



LUND UNIVERSITY

Skäligt straffansvar för misstag inom medicinsk vård och behandling

Wahlberg, Lena

Published in:
Nordisk socialrättslig tidskrift

2019

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Wahlberg, L. (2019). Skäligt straffansvar för misstag inom medicinsk vård och behandling. *Nordisk socialrättslig tidskrift*, 19-20, 115-135.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Nordisk Socialrättslig Tidskrift

Särtryck ur NST 19–20.2019

Skäligt straffansvar för
misstag inom medicinsk vård
och behandling

Av Lena Wahlberg

Skäligt straffansvar för misstag inom medicinsk vård och behandling*

LENA WAHLBERG, *docent och universitetslektor i allmän rättslära*,
Juridiska fakulteten, Lunds universitet

ABSTRACT

Medical mistakes are not excluded from the realm of Swedish criminal law. A physician or a nurse who makes an error that harms a patient can be punished for causing bodily injury or – if the consequences are fatal – for causing another's death. Criminal charges in situations like these are rare, but they do occur and have led to some controversial convictions. This article examines the reasons to punish health care workers for medical mistakes, by discussing the accepted justifications for punishment against the backdrop of the particular characteristics of the health care setting, and the legal conditions under which health care workers can be held criminally liable. It concludes that for some medical mistakes that currently fall within the realm of criminal law, the reasons for punishment are very weak.

* Artikeln har skrivits inom ramen för forskningsprogrammet *Vetenskap och beprövad erfarenhet – VBE* (www.vbe.lu.se), som finansieras av Riksbankens Jubileumsfond M14-0138:1. Jag vill tacka forskningsprogrammets medlemmar, två anonyma granskare, Tova Bennet, Christian Dahlman och Pernilla Leviner för värdefulla synpunkter. Forskningen har godkänts av Regionala etikprövningsnämnden i Lund, 2015-10-07, dnr 2015/585.

1. Inledning

Frågan om vilken roll straffrätten bör spela vid fel och misstag som sker inom ramen för medicinsk vård och behandling är kontroversiell. Straffrättsliga ageranden mot vårdpersonal har ofta, och av olika skäl, mött skarp kritik. Så har till exempel rättsväsendets aktörer kritiserats för att på ett okänsligt sätt klampa in på vårdens område när det finns en misstanke om att brott har begåtts. Ett omdiskuterat exempel är det så kallade Astrid Lindgren-fallet, där åtalet efter en utdragen process ledde till en friande dom i tingsrätten,¹ och där mycket av kritiken handlade om onödig brutalitet från polisens sida och om dålig kunskap hos rättsväsendet om hur medicinsk vård bedrivs och fungerar.² Fallet ledde till att ett system med specialiserade vårdåklagare kort därefter inrättades.³ Annan kritik mot tillämpningen av straffrätten på vårdens område har i stället handlat om straffrättslig passivitet och att ingripanden mot vårdpersonal som agerat felaktigt sker i alltför liten utsträckning. Efter åklagarens beslut att inte väcka åtal i den så kallade Macchiarini-affären,⁴ riktades skarp kritik mot straffrättens oförmåga att ingripa mot en läkare som enligt många uppfattning agerat uppenbart förkastligt och i hög grad klandervärd.⁵ I skrivande stund (årsskiftet 2018/19) har förundersökningen nyligen återupptagits i vissa delar. Det pågår också en översyn av

1 Dom meddelad av Solna tingsrätt, 2011-10-21 i mål B 1703-09.

2 Gunnarsdotter, S., "Friad efter två år, åtta månader och nio dagar", *Läkartidningen*, 108, 2011, 2694-2703; Ericson, I., *Sannolika skäl? en kritisk granskning av utredningen i det s.k. barnläkarmålet*, Nomen förlag 2013; Feldt, K.-O. & von Otter, B., *Barnläkarfallet: en förnekad rättsskandal*, Albert Bonniers Förlag 2013; Ödegård, S. "Astrid Lindgren-fallet 2008 – ett fall med bara förlorare", i S. Ödegård (red.) *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013, 68–91.

3 ÅFS 2013:2 Åklagarmyndighetens föreskrifter om ändring i Åklagarmyndighetens föreskrifter (ÅFS 2005:5) om åklagarkamrarnas lokalisering och verksamhetsområden.

4 Åklagarmyndighetens beslut 2017-10-12 i ärende AM-52012-15.

5 Sahlin, N.-E., "Att Macchiarini går fri visar på luckor i lagen", *Svenska Dagbladet*, 2017-10-21; Vetenskapsradions veckomagasin, "Nerlagt Macchiariniåtal väcker frågor", *Sveriges Radio*, 2017-10-13; se också Almkvist, G. och Svensson, E. (2018), "Orsakande, tillräknande och luftstrupstransplantationer", *Svensk Juristtidning*, 3, 2018.

det regelverk om forskning och hälso- och sjukvård som aktualiserades i detta fall.⁶

I fokus för denna artikel står en tredje form av kritik, som framförts vid upprepade tillfällen inte minst från medicinskt håll, men som ännu inte vunnit lagstiftarens gehör. Denna kritik går ut på att vårdpersonalens lagstadgade straffansvar i själva verket är alltför omfattande, och att rena misstag inom ramen för vårdarbetet helt bör undantas från straffrättens område och uteslutande hanteras av det särskilda regelverk om prøvotid, återkallelse av legitimation m.m. som gäller inom vården.⁷ Det är förvisso mycket ovanligt med straffrättsliga ingripanden vid misstag inom vården. Frågan om straffrättens räckvidd på detta område är icke desto mindre viktig, inte bara för den enskilde som blir föremål för ingripandet, utan också för professionen och hela samhället, då redan risken för straffrättslig påföljd kan skapa otrygghet bland vårdpersonalen och få konsekvenser för hur dessa bedriver sitt arbete. I artikeln kommer jag att diskutera om det finns *rättsligt relevanta skäl* att begränsa vårdpersonalens straffansvar för misstag inom ramen för medicinsk vård och behandling. Artikeln fokuserar på svensk rätt men frågan är relevant också i ett nordiskt perspektiv.⁸

Att vissa misstag inom vården bör undantas från straff, innebär förstås *inte* att det inte samtidigt kan finnas andra misstag som faktiskt bör bestraffas. Det finns därför ingen nödvändig motsättning mellan å ena sidan uppfattningen att straffansvaret för vissa misstag inom vården är

6 SOU 2017:104 Etikprovning – en översyn av reglerna om forskning och hälso- och sjukvård.

7 Se avsnitt 3 nedan.

8 Se till exempel kampanjen bland danska läkare under hashtaggen "DetKuHaVæ-retMig" efter den fällande domen i landsretten mot en läkare med anledning av en underlåten blodsockermätning (Cederberg, J., "Dömd läkare i Danmark engagerar kåren", *Läkartidningen* 2017;114: EWWE.). Läkaren friades nyligen av en oenig Højesterett (H.D. 28 marts i sag 225/2017). Højesteretten har emellertid, i denna tidskrift, kritiserats för att i den friande domen inte ha tagit tillräcklig hänsyn till patientens rättigheter (se Ketscher, K., "En 'venlighedsindlæggelse' – Dansk højesteretsdom om ret til hospitalsbehandling i velfærdsstaten", *NST* 17-18, 2018, 207-218), vilket ytterligare visar hur kontroversiell frågan om gränsen för vårdpersonalens straffansvar för vårdmisstag faktiskt är. För en rättsfallskommentar, se också Befring, A.K., "Straffbare unnlatelser av oppfølgning av en pasient i sykehus – Kommentar til en ny dom fra dansk høyesterett 28. mars 2018 (Sag 225/2017)", *NST* 17-18, 2018, 219-226.

alltför omfattande och å andra sidan den inledningsvis nämnda kritiken att straffrätten i praktiken är alltför passiv på vårdens område. En möjlig förklaring till åklagarnas förmenta passivitet skulle rentav kunna vara att hälso- och sjukvårdens särskilda förutsättningar i praktiken leder till osäkerhet i fråga om när straffrättsliga ingripanden på vårdens område egentligen är befogade. En diskussion av det slag som förs i denna artikel, om hur de rättsliga skälen att straffa gör sig gällande på vårdens område, kan därför i förlängningen bidra till att klargöra också när straffrättsliga ingripanden mot vårdmisstag faktiskt borde ske.

I ett rättsligt perspektiv hänger frågan om i vad mån fel och misstag inom ramen för vårdarbetet bör bli föremål för straffrättsliga ingripanden samman med principen om allas likhet inför lagen. Om lagen säger att vårdpersonalen – liksom andra människor – är straffrättsligt ansvarig för oaktsamt agerande, ska lagen också tillämpas så: domstolarna kan inte och bör inte särbehandla vårdpersonalen. I ett vidare perspektiv är emellertid inte bara likhet inför lagens bokstav, utan också likhet inför de *skäl* som ligger till grund för lagens bokstav, av rättslig betydelse.⁹ Dessa skäl är till viss del relevanta redan för hur lagens bokstav tolkas, men framför allt för om det finns anledning att ändra lagen i viss riktning. Om det skulle visa sig att samhällets skäl att straffa ett visst beteende är svaga, talar detta för att beteendet bör undantas från straffansvar.

I det följande kommer jag att argumentera för att vissa av de misstag inom vården som idag faller inom det straffbara området präglas av ett så lågt klandervärde och av att de preventiva effekterna av straffansvar är så tveksamma, att skälen att straffa framstår som obefintliga eller i vart fall mycket svaga. Det handlar om misstag som innebär förhållandevis små avsteg från det juridiskt tillåtna området, och som ligger mycket nära den vård som från samhällets synpunkt inte bara är acceptabel utan också önskvärd, och som vårdpersonalen i själva verket har en skyldighet att utföra. Artikeln utmynnar därför i slutsatsen att det finns rättsligt relevanta skäl att begränsa vårdpersonalens straffansvar för vissa av de misstag som idag är straffbara. Som redan påpekats innebär detta inte att det inte samtidigt kan finnas misstag inom vården där skälen att straffa

9 Peczenik, A., *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm, Fritze 1995, s. 53. Se även Lernerstedt, C., *Likhet inför lagen: Rättsfilosofiska perspektiv*, Norstedts juridik, 2015.

tvärtom är starka, och där i stället straffrättens oförmåga att ingripa mot vårdpersonal är ett problem.

I avsnitt 2 nedan beskrivs översiktligt de rättsliga förutsättningarna för vårdpersonalens straffansvar. Beskrivningen illustreras av tre svenska rättsfall, där vårdpersonal dömts för bland annat vållande till annans död. I avsnitt 3 redogörs för den kritik som dessa rättsfall gett upphov till. Avsnitt 4 tar upp olika teorier om när och varför samhället bör straffa. I avsnitt 5 diskuteras i vad mån dessa två skäl motiverar straffansvar för misstag som vårdpersonal begår inom ramen för sitt arbete. Avsnitt 6 innehåller några avslutande reflektioner.

2. Vårdpersonalens straffrättsliga ansvar

Många medicinska ingrepp innebär att patienten vållas såväl kroppsskada som smärta. Även om rekvisiten för misshandel enligt 3 kap. 5 § brottsbalken (1962:700) är uppfyllda i samband med exempelvis en operation, anses det självklart att vårdpersonal som utför ingreppet på ett adekvat sätt inte ska hållas straffrättsligt ansvarig. Juridiskt kan strafffriheten ofta förklaras med hänvisning till regler om ansvarsfrihet på grund av nöd eller samtycke. Dessa regler kompletteras av en oskriven lära om "social adekvans". Enligt läran om social adekvans är socialt godtagbara beteenden, dit åtgärder inom vården hör, rättsenliga även om ansvarsfrihet inte följer av andra regler.¹⁰ En förutsättning är att åtgärden uppfyller gällande regelverk och kvalitetskrav. Ett viktigt sådant krav är att vården ges i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet.¹¹ Vårdpersonal som bryter mot gällande krav kan däremot hållas straffrättsligt ansvarig. Så kan till exempel en läkare hållas ansvarig för mord eller dråp om hon uppsåtligen berövat en patient livet, och för vållande till annans död om hon av oaktsamhet handlat i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet och patienten till följd av detta avlidit.

De rättsliga förutsättningarna för straffrättsligt ansvar för åtgärder inom vården skiljer sig på flera sätt från vad som gäller i många andra sammanhang. Till att börja med har människor normalt ingen straff-

¹⁰ Asp, P., Ulväng, M. & Jareborg, N., *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag 2013, s. 259.

¹¹ Se Asp m.fl. a.a., s. 261, 6 kap. 1–2 §§ patientsäkerhetslagen (2010:659) (PSL) och 1 kap. 7 § patientlagen (2014:821) (PL).

rättslig skyldighet att agera för att förhindra skada. Vårdpersonal anses dock inte en så kallad garantställning i förhållande till sin patient, vilket innebär en skyldighet att aktivt agera för att värna patientens hälsa. Med hänvisning till garantställningen kan vårdpersonal hållas ansvarig för skada som uppkommit på grund av underlåtenhet att ge adekvat vård.¹² En annan skillnad är att vårdpersonalens strafffrihet i regel inte beror på att rekvisiten i enskilda straffstadganden inte är uppfyllda, utan på undantagsregler, vilka – om de är tillämpliga – innebär att personalen inte ska straffas *trots att* rekvisiten i enskilda straffstadganden är uppfyllda. Garantställningen innebär dessutom att vårdpersonalen är *skyldig* att agera så att dessa rekvisit faktiskt uppfylls. Vårdpersonalens straffrättsliga ansvar utmärker sig också genom att tröskeln för straffbar oaktsamhet är lägre inom vården än i de flesta andra sammanhang. Detta hänger dels samman med att det normalt ställs högre krav på yrkesverksamma än på lekmän,¹³ men också med att vården är en riskabel verksamhet, vilket gör att särskild försiktighet är påkallad.¹⁴

I praktiken är det mycket ovanligt att vårdpersonal hålls straffrättsligt ansvarig för felbehandlingar men möjligheten finns, och har aktualiserats i ett antal fall. I det följande beskrivs tre sådana fall från svensk rättspraxis.

2.1 ”Dialysmålet”, B 167/85, Göta hovrätt

Fallet gällde en sjuksköterska som stod åtalad för vållande till annans död med anledning av sitt agerande i samband med dialysbehandling. Dialysanläggningens larmsystem gav upphov till många falsklarm, och personalen brukade ibland stänga av delar av systemet. Det fanns även andra brister i anläggningens konstruktion. Sjuksköterskan hade en morgon uppfattat att larmet var helt avstängt. Hon öppnade därför huven och slog om strömbrytarna för att aktivera systemet. Ett par timmar

12 Holmqvist, L., ”Läkares ansvar för vållande till kroppsskada eller sjukdom” i N. Jareborg & P.-O. Träskman (red.), *Skuld och ansvar: straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Uppsala, Iustus 1985; Asp m.fl. a.a., s. 109 ff.

13 Asp m.fl. a.a., s. 317.

14 Se t.ex. Nilheim, L. & Leijonhufvud, M., ”Ansvaret när patienter skadas” i S. Ödegård (red.) *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013, s. 254.

senare blev flera patienter dåliga och det visade sig då att dialysvätskan hade alltför låg konduktivitet. Larmet hade inte utlösts och befanns vara helt avstängt. Tre av patienterna avled och ytterligare tolv utsattes för livsfara i samband med händelsen. Dagen efter det inträffade sa sjuksköterskan i förhör och i samtal med kollegor att hon måste ha stängt av larmet när hon trodde att hon i själva verket aktiverade det (en uppgift hon senare tog tillbaka).

Under rättegången vittnade flera sakkunniga om att larmanordningen var olämpligt utformad och ägnad att leda till misstag. Hovrätten ansåg det visat att sjuksköterskan inaktiverat larmet och menade att hon skulle ha insett sitt misstag om hon bara ägnat åtgärden tillräcklig uppmärksamhet. Genom misstaget och underlåtenheten att efter omställningen av larmet informera avdelningsföreståndare eller tekniker om incidenten, ansågs sjuksköterskan ha förfarit grovt oaktsamt. Hon dömdes i hovrätten (liksom i tingsrätten) till villkorlig dom för vållande till annans död och framkallande av fara för annan. En nämndeman var skiljaktig och menade, med hänvisning till anläggningens brister, att sjuksköterskan inte förfarit oaktsamt. Sjuksköterskan överklagade hovrättens dom till Högsta domstolen, som inte meddelade prövningstillstånd och som några år senare även avlog hennes resningsansökan.

2.2 B 10554-03, Göteborgs tingsrätt

Målet gällde en specialist i psykiatri som stod åtalad för vållande till annans död efter att ha underlåtit att besluta om psykiatrisk tvångsvård av en patient som därefter begick självmord. Patienten hade redan tidigare samma dygn försökt begå självmord, och en annan läkare hade då utfärdat ett vårdintyg, och i det bedömt att patienten var djupt deprimerad och att risk för självmord fortfarande förelåg. Vid sin bedömning fann den åtalade läkaren dock att de tidigare självmordsförsöken berodde på narkotikamissbruk, att självmordsrisk inte längre förelåg, och att patienten inte led av en allvarlig psykisk störning.¹⁵ Patienten tilläts lämna sjukhuset och tog kort därpå sitt liv.

¹⁵ Att patienten lider av en allvarlig psykisk störning är en förutsättning för psykiatrisk tvångsvård, se 3 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård.

I rätten vidhöll den åtalade läkaren att hennes bedömning varit riktig. Hon fick stöd av en annan läkare som förklarade diskrepansen mellan de två bedömningarna med att patienten fortfarande varit drogpåverkad när vårdintyget skrevs och då sannolikt givit ett helt annat intryck. Tingsrätten fann emellertid att förutsättningar för psykiatrisk tvångsvård förelåg, och att läkaren varit oaktsam när hon underlåtit att besluta om detta. I sin bedömning hänvisade rätten till vårdintyget från samma dag, till tidigare journalanteckningar om misstänkt depression och till att patienten tidigare samma dygn försökt begå självmord. Tingsrätten sa sig vara helt införstådd med att det är en mycket svår och grannliga uppgift för läkare att bedöma om förutsättningar för tvångsvård föreligger, men ansåg att läkaren i detta fall fäst alltför stor vikt vid patientens egen försäkran att självmordsförsöket var en impulshandling. Läkaren dömdes till villkorlig dom för vållande till annans död.

2.3 "Kalmarfallet", NJA 2006 s. 228

Målet gällde en sjuksköterska som stod åtalad för vållande till annans död på grund av felaktig beredning av en infusionslösning. Sjuksköterskan hade haft till uppgift att bereda en lösning av Xylocard till ett spädbarn som led av kraftiga kramper. I avdelningens medicinskåp fanns två sorters förpackningar Xylocard placerade bredvid varandra. Den ena förpackningen innehöll en 5 ml spruta med koncentrationen 20 mg/ml. Den andra förpackningen innehöll en 5 ml ampull med koncentrationen 200 mg/ml. Enligt läkarordinationen skulle den lägre koncentrationen användas vid beredningen av infusionslösningen. Sjuksköterskan använde emellertid ampuller, vilket ledde till att lösningens koncentration blev tio gånger högre än ordinerat. När hon dagen därpå fick veta att barnet avlidit kontrollerade hon förpackningarna och insåg att hon begått ett misstag.

I domstolen förklarade sjuksköterskan att det på hennes avdelning (men till skillnad från en annan avdelning där barnet också vårdades) var rutin att bereda infusionslösningar från ampull, varför hon trott sig bereda lösningen på korrekt sätt. I efterhand insåg hon att hon måste ha uppfattat koncentrationsangivelsen på förpackningen fel. Högsta domstolen konstaterade att sjukhusets bristande rutiner bidragit till

misstaget men påpekade att det inom hälso- och sjukvården ställs höga krav på aktsamhet och att vårdpersonal har ett stort eget ansvar. Enligt Högsta domstolen skulle sjuksköterskan ha insett sitt misstag om hon hade gjort en noggrannare kontroll. Hennes oaktsamhet ansågs straffbar och Högsta domstolen dömde henne (liksom tidigare tingsrätten och hovrätten) till villkorlig dom för vållande till annans död.

3. Diskussion om vårdpersonalens straffrättsliga ansvar

Utgången i de tre målen har blivit föremål för mycket diskussion. Rättsväsendets och Socialstyrelsens agerande i dialysmålet har till exempel ansetts ge uttryck för auktoritetsberoende och negativ särbehandling av kvinnor,¹⁶ utgången i psykiatrimålet har kritiserats för att vara juridiskt oriktig¹⁷ och de medicinska utredningarna i Dialysmålet och Kalmarfallet (liksom i det så kallade Astrid Lindgren-målet) för att ha varit otillräckliga.¹⁸ Målen har dessutom väckt kritik av ett mer generellt slag: Såväl riskforskare som vårdpersonal och vissa jurister har argumenterat för att samhällets fokus bör ligga på att skapa säkra system som förhindrar att skada uppkommer och inte på att i efterhand skuldbelägga enskilda individer.¹⁹ Sjukvårdspersonal har uttryckt stark oro över en utveckling där

16 Svenaeus, L., "Manlig solidaritet fällde sjuksköterskan", *Dagens Nyheter*, 1993-11-28.

17 Bendz, H., "Vållande till annans död eller justitiemord?: Kommentarer till ett rättsfall där en psykiater dömdes efter en patients självmord", *Läkartidningen*, 122, 2005, s. 1748-1749.

18 Se t.ex. del 1 i antologin av Ödegård, S. (red.), *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013, s. 21-140.

19 Bergman, B., Berner, B., Brehmer, B., Harms-Ringstahl, L., Jacobsson Kecklund, L., Klefsjö, B., Lundberg, A., Ohlsson, K., Sundström-Frisk, C. & Tingvall, C., "Öppet brev till Sveriges regering. Bättre lagstiftning behövs för att förebygga olyckor: Dialysolyckan i ett tioårsperspektiv", 1993-11-22, <http://www.irisk.se/pr/Brev-93.pdf> (hämtad 2018-20-25); Argumentet framförs i flera av bidragen i Ödegård, S. (red.), *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013. Se även Reason, J., "Human error: models and management", *British medical journal* 2000, 320, 768-770; Merry, A. & McCall Smith, A., *Errors, medicine and the law*, Cambridge, Cambridge university press 2001, s. 10 ff. och s. 34 f.; Gluyas, H. & Morrison, P., *Patient safety: an essential guide*, Basingstoke, Palgrave Macmillan 2013, s. 107.

också ursäktliga misstag begångna inom yrkesverksamheten rubriceras som brott och straffas i allmän domstol.²⁰

Från juridisk synpunkt är en straffrättslig särbehandling av vårdpersonalen problematisk. Som svar på uppfattningen att vårdarbetet inte bör bli föremål för straffrättsliga ingripanden har inte minst jurister påpekat att lagen måste gälla lika för alla, och att vården inte utgör en straffrättslig frizon.²¹ Principen att fall som enligt lagen är lika också ska behandlas lika är dock bara ett argument mot att undanta vårdpersonalen från det straffansvar som råder enligt gällande rätt – däremot är den inget argument mot att ändra lagen. För den senare frågan är det i stället avgörande om de särskilda förutsättningar som präglar vårdarbetet och vårdpersonalens straffansvar innebär att skälen att straffa misstag som vårdpersonal begår inom ramen för sin yrkesverksamhet är alltför svaga.

4. Samhällets skäl att straffa

Det finns inget enkelt och entydigt svar på frågan varför samhället ska straffa den som bryter mot lagen. I den teoretiska diskussionen återfinns ett flertal olika skäl, vars relevans delvis beror på vilket moraliskt synsätt som anläggs. Medan en del av de teorier och skäl som ansetts rättfärdiga straff är bakåtblickande, är andra framåtblickande. Det här avsnittet gör inte anspråk på att uttömma alla möjliga skäl för att straffa, men kommer att ta upp några av de viktigaste.²²

Enligt bakåtblickande teorier utgör straffet en reaktion på en tidigare *klandervärd* handling. Att straffa anses meningsfullt även om straffet i sig inte leder till några positiva konsekvenser. Straffet rättfärdigas ofta av att brottslingen förtjänar att straffas. Den som inte förtjänar straff ska enligt ett sådant synsätt därför inte heller straffas. Olika bakåtblickande teorier

20 Bendz a.a.; Ekeliuss, L. och Zelano, J., "Vi får inte släppa debatten om åtal mot läkare", *Läkartidningen*, 106, 2009, s. 1245–1246; Gunnarsdotter S., "Kan det vara brottsligt att göra fel på jobbet? Det korta svaret är ja", *Läkartidningen* 2014;111:CTP6.

21 Schultz, M., "Vården är ingen juridisk frizon", *Fokus*, 2011-09-15; Nilheim och Leijonhufvud a.a., s. 240; Gunnarsdotter 2014 a.a.

22 För en utförligare översikt av olika teorier, se t.ex. Boonin, D., *The problem of punishment*, Cambridge, Cambridge University Press 2008 och Brooks, T., *Punishment*, London: Routledge 2012.

ger olika svar på frågan vad för slags reaktion straffet ska utgöra. Enligt vissa bakåtblickande teorier ska straffet utgöra en slags återbetalning eller ersättning (retribution) för det klandervärda beteendet. Enligt förespråkare för ett retributivt synsätt kan det rentav vara en skyldighet att straffa för att återställa den balans som brottslingen rubbat, och erbjuda denne en möjlighet att sona sitt brott. Enligt andra bakåtblickande teorier tjänar straffet snarare till att kommunicera samhällets fördömande av det klandervärda beteendet.

Framåtblickande teorier fokuserar på straffets konsekvenser. Kärnan i detta synsätt fångas väl av Jeremy Benthams tes att straffet är ett ont, som bara kan rättfärdigas om det hindrar ytterligare ont.²³ För framåtblickande teorier är alltså den *preventiva* funktionen avgörande för om straff kan rättfärdigas. Den preventiva funktionen kan ta sig olika uttryck. Straffet kan till exempel ha en individualpreventiv funktion genom att – tillfälligt eller permanent – oskadliggöra brottslingen (så kallad inkapacitering) eller genom att avskräcka den straffade från att återfalla i brottslighet. Ibland betonas även straffets rehabiliterande funktion: genom att omforma brottslingen till en laglydig medborgare hindrar straffet att denna begår brott i fortsättningen. Straff och kriminalisering antas också ha en allmänpreventiv funktion, genom att avskräcka allmänheten från att själva begå brott.

En del filosofer menar att en moraliskt acceptabel straffrätt måste vila på en kompromiss mellan dessa delvis motstridiga principer. Det är vanligt att en i grunden framåtblickande uppfattning, enligt vilken straffet rättfärdigas av dess konsekvenser, kombineras med ett begränsande bakåtriktat perspektiv med innebörden att bara den som varit klandervärd ska straffas, så kallad negativ retributivism. Detta synsätt kommer bland annat till uttryck i den svenska straffrättsliga diskussionen, där kriminaliseringens övergripande syfte brukar sägas vara allmänprevention. Utdömande och verkställighet av straff i enskilda fall bygger i stället på ett retributivt synsätt och den så kallad skuldprincipen, enligt vilken endast den som är klandervärd ska straffas. I svensk rätt framhålls också ofta att kriminalisering ska präglas av återhållsamhet, och att andra

23 Bentham, J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford: Clarendon 1907 (1789), 13:1:2.

metoder för att komma till rätta med oönskade beteenden bör användas när så är möjligt.²⁴

Slutligen är det viktigt att uppmärksamma att filosofiska teorier inte ensamma kan avgöra när det är befogat att straffa.²⁵ Frågan om ifall klandervärde och prevention rättfärdigar straff beror också på i vilken utsträckning dessa hänsyn är relevanta i praktiken. Det finns forskning som tyder på att straffrätten vilar på förenklade antaganden om människans fria vilja, liksom om straffets preventiva effekter.²⁶ I vissa fall kan kriminalisering rentav skapa oönskade incitament och motverka sitt syfte. Frågan om i vad mån samhällets skäl att straffa gör sig gällande i praktiken är relevant för om samhället *överhuvudtaget* bör straffa. Detta är en viktig fråga som förtjänar mer diskussion; till skillnad från den evidens-baserade medicinen befinner sig den evidens-baserade rätten ännu i sin linda.²⁷ I den följande framställningen kommer fokus dock att ligga på frågan om det finns anledning att *särskilt* ifrågasätta samhällets skäl att straffa fel och misstag som begås i ett vårdssammanhang.

24 Se t.ex. Asp m.fl. a.a. s. 39 ff.; SOU 2013:38, s. 492.

25 Duff, A. & Garland, D., "Introduction: Thinking about punishment" i A. Duff och D. Garland (red.) *A reader on punishment*, Oxford: Oxford university press 1994, 1–43.

26 Tancredi, L., "The Neuroscience of free will", *Behavioural sciences and the law*, 25, 2007, 295–308; Doob, A. & Wester, C., "Sentence severity and crime: Accepting the null hypothesis", *Crime and justice*, 30, 2003, 143–195.

27 Rachlinski, J., "Evidence-based law", *Cornell law review* 96, 2011, 901–924. Trots att rätten till sin natur är preskriptiv är det enligt min mening relevant att fråga sig om våra rättsregler vilar på korrekta antaganden om världens beskaffenhet och är effektiva medel att nå de mål de är avsedda att främja. En tänkbar invändning mot uppfattningen att rätten bör vara evidensbaserad är att det inte är möjligt att vetenskapligt undersöka rättsreglers effektivitet på samma sätt som det är möjligt att undersöka en medicinsk behandlingsmetods effektivitet. Denna invändning gäller i så fall inte bara juridiken utan i hög grad också socialtjänsten, skolan och andra verksamheter som kan vara svåra att undersöka vetenskapligt, men som vi likväl kräver ska vara evidensbaserade eller i vart fall evidensinformerade. Även om invändningen medför att lagstiftning och rättstillämpning (liksom flera andra verksamheter) delvis måste byggas på osäker empirisk grund, är den i sig inget skäl att bortse från den evidens som faktiskt finns eller är möjlig att ta fram om exempelvis straffhotets effekter på vårdens område. För ett aktuellt exempel på nyttan av ett evidensbaserat synsätt i rätten, se Lidén, M., *Confirmation bias in criminal cases*, Uppsala: Juridiska institutionen 2018.

5. Skäl att straffa fel och misstag inom vården

I diskussionen ovan framträder två skäl som särskilt relevanta för att rättfärdiga straff: agerandets klandervärde och straffets preventiva effekter. Som vi tidigare sett skiljer sig förutsättningarna för vårdpersonalens straffansvar i flera avseenden från vad som gäller i många andra sammanhang. Det finns därför anledning att ställa sig frågan om dessa skäl gör sig gällande i samma utsträckning under de särskilda förutsättningar som gäller för vårdpersonalens straffansvar.

5.1 Klandervärde

Jag kommer i detta avsnitt att utgå från att det är en förutsättning för klandervärde att den agerande haft faktisk möjlighet att handla annorlunda.²⁸ Den centrala frågan i avsnittet blir därför om det finns misstag inom vården som är straffbara trots att vårdpersonalen inte haft någon reell möjlighet att undvika dem. Enligt min uppfattning finns det anledning att tro att svaret på den frågan är jakande. Till att börja med kan konstateras att vårdpersonalens utrymme för tillåtet handlande är förhållandevis snävt. Dels gäller ett högt aktsamhetskrav inom hälso- och sjukvården. Ju högre aktsamhetskravet sätts, desto mindre blir förstås utrymmet för tillåtet handlande. Vårdpersonalens utrymme att undvika straffbara misstag är även i övrigt begränsat. En läkare kan inte undgå straffrättsligt ansvar genom att avstå från att agera – garantställningen innebär att också underlåtenhet att ge vård kan vara ett straffbart misstag. Högt ställda krav innebär inte med nödvändighet att det i motsvarande mån är mindre klandervärt att inte nå upp till dessa krav. Det höga aktsamhetskravet motiveras som nämnts bland annat med hänvisning till att det handlar om yrkesverksamhet. Utbildning och erfarenhet kan typiskt sett antas ge bättre förutsättningar att nå upp också till höga krav och att navigera rätt inom utrymmet för tillåtet handlande. Frågan är emellertid om kraven på vårdpersonalen är så högt ställda att de i praktiken blir omöjliga att uppfylla.

28 Denna utgångspunkt är inte okontroversiell men är vanligt förekommande i såväl svensk straffrätt som i den filosofiska litteraturen (Frankfurt, H.G., "Alternate possibilities and moral responsibility", *Journal of philosophy*, 66, 1969 s. 829–839; Asp m.fl. a.a., s. 48 och s. 270 ff.; SOU 2013:38, s. 489)

Denna fråga rymms delvis redan inom bedömningen om oaktsamhet, vilken tar hänsyn till om den handlande haft möjlighet att agera annorlunda.²⁹ Den straffrättsliga oaktsamhetsbedömningen tenderar emellertid att fokusera på möjligheten att agera annorlunda i det konkreta fallet, vilket riskerar att bli missvisande när det, som här, handlar om personer som inom sin yrkesverksamhet vidtar ett oräkneligt antal åtgärder, och gör ett oräkneligt antal svåra bedömningar. Även om det ligger nära till hands att konstatera att ett konkret misstag hade kunnat undvikas, kan bedömningen bli en annan om vi i stället frågar oss om varje liknande misstag hade kunnat undvikas under en lång yrkesverksamhet. Många har påpekat att det förmodligen är en statistisk omöjlighet att som vårdpersonal inte göra något misstag under sin tid som yrkesverksam.³⁰ Givet det höga aktsamhetskravet som gäller inom vården är det fullt möjligt att ett sådant misstag skulle klassas som straffbar oaktsamhet om det kom att bli föremål för straffrättslig prövning. Straffrätten fokuserar förvisso på enskilda handlingar. För egen del har jag dock mycket svårt att se hur ett misstag som för en normalt aktsam läkare är statistiskt omöjligt att undvika – och detta på grund av att hon ägnar sig åt en verksamhet som det från samhällets synpunkt är nödvändigt att några är villiga att ägna sig åt – skulle kunna vara så klandervärd att det rättfärdigar straff.

Vården är dessutom i många avseenden i ett straffrättsligt perspektiv oförlåtande mot misstag, i den bemärkelsen att övriga straffrättsliga rekvisit tenderar att vara uppfyllda när ett misstag väl begås. Dels innebär redan garantställningen att vårdpersonal ofta har en skyldighet att agera så att rekvisiten i enskilda straffstadganden faktiskt uppfylls. Ansvarsfriheten beror då inte på att ett eller flera rekvisit i dessa stadganden *inte* är uppfyllda, utan på att undantagsregler om nöd, samtycke och social adekvans/vetenskap och beprövad erfarenhet gör att personalen inte ska straffas *trots att* rekvisiten i övrigt är uppfyllda. Dessutom är vården till sin natur så intimt kausalt förbunden med patienternas hälsa att också små misstag riskerar att medföra skada. Det senare har som vi sett anförts

29 Asp m.fl. s. 270 ff.

30 Merry och McCall Smith a.a.; Runciman, W. och Merry, A., "Error, blame and the law in health care – An antipodean perspective", *Annual of internal medicine*, 138, 2003, 974–979.

som skäl för att motivera de höga krav som ställs på vårdpersonalen men bidrar samtidigt till dennas straffrättsliga sårbarhet.

De tre fall som presenterades i avsnitt 2 är enligt min uppfattning alla exempel på fall där misstagets klandervärde framstår som tveksamt. I Dialysfallet och Kalmarfallet hade sjuksköterskorna till följd av bristande uppmärksamhet misslyckats med att verkställa den handling (sätta på ett larm respektive blanda en infusionslösning med viss koncentration) de haft för avsikt att utföra. Denna typ av misstag, ”verkställighetsmisstag”, har förklarats med att människan har begränsad uppmärksamhetsförmåga och i hög grad agerar automatiskt och på rutin. Detta fungerar ofta väl men kan under vissa förutsättningar leda fel och resultera i ”slips and lapses”,³¹ och många har framhållit att det finns skäl att undanta sådana ”mänskliga” misstag inom vården från straffansvar.³² Läkarens misstag i fallet som avgjordes av Göteborgs tingsrätt var inte ett verkställighetsmisstag, utan handlade i stället om att läkaren ansågs ha gjort en felaktig bedömning av skälen för respektive mot tvångsvård. Misstag av detta slag, ”bedömningsmisstag”, beror snarare på att många medicinska bedömningar är mycket komplexa och svåra att göra. Komplexiteten visar sig redan i svårigheten att beskriva vad som kännetecknar en god bedömning. Det är talande att det centrala juridiska kravet på att vård ska ges i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet inte kunnat preciseras närmare. Det råder till exempel relativ enighet om att inte bara vetenskapliga studier och generella riktlinjer utan också klinisk och personlig erfarenhet kan tillföra värdefull information vid bedömningen av vad som är en lämplig behandlingsmetod, men det finns föga vägledning om hur dessa olika faktorer ska balanseras och integreras i det konkreta fallet.³³ I en yrkesverksamhet som regelmässigt aktuali-

31 Reason, J., *Human error*, Cambridge university press, 1990, s. 8 och s. 68 ff., Gluyas och Morrison a.a., s. 14.

32 Ödegård, S., ”De fyra fallen – avslutande kommentarer”, i S. Ödegård (red.) *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013; Nielheim och Leijonhufvud a.a., s. 163, Merry och McCall Smith a.a., s. 10 ff. och s. 34 f.; Gluyas och Morrison a.a., s. 23 och s. 104 ff.

33 Persson, J., Vareman, N., Wallin, A., Wahlberg, L. och Sahlin, N.-E., ”Science and proven experience: a Swedish variety of evidence based medicine and a way to better risk analysis?”, *Journal of risk research*, E-pub ahead of print – 2017-12-06. Det är symptomatiskt att en läsning av Göteborgs tingsrätts dom i mål B 10554-03 inte övertygar om att läkarens bedömning faktiskt var felaktig; att patienten begick självmord och

serar svåra bedömningssituationer måste det rimligen finnas ett visst utrymme för bedömningar som inte är optimala, utan att dessa klassas som klandervärda i de fall de leder till skada. Som vi såg i avsnitt 2 kom emellertid domstolarna i alla tre fallen fram till att vårdpersonalen gjort sig skyldig till oaktsamhet. Av särskilt intresse i detta sammanhang är följande uttalande av Högsta domstolen i Kalmarfallet:

”Med utgångspunkt i hänsynen till patienternas trygghet och förtroendet för sjukvården måste E.H:s handlande vid en samlad bedömning av omständigheterna anses vara så klandervärd att det innefattar straffbar oaktsamhet.”

Liknande formulering förekom i det så kallade Dialysmålet, och har förekommit också i flera andra domar där vårdpersonalens agerande ansetts oaktsamt.³⁴ Uttalandet är intressant mot bakgrund av den nu förda diskussionen, då det kan tolkas som ett uttryck för att gränsen för straffbar oaktsamhet inom vården i första hand styrs av vilken grad av säkerhet som samhället *önskar*. Bedömningen av klandervärde blir med ett sådant synsätt beroende av vad som är önskvärdt snarare än av vad som är faktiskt möjligt. Detta synsätt framstår emellertid som problematiskt. Det anses i regel inte vara en tillräcklig förutsättning för straff att samhället vill markera att något inte är önskvärdt³⁵ och domstolarnas formulering har med rätta kritiserats för att ”ge en bismak av ett primitivt tankemönster av typen ’någon måste hängas’ därför att det var något förfärligt som inträffade”.³⁶

Det finns slutligen anledning att även ta upp en annan typ av åtgärder inom vården som möjligen kan vara straffbara trots lågt eller obefintligt klandervärde. Det gäller sådana åtgärder som utgör en del av den normala vården, men där en tydlig juridisk ansvarsfrihetsgrund saknas. Somatisk

att det förelåg ett vårdintyg innebär inte i sig att förutsättningar för tvångsvård är uppfyllda.

34 Se även NJA 1987 s. 490; Eksjö TR dom 2014-03-27 i mål B 417-12, och Stockholms TR dom 2011-11-30 i mål B 6149-11. Allmänhetens förtroende för sjukvården anses relevant också i andra rättsordningar. Se t.ex. Bawa Garba v GMC 2018 EWCA Civ 1879 för ett aktuellt och omdiskuterat exempel från engelsk rätt.

35 Asp m.fl. a.a., s. 35.

36 Svenaeus, L. i S. Ödegård (red.), *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013, 92–118, s. 117.

vård av personer som saknar beslutsförmåga är ett exempel.³⁷ Palliativa vårdåtgärder som syftar till att lindra en döende patients lidande, och samtidigt förkortar dennes liv är ett annat.³⁸ Åtgärder av dessa slag anses ofta både acceptabla och önskvärda från såväl samhällelig, juridisk som medicinsk-etisk synpunkt.³⁹ Den svenska lagstiftaren har dock ännu inte låtit denna acceptans komma till tydligt uttryck i lagtexten och det står inte helt klart hur långt de befintliga ansvarsfrihetsgrunderna nöd och social adekvans räcker.⁴⁰ Detta innebär att vissa åtgärder inom vården som från moralisk synpunkt är goda och eftersträvaransvärda, och därmed knappast kan betecknas som klandervärda, ändå – i vart fall i teorin – skulle kunna vara juridiskt otillåtna, vilket ytterligare ökar vårdpersonalens straffrättsliga sårbarhet.⁴¹

5.2 Prevention

Straff antas i regel kunna ha såväl allmänpreventiva som individualpreventiva effekter. Vad gäller allmänprevention får frågan ställas om straffhotet i sig kan antas förmå styra vårdpersonalens beteende bort från straffbara fel och misstag som den annars skulle ha begått. Svaret på den frågan beror sannolikt på vilken typ av fel och misstag det handlar om. Det är till exempel rimligt att anta att risken för straff minskar

37 Klemme Nielsen, M., "Laglöst land" i L. Broström och M. Johansson (red.), Ställföreträdarskap i vård och omsorg, Malmö, Gleerups 2012, 37–78; SOU 2015:80 Stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till vård, omsorg och forskning, s. 415; Sahlin, J., "Om nödrätt i hälso- och sjukvården. Några anteckningar om juridiken på ett etiskt område." *SvJT* 1990, s. 597, s. 612.

38 Wendel, L., "Medicinsk etik som rättskälla" i *Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll*, Stockholm, Santérus 2011, 465–478; Lynøe, N. & Leijonhufvud, M., "Police in an intensive care unit: What can happen?" *Journal of medical ethics*, 39, 2013, 772–775.

39 SOU 2015:80, s. 415; Asp m.fl. a.a., s. 259 f.; Beauchamp, T., and Childress, J., *Principles of biomedical ethics*, Oxford: Oxford University Press 2013, kap. 5.

40 Se t.ex. Rynning, E., "Yttrande rörande de rättsliga förutsättningarna för tillämpning av sederingsterapi inom den svenska hälso- och sjukvården", 2013-03-03, <http://www.smer.se/wp-content/uploads/2013/05/Yttrande-Elisabeth-Rynning.pdf> (besökt 2018-09-25); Lagrådet, *God vård och omsorg m.m.*, Yttrande från lagrådet, 2012; SOU 2015:80, s. 413 ff.

41 Som framgår av Högsta domstolens dom den 18 december 2018 i mål B 5050-17 kan dock frågan om vårdpersonalen insett att den saknat befogenhet att utföra en viss åtgärd i vissa fall vara relevant för om brott begåtts.

vårdpersonalens benägenhet att begå uppsåtliga brott på ungefär samma sätt som den minskar benägenheten att begå sådana brott i andra sammanhang. Det är emellertid långt ifrån självklart att risken att straffas för misstag har samma preventiva effekt. Att gärningspersonen skulle ha kunnat agera annorlunda är en förutsättning inte bara för agerandets klandervärde utan också för straffets allmänpreventiva effekt. Inte heller allmänprevention kan därför vara ett skäl att straffa sådana misstag inom vården som rimligen inte kan undvikas.⁴²

Rädsla för straff kan dessutom leda till omvända incitament och påverka skyddsintresset (patienternas liv, hälsa och integritet) negativt. Risken för negativa konsekvenser framstår som särskilt stor när gränsen för straffbara misstag ligger nära den vanliga, önskvärda vården. Om till exempel risken för straff gör läkare mer benägna att besluta om psykiatrisk tvångsvård, blir följderna inte bara att befogade tvångsingripanden ökar, utan också att de obefogade tvångsingripandena blir fler. Detta innebär ökade intrång i patienternas integritet vilket förstås inte är oproblematiskt.⁴³ Det har också påpekats att rädslan för att straffas för att ha förkortat en patients liv kan bidra till att vårdpersonal inte vågar erbjuda effektiv smärtlindring i livets slutskede i tillräcklig utsträckning.⁴⁴ Rädsla för att straffas för att inte ha agerat i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet kan nog också leda till att generella riktlinjer (som i en rättegång väntas tjäna som måttstock för godtagbart beteende) följs också när omständigheter i det enskilda fallet och läkarens egen erfarenhet pekar på att ett annat förfarande kan vara mer lämpligt. Det har också påpekats att straffbeläggande kan motverka det systematiska säkerhetsarbetet inom vården. Medan säkerhetsarbetet till sin natur förutsätter att problem identifieras och blir synliga, och att vårdpersonalen rapporterar misstag, visar befintlig forskning att risk för att åtalas för sina

42 Se även Befring a.a., s. 226.

43 Se t.ex. Wahlberg, L., Dahlman, C., Sarwar, F., Sikström, S. och Åkerman, S., "Rättslig prövning av skälen för sluten psykiatrisk tvångsvård: bör domstolarna lita på den medicinska expertisen?", *Förvaltningsrättslig tidskrift* 4, 2015, 629–646.

44 Wendel a.a.; Lynöe, N., "Sjukvårdspersonal i kläm mellan olika lagstiftningar: Äventyras patientsäkerheten?" I S. Ödegård (red.) *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013, 267–278, s. 277.

misstag minskar rapportvilligheten.⁴⁵ Att bestraffa misstag i vårdarbetet kan därför i förlängningen skada just de skyddsintressen som straffbeläggandet är avsett att skydda.

Straff antas också kunna ha individualpreventiv effekt genom att bland annat oskadliggöra brottslingen; en brottsling som hålls inom lås och bom har ju begränsad möjlighet att begå brott. De påföljder som brukar komma ifråga för misstag inom vården har dock ingen sådan inkapaciterande verkan. I de tre fall som togs upp ovan dömdes till exempel de tilltalade till villkorlig dom (och i vissa fall böter), vilket i sig inte gör gärningspersonen förhindrad att fortsätta utöva vårdyrket. Det är också svårt att se att denna typ av påföljd i sig skulle kunna ha någon rehabiliterande eller avskräckande effekt för individen; risken är snarare uppenbar att den straffrättsliga påföljden blir hämmande för individen och påverkar dennes professionella förmåga i negativ riktning.⁴⁶

5.3 Möjligheten att använda andra metoder än straff

Det framhålls ofta att kriminalisering bara bör komma i fråga om det inte finnas någon alternativ metod som är tillräckligt effektiv för att komma till rätta med det oönskade beteendet.⁴⁷ Vid sidan om vad som nu sagts om betydelsen av klandervärde och prevention, är det därför relevant att notera att det redan idag finns alternativa rättsliga reaktioner på fel och misstag inom vården, vilka kan antas fylla en del av den funktion som straffet ofta förmodas ha.⁴⁸ Kritik som Inspektionen för vård och omsorg riktar mot enskild vårdpersonal⁴⁹ kan till exempel tänkas ha en såväl vedergällande, klandrande som allmänpreventiv funktion. Också

45 Arvidsson, M., "Förutsättningar att dra lärdom av inträffade händelser inom hälso- och sjukvård, 2012:40", *Strålsäkerhetsmyndigheten* 2012.

46 Eid, M., "Det andra offret – tio år senare", i S. Ödegård (red.) *Patientsäkerhet: teori och praktik*, Stockholm, Liber 2013, 565–570.

47 Asp m.fl. a.a. s. 39 ff.; SOU 2013:38, s. 492.

48 Den icke-straffrättsliga delen av det rättsliga kvalitetssäkringssystemet behandlas i Ewa Axelssons avhandling *Patientsäkerhet och kvalitetssäkring i svensk hälso- och sjukvård: en medicinrättslig studie*, Uppsala: Iustus 2011. Sedan 2011 har systemet genomgått vissa förändringar, bland annat har Inspektionen för vård och omsorg (IVO) inrättats.

49 7 kap. 18 § PSL. Sedan den 1 januari 2018 är dock IVOs skyldighet att utreda klagomål från patienter begränsad. PSL 7 kap. 11 §.

patientförsäkringen, vilken möjliggör ersättning till patienter som drabbats av skada i samband med undersökning, vård och behandling, har en viss återbetalande funktion.⁵⁰ Återkallelse av legitimation⁵¹ utgör till skillnad från straff en effektiv inkapacitering eftersom behörigheten är en förutsättning för att fel av den aktuella typen ska kunna göras. Prövotid förenad med villkor⁵² kan förhoppningsvis ha en rehabiliterande effekt. Dessutom finns mycket som talar för att det finns betydligt effektivare sätt att skydda patienternas liv och hälsa än att i efterhand skuldbelägga individer som begått misstag. Som redan påpekats har många framhållit att fokus i stället bör ligga på att skapa säkra system som kompenserar för mänskliga misstag och förhindrar att skada uppkommer. Därmed inte sagt att de befintliga sanktionerna i alla avseenden är tillräckliga. Inte minst kan det efter avskaffandet av disciplinpåföljderna för några år sedan vara befogat att stärka patienternas möjligheter till upprättelse för felbehandlingar där skälen för ett straffrättsligt ingripande faktiskt är starka, men där straffrätten av olika anledningar inte förmår ingripa. Patientens intresse av upprättelse och allmänhetens tilltro till vården kan emellertid knappast rättfärdiga bestraffning av enskilda på grund av misstag som präglas av lågt eller inget klandervärde och där straffets preventiva effekter är obefintliga eller rentav negativa.

6. Avslutande reflektioner

Vad som nu sagts pekar på att det finns misstag inom vården som idag är straffbara men där samhällets skäl att straffa är svaga. Detta beror inte nödvändigtvis på att straffrätten är alltför offensiv;⁵³ snarare tycks förklaringen i vart fall delvis vara att vårdens särskilda förutsättningar inte beaktats i tillräcklig utsträckning. Vilka misstag som närmare bestämt bör undantas och hur gränsen mellan straffbara och straffria misstag bör

⁵⁰ Patientskadelagen (1996:799).

⁵¹ 8 kap. 3–4 §§ PSL.

⁵² 8 kap. 2 § PSL.

⁵³ För distinktionen mellan defensiv och offensiv straffrätt, se t.ex. Jareborg, N., "Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Om defensiv och offensiv straffrättspolitik" i D, Victor (red.) *Varning för straff: Om vådan av den nyttiga straffrätten*, Stockholm: Norstedts juridik 1995, 18–37.

formuleras är förstås svåra frågor, som behöver diskuteras ytterligare. De som är av uppfattningen att vårdpersonalens lagstadgade straffansvar är alltför omfattande har tagit upp möjligheten att undanta ”slips” och ”lapses” från det straffbara området.⁵⁴ Det har också framförts förslag på att införa uttryckliga undantag från straffansvar för den som agerat i enlighet med god klinisk praxis,⁵⁵ respektive inte ”i väsentlig mån brustit i omsorg”.⁵⁶ Det faller utanför ramen för denna artikel att ta ställning till exakt hur gränsen mellan straffbara och straffria misstag skall dras. En viktig utgångspunkt måste emellertid vara att vidga marginalerna mellan straffbara misstag och den goda, önskvärda vården. Hur dessa marginaler bör placeras beror på när skälen för straff börjar väga tyngre än skälen mot. För att bedöma detta behöver vi på allvar ställa oss frågan hur klandervärde tar sig uttryck inom hälso- och sjukvården,⁵⁷ och på vilket sätt hänsyn till prevention gör sig gällande där. Exempel på frågor som förtjänar ytterligare diskussion i detta sammanhang är i vad mån allmänhetens förtroende för sjukvården är relevant för frågan om klandervärde, i vad mån slips och lapses alls är att betrakta som klandervärda, om straffrättens fokus på enskilda händelser leder till fel resultat i vård-sammanhang, och om risken för straffrättsliga ingripanden kan påverka vården och det systematiska säkerhetsarbetet negativt. En diskussion om när skälen för straff väger tyngre än skälen mot skulle sannolikt inte bara göra det tydligare vilka misstag som inte bör leda till straffrättsliga ingripanden, utan också klargöra när straffrättslig påföljd för medicinska felbehandlingar faktiskt är påkallad.

54 Se t.ex. Nielheim och Leijonhufvud a.a. s. 263 f.; Merry och McCall Smith s. 204.

55 Leijonhufvud och Lynöe a.a.

56 Svenaeus a.a., s. 109.

57 Motsvarande frågor är relevanta också på andra områden. Jfr t.ex. Sverker Jönssons diskussion om betydelsen av att på miljörättens område identifiera beteenden som är så tydligt klandervärda att de kan utgöra grund för kriminalisering. I Jönsson, S. *Miljöstraffrätt – ett sätt att genomdriva miljölagstiftningens mål? En komparativ studie av kriminaliseringsprocesser och lagstiftningsteknik i England, Danmark, Finland och Sverige*, Naturvårdsverket/Juridiska institutionen vid Lunds universitet 2010, s. 13.

