



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Berglund

Bristande information och
samtycke
- brister lagen?

Patientens ställning ur ett
ersättningsperspektiv

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Christian Dahlman

Ersättningsrätt och Allmän rättslära

Vårterminen 2007

Innehåll

SUMMARY	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	7
2 RELEVANT LAGSTIFTNING AV IDAG	8
2.1 Utgångspunkter	8
2.1.1 Rättigheter	9
2.2 Patientskadelagen	11
2.2.1 Rätten till patientskadeersättning	11
2.2.1.1 Kausalitet, bevisbörda och beviskrav	12
2.3 Skadeståndslagen	12
2.3.1 För patienten	12
2.3.1.1 Kausalitet, bevisbörda och beviskrav	13
2.4 Motiveringen till lagens utformning	13
2.4.1 Ersättningens funktion	14
2.4.1.1 Reparation	15
2.4.1.2 Prevention	15
2.5 Diskussion	15
3 BAKOMLIGGANDE FILOSOFI	17
3.1 Etik	17
3.1.1 Pliktetik	18
3.1.2 Konsekvensetik	18
3.2 Autonomi	19
3.2.1 Information och samtycke	21
3.2.1.1 Information	21

3.2.1.1.1	Allmänt	21
3.2.1.1.2	Innehåll och omfattning	22
3.2.1.2	Samtycke	23
3.2.1.3	Informerat samtycke	24
3.3	Paternalism	25
3.3.1	Kan en autonom föredra paternalism?	26
3.4	Diskussion	27
4	BELYSANDE VERKLIGHET	31
4.1	Praxis	32
4.1.1	Högsta Domstolen	32
4.1.1.1	NJA 1990 s 442	32
4.1.2	Kommentar	33
4.1.3	Hovrätten	34
4.1.3.1	T 239/96	34
4.1.3.2	T 1560/97	35
4.1.4	Kommentar	36
4.2	Patientskadenämnden	36
4.2.1	Allmänt	36
4.2.2	Fall	37
4.2.2.1	2000:07	37
4.2.2.2	2000:09	38
4.2.2.3	2001:16	38
4.2.3	Kommentar	38
4.3	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd	39
4.3.1	Allmänt	39
4.3.2	Fall	39
4.3.3	Kommentar	40
4.4	Diskussion	41
5	ANALYS	43
5.1	Slutsatser	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

A patient who comes up against a bodily injury due to medical care, may be entitled to compensation – but the legal requirements in order to receive compensation diversifies with the cause of damage. PSL comprises certain circumstances and identifies situations under which a patient may be entitled to insurance based indemnification. SKL is generally applicable on questions of pain-and-suffering awards and is used when nothing else is specifically prescribed. The chance to get compensated is greater when the cause of damage is comprised by PSL, since the burden of proof is easier in PSL than in SKL. It is therefore interesting to investigate how come deficient information and omitted consent are left out of PSL – when, at the same time, the importance of information and consent are pointed out in other legislation concerning medical care.

The legislation on medical care can overall be characterised as built upon the care staff's obligations, rather than upon the patient's rights. It is, among other things, enacted that the medical care shall build upon respect for the patient's self-determination and integrity, and that it as far as possible shall be formulated and implemented in consultation with the patient. But this is, as a main principle, still nothing that a patient can legally demand. Medical actions are often associated with certain risks, even when they are correctly carried through. The question is how our society of today compensationwise categorizes, and in the future ought to categorize, cases where the patient on beforehand not has been aware of a risk which has come to materialize – and result in a bodily injury. Such injuries which originates from deficient information; that the patient would have made another decision about (would not have given his or her consent to) the medical action if he or she had known about its risks – are today left out of PSL. A public investigation has considered whether this should be comprised by PSL or not, and accentuated the importance of constructing a satisfying solution for the patients, concerning compensation for injury because of deficient information – however without suggesting any solution.

The law provides authority to ethical standpoints about how people should act in different situations. In order to choose how a law should be formulated, one ought to know which values one wish to protect. Medical law and ethics are closely connected to each other. For the care situation and the patient-provider relation, are two central ethical ideas represented by deontological ethics and consequentialist ethics, as by the opposite interests autonomy and paternalism. Should a patient always control and govern him- or herself, or should the health care provider make all decisions regarding the patient?

In order to analyse and reach an answer to the question of which compensation system would be preferable, will ethical and legal reasonings be interweaved during this thesis. Some important aspects that appears, are

that compensation partly functions as a feature for establishing rights, and that it is possible to create compromises between the individual's sovereignty and other's higher knowledge – but it requires that the intentions elucidate in law. The one who, like the author of the thesis, concludes that the patient's position can and should be strengthened concerning information, consultation and self-determination, could advocate that PSL shall comprise also those situations where deficient information and omitted consent with predominant probability has caused bodily injury.

Förord

Om jag ska kunna föra en människa
till ett bestämt mål
måste jag först finna henne där hon är,
och börja just där.
Den som inte kan detta
vileleder sig själv när hon tror
att hon kan hjälpa andra.

För att tjäna en medmänniska
måste jag visserligen förstå något
som hon inte förstår,
men först och främst förstå
det som hon förstår.
Om jag inte gör det
hjälp det inte att jag kan och vet mer.

Sören Kierkegaard

Tack handledare Dahlman som förstår bådadera och bidrar med vettiga synpunkter.

Förkortningar

HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
HSAN	Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
PJL	Patientjournallag (1985:562)
Prop.	Proposition
PSL	Patientskadelag (1996:799)
PSN	Patientskadenämnden
SekrL	Sekretesslag (1980:100)
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
YHL	Lag (1998:531) om yrkesverksam- het på hälso- och sjukvårdens område

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När en människa hamnar i behov av medicinsk vård och behandling, kommer hon i kontakt med hälso- och sjukvården i egenskap av patient. Patientställningen innebär att man får sätta tilltro till andras kompetens i sammanhang som är av största betydelse för den egna hälsan och välbefinnandet – ibland gäller det livet. Frågan är om tilltron till andras kompetens också medför att man behöver underkasta sig deras ställningstaganden, eller om man fortfarande är sin egen primära beslutsfattare. Kan personlig autonomi bibehållas i en situation då man emottar hjälp från hälso- och sjukvården? Är man en passiv vårdmottagare eller en aktiv vårdkonsument – och vilket bör man vara? Frågorna kan besvaras olika beroende på vilken värdegrund man utgår från. Oavsett slutsats, är det av relevans att känna till vilka rättsliga regler man som patient kan lita sig emot. Vilka verktyg finns tillgängliga för verkställbarhet av värderingar, samt utkrävbarhet eller uppföljning av rättigheter?

Det finns ett antal lagar som reglerar verksamheten på hälso- och sjukvårdens område. Patientens rättsställning behandlas ibland direkt, ibland indirekt. Utifrån spørsmålet om autonomi, är det särskilt de legala aspekterna på information och samtycke i samband med vård som är av intresse. Det kan gälla information om det egna hälsotillståndet, information om tillgängliga vårdalternativ och behandlingsmetoder och ett utifrån det sagda lämnat, eller uteblivet, samtycke från patienten.

Information och samtycke regleras till viss del i HSL, YHL, PjL och SekrL. I PSL har det utelämnats. Vill någon föra en ersättningstalan baserad på bristande information eller uteblivet samtycke, kan han eller hon alltså inte få del av de ersättningsmässiga fördelar, som vi ska se att en reglering i PSL innebär för den enskilda patienten. Istället är vederbörande hänvisad till att föra en skadeståndstalan via SkL, något som innebär större svårigheter för den som anser sig vara ersättningsberättigad.

Området berör inte enbart lagtekniska frågor – även etiska frågor om hur hälso- och sjukvårdens aktörer och människor som befinner sig i patientrollen bör förhålla sig till varandra, spelar en central roll och aktualiseras därför med nödvändighet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att belysa och genomlysna regleringen om information och samtycke i samband med hälso- och sjukvård i allmänhet, och ersättningsrätt i synnerhet. Med utgångspunkt i juridiken, är syftet tillika att

presentera och diskutera skilda etiska ståndpunkter i samband med information och samtycke. Genom en växelverkan mellan skälbild och regelbild, ämnar jag undersöka om en annan utformning av den ersättningsrättsliga lagstiftningen är önskvärd.

För detta arbetar jag utifrån följande frågeställningar:

- Varför har man valt att utelämna information och samtycke från PSL?
- Vilka effekter får nuvarande reglering?
- Vilka etiska värderingar genomsyrar valet av lagstiftning?
- Finns det något sätt på vilket etiska värderingar kan motivera en förändrad lagstiftning om information och samtycke i samband med hälso- och sjukvård?

1.3 Avgränsningar

Det problemområde som ska avhandlas kan angripas ur flera synvinklar. I förevarande uppsats är det, som utgångspunkt, patientperspektivet som vinner företräde. Dock är det enbart frågor som rör patienter inom hälso- och sjukvård som kommer att behandlas. Problematik relaterad till medicinsk forskning lämnas utanför.

Även då patientperspektivet är primärt, kommer uppsatsen att diskutera hur samhällets nyttigheter – vårdens resurser – bör fördelas. Den diskussionen inkluderar inte reella kostnadskalkyler, utan kommer att baseras på de teoretiska ståndpunkter som uppsatsen presenterar.

Med det sagda för ögonen, gäller att det som framställningen uppmärksammar är relaterat till frågan om ersättningsrätten för patienter vid bristande information och uteblivet samtycke. Avsikten med uppsatsen är alltså inte att göra en deskriptiv kartläggning över hälso- och sjukvårdens organisation.

De avsnitt som ingår i uppsatsen kan vart och ett med fog föranleda ett flertal andra frågeställningar, som i sig kan utredas djupare. Med hänsyn till såväl textkvantitet som uppsatskvalitet då tiden är begränsad, är det nödvändigt att hålla den röda tråden. Detta kan emellanåt resultera i en förenklad kärnfullhet, i det att vissa företeelser och uttryck tangeras snarare än till fullo utreds. Ytterligare förtydliganden kommer att göras fortlöpande i de kommande avsnitt, där det med hänsyn till framställningen är påkallat att göra en explicit gränsdragning gentemot det som inte kommer att behandlas.

1.4 Metod och material

Till största delen baseras uppsatsens framställning på en rättsdogmatisk metod där lagtext, förarbeten, praxis och doktrin har studerats. Detta kompletteras med övrig litteratur av intresse för frågeställningarna. Även bedömningar från specialinrättade nämnder (PSN och HSAN) för sjukvårdsrelaterade ärenden har gått igenom och i viss utsträckning sammanställts i samband med presenterad praxis, i syfte att belysa den legala situationen för information och samtycke i praktisk tillämpning.

Av den litteratur och de artiklar som uppsatsen refererar till, är det få verk som gör anspråk på att vara värdeneutrala. Eftersom uppsatsen avser att ställa skilda förhållningssätt emot varandra och tillika eftersträvar en diskussion om vårdens värdegrund, har jag inte sett det som problematiskt. Explicita ställningstaganden kan tvärtom vara lätthanterligare och mindre vilseledande än motsatsen. I samband härmed vill jag poängtera att det i lika stor utsträckning ställer krav på uppmärksamheten att hantera material som i objektiv anda påstår sig redogöra för renodlade fakta, eftersom dolda utgångspunkter är svårare att uppmärksamma och bemöta i en argumentation.

1.5 Disposition

Uppsatsen består av tre huvudsakliga kapitel, som tillsammans bygger grunden för den avslutande analysen. Inledningsvis görs i kapitel 2 en beskrivning av gällande rätt på området för att läsaren ska få kännedom om dagens legala utgångspunkter och syften. Därefter ger kapitel 3 en presentation av skilda etiska förhållningssätt som kan appliceras på, och hänger samman med, den juridiska kärnan och områdets problematik. Den tredje pusselbiten utgörs av kapitel 4, som dels presenterar rättsfall, dels bedömningar från nämnder vars verksamhet är relaterad till hälso- och sjukvården. Varje kapitel avslutas med en diskussion.

De resonemang som förs i respektive kapitel ska i uppsatsens analysdel - avslutande kapitel - sättas i relation till varandra och resultera i en eller flera slutsatser om hur ersättningsrätten på hälso- och sjukvårdens område i samband med bristande information och samtycke bör utformas.

2 Relevant lagstiftning av idag

2.1 Utgångspunkter

Hälso- och sjukvården skall bedrivas så att den uppfyller kraven på en god vård. Detta innebär bland annat att den särskilt ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet, samt att vården och behandlingen så långt det är möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten.¹ Samtycke finns i dessa krav, även om det inte kan utläsas explicit ur lagtexten.² I princip kräver alla medicinska åtgärder eller ingrepp samtycke från patienten, något som har sin grund i Regeringsformen 2:6. Paragrafen stadgar att varje medborgare gentemot det allmänna är skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp.

Samtycke hänger tätt samman med information, då ett reellt samtycke i princip förutsätter att avlämnaren av samtycket har kännedom om dess substans.³ Patienten ska också ges individuellt anpassad information om sitt hälsotillstånd och om de metoder för undersökning, vård och behandling som finns, något som är både ett krav på hälso- och sjukvården, och en skyldighet för hälso- och sjukvårdspersonal.⁴ När det finns flera behandlingsalternativ som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, ska patienten ges möjlighet att välja det alternativ som hon eller han föredrar.⁵ Uppgifter om den information som lämnats till patienten, och om de ställningstaganden som gjorts om val av behandlingsalternativ, ska föras in i patientjournalen. Likaså ska väsentliga uppgifter om vidtagna och planerade åtgärder dokumenteras.⁶ Patientens samtycke eller vägran till en åtgärd av dignitet, bör anses som en sådan väsentlig uppgift, även om det inte framgår av lagtexten.⁷ En patient har rätt att ta del av sin journal för läsning, avskrift eller kopia.⁸ I vissa fall får en vård- eller behandlingsbehövande undanhållas uppgifter om sitt hälsotillstånd, om det med hänsyn till ändamålet med vården eller behandlingen är av synnerlig vikt att uppgiften inte lämnas till denne.⁹ Terminologiskt sluter vi oss till att en ”patient” är ”varje enskild person i varje kontakt som denne har med hälso- och sjukvården i frågor som berör hans [eller hennes] eget hälsotillstånd”.¹⁰

¹ HSL 2 a §, YHL 2 kap 1 §

² SOU 1997:154 s. 59

³ Jfr Westerhäll s. 35f.

⁴ HSL 2 b §, YHL 2 kap. 2 §

⁵ HSL 3 a §, YHL 2 kap. 2 a §

⁶ PjL 3 §

⁷ Rynning s. 349

⁸ PjL 16 §

⁹ SekrL 7 kap. 3 §

¹⁰ Rynning s. 25, som hänvisar till SOU 1991:63 s. 107

Redan nu ska nämnas att vårdpersonal som oaktsamt underlåter att informera eller samråda, får åläggas disciplinpåföljd (erinran eller varning), om felet inte är ringa eller framstår som ursäktligt.¹¹

2.1.1 Rättigheter

För att utröna patientens ställning i hälso- och sjukvårdslagstiftningen är det av vikt att specificera vad som egentligen är en rättighet. Ovan har redovisats vad som stadgas – men kan något av detta klassificeras som en rättighet för den enskilde patienten?

Inledningsvis bör man göra en distinktion mellan positiva och negativa rättigheter. Negativa rättigheter kan sägas vara avsaknaden av hinder och interventioner - en slags rätt till oberoende. De är traditionella civila rättigheter; friheter såsom yttrandefrihet, informationsfrihet och religionsfrihet. Positiva rättigheter innebär att staten skapar och tillhandahåller förutsättningar, för att människor lättare ska kunna skapa sig ett välfungerande liv, samt att den enskilde har rätt att få del av dessa tillhandahållna förutsättningar. Utbildning och vård är två exempel på sådana sociala förmåner.¹² Ett krav på att få del i en bestämd nyttighet, är alltså en positiv rättighet, som förutsätter att någon annan har en motsvarande plikt att tillhandahålla denna nyttighet.¹³

För att något ska anses vara en legal rättighet, finns det vissa särskilda kännetecken. Den ska dels vara preciserad i lagen, dels vara utkrävbar. Preciserad är den när man kan se vad förmånen innefattar och vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att man ska vara berättigad till förmånen. Utkrävbar är den när man har möjlighet att överklaga om man inte får ut sin rätt. Ytterligare särskilda kännetecken kan vara att statlig tillsyn förekommer, och att rättsliga sanktioner finns tillgängliga.¹⁴ En individ kan sägas ha en rättighet om staten erkänner att sagda individ har ett rättsligt krav på staten. Rättighetslagstiftning är ett system av regler som föreskriver rättigheter.¹⁵

Dagens hälso- och sjukvårdslagstiftning bygger på skyldigheter för vårdpersonal och sjukvårdshuvudmän. Det framgår, som vi har sett, att patienten ska ges möjlighet till aktiv medverkan, men i den lagtekniska utformningen har patienten tilldelats en tillbakadragen position, och vad en patient kan förvänta sig av vården kan främst indirekt utläsas ur lagen.¹⁶ Lagstiftningen tar i allmänhet inte sin utgångspunkt i patientens situation. Det finns heller inte någon lag i Sverige med ett samlat regelverk kring

¹¹ YHL 5 kap. 3 §

¹² Lewin i Westerhäll & Phillips s. 290

¹³ Malnes & Midgaard s. 308

¹⁴ SOU 1997:154 s. 51

¹⁵ Lewin i Westerhäll & Phillips s. 293

¹⁶ Prop. 1997/98:189 s. 15

patientens ställning och eventuella rättigheter i vården.¹⁷ Det är en komplicerad fråga att ta ställning till vilken medicinsk vård och behandling en viss patient behöver, och att på ett meningsfullt sätt definiera de rättigheter som skall garanteras i lagen. På hälso- och sjukvårdsområdet är det dessutom svårt att utforma sanktioner som är till nytta för patienten som individ. Tidsaspekten är central, då en prövning i efterhand som ger patienten rätt till en viss vårdinsats, inte medför att denne får den vård han eller hon behöver vid den aktuella tidpunkten.¹⁸ Patientens möjlighet till överprövning genom förvaltningsbesvär är mycket begränsade, vilket ytterligare visar att hälso- och sjukvårdslagstiftningen är skyldighetsbaserad och inte rättighetsbaserad. Det finns dock en utkrävbar rättighet för patienten, vilken är att ta del av sin egen journal (bortsett från de fall då en lagstadgad undantagssituation är tillämplig). Om utlämnande vägras, kan patienten överklaga till domstol för att få ut sin rätt. Men i övrigt saknar en patient nästan helt utkrävbara rättigheter, och då måste det finnas andra rättsliga garantier för att de lagstadgade skyldigheterna uppfylls.¹⁹

Det finns olika vägar att gå för att skapa en reglering kring patienters rättsställning. Generella och grundläggande rättigheter kan fastslås i grundlag. Det är möjligt att välja ett civilrättsligt regleringsalternativ för relationen mellan vårdgivare och vårdtagare. Ett sådant skulle sätta avtalsrättsliga aspekter och personlig autonomi i centrum. Man kan också skärpa den offentligrättsliga delen genom en utvecklad förvaltningsrättslig hälso- och sjukvårdslagstiftning. Vidare går det att skapa försäkringssystem som baseras antingen på lag eller på avtal. Yrkesetiska riktlinjer kan också skapa en slags skydd. I svensk rätt är den lagstiftning som dominerar hälso- och sjukvården av förvaltningsrättslig karaktär. Dock finns det utrymme för att se rättsförhållandet såsom präglad av avtalstanken, på grund av det faktum att vården och behandlingen så långt det är möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten.²⁰

Ett grundlagsskydd är dock ingen garanti för att den enskilde alltid tillförsäkras det som stadgas (se ovan om distinktionen mellan positiva och negativa rättigheter). Det finns även internationella deklARATIONER med karaktär av målsättningsdokument, vilka snarast kan betecknas som juridiska kvasirättigheter. De har en viss förankring i rättsordningen, eftersom de kan tillmätas betydelse vid tolkningen av andra bestämmelser; men samtidigt uppfyller de inte kraven för att vara en juridisk rättighet. Etiska riktlinjer och etiska tankeströmningar kan kallas rent moraliska rättigheter, men de förlorar i auktoritet, helt enkelt eftersom de inte är juridiska.²¹

¹⁷ SOU 1997:154 s. 51

¹⁸ Prop. 1997/98:189 s. 16

¹⁹ SOU 1997:154 s. 58, 62

²⁰ Jfr Rynning s. 33f, 36, 64

²¹ Jfr Rynning s. 71f.

2.2 Patientskadelagen

PSL kan knappast betecknas som en direkt rättslig garanti för att hälso- och sjukvårdsrelaterade skyldigheter uppfylls. Men den reglerar frågor om ekonomisk kompensation av en patient då vården inte varit tillfyllest: där finns bestämmelser om rätt till patientskadeersättning och om skyldighet för vårdgivarna att ha en försäkring (patientförsäkring) som täcker sådan ersättning – ersättningen ska utges av försäkringsgivaren.²² Patientförsäkringen är en no-fault-försäkring, vilket innebär att skadeståndsskyldighet vare sig behöver fastställas eller föreligga. Det innebär också att det för ersättningsfrågan inte spelar någon roll huruvida vårdslöshet har förekommit eller inte. Varken patient eller vårdgivare behöver därför bevisa något angående vårdslöshets eventuella förekomst²³, utan bedömningen ska ske på objektiva grunder²⁴. Patientskadeersättningen är formellt inte att anse som ett skadestånd.²⁵ Tvärtom är rätten till patientskadeersättning fristående från skadeståndsrätten och PSL inskränker inte heller rätten att föra talan om skadestånd med anledning av uppkommen skada.²⁶

2.2.1 Rätten till patientskadeersättning

Patientskadeersättning lämnas för personskada på patient i de fall som uppräknas i PSL 6 §. Så sker om det föreligger övervägande sannolikhet för att skadan är orsakad av:

- undersökning, vård eller behandling,
- fel hos eller felaktig hantering av medicinskt tekniska produkter och sjukvårdsutrustning,
- felaktig diagnosticering,
- infektion på grund av överfört smittämne,
- olycksfall,
- felaktig hantering av läkemedel.²⁷

I kapitel 2.1 såg vi att patienten ska ges individuellt anpassad information och att ett samtyckeskrav ligger i det faktum att vården och behandlingen ska utformas och genomföras i samråd med patienten. Vårdsituationer med bristande information och samtycke, motsvaras inte av något stadgande i PSL. Det finns inte någon möjlighet till patientskadeersättning i fall då patienten inte fått sitt informationsbehov tillgodosett, och därmed inte kunnat lämna sitt informerade samtycke till vidtagna åtgärder. Informerat samtycke innebär att den som samtycker ska ha fått information - tillräcklig för att vederbörande utifrån denna får möjlighet att fatta ett väl underbyggt beslut.²⁸

²² PSL 1 §, 12 §, 13 §

²³ Westerhäll s. 43

²⁴ Prop. 1995/96:187 s. 1

²⁵ Wilow s. 57

²⁶ Prop. 1995/96:187 s. 1f., PSL 18 §

²⁷ Wilow s. 31. För lagtextens exakta lydelse, se PSL 6 §.

²⁸ Rynning s. 23. Se även uppsatsens kap 3.2.1.

Inom PSL:s ramar, saknar alltså frågan om information och samtycke självständig betydelse. Faktum är att frågan överhuvudtaget saknar betydelse i PSL: det är det objektiva medicinska händelseförloppet som ska utredas. Huruvida ersättning utgår eller inte, är alltså oberoende av om information lämnats om de med behandlingen förknippade riskerna.²⁹ I de fall fråga är om bristande information och uteblivet samtycke, och det inte har begåtts några medicinska fel, gäller inte PSL. Då är patienten hänvisad till att föra talan enligt vanliga regler om skadestånd.³⁰

2.2.1.1 Kausalitet, bevisbörda och beviskrav

Ersättningsrätten grundas på att skadan kan relateras till (hänger samman med) en handling, som någon ur sjukvårdspersonalen ansvarar för.³¹ Det vill säga att det finns ett orsakssamband mellan skadan och vården. När en patient begär ersättning enligt PSL, ska försäkringsgivaren objektivt utreda ärendet. Om denna inte finner något orsakssamband mellan skadan och den uppgivna skadeorsaken, är det patienten som måste bevisa att det påstådda orsakssambandet med övervägande sannolikhet föreligger. Beviskravet är alltså att skadan med övervägande sannolikhet ska ha orsakats av någon omständighet som uppräknas i 6 § PSL. Vad begreppet ”övervägande sannolikhet” innebär har överlämnats till rättstillämpningen att närmare bestämma. Konstateras kan dock att sambandet mellan skada och skadeorsak inte måste vara till fullo klarlagt för att ersättning ska utgå. Däremot bör orsakssambandet vara så tydligt att någon annan skadeorsak framstår som osannolik. Ingen bevisbörda ligger på vårdgivaren.³²

2.3 Skadeståndslagen

2.3.1 För patienten

Som tidigare nämnts, kan den som är berättigad till patientskadeersättning enligt PSL, istället kräva skadestånd enligt SkL.³³ Men det är framför allt i fall då ingen möjlighet finns till patientskadeersättning, som SkL aktualiseras. Som utgångspunkt gäller att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet vållar personskada ska ersätta skadan³⁴ (culpaansvar), och den som har arbetstagare i sin tjänst ska ersätta personskada som arbetstagaren vållar genom fel eller försummelse i tjänsten³⁵ (principalansvar). Många gånger kan det, till att börja med, vara svårt att avgöra huruvida oaktsamhet föreligger eller inte. Sedan finns det, för principalansvaret inom vårdens område, enligt förarbetena ett tämligen stort utrymme för godtagande av fel

²⁹ Prop. 1995/96:187 s. 51f.

³⁰ SOU 1997:154 s. 63

³¹ Westerhäll s. 43f.

³² Wilow s. 30 och prop. 1995/96:187 s. 30f.

³³ PSL 18 §

³⁴ SKL 2 kap. 1 §

³⁵ SKL 3 kap. 1 § 1 p.

och misstag, då medicinskt ansvar äger rum under så speciella förhållanden att det anses böra finnas utrymme för en viss felmarginal. Sammantaget innebär det sagda att det är mycket svårt för en patient att få ersättning enligt SkL.³⁶

2.3.1.1 Kausalitet, bevisbörda och beviskrav

För skadeståndsskyldighet ska det culpösa handlandet ha orsakat skadan. Kausaliteten kan analyseras med hjälp av begreppen ”tillräcklig betingelse” och ”nödvändig betingelse”.³⁷ En typisk orsak är bådadera. I verkligheten uppstår dock situationer som inte alltid kan kategoriseras så enkelt. Skadeståndsskyldighet kräver inte att vållandet i sig är skadans huvudorsak, utan kan uppstå även om vållandet bara varit en bidragande orsak. Dock förutsätts att händelseförloppet varit någorlunda normalt och förutsebart. Detta är en precisering av orsakssambandet, som då kallas adekvat kausalitet. Ofta är det svårt att utreda om vållande har orsakat skada eller inte.³⁸

Som huvudregel i tvistemål gäller att den part som har bevisbördan för något ska styrka att det förhåller sig på detta sätt.³⁹ Den skadelidande har som huvudregel bevisbördan för att culpa förekommit.⁴⁰ För de fall då svaranden hävdar att skadan inträffat på annat sätt än den skadelidande påstår, har HD formulerat en princip. Denna säger, att ett något lägre beviskrav än annars har uppställts i fall då särskilda svårigheter ansetts föreligga att framställa en fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna. Kravet har då varit, att det i betraktande av samtliga omständigheter ska framstå som ”klart mera sannolikt” att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått, än det som svaranden åberopat.⁴¹

2.4 Motiveringen till lagens utformning

PSL bygger på den tidigare frivilliga patientförsäkringen.⁴² Den senare infördes då det var för få patienter som fick ersättning enligt de skadeståndsrättsliga reglerna. Så var det dels på grund av svårigheterna för patienten att visa culpa i samband med behandling, dels för att domstolsprocessen blev långdragen och dyr för den enskilde.⁴³ Det är krångligt för en patient, som inte besitter sakkunskap, att utreda förhållanden inom hälso- och sjukvården och att visa orsakssamband.⁴⁴

³⁶ Westerhäll s. 40

³⁷ Läs mer om dessa i Andersson s. 290f.

³⁸ Hellner s. 195 ff.

³⁹ Jfr Wilow s. 62 och Hellner s. 200f.

⁴⁰ Hellner s. 145

⁴¹ Hellner s. 200f. och NJA 1993 s. 764

⁴² Jfr SOU 2004:12 s. 34, SOU 1994:75 s. 131 och prop. 1995/96:187 s. 18ff.

⁴³ SOU 1994:75 s. 37, 128

⁴⁴ Prop. 1995/96:187 s. 12

I den frivilliga patientförsäkringen fanns inga villkor som stadgade att bristande information eller bristande samtycke från patienten skulle berättiga till ersättning. I Patientförsäkringsutredningen övervägde man att låta bristande information utgöra en särskild form av patientskada. Dock påpekades flera problem med en sådan ordning, såsom ett komplicerat bevisläge då ord står mot ord, och att den sorts bevisning som behövs möjligen hanteras bättre i ett rättegångsförfarande samt svårigheten i att avgöra hur bristande information ska ersättas och att såväl utredningskostnader som ersättningsbelopp kan komma att öka. Utredningen landar dock i att konstatera att det finns skäl som talar för att ersättning bör kunna ges för bristande information och uteblivet samtycke i samband med behandling, och att det är angeläget att frågan om ersättning för bristande information får en för patienterna tillfredsställande lösning. Men inte inom ramen för PSL. Man noterar även att det är av vikt att undvika risken för att skada patientens och läkarens förtroendefulla förhållande, vilket skulle kunna ske om man lagstadgar en ersättningsskyldighet vid bristande information.⁴⁵

Även flera remissinstanser påpekade vikten av att frågan om bristande information och uteblivet samtycke får en lösning. Specifika synpunkter var å ena sidan att det är tvivelaktigt att undanta sådana skador från PSL, å andra sidan att en sådan reglering i princip förutsätter skriftligt samtycke från varje patient inför varje tänkbar behandling. I propositionen till PSL valde man också att låta bristande information och uteblivet samtycke stå utanför lagförslaget, trots att man sade att det i och för sig hade fallit sig naturligt att låta det omfattas. Detta på grund av frågans komplexitet – regeringen ansåg ytterligare analys behövas, varför man tänkte följa utvecklingen och sedan se om frågan behöver utredas särskilt.⁴⁶

2.4.1 Ersättningens funktion

I stort gäller att ersättning påverkar den allmänna känslan av trygghet i samhället; vet man att man kan få ersättning i det fall man råkar ut för skada, upplevs en situation som mindre riskfylld - åtminstone ur ekonomiskt perspektiv.⁴⁷ Ersättning kan utgå via antingen skadestånd eller försäkring, och dess samhällsekonomiska verkningar varierar beroende på vilket av dessa alternativ man diskuterar. Nedanstående framställning fokuserar på två huvudsakliga funktioner, som kan appliceras på både skadestånd och försäkring. Några närmare rättsekonomiska överväganden krävs inte för att inom ramarna för uppsatsens syfte möjliggöra en diskussion kring huruvida bristande information och samtycke i vården bör regleras via SkL eller PSL.

⁴⁵ SOU 1994:75 s. 142f.

⁴⁶ Prop. 1995/96:187 s. 50ff.

⁴⁷ Jfr Hellner s. 38

2.4.1.1 Reparation

Ofta anses reparation vara ersättningens främsta funktion; när någonting negativt har inträffat ser man det som reglernas uppgift att rätta till detta, vilket är en slags rättvisetanke om gottgörelse. Här fokuserar man alltså på den skadelidande; den som utsatts för en icke önskvärd händelse – en skada på ett skyddsvärt intresse. Reparationen går i sig att se som ett rättighetsuppbyggande moment, då den utgör en del av det regelkomplex som ska skydda så kallade rättigheter.⁴⁸

2.4.1.2 Prevention

Prevention innebär att de som får ersätta uppkomna skador kan komma att agera mer aktsamt, under vetskapen att ett annat agerande medför ersättningsskyldighet.⁴⁹ Sedan kan preventionen i sig delas in i en avskräckande och en moralbildande funktion. Den avskräckande är primärt av ekonomisk karaktär och betyder att de potentiellt ersättningsskyldiga avhåller sig från de handlingar som kan aktualisera ersättningsskyldighet, medan den moralbildande innebär en indirekt påverkan genom att rättstillämpningen resulterar i uppfattningen att det är ”rätt” att handla så att skador - så som de klassificerats i ersättningsrätten – undviks.⁵⁰

2.5 Diskussion

Bevisbördan är, som vi sett, lättare i PSL än i SkL. Det är alltså en klar fördel för en skadelidande om skadeorsaken kan inrymmas under PSL. I båda fallen bär dock patienten bevisbördan; och där det i allmänhet är svårt att påvisa culpa i medicinska sammanhang, är det rimligen i synnerhet svårt att visa ett samband mellan något som inte inträffat – exempelvis brist på information – och en skada. Angående bevisbördan under SkL och HD:s princip, ska jag låta det vara osagt hur sagda princip skulle påverka skadeståndsmål där en patient för talan om skada på grund av bristande information och samtycke. Dock bör man väl våga klassificera det som en potentiell lättnad i patientens bevisbörda i dessa fall. Men ett beviskrav på ”klart mera sannolikt” är fortfarande ett högre beviskrav än ”övervägande sannolikhet”. Frågan är om det vore motiverat att hänföra fall om information och samtycke till PSL och dess lättare beviskrav. Den motivering som lämnats i PSL:s förarbeten, är vare sig uttömmande eller övertygande i någon riktning. Jag ska återkomma till detta i uppsatsens analysdel.

Vidare kan sägas, att om ersättning som reparation innebär ett slags rättighetsuppbyggande, och om information och samtycke skall vara en form av rättighet för patienten, är en hitintills rimlig slutsats, att det är av intresse att ersättning de facto aktualiseras i fall av bristande information

⁴⁸ Andersson s. 323, 335

⁴⁹ Hellner s. 40

⁵⁰ Andersson s. 327

och uteblivet samtycke. Eftersom bevisbördan är lättare i PSL än i SkL, borde det sagda vara ett argument i riktning mot att reglera informations- och samtyckesfrågan i PSL.

Vad gäller ersättning som prevention, framstår det som tveksamt om SkL har en avskräckande effekt som därigenom ger personalen ett incitament att till fullo efterleva hälso- och sjukvårdslagstiftningens stadganden om information och samtycke, eftersom ersättning på sagda basis är relativt sällsynt. Detsamma gäller dess moralbildande funktion, då frågan inte är explicit reglerad. Fanns situationen reglerad i PSL, borde däremot en moralbildande funktion växa fram. Ekonomiskt avskräckande borde det dock inte bli heller genom PSL, i vart fall inte direkt, på grund av att det inte föreligger identitet mellan aktören (enskild vårdgivare) och den ersättningsskyldige (försäkringsgivaren). Möjligen kan det verka indirekt avskräckande och skapa ett visst incitament till önskat beteende: att följa rutiner för information och samtycke.

3 Bakomliggande filosofi

Konflikten mellan professionell paternalism och patientautonomi genomsyrar sjukvården. För att förstå och i förlängningen kunna lösa den, behöver vi undersöka de underliggande principerna och värderingarna.⁵¹ Vissa delar av framställningen är mer filosofisk än juridisk, vilket utgör en nödvändig pusselbit till uppsatsens avslutande analys om önskvärd grad av legal inblandning i informations- och samtyckesfrågan.⁵²

Det finns några principiella utgångspunkter för hälso- och sjukvårdslagstiftningen. Människovärdesprincipen är en sådan, som i sin tur utgår från en rättviseteori om människors lika värde och lika rätt. I HSL 2 § stadgas att målet för hälso- och sjukvården är en vård på lika villkor för hela befolkningen. Man kan säga att det finns ett lagstadgat krav på rättvisa i vården, om än det är huvudsakligen osanktionerat. Sedan finns autonomiprincipen, som innebär ett krav på frivillighet i samband med all (som huvudregel) vård och behandling. Hälso- och sjukvården kan sägas vara en förmån, som en patient kan acceptera eller avböja.⁵³

3.1 Etik

”Etik är läran om det goda handlandet gentemot andra och därmed, direkt eller indirekt, mot oss själva”⁵⁴ Uppsatsen ska, i konsekvens med sitt syfte, specifikt behandla etik inom vården och problem i samband med detta.

Etiken ger riktlinjer och grundläggande principer för personalen att arbeta efter, och innebär därigenom också ett visst, åtminstone teoretiskt, skydd för patienten också i de fall värderingarna inte explicit har lagfästs och därigenom vunnit auktoritet.⁵⁵ Sjukvården ska respektera varje patients integritet: man behandlar människan för hennes egen skull. Varje patient har ett egenvärde och är ett mål i sig själv. Härigenom uppkommer också diskussionen kring information och samtycke. Vårdpersonalens informationsgivande och patientens samtycke är ett centralt område för etisk diskussion, men även om de etiska och juridiska frågeställningarna är närliggande, är det inte säkert att lagen stiftas helt i konsekvens med de etiska ståndpunkterna. Just därför blir jämförelser viktiga, när gällande rätt lämnar utrymme för etiska bedömningar från vårdpersonalens sida.⁵⁶ Vi ska se mer om information och samtycke längre fram. Först ska två grundläggande etikteorier av intresse för uppsatsens frågeställningar ges en översiktlig presentation. De båda huvudområdena nedan utgör delar av den

⁵¹ Jfr Childress s. vii

⁵² Jfr McLean i Phillips s. 177

⁵³ SOU 1997:154 s. 52f.

⁵⁴ Borgenhammar & Fallberg s. 41

⁵⁵ Jfr Rynning i Etiska vägmarken 8 s. 20.

⁵⁶ Bischofberger i Etiska vägmarken 8 s. 45f.

normativa etiken, vilken föreskriver hur man ska handla i olika situationer, varför dess innehåll är intressant för hälso- och sjukvården.⁵⁷

3.1.1 Pliktetik

Pliktetiken menar att handlingar kan vara goda i sig själva, eller onda i sig själva. Därför kan det finnas en skyldighet att utföra vissa handlingar och att underlåta andra – utan att ta hänsyn till konsekvenser, vare sig beräknade eller faktiska. Det är alltså inte vad en viss handling leder till som avgör om den är rätt eller orätt.⁵⁸ Tvärtom finns det vissa etiska skyldigheter som ska uppfyllas, även om konsekvenserna inte är önskvärda.⁵⁹ Principen om respekt för person: att alla ska respektera varandras rätt till självbestämmande, så länge det inte inskränker andras självbestämmande, kan sägas vara pliktetisk.⁶⁰

Immanuel Kant skapade det kategoriska imperativet, som han formulerat på olika sätt. Vi ska se två versioner. Imperativet är till för människan att handla efter, när hon fattar beslut i olika situationer och det lyder som följer:

1. Handla så, som om maximen för din handling genom din vilja skulle bli allmän naturlag.
2. Handla så, att du behandlar mänskligheten såväl i din egen som i varje annan person aldrig blott såsom medel utan tillika såsom ändamål.⁶¹

John Rawls menade att varje person har en okränkbar status och vissa individuella rättigheter, som aldrig kan vika till förmån för samhällets välfärd. Han byggde en teori om rättvisa, i vilken vi ska fokusera på vad som betecknas den första principen. Den säger att: Varje person ska ha samma rätt till det mest omfattande system av grundläggande friheter som är förenligt med ett motsvarande system av friheter för alla. Som frihet räknas bland annat rättssäkerhet.⁶²

3.1.2 Konsekvensetik

Ur det konsekvensetiska perspektivet blir en handling moraliskt riktig eller oriktig beroende på dess konsekvenser. Den mest framträdande formen av konsekvensetik har varit utilitarismen.⁶³ Utilitarismen bygger på två delar. Dels en konsekvensetisk princip för ett riktigt handlande, där man ska välja en handling på grundval av dess konsekvenser. Dels ett välfärdsorienterat värdekriterium, där det avgörande är en persons subjektiva värdering av sin

⁵⁷ Patienten och professionen s. 8

⁵⁸ Nilstun m.fl. s. 40, 118

⁵⁹ Appelbaum s. 18

⁶⁰ Nilstun m.fl. s. 46

⁶¹ Malnes & Midgaard s. 171f.

⁶² Malnes & Midgaard s. 289f.

⁶³ Appelbaum s. 19f.

situation – den som mår bra, har det bra. Dessa två i kombination resulterar i att man ska handla på ett sätt som maximerar välfärden.⁶⁴ Inom utilitarismen finner vi fler distinktioner. Handlingsutilitarismen säger att en handling är rätt bara om den maximerar nytta, och så är fallet om ingen annan handling som aktören kan företa, skulle producera bättre konsekvenser. Regelutilitarismen säger att en regel är rätt bara om allmän följsamhet av denna regel maximerar nytta. Här är en handling riktighet fixerad och bedöms inte efter den relativa nyttan i ett enskilt fall, utan motiveras av nyttan av att en viss sorts handlingar generellt företas.⁶⁵ Nyttan är välbehag eller lycka.⁶⁶

För den kommande analysen, tänker jag här göra åtskillnad mellan samhällsnytta och individnytta (men de hänger ändå samman). En praktisk applikation av utilitarismen på samhället (vården), medför att den fördelning ska ske, som leder till störst samhällsnytta. Frågan är då vad som är bäst när valet står emellan stor lycka för färre personer och liten lycka för fler personer. Som regel anses en fördelning som kommer många till godo leda till större nytta.⁶⁷

John Stuart Mill föreställde sig att gränserna för individens rätt att förfoga över sig själv kontra gränserna för samhällets makt skulle komma att vara en för framtiden brännande fråga.⁶⁸ Han betraktas idag som en viktig företrädare för utilitarismen, och sade sig betrakta nyttan som den högsta instansen i alla etiska frågor. Dock hade Mill även andra ideal, som inte var utilitaristiska: han ansåg att individen är suverän över sin egen kropp och själ⁶⁹ och att autonomi är något värdefullt i sig, oavsett om den direkt eller indirekt påverkar välfärden⁷⁰. Han betraktas likaledes som en viktig företrädare för liberalismen. Med Mills balansgång i åtanke, ska vi fortsätta genom att titta närmare på vad som utmärker de motstående ståndpunkterna.

3.2 Autonomi

Den människosyn som ligger bakom autonomiprincipen utgår från individen och betonar värdet av densamma, något som är utmärkande för det moderna väst och har spelat en stor roll för vår politiska och sociala utveckling. I andra samhällen (både geografiskt och historiskt) ser man eller har man sett människan på ett annat sätt, mer som en del av en helhet eller gemenskap. Viktiga avgöranden ligger i dessa fall primärt hos den som av någon allmänt vedertagen anledning spelar auktoritetsrollen.⁷¹ Vad det synsättet resulterar

⁶⁴ Malnes & Midgaard s. 219

⁶⁵ Nilstun m.fl. s. 57 och Brandt s. 114

⁶⁶ Appelbaum s. 20

⁶⁷ Jfr Dahlman s. 14, 16

⁶⁸ Mill s. 9, 113

⁶⁹ Mill s. 22f.

⁷⁰ Malnes & Midgaard s. 225

⁷¹ Collste i Etiska vägmarken 8

i när det appliceras i vårdapparaten samt för- och nackdelar med att någon fattar beslut åt andra, återkommer vi till i kapitel 3.3.

Begreppet autonomi kommer ursprungligen från grekiskans *autos* (själv) och *nomos* (lag, styre) som betecknade det politiska självstyret i stadsstaterna. Numera syftar ordet lika mycket till personligt självstyre: makt över ”jaget”, utan kontrollerande inblandning av andra och utan begränsningar som förhindrar val. Autonoma personer är mål i sig själva, inte medel för andras mål, och de bestämmer över sitt eget öde. Diskrepans råder dock mellan att vara autonom och att respekteras som autonom⁷². Att vara en autonom person är heller inte synonymt med att göra autonoma val.⁷³ Ett egenhändigt fattat beslut betyder inte att man själv är upphov till idén helt utan influenser från annat håll.⁷⁴ Det sagda kan förtydligas: Autonomibegreppet berör i vilken mån en människa styr sig själv och är herre över sina handlingar, medan integritetsbegreppet kan sägas omfatta den i autonomin inkluderade biten; i vilken utsträckning en individ är fri att besluta om vissa ting. Ett förslag till en definition av en autonom person är: *En person som gör vad hon väljer att göra (därför att hon väljer att göra det) och som väljer att göra som hon gör därför att hon vill det.*⁷⁵ Fler preciseringar av begreppet finns, men inget som kan göra anspråk på att i detalj vara generellt vedertaget, vare sig det gäller en autonom person eller en autonom handling. Dock kan en skissering av det sistnämnda göras:

En person handlar autonomt bara om hon handlar

1. *avsiktligt*
2. *med förstånd/förståelse, och*
3. *utan kontrollerande inflytande*

Om vi förutsätter att alla tre kriterier är nödvändiga, ökar chanserna till att någons handlande är autonomt med den information vederbörande tar till sig och förstår. Vi ska inte förlora oss i terminologiska analyser, men det är av intresse att notera problematiken med punkt två. Människors kapacitet till förståelse varierar givetvis, både på grund av egna förmågor och på grund av momentana omständigheter. Därför blir kvalitén på det autonoma beslutsfattandet också varierande. Det kunde vara till hjälp att veta hur man ska bedöma om någon förstår eller inte. Men varken psykologin, som fokuserar på hur vi rent fysiologiskt förstår, eller filosofin, som fokuserar på termernas innebörd, har nått konsensus i fråga om vad det är att ”förstå”. Trots det sagda, kan vi komplettera punkt två med följande: En person har fullständig förståelse av en handling, om denna har en helt adekvat uppfattning av alla relevanta förslag eller uttalanden, som korrekt beskriver handlingens natur och de förutsebara konsekvenserna samt möjliga utfall av att företa eller inte företa handlingen. När det sagda inte är uppfyllt, finns ingen fullständig förståelse och då är handlingen heller inte helt autonom.⁷⁶

⁷² Jfr Kants kategoriska imperativ, min anm.

⁷³ Faden & Beauchamp s. 8

⁷⁴ Childress s. 60

⁷⁵ Tännsjö s. 101

⁷⁶ Faden & Beauchamp s. 236, 238, 248f., 252

Innebörden av autonomi i sjukvården blir att en patient, eller en blivande patient, så långt det går ska ges möjlighet att bevara sin kunskap om och kontroll över sin kropp och sin person.⁷⁷ För att patienten ska kunna utöva sin rätt till självbestämmande behöver denne känna till vad den aktuella medicinska åtgärden innebär.⁷⁸ Man måste komma ihåg att ett tvåpartssamarbete ofta är nödvändigt för att nå resultat med vården. Det har sagts att sjukvården är ett av de områden i samhället där medborgarna känner sig som mest maktlösa. Patientbegreppet kan inge en känsla av passivitet, beroende, okunskap och underläge. Måhända är det motiverat med utveckling i en riktning som gör människan till vårdkonsument med ett större mått av aktivitet, integritet och jämbördighet genom information och delaktighet.⁷⁹ Det sagda leder oss till nästföljande avsnitt.

3.2.1 Information och samtycke

3.2.1.1 Information

3.2.1.1.1 Allmänt

Information om omständigheter av relevans för det beslut som fråga är om, är en förutsättning för ett autonomt beslutsfattande.⁸⁰ Vårdpersonalen ska informera - tillhandahålla eller förmedla kunskap till - patienten om dennes tillstånd och om vad man kan göra åt det. Därigenom ska den enskilde få insikt om situationen, tillräcklig för att kunna utöva sitt självbestämmande och samtycka eller neka till åtgärden.⁸¹ Patientinformationen fyller fler syften. Den kan undanröja eller åtminstone minska ovisshet, som får patienten att känna ökad kontroll över sin tillvaro, något som i sin tur möjliggör planering. En patient som är välinformerad och motiverad är dessutom ofta en bättre samarbetspartner i vården, som blir mer effektiv. Även då kunskapen om vilka effekter patientinformation och medinflytande får fortfarande är bristfällig, har studier påvisat att information och en bra dialog med vårdgivaren hänger samman med en positivt upplevd vård. Osäkerhet råder dock kring vilken form av patientmedverkan som är att föredra: bred utbildning eller enstaka sakupplysningar. En generell slutsats är dock att det är en klar fördel om informationen ges både muntligen och skriftligen, samt i kombination med emotionellt stöd.⁸² Viktigt att notera är att information inte enbart ska vara enkelriktad, utan att målet med proceduren snarast är att få till stånd en fungerande dialog mellan vårdgivare och vårdtagare.⁸³ Man kan invända att genomsnittspatienten inte skulle vara kompetent att förstå information och själv fatta beslut, men informationsförespråkare menar att eftersom det i princip ska röra sig om

⁷⁷ Bischofberger i Etiska vägmarken 8 s. 48

⁷⁸ Wilow s. 57

⁷⁹ Borgenhammar & Fallberg s. 30, 62f.

⁸⁰ Rynning i Phillips s. 324

⁸¹ Bischofberger i Etiska vägmarken 8 s. 47

⁸² SOU 1997:154 s. 57, 71f.

⁸³ Prop. 1997/98:189 s. 52

information i form av en redogörelse för faktiska konsekvenser och inte om avancerad medicinsk-teknisk kunskap, bör ståndpunkten inte vinna mark.⁸⁴

Vilket behandlingsalternativ som är bäst för patienten kan bara avgöras genom samråd mellan patient och vårdpersonal. Personalen står för den medicinska sakkunskapen medan patienten själv, med hänsyn till risker och den egna livskvaliteten, får värdera och bedöma alternativen. Men patientens medverkan kan inte och får inte leda till att vården inte ges i enlighet med medicinsk vetenskap och beprövad erfarenhet – patienten kan alltså inte efterfråga metoder som inte uppfyller de kriterierna. De behandlingsalternativ som patienten erbjuds ska vara medicinskt motiverade och förväntas vara till nytta med hänsyn till den skada eller sjukdom vederbörande har. Med nytta avses här hälsa och livskvalitet, vilket bedöms med utgångspunkt i individen.⁸⁵

3.2.1.1.2 Innehåll och omfattning

Hur lagens krav på informationsstandarder är utformad, är av stor betydelse för i vilken utsträckning patientens självbestämmande tillvaratas och skyddas i rättssystemet.⁸⁶

I det att information skall ges till en patient, ligger en följdfråga om informationsplikens omfattning. Lagtexten preciserar den inte närmare, men normalt sett ska en patient få veta allt hon behöver om sitt hälsotillstånd. Här ingår undersöknings- och provtagningsresultat, diagnos, prognos, behandlingsmetoder med syfte, omfattning och alternativ till dessa, hur genomförandet ska gå till, förväntat resultat samt möjliga biverkningar och risker. Detta ska framföras på ett sätt som patienten kan tillgodogöra sig.⁸⁷ Dessutom kan följande också klassificeras som grundläggande information: Vad som kan göras för att inte förvärra hälsotillståndet, för att försena sjukdomens utveckling eller påskynda tillfrisknandet och på vilket sätt de anhöriga behöver informeras för att kunna fungera som ett stöd.⁸⁸

I regeringens proposition om stärkt patientinflytande, uppkom en diskussion där vissa parter framförde önskemål om att den bör utformas på ett mer detaljerat sätt. Som motargument anfördes, från regeringens sida, att nackdelen med en större precisering är att lagstiftningen kan uppfattas som en uttömmande lathund, och det ansågs varken möjligt eller eftersträvansvärt att skapa en sådan uppräkningslista av i informationsplikens ingående element. Eftersom informationen alltid ska vara anpassad till den enskilde patientens personliga behov, måste det finnas ett utrymme för olika utformning och olika innehåll.⁸⁹ Relevant information ska lämnas utan att

⁸⁴ Rynning i Etiska vägmarken 8 s. 19

⁸⁵ Prop. 1998/99:4 s. 22, 26f.

⁸⁶ Giesen i Westerhäll & Phillips s. 21

⁸⁷ SOU 1997:154 s. 57

⁸⁸ Borgenhammar & Fallberg s. 84

⁸⁹ Prop. 1998/99:4 s. 24f.

patienten specifikt efterfrågar den, även om ställda frågor i sig kan påvisa vilket informationsbehov just den personen har.⁹⁰

3.2.1.2 Samtycke

Respekt för personligt självbestämmande och integritet medför att individens samtycke är en förutsättning för att vidta åtgärder i vården. Samtycke karaktäriseras av att det skapar eller överför rätt från den som samtycker till andra att utföra handlingar som medför konsekvenser för den som avger sitt samtycke. Det ska ges avsiktligt och med medvetenhet, kunskap och förståelse. Därutöver krävs frivillighet.⁹¹ Frivillighet innebär i det här sammanhanget att patienten inte får vara föremål för sådan påverkan som inte är accepterad i vår rättsordning – vilket alltså inte utesluter att andra kan ha inflytande över det beslut som fattas.⁹² Patienten som lämnar sitt samtycke ska vara beslutskompetent, vilket dock inte innebär att vederbörande måste ha rättslig handlingsförmåga i civilrättslig bemärkelse, såsom att vara myndig eller psykiskt frisk. Innebörden är bara att avlämnaren rent faktiskt har förmåga att ta ställning till den förhandenvarande frågan, och om så är fallet får alltså avgöras i varje enskild situation. Faktorer som påverkar beslutskompetensen är exempelvis hälsotillstånd (utmattning och smärta kan påverka), mognadsgrad och beslutets dignitet.

Samtycket ska omfatta alla åtgärder som ska vidtas och föreligga när åtgärden genomförs. Ofta är det vid det tillfälle, under vilket den till patienten lämnade informationen kommuniceras, som ett samtycke lämnas eller uteblir. Något formkrav på samtycket finns inte och det behöver alltså inte ens vara uttryckligt vare sig muntligt eller skriftligt – ett underförstått, tyst samtycke anses föreligga om patienten inte motsätter sig en åtgärd.⁹³ Det vore orimligt att efterfråga ett uttryckligt samtycke, ens om det är fråga om ett muntligt sådant, för varje litet moment i en hel vårdsituation, utan de får anses inbegripna i ett större, övergripande samtycke till en specifik åtgärd⁹⁴. Man kan säga att patienten avger ett allmänt samtycke till en vårdinsats, vilket omfattar också under- och sidoåtgärder med sina risker, även fast dessa inte uttryckligen nämnts. Ett allmänt samtycke kan också omfatta de risker som är av generell karaktär (exempelvis finns det risk för infektion i ett operationssår och risk för ärrbildning), vilka patienten får förutsättas känna till. Dock måste man hålla i åtanke att total passivitet från patientens sida inte nödvändigtvis är synonymt med ett samtycke. Alltså finns det en viss risk att vårdpersonalen läser in samtycke, där det egentligen inte finns något. Ett givet samtycke kan dras tillbaka när som helst och i vilken form som helst, liksom det kan förlora sin giltighet om nya omständigheter råder eller lång tid har gått sedan samtycket gavs.⁹⁵

⁹⁰ Rynning i Etiska vägmarken 8 s. 26

⁹¹ Childress s. 77f.

⁹² Rynning i Phillips s. 343

⁹³ Rynning i Etiska vägmarken 8 s. 32 ,30

⁹⁴ Jfr även NJA 1990 s. 442 i uppsatsens kapitel 4.1.1

⁹⁵ Rynning i Phillips s. 328, 342, 344f.

Som huvudregel måste samtycke erhållas från den som åtgärden avser. I den mån en patient är beslutsinkompetent aktualiseras frågor om vem som är behörig ställföreträdare och särskilda samtyckesformer. Andra undantagssituationer till huvudregeln, till exempel nöd, kan också uppkomma. Uppsatsen ska av utrymmesskäl inte behandla dessa frågor, utan även den fortsatta framställningen baseras på att beslutskompetens föreligger hos den enskilde, samt att ingen undantagssituation är för handen.

3.2.1.3 Informerat samtycke

Termen ”informerat samtycke” syftar till att betona vikten av att ett lämnat samtycke ska ha föregåtts av relevant information, så att den samtyckande har haft möjlighet att fatta ett välgrundat beslut.⁹⁶ Begreppet används inom områdena etik, juridik och medicin.⁹⁷ Respekt för autonomi är en central utgångspunkt för det informerade samtycket som konstruktion.⁹⁸ Dessutom är både pliktetiken och konsekvensetiken två etiska teorier som kan och har använts för att motivera och diskutera innehållet i det informerade samtycket. Inom den medicinska verksamheten, verkar fokus generellt ligga på skyldigheten att informera, något som gör att samtyckesfrågan lätt hamnar i skymundan. Och av den information som ges, verkar tyngdpunkten ligga på att informera om risker, ibland i sådan utsträckning att annan relevant information hamnar i skymundan.⁹⁹

En möjlig definition av vad ett informerat samtycke är, följer här:

Ett uttryck av en person är ett informerat samtycke till åtgärden om och endast om:

1. *Personen får fullständig information om åtgärden,*
2. *Personen förstår informationen,*
3. *Personen framför sitt uttryck frivilligt,*
4. *Personen är beslutskompetent för sitt uttryck,*
5. *Personen samtycker till åtgärden.¹⁰⁰*

Det lagstadgade målet för hälso- och sjukvården är en vård på lika villkor för hela befolkningen¹⁰¹, vilket förutsätter att möjligheterna till delaktighet inte enbart är till nytta för dem som har personliga kvalifikationer som underlättar aktivitet, utan att det också kommer de svagare grupperna till del.¹⁰² (Här används uttrycket ”svag” som samlingsuttryck för svårigheten att tillvarata sitt eget intresse i samband med hälso- och sjukvård, min anm.) Ett system som baseras på autonomi är inte oproblematiskt och det finns därför anledning att titta närmare på paternalismen.

⁹⁶ Rynning s. 23

⁹⁷ Appelbaum s. 12

⁹⁸ Faden s. 7

⁹⁹ Appelbaum s. 18, 50f, 56f.

¹⁰⁰ Faden s. 275

¹⁰¹ HSL 2 §

¹⁰² Prop 1998/99:4 s. 22

3.3 Paternalism

Paternalism kan betraktas som motsatsen till autonomi¹⁰³ och har varit förhärskande långt in på 1900-talet¹⁰⁴. Synsättet innebär att ett samhälle eller en enskild fattar beslut för någon annans räkning, på ett sätt som ska tillgodose dennas behov i enlighet med vad beslutsfattaren uppfattar som det bästa för objektet.¹⁰⁵ I linje med det sagda, kan paternalism sägas vara ett inkräktande på en persons handlingsfrihet eller informationsfrihet genom att denna avsiktligt ges oriktig eller otillräcklig information, rättfärdigat genom att det är till (potentiell) fördel för vederbörande. Medicinsk paternalism motiveras ofta dels med att en individs beslutsfattande och agerande är ofullkomligt, dels med sannolikheten för att individen kommer till skada såvida inte ett ingripande görs. Härav är det nödvändigt att undersöka den potentiella skadans dignitet – sammantaget rör det sig om en risk, som ska undvikas. Proportionalitet är ytterligare en beståndsdel av relevans för paternalismens existens: nyttan måste vägas mot den skada som skulle uppkomma utan ett ingripande. Den eftersökta nyttan ska vara större än både den moraliska oriktigheten i vissa handlingar (såsom att ljuga) och de förtjänster (såsom självbestämmande) patienten förlorar genom ingripandet.¹⁰⁶ Det är läkarens plikt att förebygga eller minimera skada hos patienten. Om viss information kan tänkas skada patienten, blir det därför tillåtet för läkaren att undanhålla informationen.¹⁰⁷ (Så länge själva undanhållandet inte innebär större skada än ett delgivande av information, min anm.)

För vad är det som säger att manipulation är fel om det tjänar patientens intresse? Vilken vikt bör man tillmäta individens autonomi och varför?¹⁰⁸ Paternalism måste inte innebära att läkaren är enväldig och att kommunikation uteblir. Ofta glöms bort att en handling, för att kunna klassas som paternalistisk, måste baseras på att patientens nytta förväntas bli större genom agerandet. Om autonomi är det högsta värdet, blir läkar-patientrelationen en affärstransaktion där patienten utlämnas till sin egen autonomi medan läkaren inväntar dennes beslut, och omsorg och förtroende underordnas.¹⁰⁹ Ökade krav på informationens omfattning kanske till och med är kontraproduktiva, såtillvida att den som måste ta ställning till en ökande informationskvantitet, blir mindre benägen att faktiskt ta del av materialet.¹¹⁰ Så kallad informationsdumpning; att vårdgivaren lämnar för mycket information, förvirrar sannolikt mottagaren och faktum är att inte

¹⁰³ Hermerén i Phillips s. 42

¹⁰⁴ Bischofberger i Etiska vägmarken 8 s. 49

¹⁰⁵ Rynning s. 76

¹⁰⁶ Jfr Childress s. 14, 102, 108f.

¹⁰⁷ Buchanan i McLean s. 190

¹⁰⁸ Tännsjö s. 98f.

¹⁰⁹ Loewy s. 446ff.

¹¹⁰ Lynöe i LT s. 1546

alla vare sig vill eller har möjlighet att ”ansvara” för sitt tillstånd.¹¹¹ För den som överväldigas av information, är det lätt att misslyckas med att agera autonomt (även om man är en autonom person) och ge ett verkligt informerat samtycke. När patienter missförstår eller glömmer vad de fått reda på, är det dock inte givet att det är fel på patientens kapacitet, utan likaväl kan orsaken till problemen stå att finna i det sätt på vilket informationen vidarebefordrats till denne.¹¹² Kommunikationen mellan läkare och patient är sällan jämlik, och det finns flera orsaker som hindrar att så är fallet: Aktörerna besitter olika mycket kunskap, de använder sig av olika terminologi, känslor står i vägen för rationalitet, miljön i sig kan skapa en upplevd hierarki och man fastnar i respektive roll av över- och underläge.¹¹³

3.3.1 Kan en autonom föredra paternalism?

Att fritt välja att inte behöva göra egna val, är något som en beslutskompetent patient är berättigad till och som måste respekteras.¹¹⁴ Även regeringen har understrukt vikten av att patienten alltid har möjlighet att välja att lämna över sitt beslutsfattande till den medicinskt ansvarige, samt att personalen måste vara lyhörd för vilken information och vilket inflytande den enskilda patienten önskar.¹¹⁵

Där föregående avsnitt argumenterade utifrån principen om att inte skada, kan det här avsnittet sägas representera en kontraktuell version av sagda princip. Patienten tillåter, fritt och med full förståelse, vårdgivaren att minimera skada genom de medel vårdgivaren bedömer som nödvändiga. Detta kan medföra att patienten undanhålls information, men mot sagda bakgrund skulle det vara ett korrekt beteende att inte informera.¹¹⁶ Att påtvinga en patient information som denna inte vill ha, bör på samma sätt som situationer där information undanhålls från den patient som vill veta, kunna kategoriseras som en kränkning av självbestämmanderätten.¹¹⁷ Valet att överlämna sin bestämmanderätt, får dock inte medföra en integritetsförlust.¹¹⁸

Paradoxalt nog kan paternalism behövas för att återställa patientens autonomi. Konceptet autonomi hänger, som vi sett, nära samman med ett frihetsideal: fri vilja och fri handling. Genom att agera fritt kan man omvandla sin fria vilja till något konkret – men hur vi rent faktiskt har möjlighet att agera begränsas av vår fysiska och psykiska kapacitet. Översatt till vårdsituationen, innebär det sagda att man kan välja paternalism i de fall

¹¹¹ Borgenhammar & Fallberg s. 85

¹¹² Faden s. 237

¹¹³ Bischofberger i Etiska vägmarken 8 s. 59f.

¹¹⁴ Loewy s. 445

¹¹⁵ Prop. 1998/99:4 s. 28

¹¹⁶ Buchanan i McLean s. 196f.

¹¹⁷ Lynöe i LT s. 1546

¹¹⁸ Patienten och professionen s. 9

man eftersträvar ett resultat, vilket man uppfattar som svårt att uppnå genom helt egna ställningstaganden och prestationer.¹¹⁹

Vad som kan bli problematiskt och är värt att notera, är det faktum att en överenskommelse som går ut på att läkaren ges rätt att undanhålla information, också medför att patienten kan gå miste om den sortens information som skulle behövas för att bedöma om läkaren följt den ursprungliga överenskommelsen (och handlat till nytta för patienten).¹²⁰

3.4 Diskussion

Ovan har några tankeströmningar presenterats. De är olika, men hänger ändå tätt samman, vilket ytterligare kommer att framgå av diskussionen. Jag utgår, till att börja med, från att autonomi och paternalism (och med dem sammanhängande konstruktioner) är två motstående intressen. Detsamma gäller pliktetiken och konsekvensetiken. I diskussionen ska jag närmare diskutera förhållningssättens innebörd och möjliga effekter, samt försöka nyansera dem i ljuset av varandra.

Med avstamp i pliktetiken och dess påstående att vissa handlingar är goda i sig själva tillsammans med uppvärderandet av självbestämmande, ser vi ett argument för autonomi i hälso- och sjukvården: En patient ska behandlas och respekteras som en autonom person då det i sig är gott och rätt. Med samma ideal i grunden, kan även Kants kategoriska imperativ 1, betraktas som ett försvar för autonomins värde. Dels direkt, eftersom den som värdesätter autonomi bör handla på ett sätt som upphöjer det till en allmän naturlag. Dels indirekt, för att imperativet är generellt tillämpligt på allas handlande, och då måste alla vara kapabla att följa det genom att tänka och besluta fritt. Dock är det inte uteslutet att sagda imperativ tillika skulle kunna tolkas till fördel för ett konsekvensetiskt och paternalistiskt förhållningssätt. Om man alltid gör en korrekt proportionalitetsbedömning mellan nytta och skada, och väljer det handlingssätt som maximerar välfärden – så borde falangens förespråkare kunna hävda att det är på sin plats att den eftersträvade konsekvensen är handlingens maxim, och att det därför är rätt om en viss konsekvens blir en allmän naturlag.

Vad gäller det kategoriska imperativet 2 bör även det kunna tolkas till fördel för patientautonomi, eftersom en självstyrandes respekt för andra såsom självstyrande, förutsätter att de betraktas som fria och därför som ändamål i sig själva: varje mänska en ö. Dock är det inte omöjligt att vinkla också imperativ 2 till förmån för paternalismen, eftersom ett ovanifrånperspektiv motiveras just med att det är till nytta – bäst - för den som är objektet. Och att välja det bästa alternativet för någon annan, utan egoistiska hänsyn, borde rimligtvis baseras på att man ser denna andra som ett ändamål i sig själv. I så fall kan medel och ändamål främja samma intresse; en människa

¹¹⁹ Loewy s. 447ff.

¹²⁰ Buchanan i McLean s. 198

hålls ovetande, för att fungera som ett medel - för sig själv som ändamål. Möjligen är det istället så, att om alla är autonoma, är det upp till var och en att tillvarata sitt eget intresse – sin egen ändamålsenlighet – vilket minskar ansvaret för omvärlden och gör att det ligger närmare till hands att betrakta dem som medel; för den egna autonomi.

Rawls' idé om att ha rätt till de grundläggande friheter som är förenligt med samma friheter för alla, understödjer autonomi och individens okränkbara status. De vinklingar mot paternalism som ovan gjordes, kan inte appliceras här, eftersom de individuella rättigheterna aldrig kan vika till förmån för samhällets välfärd. Faktum är att Rawls' princip direkt utesluter paternalism: om personlig frihet inkluderar befogenheten att välja för och styra över andra, är den inte förenlig med motsvarande frihet för alla andra.

Ur det konsekvensetiska perspektivet och med utilitarismens princip att man ska välja sitt handlande efter konsekvens, vinner paternalismen mark. Motiveringarna liknar varandra i det att den som mår bra, har det bra, och det är (därför) heller inte negativt i sig att göra avkall på den egna eller andras personliga vetskap. Tvärtom är resultatet det centrala. Utilitarismen talar om nytta - liksom paternalismen, som med sin proportionalitetsbedömning mellan skada och nytta avgör huruvida ett handlingsalternativ ska väljas eller ej. Paternalismen bör i det avseendet kunna kategoriseras som handlingsutilitarism.

Autonomi är en, teoretiskt sett, grundläggande och enkel värdegrund – som i praktiska vårdssituationer kan vara problematisk att efterleva, även i fall där människor är vid sina sinnens fulla bruk – i det att en autonom person lätt kan misslyckas med att agera autonomt. Givetvis kan även paternalismen problematiseras. I likhet med autonomi är den enkel i teorin, men praktiska problem uppkommer genom exempelvis sådan underlåtenhet att informera som inte har motiverats av någon nyttoavvägning, eller direkt felaktig information, icke-lyhördhet, oförmåga att kommunicera, inkompetens eller tidsbrist och pressade rutiner. En välfungerande paternalism förutsätter att den som fattar beslut för andras räkning är näst intill felfri och förmår göra en riktig proportionalitetsbedömning. Det kräver både detaljkunskap och förmåga till helhetssyn, samt tidsutrymme för ett genomtänkt beslut. Är så inte fallet, kan den berörda patienten finna sig själv i ett läge där något annat vårdalternativ varit bättre – utan att veta om det.

På en mera konkret nivå kan tidsbrist och begränsade samhällsresurser anföras som ett argument för att inte ge utförlig information till en patient, och därigenom heller inte främja autonomi i vården då det skapar ett (för) stort diskussionsutrymme. Men även ett paternalistiskt förhållningssätt tar tid i anspråk, så länge utgångspunkten är nytta för den enskilda individen - eftersom man då inte kan nöja sig med standardiserade proportionalitetsbedömningar. Med begränsade resurser att fördela hamnar vi ofelbart i en konflikt mellan stor lycka för färre personer och liten lycka för fler personer. Om den fördelning ska ske, som leder till störst samhällsnytta, och om större nytta är synonymt med att fler får del av

kakan, hamnar vi i ett läge där den främsta lösningen synes vara en standardiserad paternalism: den medicinska åtgärd som regelmässigt medför mer nytta än skada, väger upp de undantagsfall där resultatet blir det motsatta.

Lagstiftaren har i fråga om informationsinnehållet lämnat utrymme för individuella variationer (och därmed även godtagit variationer också vad gäller ett samtyckes substans). Självbestämmande och integritet är vårdens utgångspunkter, men de kan uppfyllas på olika sätt. En autonom kan föredra paternalism och därmed finns det ingen standard för vad som ska ingå i ett informerat samtycke - alternativt att det överhuvudtaget inte är nödvändigt att inhämta patientens informerade samtycke utan bara enkelt samtycke. Autonomi förutsätter samtycke, men samtycke förutsätter inte autonomi. Kraven på frivillighet är lägre för att klassificera något som samtycke, än vad de är för att klassificera något som en autonom handling. En viss manipulation är godtagbar i det första, men inte det andra, fallet. Lagstiftaren uppvisar en klivenhet genom den legala kompromisslösningen som egentligen inte utesluter något av förhållningssätten. Kapitel 2 och 3 sammantaget visar visserligen att den befintliga lagstiftningen betonar värden i riktning mot autonomi och självbestämmande mera än paternalism, men ändå verkar våra lagstiftande organ inte ha sett någon framkomlig väg till tydligare, eller mer fullständig, lagstiftning i frågan. YHL:s stadgande, att underlåtenhet från vårdpersonalens sida att ge information eller respektera kravet på samråd kan leda till en erinran eller varning, är det enda explicita (potentiella) ansvar som finns i informations- och samtyckesfrågan. Något som inte kommer patienten till godo, utan endast ytterligare betonar hur hälso- och sjukvårdslagstiftningens skyldighetsbaserade och inte rättighetsbaserade karaktär. De värderingar som kommit till uttryck korresponderar alltså inte riktigt med lagstiftningen avseende ersättning, där man prioriterat en viss tandlöshet.

Hur bör då ersättning i samband med bristande information och uteblivet eller ofullständigt samtycke utformas? Jag ska återigen nämna Rawls' första rättvisepincip. Vi har tidigare sett att ersättning har en reparativ funktion och är ett rättighetsuppbyggande moment. Om ett rättighetsuppbyggande moment kan sägas vara en del i en fungerande rättssäkerhet, så aktualiseras Rawls' teori där rättssäkerhet är en form av frihet, och varje person ska ha samma rätt till de friheter som är förenligt med ett motsvarande system av friheter för alla. Ett ersättningssystem måste i konsekvens med detta, i första ledet, utformas på ett sätt som tillförsäkrar alla (som är i motsvarande situation) samma rätt till ersättning; att lika fall behandlas lika. Det aktualiserar dagens reglering, där patienter som inte erhållit ett tillfredsställande mått av information och inte lämnat sitt samtycke, får föra sin talan enligt SkL, vilket sällan leder till ersättning för patienten. Om situationen istället skulle inrymmas under PSL, borde det rimligtvis resultera i att fler liknande fall de facto behandlas lika, då de inte skulle stå och falla med huruvida patienten lyckas visa culpa eller ej. I andra ledet krävs att *alla* lika fall behandlas lika; att systemet är hållbart, vilket aktualiserar resurshänsyn, och om det överhuvudtaget är rimligt att låta

bristande information och bristande samtycke omfattas av den lättare bevisbördan – eller om det skulle medföra en överbelastning av patientskadesystemet, genom exempelvis ökade utredningskostnader och bevisfrågor. Detta gör att regelutilitarismen, som säger att en regel är rätt bara om allmän följsamhet av denna regel maximerar nytta, är av intresse som analysredskap för ersättningsfrågan. Jag ska återkomma till detta i uppsatsens avslutande kapitel. Där kommer likaså den av Mill förespråkade kombinationen mellan individens suveränitet över sig själv och nyttan som det högsta intresset att diskuteras närmare, tillsammans med de idéer som hans tankegångar föranleder.

Härnäst kommer kapitel 4 med exempel från verkligheten, för att ytterligare belysa situationen.

4 Belysande verklighet

Från statligt håll har man bedömt det vara viktigt att undersöka hur patienter uppfattar hälso- och sjukvården när det gäller information och delaktighet; de delar av vårdssituationen som svar på vårdkvalitetsenkäter generellt har utpekats som bristfälliga.¹²¹ Andra studier om patientinflytande i vården har visat att de flesta patienter vill ha så mycket relevant information som möjligt om sin sjukdom och sin behandling. Dels för att känna till sin egen process, dels för att man kan uppleva sig mera respekterad och självständig. Inte sällan är patienterna främst kritiska till det bemötande de får, samt bristen på information.¹²² Brister i kommunikation och information sägs på ett håll ha varit en av de vanligaste anledningarna till klagomål på vården,¹²³ även om det saknas rikstäckande vetenskapliga studier om detta¹²⁴. Att några entydiga resultat inte finns, visar en annan undersökning bland patienter i Örebro län, där bemötande och förtroende fick bäst betyg i enkäten.¹²⁵ Samma undersökning visade att 82 procent var positiva och 7 procent negativa på informationsområdet, och att 80 procent var positiva och 8 procent negativa vad gällde patientinflytande och dialog.¹²⁶

Ytterligare studier har påvisat att en patients önskemål om inflytande över vården är systematiskt beroende av vissa specifika förhållanden. De grupper som generellt eftersträvar en högre grad av aktivitet är unga, relativt friska och/eller kroniker, välutbildade, kvinnor samt boende i tätort.¹²⁷ Dessutom har man upptäckt ett samband mellan önskemål om inflytande på bemötande samt information och klagomål på behandling.¹²⁸

Några klara svar verkar inte stå att finna på det här området. För att ytterligare belysa situationen ska uppsatsen redovisa dels rättsfall från HD och Hovrätten, dels anmälningar till och bedömningar från PSN och HSN.

¹²¹ Socialstyrelsens rapport 2001 s. 322

¹²² SOU 1997:154 s. 67f., 75

¹²³ Prop 1998/99:4 s. 24

¹²⁴ Socialstyrelsens rapport 2001 s. 322

¹²⁵ http://www.socialstyrelsen.se/Patientsakerhet/specnavigation/Aktuellt/arkiv/nyhet_vardinformation.htm den 16/2-2007

¹²⁶ http://www.orebro.se/news/show___8801.aspx?newsID=23164&type=1 (Örebro läns landsting) den 16/2-2007

¹²⁷ Borgenhammar & Fallberg s. 50

¹²⁸ Spri rapport nr 483 s. 36

4.1 Praxis

4.1.1 Högsta Domstolen

4.1.1.1 NJA 1990 s 442

Rättsfallet handlar om huruvida en åtgärd – en nervavskärning - under en operation kunde grunda skadeståndsskyldighet för vårdgivaren. Patienten hade inte i förväg informerats om att åtgärden kunde bli aktuell och hade därför inte kunnat lämna ett preciserat samtycke till åtgärden.

Käranden Kerstin H åberopade att hon skadats (fått ytterligare smärtor samt svårt att gå) på grund av operationen och menade att landstinget, såsom arbetsgivare till involverade läkare, ådragit sig skadeståndsskyldighet genom att deras anställda läkare gjort sig skyldiga till vårdslöshet. Detta eftersom läkarna inte före operationen informerats om att en nervavskärning kunde ske samt om med åtgärden förknippade risker, och då de utfört åtgärden utan hennes samtycke.

Landstingskommunen bestred skadeståndsskyldighet på den grund att vårdslöshet inte förekommit då Kerstin H blivit i möjlig mån informerad och givit erforderligt samtycke till en nervavskärning, genom att det kunde inkluderas i det samtycke hon givit till operationen i sin helhet. Vidare åberopade landstingskommunen att den situation som uppstod vid operationen – att nerven behövde skäras av - närmast kunde anses vara en nödsituation, eftersom det skulle vara mycket svårt att göra en ny operation. Dessutom hävdade de att operationen utförts enligt konstens regler men att den inte givit önskad effekt, vilket dock inte medför att en ersättningsbar skada föreligger.

HD ansåg att Kerstin H haft rätt att få veta att en nervavskärning kunde bli aktuell och vilka möjliga risker åtgärden var förknippad med. Domstolen fann att någon sådan information inte givits till Kerstin H. Därför hade hon heller inte kunnat lämna ett preciserat samtycke till åtgärden. Det allmänna samtycke som hon lämnat till sin operation, ansågs inte heller underförstått ha omfattat nervavskärningen. Men – att åtgärden skett utan information och utan samtycke medförde enligt HD inte utan vidare skadeståndsskyldighet. För skadestandsfrågan var även följande hänsyn av relevans: Åtgärden var medicinskt riktig i den situation som var för handen, det skulle sannolikt inte vara möjligt att skära av nerven vid en ny operation, det fanns bara en mindre risk för komplikationer och ingreppet kunde förväntas medföra nytta för käranden. Att läkarna i det läget valde att skära av nerven, ansågs försvarligt och handlandet kunde därmed inte grunda skadeståndsskyldighet för landstingskommunen.

4.1.2 Kommentar

I doktrinen står ett flertal synpunkter om ovanstående rättsfall att finna. Bland annat har den slutsatsen dragits, att NJA 1990 s 442 öppnar för skadestånd i de fall då information inte givits om en viss åtgärd som sedan ändå vidtagits under operationen, och åtgärden har lett till skada. Detta förutsatt att åtgärden inte varit medicinskt försvarbar.¹²⁹ Domen har dock fått kritik för att vara svårtolkad, bland annat i det att HD:s resonemang inte klargör huruvida utebliven information har skadeståndsrättslig betydelse eller ej och för att den innebär en inskränkning av betydelsen av patientens samtycke. Kravet på information till och samtycke från patienter får snarast karaktär av att vara ett medicinsk-etiskt krav utan relevans för ersättningsfrågan. Det faktum att HD resonerar kring åtgärdens medicinska försvarbarhet kan tolkas som att samtyckesfrågan tillmäts olika vikt beroende på om patientens bästa har hållits för ögonen eller ej.¹³⁰

En synpunkt som har anförts är varför bristande information och samtycke egentligen ska medföra skadeståndsskyldighet för personskador, när skadorna lika gärna kunde ha inträffat om patientens självbestämmanderätt respekterats fullt ut. Delvis är det en principfråga som beror på betraktarens egna värderingar, men det finns även en juridisk aspekt på situationen. Denna består i att om en skada inträffar, har den ickeinformerade patienten ett försprång framför den som mottagit information. En tillämpning av de skadeståndsrättsliga reglerna förutsätter ju att skada inträffat till följd av bristande information. Samma slags skada kan alltså ha uppstått i två medicinskt sett korrekt behandlade och identiska fall, men den informerade befinner sig i ett skadeståndsmässigt sämre läge, då denna själv får bära risken för ingreppet.¹³¹ Vid ett första påseende kan det tyckas vara en invändning av relevans – men vid en noggrannare betraktelse synes reflektionen vara något underlig. Till att börja med är personskada på grund av felbehandling redan reglerat i PSL. Om två personer har blivit korrekt behandlade men råkat ut för en oönskad biverkan, kommer ingen av dem att vara ersättningsberättigad på den grunden. En är informerad om risken, men har bedömt att den är godtagbar. En är oinformerad och skulle med kännedom ha avstått från åtgärden. Anledningen till varför bristande information och samtycke ska ha skadeståndsrättslig relevans är inte att alla med samma skada ska ha samma rätt till ersättning. Anledningen till den skadeståndsrättsliga relevansen är att man värderar information och samtycke såsom företeelser som *i sig* är värda att respekteras. Regleringens värdegrund är just att man anser det vara eftersträvansvärt att individen själv får välja vilka risker hon eller han ska utsätta sig för: själv göra valet - själv bära risken.

Nervfallet tydliggör svårigheten i att få skadestånd för skador (förverkligade risker i fall som dock behandlats medicinskt korrekt) i fall då bristande information och bristande samtycke är för handen. Det konstateras av

¹²⁹ Wilow s. 60

¹³⁰ Agell i Juridisk Tidskrift s. 444 ff.

¹³¹ Hellner i Juridisk Tidskrift s. 748

domstolen att Kerstin haft rätt att få veta, men att hon inte fått veta, och att Kerstin inte heller lämnat sitt samtycke till de vidtagna åtgärderna. Detta i sig kunde inte ”utan vidare” medföra skadeståndsskyldighet. Vad som blir avgörande för domslutet är försvarbarheten av den medicinska åtgärden, och för den bedömningen används dels handlingens medicinska korrekthet, dels den för patienten förväntade nyttan av handlingen. HD har alltså i utilitaristisk anda fokuserat på konsekvensen i sin bedömning av handlingens försvarbarhet. Konsekvensen var vid handlingstillfället sannolikt till nytta, alltså var handlingen riktig. Det är en proportionalitetsbedömning mellan förväntad skada och förväntad nytta, som vi känner igen från paternalismen. Om HD istället hade fört ett pliktetiskt resonemang, hade man troligen sett det som en skyldighet i sig att utföra vissa handlingar (ge information och inhämta samtycke) och att underlåta andra (nervavskärningen) och därmed avslutat sina domskäl – eftersom beräknade eller faktiska konsekvenser ur ett pliktetiskt perspektiv inte ska beaktas. Ställningstagandet i fråga om åtgärdens försvarbarhet hade kunnat bli ett annat och därmed hade troligen även domslutet blivit ett annat.

HD resonerar inte kring kausaliteten mellan bristerna och den uppkomna skadan. Märkligt nog, kan tyckas, eftersom kausalitet är centralt för skadeståndsfrågor. Möjligen kan även detta förklaras med det utilitaristiska eller paternalistiska förhållningssättet: I och med att man utgår från det förväntade resultatet, vilket utgörs av den potentiella medicinska nyttan, diskuteras enbart huruvida läkarna hade kunnat eller bort handla annorlunda. Därför spelar det ingen roll hur Kerstin hade ställt sig till åtgärden, eftersom det helt enkelt saknar relevans för åtgärdens riktighet.

4.1.3 Hovrätten

4.1.3.1 T 239/96

Detta mål behandlar, i likhet med det föregående, frågan om huruvida vårdgivaren (landstinget såsom arbetsgivare) är skadeståndsskyldig för de skador som uppkommit hos en patient då vårdgivaren underlåtit att före en operation informera patienten om riskerna med densamma.

Saken gällde en snarkoperation som utförts på Jan Olof B. Vid tiden för operationen var det känt att s.k. regurgitation kunde uppstå och i vissa fall kvarstå en längre tid, till följd av den sortens snarkoperation. Den sortens besvär kunde enligt utredningen, vare sig betraktas som bagatellartat eller obetydligt. Ostridigt i målet var att Jan Olof B drabbats av vissa sådana skador.

Frågan var nu huruvida patienten fått tillräcklig information angående möjliga risker och komplikationer med operationen, samt om han lämnat ett med hänsyn till informationen godtagbart samtycke till operationen.

För bedömningen av den första frågan var det enligt HovR av relevans att operationen inte var nödvändig av medicinska skäl, utan att patienten själv hade valt att genomgå ingreppet i förhoppning om att förbättra sin livssituation. Utredningen visade att Jan Olof B inte fått relevant information om sådana regurgitationsbesvär som han riskerade att drabbas av genom operationen. Detta var dock en sådan risk som HovR ansåg att han borde ha informerats om, för att därigenom ha fått möjlighet att med hänsyn till risken själv bestämma om han skulle genomgå operationen eller ej; särskilt då den inte var medicinskt nödvändig. På grund av det sagda ansåg HovR att Jan Olof B inte heller kunde anses ha samtyckt till risken. Landstinget blev skadeståndsskyldigt för den skada som patienten lidit till följd av läkarens försumlighet i fråga om informationsskyldigheten.

4.1.3.2 T 1560/97

Även i detta rättsfall är frågan huruvida landstinget ådragit sig skadeståndsskyldighet genom att en läkare inte informerat en patient om riskerna med en operation, efter vilken en skada uppkommit hos patienten.

Patienten Tesfay B opererades för en tumörutväxt på huvudet. Ostridigt var att själva operationen gått bra. Därefter tillstötte komplikationer i form av en infektion, vilken resulterade i en allvarlig neurologisk skada innebärande bland annat förlamning.

Tesfay B gjorde gällande att landstinget brustit i sin informationsplikt till honom, genom att läkaren inte före operationen upplyst honom om de med operationen förknippade riskerna, samt att han hade avstått från operation om han hade fått saklig information. Landstinget menade å sin sida dels att läkaren uppfyllt sin upplysningsplikt, dels att någon kausalitet mellan den påstått bristande informationen och Tesfay B:s skada inte förelåg, eftersom det inte var antagligt att han skulle ha avstått från operationen på grund av informationen. Läkarens bedömning var att en utebliven operation på sikt skulle leda till ett livshotande tillstånd.

HovR fann att inget framkommit som givit anledning att ifrågasätta läkarens bedömning gällande operationens nödvändighet. Riskerna med operationen bedömde HovR vara sådana att de ingått i den informationsskyldighet som HSL stadgar – och frågan var om information hade givits. Utredningen visade inte att läkaren begränsat informationen på det sätt patienten gjort gällande, utan patientens uppfattning av situationen ansågs av HovR sannolikt vara orsakad av språkförbistring. Det hade dock inte gjorts gällande att läkaren skulle ha insett att så var fallet. Men det sagda medförde inte heller att det kunde anses vara utrett att HSL:s krav på information uppfyllts. Vilket i sin tur dock inte per automatik innebar att Tesfay B skulle vara skadeståndsberättigad, menade HovR, eftersom bestämmelsen i HSL delvis antogs tillgodose också etiska krav inom sjukvården, och dess skadeståndsrättsliga betydelse varit omdiskuterad. Härefter fann HovR inte anledning att närmare pröva förhållandet mellan brist i informationsskyldigheten och skadestånd – eftersom HovR ansåg sig kunna

utgå från att även om Tesfay B hade fått fullständig information om sjukdomssammanhanget, hade han inte avstått från operationen. Därför kunde skadan inte vara att anse som kausal till bristande information. Landstinget befanns inte skadeståndsskyldigt.

4.1.4 Kommentar

Liksom HD säger HovR i Snarkfallet, att den som inte är informerad (om sådant man borde ha informerats om), inte heller kan anses ha samtyckt till risken. Skillnaden består i vad konstaterandet utmynnar i. Viktigt för HovR:s bedömning av självbestämmanderättens skadeståndsrättsliga vikt var att operationen inte var nödvändig av medicinska skäl. HovR synes göra en lättnad i paternalismens inflytande över resonemanget till förmån för autonomi i den sortens vårdfall. Frågan är dock vad man lägger i begreppet ”nödvändig av medicinska skäl”. Om begreppets motsats är de åtgärder där det ”bara” finns en förhoppning om att förbättra livskvaliteten, borde ett ganska stort antal ingrepp kunna hänföras till detsamma; kanske till och med alla åkommor som inte kan komma att utgöra ett livshotande tillstånd. I så fall borde även Kerstins operation kunna hänföras till samma kategori – med samma domslut som i Snarkfallet.

Också i Tumörfallet var riskerna sådana att de ansågs ha ingått i informationskyldigheten och man gjorde liksom i Snarkfallet en kausalitetsbedömning, för vilken den medicinska nödvändigheten var central. Vad som är anmärkningsvärt i Tumörfallet, är domstolens uttalande om att HSL:s informationskrav antas tillgodose etiska krav inom sjukvården och dess omdiskuterade skadeståndsrättsliga betydelse. Det framstår som underligt att tillmäta ett legalt krav lägre dignitet med hänvisning till dess etiska poänger. Juridikens syfte får väl i huvudsak sägas vara en generell handlingsstyrning, och det verkar märkligt att ett stadgande med mera uppenbara bakomliggande värderingar inte skulle respekteras som en handlingsnorm vid en vårdslöshetsbedömning på samma sätt som ett stadgande med mera välkamouflerade bakomliggande syften.

4.2 Patientskadenämnden

4.2.1 Allmänt

PSN är sammanlänkad med PSL på så vis att de försäkringsgivare som meddelar patientförsäkring ska ingå i en patientförsäkringsförening,¹³² och de som ingår i patientförsäkringsföreningen upprätthåller och bekostar tillsammans PSN. Dess funktion är att yttra sig över ersättningsfall, på begäran av en patient eller annan skadelidande, vårdgivare, försäkringsgivare eller domstol.¹³³ Dessutom får nämnden i ärenden om

¹³² Jfr PSL 15 §

¹³³ Jfr PSL 17 §

ersättning enligt PSL också yttra sig över skadeståndsrättsliga krav från patienten eller annan skadelidande.¹³⁴ Dock är nämndens verksamhet enbart rådgivande och dess yttranden är inte att anse som något annat än en rekommendation till den som är skyldig att utge ersättning. Syftet med nämnden är att underlätta skadehantering och att patienter utan kostnad ska kunna få sitt ersättningsanspråk prövat av ett organ med sakkunskap, innan en eventuell domstolsprocess.¹³⁵ Nämnden består av en ordförande med domarkompetens och sex andra ledamöter, av vilka tre ska företräda patienternas intressen, en vara medicinskt sakkunnig, en vara försäkringsledamot samt en ha särskild kunskap om hälso- och sjukvårdens verksamhet.¹³⁶

4.2.2 Fall

Nedan följer några av PSN:s bedömningar i fall som berör information, samtycke och ansvar enligt skadeståndsrättsliga regler. Det antal fall med sådant innehåll som Patientförsäkringsföreningen publicerat under åren 1998-2005, uppgår till blygsamma nio stycken. Uppsatsen presenterar nedan ett resonemangsmässigt representativt urval av dessa.

4.2.2.1 2000:07

Förevarande fall gäller en man med översynthet, som kom till en ögonklinik med önskan om att slippa sitt glasögonberoende. Den operation som genomfördes förlöpte utan komplikationer, men en kort tid efteråt började mannens syn kontinuerligt försämrans. Patienten anmälde att han inte fått någon preoperativ information om risk för synförsämring och att han, om han hade fått sådan information, inte skulle ha samtyckt till operationen.

PSN menade att hälso- och sjukvårdslagstiftningen uppställer relativt långtgående krav ifråga om samråd med patienten, och bedömde att frågan om information och samtycke fick anses vara särskilt viktig vid ingrepp som företas utan att de egentligen är medicinskt påkallade. Skadeståndsskyldighet kunde enligt nämnden föreligga om en skada uppkommit vid behandling och skadan haft sådant samband med bristande information att patienten inte haft möjlighet att lämna ett preciserat samtycke till behandlingen. PSN uppfattade att läkaren av oaktsamhet inte fullgjort sin informationsplikt. Nästföljande frågeställning var om skadan kunnat undvikas om relevant information delgivits patienten. PSN ifrågasatte inte patientens uppgift om att han inte skulle ha genomgått operationen om han varit förtrogen med dess risker, särskilt med hänsyn till att behandlingen inte var nödvändig och att det förelåg en risk för en bestående synnedsättning. Nämnden ansåg kausalsamband föreligga mellan den oaktsamma underlåtenheten att informera och inhämta samtycke och

¹³⁴ Karnovs lagkommentar i Thomson Fakta, Westlaw Sverige på Internet 2007-04-11

¹³⁵ Prop. 1995/96:187 s. 64f.

¹³⁶ Förordning (1996:992) om Patientskadenämnden

skadan. Patienten ansågs vara berättigad till ersättning på skadeståndsrättslig grund.

4.2.2.2 2000:09

Här gäller ärendet en man med kärlekskramp, som för sina besvär genomgått ett flertal operationer av varierande karaktär. Den senaste i raden resulterade i att han fick svåra problem med smärta, både likadan som tidigare och nyttillkommen, samt drabbades av oro, ångest och depression. Därefter anmälde han att han borde ha blivit informerad om risken för de komplikationer han drabbats av.

I sin bedömning började PSN med att fastslå vikten av det företagna ingreppet, då patientens svåra smärttillstånd inte lindrats av andra behandlingar. Sedan poängterade nämnden att informationsskyldigheten inte kan omfatta alla tänkbara risker med ett ingrepp. Det vill säga att sådana komplikationer som är mycket sällsynta behöver i regel inte diskuteras. I det här fallet kunde därför inte den bristande informationen läggas läkaren till last såsom vårdslöshet. Därmed förelåg inte heller rätt till skadestånd.

4.2.2.3 2001:16

Det här fallet behandlar en man med ögonbesvär, som opererades för detta. Efter ingreppet anmälde patienten såsom patientskada, att han drabbats av bland annat en kraftig synförsämring och anförde vidare att han inte fått korrekt preoperativ information, samt att läkaren påstått att riskerna var obefintliga. Dessutom påstod han att läkaren utfört en mer omfattande behandling än vad som varit medicinskt motiverat, då vederbörande innan ingreppet inte tagit del av patientens journal.

Nämnden konstaterade att patienten fått en annan behandling än den som överenskommit, och den hade genomförts utan patientens klara medgivande. Bristande samtycke var för handen och PSN ansåg att detta i kombination med den försämring av patientens syn som förfarandet med övervägande sannolikhet hade orsakat, berättigade till skadestånd.

4.2.3 Kommentar

Dessa exempel på bedömningar från PSN visar att nämnden använder begreppet ”medicinskt påkallat” och inte ”medicinskt nödvändigt”, vilket är en skillnad som jag återkommer till i kapiteldiskussionen. Vidare visar bedömningarna att PSN tillmäter informationsskyldigheten vikt, men samtidigt påpekar att mycket sällsynta komplikationer inte behöver avhandlas, att de tar hänsyn till den sortens kausalitet som tidigare diskuterats, samt att de såsom bristande samtycke klassificerar ett genomförande av en behandling utan patientens klara medgivande. Jag tror dock inte att det sistnämnda fallet kan tolkas som ett av PSN generellt underkännande av allmänna samtycken, som kan inkludera under- och

sidoåtgärder, eftersom den sortens åtgärder tillhör eller följer av *samma* behandling som den överenskomna – och utgången i detta fall baserades på att patienten hade fått en *annan* behandling än den överenskomna.

4.3 Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd

4.3.1 Allmänt

HSAN prövar frågor om disciplinpåföljd på anmälan av den patient som saken gäller, någon till patienten närstående eller Socialstyrelsen.¹³⁷ Det stadgas att den ur hälso- och sjukvårdspersonalen, som uppsåtligen eller av oaktsamhet inte fullgör en sådan skyldighet om att ge individuellt avpassad information till eller genomför vården i samråd med patienten, får åläggas disciplinpåföljd (erinran eller varning). Är felet ringa eller framstår som ursäktligt, får disciplinpåföljd underlåtas.¹³⁸ Nämnden består av en ordförande med domarkompetens och åtta ledamöter med särskild insikt i hälso- och sjukvård, och nämnden får även anlita sakkunniga eller inhämta yttranden i frågor som kräver det.¹³⁹

4.3.2 Fall

Jag har eftersökt ärenden hos HSAN från 2005 och 2006 innehållande information, samtycke eller bådadera. Nedan presenteras ett urval av dessa. Framställningen kommer inte att som tidigare referera hela separata fall, då det inte är motiverat med hänsyn till vad som finns att ta fasta på i respektive prövning. I stället sker presentationen i form av en löpande text, med fotnoter som hänvisar till aktuella diarienummer.

En anmälan rör brist på information vid cancersjukdom, vilket inneburit att patienten inte fått möjlighet att välja eller avstå från behandling. Utredningen visade inte att någon gjort fel, varför någon disciplinpåföljd inte ålades.¹⁴⁰ En prövning om information om läkemedelsbiverkan resulterade inte heller i någon påföljd, med motiveringen att det inte närmare kunde klarläggas vilken information som lämnats och att ord stod mot ord.¹⁴¹ Angående komplikationsrisker med behandlingar och ingrepp har ansvarsnämnden uttalat att det inte är möjligt att förutse samtliga tänkbara bieffekter till en åtgärd – varför det heller inte kan förutsättas att upplysningar ska lämnas om dessa. Det ansågs korrekt att begränsa informationen till sådana önskade effekter som en föreslagen behandling

¹³⁷ YHL 7 kap. 1 § och 7 §

¹³⁸ YHL 5 kap. 3 § som hänvisar till bl.a. YHL 2 kap 1 § och 2 §.

¹³⁹ YHL 7 kap. 2 § och 14 §

¹⁴⁰ 2005/0094:A2

¹⁴¹ 2005/0400:A5

vanligen kan medföra.¹⁴² I ett annat fall med liknande bakgrund kunde nämnden i sin utredning inte finna någon grund för att kritisera läkarna för brist i vare sig pre- eller postoperativ information.¹⁴³ Varianter på temat att det inte i efterhand går att klargöra vilken information patienten fått innan behandling¹⁴⁴, är återkommande. Ett fall behandlar en patient som påstår sig inte fått veta att gallblåsan brustit i samband med en gallstensoperation. Vederbörande påstod sig ha mått dåligt av att inte få reda på orsaken till sina symptom. Utredningen fann inte stöd för påståendet och framhöll att det kunde finnas också andra anledningar till att må dåligt, varför påföljd inte aktualiserades.¹⁴⁵ I en anmälan rörande preoperativ information om borttagande av en cysta, görs gällande att patienten inte var medveten om, eller hade lämnat sitt samtycke till, att även livmodern kunde komma att tas bort, vilket skedde under ingreppet. Då uppgifterna gick isär om vilken information som lämnats, fann nämnden inget stöd för att utdela disciplinpåföljd.¹⁴⁶

HSAN har i två fall motiverat utebliven disciplinpåföljd med att anmälarna visserligen borde ha informerats, men att det med hänsyn till omständigheterna inte kunde anses vara en så stor brist¹⁴⁷, respektive att bristen inte kunde medföra annat än viss kritik¹⁴⁸.

En prövning ledde till disciplinpåföljd i form av en erinran, och den baserades på att en patient inte fått information om sina röntgensvar. Trots att läkaren varken hade underrättat patienten själv eller dennes anhöriga, hade läkaren signerat röntgensvaret. Vederbörande hade heller inte gjort någon journalanteckning om vare sig röntgensvaret eller de kommentarer en involverad neurokirurg hade givit.¹⁴⁹

4.3.3 Kommentar

Förutsatt att två års anmälningar kan anses vara representativa för HSAN:s bedömningar, finns det några slutsatser som kan dras efter denna översikt. Först och främst att en vanlig utgång är utebliven disciplinpåföljd, på grund av svårigheten att i efterhand klargöra vilken information som givits. Därefter att ansvarsnämnden är försiktig med att utdela disciplinpåföljd, då de även när de kan konstatera att anmälarna borde ha informerats, väljer att kategorisera felet som ringa eller ursäktligt, och därigenom håller ingenting. Lagens formulering, som säger att det räcker med att felet framstår som ursäktligt, ger också en felmarginal för vårdpersonalen, eftersom det rimligen krävs mindre utredning för att få något att framstå

¹⁴² 2005/1073:A5

¹⁴³ 2005/1442:B3

¹⁴⁴ 2005/1476:B2

¹⁴⁵ 2006/2539:A4

¹⁴⁶ 2005/1799:B3

¹⁴⁷ 2005/1721:B6

¹⁴⁸ 2005/2918:B3

¹⁴⁹ 2005/3551:A1

som ursäktligt, än för att visa att något är de facto är ursäktligt. Endast en anmälan på detta område under 2005 och 2006 ledde till disciplinpåföljd, i form av en erinran. Den felaktighet som ledde härtill var dock närmast att betrakta som ett rutinfel och av annan karaktär än den sortens information som syftar till patientens delaktighet och informerade samtycke.

4.4 Diskussion

HD-fallet leder oss in på diskussionen mellan samhällsnytta och individnytta. Som vi såg var den för patienten förväntade nyttan en bedömningsgrund för försvarbarheten av den medicinska åtgärden. Att stanna vid att beteckna det som individnytta, är lite missvisande, eftersom även ett inhämtande av ett från Kerstin helt informerat samtycke, likaväl skulle kunna motiveras med nyttan för individen - då det kan anses vara en förtjänst i sig att vara delaktig i beslutsfattande rörande jaget. Utan att hamna i en konspirationsteoretisk konstruktion, är det inte omöjligt att se det paternalistiska beslutsfattandet som direkt härrörande från det faktum att en organisation har begränsade resurser, vilka ska fördelas på ett sätt som leder till största möjliga samhälls- och individnytta. Med det utilitaristiska antagandet att en fördelning som kommer många till godo innebär större samhällsnytta, och där valet står emellan stor lycka för färre personer och liten lycka för fler personer, är det rimligt att valet faller på det senare handlingsalternativet med den organisationsstruktur det medför. Rent konkret innebär det att det går snabbast om läkarna själva fattar momentana handlingsbeslut utan att ha lagt tid på att i förväg informera patienterna om dem. Ett paternalistiskt förhållningssätt är alltså tidseffektivare och medför rimligen att den resurs en läkare utgör, kan komma fler individer tillgodo om var och en får mindre läkartid: liten nytta för fler personer - större samhällsnytta.

Den noterade distinktionen mellan ”medicinskt påkallat” och ”medicinskt nödvändigt”, kan utvecklas som följer (förutsatt att medicinsk nödvändighet är synonymt med att utebliven åtgärd kan leda till ett livshotande tillstånd). Medicinsk nödvändighet som utgångspunkt verkar medföra en presumtion om att kausalitet inte föreligger mellan bristande information och uppkommen skada. Detta legitimerar det paternalistiska förhållningssättet och skadestånd torde därför inte utgå i sådana fall. Det är en ganska långtgående tolkning, om det sagda gäller även e contrario: Om en åtgärd *inte* är medicinskt nödvändig blir det därmed sannolikt att en patient med fullständig riskkännedom skulle avstå från ingrepp. När skada uppkommit föreligger i så fall orsakssamband mellan bristande information och skadan, och en betydande mängd personer borde i konsekvens med det sagda bli berättigade till skadestånd.

Uttrycket ”medicinskt påkallat” som standard borde innebära en jämnare fördelning mellan fall med kausalitet och fall utan kausalitet; skadeståndsberättigade och icke skadeståndsberättigade. Vilket begrepp

man ska förespråka, måste bero på huruvida man primärt sympatiserar med paternalistiska eller autonoma värden.

Utifrån HovR:s och PSN:s avgöranden framstår inte skadestånd på grund av bristande information och samtycke som en lika oframkomlig väg som HD:s dom tydde på. En möjlig förklaring är att målet från HD är några år äldre, vilket kan ha präglat resonemanget. Det verkar ha varit först i mitten av 1990-talet, som de offentliga tongångarna började gå i riktning mot en stärkt ställning för patienten och ett uppvärderande av individualism i vården.

Vad som kan tala emot den förklaringen, är det sätt på vilket HSAN avgjort anmälningar om bristande information och samtycke. Restriktiviteten i att ålägga disciplinpåföljd kan knappast motiveras vare sig med att ärendena är föråldrade eller utgör en ohanterbar kvantitet – materialet för den nyligen passerade tvåårsperioden är överskådligt. Det verkar generellt inte finnas någon enhetlighet i fråga om informationens och samtyckets betydelse och det är tillika oklart vilka omständigheter man ska tillmäta vikt i bedömningen om dess betydelse i ett enskilt fall.

5 Analys

De utgångsvärden för hälso- och sjukvården som har kommit till uttryck i lagen, är patientens självbestämmande och integritet, vilket även manifesteras i kravet på vårdpersonalen att kommunicera information till (med) patienten. Samtidigt går det att se en otydlighet, kanske till och med oenighet, kring det sätt på vilket man från samhällets sida ska följa upp utgångsvärdena. Lagstiftningens skyldighetsbaserade karaktär visar sig bland annat genom konstruktionen av HSAN och disciplinpåföljd. Där har man skapat ett – åtminstone teoretiskt - utrymme för erinran eller varning, när sjukvården brustit i de krav som finns om information och samtycke. I praktiken förefaller dock påföljder av detta slag vara marginellt förekommande. Att vårdpersonalen riskerar en formell åthutning skapar givetvis till viss del ett incitament både att respektera informationsskyldigheten och att låta patientens beslutskapacitet få ett reellt genomslag genom att sätta det informerade samtycket i centrum. Men är det tillräckligt? Kapitel 4 visade att disciplinpåföljd är sällsynt i dessa sammanhang.

Tillskapandet av PSL var ett steg i en utveckling av lagstiftningen på hälso- och sjukvårdens område till att fokusera på patientens rättigheter och inte enbart på vårdgivarens skyldigheter. Det framstår som inkonsekvent att utelämna information och samtycke från sagda lag – särskilt då ingen uttömmande motivering lämnats. Någonstans bör man sätta ner foten och markera huruvida patientens kännedom om sitt tillstånd och sina medicinska alternativ är något som ska åtnjuta legalt skydd och vara ett i den ersättningsrättsliga bemärkelsen skyddsvärt intresse eller ej. Dubbla budskap är olyckligt och medför förvirring kring vad som egentligen gäller: är de befintliga stadgandena om information, självbestämmande, samråd och integritet av en luddigare målsättningskaraktär, eller ska de vara utkrävbara i den bemärkelsen att underlåtenhet att efterfölja reglerna kan medföra ersättningskyldighet?

Kompromisser kan vara eftersträvansvärda i den mån de är praktiskt möjliga, och frågan är hur den legala kompromisslösningen mellan olika värden ska utformas utan att bli vare sig godtycklig eller orimligt detaljstyrande. I dagsläget finns en tydlig intention att sätta individen – patienten – i centrum, men det finns flera anledningar att tro att fullständig autonomi faktiskt inte åsyftas, ens när självbestämmande är en explicit grund för verksamheten. En distinktion av förklarande betydelse är den mellan autonomi och integritet. Integritet omfattar mindre än, men är inkluderat i autonomi. Autonomi innebär ett uttömmande bestämmande över jaget, medan integritet är en människas rätt att besluta om *vissa* ting. Sjukvården ska bygga på självbestämmande och integritet – ingenting sägs om självbestämmande och autonomi. Det är alltså den lägre gradens självstyre som gäller. Det sagda understöds av det faktum att de behandlingsalternativ som patienten erbjuds ska förväntas vara till nytta för

vederbörande. Paternalism är grunden och patientens rätt att själv bestämma om vissa ting – integritet – består i att kunna acceptera eller avfärda det erbjudande som är en produkt av vårdgivarens nyttobedömning. Kategoriseringen förefaller fortfarande att stämma när vi påminner oss att samtycke inte heller förutsätter autonomi. De legala utgångspunkter som radades upp i kapitel 2.1; självbestämmande, integritet och samråd – fungerar i relation till varandra, men är inte så terminologiskt långtgående att de medför ett krav på autonomi. Autonomi förutsätter i sin tur att vissa kriterier är uppfyllda. Dessa gör att manipulation i princip är uteslutet – och måhända är det nödvändigt att acceptera ett visst mått av manipulation i vårdsammanhang. Att leda in någon på ett särskilt tankesätt eller en särskild behandlingsväg är ju en form av påverkan. Dessutom ger lagens uttryck ”individuellt anpassad information” utrymme för ett sådant förfarande. Vi har också sett att en handling inte kan klassificeras som autonom såvida inte den aktive har fullständig förståelse. Fullständig förståelse är ett kvalitetskrav som i många situationer kommer att vara svårt att uppnå, och ger dessutom upphov till utrednings- och bevisfrågor. Några garantier för att patienten de facto har förstått går inte att få, även om man hypotetiskt sett skulle införa dokumentationsrutiner. Vårdsituationen är speciell och utsatt för den enskilde, som troligen inte skulle uppleva en sådan ”förbindelse” som frivillig på samma sätt som ett avtal i vardagligt sammanhang. Risken finns att människor oriktigt skulle beteckna sig såsom ”informerade” och själva bära risken för sådana oönskade konsekvenser man inte haft insikt om, men som realiserats – och det vare sig konsekvenserna är ett resultat av vidtagna eller bortvalda åtgärder.

Vi har diskuterat vilket synsätt som gäller i teorin. Från praktiken har vi sett exempel på ett utilitaristiskt resonemang i HD och vi har sett HovR kategorisera ett lagstadgande såsom tillfredsställande etiska krav - som en slags yrkesetisk riktlinje - varför de inte gav sig in i ett närmare försök att räta ut de juridiska oklarheterna kring skadestånd i mål om bristande information. Dock bör man kunna dra den slutsatsen, att ett paternalistiskt beslutsfattande är skadeståndsrättsligt godtagbart i de fall förutsättningarna för att patienten genom självbestämmande skulle ha fattat samma beslut – det vill säga när åtgärden varit ”nödvändig av medicinska skäl” (möjligen även när åtgärden varit ”påkallad av medicinska skäl”).

Så synes dagsläget vara. Kan de i uppsatsen presenterade filosofiska ståndpunkterna få oss att önska en annan lösning? Finns det vissa etiska värden som bör uppfyllas även om konsekvenserna inte är önskvärda, och finns det konsekvenser som är så önskvärda att de legitimerar avkall på andra värden? Uppsatsen har uppmärksammat att delar av det tänkande som kategoriserats såsom tillhörande pliktetikens värdemönster, i viss utsträckning kan användas för att motivera även konsekvensetiska idéer. Man kan också ställa konsekvensetikens på huvudet, genom att hävda att autonomi i varje tänkbar situation kan vara synonymt med ett mycket högt mått av välbehag och lycka. Då är det rätta tillvägagångssättet att vid alla ställningstaganden och handlingar enbart agera autonomt, eftersom autonomi (och enbart autonomi) då är ett nödvändigt medel för att

överhuvudtaget kunna uppnå de bästa konsekvenserna – ett samhälle som präglas av extrem individualism. Cirkelresonemang av det här slaget nyanserar, men leder oss inte vidare.

Knäckfrågan är om samhälls- och individnytta verkligen är motstående intressen - och i så fall på vilket sätt? Till hjälp för frågans svar, får vi ta verklighetens förutsättningar. Ostridigt är att hälso- och sjukvården har begränsade resurser, och att (monetärt och human-) kapital därför måste fördelas på ett rimligt sätt. Informering är tidskrävande, men innebär också effektivitetsvinster för vården genom att patienten får en positiv vårdupplevelse och därigenom "samarbetar" bättre. Delaktighet medför alltså både individnytta och samhällsnytta. Dessutom föranleder det upptäckta sambandet mellan önskemål om inflytande på bemötande och/eller information och klagomål på behandling följande tanke: Om mer tid läggs på patientinformation, bör resultatet kunna bli färre klagomål på behandling. Kanske delvis för att felaktiga förväntningar från patienten kan elimineras. Felbehandling omfattas av PSL, och om även bristande information skulle regleras i PSL, kanske det skulle ske en viss överflyttning från anmälningar om felbehandling till anmälning om bristande information. Dock kan man inte dra tanken så långt som till en slutsats om att även en ekonomisk utjämning skulle ske mellan posterna och göra det hela till ett nollsummespel. Detta eftersom ett missnöje som manifesteras i en anmälan om felbehandling inte korresponderar med att en medicinsk felbehandling de facto skett. I så fall utges ingen ersättning. Om dessa fall egentligen är en missuppfattning från patientens sida om vad den medicinskt korrekta behandlingen innebär (med risk för viss skada) på grund av bristande information, skulle motsvarande anmälningar (där skaderisken realiserats) medföra fler ersättningsberättigade – på samma grunder, men under en annan rubricering.

Patientförsäkringsutredningen framhöll att om bristande information skulle regleras i PSL, skulle följdproblem uppstå; exempelvis då bevisläget skulle komma att präglas av att ord står mot ord, vilket man ansåg kunna handläggas på ett bättre sätt i en vanlig process. I avsnittet om HSAN såg vi att nämnden ett flertal gånger hänvisade till samma problematik i samband med utebliven disciplinpåföljd – vilket är extra anmärkningsvärt eftersom HSAN är det enda organ som specifikt har till uppgift att handlägga ärenden där skyldigheten att ge individuellt anpassad information till, eller samråda med patienten har underlåtit. Tydligt är att informationsfrågan präglas av utredningssvårigheter, trots PjL:s stadgande att uppgifter om den information som lämnats till patienten ska föras in i journalen. När en tvistig situation uppstår, där det inte kan klargöras på vilket stadium informationsprocessen inte varit tillfyllest, är det en fördel om det finns en ersättningsmässigt tydlig reglering gällande vem som primärt ska bära risken för ett misslyckat informationsförmedlande. I dagsläget får det sägas vara patienten som befinner sig i en uppförsbacke: Det är vårdgivaren som skriver och kontrollerar journalens innehåll, medan det är patienten som både ska visa att någonting *inte* skett och att denna icke-händelse är culpös. Detta i kombination med att förarbetena för skadestandsfrågan har tillerkänt

vårdgivare ett ganska stort utrymme för godtagande av fel och misstag, understryker antagandet.

Är de påpekade frågorna statistiskt problematiska eller kan de avhjälpas? Frågeställningen för oss tillbaka till filosofins etiska dilemman. Självfallet går det att skapa nya och sanktionerade juridiska vägar – men de förtjänster som uppnås, sker på bekostnad av andra värden. Vilket ska sättas främst? En juridisk uppstramning av de villkor som omgärdar vårdinformation skulle kunna tillgodose intresset av förtydligade rutiner och tillförsäkra alla en massiv information. Risken är ju då att det blir kontraproduktivt (som tidigare noterat) och inte hjälper den enskilde att fatta beslut utan istället stjälper förmågan. Med ett renodlat pliktetiskt synsätt skulle det dock vara i sin ordning med en sådan prioritering, eftersom självbestämmande – autonomi – har ett egenvärde, och konsekvenserna av att tillvarata det värdet, inte är av relevans. Dessutom måste tillgängliga resurser täcka ett motsvarande mått av information för alla, något som sannolikt medför ett avkall på patienttid i form av aktiv vård. Ett sätt att begränsa omfattningen av den information som ska förmedlas, är att skapa en checklista över vad som ska ingå för att informationen i legal bemärkelse ska kunna betecknas som fullständig. En utveckling av personlig autonomi som centralt värde i hälso- och sjukvård, medför paradoxalt nog att det blir svårt att bibehålla en lagstiftning som säger att individuellt avpassad information ska ges. Detta eftersom domstolarnas och nämndernas bedömningar visat att det inte verkar finnas några allmänt vedertagna bedömningsgrunder för informationens och samtyckets vikt. Om man överväger att skapa en reglering i PSL, där bedömningen ska ske på objektiva grunder, framkallar detta ett behov av ytterligare kriterier för bedömningen, eftersom det synes finnas risk för godtycke om en objektivitetsbedömning ska göras utan andra riktlinjer än att individuellt avpassad information ska ha givits.

Patientförsäkringsutredningen framhöll även att en lagstadgad ersättningsskyldighet vid bristande information, skulle kunna skada patientens och läkarens förtroendefulla förhållande. Utredningen verkar förutsätta att ett förtroendefullt förhållande måste kännetecknas av att auktoritetsrollen får vara ohotad, genom att patientens rätt att veta nedvärderas till förmån för respekten för läkarens (oantastliga?) yrkeskunnande. Genom det sagda, verkar Patientförsäkringsutredningen se paternalism som ett organisatoriskt måste. Utredningens argument försvagas i ljuset av att HSN är ett etablerat forum - eftersom en lagstadgad ersättningsskyldighet, för vilken läkaren inte har något personligt ansvar, knappast kan skada det förtroendefulla förhållandet i nämnvärt större utsträckning än patientens redan befintliga möjlighet att anmäla läkaren - som person - till en potentiell disciplinpåföljd. Tvärtom bör förtroendet kunna stärkas om respektive part vet vad som gäller, och en patient som vet att man kan få ersättning i det fall att skyldigheterna inte uppfylls, vet också att vårdgivaren har incitament att ge tillräcklig information, vilket kan stärka förtroendet och tilliten. För att hårdra resonemanget kan man hävda att det snarast är en fortsatt reglering via SkL som hotar förtroendeförhållandet, eftersom uppkomna tvister då blir mera personliga (man väljer att föra talan

om ett missförhållande som inte är allmänt erkänt som detsamma och menar dessutom att läkaren varit vårdslös), än om frågan istället skulle regleras i PSL (då bristande information skulle bli allmänt erkänt som ett missförhållande och där vårdslöshetens vara eller icke vara är irrelevant).

Ersättningens primära funktioner är att reparera skada på ett skyddsvärt intresse, och att förebygga oönskat agerande genom ekonomisk och moralisk styrning. Den reparativa effekten borde förstärkas genom PSL, eftersom bevisbördan där är lättare, varför fler bör kunna få ersättning när skada uppkommit på grund av bristande information och samtycke. Därigenom är det rimligt att tänka sig att också den ekonomiska preventionen får större genomslag. Ett explicit stadgande om att bristande information och samtycke berättigar till ersättning är dessutom en tydlig moralisk signal om att individen ska respekteras i hälso- och sjukvården.

Utifrån det sagda framstår det som en god idé att skapa en ersättningssituation som följer upp den lagstadgade grad av självbestämmande i vården som existerar idag. Jag ser inte någon anledning till att använda de distinktioner som gjorts mellan integritet och autonomi, respektive samtycke och autonomi, för att pådriva en utveckling där autonomin helt och fullt sätts i centrum. Det renodlat pliktetiska förhållningssättet är otillräckligt, då det framstår som orimligt att inte ta hänsyn till konsekvenser i och av vården: Hela hälso- och sjukvården är en verksamhet som syftar till att uppnå en konsekvens – bot och bättring. Ett utelämnande av individen till sig själv i svåra situationer är inte eftersträvansvärt, varför jag förespråkar paternalism och självbestämmande i kombination. Vårdgivaren kan dra upp möjliga riktlinjer och får informera patienten om dessa. Härefter väljer patienten själv alternativ, eller väljer att överlåta åt vårdgivaren att avgöra vad som är bäst. Paternalismen rättfärdigas i så fall med att den enskilde genom sitt självbestämmande har valt att överlåta besluten till vårdpersonalen - och självbestämmandet är beroende av att vårdgivaren är kompetent nog att presentera alternativ som på olika sätt kan förväntas medföra nytta för patienten. Detta kan struktureras på följande sätt:

1. Vårdgivarens standardiserade paternalism för informationsgivande,
2. Patientens självbestämmande på basis av 1, vilket leder till
 - a. Patientens eget behandlingsval, eller
 - b. Vårdgivarens individualiserade paternalism

De grundidéer som tillhör pliktetiken - att vissa handlingar kan vara primärt goda eller onda i sig själva, liksom att varje person bör ha en okränkbar status och vissa individuella rättigheter - bör man ta fasta på. Samtidigt är det rimligt att ta hänsyn till både individnytta och samhällsnytta, och att i utilitaristisk anda göra den resursfördelning som leder till störst samhällsnytta. I fråga om vad som då maximerar samhällsnyttan, anser jag efter uppsatsens redovisningar det vara den fördelning som kommer flest till nytta – men med tillägget att nyttan fortfarande ska uppfylla vissa minimikrav. Att erkänna och utgå ifrån, men samtidigt göra ett visst avkall

på särskilda förtjänster (pliktetiska) till förmån för andra sådana (konsekvensetiska) framstår som både moraliskt och juridiskt försvarbart och därmed också realistiskt. Det kan tydligt exemplifieras med skillnaden mellan autonomi och integritet respektive samtycke – där vi har upptäckt att integritet och samtycke är av lägre rang än autonomi, i den bemärkelsen att de inte till fullo tillåter individen att vara sin egen herre. Att då göra ett visst avkall på autonomi och nöja sig med självbestämmande, till förmån för att hälso- och sjukvården ska fungera effektivare, framstår som en rimlig fördelning till nytta för både individ och samhälle.

I likhet med John Stuart Mill, vill jag alltså kombinera utilitaristiska nyttokalkyler med den grundläggande tanken om individens suveränitet över sig själv. En kompromisslösning mellan de filosofiska ytterligheterna synes vara att föredra, men frågan är hur en sådan bör utformas och fungera juridiskt sett? Allmän följsamhet av regeln måste, som regelutilitarismen säger, maximera nytta, och med det menas nyttan av att en viss sorts handlingar generellt företas. Relativ nytta i ett enskilt fall är ointressant. Med regelutilitarismen som hjälp, framstår den tidigare nämnda idén om en checklista; en legal uppräkningslista av de i informationsskyldigheten ingående elementen, som ett möjligt medel. Uppräkningen måste inte vara uttömmande, men bör innehålla de moment som för patientens skull och systemets legitimitet generellt sett ska kommuniceras. Dessa moment kan därutöver kompletteras med det som redan idag står föreskrivet i lag: att individuellt avpassad information ska ges. Ett sådant tillägg inskränker inte minimikraven utan kan bara bidra till en extensiv nyansering till förmån för individuella variationer. Denna så kallade checklista kan läggas till modellen ovan under nr 1; standardiserad paternalism för informationsgivning.

Vad som nu sagts om en checklista, måste inte uttryckas direkt i PSL, utan kan föreskrivas i HSL (och YHL) som en vidareutveckling av det som där redan stadgas, och fungera som handlingsnorm i kombination med PSL - som i sin tur kan föreskriva att ersättningsskyldighet föreligger om bristande information har lett till skada för patienten (i medicinskt sett korrekt behandlade fall), med hänvisning till relevanta lagrum. Nackdelen är att lösningen med en checklista kan medföra en större belastning på systemet, än vad som är motiverat utifrån reella brister – om även de som inte lidit skada på grund av bristande information, i rättshaveristanda skulle komma att nagelfara checklistan för att försöka dra pengar ur no-fault-försäkringen. Dock gäller fortfarande att utredningen på objektiva grunder ska visa att en brist förelegat, samt att denna brist medfört skada för patienten. En högre anmälningsfrekvens medför alltså inte nödvändigtvis att andelen ersättningsberättigade ökar – men förvisso kan utredningskostnaderna komma att öka.

Uppsatsen har påvisat några kriterier såsom nödvändiga för att något ska kunna anses vara en legal rättighet: den ska vara preciserad i lag och vara utkrävbar – staten ska erkänna att individen har ett rättsligt krav på staten.

Att reglera informations- och samtyckesfrågan i PSL får kategoriseras som en utveckling i riktning mot att erkänna individens informerade självbestämmande eller samtycke som en rättighet, även om det inte till fullo är det. Förutsättningarna skulle vara preciserade i lag – det kriteriet uppfylls. Individerna skulle inte få ett rättsligt krav på staten, men väl en ersättningsmässigt förmånligare situation. Vi har även sett att ersättning kan fungera som ett rättighetsuppbyggande moment, så sammantaget skulle en ändrad reglering resultera i att patientens ställning stärks gällande information och samtycke. Ersättningens andra samhälleliga funktioner - reparation och prevention – utgör som komplement till det sagda, i enlighet med tidigare förda diskussioner, ytterligare argument för att reglera informations- och samtyckesfrågan i PSL.

Nu uppstår följdfrågan, om vilken terminologi en paragraf i PSL skulle bygga på – information, samtycke, informerat samtycke eller något annat? Syftet med bestämmelsen är att kombinera pliktetiska och konsekvensetiska värden. Rent konkret ska patienten ha en sådan kännedom om sitt läge, att självbestämmandet blir substantiellt. Därför måste ett primärt rekvisit i PSL vara bristande information. Sedan bör man slå fast det för paragrafens tillämpning relevanta orsakssambandet, vilket är att den bristande informationen medfört att patienten fattat ett sådant beslut som han eller hon, om han eller hon varit vederbörligen informerad, inte skulle ha fattat, samt att det fattade beslutet lett till skada för patienten. En möjlig utformning av ett stadgande i PSL skulle kunna inkludera följande:

- 1: Bristande information (med hänvisning till paragraf innehållande checklista)
- 2: Bristen har påverkat patientens självbestämmande såtillvida att han/hon inte har fattat det beslut han/hon skulle ha gjort om han/hon informerats.
- 3: Lett till skada för patienten.

Det är med andra ord patientens informerade självbestämmande som skyddas. Poängen med att skydda ett informerat självbestämmande istället för ett informerat samtycke, är att innebörden av samtycke snarast innebär att en patient accepterar ett framlagt förslag. Att bara skydda samtycket exkluderar andra konstruktioner som däremot omfattas av uttrycket självbestämmande. Detta kan till exempel aktualiseras när valet står mellan flera behandlingsalternativ, eller om patienten väljer att låta vårdgivaren bestämma (individuell paternalism). I båda dessa exempel är begreppet samtycke något missvisande, då det inte så mycket handlar om ”att gå med på”, som att göra ett val – baserat på den information man delgivits. Samtycket är mera en följd av, eller inkluderat i, självbestämmandet.

Med den föreslagna utformningen, bör det inte vara problematiskt för en försäkringsgivare att objektivt utreda om en patient är ersättningsberättigad eller ej, då det enda subjektiva momentet är nummer 2. I det fall försäkringsgivaren inte finner något orsakssamband, blir det som idag upp till patienten att med övervägande sannolikhet bevisa det påstådda orsakssambandet.

5.1 Slutsatser

Analysen har uppmärksammat att en reglering av informationsfrågan i PSL kan komma att medföra fler ersättningsberättigade, samt att utredningskostnaderna kan komma att öka. Frågan är då om en utveckling av den legala situationen, mot ett ökat skydd för individens självbestämmande och rätt till kännedom om sin egen medicinska situation – ett förstärkande av patientens ställning - är värt en viss kostnadsökning. Så länge det inte under alla omständigheter är komplett administrativt och ekonomiskt ohållbart, är det rimligt att förändra lagstiftningen i en patientvänlig riktning. Att fler kan bli ersättningsberättigade, är inte ett ohållbarhetsargument emot en förändring, utan det kan tvärtom användas som argument för att inrätta en kompletterande lagstiftning. Detta på grund av att om många blir ersättningsberättigade, är det följaktligen många som lidit skada till följd av bristande information – och i så fall är det angeläget att lagfästa förhållningsregler som medför att fler patienter får den information de är berättigade till. I takt med att skyldigheten att informera respekteras, kommer antalet ersättningsberättigade att minska. Kostnadsposten för patientmängd är alltså i högsta grad påverkbar. Vad gäller ökade utredningskostnader på grund av en potentiell anstormning av okynnesanmälningar, ser jag inte heller det som ett argument för att avstå från en förändrad lagstiftning, då det ter sig osannolikt att gemene man för nöjes skull skulle försöka begära patientskadeersättning.

För ett verkligt slutgiltigt ställningstagande är det självfallet nödvändigt med mer kvalificerade och ingående utredningar, bland annat gällande arbetsförhållanden, tidsåtgång och resurspåverkan - både i den direkta hälso- och sjukvårdssituationen och gällande försäkringssituationen. Vårdgivare är som bekant skyldiga att ha en patientförsäkring som täcker patientskadeersättning. Om PSL:s tillämpbarhet expanderar, kommer försäkringen rimligtvis att i någon mån fördyras för försäkringstagaren. Men bortsett från den sortens ekonomiska hänsyn - som ligger utanför uppsatsens avgränsningar, är min slutsats, med hänsyn till vad som presenterats i förevarande uppsats att:

Om de moraliska ställningstaganden som fram till dags dato uttryckts i hälso- och sjukvårdslagstiftningen ska få ett konsekvent juridiskt genomslag, är det motiverat att skapa ett stadgande i PSL angående desamma. Ett sådant stadgande bör tillförsäkra ett juridiskt upprätthållande av de moment som ingår i följande modell:

1. Vårdgivarens standardiserade paternalism för informationsgivande,
2. Patientens självbestämmande på basis av 1, vilket leder till
 - a. Patientens eget behandlingsval, eller
 - b. Vårdgivarens individualiserade paternalism

Som komplement till modellen behöver (vad gäller informationsgivande i punkten 1) såsom tidigare framhållits en checklista utformas: en uppräkningslista, dock inte uttömmande, i lag (förslagsvis HSL och YHL) av de i informationskyldigheten ingående elementen.

Ovanstående leder sammantaget till att PSL 6 § bör kunna kompletteras med följande stadgande:

6 § *Patientskadeersättning lämnas för personskada på patient om det föreligger en övervägande sannolikhet för att skadan är orsakad av*

X. bristande information om en medicinsk åtgärds möjliga risker, bieffekter eller skadeverkningar genom att patienten, om patienten hade fått information om den medicinska åtgärdens möjliga risker, bieffekter eller skadeverkningar skulle ha fattat ett annat beslut i fråga om genomförandet av den medicinska åtgärd som medfört skadan.

Punkten X är endast tillämplig när den medicinska åtgärden har utförts i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet.

Vid prövning av rätt till ersättning enligt X, skall den handlingsnorm tillämpas som stadgas i HSL Y §.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1994:75, *Patientskadelag*

SOU 1997:154, *Patienten har rätt*

SOU 2004:12, *Patientskadelagen och läkemedelsförsäkringen – en översyn*

Prop. 1995/96:187, *Patientskadelag m.m.*

Prop. 1997/98:189, *Patientens ställning*

Prop. 1998/99:4, *Stärkt patientinflytande*

Litteratur

Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans - om skadeståndsansvarets gränser*, Iustus förlag AB, Göteborg, 1993

Appelbaum, Paul, Lidz, Charles och Meisel, Alan, *Informed consent – Legal Theory and Clinical Practice*, Oxford University Press Inc., New York, 1987

Borgenhammar, Edgar och Fallberg, Lars, *Våga vara vårdkonsument – Vägar till medvetenhet*, SNS Förlag, Stockholm, 1997

Brandt, Richard, *Morality, utilitarianism, and rights*, Cambridge University Press, USA, 1992

Childress, James, *Who Should Decide? - Paternalism in Health Care*, Oxford University Press Inc., New York, 1982

Faden, Ruth och Beauchamp, Tom, *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press Inc., New York, 1986

Hellner, Jan och Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*, 6:e upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002

Nilstun, Tore, Lundqvist, Anita och Löfmark, Rurik, *Etik och ansvar i sjukvården – från sinnelag till situation*, Studentlitteratur, Lund, 2006

Malnes, Raino och Midgaard, Knut, *De politiska idéernas historia*, Studentlitteratur, Lund, 1994

McLean, Sheila, *Medical Law and Ethics*, Dartmouth Publishing Company, Wiltshire, 2002

Mill, John Stuart, *Om friheten*, Bokförlaget Natur och Kultur, Stockholm, 1945

Rynning, Elisabeth, *Samtycke till medicinsk vård och behandling – En rättsvetenskaplig studie*, Iustus Förlag AB, Göteborg, 1994

Statens Medicinsk-Etiska Råd, *Etiska vägmarken 8, Information och samtycke – om kommunikationens betydelse i vården*, Stockholm, 1996

Tännsjö, Torbjörn, *Vårdetik*, Rabén & Sjögren, Kristianstad, 1990

Westerhäll, Lotta, *Patienträttigheter*, Nerenius & Santéus Förlag AB, Lund, 1994

Westerhäll, Lotta och Phillips, Charles, *Patient's Rights – Informed Consent, Access and Equality*, Nerenius & Santéus Publishers, Göteborg, 1994

Wilow, Kay och Wilow, Staffan, *Patientskadelagen - En kommentar*, Publica/Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1997

Artiklar

Agell, Anders, *Skadeståndsansvaret för operativt ingrepp utan patientens samtycke*, Juridisk Tidskrift 1990/91;2

En av fem förstår inte information från läkaren,
http://www.socialstyrelsen.se/Patientsakerhet/specnavigation/Aktuellt/arkiv/nyhet_vardinformation.htm, den 16/2-2007

Hellner, Jan, *Patientens samtycke*, Juridisk Tidskrift 1990/91;2

Loewy, Erich, *In Defense of Paternalism*, Theoretical Medicine and Bioethics nr 26, 2005

Lynöe, Niels, *Informerat samtycke – till gagn för vem?*, Läkartidningen, nr 14, 2002

Patienterna känner sig trygga och har förtroende för landstingets vård,
http://www.orebroll.se/news/show___8801.aspx?newsID=23164&type=1, den 16/2-2007

Övrigt

Dahlman, Christian, kapitlet *Rättvisa*, ur manuskript till studentlitteratur i allmän rättslära, vårterminen 2007.

Hälso- och sjukvårdens utvecklingsinstitut, Spri rapport nr 483, *Missnöjda patienter – Vad vill de påverka?*, 1999

Karnovs lagkommentar på Internet,
http://www.westlaw.se.ludwig.lub.lu.se/pls/onl_se/!ilseintk.request?funktion=lg&produkt=&normid=&prodid=614, den 11/4-2007 (fotnot 137)

Socialstyrelsens hälso- och sjukvårdsrapport, 2001

Vårdförbundet, *Patienten och professionen – Ett kunskaps- och diskussionsmaterial*, 2000

Rättsfallsförteckning

Domar

NJA 1990 s 442

Hovrätten för nedre Norrland, mål nr T 239/96

Svea Hovrätt, mål nr T 1560/97

Övrigt

PSN 2000:07

PSN 2000:09

PSN 2001:16

HSAN 2005/0094:A2

HSAN 2005/0400:A5

HSAN 2005/1073:A5

HSAN 2005/1442:B3

HSAN 2005/1476:B2

HSAN 2005/1799:B3

HSAN 2005/1721:B6

HSAN 2005/2918:B3

HSAN 2005/3551:A1

HSAN 2006/2539:A4