



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Åkerman

Misstag inom hälso- och sjukvården
– mötet mellan hälso- och sjukvårdsrätten
och straffrätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin för examen: Period 1 HT 2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod och material	6
1.3.1 Rättsdogmatisk metod	6
1.3.2 Rättssociologiskt perspektiv	7
1.3.3 Material och forskningsläge	9
1.4 Avgränsningar	11
1.5 Disposition	12
2 HÄLSO- OCH SJUKVÅRDSRÄTT	13
2.1 Målinriktad lagstiftning	13
2.2 Patientsäkerhetslagen	15
2.2.1 Något om kraven på vårdgivaren	15
2.2.2 Något om kraven på hälso- och sjukvårdspersonalen	17
2.3 Vad är en vårdskada?	18
2.4 Vårdgivarens ansvar vid inträffade vårdskador	19
2.5 Inspektionen för vård och omsorg	21
2.5.1 Särskilt om IVO:s skyldighet att åtalsanmäla	22
2.6 Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd	23
2.7 Patienternas klagorätt	24
2.8 Röster om hälso- och sjukvårdens förhållande till straffrätten	26
3 STRAFFRÄTT	29
3.1 Brottbeskrivningarna	30
3.2 Ansvar genom underlåtenhet	32
3.3 Orsakande	35

3.3.1	NESS-testet	38
3.4	Oaktsamhet	39
3.4.1	Strahl	40
3.4.2	Wennberg & Leijonhufvud	41
3.4.3	Erenius	42
3.4.4	Frände	43
3.5	Gärningsculpa	44
3.5.1	Kontrollerad gärning	45
3.5.2	Otillåtet risktagande	45
3.5.3	Relevant risktagande	48
3.6	Personlig culpa	49
3.6.1	Medveten oaktsamhet	50
3.6.2	Omedveten oaktsamhet	50
4	RÄTTSPRAXIS	52
4.1	Avgöranden i Högsta domstolen	52
4.1.1	NJA 1987 s. 490 - Premedicineringen	52
4.1.2	NJA 2006 s. 228 - Kalmarmålet	53
4.2	Avgöranden i hovrätt	55
4.2.1	Abortläkaren	55
4.2.2	Dialysmålet	56
4.2.3	Skötaren	59
4.2.4	SOS-sjuksköterskan	61
4.3	Avgöranden i tingsrätt	63
4.3.1	Psykiatern	63
4.3.2	Förlossningsläkaren	65
5	ANALYS	68
5.1	Systemperspektiv kontra individfokus	68
5.2	Handling och underlåtenhet i en hälso- och sjukvårdskontext	70
5.3	Orsakande i en hälso- och sjukvårdskontext	72
5.3.1	Konkurrerande skadeorsaker	75
5.4	Culpa i en hälso- och sjukvårdskontext	76
5.4.1	Rättssociologisk reflektion kring effekten av gällande rätt	77
6	SLUTSATS	80
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	82
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	87

Summary

This essay aims to investigate and highlight the legal regulation of mistakes made in health care which led to, or risked leading to, serious patient injuries. In 2016 approximately 100 000 patients were injured in the Swedish healthcare system. This statistic highlights the need of active efforts to develop patient safety. Due to recent changes in Swedish health law, new regulations are reinforcing a system perspective in the supervision of health care. Instead of identifying and punishing responsible individuals, these regulations endeavor to encourage transparency about security risks and mistakes. In contrast to this focus on systems and contexts in preference to the focus on the individual in health law, stands the focus on the individual and his or her actions in criminal law. Through precedents, the Supreme Court has ruled that in general, higher demands must be made on caution and carefulness in activities associated with increased risk. This is motivated by patient safety and the common trust in health care.

By analyzing current health law vis-à-vis criminal law and practice, I find that there are tensions in relation to how mistakes that led to, or risked leading to, serious injuries in patients should be dealt with legally. I find that the system perspective in health law, as well as the unwillingness to hold individuals responsible, may lead to risk individuals remaining unidentified. There is also a risk for randomness in which cases ultimately are tried in court. Furthermore, I find that the legal trial of suspected acts of negligence leading to death, injury, illness or danger for others often becomes problematic in a healthcare context. The high requirements of causation, combined with the difficulty to discern the effects of patients' own illness or injuries, results in difficulties to punish even very blameful acts. At the same time, the high standards of carefulness put the healthcare workers in a vulnerable situation legally.

Sammanfattning

Denna uppsats syftar till att utreda och belysa gällande rätt kring misstag i vården som lett till, eller riskerat att leda till, allvarliga vårdskador. Under 2016 skadades ca 100 000 patienter i den svenska hälso- och sjukvården, varför ett aktivt patientsäkerhetsarbete är viktigt för att fortsätta utveckla vården och förebygga patientskador. Hälso- och sjukvårdsrätten har genom lagändringar de senaste åren gått allt mer mot att föredra ett systemperspektiv i granskningen av händelser inom hälso- och sjukvården. Istället för att identifiera och straffa den person som gjort fel, vill lagstiftningen uppmuntra öppenhet kring säkerhetsrisker och misstag för att möjliggöra åtgärdande av dessa. I djup kontrast till hälso- och sjukvårdens fokus på system och sammanhang framför individer, står straffrättens utpräglade fokus på den enskilde individen och dess handlande. Genom prejudikat har Högsta domstolen vidare fastslagit att man generellt måste ställa högre krav på aktsamhet i verksamheter förknippade med förhöjd risk, detta mot bakgrund av patienternas trygghet och förtroende för hälso- och sjukvården.

Genom en analys av gällande hälso- och sjukvårdsrätt, straffrätt och praxis finner jag att det föreligger spänningar mellan dessa två rättsområden i förhållande till hur misstag som lett till, eller riskerat att leda till, allvarliga vårdskador ska hanteras rättsligt. Jag finner dels att systemperspektivet inom hälso- och sjukvårdsrätten, liksom motviljan att ställa individer till svars, riskerar att leda till att riskindivider inte identifieras. Det finns även en risk för godtycklighet kring vilka fall som i slutänden blir prövade i allmän domstol. Jag finner vidare att de straffrättsliga prövningarna av misstänkta oaktsamhetsbrott i form av vållande till annans död, vållande till sjukdom eller kroppsskada samt framkallande av fara för annan ofta blir problematiska i en hälso- och sjukvårdskontext. Brottbeskrivningarnas höga krav på orsakssamband i kombination med patienternas egna sjukdoms- och skadeprocesser gör att det kan bli svårt att straffa gärningar som i och för sig är mycket klandervärda. Samtidigt försätter de högt ställda kraven på aktsamhet hälso- och sjukvårdens personal i en rättsligt utsatt situation.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen
JO	Justitieombudsmannen
IVO	Inspektionen för vård och omsorg
LYHS	Lagen om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område
PL	Patientlagen
PSL	Patientsäkerhetslagen
SYLF	Sveriges yngre läkarförbund

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Ska straffrihet gälla för hälso- och sjukvårdspersonal? De flesta jurister skulle det nog svara nej på en sådan fråga. Enligt den för en rättsstat grundläggande likhetsprincipen, som återspeglas i regeringsformen (SFS 1974:152), 1 kap, 9§, ska likhet gälla inför lagen.¹ Samtidigt kan det konstateras att förhållandena inom hälso- och sjukvården i vissa avseenden skiljer sig från förhållandena i samhället i övrigt. Inom hälso- och sjukvården fattar många människor dagligen beslut som är livsavgörande för andra människor. Läkare gör avancerade ingrepp i patienters kroppar och sjuksköterskor hanterar och administrerar potenta läkemedel. Hälso- och sjukvården är således en högriskverksamhet där små misstag riskerar att få stora konsekvenser för enskilda människors liv och hälsa.² Det finns därför god anledning att ställa höga krav på ett aktivt patientsäkerhetsarbete för att minska risken för fel och skador inom hälso- och sjukvården. En viktig del av ett sådant arbete är att fel och misstag ska lyftas fram, för att man ska kunna lära sig av misstagen och minska risken för att de inträffar igen. Mot bakgrund av ett sådant tänkande har röster höjts till stöd för något som närmast skulle kunna betraktas som en straffrihet för hälso- och sjukvårdspersonal, åtminstone vad gäller misstag orsakade av oaktsamhet inom ramen för personalens yrkesverksamhet. Straffrättens repressiva individfokus ses som ett hot mot utvecklingen av hög patientsäkerhet.³ Lagstiftningen har också allt mer gått mot ett systemperspektiv vid utredningar av fel i vården, snarare än ett individperspektiv där den felande (mänskliga) länken ska identifieras och kritiseras.⁴ Den här uppsatsen tar således fokus på vad som sker i mötet

¹ Lerwall (2017), s. 198–199.

² Se t.ex. Nilheim och Leijonhufvud (2013), s. 237.

³ Se t.ex. Sveriges yngre läkares förening (2013) och Gunnarsdotter (Läkartidningen 2014a).

⁴ Inrättandet av patientsäkerhetslagen och avskaffandet av disciplinpåföljder för hälso- och sjukvårdspersonal 2011 var t.ex. ett steg i den riktning, se prop. 2009/10:210 s. 72–73.

mellan två system med grundläggande olika förhållningssätt till misstag i vården som lett, eller riskerat att leda till, allvarliga vårdskador: hälso- och sjukvårdsrätten respektive straffrätten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda och belysa gällande rätt kring misstag i vården som lett till eller riskerat att leda till allvarliga vårdskador. Fokus ligger på hälso- och sjukvårdsrätt och straffrätt samt på mötet mellan dessa rättsområden.

För att kunna utreda gällande rätt på hälso- och sjukvårdens område ställs följande frågor:

- Vilka krav ställer lagstiftningen på vårdgivare och på hälso- och sjukvårdspersonal för förebyggande av allvarliga vårdskador?
- Vad är en allvarlig vårdskada?
- Vad gäller enligt hälso- och sjukvårdslagstiftningen när vårdpersonal av misstag orsakat, eller riskerat att orsaka, patienter allvarliga vårdskador?

För att kunna utreda gällande rätt på straffrättens område ställs följande frågor:

- Vilka omständigheter måste föreligga för att hälso- och sjukvårdspersonal ska kunna dömas till ansvar för brott efter att av misstag orsakat, eller riskerat att orsaka, patienter allvarliga vårdskador?
- Hur har händelser inom hälso- och sjukvården, där enskild vårdpersonal av misstag orsakat eller riskerat att orsaka patienter allvarliga vårdskador, bedömts i praxis?

Slutligen ställs följande frågor:

- Hur ser förhållandet ut mellan straffrätten och hälso- och sjukvårdens system för hantering av misstag i vården?
- Vilka problem, om några, kan tänkas uppstå i mötet mellan dessa system?

1.3 Metod och material

För besvarande av uppsatsens frågeställningar har jag huvudsakligen använt mig av rättsdogmatisk metod, som beskrivs under nästkommande avsnitt. I behandlingen av vissa delfrågor har jag dock också anlagt ett rättssociologiskt perspektiv, se avsnitt 1.3.2.

1.3.1 Rättsdogmatisk metod

I huvudsak har traditionella rättskällor använts i denna uppsats för att utreda och tolka gällande rätt. Denna metod brukar benämnas som rättsdogmatisk metod, ett begrepp vars innebörd i viss mån är oklart men också omtvistat och direkt kritiserat.⁵ Förenklat kan sägas att rättsdogmatiken syftar till att på vetenskaplig väg rekonstruera ett rättssystem.⁶ Man söker lösningen på ett visst rättsligt problem genom att tillämpa en identifierad rättsregel på den. Metoden vill beskriva vad som är gällande rätt och tar för detta ändamål hjälp av traditionella rättskällor, vanligen lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin, i sökandet efter svar.⁷ Även olika metoder för tolkning av rättskällorna, så som e contrario-slut och ändamålstolkning, används som redskap.⁸ Jareborg (2004) menar dock att det deskriptiva syftet inte hindrar att man går utanför gällande rätt för att vidga perspektivet. Att finna nya, bättre lösningar är i själva verket målet med all forskning, vilket förutsätter att värderande ståndpunkter tillåts.⁹ Peczenik (2005) delar bilden av att

⁵ Jmf t.ex. Sandgren (TfR 2008), s. 649 och Peczenik (SvJT 2005), s. 252.

⁶ Jareborg (SvJT 2004), s. 4.

⁷ Kleineman (2013), s. 21.

⁸ Peczenik (SvJT 2005), s. 249.

⁹ Jareborg (SvJT 2004), s. 4.

rättsdogmatiken förutom att vara deskriptiv också måste få innehålla normativa komponenter. Rättsdogmatiken är således inte rent deskriptiv och inte rent normativ, utan en kombination av båda.¹⁰

I syfte att precisera den rättsdogmatiska metod just jag använt mig av, vilket utifrån anspråken på vetenskaplighet borde vara eftersträvansvärt, så har jag alltså använt mig av rättskällorna för att förstå gällande rätt inom dels hälso- och sjukvårdsrätten, dels straffrätten. Rättskällorna har behandlats utifrån rättskällevärdens hierarki, där stadganden i lagstiftning väger tyngst följt av rättspraxis, lagförarbeten och doktrin i nämnd ordning. Utifrån rättskällorna har abstraktion av information gjorts på flera nivåer. Detta för att t.ex. kunna dra slutsatser om hur ett visst begrepp ska förstås, eller om hälso- och sjukvårdsrättens och straffrättens olika syften och perspektiv och dess förhållande till varandra. Syftet har dock fortfarande varit att vara deskriptiv. I uppsatsens analysdel har jag däremot tillåtit mig att göra egna värderingar, bedömningar och analyser utifrån de deskriptiva ramar som uppsatsens tidigare delar uppställt.

1.3.2 Rättssociologiskt perspektiv

I behandlingen av ett par av uppsatsens delfrågor har jag frångått det traditionellt rättsdogmatiska synsättet och snarare antagit ett rättssociologiskt perspektiv. Det gäller dels frågan om hur misstag inom hälso- och sjukvården har bedömts i praxis från de allmänna domstolarna. Det gäller även frågan om förhållandet mellan straffrätten och hälso- och sjukvårdens system för hantering av misstag i vården, liksom frågan om vilka problem som kan tänkas uppstå i mötet mellan dessa system. Orsaken till detta är att rättssociologin, liksom jag i dessa delfrågor, intresserar sig för rättens orsaker liksom dess konsekvenser och funktioner i praktiken.¹¹

Rättssociologi behandlar frågorna om bandet mellan rätten och samhället. Den rättsdogmatiska rättsvetenskapen utgår från rättskällorna och

¹⁰ Peczenik (SvJT 2005), s. 250.

¹¹ Hydén (2002), s. 16.

intresserar sig egentligen inte för hur samhället tillämpar rättsreglerna – den förutsätter att tillämpningen överensstämmer med rättskällorna. Rättssociologin däremot behandlar frågorna om hur rätten tillämpas oberoende av såväl lag som andra rättskällor.¹² Ur ett rättsdogmatiskt perspektiv kan praxis vara relevant, men då främst som rättskälla. Det torde därmed främst vara prejudikat som är av värde för rättsdogmatikern. I denna uppsats har jag önskat ta ett bredare grepp och undersöka hur domstolarna i praktiken har tillämpat gällande rätt i sin verksamhet. I den frågeställning som gäller praxis i samband med misstag i hälso- och sjukvården intresserar jag mig således inte enbart för prejudikat i syfte att utröna gällande rätt, utan jag vill granska hur allmänna domstolar generellt förhåller sig till misstag i vården. Det rättssociologiska perspektivet innebär således att även rättsfall från lägre instanser har inkluderats och analyserats.

Vad gäller frågorna om förhållandet mellan straffrätten och hälso- och sjukvårdens system för hantering av misstag i vården, och vilka problem som kan tänkas uppstå i mötet mellan dessa system, så vill jag även där diskutera vilka konsekvenser gällande rätt får i praktiken. Jag intresserar mig till exempel för hur straffrätten uppfattas i en hälso- och sjukvårdskontext och om, och i så fall hur, detta kan tänkas påverka praxis. Jag har därför i behandlingen av dessa delfrågor använt mig av källor som är av annan karaktär än strikt juridisk, och som därför inte skulle vara relevanta som källor med ett traditionellt rättsdogmatiskt synsätt. Detta är särskilt tydligt i avsnitt 2.8 som beskriver olika röster om hälso- och sjukvårdens förhållande till straffrätten. Vid analysen av dessa delfrågor innebär det rättssociologiska perspektivet vidare att jag inte begränsar mig till att diskutera de juridiska begreppen och tillämpningen av dem. Jag diskuterar även de effekter gällande rätt kan tänkas leda till i samhället.

Ett rättssociologiskt perspektiv innebär *inte* att jag tillämpat typisk rättssociologisk metod, i den bemärkelsen att jag skulle ha använt kvantitativ eller kvalitativ forskningsmetod för att kartlägga effekterna av gällande rätt i

¹² Hydén (2013), s. 207–208.

samhället. Det rättsociologiska perspektivet handlar i detta sammanhang istället om att jag vid behandlingen av vissa delfrågor använt mig av källor som inte skulle erkännas som rättskällor med ett rättsdogmatiskt synsätt, och att jag utifrån samtliga källor tagit mig friheten att reflektera över de konsekvenser gällande rätt kan tänkas leda till i samhället.

1.3.3 Material och forskningsläge

I uppsatsen används traditionella rättskällor i form av lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin för att söka svar på uppsatsens frågeställningar.

Genom att ta del av lagförarbeten kan man skapa sig en uppfattning om de tankar och avsikter som ligger bakom en viss lagstiftning. De senaste åren har lagstiftningen kring patientsäkerhet genomgått stora förändringar – bland annat upphörde den tidigare lagen om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område (LYHS, SFS 1998:531) att gälla den 1 januari 2011 och ersattes då av patientsäkerhetslagen (PSL, SFS 2010:659). Ytterligare förändringar har sedan införts. Lagändringarna och dess förarbeten gör det möjligt att ana ideologiska mönster där man exempelvis just nu ser en strävan efter ett fokus på brister i systemet i samband med misstag i vården, snarare än på brister hos enskilda individer.¹³ Detta då ett minskat syndabockstänkande förväntas öka öppenheten kring misstag i vården och därmed ge ökad möjlighet att förebygga dem, vilket gagnar patientsäkerheten.¹⁴ Denna ideologiska synvinkel delas uppenbart av Synnöve Ödegård, leg. sjuksköterska och doktor i folkhälsovetenskap, som varit redaktör för antologin ”Patientsäkerhet – teori och praktik” (2013) och dess föregångare ”I rättvisans namn – ansvar, skuld och säkerhet i vården” (2007). I böckerna lyfts bland annat omdiskuterade rättsfall, som Dialysmålet och Kalmarmålet (se avsnitt 4.2.2 respektive 4.1.2), fram och diskuteras kritiskt. I antologin medverkar bland annat Lisa Nilheim och Madeleine Leijonhufvud med ett kapitel om det rättsliga ansvaret vid patientskador.

¹³ Se t.ex. prop. 2009/10:210, s. 73.

¹⁴ Prop. 2009/10:210, s. 65–66 samt s. 72–74.

Straffrättsligt avgränsar sig uppsatsen till de tre brottsrubriceringarna vållande till annans död, vållande till kroppsskada eller sjukdom samt framkallande av fara för annan (brottsbalken, BrB, SFS1962:700, kap. 3, 7–9§§). Några problem som särskilt kan aktualiseras i de straffrättsliga bedömningarna av misstag inom hälso- och sjukvården är vad som ska bedömas som handling kontra underlåtenhet, hur oaktsamhet ska bedömas i en riskfylld verksamhet, samt vad som är ett relevant orsakande vid handling respektive underlåtenhet. En rad straffrättsteoretiker har behandlat dessa problem i verk som antingen behandlar straffrätt mer allmänt, eller i verk som fokuserar på ett specifikt begrepp eller problem. Till de verk som ger en övergripande introduktion till straffrätten hör exempelvis ”Allmän straffrätt i vad angår brotten” av Ivar Strahl, ”Allmän straffrätt” av Dan Frände och ”Straffansvar” av Madeleine Leijonhufvud, Susanne Wennberg och Jack Ågren. Min framställning har sin tyngdpunkt i ”Kriminalrättens grunder” av Petter Asp, Magnus Ulväng och Nils Jareborg. Till verk som behandlar specifika problem kan nämnas Cavallins ”Skuld”, Erenius ”Oaktsamhet” och Anderbergs ”Straffbar oaktsamhet”.

Två vetenskapliga artiklar kan särskilt framhållas som relevanta för den straffrättsliga prövningen av händelser inom hälso- och sjukvården. Boucht har skrivit en artikel om oaktsamhetsbedömningen vid frivillig verksamhet förknippad med förhöjd risk, dock med fokus på aktiviteter som bergsklättring, dykning etc.¹⁵ En ny artikel av Almkvist och Svensson behandlar bland annat synen på orsakande med anledning av åklagarens nedläggning av förundersökningen avseende kirurgen Paolo Macchiarini, som genomfört experimentella och misslyckade luftstrupstransplantationer av flera patienter utan föregående etikprövning.¹⁶

De rättsfall som återges i avsnitt 4 har antingen identifierats genom sökning i databasen InfoTorg Juridik, eller genom källor i relevant litteratur. Min redovisning av rättsfall ska inte betraktas som uttömmande, utan snarast som

¹⁵ Boucht (SvJT 2013), s. 985–1016.

¹⁶ Almkvist & Svensson (SvJT 2018), s. 225–239. Se även Sveriges Television (2016).

exempel på hur straffrättsliga bedömningar har gjorts av händelser inom hälso- och sjukvården.

1.4 Avgränsningar

Inledningsvis vill jag klargöra att uppsatsen inte behandlar de delar av hälso- och sjukvårdsrätten som är hänförliga till tandvård och socialtjänst. Med hälso- och sjukvårdspersonal avses vidare sådan personal som omfattas av PSL, 1 kap., 4§ 1–2 p, det vill säga personal som har legitimation för ett yrke inom hälso- och sjukvården eller som är verksam vid en vårdinrättning och medverkar i hälso- och sjukvård av patienter. De rättsfall som utgör en viktig diskussionsgrund för uppsatsen rör läkare, sjuksköterskor och en skötare.

En av uppsatsens delfrågor är vilka krav lagstiftningen ställer på vårdgivare och på hälso- och sjukvårdspersonal för förebyggande av allvarliga vårdskador. Frågan behöver ställas dels för att skapa förståelse för ansvarsfördelningen mellan vårdgivare och hälso- och sjukvårdspersonal, vilket är relevant för dem som ska anses bära skulden för en händelse. Den behöver också ställas då dessa krav kan bli relevanta som aktsamhetsstandard vid en straffrättslig oaktsamhetsbedömning. Det är dock tämligen svårt att avgränsa den lagstiftning som är relevant i detta hänseende, då stora delar av den hälso- och sjukvårdsrättsliga lagstiftningen kan sägas ha som indirekt syfte att öka patientsäkerheten och förebygga vårdskador. Som exempel kan nämnas reglerna om journalföring eller reglerna om behörighet att utöva yrke inom hälso- och sjukvården. En första nödvändig avgränsning att således att uppsatsen enbart behandlar krav som framgår av lagar och författningar. Jag går således inte närmre in på krav som framgår av andra regler, så som föreskrifter och allmänna råd från Socialstyrelsen (som dock kan vara relevanta vid en straffrättslig prövning). Uppsatsen behandlar också enbart sådana regler som på ett direkt sätt kan sägas vara hänförliga till kraven på säker vård, d.v.s. inte regler om journalföring, reglerna om att utöva yrke, om patienters samtycke etc. Då kraven på såväl vårdgivare som hälso- och sjukvårdspersonal är omfattande, kan min redogörelse av denna fråga inte

anses som djupgående utan avser enbart att ge en översiktlig bild av de krav som ställs.

Min redogörelse av straffrätten begränsar sig till de delar som är hänförliga till brottsbeskrivningarna vållande till annans död, vållande till kroppsskada eller sjukdom samt framkallande av fara för annan (BrB 3 kap., 7–9§§). Framställningen begränsar sig i övrigt till sådana omständigheter som kan vara av relevans vid prövningar av händelser inom hälso- och sjukvården. Således redogör jag exempelvis inte för andra former av garantställning än den som skyddsgarant genom yrkesansvar. Jag går inte heller närmre in på rättfärdigande och ursäktande grunder, då dessa endast i undantagsfall blir aktuella vid rättsliga prövningar av de nämnda brottsbeskrivningarna inom hälso- och sjukvården.

1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad på så vis att den i det efterföljande är uppdelad i tre övergripande delar, som sedan följs av avsnitten ”Analys” respektive ”Slutsats”.

Den första delen i uppsatsen fokuserar på hälso- och sjukvårdsrätten (se avsnitt 2) och avser ge svar på de frågor som ställts inom detta rättsområde. Nästa del behandlar straffrätten (se avsnitt 3) och den tredje delen (avsnitt 4) lyfter exempel ur rättspraxis som bidrar till djupare förståelse.

2 Hälso- och sjukvårdsrätt

Hälso- och sjukvården är en komplex och riskfylld verksamhet som är omgärdad av ett lika komplext och omfattande regelsystem. Nedan kommer jag att behandla den del av den hälso- och sjukvårdsrätten som rör preventionen av vårdskador relaterade till misstag i vården, samt den reglering som aktualiseras när sådana misstag ändå sker.

Inledningsvis kan nämnas att den hälso- och sjukvårdsrättsliga lagstiftningen i huvudsak är att betrakta som en skyldighetslagstiftning. Det uppställs således en mängd skyldigheter för hälso- och sjukvården och dess personal, men patienter saknar som utgångspunkt motsvarande rättigheter som kan utkrävas på juridisk väg.¹⁷ Undantag finns, exempelvis vad gäller rätten att ta del av journalhandlingar och vid tvångsvård i vissa avseenden.¹⁸ Men patienter kan generellt sägas ha en förhållandevis svag rättslig ställning i den svenska hälso- och sjukvården. Därför kan det också sägas vara av särskilt stor vikt att den skyldighetsbaserade lagstiftningen efterlevs, för att förtroendet för såväl hälso- och sjukvården som för rättssystemet ska vara fortsatt högt.¹⁹

2.1 Målinriktad lagstiftning

I centrum för det hälso- och sjukvårdsrättsliga regelverket står hälso- och sjukvårdslagen (HSL, SFS 2017:30), som uppställer grundläggande krav och övergripande mål för hälso- och sjukvården. I denna lag återfinns naturligtvis en mängd stadganden där kapitel 5, som handlar om hälso- och sjukvårdens verksamheter, framstår som mest relevant för syftet med denna uppsats. I detta kapitel återfinns exempelvis bestämmelser om att ”hälso- och sjukvårdsverksamhet ska bedrivas så att kraven på en god vård uppfylls” (1§)

¹⁷ Prop. 2016/17:43, s. 71.

¹⁸ Rönneberg (2016), s. 38 ff., se även Johnsson (2015), s. 37–40.

¹⁹ Johnsson (2015), s. 38.

och att den ska ”vara av god kvalitet med en god hygienisk standard” (1§, 1p.). Vidare ska hälso- och sjukvården ”tillgodose patientens behov av trygghet, kontinuitet och säkerhet” (1§, 2 p.). De resurser som behövs i form av lokaler, personal eller utrustning som behövs för att kunna ge god vård ska finnas (2§) och ”kvaliteten i verksamheten ska systematiskt och fortlöpande utvecklas och säkras” (4§). Bestämmelserna har en uppenbart generell lydelse för att ge vårdgivare frihet att utforma sin verksamhet utifrån lokala och regionala behov och villkor.²⁰ I viss mån preciseras de också närmre genom andra regler och genom föreskrifter och allmänna råd från huvudsakligen Socialstyrelsen och Inspektionen för vård och omsorg (IVO).²¹ Några sådana föreskrifter och allmänna råd som kan nämnas är Ledningssystem för ett systematiskt kvalitetsarbete (SOSFS 2011:9), Ordination och hantering av läkemedel inom hälso- och sjukvården (HSLF-FS 2017-37) och Vårdgivares systematiska patientsäkerhetsarbete (HSLF-FS 2017-40).

En annan betydelsefull hälso- och sjukvårdsrättslig författning som innehåller regler av generell karaktär är patientlagen (PL, SFS 2014:821), som trädde i kraft 2015. Lagen samlar bestämmelser som rör patientens ställning och innehåller regler om sådant som tillgänglighet (2 kap.), information (3 kap.), samtycke (4 kap.) och delaktighet (5 kap.) I lagen finns även ett kapitel som synpunkter, klagomål och patientsäkerhet (11 kap.), vilket kommer att beskrivas närmre under avsnitt 2.7. En inte helt obetydlig del av bestämmelserna i PL är dubbelreglering av sådant som även stadgas i HSL och PSL.²² Avsikten med PL är främst att samla bestämmelser av betydelse för patientens ställning i en lag, för att på så sätt stärka denna ställning och även öka överskådligheten för medborgarna.²³

²⁰ Prop. 2016/17:43, s. 72.

²¹ Rönnberg (2016), s. 34.

²² Johnsson (2015), s. 6.

²³ Johnsson (2015), s. 19 och prop. 2013/14:106, s. 34–38.

2.2 Patientsäkerhetslagen

PSL är jämte HSL den mest centrala författningen för hälso- och sjukvården.²⁴ Lagen innehåller rikligt med regler som har till syfte att främja patientsäkerhet och minska risken för misstag och skador i vården.

Av förarbetena till PSL, som trädde i kraft 2011, framgår det att lagen tillkom som en följd av att man ansåg att den befintliga lagstiftningen bättre kunde anpassas och förbättras som styrmedel för att uppnå hög patientsäkerhet. Som utgångspunkt för utredningens förslag låg en rådande konsensus om att hög patientsäkerhet inte kan uppnås i en miljö som präglas av ett repressivt syndabockstänkande när fel inträffar i vården. Det måste istället finnas en öppenhet kring brister och avvikelser, för att verksamheten ska kunna lära av dem och utvecklas. Ett konstruktivt patientsäkerhetsarbete måste således i högre utsträckning ha ett systemperspektiv och inte enbart fokusera på sådant som redan hänt, utan på hur liknande händelser ska kunna undvikas i framtiden.²⁵ Som en följd av detta resonemang valde man bland annat att avskaffa möjligheten för patienter att anmäla enskild hälso- och sjukvårdspersonal till Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN), och vårdgivarens ansvar för att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete betonades ytterligare.²⁶

2.2.1 Något om kraven på vårdgivaren

I PSL finns numera ett helt kapitel om skyldigheten för vårdgivare att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete (3 kap.). En sådan skyldighet fanns redan tidigare stadgad i den målinriktade HSL (då 31§, numera 5 kap. 4§), men rutiner för ett sådant arbete saknades på många håll innan PSL trädde i kraft.²⁷ Genom införandet av kapitel 3 i PSL blev det lagstadgat vad vårdgivarna förväntas göra för att leva upp till kraven om en hög

²⁴ Johnsson (2015), s. 18.

²⁵ Prop. 2009/10:210, s. 72–73.

²⁶ Ibid, s. 96 samt 84–86.

²⁷ Ibid, s. 73.

patientsäkerhet.²⁸ I kapitlet finns bland annat bestämmelser om att vårdgivaren ska planera, leda och kontrollera verksamheten så att det krav på god vård som stadgas i HSL är uppfyllt (1§). Vårdgivaren ska även vidta de åtgärder som är nödvändiga för att vårdskador ska kunna förebyggas (2§). I lagens förarbeten framhåller man att det krävs ett system för planering, ledning och kontroll av den riskfyllda verksamheten. Vid händelser som lett till vårdskador eller riskerat att leda till vårdskador ska dessa utredas enligt 3§, men detta räcker alltså inte för att kraven ska anses vara uppfyllda. Vårdgivaren måste aktivt söka efter risker och brister i verksamheten och arbeta lika aktivt för att undanröja eller kontrollera dessa. Vårdgivaren är dock fri att själv utforma ett passande system för patientsäkerhetsarbetet.²⁹ Vårdgivarens ansvar enligt 3 kap., 2§ är inte strikt, då det inte går att eliminera alla risker för vårdskador utan att helt låta bli att utföra vissa former av vård eller vissa sorters behandlingar. Istället gäller kravet utifrån den kunskap som finns tillgänglig, och det måste finnas en balans mellan vad som i teorin är möjligt att genomföra, och vad som är rimligt. Generellt kan sägas att om risken för allvarlig vårdskada är stor, ställs också högre krav på de förebyggande åtgärderna.³⁰

I PSL:s tredje kapitel finns även bestämmelser om anmälnings- skyldighet till IVO, vilket beskrivs närmre under avsnitt 2.4. Där finns också regler om information till patienter vid inträffade vårdskador (8–8e§§) och om dokumentationsskyldighet (9–10§§). Av förarbetena till PSL framgår det att utgångspunkten för lagstiftningsarbetet har varit att vårdgivarna har ett ansvar för att åtgärda de säkerhetsbrister som identifieras i samband med risk- och händelseanalyser. En annan utgångspunkt är att sådana analyser inte i första hand ska fokusera på vem som har gjort vad, utan på vad som kan förhindra att liknande händelser inträffar igen. I det fall att vårdgivaren finner att ett brott har begåtts bör dock en polisanmälan göras.³¹

²⁸ Prop. 2009/10:210, s. 85.

²⁹ Ibid, s.85–86.

³⁰ Johnsson, Hälso- och sjukvårdslagen, (2017-09-01, upplaga 10. Zeteo, www.nj.se/zeteo), kommentar till 5 kap., 4§ HSL under rubriken Förebygga vårdskador.

³¹ Prop. 2009/10:210, s. 90.

2.2.2 Något om kraven på hälso- och sjukvårdspersonalen

I PSL finns även ett kapitel med regler om särskilda skyldigheter för hälso- och sjukvårdspersonal (6 kap.). Här stadgas bland annat i 1§ att ”hälso- och sjukvårdspersonalen ska utföra sitt arbete i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.” Vad som utgör ”vetenskap och beprövad erfarenhet” är således mycket centralt för bedömningen av huruvida kravet på god vård är uppfyllt i ett enskilt fall. Begreppet har dock visat sig vara mycket svårt att helt klargöra. Vad som utgör vetenskap och beprövad erfarenhet kan tolkas utifrån flera olika perspektiv och utifrån det få olika innebörd.³² Lotta Vahlne Westerhäll, professor i offentlig rätt, menar att kravet om vetenskap och beprövad erfarenhet bör leda till att ”den enskilde läkarens handlande grundar sig på inom läkarvetenskapen vunna och erkända metoder.”³³ Det går dock inte alltid att få fram något entydigt svar på vad som utgör vetenskap och beprövad erfarenhet i ett enskilt fall. Vetenskapen kan vara motstridig, det kan finnas olika skolor som talar för olika medicinska lösningar och vad som utgör beprövad erfarenhet kan variera från läkare till läkare och klinik till klinik.³⁴ Det betonas vidare i PSL, 6 kap., 2§, att personalen ”själv [bär] ansvaret för hur han eller hon fullgör sina arbetsuppgifter”. Av propositionen till LYHS framgår det att bestämmelsen bland annat tar sikte på ansvaret vid delegation av arbetsuppgifter, att den som får en uppgift delegerad till sig har ett eget ansvar för dess genomförande.³⁵ Bestämmelsen har dock också fått betydelse för ansvarsfördelningen mellan vårdpersonal och vårdgivare. I PSL 6 kap., 2§, 2 st., förtydligas nu att bestämmelsen inte innebär att vårdgivarens ansvar enligt lagstiftningen inskränks. Vårdpersonal har alltså ett personligt ansvar i sin yrkesutövning, men vårdgivaren har ett parallellt ansvar för att ge vårdpersonal förutsättningar att bedriva ett patientsäkert arbete i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Man kan säga att detta dubbla ansvar

³² Rönnberg (2016), s. 176.

³³ Vahlne Westerhäll (2015), s. 88.

³⁴ Vahlne Westerhäll (2015), s. 88.

³⁵ Prop. 1997/98:109, s. 62.

emellanåt leder till svårigheter i bedömningen av vem som ska vara föremål för åtgärder när en patient har skadats i vården. Ska IVO rikta kritik mot vårdgivaren som bar ansvar för att två nästan likadana burkar med olika läkemedel stod placerade intill varandra i medicinskåpet, eller mot den person i hälso- och sjukvårdspersonalen som gav patienten fel medicin?³⁶ Numera är det lagstadgat i PSL 7 kap, 3§, 2 st., att tillsynen i första hand ska vara inriktad på att vårdgivaren fullföljer sina skyldigheter att bedriva ett systematiskt kvalitetssäkerhetsarbete enligt 3 kap. Detta utesluter dock inte att en yrkesutövare också kan bli föremål för granskning.³⁷

2.3 Vad är en vårdskada?

Vårdgivare, likväl som enskild vårdpersonal, har alltså, mot bakgrund av den lagstiftning jag redogjort för, ett långtgående ansvar för att främja en god och säker vård. Ändå skadas ett stort antal patienter i vården varje år. Det finns anledning att tro att det finns ett mörkertal utöver de inrapporterade vårdskadorna, men internationella studier från länder med en sjukvårdsstandard som motsvarar den svenska har visat att omkring 10 % av patienterna som vårdas på sjukhus skadas i vården.³⁸ En utredning från Socialstyrelsen visade att över 100 000 personer skadades i den svenska hälso- och sjukvården bara år 2016.³⁹ Så vad utgör då en vårdskada? I PSL, 1 kap. 5§ anges följande:

”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.”

³⁶ Johnsson (2015) s. 160.

³⁷ Ibid s. 160.

³⁸ Prop. 2009/10:210 s. 65.

³⁹ Socialstyrelsen (2017-05-02). Hämtat från <https://www.socialstyrelsen.se/nyheter/2017/fortfarandedrabbasfleran100000avvardskadorv arjear>

I bestämmelsens andra stycke definieras vad som är en *allvarlig* vårdskada, vilket har betydelse för rapporteringsskyldigheten till IVO i 3 kap. 5§. En vårdskada ska betraktas som allvarlig om den antingen är bestående och ”inte ringa”, eller om den ”lett till att patienten fått ett väsentligt ökat vårdbehov eller avlidit.”

Mot bakgrund av lagstiftningens definition kan slutsatsen dras att patienter kan orsakas vårdskador genom *underlåtenhet* (till exempel genom att en läkare inte utför en motiverad undersökning och därför inte upptäcker att en patient har cancer i benet, vilket leder till att benet senare måste amputeras). Vårdskador kan också uppkomma genom *aktivt handlande* (till exempel genom att läkaren av misstag amputerar fel ben). För att skadan ska betraktas som en vårdskada måste den ha kunnat undvikas om hälso- och sjukvården hade agerat på ett adekvat sätt. Att ett sjukt ben amputeras är således inte att betrakta som en vårdskada i sig, så länge åtgärden är adekvat, även om ingreppet innebär en funktionsnedsättning för patienten.⁴⁰ Av Socialstyrelsens rapport ”Utvecklingen inom patientsäkerhetsområdet 2017” framgår det att den vanligaste vårdskadan bland vuxna patienter inom heldygnsvården år 2016 var vårdrelaterade infektioner (34 %), i form av urinvägsinfektioner, postoperativa sårinfektioner och övriga infektioner.⁴¹

2.4 Vårdgivarens ansvar vid inträffade vårdskador

I det fall att en patient skadats, eller löpt en risk att skadas, i vården finns i PSL en reglering av rapporteringsskyldighet på flera nivåer. Inledningsvis har vårdpersonal en skyldighet att verka för hög patientsäkerhet och är skyldiga att rapportera inträffade vårdskador eller risker för sådana till vårdgivaren (PSL, 6 kap., 4§). Det som avses är inte sådana risker som alltid finns att kalkylera med vid ingrepp inom ramen för hälso- och sjukvården, utan sådana

⁴⁰ Johnsson (2015), s. 26–27.

⁴¹ Socialstyrelsen (2017), s. 73.

risker som inte på förhand kunnat förutses.⁴² Vårdgivaren är sedan, som ett led i sitt systematiska kvalitetsarbete, ålagd att ”utreda händelser i vården som har medfört eller som hade kunnat medföra en vårdskada” (PSL, 3 kap., 3§). Syftet med att utreda är förstas att vårdgivaren ska kunna skapa sig en bild av händelseförloppet och få underlag för att kunna besluta om åtgärder som kan minska risken för att samma sak inträffar igen (1–2 p).

Om den vårdskada som inträffat dessutom är att betrakta som allvarlig, ska vårdgivaren anmäla händelsen till tillsynsmyndigheten IVO (PSL, 3 kap., 5§). Denna regel brukar gå under benämningen ”lex Maria”.⁴³ Regeln har sitt ursprung i en av de allvarligaste och mest uppmärksammade fallen av vårdrelaterade skador som inträffade 1936 på Maria sjukhus i Stockholm. Fyra patienter som sökt vård för mindre åkommor dog då när ett bedövningsmedel för injektion, etocain, av misstag förväxlades med desinfektionsmedlet kvicksilbercyanid. Som en följd av detta riktade myndigheterna en skrivelse till Kunglig Majestät med begäran om åtgärder, vilket ledde fram till kungörelsen om lex Maria år 1937.⁴⁴

Slutligen ska det nämnas att vårdgivare snarast ska anmäla till IVO ”om det finns skälig anledning att befara att en person, som har legitimation för ett yrke inom hälso- och sjukvården [...] kan utgöra en fara för patientsäkerheten” (PSL, 3 kap., 7§). Även hälso- och sjukvårdspersonal som expedierar läkemedel har en skyldighet att rapportera till IVO i vissa fall. Bestämmelsen om detta i PSL 6 kap, 11§ tar sikte på förskrivningen av bland annat narkotiska preparat, som ska anmälas till IVO om den kan misstänkas stå i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Vårdgivare ska enligt PL 11 kap., 2§ informera patienter som drabbats av en vårdskada (se även PSL 3 kap., 8§). Patienten ska få veta att det inträffat en skada (1 p.) samt vilka åtgärder som vidtagits för att händelsen inte ska upprepas (2 p.). Vidare ska patienten få information om vad som gäller om

⁴² Rönnberg (2016), s. 213.

⁴³ Johnsson (2015), s. 165 och IVO:s föreskrifter om anmälan av händelser som har medfört eller kunde ha medfört allvarlig vårdskada (Lex Maria), HSLF-FS 2017:41.

⁴⁴ Ödegård (2007), s. 12–21.

patienten vill klaga på vården (3–5 p.) samt om möjligheten till ersättning enligt patientskadelagen (6 p.)

Genom ändringar i PSL, som trädde i kraft den 1 januari 2018, ville man betona vårdgivarens ansvar för att ta emot och handlägga patienters klagomål mot vården.⁴⁵ Ett sådant ansvar fanns sedan tidigare i Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SOSFS 2009:11) om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete, men det saknades en enhetlig rutin kring hur klagomålshandlingen skulle se ut.⁴⁶ Genom bestämmelser i PSL 3 kap., 8b§ samt i PL, 11 kap., 2a§ framgår det nu att vårdgivaren snarast ska ”besvara klagomål från patienter och deras närstående”. I bestämmelserna anges vilka särskilda krav som ställs på vårdgivarens svar, bland annat att vårdgivaren ska ge en förklaring till det som inträffat och även berätta vilka åtgärder som har vidtagits för att förhindra upprepning (2 st., p. 1 och 2).

2.5 Inspektionen för vård och omsorg

IVO har tillsynsansvar över hälso- och sjukvården enligt PSL 7 kap., 1§. Syftet med tillsynen är att myndigheten ska granska att hälso- och sjukvårdens verksamheter, liksom dess personal, följer gällande lagar och föreskrifter samt beslut som fattats med stöd av sådana föreskrifter (7 kap. 3§). Enligt andra stycket, samma bestämmelse, ska tillsynen dock i första hand inrikta sig på granskningen av att vårdgivaren fullgör sitt ansvar för att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete enligt 3 kap.

Innan systemet reformerades i januari 2018 kunde patienter framföra klagomål på vården direkt till IVO, vilket också skedde i hög utsträckning. Vid årsskiftet 2013/2014 hade IVO exempelvis 6800 aktivt pågående ärenden och en betydande del av myndighetens resurser gick åt att handlägga dessa klagomål.⁴⁷ Enligt ett av de betänkanden som föregick lagändringarna 2018 skedde hanteringen av patientklagomål på bekostnad av myndighetens

⁴⁵ Prop. 2016/17:122, s. 1.

⁴⁶ Prop. 2016/17:122, s. 29–30.

⁴⁷ SOU 2015:14, s. 49.

möjlighet att utföra en effektiv och riskbalanserad tillsyn av hälso- och sjukvården.⁴⁸ I och med reformen begränsades därför IVO:s ansvar för att utreda patientklagomål.⁴⁹ Huvudregeln är nu att IVO endast utreder vissa klagomål av allvarigare karaktär (se PSL, 7 kap. 11§ p. 1–3), under förutsättning att vårdgivaren som första instans har fått möjlighet att besvara klagomålet.

Som tidigare nämnt, har vårdgivare en skyldighet att anmäla sådana händelser till IVO som medfört eller riskerat att medföra en allvarlig vårdskada (PSL 3 kap., 5§). Syftet med anmälningsskyldigheten är i första hand att kunskapen om risker ska kunna tillvaratas och vara till nytta även för andra vårdgivare, samt att den ska kunna ligga till grund för IVO:s tillsyn och normeringsarbete.⁵⁰ Ett annat syfte är att IVO, enligt 7 kap. 8§, ska kontrollera att den ansvarige vårdgivaren utrett händelsen tillräckligt för att hög patientsäkerhet ska kunna sägas ha uppnåtts. I vissa fall kan det också finnas skäl att ta ställning till om åtgärder behöver vidtas gentemot enskilda personer.⁵¹ I sådana fall ska IVO anmäla detta till HSAN med stöd av 7 kap., 30§, eller till åtal i det fall att vårdpersonal skäligen kan misstänkas ha begått ett brott för vilket fängelse är föreskrivet (7 kap., 29§, 2 st.).

2.5.1 Särskilt om IVO:s skyldighet att åtalsanmäla

IVO har alltså en skyldighet att anmäla till åtal i sådana fall där det finns en skäligen misstanke om att hälso- och sjukvårdspersonal begått brott för vilket fängelse är föreskrivet (PSL 7 kap., 29§, 2 st.). Det är således en bedömningsfråga om ett brott, för vilket fängelse är föreskrivet, skäligen kan misstänkas ha förövats. Johnsson (2015) menar att bedömningen är okomplicerad i de fall då den misstänkta gärningen faller utanför patientsäkerhetslagens tillämpningsområde, som vid upprättande av falska

⁴⁸ SOU 2015/14, s. 49.

⁴⁹ Prop 2016/17:122, s. 1.

⁵⁰ Prop. 2009/10:210, s. 145.

⁵¹ Rönnberg (2016), s. 222.

intyg av olika slag. Sådana händelser ska i första hand hanteras av polis och åklagare och inte av IVO som tillsynsmyndighet, varför en anmälan till åtal ska göras.⁵² Bedömningen kan dock tänkas vara svårare vid allvarliga vårdskador eller dödsfall som orsakats patienter av misstag. Bestämmelsen uppställer krav om en viss misstankegrad, ”skäligen misstänkt”, vilket innebär att sannolikheten att den specifika misstänkte begått brottet ska vara större än osäkerheten.⁵³ Nilheim & Leijonhufvud menar att IVO liksom HSAN sällan gör anmälningar till åtal. De nämner vidare att förundersökning i Kalmarmålet t.ex. väcktes efter uppgifter i media, och att det i fallet med en narkosläkare som anklagades för dråp på ett spädbarn på Astrid Lindgrens barnsjukhus föregicks av en anmälan från det avlidna barnets föräldrar.⁵⁴

IVO har även i vissa fall en skyldighet att anmäla vårdgivare till åtal enligt PSL, 7 kap. 23§. Det gäller när någon har brutit mot en bestämmelse som gäller verksamhet som står under inspektionens tillsyn, i de fall det anses behövt. I lagförarbeten har det dock tidigare framhållits att en åtalsanmälan inte torde kunna komma i fråga enbart på grund av att vårdgivaren underlåter att bedriva ett systematiskt kvalitetsarbete.⁵⁵

2.6 Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd

PSL trädde i kraft den 1 januari 2011. I och med ikraftträdandet av lagen togs möjligheten bort för patienter att anmäla hälso- och sjukvårdspersonal till HSAN för att få prövat om de skulle erhålla en så kallad disciplinpåföljd. Förändringen låg i linje med den ökade fokuseringen på system och organisation för utökad patientsäkerhet, snarare än på enskilda personer som brustit i sin yrkesutövning.⁵⁶ Istället utvidgade man, som tidigare nämnt, kraven på vårdgivaren om att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete.

⁵² Johnsson (2015), s. 170.

⁵³ Bring & Diesen (2009), s. 161.

⁵⁴ Nilheim & Leijonhufvud (2013), s. 242 samt 238–239.

⁵⁵ Prop. 2009/10:210, s. 14.

⁵⁶ Ibid, s. 97 ff.

Den dåvarande tillsynsmyndigheten Socialstyrelsen fick vidare ett breddat ansvar för utredningen av patientklagomål (ett utredningsansvar som sedan begränsades genom de ändringar i PSL som trädde i kraft den 1 januari 2018).⁵⁷

Ärenden hos HSAN initieras numera enbart genom IVO, som enligt PSL 7 kap., 30 § har en skyldighet att i vissa fall anmäla hälso- och sjukvårdspersonal dit. En sådan anmälan ska ske i de fall IVO anser att det finns skäl för att hälso- och sjukvårdspersonal ska åläggas prövotid, att dess legitimation ska återkallas, förskrivningsrätten (av läkemedel) ska återkallas eller annan behörighet att utöva yrket ska återkallas (PSL 7 kap. 30§). HSAN handlägger dessa ärenden enligt 8–9 kap, PSL. Även HSAN har enligt 9 kap., 17§, en skyldighet att anmäla till åtal under samma villkor som i 7 kap, 29§, i det fall en sådan anmälan inte redan har gjorts av IVO.

2.7 Patienternas klagorätt

Patienternas möjligheter att klaga på vården har under de senaste åren förändrats kraftigt. Från att ha kunnat anmäla enskild hälso- och sjukvårdspersonal till HSAN, där de kunde åläggas en disciplinpåföljd, flyttades det övergripande ansvaret för hanteringen av patientklagomål till IVO år 2011.⁵⁸ År 2018 begränsades IVO:s ansvar för att utreda klagomål, samtidigt som vårdgivarens eget ansvar för att handlägga och besvara patienters klagomål betonades.⁵⁹ Begränsningen av IVO:s utredningsskyldighet i detta hänseende kritiserades av flera tunga remissinstanser såsom Justitieombudsmannen (JO), Riksrevisionen och flera patientnämnder och landsting som menade att den skulle innebära en väsentlig begränsning av den enskildes möjlighet att komma till tals och få sin sak prövad av en oberoende instans. Regeringen bemötte kritiken med att lagändringen enbart innebar en ändring av IVO:s *skyldighet* att utreda

⁵⁷ Johnsson (2015), s. 4 och prop. 2016/17:122, s. 1.

⁵⁸ Se prop. 2009/10:210, s. 1, samt s. 128 ff.

⁵⁹ Se prop. 2016/17:122, s. 1–2.

patientklagomål. Myndigheten har fortfarande *möjlighet* att utreda alla ärenden där utredning bedöms motiverat.⁶⁰

Den nu gällande lagstiftningen återspeglar en önskan om att patienter som vill klaga på hälso- och sjukvården i första hand ska vända sig till vårdgivaren själv. Vårdgivaren är då, enligt PSL 3 kap., 8b§ och PL 11 kap., 2a§, skyldig att besvara klagomålet *snarast*. I bestämmelserna stadgas vissa grundläggande krav på vårdgivarens svar, som att det ska besvaras på lämpligt sätt (2 men.) och ge en förklaring till det inträffade (1 p.), samt redogöra för vilka åtgärder som vidtagits (2 p.). Som stöd för patienterna i denna process finns patientnämnderna, vars verksamhet regleras av lagen om stöd vid klagomål mot hälso- och sjukvården (SFS 2017:372).

Patienter kan även klaga hos IVO enligt 7 kap. 10§. Myndigheten har dock enbart en skyldighet att utreda sådana ärenden som omfattas av 7 kap. 11§, 1–3, efter att vårdgivaren först fått en möjlighet att bemöta klagomålet. Det gäller fall där ...

... den fysiska eller psykiska skadan är bestående, inte ringa och lett till ett väsentligt ökat vårdbehov eller till döden. (7 kap., 11§, 1 p.)

... händelsen inträffat i samband med viss tvångsvård, i vissa fall. (7 kap., 11§, 2 p., samt 2 st. 1–3 p.)

... händelsen i vården allvarligt hotat patientens självbestämmande, integritet eller rättsliga ställning. (7 kap., 11§, 3 p.)

Patienter som skadats i vården kan ansöka om och under vissa förutsättningar erhålla patientskadeersättning från patientförsäkringen. Detta regleras i patientskadelagen (SFS 1996:799). Slutligen kan patienter naturligtvis, liksom medborgare i andra sammanhang, anmäla händelser till polis och åklagare i det fall man anser sig ha varit utsatt för ett brott.⁶¹

⁶⁰ Prop 2016/17:122, s. 53.

⁶¹ Johnsson (2015), s. 184 och Nilheim & Leijonhufvud (2013), s. 238.

2.8 Röster om hälso- och sjukvårdens förhållande till straffrätten

I remissvaren till *SOU 2008:117 Patientsäkerhet – vad har gjorts? Vad behöver göras?* framhöll flera remissinstanser, bland annat JO, att de såg en risk att anmälningar av händelser inom hälso- och sjukvården till polis och åklagare skulle öka om systemet med disciplinpåföljder avskaffades. Regeringen bemötte denna invändning med att detta skulle kompenseras med ett utökat utredningsansvar för IVO, och framhöll att kraven på IVO i fråga om handläggning, information och bemötande skulle vara höga. I förarbetena står det: ”Om allmänheten skulle sakna förtroende för Socialstyrelsen finns det en *risk* för att polis och åklagare får ta emot fler anmälningar om händelser inom hälso- och sjukvården” [min kursivering].⁶²

De senaste åren har ett flertal händelser inom hälso- och sjukvården, som sedan blivit föremål för straffrättsliga prövningar, blivit föremål för debatt. Det gäller till exempel fallet med narkosläkaren på Astrid Lindgrens barnsjukhus, som dock anklagades för ett uppsåtligt brott. Även det så kallade Kalmarmålet (se avsnitt 4.1.2) och fallet med förlossningsläkaren (se avsnitt 4.3.2) är fall som föranlett stor uppmärksamhet. Kritiken mot den rättsliga hanteringen av flera händelser inom hälso- och sjukvården ledde fram till inrättandet av särskilda vårdåklagare år 2013.⁶³ Det är dock mycket sällsynt att åtal väcks mot personal inom hälso- och sjukvården. Ett år efter att de särskilda vårdåklagarna inrättades hade de hanterat 154 ärenden, varav knappt något initierats av IVO och endast en handfull lett till åtal.⁶⁴

Sveriges yngre läkarförening (SYLF) sammanställde år 2013 sin politik kring åtal av läkare för handlingar som vidtagits inom ramen för tjänsten. Förbundet framhåller bland annat att medicinska bedömningar utgår från just bedömningar, sannolikheter och erfarenheter som alltid inkluderar ett visst mått av osäkerhet.⁶⁵ I boken ”Patientsäkerhet – teori och praktik” beskriver

⁶² Prop. 2009/10:210, s. 100.

⁶³ Persson (Dagens Juridik 2013); ÅFS 2013:2.

⁶⁴ Gunnarsdotter (Läkartidningen 2014b).

⁶⁵ Sveriges yngre läkarförbund (2013), s. 2.

James Reason hälso- och sjukvårdens särdrag i förhållande till andra riskverksamheter. I säkerhetsarbetet har man t.ex. riktat blickarna mot flygindustrin. Piloter, liksom till exempel operatörer i kärnkraftverk, har dock idag främst en övervakande roll i förhållande till automatiska processer. Utrustningen är standardiserad och tillhandahålls av ett fåtal producenter. Inom hälso- och sjukvården råder en helt annan mångfald: ett stort antal medarbetare inom vården hanterar en stor mängd teknisk utrustning och utför aktivt ingrepp i andra människors kroppar. Det faktum att patienterna från början befinner sig i ett skört tillstånd gör dem särskilt utsatta för risker. Sammantaget leder dessa faktorer till en kraftigt förhöjd risk att misstag ska ske, och att de ska få allvarliga konsekvenser.⁶⁶ Inom hälso- och sjukvården finns det således en kraftigt förhöjd risk för att tillfälligheter ska sammanträffa på ett sätt som får ödesdigra följder. SYLF menar att lagstiftningen måste anpassas efter den medicinska verkligheten, då händelser inom hälso- och sjukvården inte kan pressas in i samma juridiska ramar som t.ex. ett krogslagsmål. SYLF anser att en läkare inte ska behöva kalkylera med risken för åtal om hen felaktigt skickar hem en människa från akuten som sedan avlider i hemmet. Detta skulle inte heller vara kostnadseffektivt. Det främsta skälet till att förhindra åtal av läkare är dock de negativa effekterna ett individfokuserat syndabockstänk får på patientsäkerhetsarbetet.⁶⁷ SYLF skriver: ”SYLF:s åsikt är att misstag i hälso- och sjukvården i princip inte ska anses som brottsliga.”⁶⁸ Föreningen menar inte att straffrihet ska råda för läkare och sjuksköterskor, men anser att ”gränserna för vad som är straffbart måste dras utanför den medicinska vardagen”.⁶⁹

Synnöve Ödegård diskuterar i boken ”Patientsäkerhet – teori och praktik” fyra uppmärksammade rättsfall inom hälso- och sjukvården. I en avslutande kommentar lyfter hon de svårigheter som kan uppstå i samband med brottsutredningar i en hälso- och sjukvårdskontext, där utredarna kan sakna kännedom om såväl medicinsk praxis som medicinska termer.⁷⁰

⁶⁶ Reason, (2013), s. 149–150.

⁶⁷ Sveriges yngre läkarförbund (2013), s. 2–3.

⁶⁸ Ibid, s. 3.

⁶⁹ Ibid, s. 3.

⁷⁰ Ödegård (2013), s. 126 ff.

Ödegård framhåller vidare att frågor om bemötande och information till patienter blir särskilt viktigt när nu möjligheten att ålägga personal disciplinpåföljder har slopats, och tillsynsmyndigheten har begränsade resurser för att handlägga det stora antal patientklagomål som inkommer.* Ödegård skriver: ”Dessa skäl, i kombination med att det saknas möjlighet att överklaga myndighetens beslut kan leda till frustration och ökat antal anmälningar till polis, vilket skulle kunna inverka negativt på det patientsäkerhetsarbete som nu pågår.”⁷¹ Vidare lyfter Ödegård problemet med läkemedelsförväxlingar, som vid en analys av enskilda fall ofta kan härledas till brister på flera nivåer och hos flera aktörer. En bidragande orsak till läkemedelsförväxlingar kan till exempel vara att läkemedel med liknande förpackningar placerats intill varandra, eller att ett visst läkemedel felaktigt placerats på en plats där ett annat läkemedel brukar stå.⁷² Vidare lyfter Ödegård arbetsmiljöperspektivet – det vill säga att misstag i vården kan vara en konsekvens av en stressig eller på annat sätt pressad arbetssituation.⁷³ Erik Hollnagel menar i samma bok att mänskliga handlingar, inte minst inom hälso- och sjukvården, ofta måste tillgodose flera olika krav på en och samma prestation. En sjuksköterska måste vara aktsam, men det ställs också krav på effektivitet, varför sjuksköterskan måste anpassa sina kontrollåtgärder efter detta. I situationer med regelbundenhet fungerar det bra – om personen kan anta att förhållande A är sant i situation B behövs egentligen ingen kontroll av det. Problem uppstår när omständigheter i arbetsmiljön förändras och bryter rutinen.⁷⁴

* IVO:s ansvar för patientklagomål har sedan Ödegårds bok kom ut begränsats, och patienter ska nu istället vända sig till vårdgivaren i första hand. Detta torde dock inte göra Ödegårds påstående mindre relevant.

⁷¹ Ödegård (2013), s. 130.

⁷² Ibid, s. 133.

⁷³ Ibid, s. 136–137.

⁷⁴ Hollnagel (2013), s. 392–393.

3 Straffrätt

Av de redogörelser jag gjort i avsnitt 2 om den hälso- och sjukvårdsrättsliga lagstiftningen, framgår det att rollen som hälso- och sjukvårdspersonal medför en hel del skyldigheter. I det fall en enskild yrkesutövare inom hälso- och sjukvården inte har levt upp till dessa skyldigheter sker nödvändiga ingripanden vanligtvis inom ramen för IVO:s eller HSAN:s verksamhet, eller genom arbetsgivaren eller patientnämnderna. Det är ovanligt att brister i yrkesutövningen inom hälso- och sjukvården provas och beivras straffrättsligt.⁷⁵ Det har dock skett, i flera fall, att allmänna domstolar både har prövat och dömt till straffrättsligt ansvar för gärningar som hälso- och sjukvårdspersonal har begått av oaktsamhet i sin yrkesutövning. Huvudsakligen har dessa mål rört anklagelser om vållande till annans död (BrB, 3 kap., 7§), vållande till kroppsskada eller sjukdom (BrB, 3 kap., 8§ och framkallande av fara för annan (BrB, 3 kap., 9§). Jag har därför valt att begränsa min undersökning till att endast omfatta dessa tre brottsbeskrivningar.

Rekvisiten för brott kan delas upp i två övergripande grupper: objektiva och subjektiva rekvisit, som Petter Asp, Magnus Ulväng och Nils Jareborg istället benämner rekvisit för otillåten gärning samt rekvisit för personligt ansvar.⁷⁶ För att någon ska dömas till ansvar för dessa brott krävs således inledningsvis att objektivt ansvar är för handen, eller enligt Asp et. al:s retorik att rekvisiten för otillåten gärning är uppfyllda. Detta förutsätter i sin tur att brottsbeskrivningsenlighet föreligger, det vill säga att de rekvisit som uppställs i de enskilda brottsbeskrivningarna är uppfyllda. Huruvida man kan vålla någons död eller skada genom underlåtenhet diskuterar jag i avsnitt 3.2, och hur man ska se på de tämligen vaga begreppen ”vålla” och ”framkalla” diskuteras under avsnitt 3.5. För att den brottsbeskrivningsenliga gärningen ska anses otillåten krävs vidare att rättfärdigande grunder saknas.⁷⁷ Rättfärdigande grunder kan till exempel vara nöd- och nödvärnssituationer,

⁷⁵ Johnsson (2015), s. 107.

⁷⁶ Cavallin (1999), s. 41 och Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 58.

⁷⁷ Asp, Jareborg & Ulväng (2013) s. 59.

samtycke, laga befogenhet att utföra vissa gärningar eller grundas i principen om social adekvans.⁷⁸ Dessa rättfärdigande grunder gör att många situationer inom hälso- och sjukvården, som annars objektivt skulle uppfylla rekvisiten för brottsbeskrivningsenlighet, trots allt inte blir straffvärda. Till exempel skulle en operation objektivt kunna uppfylla rekvisiten för misshandel. Men i ett sådant sammanhang leder patientens samtycke, och om patienten varit medvetlös principen om social adekvans, till ansvarsfrihet för kirurgen.⁷⁹ Jag kommer dock inte att diskutera dessa rättfärdigande grunder mer ingående, då de framstår som mindre relevanta i samband med de oaktsamma gärningar som här diskuteras.

För att ett brott ska kunna anses begånget krävs också att de subjektiva rekvisiten är uppfyllda, eller enligt Asp m.fl. att personligt ansvar föreligger. Detta innebär att gärningen måste ha begåtts av uppsåt eller oaktsamhet, samt att relevanta ursäktande grunder saknas.⁸⁰ I avsnitt 3.6 beskriver jag hur man ska se på oaktsamhet i samband med personligt ansvar, så kallad personlig culpa. Däremot går jag inte närmre in på ursäktande omständigheter (som tillfällig sinnesförvirring, excess m.m.), då detta är mindre relevant för uppsatsens syfte.

3.1 Brottsbeskrivningarna

Till ansvar för *vållande till annans död* (BrB 3 kap., 7§) kan den dömas som av oaktsamhet orsakat annans död. Det krävs inte att gärningspersonen själv tillfogade den skada som ledde till döden, om dennes handling har varit oaktsam just i förhållande till den dödliga utgången. Det räcker således inte att gärningspersonen orsakat döden genom en oaktsam gärning, utan gärningen måste ha varit oaktsam i en viss riktning.⁸¹ Under efterföljande rubriker kommer jag att föra ett fördjupat resonemang om begreppet

⁷⁸ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), kap. 3.

⁷⁹ Johnsson (2015), s. 185.

⁸⁰ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 64–65 och Boucht, s. 990.

⁸¹ Bäcklund, Johansson, Trost, Träskman, Wennberg & Wersäll, Brottbalken, (2018-07-01, upplaga 13. Zeteo, www.nj.se/zeteo), kommentar till 3 kap., 7§ BrB under rubriken Den brottsliga handlingen. Jmf även NJA 1966 s. 331.

oaktsamhet, men det kan här nämnas att det för straffansvar inte kan räcka med vilken avvikelse som helst från det normalt aktsamma. Det måste vara en avvikelse som, i det sammanhang den förekom, uppnår en sådan dignitet att den kan betraktas som straffbart oaktsam.⁸²

Straffskalan för brott av normalgraden är fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, böter. Vid grovt brott är straffet fängelse i mellan ett och sex år. Vid en prövning om huruvida brottet ska anses som grovt ska man särskilt ta hänsyn till om gärningen innefattat ett medvetet och allvarligt risktagande, samt om gärningspersonen varit påverkad av alkohol eller annat medel i situationer som krävt särskild uppmärksamhet och skicklighet, eller om försummelsen i övrigt varit särskilt allvarlig (2 st., 1–2 p).

Till ansvar för *vållande till kroppskada eller sjukdom* (BrB 3 kap., 8§) kan den dömas som av oaktsamhet orsakar en annan person en sådan skada eller sjukdom, förutsatt att skadan inte är ringa. I praxis har ett 1,5 cm långt och ytligt sår på en persons överläpp, tillsammans med ett ytligt slemhinnesår, tidigare bedömts som ”ringa”.⁸³ Vid brott av normalgraden är straffet antingen böter eller fängelse i högst sex månader. Vid grovt brott är maximistraftet fängelse i högst fyra år. Bedömningen om huruvida brottet är att betrakta som grovt ska göras på samma grunder som vid vållande till annans död (3 kap., 8§, 2 st., 1–2 p., jmf 3 kap., 7 §, 2 st.).

Slutligen kan den dömas till ansvar för *framkallande av fara för annan* (BrB 3 kap., 9§) som av grov oaktsamhet utsatt annan för livsfara, alternativt fara för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom. Straffrättsligt ansvar förutsätter således att oaktsamheten varit grov, och straffskalan är böter eller fängelse i högst två år.

Bestämmelserna är en av få kriminaliseringar i brottsbalken som inte kräver att någon effekt inträffat, utan kriminaliserar enbart det faktum att det

⁸² Bäcklund m.fl., Brottsbalken, (2018-07-01, upplaga 13. Zeteo, www.nj.se/zeteo), kommentar till 3 kap., 7§ BrB under rubriken Den brottsliga handlingen. Se även NJA 2006 s. 228, NJA 1991 s. 163 och NJA 1989 s. 552.

⁸³ Bäcklund m.fl., Brottsbalken, (2018-07-01, upplaga 13. Zeteo, www.nj.se/zeteo), kommentar till 3 kap., 8§ BrB under rubriken den brottsliga handlingen. Se även RH 1995:94.

funnits en fara för en effekt. Inte heller krävs uppsåt, vilket annars är huvudregel i svensk straffrätt, utan det räcker med grov oaktsamhet.⁸⁴ Graderingen av oaktsamheten som grov görs utifrån samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Vad gäller faran, så uppställs vissa krav om allvarlighetsgrad. I tidigare praxis har det till exempel inte ansetts uppfylla bestämmelsens rekvisit att kasta en knallpjäs.⁸⁵ Det finns också ett krav om ”konkret fara”, vilket innebär att det inte räcker att en viss handling generellt är att betrakta som farlig. Någon måste i det enskilda fallet ha utsatts för fara. Personen behöver dock inte ha utsatts för fara direkt genom handlingen, utan det är tillräckligt att personen befunnit sig i farozonen.⁸⁶

3.2 Ansvar genom underlåtenhet

Det framstår som tämligen uppenbart, när man läser brottsbeskrivningarna i BrB 3 kap., 7–9§§, att ansvar för brott kan komma ifråga för den som genom en aktiv, oaktsam handling vållat någon annan en skada. Men hur ska man då se på situationer där en persons död eller skada orsakats av annans *underlåtenhet* att handla? Till exempel: kan en läkare hållas straffrättsligt ansvarig för att ha underlåtit att vidta vissa undersöknings- eller behandlingsåtgärder som kunde ha förhindrat död eller lidande för en patient?

Bestämmelserna i BrB 3 kap., 7–9§§ är så kallade kommissivdelikt. Medan ommissivdelikt utkräver ansvar enbart på grund av gärningspersonens underlåtenhet att handla på ett visst sätt, är kommissivdelikt sådana som möjliggör ansvar både genom handling och underlåtenhet (kommissivdelikt definieras av att de inte är ommissivdelikt). En överträdelse av ett kommissivdelikt genom underlåtenhet benämns som ett oäkta underlåtenhetsbrott.⁸⁷ Man kan alltså ställas till ansvar för vållande till annans död, vållande till kroppsskada eller sjukdom respektive framkallande av fara för annan även när det är fråga om underlåtenhet. Generellt sett måste dock

⁸⁴ Bäcklund m.fl., *Brottsbalken*, (2018-07-01, upplaga 13. Zeteo, www.nj.se/zeteo), kommentar till 3 kap., 9§ BrB under rubriken Bakgrund.

⁸⁵ *Ibid.*, under rubriken Den brottsliga handlingen.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 105–106.

underlåtenhet betraktas som mindre straffvärt än en aktiv handling, och vissa särskilda förutsättningar måste vara uppfyllda för att ett ansvarsutkrävande ska kunna komma i fråga. I varje stund är det ett ju ett oändligt antal handlingar som vi väljer att inte vidta, då vi enbart har möjlighet att fullfölja ett handlingsalternativ åt gången. För att en straffrättsligt relevant underlåtenhet ska anses föreligga, måste det ha funnits ett krav att handla på ett visst sätt, vilket inte skett.⁸⁸ I svensk rätt finns ingen allmän skyldighet att ingripa för att rädda eller skydda personer som befinner sig i en situation där dess liv eller hälsa är hotad. Undantag kan dock finnas om man har ett särskilt ansvar för personen, för den fara personen befinner sig i eller av annat skäl kan anses ha en handlingsplikt.⁸⁹ Detta ligger i den så kallade rättspliktsteorin, som alltså begränsar den personkrets som kan ställas till svars till personer som haft en plikt att handla.⁹⁰ Det blir här relevant att tala om den så kallade garantläran.

Garantläran innebär att endast den kan ställas till svars för underlåtenhet som haft ställning som garant.⁹¹ Asp m.fl. (2013) diskuterar två typer av garantställning. *Övervakningsgaranten*, som har en skyldighet att avvärja risker som utgår från vissa farokällor, och *skyddsgaranten*. Det är den senare ställningen som är relevant när vi talar om hälso- och sjukvårdspersonal och deras ansvar i förhållande till patienter. Att inneha en ställning som skyddsgarant innebär att man har en skyldighet att avvärja risker som hotar någon eller något särskilt. Det kan handla om en förälder, som anses ha en skyldighet att ingripa till skydd för sina barn, men alltså också yrkespersoner inom hälso- och sjukvården i förhållande till patienter i vissa fall.⁹² Asp m.fl. argumenterar dock för att skyldigheten att ingripa måste vara begränsad till en viss personkrets. Någon generell plikt för sjuksköterskor och läkare att ingripa när de påträffar skadade människor kan inte sägas föreligga, utan det förutsätter ett särskilt ansvar för just den person som skadats, avlidit eller löpt risk för detta.⁹³

⁸⁸ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 105.

⁸⁹ Ibid, s. 108.

⁹⁰ Leijonhufvud, Wennberg & Ågren (2017) s. 54.

⁹¹ Ibid, s. 53.

⁹² Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 112.

⁹³ Ibid, s. 114.

Bedömningen om en viss gärning består av en handling eller en underlåtenhet kan i vissa fall försvåras av att det i samma skeende förekommer moment av såväl underlåtenhet som handling. Det kan röra sig om händelser där det är en handling som orsakar döden eller skadan hos en annan, men där oaktsamheten består i en underlåtenhet att vidta säkerhets- eller kontrollåtgärder. Sådana situationer bör i regel bedömas som gärningar genom handling, då dessa är primära inom straffrätten och därför bör tillgripas när det är möjligt.⁹⁴ Det utesluter dock inte att en distinktion kan göras mellan två händelseförlopp i nära anslutning till varandra. Boucht diskuterar ett fall där en dykinstruktör underlätit att kontrollera att en nybörjares dykutrustning fungerade som den skulle innan en dykövning påbörjades. Under dykövningen skulle deltagarna samarbeta i par. Instruktören skulle samarbeta med den aktuella nybörjaren på grund av att antalet deltagare i gruppen var ojämnt. Under övningen blev hon dock under någon minut tvungen att rikta uppmärksamhet mot två andra elever. Under denna tid försvann nybörjaren, som senare hittades avliden. Brister i dykutrustningen kunde konstateras.⁹⁵ Boucht menar att skeendet kan separeras i två händelseförlopp, som kan bedömas olika i fråga om handling respektive underlåtenhet. Ett första händelseförlopp är inledandet av dykövningen utan att instruktören hade kontrollerat utrustningen. Detta anser Boucht ska bedömas som en handling (psykisk påverkan) i kombination med underlåtenhet att vidta säkerhetsåtgärder. Det andra händelseförloppet är instruktörens underlåtna uppmärksamhet under dykövningen, som då alltså ska bedömas som underlåtenhet. Mellan händelseförloppen råder konkurrens på så sätt att det blir irrelevant om instruktören förfarit oaktsamt i det ena händelseförloppet om det kan fastställas att hen gjort det i det andra.⁹⁶

⁹⁴ Boucht (SvJT 2013), s. 990.

⁹⁵ Ibid, s. 988.

⁹⁶ Ibid, s. 1012–1013.

3.3 Orsakande

När någonting sker är det alltid många olika faktorer som står i orsakssamband med det inträffade. Om A råkar knuffa B ner på ett tågspår så att B blir överkörd, beror det inträffade inte bara på A:s gärning utan också på att B råkade befinna sig på perrongen, att lokföraren kom körande med tåget just då, och så vidare. För straffrättsligt ansvar förutsätts dock att det föreligger en rättsligt relevant kausalitet mellan gärningen och följden. Det krävs mer än att en händelse föregått en annan, men exakt vad har inte varit möjligt att formulera. Istället utgår bedömningarna utifrån allmänna erfarenheter, förnuft och tillgänglig kunskap.⁹⁷ Asp m.fl. (2013) menar att den nödvändiga begränsningen inte åstadkoms genom någon särskild lära om kausalitet, utan att den sker genom andra krav i form av exempelvis gärningsculpa och personlig culpa. Även garantläran vid underlåtenhet fungerar begränsande. Därför uppstår kausalitetsproblem i praktiken relativt sällan.⁹⁸

Det finns dock situationer som kan föranleda problem, särskilt inom hälso- och sjukvården. Nilheim och Leijonhufvud anger i boken ”Patientsäkerhet – teori och praktik” att orsaken till att åklagare oftast lägger ner förundersökningar kring oaktsamma handlingar inom hälso- och sjukvården vanligen är att ett orsakssamband mellan en gärning och en viss följd inte kan styrkas. Inte sällan har många faktorer påverkat ett visst händelseförlopp och området är mycket präglad av bevissvårigheter.⁹⁹ Särskilt kan nämnas situationer med konkurrerande skadeorsaker, ibland också benämnt orsaksflerhet. Som exempel tar vi situationen att A och person B nästintill samtidigt avlossar varsitt skott mot person C (vilket visserligen är en annan situation är de som diskuteras här). Oavsett vems kula som träffar först, är avlossandet av skottet inte en nödvändig förutsättning för följden, det vill säga att C dör. Hade inte A:s kula träffat C så hade ju B:s gjort det, och vice versa. Vid en prövning om vad som hade hänt om inte A hade skjutit,

⁹⁷ Leijonhufvud, Wennberg & Ågren (2017), s. 58.

⁹⁸ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 82–83.

⁹⁹ Nilheim & Leijonhufvud (2013), s. 240.

hade man alltså kommit fram till att C hade avlidit ändå (av B:s skott).¹⁰⁰ Vid straffrättsliga prövningar av händelser inom hälso- och sjukvården kan domstolen tvingas förhålla sig till situationer med konkurrerande skadeorsaker, i form av en hälso- och sjukvårdsanställds gärning kombinerat med exempelvis patientens egen sjukdomsprocess. Hade den dödssjuka patienten avlidit även om sjuksköterskan inte hade givit fel läkemedel?

Rättsteoretikern Ivar Strahl, som vid sidan av Nils Jareborg (som här representeras av verket som författats av Asp m.fl.) får betraktas som den främste författaren på området de senaste femtio åren, förespråkar användande av så kallade hypotetiska prov för att avgöra en viss handlings relevans för följden.¹⁰¹ Genom att reflektera över vad som hade hänt om personen inte hade vidtagit handlingen, får man svar på om en handling kan ansetts ha orsakat en viss följd.¹⁰² Detta överensstämmer med John Stuart Mills betingelse teori, en orsakslära som innebär att ett orsakssamband kan fastställas mellan en viss handling och en viss följd om följden med nödvändighet hade uteblivit i det fall handlingen inte företagits.¹⁰³ Strahl betonar dock att det inte förutsätts att följden *helt* uteblivit om handlingen inte företagits. Han menar istället att orsakande kan anses ha skett även i fall där effekten blivit endast obetydligt förändrad genom gärningen.¹⁰⁴ I situationer med konkurrerande skadeorsaker menar Strahl att man utifrån naturlagarna, och oberoende av ett hypotetiskt prov, i vissa fall måste kunna bedöma orsakssambandet mellan bådas gärning som uppfyllt eftersom allt annat vore orimligt.¹⁰⁵ I de typiska fallen av konkurrerande skadeorsaker har man dock att göra med två gärningspersoner, medan det i hälso- och sjukvårdssammanhang normalt endast torde röra sig om en. Strahl lyfter just exemplet med en sjuksköterska som ger fel läkemedel åt en dödssjuk, och därmed tidigarelägger döden något, och menar att det i sådana fall torde vara alltför strängt att döma till ansvar för vållande till annans död. I sådana

¹⁰⁰ Almkvist & Svensson (SvJT 2018), s. 231 och Korkka (SvJT 2018), s. 161.

¹⁰¹ Almkvist & Svensson (SvJT 2018), s. 228 och Strahl (1976), s. 56.

¹⁰² Strahl (1976), s. 56 och 62.

¹⁰³ Leijonhufvud, Wennberg & Ågren (2017), s. 58.

¹⁰⁴ Strahl (1976), s. 62.

¹⁰⁵ Ibid, s. 63.

situationer anser Strahl inte att orsakssambandet kan anses uppfyllt om inte ”handlingen haft tillräckligt avsevärd betydelse”.¹⁰⁶

Asp m.fl. förespråkar inte användande av hypotetiska prov vid orsakande genom handling.¹⁰⁷ Situationer med konkurrerande skadeorsaker menar författarna måste lösas med hjälp av den tillgängliga kunskapen och med hjälp av reglerna om bevisbörda och beviskrav. De presenterar en rad lösningsförslag för olika specifika situationer av konkurrerande skadeorsaker. Asp m.fl. menar till exempel att situationer som den med A och B måste bedömas som att kausalitet föreligger mellan bådask handling och följden, eftersom alternativet (att säga att ingen av dem orsakade följden) vore märkligt.¹⁰⁸ Asp m.fl. anser däremot att man vid *underlåtenhet* måste fråga sig om man genom ett adekvat handlande hade kunnat undvika följden, och således vidta ett hypotetiskt prov.¹⁰⁹ Strahl delar denna uppfattning och menar att man måste genomföra en substitution: man föreställer sig vad som hade hänt om personen vidtagit den underlåtna handlingen. Kommer man då fram till att följden inte hade inträffat, är orsakandet genom underlåtenhet relevant trots att underlåtenheten i sig inte orsakat följden.¹¹⁰ Det kan vara mycket svårt att bedöma vad som hade hänt om en person hade vidtagit en viss handling. Strahl menar att man kan tycka att ansvar inte bör utkrävas om inte full bevisning eller övertygelse råder om underlåtenhetens relevans. Han framhåller dock att man inte kan uppställa ett fullt så strängt krav om bevisning, och vara så mild mot den som underlåtit. Strahl lyfter två exempel från hälso- och sjukvården, där läkare underlåtit att remittera patienter till adekvat vård, och menar att gränsen mellan handling och underlåtenhet i sådana fall är så subtil att bedömningen om vad som hade skett inte blir nämnvärt mycket svårare än om det istället hade rört sig om handlingar.¹¹¹

Tillvägagångssättet med hypotetiska prov i samband med underlåtenhet stöds numera av praxis. Metoden tillämpades bland annat av Högsta domstolen i NJA 2007 s. 369, som rörde oaktsam underlåtenhet. I fallet hade

¹⁰⁶ Strahl (1976), s. 58 och 64.

¹⁰⁷ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 84–85.

¹⁰⁸ Ibid, s. 80.

¹⁰⁹ Ibid, s. 81–82.

¹¹⁰ Strahl (1976), s. 315.

¹¹¹ Ibid, s. 317–318.

en person klämts till döds i samband med att last skulle lyftas av ett fartyg. Den verkställande direktören hade underlåtit att vidta erforderliga säkerhetsåtgärder, bland annat i form av att ha en utsedd signalman på plats. Högsta domstolen skriver i sina domskäl: ”När fråga uppkommer om huruvida en underlåtenhet orsakat en viss effekt, måste bedömningen bli hypotetisk. Om det därvid framstår som *i hög grad sannolikt* att effekten skulle ha uteblivit om den tilltalade hade handlat som han bort, får erforderligt orsakssamband anses föreligga.” Domstolen gjorde således en hypotetisk prövning, vid vilken man bedömde om dödsfallet med en hög grad av sannolikhet inte hade inträffat i det fall en signalman hade funnits på platsen.

3.3.1 NESS-testet

Hypotetiska prov har karaktären av det som i engelskan brukar kallas ”but for-test”. Det som ska klargöras genom det hypotetiska provet är om en viss handling eller underlåtenhet varit nödvändig för orsakandet av följden. Det hypotetiska provet är enkelt att använda och ger oftast rimliga svar, men exempelvis i situationer med konkurrerande skadeorsaker misslyckas provet med att ge svar som stämmer med ett allmänt rättsmedvetande.¹¹² Inom framför allt skadeståndsrätten och filosofin har man ansett det motiverat att försöka utveckla en modell för bedömning av orsakssamband som klarar av att förhålla sig till konkurrerande skadeorsaker, och som således också sänker de högt uppställda kraven på orsakssamband i sådana situationer. Det blir här aktuellt att tala om det så kallade NESS-testet (Necessary Element of a Sufficient Set).¹¹³

NESS-testet har sitt ursprung i Hart & Honorés monografi *Causation in the Law*, men har därefter utvecklats vidare och förtydligats av Wright.¹¹⁴ Principen handlar om den sammansättning av villkor som var för sig är nödvändiga, och tillsammans är tillräckliga, för en viss följd. En kausalt relevant faktor (”necessary element”) är en nödvändig faktor för att i

¹¹² Schultz (NFT 2003), s. 280 och 282.

¹¹³ Korkka (SvJT 2018), s. 162.

¹¹⁴ Schultz (NFT 2003), s. 280.

gemenskap med andra faktorer uppställa minimivillkoren för en viss följd (a sufficient set).¹¹⁵ Lena Wahlberg lyfter i sin avhandling fram ett exempel med en man som somnar medan han kör droska, varpå hästen börjar dra åt ett annat håll, varpå blixten slår ner i droskan och dödar passageraren.¹¹⁶ I ett sådant exempel är faktorn att mannen somnade nödvändig för att tillsammans med andra faktorer skapa följden (att passageraren dog). Även vid ett hypotetiskt test skulle man komma fram till att passageraren med all säkerhet inte hade dött av blixtnedslaget om inte mannen hade somnat. Skillnaden mellan metoderna blir främst tydlig i situationer där flera sammansättningar av faktorer (sufficient sets) existerar parallellt.¹¹⁷ I fallet med en dödssjuk patient som får fel läkemedel kan ett hypotetiskt prov kanske inte med säkerhet slå fast att patienten skulle ha överlevt även om hen fått rätt läkemedel. Men det faktum att hen fick fel läkemedel är enligt NESS-testet en nödvändig faktor för den uppsättning villkor som tillsammans var tillräcklig för följden att patienten dog. Det blir då inte relevant att patienten kanske skulle ha avlidit ändå.

3.4 Oaktsamhet

De tre brottsbeskrivningar som här behandlas har samtliga karaktären av oaktsamhetsbrott. Begreppet oaktsamhet, culpa, i straffrättsligt hänseende är lika viktigt som komplicerat. Ett problem som aktualiseras är till exempel att legalitetsprincipen å ena sidan förutsätter stadganden i lag för att någon ska kunna dömas, samtidigt som oaktsamhetsbedömningar alltid är utpräglat moraliska bedömningar som i någon mån blir beroende av ”utomrättsligt material”.¹¹⁸ Ett annat problem uppstår när man försöker anpassa culpabegreppet till den traditionellt tvådelade synen på brottsbegreppet. Cavallin (1999) menar att den som placerar culpabegreppet under brottsbegreppets subjektiva rekvisit kan få svårt att acceptera culpa

¹¹⁵ Korkka (SvJT 2018), s. 162.

¹¹⁶ Wahlberg (2010), s. 85

¹¹⁷ Ibid, s. 88.

¹¹⁸ Cavallin (1999), s. 396.

negligentia som ansvarsgrundande, det vill säga oaktsamt handlande utan misstanke om en viss följd (se vidare avsnitt 3.6.2). Den som däremot placerar culpabegreppet inom brottsbegreppets objektiva del hamnar omedelbart i konflikt med skuldprincipen, som slår fast att straff förutsätter skuld.¹¹⁹ Olika straffrättsteoretiker har förespråkade olika modeller för att lösa dessa problem. Cavallin kategoriserar doktrinen i tre grupper:¹²⁰

- de ”klassiska” läror som huvudsakligen ser culpa som en skuldform och alltså hänför sig till brottsbegreppets subjektiva sida
- de ”moderna” läror som förespråkar en flerstegsprövning som innehåller minst ett subjektivt och ett objektiva led
- de som förespråkar andra sätt att förklara oaktsamhetskravet

Det är de moderna lärorna som dominerar diskussionen idag, med särskild tyngdpunkt mot den modell, lanserad av Jareborg i slutet av 70-talet, som beskrivs i Asp m.fl. (2013). Denna får idag sägas vara den mest förespråkade modellen bland straffrättsteoretiker och har därför en framstående plats även i min redogörelse.¹²¹ Jag vill dock under efterföljande rubriker nämna ytterligare ett par modeller av betydelse.

3.4.1 Strahl

Strahl, vars oaktsamhetsmodell Cavallin kategoriserar som ”klassisk med moderna inslag”, indelar oaktsamhetsbedömningen i en objektiv och en individuell del men som är hänförliga till ett och samma oaktsamhetsrekvisit.¹²² Strahl menar att oaktsamhetskravet är uppfyllt när

- 1) Den handlande brustit i erforderlig aktsamhet (i förhållande till en viss effekt, specificerad i den enskilda brottsbeskrivningen) och

¹¹⁹ Cavallin (1999), s. 397.

¹²⁰ Ibid, s. 440–441.

¹²¹ Cavallin (1999), s. 441; Jareborg (NTfK 1977), s. 219–248 och Anderberg (2015), s. 89.

¹²² Cavallin (1999), s. 487.

- 2) det i den specifika situationen kunde krävas att personen iakttog sådan aktsamhet.¹²³

Vid en prövning av den första, objektiva delen av oaktsamhetsrekvisitet har domstolen att ta ställning till hur en människa i samma situation rimligen bör bete sig. Domstolen kan även beakta förhållningsregler, genom till exempel lag, föreskrift eller arbetsinstruktion, i den mån sådana finns.¹²⁴ Bedömningen är komplex och måste ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Till exempel framhåller Strahl att det faktum att en person följt en viss arbetsinstruktion inte nödvändigtvis måste innebära att personen varit aktsam.¹²⁵

Det andra ledet i bedömningen – det vill säga om det kunde begäras av personen att handla annorlunda – benämner Strahl som ”det individuella culpaskönet”. Här ska domstolen utgå från vad som är rimligt att kräva av en person med samma individuella förmågor och egenskaper som den förevarande gärningspersonen. En person som handlat utifrån bristande förmåga kan i viss mån ursäktas. Strahl skriver ”ingen kan begäras vara klokare än vad han är. Vad som däremot kan begäras av envar är, att han använder den klokhet han har till att tänka sig för.”¹²⁶

3.4.2 Wennberg & Leijonhufvud

Cavallin menar att Leijonhufvuds och Wennbergs oaktsamhetslära ligger nära Strahls, men att den drar något mer åt det klassiskt enkla hållet och placerar oaktsamheten helt på den subjektiva sidan av brottsbegreppet.¹²⁷ Även i denna lära förespråkas en bedömning i två led:

- 1) Vilka krav på aktsamhet kan ställas i den specifika situationen?

¹²³ Strahl (1976), s. 168.

¹²⁴ Ibid, s. 169–170

¹²⁵ Ibid, s. 173.

¹²⁶ Ibid, s. 175–176.

¹²⁷ Cavallin (1999), s. 495.

- 2) För att fastställa oaktsamhet måste domstolen motivera att det kunnat begäras av den individuella gärningspersonen att hen iakttog erforderlig aktsamhet.¹²⁸

En förutsättning för att oaktsamhet ska kunna anses föreligga är att handlandet inneburit ett risktagande. Risktagandet måste vidare ha inneburit att det funnits goda skäl att avstå från handlandet, och att därmed också en icke obetydligt avvikelse från vad som vore önskvärt. Vid första ledet i bedömningen kan domstolen finna stöd i de aktsamhetsnormer (i form av t.ex. ordnings-, säkerhets- eller skyddsföreskrifter) som eventuellt behandlar den specifika situationen, eller i andra hand utgå från principen om ”bonus pater familias” – vad en annan normalt försiktig person skulle ha gjort.¹²⁹

I det andra ledet ska domstolen särskilt ta hänsyn till individens speciella förutsättningar. I likhet med Strahl menar Leijonhufvud och Wennberg att sådant som sinnen (syn, hörsel etc.), utbildning och kunskap ska beaktas. Detta då bristande förmåga kan vara ursäktande, men också då det skulle kunna vara oaktsamt att försätta sig i en situation som kräver förmågor man inte besitter.¹³⁰

3.4.3 Erenius

Cavallin kategoriserar Erenius lära om oaktsamhetsbegreppet som en modern flerstegslära. Denna presenterades först i hans avhandling ”Oaktsamhet” från 1971, som främst behandlade den nedre gränsen för oaktsamhetsbegreppets objektiva del (gränsen mot det straffria).¹³¹ Det framgår redan genom detta, att det primära huvuddraget i hans lära är åtskillnaden mellan den objektiva och den subjektiva delen av oaktsamhetsbedömningen.¹³² Erenius framhåller att när domstolarna ska avgöra om oaktsamhet föreligger är det vanligen överväganden kring det objektiva som träder i förgrunden.¹³³

¹²⁸ Leijonhufvud, Wennberg & Ågren (2015), s. 93–94.

¹²⁹ Ibid, s. 93–94.

¹³⁰ Ibid, s. 94.

¹³¹ Erenius (1971), s. 18.

¹³² Cavallin (1999), s. 500.

¹³³ Erenius (1971), s. 27.

Erenius menar att domstolen, för culpaprövningens objektiva del, gör en ”värderingsoperation” för att avgöra frågan om personen handlat så som hen borde ha gjort. Handlingen jämförs med ett ”på ett eller annat sätt tillskapat mönster”.¹³⁴ Avhandlingen har således ett fokus på de aktsamhetsregler som blir centrala i denna prövning. Erenius har bland annat en kritisk inställning till principen om bonus pater familias, som han, förenklat, anser ger ett alltför stort utrymme för godtycke.¹³⁵

3.4.4 Frände

I Frändes lärobok i ”Allmän straffrätt” (2004) används begreppet ”gärningsculpa” på samma sätt som Jareborg förespråkar. Skillnaden mellan Frändes och Jareborgs läror är framför allt att Frände anser att personlig oaktsamhet ska prövas som en del av brottsbeskrivningsenligheten.¹³⁶ Den personliga oaktsamheten kräver en individuell bedömning (i motsats till gärningsculpan som bedöms utifrån en objektiv måttstock), där det som står i centrum är om personen haft faktiskt möjlighet att agera aktsamt. Frände menar dock att domstolarna i praktiken tenderar att utgå från en norm om vad människor i allmänhet borde klara av, varför en person kan dömas till ansvar trots att just denna individ inte hade personlig förmåga att nå upp till kraven.¹³⁷ Då frågan om personlig culpa enligt Frändes lära hänförs till brottsbeskrivningsenligheten, återstår för prövningen av skuldfrågan endast om de ursäktande grunderna, eller de subjektiva ansvarsfrihetsgrunderna, kan tillämpas.¹³⁸

¹³⁴ Erenius (1971), s. 86.

¹³⁵ Ibid, s. 159.

¹³⁶ Frände (2004), s. 222, och Cavallin (1999), s. 559.

¹³⁷ Frände (2004), s. 221–223.

¹³⁸ Frände (2004), s. 233 ff. och Cavallin (1999), s. 559.

3.5 Gärningsculpa

I de brottsbeskrivningar som är relevanta för denna uppsats krävs för ansvar att gärningspersonen ”vållat” död eller skada, eller ”framkallat” fara. Någon närmre beskrivning av vad detta innebär finns inte i lagtexten. Har den vållat kroppsskada, som dagligen i många år serverat sin levnadspartner fet kost som i slutänden resulterat i en hjärtattack? Den som glömt lägga en halkmatta i badkaret, varefter ett barn halkat och slagit huvudet? Svaret på hur avgränsningen kring vaga begrepp som ”vållat” och framkallat” ska göras måste alltså sökas i andra rättskällor än i lagtexten.

Den nödvändiga avgränsningen innebär att orsakandet, kausaliteten, också måste ha varit adekvat. Detta innebär att det i stunden för gärningen måste ha funnits en sådan objektiv risk för att följden skulle inträffa på det sätt som sedan också inträffat, att en normalt aktsam person skulle ha avstått från gärningen.¹³⁹ Adekvansbegreppet har dock inte varit utan kritik, och bland annat Asp m.fl. (2013) förespråkar istället begreppet ”gärningsculpa”, också kallat objektiv culpa, för att lösa dessa avgränsningsproblem.¹⁴⁰ I detta sammanhang anknyter culpabegreppet alltså till själva gärningen och frågan om brottsbeskrivningsenlighet föreligger. Begreppet bygger på idén om att ett straffrättsligt ansvar förutsätter att personen i något skede haft kontroll över händelseutvecklingen. Har personen inte haft kontroll, förhindrar konformitetsprincipen (se avsnitt 3.5.1) att straffrättsligt ansvar utkrävs. Vidare måste gärningen ha varit oaktsam i förhållande till en viss effekt – har risktagandet i sig varit tillåtet spelar det ingen roll om effekten vållats på ett relevant sätt. Slutligen måste alltså kraven på relevant orsakande av effekten vara uppfyllda.¹⁴¹ De tre delarna av gärningsculpabegreppet beskrivs närmare i avsnitt 3.5.1–3.

¹³⁹ Leijonhufvud, Wennberg & Ågren (2017), s. 61.

¹⁴⁰ Ibid, s. 62; Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 134–135 och Boucht (SvJT 2013), s. 992.

¹⁴¹ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 135–136.

3.5.1 Kontrollerad gärning

Den första faktorn för konstitutionen av gärningsculpa är alltså att gärningen eller underlåtenheten måste ha varit kontrollerad. Att gärningen är kontrollerad innebär att personen har en faktisk möjlighet att avsluta handlingen, eller vid underlåtenhet vidta handlingen, och förhindra följden om han eller hon uppmanas till det.¹⁴²

Konformitetsprincipen innebär att den som inte har haft möjlighet, förmåga eller tillfälle att rätta sig efter lagen, inte heller kan hållas som ansvarig för ett brott. Detta gäller således den som inte haft erforderlig kontroll sina handlingar. Principen är såväl rättspolitisk som etisk och ska återspeglas i lagstiftningen, men kan också användas som argument i domstol när annat lagstöd saknas.¹⁴³

3.5.2 Otillåtet risktagande

Som tidigare nämnts krävs det alltså också att den kontrollerade handlingen eller underlåtenheten inneburit ett otillåtet risktagande i förhållande till en viss följd. Så vad innebär då ett otillåtet risktagande?

Strahl (1976) förklarar att en person visserligen han anses ha orsakat en följd genom sin oaktsamma gärning, men det behöver inte betyda att det är just den följden som fick gärningen att anses oaktsam. Det finns ett krav om att culpan ska stå i ett visst kvantitativt förhållande till effekten.¹⁴⁴ Asp m.fl. (2013) menar att en handling innebär ett otillåtet risktagande om den innebär en risk i en viss riktning, och att den risken är av en sådan karaktär att det finns goda skäl att avstå från handlingen. Domstolarnas bedömning av vad som utgör ”goda skäl” är inte statisk, utan kan variera utifrån olika situationer och sammanhang.¹⁴⁵ Generellt kan sägas att den straffrättsliga förtroendegrundsatsen innebär att man ska kunna utgå från att andra människor handlar på ett någorlunda rationellt sätt, bland annat genom att inte

¹⁴² Asp, Jareborg & Ulväng (2013) s. 139.

¹⁴³ Ibid s. 271.

¹⁴⁴ Strahl (1976), s. 200.

¹⁴⁵ Asp, Jareborg & Ulväng (2013) s. 149–150.

agera oaktsamt eller brottsligt. Man ska kunna presumera att regler och normer i samhället åtföljs.¹⁴⁶ Översatt till en hälso- och sjukvårdskontext måste det innebära, att man som vårdsökande ska kunna utgå från att hälso- och sjukvårdspersonal agerar såväl kunnigt som aktsamt. Hade vi inte kunnat utgå från detta, hade vi inte vågat söka sjukvård. När man i praktiken ska bedöma om ett visst agerande inneburit ett otillåtet risktagande försöker man uppnå objektivitet genom att anlägga aktsamhetsstandarder.¹⁴⁷ I vissa fall finns redan sådana, som inom hälso- och sjukvården där det finns rikligt med regler och föreskrifter som beskriver hur verksamheten ska bedrivas. T.ex. kan stadgandet i PSL 6 kap. 1§ om att ”hälso- och sjukvårdspersonal ska utföra sitt arbete i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet” sägas utgöra en sådan aktsamhetsnorm. Så länge åtgärderna inom vården ligger i linje med vad som är vetenskap och beprövad erfarenhet, och i övrigt följer gällande regelverk, innebär den visserligen riskfyllda verksamheten inget otillåtet risktagande.¹⁴⁸ I det fall formella aktsamhetsstandarder saknas sker bedömningen istället utifrån vad som kan betecknas som ”normal aktsamhet”.¹⁴⁹ Bedömningen av risktagandet ska ske objektivt utifrån gärningspersonens synvinkel, vid tidpunkten för händelsen. Generellt kan sägas att ju större risken är för en oönskad följd, och ju allvarigare denna följd är, ju större skäl finns det att inte genomföra gärningen.¹⁵⁰ I rättspraxis har det flera gånger slagits fast att det mot bakgrund av patienternas trygghet och förtroende för vården måste anses befogat att ställa särskilt höga krav på aktsamhet i sådan verksamhet.¹⁵¹ Dessutom ställs generellt högre krav på yrkespersonal än på lekmän. Detta ligger i linje med den så kallade övertagandegrundsatsen, som innebär att den som utför något som kräver viss kunskap – så som medicinska ingrepp – inte ska kunna freda sig med att han eller hon saknade sådan kunskap.¹⁵²

¹⁴⁶ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 160.

¹⁴⁷ Ibid, s. 155.

¹⁴⁸ Ibid, s. 157–158.

¹⁴⁹ Ibid, s. 156.

¹⁵⁰ Ibid, s. 149–150.

¹⁵¹ Se t.ex. NJA 1987 s. 490 och NJA 2006 s. 228.

¹⁵² Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 158–159.

Det finns situationer, inte minst inom hälso- och sjukvården, då den kontrollerade handlingen i sig kan vara önskvärd. Ett sätt att då förhindra att handlingen innebär en otillåten risk, är att i anslutning till handlingen vidta säkerhetsåtgärder. Har sådana säkerhetsåtgärder inte vidtagits för att undanröja en viss risk, kan man säga att det i händelseförloppet involverar såväl underlåtelse (att vidta säkerhetsåtgärder) som en gärning (som leder till följden). I sådana fall ska händelseförloppet bedömas som ett gärningsbrott snarare än underlåtelse, då gärningsbrott är primära inom straffrätten och bör tillämpas i första hand.¹⁵³

Svårigheter uppkommer inte sällan när man ska bedöma otillåtet risktagande i situationer då gärningspersonen inte var medveten om att hen gjorde något som innebar en fara. Så är till exempel fallet med läkemedelsförväxling inom hälso- och sjukvården. Avgörande blir då, i avsaknad av formella aktsamhetsstandarder, om en normalt aktsam person skulle ha vidtagit kontroll- eller säkerhetsåtgärder som skulle ha inneburit att faran uppdagades.¹⁵⁴ Har det då någon betydelse om kontroll- och säkerhetsåtgärderna hade varit tillräckliga för att avvärja skadan? Detta råder det delade meningar om. Boucht illustrerar problematiken med ett fall där en fjällinstruktör underlåter att förse sin grupp med hjälmar i samband med en övning i isklättring. Under klättringen råkar gruppen ut för ett ras. En person får en större sten i huvudet och avlider. Utredningen visar dock att stenen var av en sådan storlek att en hjälm sannolikt inte hade gjort någon skillnad för utgången. Strahl menar att straffrättsligt ansvar förutsätter att oaktsamheten varit relevant för följden och utesluter alltså ansvar om ett tillåtet risktagande hade lett till samma följd. Utifrån Strahls teori hade fjällinstruktören friats. För Jareborg däremot, är det väsentliga om fjällinstruktören förfarit oaktsamt i viss riktning och därmed orsakat en följd som förverkligat en risk som på förhand varit möjlig att förutse. Således hade fjällinstruktören kunnat dömas.¹⁵⁵

¹⁵³ Boucht (SvJT 2013), s. 991.

¹⁵⁴ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 151.

¹⁵⁵ Boucht (SvJT 2013), s. 995–996.

3.5.3 Relevant risktagande

För att gärningsculpa ska föreligga, krävs alltså slutligen att den kontrollerade gärningen och det otillåtna risktagandet varit relevant i förhållande till den inträffade följden. En gärning kan visserligen vara oaktsam, men om följden inte varit att förvänta har orsakandet inte varit culpöst på ett sätt som kan föranleda straffansvar. Asp m.fl. (2013) skriver att orsakandet måste ”utgöra ett förverkligande av någon av de risker som gör den kontrollerade gärningen till ett otillåtet risktagande”.¹⁵⁶ Alltså: om det på förhand var möjligt för gärningspersonen att identifiera risker, som gjorde att det fanns goda skäl att avstå från gärningen, är kravet på otillåtet risktagande uppfyllt. Om dessa risker sedan förverkligas, har orsakandet även skett på ett relevant sätt. Principen kan verka okomplicerad, men innebär i verkligheten ofta svåra bedömningar.

Strahl förespråkar ett hypotetiskt prov för att avgöra frågan om oaktsamhetens relevans för följden, det vill säga om det rör sig om ett vållande.¹⁵⁷ Bäcklund m.fl. (2018) förklarar problematiken med ett exempel där en bilförare kör fram i alltför hög hastighet och råkar köra över en person som sprungit ut i vägbanan. Om olyckan hade inträffat även om föraren hade kört i lagenlig hastighet, ska han inte dömas till ansvar för vållande till annans död trots att han framförde sitt fordon på ett oaktsamt sätt och de facto orsakade följden. Detta då han inte hade skäl att ta risken för just denna utgång i beaktning.¹⁵⁸ Det som måste göras är således en hypotetisk prövning av hur utgången hade sett ut om föraren hade kört i normal hastighet. Strahl menar att det är svårt att precisera vilken grad av sannolikhet för en annan följd som torde krävas, och menar att detta måhända måste få variera utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁵⁹ Jareborg däremot, ställer sig kritisk till förfarandet med

¹⁵⁶ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 164–165.

¹⁵⁷ Strahl (1976), s. 206.

¹⁵⁸ Bäcklund, Johansson, Trost, Träskman, Wennberg & Wersäll, *Brottsbalken*, (2018-07-01, upplaga 13. Zeteo, www.nj.se/zeteo), kommentar till 3 kap., 7§ BrB under rubriken Den brottsliga handlingen.

¹⁵⁹ Strahl (1976), s. 207.

hypotetiska prov vad gäller oaktsamhetens relevans. Som tidigare nämnt, anser han att det som är av betydelse för om ett vållande ska anses föreligga är om den risk som gjort gärningen till ett otillåtet risktagande också förverkligats.¹⁶⁰

3.6 Personlig culpa

Även i förhållande till den personliga culpan är förstas konformitetsprincipen gällande.¹⁶¹ En person kan visserligen ha utfört en viss gärning som innebär att rekvisiten för en viss brottsbeskrivning är uppfyllda, men om personen inte förstod vad hen gjorde bör hen ändå inte hållas straffrättsligt ansvarig. Ett sådant ansvar förutsätter ju, enligt konformitetsprincipen, att personen hade insikt om vissa omständigheter (eller i vart fall chans att skaffa sig sådan insikt) och de facto kunde rätta sig efter lagen. Även den straffrättsliga skuldprincipen förhindrar ett åläggande av ansvar i en situation då personen inte förstod innebörden av sitt eget handlande. Denna princip slår fast att strikt ansvar inte får förekomma inom straffrätten och att straff förutsätter skuld.¹⁶² För att ett brott ska anses förövat krävs alltså att rekvisiten för personligt ansvar är uppfyllda, det vill säga att gärningen begåtts antingen av uppsåt eller av oaktsamhet (personlig culpa). Den så kallade täckningsprincipen förutsätter att den personliga culpan ”täcker” den gärning som faktiskt har begåtts. Endast vid stadgande i lag får undantag göras.¹⁶³ Vidare måste det, för att brott ska kunna anses begånget, saknas ursäktande grunder.¹⁶⁴

I detta avsnitt kommer jag närmare att beskriva den personliga culpan som skuldform. Inledningsvis kan sägas, att personlig culpa inom straffrättsvetenskapen måste sägas utgöra ett undantag. Detta framgår redan av BrB 1 kap., 2 §, där det anges att en gärning ska anses som brott endast när den har begåtts uppsåtligt, om inte annat är föreskrivet. Det är således uppsåtet (dolus) som är utgångspunkten inom straffrätten, och ansvar för

¹⁶⁰ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 164.

¹⁶¹ Ibid, s. 270.

¹⁶² Anderberg (2015), s. 44 och Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 48.

¹⁶³ Se t.ex. Leijonhufvud, Wennberg & Ågren (2015), s. 99.

¹⁶⁴ Asp, Jareborg & Ulväng (2013). s. 66 och s. 270.

handlingar som har begåtts av oaktsamhet kan endast komma i fråga i särskilda fall, då klandervärdheten varit så stor att ett straffansvar kan motiveras. Varje steg från det normalt aktsamma bör inte beivras straffrättsligt.¹⁶⁵ Asp m.fl. (2013) menar att den personliga culpan förekommer i två former som närmre beskrivs i efterföljande avsnitt: medveten oaktsamhet (*culpa luxuria*) och omedveten oaktsamhet (*culpa negligentia*).¹⁶⁶ Värdet av att dela in personlig culpa i två former har dock ifrågasatts av andra forskare, bland annat då indelningen har liten betydelse i straffrättsligt hänseende.¹⁶⁷ Såväl medveten som omedveten oaktsamhet kan utgöra grov oaktsamhet respektive oaktsamhet av normalgraden (även om Asp m.fl. menar att medveten oaktsamhet ofta är att bedöma som grov culpa) och BrB gör heller ingen åtskillnad mellan typerna.¹⁶⁸

3.6.1 Medveten oaktsamhet

Medveten oaktsamhet innebär, som närmast framgår av ordalydelsen, att gärningspersonen i samband med sin kontrollerade gärning var medveten om att hen tog en risk. Medveten oaktsamhet har likheter med likgiltighetsuppsåt, med den skillnaden att den som är medvetet oaktsam enbart är likgiltig inför *risken* för följden, inte inför följden i sig.¹⁶⁹ Medveten oaktsamhet, som kan sägas ha karaktären av hänsynslöshet, får betraktas som mer klandervärd än den omedvetna oaktsamhet som mer kan sägas ha karaktären av slarvighet eller lättsinne (se nedan).¹⁷⁰

3.6.2 Omedveten oaktsamhet

Omedveten oaktsamhet innebär på motsvarande sätt att gärningspersonen var omedveten om att hen tog en risk, men att hen borde ha förstått att hen gjorde det. Om personen hade agerat med erforderlig aktsamhet, eller om hen hade

¹⁶⁵ Anderberg (2015), s. 17.

¹⁶⁶ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 314–315.

¹⁶⁷ Anderberg (2015), s. 98–99.

¹⁶⁸ Erenius (1971), s. 81 och Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 319.

¹⁶⁹ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 314–315.

¹⁷⁰ Ibid, s. 319.

vidtagit vissa kontrollåtgärder skulle personen ha identifierat risken. Personen hade av det skälet, trots sin omedvetenhet i gärningsstunden, en möjlighet att rätta sig efter lagen och konformitetsprincipen uppställer inga hinder för straffbarhet.¹⁷¹

Vid bedömningen frågar man sig i ett första led (orsaksledet): Vad kunde personen, utifrån sin personliga förmåga, ha gjort för att komma till insikt om risken? Ofta är det fråga om enkla åtgärder som till exempel att ”tänka efter”, dubbelkontrollera, vara noggrann eller skaffa information. Man frågar sig också om personen hade personlig förmåga och tillfälle att göra det?¹⁷² I ett andra led (klandervärdhetsledet) frågar man sig: Borde personen ha gjort detta som hen hade tillfälle och förmåga att göra? Bedömningen är således normativ och måste alltså göras individuellt och utifrån varje enskild situation. Dock brukar bedömningen ta sin utgångspunkt i vad som vore en ”normal aktsamhet” i det specifika sammanhanget, och aktsamhetsstandarder får betydelse även i bedömningen av personlig culpa i den mån sådana finns.¹⁷³

¹⁷¹ Asp, Jareborg & Ulväng (2013), s. 315.

¹⁷² Ibid, s. 315–316.

¹⁷³ Ibid, s. 317.

4 Rättspraxis

I svensk rättspraxis finns ett flertal fall där personal inom hälso- och sjukvården dömts till ansvar för vållande till annans död, vållande till kroppsskada eller sjukdom eller framkallande av fara för annan i samband med sin yrkesutövning. Jag kommer i detta avsnitt att lyfta de fall som med lätthet har kunnat identifieras vid en sökning i databasen InfoTorg juridik, eller genom att de refererats till i annan litteratur.

4.1 Avgöranden i Högsta domstolen

4.1.1 NJA 1987 s. 490 - Premedicineringen

Målet rörde en läkare som åtalats för att ha framkallat fara för annan. Läkaren hade angivit fel läkemedelsnamn (oxicon-scopolamin i stället för morfin-scopolamin) när han skulle ordinera läkemedel till en ettårig patient inför en undersökning med datortomografi. På grund av den felaktiga ordinationen fick barnet sex till sju gånger för hög dos av den aktiva substansen i de båda läkemedlen, vilket ledde till ett andningsstillstånd som dock kunde hävas av vårdpersonal.

Läkarens felaktiga ordination berodde på att han under kvällen innan han nedtecknade ordinationen hade gått rond på olika avdelningar. Där hade han gjort anestesibedömningar av huvudsakligen vuxna patienter, som föreskrevs läkemedlet oxicon-scopolamin (avsett för patienter över 15 år). Han hade därför av misstag råkat skriva detta läkemedel i ordinationen till ettåringen, när han i själva verket hade avsett morfin-scopolamin som är avsett för barn.

Såväl tingsrätten som hovrätten ansåg det klarlagt att läkaren av misstag skrev den felaktiga ordinationen, vilket måste betraktas som oaktsamt. Avgörande för utfallet i dessa instanser blev istället bedömningen av graden av oaktsamhet. Tingsrätten tog hänsyn till omständigheterna vid ordinationen, likväl som risken barnet utsatts för och möjligheterna att

avvärja den. Eftersom sjuksköterskan hade haft möjlighet att upptäcka felet, och eftersom händelsen inträffade på ett sjukhus med goda resurser att hantera barn med andningsstillestånd, ansåg tingsrätten att oaktsamheten inte kunde bedömas som grov. Hovrätten gjorde dock en annan bedömning i denna del. Där ansåg rätten att man ”med hänsyn till patientens trygghet och det allmännas förtroende för sjukvården bör ställa höga krav på en läkares aktsamhet”. Hade läkaren läst igenom sin ordination igen och vidtagit normal aktsamhet hade han upptäckt sitt misstag. Han hade därför förfarit grovt oaktsamt.

När målet prövades i Högsta domstolen lades fokus på om läkarens handlande framkallat en sådan fara för barnet som lagen krävde för brottsbeskrivningsenlighet. Efter att barnet hade fått läkemedlet hade det observerats särskilt av sjuksköterskan som administrerat det. Detta dels för att det ingick i de sedvanliga rutinerna för vårdarbetet, dels för att hon hade funnit ordinationen besynnerlig (och därför kontaktat andra läkare, som dock inte velat ändra en kollegas ordination). Mot denna bakgrund fann Högsta domstolen att det egentligen aldrig funnit någon risk för allvarlig skada, och att farerekvisitet i 3 kap. 9§ BrB därför inte var uppfyllt. Frågan om läkaren förfarit oaktsamt behövde således aldrig prövas.

4.1.2 NJA 2006 s. 228 - Kalmarmålet

Målet rörde en sjuksköterska som åtalats för vållande till annans död. Sjuksköterskan skulle blanda ett dropp med kramplösande läkemedel, Xylocard, till ett tre månader gammalt spädbarn. Det var en lugn dag på IVA – utöver det lilla barnet fanns endast två patienter till. Läkemedlen förvarades i bokstavsordning, varför två förpackningar med Xylocard med olika styrkor förvarades intill varandra. Förpackningarna var dock mycket olika varandra. Av misstag tog sjuksköterskan förpackningen som innehöll en tio gånger för hög koncentration. Hon blandade lösningen i en spruta, märkte upp den med den koncentration hon *trodde* att lösningen innehöll och lät sedan en kollega

kontrollräkna utan att visa henne de tomma läkemedelsampullerna. Sprutan följde sedan med barnet då det bytte avdelning, där vårdpersonalen än en gång kontrollräknade och sedermera tillsatte lösningen till barnets dropp. Barnet fick omgående kramper, vilket är ett symptom på överdosering av Xylocard, vilket gjorde att den ansvariga läkaren trodde att barnet behövde en än högre dos kramplösande medicin. Barnet fick därför ytterligare doser Xylocard och dog inom någon halvtimme till följd av cirkulationssvikt.

Sjuksköterskan dömdes till ansvar i alla tre instanser. Såväl tingsrätt som hovrätt kritiserade visserligen klinikens rutiner för ordinationer och beredande av infusionslösningar, som innebar en ökad risk för misstag och förväxlingar. Båda instanserna menade dock att sjuksköterskans befattning, med hänsyn till patienternas rätt till trygghet och säkerhet, innebar ett särskilt stort ansvar för att utföra sina arbetsuppgifter på ett noggrant, säkert och korrekt sätt. Hovrätten påtalade vidare att det inte var en särskilt stressig dag på IVA, det rörde sig om ett potent läkemedel till ett litet barn som sjuksköterskan aldrig förut hade berett till barn. Det fanns således särskilda skäl för noggrannhet.

Även i Högsta domstolen var det frågan om sjuksköterskans oaktsamhet som stod i centrum. Domstolen slog fast att inte varje avsteg från det normalt aktsamma kan utgöra grund för straffansvar, utan handlandet måste vid en samlad bedömning anses så klandervärd att straffbarhetsnivån är uppnådd. Generellt ställs högre krav på aktsamhet i riskfyllda verksamheter. Domstolen kunde konstatera att sjuksköterskan hade ett personligt ansvar för hur hon utförde sina arbetsuppgifter. Det hade vidare funnits flera möjligheter för henne att antingen undvika att blanda lösningen fel, eller att upptäcka sitt misstag. Sjuksköterskan hade lång erfarenhet som IVA-sjuksköterska, hade erfarenhet av Xylocard och visste således att det var ett potent läkemedel. Hon hade dock inte berett det till ett litet barn tidigare. Det var en lugn dag på avdelningen. Sammanfattningsvis var det rimligt att kräva av sjuksköterskan att hon skulle ha vidtagit aktsamhetsåtgärder, och inte heller bristerna i sjukhusets rutiner gjorde handlandet ursäktligt. Mot bakgrund av hänsynen till patienternas trygghet och förtroendet för sjukvården bedömdes

sjuusköterskans handlande som så klandervärt att straffbar oaktsamhet ansågs uppnådd.

4.2 Avgöranden i hovrätt

4.2.1 Abortläkaren¹⁷⁴

Målet (från 1980) rörde en läkare som åtalats för vållande till annans död. Den avlidna var en kvinna som på en kvinnoklinik skulle genomgå en abort och samtidigt steriliseras. Den åtalade läkaren beslutade att utföra båda ingreppen under samma narkos, vilket annars inte var praxis på kliniken. Läkaren skulle inleda operationen med en laparoskopi, men när han skulle förbereda denna genom att blåsa in gas i patientens bukhåla, råkade han perforera en blodkärlsrik del av patientens livmoder. Detta ledde till att den påsläppta gasen trängde in i blodomloppet och orsakade en luftemboli i patientens hjärta. Patienten avled till följd av detta.

Tingsrätten kunde konstatera att skadan med stor sannolikhet inte hade inträffat om inte läkaren hade valt att genomföra laparoskopin före aborten. Vidare hade samma sak gällt om han hade valt ett insticksställe några centimeter högre upp på buken. Med den erfarenhet som läkaren, genom sin utbildning och erfarenhet, trots allt hade av aborter och steriliseringar borde han ha insett riskerna med det tillämpade förfarandet. Tingsrätten fann därför att läkaren varit oaktsam. Vid en prövning av om oaktsamheten uppgick till straffbar nivå lade domstolen vikt vid det faktum att läkaren aldrig utfört ingreppen i kombination. Han hade dock på grund av ett missförstånd utgått från att en överordnad läkarkollega sanktionerat ingreppen i den planerade ordningsföljden. Det är inte kontraindicerat att genomföra en laparoskopi på patienter som är gravida under 12:e graviditetsveckan, vilket den sedermera avlidna kvinnan vid föregående undersökningar bedömts vara. Rätten ansåg

¹⁷⁴ Hovrätten för västra Sverige, mål DB 20/1981.

det därför begripligt att läkaren inte räknat med att patientens livmoder skulle inta en position som hindrade ingreppets genomförande. Läkaren bedömdes därför inte ha agerat på ett straffbart oaktsamt sätt.

Hovrätten framhöll att läkarens oaktsamhet inte bestod i att han valt att genomföra ingreppen under samma narkos. Däremot hade han förfarit felaktigt när han valt att utföra laparoskopin före aborten, då ett förfarande i omvänd ordning kraftigt hade minskat risken för en skada av den typ som skett. Detta var dock ingen avsiktlig försummelse, utan läkaren saknade medvetenhet om att han med detta tillvägagångssätt hade kunnat minimera riskerna. Eftersom han aldrig hade genomfört ingreppen i anslutning till varandra borde det ha föregåtts av noggrann analys och diskussion. Genom att underlåta detta hade läkaren förfarit oaktsamt. Vid prövning av om oaktsamheten uppnått straffbar nivå framhöll domstolen att läkaren valt att göra ingreppen samtidigt då detta var patientens önskemål – han ansåg sig handla utifrån patientens bästa. Hade han utfört aborten före laparoskopin hade risken minskat, men det är oklart i vilken grad och om riskminskningen kunde sägas vara uppenbar. Läkaren verkade ha låst sig vid tanken om att utföra laparoskopin först, varför han inte uppfattat den överordnade läkarkollegans fråga om han inte skulle börja med aborten istället som ett ifrågasättande av hans operationsordning. Utredningen fann inget stöd för att han medvetet skulle ha ignorerat någon varningssignal. Sammanfattningsvis fann domstolen att läkaren inte agerat med straffbar oaktsamhet.

4.2.2 Dialysmålet¹⁷⁵

Målet rör en sjuksköterska som åtalats för vållande till annans död och framkallande av fara för annan efter en händelse som inträffat 1983. Händelsen utspelade sig på en dialysavdelning, där njursjuka patienter således på konstgjord väg fick hjälp att rena sitt blod. Patienternas blod renades utanför kroppen, genom att det tillsattes ett särskilt dialysat som innehöll en specifik blandning av vatten och salt, innan det återfördes till kroppen.

¹⁷⁵ Göta hovrätt, mål DB 167/1985.

Tanken med dialysvätskan var försedd med en mätare för konduktivitet och temperatur, liksom ett larmsystem för nivå, temperatur och konduktivitet. Dialyskoncentrat fylldes på flera gånger varje dialyssession, och man förlitade sig i hög grad på nivåalarmet. Larmpanelen var utrustad med sex horisontella lamprader som avsåg olika funktioner, med tre lampor i varje. Till höger om varje lamprad satt en vippstömbrytare, med vilken larmfunktionerna slogs av eller till. Dessa strömbrytare satt under en plexiglashuv, fastskruvad med två skruvar. Nedanför plexiglashuven fanns även ett akustiskt larm, som brukade stängas av i samband med påfyllning av dialysat eller vid rengöring av dialysanläggningen.

Den aktuella morgonen hade sjuksköterskan satt igång dialysen på två patienter, varefter hon gick ut i tankrummet tillsammans med en elev. Hon fann då att larmpanelen var avslagen. Hon skruvade upp de två skruvarna, öppnade plexiglashuven och slog, som hon uppfattade det, på larmfunktionerna. Hon fyllde därefter på dialyskoncentrat i tankarna, varefter hon lämnade tankrummet. Sjuksköterskan gick för att tala med avdelningsföreståndaren angående sin upptäckt gällande larmfunktionerna, men hittade henne inte och gick då istället för att starta upp en tredje patient.

En första patient reagerade snart med blodtrycksfall, vilket inledningsvis inte kopplades till några felaktigheter kring dialysen. Snart inträffade dock flera blodtrycksfall, både hos denna första patient och hos andra, samtidigt som man började få problem med blodkoagel i slangar och att flera patienter uppvisade svart venblod (ett tecken på hemolys, att de röda blodkropparna sönderfaller). När personal gick till tankrummet fann man att dialyskoncentratet var slut, och att patienternas dialysat således enbart bestått av vatten. När en sjuksköterska kontrollerade larmpanelen fann hon att alla larm var frånslagna, varför vare sig något larm nått de två dialyssektionerna och inte heller något automatstopp av dialysen skett.

Trots att åtgärder vidtogs avled två patienter samma eftermiddag, och ytterligare en inom loppet av fem dagar. Patienternas dödsorsak var tydligt kopplad till händelsen i samband med dialysen.

Tingsrätten inledde med att pröva frågan om det kunde anses bevisat att sjuksköterskan slagit av larmfunktionerna, vilket tingsrätten efter övervägande fann. Man hade därefter att pröva om sjuksköterskan förfarit oaktsamt och om hon själv var ansvarig för sin oaktsamhet. I denna del ansåg domstolen att dialyssystemet visserligen hade kunnat ha en säkrare utformning, både ur larm- och informationshänseende. Men sjuksköterskan kände till hur larmpanelen fungerade och hur det skulle handhas. Systemet var inte så bristfälligt utformat att hon förletts att stänga av larmpanelerna, utan sjuksköterskan måste ha varit väl medveten om risken för de effekter som sedan inträdde om hon stängde av larmen. Domstolen ansåg därför att hon förfarit oaktsamt när hon stängt av larmfunktionerna, och sedan underlät att rapportera detta till avdelningsföreståndaren. De bedömde vidare oaktsamheten som grov, mot bakgrund av man utifrån patienternas trygghet och allmänhetens förtroende för sjukvården måste ställa särskilt höga krav på en sjuksköterskas aktsamhet. Hon dömdes således till ansvar för vållande till annans död och framkallande av fara för annan.

Även hovrätten fann det ställt bortom rimligt tvivel att det var sjuksköterskan som stängt av larmpanelens larmfunktion. På grund av det hade man inte uppmärksammat behovet av påfyllnad av dialyskoncentratet, vilket orsakat de tre patienternas död. Kravet på orsakssamband var således uppfyllt.

Hovrätten ansåg, i frågan om sjuksköterskan förfarit oaktsamt, att sjuksköterskan borde ha iakttagit särskild försiktighet eftersom det inte ingick i sjuksköterskornas normala rutiner att vidta åtgärder i larmpanelen. Hennes misstag kunde inte förklaras av att hon saknade kännedom om vad de olika färgerna på lamporna stod för, utan om hon hade ägnat åtgärden normal eftertanke hade hon uppdagat sin villfarelse. Det fanns även en möjlighet för henne att kontrollera instruktionerna för larmpanelen, i det fall hon var osäker. Hon ansågs därför ha förfarit grovt oaktsamt.

Vad gällde åtalet för framkallande av fara för annan, ansågs inte det faktum att sjuksköterskan inte underrättat avdelningsföreståndaren om sin åtgärd vara relevant i förhållande till de inträffade dödsfallen. Däremot hade

försumligheten i detta avseende utsatt de överlevande patienterna för livsfara. Med hänsyn till patienternas trygghet och det allmänna förtroendet för hälso- och sjukvården måste man ställa höga krav på sjuksköterskors aktsamhet, varför hon ansågs ha förfarit grovt oaktsamt. Hon dömdes därför även i hovrätten för såväl vållande till annans död som framkallande av fara för annan.

4.2.3 Skötaren¹⁷⁶

Målet rörde en skötare inom psykiatrin som åtalats för vållande till annans död. Det rörde sin om en utvecklingsstörd man, T.J., som blivit aggressiv i sitt hem och som därför eskorterats av polis till en psykiatrisk akutmottagning. Efter att patienten haft samtal med läkaren upplevde personalen honom som instabil. Mannen började skrika, sparka och slå i dörrar och personalen oroade sig för säkerheten för en annan patient som också befann sig i lokalen tillsammans med en anhörig. Man tillkallade mer personal samt väktare och den tilltalade, O.J., drog med sig T.J. in i ett behandlingsrum. Där föll T.J. över en soffa, eventuellt med O.J. över sig. Därefter hjälptes flera vårdare åt att hålla ner T.J., som låg på mage mot golvet och gjorde motstånd. En av de skötare som var med om att hålla nere T.J. var O.J., som i det första skedet satt vid T.J:s ena sida och höll honom. T.J. slutade andas efter omkring en halvtimmes tumult, efter att en kvinnlig skötare tidigare varnat för att T.J. ”inte var fin i färgen”. Vid obduktionen efteråt kunde det konstateras att T.J. hade flera revbensbrott och att döden orsakats genom hjärtstopp med efterföljande hjärnskada.

O.J. dömdes till ansvar i tingsrätten. Tingsrätten bedömde att T.J:s revbensskador, magläget, trycket mot golvet i kombination med stark oro tillsammans orsakat kvävningen med efterföljande hjärtstopp. Trycket mot T.J:s bröstorg var som störst under den stund som O.J. satt vid T.J:s sida – tingsrätten fann det således fastställt att O.J:s del av nedhållningen var

¹⁷⁶ Hovrätten för västra Sverige, mål B 4076-09.

betydande för kvävningen. O.J. blev dock avlöst mot slutet av nedhållningen och deltog inte i den stund då T.J. avled. Den avgörande frågan för om adekvat kausalitet förelåg, ansåg tingsrätten vara om O.J. hade skäl att tro att de avlösande vårdarna skulle agera på ett annat sätt än han själv gjort och alltså vända upp T.J. (och möjliggöra upptäckt och åtgärdande av syrebristen). En annan viktig fråga var om O.J. hade haft skäl att ta risken för dödsfall i beaktning, även om han inte kände till att T.J. förmodligen orsakats en svår revbensskada redan då han föll mot soffan. Efter övervägande fann tingsrätten att adekvat kausalitet förelåg.

Vid bedömningen av huruvida O.J. varit oaktsam, utgick tingsrätten från lagen om psykiatrisk tvångsvård (LPT) som aktsamhetsstandard, liksom lokala riktlinjer för omvårdnad vid bältesläggning. Det kunde konstateras att O.J. genom att anlägga tryck mot bröstkorgen och genom att inte hålla uppsikt över T.J:s andning, brutit mot riktlinjerna. Det rörde sig om mer än en obetydlig avvikelse, bland annat eftersom en kvinnlig sjuksköterska påtalat T.J:s dåliga hudfärg och uppmanat O.J. att släppa taget.

O.J. frikändes i hovrätten. Hovrätten delade tingsrättens bild av förloppet och bedömde även de att adekvat kausalitet förelåg mellan O.J:s handlande och T.J:s död. Hovrätten gjorde däremot en annan bedömning i fråga om O.J:s oaktsamhet. Inledningsvis gjorde man en annan tolkning av den aktsamhetsstandard som utgjordes av de lokala riktlinjerna. Hovrätten fann att det i sammanhanget varit adekvat att placera T.J. i magläge och att det inte kan anses ha varit O.J:s ansvar att kontrollera andningen eftersom han inte var att betrakta som ledare. O.J. kunde vidare inte ha förväntats känna till att T.J. hade revbensskador och det var inte heller bevisat att han faktiskt hört kollegans varning om dålig hudfärg. Han hade således inte skäl att ta risken för dödlig utgång i beaktning, och hade därmed inte agerat med oaktsamhet.

4.2.4 SOS-sjuksköterskan¹⁷⁷

Målet gällde en sjuksköterska, anställd vid SOS Alarm, som åtalades för grovt vållande till annans död. Sjuksköterskan hade som arbetsuppgift att ta emot samtal som inkom till SOS Alarm och att, i enhetlighet med ett särskilt medicinskt index, bedöma och prioritera den inringandes hälsotillstånd och vårdbehov.

Bakgrunden till händelsen var att en ung man, E.L., en tidig morgon drabbades av brusten mjälte. Han var ensam hemma i sin lägenhet. Brusten mjälte är ett allvarligt tillstånd som kräver akut sjukhusvård. Till följd av skadan drabbades E.L. av andnöd, smärta, ångest och nedsatt cirkulation med svimningskänslor.

E.L. hade under morgonen flera kontakter med SOS Alarm. Den första kontakten bröts efter ett par minuter, i samband med att den tilltalade sjuksköterskan skulle kopplas in som medhörare. E.L. var under samtalet kraftigt andningspåverkad. Den tilltalade sjuksköterskan ringde sedan upp E.L., som även under det samtalet hade andningssvårigheter, bad om ambulans, sade sig svimma hela tiden. Samtalet bröts efter tre minuter. E.L. ringde sedan upp SOS Alarm ännu en gång. Under ett samtal som pågick i 7 minuter och 40 sekunder frågade E.L. flera gånger efter ambulans. E.L. beskriver återigen att han inte kan andas, att han svimmar, att han har varit sjuk. Sjuksköterskan beslutar att inte skicka någon ambulans, men istället be jourläkaren ringa upp E.L.

När sjuksköterskan kontaktade jourläkaren beskrev han att han misstänkte ”panikångest eller psyk”, att E.L. var uppe och sprang i lägenheten och att han andades utan problem. Jourläkaren gjorde tre försök att ringa E.L., men ingen svarade i telefon. E.L. hittades död i sin lägenhet drygt en och en halv timme senare med ytterdörren öppen.

Tingsrätten valde att i ett första steg bedöma om den tilltalade sjuksköterskan varit oaktsam. Med oaktsamhet avsåg tingsrätten en inte obetydlig avvikelse

¹⁷⁷ Svea Hovrätt, mål B 10810-11.

från hur människor normalt skulle bete sig. I domen hänvisar man till prejudikatet NJA 2006 s. 228 (Kalmarmålet) till stöd för påståendet att kravet på aktsamhet generellt är högre i riskfyllda verksamheter. Tingsrätten kunde i denna bedömning konstatera att sjuksköterskan inte följt det medicinska indexet i sin värdering av larmsamtalet. Hade detta skett, hade larmsamtalet prioriterats högt. I övrigt hade utredningen visat att det i SOS Alarms arbetssätt och rutiner ingick att låta inringande patienter beskriva sina symptom, lyssna in detta och sätta tilltro till patienternas uppgifter. Vid en närmare granskning av sjuksköterskans beteenden i samband med de aktuella larmsamtalen, kunde tingsrätten ge många exempel på hur sjuksköterskan misstolkade och ifrågasatte den inringande patientens symptom. Domstolen skrev: ”Detta totala ifrågasättande av en person i så tydligt behov av akut vård är förvånande och mycket anmärkningsvärt.” Domstolen menade att sjuksköterskans underlåtenhet att ge den inringande ett prioritet 1-larm innebar ett otillåtet risktagande. Risker var uppenbar att patienten befann sig i ett livshotande tillstånd, och sjuksköterskan ansågs ha goda skäl att prioritera samtalet högt. Domstolen fann således att kraven för straffbar oaktsamhet var uppfyllda.

Domstolen hade dock också att bedöma kravet på ett orsakssamband mellan underlåtenheten och patientens död. I denna del gjorde domstolen en hypotetisk prövning, med utgångspunkt i frågan om vad som hade hänt om sjuksköterskan faktiskt hade skickat ut en ambulans med hög prioritet. Domstolen fann då att det inte med tillräckligt stor säkerhet gick att slå fast att E.L. hade överlevt om han hade fått en ambulans tillsänd sig, detta på grund av hans mycket ovanliga och allvarliga sjukdomstillstånd. Därmed kunde det inte anses bevisat att sjuksköterskans underlåtenhet vållat patientens död. Åtalet ogillades.

I hovrätten yrkade åklagaren att sjuksköterskan i andra hand skulle dömas för framkallande av fara för annan.

Vid bedömningen av om sjuksköterskan gjort sig skyldig till vållande till annans död kunde hovrätten inledningsvis konstatera att sjuksköterskan utifrån sin roll som sjuksköterska befann sig i garantställning i förhållande till

E.L., varför han kunde ställas till svars även för sin underlåtenhet. Hovrätten uppgav vidare att de gjorde samma bedömning som tingsrätten vad gäller att sjuksköterskan förfarit oaktsamt i förhållande till den dödliga utgången. I likhet med tingsrätten fann även hovrätten att sjuksköterskan agerat så klandervärt att kraven för straffbar oaktsamhet måste anses vara uppfyllda. I nästa steg skedde även i hovrätten en hypotetisk prövning, för att kunna avgöra om sjuksköterskans agerande vållat E.L:s död. I denna del visade utredningen att det var mycket osäkert om E.L. skulle ha överlevt ens om han hade erhållit ambulans redan vid sitt andra samtal till SOS Alarm. Sjuksköterskan kunde därför inte dömas för vållande till annans död.

Vad gällde framkallande av fara för annan var frågan om sjuksköterskan utsatt E.L. för livsfara genom att underlåta att skicka ut en ambulans. Gärningen ska vara oaktsam i förhållande till livsfaran. Avgörande var således om livsfaran kunde ha avvärjts om sjuksköterskan agerat med normal aktsamhet. Även i denna fråga menade domstolen att det inte med tillräckligt stor säkerhet gick att fastställa att E.L. hade varit utom livsfara om han hade erhållit en ambulans redan vid det andra telefonsamtalet till SOS Alarm. Åtalet ogillades således även på denna punkt.

4.3 Avgöranden i tingsrätt

4.3.1 Psykiatern¹⁷⁸

Målet rörde en specialist i psykiatri som åtalats för vållande till annans död. Den avlidne var en ung man, H.H., med en historik av djupa depressioner, suicidtankar, suicidförsök genom läkemedelsförgiftning samt ett narkotikamissbruk. Under månaderna som föregick H.H:s död hade han vid flera tillfällen försökt ta sitt liv eller uttryckt suicidplaner och därför vårdats

¹⁷⁸ Göteborgs tingsrätt, mål B 10554-03.

kortare perioder med stöd av lagen om psykiatrisk tvångsvård inom psykiatrin.

När den tilltalade, E.E., träffade H.H. hade han natten före återigen försökt ta sitt liv och vårdats i respirator på sjukhus över natten. På sjukhuset hade en annan läkare bedömt att rekvisiten för tvångsvård var uppfyllda och skrivit ett vårdintyg. E.E. träffade H.H. på eftermiddagen och skulle då göra den andra bedömningen i den tvåläkarprovning som krävs för fortsatt vård enligt LPT. Den resulterade dock i att vårdintyget avskrevs och H.H. tilläts åka hem. I hemmet uppträdde H.H. sedan mycket oroligt och suicidal, han ska bland annat ha stuckit en kniv i en soffa inför sin mamma. Föräldrarna kontaktade då återigen E.E. och bad henne att ompröva sin bedömning. E.E. ville först inte detta, men vid en närmare beskrivning av H.H:s beteende vid hemkomsten beslutades det ändå att H.H. skulle hämtas in med hjälp av polis. Polis kom dock inte till H.H:s lägenhet förrän dagen efter, förmodligen på grund av att de inte fått information om att det förelåg suicidrisk. Polisen hittade då H.H. avliden i sin säng på grund av en självförvårdad läkemedelsförgiftning.

När tingsrätten skulle bedöma fallet var den första frågan om E.E. genom sin underlåtenhet orsakat H.H:s död. Tingsrätten fann initialt att E.E. innehade en garantställning som läkare i förhållande till patienten H.H. För att bedöma om kravet på orsakssamband mellan underlåtenheten och följden var uppfyllt, behövde man göra en hypotetisk provning utifrån vad som sannolikt hade skett om E.E. hade beslutat om tvångsvård av H.H. Domstolen fann att ”det kan hållas för visst” att H.H. inte hade haft den möjlighet att begå självmord som han genom E.E:s underlåtenhet fick, och att denna underlåtenhet därför var relevant för effekten. E.E. hade även haft att bedöma suicidrisken och det var sedan just suicid som inträffade.

Nästa steg i bedömningen var om E.E. hade varit straffbart oaktsam. Vid denna bedömning tog domstolen i beaktning att E.E. enbart hållit ett kortare bedömningsamtal med H.H. (30 min). Vid detta samtal lade hon stor vikt vid hans egna uppgifter, där han förnekade framtida suicidplaner, varför hon bedömde att någon allvarlig psykisk störning inte förelåg. Domstolen

menade dock att det funnits gott om skäl för henne att förstå att denna bedömning inte var korrekt. H.H. hade t.ex. bara kvällen innan utfört en allvarlig suicidhandling, en annan läkare hade i anslutning till det bedömt honom som djupt deprimerad, han hade en historik av suicidförsök och vård enligt LPT och han var fortfarande lätt påverkad av intoxicationen. Tingsrätten bedömde därför att E.E. agerat med straffbar oaktsamhet och hon dömdes till ansvar för vållande till annans död.

4.3.2 Förlossningsläkaren¹⁷⁹

Målet rörde en läkare, tjänstgörande på en förlossningsavdelning, som åtalats för vållande till annans död och vållande till kroppsskada. Det rörde sig om en 25-årig kvinna, J.S., som ankommit till förlossningen för att föda sitt första barn. Förlossningen hade en långsam progress. Efter ca 12 timmar bedömdes J.S. vara i aktiv förlossning och ytterligare fem timmar senare avgick mekoniumfärgat fostervatten. Samma eftermiddag kopplade man då in ett värkstimulerande dropp för att skynda på värkarbetet. På morgonen dagen efter var progressen fortfarande dålig och droppet höjdes. Den tilltalade, T.W., träffade patienten samma morgon och beslutade då att sugklocka skulle användas då barnet trängt ned något. Barnets hjärtljud bedömdes vara normala.

Klockan 11.20 hade värkarna avtagit ytterligare, varför barnmorskan kontaktade T.W. som beslutade att använda sugklocka. Nio dragningar utfördes (varav åtta av T.W.), varefter T.W. övergick till att försöka förlösa barnet med tång. Han gjorde två försök, varvid barnets huvud föddes fram. Man misstänkte att barnet fastnat på olika sätt, varvid olika åtgärder vidtogs för att försöka lossa barnet (olika former av tryck, kramplösande medicin till modern, klipp i livmoderhalsen). Barnet föddes fram livlöst kl. 13.13. Modern fick svåra skador efter förlossningen, bland annat olika former av rupturer.

¹⁷⁹ Eksjö tingsrätt, mål B 417-12.

Tingsrätten prövade åtalet för vållande till annans död både som en handling (bruk av sugklocka i strid med anvisningar) och som en underlåtenhet (att välja kejsarsnitt som förlossningsmetod). Rätten hade då i ett första skede att bedöma om läkarens gärning varit i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet. Tingsrätten fann att så var fallet, bland annat eftersom läkaren kraftigt överskridit gränsen för antalet dragningar med sugklocka som enligt riktlinjer kan göras innan kejsarsnitt ska övervägas. Man ansåg även att det varit i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet att inte övergå till kejsarsnitt som förlossningsmetod.

Därefter hade man att avgöra om läkarens agerande uppnådde nivån för straffbar oaktsamhet, vilket kräver mer än ett litet avsteg från det normalt aktsamma. Domstolen ansåg inledningsvis att läkarens agerande inneburit ett otillåtet risktagande. Domstolen betonade att kraven på aktsamhet inom en riskfylld verksamhet är högre än i andra situationer. Patienten var visserligen felaktigt riskskattad och läkaren var denna dag utsatt för hög arbetsbelastning. Det begränsade dock inte läkarens ansvar för att han hade korrekt information. Sammantaget bedömde domstolen läkarens agerande som så klandervärt att rekvisiten för straffbar oaktsamhet måste anses uppfyllda.

För straffansvar krävdes dock också att läkarens oaktsamma handling eller underlåtenhet orsakat barnets död. Tingsrätten företog en hypotetisk prövning för att avgöra om läkarens underlåtenhet att välja kejsarsnitt med tillräckligt hög säkerhet, på gränsen mot visshet, orsakat barnets död. Tingsrätten fann att utredningen aldrig lyckats slå fast vilka skador som uppstått i vilket skede av förlossningen, och vilka av skadorna som lett till barnets död. Därför gick det inte att med tillräckligt hög säkerhet slå fast att barnet hade överlevt om det hade förlösts med kejsarsnitt. Utifrån samma resonemang ansåg tingsrätten att det inte heller gick att slå fast att det var just användningen av sugklockan som orsakat barnets död. Läkaren kunde därför inte dömas för vållande till annans död.

Vad gäller orsakandet av moderns skador prövades det som en underlåtenhet (att välja kejsarsnitt som förlossningsmetod). Tingsrätten kunde konstatera att läkaren handlat med straffbar oaktsamhet samt att skadorna hade kunnat

undvikas om barnet istället hade framfötts med kejsarsnitt. Läkaren hade dock framhållit att han agerat i en nödsituation där han gjort vad som var nödvändigt för att rädda barnets liv. Åklagaren hade inte lyckats motbevisa att det förelåg en nödsituation. Därför kunde läkaren inte heller dömas för vållande till kroppsskada hos annan.

5 Analys

I detta avsnitt kommer jag att analysera gällande rätt och praxis vad gäller misstag inom hälso- och sjukvården som lett till, eller riskerat att leda till, allvarliga vårdskador. Jag kommer även att diskutera förhållandet mellan de två rättsområden, hälso- och sjukvårdsrätt respektive straffrätt, som står i fokus för min undersökning. Flera av de frågor som uppställs i uppsatsens inledning har genom beskrivningen av gällande rätt redan fått ett konkret svar, så som vad som utgör en allvarlig vårdskada (se avsnitt 2.3) och vad som gäller enligt hälso- och sjukvårdslagstiftningen när vårdpersonal av misstag orsakat, eller riskerat att orsaka, patienter allvarliga vårdskador (se avsnitt 2.4 och efterföljande). Detta gäller även frågan om hur misstag inom hälso- och sjukvården har bedömts i praxis (se avsnitt 4). Svaren på dessa frågor kommer dock, liksom svaren på övriga frågeställningar, att sammanvägas i min analys.

5.1 Systemperspektiv kontra individfokus

Genom ikraftträdandet av patientsäkerhetslagen 2011 stärktes det fokus på system framför individer, som redan tidigare var gällande i tillsynen över hälso- och sjukvården. Detta bland annat genom att man avskaffade möjligheten för patienter att anmäla enskild hälso- och sjukvårdspersonal till HSN. Patienters möjlighet att få sina klagomål prövade av en oberoende instans har därefter minskat ytterligare genom lagändringar som trädde i kraft 2018. Vid allvarliga vårdskador, eller risk för sådana, kvarstår dock en skyldighet för vårdgivare att göra en anmälan till IVO enligt Lex Maria. Patienter kan även i sådana fall vända sig till IVO efter det att vårdgivaren fått möjlighet att bemöta deras klagomål. Den granskning som sker hos IVO är dock huvudsakligen inriktad på att granska att vårdgivaren har vidtagit de åtgärder som krävs för hög patientsäkerhet, och således att denna tar sitt ansvar för att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete.

Som beskrivits i metodavsnittet har jag anlagt ett rättssociologiskt perspektiv på ett par av uppsatsens delfrågor, då jag vid dessa även intresserar mig för konsekvenserna av gällande rätt i samhället. En analys av hälso- och sjukvårdsrättens utveckling mot ett allt starkare systemperspektiv vid granskningar av händelser inom vården, och vad det innebär för förhållandet till straffrätten, får därför snarast en rättspolitisk karaktär.

Hälso- och sjukvårdens utveckling mot ett allt starkare systemperspektiv, istället för att fokusera på misstag och brister hos enskild personal, har motiverats av att detta anses öka öppenheten kring misstag och säkerhetsbrister. Ökad öppenhet bedöms i sin tur möjliggöra ökad patientsäkerhet. Utvecklingen är dock inte utan risker och baksidor. I samband med införandet av patientsäkerhetslagen framhöll flera remissinstanser att det fanns en risk att patienter i högre grad skulle vända sig till polis eller åklagare i det fall möjligheten att anmäla hälso- och sjukvårdspersonal till HSAN försvann. Även regeringen använde ordet ”risk” i en diskussion om detta, vilket får sägas vara anmärkningsvärt. Det står visserligen klart att ett individfokus inom hälso- och sjukvården anses som destruktivt för utvecklingen av hög patientsäkerhet, och att straffrätten präglas av ett synnerligen starkt fokus på individer och deras agerande. Det är dock inte troligt att den ”risk” regeringen syftar på är att hälso- och sjukvårdspersonal som anmäls till polis och åklagare kan tänkas bli åtalade och dömda på rättsligt felaktiga grunder. Istället tycks man snarast finna det olyckligt, ur ett patientsäkerhetsperspektiv, att det alls ska ske straffrättsliga prövningar av gärningar som begåtts inom ramen för hälso- och sjukvården. En sådan syn är mycket problematisk, bland annat utifrån kraven på allas likhet inför lagen och att det i gällande rätt saknas stöd för straffrättslig ansvarsfrihet för hälso- och sjukvårdspersonal.

Att fokusera på system istället för på individer kan visserligen motiveras utifrån att öppenhet ökar möjligheterna att korrigera brister, åtminstone i den mån de är hänförliga till brister i det omgivande systemet. Samtidigt finns med en sådan inriktning en ökad sannolikhet att riskindivider, det vill säga personer som löper högre risk än andra individer att upprepade

gånge begå misstag, inte identifieras av vårdgivaren eller av tillsynsmyndigheten. Rättsfallet med SOS-sjuksköterskan illustrerar att misstag inom hälso- och sjukvården inte alltid sker på grund av brister i det omgivande systemet. I fallet fanns klara riktlinjer för hur SOS-samtal skulle bedömas och hanteras, som dock inte följdes av sjuksköterskan vars agerande domstolen ansåg var ”förvånande och mycket anmärkningsvärt”. Det illustrerar också varför man, lika lite som i samhället i övrigt, kan utgå från att hälso- och sjukvårdspersonal är aktsamma, välvilligt inställda och vid varje tillfälle av skada är offer för ett illa fungerande system. Inte ens ett mycket välfungerande system för patientsäkerhet kan förhindra att misstag sker när utföraren är personligt olämplig. Sådana personligt olämpliga individer riskerar att inte identifieras när vårdgivare och IVO istället är inriktade på att finna brister i systemet.

Det är också värt att fundera på om den till synes utbredda synen på straffrätten som något skadligt för patientsäkerheten påverkar bedömningarna enligt PSL 7 kap., 29§, 2 st., om skyldigheten att i vissa fall anmäla enskild hälso- och sjukvårdspersonal till åtal. Huruvida personal inom hälso- och sjukvården skäligen kan misstänkas ha begått brott för vilket fängelse är föreskrivet är en svår bedömning att göra i samband med misstag i vården, i synnerhet för den som inte är arbetar specifikt med straffrätt. Även i de fall rekvisiten torde vara uppfyllda, kan man fråga sig om oviljan att ställa enskilda till svars påverkar benägenheten hos IVO och hos HSAN att fullfölja den lagstadgade skyldigheten att anmäla personer till åtal.

5.2 Handling och underlåtenhet i en hälso- och sjukvårdskontext

Det föreligger inget tvivel om att en läkares eller en sjuksköterskas underlåtenhet att vidta medicinskt korrekta åtgärder kan förorsaka patienter allvarliga vårdskador. Om en vårdskada orsakats genom handling eller underlåtenhet saknar dock betydelse ur ett hälso- och sjukvårdsrättsligt perspektiv, då rättsområdet inte är av lika ingripande och repressiv karaktär

som straffrätten och rättssäkerhetskravet för den enskilde därför inte heller är lika högt uppställt. I fokus inom hälso- och sjukvårdsrätten står kraven om att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete och därmed förhindra att misstag upprepas.

Vid en straffrättslig bedömning av ett misstag inom hälso- och sjukvården har karaktären på misstaget däremot stor betydelse. Då det i svensk rätt inte existerar någon generell skyldighet för enskilda att ingripa för att förhindra skador och olyckor, kan endast personer som innehaft garantställning ställas till svars för orsakande genom underlåtenhet. Bland de rättsfall som undersökts inom ramen för denna uppsats förekommer tre fall som bedömts som gärningar av underlåtenhet: fallet med SOS-sjuksköterskan, fallet med psykiatern och fallet med förlossningsläkaren (som dock också prövades som en gärning genom handling). I fallet med SOS-sjuksköterskan slog hovrätten fast att garantställning förelåg på grund av sjuksköterskans anställning vid SOS Alarm. I fallet med psykiatern konstaterades det att läkaren genom sin yrkesroll och genom sin skyldighet att fatta beslut om tvångsomhändertaganden, innehade en ställning som garant i förhållande till den avlidne. I den sista domen, och i övriga instanser, fördes inget resonemang om garantställningen. I samtliga fall rörde det sig om läkare och sjuksköterskor som haft ett tydligt medicinskt ansvar för de patienter som sedan kommit till skada. Garantställningen måste således ha ansetts som så självklar att någon djupare diskussion, eller en diskussion överhuvudtaget, inte ansågs nödvändig att föra. Det är dock möjligt att föreställa sig situationer där en garantställning inte är självklar. Det är till exempel oklart vilken skyldighet medicinsk personal har att ingripa till skydd för andra patienter än de egna, eller under sin fritid.

En del skeenden kan innehålla moment av såväl handling som underlåtenhet. Det kan till exempel röra sig om situationer då en läkemedelsförväxling orsakat den slutliga skadan eller döden, men det oaktsamma momentet bestod i en underlåtenhet att vidta kontrollåtgärder. I doktrinen tycks konsensus råda om att gärningen i sådana situationer bör prövas som en handling, på grund

av att handlingsbrott anses primära inom straffrätten. Så har också skett i t.ex. Kalmarmålet. Det hindrar dock inte att gärningar i nära anslutning till varandra kan prövas som olika händelseförlopp. I ett av de fall som beskrivits under "Praxis" har ett och samma skeende prövats både som en gärning genom handling och som en gärning genom underlåtenhet. Det rör sig om fallet med förlossningsläkaren, där skeendet prövades både utifrån en underlåtenhet att använda kejsarsnitt som förlossningsmetod och utifrån en felaktig användning av sugklocka, det vill säga en handling. Då skeendet svårligen kan separeras i två olika händelseförlopp, förefaller det rimligast att det enbart borde ha prövats som gärning genom handling.

5.3 Orsakande i en hälso- och sjukvårdskontext

När ett misstag inträffat i hälso- och sjukvården är det mycket vanligt att det är flera faktorer som gemensamt bidragit till att en hälso- och sjukvårdsanställd i slutänden gjorde fel. Ett exempel bland rättsfallen i denna uppsats är fallet med premedicineringen, NJA 1987 s. 490. I fallet hade inledningsvis de två läkemedel som förväxlades mycket likartade namn. Läkaren hade även gått rond och gjort bedömningar på vuxna patienter, varefter han skulle ordinera läkemedel till ett litet barn och alltså behövde "ställa om" mentalt till läkemedel och koncentrationer avsedda för barn. Ur ett hälso- och sjukvårdsrättsligt perspektiv är det återigen dessa omständigheter i det omgivande systemet som står i fokus vid en granskning av vad som orsakat en viss vårdskada. Rättsreglerna används som styrmedel för att åstadkomma öppenhet kring brister och därmed också hög patientsäkerhet, men eventuellt också på bekostnad av möjligheten att upptäcka olämpliga individer.

När man bedömer orsakande ur ett straffrättsligt perspektiv är det istället så att endast den gärning som är kausal i förhållande till följderna kan föranleda straffrättsligt ansvar. Doktrinen ger olika förslag på hur en sådan begränsning av relevanta gärningar ska göras. Medan Strahl förespråkar ett hypotetiskt

prov för att bedöma även en aktiv handlings relevans följden, menar Jareborg att en sådan begränsning åstadkoms av sig själv vid prövningen av andra brottsförutsättningar, så som gärningsculpa och personlig culpa. Vid denna prövning kan omgivande faktorer som lett fram till att ett misstag begicks ha betydelse för bedömningen. I det fall en gärning begåtts genom underlåtenhet tycks däremot konsensus föreligga inom straffrättsdoktrinen om att en hypotetisk prövning bör göras för att avgöra underlåtenhetens relevans för utgången. En sådan praxis har också fastställts genom prejudikat från Högsta domstolen.

Även här bör fallet med förlossningsläkaren särskilt nämnas. Gärningen prövades såväl som en gärning genom underlåtenhet, som en gärning genom handling. När det gällde underlåtenheten att välja kejsarsnitt som förlossningsmetod, beskrev domstolen att ett hypotetiskt prov inte med tillräckligt stor säkerhet kunde visa att barnet hade överlevt om läkaren istället hade förlöst med kejsarsnitt. Detta då det ansågs oklart i vilket skede av förloppet barnets skador uppstått. För att kunna fastställa ett relevant orsakande genom underlåtenhet, krävdes det att det med hög sannolikhet (mot gränsen till visshet) kunde slås fast att barnet hade överlevt om kejsarsnitt hade vidtagits i enlighet med riktlinjerna. Det rörde sig alltså om en bevisfråga, där jag utifrån domen tycker att domstolens slutsats verkar kunna ifrågasättas. Detta eftersom barnet bland annat borde ha förlöst med kejsarsnitt redan efter 2–3 klockdragningar (istället för nio) eller inom maximalt 15–25 minuter (istället för en timme). Det förefaller osannolikt att barnet skulle ha avlidit om riktlinjerna följts. Vidare finns såväl en registrering av fosterljud, liksom vittnesmål från barnmorskor, om att barnet levde fortfarande 20 minuter efter att den utdragna klockdragningen avslutats.

I det fall att händelsen istället prövas som en aktiv handling, förespråkar Strahl ett hypotetiskt prov för att bedöma om utgången hade blivit densamma om läkarens agerande hade extraherats. Ett sådant prov är svårt att tillämpa på den aktuella situationen, eftersom mammans och barnets svåra förlossningssituation krävde ett medicinskt ingripande. Hade läkarens agerande extraherats hade kvinnan och barnet avlidit ändå i sviterna av förlossningen, varför det hypotetiska provet i en sådan situation inte kan

fastställa ett relevant orsakande. Vidare innebar läkarens ställning som garant en *skyldighet* för honom att ingripa. Strahl menar dock att provet i ett handlingssammanhang inte behöver visa att mamman och barnet hade överlevt, utan det räcker att läkarens handlande obetydligt förändrat utgången. Jag menar vidare, när det kommer till relevansbedömningen, att det framstår som osannolikt att ett aktsamt agerande hade lett till precis samma effekt – ett sådant hade som allra minst förändrat utgången till det bättre i vissa avseenden.

En annan möjlighet hade varit att inte vidta något hypotetiskt prov, utan att istället pröva om det som gjorde gärningen oaktsam realiserats på ett sätt som gärningspersonen utifrån sin position borde ha tagit i beaktande, så som förespråkats av Asp m.fl. Situationer med konkurrerande skadeorsaker menar samma författare måste lösas med stöd av den tillgängliga kunskapen och med reglerna om bevisbörda och beviskrav. Det förefaller vara detta senare som domstolen i verkligheten förlitat sig på när de menade att det inte gick att fastställa ett rättsligt relevant orsakssamband mellan läkarens oaktsamma bruk av sugklocka och barnets död. Beviskravet torde dock som tidigare nämnt vara lägre än vid underlåtelse, och det borde kunna räcka att läkarens handlande haft betydelse för följderna, varför ett utförligare resonemang hade varit önskvärt kring varför man inte fann orsakssambandet uppfyllt. Det förefaller nämligen vara utrett att barnets död orsakades av något av alla de moment av dragning i barnets huvud som företogs, även om det inte kunde klarläggas exakt vilket. Förutsatt att döden inte orsakades av ett av de 2–3 drag med sugklocka som kan tänkas ligga inom ramen för vad som utgör vetenskap och beprövad erfarenhet, vilken knappast borde vara fallet, anser jag att ett orsakssamband mellan läkarens handlande och barnets död borde ha kunnat fastställas. Inte minst eftersom den följd att barnet skadades och dog var en sådan möjlig följd som läkaren borde ha insett och beaktat, som alltså gjorde valet att fortsätta med sugklocka oaktsamt.

Fallet med förlossningsläkaren kan möjligen sättas i relation till fallet med skötaren, vars gärning även den prövades som en handling. I såväl tingsrätt som hovrätt fann man att rättsligt relevant kausalitet förelåg mellan skötarens handling och följderna (att patienten dog). Detta trots att skötarens

handling enbart var en av flera orsaker som gemensamt ledde fram till patientens död, och att han inte ens var med i den stund då patienten faktiskt avled. Man ansåg således att det räckte att skötarens handling varit en bidragande och nödvändig betingelse för följden. I båda de aktuella rättsfallen krävde situationen ett ingripande från hälso- och sjukvårdspersonalen. En skillnad, som dock skulle kunna ha straffrättslig betydelse, är att den personkrets som riskerade att skadas vid en underlåtenhet att ingripa skiljde sig åt i de två fallen. I fallet med skötaren var det framför allt personer i omgivningen som löpte risk att utsättas för våld, medan det i fallet med förlossningsläkaren var den födande kvinnan och det ofödda barnet som riskerade att skadas – samma personer som sedan skadades och dog fastän läkaren ingrep. I fallet med skötaren skulle man således vid ett hypotetiskt prov kunna säga att patienten hade överlevt om ingen hade ingripit (även om någon annan hade riskerat att komma till skada). Man kan dock ifrågasätta rimligheten i att låta detta resultera i olika utfall i förhållande till bedömningen av orsakande. I övrigt förelåg det i båda fallen komplexa skeenden med multipla skador eller medicinska problem hos patienterna.

5.3.1 Konkurrerande skadeorsaker

I diskussionen om orsakande, bör problemet med konkurrerande skadeorsaker (med en gärningsperson) diskuteras ytterligare. Det kan konstateras att ett hypotetiskt prov är ett lättanvänt verktyg som leder till ett rimligt domslut i de flesta fall, men att det fungerar mindre väl i situationer med konkurrerande skadeorsaker. Som exempel kan fallet med SOS-sjuksköterskan lyftas, även om fallet rörde en gärning genom underlåtenhet och att tillämpningen av ett hypotetiskt prov därför låg helt i linje med tidigare prejudikat. Det hypotetiska provet ledde likväl till det domslut att SOS-sjuksköterskan friades i såväl tingsrätt som hovrätt, trots att denne varit straffbart oaktsam i sin yrkesutövning när han inte skickat en ambulans till en uppenbart dödssjuk person. Man kan säga att problem uppstår i situationer där hälso- och sjukvårdspersonal uppvisat betydande oaktsamhet i förhållande till patienter i svåra medicinska situationer, eftersom det i sådana

situationer kan vara svårare att fastställa att det är just den i och för sig oaktsamma och mycket klandervärda handlingen eller underlåtenheten som orsakat en viss följd.

Inom bland annat skadeståndsrätten har man sökt finna en lösning på problemet med hjälp av det så kallade NESS-testet. Genom testet åstadkoms rättsliga lösningar på situationer med konkurrerande skadeorsaker som stämmer bättre med det allmänna rättsmedvetandet. Hade testet tillämpats på situationen med SOS-sjuksköterskan (vilket dock skulle ha stridit mot gällande rätt) skulle det inte ha varit relevant att patienten kanske hade avlidit även om han fått en ambulans skickad till sig. Att inte skicka en ambulans till en dödssjuk person är en nödvändig faktor som i gemenskap med andra leder fram till en viss följd (att patienten dör). Gärningen är därmed kausalt relevant.

Problemet med NESS-testet är att kraven på ett relevant orsakssamband sänks i förhållande till det hypotetiska provet, vilket skulle kunna ifrågasättas utifrån straffrättens höga krav på legalitet och brottsbeskrivningsenlighet. Detta gäller särskilt i förhållande till gärningar genom underlåtenhet, där det i grunden inte är helt självklart att den som underlåter faktiskt *orsakar* döden genom sin gärning. Patienten i fallet med SOS-sjuksköterskan dog ju av brusten mjälte. Å andra sidan kan nuvarande praxis, där olika fall avgörs med stöd av olika teorier eller utifrån ”den tillgängliga kunskapen och på reglerna om bevisbörda och beviskrav”, ifrågasättas utifrån de krav på förutsägbarhet som torde vara eftersträvansvärt inom straffrätten.

5.4 Culpa i en hälso- och sjukvårdskontext

Som framhållits i tidigare avsnitt, kan straffrättsteoretiker placera oaktsamhetsbegreppet såväl inom brottsbegreppets subjektiva som dess objektiva del. På senare tid har trenden gått alltmer mot en tudelning av begreppet, där exempelvis Jareborg diskuterar oaktsamhet dels i form av

gärningsculpa (traditionellt, culpa inom brottsbegreppets objektiva del), dels i form av personlig culpa (culpa inom brottsbegreppets subjektiva del). I de mål som granskats inom ramen för uppsatsen har dessa begrepp inte använts. Istället frågar sig domstolarna på olika sätt om den sjukvårdsanställda har varit objektivt och subjektivt oaktsam, och om oaktsamheten i sådana fall når upp till straffbar nivå.

Högsta domstolen tog i målet NJA 2006 s. 228, Kalmarmålet, ställning till hur den straffrättsliga oaktsamhetsbedömningen ska förhålla sig till misstag som sker i riskfyllda verksamheter. Ska man ta hänsyn till att människor som arbetar i högriskverksamheter och många gånger dagligen genomför riskfyllda medicinska åtgärder eller fattar svåra medicinska beslut, löper hög risk att någon gång under sin yrkesverksamhet göra fel? Att det kan vara en ren slump om misstaget resulterar i allvarliga skador eller död, eller om konsekvenserna av det snabbt går att häva? Att hälso- och sjukvårdspersonalen på grund av sin ställning som garant inte heller kan underlåta att vidta de riskfyllda medicinska åtgärderna? Högsta domstolen slog i domskälen fast att man vid en prövning om straffbar oaktsamhet föreligger måste beakta att kravet på aktsamhet generellt sett är högre i riskfylld verksamhet än i andra situationer. Man kan förvänta sig att en sjuksköterska som vet att hon ska ge ett mycket potent läkemedel till ett litet barn, särskilt tar hänsyn till riskerna och vidtar kontrollåtgärder. Högsta domstolen ansåg att sjuksköterskans handlande i målet skulle bedömas som straffbar oaktsamhet, detta också med hänsyn till patienternas trygghet och förtroendet för sjukvården.

5.4.1 Rättssociologisk reflektion kring effekten av gällande rätt

Högsta domstolens resonemang i NJA 2006 s. 228, men försätter samtidigt hälso- och sjukvårdspersonal i en rättsligt utsatt situation. Man ska förstås kunna förvänta sig större aktsamhet av hälso- och sjukvårdspersonal som fattar beslut eller vidtar åtgärder som potentiellt kan leda till stora skador eller

död vid ett eventuellt fel. Men det innebär också att standarden för ”normal aktsamhet” i detta sammanhang blir satt mycket högt och att utrymmet för icke straffbara avvikelser från denna standard blir litet. Här uppstår problem i en hälso- och sjukvårdskontext, då i och för sig rimliga resonemang leder till krav på människor som skulle kunna betraktas som orimliga – att de i alla situationer måste agera rätt i en verksamhet där risken att begå fel (som får allvarliga konsekvenser) i grunden är förhöjd. Domstolen beaktar inte att fel och misstag sker i vården tusentals gånger varje år, och att det är tämligen slumpmässigt vilka händelser som får så allvarliga konsekvenser att rekvisiten för brottsbeskrivningsenlighet är uppfyllda, samtidigt som orsaken tillräckligt tydligt kan kopplas till en enskild person.

Ytterligare omständigheter kan tänkas bidra till en känsla av rättslig utsatthet hos hälso- och sjukvårdspersonal. Hälso- och sjukvårdslagstiftningen ställer exempelvis långtgående krav på vårdgivaren om att bedriva ett systematiskt patientsäkerhetsarbete. Att en vårdgivare brister i detta ansvar har dock inte ansetts kunna motivera en åtalsanmälan, utan vårdgivaren kan istället bli föremål för aktioner inom ramen för IVO:s tillsyn. Därmed framstår det som att hälso- och sjukvårdspersonalen hamnar i en utsatt position, då de genom sin garantställning är skyldiga att tillhandahålla vård vare sig patientsäkerhetsarbetet på den enskilda vårdenheten är välskött eller inte. Som till exempel läkare och sjuksköterskor har de en skyldighet att ge vård utifrån de förutsättningar som finns på arbetsplatsen, även om den tekniska utrustningen uppvisar säkerhetsbrister eller om läkemedel är olämpligt placerade. De är skyldiga att påtala brister i patientsäkerheten, men om vårdgivaren inte tar sitt patientsäkerhetsansvar är det hälso- och sjukvårdspersonalen som primärt riskerar ett straffrättsligt ansvar för skador som inträffar. Hälso- och sjukvårdspersonal bär nämligen enligt lag själv ansvaret för hur han eller hon fullgör sina arbetsuppgifter. Detta kan sägas ha aktualiserats i det så kallade Dialysmålet, där den apparatur som användes i samband med dialysen hade kända säkerhetsbrister.

Ytterligare en omständighet som bidrar till rättslig utsatthet för hälso- och sjukvårdspersonalen är oklarheten kring vad som utgör ”vetenskap och

beprövad erfarenhet”. Det kan konstateras att ett handlande i linje med vetenskap och beprövad erfarenhet inte kan vara oaktsamt. Oklarheten kring begreppet kan dock leda till att vårdpersonal svävar i villfarelse om att de agerat i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet, när så i själva verket inte varit fallet.

6 Slutsats

Hälso- och sjukvårdsrätten och straffrätten är två olika grenar inom den offentliga rätten, men präglas av olika karaktär och kan även sägas tjäna olika intressen. Straffrättens repressiva och ingripande karaktär ställer exempelvis särskilda och höga krav på rättssäkerhet för den enskilde, och förutsätter dessutom ett utpräglat fokus på just på denne. Straffrättens individfokus kan sägas stå i skarp kontrast till hälso- och sjukvårdsrättens strävan efter att finna brister i system snarare än hos individer i syfte att gagna utvecklingen av hög patientsäkerhet. Rättsområdenas i grunden olika karaktär, och de medicinska och juridiska disciplinernas olika uppdrag och skyddsintressen, gör att det måhända blir omöjligt att kräva att konsensus ska råda kring rättens förhållningssätt till misstag i vården. Däremot är det önskvärt att hälso- och sjukvårdsrätten och straffrätten ska kunna fungera parallellt och uppfylla sina egna syften och mål, utan att inverka negativt på varandras.

I analysen har jag, mot bakgrund av den sakinformation som presenterats, kommit fram till att det finns indikationer om att straffrätten ur ett hälso- och sjukvårdsrättsperspektiv närmast betraktas som ett hot mot utvecklingen av en säker vård. Det ses som en "risk" att patienter kan vända sig till polis eller åklagare med sina klagomål på vården. Ett systemperspektiv anses önskvärt, samtidigt som ett alltför utpräglat sådant kan få patienter att i högre grad vända sig till polis och åklagare, för att få upprättelse genom straffrättens utpräglade individfokus. Jag menar dessutom att ett alltför starkt fokus på system riskerar att leda till att riskpersoner i verksamheten inte identifieras och att de anmälningar till åtal som HSAN och IVO är skyldiga att göra därför kringgås. Det leder till en högre grad av slumpmässighet kring vilka händelser som i slutänden blir föremål för straffrättslig prövning.

Fullständig ansvarsfrihet för hälso- och sjukvårdspersonal som begår misstag inom ramen för sin yrkesutövning kan inte anses försvarbart eller ens önskvärt. Istället blir det av stor vikt att straffrätten på ett adekvat sätt fångar in de gärningar som är straffvärda. I min analys av gällande rätt har jag funnit att brottsbeskrivningarnas och straffrättens högt ställda krav på relevant

orsakande är problematiskt i en hälso- och sjukvårdskontext, där det inte sällan rör sig om komplexa skeenden och konkurrerande skadeorsaker. Misstag i vården sker dessutom ofta genom underlåtenhet, där det råder konsensus om att ett hypotetiskt prov ska göras för att kunna fastställa ett orsakssamband. Beviskraven är högt ställda, och eftersom patienterna från början befinner sig i tillstånd av skada eller sjukdom kan det ofta inte fastställas vilken skada som är orsakat av vad. Hypotetiska prov löser sådana situationer på ett otillfredsställande sätt, vilket leder till att gärningar som i sig är mycket klandervärda inte kan straffas. Andra lösningsalternativ (som t.ex. NESS-testet) kan visserligen kritiserats utifrån kraven på legalitet och brottsbeskrivningsenlighet, men skulle leda till en bättre överensstämmelse mellan de straffrättsliga bedömningarna och det allmänna rättsmedvetandet.

Vad gäller oaktsamhetsbedömningarna ställer praxis, genom prejudikat från Högsta domstolen, generellt sett höga krav på aktsamhet i riskverksamheter än inom andra verksamheter. Detta krav är begripligt och rimligt, men försätter samtidigt hälso- och sjukvårdspersonal i en särskild rättslig utsatthet, bland annat då deras garantställning gör att de inte kan underlåta att vidta riskfyllda medicinska åtgärder. Att arbeta i en riskfylld verksamhet, och många gånger varje dag vidta åtgärder förknippade med risker, innebär även för en i grunden aktsam person en förhöjd risk att någon gång brista och göra fel. Man kan säga att dagens praxis inte tar hänsyn till vårdverkligheten för hälso- och sjukvårdens personal, vilket riskerar att öka bilden av straffrätten som något oönskat och destruktivt för hälso- och sjukvården.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Proposition 1997/1998:109: *Yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område*

Proposition 2009/10:210: *Patientsäkerhet och tillsyn*

Proposition 2013/14:106: *Patientlag*

Proposition 2016/17:43: *En ny hälso- och sjukvårdslag*

Proposition 2016/17:122: *Ett mer ändamålsenligt klagosystem i hälso- och sjukvården*

SOU 2015:14: *Sedd, hörd och respekterad – ett mer ändamålsenligt klagomålssystem i hälso- och sjukvården*

Författningar:

SFS 1962:700	Brottsbalken
SFS 1974:152	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform
SFS 1996:799	Patientskadslag
SFS 1998:531	Lag om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område
SFS 2010:659	Patientsäkerhetslagen
SFS 2014:821	Patientlag
SFS 2017:30	Hälso- och sjukvårdslag

Föreskrifter och allmänna råd

SOSFS 2011:9	Ledningssystem för systematiskt patientsäkerhetsarbete
HSLF-FS 2017:37	Ordination och hantering av läkemedel
HSLF-FS 2017:40	Vårdgivares systematiska patientsäkerhetsarbete

HSLF-FS 2017:41 IVO:s föreskrifter om anmälan av händelser som har medfört eller kunde ha medfört allvarlig vårdskada (Lex Maria).

Litteratur:

- Almkvist, G. & Svensson, E. Orsakande, tillräknande och luftstrupstransplantationer. *Svensk Juristtidning* 2018, s. 225–239
[Cit: Almkvist & Svensson (SvJT 2018)]
- Anderberg, A. (2015). *Straffbar oaktsamhet*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Asp, P., Ulväng, M. & Jareborg, N. (2010). *Kriminalrättens grunder*. Uppsala: Iustus förlag AB.
- Boucht J. Om straffrättslig oaktsamhetsbedömning vid frivillig verksamhet förknippad med förhöjd risk. *Svensk Juristtidning* 2013, s. 985–1016.
[Cit: Boucht (SvJT 2013)]
- Bring, T. & Diesen, C. (2009). *Förundersökning*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Cavallin, S. (1999). *Skuld*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Erenius, G. (1971). *Oaktsamhet*. Stockholm: PA Norstedt & Söners förlag.
- Frände, D. (2004). *Allmän straffrätt*. Helsingfors: Forum Iuris.
- Hollnagel, E. (2013). Att känna sig säker eller att vara säker: övergången från säkerhet-I till säkerhet-II. I: *Patientsäkerhet: Teori och praktik* (Red: Ödegård, S.) Stockholm: Liber AB
- Hydén, H (2002). *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Hydén, H. (2013). Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle. I: *Juridisk metodlära* (Red: Korling, F. & Zamboni, M.) Lund: Studentlitteratur AB.
- Jareborg, N. Två sorters culpa. *Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab* 1977, s. 219–248.
[Cit: Jareborg (NTfK 1977)]

- Jareborg, N. Rättsdogmatik som vetenskap. *Svensk juristtidning* 2004, s. 1–10
- Johnsson, L-Å. (2015). *Patientsäkerhetslagen och patientens rättigheter*. Stockholm: Karnov Group Sweden AB.
- Kleineman, J. (2013). Rättsdogmatisk metod. I: *Juridisk metodlära*. (Red: Korling, F. & Zamboni, M.) Lund: Studentlitteratur AB.
- Korkka, H. Orsakssambandsbedömningens struktur i bolagsledningens och revisors skadeståndsansvar. *Svensk Juristtidning* 2018, s. 153–177.
[Cit: Korkka (SvJT 2018)]
- Lerwall, L. (2017). Den kommunala likställighetsprincipen. I: *Offentlighetsprinciper* (Red: Marcusson, L.) Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Leijonhufvud, M., Wennberg, S. & Ågren, J. (2015). *Straffansvar*. Stockholm: Wolters Kluwer Sverige AB.
- Nilheim, L, & Leijonhufvud, M. (2013). Ansvar när patienter skadas. I: *Patientsäkerhet: Teori och praktik* (Red: Ödegård, S.) Stockholm: Liber AB
- Peczenik, A. (2005). Juridikens allmänna läror. *Svensk Juristtidning* 2005, s. 249–272.
[Cit: Peczenik (SvJT 2005)]
- Rönberg, L. (2016). *Hälso- och sjukvårdsrätt*. Lund: Studentlitteratur AB.
- Sandgren, C. Är rättsdogmatiken dogmatisk? *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008, Vol. 118, nr 4–5, s. 648–656
[Cit: Sandgren (TfR 2008)]
- Schultz, M. Kausalitetskriteriet i svensk skadeståndsrätt och det europeiska harmoniseringsarbetet. *Nordisk försäkringstidsskrift*, 3/2003 s. 276–282.
[Cit: Schultz (NFT 2003)]
- Strahl, I. (1976). *Allmän straffrätt i vad angår brotten*. Stockholm: PA Norstedt & Söners Förlag.

Vahlne Westerhäll, L. (2015). *Svensk patientlagstiftning. Lärobok om patienters "rätt" i hälso- och sjukvården*. Stockholm: Santérus Förlag.

Wahlberg, L. (2010). *Legal questions and scientific answers: Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations*. Lunds universitet.

Ödegård, S. (red.) (2007). *I rättvisans namn*. Stockholm: Liber AB.

Media:

Gunnarsdotter, S. (2014a). Kan det vara brottsligt att göra fel på jobbet? Det korta svaret är ja. *Läkartidningen*. 2014;111:CTP6.

Gunnarsdotter, S. (2014b). 154 ärenden hos vårdåklagare – bara handfull till åtal. *Läkartidningen*. 2014;111:CRRT.

Persson, A. (2013). Särskilda vårdåklagare inrättas – ”bygga upp erfarenhet och kompetens”. *Dagen Juridik* 2013-02-08. Hämtat 2018-02-05 från <http://www.dagensjuridik.se/2013/02/sarskilda-vardaklagare-inrattas-bygga-upp-erfarenhet-och-kompetens>

Sveriges Television. *Experimenten*. Del 1 sänt 2016-01-13, del 2 sänt 2016-01-20, del 3 sänt 2016-01-27.

Övrigt:

Sveriges yngre läkares förening (2013). *Åtal av läkare för handlingar i tjänsten - en sammanfattning av SYLF:s politik*. Fastställd 2009, reviderad 2013. Hämtat 2018-09-13 från <https://docplayer.se/7093788-Atal-av-lakare-for-handlingar-i-tjansten-en-sammanfattning-av-sylf-s-politik.html>

Bäcklund, A., Johansson, S., Trost, H., Träskman, P-O., Wennberg, S. & Wersäll, S., *Brottsbalken*, (2018-07-01, upplaga 13. Zeteo, www.nj.se/zeteo). Hämtat 2018-11-20.

Johnsson, L-Å., *Hälso- och sjukvårdslagen*, (2017-09-01, upplaga 10. Zeteo, www.nj.se/zeteo). Hämtat 2018-09-21.

Socialstyrelsen (2017). *Utvecklingen inom patientsäkerhetsområdet 2017*. Hämtat 2018-09-21 från <https://www.socialstyrelsen.se/Lists/Artikelkatalog/Attachments/20575/2017-4-3.pdf>

Socialstyrelsen (2017-05-02). *Fortfarande drabbas fler än 100 000 av vårdskador varje år*. Hämtat 2018-09-21 från <https://www.socialstyrelsen.se/nyheter/2017/fortfarandedrabbasfleran100000avvardskadorvarjaar>

ÅSF 2013:2. *Åklagarmyndighetens föreskrifter om ändring i Åklagarmyndighetens föreskrifter (ÅFS 2005:5) om åklagarkamrarnas lokalisering och verksamhetsområden*; beslutade den 16 januari 2013.

Rättsfallsförteckning

NJA 1966 s. 331

NJA 1987 s. 490

NJA 1989 s. 552

NJA 1991 s. 163

NJA 2006 s. 228

NJA 2007 s. 369

RH 1995:94

Hovrätten för västra Sverige mål DB 20/1981

Göta hovrätt, mål DB 167/1985

Hovrätten för västra Sverige, mål B 4076-09

Svea hovrätt, mål B 10810-11

Göteborgs tingsrätt, mål B 10554-03

Eksjö tingsrätt, mål B 417-12