

# Den svenska patientförsäkringen

— några problemområden med viss nordisk utblick

av **Lena Magnusson**, Stockholm



Lena Magnusson

När den svenska patientförsäkringen introducerades den 1 januari 1975, var den unik i sitt slag.

Den utformades som en frivillig försäkring, där försäkringsgivaren var ett konsortium bestående av fyra av de största försäkringsbolagen i Sverige, Skandia, Folksam, Trygg-Hansa och Länsförsäkringar. Anledningen till att man valde en frivillig lösning istället för en lag var bland annat att villkoren på det sättet skulle bli lättare att ändra om det skulle visa sig nödvändigt. Då denna form av ersättningsbestämmelser var helt oprövad var det svårt att från början säga hur den skulle verka när den användes i praktiken. Det visade sig också att åtskilliga ändringar var nödvändiga. Ersättningsbestämmelserna har ändrats åtta gånger sedan försäkringen trädde i kraft.

## 1. Inledning

### 1.1 Behövdes patientförsäkringen?

Varför införde man överhuvudtaget patientförsäkringen? Före 1975 var patientens enda möjlighet att få ersättning för eventuell felbehandling att han kunde bevisa culpa eller uppsåt från läkaren. Detta har visat sig vara mycket svårt. 1990 gjordes en studie i USA, kallad "Harvard Medical Practice Study". De resultat som man där fick fram har Bo von Eyben överfört till danska förhållanden.<sup>1</sup> Vad han kom fram till tror jag är intressant även för oss i Sverige. Endast ca 1,25% av de ersättningsberättigade fick ersättning! Att siffran är så låg beror på ett flertal faktorer. Bland annat anmäls helt enkelt inte alla de skador

1) von Eyben 16ff.

som inträffar inom sjukvården, kanske beroende på okunskap, och dessutom fann denna studie att bara ca 50% av de anmälda fall som var kompensationsberättigade fick ersättning.

Det föreligger alltså ett mycket stort mörkertal på detta område, och så var också säkert förhållandet i Sverige före 1975. Före försäkringens tillkomst gavs någon form av ersättning i ca 100 fall per år (endast ett tiotal via domstol — resten från t.ex. försäkringar eller på frivillig väg från landstinget), medan det nuförtiden ges ersättning i ca 2.000 fall per år från patientförsäkringen enbart.<sup>2</sup> Visserligen har troligen antalet felbehandlingar ökat på grund av mer avancerade ingrepp, t.ex. stora hjärtoperationer och transplantationer av oli-

2) Patientförsäkringskonsortiet.

ka slag, leverar, njurar, m.m. Ytterligare en viktig faktor i denna ökning är att fler ingrepp görs på allt äldre människor. Höftledsoperationer på 75—80-åringar ökar givetvis skaderisken, men detta är knappast hela förklaringen.

Antalet anmälda skador till patientförsäkringen har ökat genom åren och är nu uppe i nästan 6.000 fall per år.<sup>3</sup> Dock har andelen ersatta/avslagna varit tämligen konstant genom åren. Ungefär 40% av de anmälda skadorna får ersättning.

Vilka är då den vanligaste typen av skador som anmäls till patientförsäkringen? Av figur 1 framgår att cirka 50% av alla skador utgörs av nervskador, tandskador samt infektioner.

### 1.2 Uppbyggnad

Patientförsäkringen är uppbyggd ungefär som en ansvarsförsäkring, men har ett betydligt större åtagande än den vanliga skadeståndsrätten.<sup>4</sup>

Den centrala paragrafen vad det gäller vilka skador som ska ersättas är §2 i ersättningsbestämmelserna fr.o.m. 91-07-01. I §2 första stycket konstateras att det endast är kroppslig skada som ersätts, något som jag återkommer

till senare i artikeln. Resten av paragrafen är utformad som en katalog över de olika sorters skador som kan komma att ersättas av patientförsäkringen.

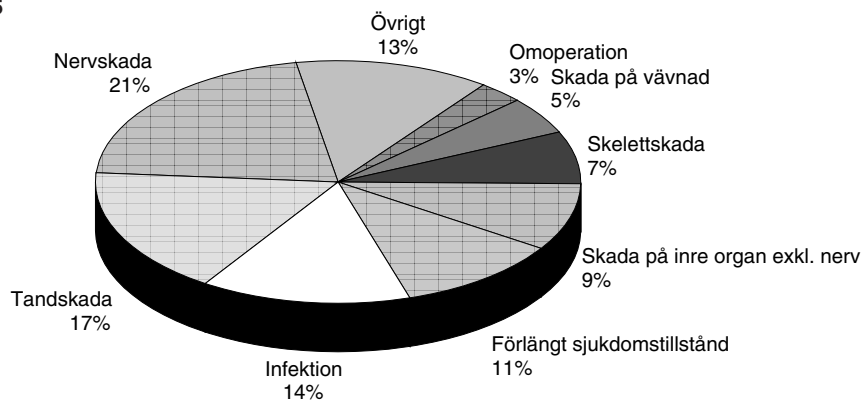
§2.1 talar om egentlig behandlingsskada som uppstår i direkt samband med undersökning, behandling eller dylikt som i och för sig varit medicinskt motiverad, men där skadan hade kunnat undvikas. Vad som egentligen menas med undviklig återkommer jag senare till.

§2.2 medger också ersättning i sådana fall där skadan visserligen var oundvikbar, men där den inträffade skadan blev orimligt svår i förhållande till grundsjukdomen. Det var medicinskt motiverat att göra ingreppet, men det är inte acceptabelt med en sådan effekt av ingreppet. Det ska alltså föreligga en mycket stor diskrepans mellan skadan och grundsjukdomen.

§2.3 innehåller två typer av skador, dels de skador som uppstår på grund av att de tekniska hjälpmedel som idag finns inom vården inte fungerar som de ska eller visar felaktiga resultat och dels de skador som beror på att synliga symtom inte tolkas på vedertaget sätt, det vill säga diagnosskador.

§2.4 behandlar infektionsskador. Sådana skador ersätts om det med övervägande san-

Figur 1<sup>5</sup>



3) Årsberättelse 1992 s. 2.

4) Hedman s. 79.

5) Årsberättelse 1992 s. 4.

nolikhet är visat att infektionen har tillförts patienten genom en sjukvårdsåtgärd. Infektionsskador ersätts alltså inte om infektionen kommer från patienten själv, vilket det är särskilt stor risk för vid ingrepp i så kallade orena områden, t.ex. tarmar, munhåla och underliv. Man har därför särskilt undantagit ingrepp i dylika regioner från regeln om ersättning för infektionsskador. Även ingrepp i områden med nedsatt vitalitet och vissa andra ingrepp som t.ex. transplantation och långvarig kateterbehandling ökar risken för infektion och de är därför uppräknade som undantag i §2.4.

§2.5 ger rätt till ersättning vid olycksfall. Dock är kraven på samband mellan olyckan och någon form av vårdåtgärd tämligen starka. Olyckan ger ej rätt till ersättning om till exempel ett fall orsakats av yrsel på grund av grundsjukdomen.

§3 nämner ett antal undantag som ej skall ersättas som behandlingsskada.

§3.1 undantar sådana skador som uppstår under ett ingrepp som gjorts för att förhindra svår invaliditet eller dödsfall. Här fanns så att säga ingenting att välja på. Patienten hade drabbats av mycket svåra skador om inget ingrepp gjorts. I ett sådant fall får patienten vara beredd att tåla lite mer än i vanliga fall.

§3.2 säger helt enkelt att ersättning ej utgår för skada som till övervägande del uppstår på grund av patientens egen sjukdom eller annan fysisk defekt hos patienten. Vad jag förstår säger den helt enkelt att grundsjukdomen inte ersätts.

§3.3 undantar läkemedelsskador eftersom dessa regleras av läkemedelsförsäkringen, till vilken patientförsäkringen är subsidiär.

De följande paragraferna behandlar allmänna saker såsom vissa minimibelopp och minimitider som måste överskridas för att patientförsäkringen överhuvudtaget skall ta upp eventuella ersättningsbelopp till diskussion. Det talas också om vad som ersätts och hur ersättningarna ska beräknas. Överklaganderegler-

na beskrivs samt de preskriptionsregler som gäller för patientförsäkringen. För att patientförsäkringen skall ta upp ärendet krävs att en anmälan görs inom tre år från det att patienten fick kännedom om skadan, en tidpunkt som inte alltid är så självklar, men absolut aldrig senare än tio år efter det att åtgärden som förorsakade skadan vidtogs. En utveckling av dessa frågor finns bl.a. i ”Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet” av Anders Hedman.

## 2. Informerat samtycke

### 2.1 Frågeställningar

Alla läkare har en plikt att informera sina patienter om vad den avsedda behandlingen går ut på, samt vilka eventuella alternativ som finns. Det ingår också i en läkares åligganden att begära patientens samtycke till behandlingen, om detta överhuvudtaget är möjligt. Att denna informationsplikt åligger hälso- och sjukvårdspersonalen stadgas dels i Lag (1980:11) om tillsyn över hälso- och sjukvårdspersonalen m.fl. § 5, samt i Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) § 2a. Där sägs att vård och behandling skall utföras ”i samråd med patienten”. Patienten skall också ”ges upplysningar om sitt hälsotillstånd och om de behandlingsmetoder som står till buds”.

Informationsplikten för hälso- och sjukvårdspersonalen är alltså tämligen långtgående. Hur långt den verkligen sträcker sig är dock oklart, likaså *vad* informationsplikten egentligen innebär. Hur skall informationen se ut? Hur detaljerad måste den vara för att kunna anses innefatta den senare valda behandlingsmetoden? Hur skall patientens lämnade samtycke dokumenteras och hur detaljerat behöver det vara?<sup>6</sup>

Nästa viktiga fråga är: *om* brott mot informationsplikten har förelegat från sjukvårdspersonalens sida, vad kan följden till detta bli? En möjlig följd är att disciplinansvar

6) Rynning s. 631.

åläggs den som uppsåtlig eller av oaktsamhet har brutit mot plikten om felet ej varit ringa.<sup>7</sup> Disciplinansvaret består antingen av erinran eller varning<sup>8</sup> och beslutas av Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN).<sup>9</sup> Kan patienten också med framgång grunda en skadeståndstalan mot den vårdande, i Sverige oftast landstinget, på grund av att sjukvårdspersonalen har brutit i sin informationsplikt?

I diskussionen huruvida bristande information är skadeståndsgrundande eller ej, måste man ta ställning till vad som skulle vara den skadeståndsgrundande skadan. Kan en talan grundas enbart på att patienten inte fick någon information, eller otillräcklig information, och därför inte kunde fatta ett välgrundat beslut i samtyckesfrågan, eller uppstår den skadeståndsgrundande skadan först när en kroppslig skada har inträffat på grund av den utförda behandlingen? Den första punkten handlar alltså om en kränkning av den personliga integriteten utan samband med någon kroppsskada.

Ytterligare ett problem som kräver ett ställningstagande är vad ett eventuellt skadestånd skall bestå av och hur hög ersättningen skall vara. I vanliga skadeersättningsärenden ersätts den skada som har uppstått på grund av en skadevållande *handling*, men i fall av bristande information och samtycke handlar det ju om en *underlåtenhet* att utföra något, och dessutom något som egentligen i sig inte förorsakade skadan.

## **2.2 Vad är information respektive samtycke?**

Information och samtycke hänger i detta fall mycket nära samman. Om inte tillräcklig information finns hos patienten, har han/hon ju ingen möjlighet att lämna ett informerat samtycke.

7) TillsynsL § 12.

8) TillsynsL § 12.

9) TillsynsL § 19.

Den första frågan som måste besvaras när man ska bedöma om informerat samtycke har lämnats eller inte, är huruvida någon form av information har lämnats överhuvudtaget. Om så har gjorts och informationen dessutom var tillräcklig enligt de kriterier som nedan behandlas, behöver man ju överhuvudtaget inte gå vidare i resonemanget. I så fall har ju patienten blivit informerad, och kan således inte föra någon talan på den punkten.

Detta låter som en tämligen enkel och självklar slutsats, men vem ska bevisa vad som sagts eller inte sagts? Frågan har mig veterligen aldrig ställts på sin spets i Högsta domstolen, men i ett fall där den åtminstone har funnits som en del av ett avgörande<sup>10</sup> verkar det som om man har gått helt på Socialstyrelsens rekommendationer. Socialstyrelsens etiska nämnd lämnade i ovan nämnda mål ett yttrande som innebar att bevisbördan läggs på sjukvårdspersonalen.<sup>11</sup> Där sägs att informationen inte alls behöver vara skriftlig utan mycket väl kan lämnas muntligen, men att någon form av skriftlig dokumentation om att informationen har lämnats bör göras. Detta kan helt enkelt ske genom att en anteckning görs i patientjournalen.

Att placera bevisbördan på detta sätt framstår som det enda rimliga. Det vore ju så gott som omöjligt för patienten att bevisa att han/hon *inte* blivit informerad. Hur skulle det gå till? Däremot ställs det inga orimliga krav på läkaren då man begär att han/hon i sin tur skall säkerställa bevisning angående vad som sagts. Läkaren bör ju föra journalanteckningar över hur behandlingen gått till, och lämnande av information om förestående behandlingsåtgärder får anses ingå i behandlingen. Läkaren skall därför journalföra även vilken information han/hon lämnat till patienten.

Hur mycket information som krävs i det enskilda fallet är ingen enkel bedömningsfrå-

10) NJA 1990 s. 442.

11) Socialstyrelsens yttrande i målet den 28 oktober 1988.

ga. Här har den enskilde läkaren ett mycket stort tjänsteansvar. Det finns knappast någon möjlighet, och kanske inte heller intresse av, att informera *alla* patienter om *alla* risker som finns med varje behandling. En viss sållning måste alltid ske. *Hur* denna sållning skall ske är dock inte lätt att säga. För det första måste hänsyn tas till vem patienten är. Är det en äldre eller yngre, fertil eller ej, vill patienten ha information överhuvudtaget, är han/hon akut sjuk eller kan behandlingen vänta något? Frågan om det råder akuttillstånd eller ej har varit uppe till prövning ett par gånger.<sup>12</sup> Det gällde unga män med tarmproblem, allvarliga sådana, men inte akuta. Läkaren beslöt om omedelbar operation, vilken ledde till impotens. Läkaren sade senare att dessa skador var oundvikliga, vilket ingen ifrågasatte, utan frågan var om man inte hade kunnat vänta ett par år med ingreppet. I så fall hade kanske den ene unga mannen kunnat fortsätta leva med sin stomi ytterligare en tid, och den andra, som var nygift, hunnit skaffa barn innan han blev impotent, eller åtminstone kunnat lämna sperma till en spermabank. Kanske hade dessa bägge, om de fått korrekt information om riskerna med ingreppet, valt att leva med sin smärtor och problem ett par år till för att slippa impotens. I liknande fall där det finns en reell valmöjlighet är det oerhört viktigt med information.

För det andra är det givetvis av intresse hur vanligt det är att den eventuella skadan uppkommer. Tyvärr verkar det vara tämligen omöjligt att sätta någon absolut gräns vid ett visst procenttal t.ex., men även om man kunde det uppstår det svårigheter. Hur gör man vid behandlingar som är ovanliga eller så nya att inget tillförlitligt statistiskt material ännu finns att tillgå? Där kanske den viktigaste upplysningen istället är just denna att metoden är ny och tämligen oprövad respektive mycket ovanlig.

12) Patientskadenämnden 1992:4 samt en anmälan till den norska patientförsäkringen.

Det tredje mycket viktiga förhållandet att ta hänsyn till är vilken sorts skada det är frågan om. Om det endast rör sig om eventuella kvardröjande skönhetsförändringar, kan kraven på information ställas tämligen låga. Om det däremot rör sig om allvarigare följder såsom sterilitet, framför allt om det rör yngre personer, eller kanske till och med dödsfall, är kraven givetvis mycket högre.

För att patienten skall kunna lämna ett informerat samtycke krävs, förutom en ordentlig genomgång av eventuella risker, en utförlig information om de alternativ som eventuellt finns till den av läkaren föreslagna behandlingen. Även om läkaren för sin del finner ett alternativ lämpligast, måste patienten få höra talas om andra behandlingsmetoder, för att om han/hon så önskar kunna söka sig till en annan läkare som använder någon annan metod.

Kanske innebär detta också att om det föreligger ett flertal behandlingsalternativ, har läkaren en större skyldighet att informera om riskerna med var och en för att patienten skall kunna göra ett så välbetänkt val som möjligt. Finns det bara en enda aktuell behandlingsmetod minskar informationsplikten, beroende på att det ofta är nödvändigt med någon sorts behandling, eftersom patienten överhuvudtaget sökte vård.

Det finns dock fall där patienter vänder sig till läkare utan att egentligen vara sjuka. Detta gäller vid så kallade skönhetsoperationer. Det handlar alltså inte om medfödda missbildningar eller plastikoperationer efter brännskador och dylikt, utan fall där fullkomligt friska människor önskar dölja spåren av åldrandet eller vill krympa sin näsa eller något liknande. Här måste kraven på information vara enorma. Jag tror inte att man här kan resonera på samma sätt som i vanliga fall, d.v.s. med hänsyn till mer eller mindre vanliga risker etc., utan här bör all risker framhållas. Dessutom är inga risker så bagatellartade att de inte behöver tas upp. En frisk människa

ska ju inte behöva komma ur behandlingen med några som helst men! I dessa fall är det säkert också extra viktigt att läkare mycket noggrant dokumenterar vad som blivit sagt. Jag tror nämligen inte det finns en enda skönhetsopererad patient som inte hävdar efteråt att de *aldrig* skulle ha gått med på ingreppet om de hade fått reda på vilka skador som kunde uppstå. Det är säkerligen också sant, om de verkligen hade *insett* vilka riskerna var, men tror jag få av dem gör det. Många patienter önskar nog att patientförsäkringen skulle betala ut ersättning varje gång som en behandling misslyckas, men försäkringen är inte utformad som en garanti för lyckat resultat.

När nu patienten har fått en viss, i läkarens tycke tillräcklig, information, hurdant samtycke skall han/hon då lämna? Kanske räcker det med att patienten har en remiss till en specialist samt beger sig dit för att ett samtycke skall anses ha lämnat?<sup>13</sup> Ja, troligen, åtminstone ett hypotetiskt samtycke. Med detta förstås att om en patient fått tillräcklig information och sedan tillfrågats om han/hon ville genomgå ingreppet, skulle svaret ha blivit ett ja. Är då ett sådant hypotetiskt samtycke giltigt? Härom råder delade meningar, och det tycks oklart vilken inställning svensk rätt har till denna fråga.<sup>14</sup> HD:s inställning utifrån vad som kan utläsas ur NJA 1990 s. 442 kommer att redovisas i nästa kapitel.

Ytterligare en svårighet är hur detaljerat samtycket måste vara. Ska patienten separat lämna samtycke till varje åtgärd, allt ifrån det första snittet till den avslutande plåsterlappen? Nej, givetvis inte, men var gränsen går är inte lätt att säga. Det är ingen idé att från läkarens sida ge en fullkomligt korrekt medicinsk beskrivning av ingreppet, då detta knappast kan förstås av en vanlig patient. Men informationen skall ändå innehålla tillräckligt med detaljer för att patienten som baserar sitt samtycke därpå skall anses veta vad han/

hon samtycker till. Denna avvägning är någonting som förhoppningsvis ligger inom läkarnas kompetensområde att göra.

Ett tämligen specificerat samtycke verkar krävas, om man ser till vad HD har sagt om saken i den dom som nedan refereras, NJA 1990 s. 442.

Givetvis skall samtycket vara frivilligt och det gäller endast om det lämnats av behörig person, det vill säga i de flesta fall patienten själv.<sup>15</sup>

### 2.3 HD:s inställning

HD har i ett tämligen nytt fall prövat innebörden av bristande information till en patient i skadeståndsrättsligt hänseende, NJA 1990 s. 442. Målet handlade om då 32-åriga Kerstin H. som den 4 september 1970 genomgick en operation för att minska de höftsmärtor som hon en längre tid lidit av. Under operationens gång fann läkaren att den enda möjlighet de hade att uppnå det önskade resultatet, var att skära av en nerv i låret för att på så sätt förhindra smärtspridning. Detta gjordes, men resultatet blev inte det väntade. Smärtorna bestod och dessutom uppstod nya smärtor samt lätt hälta.

I TR hävdade Kerstin H. vårdslöshet från landstingets sida då man hade företagit nervavskärningen utan att fråga efter hennes samtycke, eller ens informerat om att åtgärden eventuellt skulle komma att vidtas. Landstinget bestrider vårdslöshet från sjukvårdspersonalen därför att Kerstin H. givit samtycke till avskärningen och fått tillräcklig information. TR fann det visserligen inte klart att Kerstin H. hade blivit informerad om åtgärden, men fann att den var av sådant slag att det inte krävdes specificerat samtycke, utan det räckte med det allmänna samtycket till ingreppet. Man lämnade därför Kerstin H:s talan utan bifall.

13) Hedman s. 27.

14) Rynning s. 635.

15) Hedman s. 27.

Inte heller HovR kunde fastställa att Kerstin H. fått någon information om en eventuell nervavskärning. Man finner det däremot styrkt att om patienten hade tillfrågats hade hon ej lämnat tillstånd till en dylik åtgärd. Därför måste försummelsen från läkarnas sida att ej lämna tillräcklig information anses vara skadeståndsgrundande då skada uppstod vid ingreppet. HovR biföll därför Kerstin H:s talan.

HD resonerar till en början på samma sätt som HovR. Kerstin H. borde ha blivit informerad. Det gick ej att bekräfta att så skett och därför hade Kerstin H. inte kunnat lämna ett erforderligt samtycke. Det samtycke som hade lämnats kunde inte anses omfatta det gjorda ingreppet. Trots detta kunde det inte anses skadeståndsgrundande att handla som läkarna gjorde. För denna ståndpunkt räknar HD upp fyra grunder. För det första var nervavskärningen en adekvat åtgärd då ingen anledning till patientens problem upptäcktes. För det andra kunde ingreppet förväntas medföra nytta för Kerstin H. För det tredje rörde det sig endast om ett mindre ingrepp som inte medförde annat än en mindre risk för efterföljande skador. Till sist skulle det inte heller ha varit möjligt att vid ett senare tillfälle göra ingreppet då man knappast hade kunnat hitta nerven bland den ärrbildning som uppstår vid läkningen. Ingreppet ansågs därför försvarligt och HD biföll landstingskommunens talan.

Denna dom har blivit mycket uppmärksamman och kritiserad. Det var den första domen i sitt slag i Sverige och en mängd instanser och personer kände sig manade att yttra sig, både under och efter domstolens arbete. Vad är det då som har kritiserats? Främst verkar det vara att domen inte blev mer klagörande. Det gavs egentligen inget svar på alla svåra frågor som finns inom detta område. HD:s resonemang har förts på ett sådant sätt att de slutsatser som slutligen drogs i domen, inte med säkerhet kan sägas kunna tillämpas på andra fall, utan kanske endast gällde dessa specifika omständigheter.

HD inleder sitt resonemang med att konstatera att läkarna före ingreppet hade tagit en nervavskärning med i beräkningen av vad som kunde behöva göras och att de också var medvetna om att de hade skyldighet att informera Kerstin H. om detta. Eftersom ingen information lämnats, hade Kerstin H. inte haft någon möjlighet att lämna ett giltigt samtycke. Hade hon då lämnat ett hypotetiskt sådant i och med att hon tillät ingreppet överhuvudtaget? Landstingskommunen hävdade detta, men inte HD. Domstolen syns hålla med HovR som konstaterade att utredningen visat att Kerstin H. inte hade givit sitt samtycke till nervavskärningen om hon hade blivit tillfrågad. Detta är en sådan punkt där lite mer tydlighet från HD:s sida hade varit önskvärd. Vad grundar man denna slutsats på? Vem har ålagts bevisbördan för detta påstående? Ord står mot ord. Landstingskommunen har inte lyckats visa att Kerstin H. skulle ha lämnat samtycke vid tillfrågan. Bevisbördan har alltså ålagts den skadevållande. Vad jag då frågar mig i detta speciella fall är vad som är anledningen till att Kerstin H. skulle ha sagt nej? Är detta vad en genomsnittspatient skulle ha gjort? Om det inte är så, borde då inte bevisbördan ha gått över på Kerstin H. igen?<sup>16</sup> Det måste ju framstå som nästan omöjligt för den skadevållande att bevisa vad den enskilde skadelidande skulle ha gjort i den konkreta situationen. Räcker det inte med vad den ”normale patienten” skulle ha gjort? Detta är dock ingenting som domstolen har gått in på.

En fråga som har fått en viss klarhet efter denna dom är vilka åtgärder som kan vidtas inom ramen för ett lämnat samtycke utan att åtgärden har varit specificerad. Här instämde HD i ett från Socialstyrelsen inhämtat yttrande. Där sägs att ett samtycke inte generellt kan anses innefatta alla i och för sig medicinskt korrekta åtgärder, om än vissa. Att skära av en nerv när man endast har talat om en ”uppluck-

---

16) Rynning s. 637.

ring”, vilket här var fallet, kan inte klassas som en åtgärd som kan vidtas inom ett generellt samtycke. Detta tycker jag är ganska stora krav på detaljrikedom i informationen. Att skära kring en mycket liten nerv eller skära av densamma när man inser att det första ingreppet inte kommer att hjälpa, framstår för mig som lekman inte som någon oerhört stor skillnad.

När HD kommit så här långt i sitt resonemang, låter det som om den skulle komma fram till samma resultat som HovR, att landstingskommunen var skyldig att ersätta Kerstin H:s skador. Men det är nu domstolens kanske diffusaste resonemang tar vid. Man förklarar att även om en nervavskärning skett mot patientens vilja så leder detta inte till ansvar. Sedan räknas fyra punkter upp till stöd för detta synsätt.<sup>17</sup> För det första var avskärningen av nerven den medicinskt riktiga åtgärden. För det andra väntades ingreppet medföra nytta. För det tredje förelåg endast en mindre risk för komplikationer, och till sist kunde inte ingreppet göras om vid ett senare tillfälle. Jag skulle här vilja kommentera dessa punkter.

Att avskärningen var medicinskt korrekt anses ostridigt. Det är dock inte det som frågan gäller. Att läkarna har handlat korrekt i den situation som uppstod är mycket möjligt, men det intressanta är ju att situationen uppstod på grund av deras egen medverkan.<sup>18</sup> Vad som borde ha prövats var huruvida operationen överhuvudtaget skulle ha påbörjats utan patientens samtycke till nervavskärningen.<sup>19</sup> Då hade domen verkligen varit intressant, och givit svar på frågan vad bristande information från sjukvårdspersonalens sida verkligen får för följd.

Påpekandet att avskärningen väntades medföra nytta för patienten tycker jag verkar vara

ett helt onödigt påstående. Man får hoppas att alla åtgärder som företas inom sjukvården är för patientens bästa.

HD anser vidare att en ytterligare anledning till att sjukvårdspersonalen inte ska åläggas skadeståndsansvar för den bristande informationen är att det endast förelåg en ”mindre risk” för skada. Detta har jag diskuterat förut och instämmer i att det kan vara en anledning att utelämna information. Här brast ju dock inte informationen om *risken för skada* med ingreppet, utan *själva ingreppet* påtalades aldrig. Därför är det tveksamt om det överhuvudtaget i detta läge är intressant hur stor skaderisken var. Risken för att nervavskärningen skulle göras var ju mycket stor, av vad som framgick av läkarnas berättelse, och det var ju på den punkten informationen fattades. Bortsett från detta finns ytterligare en invändning att göra mot denna punkt. Vad är en mindre risk för HD? Det framgår av utredningen i målet att risken för sådana smärtor som drabbade Kerstin H. efter nervavskärningen uppgår till 15—20%. Detta kallar inte jag för en ”mindre risk”.

Vad det gäller den sista punkten att ingreppet inte skulle kunna göras om vid ett senare tillfälle, hänvisar jag till vad jag sagt under den första punkten.

Som framgick ställer även jag mig tveksam till vad denna dom egentligen innebär. Å andra sidan är detta ett helt nytt område för HD att ta ställning till, så HD har väl helt enkelt valt att begränsa sig till att avgöra detta enskilda fall och inte göra några principiella uttalanden som i sin tur skulle kunna få oväntade konsekvenser. Dessa är ju inte alltid så lätta att förutsäga. Jag tror att fler sådana här fall kommer att prövas inom den närmaste framtiden, och att man där kan förvänta sig klargöranden från domstolens sida. Jag hyser inte de farhågor som Kent K.-G. Löwdahl gör<sup>20</sup> att vi måste dra upp klara riktlinjer

20) Löwdahl Enhällig dom — ett prejudikat Läkartidningen volym 89 nr 6 s. 366.

17) Rynning s. 637.

18) Rynning s. 644.

19) Agell s. 444.



endast utifrån detta fall då inga fler kommer att prövas på länge. Snarare tvärtom. Nu när patienterna insett att det finns en möjlighet att få skadestånd för bristande information och samtycke, vilket ju i mitt tycke denna dom trots allt talar för, så kommer fler att önska försöka.

#### **2.4 Vad består skadan av och hur skall den ersättas?**

Om man anser att bristande samtycke i sig är skadeståndsgrundande, vilket inte alla gör,<sup>21</sup> uppkommer frågan vad skadan egentligen består i. Är skadetidpunkten när patientens självbestämmanderätt negligeras när man vidtar en åtgärd som han/hon inte har godkänt, eller uppstår skadan först när något har gått fel med ingreppet, ur läkarens eller patientens synvinkel?

Om jag vore patient i den svenska sjukvården skulle jag givetvis tycka att en skadeståndsgrundande skada uppstår redan vid den tidpunkt då läkaren påbörjar en behandling som jag inte blivit informerad om. Men har jag verkligen lidit någon skada om allt går bra och jag blir frisk av behandlingen? Jo, en kränkning av min rätt att själv få bestämma över min kropp. Kan den på något sätt ersättas via de lagregler vi har idag i Sverige? Jag har ju inte gjort någon ekonomisk förlust, så det skulle i så fall handla om en ideell skada. Ideellt skadestånd kräver normalt att en skadeståndsgrundande åtgärd har framkallat skadan.<sup>22</sup> Detta kan tänkas vara fallet vid allvarigare ingrepp från sjukvårdspersonalens sida såsom t.ex. vid abort utan samtycke från patienten, men inte annars. Det finns tillfällen då ideellt skadestånd kan ges ändå, men det rör sig om specialstadganden som inte passar in på dessa fall.<sup>23</sup> Däremot kan en sådan informationsbrist leda till disciplinansvar enligt

21) Se t.ex. Hellner s. 747ff.

22) SkadeståndL 1:3.

23) T.ex. Lagen om anställningsskydd § 38.

tillsynslagen, men det gynnar inte mig som patient mer än att det kanske ger en viss tillfredsställelse att få reda på detta.

Om jag inte har lämnat samtycke och ingreppet misslyckas, har det uppstått någon skada? Ja, självfallet. Men har det uppkommit en större skada i mitt fall än hos den som ju faktiskt blev informerad om risken och tog den? Jag kan inte se att det är ett rimligt resonemang. Det viktiga måste ju vara att alla som blivit skadade på detta sätt blir ersatta, oavsett vad man fått höra innan eller ej. Annars skulle ju den som, bildligt talat, sätter händerna för öronen och vägrar ta till sig information gynnas framför den som försöker sätta sig in i situationen. I hur många fall finns det klart dokumenterat vad som sagts och inte sagts? Hur många patienter skulle i efterhand, när skadan väl är skedd, medge att han/hon skulle gått med på ingreppet om förutsättningarna hade varit fullkomligt klara? Det är ytterligare en anledning att inte skilja på dem som har lämnat samtycke och dem som aldrig blev tillfrågade. På det sättet slipper man dessutom diskussionen om i vad mån ett eventuellt hypotetiskt samtycke förelåg.

Här är det ju fråga om en kroppsskada, som därför kan ersättas enligt de vanliga skadeståndsrättsliga reglerna,<sup>24</sup> som också patientförsäkringen bygger sin ersättning på.

#### **2.5 Patientförsäkringen**

I patientförsäkringens handläggning av ärenden dyker ofta problemet med informerat samtycke upp. Många patienter hävdar att om de bara hade fått information om risken för den skada som drabbat dem, skulle de aldrig ha gått med på behandlingen.<sup>25</sup> Patientförsäkringens inställning till detta har alltid varit att bedömningen om skadan är ersättningsbar eller ej har gjorts utan hänsyn till vilken information som lämnats.

24) SkadeståndL 5 kapitlet.

25) Se t.ex. PSN 115/91 och PSN 76/92.

När den skada som ovan nämnts (NJA 1990 s. 442) uppstod fanns ännu inte patientförsäkringen. Därför har skadan aldrig prövats där. Dock ansåg Patientskadenämnden att frågan var av ett så principiellt stort intresse för dem, att nämnden önskade inkomma med ett utlåtande i saken. Detta beviljades också av HD och utlåtandet finns medtaget i referatet. Patientskadenämnden har däri räknat upp ett antal synpunkter som stöder deras praxis. Synpunkterna har fått mycket kritik<sup>26</sup> och jag tänker inte uppehålla mig vid dem här.

Den i mitt tycke främsta anledningen till att patientförsäkringen skall fortsätta att följa den praxis som redan har utarbetats, att inte ersätta skador på grund av informationsbrist, är § 2 i villkoren. Där sägs klart att ersättning betalas ut för skada av ”kroppslig art”, och det är det inte fråga om i de nu aktuella fallen. Ytterligare en anledning är att vid frågor om information och samtycke uppstår i så gott som alla fall problem av bevisvärderingskaraktär, och dessa är varken Konsortiet för patientförsäkring eller Patientskadenämnden särskilt lämpade för att lösa.<sup>27</sup> Det handlar alltså till stor del helt enkelt om att skapa en praktiskt användbar lösning. Patientförsäkringen skulle ha blivit så dyr och så tungrodd om en annan lösning hade valts, att den knappast hade funnits kvar idag.

### **2.6 Norge**

Den norska utredningen om ny patientförsäkring uttalar endast i ämnet att bristande information i princip är att jämställa med andra behandlingsfel.<sup>28</sup> Dock undantas, ganska naturligt, t.ex. fall då ingreppet varit nödvändigt för att rädda patientens liv. Vad som nämns som en möjlig ersättningsbar skada är då det uppstår en psykisk skada vid ingreppet som hade kunnat bli mindre om korrekt informa-

tion hade lämnats innan ingreppet vidtogs. Detta är just sådana fall som inte ersätts vare sig enligt den svenska eller den danska patientförsäkringen.

### **2.7 Danmark**

I Danmark behandlas de fall där samtycke inte förelegat till ingreppet, men ingreppet gått bra ur medicinsk synpunkt på samma sätt som i den svenska patientförsäkringen. Ingen ersättning lämnas då det inte inträffat en fysisk skada. Den kränkning som det innebär att själv inte få bestämma över sin kropp är en psykisk skada, som inte är en följd av en fysisk sådan, och faller därför utanför det skadebegrepp som finns i den danska patientförsäkringen.<sup>29</sup> Ersättning får i stället sökas i den vanliga skadeståndsrätten.

Om det däremot inträffar en fysisk skada till följd av en sådan ”retsstridig” behandling, har patienten rätt till ersättning för den skadan, men fortfarande inte för själva kränkningen. Skadan ersätts då enligt § 2 stycke 1 nummer 1 i villkoren som talar om att en erfaren specialist skulle ha handlat annorlunda i samma situation.

Om en patient har lämnat samtycke till ingreppet men inte fått ordentlig information om ingreppets risker, uppstår frågor om i vilken omfattning ersättning kan betalas för inträffade komplikationer som läkaren borde ha informerat om, samt huruvida den bristande informationen utvidgar patientens ersättningsmöjligheter.<sup>30</sup> Vad det gäller ersättningen från patientförsäkringen är det helt klart att bristande information inte utvidgar möjligheterna. Patienten får ej någon ersättning enbart på grund av bristande information, utan skadan måste i så fall kunna ersättas enligt någon annan grund, t.ex. §2 stycke 1 nummer 4 eller §2 stycke 1 nummer 1.<sup>31</sup> Undantaget är fall då

26) T.ex. Rynning och Agell.

27) Agell s. 450.

28) NOU 1992:6 s. 95.

29) Lov om patientforsikring § 1 stycke 1.

30) von Eyben s. 205.

31) von Eyben s. 205.

informationen varit så bristfällig att patienten överhuvudtaget inte varit medveten om vad ingreppet innebar. I sådana fall kan inte samtycket tillmätas någon betydelse och ersättning kan lämnas, som ovan angivits, för bristande samtycke. Detta är dock ett mycket ovanligt undantag.<sup>32</sup>

Finns det då möjlighet för patienten att få ersättning via de allmänna skadeståndsrättsliga reglerna för bristande information i Danmark? Problemet är att patienten måste kunna visa ett orsakssamband mellan den bristande informationen och skadan. Det är alltså upp till patienten att bevisa att, om fullständig information hade givits honom/henne, hade han/hon aldrig samtyckt till ingreppet.<sup>33</sup> Detta kan givetvis vara svårt att visa. Det gäller att övertyga domstolen om att den komplikationsrisk som fanns hade fått patienten att behålla sin grundsjukdom med allt vad det innebar av framtida försämringar, hellre än att utsätta sig för detta risktagande. Visserligen har människor rätt att handla irrationellt, men det är inte lätt att bevisa att man inte skulle handlat som alla andra i en given situation.<sup>34</sup>

Dock finns inom dansk rätt en önskan att knyta en skadeståndsrättslig påföljd till läkarnas informationsplikt. Det anses inte räcka med en eventuell påföljd från Patientklagenævnet.<sup>35</sup> En möjlighet till detta vore att använda principen om casus mixtus cum culpa i dessa sammanhang.<sup>36</sup> Detta innebär att den culpa som läkaren visar då han/hon inte lämnar tillräcklig information, leder till att läkaren får svara för alla de skador som uppkommer efter detta. Denna princip har dock inte vunnit gehör i rättspraxis, troligen delvis på grund av att den oftast tillämpas på kontraktsförhållanden. Det finns dock tillfällen

då principen har tillämpats. Ett fall handlade om en patient med huvudvärk som fick behandling för detta hos en kiropraktor bestående av tryck med fingrarna mot patientens kranium. Ett blodkärl kom i kläm och detta ledde till 100-procentig invaliditet. Här kom domstolen fram till att kiropraktorn borde ha informerat om risken, och eftersom detta inte gjorts fick han också stå för de efterföljande skadorna.<sup>37</sup> En nackdel med att låta principen om casus mixtus cum culpa vara den rådande i dessa fall är att man på så sätt sätter de patienter som inte fått någon information i en mycket bättre ställning än de som erhållit information. Man kan inte låta varje fall av bristande information leda till fullt ansvar för allt senare inträffat.<sup>38</sup>

En annan möjlighet att förenkla för patienten att få ersättning på grund av läkarens bristande information, är att lätta bevisbördan för patienten vad gäller orsakssambandet. Om en klar informationsbrist föreligger från läkarens sida och det vid en objektiv värdering kan antas att informationen skulle ha påverkat patienten, presumeras orsakssamband. Det är alltså läkarens sak att bevisa att patienten skulle ha givit sitt samtycke även om all information lämnats. Denna princip har dock inte fått gehör i praxis ännu.

## 2.8 Kommentarer

Sammanfattningsvis kan sägas att rättsläget på detta område är oklart både i Sverige och övriga Norden. Oklarheten gäller dock inte i första hand patientförsäkringarnas inställning till frågan. De tycks ha en tämligen fast praxis. De stora oklarheterna finns inom den allmänna skadeståndsrättens område. Trots att frågan nu har varit upp i HD,<sup>39</sup> verkar problemen inte ha minskat.

---

32) von Eyben s. 205.

33) von Eyben s. 206.

34) von Eyben s. 206.

35) von Eyben s. 206.

36) von Eyben s. 207.

---

37) UfR 1991. 774Ö.

38) von Eyben s. 210f.

39) NJA 1990 s. 442.

Kanske beror detta på att olika personer inom den juridiska doktrinen har sett på problemet ur så fullkomligt olika synvinklar. *Anders Agell* inleder med att konstatera att framkallandet av en risk för personskada är oförsvarligt och skadeståndsgrundande, men det kan bli ansvarsfritt om ett samtycke har lämnats.<sup>40</sup> Det skulle, som jag uppfattat saken, innebära att i det ovan refererade NJA 1990 s. 442 var frågan huruvida det var skadeståndsgrundande från läkarnas sida att utsätta patienten för den risk som senare inträffade lätt besvarad. Givetvis var det så. Det enda som, enligt Agell kunde fria läkarna från ett skadeståndsansvar var att patienten lämnat ett samtycke till att risken togs. Frågan blir alltså istället om sådant samtycke har lämnats. På detta sätt resonerade inte HD.

*Jan Hellner* å sin sida säger<sup>41</sup> att frågan om skadeståndsskyldighet för bristande information inte är en fråga om ett fritagande från ett skadeståndsansvar, som Agell menar, utan istället om införande av ett nytt sorts skadeståndsansvar för personskada. Hellners skäl till att inte instämma i Agells teori är att han motsätter sig att en skada skall ge skadestånd på grund av kränkt självbestämmanderätt, när den mycket väl hade kunnat uppstå även om självbestämmanderätten hade respekterats. Denna princip skulle, enligt Hellner, leda till att man använde skadeståndsrätten som princip vid bristande information, fast det ju i realiteten endast blir fråga om ersättning i de fall där någonting går snett och en personskada uppstår. En person som lidit skada trots en korrekt behandling men inte fått information om den, kommer alltså i ett bättre läge än den som fått informationen. Istället bör patientens samtycke spela en större roll vid avvägandet huruvida behandlingen var medicinskt motiverad eller ej,<sup>42</sup> d.v.s. om §2.1 i patientförsäkringens villkor är tillämplig.

40) Agell s. 445ff.

41) Hellner s. 748.

42) Hellner s. 748.

Själva kärnfrågan i diskussionen kring informerat samtycke kan tyckas vara frågan om patientens självbestämmanderätt. Denna uppfattning tycks *Elisabeth Rynning* ha i sin kommentar till NJA 1990 s. 442. Hon kritiserar bl a Patientskadenämnden för dess uttalanden i frågan och tolkar dessa som att nämnden inte vill tillerkänna patienten någon sådan rätt.<sup>43</sup> På den punkten anser jag att hon har fel. En stor majoritet anser säkert att patientens självbestämmanderätt är mycket viktig, så även Patientskadenämnden, men de som i det dagliga arbetet ställs inför dessa frågor kanske ändå är något restriktiva av praktiska skäl. De är rädda för de många svåra frågor och bevisproblem som skulle följa i principens fotspår. Min personliga uppfattning är dock att det i det långa loppet inte kommer att gå att undgå problemet, vare sig för patientförsäringen eller domstolarna. Detta kommer att bli en stor fråga i framtiden, och ju tidigare en klar rättspraxis kan bildas, desto bättre.

### **3. Person- eller kroppsskada?**

#### **3.1 Sverige**

Den svenska patientförsäringen talar endast om skador av kroppslig art.<sup>44</sup> Detta innebär i och för sig inte att inga psykiska skador kan ersättas, men de måste i så fall härstamma från en fysisk skada. Det innebär inte heller att patienter som behandlas för psykiska besvär hamnar utanför försäkringens villkor. De har på samma sätt rätt till ersättning som andra patienter om de under behandling drabbas av en fysisk skada.

Rent psykiska skador ersätts alltså inte. Detta innebär att till exempel de omdebatterade fallen där narkosen inte har fungerat tillfredsställande och patienten har varit mer eller mindre vaken under ingreppet och haft klara upplevelser av händelseförloppet, inte

43) Rynning s. 632.

44) Ersättningsbestämmelserna § 2.

kan ersättas från patientförsäkringen.<sup>45</sup> Detta gäller endast i de fall där narkosen har givits på ett korrekt sätt. Om något fel har begåtts ersätts även denna typ av skada enligt skadeståndsrättsliga regler.<sup>46</sup>

Inte heller ersätts fysiska skador som är en följd av en psykisk skada. Det finns vad jag förstår endast ett fall där detta har varit av intresse. Det gällde en patient som fick ett finger amputerat och efter detta vägrade använda handen, vilket fick ytterligare rörelsenedsättningar till följd.<sup>47</sup> Ersättning utgick ej.

Däremot ersätts psykiska skador som är en följd av en ersättningsbar fysisk skada. Det kan givetvis uppstå situationer då patienter som genomgår en behandling och efteråt drabbas av ytterligare skador upplever en depression. Denna kan då ersättas av patientförsäkringen.

Vad är då anledningen till att villkoren ser ut som de gör? Troligen beror det till största delen på de bevisvärigheter som kan komma att uppstå vid urskiljandet av den psykiska skadan ur grundsjukdomen.<sup>48</sup> Ofta finns psykiska sjukdomar latent hos patienterna och att avgöra i vilka fall den konstaterade psykiska sjukdomen uppstått på grund av behandlingen och i vilka fall den endast har brutit ut på grund därav, det vill säga tillhörde grundsjukdomen, är en hart när omöjlig uppgift. Dessutom kan den smärta och andra obehag som ofta är förknippade med alla former av behandling upplevas mycket olika av olika patienter.<sup>49</sup> När skall ett sådant obehag klassas som en psykisk skada, och när är det helt enkelt något som man som patient får lov att stå ut med? Vilken obehagskänsla måste uppnås för att det skall klassas som psykisk skada? Vem skall visa att ett orsakssamband

föreligger? Om denna bevisbörda skulle läggas på patienten skulle det säkerligen inte leda till många ersättningsfall, men om samband skulle presumeras vore det i det närmaste en omöjlighet för sjukvårdspersonalen att visa något annat.

### 3.2 Danmark

Den danska patientförsäkringen har valt att ha samma regler som den svenska. Endast fysiska skador ersätts<sup>50</sup>, och skälen till detta är i princip de samma som i Sverige, d.v.s. i huvudsak administrativa.<sup>51</sup> Även i Danmark täcks psykiska skador som är en följd av fysiska skador, men inte vice versa.

Ytterligare ett svårt gränsdragningsproblem, förutom de som nämnts ovan, är de fall då en sterilisering eller abort misslyckas. Är då barnets födelse en skada och skall i så fall kostnader för barnets uppfostran och dylikt täckas av försäkringen? På bägge dessa frågor svarar danskarna nej,<sup>52</sup> och detsamma kan anses gälla för den svenska försäkringen.

Inte heller kränkningar av den personliga friheten till exempel vid tvångsinläggning omfattas av ersättningsbestämmelserna.<sup>53</sup> Vad det gäller andra former av kränkningar, se kapitlet om informerat samtycke.

### 3.3 Norge

I Norge ser förslaget till ny patientförsäkring helt annorlunda ut på denna punkt. Enligt förslaget skall §1 innebära att försäkringen skall täcka *personskador*, d.v.s. både fysiska och psykiska skador.<sup>54</sup> Här finns alltså inget krav på att den psykiska skadan skall ha ett samband med den fysiska. Det talas särskilt om att försäkringen skall täcka just sådana fall som tidigare kommenterats i både den svens-

45) Hedman s. 90.

46) PSN 1/1992.

47) PSN 21/1978.

48) Hedman s. 90.

49) Hedman s. 90.

50) Patientförsikring §1 stycke 1.

51) von Eyben s. 181.

52) von Eyben s. 184.

53) von Eyben s. 185.

54) NOU 1992:6 s. 90.

ka och den danska försäkringen där patienter varit vakna under operation. Det sägs också att skada i form av chock vid felaktigt givna diagnos på grund av till exempel hopblandade röntgenplåtar skall vara ersättningsberättigad.<sup>55</sup>

Däremot sägs uttryckligen att ett barns födelse efter en misslyckad sterilisering *inte* är en skada och därför inte heller täcks av försäkringen.

Anledningen till att Norge har valt denna lösning verkar hänga samman med att den nuvarande provisoriska försäkringen inte överhuvudtaget innefattar den psykiska vården. Detta önskar utredningen ändra på.<sup>56</sup> Utredningens uppfattning är att det kanske i ännu högre grad är viktigt för de psykiskt sjuka att kunna få ersättning från en försäkring, då de är i en till och med svagare ställning än andra patienter. Det vore därför synnerligen orättvist att göra skillnad mellan patientgrupperna.<sup>57</sup> Då utredningen slagit fast detta samt motiverat sitt ställningstagande, verkar man ha ansett att den självklara konsekvensen av detta är att även de psykiska åkommorna måste täckas av försäkringen. Någon separat motivering till detta har inte lämnats.

### 3.4 Kommentar

Är den svenska lösningen rimlig? Jag tror att här, precis som i så många andra frågor, har den svenska patientförsäkringen valt en lösning som är praktiskt användbar. Än en gång har önskan att hålla nere kostnaderna för försäkringen och att få en så smidig skadereglering som möjligt fått styra valet av ersättningsbestämmelse. Kanske var det också så att då försäkringen bildades var detta ingen särskilt uppmärksammas frågeställning och därför ägnades den inte någon större uppmärksamhet. I dag ser däremot läget annor-

55) NOU 1992:6 s. 90.

56) NOU 1992:6 s. 68f.

57) NOU 1992:6 s. 69.

lunda ut. Frågan om psykiskt lidande av olika slag har uppmärksammas på flera områden. Bland annat tror jag att HD:s domar angående skadestånd till anhöriga till brottsoffer<sup>58</sup> indikerar att det psykiska lidandet kommer att ersättas i högre grad inom ett flertal områden. Dessutom tror jag att uppmärksamheten kring fallen med vakna patienter under operationer har lett till att den allmänna folkopinionen anser att dessa skador bör ersättas. Det stämmer nog inte med folks rättskänsla att helt avböja ersättning i dessa fall med motiveringen att det inte skulle vara en kroppsskada att känna smärta och obehag under en operation.

Jag tror därför att vi för eller senare får se en förändring av den svenska försäkringen så att den blir mer lik det norska förslaget. Konsortiet för patientförsäkring får helt enkelt finna en lösning på de problem som är knutna därtill, främst bevisbördereglererna kring orsakssambandet.

## 4. Vem har bevisbördan?

I ersättningsbestämmelserna sägs att en behandlingsskada skall ersättas om den kunnat undvikas.<sup>59</sup> Vem skall visa att skadan var oundviklig respektive inte?

### 4.1 Det tidigare rättsläget

I bestämmelserna före 1991 angavs att behandlingsskador skall ersättas och sedan räknades ett antal fall upp då detta inte gällde, däribland när skadan var oundvikbar. Det ålåg sedan patienten att visa, inte bara att skadan hade orsakssamband med det medicinska ingreppet, utan också att den skadeorsak som Patientförsäkringskonsortiet utpekade som den troligaste och som oundvikbar, inte var den enda möjliga. Patienten skulle alltså visa antingen att det gått att undvika skadan genom att utföra det skadebringande ingrep-

58) HD:s domar nr DT 108 24 feb 1993 samt DB 107 24 feb 1993.

59) Ersättningsbestämmelserna § 2.1.

pet på ett annat sätt, eller att skadeorsaken var en annan, för att få ersättning genom och omkullkasta Patientkonsortiets påstående om oundviklighet.

Dessa beviskrav var givetvis vid vissa tillfällen mycket svåra för patienten att uppfylla. Ytterligare en svårighet tillkom då patienten inte beviljades allmän rättshjälp för ärenden i samband med patientförsäkringen under förhandlingen med konsortiet eller nämnden,<sup>60</sup> utan först i samband med ett eventuellt skiljemannaförfarande. Rättshjälp kunde säkerligen ha behövts i många fall då det ofta rör sig om mycket komplicerade medicinska utredningar som en lekman har svårt att bedöma. Anledningen till att rättshjälp inte ansågs vara nödvändig är att utredningsplikten är ålagd försäkringskonsortiet.<sup>61</sup>

Denna bevisbördesplacering väckte en hel del kritik, just på grund av att det ansågs väl hårt att patienten själv skulle vara tvungen att finna en ännu mer trovärdig orsak till skadan än den som patientförsäkringen funnit. Dessutom ställer begreppet "oundviklig" ibland till problem för personer utanför patientförsäkringen. Det är inte ett helt lyckat valt uttryck. För patienten framstår det som att om försäkringen har nekat ersättning på grund av oundviklighet, borde det innebära att alla fall av denna behandling leder till just denna skada. Så används emellertid inte uttrycket inom försäkringen. Det kan vara svårt för en patient att inse att det inte räcker med att visa att det skett likadana ingrepp utan att skada uppstått för att motbevisa försäkringens påstående om oundviklighet.

#### **4.2 Det nuvarande rättsläget**

Under den senaste tiden har rättsläget på detta område ändrats tämligen radikalt. I ett antal fall av skiljedomar har bevisbördesplacering- en prövats. Då den första skiljedomen kom

60) Hedman s. 85.

61) Arbetsordningen § 9.

som gick emot de förut rådande principerna, väckte denna kanske inte tillräckligt stor uppmärksamhet. Principerna ändrades inte omedelbart utan frågan behandlades på samma sätt ytterligare en tid inom Patientförsäkringskonsortiet och Patientskadenämnden.<sup>62</sup> Dock kom det efter hand ett antal skiljedomar som alla pekade i samma riktning. Bevisbördans placering var på väg att flyttas från patienten och till Patientförsäkringskonsortiet.

Den juridiska teorin som dessa domar byggde på var ställningstagandet att eftersom bestämmelsen om att ersättning inte skall lämnas vid oundvikbara skador var ett undantag från huvudregeln om att behandlingsskador ersätts,<sup>63</sup> så var det patientförsäkringens sak att visa att detta undantag var tillämpligt. Patientförsäkringskonsortiet hade tidigare inte sett detta som ett undantag, utan som en regel med samma dignitet som andra regler.

Men trots att dessa domar visserligen pekar i samma riktning finns det betydande olikheter dem emellan som gör att man kan undra hur genomtänkt det hela egentligen är. Jag ska nedan sammanfatta några skiljedomar som berör saken samt kommentera vad de har för betydelse ur bevisbördessynpunkt.

Hos en medelålders man konstaterades cancer i höger testikel.<sup>64</sup> Efter operation behandlades patienten med cytostatika och ytterligare ett ingrepp vidtogs ett par månader senare. Efter detta andra ingrepp behandlades patienten med bland annat ett morfinpreparat mot smärtor genom en epiduralkateter. Ett par dagar efter operationen konstaterades känselbortfall samt förlamning nedanför midjan. Dessa problem kvarstår fortfarande.

Patienten anförde inför skiljemännen att skadan uppstod som en direkt följd av behandlingen. Det går visserligen inte att säkert fastställa den exakta skadeorsaken, men det

62) Patientförsäkringskonsortiet.

63) T.ex. Skiljedom Stockholm 16 april 1986 samt Skiljedom Stockholm 3 november 1992.

64) Skiljedom Stockholm 16 april 1986.

troligaste är användandet av epiduralkate-  
tern.

Konsortiet har å sin sida anfört att det är  
ytterst osannolikt att skadan har uppstått på  
grund av någon av de vidtagna behandlingsåtgär-  
derna, utan att möjligen kombinationen av  
dem alla samt patientens status i övrigt kan ha  
lett till skadan. Skadan var därför oundvikbar  
och ersättning ska inte lämnas.

I domskälen konstaterade skiljemännen att  
då en skada har uppstått till följd av en medi-  
cinsk behandling men den exakta skadeorsaken  
inte kan konstateras, uppstår givetvis  
svårigheter att säga om skadan kunnat undvi-  
kas eller ej.<sup>65</sup> Frågan som då måste besvaras  
är vem som skall bära bördan av denna osä-  
kerhet, patienten eller försäkringen? Skilje-  
männen uttalar att det åligger Patientförsäk-  
ringskonsortiet att visa att denna undantags-  
bestämmelse är tillämplig. Endast om konsortiet  
kan bevisa att det är *väsentligt mer sannolikt*  
att skadan var oundvikbar än att den  
kunnat undvikas, kan ersättning vägras. Detta  
kunde här inte göras, utan patienten var ersättnings-  
berättigad.

Här har som synes patientförsäkringen ålagts  
en sträng bevisbörda. Den åläggs härigenom  
att ersätta alla de fall där skadeorsaken inte  
fullt kan klargöras och om den inte kan få  
fram material som visar att det är *väsentligt  
mer sannolikt* att skadan inte gått att undvika.  
Det är självfallet mycket svårt att göra i fall  
där inga klara skadeorsaker finns.

I en skiljedom fem år senare<sup>66</sup> handlade det  
om en man som på grund av smärtor i benet  
behandlades med en permanent blockad med  
Fenol. Denna ledde till en nervskada. Patien-  
ten hävdade att skadan uppstått därför att  
injektionsnålen träffade och skadade en nerv  
vid instickningen. Skadan skulle vara ersättnings-  
bar då den gått att undvika med tillämp-  
ning av facitresonemanget.

65) Skiljedom Stockholm 16 april 1986 s. 6.

66) Skiljedom Stockholm 2 maj 1991.

Patientförsäkringskonsortiet å sin sida häv-  
dade att skadan berodde på så kallat ”spill-  
over”, det vill säga att det injicerade Fenolet  
hade spritts utanför det område som var av-  
sett. Om detta var skadeorsaken handlade det  
om en oundvikbar skada.

I domskälen återopade skiljemännen de  
sakkunniga<sup>67</sup> som ansåg att det var *mest san-  
nolikt* att skadan orsakats av ”spill-over”.  
Detta är visserligen inget avgörande bevis i  
dessa sammanhang, men eftersom inga indi-  
kationer finns för en annan bedömning får  
sannolikheten anses tala för att detta fall lik-  
nar majoriteten av sådana skadefall. Vad pa-  
tienten anfört gjorde det inte sannolikt att  
hans fall skiljer sig från majoriteten. Det rör  
sig därför om en oundvikbar skada och ersättnings-  
lämnas inte.

Här har skiljemännen sänkt kraven på be-  
visning från Patientförsäkringskonsortiets  
sida. Det räcker med att det är *mest sannolikt*  
att skadan inträffat på det sätt som de anfört  
för att undantagsregeln om oundvikbarhet  
skall kunna tillämpas. *Mest sannolikt* inne-  
bär, vad jag förstår, att det räcker med 51%  
övertikt åt försäkringens håll, vilket väl knap-  
past räcker för *väsentligen mer sannolikt*. Det  
verkar inte som om skiljemännen i detta mål  
har ansett att patientens intresse måste skyd-  
das framför försäkringens i dessa tveksamma  
fall. Att resultaten i dessa bägge fall är så olika  
är anmärkningsvärt, då det till och med till  
2/3 är samma skiljemän som fattat besluten<sup>68</sup>,  
och oturligt då det inte underlättar en enhetlig  
bedömning i dylika fall inom patientförsäk-  
ringen.

Ytterligare en dom samma år<sup>69</sup> behandlade  
frågan. Det handlade om en kvinna som be-  
handlades med strålbehandling för en tumör i  
hypofysen. Strålbehandlingen orsakade en

67) Skiljedom Stockholm 2 maj 1991 s. 10.

68) Anders Knutsson, Åke Vilhelmsson samt Jan  
Melander respektive Anders Knutsson, Sven Lövin samt  
Jan Melander.

69) Skiljedom Stockholm 13 september 1991.



synnervsinflammation som senare ledde till total blindhet. Patienten anförde att orsaken till skadan var den höga stråldosen på 50 Gy. Patientförsäkringskonsortiet medgav visserligen att strålningen var orsaken till skadan, men ansåg inte att stråldosens storlek kunde sättas i samband med skadans uppkomst. Det går inte att på förhand säga vilka som kommer att drabbas av denna kända biverkan (blindheten), och skadan var därför oundviklig.

I domskälen anger skiljemännen att det i detta enskilda fall inte gick att konstatera någon säker enskild skadeorsak. Dock var det en medicinsk sanning att sådana här skador inträffar ibland vid denna typ av behandling, och skadan får betraktas som oundviklig. Det är visserligen troligt att en minskad stråldos skulle ha minskat skaderisken, men det innebär inte att det kan sägas att skadan då kunnat undvikas. Detta finns det inte belägg för i den medicinska litteraturen. Ingen ersättning lämnas.

Resultatet av denna dom ligger i linje med den närmast ovan nämnda. Visserligen kan ingen exakt skadeorsak finnas, men det händer att sådana här skador uppstår och de är i vanliga fall oundvikbara och därför är troligen även denna det<sup>70</sup>. Patienten har inte lyckats visa något annat. Det var *mer sannolikt* att skadan var oundvikbar än att den gått att undvika. Vad som förbryllar något i just detta fall är att skiljemännen konstaterar att minskad stråldos sannolikt skulle ha reducerat skaderisken, men när patienten anför att det var just den höga stråldosen som orsakade skadan så anses detta inte belagt bland den medicinska expertisen. Det är mycket möjligt att det inte är ett till 100% fastlagt samband mellan strålningsdosen och skaderisken, men tydligt var det tillräckligt starkt indikerat för att övertyga skiljemännen om att visst samband troligen förelåg. Därför tycker jag att det är underligt att de så kategoriskt tar avstånd från patientens invändningar, och helt går på

70) Skiljedom Stockholm 13 september 1991 s. 5.

Patientförsäkringskonsortiet linje. Här verkar det som om patienten har ålagts en nästan hårdare bevisbördan igen.

Under 1992 avgjordes två fall. Det ena<sup>71</sup> rörde ett fall av behandling med epiduralkate- ter som orsakade bland annat värk och känsel- bortfall. I det andra fallet<sup>72</sup> uppstod en stor blödning i huvudet under en operation, vilken senare ledde till förlamning och koncentra- tionssvårigheter.

I inget av dessa fall kunde den direkta skadeorsaken fastställas. I domskälen sägs att eftersom det handlar om ett undantag från huvudregeln måste Patientkonsortiet styrka att deras föreslagna skadeorsak är den rätta, för att patienten skall nekas ersättning. I den ena domen sägs att:<sup>73</sup> ”Det kan knappast krä- vas full bevisning utan här som eljest får det bli fråga om en sannolikhetsbedömning.”

Här har ju uppenbarligen kraven på Patient- försäkringskonsortiets bevisbördan skärpts. Vi är tillbaka på *väsentligen mer sannolikt*, om inte ännu mer.

I en av de senaste domarna<sup>74</sup> som har kom- mit rörande denna rättsfråga rörde det sig om en medelålders man som genomgick en ope- ration i höger öra på grund av kronisk öronin- flammation. Efter behandlingen konstatera- des grav hörselnedsättning samt yrsel och balansbesvär.

Patienten anförde att han drabbats av en behandlingsskada som troligen uppstått un- der den tidsperiod då läkaren opererade ”blint”, det vill säga utan att se sitt instrument. När denna situation uppstod borde läkaren ha av- brutit operationen och på så sätt undvikit skadan.

Patientförsäkringskonsortiets inställning var också att skadan troligen inträffade under den ”blinda” delen av operationen. Att arbeta i

71) Skiljedom Stockholm 3 november 1992.

72) Skiljedom Stockholm 9 december 1992.

73) Skiljedom Stockholm 3 november 1992 s. 14.

74) Skiljedom Stockholm 15 juli 1993.

blindo tillhör dock det ordinära förfarandet under sådana här operationer, varför skadan får betraktas som oundviklig.

Även i domskälen konstateras att skadan troligen uppkom under det ”blinda” arbetet.<sup>75</sup> Dock utfördes operationen på ett fullt korrekt sätt, och det finns inte heller någon annan teknik att tillgå för denna sorts operation. Risken för skadan får därför anses som oundviklig och ingen ersättning skall utges.

Inte heller i detta fall kunde exakt sägas vad som orsakat skadan, endast under vilken del av operationen den uppstått. Dock fanns det endast två tänkbara skadeorsaker, bägge kunde hänföras till den ”blinda” delen av arbetet och de var båda oundvikliga. Skiljemännens resonemang skiljer sig sedan en aning från de tidigare då de slår fast att *risken* för skadan inte hade kunnat undvikas<sup>76</sup>. Det finns helt enkelt ingen operationsmetod som helt undviker ”blint” arbete och de därmed sammanhängande riskerna.

#### 4.3 Sammanfattning

Som framgår av det ovan anförda verkar det som om rättsläget är tämligen klarlagt genom de ovanligt många skiljemannaavgöranden som finns rörande just denna fråga. Den tunga bevisbörda som ålades Patientförsäkringskonsortiet i början av utvecklingen verkar ha upprätthållits även i den allra senaste domen.<sup>77</sup> Vad som dock tycks ha förändrats en del är domskälen. Tidigare domar har talat om att *skadan* inte har kunnat undvikas, medan den senaste istället talar om *risken för skada* som oundvikbar. Detta tror jag är en klar förbättring, inte minst för att det är betydligt mer begripligt för patienterna att de har skadats och inte får någon ersättning för att risken för en skada inte kunde undvikas vid ingreppet, än om patienten får höra att skadan varit

oundvikbar när han/hon vet att grannen genomgick samma operation förra veckan och klarade sig utan skador.

Vilken är då den rimliga placeringen av bevisbördan? Personligen håller jag med de skiljemän som vill ålägga Patientförsäkringskonsortiet densamma. Det är trots allt hos dem som utredningsplikten ligger, och dessutom har de resurser bland annat genom de läkare som de i sin verksamhet anlitar. Om de i vissa fall inte kan utpeka den exakta skadeorsaken, tycker jag att försäkringen får lov att betala. Dessutom har de stor fördel framför patienterna. De kan ju alltid skriva om ersättningsbestämmelserna så att lydelsen passar dem bättre.

Detta har också gjorts. 1991 skrevs § 2.1 i ersättningbestämmelserna om, dock inte för att ändra den utveckling inom bevisbördeområdet som jag ovan beskrivit. Denna utveckling var ännu inte särskilt tydlig, när ändringen gjordes. Skälet var helt enkelt att underlätta förståelsen för paragrafen. Den nya lydelsen räknar inte upp oundviklighet som ett undantag, utan det är en integrerad del av paragrafen.<sup>78</sup> Kommer då detta att förändra den bevisbördesplacering som dessa skiljedomar har fastställt? Nej, jag tror inte det. Visserligen framstår detta inte längre som ett undantag för den som läser paragrafen som den står, men man kan ju alltid fortsätta att anse den som ett undantag från Patientförsäkringens andemening, nämligen att ge patienter ersättning om de skadas inom den svenska sjukvården. Dessutom tror jag att skiljemännen får svårt att införa en sådan försämring för patienterna som det ju skulle vara om man återinförde de gamla bevisbördesreglerna så som de tolkades före de ovan refererade skiljedomarna. Om Patientförsäkringskonsortiet verkligen önskar ändra på placeringen av bevisbördan, måste paragrafen ändras på ett sådant sätt att bevisbördans placering framgår direkt av lydelsen.

75) Skiljedom Stockholm 15 juli 1993 s. 9.

76) Skiljedom Stockholm 15 juli 1993 s. 9.

77) Skiljedom Stockholm 15 juli 1993.

78) Se bilaga 1.

## 5. Facitresonemang

### 5.1 Det nuvarande systemet

För att en skada skall ersättas enligt de nu gällande villkoren för patientförsäkringen, skall den inte ha varit oundviklig.<sup>79</sup> Bedömningen av huruvida en skada är oundviklig eller ej, är inte lätt att göra, då det beror på vad man lägger in i begreppet "oundviklig". Är det endast de skador som *alltid* inträffar, vid varje behandlingstillfälle? Om det finns tillfällena där skadan *inte* inträffar, så går den ju uppenbarligen att undvika? Om man höll sig till detta resonemang vore det inte många skador som skulle vara ersättningsberättigade.

Nej, istället har man valt en konstruktion där man tittar på varje enskilt fall och gör en bedömning av huruvida skadan i just detta fall hade kunnat undvikas. Vid denna bedömning görs i Sverige en åtskillnad mellan å ena sidan själva utförandet av ingreppet, det vill säga *tekniken* som använts, och å andra sidan vilken *metod* som man från början bestämt sig för att använda.

När man bedömer huruvida den valda tekniken var korrekt, det vill säga det sätt som ingreppet verkligen utfördes på, använder man sig av ett så kallat facitresonemang.<sup>80</sup> "Hade det, med den kännedom om patienten som förvärvats genom ingreppet, varit möjligt att utföra ingreppet på ett annorlunda sätt och därigenom undvika skada skall ersättning utgå." Detta innebär att vid bedömningen skall *alla* kända fakta vägas in, även sådant som har kommit till kännedom efter det att ingreppet utfördes. Här tas alltså hänsyn till sådana saker som om patienten hade någon form av missbildning eller annan avvikelse från det normala, som ingen hade en möjlighet att upptäcka vid en undersökning. Ett vanligt exempel på detta är att någon form av nål skall stickas in, och den råkar träffa och

79) Ersättningsbestämmelserna § 2.1.

80) Hedman s. 95.

skada en nerv. Trots att ingreppet skett på ett alldeles korrekt sätt, är skadan ändå ersättningsbar, då ju nålen hade kunnat stickas in någon annanstans och på så sätt ha undvikits att skada nerven.

Vad gäller bedömningen av om den valda *metoden* var den rätta, ligger saken annorlunda till. Här används inget facitresonemang utan bedömningen sker endast utifrån vad en erfaren läkare borde ha upptäckt och vilka slutsatser han borde ha dragit *vid tidpunkten för* ingreppet. Detta är en objektiv bedömning, och någon hänsyn tas inte till den enskilda vårdgivarens kompetens eller arbetsförhållande.<sup>81</sup>

Denna skillnad framgår ej av ordalydelsen i villkoren, utan framgår endast i diverse litteratur, samt vid direkt kontakt med patientförsäkringen.<sup>82</sup>

### 5.2 Danmark

I Danmark har man valt att titta på de svenska reglerna, men inte skilja mellan teknik- och metodval.<sup>83</sup> I bägge dessa fall tillämpas facitresonemanget. Dock är en förutsättning för detta att det överhuvudtaget fanns en annan metod eller teknik att tillgå vid behandlingstillfället.<sup>84</sup>

### 5.3 Norge

I det norska lagförslaget som NOU 1992:6 presenterade sägs det i §3 första stycket att skador som uppkommit på grund av "feil eller svigt" ska ersättas. Utredningen säger klart att<sup>85</sup> valet av metod eller teknik (utredningen gör ingen skillnad däremellan) inte kan berättiga till ersättning enligt detta stadgande, och tar därför inte ställning till huruvida ett facitresonemang skall föras eller inte. Det behöver

81) Hedman s. 94.

82) Hedman, von Eyben, Nou 1992:6, C. Espersson.

83) von Eyben s. 104 f.

84) PFL § 2 stycke 1 punkt 3.

85) NOU 1992:6 s. 78.

inte göras då utredningen slår fast att det inte kan anses som fel att välja en vederhäftig metod, även om det finns flera att välja bland. Nu innebär inte detta att den norska patienten inte kan få någon ersättning vid dylika skador. Den norska lösningen går istället ut på att prövningen görs enligt en, som jag uppfattar den, generalklausul, §3 tredje stycket. Där ges rätt till ersättning även om det ej föreligger "feil eller svigt" om det kan anses att det inte är rimligt att patienten själv får bära följderna av skadan, med hänsyn till tidigare tillstånd, sjukdomens art, behandlingens betydelse och risk och skadans art och omfång.

#### **5.4 Varför den svenska uppdelningen?**

Vad är skälen till att vi i Sverige har valt att göra en åtskillnad mellan teknik- och metodval, och tillämpa facitresonemang på det första men inte det andra? Vad skulle bli effekten om skillnaden togs bort, och båda valsituationerna utsattes för ett facitresonemang?

Främst skulle det innebära att en mycket noggrann och troligen tämligen snäv definition av vad som är en *metod* i försäkringens mening, måste göras. Hur etablerad skall den vara? Ska den finnas tillgänglig på just den vårdinrättning som patienten befinner sig på? Måste den finnas i Sverige, eller räcker det med att man någonstans i världen har använt sig av den? Hur mycket tid skall den behandlande läkaren använda till att leta efter metoden? Måste den finnas inom den traditionella västerländska sjukvården, eller är healing och dylikt också valbara metoder? Om man väljer att svara vidsynt och generöst på dessa frågor, kommer det att i framtiden ställas oerhört stora krav på läkarna att hålla sig aktuella vad gäller nya behandlingsmetoder, och dessutom kommer alldeles säkert antalet ersättningsbara behandlingsskador att öka, då det väl nästan alltid finns någon annan metod som kunde ha prövats istället. Den svenska patientför-

säkringen ser inte detta som en önskvärd utveckling.

En annan variant är att ta bort åtskillnaden mellan teknik- och metodval men också att ta bort facitresonemanget. Man skulle på detta sätt slippa de ovan nämnda frågorna, men detta skulle också innebära en väsentlig inskränkning i ersättningsmöjligheterna för patienterna, då det är först genom facitresonemanget som ersättningsmöjligheterna förbättras jämfört med den vanliga culpabedömningen.<sup>86</sup> Det vore knappast ett önskvärt resultat.

#### **5.5 Vad talar emot en uppdelning?**

Den norska utredningen anser inte att det finns någon anledning till en uppdelning mellan teknik- och metodval, dels för att denna gräns knappast framstår som vidare klar för patienten, men också för att det helt enkelt inte finns tillräckliga skillnader för att en sådan uppdelning skall kunna göras.<sup>87</sup> Det norska resonemanget är ju dock av mindre betydelse, eftersom det överhuvudtaget inte knyter någon diskussion kring facitresonemanget vid detta, utan har valt en helt annan lösning.

Danskarna gör inte heller någon skillnad mellan teknik- och metodval.<sup>88</sup> Facitresonemanget tillämpas på båda två. Här har man istället valt att göra en ordentlig precisering av vilka metoder som kan komma i fråga att välja bland.<sup>89</sup> Tekniken eller metoden skall vara "till rådighet stående", och dessutom vara lika effektiv ur medicinsk synpunkt, det vill säga ha möjlighet att ge samma resultat för patienten. "till rådighet stående" innebär att metoder skall finnas tillgänglig vid behandlingstillfället genom en förflyttning till

86) Hedman s. 95.

87) NOU 1992:6 s. 78.

88) Forslag till Patientförsäkring s. 17.

89) PFL § 2 stycke 1 punkt 3.

specialistavdelning inom sjukhuset eller eventuellt till ett annat möjligt sjukhus där hjälp kan fås. Metoder som framkommit senare än behandlingstillfället eller endast fanns utomlands tas alltså ej med vid bedömningen.<sup>90</sup>

### **5.6 Problem**

Med den svenska patientförsäkringen slipper man visserligen gränsdragningen vad det gäller att fastställa vilka metoder som överhuvudtaget skall kallas "metod", men istället uppstår frågan var gränsen går mellan teknik och metod. Att medicinering är en metod, medan kirurgi är en annan metod att behandla ett sjukdomstillstånd, är tämligen självklart. Men är medicinering med två olika preparat två olika metoder, eller endast olika teknik inom samma metod? Det vill säga skall bedömningen göras utan facitresonemang eller med?

Ett annat problem är att Patientskadenämnden ibland verkar ha svårt att hålla rätt på när facitresonemanget egentligen skall tillämpas, eller är det kanske så att man ibland så gärna vill dela ut ersättning så att skälen ibland blir lite underliga. I ett sådant fall<sup>91</sup> hade finger-vårter tagits bort genom elektrokoagulering med skadade nagelanlag till följd. Nämnden fastslog att ersättningsbar skada förelåg då skadan sannolikt hade kunnat undvikas vid ett annat metodval. Här har alltså facitresonemang tillämpats på val av metod, tvärtemot de principer som annars tillämpas.

Sådana resonemangsmissar har gjorts också i Patientskadekonsortiets sakframställningar inom skiljemannaförfarandet.<sup>92</sup> Frågan rörde ett fall av en lagd fenolblockad där patienten fått skador antingen av sk spill-over, det vill säga läckage av fenolet, eller av att nålen stuckits i en nerv. Konsortiet hävdade att det var den första skadeorsaken som var den

troligaste, men att även om det varit nålen som gav upphov till skadan kunde ersättning ändå ej lämnas då skadan var oundvikbar. Vart tog facitresonemanget vägen här? Här var det ju frågan om ett val av teknik, Nålen kunde ju stickas in på ett annat ställe och i så fall hade nerven inte träffats.

På grund av de problem med bedömningarna som jag ovan har redogjort för, samt det faktum att jag är övertygad om att ingen patient kan sätta sig in i och förstå vari den stora skillnaden ligger som gör att det för patienten klart gynnsammare facitresonemanget endast ibland kommer till bruk, skall det bli intressant att se hur det går i Danmark. Om den avgränsning som där gjorts vad det gäller vilka metoder som skall tas med i facitresonemanget fungerar som tänkt, anser jag att Sverige bör se över sina regler och eventuellt tillämpa facitresonemanget både på teknik- och metodval i framtiden.

## **7. Minimiskada**

Huruvida alla skador skall kunna tas upp till bedömning och ersättas av patientförsäkringen är en intressant fråga som har behandlats och lösts på olika sätt i de nordiska länderna.

### **7.1 Sverige**

En skada som har lett till en helt obetydlig ekonomisk förlust ersätts inte i Sverige. Det finns en minimigräns i 4 § sista stycket i ersättningsbestämmelserna för patientförsäkringen på 700 kronor. Storleken på detta belopp bestämdes helt enkelt som en rimlighetsgräns, och har sedan bara räknats upp genom åren allt eftersom kronans värde har sjunkit.

Varför finns denna gräns överhuvudtaget? Anledningen är troligen helt enkelt ett rent praktiskt övervägande. Administration är alltid en stor utgift, och så också inom patientförsäkringen. Att behandla en liten skada kräver i princip samma utredning som att utreda en stor. Kostnaderna blir därför oproportio-

90) Forslag till Patientförsäkring s. 17.

91) PSN 47/1976.

92) Skiljedom i Stockholm 2 maj 1991 s. 6.

nellst stora för dylika skador. Är det då rimligt att öka kostnaden för hela försäkringen bara för att kunna dela ut ersättningar på endast ett par hundra kronor? Det har ej ansetts så.

En annan anledning till att ha en minimigräns är att de patienter eller andra vårdsökande som råkar ut för så små ekonomiska förluster inte anses vara i samma behov av hjälp från samhället. En mindre kostnad kan de flesta klara av utan att det blir alltför kännbart för privatekonomin. Det görs dock ingen behovs- eller inkomstprövning av 700-kronorsgränsen, så det fasta beloppet kan uppfattas mycket olika beroende på den ekonomiska situation som personen i fråga befinner sig i.

Dock har den fasta beloppsgränsen i patientförsäkringen kompletterats med reglerna i 4 § första stycket punkterna 1—4. Där stadgas att ersättning kan utbetalas om behandlingsskadan har lett till 30 dagars sjukskrivning eller 10 dagars förlängd sjukhusvistelse eller om patienten fått ej obetydliga men eller avlidit. Skulle inget av dessa kriterier vara uppfyllda kan ersättning ändå betalas ut om kostnaderna och inkomstförlusten sammanlagt överstiger de 700 kronor som förut nämnts.<sup>93</sup>

Om en felbehandlad patient önskar få ut ett belopp som inte faller in under någon av de ovan nämnda punkterna i § 4, och patientförsäkringen inte heller anser sig betalningsskyldig till exempel på grund av culpa, har patienten alltid möjlighet att gå till domstol. Där åligger det patienten att visa culpa från sjukvårdens sida för att få kompensation enligt de vanliga skadestandsreglerna. En sådan process kan dock bli mycket kostsam. Jag tror därför att man kan säga att sådana småskador så gott som aldrig blir ersatta, hur mycket de än borde bli det.

Det är dock viktigt att komma ihåg att minimibelopp inte är en självrisk i traditionell mening, utan en franchise. Det vill säga om

man kommer upp i kostnader på över 700 kronor, betalas hela beloppet ut, utan något avdrag på 700 kronor. Dock har även lösningen med självrisk prövats under patientförsäkringens historia.

## 7.2 Norge

I Norge hade man ett minimiskadebelopp, precis som i Sverige, på 5.000 norska kronor.<sup>94</sup> 1992 påbörjades dock en utredning om patientskadeförsäkringens framtid, NOU 1992:6. Utredningen är kritiskt inställd till minimibeloppet och visar på ett antal alternativa lösningar:<sup>95</sup>

- ingen skillnad görs på små och stora skador utan den administrativa behandlingen sker på exakt samma sätt
- även små skador är ersättningsberättigande, men administrationen av dem sker på ett mer summariskt sätt
- de små skadorna är ersättningsberättigande, men den administrativa delen av försäkringen tar ej upp dem till behandling, utan utredningen får skötas helt och hållet av sjukhuset självt
- småskadorna är helt undantagna från försäkringens täckningsområde, och istället får man förlita sig enbart på de vanliga skadestandsreglerna (det vill säga så som vi valt att göra här i Sverige).

Man valde till slut att lämna sitt förslag enligt alternativ två, det vill säga att inte ha något minimibelopp, men låta de små skadorna få en snabbare och mindre kostsam utredning. Jag har lite svårt att se hur detta skulle gå till rent praktiskt. En av anledningarna till att utredningen förordar borttagning av minimibeloppsgränsen är nämligen just detta att även små skador kräver en kostsam utredning, helt enkelt för att konstatera att det trots allt *är* en skada. Verkar det inte lite sent att vid den tidpunkten börja göra en enklare utredning?

94) NOU 1992:6 s. 82.

95) NOU 1992:6 s. 82.

93) Ersättningsbestämmelserna § 4 stycke 2.

Ett belopp ska ju trots allt fastställas även vid små skador.<sup>96</sup>

Utredningen påpekar också att kostnaderna för småskador trots allt kommer att få bäras av det offentliga, även om minimibelopp införs, då ju antalet domstolsprocesser där patienten vänder sig direkt till sjukhuset med krav på skadestånd kommer att öka. Dessutom påpekar utredningen det ganska självklara att också vad vi kallar småskador kan kännas som en svår förlust för den drabbade, och ersättning kan därför behöva lämnas även i sådana fall.

### **7.3 Danmark**

I Danmark har man valt en helt annan linje än i Norge. Minimigränsen har satts så högt att det inte längre bara är småskador som undantas, utan alla skador som inte når upp till ersättningsbelopp på 20.000 danska kronor. En så hög gräns innebär att det är svårt att nå upp över gränsen för många människor, framförallt pensionärer, och det är ju trots allt de som är de flitigaste sjukhusbesökarna och därför de mest skadedrabbade. En 10-procentig invaliditet som drabbar en 70-årig person till exempel innebär i dagens Danmark en rätt till ersättning på knappt 14.000 danska kronor, och leder alltså inte till någon ersättningsrätt från Lov om patientförsikring.<sup>97</sup> Dock fungerar det som i Sverige att bara beloppsgränsen har passerats alldeles så lite, betalas hela beloppet ut. Det är alltså inte en självrisk på 20.000 danska kronor.<sup>98</sup>

Anledningarna till att denna beloppsgräns valdes var följande:<sup>99</sup>

- det sociala behovet av ersättning ansågs endast finnas vid storskador och därtill hörande ekonomiska förluster

- de övriga ersättningarna från samhället är betydligt sämre vid långvariga sjukdomstillstånd än vid korta

- en administrativ hänsyn, då man genom att sätta en sådan gräns begränsar antalet anmälningar högst väsentligt

- och sist, men inte minst, rent ekonomiska överväganden. En stor del av alla skador som anmäls rör små belopp och slipper man betala ut dessa kan man göra stora vinster. I Sverige är 30—40% av de ersättningsbara skadorna småskador som ersätts med belopp under 5.000 kronor.

### **7.4 Finland**

I den finska patientskadelagen regleras minimibeloppet i § 3. Här har man valt att låta skadereglerarna göra en skönsmässig bedömning av det hela, då man endast stadgar att ringa skada ej ersätts. Vad som menas med ringa skada framgår ej närmare av lagtexten. Cirka 5% av skadeanmälningarna i Finland avvisas på denna grund.<sup>100</sup>

### **7.5 Kommentarer**

Jag tror att Sverige har lyckats hitta en gyllene medelväg, som fungerar bra. Visserligen känns Norges lösning mycket tilltalande i teorin, men jag tror att det blir alltför många anmälningar som rör en hundralapp i merkostnad för ett extra läkarbesök, vilket kommer medföra problem i praktiken med ökade kostnader och längre handläggningstider. Enligt vissa beräkningar kostar varje anmäld skada ca 2.700 kronor i kostnader, och siffran är säkerligen ännu högre idag.<sup>101</sup> Man kan fråga sig om sådana kostnader är rimliga för att betala ut en ersättning på ett par hundra kronor.

Detta problem slipper säkerligen Danmark med den begränsning som de valt. Deras

96) NOU 1992:6 s. 82 andra spalten andra stycket.

97) von Eyben s. 241.

98) Forslag till Lov om Patientförsikring s. 20.

99) von Eyben s. 240.

100) Finlands patientförsäkringsförening Jyrki Särkämö Patientförsäkringens skadestatistik 15.6 1993 s. 1.

101) Patientförsäkringskonsortiet.

problem blir istället, som de själva påpekar<sup>102</sup>, att alltför många patienter aldrig överhuvudtaget anmäler skadan, då man inte tror att ersättning kommer att uppgå till 20.000. De flesta patienter har dock mycket dålig uppfattning om hur stor en eventuell ersättning kan komma att bli, och därför underlåts säkert en mängd ersättningsberättigade fall att anmälas, och mörkertalet ökar således. Eftersom försäkringen infördes så sent som april 1992 så är det svårt att ännu se hur många anmälningar som görs i förhållande till folkmängden och de andra nordiska länderna, men detta kan vara värt att se på vid ett senare tillfälle. En liten indikation får man kanske om man studerar andra halvåret 1992. I Danmark gjordes då 158 anmälningar. Detta ska jämföras med ca 550 anmälningar i Norge<sup>103</sup> och ca 2.500 i Finland<sup>104</sup> (vilket i och för sig är väldigt mycket. Finland har ungefär lika många anmälningar som Sverige trots ca halva folkmängden.)<sup>105</sup> Till viss del kan säkert den låga anmälningsfrekvensen i Danmark förklaras med att försäkringen där är ny och därför tämligen okänd för den stora massan, men en del beror säkerligen på 20.000-kronorsgränsen. *Hur* stor del återstår ännu att se.

### Förkortningar

|      |   |
|------|---|
| BrB  | Brottsbalken  |
| HSAN | hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd                 |
| LAS  | Lag om anställningsskydd                            |
| NOU  | Norges offentlige utredninger                       |
| NPE  | Lov om rett til erstatning ved pasientskader, Norge |

102) Patientförsäkringsforeningen (udkast) Årsberetning 9. April — 31. December 1992 s. 25.

103) Norsk Patientskadeersättning Årsmelding for 1992 s. 3.

104) Finlands patientförsäkringsstatistik Jyrki Särkämö Patientförsäkringens skadestatistik 15.6 1993 s. 1.

105) Patientförsäkringens Årsberättelse 1992 s. 1.

|     |  |
|-----|--|
| PFL | Lov om patientforsikring, Danmark                    |
| PSN | Patientskadenämndens utlåtanden                      |
| SkL | Skadeståndslag                                       |
| UfR | Ugeskrift for Retsvæsen (litterär afdeling), Danmark |

### Källförteckning

#### Litteratur

- A Special Edition on Medical Malpractice, ABRidge, A selected summary of recently published research by grantees, spring 1991, USA
- Agell, Anders, Skadeståndsansvaret för operativt ingrepp utan patientens samtycke, Juridisk Tidskrift nr 3/1990—91, s. 439, citerat Agell
- von Eyben, Bo, Patientförsikring, 1 uppl, 1993, citerat von Eyben
- Finlands Patientförsäkringsförening, Särkämö Jyrki, 15.6.1993, Patientförsäkringens skadestatistik, Finland
- Hedman, Anders, Ansvar och ersättning vid medicinsk verksamhet, 1 uppl., 1984 citerat Hedman
- Hellner, Jan, Patientens samtycke, Juridisk Tidskrift nr 4/1990—91 s 747, citerat Hellner
- Konsortiet för Patientförsäkring, Patientförsäkring vid behandlingsskada, Ersättningsbestämmelser fr.o.m. 91-07-01, citerat Ersättningsbestämmelserna
- Löwdahl, Kent K.-G., Enhällig dom — och ett prejudikat, Läkartidningen volym 89 nr 6 1992 s. 365
- Norsk Patientskadeerstatning-NPE, Årsmelding for 1992, Norge
- Patientförsäkringsforeningen, udkast Årsberetning 9.april—31.december 1992, Danmark
- Patientförsäkringen, Årsberättelse 1992
- Rynning, Elisabeth, Patientens samtycke — rättsligt relevant eller bara medicinsk-etiskt? Läkartidningen nr 4/1990—91 s. 630, citerat Rynning



### **Offentligt tryck**

NOU 1992:6 Erstatning ved patientskader NPE, Lov om rett til erstatning ved pasientskader, Norge

Forslag til Lov om patientforsikring, Lovforslag nr. L 144, Folketinget 1990—91 (2. samling), Danmark

Lov om patientforsikring, Danmark

Arbetsordning för Patientskadenämnden, Fastställd av Landstingsförbundet den 28 januari 1993

Lag (1980:11) om tillsyn över hälso- och sjukvårdspersonal m.fl.

Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)

LAS, Lag (1982:80) om anställningsskydd SkL, Skadeståndslagen, omtryckt i SFS 1975:404

BrB, Brottsbalken

### **Rättsfall**

NJA 1990 s. 442

HD:s dom nr DB 107, meddelad i Stockholm den 24 februari 1993

HD:s dom nr DT 108, meddelad i Stockholm den 24 februari 1993

UfR 1991, 774Ö, Danmark

Patientskadenämndens utlåtanden, PSN

PSN 47/1976

PSN 21/1978

PSN 115/1991

PSN 1/1992

PSN 1992:4

PSN 76/1992

### **Skiljedomar**

Skiljedom meddelad i Stockholm den 16 april 1986

Skiljedom meddelad i Stockholm den 2 maj 1991

Skiljedom meddelad i Stockholm den 13 september 1991

Skiljedom meddelad i Stockholm den 3 november 1992

Skiljedom meddelad i Stockholm den 9 december 1992

Skiljedom meddelad i Stockholm den 15 juli 1993

### **Övrigt material**

Muntliga uppgifter lämnade under samtal med representanter för Patientförsäkringskonsortiet, citerat Patientförsäkringskonsortiet