



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Victor Hagström

Den straffrättsliga nödrättens roll i hälso- och sjukvården

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Lena Wahlberg

Termin: HT22

Innehållsförteckning

INNEHÅLLSFÖRTECKNING	2
SUMMARY	4
SAMMANFATTNING.....	5
FÖRKORTNINGAR.....	6
1 INLEDNING.....	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställning.....	8
1.3 Metod, teori och material	8
1.4 Avgränsning.....	10
1.5 Forskningsläge	11
1.6 Disposition	12
2 STRAFF- OCH OFFENTLIGRÄTTSLIG REGLERING AV HÄLSO- OCH SJUKVÅRDEN	14
2.1 Förhållandet mellan straffrätt och offentlig rätt	14
2.2 Offentligrättslig reglering av hälso- och sjukvården	15
2.2.1 Vetenskap och beprövad erfarenhet	15
2.2.2 Samtycke	18
2.3 Straffansvar för läkare	20
2.3.1 Brottsbegreppet	20
2.3.2 Samtycke	21
2.3.3 Social adekvans	23
2.4 Sammanfattning	27
3 VITALINDIKATION I EN RÄTTSLIG KONTEXT	28
3.1 Inledning.....	28
3.2 Vitalindikation i avgöranden från IVO, HSAN och JO	29
4 NÖDRÄTT	32
4.1 Inledning.....	32
4.1.1 Nödrättens relation till hälso- och sjukvården.....	33
4.2 Nödsituationen	35

4.2.1	Tidsaspekten mellan farans närmande och nödsituationens inträde	37
4.2.2	Alternativa handlingsvägar som faktor för nödsituationens inträde	41
4.2.3	Sammanfattning.....	43
4.3	Försvarylighetsbedömningen	45
4.3.1	Utgångspunkter	45
4.3.2	Proportionalitetsbedömningen och nödhandlingens behövlighet..	47
5	ASPEKTER AV NÖDRÄTTEN INOM HÄLSO- OCH SJUKVÅRDEN	50
5.1	Inledning.....	50
5.2	Nödsituationen inom hälso- och sjukvård	50
5.3	Försvarylighetsbedömningen inom hälso- och sjukvård.....	52
5.3.1	Inledning.....	52
5.3.2	Intressenas etiska värde	53
5.3.3	Kunskapsosäkerhet och värdeomdömen	56
5.3.4	Lagstiftarens intresseavvägning	60
5.4	Resursprioritering	62
6	ANALYS AV FALLET MACCHIARINI.....	66
6.1	Omständigheterna.....	66
6.2	Referat av domskälen	66
6.2.1	Nöd	67
6.3	Diskussion	69
6.3.1	Farans närhet	69
6.3.2	Proportionalitetsbedömningen.....	70
6.3.3	Sammanfattning.....	75
7	AVSLUTNING	77
	KÄLLFÖRTECKNING	80

Summary

It has long been recognized that the professional practice of doctors is of such a nature that in an objective sense it fulfills the requirements of certain criminal acts. Since healthcare is a desirable activity on the part of society, the professional practice of doctors needs to be covered by a discharge from liability that justifies the permissibility of medical practice. This paper examines the rights and obligations of doctors under the criminal and public law regulations with the objective to identify the outer boundaries of the professional practice of doctors. It is concluded that all healthcare that does not classify as research must be covered by the public law requirement "science and proven experience" (vetenskap och beprövad erfarenhet). The discharge from liability under criminal law is based on consent, the principle of social adequacy or *lex specialis*. The legal basis does not affect the material content in this case, it is instead governed by the requisite "science and proven experience".

However, there are two exceptions to the requirement of "science and proven experience": the right to commit criminal acts out of necessity and the right to self-defense. In this paper, the regulation of necessity is examined with the aim of identifying the requirements set for a medical intervention that is undertaken in an emergency. Particularly important is the requirement of the danger's proximity relative to the emergency, which can be interpreted in several different ways. In addition to the proximity of time, arguments are presented that the number of available courses of action is also worth considering in the assessment of the onset of the emergency. Another relevant requirement is the assessment of proportionality and how the interests that are weighted against each other should be valued in a healthcare context. Here, the assessment of interests is analyzed partly based on the ethical foundations expressed by criminal law and health care, and partly in relation to the limited available knowledge that characterizes these situations. I reach the conclusion that three interacting factors should be considered in the balancing of interests: the ethical dimension, the empirical and theoretical support for the treatment and the uncertainty of knowledge.

The essay's results are applied to the verdict against the surgeon Paolo Macchiarini with the starting point of critically examining the court's reasoning regarding the objective parts of the accused crime. The analysis draws attention to two positions taken by the court that is questionable considering the paper's results. The first relates to the observation that the situations constitute an emergency and the second relates to inadequate proportionality assessments in terms of how decisions under great uncertainty should be evaluated.

The essay finally proposes the establishment of a national committee that in some circumstances take over the responsibility from the individual doctor to assess the emergency nature of a situation and the justifiability of emergency action based on the factors mentioned above.

Sammanfattning

Det har länge varit känt att delar av läkares yrkesutövning är av sådan karaktär att den i objektiv mening uppfyller rekvisiten i vissa brottsbestämmelser. Eftersom sjukvården är en önskvärd verksamhet från samhällets sida finns det ett behov av en straffrättslig ansvarsfrihetsregel eller princip som motiverar tillåtligheten i läkares yrkesutövning. I denna uppsats undersöks läkares befogenheter och skyldigheter enligt det straffrättsliga och offentlighetsrättsliga regelverket i syfte att identifiera de gränser som omgärdar läkares yrkesutövning.

I uppsatsen konstateras att all sjukvård som inte klassificeras som forskning måste omfattas av det offentlighetsrättsliga rekvisitet ”vetenskap och beprövad erfarenhet”. Den straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunden utgörs antingen av samtycke, principen om social adekvans eller av *lex specialis*. I detta sammanhang påverkas dock inte det materiella innehållet av ansvarsfrihetsgrunden utan det styrs i stället av rekvisitet ”vetenskap och beprövad erfarenhet”.

Det finns dock två undantag från kravet på att vård måste omfattas av ”vetenskap och beprövad erfarenhet”. Undantagen är nödrätten och nödvärnsrätten. I uppsatsen undersöks nödrättens regelverk med syftet att identifiera de krav som uppställs för en behandling som vidtas i nöd. Här framträder särskilt relevansen av farans närhet i nödsituationen och hur detta krav kan förstås på flera olika sätt. Utöver farans närhet i tid presenteras argument för att även antalet tillgängliga handlingsvägar är värt att beakta i bedömningen av nödsituationens inträde. Ett annat relevant krav är proportionalitetsbedömningen och hur de intressen som viktas mot varandra ska värderas i en sjukvårdskontext. Här analyseras intressevärderingen dels utifrån de etiska grundvalar som straffrätten och hälso- och sjukvården ger uttryck för, dels utifrån det kunskapsunderlag som vanligtvis finns att tillgå när beslut om en nödhandling ska fattas. Slutsatsen är att tre samverkande faktorer bör beaktas i intresseavvägningen; den etiska dimensionen, det empiriska och teoretiska underlaget och kunskapsosäkerheten.

Därefter appliceras uppsatsens resultat på domen mot kirurgen Paolo Macchiarini med utgångspunkten att kritiskt granska domstolens resonemang angående de objektiva delarna i brottsbegreppet. Analysen uppmärksammar två, av domstolen, intagna ståndpunkter som kan ifrågasättas. Den första rör konstaterandet att de prövade situationerna utgör en nödsituation och den andra rör bristande proportionalitetsbedömningar när det gäller hur beslut under stor kunskapsosäkerhet bör värderas.

I uppsatsen ges slutligen förslag på inrättandet av en nationell kommitté som övertar ansvaret från den enskilde läkaren att bedöma en situations nödkaraktär och nödhandlingens försvarlighet utifrån ovan nämnda faktorer.

Förkortningar

Dnr	Diarienummer
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
IVO	Inspektionen för vård och omsorg
JO	Justitieombudsmannen
JustR	Justitieråd
NE	Nationalencyklopedin
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
Smer	Statens medicinsk-etiska råd
SOAB	Svenska akademins ordbok
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I juni 2022 meddelade Solna tingsrätt sin dom i målet där kirurgen Paolo Macchiarini stod åtalad för grov misshandel, alternativt vållande till kroppsskada.¹ Åtalet gällde tre fall av tidigare obeprövade transplantationer av syntetiska luftstrupar på tre allvarligt sjuka patienter. Macchiarini friades från ansvar för de två första ingreppen men ansågs straffrättsligt ansvarig för den sista operationen. Han dömdes därför för vållande till kroppsskada. Macchiarini frikändes i de två första fallen med hänvisning till nödrätten då patienternas sjukdom var livshotande. Flera kritiker menar att domslutet öppnar för att ”patienter kommer användas som försöksdjur för obeprövade och dödliga uppfinningar”². Domen sätter fingret på viktiga frågor gällande gränsen för läkares straffansvar och vilka grunder deras ansvarsfrihet vilar på. Vilka medel är egentligen lagliga att tillgripa för en läkare i en nödsituation, när infinner nödsituationen sig och hur bör intresseavvägningen göras enligt regleringen?

Ur ett straffrättsligt perspektiv förekommer det i flera sammanhang situationer där människor gör saker som i objektiv³ mening skulle anses som brott enligt brottsbalken (1962:700) men där straffansvar inte aktualiseras av en rad olika anledningar. Hälso- och sjukvården innehåller flera sådana situationer i sin dagliga verksamhet. Brottet misshandel kan i objektiv mening sägas vara uppfyllt när en kirurg skär i en patient på operationsbordet.⁴ Samtidigt är det såklart orimligt att en läkare som utför sitt arbete på ett korrekt sätt ska hållas straffrättsligt ansvarig för dessa handlingar. Grunden för ansvarsfrihet varierar i dessa sammanhang och kan utgöras av reglerna om ansvarsfrihetsgrunder i brottsbalkens 24 kapitel men kanske också av oreglerade principer, som exempelvis social adekvans.⁵

En generell utgångspunkt är att ett samtycke från patienten medför ansvarsfrihet.⁶ För att ett samtycke ska vara giltigt måste dock ett antal förutsättningar vara uppfyllda. Kraven på giltigt samtycke medför i förlängningen att ett samtycke inte kan skapa ansvarsfrihet i alla de situationer där straffansvar aktualiseras inom vården. Brottsbalken innehåller dock andra reglerade ansvarsfrihetsgrunder som kan medge ansvarsfrihet, i sammanhanget gäller det främst bestämmelsen om nöd.⁷ Därtill kan vissa rättsliga principer spela en

¹ Mål B 10553–18.

² Lindquist *DN* 23/6 2022.

³ Brottets objektiva och subjektiva sida beskrivs under kapitel 2.3.1 Brottsbegreppet.

⁴ Brottet misshandel regleras i 3 kap. 5 § brottsbalken.

⁵ Ågren (2021) s. 154.

⁶ 24 kap. 7 § brottsbalken.

⁷ 24 kap. 1 § brottsbalken samt 24 kap. 4 § brottsbalken.

roll. Uppsatsen syftar till att ge en översikt över samtliga samverkande mekanismer som skapar ansvarsfrihet, men med ett särskilt fokus på nöd.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att utforska gränserna för läkares straffansvar, framför allt gällande vårdåtgärder som inte sker i överrensstämelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Mot bakgrund av ovanstående syfte formuleras följande frågeställningar:

- När får vårdpersonalen utföra insatser som inte är i överrensstämelse med vetenskap och beprövad erfarenhet?
 - Hur förhåller sig det offentlighetsrättsliga, medicinska etiska och straffrättsliga regelverket till varandra?
 - Vilket utrymme finns enligt dessa regelverk för att agera utanför vetenskap och beprövad erfarenhet?
- Vad säger resultatet på dessa frågor om domen mot Paolo Macchiarini?

1.3 Metod, teori och material

För att uppnå uppsatsens syfte och besvara alla frågeställningar utgår jag primärt från en övergripande rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden bidrar till att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt med hjälp av på förhand definierade förhållningssätt. Det givna förhållningssättet präglas i huvudsak av rättskällevärdet där lagstiftning, rättspraxis och doktrin rangordnas hierarkiskt i syfte att utröna den gällande rätten.⁸ Det råder delvis delade meningar kring huruvida rättsdogmatiken kräver ett renodlat deskriptivt förhållningssätt eller om den även öppnar upp för normativa ingångar. De som förordar den rent deskriptiva definitionen hänvisar i stället till en rättsanalytisk metod för att genomföra normativa analyser.⁹ Andra menar att en rent deskriptiv rättsdogmatik inte existerar då värderingar alltid genomsyrar tillvägagångssättet, vilket dessutom är något önskvärt.¹⁰ I denna uppsats använder jag mig av löpande analys och således kombinerar jag det deskriptiva förhållningssättet med det mer normativa, analytiska. När analysen går över till att diskutera hur gällande rätt bör vara utformad, snarare än hur den är utformad, rör sig analysen på ett renodlat normativt territorium.¹¹ Oberoende av om detta ryms inom den rättsdogmatiska metoden eller om det ska etiketteras

⁸ Kleineman (2018) s. 21.

⁹ Sandgren (2005) s. 656.

¹⁰ Peczenik (2005) s. 250.

¹¹ Det vill säga *de lege ferenda* snarare än *de lege lata*.

som rättsanalytisk metod, tillämpas båda angreppsätt växelvis i denna uppsats.

För att kunna utreda straffansvar för läkare måste både offentlig rätt och straffrätt beaktas eftersom straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunder kan gå att härleda från den offentliga rättsliga regelverket. Kapitel 2 innehåller en redogörelse för utgångspunkter både inom den offentliga rätten och straffrätten. Redogörelsen är baserad på propositioner, praxis och doktrin och materialet ryms därför väl inom ramen för den rättsdogmatiska metoden. I den mån rättsläget är osäkert till följd av att exempelvis rättskällorna pekar åt olika håll använder jag löpande analys för att värdera de olika positionerna med ambitionen att nå en slutsats.

Kapitel 3 behandlar begreppet ”vitalindikation”. Syftet med kapitlet är att utreda i vilken mån som den medicinska begreppsbyggnaden har en inverkan på den juridiska bedömningen av nödsituationer. För att utreda detta har jag gjort en empirisk undersökning. I undersökningen har jag gått igenom material från Inspektionen för vård och omsorg (IVO), Hälso- och sjukvårdsnämnden (HSAN) och Justitieombudsmannen (JO). Tillvägagångssättet har varit empiriskt i den meningen att jag sökt på ett antal sökord i databasen JP Sjukvårdsnet och sedan studerat samtliga träffar. De utvalda sökorden är ”nödrätt” (16 träffar), ”vitalindikation” (13 träffar) samt ”nöd vitalindikation” (2 träffar). Sökningen gjordes 2022-10-15. Sökningen har filtrerats till att enbart inkludera material från IVO, HSAN och JO. Jag har tagit del av alla sökträffar och analyserat dessa utifrån syftet med undersökningen.

I kapitel 4 undersöks nödrätten med rättsdogmatisk och rättsanalytisk metod. När den rättsdogmatiska metoden tillämpats har materialet huvudsakligen bestått av prejudikat, lagtext, förarbeten och doktrin. När de källorna inte längre har kunnat erbjuda några tydliga svar har jag övergått till ett analytiskt förhållningssätt i syfte att tolka och resonera kring hur gällande rätt kan och bör förstås. I de delar där prejudikaten kan uppfattas som motstridiga analyserar jag begreppen med utgångspunkten att försöka jämkna ihop gammal och ny praxis till ett enhetligt system. I viss mån förekommer därmed en begreppsanalytisk metod, framför allt beträffande begreppet ”farans närhet”.¹² Begreppsanalysen syftar till att söka klarhet i ett begrepps betydelse genom att identifiera dess olika innebörd.

I kapitel 5 används fortsatt en rättsdogmatisk metod i relevanta delar. I syfte att försöka nå djupare svar på frågeställningarna kompletteras dock den rättsdogmatiska metoden med några ytterligare metoder och teoretiska utgångspunkter. I avsnitt 5.3.3 ”Kunskapsosäkerhet och värdeomdömen” tillämpas beslutsteoretiska resonemang i syfte att illustrera hur man kan tänka vid proportionalitetsbedömningar inom nödrätten när kunskapen som finns att tillgå

¹² NE, Begreppsanalys.

är begränsad. Perspektivet som presenteras tillhör den normativa beslutsteorin vilket innebär att den har som syfte att visa hur en person bör handla för att agera rationellt i en situation med en begränsad mängd information.¹³ Jag menar att framför allt rättstillämparen bör använda detta perspektiv i syfte att nå en rationell slutsats i sin bedömning. Kunskapsosäkerhet är en stor utmaning inom hälso- och sjukvården men det gäller även för nödrätten i stort. Det är sällan en person har fullständig information i en nödsituation och detta osäkerhetsmoment bör därför beaktas vid bedömningen av nödhandlingens försvårighet. Mig veterligen lyfts inte metoder kring detta upp i den nödrättsliga doktrinen. När dessa metoder tillämpats måste självklart även övriga omständigheter beaktas, bland annat hur situationen uppfattades av den nödhandlande, för att inte kraven på den enskilde ska bli allt för stränga.

I kapitel 5 rekonstrueras även delar av hälso- och sjukvårdens värdegrund i syfte att undersöka koherensen mellan det straffrättsliga och det offentliga rättsliga regelverket beträffande värderingen av olika intressen, som exempelvis liv och välbefinnande. Här tillämpas moralfilosofiska teorier som utilitarism och deontologi för att undersöka vilket moralfilosofiskt ramverk som gällande rätt ger uttryck för.

I kapitel 6 används de slutsatser som presenterats under uppsatsens gång i analysen av domen mot Macchiarini. Analysen utgör en kritisk granskning av domskälen med syftet att undersöka skillnaderna mellan domstolens och uppsatsens uppfattning av gällande rätt.

1.4 Avgränsning

En god förståelse av begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet är önskvärt för att utforska de straffrättsliga gränserna inom hälso- och sjukvården. För att förverkliga uppsatsens syfte finns det dock inte utrymme till en omfattande fördjupning här och därför diskuteras endast grunderna.

Uppsatsen syftar särskilt till att kartlägga läkares straffrättsliga ansvar och eventuella ansvarsfrihetsgrunder inom hälso- och sjukvården. Det finns skäl att tro att det till största del är ansvarsfriheten för yrkeskåren läkare som är svår att förklara med hänvisning till de vanliga ansvarsfrihetsgrunderna om samtycke, nöd och så vidare. Detta beror på de ingripande medicinska befogenheter som läkare har i sin yrkesroll till skillnad från övrig hälso- och sjukvårdspersonal. Av den anledningen behandlar inte uppsatsen övriga yrkesgruppers arbetsuppgifter och deras eventuella förhållande till straffrätten.

Enligt det juridiska regelverket kan en läkare antingen bedriva klinisk forskning och då gäller etikprövningslagen (2003:460), eller så bedriver läkaren sjukvård och då ska den medicinska behandlingen ske i överrensstämelse

¹³ NE, Beslutsteori.

med vetenskap och beprövad erfarenhet. Denna uppsats förhåller sig enbart till sjukvårdsverksamheten och inte till de regelverk som gäller för klinisk forskning. Det råder en diskussion kring gränsdragningen mellan dessa områden där vissa menar att gränsen är något av en gråzon medan andra anser den vara adekvat.¹⁴ Diskussionen är mycket viktig men faller utanför denna uppsats omfång. Här räcker det med att konstatera att avsaknaden av ett forskningstillstånd gör att vården måste bedrivas i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet.¹⁵

1.5 Forskningsläge

Sedan 2015 har Riksbankens jubileumsfond tilldelat anslag till forskningsprogrammet ”Vetenskap och beprövad erfarenhet”. Forskningsprogrammet slutrapporterades 2021. I projektet har begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet studerats inom flera olika områden i svensk förvaltning. I relation till forskningsfrågorna i denna uppsats är det särskilt intressant att ta del av det material som producerats för det juridiska och medicinska området. Begreppets innebörd är omstritt och forskningsprogrammet har bidragit med att synliggöra de skilda perspektiv som förekommer. För denna uppsats är det viktigt att synliggöra dessa perspektiv i syfte att förstå var gränsen går för ett ingrepps eventuella överrensstämelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Denna uppsats utgår från begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet i syfte att identifiera de befogenheter som en läkare har att utöva behandlingar som inte omfattas begreppet.

Den straffrättsliga nödbestämmelsen har inte givits särskilt mycket utrymme i den juridiska doktrinen. Ofta behandlas den relativt ytligt och översiktligt. Kanske beror dess tillbakadragna tillvaro på den närbesläktade nödvärnsrätten som är betydligt mer framträdande i doktrin. De två rubriceringarna skiljer sig dock på ett flertal punkter och även nödrätten är därmed förtjänt av en djupare genomlysning. På senare tid har ett antal artiklar om nödrättens generella funktion och tillämpning inom straffrätten skrivits av Claes Lernestedt¹⁶, professor i straffrätt, och Dennis Martinsson¹⁷, universitetslektor i rättsvetenskap. Mig veterligen förekommer det däremot ingen publikation sedan 1990 som, på ett djupare plan, behandlar nödrättens tillämpning specifikt på hälso- och sjukvårdens verksamhet. 1990 skrev dock förbundsjuristen Jan Sahlin en artikel om just detta.¹⁸ Artikeln utgick från nödbestämmelsens utformning innan lagändringen 1994. I materiellt avseende var dock ändringarna mycket små, framför allt i relation till de intressen som är av relevans för hälso- och sjukvården, vilket är liv och hälsa. Däremot fokuserar Sahlins artikel till stor del på nödens ansvarsbefriande grund vid avsaknad av samtycke.

¹⁴ Smer 2016:01 s. 46 f; Sahlin, N-E, Wahlberg (2016).

¹⁵ Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 47.

¹⁶ Lernestedt (2019a, 2019b, 2019c, 2022).

¹⁷ Martinsson (2017).

¹⁸ Sahlin, J. (1990).

Denna uppsats kompletterar detta genom att undersöka nödrättens tillämpningsområde när samtycke föreligger men där det av något skäl inte anses giltigt eller där vetenskap och beprövad erfarenhet inte är uppfyllt. Sedan artikeln skrevs har det dessutom tillkommit praxis som påverkat nödrätten och i vissa delar förändrat rättsläget. Av den anledningen finns det även behov av en ny utredning.

Claes Lernestedt analyserade hösten 2022 tingsrättsdomen mot Macchiarini i en kortare artikel. Analysen lyfter processuella frågor under förhandlingen, samt ansvarsfrihetsgrunderna samtycke och nöd. Han diskuterar även viktningen av de olika intressena som berörs i domen, ett förlängt liv kontra skador och lidande. Lernestedt ifrågasätter här domstolens bedömning av att ett fem år längre liv med omfattande lidande lättvindigt kan konstateras vara sämre än döden. Denna uppsats fortsätter undersöka resonemanget kring den etiska värderingen av intressena genom att undersöka vilken roll de har i nödrättsbedömningen och hur det kommer till uttryck inom sjukvården i stort. Slutligen lyfter Lernestedt frågan kring patienternas möjlighet att avge ett giltigt samtycke och huruvida det är rimligt med en så begränsad möjlighet för vuxna människor att ge ett giltigt och ansvarsbefriande samtycke till komplexa ingrepp som dessa.

1.6 Disposition

Kapitel 2 ger en överblick av de offentlighetsrättsliga och straffrättsliga regler som läkare har att förhålla sig till i sin yrkesutövning. Kapitel 2 problematiserar straffrättens relation till verksamheten inom hälso- och sjukvården genom att visa på den osäkerhet som råder gällande vilka ansvarsfrihetsgrunder som läkares agerande vilar på. Nödrätten är en särskilt central ansvarsfrihetsgrund för frågan om läkares befogenheter att agera utanför vetenskap och beprövad erfarenhet och nödrätten har därför tilldelats ett eget kapitel. Nödrätten behandlas därför inte i kapitel 2 tillsammans med andra ansvarsfrihetsgrunder, utan i kapitel 4.

I Kapitel 3 undersöks den medicinsk-etiska termen vitalindikation. Som en del i utredningen om hur den straffrättsliga ansvarsfrihetsgrunden nöd ska tillämpas inom sjukvårdens verksamhet finns ett behov av att klargöra hur sjukvårdens egen terminologi gällande nödsituationer används i den juridiska kontexten. Här görs en begränsad empirisk undersökning gällande det juridiska genomslaget av den medicinska termen vitalindikation hos utvalda instanser.

Kapitel 4 behandlar ansvarsfrihetsgrunden nöd och dess olika beståndsdelar mot bakgrund av förarbeten, doktrin och praxis. I den löpande diskussionen görs begreppsanalyser av utvalda, relevanta begrepp för sjukvården.

Kapitel 5 berör de aspekter av nödrätten som har särskild relevans för verksamheten inom hälso- och sjukvården, som till exempel nödsituationen och proportionalitetsbedömningen. Därutöver undersöks sjukvårdens värdegrund beträffande de intressen som nödrätten syftar till att skydda, exempelvis liv och hälsa. Koherensen mellan regelverken undersöks beträffande den etiska värderingen av dessa intressen. Därutöver presenteras en metod för hur proportionalitetsbedömningen bör hanteras i situationer där stor kunskapsosäkerhet råder.

I kapitel 6 appliceras uppsatsens analys och slutsatser på domen mot Paolo Macchiarinis transplantationer av artificiella luftstrupar. Det måste dock understrykas att uppsatsen inte utreder Macchiarinis eventuella skuld i målet eftersom utredningen enbart fokuserar på den objektiva delen av brottsbegreppet (mer specifikt tillämpningen av ansvarsfrihetsgrunden nöd).

2 Straff- och offentligrättslig reglering av hälso- och sjukvården

2.1 Förhållandet mellan straffrätt och offentlig rätt

Straffrätt är ett samlingsnamn på den lagstiftning som samlar regler om brott och dess påföljder. Straffbuden omfattar samtliga aktörer som agerar inom svensk jurisdiktion och således även personal inom hälso- och sjukvården. Därutöver finns det särskilt inrättad lagstiftning som reglerar verksamheter och aktörer inom hälso- och sjukvården. Denna lagstiftning faller in under det offentligrättsliga området. Dessa lagstiftningsprodukter, straffrätten och den offentliga rätten, kompletterar varandra och gäller vanligtvis parallellt. Vid en regelkonflikt kan dock lagstiftningen på hälso- och sjukvårdsområdet ha företräde enligt principen *lex specialis*.¹⁹ Denna uppdelning och inbördeshierarki är dock långt ifrån självklar och är återkommande föremål för diskussion.²⁰

En utmaning med det straffrättsliga perspektivet inom det medicinerättsliga området är, utöver den nämnda regelkonflikten, den begreppsförvirring som kan uppstå. Sjukvården står under offentligrättslig lagstiftning där vårdgivarens och hälso- och sjukvårdspersonalens skyldigheter gentemot patienten regleras. Det finns straffrättsliga bestämmelser även här, till exempel i patientsäkerhetslagens (2010:659) tionde kapitel, men i huvudsak är dessa regler offentligrättsliga. Brottsbalken innehåller bestämmelser som är allmängiltiga för alla som agerar inom svensk jurisdiktion. Reglerna är därför allmänt hållna och inte bundna till en särskild kontext. Det förekommer att likadana termer används i brottsbalken och i den offentligrättsliga lagstiftningen. Rättskällan skiljer sig dock åt och således har de straffrättsliga termerna inte nödvändigtvis samma materiell-rättsliga innehåll som de offentligrättsliga eller medicinska termerna. Ett exempel är termen samtycke som både utgör en ansvarsfrihetsgrund i brottsbalken²¹ och ett krav för att ge vård inom hälso- och sjukvården.²² Av den anledningen finns det en risk för begreppsförvirring.

¹⁹ Se Asp m.fl., (2013) s. 485 angående principen.

²⁰ Exempelvis gällande vilken straffrättslig ansvarsfrihetsgrund som vårdinsatser i överrensstämme med vetenskap och beprövad erfarenhet lutar sig mot. Är det mot bakgrund av *lex specialis* eller kanske den straffrättsliga principen om social adekvans? Se Ågren (2021) s. 163 f.

²¹ 24 kap. 7 § brottsbalken.

²² 4 kap. 2 § patientsäkerhetslagen.

2.2 Offentlighetsreglering av hälso- och sjukvården

2.2.1 Vetenskap och beprövad erfarenhet

Enligt 1 kap. 7 § patientlagen (2014:821) ska patienter inom svensk sjukvård ges vård som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Det är läkaren själv som ansvarar för att den vård de utför står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.²³ En läkares enskilda bedömning kan sedan prövas. IVO utövar tillsyn inom hälso- och sjukvården och kan i sin tur anmäla yrkesutövare till HSAN som är särskilt inrättad för att pröva frågor om prövotid och återkallelse av legitimation. Dessa inrättningar tillämpar offentlighetslagstiftning i sitt beslutsfattande. Misstänks en yrkesutövare däremot för brott, som till exempel vållande till kroppsskada, prövas individens eventuella straffansvar av allmänna domstolar.

Begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet utgör ett kvalitetskrav på de vårdinsatser som bedrivs inom hälso- och sjukvården och utgör en personlig ansvarsgrund, det vill säga personer som bryter mot bestämmelsen blir personligt ansvariga.²⁴ Av den anledningen är det mycket viktigt att konkretisera dess innehåll. Detta är dock lättare sagt än gjort eftersom förarbetena inte definierar begreppet, praxis är sparsam på området och det förekommer skilda åsikter i doktrinen kring dess materiella innehåll.²⁵ Begreppet är en lagstiftningsprodukt och således juridisk till sin natur, men samtidigt hänvisar begreppet till vetenskapen och erfarenheten inom det medicinska området. Lotta Vahlne Westerhäll, professor i offentlig rätt, hävdar med anledning av detta att rekvisitet är tomt på materiell-rättsligt innehåll och i stället utgör ett skal som erhåller det innehåll och de definitioner som medicinvetenskapen ger termerna.²⁶ Eftersom medicinvetenskapen ständigt utvecklas och förvärvar ny kunskap och teknik menar Westerhäll att det är nödvändigt att reglerna är dynamiska i syfte att omfatta även framtidens vård.²⁷ Domstolen har dessutom svårt att på egen hand bedöma vilket vetenskapligt stöd en viss medicinsk behandling har eftersom de saknar djupare kompetens på det medicinska området. I någon mån är alltså domstolen hänvisade till att lyssna in den samlade

²³ 6 kap. 1-2 §§ patientsäkerhetslagen.

²⁴ Johnsson (2021) s. 115.

²⁵ Tired (2016) s. 11.

²⁶ Vahlne Westerhäll (2016) s. 24 f. Se även SOU 2014:91 s. 196 som uttrycker en liknande ståndpunkt.

²⁷ Vård som idag betraktas som alternativ kan dessutom i ett senare skede anses överensstämma med vetenskap och beprövad erfarenhet i takt med att mer evidens tillkommer. Ett exempel på detta är akupunktur. Kindström Dahlin (2014) s. 145.

medicinvetenskapens syn på enskilda behandlingars vetenskapliga hållbarhet.²⁸

I någon mån verkar begreppet ändå ställa upp vissa ramar för vad som är att betrakta som en acceptabel risk vid medicinska ingrepp. Historiskt uppkom det juridiska begreppet för att styra bort patienter från vetenskapligt obeprövade metoder, till ingrepp som vilade på en vetenskaplig, evidensbaserad grund. I den meningen upprätthålls en viss standard som garanterar en lägstanivå av osäkerhet och risk i förhållande till nytta.²⁹ Var denna nivå ligger i konkreta termer råder det dock stor osäkerhet kring. Det är rimligt att tänka sig att nivåerna av acceptabel risk kan fluktuera beroende på vad som riskerar att skadas, det vill säga karaktären av de förväntade konsekvenserna.

Utöver acceptabla risknivåer verkar begreppet även innehålla en etisk och därmed normativ grund. Själv mord och medhjälp till själv mord är inte kriminaliserat i Sverige. Trots det riskerar en läkare som skriver ut läkemedel till sin patient i syfte att hjälpa denne att ta sitt liv, att förlora sin legitimation. Denna handling anser man strida mot vetenskap och beprövad erfarenhet i egenskap av att begreppet har en etisk dimension som omöjliggör att ett själv mord kan anses kvalificera som nytta, även om patientens lidande är omfattande.³⁰ Lena Wahlberg, docent i allmän rättslära, motsätter sig uppfattningen att vetenskap och beprövad erfarenhet innehåller en etisk dimension. I stället anser hon att de etiska reglerna kan ses som en del av det rättsliga begreppet hälso- och sjukvård.³¹

Wahlberg anser att vetenskap och beprövad erfarenhet bör betraktas som ett renodlat evidenskriterium, frikopplat från den etiska dimensionen som i stället bör hanteras av det övriga regelverket.³² Wahlberg opponerar sig även mot påståendet att vetenskap och beprövad erfarenhet saknar materiell-rättsligt innehåll.³³ Hon framför flera skäl till detta, däribland att en hänvisning till medicinvetenskapens definition av begreppet enbart förskjuter problemet eftersom professionen är långt ifrån enig om dess innebörd. Resultatet blir att det likväl landar på domstolen att avgöra vilket vetenskapligt underlag som ska betraktas som tillräckligt för att uppfylla rekvisitets krav. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv är det dessutom väsentligt att ha en klargjord och tydlig avgränsning av de krav som åläggs vårdpersonalen så att de har möjlighet att efterfölja dem. Ett sådant krav följer av legalitetsprincipen och är grundläggande i all lagstiftning där skyldigheter åläggs enskilda rättssubjekt. Grundtanken är att en straffbelagd handling måste bygga på förutsebarhet så att

²⁸ Vahlne Westerhäll (2016) s. 25 f.

²⁹ Garland (2016) s. 31 f.; Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 54.

³⁰ Ett annat exempel på att begreppet ibland tilldelats en etisk dimension är att Socialstyrelsen uttalat att all kvinnlig omskärelse står i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet. Wahlberg (2021) s. 91 f.

³¹ Wahlberg (2021) s. 93.; 2 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen.

³² Wahlberg (2021) s. 92.

³³ Wahlberg (2016) s. 51 ff.

rättssubjektet på förhand kan undvika att handla på det otillåtna sättet. Det är diskutabelt om rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet kan anses uppfylla denna princip på ett tillfredställande sätt om begreppet grundläggande kriterier kan förändras över tid.³⁴

Därutöver framför Wahlberg ett mer principiellt argument utifrån devisen att ”ett bör aldrig kan härledas från ett är”, eller mer kärnfullt ”varat implicerar inte bört”. Det vill säga, den medicinska yrkeskårens framarbetade praxis är inte i sig ett argument för hur den rådande ordningen bör vara utformad. De lagar som är konstruerade för att kontrollera den medicinska professionen måste innehålla något mer än de restriktioner som den medicinska professionen upprättar för sig själva. I annat fall är lagen tandlös och i princip intetsägande. Bestämmelserna är konstruerade för att kontrollera verksamheten enligt rättskällelärens givna normer, vilket implicerar ett utrymme för juridiskt självständiga, normativa ställningstaganden.³⁵

Dessa motstridiga positioner framstår vid första anblick som oförenliga. Lars-Åke Johnsson, författare av lagkommentarer till patientlagen (2014:821) och hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) samt tidigare ordförande i HSAN, erbjuder dock en definition som potentiellt kan förena dem. Han vidhåller att det materiella innehållet i rekvisitet bestäms av utomrättsliga normer som den medicinska yrkeskåren upprättar. Domstolen har sedan till uppgift att bedöma dessa normers sociala godtagbarhet.³⁶ Med en sådan definition har den medicinska yrkeskåren inte total kontroll över sina egna befogenheter utan de kompletteras av den juridiska läran om social adekvans. Begreppet social adekvans och dess ansvarsbefriande roll inom straffrätten diskuteras i avsnitt 2.3.3. Som det visar sig där är dock en vanlig uppfattning att ett ingrepp ska vara i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet för att det ska anses vara socialt adekvat.³⁷ Därav hamnar en sådan definition lätt i ett cirkelresonemang där man återigen kan fundera på vilket handlingsutrymme som domstolen har när det gäller att definiera begreppet.

I allmänna ordalag beskriver Lars-Åke Johnsson innebörden av begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet enligt följande:

”Vetenskap och beprövad erfarenhet är en s.k. rättslig standard, där evidensbaserad medicin och klinisk praxis på varje yrkesområde eller inom varje specialitet blir avgörande. Vetenskap får närmast uppfattas som de ståndpunkter som kollektivet, eller snarare vissa ledande företrädare för olika discipliner vid en viss

³⁴ Wahlberg (2016) s. 53; SOU 2008:117 s. 183.

³⁵ Wahlberg (2016) s. 53.

³⁶ Zillén m.fl. (2022) s. 114.

³⁷ Ågren (2021) s. 154 f.; Asp m.fl. (2013) s. 260 f.

tid och närmast nationellt anser vara vetenskap. Beprövad erfarenhet är på motsvarande sätt sådana metoder som fortfarande tillämpas och anses vara ändamålsenliga.”³⁸

”I rättsliga sammanhang tillämpas de (normerna red. anm.), i den mån de är socialt godtagbara.”³⁹

Aktörer som Socialstyrelsen, Läkemedelsverket, Statens beredning för medicinsk och social utvärdering och regionernas vårdprogram ger regelbundet ut publikationer som kan vara vägledande vad gäller begreppets materiella innehåll. Myndighetsföreskrifter har begränsad rättslig auktoritet enligt rättskällehärans givna hierarki. I detta fall skulle dock en sammanfattning av kollektivet och ledande företrädares ståndpunkter utgöra en rättslig definition av begreppet, enligt Lars Åke-Johnssons precisering av rekvisitet. Detta följer också av propositionen till den lag som först införde kravet på att vårdpersonal ska bedriva vård i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet.⁴⁰ Dessa föreskrifter säger dock inget om kravet på det innehåll som inbegrips i vetenskap och beprövad erfarenhet utan snarare att Socialstyrelsen besitter en viktig roll i att förmedla och konkretisera denna kunskap.⁴¹

Mycket mer kan sägas om detta begrepp som reglerar stora delar av hälso- och sjukvården. Uppsatsen syftar dock inte till att djupare ta sig an frågan utan nöjer sig med denna redogörelse som ett grundläggande förhållningssätt till det övriga regelverket.

2.2.2 Samtycke

Samtycke är en term som används både i det regelverk som styr hälso- och sjukvården och det straffrättsliga regelverket. Begreppet samtycke kan dock skilja sig åt mellan dessa regelverk. Här redogörs för samtyckets betydelse i den offentlighetsrättsliga regleringen.

Enligt 4 kap. 2 § patientlagen är utgångspunkten att all vård ska ges med samtycke från patienten. Ett uttryckligt krav på samtycke tillkom först med lagens ikraftträdande 2015.⁴² Indirekt har dock kravet framgått sedan tidigare av 2 kap. 6 § regeringsformen (1974:152), som skyddar mot påtvingade kroppsliga ingrepp från det allmänna. Även 5 kap. 1 § p. 3 hälso- och sjukvårdslagen har sedan tidigare konstaterat att patientens självbestämmande och integritet är en förutsättning för den vård som ges. Undantag på kravet till samtycke går att finna i 4 kap. 4 § patientlagen som medger att vård får ges utan samtycke

³⁸ Johnson (2021) s. 116.

³⁹ Zillén m.fl. (2022) s. 114.

⁴⁰ Prop. 1993/94:149 s. 118.

⁴¹ Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 53.

⁴² Zillén m.fl. (2022) s. 120.

i nödsituationer där patienten är medvetslös och fara allvarligt hotar patientens liv eller hälsa. Det finns även speciallagstiftning som i begränsad utsträckning tillåter vård som ges utan samtycke.⁴³

Kravet på samtycke föreligger oavsett typ av åtgärd inom hälso- och sjukvården, såväl en undersökning som operation omfattas. För att ett samtycke ska anses vara giltigt måste vissa förutsättningar vara uppfyllda. Vårdinsatsen ska föregås av relevant information och delges på ett korrekt sätt enligt 3 kap. i patientlagen. Samtycket ska även vara frivilligt i den mening att det lämnas utan tvång och manipulation. Ordet *frivilligt* förekommer dock inte i lagtexten. Av 2 kap. 6 § regeringsformen framgår däremot att ett kroppsligt ingrepp från det allmänna inte får vara påtvingat. En tolkning av vilka ingrepp som är påtvingade blir vägledande när vi ska förstå vilka ingrepp som ska förstås som ofrivilliga.⁴⁴

Ett påtvingat ingrepp kan delas upp i en objektiv och en subjektiv kategori. Till den objektiva kategorin hör vårdinsatser som oberoende av en patients samtycke är att betrakta som påtvingade. Bältesläggning är ett exempel på en sådan vårdinsats och insatsen kräver därmed särskilt stöd i lag samt att kraven om begränsning av fri- och rättigheter i 2 kap. 20 och 21 §§ RF är uppfyllda.⁴⁵ Till den subjektiva kategorin hör patientens vilja att motta den medicinska vården. Patientens vilja får självklart inte påverkas med fysiskt tvång eller andra maktmedel, exempelvis hot om sanktioner. Vårdpersonalen får inte heller uppträda på ett sådant sätt att patienten får uppfattningen att denne inte har något val beträffande en viss behandling.⁴⁶

Ett rättsfall som refereras i årsboken 6:69/86⁴⁷ belyser vikten av patientens samtycke till den medicinska åtgärden oberoende av dess medicinska nytta i objektiv bemärkelse. Fallet gällde en kvinna med bröstcancer som gett samtycke till att operera bort en tumör i bröstet. Under operationen upptäcktes metastaser och operatören valde därför att ta bort hela bröstet. Kvinnan hade tidigare uttryckligen motsatt sig detta. Kammarrätten konstaterade att vårdinsatsen bröt mot kravet på samtycke och operatören fick allvarlig kritik.⁴⁸

Även om kvinnan inte hade motsatt sig åtgärden på förhand är det sannolikt, med hänvisning till 4 kap. 2 § patientlagen, att ingreppet likväl hade varit

⁴³ Jmf lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård och lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall.

⁴⁴ Zillén m.fl. (2022) s. 123.

⁴⁵ JO 2008/09 s. 340. Se dock NJA 2018 s. 1051 där HD öppnar för att även oskrivna regler (till exempel social adekvans) kan ge ett begränsat utrymme att vidta kroppsliga ingrepp och frihetsberövande trots vad som sägs i 2 kap. 20 och 21 §§ RF.

⁴⁶ JO 2018/19 s. 684 och JO 2016/17 s. 123.

⁴⁷ Johnsson, Patientlagen (2 feb. 2020, Version 2, Juno), kommentaren till 4 kap. 2 § under rubriken Innebörden av kravet på samtycke.

⁴⁸ Johnsson, Patientlagen (2 feb. 2020, Version 2, Juno), kommentaren till 4 kap. 2 § under rubriken Innebörden av kravet på samtycke.

otillåtet. Ett samtycke, muntligt, skriftligt eller konkludent, måste i regel inhämtas för att vårdinsatsen ska vara legitim. Det krävs alltså inte att patienten aktivt opponerar sig mot behandlingen för att samtycket inte ska vara giltigt.⁴⁹

2.3 Straffansvar för läkare

2.3.1 Brottsbegreppet

Enligt 1 kap. 1 § brottsbalken är ett brott en handling som är föreskriven i brottsbalken eller en speciallag, varpå straff följer. För att en person ska anses ansvarig för ett brott krävs det, enligt övrig reglering i brottsbalken, mer än att enbart konstatera att den brottsliga handlingen har utförts. Prövningen följer ett antal steg som inom doktrinen kallas för brottsbegreppet. Brottsbegreppet delas övergripande upp i en objektiv och en subjektiv sida. Den objektiva sidan syftar till att pröva om gärningen som utförts är brottslig. Här är det viktigt att avgöra om gärningen uppfyller rekvisiten i brottsbestämmelsen och att det föreligger kausalitet mellan gärning och följd. Om gärningen inte kontrolleras genom hela händelseförloppet behöver man även pröva om gärningsculpa föreligger. Detta kräver i korthet att gärningen var initialt kontrollerad, att det förelåg ett otillåtet risktagande vid handlingsögonblicket och att följden var relevant, det vill säga i någon mån förväntad. De hittills nämnda kraven kallas för positiva rekvisit. Den sista delen på brottsbegreppets objektiva sida syftar till att utreda om några ansvarsfrihetsgrunder är tillämpliga. Dessa kallas för negativa rekvisit eftersom dess frånvaro är nödvändig för att handlingen ska uppfylla brottsbegreppets objektiva krav. Ansvarsfrihetsgrunderna regleras i brottsbalkens 24 kapitel och täcker ett antal omständigheter som gör en annars brottslig gärning tillåten. Dessa regler ska läsas som om de stod inskrivna i samtliga straffbud. Här omfattas exempelvis nödvärn, nød och samtycke. Även principer utan lagstöd kan prövas i denna del av brottsbegreppet, exempelvis principen om social adekvans.⁵⁰

Den subjektiva delen av brottsbegreppet omfattar en prövning av de omständigheter som rör gärningspersonen, exempelvis om kravet på uppsåt eller oaktsamhet är uppfyllt i relation till handlingen. Enligt den så kallade täckningsprincipen ska samtliga positiva rekvisit täckas av uppsåt (eller oaktsamhet om tillämpligt). Gärningspersonen får inte heller tro att ett negativt rekvisit förelåg, till exempel en så kallad putativ situation. Det innebär att en gärningsperson som utgångspunkt inte får ha misstagit sig kring en ansvarsfrihetsgrunds eventuella existens. Om en person blir hotad med en attrapp kan det vara tillåtet att agera i nödvärn som om attrappen vore ett riktigt vapen om den hotade uppfattade situationen på det viset och det i övrigt framstod som rimligt. Även den subjektiva delen av brottsbegreppet åtföljs alltså av

⁴⁹ Zillén m.fl. (2022) s. 124.

⁵⁰ Asp m.fl., (2013) s. 58 ff., och 208 ff.

ansvarsfrihetsgrunder, så kallade subjektiva ansvarsfrihetsgrunder, däribland putativ situationer och nödvärnsexcess.⁵¹

2.3.2 Samtycke

Samtycke är en ansvarsfrihetsgrund som enligt 24 kap. 7 § brottsbalken, om tillämplig, gör en annars brottslig gärning tillåtlig. Utgångspunkten är att ett samtycke till en brottslig gärning häver det intresse som rättsordningen är utformad att skydda. Individerna tillerkänns alltså rätten att i viss utsträckning förfoga över sina egna intressen, men erkännandet är långt ifrån absolut.⁵² För att bedöma om samtycket utgör en ansvarsbefriande grund eller inte ska det beaktas om ”gärningen, med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig.”⁵³ Ett ansvarsbefriande samtycke förutsätter alltså att gärningen inte är oförsvarlig i relation till ovan nämnda rekvisit. Vidare ska samtycket vara *giltigt* i meningen att det lämnats frivilligt, varit allvarligt menat, personen ska ha förstått innebörden och haft rätt att förfoga över det aktuella intresset.⁵⁴ När det kommer till brott mot person är gränsen för samtyckets ansvarsbefriande verkan inte helt klarlagd. Försvarlighetsbedömningens vida konstruktion är till sin natur svår att definiera i generella termer eftersom många olika situationer omfattas. Att gärningens syfte kan ha betydelse får rimligen som konsekvens att exempelvis fysiska skador av likartad natur kan bedömas ha olika försvarlighetsgrad i relation till den kontext de uppstått i.⁵⁵ Detta minskar såklart möjligheten att slå fast en generell gräns.

När det gäller brottet misshandel⁵⁶ ska försvarlighetsbedömningen göras med hänsyn till skadans art, faran för ytterligare skada, gärningsmannens syfte och gärningens sociala värde.⁵⁷ Att tillfoga någon smärta eller ringa kroppsskada är som utgångspunkt inte straffbart om giltigt samtycke föreligger. Däremot kan ett samtycke aldrig ge ansvarsfrihet vid mord.⁵⁸ Gränsen tycks i många fall ligga mellan ringa misshandel och normalgraden av misshandel. Samtidigt är det som sagts ovan omöjligt att göra en allmän generalisering för alla situationer eftersom handlingens syfte och sociala värde måste beaktas i kombination med skadans natur och permanens.⁵⁹ Det förekommer mig veterligen ingen praxis där en läkare dömts för misshandel relaterat till en vårdinsats. Anledningen är sannolikt brottsrubriceringens subjektiva krav på uppsåt som skulle kräva att läkaren, åtminstone, varit likgiltig inför utfallet att patienten

⁵¹ Asp m.fl., (2013) s. 269 ff. och 369.

⁵² Asp m.fl., (2013) s. 226.

⁵³ 24 kap. 7 § brottsbalken.

⁵⁴ NJA 1997 s 636.

⁵⁵ Bäcklund m.fl., Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno), kommentaren till 24 kap. 7 § under rubriken Brott vid vilka samtycke friar från ansvar.

⁵⁶ 3 kap. 5 § brottsbalken.

⁵⁷ Asp m.fl., (2013) s. 233.

⁵⁸ NJA 1997 s 636.

⁵⁹ Asp m.fl., (2013) s. 234.

skadas till följd av den administrerade vården. I åtalet mot Macchiarini rubricerade åklagaren gärningarna som i första hand grov misshandel och i andra hand som grovt vållande till kroppsskada. Gärningarna ansågs dock inte utgöra grov misshandel men däremot grovt vållande till kroppsskada vid två tillfällen.⁶⁰

Vållande till kroppsskada⁶¹ är en brottsrubricering som återkommande förekommit i praxis relaterat till hälso- och sjukvården. Brottet delar det objektiva rekvisitet *kroppsskada* med misshandelsbrottet men skiljer sig åt avseende brottsbegreppets subjektiva del. Orsakandet förutsätter inte uppsåt för straffansvar utan endast oaktsamhet. Enligt Asp med flera är utrymmet för att samtycke ska kunna upphäva straffansvar när det gäller vållande till kroppsskada mycket begränsat. Samtycke bör dock ha en ansvarsbefriande verkan om gärningen skulle ha klassificerats som ringa misshandel om uppsåt hade förelegat hos gärningspersonen.⁶²

Som nämnts tidigare utgör operationer inom hälso- och sjukvården handlingar som ofta uppfyller brottsrekvisiten för misshandel eller vållande till kroppsskada. Inom straffrätten är utgångspunkten att vård som företas i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet och som patienten ger sitt samtycke till är tillåten.⁶³ Enligt Asp med flera är en förklaring till detta att samtycke till medicinska behandlingar täcker ett betydligt större fält av tillåtliga gärningar än i normalfallet. De ingrepp som motiveras ur medicinskt hänseende⁶⁴ är enligt Asp med flera alltid att betrakta som försvarliga. Det inkluderar även de gärningar som annars är att bedöma som grov misshandel.⁶⁵ På hälso- och sjukvårdsområdet kan alltså samtycke som ansvarsbefriande grund sträcka sig längre än normalfallet vid misshandelsbrottet. Detta uttalande bär visst stöd från NJA 1997 s 636 där frågan var om föräldrars samtycke befriar den som utfört omskärelse på pojkar.⁶⁶ I domskälen konstaterar HD att vid operationer som utförs på ett tekniskt riktigt sätt kan bestämmelsen om samtycke tillämpas även vid ”betydande ingrepp”. HD skriver även att: *”det krävs också att samtycket lämnats av någon som är kapabel att förstå innebörden av det, att det är frivilligt och att det är allvarligt menat samt att det givits med full insikt om relevanta förhållanden”*⁶⁷. Enligt Asp med flera är det här det straffrättsliga problemet för samtyckets ansvarsbefriande verkan ligger,

⁶⁰ Mål B 10553-18.

⁶¹ 3 kap. 8 § brottsbalken.

⁶² Asp m.fl., (2013) s. 234.

⁶³ Bäcklund m.fl., Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno), kommentaren till 24 kap. 7 § under rubriken Brott vid vilka samtycke friar från ansvar; prop. 1993/94:130 s. 40.

⁶⁴ I sammanhanget tolkar jag ”medicinskt motiverade begrepp” som ingrepp i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.

⁶⁵ Asp m.fl., (2013) s. 259.

⁶⁶ Strax efter domen instiftades lagen (2001:499) om omskärelse av pojkar. Vad gäller föräldrars rätt att bestämma i frågor som rör barnet, se föräldrabalken (1949:381), 6 kap. 1-2 §§ samt 11 §.

⁶⁷ NJA 1997 s 636. Domslutet landade i att omskärelsen var tillätlig med hänvisning till social adekvans. En förutsättning är att samtycke föreligger.

det vill säga inte i försvarlighetsbedömningen utan i bedömningen av samtyckets giltighet. Ett giltigt samtycke förutsätter en insikt om vad som samtyckts till, däribland relevanta omständigheter och risker. En tillräcklig insikt kan vara svår att erhålla för en medicinskt oskolad patient. Mindre komplexa ingrepp och allmän omvårdnad får antas vara lättare att erhålla insikt om än komplexa ingrepp. Vid komplexa ingrepp hänvisar Asp med flera i stället till social adekvans som den relevanta ansvarsfrihetsgrunden. Samtycke anses alltså inte ensamt kunna göras gällande som ansvarsfrihetsgrund eftersom samtycket ofta inte är att betrakta som giltigt. Social adekvans beskrivs närmre i nästkommande avsnitt.

2.3.3 Social adekvans

Läran om social adekvans är, till skillnad från tidigare behandlade ansvarsfrihetsgrunder, en rättslig princip utan lagstöd. Den har i stället stöd i praxis och doktrin. Gärningar som bedöms som socialadekvata är handlingar där det framstår som obefogat att döma för brott med hänsyn till samhällliga intressen.⁶⁸ Exempelvis kan social adekvans i vissa fall förklara varför en boxningsmatch, eller annan idrott och lek, är tillåtlig även när våldet överstiger den nivån som är möjlig att samtycka till enligt 24 kap. 7 § brottsbalken.⁶⁹

Som nämnts i föregående underrubrik förekommer uppfattningen att samtycke som ansvarsfrihetsgrund inte är tillräckligt för att förklara läkares ansvarsfrihet inom sjukvårdens ordinarie verksamhet. När ett samtycke inte anses som giltigt är det vanligt att förklara ansvarsfriheten med en hänvisning till principen om social adekvans. Grunderna för läkares ansvarsfrihet är dock i många fall otydlig och inte riktigt så enkel.⁷⁰ Jack Ågren, universitetslektor i straffrätt, poängterar att tillåtligheten att utföra vissa vårdåtgärder följer av speciallagstiftning, exempelvis gällande abort, sterilisering och psykiatrivård.⁷¹ Den vård som varken kan förklaras med de vanliga ansvarsfrihetsgrunderna eller speciallagstiftning sägs därefter erhålla stöd av principen om social adekvans. Social adekvans är alltså en princip som ska tillämpas först när ingen annan undantagsregel eller ansvarsfrihetsgrund står till buds.⁷² Det finns därför skäl att först fundera över den offentlighetsrättsliga lagstiftningen som säger att vård som ges i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet är tillåten så länge patienten samtycker till den.⁷³ I proposition 1993/94:130 uttrycks det så här: ”En grundprincip är att åtgärder av läkare är tillåtna även utan lagstöd om de sker i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet och patienten inte motsätter sig dem”⁷⁴. Om denna ”grundprincip” kan förklara läkarnas ansvarsfrihet för vårdinsatser i kraft av

⁶⁸ NJA 2018 s. 591 p. 10.

⁶⁹ Asp m.fl., (2013) s. 254 f.

⁷⁰ Asp m.fl., (2013) s. 258.

⁷¹ Ågren, (2021) s. 153.

⁷² NJA 2018 s. 591 p. 12 och NJA 2018 s. 1051 p. 14.

⁷³ Prop. 1993/94:130 s. 40.

⁷⁴ Prop. 1993/94:130 s. 40.

speciallagstiftning⁷⁵ förefaller behovet av social adekvans inte existera inom hälso- och sjukvården.⁷⁶

Ågren angriper denna fråga genom att diskutera tre definitioner av vetenskap och beprövad erfarenhet i relation till social adekvans och menar att det finns skäl som talar för att social adekvans fortfarande tjänar en plats jämsides vetenskap och beprövad erfarenhet. Jag redogör för dessa exempel lite längre ner. Ett skäl till att den social adekvansens roll är svår att precisera är svårigheten att avgöra innebörden av begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet. Som Ågren säger ligger beslutet att avgöra vad som innefattas i vetenskap och beprövad erfarenhet, i det enskilde fallet, hos läkaren. Läkarens beslut kan sedan prövas i domstol. Likt Lars-Åke Johnsson verkar alltså Ågren se ett behov av att förena begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet med en social adekvat prövning, delvis med anledning av svårigheterna att sätta några fasta definitioner på begreppets ständigt materiella föränderlighet.⁷⁷

Citatet från propositionen ovan framhåller två komponenter i den princip som är avgörande för läkares ansvarsfrihet, *vetenskap och beprövad erfarenhet* och straffrättsligt relevant *samtycke*. Som tidigare sagts finns det frågetecken kring hur långtgående samtyckets ansvarsbefriande verkan sträcker sig inom straffrätten även om vårdinsatsen bedöms vara försvarlig enligt bestämmelsen. Det beror på patientens begränsade möjligheter att ge ett giltigt samtycke, eftersom ett sådant kräver en insikt om relevanta omständigheter och konsekvenser. Samtycke kan med andra ord inte enskilt förklara den ansvarsbefriande verkan. Följdfrågan blir då om vetenskap och beprövad erfarenhet, kompletterat av samtycke, kan förklara den ansvarsbefriande verkan i kraft av speciallagstiftning, alternativt om det går att förstå rekvisitetet vetenskap och beprövad erfarenhet som en uppsättning handlingar som ryms inom ramen för social adekvans.⁷⁸ Det finns flera nyanser, och andra tolkningar, av detta. Nedan redogör jag för Ågrens tre tolkningsalternativ när det kommer till rekvisitetets eventuella relation till social adekvans.

Ett alternativ är att förstå vetenskap och beprövad erfarenhet genom att läsa den som en skriven undantagsregel. I ett sådant ljus får den i kraft av lex specialis företräde framför den oskrivna regeln om social adekvans, eftersom

⁷⁵ Exempelvis 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen.

⁷⁶ Här bör dock nämnas NJA 2018 s. 1051 där HD har bekräftat att social adekvans spelar en roll inom vården vad gäller frihetsberövande åtgärder som den enskilde, men inte det allmänna, enligt lag har rätt att vidta. I dessa fall ges det allmänna, efter en behovs- och proportionalitetsbedömning, liknande befogenheter som den enskilde med stöd av social adekvans. Tillämpningsområdet är specifikt men bekräftar ändå att social adekvans har en roll även inom hälso- och sjukvården.

⁷⁷ Ågren, (2021) s. 155.

⁷⁸ Ågren, (2021) s. 161.

social adekvans endast ska beaktas i sista hand. De ansvarsbefriande gränserna sätts då av rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet i kombination med hälso- och sjukvårdens övriga krav.⁷⁹

Alternativ två är att förstå vetenskap och beprövad erfarenhet som en nödvändig del för att en vårdinsats ska vara socialt adekvat. Vetenskap och beprövad erfarenhet sätter alltså ett slags minimikrav för handlingens legitimitet men därutöver krävs något ytterligare för att åtgärden ska anses socialt adekvat.⁸⁰ Detta förstår jag som att domstolen ges befogenhet att bedöma handlingens sociala adekvans.

Ett tredje alternativ är att förstå en handling i överrensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet som synonymt med en socialt adekvat handling. Det som ska bedömas är med andra ord enbart om handlingen är socialt adekvat.⁸¹

Som Ågren konstaterar blir utfallet av alternativ ett och tre likadant om frågan enbart handlar om en åtgärds eventuella kompatibilitet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Antingen är åtgärden tillåtlig för att den omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet – eller för att den är socialt adekvat. Om det krävs ytterligare komponenter för att avgöra en åtgärds sociala adekvans är det i stället alternativ två som förefaller korrekt.⁸²

Oberoende av om vetenskap och beprövad erfarenhet erkänns av straffrätten genom social adekvans eller genom *lex specialis* är jag av uppfattningen att begreppet har materiell-rättsliga ramar som dikterar vilka krav, i termer av kvalité och säkerhet, som åligger den omfattade vården. När det sedan kommer till att avgöra vilket innehåll som kvalificerar och omfattas inom ramarna har det medicinska kollektivet ett stort inflytande genom att kommunicera legitimiteten i olika vårdinsatser, både vad gäller beprövad erfarenhet och vetenskaplig evidens. Ytterst ligger dock bedömningen på domstolen. Även om domstolen i stor utsträckning förlitar sig på medicinska expertvittnen är det tillslut den som måste avgöra eventuella meningsskiljaktigheter mellan dessa vittnen och kollektivet i stort. En sådan bedömning bör göras i relation till de materiell-rättsliga ramarna. Dessa ståndpunkter delas även till stor del av Wahlberg och Sahlin men är som tidigare visats omstridda där exempelvis Vahlne Westerhäll står för en annan uppfattning.⁸³ En definition av vetenskap och beprövad erfarenhet där begreppet tillerkänns ett materiell-rättsligt innehåll undviker också den risk för tandlöshet som kan uppstå om lagen enbart definieras av de som den berör.

⁷⁹ Ågren, (2021) s. 163.

⁸⁰ Ågren, (2021) s. 163.

⁸¹ Ågren, (2021) s. 163.

⁸² Ågren, (2021) s. 163 f.

⁸³ Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 63 ff.

Av ovan nämnda orsaker anser jag inte att principen om social adekvans bör addera något ytterligare materiellt innehåll till rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet, enligt Ågrens definition två. Huruvida principen spelar en roll i likhet med Ågrens första och tredje definition låter jag däremot vara osagt. Enligt Asp med flera måste det för straffrättens del formuleras regler om social adekvans för att skapa en straffrättsligt ansvarsbefriande grund.⁸⁴ I min mening har detta dock inte nödvändigtvis betydelse för det materiella innehållet i begreppet och därför bör det inte heller ha någon inverkan på gränsdragningen av tillämpningsområdet. Definition två skapar däremot en väldigt svårförutsägbar situation där domstolen, förutom att avgöra innehållet i vetenskap och beprövad erfarenhet, ska värdera värden utifrån ett socialt adekvat perspektiv. Vad detta ytterligare perspektiv ska utgå ifrån för bedömningskriterier är betydligt mer oklart än kriterierna för vetenskap och beprövad erfarenhet (som även dem är oklara). Eftersom läkare är personligt ansvariga för sina beslut gentemot denna bestämmelse måste en sådan ordning anses strida mot legalitetsprincipen.⁸⁵

Wahlberg och Sahlin lyfter fram en intressant konsekvens av hållningen att det medicinska kollektivet har stort inflytande på vetenskap och beprövad erfarenhets innehåll. Med sådana premisser kan de kriterier som utarbetats inom medicinen gällande exempelvis nödsituationer (så kallad vitalindikation) få en avgörande betydelse för innehållet i begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet. Samtidigt är det inte självklart att det medicinska begreppet konstitueras av samma krav som dess straffrättsliga, juridiska motsvarighet, nödrätten. Med anledning av denna problematik kommer kapitel tre ägnas åt att utreda eventuella skillnader och även granska tillämpningen av dessa begrepp i vissa utvalda institutioner.⁸⁶

Avslutningsvis bör det poängteras att rättsläget är osäkert vad gäller begreppet vetenskap och beprövad erfarenhets exakta betydelse. Vi saknar exempelvis svar på frågan om vilken nivå av vetenskapligt underlag som krävs för att rekvisitet ska vara uppfyllt.⁸⁷

⁸⁴ Asp m.fl., (2013) s. 259.

⁸⁵ Generellt anses inte regeln om social adekvans strida mot legalitetsprincipen även om den är oskriven och odefinierad. Anledningen är främst att principen betraktas som ett negativt rekvisit och därför är till fördel för den tilltalade (se Ågren (2021) s. 159). Jag delar denna utgångspunkt men anser att denna situation saknar de förutsättningar som krävs för ett sådant förhållningssätt. I denna situation blir lagens tillämpningsområde *mer* osäkert om principen tillför nytt materiellt innehåll till definitionen av vetenskap och beprövad erfarenhet. Detta utgör en nackdel för den tilltalade. För att legalitetsprincipen ska upprätthållas måste det kriminaliserade området vara tydligt avgränsat i lag och därefter kan praxis utarbeta undantag från det kriminaliserade området med hjälp av social adekvans. Under sådana förhållanden används principen enbart till den tilltalades fördel, till skillnad från vad som skulle bli fallet här.

⁸⁶ Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 59.

⁸⁷ Smer (2016:1) s. 47.

2.4 Sammanfattning

Grundläggande lärdomar från den offentlighetsrättsliga delen av kapitlet är att all vård som erbjuds ska omfattas av rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet. Vetenskap och beprövad erfarenhet är ett komplext begrepp som i min mening har en statisk, materiell definition som inte förändras över tid. Denna definition utgörs av den säkerhetsnivå och kvalitet som åläggs vårdinsatsen inom sjukvården. Här stipuleras alltså en viss nivå av acceptabel risk kontra nytta. Av denna definition följer att *innehållet* i begreppet förändras över tid genom att ny evidens och ny medicinsk innovation tillkommer som både kan kvalificera in nya metoder och stöta ut gamla. Därutöver är det tydligt att patientens samtycke krävs vid samtliga vårdinsatser, förutom vid vissa nödsituationer då patienten inte är kontaktbar. Samtycket ska baseras på adekvat och tydlig information som delgetts patienten.

Den straffrättsliga delen av kapitlet har redogjort för relevanta ansvarsfrihetsgrunder som, om uppfyllda, gör en objektivt brottslig gärning tillåtlig. En av dessa ansvarsfrihetsgrunder är samtycke som innehåller en särskild försvarlighetsbedömning. Ett medicinskt motiverat ingrepp anses dock i princip alltid vara försvarligt om det omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet. Dessutom måste ett samtycke vara giltigt i den meningen att patienten haft insikt i relevanta omständigheter och risker. Vid komplexa ingrepp är detta krav svårt att uppfylla och samtycke ger därför inte ensamt ansvarsfrihet. Huruvida den resterande ansvarsfriheten står att finna i principen om social adekvans, *lex specialis* (vetenskap och beprövad erfarenhet) eller en kombination av de båda är oklart i gällande rätt. En vanlig uppfattning i doktrin är dock att social adekvans har en avgörande roll och att den samspelar med vetenskap och beprövad erfarenhet. Det är till exempel en förutsättning att ett ingrepp omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet för att det ska anses socialt adekvat. Därutöver är det en öppen fråga om social adekvans adderar något ytterligare krav.

Utöver de berörda ansvarsfrihetsgrunderna i detta kapitel är även nöd, och till viss del nödvärn, relevant i förhållande till hälso- och sjukvården. Nöd är en speciell ansvarsfrihetsgrund på det viset att den inte står i direkt relation till de offentlighetsrättsliga reglerna som diskuterats i kapitlet. Nöd ger nämligen den enda lagstadgade möjligheten att frångå kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet och kravet på samtycke.⁸⁸ Med anledning av detta och uppsatsens övergripande syfte har nöd tilldelats ett eget kapitel. Först ska dock utredas hur sjukvårdens egen terminologi för medicinska nödsituationer, vitalindikation, förhåller sig till den straffrättsliga definitionen av nöd.

⁸⁸ SOU 2017:104 s. 359.

3 Vitalindikation i en rättslig kontext

3.1 Inledning

Under bearbetningen av praxis från IVO, HSAN och JO relaterad till nödrättsbestämmelsen stod det klart att den anklagade i flera fall använde termen vitalindikation i stället för nöd. Det var tydligt att termen användes för att beskriva nödsituationer med en förväntan om att juridiska konsekvenser aktualiserades. För uppsatsen blir det därför viktigt att undersöka i vilken utsträckning termen vitalindikation förekommer i praxis och vilken vikt den tillmätts av instanserna. Undersökningen syftade dels till att utreda vilka situationer som omfattades av vitalindikation, dels om begreppet tillmättes någon juridisk betydelse av instanserna.

Begreppet vitalindikation är som sagt inte ett juridiskt begrepp utan förekommer inom sjukvården för att beskriva ett allvarligt tillstånd hos en patient. I medicinsk ordbok sägs begreppet ge uttryck för en ”omständighet varvid man måste företa viss åtgärd för att rädda patientens liv”⁸⁹. I SAOB definieras det som ett ”tecken på att livshotande tillstånd hos patient föreligger (o. att snabb o. livräddande åtgärd är nödvändig)”⁹⁰. Trots dessa definitioner förekommer det olika uppfattningar om begreppets innebörd inom sjukvården. Enligt en utredning gjord av statens medicinsk-etiska råd anser majoriteten av sjukvårdspersonalen att begreppet vitalindikation ger uttryck för ett tillstånd som kräver att åtgärder måste vidtas snabbt i syfte att rädda patientens liv. Enligt denna uppfattning utgör faran ett akut hot som sträcker sig över några timmar eller som mest dagar. En liten andel menar dock att det livshotande tillståndet kan vara mer långvarigt och pågå under betydligt längre tid men ändå betecknas som vitalindikation.⁹¹

Om en patient visar tecken på vitalindikation och är i behov av en akut operation kan kirurgen välja att frångå ett normalt förfarande inför operationen (till exempel att ta en datortomografi) eftersom tillståndet hos patienten inte tillåter den extra tid det medför. Bedömningen är i detta fall rent medicinsk och grundar sig på den avvägning mellan risk och nytta som sker vid varje vårdinsats.⁹² En sådan åtgärd förutsätter att den står i överrensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet om inte nödrätten aktualiserats. Det förekommer dock att begreppet även används inom sjukvården i syfte att beskriva

⁸⁹ Medicinsk ordbok.

⁹⁰ Svenska akademins ordbok.

⁹¹ SOU 2017:104 s. 356; Smer (2016:1) s. 24.

⁹² Smer (2016:1) s. 50.

den juridiskt definierade nöd. I dessa fall används vitalindikation synonymt med en situation där nödrätt föreligger enligt 24 kap. 4 § brottsbalken.⁹³

Ur juridisk synvinkel är det problematiskt att ett icke-juridiskt begrepp används för att definiera en särskild undantagssituation inom straffrätten. Begrepp utanför den juridiska doktrinen upprätthåller sällan den tydliga och avgränsade definition som krävs för en rättssäker tillämpning och är dessutom inte förankrade i några rättskällor. Oenigheten inom den medicinska professionen gällande definitionen av vitalindikation är ett tydligt exempel på detta. Situationen kan leda till att läkare ger sig olika stora befogenheter beroende på hur snävt eller brett begreppet förstås. Så länge befogenheterna ligger inom kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet är det ur ett straffrättsligt perspektiv inte särskilt bekymmersamt. Om handlingen däremot går utöver vad som betraktas som vetenskap och beprövad erfarenhet är det helt avgörande att förstå när och under vilka förutsättningar detta är tillåtet. Detta gäller både ur läkarens och patientens perspektiv om man förmodar att båda parterna värnar sina rättsliga intressen. Läkaren som avvärjer en fara med hänvisning till nödrätt är personligt ansvarig för handlingen. En felaktig uppfattning av vad som aktualiserar nödrätten kan således leda till rättsliga konsekvenser för den enskilde läkaren och patienten kan i sin tur få en mer osäker eller riskabel vård än vad lagen tillåter.⁹⁴

En för vid förståelse av begreppet vitalindikation riskerar alltså att förbise avgörande rekvisit i nödrättsbestämmelsen. Även om en patients vitalindikation kan likställas med en nödsituation, i enlighet med rekvisitet i nödbestämmelsen, kvarstår kravet på att nödhandlingen inte ska vara oförsvarlig. Som diskuteras närmre i nästa kapitel förutsätter kravet på försvarlighet en proportionalitetsbedömning där nödhandlingen som företas är påkallad av ett intresse som är av betydligt större vikt än det som offras. Inom sjukvården kan detta krav relatera till den risk/nytta-analys som görs avseende patientens förväntade medicinska nytta av vårdinsatsen kontra de potentiella riskerna. Det är dock inte självklart att proportionerna mellan den förväntade nyttan och risken är densamma inom straffrätten och sjukvården.

I nästa avsnitt ges en överblick över hur de berörda instanserna förhållit sig till termen vitalindikation i sina beslut.

3.2 Vitalindikation i avgöranden från IVO, HSN och JO

⁹³ Se JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018 s. 4 där ledningen på en vårdenhet menar att det krävs att vitalindikation föreligger för att vård ska kunna ges med tvång mot patientens vilja.; Smer (2016:1) s. 46.

⁹⁴ Se även Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 59.

I ett försök att undersöka hur begreppen vitalindikation och nödrätt förhåller sig till varandra har jag undersökt avgöranden från IVO, HSAN och Justitieombudsmannen. Tillvägagångssättet finns dokumenterat under metodavsnittet i kapitel 1.4.

Det förekommer att parterna använder begreppet vitalindikation med syftet att påkalla nödrätten i juridisk mening. Varken IVO, HSAN eller JO använder ordet vitaindikation i sin rättsliga argumentation kring nöd. Instanserna gör ingen egen, uttalad koppling mellan de två begreppen.⁹⁵ Däremot erkänns den indirekt genom att instanserna sluter sig till att en part egentligen åsyftar nödrätten när den i själva verket påtalar vitalindikation och de befogenheter som aktualiseras i och med vitaindikation.⁹⁶ Instanserna lotsar på det viset in parterna i den ”korrekta” rättsliga terminologin. Jag har inte sett något ärende inom dessa instanser där åberopandet av vitalindikation eller nöd har fått genomslag i instansernas beslut. Detta kan eventuellt bero på inställningen som IVO ger uttryck för i ett mål där de hänvisar prövningen om nöd enligt 24 kap. 4 § brottsbalken till de allmänna domstolarna med motiveringen att denna utgör en straffrättslig bestämmelse.⁹⁷ Inställningen bekräftas även av att jag inte hittat något ärende där IVO utrett om nödrätten är tillämplig på en specifik situation och sedan fattat ett beslut utifrån detta.

Eftersom 24 kapitlet i brottsbalken innehåller regler om ansvarsfrihet när en brottslig gärning begåtts i objektiv bemärkelse är det begripligt att IVO drar slutsatsen att det är de allmänna domstolarna som prövar frågan om nöd. En nödvändig följdfråga av ett sådant resonemang är dock om det får konsekvensen att nödrätten inte kan tillämpas gentemot de offentligrättsliga reglerna som omgärdar hälso- och sjukvården. Resultatet blir i sådana fall att exempelvis legitimationsärenden prövas mot mer restriktiva regler än nödrätten i 24 kap. 4 § brottsbalken.

Sedan 2015 finns en offentligrättslig bestämmelse om nöd i patientlagen som ger sjukvårdspersonalen befogenheter att vidta en vårdinsats utan samtycke.⁹⁸ Denna regel har inte samma omfång som den straffrättslige nödrätten och ger bland annat inte befogenhet att utföra vård som strider mot vetenskap och beprövad erfarenhet. Om den straffrättsliga nödbestämmelsen inte fungerar ansvarsbefriande gentemot en gärning som ligger till grund för en legitimationsprövning skulle det innebära läkarens befogenheter i första hand begränsas av mer restriktiva, offentligrättsliga regler.

⁹⁵ Ett undantag går eventuellt att identifiera i IVO beslut 2014-09-22 Dnr 8.2-19151/2013 s. 8 där IVO menar att vissa utökade befogenheter tillkommer med anledning av vitalindikation. Huruvida dessa befogenheter ligger inom eller utanför vetenskap och beprövad erfarenhet framgår dock inte och således är det oklart om de kopplar begreppet till nödrätten.

⁹⁶ JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018 s. 4 f., 13 & 24 f.

⁹⁷ IVO 2020-11-09 Dnr 8.2.1-12678/2019-23 s. 7 f.

⁹⁸ 4 kap. 4 § patientlagen.

IVO:s ståndpunkt delas dock inte av i ett legitimationsärende där HSAN på ett principiellt plan konstaterade att bältesläggning som går utöver vad som tillåts i lagen om psykiatrisk tvångsvård 17 § får ske med stöd av nöd eller nödvärn om alla förutsättningar i bestämmelsen är uppfyllda. Nämndens resonemang implicerar att en sådan nödhandling inte belastar en legitimationsprövning i något avseende.⁹⁹ En liknande inställning delas av JO som menar att den straffrättsliga bestämmelsen om nöd i 24 kap. 4 § brottsbalken är tillämplig inom hälso- och sjukvården om gärningen inte omfattas av 4 kap. 4 § patientlagen. Detta gäller exempelvis i relation till reglerna i lagen om psykiatrisk tvångsvård där åtgärder som går utöver vad som är godtagbart enligt lagen ändå kan resultera i ansvarsfrihet om situationen aktualiserar nödrätten.¹⁰⁰

Underrättspraxis ger en delvis annan bild än HSANs uttalande ovan. En läkares agerande under en förlossning föranledde först en legitimationsprövning av HSAN där läkaren ansågs brustit i så omfattande grad att legitimationen återkallades. Därefter prövade tingsrätten om läkaren gjort sig skyldig till brott vilket besvarades nekande med hänvisning till nöd. Läkarens tillåtliga agerande enligt den straffrättsliga nödrätten ledde alltså samtidigt till att legitimationen återkallades.¹⁰¹

Sammanfattningsvis går det att konstatera att vitalindikation som begrepp inte förekommer inom juridisk doktrin eller i rättstillämpning på annat vis än som partsinlaga. När man inom medicinen hänvisar till vitalindikation, och momentet får relevans i den rättsliga prövningen, tillämpas reglerna om nöd, först enligt 4 kap. 4 § patientlagen och i andra hand gentemot 24 kap. 4 § brottsbalken. Nödbestämmelsen i brottsbalken beskrivs därmed som den yttersta gränsen för tillåtliga vårdinstanser.¹⁰² IVO:s uttalande om att Brottsbalkens nödbestämmelse ska prövas av de allmänna domstolarna eftersom den utgör en straffrättslig bestämmelse bör inte få konsekvensen att nödbestämmelsens saknar relevans i exempelvis legitimationsärenden. Både HSAN, JO och doktrin ger bilden av att den straffrättsliga nödbestämmelsen sätter gränserna för den tillåtliga sjukvården både i straffrättslig och förvaltningsrättslig mening.¹⁰³ Av denna anledning kommer nästa kapitel att redogöra för den straffrättsliga bestämmelsen om nöd i 24 kap. 4 § brottsbalken. Eftersom prövningen av de straffrättsliga reglerna sker i allmän domstol och prövningen av de offentlighetsrättsliga reglerna görs i IVO, HSAN och ytterst förvaltningsrätten kan dock samma händelse leda till olika utfall, vilket får anses olyckligt.

⁹⁹ HSAN 2009/1542:B6 s. 10 f.

¹⁰⁰ JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018 s. 13 f. & 24.

¹⁰¹ HSAN 2013-11-07 Dnr 2012/157:B2; Mål nr B 417-12.

¹⁰² JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018 s. 13.

¹⁰³ HSAN 2009/1542:B6 s. 10 f.; JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018 s. 13 f. & 24; Asp m.fl. (2013) s. 259 f.

4 Nödrätt

4.1 Inledning

Nöd, och nödvärn, utgör precis som samtycke en ansvarsbefriande grund som regleras i brottsbalkens 24 kapitel. Nöd och nödvärn utmärker sig som de enda ansvarsfrihetsgrunder som kan göra en vårdinsats tillåtlig även om åtgärden inte omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet. Det gäller även om samtycke inte föreligger.¹⁰⁴ Av den anledningen kan man säga att dessa två ansvarsfrihetsgrunder definierar den yttersta gränsen för vilka vårdåtgärder som anses vara straffrättsligt tillåtna. I praktiken är det företrädesvis nöd som spelar en avgörande roll inom hälso- och sjukvården och därmed blir det centralt, i enlighet med uppsatsens syfte, att utforska denna ansvarsfrihetsgrund specifikt. Nödvärnsrätten kan dock också vara aktuell, företrädesvis i interaktionen med utåtagerande patienter, och nödvärnsrätten kommer därför vid flera tillfällen att relateras till i kapitlet. Anledningen är främst att dessa regler är utformade gemensamt och således kompletterar, och ibland överlappar, varandra. Finns det misstankar om att både nödvärn och nöd kan vara tillämpligt på en situation ska dessutom nödvärnsrätten alltid prövas först. Nödrätten bedöms med andra ord subsidiärt i förhållande till nödvärnsrätten.¹⁰⁵ Även om dessa jämförelser förekommer i framställningen kommer nödvärnsrätten inte behandlas mer djupgående än så.

Nödbestämmelsen lyder:

”En gärning som någon, i annat fall än som nämnts tidigare i detta kapitel, begår i nöd utgör brott endast om den med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt är oförsvarlig.

Nöd föreligger när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse.”¹⁰⁶

Som det går att utläsa från lagtexten, om än omvänt, krävs en bedömning i två led för att nödrätten ska vara tillämplig. I ett första steg prövas, enligt andra stycket, om en *nödsituation* förelegat. Om svaret är ja, prövas enligt första stycket om gärningen, eller den så kallade nödhandlingen, var *oförsvarlig* eller ej. Det andra ledet utgörs alltså av en försvarlighetsbedömning. Om nödhandlingen inte bedöms vara oförsvarlig är gärningen ansvarsbefriad. Är

¹⁰⁴ Prop. 1993/94:130 s. 40; Ågren (2021) s. 153; Asp m.fl. (2013) s. 259.

¹⁰⁵ Asp m.fl., (2013) s. 259.

¹⁰⁶ 24 kap. 4 § brottsbalken.

handlingen däremot oförsvarlig, och ingen annan ansvarsfrihetsgrund är aktuell, går bedömningen vidare till den subjektiva delen av brottsbegreppet för att utreda den tilltalades skuld.¹⁰⁷

Det är viktigt att bedömningen sker i den bestämda ordning som nyss uppräknats eftersom det inträder rättsliga konsekvenser redan när en nödsituation anses förelegat. Även om handlingen inte bedöms som försvarlig kan den tilltalade argumentera för nödexcess enligt 24 kap. 6 § brottsbalken. Vid straffvärdesbedömning kan en nödsituation dessutom utgöra en förmildrande omständighet enligt 29 kap. 3 § p. 5 brottsbalken.¹⁰⁸

Nödrätten karaktäriseras av en kollision mellan flera rättsligt skyddade intressen. En fara som hotar ett skyddat intresse tillåts under vissa omständigheter avvärjas genom ett intrång i ett annat skyddat intresse. Det kränkta intresset kan tillhöra både den nödställda, den nödhandlande eller tredje man.¹⁰⁹ När det gäller en kränkning av tredje mans rättsfär brukar man nämna exemplet att tillgripa en båt, som tillhör någon annan, för att rädda en person som håller på att drunkna. Den som utför nödhandlingen behöver alltså inte själv vara utsatt för faran utan nödrätten tillkommer alla som handlar för att avvärja den fara som hotar ett av de skyddade intressena. Här utmärker sig nödrätten från nödvärn som enbart tillåter en kränkning gentemot den person varifrån faran härrör. Därutöver skyddar nödrätten delvis andra intressen och med andra proportioner.¹¹⁰

4.1.1 Nödrättens relation till hälso- och sjukvården

Hälso- och sjukvården är ett område där viktiga värden står på spel - ytterst kampen mellan liv och död. I en sådan verksamhet är det lätt att dra slutsatsen att nöden ständigt är närvarande och utgör ett slags normaltillstånd. Sjukvården omgärdas dock av sin egen, offentligrättsliga lagstiftning där lagstiftaren redan tagit hänsyn till verksamhetens karaktäristiska drag. Här sägs bland annat att all sjukvård ska bedrivas i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Dessa regler är alltså utgångspunkten för hela verksamheten och är inte tänkta att systematiskt sättas ur spel så fort situationen blir kritisk för en patient. Detta följer dels av den offentligrättsliga regleringen, dels av att den straffrättsliga nödbestämmelsen enbart är avsedd att tillämpas i undantagsfall.¹¹¹

Den medicinska yrkeskåren använder sin egen terminologi vid medicinska nödsituationer, vitalindikation, men som konstaterats i kapitel 3 har termen

¹⁰⁷ Lernestedt (2019b) s. 2.

¹⁰⁸ Lernestedt (2019b) s. 2.

¹⁰⁹ Asp m.fl., (2013) s. 221.

¹¹⁰ Asp m.fl., (2013) s. 223.

¹¹¹ Prop. 1993/94:130 s. 35; Sahlin, J. (1990) s. 600; Johnsson (2020) s. 116.

ingen direkt bäring på nödrätten i juridisk bemärkelse. Det gäller alltså att skilja på nöd i medicinsk och juridisk mening. Det här kapitlet undersöker den juridiska definitionen av nöd i syfte att förstå dess funktion inom hälso- och sjukvården.

Tillämpningen av nöd inom hälso- och sjukvård kommer ofta på tal när ett samtycke saknas för ett specifikt vårdingrepp.¹¹² Som nämnts i kapitel 1 kan nöd utgöra en rättfärdigande omständighet i fall där det saknas samtycke. När det gäller patienter som drabbas av akuta medicinska tillstånd där de inte är i stånd att ge samtycke finns dock numera en offentlighetsrättslig reglering i 4 kap. 4 § patientlagen som möjliggör vårdinsatser.¹¹³ Därutöver förekommer det situationer där samtycke givits av patienten men där det ändå inte anses vara ansvarsbefriande för läkaren. Denna situation uppstår om vårdingreppet inte står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, vilket all sjukvård ska göra enligt de offentlighetsrättsliga reglerna.¹¹⁴ När nödrätten är tillämplig på situationen utgör den dock en straffrättslig ansvarsfrihetsgrund för den behandlande läkaren vilket möjliggör ett avsteg från kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet.

Ett medicinskt typexempel på nöd aktualiseras när en läkare i ett akut läge inte har tillgång till rätt utrustning och därmed inte kan utföra vård i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Detta skulle kunna ske om en person ute i vildmarken är i akut behov av en amputation och konventionell sjukvård inte finns att tillgå.¹¹⁵

En nödsituation inom hälso- och sjukvården ska bedömas utifrån samma kriterier som alla andra verksamheter. Det förekommer dock omständigheter i verksamheten som påkallar särskilt fokus både i det första och andra ledet av bedömningen. Exemplet ovan illustrerar en extrem situation men nödrätten kan även tänkas aktualiseras på ett sjukhus. En patient som riskerar att avlida till följd av en akut sjukdom där ingen vård i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet finns att tillgå skulle kunna aktualisera nödrätten. I relation till det första ledet, nödsituationen, blir här särskilt intressant att undersöka innebörden av rekvisitet fara och kravet på närheten mellan faran och det skyddade intresset. I patientens fall blir alltså frågan vilken nivå av hot det aktuella tillståndet måste utgöra mot patientens liv för att situationen ska kvalificera som en nödsituation. I det andra ledet, försvarlighetsbedömningen, är en relevant fråga vilka vårdinsatser som kan betraktas som försvarliga med hänsyn till den risk som behandlingar utanför vetenskap och beprövad erfarenhet medför.

¹¹² Asp m.fl., (2013) s. 260 p. 11.

¹¹³ Sahlin, N-E, Wahlberg (2016).

¹¹⁴ 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen.

¹¹⁵ Sahlin, J. (1990) s. 599, 606 och 610.

4.2 Nödsituationen

Nödparagrafens andra stycke definierar den nödsituation som måste föreligga för att nödrätten ska aktualiseras. Ett klassiskt exempel på en nödsituation är en pågående brand inne i en byggnad. När en förbipasserande person ser detta och slår sönder en fönsterruta för att kunna släcka branden har hon sannolikt möjligheten att göra det med ansvarsfrihet med hänvisning till nödrätten. Nödsituationen (branden i byggnaden som utgör en fara för den egendom och potentiellt liv som finns i byggnaden) utgör en rättfärdigande omständighet för nödhandlingen (krossandet av fönsterrutan), så länge nödhandlingen bedöms som försvarlig. Däremot är det inte möjligt för en förrymd fånge att åberopa nöd när denne stjälar civila kläder i syfte att undkomma polisen. Ur den förrymdes perspektiv föreligger antagligen samma komponenter (nödsituation och nödhandling) som i exemplet med branden, men att undkomma polisen utgör inte ett av rättsordningen skyddat intresse och situationen går därför inte att beteckna som nöd.¹¹⁶

Enligt bestämmelsen föreligger en nödsituation när fara hotar liv och hälsa, egendom eller annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse.¹¹⁷ Rekviritet ”annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse” ger uttryck för ett skydd av allmänna intressen, till skillnad från de enskilda intressena som liv, hälsa och egendom. De allmänna intressena utgörs av samhällets kollektiva intressen, exempelvis natur och miljö. Möjligheten till att utöva nödrätt i förhållande till dessa intressen kräver att de är av synnerlig vikt, vilket begränsar området avsevärt, något som kommit till uttryck i praxis genom restriktiv tillämpning.¹¹⁸

Typiskt sett är en nödsituation av kort, tillfällig och oförutsägbar natur. Av denna anledning är nödrätten utformad som en undantagsregel i syfte att tillämpas restriktivt och får således inte tillämpas rutinartat i likartade, återkommande situationer. Längre ned diskuteras dock ett prejudikat som delvis ifrågasätter nödsituationens korta natur.¹¹⁹

Om lagstiftaren genom lag redan gjort en avvägning mellan två konkurrerande intressen är det i regel uteslutet att göra gällande nödrätt vid inskränkning av det avsedda intresset.¹²⁰ Genom domskälen i NJA 2017 s. 872 (härefter kallat ”Cannabisfallet”), som redogörs för mer ingående längre ner, blev det tydligt att en sådan inskränkning kan konstituera en nödsituation men att det däremot är oförsvarligt att avvika från en lagreglerad intresseavvägning. Detta ställningstagande grundar sig bland annat i argumentet att nödrätten är

¹¹⁶ SOU 1953:14 s. 414; Thyren (1912) s. 154.

¹¹⁷ 24 kap. 4 § brottsbalken.

¹¹⁸ Prop 1993/94:130 s 34 ; NJA 2000 s. 302.

¹¹⁹ Sahlin, J. (1990) s. 599 f.; NJA 2004 s. 786; RH 1996:144; En delvis annan syn på nödsituationens karaktär skymtas i Cannabisfallet.

¹²⁰ Se exempelvis NJA 1979 s. 335; Cannabisfallet.

avsedd att tillämpas vid oförutsedda situationer där lagstiftaren inte på förväg kunnat ta ställning till intresseavvägningen. Hur ingående intresseavvägningen behöver vara från lagstiftarens sida är fortfarande en öppen fråga. Risken för att nödhandlingen bedöms som oförsvarlig är dock ännu högre om någon från samhällets sida, utöver lagstiftaren, gjort en bedömning i det specifika fallet till nackdel för den nödställda.¹²¹

I en nödsituation betecknas det överhängande hotet mot de skyddade intressena som ”faran”. Någon utveckling av vad ordet betyder finns inte att tillgå i förarbetena. Begreppet fara förekommer dock i fler straffbestämmelser och har diskuterats av bland andra Nils Jareborg, professor i straffrätt. Enligt Jareborg ger begreppet uttryck för en möjlighetsrelation mellan en given händelse och en oönskad utgång. Någoting orsakar ett kausalt förlopp som resulterar i en oönskad följd. I denna relation kan begreppet fara antingen syfta på själva farokällan, till exempel det djur, den sak eller den sjukdom som initierade händelseförloppet. Alternativt så betecknar begreppet det oönskade utfallet i händelsekedjan, exempelvis faran för att ett dödsfall ska inträffa.¹²²

Mot bakgrund av nödbestämmelsens utformning är frågan vilken innebörd begreppet ”fara” har. Nödbestämmelsen syftar till att ge ansvarsfrihet för annars kriminaliserade gärningar, i syfte att stävja ett händelseförlopp som kan leda till att något av de uppräknade intressena kränks. Nödhandlingen syftar med andra ord till att bryta det kausala händelseförloppet, så att hotet mot det skyddade intresset upphör.¹²³ I den meningen karaktäriseras bedömningen av nödsituationen utifrån det oönskade utfallet, det vill säga vad som riskerar att hända. Samtidigt är farokällan relevant vid bedömningen av nödsituationens inträde. Försvarlighetsbedömning tar hänsyn till ”farans beskaffenhet” och som vi ser under kapitel 4.4 så rymmer detta rekvisit en bedömning av hotets intensitet. Av den anledningen tänker jag mig att faran i det sammanhanget utgörs av farokällan för att på så vis kunna bedöma vilken eventuell skada som hotar det skyddade intresset. Samtidigt är det oönskade utfallet högst relevant vid bedömningen nödhandlingens proportionalitet och därmed försvarlighet. Som de uppräknade exemplena illustrerar är båda betydelseerna av termen fara relevant i båda leden. Relationen dem emellan är återkommande för hela kapitlet. Härefter används termen ”fara” som ett samlingsnamn för båda betydelseerna eller där en distinktion är svår att göra¹²⁴, i övrigt använder jag mig av termerna ”farokälla” respektive ”oönskat utfall”.

¹²¹ Lernestedt (2019c) s. 6 f.

¹²² Jareborg (2001) s. 165 f.

¹²³ I verkligheten är det självklart omöjligt att erhålla så mycket information att man med säkerhet vet vart ett kausalt händelseförlopp är på väg och vad en intervention får för effekt. I försvarlighetsbedömningen finns därför ett subjektivt element i den annars objektiva bedömningen där man beaktar huruvida gärningspersonen haft tid för övervägande och möjlighet att behålla sinnesnärvaro med hänsyn till situationens beskaffenhet.

¹²⁴ Förarbetena använder sig inte av denna uppdelning och därför kan det ibland vara svårt att med säkerhet veta vilken betydelse som avses.

4.2.1 Tidsaspekten mellan farans närmande och nödsituationens inträde

Utöver definitionen av fara är en viktig frågeställning i relation till nödsituationen hur nära farokällan behöver vara för att den ska anses hota något av de skyddade intressena och därmed initiera en nödsituation. I förarbetena görs följande uttalande beträffande farans närmande och nödsituationens inträde.

”För nödrätt kräves icke, i motsats till vad som gäller beträffande nödvärn, att angreppet är påbörjat eller överhängande, utan det kan vara tillräckligt att faran är nära förestående. Av den föreslagna lagtexten framgår visserligen ej direkt att den hotande faran skall vara överhängande eller nära förestående, men det ligger i nödsituationens natur och framgår av kravet att faran ej skall kunna avvärjas på annat sätt att nödrätt kan föreligga endast för att avvärja en fara som är tämligen nära förestående. I den mån faran är avlägsen kunna yppas möjligheter att vidtaga andra åtgärder för dess avvärjande.”¹²⁵

Nödsituationen aktualiseras alltså inte enbart under pågående angrepp utan kan inträffa redan när faran är ”tämligen nära förestående”. Det finns inget specifikt tidsintervall angivet för hur nära faran ska vara för nödsituationens inträde eftersom detta är beroende av situationens karaktär och kontext. För att en nödhandling ska vara tillåten enligt försvarlighetsbedömningen, det vill säga led två, måste dessutom alla tillgängliga alternativa handlingar som inte kränker ett motstående intresse, kräva en oproportionerlig ansträngning.¹²⁶ Detta knyter kommittén an till i citatet ovan och menar att det ligger i nödsituationens natur att faran åtminstone är tämligen nära förestående eftersom det annars, sannolikt, finns andra handlingsvägar att tillgå. Detta kan, enligt mig, förstås som att tidsintervallet mellan nödsituationens inträde och det oönskade utfallet inte är det enda av betydelse vid bedömningen av om en nödsituation föreligger, utan att ”farans närhet” även beror på åtminstone en annan faktor. Citatets två sista meningar kan tolkas på två olika vis; antingen föreligger det ingen nödsituation om faran kan avvärjas med en alternativ handling som inte kränker ett motstående intresse och som inte kräver en oproportionerlig ansträngning eller så kan det likväl föreligga en nödsituation men att en sådan nödhandling däremot inte är försvarlig enligt led två i bedömningen.

¹²⁵ NJA II 1962 s. 357; Se även Asp m.fl., (2013) s. 222 och Martinsson (2017) s. 317 f. där de knyter citatet specifikt till nödsituationen.

¹²⁶ NJA II 1962 s. 357; Asp m.fl., (2013) s. 224 p. 10.

Den första tolkningen resulterar i att tidsintervallet mellan nödsituationens inträde och det oönskade utfallet inte är den enda avgörande faktorn för nödsituationens aktualiserande. En nödsituation karaktäriseras i sådana fall även av att faran inte kan neutraliseras med hjälp av effektiva, alternativa handlingsvägar eftersom detta i sig är en indikation på farokällans närhet till det oönskade utfallet ("farans närhet"). Generellt bör gälla att ju mindre ingripande handlingar som finns att tillgå för att effektivt avvärja faran, desto lägre sannolikhet är det att risken för det oönskade utfallet inträffar. De tillgängliga handlingsalternativ som kan uppnå samma effekt utan att kränka ett av rättsordningen skyddat intresse, och samtidigt inte innebär en oproportionerlig ansträngning, bör i princip vara uttömda för nödsituationens inträde, enligt denna tolkning. Ett problem med en sådan definition av nödsituationen är att den är jämförlig med försvarlighetsbedömningens krav på att nödhandlingen ska vara behövlig för att avvärja faran.¹²⁷ Denna problematik beror enligt mig på att kommittén använder sig av ett kriterium i nödrättens försvarlighetsbedömning för att definiera nödsituationen. I citatet ovan berättigas ståndpunkten om "farans närhet" med hänvisning till att det "framgår av kravet att faran ej skall kunna avvärjas på annat sätt" vilket traditionellt är ett krav som hänförs till försvarlighetsbedömningen.¹²⁸ I min mening öppnar en sådan konstruktion upp för att nödhandlingens behövlighet kan bedömas i något, eller båda leden.

Ovanstående tolkning av kommitténs uttalande stämmer dock inte helt överens med den praxis som finns att tillgå. Här är bedömningen av nödsituationens inträde i stora delar frikopplad från de eventuella alternativa handlingsvägar som finns att tillgå. I stället hanteras frågan om alternativa handlingsvägar i försvarlighetsbedömningen. I NJA 2004 s. 786 dömde HD en jägare till ansvar för att ha skjutit en varg. Jägaren menade att han skjutit vargen i nöd med syftet att rädda sina tamdjur. HD höll med om att en nödsituation förelåg med hänvisning till den fara som hotade djuren när vargen var cirka 50 meter från tamdjuren. Samtidigt menade domstolen att det var oförsvarligt att skjuta vargen i detta ögonblick, utan att först försöka skrämma bort den med exempelvis ett varningsskott. Det förelåg alltså potentiella alternativa handlingsvägar som borde ha vidtagits innan nödhandlingen, men faran var samtidigt så pass nära förestående att en nödsituation förelåg. HD ansåg alltså att den företagna nödhandlingen var oförsvarlig med hänvisning till de tillgängliga alternativa handlingsvägarna (den vidtagna nödhandlingen var inte tillräckligt *behövlig*). Jägaren invände mot detta genom att hävda att det fanns en påtaglig risk att vargen skulle återkomma vid ett senare tillfälle och skada djuren. Detta bedömde dock HD som en alltför osäker framtida fara för att en nödsituation skulle anses föreligga. I sammanhanget bör nämnas att vargen hade angripit flera får dagarna innan och dessutom rivit grannens får tio minuter innan jägaren sköt vargen, vilket han också kände till tack vare ett tele-

¹²⁷ Se kap. 4.3.2.

¹²⁸ Asp m.fl., (2013) s. 224 p. 10.

fonsamtal. Likväl var denna framtida fara för långt bort och därmed inte tillräckligt akut för att en nödsituation skulle anses föreligga i detta framåtblickande perspektiv.

I rättsfallet konstaterar HD att en nödsituation ska vara akut med hänvisning till kravet på den nära förestående faran. Här framstår det som att tidsintervallet mellan farans närmande och nödsituations inträde är den avgörande faktorn.¹²⁹ Möjliga alternativa handlingsvägar fick inverkan först i bedömningens andra led vid bedömningen av om nödhandlingen var behövlig. Det förekommer dock fortfarande oklarheter kring hur domstolarna gör bedömningen av nödsituationens inträde och det finns flera exempel på fall där domstolen utan att konstatera om det faktiskt föreligger en nödsituation går direkt på försvarlighetsbedömningen.¹³⁰

I ett av HD:s senare fall på nödområdet, Cannabisfallet, talar man om tidsintervallet mellan fara och nödsituation på ett något annorlunda sätt än tidigare. Fallet gällde en person med kroniskt smärttillstånd som lindrade sin smärta genom att odla och bruka cannabis. Nödhandlingen gällde just framställandet eftersom detta brott konsumerar innehavet och brukandet. Den tilltalade åberopade nöd med hänvisning till att inget legalt läkemedel gav adekvat smärtlindring. HD konstaterade att det faktum att bestämmelsen i första hand tar sikte på tämligen akuta situationer (med hänvisning till förarbetena och NJA 2004 s. 786) inte utesluter att även mer bestående faretillstånd kan innefattas i en nödsituation. Att nödhandlingen (odlingen av cannabis) företas i syfte att först på längre sikt avhjälpa nödsituationen utgör inte heller något hinder för nödsituationens inträde. HD ansåg att personens kroniska smärttillstånd utgjorde ett intrång i det skyddade intresset hälsa och att faran var tillräckligt nära för att situationen var betrakta som en nödsituation. Däremot ansågs nödhandlingen inte försvarlig med anledning av att lagstiftaren redan gjort relevant intresseavvägningen mellan effektiv smärtlindring genom läkemedel och intresset av kontroll av narkotika. Patientens läkare hade dessutom sökt om dispens för att skriva ut cannabisbaserat läkemedel till honom men fått avslag då preparatet vid tidpunkten inte beviljades för sådana åkommor. HD lyfter inte läkarens ansökan i sina domskäl vilket skapar en osäkerhet kring hur stor vikt detta tillmättes vid konstaterandet av att en intresseavvägning redan var gjord. I praxis har det varit fullgott med intresseavvägningar som enbart gjorts i lagstiftningen och så kan vara fallet även här, tidigare har detta dock lett till att en nödsituation inte ansågs föreligga, snarare än att nödhandlingen var oförsvarlig.¹³¹

¹²⁹ Martinsson (2017) s. 319 gör en liknande tolkning.

¹³⁰ Se RH 1993:163 och NJA 1996 s. 443.

¹³¹ Jmf NJA 1979 s. 335.

Martinsson har i en artikel ifrågasatt HD:s resonemang i denna dom gällande bland annat nödsituationens inträde.¹³² Han menar att HD saknar grund för påståendet att ”även mer bestående faretillstånd kan innefattas i en nödsituation”¹³³. Jag håller med om att det rättsfall som domstolen hänvisar till i samband med uttalandet (NJA 2004 s. 786) faktiskt understryker motsatsen, nämligen att faran ska vara akut i en tidsrelaterad bemärkelse. Däremot anser jag att det går att tolka förarbetena, som HD också hänvisar till, enligt tolkningsalternativ ett ovan, det vill säga att nödsituationens inträde kan bedömas både utifrån tid och alternativa handlingsvägar. Martinsson förklarar istället HD:s beslut med att de måste utgått ifrån ”att det finns en tystnad rörande bestående faretillstånd”¹³⁴ som öppnade för möjligheten att resonera som de gör. Martinsson är av uppfattningen att tidsavståndet mellan faran och den påstådda eller uppkomna nödsituationen ska tolkas snävt och är därmed starkt kritisk till prejudikatet i Cannabisfallet.¹³⁵

För egen del funderar jag över om HD, genom att mynta begreppet ”bestående faretillstånd”, gör en åtskillnad mellan å ena sidan situationer där farokällan är nära förestående och å andra sidan situationer där det oönskade utfallet redan är realiserat. Rättsfallet NJA 2004 s. 786 exemplifierar den första situationen på så vis att vargen utgör en akut fara gentemot tamdjuren när den befinner sig cirka 50 meter bort. Faran har dock ännu inte realiserats, det vill säga att djuren skadas eller dödas. Tidsintervallet mellan det oönskade utfallet och nödsituationens inträde är synnerligen relevant i sammanhanget eftersom spannet mellan nödsituationens inträde och det oönskade utfallet är det handlingsutrymme som finns att tillgå för att skydda intresset med en nödhandling. I det aktuella rättsfallet, Cannabisfallet, är det kronisk smärta som utgör faran och mannens hälsa är intresset som skyddas. I den här situationen är faran gentemot mannens hälsa konstant och realiserad, den kroniska smärtan är pågående och verkar inte förändras nämnvärt över tid. I en sådan situation är en akut fara för ett oönskat utfall inte en relevant frågeställning eftersom faran mot mannens hälsa inte längre utgör ett stegrande hot - den är redan realiserad till fullo. Om man betraktar det bestående faretillståndet på det här viset ryms definitionen inom förarbetenas uttalande om att faran åtminstone ska vara ”tämligen nära förestående”. Faran är ju betydligt närmre när den är realiserad och det oönskade utfallet har inträffat, än när den är tämligen nära förestående. Under förutsättningen att smärtan fluktuerar för patienten går det även att förstå nödsituationen på traditionellt vis med att faran är nära förestående och orealiserad när smärttopparna närmar sig. Detta klargör dock inte innebörden av det bestående faretillståndet.

¹³² Juridisk publikation, *På nödfrenten något nytt? – reflektioner om nöd i ljuset av Cannabisfallet*.

¹³³ NJA 2017 s. 872 p. 10.

¹³⁴ Martinsson (2017) s. 322.

¹³⁵ Martinsson (2017) s. 317.

Ovanstående distinktion är eventuellt inte möjlig att göra gentemot intressena egendom och liv. När det oönskade utfallet realiserar gentemot intresset hälsa innebär det inte nödvändigtvis ett definitivt avslut, smärta kan lindras men ett uppbrunnet hus eller en avliden person kan inte återfås. Av det skälet är det svårare att föreställa sig ett bestående faretillstånd avseende dessa intressen, utifrån denna tolkning. HD ger dock inte någon vägledning i hur begreppet ska förstås, de utvecklar överhuvudtaget inte påståendet om ”bestående faretillstånd”. Denna reflektion utgör därmed endast en tolkning av domskälen i ett försök att få de att logiskt hänga samman med tidigare praxis och förarbeten. Ett annat sätt att tolka begreppet är som nämnts tidigare att involvera en faktor om alternativa handlingsvägar, utöver tid, i kravet på ”tämligen nära förestående”.

4.2.2 Alternativa handlingsvägar som faktor för nödsituationens inträde

Efter Cannabisfallet blir det även relevant att fråga sig hur begreppet akut ska förstås i relation till faran. Eventuella smärttoppar som mannen upplevde kan mycket väl betecknas som akuta men eftersom odlingen, som utgjorde nödhandlingen, krävde månader av förberedelser är det svårt att även beteckna nödhandlingen som sådan. Lernestedt myntar här retoriskt figuren ”preventiv nöd” som en beskrivning av en nödhandling av förberedande snarare än akut natur. Här är det värt att påminna om att HD i NJA 2004 s. 786 påpekade att nöd inte kunde åberopas för att avvärja framtida angrepp av vargen eftersom hotet inte ansågs tillräckligt akut. Lernestedt understryker här behovet av ett tydliggörande från HD när det gäller nödsituationens koppling till det akuta elementet och jag kan inte annat än hålla med.¹³⁶ I väntan på det går det dock att spekulera i om en annan faktor kan bidra till förståelsen av kravet på farans akuthet och närhet. Jag tänker på närvaron av alternativa handlingsvägar som eventuellt kan karaktärisera en nödsituation enligt föregående avsnitt.

Vid bedömningen av om en nödsituation föreligger diskuterar HD i Cannabisfallet nödhandlingens innehåll och syfte: *”Det förhållandet att A.T:s tillstånd är långvarigt och att den företagna gärningen, att odla cannabis, endast på längre sikt skulle ha kunnat bidra till att avhjälpa intresseintrånget hindrar inte att den är företagen i nöd.”*¹³⁷ Enligt Martinsson har tidigare praxis enbart behandlat nödhandlingen i relation till försvarlighetsbedömningen.¹³⁸ För egen del är jag inte helt övertygad om det, i exempelvis NJA 1988 s. 495 behandlade Justitierådet Munck, som visserligen var skiljaktig, bedömningen av en nödsituation utifrån de begränsade handlingsalternativ

¹³⁶ Lernestedt (2019b) s. 5.

¹³⁷ P. 12 i domen. Se även en liknande tolkning av Martinsson, s. 326. Däremot är detta inte lika tydligt enligt JustR Munckel i NJA 1988 s. 495.

¹³⁸ Martinsson (2017) s. 326. Se även NJA 2004 s. 786, NJA 1982 s. 621 som Martinsson hänvisar till.

som stod till buds för den nödhandlande.¹³⁹ Oavsett hur det förhåller sig med det menar Martinsson att Cannabisfallet går emot praxis genom att HD öppnar för att ta hänsyn till nödhandlingen redan i det första ledet. HD:s resonemang skulle kunna tolkas som en bekräftelse av den analys som presenterades i början av detta avsnitt; utöver *tid* så har antalet tillgängliga *alternativa handlingsvägar* en direkt inverkan på nödsituationens inträde eftersom detta är tätt förknippat med risken för det oönskade utfallet.

Frågan om hur nödsituationen ska definieras kokar egentligen ned till vilken definition av fara som avses och vad det akuta kravet numera innebär. Med en definition där fara betyder oönskat utfall är det nödvändigt att ta hänsyn till risken för detta utfall vid bedömningen av en nödsituation. Risken för att det oönskade utfallet inträffar står i direkt proportion till vilka handlingsalternativ som finns till hands. För varje handlingsalternativ som försvinner minskar möjligheten att undvika det oönskade utfallet, som därmed utgör en allt högre risk. Om en nödhandling, som alltså kränker ett motstående intresse, inte är nödvändig för att avvärja faran (utan faran går att avvärja med en handling som inte uppfyller ett straffbud) är risken på motsvarande vis lägre för det oönskade utfallet. Förarbetenas uttalande om att faran ska vara tämligen nära förestående kan i detta sammanhang förstås som en specificerad nivå av risk för att det oönskade utfallet realiserar. Vid denna nivå inträder nödsituationen.

Låt mig ta följande exempel för att kontextualisera hur denna tolkning kan ta sig uttryck i verkligheten och varför enbart tid som faktor bör anses otillfredsställande: Föreställ dig en situation ute i vildmarken där en kvinna drabbats av kallbrand i benet som sprider sig. Benet behöver amputeras. Läkaren på plats behöver bedöma om hon ska ta till okonventionella metoder (i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet) för att amputera benet eller avvakta i väntan på konventionell vård. I en sådan situation blir tiden till det oönskade utfallet relevant för att utreda de möjliga handlingsalternativen. Läkaren behöver alltså bedöma hur snabbt kallbranden sprider sig och hur snabbt det är möjligt att bereda personen konventionell vård i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Dessa tidsintervall är dock bara underlag för att bedöma vilka tillgängliga handlingsvägar som står till buds. Går det inte att bereda

¹³⁹ ”Sedan F.P. anträffat hunden inom det inhägnade området, försökte han först på olika sätt att fånga den. När detta inte lyckades, sökte han skrämman bort hunden genom att skrika, kasta stenar, grenar, käppar och dylikt som fanns på marken. Han försökte även sparka hunden, men den höll sig undan och återkom envist till dvärggetterna. När han hade hämtat geväret, var hunden fortfarande kvar och den hade då bitit getterna på flera ställen. Hunden uppträdde aggressivt och han ansåg sig inte kunna göra något annat än att skjuta den.

Av F.P:s uppgifter, som inte vederlagts och som skall läggas till grund för bedömningen i ansvarsfrågan, får anses framgå att F.P. handlat i en nödsituation; det förelåg uppenbarligen en överhängande risk för att getterna skulle bli ihjälbitna. Med hänsyn till de uppgifter som F.P. lämnat kan det ej anses styrkt att det för honom, sedan försöken att infånga och att skrämman bort hunden hade misslyckats, förelåg någon rimlig praktisk möjlighet att avvärja faran med mindre ingripande medel än som skett.” – JustR Munck NJA 1988 s. 495.

personen konventionell vård innan infektionen orsakar skada mot liv och hälsa är nödsituationen sannolikt realiserad även om det oönskade utfallet, tidsmässigt, är relativt långt bort. Tiden och handlingsalternativen samverkar i denna bemärkelse och båda faktorerna blir därför relevanta vid bedömningen av nödsituationens inträde. Om en nödsituation föreligger hör det sedan till försvarlighetsbedömningen att konstatera om tillvägagångssättet vid nödhandlingen var försvarligt. Huruvida nödhandlingen var behövlig bedöms med denna tolkning redan i nödsituationen.

Som sagts tidigare bedöms de alternativa handlingsvägarna även i försvarlighetsbedömningen, där det avgörs om nödhandlingen var behövlig. En sådan konstruktion leder till en viss överlappning där frågan får dubbel relevans. Att vid bedömningen av nödsituationen enbart ta hänsyn till farans närhet i tid, och inte risken för det oönskade utfallets realiserande, vållar samtidigt problem, som exemplet ovan visar. Om de alternativa handlingsvägarna beaktas i båda leden är det mycket viktigt att domstolen strukturerar sina domskäl genom att klargöra i vilket led de befinner sig. Som sagts i början av kapitlet är det viktigt att bedömningen sker stegvis eftersom enbart konstaterandet av en nödsituation ger rättsliga konsekvenser. Dessutom är det viktigt ur prejudikathänseende att veta vilket underlag som knyts an till vilket led.

4.2.3 Sammanfattning

I detta kapitel har flera perspektiv lyfts på hur rätten *bör* vara med utgångspunkt i förarbeten och önskvärda konsekvenser, snarare än hur den *är*. Rättsläget får i flera delar anses oklart efter Cannabisfallet vilket öppnar upp för flera tolkningar och resonemang. Jag ska därför kort redogöra för de tidigare okontroversiella ståndpunkterna kring bedömningen av nödsituationen och därefter sammanfatta min egen analys av hur rättsläget kan förstås idag. Min egen analys innehåller element av normativa antaganden i ett försök att enhetliggöra ny och äldre praxis.

I doktrin och prejudikat från HD (exklusive Cannabisfallet) definieras nödsituationen genomgående som en kort, tillfällig och oförutsägbar händelse som hotar något av de skyddade intressena. Faran, som inte specificeras närmre än så, ska vara akut¹⁴⁰ och tämligen nära förestående för att nödsituationen ska anses uppfylld.¹⁴¹ I viss doktrin förekommer uppfattningen att kraven för att uppfylla en nödsituation är mycket låga och att den faktiska begränsningen ligger i försvarlighetsbedömningen.¹⁴² Denna uppfattning delas dock inte av alla.¹⁴³ När det kommer till bedömningen av alternativa handlingsvägar och

¹⁴⁰ NJA 2004 s. 786.

¹⁴¹ NJA II 1962 s. 357.

¹⁴² Asp m.fl., (2013) s. 222 p. 10.

¹⁴³ Martinsson (2017) s. 321.

därmed nödhandlingens behövlighet hänförs denna prövning traditionellt till försvarlighetsbedömningen.¹⁴⁴

Som bekant är en del av kraven ovan svärförenliga med HD:s senaste prejudikat. Kravet på att faran ska vara tämligen nära förestående definierar den yttersta gränsen för nödsituationens inträde. I detta kapitel har jag diskuterat hur detta krav kan förstås i relation till HD:s prejudikat om bestående farestillstånd i Cannabisfallet. I kapitlet lutar jag åt att rättsfallet öppnar upp för en mer åtskild bedömning av de skyddade intressena. HD myntar begreppet bestående farestillstånd i en specifik situation där intresset hälsa kränks. Detta tillstånd ska i min mening inte förstås som ett bestående, överhängande hot som är på väg att inträffa, utan i stället som en beskrivning av ett tillstånd där det oönskade utfallet redan har inträffat. Intresset hälsa kan enligt denna tolkning både kränkas genom att stå inför hotet om ett önskat utfall och genom att hotas av ett realiserat, önskat utfall. När det oönskade utfallet är realiserat kan en nödsituation föreligga under en betydlig längre tid än om det enbart föreligger ett hot om ett önskat utfall – ett bestående farestillstånd. Än så länge vet vi bara att det bestående farestillståndet existerar i relation till intresset hälsa. Enligt denna tolkning är det inte sannolikt att det bestående farestillståndet kan existera i relation till intresset liv eftersom en realisering av det oönskade utfallet i det sammanhanget är definitivt, vilket avslutar händelseförloppet. Vad gäller intresset egendom får det antas att när ett önskat utfall inträffat så föreligger det inte längre en sådan situation att en nödhandling kan åtgärda den uppkomna skadan, även här avslutas därmed händelseförloppet. När det oönskade utfallet väl realiserats gentemot liv och egendom har alltså situationen förändrats på ett sådant vis att nödrätten inte längre är relevant – till skillnad från intresset hälsa där situationen i stället kan ge upphov till ett bestående farestillstånd.

En uppenbar följdfråga är om denna tolkningsmodell ökar antalet nödsituationer som berör intresset hälsa. Konsekvenser av denna konstruktion blir inte att tillämpningsområdet utvidgas i expansiv riktning (det vill säga inte genom att den yttre gränsen vidgas). Kravet på att faran ska vara tämligen nära förestående kvarstår alltså. Däremot har de realiserade, oönskade utfallen tillkommit som nya nödsituationer och det totala antalet situationer har därmed ökat. Dessa nya nödsituationer kan figurativt beskrivas som att den innersta kärnan har växt, en kärna som sedan byggs på av situationer med varierande närhet till faran ut till den specificerade gränsen ”tämligen nära förestående”.

Vid bedömningen av om en nödsituation föreligger har även betydelsen av farans närhet diskuterats och huruvida detta ska förstås utifrån en kombination av tid och handlingsalternativ snarare än enbart tid. Jag anser att en kombination av tid och handlingsalternativ är att föredra utifrån de exempel som lyfts i kapitlet. Samtidigt resulterar det i att samma sak bedöms två gånger eftersom försvarlighetsbedömningen innehåller en prövning om huruvida

¹⁴⁴ Asp m.fl., (2013) s. 224 p. 10.

nödhandlingen var behövlig i relation till andra handlingsalternativ. Effekten kan dock förklaras av att förarbetena använder kriterier som utmärker försvarligheten av en nödhandling när de definiera nödsituationen.¹⁴⁵ I min mening räcker det att bedömningen endast sker i det första ledet eftersom jag inte ser att bedömningen i det andra ledet tillför något ytterligare. Eftersom tid och handlingsalternativ i en sådan konstruktion kompletterar varandra behöver förändringen inte innebära att gränsen för nödsituationens inträde blir mer begränsad. Däremot kan situationer med längre tidsintervall mellan nödsituationens inträde och det önskade utfallet komma att omfattas.

4.3 Försvarlighetsbedömningen

4.3.1 Utgångspunkter

I det andra ledet av nödrättsbedömningen uppställs kravet på att nödhandlingen inte får vara oförsvarlig i relation till farans beskaffenhet, skadan som åsamkas annan eller omständigheterna i övrigt. Jämförelsevis är nödvärnsrätten tillämplig så länge handlingen inte är uppenbart oförsvarlig. Nödhandlingens försvarlighetsbedömning är således mer restriktiv än nödvärnsrättens motsvarighet ("uppenbart oförsvarligt" är ett lägre ställt krav än "oförsvarligt"). Konstruktionen motiveras med att nödvärnsrätten aktualiseras för att avvärja brottsliga hot som kommer direkt från angriparen. De intressen som kränks i första ledet tillhör alltså endast angriparen. I en nödsituation är förhållandet annorlunda eftersom faran sällan härrör från den nödställda utan kan härstamma från externa källor. Dessutom ger nödrätten utrymme att kränka även andra intressesfärer än den där faran härstammar ifrån. I dessa situationer är det av stor vikt att man genom nödrättens försvarlighetsbedömning gör en mer restriktiv intresseavvägning mellan det intresse som kränks i förhållande till det intresse som skyddas. Detta förhållande gäller särskilt då tredje mans rättssfär inskränks av nödhandlingen. I en sådan situation åligger det den nödhandlande att ställa sina egna intressen åt sidan i högre utsträckning än tredje mans. Detta ter sig ganska givet eftersom ett angrepp på den egna rättssfären mycket sällan¹⁴⁶ utgör ett brott. Är värdet på det intresse som behöver offras ur egen rättssfär betydligt högre än det hos tredje man finns dock ett utrymme att i stället inskränka tredje mans intresse.¹⁴⁷ När det kommer till relevanta situationer inom hälso- och sjukvården är det vanligt att båda intressena i någon mån är patientens egna. I sådana situationer finns det ingen anledning att påkalla en förhöjd restriktivitet.

Nödrätten är en objektiv ansvarsgrund vilket innebär att det inte spelar någon roll i vilket syfte personen vidtar nödhandlingen. Några subjektiva krav på nödhandlaren föreligger med andra ord inte. En person kan därmed gå fri från

¹⁴⁵ Se NJA II 1962 s. 357.

¹⁴⁶ Asp m.fl., (2013) s. 262 f.

¹⁴⁷ SOU 1953:14 s. 412; NJA II 1962 s. 357.

en brottslig handling med nödrätten som ansvarsbefriande grund, även om personen inte agerade med anledning, eller i syfte, att avhjälpa nödsituationen.¹⁴⁸

Nödhandlingen är den gärning som företas för att värna det intresset som hotas i nödsituationen. Nödhandlingen kränker oundvikligen ett motstående intresse (eftersom det annars saknas anledning att pröva en ansvarsfrihetsgrunds tillämplighet). Lagen begränsar inte vilken typ av nödhandling som är tillåtlig. Nödhandlingen kan därför utgöras av i princip vilket agerande som helst; ingrepp i annans egendom, frihetsberövande eller tillfogande av kroppsskada.¹⁴⁹ Alla handlingar anses däremot inte vara försvarliga och på så vis begränsas nödrättens tillämpningsområde. I princip är de allvarligaste brotten uteslutna. Det är aldrig försvarligt att offra ett liv till fördel för ett annat. En skeppsförlisning utgör således inte en rättfärdigande omständighet för att döda en annan i kampen om platsen i en livbåt. Här ser vi ytterligare en skillnad gentemot nödvärnsrätten som erkänner rätten att döda när angreppet är tillräckligt allvarligt.¹⁵⁰ Denna gränsdragning har utgjort praxis under lång tid och uttrycktes för några år sedan i mål nr B 1705-19 där en make injicerade sin svårt sjuka hustru, som önskade begå självmord, med en dödlig dos Morfin och Oxikodon. Domstolsprövningen landade till slut i nödbestämmelsen, där domstolen, i linje med Cannabisfallet, konstaterade att en nödsituation förelåg med anledning av den smärta som hustrun åsamkades av sin sjukdom. Injiceringen bedömdes dock inte som försvarlig (eftersom intresset liv kränktes) varpå prövningen övergick till bestämmelsen om excess¹⁵¹, som inte heller ansågs tillämplig.

En förklaring till att nöd inte kan åberopas när liv kränks är att försvarlighetsbedömningen stipulerar ett krav på intresseövertikt till fördel för det skyddade intresset. I scenariot med livbåten, där två liv står mot varandra, föreligger det ingen övertikt. Om däremot två liv står mot ett föreligger det ur ett utilitaristiskt perspektiv en övertikt, så förklaringen om övertikt håller inte fullt ut. Här kan man fundera på om lagstiftaren antagit en mer deontologisk syn med utgångspunkt i att varje människoliv i sig självt utgör ett okränkbart och odefinierat värde.¹⁵² Sådana resonemang förekommer dock varken åt ena

¹⁴⁸ Prop. 1993/94:130 s. 36.

¹⁴⁹ SOU 1953:14 s. 416.

¹⁵⁰ Asp m.fl., (2013) s. 224. Även om inte handlingen omfattas av nödrätten skulle den kunna ges ansvarsfrihet av regeln om excess, 24 kap. 6 § brottsbalken.

¹⁵¹ 24 kap. 6 § brottsbalken.

¹⁵² "Spårvagnsproblemet" är ett känt filosofiskt tankeexperiment som syftar till att illustrera den moralfilosofiska skillnaden mellan utilitaristisk och deontologisk etik. Problemet handlar om en skenande spårvagn som är på väg mot fem människor som står på spåret i en klunga längre fram. Du ser detta och råkar stå bredvid en spak som styr järnvägsväxeln. Drar du i spaken styr du över spårvagnen till ett annat spår och undviker på så vis klungan med människor. På det andra spåret står det dock en människa. Bör du dra i spaken eller inte? Utilitaristen säger ja eftersom den tillmäter moraliskt värde till handlingens konsekvenser (fem personers liv är värt mer än en persons liv). Deontologen säger nej eftersom du genom

eller andra hållet i förarbetena. Detta diskuteras närmare i nästa kapitel, i relation till hälso- och sjukvården.

4.3.2 Proportionalitetsbedömningen och nödhandlingens behövlighet

Försvärighetsbedömningen utgörs till stor del av den så kallade proportionalitetsbedömningen. I denna bedömning ska de berörda intressena viktas mot varandra genom en värdering av skadan som drabbar det kränkta intresset gentemot nyttan av det skyddade intresset. I grunden utgör denna bedömning en etisk avvägning mellan de motstående intressena. Ett minimikrav är att skadan som orsakas av nödhandlingen aldrig får vara större och sällan ens likvärdig med den skada som avvärjes. Proportionerna ska alltså förhålla sig så att det råder en övervikt i värde för det skyddade intresset.¹⁵³ Enligt lagtexten ska bedömningen förhålla sig till följande tre rekvisit; farans beskaffenhet, den skada som åsamkas annan och omständigheterna i övrigt. ”Farans beskaffenhet” innefattar värdet på det intresse som riskerar att skadas och intensiteten på hotet som farokällan utgör. Liv och hälsa är att betrakta som det högsta värdet i relation till exempelvis egendom. ”Farans beskaffenhet” ställs sedan mot ”den skada som åsamkas annan”, det vill säga nivån av intrång som nödhandlingen orsakar i det motstående intresset.¹⁵⁴ Även ”omständigheterna i övrigt” ska tas i beaktan. Här avses enligt kommittén huruvida gärningspersonen haft tid för övervägande och möjlighet att behålla sinnesnärvaro med hänsyn till situationens beskaffenhet. Här ryms alltså subjektiva förhållanden i den annars rent objektiva bedömningen av nöd.¹⁵⁵ Därutöver finns regler om excess¹⁵⁶ som också kan bli aktuella när en nödsituation förelegat.

Proportionalitetsbedömningen är extra utmanande inom nödrätten på grund av dess stora tillämpningsområde, i relation till exempelvis nödvärnsrätten. De potentiella grupper av intressen som kan viktas mot varandra inom nödrätten är många och heterogena till sin natur, dessutom omfattas även tredje mans rättsfär.¹⁵⁷ Viss vägledning ges av förarbetena som är tydliga med att liv och hälsa generellt sett värderas högre än egendom. Avseende egendom med ett monetärt värde är bedömningen relativt enkel. Egendom som skyddas med en nödhandling ska som huvudregel vara värd betydligt mer än den som offras, objektivt sett. I undantagsfall kan det kompliceras av exempelvis affektionsvärde men detta utrymme är relativt litet. När det gäller motstående

att dra i spaken orsakar en annan människas död, vilket är moraliskt fel enligt deontologens pliktetik. Inom straffrätten betecknas denna situation som ”rättslig nöd” och påbuden ger uttryck för en utilitaristisk hållning. Jmf. Asp m.fl., (2013) s. 264.

¹⁵³ NJA II 1962 s. 357; Asp m.fl., (2013) s. 223.

¹⁵⁴ Asp m.fl., (2013) s. 223.

¹⁵⁵ Prop. 1962:10 B s. 333.

¹⁵⁶ 24 kap. 6 § brottsbalken.

¹⁵⁷ Lernestedt (2019a) s. 2 f.

intressen mellan egendom och liv eller allvarlig kroppskada är det ofta försvarligt att inskränka egendomsskyddet.¹⁵⁸ Det går dock inte att slå fast att liv och hälsa alltid väger tyngre än egendom eftersom det även här förekommer intressekonflikter som är svåravvägda, exempelvis då en lindrig kroppskada står mot ingrepp i annans egendom.¹⁵⁹ Generellt gäller att området för ansvarsfrihet inom hälso- och sjukvården är relativt brett av det enkla skälet att åtgärderna där gör stor nytta. Nyttan överväger alltså i flera fall risken.¹⁶⁰

En stor utmaning uppstår däremot kring frågan hur man bör mäta proportionerna mellan värden som till sin natur är etiskt svåra att kvantifiera, exempelvis smärta, välbefinnande och liv. Att, förutom att värdera dem, dessutom upprätta lämpliga proportioner dem mellan, exempelvis där intresset att undvika smärta viktas mot intresset att leva, är en mycket utmanande uppgift. Dessa utmaningar diskuteras närmre i efterföljande kapitel där dessa avvägningar, till följd av sjukvårdens unika miljö, ställs på sin spets.

När fara härrör från det intresse som nödhandlingen riktar sig mot är det befogat med mer inskränkande åtgärder än annars. Situationen liknar i dessa fall i högre grad en nödvärnssituation. Förarbetena föreslog en efterlikning av nödvärnsbestämmelsens proportioner i dessa situationer. Man föreslog exempelvis att utgångsläget skulle vara att det var tillåtet att döda en angripande hund. Departementschefen ville dock inte gå så långt utan konstaterade i stället att ett intresse varifrån faran härrör får uppoffras i sådan omfattning att det inte står i uppenbart missförhållande till den skada som hotar.¹⁶¹ Lagrådet ansåg att man skulle avhålla sig från att utpeka särskilda avvägningar i specifika situationer. Formuleringen blev därför allmänt hållen.¹⁶² I NJA 1988 s. 495 ansåg HD att nödhandlingen inte var försvarlig när ägaren till två getter sköt en hund som attackerade dem. Hunden var värd betydligt mer än de två getterna, vilket blev avgörande för utfallet. Att farokällan kom från hunden beaktades inte i bedömningen. Justitieråd Munck motsatte sig dock domslutet i ansvarsfrågan och beaktade den nödvärnsliknande situationen. Han ansåg dock att agerandet likväl var oförsvarligt med hänsyn till den stora ekonomiska skillnaden. Däremot menade han att situationen var sådan att ägaren till getterna hade svårt att besinna sig och därav borde frias från ansvar.

Utgångspunkten i förarbeten och doktrin är som sagt att den förväntade skadan på grund av nödsituationen ska vara väsentligt allvarligare än den som förväntas följa av nödhandlingen.¹⁶³ I svensk doktrin går ståndpunkten att

¹⁵⁸ Prop 1993/94:130 s 36 f.; Thyrén (1912) s. 155.

¹⁵⁹ Jareborg (2001) s. 266.

¹⁶⁰ Asp m. fl. (2013) s. 261.

¹⁶¹ Prop. 1962:10 s. B 337.

¹⁶² Bäcklund m.fl., Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno), kommentaren till 24 kap. 4 § under rubriken "Försvarlighetsbedömningen".

¹⁶³ NJA II 1962 s. 357.

spåra tillbaka till professorn Johan Thyréns texter om nödrätt.¹⁶⁴ Han menar att det vore orimligt att låta nödrätten sträcka sig så långt att skadan som orsakas av nödhandlingen är lika stor som skadan som avvärjes. Detta följer av samhällets intresse att värna de rättigheter som lagstiftningen uppställer. Rättigheterna bör inom rimliga gränser vara okränkbara och därmed inte lättvindigt offras till fördel för ett annat rättssubjekts större förlust. Exempel på situationer då denna princip inte längre är rimlig att upprätthålla utgörs av vandraren i fjällen som i hungersnöd bryter sig in i en stuga för att tillskansa sig mat och skydd, eller ballongföraren som tvingas landa på någons åker.¹⁶⁵

Thyréns resonemang ger uttryck för den restriktivitet som präglar nödbestämmelsens tillämpning och som återkommande påtalas i förarbeten och praxis.¹⁶⁶ Detta kommer särskilt till uttryck genom ett annat krav i försvarlighetsbedömning; att nödhandlingen ska vara *behövlig* för att avvärja faran. Kravet innebär inte att nödhandlingen måste vara den enda återstående gärningen som kan undanröja faran men situationen ska på ett rimligt sätt motivera att nödhandlingen vidtogs framför andra åtgärder.¹⁶⁷ Departementschefen uttryckte det som att syftet med handlingen inte skäligen ska kunna uppnås på annat sätt. Om de alternativa handlingarna kräver en oproportionerlig ansträngning behöver de alltså inte vidtas innan nödhandlingen.¹⁶⁸ Det finns med andra ord inte ett oöverstigligt krav på att uttömma samtliga lagliga handlingar innan en nödhandling vidtas, men nivån ligger inte långt därifrån.

¹⁶⁴ Flera argument och exempel som Thyrén använder går att återfinna i förarbetena till nödbestämmelsen. Detta beror sannolikt på hans deltagande i den utredning som tillsattes för att reformera den dåvarande strafflagen.

¹⁶⁵ Thyrén (1912) s. 155.

¹⁶⁶ Prop 1962:10 s. B 332 ff.; NJA 1996 s 443.

¹⁶⁷ Bäcklund m.fl., Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno), kommentaren till 24 kap. 4 §; Jmf NJA 2004 s. 786.

¹⁶⁸ Prop. 1962:10 s. B 337.

5 Aspekter av nödrätten inom hälso- och sjukvården

5.1 Inledning

Mot bakgrund av innebörden av den straffrättsliga nödrätten är den kvarstående frågan vilken betydelse som den straffrättsliga nödrätten har inom hälso- och sjukvården. Som konstaterats i kapitel 3 är utgångspunkten att den straffrättsliga nödrätten utgör en ansvarsbefriande grund även i relation till den offentlighetslagstiftningen. Bedömningen av nöd består av två led: nödsituation och försvarlighetsbedömning. I förevarande kapitel behandlas därför först nödsituation inom sjukvården och därefter försvarlighetsbedömningen inom sjukvården. I försvarlighetsbedömningen läggs särskilt fokus på proportionalitetsbedömning. Enligt Högsta domstolens prejudikat i Cannabisfallet innefattar försvarlighetsbedömningen även en prövning av huruvida lagstiftaren på förhand har gjort en intresseavvägning mellan de berörda intressena. Därför behandlas även samhällliga ställningstagande som ett led i försvarlighetsbedömningen. Därefter följer ett avsnitt om hur resurserna inom hälso- och sjukvården är avsedda att prioriteras. Dessa direktiv diskuteras sedan i relation till nödrättens funktion och karaktär.

5.2 Nödsituationen inom hälso- och sjukvård

En fråga som uppmärksammas i Smer:s utredning om ”Etiska bedömningar i gränslandet mellan hälso- och sjukvård och forskning”¹⁶⁹ är huruvida nödrätten enbart kan tillämpas i akuta situationer inom sjukvården eller även i icke-akuta situationer. Att en nödsituation ska vara akut får anses vara en etablerad uppfattning i doktrin, som även bekräftas av HD i NJA 2004 s. 786.¹⁷⁰ Av den anledningen anses det osäkert om nödrätten går att tillämpa på icke-akuta situationer inom vården.¹⁷¹ Utöver att nödsituationen ska vara akut menar bland annat Lernestedt att det även ligger i nödfigurens natur att vara överraskande och oförutsägbar.¹⁷² På frågan hur figuren bestående faretillstånd¹⁷³ förhåller

¹⁶⁹ Smer 2016:01 s. 31.

¹⁷⁰ Se kapitel fyra.

¹⁷¹ Sahlin, N-E, Wahlberg (2016); Lernestedt (2019b) s. 3.

¹⁷² Lernestedt (2019b) s. 3.

¹⁷³ Se NJA 2017 s. 872 ”Cannabisfallet”.

sig till dessa krav svarar han att en nödsituation visserligen kan vara perdurerande¹⁷⁴ men att det krävs en åtskillnad mellan oförutsägbara, överraskande situationer som pågår över tid och situationer, likt den i Cannabisfallet, där situationen är bestående och helt förutsebar. Det sistnämnda tillståndet karakteriserar inte en nödsituation mer än i yttersta undantagsfall, menar Lernestedt. Lernestedt lyfter ett antal relevanta frågetecken som uppstår av Cannabisfallet, bland annat frågor om hur alternativa handlingsvägar ska förstås under ett bestående farellstånd och i vilken mån nödhandlingen i sig behöver relatera till avhjälpandet av faran.¹⁷⁵ Här nöjer vi oss dock med att sätta det bestående farellståndet (som trots dess eventuellt icke karakteristiska drag faktiskt existerar sedan Cannabisfallet) i relation till hälso- och sjukvården i syfte att diskutera vilken effekt den kan ha där. En intressant fråga är om det bestående farellståndet har ökat antalet fall som kan betecknas som nödsituationer inom hälso- och sjukvården.

Hälso- och sjukvården har både en preventiv och kurativ uppgift. Vad gäller patienter som behandlas kurativt har deras hälsa per definition redan skadats av en realiserad fara, exempelvis en sjukdom eller en olycka. Som en följd av en sådan händelse kan en akut situation uppstå där patientens hälsotillstånd försämras kraftigt och en omedelbar åtgärd behöver vidtas i livräddande syfte. I en sådan situation existerar ett akut element både i relation till nödsituation och nödhandlingen, vilket får anses utgöra den klassiska definitionen av en nödsituation.

På motsvarande sätt kan vi föreställa oss en patient som drabbats av en livshotande sjukdom med cirka ett halvår kvar att leva. Inga kurativa behandlingar finns att tillgå, enbart palliativ vård. I denna situation finns inget akut element i relation till tid, som man ser vid exempelvis ett hjärtstopp. Däremot präglas situationen av en avsaknad av kurativa handlingsmöjligheter i relation till sjukdomens fortskridande. Likt odlingen av cannabis i Cannabisfallet kan en eventuell nödhandling här inte karakteriseras av akut tidspress men däremot av avsaknaden av alternativa handlingsvägar. Kan denna situation klassificeras som ett bestående farellstånd?

Min analys av det bestående farellståndet utgår ifrån en realiserad, konstant fara gentemot det skyddade intresset hälsa. Baserat på ovanstående situation går det att konstatera att faran gentemot patientens hälsa redan har realiserats och att det därmed kan föreligga ett bestående farellstånd ur det perspektivet. Samtidigt är det hotet mot patientens liv som bär högst relevans i ovanstående exempel. Gentemot intresset ”patientens liv” har faran ännu inte realiserats, det vill säga patienten har ännu inte dött. Nödhandlingen som vidtas syftar

¹⁷⁴ Det vill säga att nödrätten kan pågå över tid på samma sätt som nödvärn kan gälla under hela det brottsliga angreppet. Trafikbrott som rattfylleri kan aktualisera nöd och i dessa fall ha karaktären av ett perdurerande förlopp. Jmf Bäcklund m.fl., Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno), kommentaren till 24 kap. 4 § under rubriken ”Nödhandlingen”.

¹⁷⁵ Lernestedt (2019b) s. 5.

främst till att rädda livet på patienten och intresset hälsa får därför anses vara underordnat. Utifrån den definitionen som jag presenterat är det därför inte relevant att tala om ett bestående farellstånd här.

Ett alternativ är att förstå det bestående farellståndet på samma sätt som NJA 2004 s. 786 beskriver den akuta faran. Applicerat på situationen i rättsfallet skulle det betyda att vargen konstant håller sig cirka 50 meter ifrån fåren, som ett ständigt väntande hot. Det är en ganska orealistisk situation som inte är helt kompatibel med karaktären av en nödsituation. Mer karaktäristiskt för nödsituationen är att tiden bidrar till att föra faran närmre det skyddade intresset, likt exemplet ovan med den sjuka patienten. Med en sådan definition får sex månader anses vara alltför lång tid för att faran mot livet ska anses ”tämmligen nära förestående”.¹⁷⁶ Däremot går det att argumentera för att faran gentemot patientens hälsa är mer akut och kanske inom angivet spann. Som sagts i stycket ovan är det dock intresset liv som bör anses vara relevant eftersom en eventuell nödhandling i första hand syftar till att rädda livet på patienten.

Situationen kan däremot eventuellt klassificeras som en nödsituation om ”tämmligen nära förestående” inte enbart förstås som ett tidsanknutet krav, utan som ett krav som även kan uppfyllas utifrån situationens begränsade handlingsalternativ. I kapitel fyra har jag argumenterat för att förarbetenas uttalande kan tolkas på ett sådant vis. Eftersom typen av nödhandling beaktas redan i relation till nödsituationen i Cannabisfallet går det eventuellt att utläsa ett sådant förhållningssätt även där.¹⁷⁷ Vad som utgör gällande rätt i detta avseende får dock anses oklart och det är därför inte säkert att en icke akut situation inom hälso- och sjukvården utgör en nödsituation. Begreppet ”bestående farellstånd” kan dock förstås på flera olika sätt och det går att föreställa sig att underrätterna uppfattar prejudikatet som en vidgning av nödsituationen i allmänhet - framför allt i relation till kravet på farans närhet till det önskade utfallet.¹⁷⁸

5.3 Försvarlighetsbedömningen inom hälso- och sjukvård

5.3.1 Inledning

¹⁷⁶ Som exemplet med amputationen i vildmarken visar i kap. 4.2.2 blir det dock märkliga konsekvenser av att enbart mäta farans intensitet genom tidsintervallet mellan hotets uppkomst och det önskade utfallet. Tänk om patientens liv går att rädda om en experimentell behandling (som nödhandling) sätts in när patienten har sex månader kvar att leva men det är för sent när hen bara har fyra månader kvar att leva.

¹⁷⁷ Cannabisfallet, p. 12.

¹⁷⁸ Så verkar exempelvis vara fallet i tingsrättsdomen mot Macchiarini, mål B 10553-18.

I försvarlighetsbedömningen ska domstolen ta ställning till om nödhandlingen var proportionerlig i relation till farans beskaffenhet samt om handlingen var behövlig för att avvärja faran. Utmärkande för nödsituationer inom hälso- och sjukvården är att patienten ofta förfogar över både intresset som skyddas och intresset som kränks, exempelvis patientens liv och patientens intresse av att erhålla säker och kvalitativ vård i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. I dessa situationer får proportionalitetsbedömningens utvärdering av nytta och risk en avgörande betydelse. Sjukvårdens verksamhet syftar till att skapa nytta för patienten med en enligt vetenskap och beprövad erfarenhet acceptabel risknivå. När de offentlighetsreglerna åsidosätts till följd av en nödsituation ligger den yttersta riskavvägningen i nödrättens försvarlighetsbedömning. Dessa frågor diskuteras närmre i kapitel 5.3.3. Därutöver är det i proportionalitetsbedömningen nödvändigt att göra en etisk värdering av de motstående intressena, exempelvis mellan liv och välbefinnande. I kapitel 5.3.2 förs en diskussion kring värdet av liv i förhållande till välbefinnande mot bakgrund av sjukvårdens etiska riktlinjer. Sedan Cannabisfallet innefattar försvarlighetsbedömningen även en prövning av huruvida lagstiftaren på förhand har gjort en intresseavvägning i lagstiftningen mellan de berörda intressena. Detta prejudikat diskuteras i avsnitt 5.3.4 i relation den offentlighetsregleringen av hälso- och sjukvården.

5.3.2 Intressenas etiska värde

Enligt Asp m.fl. är det aldrig acceptabelt att kränka intresset liv vid en nödhandling. Detta ger utifrån ett filosofiskt perspektiv antingen uttryck för en deontologisk inställning eller ett utilitaristiskt förhållningssätt där livet tillskrivs ett oändligt positivt värde. I deontologisk etik är det handlingen i sig, och inte utfallet, som avgör om agerandet är moraliskt. Här tilldelas alltså handlingar dess moraliska värde utifrån en pliktetik där etiska normer styr de plikter som bör, eller inte bör, utföras av oss människor. Detta skiljer sig från utilitarismen som ger en handling sitt moraliska värde utifrån dess konsekvenser av förväntad positiv nytta.¹⁷⁹ I nödbestämmelsen är det enbart intresset liv som ovillkorligen inte får kränkas till fördel för något annat intresse. Här går alltså eventuellt att skymta ett deontologiskt förhållningssätt där berövandet av en människas liv går emot pliktetiska normer eftersom intresset liv särbehandlas genom att kategoriskt vara överordnat de övriga intressena. Vid en kränkning av andra intressen tillämpas i stället en proportionell bedömning där en utilitaristisk analys ligger till grund vid prövningen. Proportionalitetsbedömningen syftar till att väga olika förväntade utfall mot varandra med fixerade proportioner som mall. Frågan är om detta kategoriska förhållningssätt till intresset liv även gäller när den nödställda förfogar över båda intressena. Skulle till exempel livets värde kunna väga mindre tungt än intresset att undgå smärta, enligt nödrättens proportionalitetskrav? En sådan situation kan uppstå när en person till följd av omfattande smärta och lidande önskar ta sitt liv.

¹⁷⁹ Larry, Moore (2021).

Ett sätt att försöka besvara ovanstående fråga är att jämföra hur intressena viktas inom vetenskap och beprövad erfarenhet och sedan relatera dessa till nödbestämmelsen. Jämförelsen kommer inte ge ett säkert juridiskt svar om gällande rätt men kan vara vägledande när det kommer till nödrättens tillämpningsområde i hälso- och sjukvården.

Sjukvårdens verksamhet syftar till att rädda liv men det sker inte till följd av vilka konsekvenser som helst. Inom rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet ryms vårdinsatser som, genom bieffekter, förkortar patientens liv till fördel för andra värden. Inom den palliativa vården förlängs inte patientens liv ovillkorligen utan det förekommer att vårdinsatser utförs i syfte att lindra smärta, men som har bieffekten att patientens liv förkortas. Här värderas alltså intresset av välbefinnande högre än ett så långt liv som möjligt. Detsamma gäller när livsuppehållande vård avbryts för att skador hos patienten bedöms som för allvarliga och irreversibla.¹⁸⁰

Inom vetenskap och beprövad erfarenhet finns alltså en typ av proportionalitetsbedömning där intresset liv tas med i en form av utilitaristisk analys. Likt försvarlighetsbedömningen i nödbestämmelsen får vårdinsatsen dock aldrig enbart syfta till att patienten ska dö. Att genom handling orsaka patientens död, i enlighet med patientens önskan och samtycke, är förbjudet i svensk rätt.¹⁸¹ Som vi såg i kapitel två anser en del att det är oförenligt med vetenskap och beprövad erfarenhet att en läkare skriver ut preparat i syfte att hjälpa en patient att ta sitt liv.¹⁸² Andra menar att denna etiska dimension härstammar från det rättsliga begreppet ”hälso- och sjukvård”.¹⁸³ Oavsett vilket lagrum kravet utgår ifrån går det i flera fall att spåra en pliktetisk särbehandlingen av intresset liv där de offentligrättsliga reglerna ovillkorligen förbjuder den handling vars enda syfte är att kränka liv (även om patienten önskar det till följd av omfattande kroniskt lidande).

Att avbryta en vårdinsats, till exempel genom att sätta ut ett dropp, kan dock i flera fall vara tillåtet, även om det resulterar i att patienten dör. På ett principiellt plan kan det vara svårt att se skillnaden mellan att sätta in ett dropp med gift som orsakar patientens död jämfört med att sätta ut ett dropp som leder till att patienten avlider. Den juridiska förklaringen är att vård kräver dels patientens samtycke, dels att den ryms inom vetenskap och beprövad erfarenhet. Om någon av dessa förutsättningar upphör ska behandlingen i de flesta fall avslutas. I livets slutskede förekommer det exempelvis att kroppen inte kan tillgodogöra sig vätskan från ett dropp och i sådana situationer skapar vårdåtgärden mer skada än nytta och faller därmed utanför vetenskap och beprövad erfarenhet.¹⁸⁴ Vid omfattande lidande i livets slutskede förekommer

¹⁸⁰ Ågren (2021) s. 166 f.

¹⁸¹ Asp m.fl., (2013) s. 261.

¹⁸² Socialstyrelsen (2011).

¹⁸³ Wahlberg (2021) s. 93; 2 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen.

¹⁸⁴ Fridegren (2021).

även så kallad palliativ sedering vilket innebär att patientens medvetandegrad sänks i syfte att minska lidandet. Ofta stängs tillförsel av vätska och näring av i dessa situationer vilket kan leda till att patienten dör som följd. Notera dock att syftet aldrig enkom får vara att patienten ska dö vid palliativ vård som förkortar livet. Är den förväntade livslängden för patienten kort anses en sådan åtgärd omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet. Om patienten däremot har en längre förväntad livslängd är rättsläget osäkert. Det är möjligt att en sådan åtgärd kan betraktas som dråp enligt 3 kap. 2 § brottsbalken.¹⁸⁵

En utilitaristisk analys av det ovanstående är att korta tidsperioder av livet kan värderas lägre än möjligheten att undvika omfattande lidande. Hur långa dessa tidsperioder kan vara innan livet värderas högre är oklart. Intresset liv får i den meningen kränkas men värdet är så högt att det är mycket sällan som andra intressen, som att undvika lidande, överväger. De situationer vi känner till utgörs av mycket begränsade tidsintervall i livets slutskede.

Ovanstående resonemang har alltså diskuterat den proportionalitetsbedömningen, eller risk/nytta avvägning, som görs inom vetenskap och beprövad erfarenhet beträffande intresset liv. Huruvida proportionerna går att översätta till nödbestämmelsen är oklart. I en sjukvårdskontext skulle det dock te sig märkligt om nödbestämmelsens proportionalitetsbedömning avvek väsentligt från den i vetenskap och beprövad erfarenhet. En avgörande skillnad är dock nivån av acceptabel kunskapsosäkerhet, som diskuteras närmare i nästa avsnitt. En annan sak som bör uppmärksammas är risken för att en läkare drabbas av offentlighetsrättsliga sanktioner även om läkaren i straffrättsliga mening är ansvarsbefriad på grund av nöd. I kapitel tre konstaterades att den straffrättsliga nödrätten bör fungera ansvarsbefriande även i relation till den offentlighetsrättsliga regleringen. Det finns dock en dom på tingsrättsnivå där en läkare blev straffrättsligt friad med hänvisning till nöd samtidigt som HSN valde att återkalla läkarens legitimation med hänvisning till samma händelse. Det råder alltså en viss osäkerhet kring i vilka situationer som den straffrättsliga nödrätten även fungerar ansvarsbefriande gentemot de offentlighetsrättsliga reglerna.

Proportionalitetsbedömningen i nödbestämmelsen representerar alltså även den en utilitaristisk hållning där den förväntade nyttan och skadan av en handling bedömer dess tillåtlighet. För att en nödhandling ska uppfylla proportionalitetskravet ska den förväntade nyttan hos det nödställda intresset vara större än den förväntade skadan hos det motstående intresset. Förarbetena uttrycker det som att den förväntade skadan på grund av nödsituationen ska vara väsentligt allvarigare än den som förväntas följa av nödhandlingen.¹⁸⁶ Denna inställning bottenar antagligen i uppfattningen att de ordinarie rättigheter som lagstiftningen garanterar medborgarna (och som nödhandlingen kränker) i sig

¹⁸⁵ Zillén m.fl. (2022) s. 311 ff.

¹⁸⁶ NJA II 1962 s. 357.

innehåller ett värde som vid en kränkning måste kompenseras med en hög nytta i den andra vågskålen.¹⁸⁷

Om det är absolut otillåtet för en nödhandling att kränka intresset liv sätts dock proportionalitetsbedömningen ur spel och därmed det utilitaristiska förhållningssättet. I inledningen ställdes frågan om det även råder förbud att kränka intresset liv när personen som befinner sig i nöd själv förfogar över samtliga intressen, vilket är en vanlig situation i sjukvården. Det tidigare nämnda målet nr B 1705-19 är det närmaste som finns att tillgå ur praxis. Till följd av allvarlig sjukdom med mycket lidande och smärta beslutade kvinnan i målet att hon ville ta sitt liv. Efter ett misslyckat försök att utföra självmordet på egen hand bad hon maken om hjälp att injicera en dödlig dos Morfin och Oxikodon i hennes ven, vilket han också gjorde. Som vi har konstaterat i kapitel två är det inte möjligt att samtycka till mord eller dråp med ansvarsbefriande verkan. Försvaret invände dock att kvinnan befann sig i en nödsituation till följd av hennes omfattande smärta och dåliga hälsotillstånd. Man menade att maken agerade i nöd genom att bistå hennes önskan att dö. Domstolen ansåg visserligen att en nödsituation förelåg (med hänvisning till bestående faretillstånd genom prejudikatet i Cannabisfallet) men anförde att: ”Det är dock mycket sällan det kan vara en försvarlig åtgärd att avsluta någons liv för att åtgärda en nödsituation”¹⁸⁸ och landade därför i att nödhandlingen var oförsvarlig. Formuleringen ger dock sken av att livet bör behandlas på motsvarande utilitaristiskt vis som de övriga intressena. Livets värde är mycket högt ställt, vilket gör det mycket osannolikt att ett annat intresse skulle väga tyngre i proportionalitetsbedömningen, men det är inte överordnat i deontologisk mening. Hovrätterna har dock inget större prejudikatvärde enligt rättsskälreläran och uttalandet får därför tolkas försiktigt ur det hänseendet. Det bör också påpekas att det sannolikt enbart kan vara försvarligt att kränka intresset liv när samma person råder över båda intressena. Något annat skulle ge absurda konsekvenser, exempelvis att det, utifrån en utilitaristisk nyttokalkyl, skulle kunna vara försvarligt att döda en människa i syfte att rädda flera människor som väntar på organdonation. En del starka indikationer kvarstår alltså på att intresset liv, i vissa situationer, innehåller en särställning i nödrättens värderingsprocess.¹⁸⁹

5.3.3 Kunskapsosäkerhet och värdeomdömen

Karaktäristiskt för sjukvården är att beslut behöver fattas i situationer där fullständig information saknas. Det är sällan det går att förutse exakt hur en patient kommer svara på en viss behandling eller ett visst ingrepp. Anledningen till detta är den mängd okända variabler som vi på förhand inte kan erhålla information om. Vid en operation kan det exempelvis visa sig att patienten bär på streptokockbakterier i halsen som råkar kontaminera operationsåret

¹⁸⁷ Thyren (1912) s. 155.

¹⁸⁸ Mål nr B 1705-19 s. 6.

¹⁸⁹ Jmf Asp m.fl., (2013) s. 224.

och leda till en allvarlig infektion och i värsta fall att patienten avlider.¹⁹⁰ Även om åtgärder vidtas för att förebygga sådana oförutsedda händelser kommer det alltid råda viss kunskapsosäkerhet inför varje ingrepp. beslut kommer därför behöva fattas utan fullständig information. En viktig fråga är därför hur man ska förhålla sig till osäkerheten, vilken nivå är acceptabel?

Vården ska bedrivas i överrensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Detta rekvisit syftar bland annat till att upprätthålla en miniminivå av acceptabel osäkerhet kring vårdinsatserna, både genom att belägga dess nytta och exponera dess risker. Genom att systematiskt undersöka en behandling och kartlägga dessa verkningsfulla mekanismer ökar kunskapen kring hur den påverkar mottagaren. Denna kunskap visar i sin tur huruvida behandlingen är lämplig att tillämpa eller inte, baserat på proportionerna mellan nytta och risk och hur dessa yttrar sig. Risker får dels bedömas utifrån andelen negativa utfall, dels utifrån karaktären av dessa negativa utfall. Den vetenskapliga metoden hjälper alltså oss att öka vår kunskap och därmed minska osäkerheten.

Utmaningen i en situation där den straffrättsliga nödbestämmelsen aktualiseras är att de etablerade behandlingsformerna oftast är uttömda. Kvar finns en eventuell möjlighet att genom en nödhandling agera utanför vetenskap och beprövad erfarenhets etablerade gränser. Av uppenbara skäl ökar osäkerheten markant i dessa situationer, så vilka riktlinjer finns det att förhålla sig till i dessa situationer? Proportionalitetsbedömningen i nödbestämmelsens försvarlighetsbedömning sätter upp acceptabla proportioner mellan förväntad nytta och risk. Vid typexemplen för nöd är detta hjälpsamt eftersom de förväntade konsekvenserna ofta är lätta att förutsäga på förhand; när man krossar en ruta för att släcka en eld vet man att rutan är värd cirka x kronor och huset som räddas värt cirka y kronor. Man har också en tydlig uppfattning om hur en eld betar sig när exempelvis vatten eller pulver (beroende på det antända materialet) sprutas på den. I situationer där osäkerheten kring utfallen är betydligt högre är kalkylen däremot inte lika enkel och självklar. I nästa avsnitt återges Blaise Pascals¹⁹¹ gudsargument för att illustrera hur vissa typer av beslut kan fattas med säkerhet även om en påtaglig osäkerhet råder kring världens beskaffenhet. Det intressanta för uppsatsen är hur Pascals argument illustrerar en metod för hur man på ett strukturerat sätt kan tänka och förhålla sig till en situation med stor osäkerhet.

5.3.3.1 Riskbedömning under osäkerhet

Med utgångspunkt i osäkerheten kring Guds existens skapar Pascal ett matematiskt argument baserat på frågeställning om man bör agera som om Gud existerar eller inte (mer specifikt den Romerskkatolska Guden). Argumentet förutsätter tre saker:

¹⁹⁰ Se IVO 2017-12-06 Dnr 8.1.1-11965/2017-7.

¹⁹¹ En fransk matematiker som levde i Frankrike under mitten av 1600-talet.

1. Frågeställningen ska kunna besvaras med två olika påståenden om verkligheten där endast en av dem får vara sann, svaren ska alltså utesluta varandra. I Pascals fall:
 - X: Gud existerar.
 - Y: Gud existerar inte.

2. De möjliga ageranden som agenten kan vidta. I Pascals fall:
 - A. Agera som en ateist: dricka sig berusad, ha sex utanför äktenskapet och så vidare.
 - B. Agera som en troende: gå till kyrkan, delta i ritualer och så vidare.

3. Nyttan¹⁹² för agenten av varje agerande baserat på konsekvenserna av respektive utfall.

Låt $N(A,X)$ vara nyttan, N , av att agera i enlighet med det första handlingsalternativet, A , när verkligheten förhåller sig enligt utfall, X . Följande matris kan sättas upp för de olika alternativen:

	X	Y
A	$N(A,X)$	$N(A,Y)$
B	$N(B,X)$	$N(B,Y)$

Därefter behöver varje situation tillskrivas ett värde baserat på de olika utfallen (om Gud existerar eller inte). Givet att Gud finns, X , menar Pascal att nyttan att agera som en ateist, när personen haft möjlighet att bli troende, är minus oändligheten ($-\infty$) eftersom en sådan person hamnar i helvetet. Därför blir $N(A,X)=-\infty$. Om Gud däremot inte finns, Y , menar Pascal att nyttan av att agera som en ateist i en sekulär värld är i princip 0, således blir $N(B,Y)=0$. Om Gud existerar och man agerar som en troende är nyttan i princip oändlig eftersom man kommer till himlen, $N(B,X)=+\infty$. Finns det ingen Gud, Y , är värdet att agera som en troende i en sekulär värld i princip 0, det vill säga $N(B,Y)=0$.¹⁹³

¹⁹² Nyttan kan i detta sammanhang vara både negativ och positiv. En negativ nytta utgör en belastning medan en positiv nytta utgör en tillgång.

¹⁹³ Hacking (2001) s. 117 ff.

I den uppmålade situationen framstår enbart ett handlingsalternativ som rationellt, trots att vi saknar kunskap om huruvida Gud existerar eller inte, nämligen att agera som en troende. När ett agerande alltid genererar mer eller lika mycket nytta säger man att det alternativet *dominerar* det andra alternativet. B dominerar alltså A.¹⁹⁴

Problemet med att följa denna så kallade dominansregel uppstår när handlingsalternativen har en kausal inverkan på de olika utfallens sannolikhet. I Gudsargument har det ingen betydelse för verklighetens beskaffenhet huruvida man lever som troende eller ateist. Om kalkylen däremot syftar till att räkna ut nyttan av att sluta röka så har de olika agerandena en kausal inverkan på sannolikheten för det ena eller andra utfallet, exempelvis om personen dör över eller under 65 år. Därför går det inte enbart att utgå från den totala förväntade nyttan av en viss handling enligt dominansregeln när man ska ta ställning till det bästa handlingsalternativet. Om det finns statistisk att tillgå som specificerar hur sannolika de olika utfallen är baserat respektive handlingens kausala inverkan, går det att räkna ut en produkt av varje nyttovärde baserat på den statistiska sannolikheten för respektive utfall. Man multiplicerar helt enkelt sannolikheten med den förväntade nyttan av varje kombination av att agera på ett visst sätt när världen förhåller sig enligt X. När värdena är justerade utifrån hur troligt det är att de inträffar kan handlingen med högst förväntat värde mycket väl ha skiftat.¹⁹⁵

Sammanfattningsvis så förespråkar Pascal ett förhållningssätt till osäkerhet som bygger på en kalkyl av förväntat värde. När man ställs inför ett antal handlingar, som var och en kan ge upphov till mer än ett möjligt utfall med olika sannolikheter, är det rationella förfarandet att identifiera alla möjliga utfall, fastställa deras nytta (positiva eller negativa) och sannolikheten för respektive utfall baserat på de olika handlingarna. Multiplicera sedan nyttan och sannolikheten för att erhålla det "förväntade värdet", eller det genomsnittliga värdet av respektive handling. Handlingen som ska väljas är den som ger upphov till det högsta, totala förväntade värdet.¹⁹⁶

Nu när sannolikheter är introducerade i ekvationen kan vi återvända till Pascals argument och invända mot dess ursprungliga uppbyggnad. Pascal utgår ifrån att sannolikheten att Gud existerar är 50% och att Gud inte existerar är 50%. Låt säga att vi opponerar oss mot denna uppskattning och i stället menar att sannolikheten för att Gud existerar är 30 % och motsvarande 70 % att Gud inte existerar. Oberoende av vilken sannolikhet vi tillskriver Guds eventuella existens så kommer nyttan av att agera som om Gud existerar alltid vara högre än att agera som en ateist (så länge båda alternativen tillskrivs någon nivå av sannolikhet). Anledningen är oändlighetsvariabeln, ∞ .

¹⁹⁴ Hacking (2001) s. 117 ff.

¹⁹⁵ Hacking (2001) s. 120 f.

¹⁹⁶ Hacking (2001) s. 82 f.

Förv(x) = Förväntad nytta av att agera enligt x
Sa(z) = Sannolikheten att världen är beskaffad på z vis.

$$\text{Förv}(B) = \text{Sa}(X)N(B,X) + \text{Sa}(Y)N(B,Y)$$

I exemplet är alltså $\text{Sa}(X)=0.3$. Eftersom $N(B,X)$ resulterar i oändlig förväntad nytta ($N(B,X)=+\infty$) är det dock irrelevant vad vi tillskriver Guds existens för sannolikhet, handlingen ger ändå oändlig förväntad nytta, inräknat alla olika utfall. På motsvarande vis är den förväntade nyttan av att agera som en ateist (A) totalt sett oändligt negativt.¹⁹⁷

$$\text{Förv}(A) = \text{Sa}(X)N(A,X) + \text{Sa}(Y)N(A,Y)$$
$$\text{Förv}(A) = -\infty$$

Här går det att dra en första lärdom från Pascals argument i relation till den tidigare diskussionen om värdet på liv och de övriga skyddade intressena. Om livet tillmäts ett oändligt värde i proportionalitetsbedömningen kommer en handling som räddar ett liv generera oändlig positiv nytta. Med en sådan kalkyl kommer alla vårdinsatser att legitimeras (så länge de antas ha någon chans att rädda patienten) oberoende av vilka risker de kan förväntas medföra och oberoende av vilka oönskade konsekvenser de kan orsaka i form av smärta och lidande. Vårdinsatser kommer även att premieras oberoende av vad de har för sannolikhet att lyckas. Ett sådant förhållningssätt stämmer inte överens med hur hälso- och sjukvården hanterar dessa situationer idag, antagligen för att livet inte tillskrivs ett oändligt värde. Värdet kan däremot fortfarande var mycket högt utan att dessa oönskade konsekvenser uppstår.

När en proportionalitetsbedömning görs på en situation där det råder osäkerhet om vilken kausal effekt en specifik handling kommer att ha, är det alltså flera variabler som ska tas i beaktan. Det etiska värdet av intresset som skyddas respektive det etiska värdet av det intresse som offras. Därutöver behöver en diskussion om sannolikhet föras kring vilka rimliga förväntningar som går att ha på handlingens effekter. I en situation där osäkerheten är omfattande kommer det enligt definition inte gå att tillämpa statistiska sannolikheter men det går att resonera kring rimliga och acceptabla förhållningssätt till osäkerheten. I nästa kapitel ser vi hur domstolen har tillämpat de berörda variablerna i fallet Macchiarini och därefter följer en diskussion om förhållningssättet till dessa.

5.3.4 Lagstiftarens intresseavvägning

I kapitel fyra nämndes kort att nödrätten sällan kan aktualiseras på ett område där lagstiftaren redan gjort en avvägning mellan två konkurrerande intressen. I Cannabisfallet menade HD att nödhandlingen var oförsvarlig eftersom lagstiftaren redan gjort en intresseavvägning genom lagstiftning mellan intresset

¹⁹⁷ Hacking (2001) s. 122.

av effektiv smärtlindring och intresset av kontroll av narkotika. Detta ställningstagande var inte nytt från HD:s sida utan har förekommit i flera tidigare HD-avgöranden.¹⁹⁸ Däremot introducerade de ett nytt angreppssätt genom att hantera frågan först i försvarlighetsbedömningen. Tidigare har en av lagstiftaren gjort intresseavvägning utslutit att en nödsituation förelegat överhuvudtaget. I ljuset av denna praxis blir den naturliga frågan i sammanhanget om den offentligrättsliga lagstiftningen på hälso- och sjukvårdsområdet kan förstås som en av lagstiftaren redan behandlad intresseavvägning.

Vården ska bedrivas i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet vilket utgör en kvalitetssäkring av verksamhetsutövningen. Begreppet innehåller den avvägning som lagstiftaren gjort gällande medicinska ingrepps acceptabla risknivå i relation till de skyddsvärda intressena, liv och hälsa. Som kort redogjorts för i 2.1 förekommer en diskussion i doktrin om huruvida begreppet till sin konstruktion är tomt på materiell-rättsligt innehåll eller inte. Svaret på denna fråga är eventuellt av relevans vid bedömningen av om lagstiftaren genom existerande lagstiftning redan gjort en relevant intresseavvägning. Vidare utredning i denna fråga ryms dock inte här.

Underrättspraxis har vid prövning av nöd inom hälso- och sjukvården inte ansett att lagstiftaren gjort en aktuell intresseavvägning genom lagstiftning.¹⁹⁹ Ovannämnda situation var dock akut, det är möjligt att bedömningen blir annorlunda om vården är planerade, exempelvis i en situation där ett bestående farerекvisit föreligger.²⁰⁰ En annan obesvarad fråga är hur uttalad intresseavvägningen behöver vara i lagstiftningen för att lagstiftaren ska anses ha tagit ställning. I praxis förekommer en rad avgöranden där HD hänvisar till principen. I NJA 1982 s. 621, NJA 1993 s. 128 och NJA 2000 s. 302 förekommer någon form av ställningstagande från det offentliga inför den specifika situationen. I det äldsta rättsfallet, NJA 1979 s. 335 är det däremot enbart en allmän intresseavvägning genom lagstiftning som ligger till grund för principens tillämpning.

Utifrån nuvarande praxis är det med andra ord svårt att bedöma om lagstiftningen på hälso- och sjukvårdsområdet, och specifikt kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet, är att anse som en av lagstiftaren på förhand gjort intresseavvägning genom lagstiftning. För egen del finner jag det osannolikt eftersom rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet är mycket generellt och dessutom, åtminstone innehållsmässigt, dynamiskt till sin natur. Antalet situationer som berörs av regleringen är mycket stort och regleras delvis av den medicinska professionen. Av NJA 1979 s. 335 att döma skulle det dock vara fullt möjligt att betrakta hälso- och sjukvårdslagstiftningen på samma vis

¹⁹⁸ Jmf NJA 1979 s 335, NJA 1982 s. 621, NJA 1993 s 128, NJA 2000 s. 302.

¹⁹⁹ Se exempelvis mål nr B 417-12.

²⁰⁰ Tingsrättens dom i Macchiarini-fallet (B 10553-18) nämner dock ingenting om samhälleliga ställningstaganden och verkar således anse att hälso- och sjukvårdslagstiftningen inte utgör en av lagstiftaren gjort intresseavvägning. En tingsrättsdom har dock inget prejudikatvärde.

som HD betraktade utlänningslagstiftningen i rättsfallet, det vill säga att en tillräcklig intresseavvägning har gjorts av lagstiftaren. Båda lagstiftningarna ger generella direktiv på hur verksamheterna ska bedrivas och på vilka grunder besluten ska fattas. Den processuella prövningen av uppehållstillstånd i utlänningslagstiftningen får dock anses mer formaliserad och detaljstyrd än den medicinska verksamheten, främst avseende rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet.

Ovanstående redogörelse illustrerar principens bristande förutsebarhet och behov av att definieras, såväl i praxis som doktrin. På grund av principens oförutsägbara utformning är det dock viktigt att synliggöra den även i relation till tillämpningen av nödbestämmelsen inom hälso- och sjukvården. På grund av vetenskap och beprövad erfarenhets speciella utformning och den, av doktrin, allmänt erkända tillämpningen av nöd bedömer jag dock risken som låg att tillämpningen av nöd skulle bedömas som oförsvarligt med hänvisning till denna princip.²⁰¹

5.4 Resursprioritering

Eftersom samhällets resurser är begränsade finns det ett ständigt behov av prioritering och så även inom hälso- och sjukvården. Det kan tyckas kyligt att prata om ekonomi i relation till värden som liv och hälsa. Faktum är dock att vi lever i en värld med ändliga resurser och i en sådan kontext är det ofrånkomligt att dessa resurser behöver prioriteras, oavsett hur stora anslag som ges från finansärens sida. Den disciplin som ägnar sig åt hur dessa resurser bör fördelas enligt en kostnadseffektivitetskalkyl kallas för hälsoekonomi. Det finns sjukvårdspersonal som menar att detta är ett cyniskt förhållningssätt som om nödvändigt bör lämnas åt politiker och beslutsfattare. Utgångspunkten i kritiken är att det inte går att sätta ett värde på liv och hälsa.²⁰² Samtidigt inser den som erkänner att resurserna är begränsade att ett beslut om en specifik vårdinsats nödvändigtvis innebär att någon annan resursanvändning väljs bort. Av den anledningen kan det vara lämpligt att även sjukvårdspersonalen i den praktiska verksamheten förhåller sig till denna verklighet. Varje resurs som förbrukas har en alternativkostnad, det vill säga ett alternativt användningsområde som ger en annan, eller samma, nivå av nytta. Ur ett utilitaristiskt perspektiv är knäckfrågan vilket alternativ som ger högst nytta.²⁰³ Med det sagt är det en stor utmaning att upprätta kalkyler som gör lämpliga avvägningar mellan effektivitet och etik på ett så känsligt område som hälso- och sjukvården.

Kostnadseffektivitet är inte det enda som ska beaktas vid resursanvändningen inom hälso- och sjukvården. Verksamheten syftar till att på ett rättvist sätt

²⁰¹ Principen placerades tidigare i bedömningen om en nödsituations existens. Med Cannabisfallet förflyttades i stället bedömning till försvarlighetbedömningen.

²⁰² Anell m.fl. (2006) s. 3619.

²⁰³ Anell m.fl. (2006) s. 3619.

hjälpa utsatta människor och därför ger hälso- och sjukvårdslagen uttryck för tre grundläggande principer som verksamheten har att förhålla sig till, hierarkiskt rangordnade enligt följande:

1. Människovärdesprincipen, 3 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen.
2. Behovs- eller solidaritetsprincipen, 3 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen.
3. Kostnadseffektivitetsprincipen, prop. 1996/97:60.

Människovärdesprincipen understryker människors lika värde och innebär att ingen särbehandling får ske på grund av social ställning, personliga egenskaper eller funktion i samhället. Behovs- eller solidaritetsprincipen innebär att resurserna ska användas så att de som behöver dem mest är den som får nytta av dem. Kostnadseffektivitetsprincipen säger att en rimlig relation ska råda mellan kostnad och effektivitet av de vårdinsatser som sätts in.²⁰⁴ Dessa principer är att betrakta som målsättningar eller viljeförklaringar från lagstiftarens sida och går inte att pröva rättsligt. De måste alltså inte vara uppfyllda vid varje enskilt tillfälle, om inte annan lagstiftning kräver det.²⁰⁵ Prioriteringen härstammar från proposition 1996/97:60 s. 20 f. där avvägningen behandlas ingående.

Prioriteringar av vårdresurser blev en mycket aktuell fråga under covid-19 pandemin. I mars 2020 beslutade Socialstyrelsen om Nationella principer för prioriteringar inom intensivvården under extraordinära förhållanden. Där infördes särskilda riktlinjer om krav på skärpta indikationer för att sätta in intensivvård som behandling. I dessa situationer ska en prioritering tillämpas utifrån högst sannolikhet för överlevnad. I den bedömningen är patientens biologiska ålder av väsentlig betydelse för prognosen.²⁰⁶ Situationen, som såklart var extraordinär, belyste kanske tydligare än tidigare det utilitaristiska förhållningssätt som kostnadseffektivitetsprincipen ger uttryck för. Till följd av de ovanligt begränsade resurser som fanns att tillgå exponerades den motståndningen som råder mellan den hierarkiska rangordningen av behovs- och solidaritetsprincipen och kostnadseffektivitetsprincipen. Behovs- och solidaritetsprincipen överordnad ställning till kostnadseffektivitetsprincipen utgör en svårlöst ekvation om kostnadseffektivitetsprincipen ska ges någon reell inverkan på verksamheten. Om sjukvårdens resurser i första hand prioriteras till de svåraste sjukdomarna, det vill säga till patienterna med störst behov, riskerar effekten av dessa behandlingar (marginalnyttan) att bli avtagande samtidigt som de mer effektiva behandlingarna riktade till människor med mindre behov, bortprioriteras. Det måste inte vara ett motsatsförhållande men riskerar att bli det i flera fall.²⁰⁷ Socialstyrelsens direktiv under extraordinära

²⁰⁴ Bernfort (2009) s. 5 f.

²⁰⁵ Johnsson (2021) s. 61.

²⁰⁶ Johnsson (2021) s. 72.

²⁰⁷ Bernfort (2009) s. 6.

situationer verkar vara att i någon mån göra tvärtemot hälso- och sjukvårdslagens rangordning och prioritera effektivitet över behov eller åtminstone jämställa de två.

Frågan för denna uppsats är hur nödrätten relaterar till dessa prioriteringar och hälsoekonomiska perspektiv. Särskilt fokus är de nödhandlingar som vidtas utanför de ramar som vetenskap och beprövad erfarenhet uppställer. I de situationerna råder stor osäkerhet kring vårdinsatsernas effektivitet.²⁰⁸ Av hälso- och sjukvårdslagen:s prioritering följer samtidigt att åtgärder utan visad effekt ska utmönstras.²⁰⁹ I den meningen går dessa nödhandlingar emot hälso- och sjukvårdslagen:s måluppsättning vad gäller prioritering av sjukvårdens resurser. En patient har inte rätt att kräva vårdinsatser som inte står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet och åtgärderna ska avslutas om de har inletts.²¹⁰ I Socialstyrelsens föreskrifter om livsuppehållande behandling (SOSFS 2011:7) betonas dock att en behandling kan fortsätta även om den ur medicinsk synpunkt är verkningslös, om patienten och närstående finner den meningsfull. Här sker alltså ett avsteg från den givna prioriteringsordningen. Avsteget medger dock inte att en medicinsk verkningslös behandling sätts in.

I undantagsfall förekommer det även att den så kallade ”sista halmstråetsprincip” har accepterats i praxis. Principen medger ett avsteg från kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet om den alternativa behandlingen anses riskfri och patienten själv önskar den.²¹¹ Enligt Socialstyrelsen medges vissa begränsade möjligheter för legitimerad sjukvårdspersonal att utföra homeopatiska och andra alternativa behandlingar om särskilda omständigheter föreligger och patienten inte går miste om lämplig skolmedicinsk behandling.²¹² Från ett vetenskapligt perspektiv ger inte dessa behandlingar hopp om ökade chanser till tillfrisknad. I den meningen skiljer de sig eventuellt från nödhandlingen som inte omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet men som vidtas med förväntningen att den ska främja patientens hälsa (vilket är ett krav för att proportionalitetsprincipen ska vara uppfylld). Även om ingreppet exempelvis saknar tillräcklig empiri bygger det (förhoppningsvis med tanke på proportionalitetsbedömningen) på vetenskaplig teori som gör det plausibelt att ingreppet ska ge vissa verkningsfulla mekanismer. De förväntade verkningsfulla mekanismerna gör såklart också att risken som associeras med dessa ingrepp ökar.²¹³ Detta skiljer sig från förväntningarna på exempelvis homeopatiska behandlingar där den vetenskapliga förväntningen är att de ska vara verkningslösa men därmed också riskfria.²¹⁴ Samtliga ingrepp får dock

²⁰⁸ Alternativt finns kunskap men vårdinsatsens risk bedöms vara för hög för att ingå i vetenskap och beprövad erfarenhet.

²⁰⁹ Johnsson (2021) s. 73.

²¹⁰ Zillén m.fl. (2022) s. 308.

²¹¹ SOU 2008:117 s. 183.

²¹² Smer 2016:01 s. 24; HFD 2011:70.

²¹³ Se Sahlin N-E, Wahlberg (2017) s. 49 ff.

²¹⁴ Cukaci m.fl. (2020) s. 232.

anses göra avsteg från både kostnadseffektivitetsprincipen och behovsprincipen, antingen på grund av avsaknaden av effekt eller på grund av det höga måttet av osäkerhet.

Hälso- och sjukvårdslagens prioritetsordning är som sagt en målsättning och ger därmed inte någon omedelbar juridisk effekt på nödrättens tillämpning inom hälso- och sjukvården. För att uppnå målsättningen, och eventuellt se var den behöver justeras, bör dock dessa perspektiv appliceras på alla delar av verksamheten i syfte att utveckla och förbättra förvaltningen av vårdens resurser.

6 Analys av fallet Macchiarini

6.1 Omständigheterna

Mellan åren 2011-2013 utförde kirurgen Paolo Macchiarini tre transplantationer av syntetiska luftstrupar behandlade med stamceller på tre olika patienter. De tre patienterna som tog emot transplantationerna led av allvarliga skador i luftvägarna vilket påkallade medicinsk vård. Samtliga patienter fick men efter operationerna och dog sedan med varierande tidsintervall. I åtalet menar åklagaren att Macchiarini gjort sig skyldig till misshandel alternativt grovt vållande till kroppsskada. Tingsrätten fann att Macchiarini gjort sig skyldig till ett fall av grovt vållande till kroppsskada men friades för övriga åtalpunkter med hänvisning till ansvarsfrihetsgrunden nöd. Domen, som avkunnades 2022-06-16, har i skrivande stund överklagats till Svea hovrätt.

Rättsfallet är mycket relevant för uppsatsens huvudområde eftersom situationen berör gränserna för ansvarsfrihetsgrunden nöd inom hälso- och sjukvården. Även frågor om patienters samtycke och vård i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet behöver hanteras av domstolen. Nedanstående referat sammanfattar domstolens resonemang och därefter följer en diskussion.

6.2 Referat av domskälen

Domstolen konstaterar att kirurgen är straffrättsligt ansvarig i relation till de påstådda gärningarna. Enligt 6 kap. 2 § patientsäkerhetslagen är sjukvårdspersonalen personligt ansvar för hur arbetsuppgifterna fullgörs. Detta inkluderar straffansvar. Macchiarini bedöms ha varit huvudoperatör under de mest kritiska momenten och har även varit den samordnande länken i samtliga tre operationer.

Åklagaren påstår att ingreppen gjorts i forskningssyfte utan erforderligt tillstånd. Kirurgen menar att ingreppen har utförts för att rädda eller förlänga patienternas liv. Domstolen sluter sig till att ingreppen inte utgjorde ett led i forskning efter att ha analyserat kirurgens intentioner inför operationerna genom bland annat mailkorrespondens. Syftet med operationerna var att i första hand hjälpa patienterna genom andra metoder och i andra hand, som plan b, transplantera de syntetiska luftstruparna.

Samtliga patienter lämnade sitt samtycke till ingreppen. Eftersom det handlar om komplicerade ingrepp med svåröverblickbara risker och konsekvenser

menar dock domstolen att deras samtycke inte kan ge ansvarsfrihet för kirurgen. Detta får förstås som att samtycket inte anses vara *giltigt* eftersom patienterna inte haft full insikt till vad de samtyckt till.

Enligt doktrin kan ansvarsfrihetsregeln social adekvans endast tillämpas när ingreppet vidtagits i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Detta bekräftas av rättspraxis på så vis att inget fall har frångått ett sådant krav. Domstolen fortsätter därför med att pröva om transplantationen av de syntetiska luftstruparna varit i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Av 6 kap. 1 § patientsäkerhetslagen följer att sjukvårdspersonalen ska utföra sitt arbete i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet. Begreppet är inte definierat i lag eller förarbeten vilket öppnar upp för tolkning inom de områden där det används. Tingsrätten lyfter följande faktorer i sin bedömning; inför operationen av den första patienten är det klarlagt att en transplantation av syntetiska luftstrupar aldrig tidigare utförts på vare sig människa eller djur. Inför transplantationen på den andra patienten är det däremot oklart om ytterligare operationer hade utförts på patienter i Ryssland (som senare drabbades av komplikationer). Det är i vilket fall klarlagt att operationerna i Ryssland utfördes innan transplantationen på den tredje patienten som är uppe för prövning. Transplantationen på den andra patienten utfördes fem månader efter den första vilket medförde att det gått för kort tid mellan de två ingreppen för att dra lärdom av det första. Materialvalen på luftstrupen skiljde sig dessutom åt mellan de två första transplantationerna vilket medförde att metoden inte var identisk. Vid transplantationen på den tredje patienten hade det gått cirka nio månader sedan transplantationen på den andra patienten. Den andra patienten hade vid denna tidpunkt avlidit och den första patienten hade drabbats av svåra komplikationer.

Dessa faktorer lägger tingsrätten gemensamt till grund för att konstatera att inget av ingreppen skett i överrensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet. Detta innebär att ansvarsfrihetsregeln om social adekvans inte kan tillämpas.

6.2.1 Nöd

Även om transplantationerna inte utförts i överrensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet kan de vara ansvarsfria om en nödsituation anses förelegat och nödhandlingen bedöms som försvarlig.

6.2.1.1 Nödsituationen

Domstolen konstaterar att det inte är närmare angivet hur nära förestående faran måste vara för att en nödsituation ska anses föreligga

Parterna har resonerat kring förekomsten av nöd i huvudförhandlingen men inte använt sig av etiketten nöd utan i stället hänvisat till förekomsten av vitalindikation. Domstolen konstaterar att begreppet vitalindikation inte har en entydig definition i den vetenskapliga kontexten mer än att det handlar om förhållanden där åtgärder måste vidtas för att rädda patientens liv. Det råder skilda åsikter kring hur nära förestående döden förväntas vara om en åtgärd inte vidtas. Åsikterna spänner från ett par timmar, till veckor eller betydligt längre tid än så.

Domstolen konstaterar att begreppet vitalindikation inte är relevant i förhållande till den straffrättsliga bedömningen om ansvar. I stället prövar domstolen om det förelegat en sådan fara för patienternas liv att en nödsituation förelegat. Enligt domstolen led alla tre patienter av så allvarliga åkommor att de utan vård skulle ha avlidit inom en inte alltför lång tidsrymd. Detta bedömer domstolen som tillräckligt för att konstatera att en nödsituation förelegat.

6.2.1.2 Försvarlighetsbedömningen

I försvarlighetsbedömningen ska det undersökas om några alternativa handlingsvägar stod till buds, det vill säga någon annan behandlingsmetod, för att avvärja faran för respektive patient. Under förhandlingen lyfts förslag på flera alternativa behandlingsmetoder. Utan att ta ställning till om dessa metoder faktiskt borde ha vidtagits konstaterar domstolen att åklagaren inte bevisat att kirurgen haft uppfattningen eller borde ha förstått att någon av de andra metoderna hade bidragit till en större nytta för patienternas överlevnad. Prövningen har därmed som utgångspunkt att de tre handlingsalternativen som stod till buds var transplantation av de syntetiska luftstruparna, palliativ vård eller ingen behandling alls.

Domstolen gör sedan en, vad den kallar för, nytta/riskbedömning i förhållande till patienternas tillstånd och transplantationens potential. Jag förstår detta som den proportionalitetsbedömning som ska utföras i försvarlighetsbedömningen. Enligt domstolen ska en sådan prövning ske utifrån en bedömning av vilket intresse som hotas och hur akut faran är. Nödhandlingen ska vara påkallad av ett intresse av betydligt större vikt än det som offras. Domstolen fortsätter ”Bedömningen får alltså sägas överensstämma med den som ska göras vid all vård, då möjlig nytta av en åtgärd ska vägas mot möjliga risker. Principen är visserligen inte lagfäst, men måste i ljuset av verksamhetens karaktär framstå som självklar för all personal inom hälso- och sjukvården.”²¹⁵ Kirurgen beskriver samtliga tre patienters dåvarande tillstånd som livshotande och att andra, kurativa behandlingsalternativ saknades. Utan behandling hade de endast en begränsad tid kvar att leva. Även om olika meningar har dryftats i målet så anser inte domstolen att åklagaren motbevisat påståendet och utgår därmed fortsättningsvis från detta i bedömningen.

²¹⁵ Mål nr: B 10553-18 s. 41.

Domstolen går sedan vidare till att bedöma hur riskerna kring transplantationen uppfattades vid tidpunkten för det första ingreppet. Kirurgen hävdar att det fanns belägg i den medicinvetenskapliga litteraturen för att transplantationen skulle kunna fungera. Ett vittne med specialisering på området förkastar helt denna möjlighet och menar att transplantationerna var dömda att misslyckas. Samtidigt konstaterar domstolen att ingen läkare på Karolinska sjukhuset vid tillfället ifrågasatte ingreppets bäring ur ett medicinskt perspektiv. Dessutom gör Rättsliga rådet bedömningen att man ”inte helt [kan] avfärda idéerna”²¹⁶. Dessa faktorer gör att domstolen inte finner det första ingreppet vara oförsvarligt och ger därmed kirurgen ansvarsfrihet för den första transplantationen med hänvisning till nöd.

Eftersom tiden mellan den första och andra transplantationen var så pass kort och den generella återhämtningen vid tidpunkten såg relativt bra ut för den första patienten bedömer domstolen att även den andra transplantationen var försvarlig.

Vid den tredje transplantationen stod det däremot klart att de två första operationerna inte fallit väl ut. Den första patienten led av svåra komplikationer och den andra hade avlidit. Domstolen menar att metoden vid denna tidpunkt inte kunde förväntas medföra den nytta som krävs i förhållande till de förväntade risker som transplantationen var förenade med. I proportionalitetsbedömningen nåddes alltså slutsatsen att det sista ingreppet var oförsvarligt och brottsbegreppets objektiva del var därmed uppfyllt. Domstolen finner även att den subjektiva delen är uppfyllt beträffande medveten oaktsamhet och dömer således kirurgen till ansvar för vållande till kroppsskada i denna del av åtalet.

6.3 Diskussion

6.3.1 Farans närhet

Domstolen fastslår lättvindigt att samtliga transplantationer som prövas i målet är att betrakta som nödsituationer. ”Att så har varit fallet kan knappast ifrågasättas.”²¹⁷ Detta sägs trots att man tidigare konstaterat att ”Det är däremot inte närmare angivet hur nära förestående faran måste vara för att en nödsituation ska anses föreligga.”²¹⁸ Man verkar bortse från att detta fall berör situationer där faran antagligen inte är att betrakta som ”tämmligen nära förestående”. Av den anledningen är det knappast självklart att fallen ska betecknas som nödsituationer. Även om det inte är närmare angivet hur nära faran måste vara i förarbetena så är den traditionella uppfattningen i praxis och doktrin att situationen behöver vara relativt akut.²¹⁹ Jag har under uppsatsens

²¹⁶ Mål nr: B 10553-18 s. 43.

²¹⁷ Mål nr: B 10553-18 s. 40.

²¹⁸ Mål nr: B 10553-18 s. 39.

²¹⁹ Se exempelvis NJA 2004 s. 786 där man talar om akut fara.

gång argumenterat för att farans närhet bör bedömas utifrån fler variabler än enbart tid, exempelvis bör även antalet tillgängliga handlingsvägar beaktas. Eftersom de aktuella situationerna karaktäriseras av en avsaknad alternativa handlingsvägar (se nästa stycke) välkomnar jag domstolens slutsats i sak, det vill säga att en nödsituation föreligger, men det är i min mening ett misstag att behandla frågan på ett så okomplicerat sätt. I relation till farans närhet säger domstolen att patienterna ”utan behandling skulle ha avlidit inom en inte alltför lång tidsrymd”²²⁰. Jag uppfattar denna tidsrymd som månader snarare än veckor men även om det förhöll sig om veckor är det tveksamt om situationen skulle anses tillräckligt akut enligt konventionell uppfattning av begreppet. Domstolen nämner visserligen inte prejudikatet om bestående faretillstånd från 2017 men gissningsvis är det detta som ligger till grund för den mer avslappnade hållningen gällande farans närhet i tid och därmed bedömningen av nödsituationen i stort.

I min mening är det dock ett misstag att tolka ”bestående faretillstånd” så brett att det dels kan appliceras på alla intressen, dels att det i princip gör frågan om farans närhet irrelevant. Eftersom det hotade intresset i dessa situationer är livet, och inte hälsa, är det osäkert om prejudikatet om bestående faretillstånd fortfarande gäller. Om det gäller, och ska tillämpas här, finns det anledning att klargöra vilka parametrar det är som bidrar till att faran är tillräckliga nära. Med hänvisning till kapitel 4 går det att konstatera att det oönskade utfallet ännu inte är realiserat på det viset som är möjligt när intresset hälsa hotas. Tiden har också svårt att ensamt förklara farans närhet i detta fall eftersom det antagligen rör sig om månader eller åtminstone veckor innan det oönskade utfallet. Den kvarstående relevanta parametern som jag kan se är antalet möjliga handlingsvägar som enligt domstolen var begränsade till tre alternativ: göra ingenting, ge palliativ vård eller utföra transplantationen. Endast transplantationen hade potentialen att skydda det hotade intresset, det vill säga rädda patienternas liv. I min mening är antalet tillgängliga handlingsalternativ ytterligare en parameter som kan ha inverkan på om en situation kan karaktäriseras som en nödsituation. Detta är dock inte en etablerad uppfattning så om även domstolen ansåg detta borde det ha påtalats och utvecklats i domskälen.

Jag anser alltså att det rörde sig om en nödsituation med anledning av de begränsade handlingsalternativen som fanns att tillgå för att rädda patienternas liv. Det är dock svårt att veta vilka parametrar som domstolen grundar sitt beslut på, med anledning av deras bristfälliga motivering.

6.3.2 Proportionalitetsbedömningen

Målet aktualiserar en av de svårare intresseavvägningarna som kan uppstå i nödrättens proportionalitetsbedömning, nämligen att väga värdet på liv i re-

²²⁰ Mål nr: B 10553-18 s. 40.

lation till risken för smärta och lidande. Gällande de två första transplantationerna beaktar domstolen dock knappt risken för smärta och lidande i sin bedömning. I riskbedömningen diskuteras endast patienternas hälsotillstånd där de inom en inte alltför lång tidsrymd bedöms avlida om ingen kurativ behandling ges. Detta ställs sedan mot den förväntade positiva nyttan som transplantationen kan bidra med – att förlänga deras liv. Här bortser alltså domstolen från en väldigt viktig riskkomponent, de komplikationer och därmed lidande som transplantationerna kan resultera i. En sådan risk finns i någon mån vid alla kirurgiska ingrepp. Nivån av risk varierar dock med typen av ingrepp, en transplantation av luftvägar innehåller en större mängd tänkbara komplikationer än en operation i en mindre vital del av kroppen. Eftersom vi saknar kunskap om ingreppet är det framför allt denna osäkerhet som bidrar till att öka risken för eventuella komplikationer.

Först vid den tredje transplantationen beaktar domstolen uttryckligen risken för skador och lidande, med hänvisning till utfallet av de två tidigare ingreppen. Ett sådant resonemang insinuerar att domstolen tillämpar en proportionalitetsbedömning som accepterar för hög risk.²²¹ Domstolens inställning verkar vara att ett ingrepp där det kunskapsmässiga underlaget är mycket lågt eller obefintligt är förknippat med en neutral risk, det vill säga att sannolikheten för ett positivt utfall är lika stor som ett negativt utfall. För att risken för skada och lidande ska beaktas i proportionalitetsbedömningen indikerar domstolen att kunskap behöver förvärfvas som styrker att ingreppet orsakar skada och lidande på motsvarande vis som kunskap behöver förvärfvas för att styrka dess nytta.

En sådan inställning är orimlig eftersom sannolikheten för att ett ostuderat, slumpmässigt ingrepp ska resultera i ett gynnsamt utfall är betydligt lägre än att det orsakar skada och lidande.²²² Det kan invändas att ingreppet antagligen bygger på tidigare bekräftad kunskap inom den medicinska vetenskapen, vilket såklart ökar sannolikheten för ett gynnsamt utfall. Utan något empiriskt och teoretiskt underlag för den nya tekniken som introduceras är det dock orimligt att anta att sannolikheten för att ingreppet skulle vara gynnsamt är lika hög eller högre, än att det är skadligt. Detta bör alltså beaktas i proportionalitetsbedömningen redan vid de två första transplantationerna.

Mot bakgrund av det nu sagda och domstolens resonemang i domen mot Macchiarini saknar jag en mer djupgående förklaring till den risk/nytta kalkyl som domstolen tillämpar. Längre ner applicerar jag Pascals kalkyl som presenterades i avsnitt 5.3.3.1 i syfte att illustrera hur en mer transparent redogörelse kan se ut. Den låga nivån av risk som de två första transplantationerna tillmätts

²²¹ I relation till förarbetenas uttalande om att skadan som orsakas av nödhandlingen aldrig får vara större och sällan ens likvärdig med den skada som avvärjes.

²²² Detta är en direkt konsekvens av verklighetens tendens till entropi. Om en kortlek kastas upp i luften är sannolikheten mycket låg att den landar som ett korthus. Oordning och kaos är med andra ord ett mer sannolikt utfall än ordning och struktur.

av domstolen indikerar att de inte tillerkänner transplantationerna det totala antalet möjliga utfall som går att förvänta sig på förhand. Jag menar inte att domstolen nödvändigtvis bör sätta konkreta siffror på sannolikheten för respektive utfall (åtminstone inte med anspråk på att de skulle motsvara verkligheten) men i syfte att främja transparens kan vara klokt att systematiskt sätta upp en beräkning av förväntad nytta i syfte att visa hur man resonerat i frågan. Dessutom bidrar en matematisk hantering till att säkerställa att alla relevanta utfall beaktas. Den nuvarande domen ger sken av att enbart två utfall är rimliga att förvänta sig av de två första operationerna, antingen blir patienten botad, eller blir den inte det. Detta är som sagt en felaktig utgångspunkt.

Målet med en operation är just att påverka patientens tillstånd, handlingen har med andra ord en kausal påverkan på verklighetens tillstånd och av den anledningen måste varje kombination av handling och utfall tillskrivas en sannolikhet. En särskild utmaning när det gäller obeprövade ingrepp är att det saknas statistik kring hur sannolikt det ena eller det andra utfallet är. Det är såklart ett av skälen till att risken med dessa ingrepp så pass hög, osäkerhet ökar risken. Som sagts ovan bör dock utgångspunkten vid kirurgiska ingrepp som saknar empiriskt eller teoretiskt underlag vara att ett negativt utfall är mer sannolikt än ett positivt.

Dessutom finns det alltid fler möjliga utfall av en operation än två. Sannolikheten för de olika utfallen varierar beroende på typ av operation. I det aktuella fallet är två uppenbara alternativ (A, B) att patienten blir botad av ingreppet eller att patienten inte blir botad, det vill säga att ingenting händer med sjukdomen. Ett tredje alternativ (C) är att patienten avlider till följd av ingreppet. Ett fjärde alternativ (D) är att patienten blir botad men drabbas av komplikationer som leder till omfattande smärta och lidande. Det går att räkna upp fler möjliga utfall men vi stannar här för överskådlighetens skull. De uppräknade utfallen är, menar jag, så pass plausibla att de bör ha beaktats på förhand givet ingreppets brist på empirisk och teoretisk evidens.

O= Operera.

I = Operera inte.

A = Patienten blir botad. Nyttan 100

B = Patienten blir inte botad. Nyttan 0

C = Patienten avlider till följd av operationen. Nyttan -50

D = Patienten får något förlängd livslängd av operationen men tvingas utstå enormt lidande till följd av komplikationer som andningsproblem. Nyttan -200

Förv(x) = Förväntad nytta av att agera enligt x.

Sa(z) = Sannolikheten att världen utfaller på z vis givet handling y vidtas.

N = Nyttan med att utföra handling h givet att verkligheten faller ut som v.

	A	B	C	D	Förv(x)
O	Sa(A)N(O,A)	Sa(B)N(O,B)	Sa(C)N(O,C)	Sa(D)N(O,D)	Förv(O)
I	Sa(A)N(I,A)	Sa(B)N(I,B)	Sa(C)N(I,C)	Sa(D)N(I,D)	Förv(I)

Tabellen visar en algebraisk uppställning av uträkningen. Varje rad adderas för att ge den förväntade nyttan.

	A	B	C	D	Sum A-D
O	$0.01 * 100 = 1$	$0.3 * 0 = 0$	$0.09 * (-50) = (-4,5)$	$0.6 * (-200) = (-120)$	-123,5
I	$0.001 * 100 = 0.1$	$0.999 * 0 = 0$	$0 * (-50) = 0$	$0 * (-200) = 0$	0,1

Uträkningen visar att handlingen att operera ger en förväntad negativ nytta på -123,5 och handlingen att inte operera ger en förväntad positiv nytta på 0,1.

Baserat på resonemangen ovan tillskrivs här varje kombination av agerande (som har en kausal inverkan) och utfall, en sannolikhet. Siffran motsvarar självklart inte det verkliga sannolikhetsvärdet eftersom den kunskapen saknades vid tillfället och var omöjlig att erhålla. Däremot illustrerar siffran ett förhållningssätt till vilken utgång som är plausibel att förvänta sig givet den information som fanns att tillgå.

Självklart kvarstår den etiska grundproblematiken kring vilket totalt värde (nytta) de olika utfallen ska tillskrivas. Ställningstagandet är dock nödvändigt för bedömningen med eller utan den presenterade, matematiska uppställningen. Även om domen inte explicit tar ställning till den uppskattade sannolikheten eller det etiska värdet för respektive utfall så måste det ändå ligga till grund för deras bedömning och beslut. Av den anledningen är det mer transparent och rättssäkert att på detta vis redogöra för de ställningstaganden som leder fram till domstolens slutsats.

De värden som tillskrivs de olika utfallen i det här exemplet är personliga ställningstaganden för exemplets skull vars syfte är att påvisa behovet av ett reellt ställningstagande i den etiska bedömningen. I avsnitt 5.2.3 ges en översyn av sjukvårdens etiska ställningstaganden i vissa situationer och dessa bör i min mening även ges uttryck i nödrättens proportionalitetsbedömning. För att en proportionalitetsbedömning ska kunna resultera i konkreta proportioner krävs det ställningstagande av denna typ, om än nödvändigtvis inte av kvantitativt värde. I Macchiarini-fallet gör domstolen i bästa fall bedömningen av de etiska värdena och de olika utfallens sannolikhet implicit, i sämsta fall tar beslutsfattarna inte ställning till samtliga plausibla utfall och beaktar därmed inte alla nödvändiga variabler i den sammanvägda bedömningen. Att de två

första transplantationerna anses försvarliga är i min mening en indikation på det sistnämnda.

Lernestedt påpekar i sin analys²²³ av domen att den tredje patienten levde i fem år efter ingreppet – en avsevärt längre tid än vad som förväntades utan vård. De två intressena liv och hälsa blir i detta sammanhang motstående intressen. Transplantationen förlängde patientens liv men bidrog till ett betydligt sämre välbefinnande än vad patienten sannolikt hade behövt utstå om ingen behandling, eller palliativ vård, satts in. Domstolen gör avvägningen att transplantationen var oförsvarlig med hänvisning till den stora risken för skada och lidande som var påvisad vid tillfället i och med utfallet av de två första transplantationerna. Lernestedt efterlyser här en djupare motivering till ställningstagandet att lidandet som ingreppet medförde ska anses värre än döden.²²⁴

Återigen skymtas den centrala etiska frågeställningen om livets faktiska värde i relation till hälsa och välbefinnande. Det är sannolikt svårt att nå konsensus kring denna fråga eftersom individer kommer skilja sig åt i avvägningen om hur mycket smärta och lidande som är acceptabelt innan döden är att föredra. Det är också en utsaga som, när den ges i ett friskt och obehindrat tillstånd, inte alltid kan anses tillförlitlig. Av denna anledning är patientens samtycke en synnerligen viktig utgångspunkt i sjukvårdens verksamhet. På så vis ges individen frihet att göra sin egen avvägning och värdering av sin situation och sina intressen. Åtminstone så länge ställningstagandet syftar till vård eller passiv dödshjälp. Aktiv dödshjälp är som sagt inte en möjlighet.

I det aktuella fallet har dock patienterna givit sitt samtycke men det bedöms inte som giltigt på grund av ingreppens komplexitet och oförutsägbara natur. För egen del kan jag, likt Lernestedt, fundera över lämpligheten i att inte låta patienterna fullt ut förfoga över processen där samtycket ger ansvarsbefriande verkan för läkaren som följd.²²⁵ Det är trots allt enbart den berörda individen som kan göra den ”korrekta” värderingen av sina egna intressen. Samtidigt illustrerar detta rättsfall problematiken som riskerar att uppstå om ett sådant liberalt förhållningssätt tillämpas fullt ut. Utan fastställda miniminivåer av acceptabel osäkerhet och risk är det svårt för en patient i en utsatt situation att fullt ut inse konsekvenserna av sitt samtycke. Detta problem försvåras ytterligare av de motstående intressen som situationen kan ge upphov till. När en nödhandling utgörs av ett vårdingrepp med innovativ karaktär uppstår två potentiellt konkurrerande intressen mellan att ge patienten adekvat vård och läkarens intresse av att få kunskap om behandlingens utfall.²²⁶ Intressekonflikten är viktig att uppmärksamma då risken finns att den behandlande läkarens omdöme försämras när andra incitament konkurrerar med patientens bästa.

²²³ Lernestedt (2022).

²²⁴ Lernestedt (2022) s. 5.

²²⁵ Lernestedt (2022) s. 5 f.

²²⁶ Sahlin, N-E, Wahlberg (2016).

Av den anledning finns det skäl att vara särskilt observant och restriktiv vad gäller nödhandlingar av innovativ karaktär. Självklart är ett samtycke ogiltigt om det baseras på felaktig eller ofullständig information. I dessa fall är det dock ogiltigt även om korrekt information har delgetts patienten, med hänvisning till ingreppets komplexitet. I stället är det den enskilda läkaren som har ansvaret att göra en korrekt proportionalitetsbedömning mellan de intressena och risker som går att förvänta sig av behandlingen. Ytterst är det sedan domstolarnas uppgift att bedöma dess korrekthet.

Att överlåta bedömningen till domstolarna utgör i någon mening ett paternalistiskt förhållningssätt gentemot den enskilde vars samtycke inte ges någon avgörande betydelse²²⁷. Domstolarna anses därmed kunna göra en mer kvalificerad uppskattning av intressenas etiska värde och situationens risker. Det är möjligt att så är fallet, åtminstone beträffande situationens risk, eftersom dessa situationer är komplexa och dessutom riskerar att påverkas av motstående intressen. Trots detta kanske den etiska bedömningen av intressenas värde bäst görs av den berörda patienten eftersom detta ytterst är en subjektiv bedömning.

Innan en prövning som denna når en allmän domstol är det idag läkaren som på egen hand ska bedöma om en obeprövad behandling ska ges. För att minska risken för att fel beslut fattas i dessa situationer framöver skulle en annan konstruktion kunna vara att patienten ges beslutanderätt i de etiska frågeställningarna samtidigt som en extern part bedömer sannolikheten och evidensen som finns att tillgå för det specifika ingreppet. Ett liknande förslag har formulerats av Kungliga vetenskapsakademien och Svenska läkarsällskapet.²²⁸ När läget är så akut att en prövning inte hinner göras av den upprättade externa parten bör ansvarig läkare tvingas samråda med minst en annan kollega med adekvat kompetens och verksamhetschefen eller dennes ställföreträdare. På vis minskas risken för felaktiga beslut. Den externa parten bidrar dessutom till en jämn och konsekvent tillämpning över hela landet. Eventuella jävsituationer som kan uppstå lokalt undviks också.

6.3.3 Sammanfattning

Om den proportionalitetsbedömning som tingsrätten gjort i fallet Macchiarini står sig i högre instanser kommer detta sannolikt få stora konsekvenser för tillämpningen av nöd inom hälso- och sjukvården. Anledningen är att antalet handlingar som är att bedöma som försvarliga kommer att vara mycket omfattande. Om proportionalitetsbedömningen tillskriver helt ostuderade ingrepp så låg risk som tingsrätten gör i detta fall kommer relativt riskabla eller

²²⁷ Det är betydelsefullt i den meningen att det sannolikt måste föreligga ett samtycke från patienten i dessa situationer men det bedöms inte vara giltigt som ansvarsbefriande grund för läkaren.

²²⁸ Kungliga Vetenskapsakademien och Svenska Läkarsällskapet (2016) s. 5 ff.

rent av farliga nödhandlingar anses försvarliga när en patient håller på att avlida.

Enligt mig är en uppenbar risk med denna avvägning att det kan skapa onödigt mycket lidande till relativt låg nytta. Kirurgiska ingrepp innebär alltid en risk och om denna risk inte balanseras upp med empiriskt och teoretiskt underlag som styrker metodens effektivitet (även i en nödsituation), är riskerna för lidande och skada sannolikt mer omfattande än chansen att det ska falla väl ut. Risken styrs såklart också av komplexiteten och omfattningen på ingreppet, ju fler moment och variabler som saknar vetenskapligt stöd, desto fler oväntade saker kan också inträffa, förutsatt att det finns skäl att anta att ingreppet är verksamt. En avgörande riskfaktor är därutöver hur kritisk funktion kroppsdelen som opereras på har. I detta fall, där luftvägarna transplanteras, är såklart konsekvenserna omfattande om ingreppet misslyckas.

Huruvida denna nivå av risk är lämplig, ur såväl juridisk som moraliskt hänseende, påverkas även av vilket värde vi tillmäter livet i förhållande till hälsa och välbefinnande. I den meningen kan den aktuella proportionalitetsbedömningen ligga i linje med gällande rätt, förutsatt att livet tillmätts ett så pass stort värde att omfattande lidande och smärta anses vara en acceptabel konsekvens för att rädda det. Utifrån vad som sagts om sjukvårdens verksamhet och intressevärdering i kapitel 5.3.2 verkar dock inte livet tillmätas ett så pass högt värde och min slutsats är därför att de två första transplantationerna inte var försvarliga.

7 Avslutning

Uppsatsen har i kapitel två redogjort för innehållet i de offentlighetsrättsliga och straffrättsliga regelverken samt belyst samspelet dem emellan. Innehållet i det centrala rekvisitet vetenskap och beprövad erfarenhet har diskuterats ingående och olika ståndpunkter inom doktrin har framförts. Slutsatsen är att vetenskap och beprövad erfarenhet bör vara materiell-rättsligt definierat såtillvida att juridiken uppställer vissa kriterier och kvalitetsindikatorer för det innehåll som omfattas, exempelvis vad gäller kravet på evidens och säkerhet. Innehållet i begreppet är däremot dynamiskt och förändras i takt med att ny kunskap förvärvas. Nya behandlingar kan kvalificera som vetenskapligt belagda och säkra medan inställningen till tidigare omfattade behandlingar kan omvärderas så att de inte längre inkluderas.

Samspelet mellan det offentlighetsrättsliga och straffrättsliga regelverket har i flera avseenden klarlagts. Inom straffrätten utgör patientens samtycke en omfattande ansvarsfrihetsgrund. Vid de tillfällen då samtycket inte går att betrakta som giltigt utgörs ansvarsfrihetsgrunden antingen av läran om social adekvans eller *lex specialis*. Oberoende av vilken grund som föreligger är det materiella innehållet detsamma då innehållet i stor utsträckning styrs av vetenskap och beprövad erfarenhet och det offentlighetsrättsliga regelverket i övrigt. Av den anledningen har distinktionen inte utretts mer ingående i uppsatsen.

När det kommer till det medicinska begreppet vitalindikation är bedömningen att det inte har någon juridisk relevans. Sannolikt fångar begreppet inte alla aspekter av dess juridiska motsvarighet, nödrätten.

All vård som inte utgör forskning ska omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet – förutom när nöd föreligger. Vid nöd tillåts behandlingar som inte omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet. I första hand tillämpas den offentlighetsrättsliga regeln om nöd i 4 kap. 4 § patientlagen och i andra hand den straffrättsliga regeln i 24 kap. 4 § brottsbalken. När den straffrättsliga nödbestämmelsen tillämpas som ansvarsfrihetsgrund framträder en splittrad bild kring läkarens skyldigheter enligt de offentlighetsrättsliga reglerna. Det förekommer beslut där läkare fått offentlighetsrättsliga sanktioner baserat på samma händelse som de straffrättsligt friats från med hänvisning till nöd. Den dominerande inställningen är dock att den straffrättsliga nödbestämmelsen även ger ansvarsfrihet gentemot det offentlighetsrättsliga regelverket.

Den straffrättsliga nödrätten uppställer två övergripande krav. En nödsituation ska föreligga och behandlingen ska vara försvarlig. En situation definieras som en nödsituation när faran är tämligen nära förestående. Nödsituationen kan även under vissa förutsättningar aktualiseras vid bestående farellstånd. Det får anses oklart om ett icke-akut tillstånd hos en patient går att betrakta som en nödsituation. Efter Cannabisfallet indikerar dock flera underrättsdommar att domstolarna uppfattat det så. Det är även möjligt att förstå ”farans

närhet” som en produkt påverkad av flera faktorer än enbart tid, exempelvis med hänsyn tillgängliga handlingsvägar. Med ett sådant perspektiv omfattas i flera fall patienter som har en begränsad tid kvar att leva och där de etablerade behandlingarna är uttömda.

Behandlingen som vidtas i en nödsituation måste vara försvarlig. Här är det särskilt viktigt att ta hänsyn till behandlingens potentiella risk och nytta. Risken påverkas av behandlingens karaktär och utformning, patientens sjukdom, bristande empirisk och teoretisk förankring och osäkerheten kring den kunskap som finns att tillgå. Proportionalitetsbedömningen i försvarlighetsbedömningen kräver att nyttan överväger risken. Vid uppskattningen av nytta och risk är det även nödvändigt att etiskt värdera de intressen som står mot varandra eftersom dessa faktorer samverkar. Inom sjukvården utgörs sådana intresseavvägningar ofta av en värdering av livskvalitet och livslängd kontra smärta, lidande och död.

Även om behandlingen inte omfattas av vetenskap och beprövad erfarenhet måste den alltså uppfylla en rad krav som nödbestämmelsen uppställer. Dessa krav utgör sjukvårdens yttersta gräns när det gäller legitim medicinsk behandling.

Utifrån de slutsatser som presenterats i uppsatsen beträffande nödrätten framstår tingsrättens dom mot Macchiarini som anmärkningsvärd i två avseenden. Det första gäller bedömningen av nödsituationen. I domskälen tillägnas ett stycke till konstaterandet att en nödsituation förelåg med motiveringen att patienterna ”utan behandling skulle ha avlidit inom en inte alltför lång tidsrymd.”²²⁹ Med tanke på hur otydlig och skiftande praxis är gällande kravet på farans närhet är det bristfälligt av domstolen att inte utveckla detta ställningstagande närmre. Det är svårt att se hur de berörda situationerna går att betrakta som akuta i enlighet med tidigare prejudikat från HD. Det är däremot tänkbart att domstolen lutar sig mot HD:s senaste prejudikat om ”bestående faretillstånd”. Situationerna skiljer sig dock markant åt och i tingsrättens fall är det intresset liv som hotas i stället för hälsa. Här krävs alltså ett mer ingående resonemang.

Det andra anmärkningsvärda ställningstagandet görs i proportionalitetsbedömningen, som tillhör nödrättens försvarlighetsbedömning. När domstolen behandlar de två första transplantationerna utelämnar de centrala riskfaktorer i värderingen av behandlingens förväntade proportioner mellan risk och nytta. Domstolen konstaterar att behandlingen helt saknar empirisk evidens på djur och människa och att det teoretiska stödet är svagt men inte obefintligt (det vetenskapliga rådet kan inte helt avfärda idéerna).²³⁰ Med detta mycket begränsade kunskapsunderlag till stöd för behandlingen bedömer domstolen att nyttan med ingreppet överväger riskerna. Ställningstagande implicerar, enligt

²²⁹ B 10553-18 s. 40.

²³⁰ B 10553-18 s. 43 f.

uppsatsens slutsatser, att det tunna kunskapsunderlaget inte värderas på ett korrekt sätt. En så stor osäkerhet gällande en omfattande transplantation på en så känslig och livsnödvändig del av kroppen bör värderas högre. Domstolens bedömning fokuserar så mycket på intresset av att rädda patienternas liv att den missar att beakta patienternas välbefinnande och intresse av att undvika lidande. I denna riskbedömning ligger som sagt även en etisk värdering av de olika intressena vilket inte alls lyfts av domstolen.

Med anledning av de risker som uppenbarar sig med det nuvarande regelverket finns det anledning att fundera på lösningar, både vad gäller alternativa förfarande för hanteringen av nödsituationer och utformande av regelverk. Idag har enskilda läkare ansvar i nödsituationer och som uppsatsen visar utgör nödrätten ett omfattande och komplext regelverk. I framtiden finns det därför ett behov av att utreda möjliga förbättringar, både organisatoriskt inom sjukvården och juridiskt sett till regelverket. En sådan lösning skulle till exempel kunna vara en instiftandet av en oberoende, nationell kommitté som består av lämplig expertis inom medicin, juridik och etik. Kommittén skulle kunna fungera preventivt som en garant gentemot de händelser vi ser i fallet Macchiarini. Även en välvillig och aktsam läkare kan brista i sin värdering av evidens och handläggning av korrekta intresseavvägningar. En nationell kommitté skulle kunna bidra till ett centraliserat system där bedömningen blir mer enhetlig och evidensen för oprövade och icke-belagda behandlingar konsekvent värderad. Akuta situationer där det inte är möjligt att invänta godkännande är mer svårhanterat med hänsyn till tidspressen, men likväl i behov av tydliga riktlinjer och organisatoriska möjligheter att få stöd i eventuella avvägningar. Det kan till exempel handla om att beslut i mer brådskande nödsituationer måste bekräftas av annan kvalificerad personal. Det är därför intressant att i framtiden utforska om det finns möjlighet att förtydliga regelverket på området och samtidigt utreda vad det finns för möjligheter att organisatoriskt ge läkare stöd i olika nödsituationer – både för läkarens och patientens skull. Ett fungerande system skulle underlätta både läkarens bedömningar och öka patientsäkerheten genom att minimera risken för skadliga och alltför riskfyllda behandlingar.

Källförteckning

Elektronisk källa

Anell, Anders, Carlsson, Per, Mats Eliasson ”Hälsoekonomi får allt större roll för sjukvårdens prioriteringar” *Läkartidningen*, nr 46 2006 volym 103 s. 3617-3623, <> [hämtad. 2022-10-15].

Bernfort, Lars ”Hälsoekonomiska utvärderingar - Vad menas och hur gör man?” CMT Rapport 2009:2, 2009, <<http://liu.diva-por-tal.org/smash/get/diva2:235003/FULLTEXT01.pdf>> [hämtad: 2022-11-02]

Cukaci C, Freissmuth M, Mann C, Marti J, Sperl V. “Against all odds-the persistent popularity of homeopathy.” *Wien Klin Wochenschr.* 2020, s. 232 <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7253376/>> [hämtad: 2022-11-30]

Fridegren, Johan, ”Palliativ vård – nutrition”, *Internetmedicin*, 2021, <https://www.internetmedicin.se/behandlingsoversikter/geriatrik/palliativ-vard-nutrition/> [hämtad 2022-12-16]

Kungliga vetenskapsakademien och Svenska läkarsällskapet, ”Klinisk riktlinjer för användning av obeprövade behandlingsmetoder på allvarligt sjuka patienter”, rapport 2016, https://www.sls.se/globalassets/sls/aktuellt/2016/dokument/kvasls_granskning_final.pdf [hämtad 2022-12-23]

Larry, Alexander och Moore, Michael "Deontological Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Vinter 2021), <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/ethics-deontological/> [hämtad 2022-12-19]

Lernestedt, Claes ”Macchiarini-målet – nöd och samtycke” , Blendow Lexnova, 2022, <<https://www.lexnova.se/expertkommentarer/macchiarini-malet-nod-och-samtycke>> [hämtad: 2022-11-15]

Lernestedt, Claes ”Tavlor på avvägar – om bedömningen av nöd” , Blendow Lexnova, 2019a, <<https://www.lexnova.se/expertkommentarer/tavlor-pa-avvagar-om-bedomningen-av-nod>> [hämtad: 2022-11-15]

Lernestedt, Claes, ”Finns bestående och förutsebara nödsituationer?”, Blendow Lexnova, 2019b, <<https://www.lexnova.se/expertkommentarer/permanenta-helt-forutsebara-nodsituationer-apropa-nja-2017-s-872>> [hämtad: 2022-11-15]

Lernestedt, Claes, ”Nödinvändning och samhällliga ställningstaganden”, Blendow Lexnova, 2019c, <<https://www.lexnova.se/expertkommentarer/nodinvandning-och-samhalleliga-stallningstaganden>> [hämtad: 2022-11-15]

Lindquist, Bosse ”Macchiarini-domen kan öppna för nya experiment på patienter”, *Dagens Nyheter* (DN), 2022-06-23, <<https://www.dn.se/debatt/macchiarini-domen-kan-oppna-for-nya-experiment-pa-patienter/>> [hämtad: 2022-10-01].

Medicinsk ordbok, <medicinskordbok.se/component/content/article/9-b/57828-vitalindikation> [hämtad 2022-12-28].

Sahlin, Nils-Eric, Wahlberg, Lena (2016) ”Kliniskt bruk av oprövade metoder är juridiskt reglerat.” <<https://lakartidningen.se/klinik-och-vetenskap-1/kommentar/2016/06/kliniskt-bruk-av-oprovade-metoder-ar-juridiskt-reglerat/>> [hämtad: 2022-10-15].

Socialstyrelsen (2011) Om att ge eller inte ge livsuppehållande behandling. Handbok för vårdgivare, verksamhetschefer och personal. <https://www.soci-alstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/foreskrifter-och-allmanna-rad/2011-6-26.pdf> [hämtad 2022-12-19].

Statens medicinsk-etiska råd (Smer) (2016), ”Etiska bedömningar i gränslandet mellan hälso- och sjukvård och forskning.” <https://smer.se/wp-content/uploads/2016/11/Smer-2016_01_webb.pdf> [hämtad: 2022-10-01]

Svenska akademins ordbok, https://svenska.se/saob/?sok=vitalindikation&pz=4#U_V1341_176964 [hämtad 2022-12-28].

Offentligt tryck

NJA II 1962
Prop. 1962:10 B
Prop. 1993/94:130
Prop. 1993/94:149
SOU 1953:14
SOU 2008:117 s. 183
SOU 2014:91
SOU 2017:104

Rättsfall

HFD 2011:70
HSAN 2013-11-07 Dnr 2012/157:B2
HSAN Dnr 2009/1542:B6
IVO 2014-09-22 Dnr 8.2-19151/2013
IVO 2017-12-06 Dnr 8.1.1-11965/2017-7
IVO 2020-11-09 Dnr 8.2.1-12678/2019-23
JO 2008/09 Justitieombudsmännens ämbetsberättelse
JO 2016/17 Justitieombudsmännens ämbetsberättelse
JO 2018/19 Justitieombudsmännens ämbetsberättelse
JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018
Mål B 10553-18 – ”Fallet Macchiarini”

Mål B 417-12
NJA 1979 s. 335
NJA 1982 s. 621
NJA 1988 s. 495
NJA 1993 s. 128
NJA 1996 s. 443
NJA 1997 s. 636
NJA 2000 s. 302
NJA 2004 s. 786
NJA 2017 s. 872 - "Cannabisfallet"
NJA 2018 s. 1051
NJA 2018 s. 591
RH 1993:163
RH 1996:144

Litteratur

Asp, Petter & Ulväng, Magnus, *Kriminalrättens grunder*, 2 uppl., Iustus, Uppsala, 2013.

Bäcklund m.fl., *Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno)*, kommentaren till 24 kap. 4 §

Bäcklund m.fl., *Brottsbalken (2022-11-25, Version 21, Juno)*, kommentaren till 24 kap. 7 §

Garland, Jameson "Vetenskap och beprövad erfarenhet as a critical legal threshold" i *Vetenskap och beprövad erfarenhet: juridik*, (Lund: Media-Tryck, Lunds universitet, 2016), s. 29-37.

Hacking, Ian, *An introduction to probability and inductive logic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus, Uppsala, 2001.

Johnsson, Lars-Åke, *Hälso- och sjukvårdslagen: med kommentarer*, 11 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2021.

Johnsson, Lars-Åke, *Patientsäkerhetslagen: en kommentar*, Norstedts juridik, Malmö, 2021.

Kindström Dahlin, Moa, *Psykiatrirätt: intressen, rättigheter & principer*, Jure förlag, Stockholm, 2014.

Kleineman, Jan, *Juridisk metodlära*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21-46.

Thyrén, Johan C. W., *Principerna för en strafflagsreform 2 - Brottsbegreppets objektiva sida*, Gleerup, Lund, 1912.

Tired, Petrus ”En domares tankar kring begreppet vetenskap och beprövad erfarenhet” i *Vetenskap och beprövad erfarenhet: juridik*, (Lund: Media-Tryck, Lunds universitet, 2016), s. 9-19.

Vahlne Westerhäll, Lotta ”Rättsliga kvaliteter inom vården” i *Vetenskap och beprövad erfarenhet: juridik*, (Lund: Media-Tryck, Lunds universitet, 2016), s. 21-27.

Wahlberg, Lena ”Konceptuella utmaningar i gränslandet mellan juridik och medicin” i *Vetenskap och beprövad erfarenhet: juridik*, (Lund: Media-Tryck, Lunds universitet, 2016), s. 47-55.

Wahlberg, Lena ”Vetenskap och beprövad erfarenhet – ett rättsligt begrepps innebörd och gränser” i *Vetenskap och beprövad erfarenhet*, (Lund: Media-Tryck, Lunds universitet, 2021), s. 85-98.

Zillén, Kavot, Mattsson, Titti & Slokenberga, Santa (red.), *Medicinsk rätt*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2022.

Ågren, Jack, *Social adekvans: ansvarsfrihet utan lagstöd*, Norstedts juridik, Stockholm, 2021.

Tidskrift

Martinsson, Dennis ”På nödfronten något nytt? – reflektioner om nöd i ljust av Cannabisfallet”, *Juridisk publikation*, Nummer 2/2018, 2017, s. 311-328.

Peczenik, Aleksander ”Juridikens allmänna läror” *Svensk Juristtidning*, häfte 3, 2005, s. 249-272.

Sahlin, Jan ”Om nödrätt i hälso- och sjukvården. Några anteckningar om juridiken på ett etiskt område”, *Svensk juristtidning*, häfte 9, 1990, s. 597-623.

Sahlin, N-E, Wahlberg ”Om icke vedertagna behandlingsmetoder och kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet.” *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2017, (1), s. 45-66.

Sandgren, Claes ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Tfr, Vol. 118, nr 4-5, 2005, s. 648-656.