 januari 2011”, meddelandeblad nr. 1/2011, februari 2011, <<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/meddelandeblad/2011-1-7.pdf>>, hämtad 2019-11-27, [cit. Socialstyrelsens meddelandeblad nr. 1/2011].

Socialstyrelsen, ”Rättssäkerhet inom äldreomsorgen Några vanliga frågor och svar om handläggning – från ansökan till verkställighet”, oktober 2013, <<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/kunskapsstod/2013-10-21.pdf>>, hämtad 2019-11-24, [cit. Socialstyrelsen (2013)].

Socialstyrelsen, ”Tvångs- och skyddsåtgärder inom vård och omsorg för vuxna”, meddelandeblad nr. 12/2013, december 2013, <<https://www.socialstyrelsen.se/Lists/Artikelkatalog/Attachments/19309/2013-12-34.pdf>>, hämtad 2019-11-24 [cit. Socialstyrelsens meddelandeblad nr 12/2013].

Socialstyrelsen, ”Nationella riktlinjer för vård och omsorg vid demenssjukdom – Stöd för styrning och ledning”, december 2017, <<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/nationella-riktlinjer/2017-12-2.pdf>>, hämtad 2019-10-14, [cit: Socialstyrelsen (2017a)].

Socialstyrelsen, ”Journalföring och behandling av personuppgifter i hälso- och sjukvården”, mars 2017, <<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/handbocker/2017-3-2.pdf>>, hämtad 2019-11-24, [cit. Socialstyrelsens (2017b)].

Litteratur

Asp, Petter, Ulväng, Magnus, Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, Andra upplagan, Iustus förlag, 2013, [cit. Asp, Ulväng, Jareborg (2013)].

Broström, Linus, ”Företrädarskap för vuxna beslutsoförmögna forskningspersoner – några kommentarer till etikprovningsslagen och föreslagna ändringar”, Förvaltningsrättslig tidskrift, nr 1, 2017, s. 81 – 103, [cit. Broström (2017)].

Flynn, Eilionóir, ”Legal capacity for people with dementia: a human rights approach”, Cahill, Suzanne, *Dementia and human rights*, Policy Press, 2018, s. 157 – 174, [cit. Flynn (2018)].

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

Fridström Montoya, Therése, ”Ett litet steg för HD, ett stort språng för personrätten: En kommentar till NJA 2015 s. 851”, Svensk juristtidning, 2016, s. 523 – 540, [cit. Fridström Montoya (2016)].

Fridström Montoya, Therése, *Homo Juridicus: Den kapabla människan i rätten*, Iustus förlag, 2017, [cit. Fridström Montoya (2017)].

Fridström Montoya, Therése, Kindström Dahlin, Moa, "Förvaltarens skydd mot beslut fattade under förälskelse? En analys av NJA 2018 s. 350", *Svensk juristtidning*, 2019, s. 354 – 375, [cit. Fridström Montoya och Kindström Dahlin (2019)].

Johnsson, Lars-Åke, *Hälso- och sjukvårdslag (2017:30)*, kommentaren till 5 kap 1 §, 1 september 2017, Juno.

Jönsson, Håkan, Harnett, Tove, "Anhörigas roll som ställföreträdare i äldreomsorgen", Broström Linus, Johansson, Mats (red.), *Ställföreträdarskap i vård och omsorg*, Gleerups AB, 2012, s. 95 – 112, [cit. Jönsson och Harnett (2012)].

Katzin, Mirjam, "Socialtjänstens insatser för äldre", Numhauser-Henning, Ann, Mattson, Titti (red), *Äldrerätt: Ett nytt rättsområde*, Wolters Kluwer, 2017, s. 89 – 104, [cit. Katzin (2017)].

Kleineman, Jan, "Juridisk metodlära", Nääv, Maria, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, 2018, s. 21 – 46, [cit. Kleineman (2018)].

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

Mattsson, Titti, "Hälso- och sjukvård för äldre", Numhauser-Henning, Ann, Mattson, Titti (red), *Äldrerätt: Ett nytt rättsområde*, Wolters Kluwer, 2017, s. 105 – 121, [cit. Mattsson (2017)].

Numhauser-Henning, Ann, Mattson, Titti (red), *Äldrerätt: Ett nytt rättsområde*, Wolters Kluwer, 2017, [cit. Numhauser-Henning och Mattsson (2017)].

Pettersson, Hanna, "Döden – en privatsak? Socialförsäkringsrättsliga perspektiv på närståendepenningens historia", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2, 2017, s. 309 - 327, [cit. Pettersson (2017)].

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

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

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

Ryrstedt, Eva, ”Dementa äldre personer; vem ska bestämma?”, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, nr 1 - 2, 2016 s.179–208, [cit. Ryrstedt (2016a)].

Ryrstedt, Eva: ”Ställföreträdare och självbestämmande”, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, nr 4, 2016, 395–416, [cit. Ryrstedt (2016b)].

Ryrstedt, Eva, ”Ställföreträdarskap i äldreperspektiv”, Numhauser-Henning, Ann, Mattson, Titti (red), *Äldrerätt: Ett nytt rättsområde*, Wolters Kluwer, 2017, s. 122 – 138, [cit. Ryrstedt (2017)].

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, I: Tidskrift for rettsvittenskap, 2005, s. 648-656, [cit. Sandgren (2005)].

Solheim, Kirsti V., *Demensguiden – Förhållningssätt och åtgärder i demensvården*, Studentlitteratur, 2019, [cit. Solheim (2019)].

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

Wendel, Lotta, ”Lagstiftningen i Sverige”, Solheim, Kirsti V., *Demensguiden – Förhållningssätt och åtgärder i demensvården*, Studentlitteratur, 2019, [cit. Wendel (2019)].

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

Övrigt

FN, *General Comment* NO 1 (2014), On the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Article 12: Equal recognition before the law. By the Committee on the rights of Persons with Disabilities, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>>, hämtad 2019-12-04, [cit: FN, General Comment No 1 (2014)].

Svenska läkaresällskapet och Svensk sjuksköterskeförening: ”Etiska riktlinjer vid ställningstagande till att avstå från och/eller avbryta livsuppehållande behandling”, 2018, <https://www.sls.se/globalassets/sls/etik/dokument/sls_ssf_riktlinjer_avbryta_avsta_2018.pdf>, hämtad 2019-12-04, [cit. Svenska läkaresällskapet och Svensk sjuksköterskeförening (2018)].

Svenskt demenscentrum, ”För vems skull? Om tvång och skydd i demensvården”, 2010,

<http://www.demenscentrum.se/globalassets/myndigheter_departement_pdf/2010_sdc_forvemsskull.pdf>, hämtad 2019-10-01, [cit. Svenskt demenscentrum (2010)].

Svenskt demenscentrum, ”Nollvision: För en demensvård utan tvång och begränsningar”, 2015, <http://www.demenscentrum.se/globalassets/arbeta_med_demens_pdf/nollvision/handbok_nollvision_webb.pdf>, hämtad 2019-10-01, [cit. Svenskt demenscentrum (2015)].

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1994 s. 108

NJA 2010 s. 648

NJA 2015 s. 851

NJA 2018 s. 825

NJA 2018 s. 1051

Övriga svenska domstolar

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

Kammarrätten i Göteborg i mål nr 3780-15

Hovrätten över Skåne och Blekinges beslut ÖÄ 1388-08.

Justitieombudsmannens ämbetsberättelse

JO 1989/90 s. 207 – 212

Lagrådet

Lagrådets yttrande den 18 december 2012.

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)

Europadomstolens dom den 25 juni 2015, Lamberts m.fl. mot Frankrike, ansökan nr 46043/14

Europadomstolens dom den 5 december 2013, Arskaya mot Ukraina, ansökan nr 45076/05

Europadomstolens dom den 26 maj 2002, H.M. mot Schweiz, dom den 26 maj 2002, ansökan nr 39187/98