



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Dantorp

Objektiv oaktsamhet inom hälso- och
sjukvården
Om gärningsculpabedömningens tillämplighet och
förenlighet med legalitetsprincipen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin: HT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Introduktion till ämnet	6
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Perspektiv, metod och material	7
1.5 Forskningsläge	8
1.6 Disposition	9
2 RELEVANTA BESTÄMMELSER INOM HÄLSO- OCH SJUKVÅRDEN	10
2.1 Vad är en vårdskada?	10
2.2 Vårdgivarens och sjukvårdspersonalens skyldigheter	10
2.3 Tillsyn	11
3 BROTTSLIG OAKTSAMHET INOM HÄLSO- OCH SJUKVÅRDEN	12
3.1 Regleringen i brottsbalken	12
3.2 Objektiv oaktsamhet	12
3.2.1 Vad är en kontrollerad gärning?	13
3.2.2 Vad är ett otillåtet risktagande?	13
3.2.3 Har följden orsakats på ett relevant sätt?	16
4 DEN STRAFFRÄTTSLIGA LEGALITETSPRINCIPEN	21
4.1 Syftet med legalitetsprincipen	21
4.2 Legalitetsprincipens delar	21
4.3 Legalitetsprincipen och dess begränsningar	23
4.4 Andra straffbud i ljuset av legalitetsprincipen	24
5 ANALYS	26

5.1	Föreligger det någon diskrepans?	26
5.2	Är kravet på legalitet uppfyllt?	28
5.3	Slutsatser	31
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	33
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	36

Summary

The purpose of this paper is to study the criminal liability of medical staff when a care damage occurs, to see whether it is possible to predict what meets the requirements for criminal negligence. The essay only discuss the requirement of objective negligence arising out of chapter 3 7-9 §§ BrB (Swedish: gärningsculpa), and how this is applied on events in health care. It also discuss whether this regulation is compatible with the principle of legality. I have used a traditional judicial method with a critical perspective to reach a conclusion.

When the court applies the method of deciding what objective negligence is, to events in health care, you will notice that there is some discrepancy in relation to the considerations required in theory. Mainly, it is difficult to determine what an unacceptable risk is, because the main caution standard introduced by chapter 6 § 1 PSL is very vague. The meaning of the caution standards is also constantly changing, causing the need of expert opinions, which jeopardizes the objectivity and predictability of the judge's assessments. In addition the court also faces problems when applying the method of deciding what objective negligence is, when they are deciding which causing is relevant. Firstly there is often several alternative or cumulative reasons to why health damages occur, and secondly the relevance assessment prepared in doctrine is too simple to be applied to the complex situation that exists in health care.

It is difficult to determine whether the requirement of objective negligence is covered by the principle of legality or not. The method of deciding what objective negligence is, is a generally applicable method, and this indicates that it belongs to the criminal laws general part, thus falling outside the principle of legality. An objection against this may be that the requirement of objective negligence is something that follows from every individual rule, which suggests that it falls within the special part of criminal law and the principle of legality. If it is covered by the principle of legality, it may

possibly end up being in conflict with the requirement that penalty should follow by law (Swedish: föreskriftskravet). In a lot of cases there are no laws or regulations that tells the judges what negligence in health care is, and in those cases the judges have to listen to expert opinions instead. Additionally, the prohibition of uncertain regulations (Swedish: obestämdhetsförbudet) is violated. Among the reasons why, chapter 3 7-9 §§ BrB does not mention the other regulations that may be required to assess whether an action was illegal. The meaning of these other regulations is constantly changing as well.

In the light of what's been said above, I have concluded that it is difficult to predict what meets the requirements of criminal negligence when a care damage occurs in health care.

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att studera sjukvårdspersonalens straffansvar vid vårdskador för att utreda huruvida det är möjligt att förutse när kraven för brottslig oaktsamhet är uppfyllda. Uppsatsen har begränsats till att behandla hur det objektiva oaktsamhetskravet som följer av 3 kap. 7-9 §§ BrB, d.v.s. kravet på gärningsculpa, tillämpas på händelser inom hälso- och sjukvården samt om denna reglering är förenlig med legalitetsprincipen. En rättsdogmatisk metod med ett kritiskt perspektiv har använts.

När domstolen tillämpar gärningsculpametoden på händelser inom hälso- och sjukvården, märks det att det föreligger en viss diskrepans i förhållande till den övervägning gärningsculpametoden i teorin förespråkar. Framförallt är det svårt att avgöra vad som är ett otillåtet risktagande eftersom den främsta aktsamhetsstandarden, som följer av 6 kap. 1 § PSL, är väldigt vag och har en innebörd som ständigt förändras. Ofta behövs därför experter kallas in i målet, vilket äventyrar objektiviteten och förutsebarheten i bedömningen. Utöver detta möter domstolen även problem i tillämpningen av gärningsculpametoden när de ska avgöra vad som är ett relevant orsakande. Problemen uppstår dels för att det ofta föreligger flera alternativa eller kumulativa orsaker till de vårdskador som uppstår, dels p.g.a. att den relevansbedömning som utarbetats i doktrinen är alltför förenklad för att kunna tillämpas på den komplexa situation som föreligger inom hälso- och sjukvården.

Det är svårt att avgöra huruvida det objektiva oaktsamhetskravet omfattas av legalitetsprincipen. Att gärningsculpametoden är en allmänt tillämplig metod talar för att den tillhör straffrättens allmänna del och därmed faller utanför legalitetsprincipens tillämpningsområde. En invändning kan vara att kravet på gärningsculpa är något som följer av rekvisiten i varje enskilt straffbud, vilket talar för att det faller inom straffrättens speciella del och legalitetsprincipen tillämpningsområde. Om det omfattas av legalitetsprincipen kan det möjligtvis strida mot föreskriftskravet eftersom

det i en hel del fall inte går att utläsa ur lag eller föreskrifter vad som är oaktsamt inom sjukvården utan hjälp från experter. Dessutom kan obestämdhetsförbudet inte anses uppfyllt av flera anledningar, bl.a. därför att lagbestämmelserna varken nämner de utfyllnadsnormer som kan krävas för att bedöma om en gärning varit otillåten, och för att dessa dessutom har en väldigt dynamisk innebörd.

Mot bakgrund av ovan har jag dragit slutsatsen att det är svårt att förutse när kravet på brottslig oaktsamhet är uppfyllt vid vårdskador som uppstår inom sjukvården.

Förkortningar

BFL	Bokföringslagen (1999:1078)
BrB	Brottsbalken (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
IVO	Inspektionen för vård och omsorg
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
PSL	Patientsäkerhetslagen (2010:659)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Hälso- och sjukvården¹ är en verksamhet som anses vara ytterst riskfylld, inte bara för patienterna utan även för sjukvårdspersonalen. Minsta misstag från sjukvårdspersonalens sida riskerar leda till kroppsskada, fara och död.² Frågan är när ett mänskligt misstag i sjukvården anses vara så objektivt oaktsamt att det är värt att straffa. Lagbestämmelserna ger väldigt lite vägledning och prejudikaten är få. I doktrinen har bl.a. gärningsculpabedömningen utvecklats för att bedöma vad som är objektivt oaktsamt, men denna är allmänt tillämplig och inte anpassad till sjukvårdens komplexa situation vilket gör att en viss diskrepans uppstår mellan teorin och verkligheten.

Frågan är även om dagens rättsliga reglering av objektiv oaktsamhet, gör det möjligt att förutse vad som är straffbar oaktsamhet inom sjukvården. Den straffrättsliga legalitetsprincipen, som starkt präglar vår straffrätt idag, ställer krav på att det ska framgå av lag vilka gärningar som är brottsliga.³ Den brist på reglering som präglar oaktsamhet i vården, väcker frågor huruvida detta krav på legalitet kan anses uppfyllt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna framställning är att studera sjukvårdspersonalens straffansvar vid vårdskador för att utreda huruvida det är möjligt att förutse när kraven för brottslig oaktsamhet är uppfyllda. Det är den objektiva oaktsamhetsbedömningen som studerats, och hur denna förhåller sig till den riskfyllda sjukvården. Här emellan finns möjligtvis en viss diskrepans som gör straffrätten svårtillämpad på situationer inom sjukvården och jag ställer

¹ Hädanefter benämnd sjukvården.

² Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 235.

³ Asp 2002, s. 267.

mig frågande till om legalitetsprincipen kan anses uppfylld trots en sådan brist på överensstämmelse.

För att uppfylla ovan nämnda syfte har jag använt följande frågeställningar:

- Föreligger det någon diskrepans mellan den i teorin utvecklade objektiva oaktsamhetsbedömningen, d.v.s. gärningsculpabedömningen, och de avvägningar som krävs vid situationer som uppstår inom hälso- och sjukvården?
- Är det objektiva oaktsamhetskravet som följer av 3 kap. 7–9 §§ BrB, d.v.s. kravet på gärningsculpa, förenligt med legalitetsprincipen för gärningar och underlåtenhet företagen inom hälso- och sjukvården?

1.3 Avgränsningar

Denna uppsats behandlar den objektiva oaktsamhetsbedömningen, gärningsculpabedömningen, som sker i samband med oaktsamhetsbrott mot liv och hälsa. Den subjektiva, personliga oaktsamheten kommer av utrymmesskäl inte behandlas. Vidare kommer fokus att ligga på materiella regler. Processuella regler kommer inte att behandlas och endast de bestämmelser inom sjukvårdslagstiftningen som är av vikt för att förstå de straffrättsliga avvägningarna kommer att redogöras för. Eftersom den psykiatriska vården kräver särskilda avvägningar har denna inte behandlats och ska därmed inte räknas in under begreppet sjukvård i denna uppsats. Inte heller tandvård har berörts.

Uppsatsen kommer endast att beröra det svenska rättsläget.

1.4 Perspektiv, metod och material

Jag har valt att använda en rättsdogmatisk metod med ett kritiskt perspektiv. Den rättsdogmatiska metoden innebär att jag försökt lösa min frågeställning genom att studera de allmänt accepterade rättskällorna i form av lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin. Av dessa källor är

lagstiftning och rättspraxis från prejudikatinstanser att föredra, medan doktrin har lägre auktoritet p.g.a. dess argumenterande stil. Förarbeten hamnar ofta någonstans mitt emellan dessa grupper.⁴ I de lägen jag kunnat har de två förstnämnda använts. För att få ett bredare perspektiv har dock även praxis från lägre instanser studerats. Relevanta förarbeten har funnits i väldigt begränsad utsträckning. Doktrinen däremot är den källa som främst fått utveckla både den oaktsamhetsbedömning som är av intresse, samt legalitetsprincipens tillämpning och begränsningar. Samtliga verk har dock kritiskt granskats och jämförts med varandra för att jag skulle få ett så objektiva resultat som möjligt.

Då målet med uppsatsen har varit att belysa eventuell problematik i gällande rättsläge, har ett kritiskt perspektiv använts för att kunna diskutera och ifrågasätta det jag hittat.

De i uppsatsen behandlade omständigheterna från Dialysmålet är hämtade ur återgivningar av målet i doktrin eftersom den ursprungliga domen inte varit möjlig att få tag på. Då denna dom dock blivit rikligt behandlad i doktrin och juridiska framställningar, har en jämförelse där emellan bidragit med försäkran om en korrekt och objektiv återgivning.

1.5 Forskningsläge

Det finns ytterst lite juridisk litteratur som behandlar läkares straffansvar vid vårdskador, och ännu mindre vad gäller hur just oaktsamhetsbedömningarna görs för gärningar företagna inom sjukvården. Lena Holmqvist behandlade detta ämne i en artikel i en festskrift till Alvar Nelson 1985.⁵ Efter det har ämnet endast berörts kort av Lisa Nilheim och Madeleine Leijonhufvud i en bok om patientsäkerhet.⁶ Frågan har dock inte tidigare diskuterats utifrån legalitetsprincipens perspektiv.

⁴ Kleinman 2013, s. 21 och 28.

⁵ Holmqvist 1985, s. 180–191.

⁶ Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 234–267.

1.6 Disposition

I mitt inledande kapitel kommer jag att ge en kort överblick över specifika lagbestämmelser inom sjukvården som berör vad en vårdskada är och vilka som har ansvar för dessa. Detta är en viktig bakgrund för förståelsen av redogörelsen av praxisen.

I följande kapitel kommer jag redogöra för vilka oaktsamhetsbrott som kan aktualiseras vid vårdskador. Därefter följer en djupare redogörelse av vad kravet på objektiv oaktsamhet innebär och vilka bedömningar som måste göras. Särskilda svårigheter i dessa bedömningar vad gäller sjukvården kommer att framhävas och relevant praxis kommer att behandlas för att belysa detta.

En redogörelse av legalitetsprincipen följer sedan där bl.a. principens syfte, delar och begränsningar lyfts fram för att i analysen senare kunna appliceras på situationen inom sjukvården.

I mitt sista kapitel besvarar jag mina frågeställningar och analyserar problematiken.

2 Relevanta bestämmelser inom hälso- och sjukvården

2.1 Vad är en vårdskada?

Definitionen av vad en vårdskada är följer av 1 kap. 5 § första stycket patientsäkerhetslagen (2010:659), PSL:

”Med vårdskada avses i denna lag lidande, kroppslig eller psykisk skada eller sjukdom samt dödsfall som hade kunnat undvikas om adekvata åtgärder hade vidtagits vid patientens kontakt med hälso- och sjukvården”⁷

Det krävs inte att en ny skada uppstått, utan det räcker t.ex. att ett sjukdomstillstånd förlängts p.g.a. att man inte har fått adekvat vård. Samtidigt innebär kravet på adekvat vård att skador som skapas av sjukvården inte alltid är en vårdskada. Det är fullt tillåtet att amputera ett cancerdrabbat ben om det är vad som krävs för att förhindra att cancer sprider sig. Kravet på kontakt med sjukvården är uppfyllt både vid fysiskt kontakt, och kontakt per telefon.⁸

2.2 Vårdgivarens och sjukvårdspersonalens skyldigheter

De skyldigheter som åligger sjukvårdspersonalen följer av 6 kap. 1 § PSL. Där stadgas det bl.a. att arbetet ska utföras i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Vidare föreligger det ett medicinskt yrkesansvar enligt 6 kap. 2 § PSL som innebär att personalen har ett lagfäst personligt ansvar för sitt arbete, d.v.s. för alla beslut, bedömningar och åtgärder man vidtar.⁹ Detta personliga ansvar ska dock inte inskränka det ansvar vårdgivaren har enligt lag och föreskrifter.¹⁰ Vårdgivaren ansvarar för att verksamheten planeras, leds och kontrolleras på så sätt att kravet på

⁷ 1 kap. 5 § första stycket PSL.

⁸ Prop. 2009/10:210, s. 190 f.

⁹ Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 245.

¹⁰ 6 kap. 2 § andra stycket PSL.

god vård upprätthålls. Dessutom ska vårdgivaren vidta de åtgärder som behövs för att förebygga vårdskador, däribland utreda varför en vårdskada eller risken för en vårdskada har uppkommit.¹¹ Alla sådana händelser ska också rapporteras till Inspektionen för vård och omsorg(IVO).¹²

2.3 Tillsyn

År 2013 flyttades tillsynsansvaret för sjukvården från Socialstyrelsen till IVO. Denna tillsyn ska vara både verksamhetsinriktad och individinriktad. Det är numera dit vårdgivaren ska göra s.k. lex Maria anmälningar enligt 3 kap. 5 § PSL, d.v.s. anmäla händelser som medfört eller kunnat medföra vårdskador. Individtillsynen innebär att IVO ska kontrollera att sjukvårdspersonalen p.g.a. sjukdom, missbruk eller oskicklighet inte utgör en fara för patienterna.¹³ Kommer det till IVO:s kännedom att någon i personalen inte fullgör sina uppgifter ska IVO vidta åtgärder, t.ex. anmäla personen för åtal eller anmäla till Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN) för beslut om prövotid eller återkallelse av legitimation eller behörighet.¹⁴

¹¹ 3 kap. 1-3 §§ PSL.

¹² 3 kap. 5 § PSL.

¹³ Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 243 f.

¹⁴ 7 kap. 29-30 §§ PSL.

3 Brottslig oaktsamhet inom hälso- och sjukvården

3.1 Regleringen i brottsbalken

I de fall en patient skadas eller avlider eller det finns en risk för detta som ett oavsiktligt resultat av en felbehandling, kan oaktsamhetsbrottsbestämmelserna om vållande till annans död, vållande till kroppsskada eller sjukdom, samt framkallande av fara för annan enligt 3 kap. 7–9 §§ brottsbalken (BrB) aktualiseras.¹⁵ Utöver kraven på skada, krävs även oaktsamhet från sjukvårdspersonalens sida för att straffansvar ska aktualiseras.¹⁶

Oaktsamhet, även kallat culpa, innebär att man företagit en handling, eller underlåtit en sådan, utan att ta tillräcklig hänsyn till riskerna.¹⁷ Denna oaktsamhet ska ha yttrat sig dels i form av personlig culpa, dels i form av gärningsculpa, även kallad objektiv culpa.¹⁸ Stora tillämpningsproblem ligger enligt Holmqvist i den objektiva oaktsamhetbedömningen inom sjukvården, och det är den som kommer behandlas i detta kapitel.¹⁹

3.2 Objektiv oaktsamhet

Varje brottsbeskrivning innehåller ett eller flera handlingsverb. I 3 kap. 7–8 §§ BrB ska man genom oaktsamhet *orsaka* följden, d.v.s. vålla följden, och i 3 kap. 9 § BrB ska man genom grov oaktsamhet *utsätta* någon för fara. Detta är väldigt öppna ord för att beteckna kravet på kausalitet och följer man endast ordalydelsen kommer även de mest avlägsna orsakskällorna inkluderas. Gärningsculpamodellen är därför en av flera modeller som tagits fram för att hjälpa jurister att tolka dessa ord för att få fram de orsakanden

¹⁵ Rönnerberg 2016, s. 255; Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 236 f.

¹⁶ Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 247.

¹⁷ Ibid. s. 247.

¹⁸ Boucht 2013, s. 991.

¹⁹ Holmqvist 1985, s. 181.

som är straffrättsligt relevanta. Gemensamt för alla modellerna är att de bedömer om gärningen varit oaktsam och om de relevanta följderna orsakats genom denna oaktsamhet.²⁰ Gärningsculpabedömningen har ansetts vara att föredra vid bedömningen av gärningar som samhället har ett behov av att anse rättsenliga trots att följden inträder relativt ofta.²¹ Eftersom sjukvården enligt mig är en verksamhet som passar in på denna beskrivning kommer jag att utgå från gärningsculpabedömningen i denna framställning.

Kravet på gärningsculpa innebär att gärningsmannen ska ha utfört en kontrollerad gärning, som kan sägas utgöra ett otillåtet risktagande, vilket ska ha orsakat den brottsbeskrivningsenliga följden på ett relevant sätt.²² Dessa tre krav ska vi nu studera närmre.

3.2.1 Vad är en kontrollerad gärning?

Gärningspersonens handling eller underlåtenhet är kontrollerad, om gärningspersonen själv på order kan avbryta eller utföra handlingen. För att det ska handla om oaktsamhet ska den kontrollerade handlingen/underlåtenheten dock leda till en okontrollerad följd.²³

Underlåtenhet är straffbart för sjukvårdspersonal eftersom dessa befinner sig i skyddsgarantställning gentemot sina patienter. Straffansvar kan därför aktualiseras om de t.ex. underlåter att utföra sitt arbete på ett tillräckligt riskfritt sätt eller inte vidtar tillräckliga säkerhetsåtgärder.²⁴

3.2.2 Vad är ett otillåtet risktagande?

Sjukvården är en väldigt riskfylld verksamhet och ett visst mått risktagande måste tillåtas för att sjukvården ska vara möjlig. Vart går dock gränsen?²⁵ Det första steget i denna bedömning är att undersöka vad som är ett önskvärt beteende, d.v.s. ett alltid tillåtet risktagande, genom att finna objektiva

²⁰ Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s.135.

²¹ Ibid. s.172.

²² Ibid. s.136.

²³ Ibid. s.138.

²⁴ Ibid. s.113 och s.150 f.

²⁵ Holmqvist 1985, s. 184.

aktsamhetsstandarder som gäller för alla personer. Dessa standarder går i första hand att hitta i lag eller andra regler utfärdade av myndigheter. 6 kap. 1 § PSL som stadgar att arbete ska utföras i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, är utgångspunkten för sjukvårdspersonalen.²⁶ Vad detta innebär preciseras dock inte i lag, och ser man till förarbeten behandlas det knappt. Det förarbetena berättar är att man i första hand ska ta vägledning av Socialstyrelsens utfärdade föreskrifter och råd. Om dessa inte räcker, utan nya behandlingsmetoder utvecklas, får man stödja sig på vetenskapsgrunden, samt eventuell erfarenhet av försök på djur mm.²⁷ Den ständiga utveckling som sker inom sjukvården gör dock att gränsen till vad som faller inom vetenskap och beprövad erfarenhet ständigt förändras och aldrig är självklar.²⁸

Ett exempel på ovan nämnda problemställning har uppmärksammats i samband med Astrid Lindgren-fallet där en läkare stod åtalad för dråp efter att ha anklagats för att ha injicerat kramplösande medel i ett spädbarn och därmed ha skyndat på dennes död. Läkaren friades eftersom domstolen inte ansåg att orsakssambandet hade bevisats.²⁹ Målet har dock lett till oklarheter om vad som är i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Ges injektionen kan det ses som dråp, med ges den inte kan det istället handla om försummelse, d.v.s. en oaktsam underlåtelse.³⁰

Vid culpabedömningen gör man normalt även en hänvisning till omdömet hos bonus pater familias. Även här finns dock svårigheter inom sjukvården eftersom en tydlig sedvana inte alltid finns. Det höga kravet på kunskap om sjukvård, gör även att domstolarna sällan avviker från åberopade expertutlåtanden i denna bedömning.³¹

²⁶ Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s.155 f.; Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 248 f.

²⁷ Prop. 1993/94:149, s.65; SOU 1989:60, s. 59.

²⁸ Rönnberg 2016, s. 184.

²⁹ Solna tingsrätt, Mål B 1703-09.

³⁰ Lynøe 2013, s. 276; Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 138.

³¹ Holmqvist 1985, s. 184.

Förlossningsläkarfallet är ett exempel där denna första del av gärningsculpabedömningen skett exemplariskt. För att ta reda på om läkaren förfarit i överrensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet tog tingsrätten hänsyn till sjukhusets riktlinjer, läroböcker, två PM samt Socialstyrelsens, IVO:s och HSAN:s beslut och uttalanden om ärendet. Slutligen uttalande sig även två oberoende experter i form av vetenskapliga råd i frågan.³² Detta sistnämnda kan ställas mot Dialysmålet, där åklagaren kallade experter dels i form av läkare som hade ett personligt intresse i målet p.g.a. att de själva riskerade åtal, dels tekniker som hade ett ekonomiskt intresse i det dialyssystem som sjuksköterskan lyckats stänga av larmet och automatstoppet till. Högsta domstolen (HD) ansåg inte att detta jäv var något som skulle föranleda prövningstillstånd i sista instans.³³

Vid riskbedömningen tar man även hänsyn till att vårdskador sker i sjukvårdspersonalens yrkesutövning. Yrkesutövare bedöms alltid hårdare i deras yrkesutövning än lekmän.³⁴ Domstolarna påpekar ofta i sina bedömningar av sjukvårdspersonalens handlande, att de ställer högre krav på aktsamhet p.g.a. sjukvårdsverksamhetens höga risk.³⁵

Avslutningsvis ska man använda ovan beskrivna objektiva standarder på den konkreta situationen i det enskilda fallet för att se vad en person i samma position i tid och rum skulle ha gjort.³⁶ Den möjliga skadans storlek och sannolika inträffande ska vägas mot syftet och nyttan med handlingen.³⁷ I Kalmarfallet, där en sjuksköterska av misstag blandat en för stark infusionslösning till ett spädbarn efter att ha förväxlat två olika koncentrationer av läkemedlet, kan man se att domstolen gjort en avvägning mellan olika omständigheter. Domstolen konstaterade att aktsamhetskravet i detta fall var högt p.g.a. sjukvårdens riskfyllda karaktär och eftersom läkemedelshandlingen typiskt sett är förenad med särskilda risker. Detta

³² Eksjö tingsrätt, Mål B 417-12 (s. 13 ff.).

³³ Ödegård, 2013, s. 40; Svenaeus, 2013, s.96.

³⁴ Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s.158.

³⁵ Se t.ex. NJA 2006 s. 228 (s. 244), s. och Eksjö Tingsrätts mål B 417-12 (s. 12).

³⁶ Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 249.

³⁷ Holmqvist 1985, s. 184 f.

vägde domstolen mot det faktum att det var ett oavsiktligt misstag och att det förelåg allvarliga brister i sjukhusets rutiner. Dock tyckte tingsrätten att det personliga yrkesansvaret och patienternas fortsatta trygghet och förtroende för vården vägde tyngst, vilket resulterade i att hon dömdes för vållande till annans död.³⁸

3.2.3 Har följden orsakats på ett relevant sätt?

Nästa steg, att bedöma om en handling står i orsakförhållande till följden, beskriver Asp, Ulväng och Jareborg som ganska lätt att avgöra i de flest fall med hjälp av sunt förnuft och erfarenhet. Sjukvården är dock ett av deras exempel på besvärliga områden där domstolen ofta behöver använda sig av vetenskap och experter för att veta varför en skada eller död inträffat.³⁹ Ofta står sjukvården inför särskilda tillämpningsproblem i orsaksbedömningarna eftersom det nästan alltid finns flera kumulativa eller alternativa risktagande som kan ligga bakom skador och sjukdomar. Det kan t.ex. vara svårt att veta om en vårdskada beror på en felaktig behandlingsåtgärd eller sjukdomens naturliga händelseförlopp.⁴⁰ I det redan nämnda Förlossningsläkarfallet friade tingsrätten i slutändan läkaren som var åtalad då man inte ansåg att det visats att det var just hans felaktiga användande av sugklocka och underlåtenhet att istället använda kejsarsnitt som orsakat barnets död. Tingsrätten ansåg inte att utredningen kunnat visa vilken skada eller vilka skador barnet dött av, och inte heller i vilket skede dessa uppkommit. Flera expertutlåtande fanns, men då dessa inte kunde ge ett enhetligt svar och styrka orsakssambandet, kunde läkarens oaktsamhet inte anses brottslig.⁴¹

Hittar man ett orsakssamband mellan gärningsmannens kontrollerade handling/underlåtenhet och följd, som inneburit ett oaktsamt risktagande, är nästa steg att bedöma huruvida detta orsakande varit straffrättsligt relevant. Handlingen/underlåtenheten anses relevant om det konkreta

³⁸ NJA 2006 s.228 (s. 244 ff.).

³⁹ Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 78.

⁴⁰ Jfr Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s.166; Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 249; Holmqvist 1985, s. 187.

⁴¹ Eksjö tingsrätt, Mål B 417-12 (s.18 ff.).

händelseförloppet som följer tillhör den krets av plausibla händelseförlopp från gärningsmannens synvinkel, som är tillräckligt sannolika för att det ska ses som ett otillåtet risktagande. Asp, Ulväng och Jareborg förtydligar att det kan vara väldigt svårt att i verkligheten avgöra hur stora riskerna bör vara för att beaktas och att det blir en ytterst normativ bedömning.⁴² När man bedömer huruvida en skyddsgarants underlåtenhet haft relevant samband med följderna, blir bedömningen också högst hypotetisk. Då ska den handling som kunnat förväntas av skyddsgaranten, med hög sannolikhet ha förhindrat följderna inträde.⁴³ I ett mål där en SOS-sjuksköterska stod anklagad för vållande till annans död och framkallande av fara för annan, aktualiserades just sjukvårdspersonalens garantansvar p.g.a. att sjuksköterskan underlåtit att sända en ambulans till en person vars mjälte hade brustit. I sin hypotetiska bedömning, försökte domstolen utreda vad som hade hänt ifall en ambulans hade skickats. Utredningen kunde dock varken fastställa när personen hade avlidit eller om en tidigare hypotetisk vård faktiskt hade förändrat utgången. Trots sjuksköterskans oaktsamhet tyckte hovrätten därför inte att han kunde dömas för vållande till annans död eftersom man inte såg det som högst sannolikt att döden hade kunnat undvikas.⁴⁴

En annan intressant bedömning som behövde göras i ovan SOS-fall, var om sköterskan istället kunde fällas till ansvar för framkallade av fara för annan. I farebedömningen ska oaktsamheten vara relevant i förhållande till livsfaran istället för döden. Denna livsfara ska ha varit konkret.⁴⁵ Det innebär att det ska ha varit existentiellt möjligt att faran leder till döden och att den ska ha varit plausibel, d.v.s. sannolik. Om en farokälla neutraliseras, t.ex. en förgiftad brunn fylls igen, är kravet på konkret fara inte uppfyllt.⁴⁶ I SOS-fallet konstaterade hovrätten att personens mjälte måste ha brustit under tiden som personen varit i kontakt med SOS och att en brusten mjälte

⁴² Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 164 f.

⁴³ Nilheim och Leijonhufvud 2013, s. 251.

⁴⁴ Svea hovrätt, Mål B 10810-11 (se resonemang på s. 8 ff.).

⁴⁵ Ibid. (s. 10).

⁴⁶ Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s. 93–99.

normalt sett leder till en snabb död. Detta gav ett kort tidsintervall vilket hovrätten tyckte talade för att ambulansen sannolikt inte hade kunnat komma fram i tid för att avvärja livsfaran. Därmed ansåg de inte att sköterskans underlåtenhet att larma ambulansen hade orsakat någon livsfara.⁴⁷ I NJA 1987 s.490 åtalades en läkare för framkallande av fara för annan efter att han genom en felskrivning ordinerade för starkt lugnande medel till ett barn, vilket efter en sjuksköterskas injicering resulterade i andningsstillestånd som efter en stund kunde hävas. HD ansåg dock att någon konkret fara aldrig förelåg eftersom sjuksköterskan som gav pojken medlet anade oråd och därför övervakade barnet noga, vilket ledde till att hon kunde häva andningsstilleståndet.⁴⁸

I doktrin har Kalmarfallet och Dialysmålet skapat viss diskussion om vad som ska ses som ett relevant orsakande. I båda dessa fall har domstolarna ansett att en sköterskas misstag utgjort det relevanta orsakandet.⁴⁹ Lena Svenaeus, försvarare för den tilltalade i Dialysmålet, anser efter att ha studerat båda målen, att det sätt som domstolarna gör sin orsakssambands- och oaktsamhetsbedömning inte är anpassat till dagens arbetsplatser. Vad hon menar är att det sker en helt annan interaktion mellan människan, tekniken och organisationen, som inte funnits tidigare och som inte övervägs tillräckligt av domstolarna.⁵⁰

I Dialysmålet dömdes en sjuksköterska för vållande till annans död och framkallande av fara för annan, efter att av misstag lyckats stänga av larmet och automatstoppet till en dialysanläggning som pumpade in dialysvätska till flera patienter. Tre patienter avled och ytterligare tolv utsattes för livsfara.⁵¹ Tingsrätten och hovrätten fann att det var sjuksköterskans misstag att stänga av larmet som orsakade dödsfallen. Hovrätten menade även att hennes underlåtenhet att meddela avdelningsföreståndaren om sin åtgärd i

⁴⁷ Svea hovrätt, Mål B 10810-11 (s. 10 f.).

⁴⁸ NJA 1987 s.490.

⁴⁹ Svenaeus, 2013, s. 100; NJA 2006 s.228.

⁵⁰ Svenaeus, 2013, s. 93.

⁵¹ Ödegård, 2013, s. 33 ff.

tankrummet, var orsaken till att hon utsatte patienterna för fara.⁵² I försvarets resningsansökan, som avslogs, framfördes bl.a. att åklagarens utredning brustit vad gällde alternativa skadeorsaker. När Socialstyrelsen sedan presenterade sitt beslut i den utredning som skett parallellt med åklagarens (eftersom händelsen lex Maria-anmälts), framgick det att stora brister fanns att hitta runt sköterskan i avdelningens rutiner, dialysmaskinens konstruktion mm. Socialstyrelsen pekade även ut andra människor som bar stort ansvar i olyckan, men som aldrig åtalades.⁵³

I det redan berörda Kalmarfallet⁵⁴ gjorde tingsrätten i sin orsaksbedömning ett försök att även se till de bakomliggande orsakerna till sköterskans misstag. Domstolen konstaterade att det fanns stora brister i rutinerna och metoderna på sjukhuset, samt att de två olika koncentrationerna av läkemedlet tidigare hade förväxlats. Tingsrätten kom fram till att detta kunde vara förklaringen till sköterskans misstag, men att det inte utgjorde sådana omständigheter som enligt lag friade henne från ansvar. Hovrätten följde samma spår. HD gjorde dock ingen orsaksbedömning utan ansåg det redan vara klarlagt. I två korta meningar uppmärksammade dock även de att det förelåg allvarliga brister i sjukhusets rutiner, men att dessa inte begränsade sjuksköterskans eget ansvar och därmed inte kunde anses utgöra en sådan ursäkt som friade sköterskan från ansvar.⁵⁵

Svenaesus ställer sig starkt kritisk till ovan gjorda bedömningar och menar att orsaksbegreppet, som inte definierats i lag utan har fått utvecklas i doktrin, genom domstolarnas tillämpning, har kommit att bli alltför förenklat och endast fokuserar på den sista utlösande faktorn. Det krävs enligt Svenaesus att man även ser till bakomliggande orsaker i systemet eftersom det annars blir som att endast se de sista fem minuterna av en film.⁵⁶ För att komma tillrätta med detta problem anser hon att det straffrättsliga oaktsamhetsbegreppet måste anpassas. Samtidigt måste

⁵² Ödegård, 2013, s. 36 ff.

⁵³ Ibid. s. 40 ff.

⁵⁴ Se sista stycket i kap. 3.2.2.

⁵⁵ NJA 2006 s.228 (s. 241 och 243 ff.).

⁵⁶ Svenaesus, 2013, s. 100.

ansvarsbestämmelserna inom sjukvården anpassas så att straffkulturen får träda tillbaka till fördel för säkerhetskulturen som präglar sjukvården.⁵⁷ Svenaeus föreslår att en ny bestämmelse om oaktsamhet i arbetslivet eller riskfylld verksamhet bör införas i anslutning till oaktsamhetsbrotten i 3 kap. BrB.⁵⁸ För straffansvar ska man behöva ha i ”väsentlig mån brustit i den omsorg och varsamhet som betingas av säkerheten för tredje man”⁵⁹. I förarbetet ska lagstiftaren förtydliga att den orsakssambandsbedömning som ska göras vid olyckorna, ska ta hänsyn till såväl orsaker i systemet och rutinerna, som i den sista utlösande faktorn.⁶⁰

⁵⁷ Svenaeus, 2013, s. 93.

⁵⁸ Ibid. s. 108 f.

⁵⁹ Ibid. s. 109.

⁶⁰ Ibid. s.109.

4 Den straffrättsliga legalitetsprincipen

4.1 Syftet med legalitetsprincipen

Den straffrättsliga legalitetsprincipen är en rättsstatlig princip som förenklat innebär att straff inte bör utdömas utan direkt lagstöd. I praktiken bidrar den till att separera lagstiftningsmakten från domstolsmakten genom att den förhindrar politiskt inflytande och godtycke inom rättsväsendet.⁶¹ Domstolar ska fatta sina beslut baserade på objektiva normer och inte efter egen uppfattning av vad som är straffvärt. Syftet med detta är att skapa förutsebarhet och rättssäkerhet för medborgarna genom att de ska kunna utläsa ur lagen vad som är straffbart och vilka straffrättsliga följder det beteendet kan leda till.⁶² Utöver rättssäkerhetsskäl så är legalitetsprincipen även av vikt för straffrättens preventiva syfte. Enligt Feuerbach krävs det att människor känner till vad som är straffbart och vilket straff som kan följa av deras gärningar, för att straffrätten ska ha ett avskräckande resultat. Utan tydlig lagstiftning och domarnas lagbundenhet går förutsebarheten och den avskräckande effekten förlorad.⁶³

4.2 Legalitetsprincipens delar

Legalitetsprincipen består utöver det redan nämnda föreskriftskravet även av tre förbud, nämligen retroaktivitetsförbudet, analogiförbudet samt obestämdhetsförbudet. Med undantag för obestämdhetsförbudet, så finns hela principen lagfäst i svensk rätt i 2 kap. 10 § första stycket RF, artikel 7 EKMR, 1 kap. 1 § BrB samt 5 § första stycket lagen om införande av brottsbalken (1964:163).⁶⁴

⁶¹ Thornstedt 1994, s. 58 f och s. 68; Asp 2002, s. 267.

⁶² Thornstedt 1994, s. 68 f.

⁶³ Ibid. s. 59.

⁶⁴ Asp 2002, s. 268 ff.

Analogiförbudet förbjuder att man tillämpar en strafföreskrift utanför dess betydelseområde till nackdel för den tilltalade. Rättstillämparen begränsas alltså av föreskriftens ordalydelse.⁶⁵ Retroaktivitetsförbudet förbjuder i sin tur både retroaktiv strafflagstiftning och retroaktiv rättstillämpning till nackdel för den tilltalade, för att en person inte ska straffas för något som inte var straffbelagt vid gärningstillfället.⁶⁶ Frände menar dock att retroaktivitetsförbudet inte är tillämplig på praxisändringar, t.ex. när domstolen ändrar inställning och anser en tidigare typ av tillåten gärning vara otillåten. Detta motiverar han med hänvisning till att samhällsnyttan av att kunna anpassa praxis efter de impulser som samhällsutvecklingen ger, väger tyngre än den förutsebarhet som en fast praxis innebär.⁶⁷

Den sista delen av legalitetsprincipen är obestämdhetsförbudet som tvingar lagstiftaren till viss precision vid författandet av strafföreskrifterna. En föreskrift kan anses obestämd dels p.g.a. att den är tekniskt komplicerad (t.ex. hänvisar till utfyllnadnormer i andra författningar), dels för att den innehåller obestämda rekvisit.⁶⁸ För att undvika detta är det av vikt att föreskrifterna är deskriptiva och undviker normativa eller vaga uttryck.⁶⁹ Bestämmdheten är en förutsättning för att kunna uppnå föreskrifternas tidigare nämnda preventiva syfte enligt Feuerbachs teori.⁷⁰ Detta förbud innebär dock störst tillämpningssvårigheter eftersom man inte helt kan undgå obestämda rekvisit, och eftersom det är en komplicerad fråga vart gränsen ska gå. Asp anser dock att en relevant fråga att ställa i gränsdragningen är om det finns möjlighet att formulera en mer precis bestämmelse.⁷¹ När man studerar Europadomstolens praxis om obestämdhetsförbudet är det även intressant att domstolen inte kräver att en normal medborgare själv ska kunna tyda straffbudet för att det ska vara tillräckligt bestämt, utan att

⁶⁵ Asp 2002, s. 269 f.

⁶⁶ Leijonhufvud, Wennberg och Ågren 2015, s. 32.

⁶⁷ Frände 1989, s. 238.

⁶⁸ Asp 2002, s. 270 f.

⁶⁹ Thornstedt 1994, s. 72.

⁷⁰ Frände 1989, s. 115.

⁷¹ Asp 2002, s. 270f.

lämplig juridisk rådgivning, t.ex. domstolen, kan behövas.⁷² Dessutom kan en klar och tydlig rättspraxis även innebära att en annars otydlig lagbestämmelse ses som tillräckligt bestämd.⁷³ En viktig aspekt är också att obestämdhetsförbudet, till skillnad från resten av legalitetsprincipen, inte är lagfäst och därmed endast kan ses som en princip som bör följas till skillnad från en regel som ska följas.⁷⁴

4.3 Legalitetsprincipen och dess begränsningar

Hur förhåller sig då legalitetsprincipen till brottsrekvisitet oaktasamhet? Enligt Asp är detta en diskussion som inte har något helt klart svar eftersom gränserna för legalitetsprincipens tillämpning inte är helt klara.⁷⁵ Redan 1955 konstaterar Thornstedt att den moderna lagstiftningstekniken med de allt mer allmänt hållna rekvisiten och normativa uttrycken, skapar problem i förhållande till legalitetsprincipen. Principens krav på bestämdhet och förutsebarhet kan dock inte hävda sig mot behovet av att motverka luckor i lagen genom mer allmänt hållna rekvisit.⁷⁶ Thornstedt menar att legalitetsprincipens numera traditionella tillämpning är begränsad till straffrättens speciella del, alltså de enskilda straffbuden. Det är främst de objektiva rekvisiten som måste anges i lag för att förhindra att domstolarna skapar nya brott. Legalitetsprincipen utgör dock inget hinder för att problem hänförliga till straffrättens allmänna del, överlämnas till doktrin och rättspraxis.⁷⁷

Frände håller med Thornstedt, i vart fall vad gäller obestämdhetsförbudet, då han menar att det måste få förekomma obestämdhet inom straffrättens allmänna del för att den ska kunna tillämpas på alla typer av gärningar.

Detta menar Asp är förklaringen till varför det obestämda

⁷² Se bl.a. Kokkinakis v. Greece, 25 maj 1993, Series A no. 260-A, punkt 52 och Grigoriades v. Greece, 25 november 1997, Reports 1997-VII, punkt 37.

⁷³ Cantoni v. France, 15 november 1996, Reports 1996-V, punkt 29 och 35-36.

⁷⁴ Asp 2002, s. 270 f.

⁷⁵ Ibid. S. 272.

⁷⁶ Thornstedt 1994, s. 61.

⁷⁷ Asp 2002, s. 272f.

oaktsamhetsrekvisitet tillåts. Asp är även av åsikten att negativa rekvisit faller utanför legalitetsprincipens tillämpningsområde eftersom de dels inskränker straffbudet till fördel för den enskilde, dels ofta tillhör straffrättens allmänna del.⁷⁸

4.4 Andra straffbud i ljuset av legalitetsprincipen

Eftersom det inte finns någon studie utförd om relationen mellan legalitetsprincipen och det objektiva oaktsamhetsrekvisit som aktualiseras för oaktsamma handlingar inom sjukvården, kan det vara relevant att se till andra bestämmelsers förenlighet med legalitetsprincipen, för att få vägledning.

En jämförelse kan göras med blankettstraffbud, som utmärks av att de i straffbudet hänvisar till andra normer för att veta vad som är en brottslig gärning.⁷⁹ Dessa har kritiserats när de varit obestämda p.g.a. att de innehåller en opreciserad hänvisning till andra normer, s.k. utfyllnadnormer. När utfyllnadsnormerna varit dynamiska, d.v.s. har ändrats väldigt ofta, har man också ansett detta vara en omständighet som är problematisk ur ett legalitetsperspektiv.⁸⁰ Frände menar att straffbestämmelser vars behov av utanförstående normer åskådliggörs först i rättstillämpningen, är väldigt lika blankettstraffbud. Den enda skillnaden är att blankettstraffbud uttryckligen uttrycker att beaktande av utanförstående normer krävs, medan detta endast är underförstått för de förstnämnda.⁸¹ I kap. 3.1.2 första stycket, ser vi att detta sistnämnda är fallet när domstolen ska bestämma vad som är objektivet oaktsamt inom sjukvården. Kritiken som framförts mot blankettstraffbud är därför även relevant för oaktsamhetsrekvisiten i 3 kap. 7–9 §§ BrB.

Trots att blankettstraffbudsmetoden kritiserats ur ett legalitetsperspektiv, ska det även påpekas att den kan vara bra för att möjliggöra att hänsyn tas till

⁷⁸ Asp 2002, s. 273.

⁷⁹ Asp, Ulväng och Jareborg 2013, s.26.

⁸⁰ Asp 2002, s. 276.

⁸¹ Frände 1989, s. 246 f.

normer som annars hade varit omöjliga eller svåra att räkna in i bedömningen. Som ett exempel tar Asp upp 11 kap. 5 § BrB om bokföringsbrott som hänvisar till bokföringslagen (1999:1078), BFL, som i sin tur hänvisar till god redovisningssed.⁸² Asp har dessutom utrett hur 11 kap. 5 § BrB kan anses vara förenligt med legalitetsprincipen, samt hur det påverkas om den utfyllande BFL blir en mer allmänt hållen ramlag.⁸³ Föreskriftskravet anser han vara uppfyllt eftersom BrB hänvisar till BFL som i sin tur hänvisar till god redovisningssed. Det faktum att detta sistnämnda begrepps innebörd bestäms genom företags praxis och rekommendationer som inte definieras i lag, skapar inga problem med föreskriftskravet. Inte heller anser han att analogiförbudet eller retroaktivitetsförbudet bryts även om problem skapas av den faktorn att vad som är god redovisningssed inte uppkommer eller förändras vid en specifikt given tidpunkt. Det största problemet anser Asp istället ligga i obestämdhetsförbudets relation till begreppet god redovisningssed som av tidigare remissinstanser ansett var ett moraliskt laddat uttryck med tvetydigt innebörd.⁸⁴ Han påpekar dock att obestämdhetsförbudet endast är en princip och därmed inte är ett absolut hinder mot obestämda regler.⁸⁵

⁸² Asp 2002, s. 260.

⁸³ Asp 1999, s. 16.

⁸⁴ Ibid. s. 33 f.

⁸⁵ Ibid. s. 36.

5 Analys

5.1 Föreligger det någon diskrepans?

Min första frågeställning är om det föreligger någon diskrepans mellan den i teorin utvecklade objektiva oaktksamhetsbedömningen, d.v.s. gärningsculpabedömningen, och de avvägningar som krävs vid situationer som uppstår inom hälso- och sjukvården?

Efter att ha granskat den praxis som finns, går det att konstatera att domstolarna i stort följer den i doktrin utvecklade gärningsculpamodellen för att bedöma vad som är objektiv oaktksamhet. Samtidigt uppfattar jag, precis som Holmqvist, att det föreligger vissa problem när modellen tillämpas inom sjukvården. Framförallt är där två delar av gärningsculpabedömningen jag har funnit vara befästa med särskilda tillämpningssvårigheter, vilket äventyrar en förutsebar bedömning.

Till att börja med kan svårigheterna i att avgöra vad som är ett otillåtet risktagande inom sjukvården uppmärksammas.⁸⁶ Grundtanken i denna bedömning är att hitta en objektiv standard som är lika för alla. Det finns, precis som på många andra områden, objektiva standarder att ta ledning av i form av lagar och föreskrifter som berör sjukvården. Eftersom frasen vetenskap och beprövad erfarenhet är så vag blir Socialstyrelsens råd och föreskrifter det som väger tyngst. Samtidigt räcker inte dessa till p.g.a. frasens dynamiska innebörd. I Astrid Lindgren-fallet ser vi svårigheterna som kan uppstå av denna osäkerhet.⁸⁷ I Förlossningsläkarfallet och Dialysmålet blir resultatet att olika experter kan behöva plockas in för ytterligare vägledning. Frågan är dock hur man kan säkerställa att dessa experter är objektiva och representerar ett allmänt synsätt av vad som är normal oaktksamhet i sjukvården. Enstaka experters åsikter kan enligt min mening aldrig ge samma säkerhet eller objektivitet som föreskrifter, vilka är

⁸⁶ Se kap. 3.2.2.

⁸⁷ Se kap. 3.2.2.

allmänt giltiga och kan följas av alla. Dialysmålet är ett exempel av när objektiviteten äventyras, eftersom experterna som vittnar har ett intresse av utfallet i målet. Samtidigt innebär domstolarnas bristande kunskap om den medicinska vetenskapen att de inte kan ha samma kritiska förhållningssätt som de annars hade haft utan istället måste förlita sig på dessa experter helt. Dessa faktorer gör att vad som enligt teorin bara är att se till klara standarder i lag och föreskrifter och vad en normalt aktsam person hade gjort, inte stämmer så bra överens med vad man tvingas göra för att avgöra vad som är oaktsamt inom sjukvården. Dessutom äventyras objektiviteten och förutsebarheten i bedömningen eftersom man i brist på klara standarder tvingas använda experter.

Det andra området med tillämpningssvårigheter är att avgöra vad som är ett relevant orsakande inom sjukvården. Svenaeus kritiserar orsaksbedömningen för att den enligt henne har blivit alltför förenklad och endast fokuserar på den sista utlösande faktorn. Detta menar hon är ytterst olämpligt inom sjukvården där det sker en stor interaktion mellan människan, tekniken och organisationen som borde beaktas i större utsträckning. Jag är beredd att hålla med om detta. I Dialysmålet pekar Socialstyrelsens utredning på att åklagaren borde ha beaktat fler alternativa skadeorsaker. I Kalmarfallet verkar ett försök att se ovanstående interaktion i vart fall ha skett, men sedan har HD dömt bort omständigheterna som icke ursäktande. Vad som är en ursäktande omständighet har dock inget med gärningsculpabedömningen att göra och domstolen framstår i mina ögon som osäker på i vilken del av brottsbegreppet dessa omständigheter ska beaktas. Ser man däremot till NJA 1987 s.490, har man vid bedömningen av huruvida läkarens felaktiga ordination lett till fara, beaktat det faktum att en sjuksköterska anat oråd och därför hela tiden bevakat barnet. Detta ledde till att man inte ens ansåg att läkaren orsakat någon fara. Även om denna bedömning tar sikte på om det överhuvudtaget föreligger ett orsakssamband, tycker jag att den demonstrerar att det är av vikt att också se andra omständigheter innan man skuldbelägger en person som råkat göra fel inom sjukvården.

Avslutningsvis kan jag konstatera att orsaksbedömningen inom sjukvården är behäftad med särskilda bevisvårigheter, eftersom det ofta finns många alternativa och kumulativa orsakanden. Förlossningsläkarfallet demonstrerar detta tydligt.⁸⁸

5.2 Är kravet på legalitet uppfyllt?

Min andra frågeställning är om det objektiva oaktsamhetskravet som följer av 3 kap. 7–9 §§ BrB, d.v.s. kravet på gärningsculpa, är förenligt med legalitetsprincipen för gärningar och underlåtenhet företagen inom sjukvården.

Efter att ha granskat legalitetsprincipens tillämplighet och begränsningar har jag insett att det råder viss osäkerhet om vad som faktiskt omfattas av legalitetsprincipen, och hur denna förhåller sig till brottsrekvisitet oaktsamhet som är i fokus i denna bedömning. Till att börja med verkar en allmänt erkänd uppfattning i doktrin vara att legalitetsprincipen endast omfattar straffrättens speciella del, alltså de enskilda straffbuden. Asp, som menar att oaktsamhetsrekvisitet faller under straffrättens allmänna del, anser därför att oaktsamhetsrekvisitet helt faller utanför legalitetsprincipens krav. Som nämnts finns det dock två olika typer av oaktsamhet. Den subjektiva oaktsamheten, som är lika för alla, kan jag hålla med om tillhör den allmänna delen. Även gärningsculpabedömningen som är en allmän tolkningsprincip, har en allmän räckvidd som talar för att även den tillhör straffrättens allmänna del. En invändning kan vara att kravet på gärningsculpa är något som följer av rekvisiten i varje enskilt straffbud, främst tolkningen av kausalitetsrekvisiten, och att reglerna om vad som anses oaktsamt skiljer sig åt i varje fall. Inom sjukvården är det specifika standarder som måste beaktas för att man ska veta vad som är ett otillåtet risktagande. Detta kan tala för att det objektiva oaktsamhetskravet är speciellt för varje enskilt straffbud, och att legalitetsprincipen faktiskt är

⁸⁸ Se kap. 3.2.3.

tillämplig. Därför anser jag att det fortfarande är av intresse att se hur det objektiva oaktsamhetskravet förhåller sig till legalitetsprincipens krav.

Från lag och doktrin har jag kunnat utröna att legalitetsprincipen består av fyra delar: föreskriftskravet, analogiförbudet, retroaktivitetsförbudet och obestämdhetsförbudet. Det objektiva oaktsamhetskravets förenlighet med nämnda delar av legalitetsprincipen ska nu diskuteras i tur och ordning.

Jag tycker att mycket talar för att föreskriftskravet i detta fall är uppfyllt. Det är föreskrivet i 3 kap. 7–9 §§ BrB att det är brottsligt att av oaktsamhet orsaka skada, sjukdom eller död eller att framkalla fara för detta för någon. Vidare vänder man sig främst till andra lagar och föreskrifter för att tolka vad som är ett oaktsamt orsakande inom sjukvården. Ett problem som dock kan uppstå är när Socialstyrelsens föreskrifter inte ger någon ledning i den uppkomna situationen och experter behöver tas in för att tolka det vaga begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet. Dessa situationer kan äventyra både det krav på förutsebarhet som legalitetsprincipen bygger på, samt förhindrandet av godtycke inom rättsväsendet då stort utrymme ytterst lämnas till domstolarnas eget tyckande. Samtidigt kan det nämnas att Asp vid sin bedömning av begreppet god redovisningssed, inte ansåg det faktum att dess betydelse bestämdes av företags praxis och rekommendationer, utgjorde en omständighet som stred mot föreskriftskravet.

Några tillämpningar i praxis som talar för en överträdelse av analogiförbudet har jag inte upptäckt. Detta har inte heller påpekats av någon i doktrin.

Det faktum att frasen vetenskap och beprövad erfarenhet, som ligger till grund för vad som är tillåtet risktagande i sjukvården, har en väldigt dynamisk innebörd tycker jag är något som kan skapa problem i förhållande till retroaktivitetsförbudet. En förändring i praxis av vad som faller här under är väldigt svår att koppla till en specifikt given tidpunkt. Detta gör det väldigt svårt för sjukvårdspersonalen att förutse vad som vid tillfället är straffbart, vilket är ett av huvudsyftena med legalitetsprincipen. Frände

menar dock att retroaktivitetsförbudet inte är tillämpligt på förändringar i praxis. Detta förändrar dock inte det faktum att den dynamiska innebörden är problematisk ur förutsebarhetens perspektiv och att både läkare, patienter och jurister säkert hade uppskattat om man hittat en lösning som skapat större förutsebarhet och mindre osäkerhet kring vad som gäller.

Avslutningsvis ska obestämdhetsförbudet beröras. 3 kap. 7–9 §§ BrB, som implicit hänvisar till andra normer för fastställande av oaktsamt orsakande/framkallande, kan såsom Frände påpekar i hög grad anses påminna om blankettstraffbud. Precis som blankettstraffbuden kan 3 kap. 7–9 §§ BrB kritiseras för att vara oprecisa, då de inte ens hänvisar till sina utfyllnadsnormer, vilka dessutom är högst dynamiska. Det kan även nämnas att den främsta utfyllnadsnormen, som hänvisar till vetenskap och beprövad erfarenhet, är ytterst vag vilket även talar för att obestämdhetsförbudet kränks. Invändningsvis, har det av ovan nämnda rättsfall framgått att praxisen är väldigt tydlig om vilka utfyllnadsnormer som bör användas. Detta är en omständighet som enligt Europadomstolen gör att en bestämmelse kan ses som tillräckligt bestämd eftersom det endast är jurister som behöver kunna tyda straffbuden.

Som påpekats tidigare⁸⁹ verkar det även råda viss diskrepans mellan den, för gärningsculpabedömningen, klassiska bedömningen av relevant orsakande och den verklighet som föreligger inom sjukvården. Interaktionen mellan människan, tekniken och organisationen är något som gör orsaksavvägningarna svåra och rättsfallen ovan tycker jag visar att domstolarna har problem i dessa avvägningar. I Kalmarfallet har domstolen dömt bort omkringliggande omständigheter så som inte ursäktande. Försvaret verkar dock ha menat att det istället ska påverka den objektiva orsaksbedömningen. Ett visst förtydligade från lagstiftaren kan alltså behövas eftersom bestämmelserna verkar vara för obestämda. Såsom Asp påpekat kan det faktum att en mer precis bestämmelse är möjlig att formulera, tala för att den nuvarande är för obestämd. Svenaeus exempel av

⁸⁹ Se kap. 5.1.

en ny bestämmelse är ett alternativ som eventuellt hade kunnat förtydliga rättsläget. Asp tar dock även upp problemet med att obestämthetsförbudet faktiskt bara är en princip, och att den därför inte kan utgöra något absolut hinder mot någon redan gällande bestämmelse. Detta kan vara en förklaring till att någon förändring av lagbestämmelserna inte skett. Det kan även vara så att sjukvårdens föränderliga karaktär och behov av flexibilitet gör det omöjligt att vara mer precis. Den preventiva effekt man enligt Feuerbach får av klara och precisa straffbestämmelser, kanske inte är något man behöver eftersträva inom sjukvården eftersom verksamhetens mål trots allt är att bota sjukdomar och rädda liv. Det är alltså motsatsen till det beteende man anser straffbart.

5.3 Slutsatser

Min slutsats avseende den första frågeställningen, med hänsyn till vad som redogjorts för ovan, är att det föreligger en viss diskrepans mellan den i teorin utvecklade gärningsculpabedömningens utåt sett enkla övervägningar och de riktiga övervägningar som domstolarna stöter på. Framförallt är det svårt att hitta en objektiv förutsebar standard för vad som är ett aktsamt beteende när detta hela tiden ändras och experter måste användas för att utröna detta. Dessutom verkar den klassiska relevansbedömningen av orsakandet inte räcka till för att bedöma den komplexa interaktion som sker mellan människan, tekniken och organisationen inom sjukvården, vilket skapar en förvirring i domstolarnas motiveringar. Att bedöma vilken gärning som orsakat vilken skada är även behäftat med svåra problem.

Angående den andra frågeställningen vill jag säga att jag inte känner att det finns något klart och säkert svar. Det finns omständigheter som talar både för och emot att den objektiva oaktsamhetsbedömningen kan falla inom legalitetsprincipens tillämpningsområde. Faller den inom legalitetsprincipens tillämpningsområde är det främst obestämthetsförbudet, och eventuellt föreskriftskravet, som det brister i. Till detta kommer dessutom att obestämthetsförbudet faktiskt bara är en princip och man kan därför inte hävda att bestämmelserna p.g.a. obestämthet strider mot lagen.

Vad som dock säkert kan sägas är att ovan berörda diskrepans och möjliga trotsande av obestämdhetsförbudet och föreskriftskravet innebär att det är svårt att förutse vad som är brottslig oaktsamhet inom sjukvården. Även den ständigt förändrade praxisen bidrar till att rättsläget blir osäkert. Oavsett om detta är förenligt med legalitetsprincipen eller inte hade förutsebarheten i domstolarnas bedömningar och rättssäkerheten för sjukvårdspersonalen kunnat öka om rättsläget och lagbestämmelserna hade förtydligats.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Propositioner

Prop. 2009/10:210 Patientsäkerhet och tillsyn.

Prop. 1993/94:149 Åligganden för personal inom hälso- och sjukvården
m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 1989:60 Alternativmedicin 1.

Litteratur

Asp, Petter: 'Bokföringsbrott och legalitet', I: *SvJT* 1999, s. 16–47.

[Cit. Asp 1999]

Asp, Petter, *EU & straffrätten: studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*, Uppsala, Iustus Förlag, 2002.

[Cit. Asp 2002]

Asp, Petter, Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl., Uppsala, Iustus Förlag, 2013.

[Cit. Asp, Ulväng och Jareborg 2013]

Boucht, Johan: 'Om straffrättslig oaktsamhetsbedömning vid frivillig verksamhet förknippad med förhöjd risk', I *SvJT* 2013, s. 986 – 1016.

[Cit. Boucht 2013]

Frände, Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen: Der strafrechtliche Gesetzlichkeitsgrundsatz*, Helsingfors: Juridiska föreningens i Finland, Diss.: Univ, 1989.

[Cit. Frände 1989]

Holmqvist, Lena, 'Läkares ansvar för vållande till kroppsskada eller sjukdom' i: Jareborg, Nils och Träskman, Per Ole(red.), *Skuld och ansvar [straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson]*, s. 180–191, Uppsala, Iustus Förlag, 1985.

[Cit. Holmqvist 1985]

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod' i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro(red.), *Juridisk metodlära*, s. 21–45, 1 uppl., Lund, Studentlitteratur, 2013.

[Cit. Kleineman 2013]

Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg, Suzanne och Ågren Jack, *Straffansvar*, 9 uppl., Stockholm, Wolters Kluwer, 2015.

[Cit. Leijonhufvud, Wennberg och Ågren 2015]

Lynøe, Niels, 'Sjukvårdspersonal i kläm mellan olika lagstiftningar: Äventyras patientsäkerheten?' i: Ödegård, Synnöve (red.), *Patientsäkerhet [Teori och praktik]*, s. 267–278, 1 uppl., Stockholm, Liber, 2013.

[Cit. Lynøe 2013]

Nilheim, Lisa och Leijonhufvud, Madeleine, 'Ansvaret när patienter skadas' i: Ödegård, Synnöve (red.), *Patientsäkerhet [Teori och praktik]*, s. 234–266, 1 uppl., Stockholm, Liber, 2013.

[Cit. Nilheim och Leijonhufvud 2013]

Rönnerberg, Lena, *Hälso- och sjukvårdsrätt*, 4 uppl., Lund, Studentlitteratur, 2016.

[Cit. Rönnerberg 2016]

Svenaesus, Lena, 'Dialysmålet – ett rättvisans haveri' i: Ödegård, Synnöve (red.), *Patientsäkerhet [Teori och praktik]*, s. 92–110, 1 uppl., Stockholm, Liber, 2013.

[Cit. Svenaesus, 2013]

Thornstedt, Hans: 'Legalitet och teologisk metod i straffrätten' i: Jareborg, Nils (red.), *Metod och perspektiv: Texter i straffrätt, processrätt och skatterätt*, s. 55–105, Uppsala, Iustus Förlag, 1994.

[Cit. Thornstedt 1994]

Ödegård, Synnöve, 'Dialysolyckan i Linköping 1983' I: Ödegård, Synnöve (red.), *Patientsäkerhet [Teori och praktik]*, s. 33–44, 1 uppl., Stockholm, Liber, 2013.

[Cit. Ödegård, 2013]

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1987 s. 490.

NJA 2006 s. 228.

Hovrätterna

Svea hovrätt mål B 10810-11, dom 2013-04-11.

Tingsrätterna

Solna tingsrätt mål B 1703-09, dom 2011-10-21.

Eksjö tingsrätt mål B 417-12, dom 2014-03-27.

Europadomstolen

Kokkinakis v. Greece, 25 maj 1993, Series A no. 260-A.

Cantoni v. France, 15 november 1996, Reports 1996-V.

Grigoriades v. Greece, 25 november 1997, Reports 1997-VII.