

Rätten till *patientskadeersättning*

En undersökning ur patientperspektiv om regleringen kring
patientskador och tillämpningen av patientskadelagen (1996:799)

Författare: Rebecca Johannesson, 19850116-4886

Handledare: Lotta Vahlne Westerhäll

Examensarbete 30 hp

Medicinsk rätt

Programmet för Jur Kand

Juridiska institutionen, höstterminen 2007



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

RESUMÉ

Den 1 januari 1997 övergick den frivilliga patientförsäkringen till att bli ett obligatoriskt system reglerat i patientskadelagen (PSL), innebärande en lagstadgad skyldighet för samtliga vårdgivare att teckna patientförsäkring. PSL reglerar patienters rätt till ersättning för skada uppkommen i hälso- och sjukvården och i lagens 6 § uppräknas de sex olika skadetyper för vilka ersättning utges, nämligen behandlingsskada, materialskada, diagnosskada, infektionsskada, olycksfallsskada samt medicineringskada. Bestämmelsen kommer att utgöra uppsatsens rättsliga utgångspunkt, i syfte att undersöka den praktiska tillämpningen av PSL.

Då en patientskada anmäls är det i första hand Personskadereglering AB (PSR) som utreder och bedömer i ärendet. De bedömningar som här görs kan av såväl den skadelidande som av vårdgivare, försäkringsgivare eller domstol, hänskjutas till Patientskadenämnden (PSN) för att genomgå överprövning. I uppsatsen kommer den praktiska tillämpningen av PSL att undersökas utifrån ett urval av de ärenden som sedan PSL:s tillkomst behandlats av denna nämnd, i syfte att ta reda på och redogöra för hur resonemangen i patientskadeärenden förs, samt besvara frågan om dessa står i överensstämmelse med PSL:s ändamål. Även frågan om det utifrån PSN:s bedömningar går att uttyda relevanta skillnader mellan när ersättning utges respektive inte gör det kommer att besvaras. I studien undersöks slutligen också om bedömningarna hos nämnden är att se som rättssäkra och rättvisa utifrån ett rättsstatligt rättssäkerhetsbegrepp, ett välfärdsstatligt rättvisebegrepp samt ett medicinskt patientsäkerhetsbegrepp.

Uppsatsens resultat består främst i sammanfattande redovisningar av bland annat de tillämpningstendenser som, inom varje enskild skadetyper, kunnat identifieras vid genomläsningen av PSN:s rådgivande yttranden. Resultaten kommer i den slutliga analysen att granskas dels över skadetypergränserna, dels utifrån de rättssäkerhets-, rättvise-, samt patientsäkerhetsaspekter som i korthet redogjorts för ovan.

FÖRKORTNINGAR

HD	Högsta domstolen
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
LYHS	Lag (1998:531) om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område
LÖF	Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag
NFT	Nordisk Försäkringstidskrift
PAL	Produktansvarslag (1992:18)
PatjL	Patientjournalallag (1985:562)
PPF	Patientförsäkringsföreningen
Prop	Proposition
PSL	Patientskadelagen (1996:799)
PSN	Patientskadenämnden
PSR	Personskadereglering AB
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING.....	7
1.1. Bakgrund och ämnesval.....	7
1.2. Syfte och frågeställningar.....	9
1.3. Material	10
1.4. Metod.....	12
1.5. Avgränsning.....	13
1.6. Disposition.....	14
1.7. Litteraturläget.....	14
2. PATIENTPERSPEKTIVETS BYGGSTENAR.....	16
2.1. Varför ett patientperspektiv?.....	16
2.2. Begreppen rättighet, rättssäkerhet och rättvisa.....	17
2.2.1. Allmänt.....	17
2.2.2. Finns det en rätt till patientskadeersättning?.....	18
2.2.3. Formell och materiell rättssäkerhet.....	18
2.2.4. Formell och materiell rättvisa.....	20
2.3. Medicinska patientsäkerhetsmål.....	21
2.4. Ett rättsligt patientsäkerhetsbegrepp.....	23
3. PATIENTSKADEERSÄTTNING I TEORIN.....	25
3.1. Patientskadelagen - en tillbakablick.....	25
3.2. Patientskadelagens innehåll.....	27
3.2.1. Allmänt.....	27
3.2.2. Rätten till patientskadeersättning, 6 § PSL	28
3.2.2.1. Allmänna förutsättningar.....	28
3.2.2.2. Behandlingsskada, 6 § 1 st 1 PSL.....	30

3.2.2.3.Materialskada, 6 § 1 st 2 PSL.....	32
3.2.2.4.Diagnosskada, 6 § 1 st 3 PSL.....	33
3.2.2.5.Infektionsskada, 6 § 1 st 4 PSL.....	34
3.2.2.6.Olycksfallsskada, 6 § 1 st 5 PSL.....	36
3.2.2.7.Medicineringskada, 6 § 1 st 6 PSL.....	38
3.2.3.Undantag från rätten till patientskadeersättning, 7 § PSL	39
3.2.4.Bristande information och patientskadeersättning.....	40
3.2.5.Kort om bestämmandet av ersättningens storlek.....	41
3.2.6.Preskription.....	41
4.PATIENTFÖRSÄKRINGEN.....	43
4.1.1.Allmänt.....	43
4.1.2.Patientskadenämnden.....	43
4.1.2.1.Bakgrund	43
4.1.2.2.Nämndens sammansättning	44
4.1.2.3.Nämndens uppdrag och förfaringsätt.....	45
5.RESULTAT.....	48
5.1.PSN:s referatsamling.....	48
5.1.1.Presentation av materialet.....	48
5.1.2.Behandlingsskada, 6 § 1 st 1 PSL.....	49
5.1.2.1.Allmänt.....	49
5.1.2.2.Karaktäristiskt för bedömningarna.....	49
5.1.2.3.Liknande fall – olika utgång.....	53
5.1.2.4.Kronologiska förändringar?.....	55
5.1.3.Materialskada, 6 § 1 st 2 PSL.....	56
5.1.3.1.Allmänt.....	56
5.1.3.2.Karaktäristiskt för bedömningarna.....	57
5.1.3.3.Olika fall - olika utgång.....	57
5.1.3.4.Fel eller säkerhetsbrist?.....	59
5.1.4.Diagnosskada, 6 § 1 st 3 PSL.....	60
5.1.4.1.Allmänt.....	60
5.1.4.2.Karaktäristiskt för bedömningarna.....	61
5.1.4.3.Ersättning för lidande.....	62

5.1.4.4.Kronologiska förändringar?.....	63
5.1.5.Infektionsskada, 6 § 1 st 4 och 3 st PSL.....	63
5.1.5.1.Allmänt.....	63
5.1.5.2.Karaktäristiskt för bedömningarna.....	64
5.1.5.3.Skälighetsbedömning enligt 6 § 3 st.....	64
5.1.5.4.Liknande fall – olika utgång.....	65
5.1.5.5.Kronologiska förändringar.....	67
5.1.6.Olycksfallsskada, 6 § 1 st 5 PSL.....	68
5.1.6.1.Allmänt.....	68
5.1.7.Medicineringskada, 6 § 1 st 6 och 7 § 1 st 2 PSL.....	69
5.1.7.1.Allmänt.....	69
5.1.8.Sammanfattning.....	70
6.ANALYS.....	74
6.1.Rätten till patientskadeersättning.....	74
6.1.1.Inledande kommentarer.....	74
6.1.2.När utges ersättning?.....	74
6.1.3.Rättssäker och rättvis tillämpning av PSL?.....	78
6.2.Slutord.....	81
REFERENSER.....	84
Offentligt tryck.....	84
Patientskadenämndens referatsamling.....	84
Litteratur.....	86
Artiklar.....	87
Intervju.....	88
Internet.....	88

1. INLEDNING

1.1. Bakgrund och ämnesval

Jag läste våren 2007 en debattartikel med rubriken ”Landstingen tar krafttag mot patientskador i vården”, där skribenterna hävdar att uppemot 90 000 patienter årligen skadas eller riskerar att skadas inom vården, och man konstaterar att landstingen satt in kraftfulla åtgärder för att öka patientsäkerheten.¹ Enligt artikeln består dessa skador främst av infektioner samt felaktiga läkemedelsbehandlingar, och man efterlyser ytterligare säkerhetsåtgärder i form av exempelvis ökad internrapportering av risker i vården och framgångsanalyser – allt för att minska patientskadorna och öka patientsäkerheten. Artikeln argumenterar således för ett ökat förebyggande arbete mot patientskadorna, vilket jag vid denna läsning fann väl värt sina satsningar. Samtidigt började jag dock fundera över möjligheterna till upprättelse och ersättning för den enskilde patienten när skadan väl är framme.

Att komma i kontakt med hälso- och sjukvården är för många ett om än inte vanligt, så likväl förekommande, inslag under livets gång. Iförda rollerna av patienter befinner vi oss många gånger i fullständig beroendeställning till den service hälso- och sjukvården har att erbjuda; vid sjukdomens inträde står oftast inga alternativ till buds, annat än att vända sig till närmaste sjukhus eller vårdcentral. Ofrånkomligt är även att ju svårare sjukdom eller skada en person drabbats av, desto större blir samtidigt riskerna för eventuella skador till följd av den vård som måste ges. Någon utfästelse från hälso- och sjukvården att dess vård- och behandlingsutövning är riskfri eller oskadlig är följaktligen i det närmaste en omöjlighet;² patientskadorna kan i vissa fall utgöra ofrånkomliga baksidor av att sjukvården i gengäld också räddar liv, eller så kan de till följd av rådande vårdssituation och befintliga behandlingsalternativ ha varit omöjliga att undvika.

Trots situationens dubbelhet vore det orimligt att blunda för att antalet patienter

1 Sörman mfl, ”Landstingen tar krafttag mot patientskador i vården”, *Göteborgs-Posten* 2007-03-02.

2 Wilow & Wilow, *Patientskadelagen, en kommentar*, s 11.

som i samband med vård och behandling skadas är mycket omfattande³ - de rättsstatliga krav som finns på den enskilde samhällsmedborgarens rätt till rättssäkerhet och rättvisa gentemot det allmänna torde gälla även hälso- och sjukvården.⁴ Huruvida så verkligen är fallet, det vill säga om den svenska hälso- och sjukvården uppfyller de rättsstatliga kraven på bland annat formell och materiell rättssäkerhet, kan visserligen diskuteras och har så också gjorts. Detta kanske framförallt vad gäller frågan om man kan tala om hälso- och sjukvård såsom en utkrävbar patienträttighet – en fråga som visserligen inte faller in under denna studies omfång.⁵

För att återgå till studiens bakgrundsproblematik, kan konstateras att riktlinjerna för den svenska hälso- och sjukvården är många och kraven höga. Förutom HSL:s föreskrifter om exempelvis hög kvalitet, lättillgänglighet och hygienisk standard, vad som vanligen sammanfattas som kravet på god vård,⁶ föreskrivs i denna lag även att hälso- och sjukvården skall vara organiserad på ett sätt som garanterar såväl patientsäkerhets- som kvalitetskrav⁷ samt att vården skall ske i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet.⁸ Likaså PatjL efterlyser hög vårdkvalitet genom exempelvis bestämmelsen som säger att en patientjournal skall innehålla de uppgifter som krävs för en god och säker vård av patienten.⁹ Härutöver är begreppet patientsäkerhet centralt i åtminstone en av Socialstyrelsens föreskrifter,¹⁰ och torde rent allmänt vara en av den medicinska rättens mest betydelsefulla riktlinjer. Begreppet definieras i den ovan nämnda föreskriften med orden *skydd mot vårdskada*¹¹ - en definition som trots sin korthet ger en god bild av vad jag anser vara en av de allra viktigaste delarna av den medicinska rätten, samt en begreppsdefinition, vilken tillsammans med de traditionella rättssäkerhetskriterierna kommer att utgöra den här

3 Ödegård, *Säker vård, patientskador, rapportering och prevention*, s 7.

4 Begreppet rättssäkerhet, och även begreppet rättvisa, samt dessa begrepps relationer till hälso- och sjukvården kommer att behandlas närmare nedan i avsnittet Patientperspektivets byggstenar.

5 Jfr Vahlne Westerhäll, *Den starka statens fall? - En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, bland annat s 604 f.

6 2a§ HSL.

7 28§ HSL.

8 Se bland annat 3a § HSL.

9 3 § 1 st PatjL.

10 ”Patientsäkerhet är ett viktigt fundament i en hälso- och sjukvård av god kvalitet. När säkerheten brister har det ofta bakomliggande orsaker i till exempel organisationen eller rutiner.” - Socialstyrelsens hemsida, www.socialstyrelsen.se/Patientsakerhet/.

11 SOSFS 2005:12, 1 kap 2 §.

uppsatsens analysverktyg, vilket kommer att beröras närmare nedan.

Sedan 1997 regleras ersättning för personskada som uppkommit i samband med hälso- och sjukvård i Sverige av PSL, av vilken tillämpningen till stor del handhåfts av PSN i sin funktion av rådgivande nämnd. Men hur stora är då chanserna till ersättning enligt detta institut? Hur resonerar PSN när de gör sina bedömningar, och har skadans omfattning och långvarighet någon betydelse för rätten till ersättning? Har, och i så fall på vilket sätt, bedömningarna utvecklats under de tio år som gått sedan lagens ikraftträdande? Och hur väl överensstämmer det kompensande systemet kring patientskador och den praktiska tillämpningen av PSL, med vad som inom rättsvetenskapen traditionellt anses utgöra krav på rättssäkerhet och rättvisa?

I syfte att besvara dessa frågor kommer föreliggande uppsats utifrån ett patientperspektiv följa upp och analysera ett urval av det, vad man i den ovan refererade artikeln hävdar, stora antal patientskador som årligen sker i den svenska hälso- och sjukvården. Studien kommer att genomföras med hjälp av den referatsamling av ärenden som PSN under hösten 2007 utgivit - ärenden i vilka nämnden såsom rådgivande instans inom patientskadeersättningsfrågor avgivit yttranden.

1.2. Syfte och frågeställningar

Mitt huvudsakliga syfte med föreliggande studie är att utifrån PSN:s referatsamling 1998-2006 undersöka lagregleringen av patientskador samt den praktiska tillämpningen av PSL för att se om, och i så fall på vilket sätt, denna sett och ser ut, samt om denna utvecklats under de tio år som gått sedan lagens ikraftträdande. Jag syftar även till att undersöka hur de aktuella resonemangen förs och hur bedömningarna görs hos PSN, samt om dessa står i överensstämmelse med lagtextens ordalydelse.

Slutligen vill jag ha svar på om det utifrån PSN:s bedömningar går att uttyda om det finns markanta skillnader i när ersättning utges respektive inte gör det, och vad som vanligen talar för den ena eller andra utgången i ärendet. Det resultat som framkommer ur genomläsningen av PSN:s referatsamling kommer att analyseras med hjälp av ett patientperspektiv, byggt på rättsstatens rättssäkerhetsbegrepp och välfärdsstatens rättvisebegrepp, samt vad jag valt att kalla ett medicinskt patientsäkerhetsbegrepp –

teoretiska utgångspunkter som sammanlagda kommer att gå under benämningen *ett rättsligt patientsäkerhetsbegrepp*. De frågeställningar som föreliggande studie ämnar besvara är, utöver frågan om hur patientskador regleras i PSL, således följande:

- i. Hur ser PSN:s tillämpning av PSL ut, och har denna förändrats i någon riktning sedan lagens ikraftträdande?*
- ii. Går det utifrån PSN:s yttranden att identifiera relevanta skillnader mellan ärenden där ersättning utgivits respektive där så inte gjorts?*
- iii. Är regleringen kring patientskador och PSN:s tillämpning av denna att se som rättssäker och rättvis?*

1.3. Material

Då studien i första hand är inriktad på att undersöka PSL och dess tillämpning, med den avgränsningen att den endast bygger på PSN:s rådgivande yttranden, är det denna nämnds referatsamling, utgiven i augusti 2007, som kommer att utgöra huvudsakligt empiriskt material. Dock bör redan här invändas, eller åtminstone klargöras för läsaren, att denna referatsamling endast inkluderar ett begränsat urval av alla de ärenden i vilka PSN avgivit rådgivande yttranden; ett urval som gjorts av den förre ordföranden i PSN, Carl-Edvard Sturkell.¹² Validiteten samt generaliserbarheten av det förekommande resultatet kommer således att vara lägre än om jag exempelvis hade gjort ett slumpmässigt urval av alla de drygt 1000 fall PSN årligen handlägger. Å andra sidan hade ett slumpmässigt urval varit helt beroende av PSN:s tillmötesgående och hjälp i fråga om administrering och utlämnande av en avsevärt större mängd material. Detta eftersom nämndens ärendematerial, däribland referaten, inte går under begreppet allmänna handlingar och därför ej är möjliga att utkräva såsom offentligt material. Enligt nämndens rutiner är det även så att det endast är den skadelidande som har möjlighet att ta del av materialet i det anmälda ärendet i fråga, och den enda publicering

¹² Se förordet till Patientskadenämndens referatsamling.

som sker av ärendena är den, i denna studie begagnade, referatsamling innehållande de mer betydelsefulla och principiella yttranden som gjorts av nämnden.¹³

För att kunna undersöka och tolka PSN:s yttranden krävs viss bakomliggande kunskap om PSL:s bestämmelser och syften, vilket kommer att studeras dels genom lagtexten själv samt dess förarbeten, dels genom relevant doktrin på området och information från PFF:s webbsida.¹⁴ Dessutom finner jag det relevant att redovisa en del bakgrundsinformation om PSN:s arbete, för att fullt ut förstå och kunna tolka nämndens yttranden, samt för att vara klar över de premisser under vilka nämnden arbetar. I avsnittet om PSN är dess arbetsordning av stor vikt, liksom den förordning som stadgar framförallt nämndens sammansättning,¹⁵ men även här kommer information från PFF:s webbsida, förarbetena till PSL och doktrin att utgöra värdefulla källor.

Huvudsaklig doktrin behandlande PSL och dess tillämpning torde vara Kay och Stefan Wilows utförliga förklaringar till lagstiftningen,¹⁶ samt betänkandet av Patientskadeutredningen¹⁷ som utgör en detaljrik och klargörande översyn över både PSL och läkemedelsförsäkringen. Härutöver utgör den artikel Ulf Hellbacher och Carl Espersson, ordförande respektive sekreterare i PSN, författat, en god översikt av framförallt de förändringar som införandet av PSL inneburit jämfört med den tidigare gällande frivilliga patientförsäkringen, samt hur det praktiska arbetet i PSN går till.¹⁸ Författarna till denna artikel har även, tillsammans med Henry Johansson, medicinskt sakkunnig i PSN, skrivit en bok i ämnet, vilken även den utgjort en mycket behjälplig översikt över lagens bestämmelser och nämndens arbete.¹⁹

Jag har jämte ovan nämnda referenser genomfört en telefonintervju med Mats Magnusson, föredragande jurist på PSN, i syfte att få en praktikers syn på området.²⁰ Svaren från intervjun kommer såsom övriga källor att redovisas i de aktuella sammanhang inom vilka frågorna ställts. Jag kommer således inte att redovisa hela intervjun i en rak följd, utan kommer istället att väva in detta material där det hör

13 SOU 2004:12 - Patientskadelagen och läkemedelsförsäkringen – En översyn, s 156 f.

14 Patientförsäkringsföreningens hemsida, www.pff.se.

15 1996:992 – Förordning om Patientskadenämnden.

16 Wilow & Wilow, *Patientskadelagen, en kommentar*.

17 SOU 2004:12.

18 Hellbacher & Espersson, *Patientskadelagen i teori och praktik, NFT 3/2000*.

19 Hellbacher, Espersson & Johansson, *Patientskadeersättning vid skador inom sjukvården*.

20 Jfr Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, s 42.

hemma, såsom att exempelvis intervjuvaren rörande nämnden och dess arbete redovisas i kapitlet om PSN.

1.4. Metod

Vad gäller metoden för inläsning och redovisning av PSN:s referatsamling, kommer jag gällande båda dessa moment först och främst att utgå från de olika skadetyperna. Jag kommer således att läsa in och redovisa varje skadetyper för sig och ta upp de punkter jag inom denna funnit intressanta i separata avsnitt. Referatsamlingen kommer att läsas utifrån framförallt de frågeställningar som nämnts ovan, och resultatet av genomläsningen kommer även att redovisas utifrån dessa punkter, om än inte på ett direkt besvarande sätt; frågeställningarna kommer istället att besvaras i analyskapitlet.

Såsom förståelsegrund och verktyg för analys, samt i syfte att ge undersökningen sitt vetenskapliga djup, kommer ett för studiens ändamål utformat rättsligt patientsäkerhetsbegrepp att användas. Detta begrepp är byggt på de grundläggande rättsstatliga kriterierna för formell och materiell rättssäkerhet och de välfärdsstatliga begreppen formell och materiell rättvisa såsom en ideologi om rätten i kombination med ett mer medicinskt patientsäkerhetsbegrepp, att utgöra undersökningens teoretiska överbyggnad och analysverktyg.²¹

Syftet med att använda detta är, utöver vad som sagts ovan, att kunna genomföra studien utifrån ett patientperspektiv, istället för endast med hjälp av det traditionellt rättsdogmatiska perspektivet. Gällande studiens teoretiska utgångspunkter ifråga om begreppsbildningen kring det juridiska rättssäkerhetsbegreppet, är det Lotta Vahlne Westerhälls, professor i offentlig rätt och socialrätt vid Juridiska Institutionen, Handelshögskolan i Göteborg - tillika handledare för föreliggande uppsats - studie *Den starka statens fall?: en rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Stockholm 2002, som utgjort såväl inspirationskälla som huvudsaklig referens.

Man skulle sammanfattningsvis kunna konstatera att studien, trots att cirka ett 60-tal ärenden granskats, inte bör ses som en kvantitativ sådan – något som visserligen ej heller torde vara av högsta prioritet gällande det rättsvetenskapliga arbetet som

21 Jfr Vahlne Westerhäll, s 39.

sådant, vilket snarare bör sträva åt den kvalitativa forskningstraditionen.²² Min förhoppning är således att uppsatsen når upp till kraven för, och även att den skall läsas som, en kvalitativ studie med empiriska inslag och källor; premisser som självklart också hållits i åtanke då uppsatsens resultat utarbetats och då analysen skrivits. Slutligen vill jag framhålla att jag på intet sätt avser få dessa delar av studien att verka mer generaliserbara och talande än vad som finns fog för, utan såväl dessa som slutsatserna skall snarare än generaliserande ses som exemplifierande.²³

1.5. Avgränsning

Den mest omfattande avgränsningen i denna studie, vilken även framgår av vad som sagts ovan, består i att undersökningen endast kommer att bygga på PSN:s avgöranden som granskningsmaterial. Patientens möjlighet att väcka talan vid allmän domstol och yrka ersättning på skadeståndsrättslig grund kommer inte att undersökas. Dock kan nämnas att antalet fall i allmän domstol som belyser tillämpningen av PSL är ytterst knapphändigt,²⁴ varför avgränsningen mot just detta område ändock torde vara av mindre betydelse.

Härutöver måste återigen påpekas att den av PSN utgivna referatsamlingen endast omfattar ett axplock av alla de ärenden som årligen behandlats av nämnden – och även om ett större urval av de ärenden i vilka PSN avgivit rådgivande yttranden hade gjorts, hade detta likväl endast utgjort en minoritet av alla de ärenden som PSR såsom försäkringsgivare i ett första skede avgjort. Jämfört med det totala materialet inom området tillämpningen av PSL är således denna studies underlag starkt begränsat.

Dessutom kommer det använda materialet, det vill säga de i PSN:s referatsamling förekommande yttrandena, att behöva begränsas. Av de ärenden som publicerats i referatsamlingen kommer uppsatsen endast att beröra de ärenden som har sin grund i 6 § PSL, och då endast de sex punkter som behandlar de olika skadetyperna. Detta innebär att ärenden rörande exempelvis tolkning av patient-, hälso- och sjukvårdsbegreppen (2 §, 3 § och 5 § PSL), preskription samt rena ersättningsfrågor (4 §

22 Sandgren, s 41.

23 Jfr Svenning, *Metodboken*, s 101.

24 SOU 2004:12, s 157.

och 8-11 §§ PSL), samt frågor rörande begreppet personskada (6 § 1 st PSL) kommer att falla utanför studiens omfång. Ej heller ärenden rörande ersättning för så kallade informationsfrågor eller ersättning på skadeståndsrättslig grund kommer att behandlas, annat än i den mån denna typ av frågor finns behandlade i de ärenden som faller inom urvalet.

1.6. Disposition

Jag vill med denna uppsats på ett tydligt och samtidigt analyserande sätt ge både läsaren och mig själv en informativ bild av hur PSN:s tillämpning av 6 § 1 st 1-6 PSL ser ut. För att lyckas med detta kommer jag i nästkommande kapitel att lägga grunden för det patientperspektiv som kommer att tillämpas på studien, för att därefter redogöra för den gällande rätten på området, det vill säga relevanta bestämmelser ur PSL, dess historik, bestämmelser och syften. Härfter kommer de inrättningar vars arbete är att tillämpa PSL att presenteras; tonvikt kommer här att ligga på PSN och dess arbete, historiska bakgrund och mål.

Sedermest följer själva kärnan i uppsatsen, nämligen det resultat som, utifrån min genomläsning av de ärenden i PSN:s referatsamling behandlande 6 § PSL, syftar till att ge en relevant bild av den praktiska tillämpningen av PSL. Resultatet kommer i slutkapitlet att analyseras utifrån ovan nämnda patientperspektiv, i syfte att ge svar på mina inledande problemformuleringar.

1.7. Litteraturläget

Mig veterligen, har någon sammanfattande rapport över PSN:s praxis hittills inte gjorts, ej heller någon uppsats skriven med fokus på framförallt 6 § PSL, och överhuvudtaget inget ur det patientperspektiv som här är tanken. I ämnet patientskador har det däremot skrivits en del, bland annat ur ersättningsrättslig och rättssociologisk synvinkel. Ett exempel på detta är uppsatsen *Patientskador ur ett ersättningsperspektiv*,²⁵ vilken visserligen behandlar rätten till ersättning vid patientskador, dock ur ett annat perspektiv

25 Sanelid, Lena, Göteborgs Universitet, 2001.

än det som här skall tillämpas.

Medan Sanelids undersökning är uppbyggd som en fallstudie, där läsaren får följa gången (och den eventuella framgången) i en fiktiv patients ersättningsprocess bygger föreliggande studie snarare på en kvalitativ och i viss mån även empirisk överblick av PSN:s faktiska ärendebildning sedan nämndens tillkomst. Min studie syftar därigenom till att ge en bild av hur nämnden resonerar och hur bedömningarna utmynnar, samt hur denna rättstillämpning kan ses utifrån ett patientperspektiv.

2. PATIENTPERSPEKTIVETS BYGGSTENAR

2.1. Varför ett patientperspektiv?

Att studera en samhällelig frågeställning eller ett rättsligt fenomen, eller såsom i detta fall regleringen av ett specifikt rättsområde samt tillämpningen av denna, kan beroende på vilket perspektiv eller vilken samhällsteori som tillämpas vid framförallt analysen resultera i, om än inte helt så åtminstone delvis, olika slutsatser.

På exempelvis frågan om vilka effekter en viss lagändring i brottsbalken fått, kan det samhällsekonomiska perspektivet fokusera på och ge vid handen att lagändringen medfört ökade kostnader för staten i form av ökade polisinsatser, samtidigt som det rättssociologiska menar att samma lagändring inneburit framförallt förändrade handlingsmönster eller ny normbildning bland samhällsmedborgarna. Och på samma sätt som en sociologisk studie ser olika ut beroende på om författaren utgått från Bourdieus fält- och habitusbegrepp, en weberiansk funktionalism eller en feministisk patriarkatteori, så är den rättsvetenskapliga studiens utfall avhängigt författarens grundläggande ställningstaganden kring hur juridiken egentligen påverkar och formar ett samhälle.²⁶ Utfallet får således även betydelse för om studien skall vara en strikt rättsdogmatisk sådan – det vill säga systematisera och bearbeta diverse rättsliga problemområden i en strävan att fastställa gällande rätt²⁷ – eller om den snarare skall klargöra vad denna lagstiftning får för konsekvenser för exempelvis en viss målgrupp utifrån en på förhand bestämd teoretisk överbyggnad.

Föreliggande studie kommer visserligen att ha stora inslag av rättsdogmatik, det vill säga syfta till klargörande av gällande rätt, framförallt i de kapitel som helt har till syfte att redogöra för PSL men även i viss mån vad gäller den genomgång av praxis som utgör studiens huvudsakliga del. Min ambition är dock att studien skall genomsyras av vad man skulle kunna kalla ett teoretiskt ”underifrån-perspektiv”, i form av ett på förhand bestämt och framtaget patientperspektiv. Det är byggt på vad jag anser utgöra

²⁶ Jfr Cotterrell, *The Sociology of Law*, s 71 f.

²⁷ Vahlne Westerhäll, s 23.

relevanta grunder för vad som är den generelle individens intressen, både i rollen som enskild patient och även såsom samhällsmedborgare i en rättsstat.

Patientperspektivet kommer att tillämpas i framförallt den slutliga analysen, men kommer även att utgöra den förståelsegrund på vilken studiens övergripande frågeställningar vilar. Anledningen till att undersökningen utgår från just en patients synvinkel, är att jag anser det särskilt intressant och relevant att fråga sig hur den enskilde samhällsmedborgaren faktiskt påverkas av att lagen ser ut som den gör och av att rättstillämpningen sker på ett visst sätt. Det område inom vilket PSL verkar, det vill säga hälso- och sjukvården, är ett av de områden där man kan tala om den enskildes ställning gentemot det allmänna. Därför kan denna utgångspunkt användas för att problematisera kring stora delar av den offentliga rätten och kring den enskildes grundläggande behov av förtroende för det allmänna.

Det patientperspektiv som här kommer att tillämpas grundar sig dels i rättsstatens krav på *formell* och *materiell rättssäkerhet* och välfärdsstatens krav på *formell* och *materiell rättvisa*, dels på vad man skulle kunna kalla ett *medicinskt patientsäkerhetsbegrepp*, vilket snarare är utformat som en målsättning för tryggare hälso- och sjukvård i praktiken. Båda dessa byggstenar kommer att behandlas närmare nedan. Jag hoppas att det nu inte råder någon tvekan om att ett rättsligt område som detta har förutsättningar att nå ett steg längre om det, som här är tanken, analyseras ur ett rättsstatligt patientperspektiv,²⁸ snarare än om studien endast sker på rättsdogmatiska grunder. Jag hoppas även att min ambition att uppnå detta ytterligare djup kommer att lyckas.

2.2. Begreppen rättighet, rättssäkerhet och rättvisa

2.2.1. Allmänt

Med ambitionen att inte bli alltför detaljerad, kommer jag i detta kapitel i korthet att redogöra dels för det rättighetsbegrepp på vilket studiens titel *Rätten till patientskadeersättning* vilar, dels för rättsstatens och välfärdsstatens huvudsakliga

²⁸ Jfr Sandgren, s 59.

principer och begrepp, i syfte att ge en relevant rättslig grund för det åsyftade patientperspektivet. Då en väl gjord avvägning mellan begreppen rättssäkerhet och rättvisa bör vara att föredra framför en direkt inriktning åt någotdera hållet, torde önskvärd för att nå en så rättrådig och etisk rättstillämpning som möjligt,²⁹ komma dessa att läggas samman och i viss mån ses i sin helhet i det rättsliga patientperspektiv som kommer att tillämpas i studien.

2.2.2. Finns det en rätt till patientskadeersättning?

Då uppsatsen titulerats *Rätten till patientskadeersättning*, torde det här vara på sin plats att i korthet redogöra för vad som i juridiska sammanhang avses med att någon har rätt till något. Man brukar inom förvaltningsrätten tala om att en rättighet är för handen då denna, såväl gällande innehåll och villkor, är noggrant bestämd och uttryckt i lag. Härutöver skall den vara att se som utkrävbar, det vill säga att det skall finnas möjligheter till överklagande.³⁰ Gällande patientskadeersättning finns förutsättningarna för när sådan skall utges tydligt uttryckta i PSL. Beslut om patientskadeersättning kan överklagas till PSN, visserligen endast med rådgivande yttranden till försäkringsgivaren som resultat men som likafullt torde utgöra ett fullvärdigt överprövningsinstitut då dess yttranden i det närmaste undantagslöst åtföljs av försäkringsgivaren. Härutöver finns möjligheten, såväl före som efter det att PSN yttrat sig i ärendet, att överklaga till allmän domstol.³¹ En rätt till patientskadeersättning torde enligt vad som sagts ovan således kunna hävdas.

2.2.3. Formell och materiell rättssäkerhet

En rättsstat brukar definieras utifrån sin huvudsakliga uppgift, nämligen den att förhindra okontrollerad statlig maktutövning och istället tillförsäkra samhällsmedborgarna ordning och frihet, samt att tillhandahålla grundprinciper för den statliga styrningen.³² Den moderna rättsstaten präglas i hög grad av det liberalistiska

29 Jfr Vahlne Westerhäll, s 61 och Vahlne Westerhäll (red.), *Legitimitetsfrågor inom socialrätten*, s 192 f.

30 Westerhäll, *Patienträttigheter*, s 10 f.

31 Hellbacher m fl., s 15.

32 Vahlne Westerhäll, s 38 och 47.

frihetsidealet. Innebörden av rättsstatens grundprinciper kan därför sägas vara att begränsa den absoluta statsmakten, såväl på formella grunder såsom att genom rättsregler ge det allmänna en tydlig lagbundenhet och en rättslig grund, som på materiella grunder, det vill säga genom innehållsmässiga gränser för statlig maktutövning.³³ Den *formella rättsstatsprincipen* bygger således på att fördela makten samt att tillförsäkra objektivitet, förutsebarhet och kontrollerbarhet för samhällsmedborgarna, något som uttrycks genom i första hand legalitetsprincipen. I praktiken innebär detta att såväl den konkreta maktutövningen som lagstiftningsproceduren skall ha uttryckligt stöd i lag, att de offentliga organen – däribland domstolarna – skall vara oavhängiga både statsmakten och samhällets enskilda medborgare, samt att rättsliga beslut måste vara att se som förutsebara, bland annat genom att de inte får bygga på alltför vagt utformade rättsregler, för att uppfylla kraven på så kallad *formell rättssäkerhet*.³⁴

Det räcker dock inte att ett rättsligt beslut utmynnat ur en strikt tillämpning av en rättsregel för att det skall vara att se som rättssäkert, det måste även innehålla ett rimligt mått av etiska hänsyn av olika slag. Detta vill säga en etisk argumentering för vad som är bra eller inte bra för människor ur exempelvis socialpolitisk eller ekonomisk synvinkel; något som brukar kallas för *materiell rättssäkerhet*.³⁵ Målet med den sistnämnda formen av rättssäkerhet är att tillförsäkra den enskilde dess fri- och rättigheter, något som är en förutsättning för att man överhuvudtaget skall kunna tala om en rättsstat.³⁶ Den materiella rättssäkerheten är beroende av en formell sådan, och den materiella kan överhuvudtaget inte existera om inte den formella är uppfylld. Detta eftersom den formella rättssäkerhetens krav på förutsebarhet är ett av de etiska värden som den materiella rättssäkerheten bygger på.³⁷ Man kan kort säga att det materiella rättsstatsbegreppet, jämfört med ett formellt dito behandlande formerna för statlig maktutövning, istället uttrycker de innehållsmässiga gränserna för statlig maktutövning.³⁸

33 Vahlne Westerhäll, s 38 ff.

34 Vahlne Westerhäll, s 36 ff.

35 Vahlne Westerhäll, s 38.

36 Vahlne Westerhäll, s 39.

37 Vahlne Westerhäll, s 38 och 605.

38 Vahlne Westerhäll, s 39.

Slutligen bör nämnas något om den rättsstatliga rättstillämpningen, vilken är av karaktären norm- eller regelrationell, en idé som bygger på dess höga grad av formella rationalitet. Normrationaliteten visar sig i bland annat domstolarnas verksamhet, då dessas rättstillämpning i rättsstaten framförallt handlar om ett konsekvent och effektivt efterföljande av generella men samtidigt exakta regler, varvid den faktiska situationen som är föremål för rättstillämpning omformuleras och rutas in, för att passa in under en specifik rättsregels omfång. Rättstillämpningen är således att se som normrationell, eftersom dess logiska slutsats endast är beroende av överensstämmelsen med den norm eller regel som tillämpats, samt då den rättsliga proceduren är utformad på ett sätt som betonar konsistens och precision.³⁹

2.2.4. Formell och materiell rättvisa

Utifrån vad som ovan skrivits kan även en *formell rättvisepincip* skönjas, nämligen den att lika fall skall behandlas lika och den välkända sentensen om allas likhet inför lagen.⁴⁰ Vill man dock, utöver den normrationalitet och de rättssäkerhetskriterier som följer av rättsstatsbegreppet, se även till begreppen målrationalitet och materiell rättvisa - något som här är tanken - krävs viss kännedom om välfärdsstaten och dess utgångspunkter, vilket kommer att behandlas nedan.

Välfärdsstaten kan sägas vara något av en påbyggnad på den ovan nämnda rättsstaten, såtillvida att de rättsstatliga kraven först måste vara uppfyllda för att välfärdsstaten skall kunna inträda, och utmärkande för den senare är att den till skillnad från rättsstaten har positiva förpliktelser gentemot medborgarna.⁴¹ Välfärdsstaten kännetecknas snarare av viljan att tillförsäkra och förverkliga den enskilde de sociala rättigheter som uttrycks genom exempelvis ett samhälles ekonomiska, sociala och kulturella målsättningar, genom att ge den enskilde en rätt till överprövbara beslut i domstol, något som kort kan beskrivas som målrationalitet.⁴² Den svagare partens skydd mot den starkare baseras i välfärdsstatligt tänkande på relativt vaga principer, såsom människovärdesprincipen, behovsprincipen och nyttoprincipen, och dess regler är till

39 Vahlne Westerhäll, s 46 ff.

40 Vahlne Westerhäll, s 52 och 61.

41 Vahlne Westerhäll, s 52 f.

42 Vahlne Westerhäll, s 51 ff.

skillnad från de rättsstatliga reglerna ofta formulerade såsom ramlagar.⁴³

Av de välfärdsrättsliga reglerna följer, snarare än rättssäkerhetskrav, krav på *materiell rättvisa*, som innebär att de beslut som fattas inte endast uppfyller kraven på föreutsebarhet, utan även att besluten är etiskt motiverade och att de, vid sidan av att de är korrekta, även är att se som goda sådana.⁴⁴ Reglerna innehåller här stort utrymme för etiska ställningstaganden, med följderna att besluten visserligen inte uppnår samma grad av formell rättssäkerhet som de rättsstatliga. Likväl torde besluten vara att se som befogade utifrån det materiella rättviseperspektivet, då dessa tack vare reglernas öppna karaktär kan utformas efter den enskilda individens behov och situation. Dessa regler ställer dock samtidigt högre krav på rättstillämpningen, eftersom gränserna för vad som är att se som legitima beslut inte är lika skarpa som i rättsstatens motsvarighet.⁴⁵

I denna studie kommer innebörden av det välfärdsstatliga begreppet materiell rättvisa att, till skillnad från det formella rättvisebegrepp som beskrivits ovan, utgå från den svagares partens behov av skydd mot den starkare, alltså ett materiellt skydd baserat på materiell likhet. På samma sätt som de rättsstatliga kraven på främst formell rättssäkerhet är medel för att skydda den enskilde mot oriktiga eller godtyckliga beslut, strävar de välfärdsstatliga efter att på materiell basis tillfredsställa medborgarnas sociala behov.⁴⁶

2.3. Medicinska patientsäkerhetsmål

”Säkerheten i vården ska bli världsbäst” menar Håkan Sörman, VD för Sveriges kommuner och landsting.⁴⁷ Med en sådan rubrik sätts ribban högt och med en så kraftfull förhoppning om att Sverige skall bli det land i världen som har högst patientsäkerhet väcks ofrånkomligen frågorna vad *patientsäkerhetsbegreppet* egentligen har för innebörd och hur man skall arbeta för att uppfylla detsamma. I den nämnda artikeln definieras patientsäkerhet dels som de system inom hälso- och sjukvården som syftar till att minska risken att fel överhuvudtaget uppstår, dels som de system som, då

43 Vahlne Westerhäll, s 55.

44 Jfr Vahlne Westerhäll (red.), s 193.

45 Vahlne Westerhäll, s 61.

46 Vahlne Westerhäll, s 52.

47 Sörman, ”Säkerheten i vården ska bli världsbäst”, *Dagens Medicin*, 2007-03-28.

ett fel trots allt är för handen, åtgärdar orsaken till detta innan ett liknande fel drabbar någon annan patient. Man skulle kort kunna konstatera att patientsäkerhet är ett begrepp som behandlar vad man rent praktiskt inom hälso- och sjukvården kan och bör göra för att uppnå säkrare vård och ökad trygghet för patienterna.

I arbetsordningen för PSN sägs i 14 § att PFF skall ombesörja publicering av yttranden som kan vara vägledande för tolkningen och tillämpningen av PSL, eller som annars är av intresse i det skadeförebyggande arbetet inom hälso- och sjukvården, ett stadgande som ger uttryck för en strävan mot ökad patientsäkerhet.⁴⁸ Visserligen är PSN:s verksamhet sådan att den ju träder in då patientsäkerheten enligt ovan, i ett tidigare skede faktiskt har brustit, alltså som en del av de i efterhand uppfångande systemen som nämnts. Icke desto mindre torde uppföljning, utvärdering och tolkning av nämndens ärenden - av vad det egentligen var som gick snett samt hur detta kan förhindras i framtiden - vara av stort värde för det ovan nämnda skadeförebyggande arbetet inom hälso- och sjukvården, på samma sätt som exempelvis Lex Maria-systemet och ansvarsförfaranden i HSAN. Precis som i andra branscher utvecklas säkerheten genom analys av risker och tillbud även inom vården, menar Håkan Sörman i sin debattartikel.⁴⁹ Även Mats Magnusson ser utgivningen av den aktuella referatsamlingen som en av de främsta patientsäkerhetsuppgifterna hos nämnden, eftersom det är här man kan identifiera den uppkomna skadan och dess orsaker, samt utläsa de ställningstaganden nämnden gjort och de bedömningsmallar man utformat, vilka är avsedda att bidra till större enhetlighet och rättvisa i patientskadeärenden rent generellt.⁵⁰

Skador inom hälso- och sjukvården kan ske på grund av att den medicinska behandlingen i sig är riskfylld, men även på grund av så kallade latenta brister i systemet. De sistnämnda riskerna är sådana som genom olika former av förebyggande insatser kan avhjälpas innan de leder till att en patient kommer till skada, medan riskerna som finns inneboende i viss medicinsk behandling i många fall kan vara ofrånkomliga.⁵¹ Å andra sidan torde såväl latenta systembrister som enskilda

48 Publiceringen av PSN:s yttranden finns på Patientförsäkringsföreningens hemsida, www.pff.se.

49 Sörman, "Säkerheten i vården skall bli världsbäst", *Dagens Medicin*, 2007-03-28.

50 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

51 Sveriges kommuner och landstings hemsida, www.skl.se, flik: Om patientsäkerhet.

patientskadefall bli lättare att identifiera och därigenom kunna utvärderas, genom exempelvis det ovan nämnda patientsäkerhetsarbete som i efterhand sker hos bland annat PSN, i hopp om att framtidens patienter skall kunna skonas från att falla offer för gårdagens misstag.

Antalet patientskadeanmälningar till landstingens patientförsäkring har visserligen saktat ökat de senaste åren och antalet anmälningar sägs de senaste två åren ha ökat till uppemot 9800, varav cirka 45 % ersätts.⁵² Ökningen av anmälningar torde dock främst bero på att allt fler får vetskap om PSL:s ersättningsmöjligheter, snarare än att antalet patientskador i sig har ökat.⁵³ Den ökade medvetenheten om rätten att anmäla felbehandlingar är också en av de faktorer som Lars-Olof Rönnqvist, sjukvårdsdirektör i Västra Götaland och styrelseledamot i LÖF, tror ligger bakom ökningen anmälningar.⁵⁴

2.4. Ett rättsligt patientsäkerhetsbegrepp

Utifrån vad som ovan behandlats är nu tanken att ett mer konkret analysverktyg skall formuleras. Detta har, såsom nämnts ovan, sin grund i de rätts- och välfärdsstatliga begreppen *formell* och *materiell rättssäkerhet* respektive *formell* och *materiell rättvisa*. Vad som ovan sagts om det medicinska patientsäkerhetsarbetet kommer att utgöra materiell grund i dessa begrepp, eftersom patientsäkerhet såsom etiskt värde kan anses vara ett av de huvudsakliga inom såväl materiell rättssäkerhet som rättvisa inom hälso- och sjukvårdens område.⁵⁵

Jag kommer således att tillämpa ett *rättssäkerhetsbegrepp* där den formella delen utgörs av de rättsliga kriterierna för vad som krävs av ett beslut för att detta skall vara att se som formellt rättssäkert, nämligen förutsebarhet och objektivitet. Den materiella sidan av begreppet kommer att beröra de etiska överväganden som torde vara de mest naturliga vad gäller begreppet patientsäkerhet, nämligen sådana som gäller en säkrare och tryggare vård samt ett kompenserande system då fel begåtts och skador uppkommit.

52 Hemsidan för Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag och PSR Personskadereglering AB, www.patientforsakring.se, se även Tidningarnas Telegrambyrå, ”Fler patientskador i vården”, *Göteborgs-Posten*, 2007-10-05.

53 Jfr hemsidan för Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag och PSR Personskadereglering AB, www.patientforsakring.se.

54 Tidningarnas Telegrambyrå, ”Fler patientskador i vården”, *Göteborgs-Posten*, 2007-10-05.

55 Jfr Vahlne Westerhäll, s 605.

För att ett av PSN fattat beslut skall vara att se som både materiellt och formellt *rättssäkert* krävs således att det skall vara objektivt och förutsebart i relation till den regel som tillämpats - i detta fall 6 § PSL - samt att det skall innehålla etiska överväganden gällande säkrare och tryggare vård för för den enskilde patienten.

Härtill kommer *rättvisebegreppet* att läggas, där den formella rättvisan formuleras genom ett krav på att lika fall skall behandlas lika – något som kan jämföras och läggas samman med det stadgande om att PSN skall arbeta för en enhetlig och rättvis tillämpning som står att hitta i den av regeringen fastställda arbetsordningen för PSN.⁵⁶ Den materiella rättvisan å andra sidan karaktäriseras av uppgiften att skydda en svag part gentemot en starkare samt att tillfredsställa samhällsmedborgarnas sociala behov genom etiskt övervägda och goda beslut samt ett för patienten generellt skydd mot godtycke och övergrepp från det allmänna.

⁵⁶ 2 § Arbetsordning för Patientskadenämnden.

3. PATIENTSKADEERSÄTTNING I TEORIN

3.1. Patientskadelagen - en tillbakablick

Vid tiden innan PSL:s ikraftträdande var den enda lagreglerade möjligheten till ersättning för patientskador skadeståndslagens bestämmelser. I samband med skadeståndsrättens reformering under början på 1970-talet trädde den än idag gällande skadeståndslagen (1972:207) ikraft. Den nya lagen innebar dock inga större förändringar avseende möjligheten till skadestånd på hälso- och sjukvårdens område, då lagen som helhet har en mycket allmänt hållen inriktning.⁵⁷ Utsikterna till framgång vad gäller skadestånd genom detta institut måste därför, likt situationen innan reformen, ha ansetts små. Detta främst på grund av att det enligt lagen åligger patienten att bevisa att fel eller försummelse från vårdens sida förekommit.⁵⁸ På grund av patientens vanligen förekommande svårigheter att uppställa ett hållbart bevismaterial, visande på fel eller försummelse, var ersättningsprocessen inte sällan beroende av att inblandad vårdpersonal samtidigt underställts disciplinpåföljd i HSAN. Denna på sätt och vis inkonsekventa avhängighet, processerna emellan, medförde både fördröjning för patientens eventuella ersättningsprocess, då denne måste invänta utgången av ansvarsfrågan i HSAN för att kunna använda nämndens beslut såsom egen bevisning, samt oerhörda svårigheter för den patient vars skada orsakats utan att personalen inom hälso- och sjukvården varit direkt inblandade, exempelvis genom den så kallade sjukhussjukan (infektionsskada).⁵⁹

Den 1 januari 1975 slöts, som en följd av de i skadeståndsreformen uteblivna framsteg man kunde hoppats på, ett avtal om så kallad patientförsäkring mellan offentliga sjukvårdshuvudmän - landstingen och de tre landstingsfria primärkommunerna - och fyra stora svenska försäkringsbolag. Ett konsortium, försäkringsbolagen emellan, bildades varefter sjukvårdshuvudmännen åtog sig att på frivillig basis lämna ersättning för behandlingsskador, under villkor att dessa hade ett

57 Wilow & Wilow, s 13.

58 SOU 1994:75 s 12.

59 Wilow & Wilow, s 13 och SOU 2004:12, s 37.

direkt samband med hälso- och sjukvården.⁶⁰ En stor skillnad gentemot det tidigare ersättningsförfarandet enligt SkL var att det från den skadelidande inte skulle krävas bevisning angående skadans vållande genom fel eller ovarsamhet, och systemet med det frivilliga patientförsäkringsåtagandet tycks ha fungerat väl.⁶¹ Under 1980-talet växte dock utbudet av privat bedriven vårdverksamhet mycket snabbt, och nya yrkesgrupper, såsom kiropraktorer och naprapater, började samtidigt etablera sig inom hälso- och sjukvårdens domän. Därför blev det under första hälften av 1990-talet allt svårare för patientförsäkringssystemet att tillförsäkra patienter ersättning vid uppkommen patientskada. Detta eftersom ingen vårdgivare kunde påtvingas anslutning till försäkringen, som ju byggde på frivillighet.⁶²

Ett obligatoriskt system blev allt mer angeläget och under december 1992 tillsattes en Patientförsäkringsutredning i syfte att lämna förslag om hur reglerna för ersättning vid patientskada framgent skulle se ut.⁶³ Betänkandet,⁶⁴ ledde därefter fram till en proposition,⁶⁵ vilken i sin tur resulterade i den härvidlag aktuella PSL. Lagen innebär bland annat en lagstadgad skyldighet för samtliga – såväl offentliga som privata - vårdgivare att teckna patientförsäkring.⁶⁶ Denna försäkringsskyldighet finns för övrigt utskrivna i 1 § och 12-14 §§ PSL, och för det fall vårdgivaren inte fullgjort sin försäkringsskyldighet åläggs alla försäkringsgivare som meddelar patientskadeförsäkring ett solidariskt ansvar i dennes ställe. Bestämmelserna är således tvingande till den skadades förmån.⁶⁷ För skador som inträffade innan PSL:s ikraftträdande gäller fortfarande dess föregångare, det vill säga åtagandet med stöd av den frivilliga försäkringen.

Viktigt att notera är att PSL är helt skild från det förfarande som sker i HSAN, och det krävs inte att någon specifik person kan göras ansvarig för skadans uppkomst för att den skall vara ersättningsgill enligt PSL.⁶⁸

60 SOU 1994:75, s 13 och Wilow & Wilow, s 13.

61 Wilow & Wilow, s 13-14.

62 Wilow & Wilow, s 14 och SOU 2004:12, s 36.

63 SOU 1994:75, Patientskadelag, s 3.

64 SOU 1994:75, Patientskadelag.

65 Prop 1995/96:187, Förslag till patientskadelag.

66 Wilow & Wilow, s 14 och 9 samt SOU 2004:12, s 37.

67 www.patientforsakring.se, Bakgrund och historik.

68 Järvholm & Olofsson, s 175.

3.2. Patientskadelagens innehåll

3.2.1. Allmänt

Förutom att, såsom ovan nämnts, PSL lagstadgar ett obligatorium för alla vårdgivare om tecknande av patientförsäkring (1 §), föreskriver den en rad förutsättningar som skall vara uppfyllda för att ersättning för patientskada skall kunna aktualiseras. Först och främst måste personen som blivit skadad vara att se som patient, försöksperson i medicinsk forskning eller donator för transplantation eller annat medicinskt ändamål (2 §), och skadan som uppkommit måste ha samband med hälso- och sjukvård inom Sverige (3 §). Lagen är således inte ett relevant trygghetsinstitut för patienter som sökt vård utomlands, oavsett om vården skett vid exempelvis anläggningar bedrivna av svenska vårdgivare. Denna grupp utlandsvårdssökande patienter får därför istället lita till att de är försäkrade genom frivilliga åtaganden av vårdgivaren.⁶⁹ Däremot anses lagen vara tillämplig på patientskador uppkomna på svenskt fartyg eller luftfartyg även då dessa befinner sig utanför Sveriges luft- respektive sjöterritorium, eftersom dessa anses stå under svenskt tillsynsområde.⁷⁰

I PSL görs herefter en hänvisning till försäkringsavtalslagen,⁷¹ angående begränsning eller inskränkning av ersättning, vilken endast får ske på grund av omständighet som har inträffat efter skadehändelsen (4 §). Exempel på sådana omständigheter är att den skadelidande inte gjort tillräckligt för att begränsa skadan, att denne undandrar sig att medverka i utredningen, eller att denne lämnar oriktiga uppgifter.⁷²

Vad som i lagen avses med begreppen hälso- och sjukvård samt vårdgivare förklaras i nästkommande bestämmelse (5 §). Hälso- och sjukvårdsbegreppet omfattar i första hand verksamhet som omfattas av HSL, men även vård enligt tandvårdslagen, lagen om omskärelse av pojkar samt annan liknande medicinsk verksamhet⁷³ – allt

69 Wilow & Wilow, s 23 och Karnov, kommentar till 3 § PSL.

70 Wilow & Wilow, s 16.

71 2005:104.

72 Prop 1995/96:187, s 77 och Wilow & Wilow, s 17.

73 Här avses medicinsk verksamhet i *andra primära syften än* att förebygga, utreda och behandla sjukdomar och kroppsskador, såsom exempelvis rättspsykiatriska undersökningar eller medicinsk forskning på människor. Prop. 1995/96:187, s 24 och 77-78 samt Wilow & Wilow, s 21.

under förutsättning att personalen som utför vården eller behandlingen omfattas av 1 kap LYHS.

Härmed faller verksamhet som omfattas av den så kallade kvacksalverilagen,⁷⁴ samt vård som meddelats av utövare av alternativ medicin utanför PSL:s tillämpningsområde.⁷⁵ Av ovanstående begreppsdefinitioner följer även vem som omfattas av det i lagen vanligen förekommande patientbegreppet, nämligen den som etablerat kontakt med hälso- och sjukvården och här ges vård eller behandling, eller genomgår undersökning.⁷⁶ Noteras bör att den vårdverksamhet i vilken skadan har uppkommit skall vara av medicinsk karaktär, samt att vårdåtgärderna skall vara direkt eller indirekt riktade till en viss person. Således faller åtgärder som inte är direkt medicinska, samt åtgärder riktade mot större grupper, utanför lagens tillämpningsområde. Exempel på en sådan åtgärd skulle kunna vara att en kommun fluorbehandlar samtliga kommuninvånarens dricksvatten.⁷⁷

Vidare definieras i 5 § vad som avses med vårdgivare, nämligen statlig myndighet, landsting eller kommun som bedriver offentlig verksamhet i form av hälso- och sjukvård, samt enskild som bedriver hälso- och sjukvård (privat vårdgivare). Angående de offentliga vårdgivarna kan sägas att det i första hand rör sig om landstingen och de tre landstingsfria kommunerna Göteborg, Malmö och Gotland. Gällande de privata vårdgivarna omfattas här hälso- och sjukvård bedriven av såväl juridiska som fysiska personer.⁷⁸

3.2.2. Rätten till patientskadeersättning, 6 § PSL

3.2.2.1. Allmänna förutsättningar

Bestämmelsen inleds med den grundläggande förutsättningen att ersättning endast ges för *personskada* - ett begrepp som likt skadeståndsrättens motsvarighet omfattar både fysiska och rent psykiska skador; det sistnämnda kan jämföras med den tidigare

74 1960:409.

75 Prop 1995/96:187, s 78 och Wilow & Wilow, s 26.

76 Prop 1995/96:187, s 24 och 76.

77 Prop 1995/96:187, s 78.

78 Prop 1995/96:187, s 79.

gällande frivilliga försäkringen som endast omfattade psykiska skador i den utsträckning dessa var besvär som följde av en ursprunglig kroppsskada.⁷⁹ De fysiska skadorna omfattar både rent kroppsliga defekter och mer generella smärtotillstånd, medan det av de psykiska skadorna krävs att de skall ha en medicinsk påvisbar effekt, såsom ett depressionstillstånd, chock eller posttraumatiska neuroser.⁸⁰ Allmänna känslor av rädsla eller obehag inför eller efter exempelvis en operation är således inte tillräckligt för att uppfylla rekvisitet.⁸¹ Skadan skall ha uppkommit på person som faller under begreppet patient, det vill säga en person som etablerat en kontakt med hälso- och sjukvården rörande sitt hälsotillstånd samt person som enligt 2 § PSL är att se som försöksperson eller organdonator.⁸²

Härefter föreskriver lagen att personskadan med övervägande sannolikhet skall ha sin grund i någon av de, i den efterföljande listan 1-6 p, uppräknade felgreppen, vilka kommer att behandlas var och en för sig nedan. Angående innebörden av det i paragrafen uttryckta beviskravet ”*övervägande sannolikhet*”, bör nämnas att det är patienten som har bevisbörda för att det föreligger ett kausalsamband mellan den uppkomna skadan och den aktuella vården eller behandlingen, denne skall således ha klargjort att annan skadeorsak framstår som osannolik.⁸³ Man har i propositionen till PSL uttryckt att det i varje enskilt fall är upp till rättstillämpningen att avgöra när beviskravet skall anses uppfyllt, dock sägs även att innebörden nära knyter an till det, inom skadeståndsrätten, av HD lindrade beviskrav som gäller vid svårutredda tekniska och medicinska händelseförlopp.⁸⁴

Kanske skulle det kunna hävdas att det på patienten vilande beviskravet förefaller som ett väl tungt sådant sett utifrån en enskilds små möjligheter till framgång i en eventuell prövning mot sjukvården och dess medicinska expertis såsom starkare part – framförallt då det gäller att bevisa psykiska besvär. Att beviskravet skulle innebära några speciella svårigheter för den skadelidande dementeras dock av regeringen i förarbetena till lagen.⁸⁵ Detta anses snarare som ett grundlöst alternativ,

79 SOU 2004:12, s 43, prop 1995/96:187, s 80 och Wilow & Wilow, s 29.

80 Hellbacher m fl. s 17.

81 Prop 1995/96:187, s 80.

82 SOU 2004:12, s 41.

83 SOU 2004:12, s 44 och Wilow & Wilow, s 30.

84 Prop 1995/96:187, s 31 .

85 Prop 1995/96:187, s 31.

som skulle föra med sig ytterligare överväganden avseende vårdgivarens eventuella beviskrav; att ett orsakssamband skulle anses föreligga tills dess att vårdgivaren bevisar det motsatta, hade således inte varit rimligt. Skäl till en sådan förändring ansågs vid tiden inte finnas, och bevisbördan vilar även i dagsläget på den skadelidande.⁸⁶ Dock bör hållas i åtanke det faktum att vad den skadelidande behöver bevisa är att den aktuella skadan orsakats genom vården som sådan, däremot inte vilken specifik operation eller behandling som legat till grund för skadan, samt att det är först efter att försäkringsgivaren genomfört sin utredningsskyldighet, utan att finna det orsakssamband som krävs, som patientens bevisbörda överhuvudtaget kommer ifråga.⁸⁷

Här bör även nämnas att det, eftersom handläggningen av ersättningsärenden är skriftlig, till stor del är journalanteckningar som ligger till grund för försäkringsgivarens utredning, varför det är av stor vikt att dessa är utförliga; ett krav som för övrigt finns utskrivet i 3 § PatjL.⁸⁸

3.2.2.2. Behandlingsskada, 6 § 1 st 1 PSL

Ersättning för behandlingsskada innefattar skador orsakade av undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd. Såsom vårdåtgärd inkluderas även beslut fattade av vårdpersonal om exempelvis ordination av hemtransport från sjukhus eller taxiresa till eller från dagrehabilitering. Ett exempel på en liknande åtgärd i bestämmelsens mening skulle kunna vara en blodprovstagning.⁸⁹

Skadan måste vara direkt orsakad av vårdåtgärden, innebärande att direkta följder av sjukdom eller skada som förelegat vid vårdtillfället samt skador som utvecklats oberoende av vårdåtgärderna inte omfattas av rätten till ersättning.⁹⁰ Inte heller situationer då en viss önskad effekt inte har uppnåtts är att se som behandlingsskador.⁹¹ Skadan måste vidare ha kunnat undvikas om ett annat vårdförfarande än det valda hade tillämpats, eller om det valda förfarandet utförts på ett annat sätt än vad som gjorts. Med förfarande avses både behandlingsteknik och

86 Prop. 1995/96:187, s 31 och Wilow & Wilow, s 30.

87 Sverne Arvill & Sverne, s 90 och Wilow & Wilow, s 30.

88 Hellbacher m fl. s 19.

89 SOU 2004:12, s 45 och prop. 1995/96:187, s 81.

90 SOU 2004:12, s 45 och prop. 1995/96:187, s 81.

91 Sverne Arvill & Sverne, s 90.

behandlingsmetod.⁹²

Bedömningen av behandlingsteknikens respektive behandlingsmetodens lämplighet skall ske genom en så kallad facitbedömning, det vill säga en bedömning som utifrån specialistkunskap görs i efterhand utifrån frågeställningen om ett annat vårdförfarande hade kunnat tillgodose vårdbehovet på ett mindre riskfyllt sätt.⁹³ Det är således den faktiska kunskapen vid skaderegleringstillfället om det hälsotillstånd patienten befann sig i vid behandlingstillfället som är utgångspunkten för facitbedömningen, oavsett om denna kunskap fanns vid behandlingstillfället eller ej. Facitprövningen sker individuellt, vilket innebär att såväl patientens hälsotillstånd och vårdbehov kan göra att två i övrigt identiska fall utmynnar på olika sätt, ur ersättningssynpunkt.⁹⁴

Rätten till ersättning för behandlingsskada är alltså beroende av om ett alternativt vårdförfarande dels hade kunnat tillgodose vårdbehovet, dels hade inneburit en överlag lägre risknivå, samt varit ett tillgängligt alternativ vid tillfället för behandling. Tydligt är dock att jämförelsen inte skall göras med vad som skulle kunna kallas en optimal vårdstandard, det vill säga med bästa möjliga alternativ vid varje enskilt vårdförfarande, utan jämförelsen skall göras utifrån möjligheterna att använda de inom den aktuella vården befintliga resurserna. Resursbrist såsom ersättningsgrund enligt denna bestämmelse skulle endast fungera om det i det enskilda ärendet varit möjligt att utnyttja befintliga resurser på ett annorlunda sätt, eller om ytterligare resurser varit möjliga att införskaffa.⁹⁵

Om de åtgärder som vidtagits är att se som motiverade vid den efterföljande facitbedömningen, utges endast ersättning om skadan hade varit möjlig att undvika; då skadan är en naturlig eller sannolik följd av det vid behandlingstillfället motiverade förfarandet, såsom ett ärr är en sannolik följd av en operation, är någon ersättning inte aktuell.⁹⁶ Det saknar slutligen betydelse för om skadan kan anses ersättningsgill eller ej huruvida den varit särskilt svår eller särdeles sällsynt.⁹⁷

92 Prop 1995/96:187, s 81.

93 SOU 2004:12, s 45.

94 Prop 1995/96:187, s 81.

95 SOU 2004:12, s 46 och prop 1995/96:187, s 82.

96 Sverne Arvill & Sverne, s 91.

97 Hellbacher m fl. s 20.

3.2.2.3. Materialskada, 6 § 1 st 2 PSL

Enligt bestämmelsens andra punkt kan ersättning lämnas för patientskador som orsakats av *fel* hos eller *felaktig hantering* av *medicinteknisk produkt* eller *sjukvårdsutrustning*. Med felaktig hantering menas framförallt att personalen inte följt gällande bruksanvisning, eller givit felaktiga instruktioner om hur patienten själv skall hantera en viss produkt.⁹⁸ I begreppet medicinteknisk produkt ingår apparater, instrument, redskap och andra hjälpmedel som används inom hälso- och sjukvården. En närmare innebörd av samlingsnamnen apparater och instrument kan ges genom följande, icke uttömmande, exemplifiering: Sterila engångsartiklar och andra förbrukningsartiklar, knivar, peanger, sprutor, kanyler, dialysmaskiner, respiratorer samt implantat. Med den sistnämnda termen implantat avses material som anslutits till, infogats i eller ersatt biologisk vävnad, såsom konstgjorda leder och blodkärl samt käkbensförankrade broar.⁹⁹ Ingår i begreppen gör däremot inte läkemedel, vilka istället omfattas av läkemedelslagstiftningen, eller material i form av sjukhussängar eller liknande. Skador orsakade av sistnämnda material omfattas istället av framförallt SkL, PAL samt produktsäkerhetslagen (1988:1604). För vidare information om vilken typ av material som omfattas av bestämmelsens begrepp, kan nämnas att uttrycken *medicintekniska produkter* och *sjukvårdsutrustning* begreppsmässigt koordinerats genom lagen (1994:584) om medicintekniska produkter.¹⁰⁰ Här kan även hämtas vägledning om vad som är att se såsom fel på dessa produkter, vilket i lagens 5 § innefattar överväganden i fråga om en medicinteknisk produkt varit lämplig för sitt användningsområde, och om den vid normal användning uppnår den kapacitet som tillverkaren avsett, samt om den tillgodoser höga krav på skydd för liv, personlig säkerhet och hälsa hos i detta fall patienter.

Bestämmelsen kan tyckas likna det tillämpningsområde för vilket PAL bland annat gäller. Skillnaden, lagarna emellan, ligger dock i att begreppet *säkerhetsbrist* är avgörande för ersättning enligt PAL, samt att PAL:s tillämpningsområde är begränsat till

98 Prop 1995/96:187, s 87.

99 Prop 1995/96:187, s 82.

100 Wilow & Wilow, s 38.

att endast omfatta produkter som tillverkas eller tillhandahålls inom ramen för näringsverksamhet vilket ej omfattar produkter tillverkade av och för den offentligt bedrivna hälso- och sjukvården.¹⁰¹ Möjligheten till ersättning enligt PSL täcker således upp ett område som inte omfattas av PAL, med den positiva följderna att den skadelidande patienten endast behöver vända sig till vårdgivaren eller försäkringsgivaren med sitt anspråk, och inte till den som tillverkat eller importerat den bristfälliga produkten.¹⁰² I fall där såväl PSL som PAL kan anses tillämpliga, såsom vid skador till följd av instruktionsfel som inte tillverkats eller importerats av vårdgivaren, får en enskild bedömning avseende just det aktuella fallet göras.¹⁰³

Till skillnad från PAL, används inte begreppet *säkerhetsbrist* i PSL, utan man uttrycker sig här istället med hjälp av begreppet *fel*, vilket är vidare till sin omfattning än vad säkerhetsbrist är. Således kan även felaktigheter orsakade av exempelvis förslitning, vilka skulle falla utanför begreppet säkerhetsbrist, omfattas av PSL.¹⁰⁴ I och med att begreppet säkerhetsbrist ryms inom PSL:s felbegrepp, kan härledning i vad som närmare avses med detta sökas i PAL:s tre felkategorier, innefattande *konstruktionsfel*, det vill säga ett ursprungligt utformnings- eller sammansättningsfel omfattande alla tillverkade exemplar, *fabrikationsfel*, vilket innebär tillverkningsfel som uppkommit hos endast enstaka exemplar, samt slutligen *instruktionsfel*, såsom felaktiga, ofullständiga eller uteblivna bruksanvisningar.¹⁰⁵

3.2.2.4. Diagnosskada, 6 § 1 st 3 PSL

Bestämmelsen omfattar fall av felaktig diagnostisering, orsakade såväl av att de faktiskt iakttagbara symptomen eller sjukdomstecknen förbisetts, som att dessa tolkats på ett felaktigt sätt vid diagnosens fastställande.¹⁰⁶ Bedömningen av den ifrågasatta diagnosen skall göras med utgångspunkt i hur en *specialist inom området* skulle ha gjort, vilket påminner om den bedömning som görs vid den ovan beskrivna behandlingsskadan (6 § 1 st 1 PSL). Angående det i bestämmelsen utskrivna begreppet *erfaren specialist* har,

101 Prop 1995/96:187, s 37, SOU 2004:12, s 47 och Wilow & Wilow, s 38-39.

102 Prop 1995/96:187, s 38 och Wilow & Wilow, s 39.

103 Prop 1995/96:187, s 40.

104 Wilow & Wilow, s 40 f.

105 Wilow & Wilow, s 40 f.

106 Wilow & Wilow, s 41.

liksom vid tillämpning av bestämmelsens första punkt, kompetensen hos den läkare som faktiskt behandlat patienten ingen betydelse vid bedömningen.

Specialistbegreppet gäller även om det inte fanns någon specialist tillgänglig vid tillfället. Däremot har det betydelse att själva begreppet erfaren specialist kan innefatta såväl allmänläkaren som den mer specialiserade ortopeden vid exempelvis en benskada, eftersom det beror på vems handlingsnorm man har att utgå ifrån i det specifika fallet. Om fallet rör felaktig diagnos på en ortopedklinik är det självklart en ortopeds kunskaper som skall verka som måttstock, men om det däremot handlar om en allmänläkares beslut att från vårdcentralen remittera en patient till en ortopedklinik är det också från en allmänläkares utgångspunkt bedömningen görs.¹⁰⁷ Dock måste noteras att till skillnad från bedömningen av behandlingsskador tillämpas vid föreliggande bestämmelse inte det så kallade facitresonemanget, utan hänsyn skall här endast tas till de kunskaper och omständigheter som var kända vid diagnostiseringstillfället.¹⁰⁸ Om en vid diagnostillfället ställd diagnos är riktig sett till de kunskaper som då fanns, föreligger ingen ersättningsgill skada, även om efterföljande kunskaper skulle visa att denna egentligen var felaktig.¹⁰⁹ I propositionen framkommer att patientförsäkringsutredningen menat att ett facitresonemang i fråga om diagnosskador skulle föra alltför långt, det vill säga att antalet ersättningsfall skulle öka avsevärt, samt att ett facitperspektiv skulle leda till ett nästintill obegränsat ersättningsansvar för oupptäckta sjukdomar.¹¹⁰

3.2.2.5. Infektionsskada, 6 § 1 st 4 PSL

En infektionsskada föreligger då en patient drabbats av infektion, till följd av att smittämne överförts till denne i samband med undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd. Avgörande för rätten till ersättning på denna grund är huruvida det smittämne som orsakat infektionen verkligen *tillförts* patientens kropp i samband med den aktuella vårdåtgärden, eller om ämnet funnits i patientens kropp redan innan den medicinska åtgärden vidtogs. För det fallet sistnämnda situation är för handen är skadan

107 Hellbacher m fl. s 12 f.

108 Prop 1995/96:187, s 41 och Wilow & Wilow s 41.

109 Prop 1995/96:187, s 41 och Wilow & Wilow, s 41.

110 Prop 1995/96:187, s 41-42 och Wilow & Wilow, s 42.

således inte ersättningsbar, utan smittämnet måste såsom bestämmelsen lyder ha *överförs* eller *tillförts* patienten. Dock kan skador orsakade av okända smittämnen ersättas.¹¹¹

Om det kan konstateras att smittämnet överförs i samband med den vårdåtgärd som vidtagits görs, till skillnad från vad som gällde i den tidigare gällande frivilliga försäkringen, en bedömning om huruvida infektionen *skäligen måste tålas*; en bedömning som framgår av 6 § 3 st PSL. Regleringen i den frivilliga försäkringen innebar istället ett uttryckt undantag gällande fall då det inte kunde anses sannolikt att infektionsämnet kunnat kopplas till hälso- och sjukvården, ett undantag som exempelvis aktualiserats gällande ingrepp i så kallade orena områden. Vid PSL:s tillkomst ersattes dock detta stadgande av en bestämmelse om skälighetsprövning, med följderna att den tidigare utvecklade gränsdragningen mellan rena och orena områden förlorade stora delar av sin relevans.¹¹²

Hänsyn tas här framförallt till arten och svårighetsgraden av patientens ursprungliga skada eller sjukdom – ju allvarligare grundsjukdom, desto större risker måste patienten vara beredd på – samt till patientens hälsotillstånd i övrigt och till möjligheten att förutse infektionen.¹¹³ Innebörden av sistnämnda bedömningskriterium, möjligheten att förutse infektionen, innebär att chansen till ersättning är mindre eller till och med obefintlig i fall då infektionen varit lätt att förutse. Dock görs en samlad skälighetsbedömning av alla ovan nämnda bedömningskriterier. Om det här befins att glappet mellan grundsjukdomen och den uppkomna infektionen är särskilt stort, det vill säga att infektionsskadan inte skäligen bör tålas, utgår ersättning. Tvärtom utgår ingen ersättning för det fall infektionsskadan ligger inom ramen för vad patienten måste tåla.¹¹⁴ Behandlingar som medför förhöjd risk för infektioner som patienten som regel också förväntas tåla är enligt propositionen exempelvis kateterbehandlingar, transplantationer och behandlingar som försämrar patientens immunförsvar samt skador i samband med större operation i ett område med försämrad blodcirkulation.¹¹⁵

Viktigt att observera vad gäller just möjligheten att förutse infektionen är två i

111 Wilow & Wilow, s 43.

112 Helbacher & Espersson, s 11-12.

113 Prop 1995/96:187, s 83, SOU 2004:12, s 51, Wilow & Wilow, s 44 och Hellbacher m fl s 34.

114 Prop 1995/96: 187, s 83-84 och Wilow & Wilow, s 44.

115 Prop 1995/96:187, s 45.

HSL uttryckta krav på patientens rätt till information samt till självbestämmande. Förstnämnda krav står att hitta i 2 b § HSL, innebärande att patienten skall informeras om sitt hälsotillstånd samt de behandlingsmetoder som står till buds, vilket följaktligen torde innefatta att patienten även skall informeras om de risker som följer av ett visst behandlingsalternativ eller en viss medicinsk åtgärd. Någon generell standard på heltäckande information till patienten, såsom riskbedömningar och delgivning av varje enskild åtgärd som skall företas i en större operation, kan dock inte anses rimligt att kräva av hälso- och sjukvården, utan det är upp till de medicinskt ansvariga i varje enskilt fall att efter eget omdöme informera om relevanta risker.¹¹⁶

Slutligen innebär den självbestämmanderätt patienten åtnjuter enligt 2 a § 3 p HSL att det är denne som till syvende och sist avgör om en viss åtgärd skall utföras eller ej.¹¹⁷ Det bör vid den här typen av frågor alltid hållas i åtanke att all hälso- och sjukvård i Sverige, med undantag för de tvångsvårdsituationer som omfattas av framförallt LPT, är frivillig, samt att varje medborgare enligt grundlag är skyddad mot varje form av påtvingat kroppsligt ingrepp från det allmänna (2 kap 6 § RF).¹¹⁸

3.2.2.6. Olycksfallsskada, 6 § 1 st 5 PSL

I bestämmelsen regleras skada som orsakats av olycksfall i samband med undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd, samt under sjuktransport, i samband med brand eller annan skada på vårdlokaler eller utrustning. Det skall vara fråga om en olycka som har samband med, och är typisk för, vårdverksamheten, det vill säga att från rätten till ersättning undantas normala olycksfallsrisker som kan föreligga oberoende av den aktuella vårdsituationen, exempelvis att patienten snubblar i en trappa och skadar sig.¹¹⁹ Klart är också att ersättning inte utges för skada som uppkommit till följd av exempelvis ridning, styrketräning eller annan typ av motion som läkare eller annan vårdpersonal ordinerat.

Om en patient däremot snubblar i samband med gångträning under överinseende av sjukgymnast kan den eventuella skadan vara ersättningsgill, eftersom gångträningen

116 Wilow & Wilow, s 44-45 och Sahlin, *Hälso- och sjukvårdslagen – Med kommentarer*, s 92.

117 Wilow & Wilow, s 45.

118 Sverne Arvill & Sverne, s 128.

119 Prop 1995/96:187, s 84 och Hellbacher & Espersson, s 6.

är att se som en del av vården.¹²⁰ Det är enligt propositionen inte nödvändigt att patienten är i direktkontakt med hälso- och sjukvårdspersonalen när olyckan inträffar, utan tillräckligt för att skadan skall kunna ersättas är att patienten befunnit sig i en situation som inneburit förhöjd säkerhetsrisk. Samtidigt sägs dock att den undersökning, vård, behandling eller liknande åtgärd som föranlett skadan, skall ha vidtagits av hälso- och sjukvårdspersonal för att omfattas av bestämmelsen.¹²¹ Någon direkt motsägelse uttalandena emellan kan visserligen inte hävdas, men det bör stå klart att någon konkret vägledning i vad som är avgörande för att en olycksfallsskada i bestämmelsens mening skall vara vid handen, ej står att hitta i förarbetena.¹²² Påpekas kan slutligen att hänsyn skall tas också till den enskilde patientens situation och vårdbehov.¹²³

Med sjuktransporter avses i första hand ambulans- eller liknande transporter till och från vistelse på sjukhus eller annan vårdinrättning.¹²⁴ Vad som utgör ersättningsgill olycksfallsskada under sjuktransport är ej närmare beskrivet i lagens förarbeten. Klart är dock att skadan, om den uppkommit till följd av något som inträffat i trafiken som sådan, är att se som trafikolycka och därmed övergår till att bli en fråga för trafikförsäkringen.¹²⁵ Det kan tänkas att skador som på denna punkt omfattas av PSL är sådana som uppkommit under exempelvis upphämtning och avlämning av patient, samt i vissa fall under transporten.¹²⁶

Gällande eventuella gränsdragningsfrågor mellan olycksfallsskada och exempelvis behandlingsskada, torde vägledning ligga i beskrivningen att för att det ska vara fråga om en olycksfallsskada – i detta fall i samband med behandlingssituation – skall skadan ha uppkommit just till följd av en plötslig eller oväntad incident, som inte kan anses ha sin grund i patientens hälsotillstånd och som inte ingår i behandlingens normala förlopp. Gränsen häremellan är dock inte knivskarp, exempelvis i fall där fel eller försummelse förekommit hos hälso- och sjukvårdspersonalen under en behandlingsåtgärd, eller då det under en sjuktransport uppkommit skada till följd av

120 Sverne Arvill & Sverne, s 94.

121 Prop 1995/96:187, s 45 och 84.

122 Se även Wilow & Wilow, s 49.

123 Prop 1995/96:187, s 84.

124 Prop 1995/96, s 84.

125 Wilow & Wilow, s 50.

126 Wilow & Wilow, s 51.

exempelvis behandlingsåtgärd av livsuppehållande karaktär.¹²⁷ Gränsdragningen mellan skadetyperna olycksfallsskada och behandlingsskada måste hur som helst vara att se som högst relevant, eftersom förfarandet vid skaderegleringen och förutsättningarna för ersättning skiljer sig åt.¹²⁸

Skada som drabbar patient i samband med brand i en vårdlokal faller i allmänhet in under olycksfallsskadebegreppet, huruvida skadan är ersättningsgill beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Andra skador i vårdlokalen som kan orsaka patientskada, är likt olycksfallen i resonemanget ovan ersättningsgilla i den mån denna skada är vårdspecifik, det vill säga att den inte skall ha kunnat drabba patienten på vilken annan plats som helst.¹²⁹

Slutligen kan en kort kommentar ges till punktens sista del, nämligen olycksfallsskada i samband med skada på utrustning. Eftersom fel hos sjukvårdsutrustning redan reglerats i och med paragrafens andra punkt, avser föreliggande bestämmelse annan utrustning än den som innefattas i begreppet sjukvårdsutrustning, det vill säga sådan utrustning som finns i en vårdlokal, men som inte behövs för den direkta vårdens skull och inte heller är specialdesignad härför.¹³⁰

3.2.2.7. Medicineringskada, 6 § 1 st 6 PSL

Regeln omfattar skador som orsakats av att läkemedel ordinerats eller hanterats felaktigt av hälso- och sjukvårdspersonal, eller i strid med gällande föreskrifter eller anvisningar. Däremot omfattas inte skada som orsakats av ett läkemedels egenskaper, såsom biverkningar. I den typen av ersättningsfrågor träder istället läkemedelsförsäkringen eller PAL in.¹³¹ Begränsningen härom kan även utläsas i 7 § 2 p PSL.

Bestämmelsen uttrycker sig genom begreppen *förordnande* eller *utlämnande av läkemedel*, förordnande i bemärkelsen föreskrivning eller ordination, helt enkelt eftersom denna terminologi stämmer överens med den som används i läkemedelslagen (1992:859). Även avseende innebörden av begreppet läkemedel korrelerar PSL med

127 Wilow & Wilow, s 50 f.

128 Wilow & Wilow, s 49.

129 Wilow & Wilow, s 51.

130 Wilow & Wilow s 51.

131 Prop 1995/96:187, s 84 och Wilow & Wilow, s 53.

denna lag, vilken enligt 1 § 1 st läkemedelslagen lyder ”... varor som är avsedda att tillföras människor eller djur för att förebygga, påvisa, lindra eller bota sjukdom eller symptom på sjukdom eller att användas i likartat syfte.”¹³²

Exempel på situationer när bestämmelsen aktualiseras är om en läkare ordinerar ett läkemedel i strid med de doseringsföreskrifter och kontraindikationer, som finns uttryckta i FASS (Farmaceutiska specialiteter i Sverige), om någon inom hälso- och sjukvårdspersonalen förväxlar ett läkemedel med ett annat eller ger det till fel patient eller om en patient givits felaktiga anvisningar om ett läkemedel eller dess användning. Bestämmelsen gäller även skador till följd av att apotekspersonal expedierat felaktigt i förhållande till vad som finns angivet i patientens recept.¹³³

3.2.3. Undantag från rätten till patientskadeersättning, 7 § PSL

I bestämmelsens första punkt kan utläsas att möjligheten till ersättning är undantagen i de fall då skadan är en direkt följd av ett *nödvändigt diagnostiseringsförfarande* eller vid behandling en *direkt livs- eller invaliditetshotande sjukdom eller skada*; i propositionen framkommer att detta är ett synsätt som tillämpas även i övriga Norden.¹³⁴ Med invaliditet avses här en mycket allvarlig bestående funktionsnedsättning som medför att patienten inte kan återgå till normal livsföring.¹³⁵

Undantagsbestämmelsen är framförallt tillämplig vid skador som orsakats i nödsituationer där behovet av vård är så akut att behandlingen måste sättas in direkt, oavsett om lämpliga förberedelser hunnit vidtas eller ej, eller i situationer där man medvetet måste ta stora risker för att kunna förhindra eller förebygga en mycket allvarlig utveckling av patientens skada eller sjukdomstillstånd.¹³⁶

Nästföljande undantagsklausul, vilken redan har behandlats i kapitlet ovan, innebär att patientskadeersättning inte lämnas för skador orsakade av läkemedel i andra fall än som avses i 6 § 1 st 6 PSL.

¹³² Prop 1995/96:187, s 84 f och Wilow & Wilow, s 54.

¹³³ Prop 1995/96:187, s 85.

¹³⁴ Prop 1995/96:187, s 48.

¹³⁵ SOU 2004:12, s 54.

¹³⁶ Hellbacher & Espersson, s 7.

3.2.4. Bristande information och patientskadeersättning

Den informationsskyldighet som hälso- och sjukvårdspersonalen lyder under finns uttryckt i 2 a § HSL, och innebär att vården skall bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet, att den så långt det är möjligt skall utformas och genomföras i samråd med patienten, samt att patienten skall ges information om sitt hälsotillstånd och om de behandlingsmetoder som står till förfogande. Härutöver sägs i 3 § PatjL att patientjournalen skall innehålla uppgift om den information som lämnats till patienten, om de ställningstaganden som gjorts om val av behandlingsalternativ och om möjligheten till en förnyad medicinsk bedömning.

Frågor om ersättning för patientskada som orsakats av att patienten givits bristfälliga upplysningar eller inga upplysningar alls om exempelvis riskerna med den behandlingsmetod som använts är dock inte omfattade av PSL, och anledningen till detta är enligt propositionen den att bevisläget i den typen av fall är alltför komplicerat för att kunna handläggas inom lagstiftningens ramar. Dessa frågor bör istället handhas i ett rättegångsförfarande, menade Patientskadeutredningen i samband med att propositionen till PSL skrevs.¹³⁷

I dagsläget är den enda möjligheten för en patient att få kompensation för skada som grundar sig på bristande information att ansöka om ersättning med bestämmelserna i SkL som grund,¹³⁸ en avsevärd svårighet jämfört med att få ersättning enligt PSL eftersom patienten då måste visa att skadan uppkommit genom fel eller försummelse från sjukvårdspersonalens sida.¹³⁹

PSN, som enligt 1 § arbetsordningen för PSN får yttra sig även över skadeståndsrättsliga krav, kan visserligen uttala sig om den här typen av frågor såsom rådgivande instans. Samtidigt menar många, däribland Mats Magnusson, att frånvaron av ersättningsmöjlighet i informationsfrågor är en av de absolut största bristerna inom patientförsäkringen – dock torde det inte vara helt givet på vilket sätt en sådan regleringen rent konkret skulle kunna se ut och administreras.¹⁴⁰

137 Prop 1995/96:187, s 52.

138 Wilow & Wilow, s 59.

139 Hellbacher m fl. s 42.

140 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

3.2.5. Kort om bestämmandet av ersättningens storlek

Patientskadeersättningen är inte formellt att se som ett skadestånd,¹⁴¹ men bestäms trots detta, enligt 8 § PSL, i enlighet med SkL:s regler om ersättning för personskada - dock med de begränsningar som följer av efterföljande paragrafer, 9-11 §§ PSL, innebärande att avräkning alltid skall ske för en självrisk om en tjugondels basbelopp (9 § PSL). Ersättningen för varje skadad person är dessutom begränsad till 200 basbelopp och för varje skadehändelse till 1000 basbelopp (10 § PSL).

Patientskadeersättning lämnas dels för ekonomisk skada, det vill säga inkomstförlust och kostnader till följd av skadan, såsom sjukvårdskostnader, dels för ideell skada, det vill säga ersättning för sveda och värk, lyte och men samt olägenheter i övrigt.¹⁴² Övriga förmåner som patienten berättigats, såsom socialförsäkringsförmåner, skall enligt 5 kap 3 § SkL avräknas, och för det fall det kan hävdas att patienten medverkat till skadan är skadeståndsrättens bestämmelse (6 kap 1 § SkL) om jämkning tillämplig.¹⁴³

Gällande rätten till skadestånd vid dödsfall, finns detta reglerat i 5 kap 2 § SkL. Enligt denna bestämmelse kan då en personskada lett till döden, viss ersättning utgå till efterlevande för ekonomisk skada till följd av dödsfallet, såsom begravningskostnader. Härutöver kan ersättning utbetalas för den förlust av underhåll som på grund av dödsfallet drabbar den efterlevande.¹⁴⁴

3.2.6. Preskription

Enligt 23 § PSL krävs att den skadelidande väcker talan inom tre år från det att denne fått vetskap om att anspråket kan göras gällande. Med detta avses att skadan är märkbar och att den skadelidande fått klart för sig att den kan ha uppkommit i samband med en åtgärd från hälso- och sjukvårdens sida, och att skadan härför kan vara ersättningsgill enligt PSL. Om talan ej väckts inom denna treårsperiod skall den i vart fall väckas inom tio år från det tillfälle då skadan orsakats.¹⁴⁵

141 Wilow & Wilow, s 65.

142 SOU 2004:12, s 54 och Hellbacher & Espersson, s 7.

143 SOU 2004:12, s 55.

144 Wilow & Wilow, s 81.

145 Wilow & Wilow, s 117.

Noteras bör att dessa regler om preskription endast gäller då ersättningsanspråken grundas på PSL:s regelverk och inte då de sker på skadeståndsrättsliga grunder – i ett sådant fall gäller istället den allmänna tioåriga preskriptionsfristen.¹⁴⁶

146 Wilow & Wilow, s 117.

4. PATIENTFÖRSÄKRINGEN

4.1.1. Allmänt

De försäkringsbolag som meddelar patientförsäkring, bland vilka Landstingens ömsesidiga försäkringsbolag (LÖF) - det bolag som försäkrar den offentliga hälso- och sjukvården - är det dominerande, bildar tillsammans PFF (jfr 15 § PSL). PFF är garanterad för den obligatoriska försäkringen, och medlemmarna här svarar solidariskt för att ersättning utges även då vårdgivaren saknat försäkring, samt för PSN:s verksamhet.¹⁴⁷ LÖF:s kostnader täcks av premier som landstingen betalar in – en försäkringspremie som bestäms utifrån hur stor befolkningen i landstinget är.¹⁴⁸

Då en patientskada anmäls är det i första hand PSR – Personskadereglering AB – som utreder och bedömer fallet. PSR är ett bolag som har till uppgift att självständigt och opartiskt reglera sådana personskador som uppkommer i samband med hälso- och sjukvård. Bolaget ägs sedan 2003 av LÖF. De bedömningar PSR gör, skall ske oberoende av övriga ekonomiska försäkringsintressen och skall grunda sig på de avtal och villkor som gäller för den aktuella försäkringen, gällande lagstiftning (PSL) samt tillämplad praxis inom försäkringsbranschen.¹⁴⁹ De bedömningar som görs av PSR kan av såväl den skadelidande som av vårdgivare, försäkringsgivare eller domstol, hänskjutas till PSN för att här genomgå vad man skulle kunna kalla överprövning, ett förfarande som finns beskrivet närmare nedan.

4.1.2. Patientskadenämnden

4.1.2.1. Bakgrund

PSN:s verksamhet sträcker sig längre tillbaka i tiden än den ovan beskrivna PSL; redan under tiden för den frivilliga försäkringen fanns en nämnd med uppgift att yttra sig i patientskadefrågor, och då regeringen ansåg detta arbete vara framgångsrikt, bland

¹⁴⁷ SOU 2004:12, s 18 och s 60.

¹⁴⁸ Järvholm & Olofsson, s 177.

¹⁴⁹ <http://www.patientforsakring.se/Patient/Om+f%C3%B6rs%C3%A4kringen/Organisation/>.

annat gällande en enhetlig praxisbildning på området, snabba, säkra och kostnadsfria prövningar av patienters ärenden, samt underlättande av skadehanteringen, beslöt man vid PSL:s ikraftträdande att nämndens arbete skulle fortsätta.¹⁵⁰

Nämnden är en privat organisation vars verksamhet administreras av PFF,¹⁵¹ och som består av en ordförande samt sex ledamöter. Man handlägger i nämnden drygt 1000 ärenden per år, varav cirka 90 % har sitt ursprung inom LÖF:s ramar. Resterande 10 % har däremot sin grund inom privat vårdsektor. Nämnden ändrar för övrigt endast patientskadeärenden till patientens fördel.¹⁵²

4.1.2.2. Nämndens sammansättning

Bestämmelser angående nämndens sammansättning och beslutsförhet står att hitta i Förordning (1996:992) om Patientskadenämnden. Här sägs i 1 § 1 st att nämnden består av en ordförande och sex andra ledamöter, att ordföranden skall vara eller ha varit ordinarie domare, samt att av de andra ledamöterna skall tre företräda patienternas intressen,¹⁵³ en vara medicinskt sakkunnig, en vara väl förtrogen med personskadereglering hos försäkringsgivare (kallad försäkringsledamot) och en ha särskild kunskap om verksamhet som rör hälso- och sjukvård. Samtliga ledamöter, med undantag för försäkringsledamoten, utses av regeringen för en tidsperiod om tre år.¹⁵⁴ Nämnden är beslutsför med ordförande och fyra andra ledamöter, varav minst två skall vara företrädare för patienternas intressen.¹⁵⁵

Såsom nämndens beslut gäller den mening som omfattas av mer än hälften av antalet ledamöter, och vid lika röstetal har ordföranden utslagsröst.¹⁵⁶ Enligt förordningens sista bestämmelse får ordföranden själv fatta beslut i ärende av enklare beskaffenhet; då ett ärende har inslag av principiell karaktär skall det dock alltid hänskjutas för avgörande med ledamöter.¹⁵⁷

Nämnden har tystnadsplikt, men som patient har man rätt att ta del av allt

150 SOU 2004:12, s 60-61 och s 157.

151 15 och 17 §§ PSL samt 13-14 §§ Arbetsordning för Patientskadenämnden.

152 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

153 Se även 17 § PSL.

154 1 § 3 st Förordning 1996:992 om Patientskadenämnden.

155 3 § 1 st Förordning 1996:992 om Patientskadenämnden.

156 3 § 2 st Förordning 1996:992 om Patientskadenämnden.

157 4 § 1 st Förordning 1996:992 om Patientskadenämnden.

utredningsmaterial som ligger till grund för nämndens bedömning.¹⁵⁸

4.1.2.3. Nämndens uppdrag och förfaringssätt

PSN:s huvudsakliga syfte är enligt den arbetsordning, som godkändes av regeringen den 19:e december 1996,¹⁵⁹ att avge rådgivande yttranden i ersättningsfall rörande patientskada, det vill säga ärenden enligt PSL. Dessa yttranden kan begäras av såväl patient eller annan skadelidande, som vårdgivare, försäkringsgivare eller av domstol.¹⁶⁰ Nämnden har utredningsskyldighet,¹⁶¹ vilket i praktiken innebär att ärenden som ej anses tillräckligt utredda bordläggs av nämnden och skickas tillbaka till försäkringsgivaren för ytterligare utredning. Detta sker enligt Mats Magnusson, föredragande i PSN, i cirka 10-15 % av fallen. Enligt honom är brister i utredningen vanligare i de ärenden som handhåfts av ett privat försäkringsbolag, något som skulle kunna förklaras med att dessa inte är lika insatta i tillämpningen av PSL som exempelvis PSR torde vara.¹⁶²

Nämnden får vidare avge yttranden även i ersättningsfall där skadan inträffat före PSL:s ikraftträdande, samt yttra sig över skadeståndsrättsliga krav från patienten eller annan skadelidande.¹⁶³ Skador från alla försäkringsbolag som erbjuder patientförsäkring kan prövas av nämnden.¹⁶⁴

PSN skall verka för en enhetlig och rättvis tillämpning av PSL, något som tydligt betonas i såväl arbetsordningen som i förarbetena; i propositionen uttrycks även att nämnden genom sin, vid tillfället tjugoåriga, verksamhet framgångsrikt verkat för just en enhetlig praxis av PSL¹⁶⁵ – tillika en fråga som är en av de huvudsakliga i föreliggande studie. Betydelsen av begreppen rättvisa och enhetlighet var något som jag ägnade största delen av min intervju med Mats Magnusson åt att diskutera. Han menade då att nämndens arbete med dessa två begrepp framförallt ligger i att staka ut gränserna för specifika bedömningskriterier i PSL:s bestämmelser – bedömningsmallar vilka

158 Sverne Arvill & Sverne, s 100.

159 Angående kravet på regeringens godkännande, se 17 § PSL.

160 1 § Arbetsordning för Patientskadenämnden.

161 SOU 2004:12, s 61 och s 157.

162 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

163 1 § Arbetsordning för Patientskadenämnden.

164 www.pff.se, Patientskadenämnden.

165 2 § Arbetsordning för Patientskadenämnden och prop 1995/96:187, s 64 ff.

framförallt PSR sedan förväntas följa. I detta arbete är nämndens referatsamling av stor vikt, eftersom man här tydligt kan utläsa nämndens ställningstaganden, exempelvis ifråga om huruvida en viss bestämmelse bör bedömas extensivt eller restriktivt, hur begrepp skall definieras, och så vidare.

Magnusson poängterar två specifika områden inom vilka nämndens bedömningar haft stor betydelse för framförallt enhetlighetsbegreppet, nämligen dels avseende den skälighetsbedömning av infektionsskada som skall göras, och där man i hjärtoperationsfall tolkat bestämmelsen i en för patienten avsevärt förmånlig riktning – något som enligt honom även senare kunnat uttydas i PSR:s praxis – dels avseende måttstocken för vad som är att se som *en inom området erfaren specialist* i fall av diagnosskada. Dessa två punkter kommer att beröras ytterligare i den slutliga analysen. Samtidigt som nämnden skall arbeta för enhetlighet och rättvisa, måste man ha klart för sig att bedömningarna sker, och måste ske, utifrån enskilda faktorer i varje enskilt fall, varför det är just ramar och mallar för bedömningarna, snarare än exakta tolkningar, som på ett relevant sätt kan åstadkommas av nämnden.¹⁶⁶

Nämndens yttranden är som nämnts visserligen endast rådgivande, men följs i det närmaste alltid av försäkringsgivaren.¹⁶⁷ Nämnden har rätt att vid behov ta hjälp av sakkunnig, vilken får delta i överläggning men ej vid själva beslutsfattandet. Även yttranden från exempelvis medicinska, juridiska eller andra sakkunniga får inhämtas av nämnden.¹⁶⁸ Enligt Mats Magnusson sitter det alltid två allmänläkare med då nämnden sammanträder, vilka på ett generellt sätt kan yttra sig om skadebedömningen, samt om huruvida yttrande från specialistläkare i det aktuella fallet bör inhämtas – något som i så fall görs.¹⁶⁹ Patient eller annan skadelidande får höras i ärendet, men endast om nämnden anser att det är till fördel för utredningen,¹⁷⁰ något som för övrigt är mycket sällsynt. Det har diskuterats huruvida patienten av rättssäkerhetsskäl borde ha rätt till närvarande försvarare vid nämndens prövning av ärendet, ett krav som framförallt har ställts av Advokatsamfundet.¹⁷¹ Enligt Mats Magnusson skulle dock närvaron av en

166 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

167 Hellbacher & Espersson, s 8.

168 5 och 10 §§ Arbetsordning för Patientskadenämnden.

169 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

170 7 § Arbetsordning för Patientskadenämnden.

171 Se Advokatsamfundets yttrande (R-2004/0455) över SOU 2004:12.

patients försvarare vara mer eller mindre överflödigt, då nämnden själv redan arbetar på ett sätt som verkar till förmån för patientens intressen, och även är sammansatt på ett sätt som gynnar detta.¹⁷²

Slutligen kan tilläggas att såväl nämndens förfaranden som de yttranden nämnden avger är skriftliga och kostnadsfria,¹⁷³ samt att den som kräver ersättning alltid har rätt att få sitt ärende prövat av domstol, även efter det att PSN har lämnat sitt utlåtande.¹⁷⁴

172 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

173 7 och 12 §§ Arbetsordning för Patientskadenämnden.

174 www.pff.se, Patientskadenämnden.

5. RESULTAT

5.1. PSN:s referatsamling

5.1.1. Presentation av materialet

I föreliggande kapitel kommer resultatet av min genomläsning av de ärenden ur PSN:s referatsamling där nämnden uttalar sig om rätten till ersättning med 6 § 1-6 PSL som grund att presenteras. Ärendena är i nämndens referatsamling indelade efter typ av skada, för att därefter inom varje skadetypp vara ordnade kronologiskt, en ordning som även jag använt mig av vid inläsningen av fallen, då jag ansett att detta givit den tydlighet som krävs för att få en relevant översikt över fallen.

I referatsamlingen återges fall inom samtliga sex skadetyper som finns beskrivna i 6 § PSL, dock ej i en jämn fördelning mellan skadetyperna. Däremot utgör fördelningen i referatsamlingen troligen en något snär proportionell avspeglning av hur många ärenden som årligen behandlas av nämnden inom varje skadetypp.¹⁷⁵ I undersökningen har använts sammanlagt 60 fall, merparten rörande behandlings- och infektionsskada (46 fall), och med det minsta antalet i kategorin medicineringskada (1 fall). I 32 av fallen har ersättning utgivits, vilket motsvarar cirka 53 % - således en överrepresentation jämfört med de 45 % som sägs gälla för samtliga fall som handläggs av PSR årligen. Av samtliga patientskadeärenden omprövas som regel 10 % till patientens fördel av nämnden.¹⁷⁶

Då ärendena som behandlats samt utgivits av nämnden är mängdmässigt varierande avseende antal fall inom varje skadetypp, kommer även de föreliggande kapitlen som redogör för de olika skadetyperna att se olika ut, både i struktur och storlek. Ambitionen är dock att varje skadetypp skall ges det fokus och den granskning som är nödvändig för att förmedla en relevant bild av tillämpningen av varje aktuell punkt i 6 § PSL.

¹⁷⁵ Jfr Hellbacher m fl, s 20 och s 30.

¹⁷⁶ Järholm & Olofsson, s 183 och Hellbacher m fl, s 14.

5.1.2. Behandlingsskada, 6 § 1 st 1 PSL

5.1.2.1. Allmänt

För behandlingsskada återges i referatsamlingen 12 fall där nämnden ansett att ersättning bör utges, samt 11 fall där skadan däremot inte ansetts ersättningsgill. Ärendena är jämnt fördelade på åren mellan 1998 och 2006, cirka 2-4 ärenden från varje år har återgivits och därmed behandlats; en faktor som torde tyda på viss validitet gällande det kronologiska perspektivet. Ärendena är i samlingen indelade i två kategorier: *valt förfarande* och *alternativt förfarande*. Här kommer dock samtliga ärenden inom skadetypen att behandlas tillsammans, eftersom jag anser att detta ger en bättre överskådlighet.

Återkommande resonemang och nyckelbegrepp som används i nämndens bedömningar, är bland annat *undvikbar*, *vårdbehov*, *mindre riskfyllt sätt*, *annat tillgängligt förfarande* samt *vald* och *alternativ behandlingsmetod*, vilka kommer att behandlas närmare nedan.

5.1.2.2. Karaktäristiskt för bedömningarna

Vid en genomläsning av samtliga fall inom skadetypen, kan direkt konstateras att den tydligast framträdande, och även avgörande, faktorn för om ersättning utges är huruvida skadan hade kunnat undvikas eller ej; ett kriterium som också står direkt utskrivet i lagtexten.¹⁷⁷ Det bekräftas även av den statistik LÖF sammanställt över beslutsåren 1997-2004, där *oundviklig följd* såsom avlagsgrund är den överlägset vanligaste (26,3%).¹⁷⁸ I alla de fall i referatsamlingen där nämnden inte ansett att behandlingsskadan varit att se som ersättningsgill (11 fall) är motiveringen att skadan varit oundviklig. Det finns således inget fall i samlingen där ersättning nekats på grund av att någon av de andra bedömningsstegen inte ansetts uppfyllda, såsom att exempelvis skadan ej varit att se som en personskada eller att man ej kunnat hitta något orsakssamband mellan vården och den uppkomna skadan.

Nämndens bedömningar följer överlag en tydlig mall, som regel innehållande: 1)

¹⁷⁷ Se 6 § 1 st 1 PSL: ”.. under förutsättning att skadan kunnat undvikas..”.

¹⁷⁸ Hellbacher m fl. s 16.

En kort angivelse om vad den aktuella bestämmelsen i PSL säger, 2) Nämndens ställningstagande till om skadan med övervägande sannolikhet uppkommit i samband med vården eller ej, 3) Frågan om skadan kunnat undvikas genom ett annat utförande av det valda behandlingsförfarandet, 4) Frågan om skadan hade kunnat undvikas genom val av ett annat tillgängligt förfarande, samt 5) Frågan om detta alternativa förfarande utifrån en facitbedömning hade tillgodosett vårdbehovet på ett mindre riskfyllt sätt. Det är alltså fråga om en ganska rak tillämpning av det aktuella lagrummet, 6 § 1 st 1 PSL, och de begrepp som står att finna i bestämmelsen, då exempelvis *tillgängligt förfarande, från medicinsk synpunkt* och *vårdbehovet*, används löpande i nämndens resonemang.

Dock följer den stora majoriteten bedömningar, såväl de som görs av PSR som av de av PSN, även en tydligt genomgående terminologi som inte kan utläsas i lagtexten. Exempelvis uttrycker man sig regelbundet i termer av att den aktuella behandlingen skett på ett *korrekt* eller *riktigt sätt* (16 fall), enligt *vedertagna* eller *etablerade behandlingsprinciper/-metoder* (15 fall) eller att den varit *medicinskt motiverad* (11 fall). Även liknande uttryck, såsom *allmänt vedertagen praxis* (4 fall), *realistiskt alternativ* (3 fall) och *inom läkarvetenskapen accepterad metod* (1 fall), förekommer i bedömningarna, om än mer sällsynt.

Vad gäller de vanligast förekommande uttrycken, används dessa med viss majoritet i fall där ersättning nekats av såväl PSR som PSN; i de fall där PSN beslutat att ersättning bör utges används begreppen endast i 3 fall, varav i 1 fall begreppet används i motsatt betydelse jämfört med mönstret.¹⁷⁹ Vanligast är således att ovan nämnda begrepp används dels i PSR:s bedömningar, dels då både PSR och PSN anser att ersättning inte bör utgå. Det kan således konstateras att en mer strikt tillämpning av lagtextens ordalydelse tillämpas i de fall då ersättningsrätt anses föreligga.

Systematiken i bedömningarna följer alltså till stora delar innehållet i 6 § 1 st 1, samtidigt som viss terminologi kan härledas från annat håll - ett fenomen som sammanfattningsvis på ett tydligt sätt överensstämmer med den stegvisa bedömningsordning Hellbacher och Espersson, såsom ordförande respektive sekreterare i PSN, förordar i den ovan behandlade artikeln "Patientskadelagen i teori och praktik",

¹⁷⁹ Se ärende nr 2001:17 där PSN uttalar "Sympatektomi kan inte betraktas som en etablerad behandlingsmetod."

gällande hur just en behandlingsskada bör bedömas. Här talar man nämligen om såväl huruvida behandlingen var *medicinskt motiverad*, som om den skett enligt *vedertagen metod*; frågor som skall ställas efter det att man konstaterat att det föreligger en personskada samt att denna med övervägande sannolikhet varit en direkt följd av en vårdåtgärd.¹⁸⁰

Med begreppet medicinskt motiverad avser man här den del av facitbedömningen som på ett objektiviserat sätt sker i efterhand utifrån en specialists kunskap, och man uttrycker det som att ersättning skall lämnas för skadan om prövningen visar att behandlingen inte varit medicinskt motiverad; det torde alltså röra sig om ett krav som i själva verket är en direkt tillämpning av vad man i lagtexten istället benämner som att ”skadan hade kunnat undvikas”, dock uttryckt i andra termer.

Om man vid denna bedömning finner att behandlingen varit medicinskt motiverad skall man enligt Hellbacher och Espersson gå vidare till nästa fråga, vilken behandlar huruvida den valda behandlingsmetoden är en i praxis vedertagen sådan och om valet gjorts *i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet*.¹⁸¹ Om så icke är fallet lämnas ersättning, medan man i fall då metoden för behandling är att se som vedertagen går vidare till nästa steg i bedömningen, nämligen om skadan hade kunnat undvikas genom ett annat utförande av den valda metoden eller genom val av annan metod. Dessa bedömningssteg är till skillnad från de tidigare väl igenkännliga från lagtexten.

I förarbetena till PSL kan även där begreppet *medicinskt motiverad* påträffas i fråga om det facitresonemang som skall göras vid bedömningen av behandlingsskada, för övrigt även i den betydelse som Hellbacher och Espersson torde förespråka.¹⁸² Även nästföljande steg, innebärande användningen av begreppen *vedertagen som vetenskap* samt *beprövad erfarenhet* i fråga om metodvalet, finns beskrivet i propositionen till PSL då man diskuterar facitresonemangets tillvägagångssätt.¹⁸³ Användningen av begreppen

180 Hellbacher och Espersson, s 4-5.

181 Hellbacher & Espersson, s 5.

182 Prop 1995/96:187, s 32 och s 82: ”Om en operation vid en efterhandsbedömning anses vara medicinskt motiverad är det ärr som uppkommer en oundviklig följd och således inte en ersättningsgrundande skada.”

183 Prop 1995/96:187, s 33: ”Om man då finner att den valda behandlingsmetoden inte är en i praxis vedertagen metod, utges ersättning för skadan. Om bedömningen av metodvalet ger vid handen att den valda behandlingsmetoden stämmer överens med vetenskap och beprövad erfarenhet, går man vidare och prövar om skadan kunde ha undvikits genom att den valda metoden utförts på ett annat sätt.”

medicinskt motiverad, vedertagen som vetenskap och beprövad erfarenhet måste således anses välgrundad och riktig, trots att dessa led i bedömningen inte finns direkt uttalade i lagtexten. Härutöver var bedömningsstegen medicinskt motiverad och vedertagen metod direkt uttryckta i de försäkringsvillkor som tidigare gällde, och begreppen kan även sägas grundade i kravet på att facitresonemanget skall göras utifrån en erfaren specialists perspektiv, vars resonemang med största sannolikhet hade innefattat dessa två kriterier.¹⁸⁴

Slutligen kan i korthet nämnas några ord angående de i lagtexten uttryckta begreppen *tillgängligt* och *förfarande*, eftersom dessa två ord, visserligen i två separata fall, är föremål för utredning av nämnden (1999:01 samt 1998:01). Gällande begreppet *tillgängligt* hade i det aktuella fallet (1999:01) rörande plastikkirurgi, en alternativ behandlingsmetod kunnat tillgodose vårdbehovet på ett mindre riskfyllt sätt, men på grund av att patienten ansett denna alternativa metod vara alltför dyr och därför vägrat genomgå den, ansågs den inte heller vara att se som en tillgänglig metod, varför rätt till ersättning ej ansetts föreligga.

Angående begreppet *förfarande* kan det i det ovan nämnda fallet (1998:01) utläsas att med detta avses inte endast positiva åtgärder, utan även att så kallad icke-behandling kan vara att se som en i bestämmelsen avsedd behandlingsmetod. Dock måste det, enligt nämnden, röra sig om en inom läkarvetenskapen accepterad metod som utgör ett klart behandlingsalternativ. I det aktuella fallet består den så kallade icke-behandlingen i att låta bli att sätta in en så kallad venflon.

Slutligen kan nämnas att det i sex av fallen är så att patienten jämte den huvudsakliga orsaken yrkar ersättning för att patientskadan är uppkommen ur *bristande* eller *obefintlig information*, exempelvis angående riskerna med en viss behandlingsmetod. Bristande information såsom grund för patientskada är, vilket även nämnts ovan, dock inte en sådan grund för patientskadeersättning som omfattas av PSL, varför detta inte heller kommer att beröras närmare.

184 Hellbacher m fl. s 22.

5.1.2.3. Liknande fall – olika utgång

Såsom nämnts ovan sker facitresonemanget individuellt, vilket gör att två till synes identiska fall kan utmynna på olika sätt, beroende på exempelvis patientens hälsotillstånd och vårdbehov.¹⁸⁵ För att tydliggöra detta fenomen, samt visa på vissa generella skillnader mellan fall där ersättning utgivits respektive inte gjort det, kommer nedan behandlas sex specifika ärenden som parvis utgår från liknande omständigheter, men med olika utfall hos nämnden som resultat:

1. *Intubationsnarkos*: Två av dessa fall behandlar uppkommen tandskada vid så kallad intubation, en bedövningsmetod som använts inför operation i svalget (2002:02) respektive som en del i en generell anestesi vid en större operation (2000:22). I det förstnämnda fallet drabbades patienten av en muskelkramp under injektionen av muskelförlamande medel, och vid hälso- och sjukvårdspersonalens försök att åstadkomma fri luftväg användes visst våld, varvid en stifttand lossnat. Nämnden anser i detta fall att ersättning inte bör utgå, eftersom tandskadan på grund av de svårigheter som förelåg vid intubationen inte hade kunnat undvikas, samt att tandskadan inte heller hade kunnat undvikas genom val av annat tillgängligt förfarande.

I det andra fallet har tandskadan uppkommit i samband med väckning ur narkos, då patienten bitit ihop kraftigt och därmed fått en skada på en framtand. Nämnden konstaterar här att det inte förelegat några särskilda svårigheter i samband med narkosen, samt att skadan hade kunnat undvikas genom ett annat utförande av intuberingen – exakt på vilket sätt går man dock inte in på – och man anser att ersättning bör utges.

Utifrån detta kan konstateras att de oväntade komplikationer som uppstod i det förstnämnda fallet har avgörande betydelse för om den senare uppkomna skadan är ersättningsgill eller ej. Slutsatsen kan dras eftersom man utifrån nästföljande fall kan utläsa att intubationer generellt sett faktiskt kan ske genom ett annat

185 Prop 1995/96:187, s 81.

utförande, genom vilket man kanske också hade kunnat undvika den uppkomna skadan i det första fallet. De uppkomna komplikationerna med patientens luftvägar gör dock att det är utifrån detta skede som bedömningen av om skadan hade kunnat undvikas skall ske – och man kommer då fram till att detta inte varit möjligt eftersom det vid tiden ”vägt tyngre” att få luftvägarna fria.

2. *Mandibularbedövning*: Dessa två fall behandlar nervskada i form av känselbortfall efter så kallad mandibularbedövning, en behandlingsform som i båda fallen använts vid tandvård. I det första fallet (1999:03) anser nämnden att skadan inte kunnat undvikas genom vare sig annat utförande av det valda behandlingsförfarandet, eller genom en alternativ behandlingsmetod. I nästföljande fall (1999:04) finner man däremot att skadan hade kunnat undvikas om man använt sig av ett annat alternativt förfarande, nämligen genom så kallad infiltrationsbedövning, och ersättning anser man därför bör utges.

Skillnaden dessa två fall emellan är att det rör sig om två olika typer av tänder som behandlats; i det förstnämnda fallet är det en kindtand (tand 46) som varit föremål för den aktuella bedövningen, för vilken den alternativa behandlingsmetod som använts i nästföljande fall (behandling av tand 44) ej hade varit ett aktuellt alternativ.

3. *Plexusskada*: Först och främst kan nämnas att förlossningsskador, vilket det är fråga om här, endast är att se som ersättningsgilla då de orsakats av någon direkt vårdåtgärd, såsom användande av en så kallad sugklocka. Då skador på barnet uppkommer som en följd av det naturliga förlossningsförloppet, och inte på grund av underlåtenhet eller några direkta åtgärder från hälso- och sjukvårdspersonalens sida, föreligger ingen rätt till ersättning.¹⁸⁶ I båda dessa fall har dock just en så kallad sugklocka använts, och ärendena rör barn som vid vaginal förlossning drabbats av så kallade plexusskador.

186 Hellbacher m fl. s 19.

I fall nummer ett (2000:01) anser PSN att ersättningsbar skada förelegat, eftersom man såsom alternativ förlossningsmetod hade kunnat välja att göra ett kejsarsnitt, genom vilket den uppkomna skadan hade kunnat undvikas. I nästföljande fall (2004:02) menar nämnden dock tvärtom att ett kejsarsnitt inte varit att se som en alternativ behandlingsmetod vilken skulle tillgodosett vårdbehovet på ett mindre riskfyllt sätt, och ersättning har därför inte utgivits. Nämnden menar i bägge fallen att kejsarsnitt i jämförelse med vaginal förlossning är att se som ett mer riskfyllt alternativ eftersom det generellt sett medför större risk för såväl moder som barn.

Skillnaden fallen emellan är att det i det förstnämnda fallet funnits en tydlig medicinsk indikation på att barnet varit överviktigt, 5310 g. Nämnden menar att eftersom det vid höga födelsevikter, 5000 g eller mer, föreligger en ökad komplikationsfrekvens, måste man vid valet av förlossningsmetod noga väga in att stora barn löper en avsevärd risk att drabbas av skador vid vaginal förlossning. I nästföljande fall har någon sådan indikation däremot inte funnits, då barnet endast uppskattats till 4300 g – en viktbedömning som enligt det första fallet görs utifrån en måttstock där 5000 g eller mer räknas som för högt, något som också bekräftas av Mats Magnusson.¹⁸⁷

5.1.2.4. Kronologiska förändringar?

I fråga om en kronologisk utveckling vad gäller extensiva respektive restriktiva tolkningar av nämnden måste en sådan anses svår att uttyda utifrån de 23 ärenden som publicerats i referatsamlingen. Det som kan konstateras är, vilket nämnts ovan, att nämnden genomgående, från de äldsta till de nyaste ärendena, tillämpar en tydlig mall i sina bedömningar; en mall som däremot inte går att härleda till PSR:s (eller motsvarande försäkringsgivares) resonemang, vilka i avsevärt högre utsträckning saknar en liknande stringens.

Visserligen är i referaten PSR:s utlåtanden synnerligen nedkortade jämfört med

¹⁸⁷ Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

nämndens resonemang, vilka återges in extenso,¹⁸⁸ men saknar enligt min uppfattning likväl en liknande grad av konsekvens i sina argumentationer. En åsikt som jag framförallt grundar på de fall där nämnden kommit till en helt annan slutsats än PSR, och där man kan misstänka att ett mer följdriktigt resonemang redan hos PSR troligen hade ändrat dess utslag i frågan i samma riktning som nämnden sedermera yttrat sig.¹⁸⁹

Utifrån en överblick av de i referatsamlingen redovisade fallen av behandlingsskada kan konstateras att de mest principiella uttalandena av nämnden görs i några av de äldsta ärendena,¹⁹⁰ något som av naturliga skäl torde vara föga förvånande då det förmodligen var i detta skede, då PSL just trätt i kraft, som störst behov av begreppstolkning funnits. Denna typ av principiella frågor kan visserligen skönjas även i senare fall,¹⁹¹ men den mest fundamentala praxisbildningen torde ändå vara hänförlig till några av de tidigaste ärendena, och några direkta vändningar i PSN:s ställningstaganden kring dessa grundläggande begrepp kan inte identifieras i något av de senare av de publicerade fallen.

Slutligen kan nämnas att de ärenden som av nämnden ansetts ersättningsgilla är jämnt utspridda över det tidsspann som här är aktuellt.

5.1.3. Materialskada, 6 § 1 st 2 PSL

5.1.3.1. Allmänt

Inom skadetypen materialskada återges i referatsamlingen endast två fall, varav det ena ansetts ersättningsgillt. De båda fallen är från 1999 respektive 2000, varför möjligheterna till en jämförelse utifrån ett kronologiskt perspektiv på bedömningarna inom skadetypen tyvärr måste anses obefintliga.

188 Intervju med Mats Magnusson, 2007-11-26.

189 Se bland annat 2000:02 *Struma, översträckning* där PSR, till skillnad från PSN, överhuvudtaget inte går in på om operationen utifrån ett facitresonemang hade kunnat genomföras på något annat sätt, eller 1999:04 *Mandibularbedövning* där det av Länsförsäkringar-Wasa kort konstateras att skadan varit oundviklig, utan vare sig genomgång av annat behandlingsutförande eller alternativ behandlingsmetod.

190 Se exempelvis 1998:01 angående begreppet *förfarande*, samt 1999:01 angående vad som skall anses som *tillgängligt förfarande*.

191 Se 2005:07 angående riskbedömning, samt 2006:05 om patientens påverkan på metodval.

5.1.3.2. Karaktäristiskt för bedömningarna

Några direkta nyckelbegrepp för bedömningarna inom denna skadetyper torde ej heller gå att identifiera, på grund av den ringa mängden ärenden.¹⁹² Dock kan konstateras att begreppet *säkerhetsbrist*, vilket hänvisar till PAL, är av central betydelse i ett av fallen (1999:09), vilket kommer att behandlas nedan.

Gällande resonemangens överensstämmelse med lagbestämmelsens ordalydelse, kan nämnas att nämnden i bägge ärenden dels uttrycker lagbestämmelsens ordalydelse, dels att man använder sig av de uttryck och rekvisit som står utskrivna i bestämmelsen, såsom *medicinteknisk produkt* eller *sjukvårdsutrustning* och *felaktig hantering*, löpande i bedömningarna; dessa torde således generellt stå i god överensstämmelse med vad lagen åsyftar.

5.1.3.3. Olika fall - olika utgång

Båda fallen rör material som uppfyller kraven för vad man i bestämmelsen benämner *medicinteknisk produkt* eller *sjukvårdsutrustning*; i det första fallet (1999:09) är det fråga om en kateter, i det andra (2000:11) om kryckor.

Skillnader föreligger däremot gällande först och främst tiden för respektive skadas uppkomst, då det i det förstnämnda fallet handlar om en skada som uppkommit under en operation, medan i det andra skadan har sin grund i patientens hemanvändning av kryckor. Trots denna skillnad omfattas båda fallen av bestämmelsen, eftersom den enligt ordalydelsen inbegriper patientskador som orsakats av såväl hälso- och sjukvårdspersonalens som av patientens egna felaktiga hantering av den medicintekniska produkten. I det senare fallet krävs dock ett samband med att hälso- och sjukvårdspersonalen givit felaktiga instruktioner till patienten om användandet.

I det förstnämnda fallet är det fråga om en förlamningsskada samt afasi efter så kallad embolisering – en patientskada som av nämnden anses ersättningstillräcklig eftersom den med övervägande sannolikhet anses bero på att bristfällig instruktion, för den

¹⁹² Dock torde den ringa mängden ärenden inom skadetyper utgöra en proportionerligt sett tillräcklig mängd, med tanke på att det enligt LÖF:s statistik är långt under 1 % av alla skadeanmälningar som handlar om materielskador, jfr Hellbacher m fl s 30.

mikrokateter som använts vid emboliseringen, har lett till att den även använda mikroledaren hanterats felaktigt. I det andra ärendet, i vilket patienten hävdar så kallat instruktionsfel, har enligt handlingarna patienten i fråga givits information om användandet av de aktuella kryckorna, varför de uppkomna skadorna, innebärande värk och domningar i händer, enligt nämnden inte ansetts berättiga ersättning.

Både PSR och PSN uttrycker sig i detta senare fall (2000:11) i termer av att patienten blivit omhändertagen *enligt gängse rutiner*, såsom svar då patienten hävdar gravt åsidosättande av läkaransvar och ifrågasätter huruvida den vård denne fått uppfyllt kraven för vad denne kallar allmän vårdpraxis. Dock torde PSR:s och PSN:s uttalanden på denna punkt sakna betydelse, då ansvarsfrågor rörande bemötande och rutiner överhuvudtaget inte omfattas av den aktuella lagstiftningen, något som också konstateras av PSR.

Slutligen kan konstateras att PSN benämner den information som enligt handlingarna givits patienten i fallet såsom *sedvanlig* – ett begrepp som visserligen torde innebära att den information patienten fått också varit tillräcklig och korrekt, men som ändå kan ifrågasättas på grund av att dess innebörd likväl skulle kunna vara mer utsträckt än vad som uttrycks i lagen, och därför också skulle kunna ge utrymme för skönsmässiga bedömningar.

Det uttrycks nämligen vare sig i PSL eller i dess förarbeten några direkta krav, eller för den delen begränsningar, på innehållet eller kvaliteten på den information som skall ha givits till patienten. Detta eftersom de olika felkategorier där dessa så kallade instruktionsskador finns representerade är formulerade i, och korrelerar med, PAL. I förarbetena till denna lag kan dock hittas viss vägledning avseende omfattningen på den information som skall ges, nämligen bland annat att kravet på information skall hållas inom rimliga gränser samt att det är produktens normala användning och vad som därvid kan inträffa som skall vara i fokus för den information som ges. Varken helt självklara risker, eller sådana som kan anses som perifera, torde generellt sett omfattas av kravet på information i detta avseende, och frågan om huruvida kravet uppnåtts torde vara föremål för enskilda bedömningar i varje aktuellt fall.¹⁹³ Hur som helst torde inte, åtminstone inte rent semantiskt, *sedvanlig information* i alla lägen vara synonymt med

193 Prop 1990/91:197, s 104 ff.

korrekt information, varför en av nämnden mer precis begreppsanvändning skulle kunna vara att föredra – en fråga som dock här lämnas öppen.

I det andra fallet (1999:09) diskuteras för övrigt instruktionsfelen såsom uppkomna ur felaktiga, ofullständiga eller uteblivna anvisningar – och inte utifrån den i det förstnämnda ärendet gjorda positiva precisering på den i fallet givna informationens omfattning, i och med begreppet *sedvanlig*.

Slutligen, vad gäller eventuella olikheter i hur resonemangen ser ut - PSR och PSN emellan - kan nämnas att dessa i ärende 1999:09 är i det närmaste motsatta. PSR konstaterar här att det inte kan anses vara något fel på den i ärendet använda katetern, samt att försäkringen inte innehåller något åtagande att lämna ersättning vid utebliven information från tillverkare av medicinsk produkt till sjukvården; man går här således aldrig in på att det skulle kunna röra sig om ett instruktionsfel utan konstaterar tvärtom att detta inte är något som omfattas av försäkringen.¹⁹⁴ Detta till skillnad från PSN som kommer till den slutsatsen att med fel i PSL avses just även de så kallade instruktionsfelen.

I det andra ärendet (2000:11) är resonemangen dock mer lika, instanserna emellan. Man kan här i båda bedömningarna utläsa att det av handlingarna framkommit att patienten blivit omhändertagen enligt gängse rutiner, samt att skadan troligen uppkommit på grund av att patienten gått mycket med hjälp av kryckor, snarare än av bristfälliga instruktioner kring hur kryckorna skall användas.

5.1.3.4. Fel eller säkerhetsbrist?

I ärende 1999:09, i vilket skadan av PSN ansetts ersättningsgill, relaterar nämnden till PAL:s begrepp säkerhetsbrist i fråga om det instruktionsfel som är för handen.¹⁹⁵ Såsom nämnts ovan i genomgången av gällande rätt kan, eftersom PSL:s begrepp fel är vidare än PAL:s begrepp säkerhetsbrist, vägledning för vad som bör omfattas sökas i det senare begreppet, och man brukar då tala om tre olika felkategorier inom en så kallad

¹⁹⁴ I PSR:s utlåtande kan även, i fråga om katetern, läsas meningen ”Den passade inte riktigt med ledaren men något fel på katetern har inte kunnat fastställas.”, något som torde visa på en alltför snäv bild av vad som omfattas av begreppet fel – åtminstone kan tyckas att man närmare borde gå in på varför denna dåliga passning inte är att se som ett fel i lagens bemärkelse.

¹⁹⁵ Se ärende nr 1999:09 där PSN uttalar, ”Begreppet fel har sin motsvarighet i produktansvarslagen säkerhetsbrist.” och ”Med fel i patientskadelagen avses således även de s.k instruktionsfelen.”.

säkerhetsbrist. I detta fall rör det sig om felkategorin instruktionsskada, och vid genomläsning av nämndens yttrande i ärendet kan konstateras att begreppen fel och säkerhetsbrist används på ett i det närmaste synonymt sätt. Visserligen torde det stå klart, och vara helt följdriktigt, att analogier med PAL utgör naturliga bedömningskriterier i denna typ av fall,¹⁹⁶ men likväl anser jag fenomenet ge fog för viss diskussion.

Detta med tanke på att det torde vara så att en materialskada i PSL:s bemärkelse kan ha inträffat utan att denna omfattas av PAL:s säkerhetsbristbegrepp, eller närmare bestämt inom dess felkategori för instruktionsfel. Detta eftersom PSL:s begrepp fel sägs vara mer omfattande än säkerhetsbristbegreppet. Åtminstone torde det teoretiskt sett vara tveksamt att använda PAL:s felkategorier som vägledning för ett beslut om avslag till ersättning, eftersom dessa inte anger gränserna för vad som i sin tur inte omfattas av PSL:s begrepp fel. Snarare vore det kanske av värde att, på grund av de båda begreppens skillnader i omfattning, uttrycka ett mer specifikt bedömningsunderlag eller en klarare bedömningsmall för vad som bör omfattas av PSL:s eget felbegrepp?

5.1.4. Diagnosskada, 6 § 1 st 3 PSL

5.1.4.1. Allmänt

I referatsamlingen återges sammanlagt nio referat rörande diagnosskador, varav fem ansetts ersättningsgilla. Alla dessa ärenden är från år 2000 eller senare, varför en jämförelse utifrån ett kronologiskt perspektiv inom skadetypen även här torde utebli.

Ett hittills nästintill frånvarande begrepp, nämligen *lidande*, återkommer inom denna skadetypp i några av ärendena, ett fenomen som kommer att behandlas närmare nedan. Likt de ovan behandlade ärendena inom skadetypen behandlingsskada (kap 4.1.2.2.) kan inom denna skadetypp identifieras en återkommande (i sammanlagt sex ärenden) användning av begrepp som *medicinskt motiverad*, *allmänt vedertagna behandlingsprinciper* och *vedertagen praxis* eller liknande och även här kan begreppen kopplas till fall där man här ej ansett det aktuella ärendet ersättningsgillt;¹⁹⁷ något som

¹⁹⁶ Jfr Wilow & Wilow, s 40-41.

¹⁹⁷ Se exempelvis nämndens uttalanden "... den medicinska handläggningen av förlossningen och de bedömningar som gjordes före, under och efter förlossningen har stått i överensstämmelse med

likt vad som sagts ovan kan förklaras av den specialistbedömning som enligt bestämmelsen skall göras.¹⁹⁸

5.1.4.2. Karaktäristiskt för bedömningarna

Majoriteten ärenden inom denna skadetyper följer på ett mycket tydligt sätt bestämmelsen och det som sägs i förarbetena till bestämmelsen, nämligen att ersättning utges då skada uppstått på grund av att faktiskt iakttagbara symptom förbisets eller till följd av att dessa tolkats på ett felaktigt sätt, samt att denna bedömning skall göras utifrån en specialists synvinkel.¹⁹⁹ Förekomsten av ett kausalsamband mellan den uteblivna alternativt felaktiga diagnosen och den uppkomna skadan är i sju av ärendena den avgörande orsaken till avslag respektive rätt till ersättning.²⁰⁰

Övriga två ärenden är snarare beroende av om bestämmelsen överhuvudtaget kan anses tillämplig; i det förstnämnda ärendet diskuteras vem som kan anses som *erfaren specialist på området*, vilket är av betydelse för om den ställda diagnosen i fråga kan anses felaktig eller ej, i det andra ärendet behandlas frågan om patientens symptom överhuvudtaget tolkats felaktigt. Inget av dessa ärenden har för övrigt ansetts ersättningsgilla.²⁰¹

Ett av dessa ärenden har inslag av ett mer utpräglat principiellt resonemang som nämnden gör, det vill säga ett uttalande som i högre grad än övriga kan tänkas verka normerande på framtida bedömningar, nämligen det om innebörden av just begreppet *erfaren specialist på området* (2000:12). Då en allmänläkare på vårdcentral ställt en felaktig diagnos jämfört med hur en mer specialiserad läkare skulle ha resonerat, i detta fall en hudläkare, är det vid frågan om vem som skall anses som den *inom området erfarna specialisten*, den erfarna allmänläkarens handlingsnorm som skall ligga till grund för bedömningen och inte hudläkarens. Detta eftersom det på vårdcentral är en allmänläkarens ställande av diagnos som är det normala – inte en specialistläkarens.

allmänt vedertagna behandlingsprinciper.” 2002:10 och ”... inte rätt att hävda att patientens symptom sommaren 2001 tolkats på ett sätt som avviker från vedertagen praxis...” 2004:09.

198 Jfr även Hellbacher m fl, s 31.

199 Jfr kap 3.2.2.4. ovan.

200 Se 2002:03, 2002:10, 2003:01, 2003:06, 2005:12, 2006:06 och 2006:08.

201 Se 2000:12 och 2004:09.

I de flesta av ärendena inom skadetypen är resonemangen hos PSR respektive PSN tämligen lika, även då slutsatserna skiljer sig åt. I några av ärendena skiljer sig dock PSR:s och PSN:s resonemang åt på ett rätt så avgörande sätt, nämligen i de ärenden där nämnden uttalat sig principiellt om vad som exempelvis menas med erfaren specialist på området (2000:12) samt betydelsen av att det inte går att fastställa hur förloppet påverkats (2002:03); i dessa fall kan konstateras att nämndens uttalanden, oavsett utgången i fallet, är väsentligt mer djupgående än PSR:s. Härutöver skiljer sig resonemangen rent allmänt åt gällande huruvida diagnosfördröjningarna ifråga påverkat sjukdomsförloppet eller inte.²⁰²

5.1.4.3. Ersättning för lidande

Inom skadetypen både yrkas (2000:12 och 2006:06) och utges (2003:01 och 2003:06) ersättning för vad som benämns som *lidande*; ett begrepp som, även om dess betydelse torde likna den som i tidigare bestämmelser utgjorts av begreppet skada, i sammanhanget känns både oväntat och odefinierat. I de aktuella ärendena används begreppet dels såsom ett samlingsnamn för de faktiska fysiska skador som uppkommit till följd av den felaktiga eller fördröjda diagnosen,²⁰³ dels i betydelsen av psykiskt lidande,²⁰⁴ samt slutligen i betydelsen av både fysisk och psykisk skada orsakat av den felaktiga eller fördröjda diagnosen.²⁰⁵

Begreppsanvändningen i detta fall torde hänga ihop med att det här, till skillnad från övriga patientskador, inte i egentlig mening är fråga om några av sjukvården tillförda skador, utan om ersättning för vissa av grundsjukdomens effekter.²⁰⁶ Någon tillförd skada, i den bemärkelse som avses i bestämmelsens övriga punkter, är således

202 Se exempelvis 2003:01 angående skillnader i hur man resonerar kring om diagnosfördröjningen orsakat tumörtillväxt eller inte, samt 2003:06 angående sjukdomsförloppets längd.

203 Se exempelvis 2000:12: ”Patienten yrkade ersättning för sitt lidande. Hon har stafylokocker i sina sår och bölder.”

204 Se nämndens uttalande i ärende 2003:01: ”Vid diagnosfördröjning av cancer kan man normalt utgå från att patienten därigenom och också genom den tumörtillväxt som skett med anledning av fördröjningen, drabbats av ett ökat lidande med oro och ångslan för att risken för återfall och död i sjukdomen kan ha ökat.” och i ärende 2003:06: ”En tidigare diagnos av svampinfektionen och därmed insatt terapi hade med övervägande sannolikhet förkortat sjukdomsförloppet, minskat behovet av andra behandlingsinsatser och därmed förkortat pojkens lidande.”

205 Se patientens yrkande i ärende 2006:06: ”Patienten har anmält att hon på grund av fördröjd diagnos och behandling av cervixcancer drabbats av onödigt psykiskt och fysiskt lidande.”

206 Jfr Hellbacher m fl s 31.

inte grunden för ersättning i detta fall, utan kanske snarare de former av ökat eller onödigt lidande som ges uttryck för i de aktuella ärendena. Skillnaden i formen för uppkommen patientskada torde således förklara varför begreppet lidande används endast här.²⁰⁷

5.1.4.4. Kronologiska förändringar?

Någon tydlig kronologisk utveckling av bedömningarna har inte kunnat identifieras utifrån ärendena inom skadetypen. Dock kan nämnas att ersättning för *psykiskt lidande* tycks vanligare i de senare fallen,²⁰⁸ jämfört med de äldsta. Detta fenomen bör dock tolkas med viss reservation, då yrkan om ersättning på denna grund heller inte gjorts i de äldre ärendena, samt att inget av ärendena inom skadetypen är äldre än från år 2000. Fler ärenden hade helt enkelt behövts undersökas för att ett relevant uttalande om fenomenet skulle kunna göras.

5.1.5. Infektionsskada, 6 § 1 st 4 och 3 st PSL

5.1.5.1. Allmänt

Inom skadetypen infektionsskador finns i referatsamlingen återgivet 22 fall, vilka är jämnt fördelade över åren 1998-2006; 12 av dessa har PSN ansett ersättningsgilla. Återkommande nyckelord och begrepp i bedömningarna är *grundsjukdom*, *skäligen*, *förutsebar*, *rimlig relation*, *risk*, *samlad bedömning* och *tåla* – alla tillhörande den skälighetsbedömning som enligt 6 § 3 st skall göras inom skadetypen. Det kan konstateras att nämnden rent formellt tillämpar bestämmelsen på ett sätt som stämmer väl överens med lagens ordalydelse.

207 Jfr Hellbacher m fl s 32 angående den ideella ersättning som alltid utges med 25 000 kr för det psykiska lidande en patient drabbats av vid en diagnosfördröjning av tumörer om det är övervägande sannolikt att tumören växt till följd av diagnosförseeningen, en ersättning som utges trots att den eventuella tumörtillväxten inte orsakat någon egentlig kroppsskada.

208 Se 2003:01, 2003:06, 2006:06.

5.1.5.2. Karaktäristiskt för bedömningarna

Karaktäristiskt för ärendena inom skadetyper är den i samband med PSL:s tillkomst införda skälighetsbedömning som skall göras, det vill säga en bedömning av om den tillförda infektionen skäligen bör tålas utifrån exempelvis arten och svårighetsgraden av patientens grundsjukdom samt om risken för infektion varit förutsebar eller inte, och som möjligheten till ersättning i majoriteten av fallen (alla utom två) vilar på. Skälighetsbedömningen samt konsekvenserna av denna kommer att beröras närmare nedan, men det bör redan här nämnas att, även om detta inte är något som går att påvisa endast utifrån de aktuella ärendena, ersättningarna för infektionsskada torde ha minskat i antal sedan skälighetsbedömningen införts, jämfört med hur det såg ut vid tillämpningen av den frivilliga försäkringen.²⁰⁹

Endast i ett ärende är det kravet på att infektionen skall ha *överförts* som utgör huvudfrågan (1999:08); i övriga ärenden visas detta rekvisit på ett tydligt sätt uppfyllt redan inledningsvis i nämndens yttrande utan att kräva ytterligare översyn.

Skillnaderna mellan hur PSR och PSN resonerat i ärendena ligger framförallt i hur man ser på vad som skäligen bör tålas. Resonemangen är i majoriteten av ärendena relativt lika, det vill säga att man i båda instanser på ett likartat sätt konstaterar att infektionen uppkommit respektive inte uppkommit i samband med den aktuella vårdåtgärden, för att därefter skilja sig åt avseende vad som skäligen bör tålas.

5.1.5.3. Skälighetsbedömning enligt 6 § 3 st

Skadetyper infektionsskada är som nämnts ovan den enda av punkterna i 6 § PSL som skall läsas tillsammans med det skälighetsresonemang som uttrycks i bestämmelsens tredje stycke. De grunder som enligt bestämmelsen skall ligga till grund för den samlade bedömning som görs, det vill säga svårighetsgraden av patientens ursprungliga skada eller sjukdom, möjligheten att förutse infektionen samt patientens hälsotillstånd i övrigt, är också frekvent tillämpade av nämnden och det torde vara så att den del av

²⁰⁹ Jfr Hellbacher & Espersson, s 14, angående nämndens tendens att sedan skälighetsbedömningens inträde i patientförsäkringen, nämnden utgivit ersättning i färre fall av infektionsskada än tidigare: ”Enligt uppgift har antalet ersättningsbara infektionsskador minskat med cirka 10 procent sedan patientskadelagen infördes.”

bedömningen som väger tyngst i den samlade bedömningen, sett utifrån de ärenden som av nämnden ansetts ersättningsgilla, är *infektionsskadans svårighetsgrad jämfört med grundsjukdomen* och den vårdåtgärd som vidtagits. I nästintill alla de ärenden där nämnden efter skälighetsbedömning ansett att ersättning bör utgå finns nämligen på ett eller annat sätt denna typ av jämförande resonemang uttryckt (10 av 12).²¹⁰

Undantag från en sådan jämförelse som huvudsaklig ersättningsgrund är 2000:16 och 2001:06 där det snarare torde vara patienternas följdbesvär av infektionsskadan och dessas bestående karaktär - utan att någon uttrycklig jämförelse med grundsjukdomen görs - som är det tyngst vägande skälet till ersättning.

Det i bestämmelsen uttryckta förutsebarhetsrekvisitet är visserligen lika vanligt förekommande som den ovan behandlade grundsjukdomsjämförelsen, men är till sin karaktär mer skiftande. I de ersättningsgilla ärendena sägs infektionsrisken vara såväl något man måste räkna med (se exempelvis 2000:17, 2000:19 och 2001:06) som oförutsebar (se exempelvis 1998:02, 1998:05 och 1999:07), varför infektionsriskens bristande mått på förutsebarhet inte kan sägas vara ett lika entydigt skäl till ersättning – något som även kommer att framgå av jämförelsen mellan ersättningsgilla respektive icke ersättningsgilla ärenden nedan.

5.1.5.4. Liknande fall – olika utgång

Likt kapitlet rörande behandlingsskador kommer, i syfte att identifiera skillnader mellan vad som berättigar till ersättning respektive inte gör det, även här undersökas ärenden som förutsättningsmässigt är varandra lika, men vars enskilda omständigheter resulterat i olika utfall i den ovan behandlade skälighetsbedömningen, och som därför även skiljer sig från varandra ur ersättningssynpunkt.

Då det i referatsamlingen finns två ärenden vilka båda behandlar ögonoperationer för grå starr, varav endast det ena av nämnden ansetts ersättningsgillt, kommer dessa, utifrån vad som medfört att ersättning utgått i det ena fallet men inte i det andra, att redogöras för. Härutöver handlar ett flertal av ärendena inom skadetyper om kärleksoperationer, varför även dessa kommer att analyseras utifrån vad som kan

²¹⁰ Se 1998:02, 1998:05, 1999:07, 1999:17, 2000:19, 2003:02, 2004:05 och 2006:01.

anses utgöra skillnader i vad som är ersättningsbart respektive inte.

1. *Grå starr*: I bägge ärenden (1998:03 och 1998:05) rör det sig om inflammation i ögats inre struktur efter operation för grå starr, operationer som enligt nämnden anses som nödvändiga åtgärder för att rädda synen gällande båda patienter. I inget av ärendena anser nämnden skadan vara förutsägbar, utan man talar om att risken för infektion varit ringa. Patienterna är i båda ärendena runt 85 år.

Skillnaden – ärendena emellan – ligger i att patienten i det senare fallet (1998:05) blivit blind till följd av infektionen, medan den andra patientens infektion varit av lindrig art och utan att påverka operationsresultatet helt läkt ut, varför i skälighetsbedömningen ersättning endast ansetts bör utges i det förstnämnda ärendet.

2. *Kranskärlsoperation*: Ärendena är till sina grundförutsättningar visserligen inte riktigt så lika som de ovan behandlade ögonoperationsfallen; här skiljer sig såväl patienternas åldrar samt svårighetsgraden och typen på deras grundsjukdomar. Dock kan konstateras att operationsindikationen, samt den sedermera genomförda kranskärlsoperationen ser i stort sett lika ut över samtliga ärenden.

Vad gäller de i ärendena gjorda skälighetsbedömningarna, närmare bestämt angående det förutsebarhetsrekvisit som där ingår, kan nämnas att PSN i alla de ersättningsgilla fallen (1999:07, 2000:16 och 2003:02) samt i två av de icke ersättningsgilla (2000:14, 2000:18) ansett risken för infektion vid den här typen av operativa ingrepp vara oförutsägbar. Dock sägs i ett av de icke ersättningsgilla ärendena (2001:15) att risken för infektioner är något man alltid får räkna med vid operativa ingrepp; något som överhuvudtaget inte nämns i de övriga ärendena.

Klart är dock att förutsebarhetsrekvisitet inte torde vara vad man skulle kunna kalla för en springande punkt i vad som inom skadetyper avgör om ersättning

bör utges eller ej. Snarare är det så att det som ovan framkommit om ärendena för grå starr bekräftas även av kranskärtsfallen, nämligen att det är svårighetsgraden och varaktigheten på infektionsskadan och dess följder som på det tydligaste sättet kan identifieras som den stora skillnaden mellan de ersättningsgilla respektive de icke ersättningsgilla ärendena.

I de ärenden som av nämnden ansetts ersättningsgilla talas om infektionsskadorna och följder av dessa i termer som *av ytterst allvarlig art, livshotande, sjukdomsförloppet har varit långdraget, bestående* eller *kvarstående besvär, omfattande och livsfarlig* samt *betydande lidande*, medan i de icke ersättningsgilla ärendena skadorna beskrivs exempelvis med orden *”visserligen smärtsam och behandlingskrävande ... dock av begränsad omfattning och utläkt inom några månader”* (2000:14) samt *återställd och inte medfört några bestående men*.

5.1.5.5. Kronologiska förändringar

I den intervju som gjorts, vilken på ett flertal ställen refererats till ovan, menar Mats Magnusson att nämndens skälighetsbedömningar för infektionsskador - uppkomna vid hjärtoperationer - kronologiskt utvecklats till att bli mer och mer extensiva (till patientens fördel), det vill säga att patienten överlag inte skäligen bör tåla lika mycket idag jämfört med hur det sett ut tidigare.

Utifrån denna typ av ärenden redovisade i referatsamlingen är dock detta inte ett mönster som på ett tydligt sätt gått att identifiera. Visserligen har ersättning utgivits i de två senaste ärendena av denna typ som redovisats i referatsamlingen (2003:02 och 2004:05). Det torde dock vara att gå alltför långt att uttala sig om en eventuell bedömningsutveckling, oavsett om dessa två fall speglar en sådan eller ej, baserat på ett så litet underlag.

5.1.6. Olycksfallsskada, 6 § 1 st 5 PSL

5.1.6.1. Allmänt

Inom skadetypen finns sammanlagt tre fall återgivna, samtliga från år 2000 och framåt och alla av nämnden ansedda som ersättningsgilla. I två av ärendena är skadorna hänförliga till så kallade sjuktransporter, medan den sista skett under vistelse på sjukhus. Nyckelord inom skadetypen är *vårdåtgärd* och *sjuktransport*, vilka är föremål för diskussion i ärendena 2001:03 och 2002:11. Nämnden konstaterar här att den taxiresa respektive den ambulanstransport som företagits i fallen, båda faller inom bestämmelsens tillämpningsområde - något som torde vara föga förvånande då ordet sjuktransport står direkt utskrivet i lagtexten. Det kan för övrigt konstateras att det i alla ärendena, även om inte bestämmelsens ordalydelse står explicit utskriven i samtliga, är fråga om en från nämndens håll rak tillämpning av bestämmelsen, såtillvida att de begrepp som används i resonemangen är hämtade från lagregeln (såsom exempelvis begreppet *sjuktransport*) eller från propositionen till lagen (angående begreppet *förhöjd olycksfallsrisk*).

Slutligen behandlas begreppet *förhöjd olycksfallsrisk* i ärende 2002:15 i samband med att en patient under sjukhusvistelse ramlat ner från sin bädd. Nämnden anser att patienten, på grund av sitt nedsatta allmäntillstånd hade varit i behov av kontinuerlig övervakning, och då denna uteblivit försatts i en situation som inneburit förhöjd olycksfallsrisk – en situation som enligt nämnden berättigar till ersättning enligt PSL. Såsom nämnts ovan angående olycksfallsskador, talas i propositionen till PSL om att det för att denna typ av skada skall anses som ersättningsgill räcker att patienten befunnit sig i en situation som inneburit *förhöjd säkerhetsrisk*²¹¹ – ett begrepp som visserligen inte är exakt likt det av nämnden använda, men som ändock förklarar begreppsanvändningen samt stödjer det av nämnden gjorda yttrandet.

Gällande eventuella olikheter i hur PSR sett på ärendet och hur PSN sedermera resonerat, kan sägas att skillnaderna i samtliga ärenden ligger i vad man anser omfattas av begreppen *vårdåtgärd* och *sjuktransport*; då PSR i samtliga ärenden kort konstaterar att det som skett i ärendet inte omfattas av bestämmelsens rekvisit, går PSN närmare in

211 Prop 1995/96:187, s 45 och 84.

på hur begreppen bör tolkas samt resonerar kring varför den aktuella situationen omfattas respektive inte omfattas, och man kommer såsom nämnts ovan i alla ärendena till olika slutsatser.

5.1.7. Medicineringskada, 6 § 1 st 6 och 7 § 1 st 2 PSL

5.1.7.1. Allmänt

Inom skadetyper medicineringskada återges i referatsamlingen endast ett ärende, 2002:08 – Postoperativ psykos, vilket av nämnden ej ansetts ersättningsgillt. Nämndens resonemang i ärendet stämmer väl överens med lagbestämmelsens ordalydelse, man såväl refererar den aktuella bestämmelsen i yttrandet som använder sig av dess och förarbetenas begrepp och rekvisit i den löpande texten – som exempel kan nämnas de från propositionen hämtade begreppen *indikation* och *kontraindikation*.

Nämnden konstaterar i ärendet att den uppkomna skadan, här orsakad av att patienten ifråga hoppat från sjukhusets femte våning under ett av tagna mediciner samt genomförd operation orsakat psykotiskt genombrott, inte haft sin grund i felaktig dosering av det aktuella läkemedlet. Skadan är enligt nämnden således ej att se som ersättningsgill, trots att den kan antas ha sin grund i läkemedlet samt operationen i fråga – som sagts i kapitel 3.2.2.7. ovan måste läkemedlet ifråga ha blivit föremål för felaktig användning, dosering eller kontraindikation för att utgöra grund för ersättning, något som i ärendet inte kan anses vara fallet.

Noteras bör, att trots att patienten såsom patientskada bland annat anmält bristande tillsyn under sjukhusvistelsen – något som påminner om ett av de ovan behandlade ärendena inom skadetyper olycksfallsskada – har nämnden inte resonerat i termer av att skadan skulle kunna vara att se som orsakad av ett olycksfall och därmed eventuellt falla inom olycksfallsskadebegreppet.

Det är i ärendet stora skillnader mellan hur PSR och PSN resonerat, framförallt gällande om det psykotiska tillståndet orsakats av medicineringen eller ej; PSR anser att läkemedlet inte kan ha bidragit till oron och utvecklingen av psykos, med följden att ersättning avböjs, medan PSN å sin sida menar att det är övervägande sannolikt att patientens psykotiska genombrott varit just en följd av genomgången operation samt

medicinering. PSN konstaterar dock här efter att det för att ersättning skall utges med medicineringskada som grund, krävs att läkemedlet utlämnats eller förordnats i strid med gällande föreskrifter eller anvisningar, något som inte kan anses vara fallet i det aktuella ärendet då medicinering här skett på rätt indikation och i riktiga doser. Man kommer alltså till samma slutsats i båda instanserna, dock byggt på olika resonemang.

5.1.8. Sammanfattning

Utifrån vad som framkommit ovan, kommer här en sammanfattning av de, enligt mig, viktigaste punkterna att följa; detta för att på ett tydligt sätt upprepa och peka på de mest relevanta resultaten inför den kommande analysen.

Gällande bestämmelsens första punkt rörande skadetyper *behandlingskada*, kan först och främst konstateras att det i referatsamlingen återgivits sammanlagt 23 ärenden, samt att den viktigaste faktorn rörande rätten till ersättning var det så kallade *undvikbarhetsrekvisitet* – ett bedömningskriterium som står direkt utskrivet i lagtexten och som aktualiserats i alla de ärenden nämnden ej ansett ersättningsgilla. Bedömningarna karaktäriseras även av att nämnden i dessa följer lagbestämmelsens terminologi och den bedömningsmall som står att hitta i lagens förarbeten, på ett mycket tydligt sätt - något som framförallt kan sägas gälla de ärenden där man ansett att ersättning bör utges. I de fall där man tvärtom inte ansett ersättningsrätt föreligga kan identifieras en annorlunda terminologi (bland annat innehållande begreppen *medicinskt motiverad*, *allmänt vedertagen praxis* och *inom läkarvetenskapen accepterad metod*) som inte finns uttryckt i bestämmelsen, men som troligen är hämtad från propositionen till lagen och som torde sammanhålla med den specialistbedömning som enligt bestämmelsen skall göras.

Exempel på medicinska faktorer av vikt för om ersättning utgivits eller ej, framkomna ur jämförelse mellan till synes mycket lika ärenden är exempelvis huruvida det uppstått oväntade komplikationer eller ej (intubationsnarkos), vilken tand som behandlats under så kallad mandibularbedövning, samt den förväntade vikten på ett barn som vid vaginal förlossning drabbats av plexusskada. Slutligen kan även nämnas att PSN genomgående är mer stringenta och djupgående i sina bedömningar än PSR, samt

att de av nämnden mest principiella uttalandena är hänförliga till de äldsta ärendena.

Gällande nästföljande skadetyper, nämligen *materialskada*, har i referatsamlingen återgivits två ärenden. Avgörande för rätten till ersättning inom skadetyper kan, utifrån den i och för sig ringa mängden ärenden, sägas vara huruvida den instruktion eller anvisning skadan har sin grund varit *felaktig* eller *bristfällig*. Nämnden har i båda ärendena uttryckt lagbestämmelsens ordalydelse i sina yttranden, samt använt sig av bestämmelsens terminologi löpande i sina resonemang. Nämndens resonemang skiljer sig i det ena ärendet från vad som sagts hos PSR, medan i det andra resonemangen hos PSR och PSN är i det närmaste identiska.

Betydelsen av att lagbestämmelsen i PSL hänger samman, samt kräver analogier, med PAL:s begrepp *säkerhetsbrist*, samt nämndens användning av begreppet *sedvanlig* ifråga om den information som givits patient, är även något som diskuteras i kapitlet.

Vid genomläsning av de nio ärendena inom skadetyper *diagnosskada* har framkommit att den vanligaste orsaken till avslag är bristande kausalsamband mellan den försenade eller felaktiga diagnosen och den uppkomna skadan – ett rekvisit som även kan identifieras som en vattendelare mellan hur PSR jämfört med PSN resonerat i ärendet. Nämndens bedömningar följer på ett tydligt sätt lagbestämmelsen och det som sägs i förarbetena till denna, men likt bedömningarna inom skadetyper *behandlingskada* har även här en annan begreppsanvändning kunnat skönjas, innehållande exempelvis begreppen *medicinskt motiverad*, *allmänt vedertagna behandlingsprinciper* och *vedertagen praxis*; något som även här torde förklaras av den specialistbedömning som enligt bestämmelsen skall göras.

Begreppet *lidande* förekommer i flera av ärendena inom skadetyper, något som torde förklaras av att bestämmelsen, till skillnad från övriga punkter, i egentlig mening inte behandlar någon av hälso- och sjukvården tillförd skada, utan om ersättning för vissa av grundsjukdomens effekter. För övrigt ser PSR:s och PSN:s resonemang relativt lika ut, bortsett från de fall där nämnden uttalar sig i mer principella termer (såsom avseende begreppet *erfaren specialist på området*).

Vad som framkommit inom skadetyper *infektionsskada*, där det i referatsamlingen återgivits sammanlagt 22 ärenden, är inledningsvis att utgången i den skälighetsbedömning som enligt bestämmelsen skall göras utgör den enskilt viktigaste

faktorn för respektive emot att ersättning utges – och det är även i denna avvägningsprocess som PSR:s och PSN:s resonemang tydligast skiljer sig åt. Utifrån en generell överblick av ärendena i referatsamlingen kan sägas att bland skälighetsbedömningens avvägningspunkter, infektionsskadans svårighetsgrad och varaktighet jämfört med grundsjukdomen, torde vara den komponent som enskilt väger tyngst – något som också bekräftas av mer detaljerad jämförelse mellan till synes lika fall, vilka hos nämnden utmynnat i olika yttranden. Några kronologiska förändringar inom bedömningarna har utifrån genomläsningen inte kunnat påvisas. Nämnden har för övrigt rent formellt tillämpat bestämmelsen på ett sätt som stämmer väl överens med dess ordalydelse i PSL.

Inom omfånget för *olycksfallsskador*, har i referatsamlingen återgivits tre ärenden – samtliga karakteriserade av så kallad rak lagtillämpning där begrepp såsom *vårdåtgärd* och *sjuktransport* är föremål för yttrande. Härutöver är begreppet *förhöjd olycksfallsrisk* aktuellt i ett av ärendena; ett uttryck som inte finns utskrivet i bestämmelsen, men som torde ha sin grund i det i propositionen formulerade *förhöjd säkerhetsrisk*. Det är för övrigt gällande tolkningen av nämnda begrepp och uttryck som PSR:s och PSN:s resonemang skiljer sig åt. Avgörande för rätten till ersättning kan enligt ärendena sägas vara om ärendets omständigheter motsvaras av de i bestämmelsen uttryckta rekvisiten *vård*, *behandling*, *liknande åtgärd* eller *sjuktransport*.

Slutligen har ett enstaka ärende inom skadetypen *medicineringsskada* återgivits i referatsamlingen. Bedömningen i detta ärende stämmer väl överens med lagtextens ordalydelse, där begrepp som *indikation* och *kontraindikation* finns tillämpade. Skillnaderna mellan PSR:s och PSN:s bedömningar i ärendet skiljer sig åt på ett flertal punkter, tydligast gällande PSR:s ståndpunkt om bristande kausalsamband mellan den operation som genomförts och de mediciner som tagits å ena sidan, och det psykotiska tillstånd som uppstått å andra sidan; ett samband som nämnden däremot anser övervägande sannolikt. Dock torde utifrån ärendet, såsom avgörande faktor för om ersättning bör utges eller ej, kunna läggas stor vikt vid rekvisitet att medicineringen ifråga måste ha *förordnats eller utlämnats i strid med föreskrifter eller anvisningar*, då detta är den omständighet som gör att ersättning inte utges i det aktuella ärendet.

Slutligen bör nämnas att trots att omständigheterna i ärendet, gällande behov av

övervakning, påminner om ett i referatsamlingen återgivet fall inom skadetyper olycksfallsskada, patientskadeersättning på denna grund inte är något som tas upp av nämnden. Detta trots att ärendet prövas på en rad övriga punkter; patientens anmälan i medicineringsskadeärendet innehåller ett påpekande om att skadan hade kunnat undvikas genom en korrekt tillsyn av sjukvårdspersonalen, men denna fråga prövas endast utifrån bestämmelsen om diagnosskada.²¹² I olycksfallsskadeärendet (2002:15) däremot, vilket även går under namnet *Ej tillräckliga skyddsåtgärder*, sägs att patienten på grund av sitt nedsatta allmäntillstånd försatts i en situation som inneburit en förhöjd olycksfallsrisk, och att kontinuerlig övervakning därför varit motiverad – en faktor som överhuvudtaget inte nämns i medicineringsskadeärendet.

212 Se ärende 2002:08: "... angående behovet av övervakning eller medicinerung anser nämnden att patientens symptom på psykisk förändring tolkades i överensstämmelse med allmänt vedertagen medicinsk praxis och att det inträffade inte kunde förutses."

6. ANALYS

6.1. Rätten till patientskadeersättning

6.1.1. Inledande kommentarer

Det bör återigen påpekas att PSN endast ändrar patientskadeärenden till patientens fördel. Chanserna till patientskadeersättning kan således endast öka om ärendet överprövas – ett faktum som bör hållas i åtanke vid läsning av analysen nedan, då detta såsom bakgrundspremiss har inverkan både för när ersättning utges, samt om besluten kan anses rättssäkra eller rättvisa. Enligt min mening hade en mer sträng analys, kanske främst på de senare analyspunkterna gällande rättvisa och rättssäkerhet, krävts för det fall förfarandet i PSN sett ut som ett sedvanligt överprövningsförfarande, där de beslut som överklagats kan ändras i båda riktningar.

6.1.2. När utges ersättning?

Då skadetyperna reglerats på lagtekniskt mycket olika sätt i bestämmelsen, kan ingen direkt jämförelse göras mellan vad som anses respektive inte anses som ersättningsgill patientskada. Såsom avgörande faktorer för rätten till ersättning, har kunnat skönjas en rad olika punkter inom respektive skadetyper; dels sådana som på ett tydligt sätt har med hälso- och sjukvårdens handlande eller icke-handlande att göra,²¹³ dels sådana som snarare kan härledas till patienten och dennes sjukdomstillstånd,²¹⁴ samt slutligen vissa faktorer av mer extern typ,²¹⁵ alla tätt sammanhängande med hur den enskilda skadetyper reglerats i lagen.

Den enda skadetyper, inom vilken själva patientskadans svårighetsgrad och varaktighet är av avgörande betydelse för rätten till ersättning, är infektionsskadorna.

213 Exempelvis om en behandlingsskada gått att undvika, om instruktion eller anvisning varit felaktig eller bristfällig, samt om förordnande eller utlämnande av läkemedel skett i strid med föreskrifter eller anvisningar.

214 Främst gällande skälighetsbedömningen av infektionsskada, den del som rör grundsjukdomens art och svårighetsgrad samt patientens hälsotillstånd i övrigt.

215 Såsom om det aktuella ärendet uppfyller rekvisiten för *sjuktransport* eller *vårdåtgärd*.

Inom övriga skadetyper hänger bedömningarnas utfall överhuvudtaget inte ihop med den uppkomna skadans omfattning, i jämförelse med bland annat grundsjukdomen.²¹⁶ Rätten till ersättning vilar inom dessa övriga skadetyper, på ett mer objektivt sätt, endast på om den uppkomna skadan faller under bestämmelsens omfattning eller ej – det vill säga vad som rent formellt omfattas av lagtextens tillämpningsområde.

Visserligen krävs även vid bedömningarna av patientskador inom skadetyperna infektionsskador, att dessa övervägande sannolikt skall ha orsakats av infektionen i fråga; det är först efter att detta bevisats som *skälighetsbedömningen* aktualiseras, och det bör hållas i åtanke att skälighetsbedömningen har karaktären av ett *undantag från ersättning* då skadan skäligen måste tålas, snarare än en utökad möjlighet till ersättning.²¹⁷ Ändå anser jag det vara av vikt att trots allt peka på att denna bedömning överhuvudtaget görs – oavsett om den i sin tur minskar eller ökar en patients chanser till ersättning - kanske främst då jag upptäckt att många privatpersoner som jag diskuterat patientskadeersättning med verkar ha bilden av att ju svårare skada en patient drabbats av, desto större *borde* ersättningsmöjligheterna vara. Det kan dock konstateras att är så inte fallet, och detta är enligt min åsikt heller inget som självklart *bör* vara fallet – vilket kommer att diskuteras närmare nedan i samband med formell och materiell rättssäkerhet och rättvisa. Även inom övriga skadetyper har visats att enskilda medicinska faktorer kan ha avgörande betydelse för rätten till ersättning,²¹⁸ men detta sker då på ett sätt som har att göra med om bestämmelsen överhuvudtaget kan anses tillämplig och huruvida en patientskada inom skadetyperna kan anses vara för handen, snarare än att det är utifrån dess svårighetsgrad som ersättningsrätten bedöms.

Inom två av skadetyperna - behandlingsskada och diagnosskada - görs så kallade *specialistbedömningar*. Gällande behandlingsskador görs dessa i kombination med så kallat facitresonemang. Det har vid genomläsningen av ärendena inom dessa skadetyper

216 Ett fenomen som för att tydliggöras kan jämföras med diagnosskadeärende där patienten avlidit till följd av skadan, utan att detta fått betydelse för rätten till ersättning. Se ärende nr 2002:03 - Wilms tumör.

217 Jämför Hellbacher & Espersson, s 14, angående nämndens tendens att sedan skälighetsbedömningens inträde i patientförsäkringen, nämnden utgivit ersättning i färre fall av infektionsskada än tidigare: ”Enligt uppgift har antalet ersättningsbara infektionsskador minskat med cirka 10 procent sedan patientskadelagen infördes.”

218 Se exempelvis de inom skadetyperna behandlingsskada jämförda ärendena om intubation, mandibularbedövning samt plexusskada, samt gällande begreppet lidande inom skadetyperna diagnosskador.

kunnat konstateras att nämnden då de genomför de så kallade specialistbedömningarna, vilka skall utgå från hur en erfaren specialist på området hade resonerat, använt sig av viss återkommande terminologi – innehållande exempelvis begreppen *medicinskt motiverad*, *allmänt vedertagna behandlingsprinciper* och *vedertagen praxis*. Det har även kunnat identifieras att denna begreppsanvändning är vanligare i de ärenden i vilka nämnden ej ansett patientskadorna ersättningsgilla, samt att yttrandena i de fall då patientskadorna faktiskt ansetts ersättningsgilla i högre utsträckning följer lagbestämmelsens ordalydelse.

Frågan är då huruvida detta säger något om när ersättning utges respektive inte, och i så fall varför. Svaret på detta torde mig veterligen bli att något direkt samband inte går att hävda. Däremot torde det vara antagligt att det är i de medicinskt mest komplicerade fallen, i vilka medicinsk specialistkunskap är nödvändig, som dessa mer icke-juridiska begrepp kommer i fråga. Utifrån detta skulle man visserligen kunna misstänka att det som patient är svårare att få ersättning i ärenden som är medicinskt komplicerade, eftersom det är i de icke-ersättningsgilla ärendena som nämnda terminologi huvudsakligen använts – och att det är lättare att få ersättning då ärendet på går att lösa på ett mer utpräglat juridiskt plan.

En invändning mot denna slutledning är dock att en indelning av rättsområdet för patientskador i en juridisk och en medicinsk sida vore att gå för långt, eftersom det vore att på något sätt frikoppla rättstillämpningen från dess tillämpningsområde; hela systemet kring patientskador bygger såsom framkommit på att medicinsk och juridisk kunskap kombineras. Alternativet till den specialiserade rättstillämpning som det här rör sig om vore att utgå från en mer ramlagsartad reglering, där specialistkunskap överhuvudtaget inte skulle användas. Detta är dock något som enligt min åsikt vore än mindre önskvärt, eftersom tillämpningen då skulle kunna förlora stora delar av det den, enligt vad som bland annat diskuterats i de inledande kapitlen, är till för, nämligen skyddet för den enskilde patienten och vikten av att man yttrar sig över vad just denne drabbats av.

Dock anser jag att det, eftersom det trots allt gått att skönja en viss tendens i att ersättning utgivits i mindre utsträckning i de ärenden där de nu omtalade begreppen använts, finns anledning att ställa sig vissa frågor. Exempelvis torde det vara av relevans

att fundera över om det finns ett behov av en annorlunda utformning av de aktuella reglerna, det vill säga utan specialistbedömning och kanske även utan facitresonemang, samt om bestämmelserna – såsom de nu är utformade – uppfyller de rättsstatliga kraven på rättssäkerhet och rättvisa. Den senare frågan ställs med anledning av att det torde vara svårt för den enskilde patienten att, i ett ärende där specialistresonemang används, förutse den eventuella utgången, samt att utan egen medicinsk specialistkunskap fullt ut kunna förstå varför hans eller hennes patientskada ansetts, respektive inte ansetts, ersättningsgill. Dessa punkter kommer att diskuteras närmare nedan i kapitel 6.1.3.

I resultatet har härutöver indikerats en parallell mellan ett av ärendena inom olycksfallsskada (2002:15), och det i referatsamlingen enda återgivna ärendet inom medicineringskada (2002:08). Enligt min mening torde det nämligen, såsom framkommit ovan, inte orimligt att bedöma det sistnämnda ärendet utifrån att den uppkomna skadan skett genom ett olycksfall, eftersom omständigheterna i fallet på flera sätt påminner om det nämnda olycksfallsskadeärendet.

Visserligen har nämnden, bredvid medicineringsskadegrunden, behandlat ärendet såväl som ett behandlingsskadeärende, som ett diagnosskadeärende samt på skadeståndsrättsliga grunder - dock som sagt inte som ett olycksfall. Patientens anmälan i medicineringskadeärendet innehåller ett påpekande om att skadan hade kunnat undvikas genom en korrekt tillsyn av sjukvårdspersonalen - en fråga som endast prövas utifrån bestämmelsen om diagnoskada.²¹⁹ Detta trots att det, enligt min åsikt, åtminstone borde prövas om inte ett övervakningsbehov, likt det i ärende 2002:15, kunnat hävdas även här.

Såsom sagts i kapitlet om PSL ovan, skall en olycksfallsskada för att omfattas av bestämmelsen ha uppkommit till följd av en plötslig eller oväntad incident, som inte kan anses ha sin grund i patientens hälsotillstånd och som inte ingår i behandlingens normala förlopp – något som torde kunna hävdas vara fallet i både olycksfallsskadeärendet och medicineringskadeärendet.

Även om det vore väl långtgående att hävda att nämnden gjort en bristfällig utredning då de inte prövat ärendet på olycksfallsskadegrunden – kanske finns det ett

219 Se ärende 2002:08: "... angående behovet av övervakning eller medicinering anser nämnden att patientens symptom på psykisk förändring tolkades i överensstämmelse med allmänt vedertagen medicinsk praxis och att det inträffade inte kunde förutses."

uppenbart skäl till att ärendet inte prövats på denna grund, som inte framkommit i referatet - borde enligt min mening åtminstone frågan om vad som omfattas av nämndens utredningsskyldighet vara naturlig att ställa, eftersom det med tanke på just nämndens utredningsskyldighet inte torde krävas av patienten att exakt peka på enligt vilka grunder denne vill ha sitt ärende prövat.

6.1.3. Rättssäker och rättvis tillämpning av PSL?

I majoriteten ärenden följer som sagt nämndens yttranden på ett tydligt och logiskt följdriktigt sätt det som uttrycks i 6 § PSL och i propositionen till lagen, varför vad som framkommit i resultatet om när ersättning utges, till stor del stämmer överens med vad som sagts om detta i kapitlet om gällande rätt. Fenomenet torde tala för att den *formella rättssäkerheten*, i form av förutsebarhet för den enskilde och förekomsten av beslut som kan anses objektiva i relation till den regel som tillämpats, är hög. Vad som påtalats ovan, angående de specialistbedömningar som inom några av skadetyperna skall göras torde dock, trots att även dessa tar sin utgångspunkt i den aktuella lagregeln och således inte kan ifrågasättas för bristande objektivitet, försvaga den formella rättssäkerheten, då dessa torde göra besluten betydligt mer svårförutsedda och svårlästa för patienten ifråga.

Gällande den *materiella rättssäkerheten* kan inledningsvis konstateras att etiska överväganden som uttryckligen behandlar exempelvis säkrare och tryggare vård, inte är något som direkt går att utläsa i nämndens yttranden. Däremot bör det rimligtvis kunna hävdas att nämndens verksamhet i stort bygger på de etiska värdena om säkrare och tryggare vård, eftersom det är inom ett kompensande system – såsom en del i det ovan beskrivna patientsäkerhetsbegreppet - som nämndens yttranden gäller.

Nämndens yttranden kan härutöver studeras utifrån det materiella rättssäkerhetsbegreppet på följande sätt, gällande ett mer generellt mått av etiska överväganden. Oavsett vad man har för åsikt om de skälighetsbedömningar som görs vid infektionsskador, eller de facitresonemang som sker av behandlingsskador, kan utifrån studiens resultat konstateras att det är här som bedömningarna innehåller flest avvägningar av individuell art, det vill säga att det är inom dessa resonemang som ärendets enskilda omständigheter, ifråga om den uppkomna skadans omfattning eller om

alternativ till den valda metoden funnits att tillgå, kan ha avgörande betydelse för rätten till ersättning. Enligt den definition som här tillämpats på materiell rättssäkerhet, nämligen att det aktuella beslutet utöver de formella kraven även skall innehålla ett visst mått av etiska överväganden, anser jag att det är just dessa beslut – av mer individuell karaktär – som bör belysas. Detta eftersom det som sagt är här som störst hänsyn tas till det enskilda ärendets egenheter, och där det förmodligen finns störst utrymme för överväganden rörande den medicinska patientsäkerheten – kanske främst inom diskussionerna om vad som skäligen bör tålas avseende infektionsskador. Även om yttrandena inom övriga skadetyper tidvis berör frågor som ryms inom den medicinska rättssäkerheten, torde dessa inte i lika hög grad utgöra analys av vad det i den enskilde patientens ärende egentligen är som gått snett, och hur detta hade kunnat undvikas – något som däremot utgör en av de viktigaste punkterna i facitbedömningen av behandlingsskador.

För att övergå till rättvisebegreppet kan gällande den *formella rättvisan*²²⁰, konstateras att nämndens yttranden genomgående följer lagens och förarbetenas bedömningsmallar, samt är stringenta inom skadetyperna utan några större kronologiska förändringar. Sentensen att lika fall skall behandlas lika måste därför anses uppfylld, även om det undantagsvis visats vara så att det handlar om små skillnader som medför olika utgång i bedömningarna.²²¹ På grund av att de olika skadetyperna reglerats på sinsemellan helt olika sätt, kan däremot inte bedömningarna i ärendena - sett utifrån samtliga skadetyper – ses som likformiga. Huruvida skadetyperna utifrån ett rättviseresonemang borde regleras på ett mer likartat sätt, exempelvis genom att samtliga skulle innefatta facitresonemang, specialist- samt skälighetsbedömningar, alternativt att ingen av dem skulle göra det, är dock en fråga som känns alltför omfattande att besvaras med hjälp av vad som framkommit i denna studie. Dock torde det vara tveksamt om en helt likartad reglering, skadetyperna emellan, skulle leda till mer rättvisa bedömningar - kanske endast mer generella sådana. Såsom en invändning mot detta, skulle dock kunna hävdas att det är inom bedömningar som görs just utifrån

220 Vilken även – genom orden ”en rättvis och enhetlig bedömning” – kan anses uttryckt i nämndens arbetsordning.

221 Se exempelvis de ovan jämförda ärendena 1999:03 och 1999:04 rörande mandibularbedövning, samt 2000:01 och 2004:02 rörande plexusskada.

mer generella regler, såsom ramlagsbestämmelser, som större utrymme för fallspecifika överväganden och ställningstaganden av etisk karaktär ges, med resultatet att besluten i högre grad kan utformas efter den enskilde individens behov och situation. Detta är något som kommer att diskuteras närmare nedan.

Slutligen bör sägas något om nämndens uppfyllande av rättvisebegreppets andra del. Såsom den *materiella rättvisan* definierats i studien, nämligen genom uppgiften att skydda en svagare part mot en starkare, genom att utgöra ett generellt skydd mot godtycke och övergrepp från det allmänna samt att tillfredsställa den enskilde medborgarens sociala behov, torde det vara av betydelse att konstatera att patientskadesystemets kompenserande funktion rent generellt ger den enskilde patienten ett skydd mot godtycke från hälso- och sjukvårdens sida, eftersom man genom att utge ersättning visar att det som patienten ifråga varit med om eller blivit utsatt för, inte accepteras. Dock bör hållas i åtanke att just det faktum att systemet är kompenserande, i bemärkelsen reparativt för den enskilde patienten, och inte vare sig sanktionerande eller reparativt för hälso- och sjukvården i stort, utgör den patientskadeersättning som utgivits i ett ärende med nödvändighet inte ett generellt skydd mot liknande patientskador för framtida patienter. Fenomenet kan jämföras med det förfarande som sker i HSAN, vilket visserligen i mindre utsträckning tjänar till den enskilde patientens kompensation, men som i högre grad utgör del i den medicinska patientsäkerhetens förebyggande patientskadearbete som beskrivits inledningsvis.

Gällande vad som framkommit om nämndens yttranden i resultatet, bör utifrån begreppet materiell rättvisa slutligen diskuteras förekomsten av att yttrandena utformats efter den enskilde patientens behov och situation; en bedömningspunkt som i de rent materiella bedömningarna inte kan sägas vara förekommande i speciellt hög utsträckning – oavsett om skadan objektivt omfattas av regeln eller inte, har patientens situation i övrigt ingen betydelse för rätten till ersättning. Hade studien däremot omfattat även bedömningar av ersättningens storlek, hade dock detta kriterium förmodligen funnits mer frekvent förekommande.²²²

222 Jämför med vad som ovan sagts om bestämmande av ersättningens storlek, kap 3.2.5.

6.2. Slutord

Även om det på vissa sätt varit svårt att skriva en analys utifrån det analysverktyg som utformats utifrån begreppen *formell* och *materiell rättssäkerhet* respektive *formell* och *materiell rättvisa* – såsom troligen ibland synt i analysen flyter vissa delar mer eller mindre samman över de olika begreppsgränserna, eftersom dessa tidvis kommit in på samma spår – anser jag att detta utgjort ett utomordentligt givande och djupgående sätt att undersöka området patientskador på. Med hjälp av analysverktyget har jag på ett tydligt sätt visat att det går att diskutera både för och emot de tendenser som framkommit i resultatet, framförallt vad gäller facit-, specialist- samt skälighetsbedömningarnas vara eller icke vara, samt att det inte finns några enkla svar på exempelvis hur en rättssäker bedömning genomförs och hur ett rättvist beslut uppnås. Vissa av nämndens resonemang har tidvis visats minska graden av formell rättssäkerhet och rättvisa, samtidigt som de kunnat ses ge en positiv effekt på den materiella sidan av begreppen – och det är mycket svårt att säga åt vilketdera hållet bedömningen då bör luta.

Konstateras kan dock att då såväl formell rättssäkerhet och rättvisa kunnat identifieras, har det varit fullt möjligt att även diskutera och analysera begreppens materiella sidor – vilka är beroende av de förstnämnda för att överhuvudtaget kunna existera. En väl gjord avvägning mellan de formella rättssäkerhets- och rättviseaspekterna å ena sidan, och den materiella sidans dito, torde hur som helst vara det eftersträvansvärda målet för att uppnå rättssäkra och rättvisa bedömningar och beslut. Hur denna avvägning bör göras för att bli så lyckad som möjligt finns det troligen en mängd olika åsikter om, men såsom diskuterats i analysen torde bland annat utformningen av de aktuella reglerna utgöra en viktig grund för bedömningarnas möjligheter att ske på ett rättssäkert och rättvist sätt; konkreta förslag till förändringar i PSL är dock något som utifrån studien torde svårt att uttala sig om.

Såsom nämnts ovan anser åtminstone jag att juridiskt beslutsfattande som i hög utsträckning bygger på utomstående sakkunskap – i detta fall medicinsk sådan – i vissa fall skulle kunna ifrågasättas. Detta eftersom ett sådant upplägg generellt torde ställa högre krav på framförallt rättssäkerhet, med tanke på att yttrandenas giltighet inte

endast bygger på att de juridiska övervägandena kan anses rimliga utan även att de medicinska bedömningarna gjorts på ett rättssäkert sätt. Härutöver riskerar besluten att bli tämligen specialiserade, i detta fall medicinskt, och därför svårare att förstå för den enskilde patient som yttrandet rör. Det torde dock, enligt min mening, inte finnas anledning att ifrågasätta PSN:s arbete på dessa punkter, då förslag på ett mer lämpligt sätt att utreda denna typ av ärenden ej kan ges; snarare anser jag att begreppen rättssäkerhet och rättvisa rent generellt skulle kunna diskuteras i högre utsträckning än vad som görs, och att kontinuerliga utvärderingar av rättstillämpningen i stort, utifrån bland annat dessa begrepp, skulle vara önskvärt – i syfte att den rättsliga tillämpningen och dess yttranden, beslut och domar ska bli *mer* rättssäkra och *mer* rättvisa.

För att slutligen ge läsaren en summarisk tillbakablick på vad som framkommit i studien, skall här ges kortfattade svar på de i inledningen formulerade frågeställningarna. Angående frågan hur nämndens tillämpning av PSL ser ut, och om denna förändrats i någon riktning, kan sägas att tillämpningen i stora drag följt vad som uttryckts i lagbestämmelserna och förarbetena. Tillämpningen har, utifrån vad som framkommit i studien, inte visats ha genomgått några större förändringar sedan lagens tillkomst, utan följt en tydlig stringens över åren, något som kan sägas stå i överensstämmelse med det i arbetsordningen uttryckta kravet på enhetlighet inom tillämpningen av PSL.²²³

Gällande eventuella skillnader mellan ärenden som av nämndens ansetts ersättningsgilla respektive inte ersättningsgilla, har framkommit att det överlag är vissa avlagsgrunder som inom respektive skadetyp kunnat identifieras som de vanligast förekommande, såsom att skadan kunnat undvikas (behandlingskada), att den skäligen måste tålas (infektionsskada) eller att ett kausalsamband mellan den uppkomna skadan och utebliven eller felaktig diagnos inte kunnat visas (diagnoskada). Det har i vissa fall rört sig om relativt små skillnader som avgjort om ersättning utgivits eller ej, men på det hela taget har avslagen till ersättning enkelt kunnat förstås, vid en samtidig läsning av lagtexten, såsom följer av att ärendet inte uppfyllt rekvisiten i den aktuella bestämmelsen,

Frågan om regleringen kring patientskador och PSN:s tillämpning av denna är

223 2 § Arbetsordning för Patientskadenämnden.

att se som rättssäker och rättvis, har visserligen redan diskuterats i kapitlet, men för att på ett kortfattat sätt besvara frågeställningen, torde svaret helt enkelt bli jakande. Enligt min mening har resultatet och analysen framförallt visat på en hög grad av stringens och logik i nämndens yttranden, även om vissa delar av resonemangen som förts kunnat ses annorlunda. På det stora hela vore det dock ofrånkomligt att, utifrån studiens utfall, låta de mer tveksamma resultaten väga tyngre än de positiva, vilka för övrigt bekräftats av den majoritet ärenden som behandlats. Samtidigt måste dock anmärkas att ett rakt svar, såsom det nu givna, på frågan om ett visst rättsområdes uppfyllande av kraven på rättssäkerhet och rättvisa, torde mindre viktigt än diskussionen kring frågan, varför jag såsom författare till studien hellre än att låta dessa slutord ensamt tala för sig, hänvisar till analysen.

REFERENSER

Offentligt tryck

SOU 1994:75 – *Patientskadelag. Betänkande av Patientförsäkringsutredningen*

SOU 2004:12 – *Patientskadelagen och läkemedelsförsäkringen – en översyn. Betänkande av Patientskadeutredningen*

Proposition 1990/91:197 om *Produktskadelag*.

Proposition 1995/96:187 – *Förslag till patientskadelag*

SOSFS 2005:12 – *Ledningssystem för kvalitet och patientsäkerhet i hälso- och sjukvården*

Patientskadenämndens referatsamling

1998:01 *Ickebehandling*

1998:02 *Fingerfraktur*

1998:03 *Grå starr*

1998:04 *Fotledsfraktur*

1998:05 *Grå starr*

1998:06 *Kranskärlsröntgen*

1998:08 *Trigeminusneuralgi*

1999:01 *Patienten avböjt av ekonomiska skäl*

1999:03 *Mandibularbedövning (tanden 46)*

1999:04 *Mandibularbedövning (tanden 44)*

1999:06 *Operation med knäprotes*

- 1999:07 *Kranskärlsoperation*
- 1999:08 *Legionella*
- 1999:09 *Embolisering*
- 1999:17 *Epicondylit*
- 2000:01 *Plexusskada vid förlossning*
- 2000:02 *Struma/översträckning*
- 2000:05 *ERCP*
- 2000:11 *Kryckor är medicinteknisk produkt*
- 2000:12 *Erfaren specialist på området*
- 2000:14 *Kranskärlsoperation*
- 2000:15 *Underbensfraktur*
- 2000:16 *Kranskärlsoperation*
- 2000:17 *Höftplastik*
- 2000:18 *Kranskärlsoperation*
- 2000:19 *Diskbråck*
- 2000:21 *Embryo*
- 2000:22 *Tandskada, intubationsnarkos*
- 2001:03 *Hemresa med taxi – Sjuktransport?*
- 2001:06 *Operation av spinal stenosis*
- 2001:12 *Små, ej namngivna nervgrenar*
- 2001:15 *Kranskärlsoperation*
- 2001:17 *Nervskada genom mekaniskt våld efter sympatektomi*
- 2002:02 *Tandskada vid intubation*
- 2002:03 *Wilm's tumör*
- 2002:05 *Hjärnskada efter kranskärlsoperation*
- 2002:08 *Postoperativ psykos*
- 2002:09 *Tandskada*
- 2002:10 *Förlossning*
- 2002:11 *Påbörjad sjuktransport*
- 2002:15 *Ej tillräckliga skyddsåtgärder*
- 2003:01 *Fördröjd cancerdiagnos*

- 2003:02 *Kranskärlsoperation*
2003:06 *Svampsjukdom*
2003:09 *Bröstcancer in situ*
2003:13 *Sfinkterskada vid vaginal förlossning*
2004:02 *Plexusskada vid förlossning*
2004:04 *Implantering av pacemaker*
2004:05 *Implantering av pacemaker*
2004:08 *Sfinkterruptur vid förlossning*
2004:09 *Diskbråck*
2005:07 *Njurartärskada*
2005:08 *Ögonskada*
2005:12 *Metastas i ryggkota*
2006:01 *Bukaortaanerysm*
2006:02 *Hysterektomi*
2006:03 *Tumör på underben*
2006:05 *Kiropraktorbehandling eller konservativ behandling*
2006:06 *Livmoderhalscancer*
2006:08 *Nedsatt cirkulation*

Litteratur

Cotterrell, Roger, *The Sociology of Law, An Introduction*, Oxford University Press, Biddles Ltd., King's Lynn, Norfolk 1992.

Hellbacher, Ulf, Espersson, Carl och Johansson, Henry, *Patientskadeersättning vid skador inom sjukvården*, Elanders Gotab, Stockholm 2006.

Järholm, Bengt & Olofsson, Christer (red), *Försäkringsmedicin*, Studentlitteratur, Lund, 2006.

Sahlin, Jan, *Hälso- och sjukvårdslagen – Med kommentarer*, Nordstedts Juridik AB,

Stockholm, 2006.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Ämne, material, metod och argumentation*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2006.

Svenning, Conny, *Metodboken*, Lorentz Förlag, Eslöv 2003.

Sverne Arvill, Ebba & Sverne, Tor, *Patientens rätt*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2000.

Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall? - En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Nordstedts Juridik AB, Solna 2004.

Vahlne Westerhäll, Lotta, (red.), *Legitimitetsfrågor inom socialrätten*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

Westerhäll, Lotta, *Patienträttigheter*, Studentlitteratur, Lund 1994.

Wilow, Kay & Wilow, Staffan, *Patientskadelagen. En kommentar*, Publica, Stockholm 1997.

Ödegård, Synnöve, *Säker vård, patientskador, rapportering och prevention*, Nordiska högskolan för folkhälsovetenskap, Göteborg 2006.

Artiklar

Hellbacher, Ulf & Espersson, Carl, Patientskadelagen i teori och praktik, *Nordisk Försäkringstidskrift* nr 3, 2000.

Sörman, Håkan; Andersson, Bo; Andersson, Sture; Andåker, Lars; Assarson, Johan; Brithon, Jan mfl., "Landstingen tar krafttag mot patientskador i vården", *Göteborgs-*

Posten 2007-03-02.

Sörman, Håkan, ”Säkerheten i vården ska bli världsbäst”, *Dagens Medicin* 2007-03-28.

Tidningarnas Telegrambyrå, ”Fler patientskador i vården”, *Göteborgs-Posten* 2007-05-10.

Intervju

2007-11-26, Mats Magnusson, föredragande i Patientskadenämnden.

Internet

Patientskadereglering: www.patientforsakring.se

Patientförsäkringsföreningen: www.pff.se

Sveriges kommuner och landsting: www.skl.se

Socialstyrelsen: www.socialstyrelsen.se

Westlaw: www.westlaw.se