



**Meistararitgerð
í lögfræði**

**Bótagrundvöllur laga nr. 111/2000 um
sjúklingatryggingu**

Hildur Eypórsdóttir

Leiðbeinandi: Grímur Sigurðsson, hrl.

Júní 2014



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

**Meistararitgerð
í lögfræði**

Bótagrundvöllur laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

Hildur Eypórsdóttir

Leiðbeinandi: Grímur Sigurðsson, hrl.

Júní 2014

EFNISYFIRLIT

1. Inngangur	6
2. Almenn skaðabótaábyrgð	7
2.1. Almenn skilyrði skaðabótaábyrgðar.....	7
2.2. Almenn skaðabótaábyrgð lækna og annarra heilbrigðisstarfsmanna	9
2.2.1. Almennt	9
2.2.2. Sjúkdómsgreining og meðferð	11
2.2.3. Vinnuveitandaábyrgð heilbrigðisstofnana.....	12
2.2.4. Sönnun og sönnunarbyrði.....	13
2.3. Niðurstaða	14
3. Undanfari laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu	14
3.1 Almennt.....	14
3.2. Lög nr. 74/1989 um breytingar á lögum nr. 67/1971 um almannatryggingar.....	17
4. Lög nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu.....	19
4.1. Almennt.....	19
4.2. Markmið	20
4.3. Meðferð bótamála	21
4.4. Ákvörðun bóta.....	23
4.5. Gildissvið	23
4.5.1. Hverjir eru tryggðir skv. lögnum?.....	24
4.5.2. Hvar eru framangreindir einstaklingar tryggðir skv. lögnum?.....	26
4.5.3. Fyrir hverju eru framangreindir einstaklingar tryggðir skv. lögnum?.....	26
5. Bótagrundvöllur laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu	29
5.1. 1. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu.....	30
5.1.1. Hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu	32
5.1.2. Röng eða seinkuð sjúkdómsgreining.....	42
5.1.3. Við þær aðstæður sem um ræðir	47
5.1.4. Unnt hefði verið að komast hjá tjóni	50
5.1.5. Niðurstaða	50
5.2. 2. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu.....	51
5.2.1. Galli eða bilun	52
5.2.2. Tæki, áhald eða annar búnaður.....	55
5.2.3. Niðurstaða	55

5.3. 3. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu.....	56
5.3.1. Önnur meðferðaraðferð eða -tækni	57
5.3.2. Jafngild aðferð eða tækni	60
5.3.3. Unnt hefði verið að komast hjá tjóninu	67
5.3.4. Niðurstaða	68
5.4. 4. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu.....	69
5.4.1. Alvarleiki fylgikvillans, þ.e.a.s. hversu mikið tjónið er.....	72
5.4.2. Grunnjúkdómur sjúklingsins og heilbrigðisástand að öðru leyti	74
5.4.3. Algengi fylgikvillans.....	81
5.4.4. Hvort gera mátti ráð fyrir hættu á tjóni	84
5.4.5. Niðurstaða	87
5.5. Tjón vegna eiginlegra slysa, sbr. 2. mgr. 3. gr. laga nr. 111/2000	87
5.6. Tjón vegna skaðlegra eiginleika lyfja, sbr. 3. mgr. 3. gr. laga nr. 111/2000.....	90
6. Sönnun og sönnunarbyrði: Hvað felst í orðunum „að öllum líkindum“?	92
6.1. Niðurstaða	100
7. Lokaorð	101
Heimildaskrá.....	102
Dómaskrá.....	104
Úrskurðaskrá.....	105

Formáli

Ritgerð þessi er lokaritgerð til meistaraþrófs í lögfræði við Lagadeild Háskóla Íslands. Ritgerðin var unnin á vorönn ársins 2014 undir handleiðslu Gríms Sigurðssonar, hrl. Ég kann honum bestu þakki fyrir gott samstarf og gagnlegar ábendingar.

Þá vil ég þakka Úrskurðarnefnd almannatrygginga fyrir aðstöðuna til að fara yfir úrskurði hennar.

Sérstaklega vil ég þakka móður minni, Guðrúnu Ástu Einarsdóttur, fyrir yfirlestur og aðstoð. Ég vil einnig þakka vinum og vandamönnum fyrir stuðning og hvatningarorð.

1. Inngangur

Heilsan er það dýrmætasta sem við eigum. Á lífsleiðinni mun ávallt eitthvað koma upp á og öll þurfum við einhverntíman að leita aðstoðar hjá fagfólki í heilbrigðisþjónustunni. Þar getur ætíð eitthvað farið úrskeiðis, líkt og á öllum sviðum hins mannlega lífs, sem getur haft miklar afleiðingar í för með sér fyrir sjúklinga. Erlendar rannsóknir hafa t.a.m. sýnt fram á að í kringum 10% sjúklinga verði fyrir einhvers konar óhappi á ári hverju í tengslum við læknismeðferð á vestrænum sjúkrahúsum.¹

Endrum og sinnum heyrum við einnig sögur af læknastökum og koma mál af því tagi reglulega upp í þjóðfélagsumræðunni. Samúðin er þá mikil með sjúklingum.

Almenna reglan er sú að sjúklingar eiga aðeins rétt til bóta ef um saknæma háttsemi einhvers heilbrigðisstarfsmanns var að ræða,² en þeir bera jú ábyrgð á gjörðum sínum líkt og aðrir menn. Sjúklingar fá eingöngu tjón sitt bætt ef þeim tekst að sanna ofangreint. Þar standa sjúklingar höllum fæti, ekki síst í ljósi hins mikla aðstöðumunar sem er á þessum einstaklingum.

Árið 2001 gengu í gildi lög um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 sem voru sett með það að markmiði að bæta réttarstöðu sjúklinga og auka bótarétt þeirra vegna tjóns er þeir verða fyrir í tengslum við rannsókn eða læknismeðferð.³ Með lögnum er horfið frá hinni almennu sakarreglu og koma því nú fleiri reglur til greina um grundvöll bóta á þessu sviði réttarins.

Viðfangsefni ritgerðarinnar er að kanna nánar réttarstöðu sjúklinga á grundvelli laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu (hér eftir skammstöfuð stl.) og í hverju hinn aukni bótaréttur felst og hvernig hann víkur frá almennum reglum skaðabótaréttarins. Aðallega er fjallað um bótagrundvöll laganna sem er í 2. gr. og hvernig hann víkur frá almennum reglum skaðabótaréttarins, um bótaskilyrði ákvæðisins og um framkvæmd þess í íslenskum rétti.

Þegar farið var af stað í verkefnið varð fljótlega ljóst að mjög fáa Hæstaréttardóma er að finna um ofangreind lög. Einungis fundust tveir dómar Hæstaréttar sem varða efni laganna með beinum hætti, þ.e.a.s. *Hrd. 11. desember 2008 (242/2008)* og *Hrd. 21. febrúar 2013 (388/2012)*. Einnig fundust einungis örfáir héraðsdómar og varða þeir flestir bótauppgjör en ekki ágreining um grundvöll bóta, en aðeins einn héraðsdómur fannst um það efni. Af þessum sökum er að verulegu leyti stuðst við túlkun og framkvæmd laganna hjá úrskurðarnefnd almanna-trygginga enda er þar að finna einu framkvæmdina á lögnum. Töluvert margir úrskurðir hafa fallið um lögina hjá úrskurðarnefndinni og hefur þeim farið fjölgandi frá ári til árs.

¹ „10% verða fyrir óhappi vegna meðhöndlunar”, <http://www.ruv.is>.

² Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnanna”, bls. 231.

³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419-4420.

Ritgerðinni er skipt upp í 5 aðalkafla. Í 2. kafla er fjallað um almenn skilyrði skaðabótaábyrgðar og einnig um skaðabótaábyrgð lækna og annarra heilbrigðisstarfsmanna á grundvelli almennra reglna. Í 3. kafla er fjallað um undanfara laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu og í 4. kafla er fjallað almennt um lögin, þ.e.a.s. um meðferð bótamála á grundvelli þeirra, um markmið og gildissvið og um ákvörðun bóta. Aðalkafla ritgerðarinnar er 5. kafla þar sem fjallað er um bótagrundvöll laganna. Kaflanum er skipt upp í fleiri undirkafla þar sem fjallað er á aðgreindan hátt um þær reglur sem koma fram um grundvöll bóta, en þær eru fjórar (1.-4. tölul. 2. gr.), um skilyrði ákvæðanna og framkvæmd, auk þess sem fjallað verður um hvernig reglurnar víkja frá almennum reglum skaðabótaréttarins. Þá er einnig fjallað um þær reglur sem koma fram í 3. gr. laganna, en þar er bótaréttur sjúklunga takmarkaður frá því sem kemur fram í 2. gr. Í 6. kafla er fjallað um sönnun og sönnunarbyrði.

2. Almenn skaðabótaábyrgð

2.1. Almenn skilyrði skaðabótaábyrgðar

Frumskilyrði skaðabótaábyrgðar er að tjón hafi orðið á lögmætum hagsmunum tjónþola,⁴ sem annar en hann sjálfur olli.⁵ Tjónið getur bæði varðar fjárhagslega hagsmuni tjónþola, sem og ófjárhagslega, s.s. þjáningu og/eða miska,⁶ sbr. skaðabótalög nr. 50/1993 sem varða ákvörðun bóta fyrir líkamstjón.

Tjónþoli á þó eingöngu rétt til skaðabóta frá tjónvaldi að uppfylltum tilteknum skilyrðum skaðabótaréttarins, að öðrum kosti ber hann tjón sitt sjálfur. Sérstakur bótagrundvöllur þarf að vera til staðar sem viðurkenndur er að lögum, skráðum eða óskráðum, sem lýsir því hvernig tjóni þarf að hafa verið valdið til þess að ábyrgð verði lögð á tjónvald. Þá þurfa skilyrðin um orsakatengsl og sennilega afleiðingu einnig að vera fyrir hendi.⁷ Almennt er það tjónþoli sem þarf að sanna að öll framangreind skilyrði séu til staðar.⁸ Ef svo er ber tjónvaldur fjárhagslega ábyrgð á þeim skaða sem tjónþoli hefur orðið fyrir.

Í íslenskum rétti koma almennt fjórar reglur til greina um stofnun skaðabótaábyrgðar. Þær eru sakarreglan, reglan um vinnuveitandaábyrgð, reglan um hlutlæga ábyrgð og sakarlíkindareglan. Sakarreglan er meginreglan, en hún gildir almennt um grundvöll bóta nema lög áskilji annað eða sérstakar ástæður séu til staðar.⁹ Sakarreglan er ólögfest sem slík en dómstólar hafa

⁴ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 595.

⁵ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 100.

⁶ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 9.

⁷ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 10-11.

⁸ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 208.

⁹ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 137-138.

byggt á henni í framkvæmd um langt skeið,¹⁰ og hefur hún m.a. verið skilgreind á eftirfarandi hátt: „Maður ber skaðabótaábyrgð á tjóni, sem hann veldur með sagnæmum og ólögumætum hætti, enda sé tjónið sennileg afleiðing af hegðun hans og raskar hagsmunum, sem verndaðir eru með skaðabótareglum. Það er og skilyrði, að sérstakar huglægar afsökunarástæður eigi ekki við um tjónvald, svo sem æska eða skortur á andlegri heilbrigði.”¹¹

Almennt nægir að sýna fram á gáleysi til þess að skaðabótaábyrgð verði lögð á tjónvald eftir sakarreglunni,¹² en þegar talað er um gáleysi er átt við það þegar tjónvaldur gætti ekki þeirrar aðgæslu, varkárni, sem af honum var krafist, og honum var ljóst að tjón gæti mögulega hlotist af þeirri háttsemi.¹³

Gáleysismatið byggist á því að sýna fram á að tjónvaldur hafi ekki hegðað sér eins og best var á kosið við tilteknar aðstæður, og að hann hafi að einhverju leyti brugðið frá því sem almennt var viðurkennt og ætlast var til af honum, og að honum hafi mátt vera ljóst að tjón gæti hlotist af háttseminni.¹⁴

Sakarmatið er breytilegt eftir því á hvaða vettvangi hins mannlega lífs það tekur til og þær kröfur sem gerðar eru til aðgæslu mismiklar, t.d. er matið oft strangara á sviði atvinnurekstrar en þegar um athafnir hins daglega lífs er að ræða.¹⁵ Þá er frekar beitt strangara mati þegar um líkamstjón er að ræða heldur en munatjón eða almennt fjártjón.¹⁶ Sakarmatið er og almennt strangara í garð hins sérfróða manns þegar hann athafnar sig innan síns sérfræðisviðs en hins almenna borgara sem hefur ekki aflað sér sambærilegrar þekkingar og reynslu.¹⁷

Þá getur skaðabótaábyrgð á grundvelli sakarreglunnar einnig orðið strangari með því að beita sönnunarreglum með öðrum hætti en almennt tíðkast, t.d. með því að draga úr sönnunarkröfum tjónþola.¹⁸ Ef sakarmatið verður mjög strangt við beitingu sakarreglunnar eða ef sönnunarkröfur tjónþola verða mjög litlar þá geta mörkin á milli hennar og reglunnar um hlutlæga ábyrgð stundum orðið óskýr.¹⁹

¹⁰ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 53-54.

¹¹ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 140.

¹² Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 54.

¹³ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 147.

¹⁴ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 149.

¹⁵ Arnljótur Björnsson: „Rýmkuð sakarregla”, bls. 237.

¹⁶ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 164.

¹⁷ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 502-503.

¹⁸ Arnljótur Björnsson: „Rýmkuð sakarregla”, bls. 238.

¹⁹ Arnljótur Björnsson: „Rýmkuð sakarregla”, bls. 238-239.

2.2. Almenn skaðabótaábyrgð lækna og annarra heilbrigðisstarfsmanna

2.2.1. Almenn

Skaðabótaábyrgð heilbrigðisstarfsmanna byggist almennt á sakarreglunni,²⁰ en sérlög gilda þó einnig á þessu sviði, sbr. lög nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu sem fjallað verður um síðar.

Þegar bótaábyrgð lækna og annarra heilbrigðisstarfsmanna er metin á grundvelli reglunnar er sakarmatið strangara en almennt á við um þá einstaklinga sem hafa ekki aflað sér sambærilegrar þekkingar og reynslu, en um svokallaða sérfræðiábyrgð er að ræða.²¹

Þegar sérfræðingur á í hlut er við sakarmatið stuðst við faglegan mælikvarða, þ.e. við þær reglur og venjur sem gilda innan þess tiltekna sérfræðisviðs, og við það hvernig hinn góði og hæfi sérfræðingur hefði átt að hegða sér við tilteknar aðstæður, en ekki hvernig hinn ófaglærði hefði átt að hegða sér. Þannig eru gerðar meiri kröfur til aðgætni af hálfu sérfræðinga.²² Við sakarmatið má einnig gera strangari kröfur til sérfræðings um hvað hann sá eða mátti sjá fyrir um afleiðingar háttsemi sinnar en til hins ófaglærða.²³

Í 13. gr. laga nr. 34/2012 um heilbrigðisstarfsmenn er fjallað um faglegar kröfur og ábyrgð heilbrigðisstarfsmanna. Í 1. mgr. 13. gr. segir að heilbrigðisstarfsmaður skuli sýna sjúklingi virðingu og sinna störfum sínum af árvekni og trúmennsku og í samræmi við faglegar kröfur sem gerðar eru á hverjum tíma. Í 2. mgr. 13. gr. er m.a. fjallað um að heilbrigðisstarfsmanni beri að viðhalda þekkingu sinni og faglegri færni og tileinka sér nýjungar er varða starfið. Þá segir í 4. mgr. 13. gr. að heilbrigðisstarfsmaður skuli virða faglegar takmarkanir sínar og leita eftir aðstoð eða vísa sjúklingi til annars heilbrigðisstarfsmanns eftir því sem nauðsynlegt og mögulegt er, svo sem ef hann telur sig ekki geta veitt honum viðeigandi heilbrigðisþjónustu.

Þá getur verið gagnlegt að líta t.d. til siðareglna lækna, Codex Ethicus, þar sem fram koma faglegar kröfur til þeirra er stéttinni tilheyra, en þær gætu haft þýðingu við mat á saknæmi.²⁴ Einnig hafa t.d. tannlæknar og hjúkrunarfræðingar sett sér slíkar siðareglur.

Framangreindar reglur eru hins vegar mjög almennar, auk þess sem fáar skráðar háttennisreglur eru að finna á þessu sviði réttarins.²⁵ Þegar engar skráðar háttennisreglur eru til staðar er við sakarmatið stuðst við venjubundna háttsemi innan sviðsins og við það hvernig hinn hæfi sérfræðingur hefði átt að hegða sér við tilteknar aðstæður (*vir optimus*).²⁶ Þess ber að geta að sakarmatið er ekki svo strangt að það miðast við það hvernig sá hæfasti innan sviðsins hefði

²⁰ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnanna”, bls. 231.

²¹ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 502-503.

²² Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, bls. 5.

²³ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 508.

²⁴ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 180.

²⁵ Guðjón St. Marteinson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 18.

²⁶ Guðjón St. Marteinson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 33.

átt að hegða sér við tiltekna aðstæður, heldur á því hvernig hinn hæfi almenni sérfræðingur hefði átt að hegða sér.²⁷

Sakarmatið er þó strangara gagnvart þeim sem hafa sérhæft sig enn frekar innan tiltekna starfssviðs, t.d. er matið strangara gagnvart bæklunarlækni en almennum lækni á því tiltekna sérfræðisviði.²⁸ Af þessu má ljóst vera að við saknæmismatið er tekið mið af því hvernig hinn hæfi sérfræðingur *með sambærilega þekkingu og reynslu* hefði átt að hegða sér við tiltekna aðstæður.²⁹

Hinn faglegi mælikvarði tekur breytingum í tímans rás þar sem læknisfræðileg framþróun á sér stöðugt stað.³⁰ Læknum ber að fylgja þeirri framþróun eftir og viðhalda þekkingu sinni og faglegri færni og tileinka sér nýjungar er varða starfið, sbr. 2. mgr. 13. gr. laga nr. 34/2012 um heilbrigðisstarfsmenn. Ef læknir notar t.d. meðferð eða aðferð við læknisstarfið sem svarar ekki lengur kröfum samtímans vegna þess að önnur betri hefur rutt sér til rúms getur hann orðið bótaskyldur.³¹

Eðli málsins samkvæmt er þó ekki gerð sama krafa til almenns læknis og til sérfræðings í þessu sambandi, og verða sérfræðingar að fylgjast sérstaklega með þróun innan síns sérfræðisviðs.³² Öllum læknum ber hins vegar að fylgjast með almennri þróun innan læknisfræðinnar.³³

Af framangreindu má og ljóst vera að við gáleysismatið er eðli málsins samkvæmt miðað við þann tíma er tjón átti sér stað og við það sem almennt var viðurkennt og þekkt á þeim tíma.³⁴ Þessu til stuðnings má m.a. vísa til *Hrd. 1971, bls. 1057*, en þar hlaut tjónþoli röntgenbruna eftir geislameðferð sem mátti rekja til of mikillar geislunar, en sú vitneskja var ekki til staðar þegar læknismeðferðin fór fram og þótti geislameðferðin því hafa verið framkvæmd á réttan hátt á þeim tíma sem hún átti sér stað.

Þá má einnig vísa til *Hrd. 2001, bls. 901 (180/2000)*, en þar var krafist skaðabóta vegna afleiðinga fjögurra hnéaðgerða. Í álitum sérfræðinga í málinu kom fram að staðið hafi verið tilhlýðilega að greiningu og meðferð stefnanda miðað við einkenni, niðurstöður rannsókna og viðurkenndrar læknisaðferða þess tíma. Í niðurstöðu héraðsdóms, er staðfestur var í Hæstarétti, segir m.a.: „*Liðspeglun (arthroscopia) á hnjám var á meðferðartíma stefnanda tækni sem nýkomin var til landsins og hafði ekki unnið sér sess sem viðtekin greiningar- og*

²⁷ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, bls. 11.

²⁸ Vibe Ulfbeck: *Erstatningsretlige grænseområder*, bls. 11.

²⁹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 36.

³⁰ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 18.

³¹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 33.

³² B.V. Tidemand-Peterson: *Lægeansvar*, bls. 61.

³³ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 34.

³⁴ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 65.

meðferðaraðferð á sjúkrahúsum hér á landi. Verður það ekki metið stefnda til sakar að aðferð þessari var ekki beitt í tilviki stefnanda.”

Ef læknir telur sig ekki hafa þá þekkingu og reynslu sem til þarf til að veita sjúklingi er til hans leitar viðeigandi heilbrigðisþjónustu ber honum að vísa sjúklingnum til annars læknis, sbr. 4. mgr. 13. gr. fyrrnefndra laga um heilbrigðisstarfsmenn. Ef hins vegar tímans vegna var ekki mögulegt að vísa sjúklingi til annars læknis eða bíða eftir hæfari lækni þar sem hætta á tjóni yrði þá mun meiri er ekki um sök að ræða.³⁵

Verður nú stuttlega vikið að skaðabótaábyrgð lækna varðandi sjúkdómsgreiningu og meðferð sjúklinga en þau störf eru í raun kjarni starfs þeirra sem lækna bera ábyrgð á, sbr. 4. mgr. 13. gr. laga nr. 34/2012 um heilbrigðisstarfsmenn.

2.2.2. Sjúkdómsgreining og meðferð

Þegar fjallað er um bótaábyrgð lækna á grundvelli sakarreglunnar er yfirleitt fjallað sjálfstætt og á aðskilinn hátt um sjúkdómsgreininguna sem slíka, um val á lækni meðferðinni og loks um framkvæmd lækni meðferðarinnar,³⁶ en hver þessara liða hefur verið talinn til sérstaks bótagrundvallar og þeir metnir óháð hvor öðrum. Sakarmatið er einnig mis strangt eftir því hvar í ferlinu mistökin áttu sér stað.³⁷ Þegar um sjúkdómsgreiningu og val á meðferð er að ræða hafa lækna nokkuð svigrúm til mats en þegar um framkvæmd meðferðarinnar er að ræða hafa þeir ekki jafn mikið svigrúm og er ábyrgðin þar strangari.³⁸ Þá getur bótaábyrgð einnig verið fyrir hendi vegna mistaka við eftirlit sjúklingsins.³⁹

Lækna standa oft frammi fyrir erfiðu verkefni þegar kemur að sjúkdómsgreiningu og vali á lækni meðferð,⁴⁰ m.a. vegna þess að sjúkdómseinkenni geta oft verið óljós,⁴¹ og oft er það svo að tvær eða fleiri lækni meðferðir koma til greina við meðferð sjúklingsins. Lækni þarf þá að meta hvaða meðferð hann telur þá ákjósanlegustu í því tiltekna tilviki.⁴² Ætla má að einmitt framangreint sé ástæða þess að lækna hafi hér meira svigrúm en þegar um framkvæmd meðferðarinnar er að ræða.

³⁵ B.V. Tidemand-Peterson: *Lægeansvar*, bls. 62.

³⁶ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 231.

³⁷ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 52.

³⁸ Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar*, bls. 51.

³⁹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 57.

⁴⁰ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

⁴¹ Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar*, bls. 45.

⁴² Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar*, bls. 47.

Læknir getur orðið bótaskyldur ef sjúkdómsgreining var röng vegna þess að læknisskoðun var t.d. ekki fullnægjandi í ljósi einkenna og ástands sjúklingsins,⁴³ eða ef t.d. venjubundin og viðeigandi rannsóknartæki voru ekki notuð sem þó var tilefni til að nota í því tiltekna tilviki.⁴⁴

Hvað varðar val á læknismeðferð hefur verið talið að ef læknir heldur sig við viðurkennda læknismeðferð sé ekki um bótaskyldu að ræða á grundvelli sakarreglunnar,⁴⁵ sbr. eftirfarandi Hæstaréttardóm.

Hrd. 2004, bls. 4545 (178/2004).

Málsatvik eru þau að stefnandi taldi m.a. að ekki hafi verið beitt rétttri eða viðurkenndri aðferð við brjóstaminnkunaraðgerð er hún gekkst undir og að í því hafi falist mistök. Í málinu kom fram að til væru margar viðurkenndar aðferðir við brjóstaminnkun og að Strömbeck aðgerð væri þ.á m., en sú aðferð var notuð umrætt sinn. Hæstiréttur taldi að viðurkenndri aðferð hafi verið beitt og var bótaskylda því ekki talin vera fyrir hendi.

Þegar tekið er mið af því hvort læknir hafi viðhaft saknæma háttsemi skal ætíð taka mið af þeim aðstæðum sem voru til staðar er meðferðin fór fram og af þeim upplýsingum sem þá lágu fyrir eða sem hefðu átt að liggja fyrir. Af þeim sökum er ekki unnt að taka mið af því að t.d. frekari rannsóknir eða önnur læknismeðferð hefði eftir á að tryggja verið talin betri.⁴⁶

2.2.3. Vinnuveitandaábyrgð heilbrigðisstofnana

Heilbrigðisstofnanir, s.s. sjúkrahús, bera bótaábyrgð á saknæmri háttsemi starfsmanna sinna á grundvelli reglunnar um vinnuveitandaábyrgð. Reglan er ólögfest sem slík en hefur verið beitt sem almennri reglu um bótagrundvöllinn af íslenskum dómstólum um langa tíð.⁴⁷ Hún á sér auk þess stoð í lögum á afmörkuðum sviðum réttarins.⁴⁸ Í 9. gr. stl. er t.d. gert ráð fyrir því að heilsugæslustöðvar, sjúkrahús og aðrir sem eru taldir upp í ákvæðinu séu bótaskyldir á grundvelli laganna, en ekki einstaka heilbrigðisstarfsmaður sem starfar á þessum stofnunum. Þess má geta að á grundvelli stl. sæta bótakröfur mismunandi meðferð eftir því hver er vinnuveitandi. Ef ríkið er vinnuveitandinn þá er bótakröfum beint að Sjúkratryggingum Íslands, sbr. 13. gr. stl., en ef vinnuveitandinn er ekki ríkið, t.d. sjálfstætt starfandi heilbrigðisstarfsmaður, þá er bótakröfum beint að viðeigandi váttryggingafélagi, sbr. 12. gr. stl.

Þegar um almenna vinnuveitandaábyrgð er að ræða ber vinnuveitandinn fjárhagslega ábyrgð á tjóni sem starfsmenn hans valda í starfi á grundvelli sakar þrátt fyrir að hann hafi sjálfur ekki átt nokkra sök á því tjóni og skiptir þá engu máli hver það er sem orðið hefur fyrir

⁴³ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

⁴⁴ Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 44.

⁴⁵ Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 48.

⁴⁶ B.V. Tidemand-Peterson: *Lægeansvar*, bls. 123.

⁴⁷ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 233.

⁴⁸ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 255.

tjóni, annar starfsmaður eða óviðkomandi þriðji maður, t.d. sjúklingur. Ef tjón verður hins vegar rakið til saknæmrar háttsemi vinnuveitandans sjálfs á sakarreglan við um grundvöll bóta.⁴⁹ Saknæm háttsemi er í báðum tilvikum skilyrði bótaábyrgðar og fer sakarmatið fram með sama hætti.⁵⁰

Stundum getur reynst erfitt að finna þann starfsmann sem viðhafði hina saknæmu háttsemi en það hefur ekki verið talið hafa áhrif á bótaábyrgð vinnuveitandans ef sannað er að einhver af starfsmönnum hans hafi sannarlega valdið tjóni með saknæmum hætti.⁵¹ Þetta er reglan um nafnlaus mistök (d. anonyme fejl).⁵² Nefna má eftirfarandi dóm sem dæmi um þetta.

Hrd. 2003, bls. 231 (309/2002).

S, skurðhjúkrunarfræðingur, hrasaði um skammel í lok skurðaðgerðar og varð fyrir tjóni. Umrætt skammel var ekki á réttum stað er slysið átti sér stað, en það var viðtekin venja að ýta skammelinu úr gangvegi og upp að vegg eftir notkun þess við aðgerð sem þessa. Það virðist hafa ráðist af aðstæðum hvaða hjúkrunarfræðingur átti að sjá um það, en tveir aðrir hjúkrunarfræðingar voru í aðgerðinni auk S. Í forsendum Hæstaréttar kemur fram að það hafi verið óhjákvæmilegt að leggja til grundvallar dómi að *um aðgæsluleysi einhvers eða einhverra starfsfélaga* S hafi verið að ræða umrætt sinn og var bótaábyrgð staðfest.

Af framansögðu má ljóst vera að sjúkrahús og aðrar heilbrigðisstofnanir bera bótaábyrgð á saknæmri háttsemi starfsmanna sinna sem þeir valda í tengslum við starf sitt, s.s. við meðferð sjúklinga.

2.2.4. Sönnun og sönnunarbyrði

Í skaðabótarétti er það almennt tjónþolans að sanna að öll skilyrði skaðabótaábyrgðar séu fyrir hendi, þ.e.a.s. að hann hafi orðið fyrir tjóni, að um bótaskylda háttsemi hafi verið að ræða og að sú háttsemi hafi verið orsök tjónsins.⁵³

Læknisfræðin er flókið sérfræðisvið og getur því reynst erfitt fyrir sjúkling að sanna ofangreint.⁵⁴ Í málum sem þessum er oftast stuðst við læknisfræðilegt mat, t.d. mat sérfróðra meðdómenda eða álit dómkvaddra matsmanna,⁵⁵ enda hafa aðrir en þeir sem hafa læknisfræðilega menntun vart forsendur til að átta sig á því hvort eitthvað hafi farið úrskeiðis og hvort eða að hvaða leyti tjónið megi rekja til þess.

Á sviði sérfræðiábyrgðar hefur þó stundum verið vikið frá framangreindum meginreglum að hluta til,⁵⁶ og í málum gegn læknum og heilbrigðisstofnunum hefur verið slakað á kröfum

⁴⁹ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 257-258.

⁵⁰ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnanna”, bls. 233.

⁵¹ Guðjón St. Marteinson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 31.

⁵² Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 284.

⁵³ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 208.

⁵⁴ Arnljótur Björnsson: „Nýmæli í lögum um almannatryggingar: Sjúklingatrygging”, bls. 136-137.

⁵⁵ Guðjón St. Marteinson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 64.

⁵⁶ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 512.

tjónþola til sönnunar um orsakatengsl.⁵⁷ Á ofangreindu sviði hefur sú regla verið talin gilda að ef tjónþoli hefur sannað að læknir hafi viðhaft saknæma háttsemi, gert mistök, við sjúkdómsgreiningu og/eða meðferð og að tjón hans megi *hugsanlega* rekja til þess þá er það læknisins að sanna að tjónið sé ekki tilkomið vegna þeirra mistaka, m.ö.o. sönnunarbyrðinni er snúið við.⁵⁸

2.3. Niðurstaða

Þegar tjón hefur orðið á hagsmunum tjónþola verður skaðabótaábyrgð einungis lögð á tjónvald að uppfylltum tilteknum skilyrðum skaðabótaréttarins. Sérstakur bótagrundvöllur þarf að vera til staðar, auk skilyrðanna um orsakatengsl og sennilega afleiðingu. Almenn er það tjónþoli sem þarf að sanna að öll framangreind skilyrði séu til staðar, en þó hefur verið slakað á sönnunarkröfum hvað varðar orsakatengsl í málum gegn læknum og heilbrigðisstofnunum. Ef framangreind sönnun tekst ber tjónvaldur, eða vinnuveitandi hans, fjárhagslega ábyrgð á þeim skaða sem tjónþoli hefur orðið fyrir.

Meginreglan um grundvöll bóta er sakarreglan og gildir hún almennt um skaðabótaábyrgð lækna og annarra heilbrigðisstarfsmanna, en um þá gildir sérfræðiábyrgð. Er þá stuðst við faglegan mælikvarða við mat á gáleysi og tekið mið af því hvernig hinn hæfi sérfræðingur með sambærilega þekkingu og reynslu hefði átt að hegða sér við tilteknar aðstæður.

Læknir, eða annar heilbrigðisstarfsmaður, getur orðið bótaskyldur vegna mistaka við sjúkdómsgreiningu, val á læknismeðferð, framkvæmd læknismeðferðarinnar og við eftirlit á sjúklingnum. Þegar um sjúkdómsgreiningu og val á læknismeðferð er að ræða er sakarmatið almennt ekki eins strangt og þegar kemur að framkvæmd læknismeðferðar.

3. Undanfari laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

3.1 Almenn

Líkt og áður hefur komið fram þá þarf sjúklingur sem telur sig hafa orðið fyrir líkamstjóni í heilbrigðisþjónustunni, s.s. við rannsókn eða læknismeðferð, að sýna fram á að tjónið megi rekja til sakar læknis eða annars heilbrigðisstarfsmanns.

Sjúklingar eiga oftast en ekki afar erfitt með að gera sér grein fyrir að tjón hafi orðið vegna mistaka í tengslum við læknismeðferð og að versnandi ástand þeirra megi í heild eða að hluta rekja til þess en ekki til framgangs fyrri sjúkdóms, slyss o.fl. Sjúklingar eru af þessum sökum

⁵⁷ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 354.

⁵⁸ Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um sönnunarbyrði í málum er varða skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 216.

mjög háðir því að fá upplýsingar um það sem úrskæðis fór frá þeim heilbrigðisstarfsmönnum er hlut áttu að máli.⁵⁹ Fáir sjúklingar ekki slíkar upplýsingar eiga þeir eðli málsins samkvæmt erfiðara með að hafa uppi skaðabótakröfu.⁶⁰

Jafnvel þótt sjúklingur gerði sér grein fyrir að mistök hafi mögulega átt sér stað í tengslum við lækni meðferð hans er ekki víst að hann legði í að framfylgja skaðabótakröfunni m.a. vegna þess mikla tíma sem fer í slíkan málarekstur og þess mikla kostnaðar sem honum kann að fylgja.⁶¹ Þá getur sönnunarfærsla í slíkum málum oft á tíðum verið mjög erfið. Kemur þar ekki síst til hversu flókin lækni-fræðileg mál oft eru og að oft geta aðrir menn ekki sagt til um málsatvik en þeir heilbrigðisstarfsmenn sem standa frammi fyrir bótakröfu vegna ætlaðra mistaka þeirra.⁶²

Þess má einnig geta að sú aðstaða sjúklinga að sanna sök einhvers tiltekins heilbrigðisstarfsmanns, þ.e.a.s. að kenna honum um hvernig fór vegna mistaka eða aðgæsluleysis hans, er til þess fallin að skapa ákveðna togstreitu á milli þessara aðila, enda eru heilbrigðisstarfsmenn þá komnir í ákveðna varnarstöðu gagnvart sjúklingum, sem getur rýrt það traust sem æskilegt er að ríki á milli þessara aðila. Ef sök væri ekki skilyrði bótaábyrgðar í þessum málaflokki þá væru heilbrigðisstarfsmenn líklegri til að taka þátt í að upplýsa málin og gæta þannig hagsmuna sjúklinga. Í þannig bótaumhverfi væri frekar unnt að bæta úr því sem úrskæðis fór og stuðla að frekara öryggi sjúklinga.⁶³

Þess má geta hér að erlendar rannsóknir hafa sýnt fram á að í kringum einn af hverjum tíu sjúklingum verða fyrir einhvers konar óhappi eða tjóni vegna meðferðar á vestrænum sjúkrahúsum, sbr. það sem kom fram í kvöldfréttum Ríkisútvarpsins um það efni þann 3. september 2013, en rannsókn um þetta efni er nú hafin hér á landi. Í viðtali við Sigurð Guðmundsson, fyrrverandi landlækni, kom m.a. fram að ekki væri unnt að ætla annað en að það sama ætti við hér á landi. Í fréttinni kom fram að ef niðurstöður hinna erlendu rannsókna væru yfirfærðar yfir á Landspítalann mætti ætla að um 2500 sjúklingar yrðu fyrir einhvers konar óhappi vegna lækni meðferðar á ári hverju og að af þeim yrðu um 600 fyrir örkumli og um 170 dæju. Þá kom fram að koma mætti í veg fyrir um helming þessara óhappa.⁶⁴ Ætla má að öll þessi óhöpp hafi ekki skaðabótaskyldu í för með sér eftir almennum reglum skaðabótaréttarins þó einhver hluti þeirra geri það sjálfsagt.

⁵⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 18.

⁶⁰ Guðjón St. Marteinson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 16.

⁶¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 19.

⁶² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419.

⁶³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419.

⁶⁴ „10% verða fyrir óhappi vegna meðhöndlunar”, <http://www.ruv.is>.

Ef koma á til móts við sjúklinga í þeim tilvikum þegar tjón í tengslum við læknismeðferð verður ekki rakið til saknæmrar háttsemi nokkurs heilbrigðisstarfsmanns stoðar lítið að létta aðeins af þeim sönnunarbyrði eða auðvelda þeim málsmeðferð fyrir dómstólum, heldur þyrfti bótaréttur sjúklinga í þeim tilvikum einnig að ná út fyrir almennar reglur skaðabótaréttarins.⁶⁵

Á 20. öld urðu víða um lönd miklar umræður um úrbætur á þessu sviði réttarins, þ.e.a.s. í átt að auknum bótarétti sjúklinga.⁶⁶ Umræðan einkenndist af því hvað ætti að koma í stað sakarreglunnar, en það var lengi vel óljóst, þá sérstaklega hvernig ætti nánar að afmarka mögulegt tryggingafyrirkomulag.⁶⁷ Í þessu sambandi var bent á að á þessu sviði leysti það engan vanda að einfaldlega skipta sakarreglunni út fyrir t.a.m. almenna hlutlæga ábyrgð, en þá næði ábyrgðin yfir *allt* það tjón sem hlytist vegna nánar tiltekinnar háttsemi eða starfsemi án tillits til þess hvort um saknæma háttsemi væri að ræða.⁶⁸ Á þessu sviði næði ábyrgðin þá yfir allt það tjón sem sjúklingur yrði fyrir vegna rannsóknar eða meðferðar.⁶⁹

Ástæðan fyrir því að framangreint var talið eiga illa við á þessu sviði var sú að talið var að sjúklingar yrðu almennt að bera einhverja áhættu af eigin læknismeðferð sem gerð var í þeirri viðleitni að lækna þá, sérstaklega ef það væri áhættusamara að láta hjá líða að grípa til hennar. Vandinn var þannig sá að skilgreina nánar hvaða áhættu sjúklingar ættu að bera og þá hvaða áhættu þeir ættu ekki að bera og sem væri bótaskyld.⁷⁰

Árið 1975 urðu hins vegar þáttaskil í umræðunni þegar nýtt bótaúrræði til hagsbóta fyrir sjúklinga var komið á laggirnar í Svíþjóð, svokölluð sjúklingatrygging. Hinn aukni bótaréttur sjúklinga var þá fyrst nánar útfærður,⁷¹ og var ekki grundvallaður á sök.⁷² Sjúklingatryggingin náði til svokallaðs meðferðartjóns en tók ekki til afleiðinga eða fylgikvilla grunnsjúkdómsins. Nokkrar takmarkanir voru þó á bótaréttinum, en m.a. var gert ráð fyrir því að sjúklingar bæru einhverja áhættu af eftirköstum læknismeðferðar sjálfir. Fyrst um sinn var tryggingin byggð á frjálsum samningum og sáu váttryggingafélögin í landinu um hana.⁷³ Árið 1996 voru síðan sett lög um sjúklingatryggingu í Svíþjóð.⁷⁴

Reynslan af þessu tryggingafyrirkomulagi var góð þar sem um minni ágreining, skjótari ákvarðanir, minni kostnað o.fl. var að ræða en ella.⁷⁵ Hinar Norðurlandþjóðirnar fylgdu því

⁶⁵ Arnljótur Björnsson: „Nýmæli í lögum um almannatryggingar: Sjúklingatrygging”, bls. 137-138.

⁶⁶ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 239

⁶⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 14.

⁶⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 14.

⁶⁹ Bo von Eyben og Helle Isager: „*Lærebog i erstatningsret*”, bls. 395.

⁷⁰ Bo von Eyben og Helle Isager: „*Lærebog i erstatningsret*”, bls. 395.

⁷¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 14.

⁷² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4415.

⁷³ Arnljótur Björnsson: „Nýmæli í lögum um almannatryggingar: Sjúklingatrygging”, bls. 138-139.

⁷⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4416.

⁷⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 15.

fordæmi Svía árin á eftir, Finnland með lagasetningu árið 1987, Noregur með gildistöku sérstakra reglna árið 1988 og Danmörk með lagasetningu árið 1992, en þess ber að geta að samþærilegt bótaúrræði þekkist ekki annars staðar í heiminum.⁷⁶

Hið nýja norræna bótaúrræði er ólíkt öðrum bótaúrræðum, þ.e. almennum reglum skaðabótaréttarins, almannatryggingum og hefðbundnum slysatryggingum, og bætir tjón sem hefði verið unnt að komast hjá ef rannsókn eða lækni meðferð hefði verið með öðrum hætti en var, en einnig undir vissum kringumstæðum það tjón sem ekki hefði verið unnt að komast hjá. Ákvörðun bóta fer þó að mestu eftir þeim reglum sem gilda í skaðabótarétti, þ.e. um fjárhæð og tegundir bóta, en tjónið þarf þó að ná ákveðnu lágmarki til þess að fást bætt.⁷⁷

Á Íslandi var sú leið fyrst valin að bæta nýju ákvæði inn í slysatryggingakafla almannatryggingalaga nr. 67/1971, en það átti þó eingöngu að vera til bráðabirgða.⁷⁸ Verður nú fjallað nánar um ákvæðið.

3.2. Lög nr. 74/1989 um breytingar á lögum nr. 67/1971 um almannatryggingar

Á Íslandi voru gerðar breytingar á almannatryggingalögum nr. 67/1971, sbr. lög nr. 74/1989, þar sem réttur sjúklinga til bóta var rýmkaður frá því sem áður var. Á þessum tíma voru til drög að tillögum um tryggingasjóð sjúklinga en ekki var talið að það mál næði fram að ganga vegna þess hversu yfirgripsmikið það var. Af þeim sökum var farin ákveðin millileið með framangreindum breytingum á almannatryggingalögum sem átti þó einungis að standa til bráðabirgða þar til fyllra frumvarp um aukinn bótarétt sjúklinga leysti það af hólmi.⁷⁹

Við lögin bættist nýtt ákvæði, eða g-liður 1. mgr. 29. gr., sem gerði ráð fyrir því að sjúklingar sem yrðu fyrir heilsutjóni vegna læknisaðgerða eða annarra mistaka starfsfólks sem störfuðu skv. lögum um heilbrigðisþjónustu fengju bætur úr slysatryggingu almannatryggingakerfisins.⁸⁰ Sjúklingum sem féllu undir ákvæðið var þannig veitt sama réttarstaða og þeir sem urðu fyrir slysum í tengslum við starf sitt, auk annarra sem voru slysatriggðir á grundvelli laganna. Þeim var þannig veittur rýmri réttur en ella þar sem þeir þurftu ekki að sýna fram á bótaábyrgð eftir almennum reglum skaðabótaréttarins. Ákvæðið var talið mæta brýnni þörf sjúklinga þar sem þeir hefðu iðulega sjálfir staðið uppi með tjón sitt sem rekja

⁷⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4415-4418.

⁷⁷ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnanna”, bls. 239.

⁷⁸ Alþt. 1988-89, A-deild, bls. 2991.

⁷⁹ Alþt. 1988-89, A-deild, bls. 2991.

⁸⁰ Alþt. 1988-89, A-deild, bls. 3567.

mátti til læknisaðgerða, hvort þá sem um bótaskyld mistök var að ræða eða vegna þess að aðgerð hefði ekki gengið eins vel og á var kosið.⁸¹

Nokkrar takmarkanir voru á bótarétti sjúklinga á grundvelli hins nýja ákvæðis, en það náði t.a.m. eingöngu til atvika sem áttu sér stað inni á heilbrigðisstofnun sem var rekin af ríkinu,⁸² en tók ekki til sjálfstætt starfandi heilbrigðisstarfsmanna.⁸³ Þá takmarkaðist bótaréttur sjúklinga skv. ákvæðinu við bætur almannatryggingalaganna, en bætur skv. þeim eru iðulega mun lægri en bætur á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins, en auk þess fást engar bætur vegna ófjárhagslegs tjóns úr almannatryggingum, þ.e.a.s. bætur fyrir þjáningu eða miska.⁸⁴ Ákvæðið gerði þannig ekki ráð fyrir fullum bótum til sjúklings fyrir raunverulegt tjón hans.⁸⁵ Sjúklingar gátu þó eftir sem áður sótt rétt sinn á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins og fengið hærri bætur ef almenn skilyrði skaðabóta voru fyrir hendi.⁸⁶ Af þessu má ljóst vera að framangreind leið var mun takmarkaðri en sú norræna, þar sem bætur til sjúklings voru ekki ákvarðaðar á grundvelli reglna skaðabótaréttarins.

Þess ber að geta að fyrrnefnt ákvæði í g-lið 1. mgr. 29. gr. almannatryggingalaga nr. 67/1971 var síðar í f-lið 1. mgr. 24. gr. laga nr. 117/1993 um sama efni og stóð óbreytt þar til lög nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu tóku gildi ellefu árum eftir að það var sett. Frá árinu 1989 til ársins 2008 bárust alls 605 tilkynningar til Tryggingastofnunar ríkisins vegna ákvæðisins,⁸⁷ en um 160 einstaklingar voru á þessu tímabili metnir með 10-49% örorku vegna atvika sem ákvæðið tók til.⁸⁸

Þrátt fyrir að hið nýja ákvæði í almannatryggingalögunum hafi verið nokkur réttarbót fyrir sjúklinga þá tryggði það fyrrgreindum hópi ekki eins mikinn bótarétt og þeir áttu á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins, þ.e.a.s. ef skilyrði þeirra voru fyrir hendi.⁸⁹ Úrræðið var þannig einungis skref í átt að auknum bótarétti sjúklinga á Íslandi.

⁸¹ Alþt. 1988-89, A-deild, bls. 2991.

⁸² Ingibjörg Georgsdóttir og Una Björk Ómarsdóttir: „Lög um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 - fyrstu skref við framkvæmd nýrra laga”, bls. 698.

⁸³ Alþt. 1999-00, B-deild, bls. 5385.

⁸⁴ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnanna”, bls. 239.

⁸⁵ Ingibjörg Georgsdóttir og Una Björk Ómarsdóttir: „Lög um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 - fyrstu skref við framkvæmd nýrra laga”, bls. 698.

⁸⁶ Alþt. 1988-89, A-deild, bls. 2991.

⁸⁷ Vefsíða Tryggingastofnunar, <http://www.tr.is>, staðtölur ársins 2008, tafla 3.4

⁸⁸ Vefsíða Tryggingastofnunar, <http://www.tr.is>, staðtölur ársins 2004, tafla 3.4. og staðtölur ársins 2008, tafla 3.3

⁸⁹ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnanna”, bls. 240.

4. Lög nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

4.1. Almennt

Lög nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu gengu í gildi þann 1. janúar 2001. Þau voru fyrstu sinnar tegundar hér á landi en nokkrum árum áður hafði þó frumvarp um sama efni verið lagt fyrir Alþingi, eða árið 1990-1991, á 113. löggjafarþingi. Það frumvarp var sniðið eftir dönsku lagafrumvarpi um sjúklingatryggingu sem síðar varð að lögum þar í landi en hið íslenska náði ekki fram að ganga á þeim tíma. Í frumvarpi að núverandi lögum um sjúklingatryggingu var byggt á eldra frumvarpinu, auk þess sem löggjöf annarra Norðurlanda um sjúklingatryggingu var höfð til hliðsjónar og sú réttarþróun sem hafði orðið frá samningu fyrra frumvarpsins.⁹⁰

Með tilkomu laganna var ákvæði þágildandi almannatryggingalaga nr. 117/1993 um sjúklingatryggingu, þ.e. f-liður 1. mgr. 24. gr., felld út gildi. Það gildir þó enn um tilvik sem áttu sér stað fyrir gildistöku laganna.⁹¹ Lög um sjúklingatryggingu gilda þá um tilvik sem áttu sér stað eftir gildistöku þeirra, þ.e.a.s. eftir þann 1. janúar 2001, sbr. 22. gr. stl. Með lögunum byggðist aukinn bótaréttur sjúklinga þannig ekki lengur á úrræðum almannatryggingakerfisins heldur á sérlögum þar sem sjálfstæðri tryggingu var komið á fót til hagsbóta fyrir sjúklinga.⁹²

Með lögunum var bótaréttur sjúklinga rýmkaður frá því sem áður var og vikið að verulegu leyti frá almennum reglum skaðabótaréttarins,⁹³ en skv. þeim þarf t.d. ekki að sýna fram á sök einhvers heilbrigðisstarfsmanns til þess að bótaréttur stofnist, heldur er það tjón sjúklings bætt sem komast hefði mátt hjá ef rannsókn eða sjúkdómsmeðferð hefði verið með öðrum hætti en var, sbr. 1.-3. tölul. 2. gr. stl. Enn lengra er gengið í þeirri viðleitni að auka bótarétt sjúklinga þar sem undir vissum kringumstæðum er óumflýjanlegt tjón sjúklings einnig bætt, sbr. 4. tölul. 2. gr. stl.⁹⁴ Þá var með lögunum einnig slakað á sönnunarkröfum tjónþola um orsakatengsl, sbr. 2. gr. stl.⁹⁵

Lögin taka þó ekki til afleiðinga þess grunnástands sem sjúklingur var í er hann leitaði sér lækniástoðar, s.s. vegna sjúkdóms eða slyss.⁹⁶

Þá eru lögin ekki háð þeim takmörkunum sem áður nefnt ákvæði almannatryggingalaganna var háð þar sem ákvörðun bótafjárhæðar fer nú eftir skaðabótalögum nr. 50/1993, sbr. 1. mgr. 5. gr. stl., þó með þeirri undantekningu sem fram kemur um lágmarks- og hámarksbætur í 2.

⁹⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4414-4415.

⁹¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4414.

⁹² *Sjúklingatrygging skv. lögum nr. 111/2000*, bls. 3.

⁹³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4418.

⁹⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4420.

⁹⁵ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

⁹⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419.

mgr. 5. gr. stl., auk þess sem löginn taka ekki eingöngu til ríkisrekinnna heilbrigðisstofnana, sbr. 1. gr. stl.

Mikil samstaða virðist hafa verið um setningu laganna á Alþingi, en allir þeir þingmenn er tóku til máls um frumvarpið í umræðum á Alþingi voru sammála um ágæti þess,⁹⁷ og var það samþykkt með 36 atkvæðum, 27 voru fjarstaddir, en enginn hafnaði því.⁹⁸

Löginn eru að miklu leyti í samræmi við fyrra frumvarp um sama efni frá árinu 1991, sérstaklega hvað varðar grundvöll bóta sem kemur fram í 2. gr. stl. Verður þannig litið til fyrra frumvarpsins til skýringar á sambærilegum ákvæðum núgildandi laga að því leyti sem það skýrir ákvæðin ítarlegar. Þá verður litið til danskra laga og skrifa um sama efni til skýringar enda byggjast stl. að mjög miklu leyti á því, en 2. gr. stl. er nánast samhljóða því danska um sama efni, sbr. lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL).

4.2. Markmið

Tilgangurinn með setningu hinna nýju laga var tvíþættur. Annars vegar að veita tilteknum hópi tjónþola, þ.e. sjúklingum, víðtækari rétt til bóta vegna líkamstjóns sem þeir verða fyrir í tengslum við rannsókn eða lækni meðferð í heilbrigðisþjónustunni, án tillits til þess hvort einhver beri skaðabótaábyrgð á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins. Löginn áttu þannig að ná til fleiri tjónstílvika en á grundvelli hinna almennu reglna.⁹⁹

Hins vegar voru löginn sett til að mæta þeim erfiðleikum sem sjúklingar standa oft frammi fyrir þegar þeir hafa orðið fyrir líkamstjóni í tengslum við lækni meðferð vegna sakar lækna eða annarra heilbrigðisstarfsmanna, en oft getur reynst afar erfitt að sanna slíka sök, auk þess sem sönnun orsakatengsla getur oft verið erfið á þessu sviði. Löginn áttu þannig að auðvelda sjúklingum að sækja og ná rétti sínum.¹⁰⁰

Löginn stefndu þannig bæði að efnislegri ívilnun sjúklingum til handa sem og réttarfarslegri,¹⁰¹ en um hið síðarnefnda má einnig benda á að sjúklingar þurfa ekki að reka mál sitt fyrir dómstólum og sanna þar skilyrði almennrar skaðabótaábyrgðar.¹⁰² Sjúklingar beina kröfum sínum til bóta annað hvort til váttryggingafélaga, sbr. 12. gr. stl., eða til Sjúkratrygginga Íslands, sbr. 13. gr., en unnt er að kæra ákvörðun þessara aðila til Úrskurðarnefndar almanna-trygginga, sbr. 16. gr., vegna ákvarðana Sjúkratrygginga Íslands,

⁹⁷ Alþt. 1999-00, B-deild, bls. 5380-5390 og 6672-6677.

⁹⁸ Alþt. 1999-00, B-deild, bls. 6916-6917.

⁹⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4418-4419.

¹⁰⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4418-4419.

¹⁰¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 24.

¹⁰² Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 25.

en ákvarðanir váttrygginga-félaganna fara í þann almennan farveg sem á við,¹⁰³ þ.e. til Úrskurðarnefndar í váttrygginga-málum, sbr. 141. gr. laga nr. 30/2004 um váttryggingasamninga.

Þær röksemdir sem voru tilteknar fyrir víðtækari bótarétti sjúklinga í frumvarpi því er varð að lögunum voru m.a. sá mikli sönnunarsandi sem er til staðar á þessu sviði, sbr. ofangreint, og sá mikli kostnaður sem hlýst við málarekstur slíkra mála, auk þess sem heilbrigðisstarfsmenn yrðu almennt viljugri til að veita og afla upplýsinga um það sem aflaga fór þar sem sjúklingatrygging er ekki bundin við sök einhvers. Þannig væri frekar unnt að bæta úr því sem betur mætti fara í heilbrigðiskerfinu. Þá ætti víðtækari bótaréttur að vera til þess fallinn að fleiri einstaklingar væru tilbúnir til að gefa blóð, líffæri o.þ.h. eða taka þátt í læknisfræðilegum tilraunum. Víðtækari bótaréttur gæti einnig komið til móts við brostnar væntingar sjúklinga eftir læknismeðferð, s.s. vegna afdrifaríkra fylgikvilla. Þá var tiltekið að bótakröfum gegn læknum og öðrum heilbrigðisstarfsmönnum hafi fjölgað hin síðari ár sem virðist hafa kallað á betra bótaúrræði.¹⁰⁴

Þau rök sem hafa verið tiltekin gegn þessu úrræði er sá mikli kostnaður sem því fylgir og að ekki sé sanngjarnt að veita sjúklingum meiri vernd gegn tjóni en öðrum tjónþolum, t.d. þeirra sem búa við svipað tjón vegna slysa eða sjúkdóma.¹⁰⁵

4.3. Meðferð bótamála

Bótaskyldum aðila, sbr. 9. gr. stl., er skylt að vera með sjúklingatryggingu hjá váttryggingafélagi, sbr. 10. gr. stl. Heilbrigðisstofnanir sem eru ríkisreknar í heild eða að hluta eru þó undanþegnar ofangreindri váttryggingaskyldu, sbr. 11. gr., og geta þannig borið bótaábyrgðina á eigin áhættu, en þeim er þó heimilt að kaupa tryggingu.¹⁰⁶

Ef bótaskyldur aðili hefur keypt sér sjúklingatryggingu þá skal sjúklingur beina bótakröfu sinni til viðkomandi váttryggingafélags, sbr. 12. gr., en ef hinn bótaskyldi aðili, sem er undanþeginn váttryggingaskyldu, hefur nýtt sér heimild sína til að kaupa ekki sjúklingatryggingu skal sjúklingur beina bótakröfu sinni til Sjúkratrygginga Íslands, sbr. 13. gr. Tveir ólíkir aðilar sjá þannig um meðferð bóta krafna, en þess ber að geta að Sjúkratryggingar Íslands er stjórnvald, sbr. 5. gr. laga nr. 112/2008 um sjúkratryggingar, sem þarf að fara eftir stjórnvöldum nr. 37/1993 við málsmeðferð. Váttryggingafélögin eru hins vegar ekki stjórnvald og lúta því öðrum lögum, þ.e.a.s. lögum nr. 30/2004 um váttryggingasamninga. Af þessu leiðir einnig að

¹⁰³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4421.

¹⁰⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419.

¹⁰⁵ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419.

¹⁰⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4428.

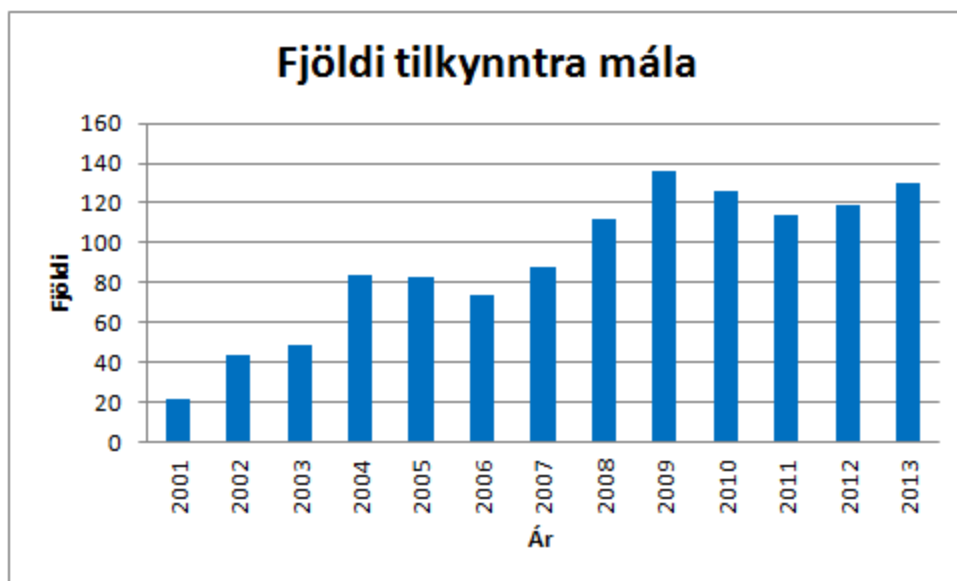
tveir mismunandi úrskurðaraðilar sjá um meðferð ágreiningsmála, sbr. það sem kom fram hér að framan. Af þessu má ljóst vera að bótakröfur á grundvelli laganna sæta mismunandi meðferð eftir því hvar rannsókn eða sjúkdómsmeðferð fór fram, en það hlýtur að teljast óheppilegt með tilliti til jafnræðis sjúklinga.

Í umræðum á Alþingi um frumvarp það er varð að stl. var m.a. rætt um þessa skipan mála og hvort hætta væri á að ekki yrði fullt jafnræði á milli sjúklinga, þá á milli þess sem ríkið greiddi og þess sem váttryggingafélögin greiddu. Í svari þáverandi heilbrigðisráðherra um málið kom fram að mikið hafi verið rætt um þetta en að það hafi þótt rétt að ríkið væri með sjálfsábyrgð fyrir starfsmenn sína og að þeir sem væru sjálfstætt starfandi keyptu sér tryggingu. Þá kom einnig fram að ef ójafnvægi yrði þarna á milli þá yrði að treysta því að dómstólar fjölluðu um það.¹⁰⁷ Framangreint álitæfni hefur þannig verið vegið og metið við meðferð frumvarpsins og þessi skipan mála metin veigameiri en algjört jafnræði sjúklinga og dómstólum látið það eftir að meta hvort um ójafnræði væri í raun að ræða ef slík krafa væri höfð uppi. Ekki verður fjallað frekar um hugsanlegt ójafnræði sem hér kann að vera til staðar um meðferð og greiðslu bótakrafna á grundvelli laganna.

Í umfjöllun um stl. verður eingöngu fjallað um meðferð mála hjá Sjúkratryggingum Íslands (hér eftir skammstafað SÍ), og hjá Tryggingastofnun ríkisins (hér eftir skammstafað TR) vegna mála fyrir árið 2008, og þau ágreiningsmál sem hafa farið fyrir Úrskurðarnefnd almennatrygginga, en hér eftir verður skammstöfunin ÚRAL notuð um úrskurði Úrskurðarnefndar almennatrygginga. Ástæða þess er eingöngu sú að úrskurðir ÚRAL eru mun ítarlegri og betur rökstuddir en úrskurðir Úrskurðarnefndar í váttryggingamálum og þannig betur til þess fallnir að draga af þeim ályktanir um túlkun og framkvæmd laganna.

Tilkynningum vegna laganna hefur farið fjölgandi frá því lögin tóku fyrst gildi árið 2001, en á grafi 1 má sjá fjölda tilkynntra mála til TR og til SÍ frá því lögin tóku gildi þann 1. janúar 2001 og fram til ársins 2013. Þess má geta að tölfræðiupplýsingar frá árunum 2011, 2012 og 2013 byggjast á óformlegum tölum frá SÍ, en ársskýrslur SÍ vegna þessara ára voru ekki komnar út þegar þetta var skrifað. Fyrirvari var settur við tölfræðiupplýsingar þessara ára þar sem enn var verið að vinna í skýrslunum og því hugsanlegt að eitthvað gæti breyst. Tölfræðiupplýsingar annarra ára byggjast á ársskýrslu TR árið 2005-2006 og ársskýrslu SÍ árið 2010.

¹⁰⁷ Alþt. 1999-00, B-deild, bls. 5389.



Mynd 1: Fjöldi tilkynntra mála til TR og SÍ

4.4. Ákvörðun bóta

Bætur eru ákvarðaðar á grundvelli sakaðbotalaga, sbr. 1. mgr. 5. gr. stl., en þess ber þó að geta að takmörkun er á bótarétti sjúklunga skv. stl. í formi lágmarks- og hámarksgreiðslna, sbr. 2. mgr. 5. gr. Til þess að tjón sjúklings verði bætt á grundvelli þeirra þarf það að vera hærra en 50 þúsund kr., og þá eru hámarksbætur skv. þeim 5 milljónir kr.¹⁰⁸, en fjárhæðirnar breytast í samræmi við vísitölu neysluverðs, sbr. 2. mgr. 5. gr. Ef sjúklingur fær ekki allt tjón sitt bætt vegna þessara takmarkana þarf hann að freista þess að sækja hið óbætta tjón í almennu skaðabótamáli á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins.¹⁰⁹

Með þessari skipan mála má ljóst vera að þeir sjúklingar sem verða fyrir miklu tjóni fá það einungis bætt að hluta til á meðan þeir sem verða fyrir litlu tjóni fá það bætt að fullu, en það getur vart talist sanngjarnt. SÍ hafa ítrekað bent á þetta í ársskýrslu stofnunarinnar um sjúklingatryggingu og mælt með því að hámarksbætur verði hækkaðar þannig að þeir sem verða fyrir miklu tjóni vegna sjúkdómsmeðferðar verði tryggðar fullar bætur.¹¹⁰

4.5. Gildissvið

Þeir sem eiga rétt til bóta skv. lögnum eru þeir sjúklingar sem hafa orðið fyrir líkamstjóni hér á landi í tengslum við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð í heilbrigðisþjónustunni, og einnig þeir sjúklingar sem brýna nauðsyn ber til að vista á heilbrigðisstofnun erlendis, sbr. 1. og 2. mgr. 1. gr. stl. Auk sjúklunga eiga þeir einstaklingar sem gangast undir læknisfræðilega tilraun og

¹⁰⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4427.

¹⁰⁹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 11-12.

¹¹⁰ *Sjúklingatrygging. Ársskýrsla 2010*, bls. 16.

sem gefa vef, líffæri, blóð eða annan líkamsvökva rétt til bóta á grundvelli laganna, sbr. 3. og 4. mgr. 1. gr. stl. Lögin taka hins vegar ekki til tjóns sem rekja má til eiginleika lyfs sem notað er við rannsókn eða lækni meðferð, sbr. 3. mgr. 3. gr. stl.

Gildissvið laganna má skv. ofangreindu afmarka með þrennum hætti, þ.e.a.s. eftir því hvaða einstaklingar eru tryggðir á grundvelli þeirra, eftir því hvar þeir eru tryggðir og eftir því fyrir hverju þeir eru tryggðir.

4.5.1. Hverjir eru tryggðir skv. lögnum?

Í 1. mgr. 1. gr. stl. kemur fram að þeir sem eigi rétt til bóta skv. lögnum séu sjúklingar, en um nánari skilgreiningu á því hvaða einstaklingar teljast vera sjúklingar í skilningi þeirra er vísað til 2. gr. laga nr. 74/1997 um réttindi sjúklinga. Í 2. gr. þeirra laga kemur fram að sjúklingur sé sá einstaklingur sem notar heilbrigðisþjónustu. Hugtakið er nánar skilgreint í athugasemdum við nefnda grein í frumvarpi því er varð að lögum um réttindi sjúklinga þar sem kemur fram að réttindi samkvæmt lögnum verði virk þegar sjúklingur hefur samskipti við heilbrigðisstarfsmenn, þá hvort heldur sem hann er heilbrigður eða ekki.¹¹¹ Af þessu má ljóst vera að ekki er gerð krafa um að einstaklingur sé veikur til þess að teljast vera sjúklingur í skilningi laganna, enda þarf rannsókn eða lækni meðferð einungis að vera í þágu hans. Falla því einnig fyrirbyggjandi ráðstafanir undir lögin, t.d. bólusetningar. Þá ber að geta þess að fóstur er talið vera sjúklingur í skilningi laganna ef það fæðist lifandi.¹¹²

Yfirleitt er ekki vandkvæðum bundið að ákvarða hvenær einstaklingur er sjúklingur, þ.e. notandi heilbrigðisþjónustu, og hvort um sé að ræða samskipti við heilbrigðisstarfsmann. Þó geta komið upp takmarkatilvik, t.d. ef um óformleg samskipti er að ræða á milli þessara aðila, sbr. neðangreindan dóm Hæstaréttar.

Hrd. 11. desember 2008 (242/2008).

Málsatvik eru þau að hjúkrunarfræðingurinn V er starfaði á augndeild LSH greindist með algjört sjónhinnulos á hægri auga, en stuttu áður hafði hún greint deildarlækkinum A frá því að hún hefði flygsur fyrir því. V vildi meina að hún hefði leitað ráða hjá A vegna þessara einkenna og m.a. spurt hvort ástæða væri að leita til sérfræðings en að A hafi gert lítið úr einkennunum. V vísaði til dreifibréfs vegna lækningaþjónustu við starfsmenn og taldi með vísan til þess að A hefði átt að vísa henni á göngudeild eða sjá til þess að hún yrði skráð inn sem sjúklingur á LSH. A hélt því hins vegar fram að um óformlegt samtal hafi verið að ræða þar sem framangreind einkenni hafi einungis verið nefnd. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestur var af Hæstarétti, taldist staðhæfing V ekki sönnuð og var því lagt til grundvallar að um óformlegt samtal hafi verið að ræða umrætt sinn. Í forsendum héraðsdóms kemur einnig fram að dómurinn geti ekki litið fram hjá því að V var hjúkrunarfræðingur á deildinni og segir: „*Hafi hún orðið vör við einkenni í augum er hún hafði ástæðu til að óttast átti hún umsvifalaust að leita til læknis með þau einkenni*

¹¹¹ Alþt. 1996-97, A-deild, bls. 2705.

¹¹² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4421.

með því að fá tíma hjá lækni til sérstakrar skoðunar. Er það niðurstaða dómsins að ekki sé talið sannað að samtal stefnanda og [A] deildarlæknis hafi verið greiningarviðtal lækni sem hafi gert stefnanda að notanda heilbrigðisþjónustu í skilningi 1. mgr. 1. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu.” Hæstiréttur staðfesti hinn áfrýjaða héraðsdóm.

Af dóminum má ráða að ef ekki er um eiginlegt læknisviðtal að ræða heldur einungis óformlegar samræður á milli þess sem ber upp kvartanir og heilbrigðisstarfsmanns þá getur sá fyrrnefndi ekki talist vera sjúklingur í skilningi stl. Þess ber þó að geta að þessi dómur er sérstakur að því leytinu að þessi aðstaða getur varla komið upp undir öðrum kringumstæðum, þ.e.a.s. þegar einn heilbrigðisstarfsmaður ber einkenni sín undir annan á vinnutíma, þar sem aðrir einstaklingar ættu líklega ekki erindi inn á heilbrigðisstofnanir nema einmitt til þess að mæta í einhverskonar viðtal og/eða skoðun til heilbrigðisstarfsmanns.

Ef sjúklingur lætur lífið í tengslum við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð þá eiga þeir sem missa framfæranda rétt til bóta skv. lögnum, sbr. 2. másl. 1. mgr. 1. gr. stl. Aðrir sem eru honum tengdir öðlast ekki rétt til bóta, sbr. og neðangreindan úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 19. febrúar 2003 (240/2002).

Kærandi taldi að faðir sinn hafði andast vegna læknamistaka. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að framfærsluskylda sé ekki lögum samkvæmt á milli foreldris og barns á þeim aldri sem kærandi var og að ekki yrði ráðið af gögnum málsins að faðirinn væri framfærandi kæranda. Síðan segir: „Missir framfæranda er hins vegar skilyrði bótaréttar skv. 1. gr., þegar annar en sjúklingur sjálfur leitar eftir bótum.” Umsókn um bætur var af þessum sökum vísað frá þar sem kærandi átti ekki aðild að málinu.

Einnig falla þeir einstaklingar sem gangast undir læknisfræðilega tilraun sem er ekki liður í sjúkdómsgreiningu eða meðferð við sjúkdómi viðkomandi undir lögin, sbr. 3. mgr. 1. gr. Þeir einstaklingar geta hvort heldur verið heilbrigðir eða óheilbrigðir ef tilraunin er ekki gerð til að greina eða lækna þann sjúkdóm sem viðkomandi býr við. Tjón þessara einstaklinga vegna tilrauna með lyf fellur einnig undir lögin, en almennt fellur tjón sem verður vegna eiginleika lyfs eða vegna leiðbeininga framleiðanda ekki undir þau, sbr. 3. mgr. 3. gr. og 2. mgr. 4. gr. stl. Þá þótti sanngjarnt að þeir einstaklingar sem gefa vef, líffæri, blóð eða annan líkamsvökva ættu rétt til bóta skv. lögnum, sbr. 4. mgr. 1. gr. stl.¹¹³

Réttur þessara tveggja hópa einstaklinga, þ.e.a.s. þeirra sem gangast undir læknisfræðilega tilraun og líffæragjafa, er í nokkrum atriðum rýmri heldur en sjúklinga. Í fyrsta lagi er ekki gerð sú krafa að tjóninu hafi verið valdið með þeim hætti sem 2. gr. stl. kveður á um, heldur að tjónið sé afleiðing læknisfræðilegrar tilraunar, brottnáms vefs eða annars þess háttar, sbr. 1. mgr. 4. gr. stl. Í öðru lagi er gerð minni krafa um sönnun orsakatengsla en almennt á við á grundvelli stl., þ.e.a.s. að tjón megi að öllum líkindum rekja til þeirra tilvika sem talin eru upp

¹¹³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

í 2. gr., þar sem tjónið þarf einungis að *geta verið afleiðing* tilraunar, brotnáms vefs eða þess háttar nema *allt bendi til þess* að tjónið verði rakið til annars, sbr. 1. mgr. 4. gr. stl. Þá er í þriðja lagi ekki sett sama takmörkun við ákvörðun bótafjárhæðar og á við um sjúklinga þar sem lágmarks - og hámarksbætur laganna, sbr. 1. mgr. 5. gr. stl., eiga ekki við um þessa einstaklinga, sbr. 2. mgr. 5. gr. stl.¹¹⁴ Ekki verður fjallað frekar um bótarétt þessara einstaklinga á grundvelli stl. þar sem ekkert hefur reynt á hann í framkvæmd.

4.5.2. Hvar eru framangreindir einstaklingar tryggðir skv. lögnum?

Sjúklingar eru tryggðir í allri heilbrigðisþjónustunni á grundvelli stl., hvort sem um ríkisrekna þjónustu er að ræða eða ekki.¹¹⁵ Sjúklingatrygging nær þannig til atvika sem eiga sér stað á sjúkrahúsum eða á öðrum heilbrigðisstofnunum, í sjúkraflutningum eða hjá sjálfstætt starfandi heilbrigðisstarfsmönnum sem hafa hlotið löggildingu landlæknis til starfans, sbr. 1. mgr. 1. gr. stl. Þess ber að geta að löggiltar heilbrigðisstéttir eru taldar upp í 1. mgr. 3. gr. laga nr. 34/2012 um heilbrigðisstarfsmenn.

Auk ofangreinds eru sjúklingar tryggðir á erlendum sjúkrahúsum eða á öðrum heilbrigðisstofnunum ef brýna nauðsyn ber til að vista þá þar, sbr. 2. mgr. 1. gr. stl.

4.5.3. Fyrir hverju eru framangreindir einstaklingar tryggðir skv. lögnum?

Aðeins þeir sjúklingar sem verða fyrir líkamlegu eða geðrænu tjóni hér á landi í tengslum við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð eru tryggðir skv. stl., sbr. 1. mgr. 1. gr.

Á grundvelli laganna er líkamlegt tjón, geðrænar afleiðingar líkamstjóns og hreint geðrænt tjón bætt.¹¹⁶ Lögin taka þannig til þess tjóns sem almennt telst til líkamstjóns í skaðabótarétti, en með líkamstjóni er bæði átt við beint tjón á líkama manns, t.d. sár eða beinbrot, og annað heilsutjón hans, t.d. hvers kyns sjúkdómar, hvort sem það leiðir til dauða eður ei, auk þess sem það tekur til geðræns tjóns. Þá nær hugtakið einnig yfir óbeint tjón sem rakið verður til framangreinds, t.d. tekjumissis til skamms eða langs tíma.¹¹⁷

Lögin ná yfir allar rannsóknir, meðferðir o.fl. sem sjúklingurinn sem slíkur gengst undir, þ.e.a.s. þau taka til allra einstaklingsmiðaðra rannsókna og meðferða. Þau taka hins vegar ekki til almennrar heilsueflingar sem beint er að landsmönnum öllum.¹¹⁸ Líkt og áður kom fram er

¹¹⁴ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls.70-71.

¹¹⁵ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4421.

¹¹⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4421.

¹¹⁷ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 56.

¹¹⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls.76.

það ekki skilyrði laganna að viðkomandi einstaklingur, þ.e.a.s. sjúklingur, sé veikur þar sem fyrirbyggjandi ráðstafanir, s.s. bólusetningar, og almennar læknisrannsóknir falla hér undir.¹¹⁹

Af orðalaginu „í tengslum við“ rannsókn eða sjúkdómsmeðferð má ráða að sjúklingur fær það tjón ekki bætt sem rekja má til grunnsjúkdóms eða - ástands sem hefur þróast óháð rannsókn eða meðferð. Hann fær þannig einungis það tjón bætt sem rekja má til rannsóknar eða meðferðar. Sjúklingur öðlast þannig ekki rétt til bóta skv. stl. vegna afleiðinga eða framgangs þess sjúkdóms sem hann þjáist af eða þess slyss sem hann lenti í.¹²⁰ Skiptir þá engu hvort um venjulegan eða óvenjulegan fylgikvilla eða framgang var að ræða, sama hversu sjaldgæfur eða óvæntur hann var.¹²¹ Í dæmaskyni má t.d. nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL, en bótaskyldu er mjög oft hafnað á þeim grundvelli að tjón sjúklings var ekki rakið til meðferðar heldur til grunnsjúkdóms eða slyss.

ÚRAL 26. maí 2010 (215/2009).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir brjósklosaðgerð vegna þriggja vikna sögu um mjóbaksverk með leiðsluverk niður í hægri ganglim. Kærandi taldi að einkenni hennar frá hægri fæti, m.a. dofi, taugakippir og það að fóturinn festist, mætti rekja til aðgerðarinnar. Í niðurstöðu ÚRAL kemur eftirfarandi fram: „*Það er skilyrði bótaskyldu skv. sjúklinga-tryggingalögum að tjón tengist rannsókn eða sjúkdómsmeðferð, en verði ekki rakið til skaðlegra afleiðinga og tjóns sem hlýst af sjúkdómi sem sjúklingur er haldinn fyrir eða slysi sem einstaklingur verður fyrir. Afleiðingar sem raktar verða til sjúkdóms sjálfs eða slyss eru þannig ekki bótaskyldar, en hins vegar getur tjón verið bótaskyldt ef það er fyrst og fremst rakið til mistaka eða dráttar við greiningu eða meðferð.*“ Af gögnum málsins var ráðið að kærandi hafði haft ofskynjun ofan á rist og undir tábergi á hægri fæti fyrir framangreinda aðgerð. Í ljósi framangreinds taldi ÚRAL að það væru minni líkur en meiri á að einkenni kæranda frá hægri fæti, eða versnun þeirra, yrðu rakin til aðgerðarinnar heldur yrðu þau rakin til grunnsjúkdóms kæranda. Bótaskyldu var því hafnað.

Lögin ná hins vegar yfir þau tilvik þar sem unnt hefði verið að koma í veg fyrir afleiðingar eða frekari framgang sjúkdómsins, þá í heild eða að hluta, með því að haga rannsókn og/eða meðferð með öðrum hætti en gert var, sbr. 1.-3. tölul. 2. gr. stl.¹²² Í þessu sambandi má nefna að hafi t.d. röng sjúkdómsgreining eða dráttur á henni haft áhrif á framgang sjúkdómsins til hins verra þá getur sjúklingur átt rétt til bóta skv. 1. eða 2. tölul. 2. gr. stl.¹²³ Afleiðingarnar geta þá t.d. orðið þær að sjúkdómurinn dregst á langinn, að sjúkdómurinn eða meðferðin við honum hefur í för með sér fleiri eða alvarlegri fylgikvilla eða að ekki sé hægt að lækna hann.¹²⁴ Hið sama á við ef viðeigandi meðferð var ekki þá þegar hafin vegna sjúkdómsgreiningar sem var rétt.¹²⁵ Fjallað verður um þetta í kafla 5 um bótagrundvöll laganna.

¹¹⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4421.

¹²⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹²¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 77-78.

¹²² Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 80.

¹²³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹²⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425-4426.

¹²⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 81.

Lögin taka einungis til þess umframtjóns er sjúklingur verður fyrir vegna rannsóknar eða meðferðar eða vegna þess að látið var hjá líða að grípa til viðeigandi meðferðar. Ef t.d. beinbrot hefði haft í för með sér varanlegan miska eða örorku þá á sjúklingur einungis rétt til bóta fyrir það umframtjón sem meðferðin hafði í för með sér í formi hærra miskastigs eða meiri örorku en hann annars hefði hlotið af áverkanum einum og sér.¹²⁶ Til þess að ákvarða hvort um tjón hafi verið að ræða í skilningi stl. þarf því að bera saman tvær atburðarrásir. Annars vegar hvernig heilsufar sjúklings hefði orðið ef rannsókn eða meðferð hefði gengið áfallalaust fyrir sig, og hins vegar raunverulegan gang mála í ljósi rannsóknarinnar eða meðferðarinnar, en stl. er einungis ætlað að bæta mismuninn þarna á milli.¹²⁷

Þegar framangreint er metið er nægjanlegt að sýna fram á að tjón sjúklingsins sé *að öllum líkindum* að rekja til rannsóknar eða meðferðar, sbr. 2. gr. stl.,¹²⁸ en með þessu er dregið úr almennum kröfum skaðabótaréttarins um sönnun orsakatengsla.¹²⁹ Fjallað verður um sönnun í 6. kafla.

Sjúklingur öðlast heldur ekki rétt til bóta eingöngu á þeim forsendum að meðferð við sjúkdómi hans eða slysi bar ekki tilætlaðan árangur,¹³⁰ þ.e.a.s vegna þess að meðferðin leiddi ekki til þess árangurs sem vonast var til eða sem venjulega mátti búast við.¹³¹ Sjúklingurinn ber því eftir sem áður áhættuna af gagnsemi meðferðar.¹³² Tjóni þarf þannig að hafa verið valdið með þeim hætti sem lögin kveða á um, sbr. 1.-4. tölul. 2. gr. stl. Í dæmaskyni má nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 13. apríl 2005 (54/2005).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut beinbrot á vi. upphandleggsbeini og hlaut hún lokaða (konservativa) meðferð við áverkanum þar sem gert var að brotinu og gipsað. Þar sem sú meðferð bar ekki tilætlaðan árangur var brotið fest með opinni aðgerð þremur mánuðum síðar. Kærandi taldi að um mistök hafi verið að ræða þar sem aðgerð hafi ekki verið gerð fyrr. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að það sé ekki nóg til bótaskyldu að tjón hafi orðið, heldur verði að vera hægt að rekja tjónið til meðferðar. Ef tjón verður ekki rakið til meðferðar er bótaskylda ekki fyrir hendi. Síðan segir: „Það að ekki náðist árangur með lokaðri meðferð þýðir ekki að meðferð hafi verið ábótavant. Það er álit nefndarinnar að meðferð hafi verið hagað í samræmi við þekkingu og reynslu á þessu sviði og ekkert sem bendir til þess að vandamál kæranda í dag megi rekja til þess að meðferð vegna brotsins hafi verið áfátt á nokkurn hátt heldur verði rakin til brotsins sjálfs.“ Bótaskylda var því ekki fyrir hendi á grundvelli laganna.

¹²⁶ Bo von Eyben og Helle Isager: „Lærebog i erstatningsret“, bls. 393-394.

¹²⁷ Ingibjörg Georgsdóttir og Una Björk Ómarsdóttir: „Lög um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 - fyrstu skref við framkvæmd nýrra laga“, bls. 701.

¹²⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹²⁹ Bo von Eyben og Helle Isager: „Lærebog i erstatningsret“, bls. 394.

¹³⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹³¹ Bo von Eyben og Helle Isager: „Lærebog i erstatningsret“, bls. 393.

¹³² Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana“, bls. 51.

Hafi sjúklingur þannig að öllum líkindum orðið fyrir líkamstjóni í tengslum við rannsókn eða læknismeðferð kemur til skoðunar hvort það tjón megi að öllum líkindum rekja til nánar tiltekinna tilvika sem fram koma í 1.-4. tölul. 2. gr. stl., en þar kemur fram hvernig tjóni þarf að hafa verið valdið til þess að um bótaskyldu sé að ræða, þ.e.a.s. hvort bótagrundvöllur sé til staðar skv. stl. Bæði framangreind skilyrði, þ.e.a.s. að tjón hafi orðið í tengslum við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð og að tjónið hafi orðið með þeim hætti sem 1.-4. tölul. 2. gr. stl. kveður á um, þurfa að vera uppfyllt til þess að unnt sé að greiða bætur á grundvelli stl., og fellur þannig ekki allt það tjón sem sjúklingur kann að verða fyrir í tengslum við rannsókn eða meðferð undir lögin.¹³³ Í kafla 5 hér að neðan verður nánar fjallað um 2. gr. stl.

5. Bótagrundvöllur laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

Bótagrundvöllur stl. kemur fram í 2. gr., sem er meginákvæði þeirra. Skilyrði bóta er að tjónið sé í tengslum við rannsókn eða læknismeðferð, sbr. 1. gr., og megi að öllum líkindum rekja til nánar tilgreindra atvika sem talin eru upp í fjórum tölulíðum, sbr. 2. gr., en það er nóg að einungis einn þessara tölulíða eigi við.¹³⁴ Ákvæðið er svohljóðandi:

Bætur skal greiða án tillits til þess hvort einhver ber skaðabótaábyrgð samkvæmt reglum skaðabótaréttarins, enda megi að öllum líkindum rekja tjónið til einhvers eftirtalinnna atvika:

1. Ætla má að komast hefði mátt hjá tjóni ef rannsókn eða meðferð við þær aðstæður sem um ræðir hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.
2. Tjón hlýst af bilun eða galla í tæki, áhöldum eða öðrum búnaði sem notaður er við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð.
3. Mat sem síðar er gert leiðir í ljós að komast hefði mátt hjá tjóni með því að beita annarri meðferðaraðferð eða -tækni sem völ var á og hefði frá læknisfræðilegu sjónarmiði gert sama gagn við meðferð sjúklings.
4. Tjón hlýst af meðferð eða rannsókn, þ.m.t. aðgerð, sem ætlað er að greina sjúkdóm og tjónið er af sýkingu eða öðrum fylgikvilla sem er meira en svo að sanngjarnt sé að sjúklingur þoli það bótaalaust. Annars vegar skal líta til þess hve tjón er mikið og hins vegar til sjúkdóms og heilsufars sjúklings að öðru leyti. Þá skal taka mið af því hvort algengt er að tjón verði af meðferð eins og þeirri sem sjúklingur gekkst undir og hvort eða að hve miklu leyti gera mátti ráð fyrir að hætta væri á slíku tjóni.

Á grundvelli ákvæðisins greiðast þannig bætur vegna heilsutjóns sem unnt hefði verið að komast hjá ef rannsókn eða meðferð hefði verið hagað öðruvísi, sbr. 1. - 3. tölul., og einnig til óhjákvæmilegs heilsutjóns vegna sýkinga eða fylgikvilla meðferðar sem þykir ósanngjarnt að sjúklingur þoli bótaalaust, sbr. 4. tölul. Fyrst kemur til skoðunar hvort 1. tölul. eigi við, svo 2. tölul. o.s.fr.¹³⁵ Falli tjón sjúklings ekki að öllum líkindum undir einn af þessum tölulíðum þá

¹³³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 74-75.

¹³⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹³⁵ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422-4423.

er það þess eðlis að hann má með sanngirni bera það sjálfur, en í þessu sambandi má nefna, líkt og áður hefur komið fram, að læknismeðferð getur oft falið í sér áhættu á tjóni sem er þó minna en væntanlegur framgangur sjúkdómsins myndi valda ef ekkert yrði að gert.¹³⁶

Í 3. gr. stl. koma fram þrjár reglur sem takmarka bótarétt sjúklinga skv. 2. gr. stl.¹³⁷ Í 1. mgr. 3. gr. er fjallað um tjón vegna rangrar sjúkdómsgreiningar, en slík tjón fást eingöngu bætt í þeim tilvikum sem nefnd eru í 1. og 2. tölul. 2. gr. stl. Í 2. mgr. 3. gr. er fjallað um eiginleg slys, en þegar um eiginleg slys er að ræða ákvarðast bótaréttur í samræmi við almennar reglur skaðabótaréttarins. Í 3. mgr. 3. gr. kemur svo fram að tjón vegna eiginleika lyfja séu ekki bætt á grundvelli stl.

Í 4. gr. stl. er bótaréttur á grundvelli stl. hins vegar rýmkaður,¹³⁸ en þar er réttur þeirra er gangast undir læknisfræðilega tilraun og líffæragjafa í nokkrum atriðum rýmri heldur en sjúklinga, og vísast til þess sem áður kom fram um það hér að framan.

Verður nú fjallað um hvern og einn tölulið 2. gr. stl., um skilyrði þeirra og um framkvæmd í íslenskum rétti, þá aðallega hjá ÚRAL þar sem álitafni tengd stl. hafa mjög sjaldan ratað til íslenskra dómstóla. Einnig verður fjallað í grófum dráttum um 3. gr. stl., en aðal umfjöllunarefni ritgerðarinnar er 2. gr. stl. Líkt og áður kom fram verður ekki fjallað frekar um 4. gr. stl., en ekkert hefur reynt á það ákvæði í framkvæmd.

5.1. 1. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

Í fyrsta lagi skal athuga hvort 1. tölul. 2. gr. stl. eigi við um tilvik sjúklings. Ákvæðið tekur til tjóns sem að öllum líkindum hefði mátt komast hjá „*ef rannsókn eða meðferð við þær aðstæður sem um ræðir hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.*”

Þess ber að geta að 1. tölul. var öðruvísi orðaður í fyrra frumvarpi til laga um sjúklingatryggingu frá 1991, sem náði þó ekki fram að ganga, en hann er sá eini af þeim fjórum tölul. 2. gr. sem breyttist frá fyrra frumvarpi. Þar var ákvæðið orðað með þeim hætti að það tæki til tjóns sem ætla mætti að komast hefði mátt hjá ef *reyndur sérfræðingur* á því sviði og við þær aðstæður, sem um ræddi, hefði hagað rannsókn eða meðferð á annan hátt en gert var.¹³⁹ Það frumvarp var samið að fyrirmynd dansks lagafrumvarps sem varð að lögum þar í landi,¹⁴⁰ en í

¹³⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 74-75.

¹³⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹³⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹³⁹ Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 4093.

¹⁴⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4415.

dag er sama ákvæði hinna dönsku laga um sjúklingatryggingu orðað með sama hætti, þ.e.a.s. miðað er við hinn reynda sérfræðing, svokallaðan sérfræðingamælikvarða.¹⁴¹

Hvergi í lögskýringargögnum með stl. kemur fram skýring á því af hverju horfið var frá fyrra orðalagi, en við samningu laganna var miðað við frumvarpið frá 1991, jafnframt sem hliðsjón var höfð af sjúklingatryggingu á hinum Norðurlöndunum og þeirri réttarþróun sem átt hafði sér stað frá 1991.¹⁴²

Af samanburði á orðalagi ákvæðanna má vart sjá neinn efnislegan mun en með skírskotun til orðalagsins „*hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði*” má ætla að verið sé að miða við hinn færa og reynda sérfræðing á viðkomandi sviði enda á hann almennt að haga sér í samræmi við þá þekkingu og reynslu sem er til staðar innan þess. Þessu til frekari stuðnings má vísa til ársskýrslu Tryggingastofnunar ríkisins árið 2005-2006 um sjúklingatryggingu, en þar er vísað til „sérfræðingamælikvarðans” þegar talað er um 1. tölul.¹⁴³ Með þessu nýja orðalagi má ætla að löggjafinn hafi aðeins verið að leggja áherslu á það að sök einhvers tiltekins heilbrigðisstarfsmanns, þ.á m. sérfræðings, er ekki skilyrði bóta á grundvelli ákvæðisins,¹⁴⁴ og þannig e.t.v. verið að ópersónugera matið enn frekar í hugum fólks. Í ljósi ofangreinds, að í raun sé um sömu reglu að ræða þrátt fyrir breytt orðalag, má til hliðsjónar líta til danskra fræðirita og framkvæmdar til skýringar á ákvæðinu.

Algengast er að mál séu samþykkt á grundvelli 1. tölul., og einnig 4. tölul., hjá SÍ,¹⁴⁵ áður hjá TR.¹⁴⁶ Af yfirferð yfir úrskurði ÚRAL má einnig sjá að oftast er ágreiningur um hvort 1. tölul. eigi við í tilteknu tilviki. Í umfjölluninni hér að neðan verður fjallað nánar um skilyrði 1. tölul. og hvernig honum hefur verið beitt í framkvæmd, en auk þess verður hann borinn saman við almennan bótarétt sjúklinga, þ.e.a.s. við sakarregluna. Fyrst verður fjallað um hvað felist í því að haga rannsókn eða meðferð eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Þar á eftir verður fjallað sérstaklega um ranga sjúkdómsgreiningu þar sem sérákvæði er um það í 1. mgr. 3. gr. stl., en það ákvæði er m.a. tengt við bótaskilyrði 1. tölul. Þá verður fjallað um það skilyrði ákvæðisins að miða skuli við þær aðstæður sem um ræðir og í lokin verður fjallað um það skilyrði að það verður að hafa verið unnt að komast hjá tjóni til þess að bótaskylda verði viðurkennd á grundvelli 1. tölul.

¹⁴¹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 71.

¹⁴² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4415.

¹⁴³ *Sjúklingatrygging skv. lögum nr. 111/2000*, bls. 13.

¹⁴⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

¹⁴⁵ *Sjúklingatrygging ársskýrsla 2010*, bls. 6-7.

¹⁴⁶ *Sjúklingatrygging skv. lögum nr. 111/2000*, bls. 13.

5.1.1. Hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu

Orðalag ákvæðisins ber skýrt með sér að það geri ekki ráð fyrir að tjón sjúklings megi rekja til sagnæmrar háttsemi eða vanrækslu einhvers þess heilbrigðisstarfsmanns sem kom að meðferð hans, eða m.ö.o. það er ekki skilyrði 1. tölul. að sá starfsmaður er mistökin gerði hefði *átt* að bregðast öðruvísi við í ljósi þekkingar sinnar og reynslu og að þannig hafi *átt* að komast hjá tjóni. Það sem ræður er hvort komast hefði *mátt* hjá tjóni sjúklings *ef* rannsókn eða meðferð við þær aðstæður sem um ræðir hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.¹⁴⁷ Þetta er sérstaklega áréttað í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð í frumvarpi því er varð að stl.

Af þessu má ljóst vera að orðið mistök er hér notað í mun rýmri merkingu en almennt á við í lögfræði,¹⁴⁸ en skv. Lögfræðiorðabókinni merkir orðið mistök það sama og gáleysi.¹⁴⁹ Ákvæðið sem hér um ræðir tekur hins vegar til allra mistaka, óháð sök, sbr. einnig úrskurði *ÚRAL 25. ágúst 2004 (117/2004)* og *13. apríl 2005 (54/2005)* en þar segir að orðið mistök sé notað í víðtækari merkingu en almennt tíðkist við lögskýringu og að ekki skipti máli hvernig mistök séu, heldur verði að *vega og meta hlutlægt* hvort afstýra hefði mátt tjóni með því að haga meðferð eins vel og unnt hefði verið.

Mistökin geta t.d. falist í hvers konar rangri meðferð, en orsök þess getur t.a.m. verið röng sjúkdómsgreining, sbr. 1. mgr. 3. gr. stl., eða annað sem veldur því að notuð er meðferð sem á ekki rétt á sér út frá læknisfræðilegu sjónarmiði eða þá að beðið er með að grípa til víðeigandi meðferðar. Hið sama á við ef röng aðferð eða tækni er notuð, en auk þessa tekur ákvæðið til gáleysis við meðferð sjúklings eða við eftirlit á honum.¹⁵⁰

Ákvæðið á margt sameiginlegt með sakarreglunni, en er um margt mjög ólíkt líka,¹⁵¹ en sú grundvallar hugsun sem býr að baki sakarreglunni, um að hver og einn beri ábyrgð á gjörðum sínum á grundvelli sakar, á ekki við um 1. tölul. Ákvæðið er mun víðtækara en svo, sbr. ofangreint, en við matið á því hvort um bótaskyld mistök hafi verið að ræða er ekki tekið mið af t.d. hinum góða og gegna lækni, heldur er byggt á þeirri sérfræðiþekkingu sem er til staðar á viðkomandi sviði á hverjum tíma.¹⁵² Fyrirmynd að æskilegri háttsemi miðast þannig út frá hærra viðmiði en ella og á við um alla, óháð þekkingu þeirra og reynslu.¹⁵³ Matið er þannig í raun hlutlægt í garð þeirra sem hafa ekki þá sérfræðiþekkingu sem til þarf til að standa undir

¹⁴⁷ Bo von Eyben og Helle Isager: „*Læreboeg i erstatningsret*”, bls. 396.

¹⁴⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

¹⁴⁹ Páll Sigurðsson: „*Lögfræðiorðabókin*”, bls. 289.

¹⁵⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

¹⁵¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

¹⁵² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 71-72.

¹⁵³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 109.

þeim kröfum sem ákvæðið setur. Af þessum sökum hefur það enga þýðingu skv. ákvæðinu að athuga nánar hvort einhver tiltekinn heilbrigðisstarfsmaður hafi í tilteknu tilviki raunverulega viðhaft saknæma háttsemi eða vanrækslu.¹⁵⁴ Framangreint er í samræmi við tilgang stl. um að veita sjúklingum víðtækari rétt til bóta en þeir annars ættu á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins, auk þess sem ákvæðið ætti að leiða til þess að horfið yrði frá því að kenna einhverjum um hvernig fór, enda markmiðið ekki að einangra einhvern tiltekinn heilbrigðisstarfsmann og sanna á hann saknæma háttsemi.

Af því sem nú hefur verið sagt má hins vegar ljóst vera að 1. tölul. tekur sjálfkrafa til allra sakartilfella, að því tilskyldu að önnur skilyrði laganna séu uppfyllt,¹⁵⁵ sbr. 1. og 2. gr. stl., en líkt og áður kom fram var markmið stl. ekki einungis að rýmka rétt sjúklinga til bóta heldur einnig að stuðla að því að sjúklingar sem ættu rétt til bóta á grundvelli sakarreglunnar næðu fram þeim rétti sínum, m.a. með réttarfarslegri ívilnun þeim til handa.¹⁵⁶

Til nánari skýringar á framangreindum mun má nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 25. ágúst 2004 (117/2004).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut beinbrot á sköflungi og gekkst undir aðgerð þar sem gert var að brotinu. Aðgerðin gekk vel en tveimur mánuðum eftir hana kom fram roði á aðgerðarsvæði og rúmum mánuði síðar var roðinn vaxandi og einnig var komið drep í sárið. Engar bakteríur greindust á þeim tímapunkti en nokkrum dögum síðar voru ein-kenni kæranda enn vaxandi og ræktuðust þá bakteríur og sýking þar með staðfest. Í álitgerð Landlæknisembættisins kom fram að nokkurn tíma hafi tekið að greina sýkinguna en að lækna hafi gengið að vandamálinu á réttan og eðlilegan hátt og brugðist rétt við þegar sýking kom óyggjandi í ljós. Þá kom þar fram að vandamál kæranda mætti ekki rekja til handvammur eða mistaka lækna. Í niðurstöðu ÚRAL kom fram að *ekki væri dregið í efa að lækna þeir er hlut áttu að máli hafi fylgt réttum verklagsreglum* þegar grunur hafi vaknað um sýkingu og að það væri eðlilegt að greining sýkinga tæki nokkurn tíma vegna ræktunar á sýnum o.s.frv. ÚRAL tók hins vegar fram að nokkuð langur tími hafi liðið frá því grunur vaknaði um sýkingu og þar til meðferð við henni hófst, en ástæða þess hafi m.a. verið sú að bakteríur greindust ekki þrátt fyrir að greina mætti byrjun dreps. ÚRAL horfði til þess við skýringu á 1. tölul. að það tæki til allra mistaka og að orðið væri notað í mun víðtækari merkingu en almennt við lögskýringar, þ.e.a.s. að ekki skipti máli hvernig mistökin væru, heldur yrði að *vega og meta það hlutlægt hvort afstýra hefði mátt tjóni með því að haga meðferð eins vel og unnt hefði verið*. ÚRAL komst síðan að þeirri niðurstöðu að greina hefði mátt sýkinguna fyrr sérstaklega þegar það væri virt að drep var komið í sárið á ákveðnum tímapunkti. Síðan segir: „*Af þessu leiðir að mati nefndarinnar að grípa hefði mátt fyrr til sýklalyfjameðferðar en raun varð á. Það er því að mati nefndarinnar að mistök í skilningi 1. tl. hafi átt sér stað.*” Bótaskylda var hins vegar ekki viðurkennd þar sem tjónið var ekki að öllum líkindum rakið til þess dráttar er varð á greiningu sýkingarinnar.

Í úrskurðinum kom skýrt fram að ekki hafi verið um saknæma háttsemi að ræða og að þeir lækna er hlut áttu að máli hafi fylgt öllum verklagsreglum. ÚRAL mat það hlutlægt hvort af-

¹⁵⁴ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 92.

¹⁵⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 71.

¹⁵⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 92.

stýra hefði mátt tjóni með því að haga meðferð eins vel og unnt hefði verið og taldi að það hefði mátt greina sýkinguna fyrir og hefja meðferð við henni fyrir en raun varð. Í ljósi þessa hefðu orðið mistök í skilningi 1. tölul. þrátt fyrir að lækna hefðu ekki viðhaft neina saknæma háttsemi.

Hins vegar má nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 16. maí 2012 (442/2011).

Málsatvik eru þau að kærandi fékk mænudeyfingu í fæðingu. Deildarlækni gekk erfiðlega að leggja deyfinguna og reyndi nokkrum sinnum áður en kallaður var til sérfræðingur sem lagði deyfinguna án vandkvæða. Í vottorði heila- og taugaskurðlæknis kom m.a. fram að kærandi hafi orðið fyrir áverka á taug við tilraunir deildarlæknis til deyfingar. Einnig kom þar fram að ekki væri óeðlilegt að deildarlæknir, sem væri reyndur aðstoðarlæknir, reyndi að leggja deyfingu fyrst en kallaði svo til sérfræðings þegar aðstoðar væri þörf. Kærandi taldi í ljósi þessa að meðferðin sem hún fékk hafi ekki verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Sí hafnaði bótaskyldu á þeim grundvelli að orsakasamband væri ekki á milli einkenna kæranda og mistaka, en tók jafnframt fram í greinargerð sinni að ekkert í gögnum málsins benti til þess að neinu hafi verið ábótavant varðandi það að sérfræðingur hafi ekki verið kallaður til þá þegar, en að það væri *viðtekin venja að deildarlæknir legði deyfingu*. Sú staðreynd að kalla hafi þurft til sérfræðings væri ekki sönnun um *handvömm*. ÚRAL taldi að kærandi hafi orðið fyrir taugaskaða við mænudeyfinguna en tók ekkert á því hvort um mistök hafi verið að ræða í skilningi 1. tölul., en einungis var fjallað um bótaskyldu á grundvelli 4. tölul. Af þessu má ljóst vera að ÚRAL taldi ekki að um mistök hafi verið að ræða.

Deila má um hvort ekki hafi verið um bótaskyld mistök að ræða í ofangreindu tilviki en af málsatvikum má ljóst vera að ef sérfræðingur hefði framkvæmt mænudeyfinguna þá hefði hún gengið mun betur fyrir sig og þá hefði líklega verið unnt að komast hjá tjóni. Þrátt fyrir að það hafi verið viðtekin venja að láta deildarlækni leggja deyfingu þá á það ekki að hafa áhrif á bótaskyldu enda hefði verið unnt að haga meðferðinni betur. Hlutlægt séð má þannig ætla að um mistök hafi verið að ræða í skilningi 1. tölul.

Á grundvelli hinnar almennu sakarreglu þarf að draga mörk á milli gáleysis og óhapps, en ef um óhapp er að ræða fellur tjón tjónþolans ekki undir sakarregluna.¹⁵⁷ Þar sem 1. tölul. er ekki einskorðaður við sök einhvers tiltekins heilbrigðisstarfsmanns má velta þeirri spurningu fyrir sér hvort ákvæðið taki þá til óhappatilvika.

Þegar um óhappatilvik er að ræða á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins verður tjón rakið til tiltekinnar háttsemi einhvers, en þeim aðila er viðhafði háttsemina verður þó ekki kennt um hvernig fór,¹⁵⁸ enda hagaði hann sér í samræmi við t.d. fyrirmæltu eða venjubundna háttsemi á viðkomandi sviði.¹⁵⁹ Sem dæmi um þetta hefur t.d. verið vísað til *Hrd. 2001, bls. 4036 (78/2001)* þar sem málsatvik voru þau að tjónþoli gekkst undir rótfyllingaraðgerð hjá

¹⁵⁷ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 54-55.

¹⁵⁸ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 142.

¹⁵⁹ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 145.

tannlækni og fékk sýkingu í kjölfarið sem leiddi til höfuðverkja í þó nokkur ár. Dómkvaddir matsmenn töldu að orsakatengsl væru til staðar en töldu hins vegar að tannlæknirinn hefði hagað meðferð á viðurkenndan hátt og þannig ekki orðið á mistök. Hæstiréttur sýknaði tannlækninn með vísan til þessa.

Á grundvelli 1. tölul. hafa óhappatilvik heldur ekki leitt til bótaskyldu og falla þau þannig ekki undir ákvæðið, sbr. úrskurð *ÚRAL 9. febrúar 2005 (362/2004)*. Málsatvik voru þau að kærandi gekkst undir lyfjameðferð vegna krabbameins. Í einni lyfjagjöfinni fór lyfið út fyrir æð og olli kæranda tjóni, en slíkt var ekki algengt en þó þekkt afleiðing lyfjagjafar. Í niðurstöðu *ÚRAL* kemur fram að staðið hafi verið að lyfjagjöfinni með hefðbundnum hætti og að ekki yrði ráðið af gögnum málsins að nein mistök hafi átt sér stað við meðferðina, auk þess sem ekki yrði fullyrt í málinu hvers vegna atvikið varð. Síðan segir: „*getur óhapp sem þetta gerst án þess að neitt hafi verið við framkvæmd og eftirlit lyfjagjafarinnar að athuga.*” Með vísan til þessa voru bótaskilyrði ekki talin vera fyrir hendi.

Þó ber að hafa í huga að óhappatilvik hljóta að vera metin öðruvísi á grundvelli 1. tölul. en á grundvelli almennra reglna, sbr. það sem áður kom fram um þann mismun sem er á milli 1. tölul. og sakarreglunnar, og ætti því meira að þurfa að koma til, til þess að um óhappatilvik væri að ræða en ella. Ef rannsókn eða lækni meðferð var þannig hagað í samræmi við bestu þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði en ekki einungis í samræmi við fyrirmæltu eða venjubundna háttsemi þá fyrst má ætla að um óhappatilvik hafi verið að ræða í skilningi stl. Í ljósi þessa getur 1. tölul. náð yfir svokölluð óhappatilvik í skilningi sakarreglunnar.

Ákvæðið gildir um öll þau skref sem eru tekin við rannsókn og meðferð sjúklinga, þ.e.a.s. það á við um sjúkdómsgreininguna, um val og framkvæmd meðferðar og aðferða við hana, auk þess sem ákvæðið á við um eftirlit með sjúklingi.¹⁶⁰

Ofangreint er í samræmi við sakarregluna en þegar fjallað er um bótaábyrgð á grundvelli hennar er yfirleitt fjallað um hvern og einn þessara liða sjálfstætt,¹⁶¹ en hver þeirra hefur verið talinn til sérstaks bótagrundvallar og þeir metnir óháð hvor öðrum. Þess ber að geta að sakarmatið er mis strangt eftir því hvort um sjúkdómsgreiningu eða val á lækni meðferð er að ræða eða hvort um framkvæmd lækni meðferðar er að ræða.¹⁶² Þegar t.d. um val á meðferð er að ræða hefur læknir nokkuð svigrúm til mats,¹⁶³ en þegar um framkvæmd hennar er að ræða hefur hann ekki jafn mikið svigrúm.¹⁶⁴ Mat á hinu síðarnefnda er þar af leiðandi strangara.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 72.

¹⁶¹ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 231.

¹⁶² Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 52.

¹⁶³ Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 48.

¹⁶⁴ Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar*, bls. 51.

Fjallað verður sérstaklega um sjúkdómsgreiningu í næsta kafla þar sem sérákvæði er í 1. mgr. 3. gr. stl. um ranga sjúkdómsgreiningu.

Þegar kemur að vali á lækni meðferð, þ.á m. vali á aðferð og tækni, á sjúklingur rétt til bóta á grundvelli 1. tölul. ef hann fékk ekki þá meðhöndlun sem hann með réttu hefði átt að fá í ljósi bestu þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði, eða fékk hana á síðari tímapunkti. Þetta er auðvitað háð því að þá hefði að öllum líkindum verið unnt að komast hjá tjóni sjúklingsins, þ.e.a.s. hjá frekari framgangi eða afleiðingum grunnsjúkdómsins eða -ástandsins. Í þessu felst einnig hvort unnt hefði verið að flytja eða vísa sjúklingi á aðra heilbrigðisstofnun, t.d. vegna þess að þau tæki eða sérfræðiþekking sem til þurfti til að veita ákjósanlegustu meðferðina var ekki til staðar.¹⁶⁶

Sjúklingur ætti einnig rétt til bóta ef meðferð var framkvæmd sem átti ekki rétt á sér,¹⁶⁷ sbr. úrskurð *ÚRAL 9. mars 2004 (292/2004)*, en úrskurðurinn verður reifaður síðar í ritgerðinni.

Þess ber að geta að það telst ekki til mistaka í skilningi 1. tölul. að meðferð heppnist ekki, eða skili ekki tilætluðum árangri,¹⁶⁸ ef henni var sannarlega hagað í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurði *ÚRAL*.

ÚRAL 13. apríl 2005 (54/2005).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut beinbrot á upphandleggsbein og hlaut í kjölfarið meðhöndlun með lokaðri meðferð þar sem gert var að brotinu og það gipsað. Hins vegar varð lítill gróandi í brotinu og þar sem meðferðin sýndi ekki nægilegan árangur þá var ákveðið að festa brotið með opinni aðgerð um þremur mánuðum síðar. Kærandi vildi meina að um mistök hafi verið að ræða í ljósi þess hversu langur tími leið frá slysi og þar til gert var að brotinu í aðgerð. *ÚRAL* taldi eðlilegt að beita lokaðri meðferð við upphandleggsbroti og leita allra leiða til lækninga áður en gripið væri til aðgerða enda grói flest brot þannig, auk þess sem hafa yrði í huga að fylgikvillar væru algengir við opnar aðgerðir. Þá taldi *ÚRAL* að þriggja mánaða bið væri ekki óeðlilega langur tími í sambærilegum tilvikum. Í niðurstöðu *ÚRAL* segir síðan: „Það að ekki náðist árangur með lokaðri meðferð þýðir ekki að meðferð hafi verið ábótavant. Það er álit [*ÚRAL*] að meðferð hafi verið hagað í samræmi við þekkingu og reynslu á þessu sviði”. Þá kemur fram að ekki yrði annað séð en að öll meðferð hafi verið með venjubundnum hætti og í höndum sérfræðinga og taldi *ÚRAL* að engar vísbendingar hafi verið um að beita hefði átt annarri aðferð í upphafi.

Eðli málsins samkvæmt á hið sama við þegar mistök eru metin á grundvelli sakar, og er árangur lækni meðferðar þannig almennt á áhættu sjúklings,¹⁶⁹ sbr. t.d. *Hrd. 2002, bls. 3035 (68/2002)*. Þar taldi stefnandi að mistök hafi verið gerð við val á aðgerðartegund. Í forsendum héraðsdóms, sem staðfestur var í Hæstarétti, kom fram að ekki hafði verið um mistök að ræða

¹⁶⁵ Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 52.

¹⁶⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 114.

¹⁶⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

¹⁶⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

¹⁶⁹ Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 50-51.

við valið þótt tilætlaður árangur hefði ekki orðið af aðgerðinni, og engu talið skipta þótt sambærileg aðgerð og sú sem hætt var við að framkvæma á sínum tíma var síðar framkvæmd með betri árangri.

Á grundvelli 1. tölul. 2. gr. stl. hefur bótaskyldu oft verið hafnað með vísan til þess að tiltekin meðferð hafi verið hefðbundin og í fullu samræmi við þær aðferðir sem tíðkaðar væru í sambærilegum tilvikum, eða til þess að meðferð hafi verið í fullu samræmi við almennt viðtekna og viðurkennda læknisfræði, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 30. maí 2012 (15/2012).

Kærandi hlaut beinbrot á vinstra viðbein og var meðhöndlaður með 8-tölu bindi. Rúmlega ári síðar gekkst kærandi undir aðgerð þar sem gert var að brotinu. Kærandi vildi meina að aðgerð hafi verið heppilegri kostur sem fyrsta meðferð enda hafi brotið þá loksins farið að gróa. Í niðurstöðu ÚRAL kemur m.a. fram að sú meðferð við viðbeinsbroti sem var valin hafi verið í fullu samræmi við almennt viðtekna og viðurkennda læknisfræði og ekki væri að sjá að önnur meðferð hefði skilað betri árangri. Bótaskylda var því ekki samþykkt.

ÚRAL 28. ágúst 2013 (102/2013).

Kærandi hlaut áverka á vinstri öxl og fékk meðferð með sterasprautu. Í kjölfarið greindist hann með sýkingu í liðnum. Kærandi vildi meina að hann hafi ekki átt að fá meðferð með sterasprautu heldur að tilefni hafi verið til aðgerðar. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að meðferð kæranda hafi verið hefðbundin og í fullu samræmi við þær aðferðir sem tíðkaðar væru í tilvikum sem þessum og að ekkert í gögnum málsins benti til mistaka. Bótaskylda var því ekki byggð á 1. tölul. Bótaskylda var hins vegar viðurkennd á grundvelli 4. tölul.

ÚRAL 9. október 2013 (29/2013).

Kærandi hlaut áverka á vinstri öxl og var greindur með lítið tilfært brot á upphandleggshálsi vinstri axlar og var í kjölfarið meðhöndlaður með fatla. Við skoðun um mánuði síðar kom í ljós að brotið var kurlað og sat ekki nógu vel og var því ákveðið að gera að brotinu í aðgerð. Kærandi hlaut taugaskemmdir og taldi að tjónið mætti rekja til þess að hann hafi fengið ranga meðferð fyrst, þ.e.a.s. með fatla. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að sú meðferð við broti um upphandleggsháls sem valin var í upphafi hafi verið í fullu samræmi við almennt viðtekna og viðurkennda læknisfræði og að ekki væri að sjá að önnur meðferð hefði skilað betri árangri.

Í þessu sambandi ber að geta þess sem áður kom fram, að á grundvelli hinnar almennu sakarreglu hefur læknir nokkuð svigrúm til mats þegar kemur að vali á læknismeðferð,¹⁷⁰ en oft er það svo að tvær eða fleiri læknismeðferðir koma til greina við meðferð sjúklings og þarf læknir þá að meta hvaða meðferð hann telur þá ákjósanlegustu í því tiltekna tilviki. Hann skal við matið taka tillit til almenns heilbrigðisástands sjúklingsins en ekki eingöngu til þess kvilla er hann þjáist af.¹⁷¹ Framangreint mat getur oft verið vandasamt,¹⁷² og stendur læknir því oft frammi fyrir erfiðu verkefni þegar kemur að vali á meðferðarleið.

¹⁷⁰ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 48.

¹⁷¹ Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar*, bls. 47.

¹⁷² Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

Talið hefur verið að ef læknir heldur sig innan viðurkenndrar læknismeðferðar sé ekki um bótaskyldu að ræða á grundvelli sakarreglunnar,¹⁷³ sbr. áðurreifaðan *Hrd. 2004, bls. 4545 (178/2004)* þar sem Strömbeck aðgerð var talin viðurkennd aðferð við brjóstaminnkun og var bótaskylda því ekki talin vera fyrir hendi.

Í ljósi framangreinds má vel velja því fyrir sér hvort 1. tölul. sé í framkvæmd metinn með sama hætti og sakarreglan að þessu leyti, sbr. skírskotun ÚRAL til hefðbundinnar meðferðar og til meðferðar sem er í samræmi við viðurkennda læknisfræði.

Viðurkenning á meðferðarúrræði er alla jafna undir því komin að hún byggi á faglegum og góðum læknisfræðilegum röksemdum, og að klínískar eða vísindalegar rannsóknir liggi henni að baki sem sanni kosti hennar í samanburði við aðrar meðferðir.¹⁷⁴ Hins vegar má ætla að viðurkennd eða hefðbundin meðferð þurfi ekki endilega alltaf að vera sú besta eða í takt við þá þekkingu og reynslu sem er til staðar innan tiltekins sérfræðisviðs hverju sinni.¹⁷⁵ Nýjar tiltækar aðferðir eða meðferðarmöguleikar geta t.d. komið til í ljósi nýrrar, eða nýtilkominnar, þekkingar og reynslu innan tiltekins sérfræðisviðs og talist betri en þær sem eru venjulega notaðar og viðurkenndar.¹⁷⁶

Í ljósi orðalags og tilgangs 1. tölul. má ætla að læknar ættu að hafa minna svigrúm til mats á vali á læknismeðferð en þeir hafa á grundvelli almennra reglna enda á við mat á bótaskyldu skv. 1. tölul. að miða við bestu þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.

Með vísan til ofangreinds ættu sjúklingar þannig að eiga rétt til bóta á grundvelli 1. tölul. þótt þeir hefðu hlotið almennt viðurkennda meðferð ef hún var á sama tíma ekki sú besta sem unnt hefði verið að velja í tilviki þeirra.¹⁷⁷ Ekki hefur beint reynt á þetta í framkvæmd en sem dæmi má þó nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL þar sem fjallað var um nýja aðferð við meðferð.

ÚRAL 26. október 2005 (217/2005).

Málsatvik eru þau að kærandi greindist með stórt góðkynja æxli á heiladingli og gekkst undir aðgerð vegna þess. Þar sem ekki náðist að fjarlægja allt æxlið þá gekkst hann undir aðra aðgerð þar sem annarri skurðaðferð var beitt, en farið var inn á annan hátt en venjulega, þ.e.a.s. farið var inn yfir hægri augabrun í stað þess að fara í gegnum nef. Aðgerðin gekk vel að mati aðgerðarlæknis og allt æxlið var fjarlægt. Eftir aðgerðina kom hins vegar í ljós að sjón kæranda hafði versnað frá því sem áður var. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að í læknisfræðilegum gögnum málsins hafi ekkert komið fram um annað en að rétt hafi verið að beita hinni nýju skurðaðferð en því til stuðnings var vísað til álits utanaðkomandi læknis. Í áliti hans kom fram að hin nýja aðgerð væri mjög athyglisverð og að hún lofaði góðu og að kosturinn við hana væri sá að opnun væri minni en við venjulega aðgerð. Með vísan til framangreinds taldi ÚRAL að tjón kæranda væri ekki rakið til mistaka. Bóta-

¹⁷³ Guðjón St. Marteinnsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 48.

¹⁷⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 84-85.

¹⁷⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 115.

¹⁷⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 72.

¹⁷⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 115.

skyldu á grundvelli 1. tölul. var því hafnað. Bótaskylda var hins vegar samþykkt á grundvelli 3. tölul., en um það verður fjallað síðar.

Ætla má að hefðbundin meðferð geti oft verið sú besta en það þarf alls ekki að vera algilt. Í ljósi þess getur það vart talist fullnægjandi að hafna bótaskyldu á þeim grundvelli einum að um hefðbundna meðferð hafi verið að ræða. Eitthvað meira ætti að þurfa að koma til, en í framkvæmd hefur t.d. verið vísað til þess að ekkert hafi bent til þess að nota ætti aðra meðferð en þá sem hefðbundið var, sbr. eftirfarandi úrskurð.

ÚRAL 30. október 2007 (237/2007).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut únlíðsbrot sem var meðhöndlað með gipsspelku en í kjölfarið kvaðst hann hafa skerta færni og afl í handleggnum og vildi meina að gipsið hafi verið lagt of þröngt á. Í álitu landlæknis kom fram að ekki yrði annað séð en að reynt hafi verið að bregðast við vanda kæranda á faglegan hátt. ÚRAL tók undir þetta og sagði að sú meðferð sem kærandi fékk hafi verið hefðbundin meðferð í tilvikum sem þessum. Síðan segir: „*Ekkert kemur fram í gögnum málsins sem bendir til þess að sérstakt tilefni hafi verið til þess að bregðast við broti kæranda með öðrum hætti en hefðbundið er.*” Í niðurstöðu ÚRAL kom einnig fram að það hafi heldur ekki verið tilefni til að endurskoða meðferðina á þeim tíma sem kærandi var í gipsi og sem hefðbundið er, auk þess sem hann hafi fengið fyllilega hefðbundna og eðlilega meðferð eftir að gipsið var tekið af handleggi hans. Bótaskylda var ekki talin vera fyrir hendi.

Þegar viðeigandi læknismeðferð hefur verið valin kemur til skoðunar hvort hún hafi verið framkvæmd í samræmi við 1. tölul.,¹⁷⁸ og loks kemur til skoðunar hvort eftirlit með sjúklingnum hafi staðist kröfur ákvæðisins.¹⁷⁹

Þegar metið er hvort framangreindu hafi verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu skal taka mið af þeirri læknisfræðilegu þekkingu og reynslu er var til staðar þegar rannsóknin eða meðferðin fór fram, en ekki til síðar tilkominnar þekkingar og reynslu.¹⁸⁰ Þannig er t.d. ekki hægt að taka tillit meðferðaraðferða sem fyrst voru mögulegar eða teknar í notkun eftir að meðferðin sjálf fór fram,¹⁸¹ sbr. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 4. febrúar 2009 (211/2008).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut handleggsbrot um öxl og var fyrst meðhöndlaður með fatla en sjö mánuðum síðar gekkst hann undir aðgerð vegna brotsins. Kærandi vildi meina að röng ákvörðun hefði verið tekin um meðferðaraðferð og taldi að aðgerðin hefði verið miklu betri kostur í upphafi heldur en meðferð með fatla. Máli sínu til stuðnings vísaði kærandi til álits bæklunarlæknis. Í því álitu kom fram að bæklunarlæknirinn taldi að fyrsta meðferð hefði verið hefðbundin og hafði ekkert út á hana að setja. Hann taldi hins vegar að hugsanlega hefði verið rétt að gera aðgerð í upphafi en það álit mótaðist m.a. af því að *í millitíðinni hafði nýr mergnagli verið tekinn til notkunar sem hafði reynst mjög vel.* Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að sú meðferð er kærandi fékk fyrst, þ.e.a.s. meðferð með átta-tölu-hálsfatla og verkjalyfjum, hafi verið hefðbundin meðferð í tilvikum sem þessum og að ekkert hafi komið fram í gögnum málsins sem benti til þess að sérstakt tilefni hafi verið til þess að bregðast við brotinu með öðrum hætti en hefðbundið var. Þá kom fram að

¹⁷⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 116.

¹⁷⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 118.

¹⁸⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 110-111.

¹⁸¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 99.

draga mætti í efa í ljósi eðli áverkans að nægjanlegt hald hafi verið í beini ofan við brotið til að gera aðgerð strax í kjölfar brotsins. Þá segir: „Það breytir ekki þessari niðurstöðu [ÚRAL] að bæklunarlæknir hafi þá skoðun að hugsanlega hefði verið rétt að gera aðgerð á kæranda strax í kjölfar slyssins enda kemur fram í greinargerð læknisins að þessa skoðun hans megi rekja til tækni sem þá var ekki til staðar.”

Ofangreint er einnig í samræmi við sakarregluna, en eðli málsins samkvæmt þarf að miða gáleysismatið við þann tíma er tjón átti sér stað og það sem almennt var viðurkennt og þekkt á þeim tíma.¹⁸² Þetta hefur einkum verið talið mikilvægt á sviði sérfræðiabyrgðar, þ.á m. innan læknisfræðinnar þar sem þekking innan hennar eykst frá ári til árs.¹⁸³ Þessu til stuðnings má vísa til áðurreifaðs *Hrd. 1971, bls. 1057* þar sem tjónþoli hlaut röntgenbruna.

Þegar metið er hvort rétt hafi verið staðið að meðferð í skilningi 1. tölul., t.d. við val eða framkvæmd hennar, skal einnig miða við þá vitneskju sem var til staðar um ástand sjúklingsins þegar valið eða framkvæmdin fór fram, eða til þeirrar vitneskju um ástand hans sem með réttu hefði átt að vera til staðar ef rannsókn eða meðferð hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.¹⁸⁴ Af framangreindu má ljóst vera að við matið er ekki heimilt að meta aðstæður eftir á,¹⁸⁵ en það á almennt einnig við um beitingu sakarreglunnar.¹⁸⁶ Þetta hefur sérstaka þýðingu þegar um sjúkdómsgreiningu er að ræða,¹⁸⁷ sbr. næsta kafla.

Í dæmaskyni má hér m.a. nefna eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 10. október 2007 (226/2007).

Málsatvik eru þau að kærandi veiktist og var fluttur á sjúkrahús á landsbyggðinni. Næsta dag var hann sendur til Reykjavíkur í sneiðmyndatöku þar sem garnalömun í smágirni var staðfest en ástæðan var ekki augljós og var hann í kjölfarið sendur aftur á landsbyggðar-sjúkrahúsið þar sem hann hlaut íhaldsama meðferð. Ástand kæranda versnaði hins vegar og gekkst hann þá undir bráðaskurðaðgerð. Kærandi taldi m.a. þá ákvörðun að senda hann til baka á landsbyggðarsjúkrahúsið hafi falið í sér mistök þar sem að tækjabúnaður, sérfræðiþekking og meðferðartækni á LSH hafi verið mun meiri og að þar hefði aðgerð verið framkvæmd með kviðsjáraðgerð en ekki með opinni aðgerð eins og gert var. ÚRAL taldi það eðlilegt verklag m.t.t. samfellu í meðferð að senda sjúkling til baka á svæðis-sjúkrahúsið þar sem hann veiktist og að *sjúkdómsástand kæranda við sneiðmyndatökuna hafi ekki gefið tilefni til flutnings á tæknivæddara sjúkrahús þar sem á þeirri stundu hafi ekki verið vísbendingar að kærandi hafi þurft á sérhæfðari meðferð en unnt hafi verið að veita honum á svæðissjúkrahúsinu*. ÚRAL taldi að meðferð kæranda hafi verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Bótaskylda var því ekki viðurkennd.

¹⁸² Viðar Már Matthíasson: *Skadabótaréttur*, bls. 166-167.

¹⁸³ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 89

¹⁸⁴ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 110-111.

¹⁸⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 73.

¹⁸⁶ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

¹⁸⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 111.

ÚRAL 13. ágúst 2008 (93/2008).

Málsatvik eru þau að rannsóknir á kæranda þóttu sýna fram á slímmyndandi krabbamein í brjósti og gekkst hún af þeim sökum undir skurðaðgerð sem gekk vel. Vefjarannsóknir í kjölfar aðgerðarinnar leiddu hins vegar í ljós að ekki var um illkynja æxlisvöxt að ræða. Kærandi taldi að hún ætti rétt til bóta vegna tjóns er hún varð fyrir í kjölfar aðgerðarinnar m.a. með vísan til þess að aðgerðin hafi verið ónauðsynleg þar sem ekkert hafi amað að henni. Í áliti landlæknis kom fram að brugðist hafi verið á faglegan hátt við grunsemdum um illkynja mein í brjósti kæranda með rannsóknum, nálaarsýni og fleygskurðaðgerð og að rannsóknarferlið hafi verið í samræmi við verklagsreglur á LSH. Í niðurstöðu ÚRAL segir m.a.: „Það er mat [ÚRAL] að óforsvaranlegt hefði verið að gera ekki skurðaðgerð á kæranda þegar framangreindar niðurstöður úr rannsóknum lágu fyrir en niðurstöðurnar þóttu sýna að kærandi var með slímmyndandi krabbamein. Krabbamein er alvarlegur sjúkdómur og lífsógnandi ef ekkert er að gert. Að mati [ÚRAL] verður að skýra minnsta grun um krabbamein sjúklingi í hag vegna alvarleika sjúkdómsins.“ Þá kom einnig fram að ekki hafi annað komið fram í málinu en að þeim rannsóknum sem kærandi gekkst undir hafi verið hagað eins vel og unnt var og í samræmi við þekkingu og reynslu á sviði krabbameinslækninga og að skurðaðgerðin hafi gengið vel og að ekki væri annað séð en að hún hafi verið framkvæmd samkvæmt þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Bótaskylda var því ekki felld undir 1. tölul.

Af þessu má ljóst vera að ef einkenni og ástand sjúklingsins á tilteknum tíma gefa tilefni til t.d. tiltekinnar meðferðar þá getur sú meðferð ekki talist röng enda hefði ekki verið unnt að bera sig öðruvísi að nema með þá vitneskju sem síðar fékkst um ástand sjúklingsins. Þetta er auðvitað háð því að meðferðin hafi einnig verið sú ákjósanlegasta í ljósi ástands sjúklingsins á þeim tíma og í samræmi við bestu þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.

Hins vegar ef framkvæmd er meðferð sem er ekki tilefni til að framkvæma í ljósi almenns ástands og einkenna sjúklingsins þá ætti hann rétt til bóta enda þá um ranga meðferð að ræða, sbr. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 9. mars 2004 (292/2004).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir aðgerð til enduruppbyggingar brjóstá. Aðgerðin gekk eðlilega fyrir sig en stuttu síðar gaf tenging í annarri holhöndinni sig og kærandi þurfti að gangast undir aðra aðgerð. Kærandi fékk í kjölfarið einnig blóðeitrun og vaknaði þá grunur um að hún væri með ónæmisgalla, sem síðar kom í ljós að hún var í raun með. Sí taldi að ekki væri annað að sjá en að meðferð kæranda hafi verið hagað á hefðbundinn og eðlilegan hátt miðað við ástand eins og því væri lýst á hverjum tíma og fyrirbyggjandi sjúkdómsgreiningar. Í niðurstöðu ÚRAL kom fram að kærandi hefði verið greind með ónæmisgalla eftir að umrædd aðgerð átti sér stað en að fyrir aðgerðina hafði læknum grunað að hún væri með ónæmisbrenslun. ÚRAL taldi að það hefði ekki átt að gera umrædda aðgerð í ljósi þessara upplýsinga. Síðan segir: „telja verður að aðgerð til brjóstáuppbyggingar sem ekki var í raun nauðsynleg aðgerð heilsufarslega séð hefði lækni ekki átt að gera á kæranda í ljósi hinnar erfiðu sjúkrasögu hennar og fyrrgreinds gruns um ónæmisbrenslun.“ Í ljósi framangreinds var bótaskylda viðurkennd með vísan til 1. tölul.

Ef sjúklingur neitar rannsókn eða meðferð á hann eðli málsins samkvæmt ekki rétt til bóta vegna afleiðinga þess að slík rannsókn eða meðferð var ekki framkvæmd. Undir þeim kringumstæðum er ekki unnt að haga rannsókn eða meðferð öðruvísi,¹⁸⁸ en hér sem endranær ber

¹⁸⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 115-116.

að virða sjálfsákvörðunarrétt sjúklinga, sbr. 7. gr. laga nr. 74/1997 um réttindi sjúklinga. Hins vegar ber læknum að upplýsa sjúklinga um hugsanlegar afleiðingar þeirrar ákvörðunar, sbr. 8. gr. framangreindra laga. Þessu til frekari stuðnings má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 26. október 2011 (366/2010).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut áverka á fingur og var fyrst greindur með liðhlaup, en skv. gögnum málsins hafði hann hafnað röntgenmyndatöku. Ekkert kom hins vegar fram í gögnum málsins hvort læknir hefði upplýst kæranda um nauðsyn myndatökunnar. Í niðurstöðu ÚRAL segir: „*Þar sem ekki hefur verið sýnt fram á að kæranda hafi verið leiðbeint um nauðsyn röntgenmyndatöku til rétttrar greiningar og meðferðar telur [ÚRAL] að um bótaskyld mistök hafi verið að ræða*”. Kærandi hafði því orðið fyrir bótaskyldu tjóni, sbr. 1. tölul.

Aðstæður geta verið með þeim hætti að það er ekki einhugur innan viðkomandi sérfræðisviðs um hvaða meðferð, meðferðaraðferð eða tækni er best að nota í tilteknu tilviki. Ef valið stendur t.d. á milli tveggja jafngildra og góðra meðferða á 1. tölul. ekki við enda hefur hvorug þeirra þá forgang eða almennt talin betri en hin og báðar í samræmi við þekkingu og reynslu á sviðinu. Í staðinn gæti hins vegar 3. tölul. átt við en þegar það ákvæði á við er heimilt að meta *eftir á* hvort unnt hefði verið að komast hjá tjóni með því að beita annarri meðferðaraðferð eða tækni sem völ var á þegar meðferðin fór fram.¹⁸⁹ Um 3. tölul. verður fjallað í kafla 5.3.

Með vísan til viðkomandi sviðs í 1. tölul. er ekki eingöngu átt við hin almennu sérfræðisvið sem viðurkennd eru á hverjum tíma,¹⁹⁰ t.d. þau sem eru tiltekin sérstaklega í 10. gr. reglugerðar nr. 1222/2012 um menntun, réttindi og skyldur lækna og skilyrði til að hljóta lækningaleyfi og sérfræðileyfi. Sem dæmi má nefna að innan bæklunarskurðlækninga er hægt að sérhæfa sig enn frekar, t.d. innan handaskurðlækninga, fótaskurðlækninga o.s.frv. Þannig skal við mat á 1. tölul. taka mið af þeirri reynslu og þekkingu sem er til staðar innan þeirrar undirsergreinar sem sjúkdómurinn eða áverkinn tilheyrir, t.d. innan handaskurðlækninga.¹⁹¹

5.1.2. Röng eða seinkuð sjúkdómsgreining

Í 1. mgr. 3. gr. stl. er sérákvæði um ranga sjúkdómsgreiningu þar sem segir að greiða skuli bætur fyrir tjón sem hlýst af því að sjúkdómsgreining er ekki rétt í tilvikum sem nefnd eru í 1. eða 2. tölul. 2. gr. Þetta á hins vegar ekki við um atvik sem falla undir 3. eða 4. tölul. 2. gr.

Samkvæmt framangreindu gerir ákvæðið ráð fyrir því að sjúklingar eigi m.a. rétt til bóta ef ætla má að komast hefði mátt hjá tjóni ef sjúkdómsgreining við þær aðstæður sem um ræðir hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Afleiðingar þess að um ranga sjúkdómsgreiningu var að ræða geta verið þær

¹⁸⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 116.

¹⁹⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 109.

¹⁹¹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 81.

að framgangur grunnsjúkdóms eða ástands sjúklingsins verður meiri en ella, bata seinkar eða fylgikvillar verði meiri.¹⁹²

Sjúkdómsgreining er ekki rétt þegar beinlínis er um ranga sjúkdómsgreiningu að ræða, en röng sjúkdómsgreining felur það í sér að sjúklingurinn er þá í raun ekki með viðkomandi sjúkdóm,¹⁹³ sbr. t.d. úrskurð *ÚRAL 21. maí 2008 (310/2007)* þar sem sjúklingur var fyrst greindur með Crohn's sjúkdóminn en var í raun ekki með hann heldur eitilfrumukrabbamein sem greindist síðar. Þess ber hins vegar að geta að bótaskylda var ekki samþykkt þar sem greiningin að um Crohn's sjúkdóminn hafi verið að ræða þótti eðlileg í ljósi einkenna og niðurstaðna rannsókna og var í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði, og ekki var tilefni til að efast um þá greiningu fyrr en síðar.

Þegar um ranga sjúkdómsgreiningu er að ræða þá þarf túlkun á einkennum sjúklingsins, líkamsskoðun og niðurstöðum rannsókna að hafa verið röng til þess að um bótaskyldu sé að ræða skv. 1. mgr. 3. gr. stl., sbr. 1. tölul. 2. gr.¹⁹⁴, þ.e.a.s. að hún hafi ekki verið í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.

Sjúkdómsgreining er heldur ekki rétt þegar sjúkdómur sjúklingsins er ekki greindur á réttum tímamarki. Þegar svo háttar til hefur upplýsingaöflun um einkenni og sjúkdómssögu sjúklingsins, læknisskoðun eða rannsóknum ekki verið hagað rétt eða í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði.¹⁹⁵ Í dæmaskyni má nefna eftirfarandi dóm Hæstaréttar.

Hrd. 21. febrúar 2013 (388/2012).

Málsatvik eru þau að stefnandi taldi sig hafa orðið fyrir tjóni vegna ófullnægjandi læknisskoðunar læknis er kom í vitjun til hennar, en hún hlaut heyrnatap í kjölfar sýkingar sem hún greindist síðar með. Óumdeilt var í málinu að lækurinn hafi vitað af lungnasjúkdómi stefnanda en hafi hvorki hlustað lungu hennar né tekið lífsmörk þar sem lækurinn hafi talið að um tak á milli herðablaða hafi verið að ræða, en lækurinn kvað að stefnandi hafi hvorki kvartað yfir mæði né öðrum lungnaeinkennum. Í niðurstöðu undirmatsgerðar kom fram að það hefði átt að framkvæma lungnahlustun umrætt sinn, *sérstaklega með tilliti til sögu stefnanda um langvinnan lungnasjúkdóm*, og að læknisskoðunin hafi því ekki verið fullnægjandi í ljósi aðstæðna og í samræmi við þær kröfur sem gerðar væru til skoðunar við sambærilegar aðstæður. Yfirmatsmenn komust að sömu niðurstöðu og töldu þeir að orsakatengsl væru á milli tjónsins og hinnar ófullkomnu læknisskoðunar. Bótaskylda var því talin vera fyrir hendi á grundvelli 1. tölul. 2. gr. stl.

Einnig má vísa til eftirfarandi úrskurðar *ÚRAL*.

ÚRAL 3. apríl 2013 (419/2012).

Málsatvik eru þau að kærandi leitaði á slysadeild um viku eftir að hún hafði gengist undir hnéaðgerð með mikla verki í hnénu, bólgu og vökva í liðnum. Læknir er skoðaði kæranda taldi að ekki væri merki um sýkingu en stakk á liðinn og tæmdi út blóð. Kærandi leitaði á slysadeildina næstu daga á eftir með áframhaldandi einkenni frá hnénu og viku eftir fyrstu

¹⁹² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425-4426.

¹⁹³ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 125.

¹⁹⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 125.

¹⁹⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 124-125.

komu greindis hann með sýkingu. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að þegar um vangreiningu eða ranga greiningu sé að ræða hafi verið miðað við hvað gegn og skynsamur læknir hefði gert undir sömu kringumstæðum. Í niðurstöðu ÚRAL segir síðan að kærandi hafði gengist undir hnéaðgerð viku fyrir komu á slysadeild og að því hafi verið ákveðin hætta á sýkingu, auk þess sem ljóst hafi verið að kærandi var á ónæmisbælandi lyfjameðferð en slík meðferð kynni að dempa birtingarmynd sýkinga. Með vísan til þessa taldi ÚRAL að taka hefði átt sýni af liðvökva og senda í ræktun strax við fyrstu ástungu á hné kæranda á slysadeild, þ.e. við fyrstu komu þangað. ÚRAL taldi því að um seinkaða greiningu hafi verið að ræða á sýkingunni.

Þess ber að geta að þegar kemur að sjúkdómsgreiningu hefur sakarmat almennt ekki verið mjög strangt í garð lækna á grundvelli sakarreglunnar,¹⁹⁶ en oft getur verið erfitt að koma með greiningu þegar um óljós einkenni er að ræða,¹⁹⁷ og getur þannig oft verið uppi einhver óvissa í þessu sambandi. Læknar þurfa þannig ekki endilega að hafa viðhaft saknæma háttsemi þrátt fyrir að um ranga sjúkdómsgreiningu hafi verið að ræða.¹⁹⁸

Læknir getur hins vegar orðið bótaskyldur á grundvelli sakar ef læknisskoðun var t.d. ekki fullnægjandi í ljósi einkenna og ástands sjúklingsins,¹⁹⁹ eða vegna þess að t.d. venjubundin og viðeigandi rannsóknartæki voru ekki notuð sem þó var tilefni til að nota í tilteknu tilviki.²⁰⁰

Á grundvelli 1. mgr. 3. gr., sbr. 1. tölul. 2. gr. stl., er heldur ekki um bótaskyldu að ræða vegna þess eins að sjúkdómsgreining var í raun röng eða ekki gerð á réttum tímapunkti. Bótaskilyrði 1. tölul., eða þá 2. tölul. 2. gr., þurfa ávallt að vera fyrir hendi, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 24. apríl 2013 (41/2013).

Málsatvik eru þau að kærandi sneri sig á ökkla og leitaði á slysadeild í kjölfarið. Röntgenmyndir greindu ekki beináverka og var kærandi greindur með tognun á ökkla og fékk viðeigandi meðferð við tognun. Kærandi leitaði síðar til bæklunarlæknis vegna einkenna frá ökkla og gekkst undir aðgerð þar sem í ljós kom rof á liðbandi. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að þegar um vangreiningu eða ranga greiningu sé að ræða hafi verið miðað við hvað gegn og skynsamur læknir hefði gert undir sömu kringumstæðum. Það var álit ÚRAL að *vangreining leiddi ekki sjálfkrafa til bótaskyldu skv. stl., heldur þyrfti að skoða hvert mál sérstaklega og við mat á rétti til bóta væri litið til 1. tölul. 2. gr.* ÚRAL taldi að ekki yrði annað séð af gögnum málsins en að greining og meðferð kæranda á slysadeild hafi verið hefðbundin og eðlileg og að ekki væri að sjá að mistök hafi verið gerð við greiningu *enda sýndi röntgenmynd ekki fram á beináverka og ekki var talin þörf á segulómskoðun vegna ökklaáverka kæranda.*

Líkt og áður kom fram í kaflanum hér að ofan þá er við mat á því hvort 1. tölul. 2. gr. eigi við aðeins tekið mið af þeim upplýsingum sem voru til staðar um ástand og einkenni sjúklings þegar rannsókn eða meðferð fór fram, eða af þeim upplýsingum sem með réttu hefði átt að

¹⁹⁶ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

¹⁹⁷ Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar*, bls. 45.

¹⁹⁸ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 38.

¹⁹⁹ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

²⁰⁰ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 44.

afla í ljósi þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði.²⁰¹ Í þessu felst að bótaskilyrði eru ekki fyrir hendi einungis vegna þess að t.d. frekari skoðun eða rannsóknir hefðu getað leitt til þess að sjúkdómsgreining yrði rétt. Þess í stað skal ætíð meta hvort tilefni hafi verið til frekari skoðunar eða rannsókna í ljósi einkenna og sögu sjúklingsins á þeim tímapunkti sem um ræðir, og hvort um rétta túlkun á þeim hafi verið að ræða, í ljósi þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði,²⁰² sbr. einnig áðurreifaða úrskurði ÚRAL.

Þá skal hér einnig árétta að sjúkdómar þróast oft smám saman og einkenni koma fram í samræmi við það og þannig oft ekki unnt að koma auga á sjúkdóminn fyrr en síðar, sbr. t.d. framangreindan úrskurð ÚRAL 21. maí 2008 (310/2007) um Crohn's sjúkdóminn, en þar kom m.a. fram í greinargerð sérfræðings að töf á réttri sjúkdómsgreiningu hafi verið eðlileg. Þar kom einnig fram að eftir að kærandi hafi borið upp kvartanir sínar hafi farið af stað rannsóknarferli sem hafi verið eðlilegt og í samræmi við sannreynda læknisfræði, að túlkun niðurstaðna hafi verið eðlileg og að ekki hafi verið ástæða til að draga sjúkdómsgreininguna í efa fyrr en við rannsóknir um hálfu ári síðar. ÚRAL taldi að meðferð kæranda hefði verið eðlileg miðað við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði og í fullu samræmi við sjúkdóms-einkenni hans. Bótaskylda var því ekki talin vera fyrir hendi skv. 1. tölul.

Einnig má nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 10. október 2007 (199/2007).

Málsatvik eru þau að kærandi leitaði á Landspítalann (LSH) vegna tveggja daga sögu um brjóstverk og gekkst hann undir ítarlega skoðun og var í kjölfarið greindur með myalgíu. Tveimur vikum síðar leitaði kærandi aftur á LSH og greindist þá með sýkingu í brjóstholi. Kærandi vildi meina að í raun hefði mátt sjá vandamál á lungnamyndum við fyrstu komu hans á LSH. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að klínísk skoðun hafi ekki gefið grun um lungnabólgu og að í röntgensvari vegna lungnamyndar sem var tekin hafi ekki mátt greina lungnabólgu, og að *einkenni kæranda voru ekki talin gefa tilefni til enn útarlegri rannsóknna*. Í áliti sérfræðings í lyf- og lungnalækningum kom fram að *sjúkdómurinn hafi ekki greinst vegna þess að hann var ekki nógu langt fram genginn* til þess að hann fyndist með þeim úrræðum sem væru til rannsóknar og að því meir sem sjúkdómurinn gengi fram því auðgreindari væri hann. Hann hefði átt að vera auðgreindur um 5-7 dögum eftir fyrstu heimsókn en þar sem engar læknisheimsóknir áttu sér stað af hálfu kæranda á þeim tíma hafi ekki verið gefið færi á að greina sjúkdóminn þá. Bótaskylda var hafnað á grundvelli 1. tölul.

Oft geta einkenni sjúklings, kvartanir hans og líkamsskoðun, og rannsóknarniðurstöður átt við tvo eða fleiri mismunandi sjúkdóma og verða læknar þá að vege og meta þær sjúkdómsgreiningar sem til greina koma þó einhver þeirra geti talist líklegri en önnur.²⁰³ Ef um mjög sjaldgæfan sjúkdóm er t.d. að ræða getur verið fullkomlega eðlilegt þótt sjúkdómsgreining dragist á langinn, sbr. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

²⁰¹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 126.

²⁰² Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 111-112.

²⁰³ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 125.

ÚRAL 4. febrúar 2013 (183/2012).

Málsatvik eru þau að kærandi leitaði til lækna vegna tvísýni og höfuðverkja, auk þess sem hann fékk lungnabólgu. Vegna vaxandi tvísýni var kærandi lagður inn á Landspítalann og gekkst þar undir margar rannsóknir án þess að örugg sjúkdómsgreining hafi fengist. Líkur þóttu benda til sakarlíki og fékk kærandi meðferð í samræmi við það og virtust sýna góða raun. Einkenni kæranda frá lungum fóru hins vegar aftur vaxandi nokkrum árum síðar og um átta árum eftir greiningu um sakarlíki gekkst hann undir lungnaígræðslu vegna enn versnandi einkenna og í kjölfar greiningar á hinu brottnumda lunga var hann rétt greindur. Kærandi taldi að ef hann hefði verið greindur fyrr þá hefði verið hægt að meðhöndla sjúkdóminn strax og þá hefði hann ekki þurft að ganga í gegnum allar þær meðferðir og rannsóknir sem hann hefði gengist undir. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að þegar um vangreiningu eða ranga greiningu sé að ræða hafi verið miðað við hvað gegn og skynsamur læknir hefði gert undir sömu kringumstæðum. Það var niðurstaða ÚRAL að ekki væri annað að sjá af gögnum málsins en að eðlilega hafi verið staðið að greiningu og meðferð kæranda á LSH og vísaði til þess að um afar sjaldgæfan sjúkdóm var að ræða og að greining hans væri vandasöm. Af þeim sökum var ekki talið óeðlilegt að sjúkdómurinn hefði ekki greinst fyrir.

Í framkvæmd hefur oft verið vísað til þess að þegar um vangreiningu eða ranga greiningu sé að ræða hafi verið miðað við hvað *gegn og skynsamur læknir* hefði gert undir sömu kringumstæðum, sbr. t.d. ofangreindan úrskurð ÚRAL 4. febrúar 2013 (183/2012) og einnig áður reifaða úrskurði ÚRAL 3. apríl 2013 (419/2012) og 24. apríl 2013 (41/2013). Af orðalaginu má ætla að verið sé að vísa til hinnar almennu sakarreglu en líkt og áður kom fram er sök þó ekki skilyrði bóta á grundvelli 1. tölul. þrátt fyrir að oft geti verið um sök að ræða í þeim tilvikum er ákvæðið á við um. Því má velta fyrir sér hvort ÚRAL telji í raun að sök þess læknis er kom að sjúkdómsgreiningu sjúklingsins sé nauðsynleg þegar um vangreiningu eða ranga greiningu er að ræða á grundvelli 1. mgr. 3. gr. stl.

Þess ber að geta að það getur reynst mjög erfitt við notkun á 1. tölul. þegar um sjúkdómsgreiningu er að ræða að ákvarða við hvaða svið læknisfræðinnar eigi að miða, og þar með við hvaða þekkingu og reynslu, þegar metið er hvort um mistök hafi verið að ræða eða ekki,²⁰⁴ en skv. 1. tölul. skal miða við þekkingu og reynslu á *viðkomandi sviði*. Til nánari skýringar hvað er átt við með *viðkomandi sviði* er vísað til kaflans hér á undan. Alla jafna er ekki flókið að átta sig á því hvaða svið læknisfræðinnar á við þegar um meðferð er að ræða við rétt greindum sjúkdómi. Í því ferli sem fer af stað við sjúkdómsgreiningu er hins vegar ekki vitað hvað amar að sjúklingsnum.²⁰⁵ Þannig er ekki unnt að ákvarða fyrirfram hvaða sviði læknisfræðinnar sjúkdómur hans tilheyrir og þar með ekki fyrirfram hægt að vita t.d. hvaða rannsóknir gætu greint hann, en líkt og áður kom fram þá er í athugasemdum við 1. mgr. 3. gr. í frumvarpi því

²⁰⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 127.

²⁰⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 127.

er varð að stl. sérstaklega tekið fram að ekki megi meta sjúkdómsgreiningu eftir á,²⁰⁶ sem er einnig í samræmi við 1. tölul.

Í ljósi framangreinds hefur verið talið, og skrifað um það í dönskum ritum um hin dönsku sjúklingatryggingalög, að ekki sé unnt að miða fullum fetum við mælikvarðann í 1. tölul. hvað varðar *viðkomandi svið* við sjúkdómsgreiningu, þ.e.a.s. að miða við þá þekkingu og reynslu á því tiltekna sérfræðisviði sem hinn rétt greindi sjúkdómur félli innan og við þær aðferðir sem hefðu verið notaðar við sjúkdómsgreininguna innan þess. Þetta hefur verið rökstutt með þeim hætti að ef svo væri þá myndi það oft þýða að sjúkdómsgreiningin væri metin eftir á sem væri ekki í samræmi við 1. mgr. 3. gr, sbr. 1. tölul. 2. gr. Þess vegna hefur verið talið að hér eigi að miða við *almenna* læknisfræðilega þekkingu og reynslu og hvort hún hefði borið með sér að tilefni væri á frekari rannsóknnum eða á frekari túlkun hjá sérfræðingum. Ofangreind túlkun á ákvæðinu hefur aðallega verið talin hafa þýðingu þegar um sjaldgæfa eða sérstaka sjúkdóma er að ræða þar sem oft er ekki unnt að sjá að frekari rannsóknir hefðu komið að gagni fyrr en fyrst þegar sjúkdómurinn er rétt greindur hjá viðeigandi sérfræðingi.²⁰⁷ Í þessu sambandi má vísa til áðurreifaðs úrskurðar *ÚRAL 4. febrúar 2013 (183/2012)* þar sem afar sjaldgæfur sjúkdómur var ekki greindur fyrr en lungu sem var fjarlægt úr sjúklingnum í lungnaígræðslu var greint.

Ætla má að ofangreind túlkun á 1. mgr. 3. gr. stl., sbr. 1. tölul. 2. gr., eigi einnig við hér á landi, þá sérstaklega í ljósi forsögu ákvæðisins en það er samhljóða því danska um þetta efni, auk þess sem *ÚRAL* hefur sérstaklega vísað til þess í framkvæmd að þegar um vangreiningu eða ranga greiningu sé að ræða beri að miða við hvað gegn og skynsamur læknir hefði gert undir sömu kringumstæðum.

5.1.3. *Við þær aðstæður sem um ræðir*

Í 1. tölul. kemur skýrt fram að líta skuli til þeirra aðstæðna sem voru til staðar þegar rannsókn eða meðferð fór fram þegar metið er hvort komast hefði mátt hjá tjóni með því að haga þeirri rannsókn eða meðferð eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Í þessu felst nánar tiltekið að líta skal til raunverulegra aðstæðna, þ.e.a.s. til þeirra tækja, búnaðar, lyfja og aðstoðarmanna sem voru til staðar þegar meðferðin fór fram, auk þess sem líta skal til þess tíma sem var til umráða þegar meðferðin fór fram, t.d. hvort hún þoldi enga bið eða hvort nægur tími var til staðar.²⁰⁸

²⁰⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

²⁰⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 113.

²⁰⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

Það má ljóst vera að fjármagnið sem er til umráða á heilbrigðisstofnunum hefur þýðingu fyrir það hversu miklu tjóni hægt er að komast hjá. Augljóst er að það mætti komast hjá fjölda tjóna ef allar heilbrigðisstofnanir væru búnar nútímalegusta og besta tækjabúnaðinum, ef fleira starfsfólk væri ráðið til starfa, ef það væri enginn biðtími eftir aðgerðum, ef nýjar meðferðaraðferðir frá útlöndum væru teknar strax til notkunar hér á landi o.s.frv. Matið á ekki að taka mið af framangreindu, þ.e.a.s. við ákjósanlegustu aðstæðurnar, en stl. var ekki ætlað að bæta fyrir hin neikvæðu áhrif sem pólitískar ákvarðanir stjórnvalda um hversu miklu fjármagni væri varið í heilbrigðisþjónustuna gætu haft,²⁰⁹ en eðli málsins samkvæmt getur það haft mikil áhrif á gæði hennar.

Matið skal einungis taka mið af þeirri aðstöðu og þeim búnaði sem var raunverulega til staðar í tilteknum aðstæðum, sbr. framangreint, en í þessu felst einnig hvort mögulegt var að flytja eða vísa sjúklingi á aðra heilbrigðisstofnun þar sem betri aðstaða, búnaður og/eða meðferðarmöguleikar voru til staðar.²¹⁰ Í brádatilfellum er þó oft ekki mögulegt að flytja eða vísa sjúklingi annað og verður hann í þeim tilvikum að sætta sig við þann aðstöðumun sem kann að vera til staðar á milli heilbrigðisstofnana.²¹¹

Í dæmaskyni má nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 27. júní 2012 (25/2012).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir hjartaaðgerð. Daginn eftir var ákveðið að taka kæranda til annarrar aðgerðar sökum ástands hans. Kærandi þurfi hins vegar að bíða eftir því að komast að þar sem önnur kransæðaaðgerð var þá hafin en fór í hana eins fljótt og mögulegt var síðar þann sama dag. Kærandi hlaut í kjölfarið skerta hjartastarfsemi. Hann vildi m.a. meina að sú tölul. sem varð á að hefja enduraðgerð félli undir 1. tölul. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að á þeim tíma er aðgerð var framkvæmd á kæranda hafi aðeins ein hjarta- og lungnavél verið til staðar og því hafi verið ógerlegt að framkvæma tvær opnar hjartaaðgerðir á sama tíma. ÚRAL taldi að skýra yrði 1. tölul. í ljósi ómöguleikans sem leiddi af skorti á tækjabúnaði og sagði: „Meðferð og rannsókn á kæranda var að mati nefndarinnar hagað eins vel og kostur var miðað við aðstæður á þessum tíma. Kærandi fékk bestu meðferð sem tók var á að veita á þeim tíma en ljóst er að ekki var mögulegt að gera aðgerð á sama tíma og önnur hjartaaðgerð var í gangi. Bótaskylda verður því ekki byggð á 1. tl.”

Einnig má benda á *UfR. 2008, bls. 2813*, en þar voru málsatvik þau að sjúklingur var með sjónhimmulos og var lagður inn á sjúkrahús á föstudegi af þeim sökum. Ákveðið var að framkvæma aðgerð en þar sem sjúkrahúsið hafði ekki viðbúnað til að framkvæma hana um helgar var hún framkvæmd á mánudeginum. Við útskrift sjúklingsins mældist hann með skerta sjón, en hann taldi að unnt hefði verið að minnka sjóntapið ef aðgerð hefði verið framkvæmd fyrr. Í umsögn Læknaráðs kom fram að á þeim tíma er tjónsatburðurinn átti sér stað hafi ekki verið

²⁰⁹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 82.

²¹⁰ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 82.

²¹¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 100-101.

mögulegt að framkvæma framangreinda aðgerð á sjúkrahúsinu um helgar. Landsréttur lagði áherslu á umsögn Læknaráðs og bætti við að það væri pólitískt og efnahagslegt málefni hversu umfangsmikill viðbúnaður vegna aðgerða sem þessara ætti að vera á sjúkrahúsinu um helgar. Með vísan til framangreinds var tjón sjúklingsins ekki bætt. Hæstiréttur staðfesti dóm Landsréttar með vísan til forsendna.

Þess ber að geta að í umræðum um stl. á Alþingi var sérstaklega spurst fyrir um biðlista, þ.e. hvernig lögin myndu snúa að sjúklingum á biðlista. Í þeim tilvikum hafa sjúklingar fengið sjúkdómsgreiningu en verða fyrir frekara heilsutjóni vegna þess að þeir fá ekki viðunandi meðferð strax þar sem ekki var hægt að koma þeim að fyrir.²¹² Í svari þáverandi heilbrigðisráðherra kom fram að frumvarpið tæki almennt ekkert á þessu álitaefni og að sjúklingar á biðlista ættu ekki rétt skv. frumvarpinu. Hins vegar var vísað til almennra reglna hvað þetta efni varðar og tekið fram að þær hafi tekið á þessu álitaefni, s.s. ef um óforsvaranlega langan tíma væri að ræða, og að sjúklingar gætu undir þeim kringumstæðum leitað réttar síns.²¹³

Ef svo háttar til sem að ofan greinir má ætla að sjúklingar gætu leitað réttar síns á grundvelli stl. og notið þess réttarfarshagræðis sem felst í því að beina bótakröfu í þann farveg sem lögin gera ráð fyrir.

Við matið skal einnig taka tillit til þess hvort um bráðaaðgerð eða skipulagða skurðaðgerð var að ræða. Ef um bráðaaðgerð er að ræða eru starfsskilyrði lækna öðruvísi, t.d. ef um bráðan og lífshættulegan sjúkdóm er að ræða, en þegar sjúklingur leggst inn á heilbrigðisstofnun í því augnamiði að gangast undir skipulagða skurðaðgerð. Læknar þurfa í bráðatilvikum oft að taka skjótari ákvarðanir og að minna ígrunduðu máli og undir þeim kringumstæðum þarf almennt meira til til þess að 1. tölul. eigi við en ella.²¹⁴ Þetta er almennt viðurkennd nálgun við mat á bótaábyrgð í skaðabótarétti og á hið sama við þegar sök læknis er metin á grundvelli almennra reglna.²¹⁵

Framangreint hefur í för með sér að þegar metið er hvort rannsókn eða meðferð hafi verið hagað eins vel og unnt hefði verið og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði skal taka tillit til þess hvort það var mögulegt í ljósi þeirrar aðstöðu sem læknir eða annar heilbrigðisstarfsmaður var í umrætt sinn til að framkvæma þá rannsókn eða meðferð.²¹⁶

²¹² Alþt. 1999-00, B-deild, bls. 5387.

²¹³ Alþt. 1999-00, B-deild, bls. 5389-5390.

²¹⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 84.

²¹⁵ Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 232.

²¹⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 102.

5.1.4. Unnt hefði verið að komast hjá tjóni

Líkt og á almennt við í skaðabótarétti þarf tjón tjónþola að vera tilkomið vegna bótaskyldrar háttsemi.²¹⁷ Þrátt fyrir að mistök hafi þannig verið gerð í skilningi 1. tölul. þá nægir það eitt og sér ekki til þess að bótaskylda verði viðurkennd á grundvelli ákvæðisins. Það skilyrði þarf einnig að vera uppfyllt að það hefði að öllum líkindum verið unnt að komast hjá tjóni sjúklingsins með réttri rannsókn eða lækni meðferð. Í þessu sambandi má t.d. vísa til áðurreifaðs úrskurðar *ÚRAL 25. ágúst 2004 (117/2004)* þar sem mistök urðu við greiningu sýkingar er kærandi hlaut í kjölfar aðgerðar á sköflungi. *ÚRAL* taldi hins vegar að bótaskilyrði 2. gr. stl. væru ekki fyrir hendi með svofelldum rökstuðningi:

„Fyrir liggur álit Landlæknisembættisins, að greining sýkingar fyrr, hefði líklega engu breytt um gang mála. Þá er til þess að líta, að sýking er byrjuð og afleiðing þess að það dregst að greina og hefja sýklalyfjameðferð hefur því ekki úrslitaáhrif á gang mála hjá kæranda. Tjón verður því að mati nefndarinnar, ekki að öllum líkindum rakið til dráttarins. Nefndin telur m.ö.o. að meiri líkur séu á því að afleiðingar sýkingarinnar hefðu verið þær sömu, ef gripið hefði verið fyrir inn í.”

Einnig má nefna eftirfarandi úrskurð *ÚRAL*.

ÚRAL 26. apríl 2012 (401/2011).

Málsatvik eru þau að eiginmaður kæranda var í reglulegu eftirliti eftir að hann greindist með krabbamein, en hann gekkst m.a. undir myndrannsóknir á nokkra mánaða fresti. Eftir eitt eftirlitið urðu mistök við úrlestur myndrannsóknanna þar sem krabbameinsmeinvörp voru ekki greind. Í eftirliti um hálfu ári síðar komu í ljós nokkur meinvörp og við endurskoðun á fyrri myndrannsóknum sáust tveir hnútar sem höfðu stækkað. Það var álit lækna að eiginmaður kæranda hafði verið með tvö meinvörp við fyrra eftirlitið en að einungis annað þeirra hefði mátt greina á myndrannsóknunum sem þá voru gerðar sem hafi líklega verið skurðtækt þá, en var það ekki við síðara eftirlitið. *ÚRAL* taldi ljóst að um mistök hafi verið að ræða við aflestur myndrannsóknanna í fyrra eftirlitinu en taldi hins vegar að andlát eiginmanns kæranda yrði að öllum líkindum rakið til grunnsjúkdóms hans en ekki til sjúklingatryggingaratburðar. *ÚRAL* tekur fram að um mjög alvarlegan sjúkdóm hafi verið að ræða, en eiginmaður kæranda var með tvö meinvörp við fyrra eftirlitið og að við seinna eftirlitið hafi fleiri meinvörp komið í ljós. *ÚRAL* taldi því mjög ólíklegt að framgangur sjúkdómsins hefði breyst ef eitt meinvarpið hefði verið fjarlæggt fyrr.

5.1.5. Niðurstaða

Í 1. tölul. 2. gr. stl. er að finna áþekka reglu og gildir á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins, sakarregluna, en 1. tölul. gengur þó töluvert lengra þar sem sök er ekki skilyrði bóta. Þegar metið er hvort 1. tölul. eigi við er ekki miðað við það hvort hinn góði og gegni lækni, eða heilbrigðisstarfsmaður, með sambærilega þekkingu og reynslu, hefði átt að bregðast öðruvísi við í þeim aðstæðum sem um ræddi, heldur er miðað við hvort rannsókn eða meðferð var hagað í samræmi við bestu þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Þannig er í raun einungis um stigsmun að ræða sem hefur þó þær afleiðingar að ábyrgðin er í raun hlutlæg í garð þeirra

²¹⁷ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 87.

sem hafa ekki þá sérfræðipækkingu sem til þarf til að standa undir þeim kröfum sem ákvæðið setur. Í ljósi þessa tekur 1. tölul. einnig yfir öll sakartilfelli.

Þegar kemur að sjúkdómsgreiningu þá sætir hún hins vegar nokkurri sérstöðu þar sem erfitt getur reynst að ákvarða við hvaða svið læknisfræðinnar eigi að miða þegar metið er hvort mistök hafi verið gerð. Þess vegna hefur verið talið að miða eigi við almenna læknisfræðilega þekkingu og reynslu, en þetta hefur þó aðallega verið talið hafa þýðingu þegar um mjög sjaldgæfan sjúkdóm er að ræða.

Öll sömu skilyrði eiga við um 1. tölul. og eiga við um sakarregluna, að því undanskildu að fyrirmynd að æskilegri háttsemi miðast út frá herra viðmiði en ella, en hvorki á grundvelli 1. tölul. né á grundvelli sakarreglunnar er heimilt að miða við vitneskju sem fékkst fyrst eftir að rannsókn eða meðferð fór fram. Þannig skal miða við þá læknisfræðilegu þekkingu og reynslu sem var til staðar er rannsóknin eða meðferðin fór fram, og við þá vitneskju sem var til staðar um ástand og einkenni sjúklingsins á sama tímapunkti, eða sem hefði átt að vera til staðar í ljósi bestu þekkingar og reynslu.

Þá skal við matið einnig taka tillit til þess hvort mögulegt var að veita bestu meðferðina í ljósi t.d. þeirra tækja og búnaðar sem var raunverulega til staðar er rannsóknin eða meðferðin fór fram, auk þess sem taka skal tillit til þess tíma sem var til umráða.

Á grundvelli 1. tölul. verður sem endranær tjón að hafa hlotist af mistökunum og nægir þá að sýna fram á að tjón hafi að öllum líkindum hlotist af þeim.

5.2. 2. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

Í öðru lagi getur komið til skoðunar hvort 2. tölul. 2. gr. eigi við í tilviki sjúklings, en ákvæðið tekur til tjóns sem að öllum líkindum „hlýst af bilun eða galla í tæki, áhöldum eða öðrum búnaði sem notaður er við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð.”

Ákvæðið tekur einungis til þeirra tilvika þegar ofangreindur búnaður er notaður beint við rannsókn eða læknismeðferð. Það tekur hins vegar ekki til tjóns sem verður vegna bilunar eða galla annarra tækja eða annarra hluta, t.d. innréttingar í húsi, lyftu o.fl. Aftur á móti er sérregla í 2. mgr. 3. gr. stl. sem nær yfir tjón vegna eiginlegra slysa sem sjúklingar verða fyrir,²¹⁸ en um það ákvæði verður fjallað síðar.

Það skiptir ekki máli hvernig bilun eða galli í framangreindum búnaði veldur sjúklingi tjóni. Í athugasemdum í frumvarpi því er varð að lögunum er í dæmaskyni nefnt að tjón vegna bilunar eða galla í tækjum eða öðrum búnaði sem notaður er við skurðaðgerð eða svæfingu sé

²¹⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423-4424.

bætt á grundvelli ákvæðisins. Þá er tekið fram að ákvæðið taki til rangrar sjúkdómsgreiningar ef það má rekja hina röngu greiningu til þess að rannsóknartækið sem notað var til greiningarinnar var gallað eða bilað og niðurstöðurnar af þeim sökum rangar.²¹⁹ Af framangreindu má ljóst vera að tjón er bætt á grundvelli ákvæðisins vegna rangrar sjúkdómsgreiningar, sbr. og 1. mgr. 3. gr. stl. Í framkvæmd hefur ekkert reynt á ranga sjúkdómsgreiningu vegna bilunar eða galla í tæki eða öðrum búnaði og verður því ekki fjallað frekar um það hér en í athugasemdum við 2. tölul. kemur mjög skýrt fram um hvers konar tilvik er að ræða.

Þess ber að geta að mörg atvik sem falla undir 2. tölul. 2. gr. geta einnig fallið undir sakarregluna,²²⁰ auk þess sem þær reglur er gilda um skaðsemisábyrgð gætu átt við, sbr. lög nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð.²²¹ Bótaréttur á grundvelli 2. tölul. er þó ekki háður því að einhver beri ábyrgð á grundvelli þeirra reglna, t.d. vegna ágalla í skilningi laga um skaðsemisábyrgð, enda er einnig fjallað um *bilun* tækja, áhalda og annars búnaðar í 2. tölul.²²² Ákvæðið er þar af leiðandi víðtækara heldur en sakarreglan og ákvæði fyrrnefndra laga um skaðsemisábyrgð.²²³

Í framkvæmd hefur mjög lítið reynt á 2. tölul., en það sama á við um í Danmörku.²²⁴

5.2.1. Galli eða bilun

Tjónið verður að hafa hlotist vegna bilunar eða galla í tækinu sjálfu, áhaldinu eða öðrum búnaði, þ.e.a.s. vegna þess að framangreint virkaði ekki sem skyldi,²²⁵ en ekki til þess hvernig það var notað. Undir þeim kringumstæðum gæti tjónið hins vegar fallið undir 1. tölul. Líkt og kom fram hér að ofan þá er ljóst af orðalagi ákvæðisins að það tekur ekki eingöngu til ágalla í skilningi laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð, enda er orðið *bilun* þar einnig notað.²²⁶

Ágalli á lækningatæki eða öðrum búnaði í skilningi laga um skaðsemisábyrgð fellur skv. ofangreindu einnig undir 2. tölul. Þegar tækið er notað við rannsókn eða meðferð sjúklings. Ágalli í skilningi laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð er skilgreindur í 5. gr. laganna, en í 1. mgr. 5. gr. segir að vara teljist haldin ágalla þegar hún er ekki svo örugg sem með réttu mátti vænta eftir öllum aðstæðum, einkum í þeim tilvikum sem nefnd eru í 1.-3. tölul., þ.e.a.s. eftir því hvernig hún var boðin eða kynnt (1.tölul.), eftir notkun þeirri sem með sanngirni mátti gera ráð fyrir (2. tölul.) og eftir hvenær vöru var dreift (3. tölul.). Í 2. mgr. 5. gr. segir að vara teljist eigi haldin ágalla þó að síðar komi betri vara á markað.

²¹⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423-4424.

²²⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4428.

²²¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423-4424.

²²² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 89.

²²³ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 398.

²²⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 89.

²²⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 127.

²²⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 89.

Það skiptir ekki máli hvað það er sem veldur bilun eða galla í framangreindum búnaði, en orsökina getur t.a.m. verið vegna mistaka í hönnun eða smíði, ekki nægilegra leiðbeininga um notkun, ófullnægjandi viðhalds o.s.frv.²²⁷ Í tilvikum sem þessum gæti sjúklingur einnig átt rétt til bóta á grundvelli reglna um skaðsemisábyrgð. Þá gæti orsökina einnig verið ófullnægjandi eftirlit eða viðhald af hálfu þeirra er notuðu búnaðinn,²²⁸ þ.e.a.s. heilbrigðisstarfsmanna eða heilbrigðisstofnana. Þess ber að geta að ákvæðið tekur bæði til þess þegar unnt hefði verið að sjá fyrir bilun eða galla í tækjum eða öðrum búnaði með fullnægjandi aðgæslu af hálfu þeirra er notuðu búnaðinn,²²⁹ þ.e. til sakartilfella, og til þeirra tilvika sem það hefði ekki verið unnt. Ákvæðið tekur þannig einnig til leynds galla.²³⁰

Benda má á eftirfarandi úrskurð ÚRAL þar sem álitamálið var hvort bjargráður hafi verið bilaður, en svo var ekki talið þar sem ekkert athugavert kom fram við skoðun á honum eftir að hann var fjarlægður úr líkama sjúklingsins, en auk þess var tekið fram að um þekktan fylgikvilla hafi verið að ræða.

ÚRAL 28. janúar 2011 (54/2010).

Málsatvik eru þau að kærandi fékk í tvígang og með stuttu millibili rafstuð frá bjargráði án þess að um hjartsláttatruflanir hafi verið að ræða. Eftir að síðara atvikið átti sér stað var ákveðið að skipta um tæki. Ekkert athugavert kom þó í ljós við skoðun á búnaðinum en talið að mögulega hafi verið um einhverja truflun að ræða. Kærandi byggði á því að bjargráðurinn hafi ekki virkað sem skyldi enda gefið rafstuð sem hann hefði ekki átt að gefa og að vegna þess hafi hann orðið fyrir tjóni. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að truflun frá leiðslum og ótímabær rafstuð væru fylgifiskar bjargráðs, jafnvel þótt vel og eðlilega væri staðið að meðferð, og að rannsóknir hefðu sýnt að slíkt gerðist í 12% tilvika. ÚRAL taldi að ekki hafi verið um handvömm lækna að ræða þó bjargráðurinn hafi ekki virkað eins og hann átti að gera. Þá taldi ÚRAL að hrakandi heilsufar kæranda yrði að öllum líkindum rakið til undirliggjandi hjartasjúkdóms og versunar á einkennum hans en yrði hvorki rakið til galla í bjargráði né til svæfinga sem hann þurfti tvívegis að gangast undir af þeim sökum. Í ljósi framangreinds var það niðurstaða ÚRAL að enginn af tölul. 2. gr. ætti við í tilviki kæranda, en hvað varðar 2. tölul. sagði að ekki hefði verið leitt í ljós að um bilun eða galla í tækjabúnaði hafi verið að ræða.

Af framangreindum úrskurði má álykta sem svo að þrátt fyrir að t.d. bjargráður starfi ekki eins og til var ætlast, þ.e.a.s. gefi ekki rafstuð að ósekju, þá nægir það eitt og sér ekki til bótaskyldu ef ekkert var í raun við búnaðinn að athuga þá sérstaklega í ljósi þess að um þekktan fylgikvilla búnaðarins var að ræða.

Úr danskri framkvæmd um 2. tölul. má í dæmaskyni vísa til eftirfarandi úrskurðar Patient-erstatningen.

²²⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

²²⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 127.

²²⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

²³⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

PF 04-0734.

Málsatvik eru þau að kærandi var meðhöndlaður með UVB-ljósi vegna húðvandamála en vegna galla í sjáfvirknibúnaði ljósabúnaðarins stóð ljósameðferðin í 2 mínútur í stað þess að vera í 30 sekúndur eins og til stóð. Í kjölfarið hlaut kærandi 1. stigs bruna. Bótaskylda var viðurkennd á grundvelli samsvarandi reglu og 2. tölul. 2. gr. stl.

Því má velta fyrir sér hvort til sé á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins sambærileg hlutlæg regla og kemur fram í 2. tölul. eða hvort hún hafi fyrst komið inn í íslenskan rétt með setningu stl. Almenn regla á þessu sviði gæti t.d. haft þýðingu ef tjón sjúklings nær ekki lágmarksfjárhæð laganna eða ef hann hefur fengið greiddar hámarksbætur skv. þeim, sbr. 2. mgr. 5. gr., en ef svo háttar til þyrfti hann að sækja rétt sinn á grundvelli almennra reglna, sbr. 7. gr. stl.

Hér á landi var um, og rétt eftir miðbik síðustu aldar talin vera í gildi sú almenna ólögfasta regla að vinnuveitandi bæri hlutlæga ábyrgð á tjóni starfsmanna sinna er þeir urðu fyrir vegna bilunar eða galla í tækjum. Þessi regla var ráðin af þremur Hæstaréttardómum, þ.e. *Hrd. 1968, bls. 1051*, *Hrd. 1970, bls. 434* og *Hrd. 1970, bls. 544*.²³¹ Í fyrstnefnda dóminum voru málsatvik þau að starfsmaður féll úr staur og slasaðist illa, en orsök fallsins var sú að öryggisbelti sem hann hafði um sig var haldið leyndum galla. Vinnuveitandinn var talinn bera skaðabótaábyrgð á gallanum þrátt fyrir að hann hafi ekki mátt vita um hann.

Í ljósi framangreinds mátti teljast eðlilegt að álykta sem svo að sambærileg hlutlæg regla ætti við um tjón er sjúklingar yrðu fyrir vegna bilunar eða galla í lækningatækjum, þá einnig vegna leynds galla, sem eigandi tækisins bæri þá ábyrgð á, t.d. sjúkrastofnun.²³² Slík almenn regla hefur hins vegar ekki svo vitað sé verið staðfest með beinum hætti í dómaframkvæmd en í þessu sambandi hefur þó verið vísað til áður nefnds *Hrd. 1971, bls. 1057* þar sem sjúklingur hlaut röntgenbruna eftir geislameðferð sem mátti rekja til of mikillar geislunar. Í dóminum var m.a. tekið fram að í málinu hafi ekkert komið fram um að bilun hafi verið í tækjunum er voru notuð umrætt sinn. Í málinu var bótaskylda ekki talin vera fyrir hendi.

Ofangreindur dómur staðfestir hins vegar varla tilvist almennrar hlutlægrar bótaábyrgðar á þessu sviði enda var ekki um bilun eða galla að ræða í lækningatækinu.²³³

Þá ber einnig að geta þess að almenn ólögfest regla um hlutlæga ábyrgð vinnuveitanda á tjóni starfsmanna sinna vegna bilunar eða galla í tækjum festist ekki í sessi í íslenskri réttarframkvæmd og hafa dómstólar í seinni tíð ekki dæmt bótaskyldu á grundvelli slíkrar reglu.²³⁴

²³¹ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 243.

²³² Arnljótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”, bls. 236.

²³³ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 27.

²³⁴ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 247.

Þetta styður enn frekar að það sé heldur ekki til almenn ólögfest regla um framangreint á því sviði sem er hér til umfjöllunar.

Áður en sjúklingatryggingalögin gengu í gildi í Danmörku var almenn ólögfest hlutlæg ábyrgð vegna bilunar eða galla í lækningatækjum ekki talin vera í gildi þar í landi og var bótaskylda í slíkum tilvikum aðeins viðurkennd á grundvelli sakar,²³⁵ sbr. *UfR.1960, bls. 576*. Málsatvik voru þau að svæfingartæki sem var notað með tveggja daga millibili var bilað, en orsök bilunarinnar var ekki með öllu kunn. Í fyrra tilvikinu dó sjúklingur vegna bilunarinnar en í seinna tilvikinu varð sjúklingur fyrir alvarlegum heilaskaða vegna súrefnisskorts. Í fyrra tilvikinu var bótaskylda ekki viðurkennd þar sem sök var ekki sönnuð. Í seinna tilvikinu taldi Hæstiréttur hins vegar að þeir sem notuðu tækið hefðu mátt gera sér grein fyrir að það starfaði ekki edlilega, m.a. í ljósi fyrra tilviksins, og var bótaskylda viðurkennd á grundvelli sakar. Þess má þó geta að í fyrra tilvikinu vildi minnihluti dómsins, þ.e.a.s. fjórir dómarar af níu, viðurkenna bótaábyrgð sjúkrahússins á grundvelli hlutlægrar bótaábyrgðar.

5.2.2. Tæki, áhald eða annar búnaður

Mjög margt getur fallið undir ákvæðið og er þannig ekki unnt að koma með neina nákvæma skilgreiningu á því hvaða tæki, áhöld og búnaður falla þarna undir. Til hliðsjónar má ef til vill líta til þess hvað telst til lækningatækja í skilningi laga nr. 16/2001 um lækningatæki, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 3. gr. þeirra laga.

Í raun getur hvaða tæki, áhald eða búnaður sem er fallið undir 2. tölul. að því gefnu að það sé notað við eða sem liður í rannsókn eða meðferð sjúklingsins, en þ.á m. er einnig átt við t.d. gervilimi ýmis konar og hluti sem eru græddir í líkama fólks, t.d. gangráður eða bjargráður,²³⁶ sbr. ofangreindur úrskurður ÚRAL.

Sem dæmi um hvers konar búnaður hefur verið talinn falla undir ákvæðið má úr danskri framkvæmd m.a. nefna börur, gervi hjartaloku, þrekhjól, bremsur á göngugrind, hækjur, hitadýnu, bremsur á göngugrind, ófrjósemistæki o.fl.²³⁷

5.2.3. Niðurstaða

Í 2. tölul. 2. gr. stl. er að finna hlutlæga ábyrgð þegar um bilun eða galla er að ræða í tækjum, áhöldum eða öðrum búnaði sem notaður er við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð, enda skiptir engu um orsakir þeirrar bilunar eða galla. Ákvæðið tekur þannig bæði til sakartilfella, þ.e.a.s.

²³⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 91.

²³⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 89.

²³⁷ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 90.

þegar unnt hefði verið að sjá fyrir bilunina eða gallann með fullnægjandi aðgæslu, og til þeirra tilvika sem það hefði ekki verið unnt, þ.e.a.s. til leynds galla.

Ákvæðið á aðeins við þegar framangreindur búnaður er notaður beint við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð og einungis þegar tjónið hlýst af biluninni eða gallanum í tækinu, áhaldinu eða búnaðinum sjálfum en ekki af því hvernig það var notað, en undir þeim kringumstæðum gæti 1. tölul. átt við.

Líkt og orðalag 2. tölul. 2. gr. ber skýrt með sér tekur það ekki aðeins til galla, t.d. ágalla í skilningi laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð, heldur einnig til bilunar, en ljóst má vera að það tekur einnig til ágalla í skilningi þeirra laga, sbr. 5. gr. laganna. Hins vegar er 2. tölul. víðtækari og er því ekki bundinn við slíka galla.

Ýmis konar tæki, áhöld og annar búnaður fellur undir ákvæðið og getur í raun átt við hvað sem er sem notað er við eða sem liður í rannsókn eða sjúkdómsmeðferð sjúklingsins.

Ætla má að sambærileg hlutlæg bótaábyrgð og kemur fram í 2. tölul. 2. gr. stl. sé nú ekki viðurkennd í íslenskum rétt á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins og má því ljóst vera að 2. tölul. er mikil réttarbót fyrir sjúklinga hér á landi.

5.3. 3. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

Einnig getur komið til skoðunar hvort 3. tölul. 2. gr. eigi við í tilviki sjúklingsins, en ákvæðið tekur til tjóns sjúklings ef „*mat sem síðar er gert leiðir í ljós að komast hefði mátt hjá tjóni með því að beita annarri meðferðaraðferð eða -tækni sem vöð var á og hefði frá læknisfræðilegu sjónarmiði gert sama gagn við meðferð sjúklings.*”

Ákvæðið er mun víðtækara en 1. tölul. og er ekki bundið við þau mistök er falla þar undir, auk þess sem það tekur ekki til þeirra tilvika er falla undir 2. tölul.²³⁸ Ákvæðið takmarkast þó við tjón sem unnt hefði verið að komast hjá líkt og 1. og 2. tölul.²³⁹ Ákvæðið tekur hins vegar til tjóns sem ekki var unnt að sjá að hefði mátt komast hjá fyrr en eftir að meðferð fór fram og eftir að tjónið átti sér stað ef önnur aðferð eða tækni hefði verið notuð í staðinn. Þannig er heimilt á grundvelli 3. tölul. líta til upplýsinga sem fyrst komu fram eftir að tiltekin meðferð var framkvæmd.²⁴⁰ Hér fjarlægist bótaábyrgð á grundvelli stl. sakarregluna með ótvíræðum hætti,²⁴¹ enda er á grundvelli sakarreglunnar eingöngu tekið mið af þeirri vitneskju sem var til

²³⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²³⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 136.

²⁴⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁴¹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 94.

staðar á þeim tíma er meðferðin fór fram.²⁴² Það sama á við um 1. tölul., sbr. umfjöllunina í kafla 5.1. hér að framan.

Skilyrði bóta á grundvelli 3. tölul. 2. gr. eru þrjú og þurfa þau öll að vera uppfyllt til þess að ákvæðið taki til tjóns sjúklingsins. Í fyrsta lagi þarf önnur aðferð eða tækni að hafa verið til þegar meðferðin átti sér stað og að raunverulega hafi verið hægt að beita henni á þeim tíma. Í öðru lagi þarf sú aðferð eða tækni sem ekki var beitt, en sem var skv. framangreindu til staðar þegar meðferðin fór fram, a.m.k. að hafa út frá læknisfræðilegu sjónarmiði gert sjúklingi sama gagn og sú meðferð sem var í raun notuð, þ.e.a.s. hún þarf að hafa verið jafngild. Í þriðja lagi er það skilyrði bóta á grundvelli 3. tölul. að það hefði að öllum líkindum mátt komast hjá tjóni ef annarri jafngildri aðferð eða tækni hefði verið beitt.²⁴³

Ákvæðið tekur þannig til þeirra tilvika þegar um raunverulegt val var að ræða á milli mismunandi aðferða eða tækni á þeim tíma er meðferðin fór fram þar sem í ljósi bestu þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði hefði allt eins verið hægt að velja hvora þeirra sem var, en eftir á að hyggja kemur fyrst í ljós að sú aðferð eða tækni sem ekki var valin var í raun betri fyrir þann tiltekna sjúkling.²⁴⁴

Verður nú fjallað nánar um hvert og eitt ofangreindra skilyrða 3. tölul. og um framkvæmd ákvæðisins hjá ÚRAL, en álitafni um bótaskilyrði ákvæðisins hafa ekki svo vitað sé komið til kasta íslenskra dómstóla. Þess ber einnig að geta að sjaldan hefur reynt beint á 3. tölul. í framkvæmd hjá ÚRAL.

Þá verður einnig leytast við að útskýra þann mun sem er á 1. og 3. tölul. 2. gr. stl. þegar það á við.

5.3.1. Önnur meðferðaraðferð eða -tækni

Til þess að 3. tölul. geti átt við í tilviki sjúklings þarf í fyrsta lagi að hafa verið til önnur aðferð eða tækni þegar meðferðin fór fram og að þá hafi verið raunverulegur valmöguleiki á að beita henni.²⁴⁵

Ákvæðið tekur skv. framangreindu bæði til þeirra tilvika þegar tvær eða fleiri mismunandi meðferðir stóðu til boða og til þeirra tilvika þegar unnt var að velja á milli tveggja eða fleiri mismunandi leiða til að framkvæma þá meðferð nánar, þ.e.a.s. meðferðartækni. Mörkin þarna á milli eru ekki skýr og þar sem ákvæðið tekur til beggja tilvikanna er ekki nauðsynlegt að

²⁴² B.V. Tidemand-Petersson: *Lægeansvar*, bls. 123.

²⁴³ Alpt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁴⁴ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 399.

²⁴⁵ Alpt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

afmarka þau nánar.²⁴⁶ Ákvæðið tekur hins vegar ekki til tilvika þegar um ranga sjúkdómsgreiningu var að ræða,²⁴⁷ sbr. 1. mgr. 3. gr. stl.

Aðferð eða tækni sem ekki var notuð við meðferð sjúklings, en sem hefði eftir á að hyggja getað komið í veg fyrir tjón hans, þarf að hafa verið til á þeim tímapunkti þegar meðferðin fór fram. Í þessu felst að það er ekki leyfilegt að taka tillit til meðferðarmöguleika sem komu fyrst til sögunnar eftir að sjúklingur var til meðferðar.²⁴⁸ Ef slíkt væri heimilað skv. ákvæðinu gætu sjúklingar fengið bætur vegna sérhverrar framþróunar sem ætti sér stað í læknavísindunum og þeir misstu af í meðferð sinni. Það mundi eðli málsins samkvæmt leiða til ófyrirsjáanlegra niðurstaðna og yrði ákvæðið þá afar víðfemt.²⁴⁹ Til hliðsjónar má nefna áðurreifaðan úrskurð ÚRAL, en hann fjallar þó ekki beint um 3. tölul. heldur aðallega 1. tölul.

ÚRAL 4. febrúar 2009 (211/2008).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut handleggsbrot um öxl og var fyrst meðhöndlaður með fatla en um sjö mánuðum síðar gekkst hann undir aðgerð vegna brotsins. Í álitni bæklunar-skurðlæknis í málinu kom m.a. fram að fyrsta meðferð hefði verið hefðbundin og að hann hafði ekkert út á hana að setja en hann taldi hins vegar að hugsanlega hefði verið rétt að gera aðgerð í upphafi en það álit mótaðist m.a. af því að *í millitíðinni hafði nýr mergnagli verið tekinn til notkunar sem hafði reynst mjög vel*. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að enginn af tölul. 2. gr. ætti við, en hvað varðar 3. tölul. sagði: „*Ekkert bendir til að val hafi verið á annarri meðferðaraðferð eða - tækni þegar kærandi var til meðhöndlunar*”

Að þessu leyti er 3. tölul. sambærilegur 1. tölul., sbr. umfjöllunina í kafla 5.1.1., en auk þess miðast mat á gáleysi skv. sakarreglunni við þann tíma er tjón átti sér stað og við þá tækni sem þá var til staðar.²⁵⁰ Af þessu má ljóst vera að hvorki á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins né á grundvelli stl. má taka tillit til aðferða eða tækni sem kom til eftir að sjúklingur var til meðferðar.

Það er ekki einungis nægjanlegt skv. ákvæðinu að aðrir meðferðarmöguleikar hafi verið til þegar meðferð sjúklings fór fram heldur þarf einnig að hafa verið raunverulegur valmöguleiki á að beita annarri aðferð eða tækni í tilviki hans.²⁵¹ Þetta felur m.a. í sér að ef aðferð eða tækni er svo ný að hún hefur ekki enn verið tekin til notkunar þá er framangreint skilyrði ákvæðisins ekki uppfyllt enda stendur hún þá ekki raunverulega til boða. Sama á við ef aðferð eða tækni hefur ekki verið tekin til notkunar hér á landi.²⁵² Það hefur hins vegar enga þýðingu hér hvort önnur aðferð eða tækni hafi verið tekin til notkunar á þeirri tilteknu heilbrigðisstofnun er sjúk-

²⁴⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 137-138.

²⁴⁷ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 399.

²⁴⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁴⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls.140.

²⁵⁰ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 166-167.

²⁵¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁵² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 96.

lingur var á,²⁵³ enda ber að taka tillit til þess hvort unnt hafi verið að flytja eða vísa sjúklingi á aðra sérhæfðari deild eða til sérfræðings.²⁵⁴

Hér sem endranær ber að taka tillit til þess hvort um bráðameðferð var að ræða, en þegar svo háttar til er oft ekki raunverulegur valmöguleiki á að beita annarri aðferð eða tækni, t.d. ef tímans vegna væri of áhættusamt að flytja sjúkling á aðra heilbrigðisstofnun.²⁵⁵

Í þessu sambandi má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 1. nóvember 2006 (249/2006).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir keisaraskurð en í kjölfar hans dróst legið ekki eðlilega saman og taldist nauðsynlegt að nema það á brott til að stöðva blæðingar. Bótaskylda var hafnað á grundvelli 1. tölul. þar sem meðferðinni hefði verið hagað eins vel og unnt hefði verið miðað við aðstæður og í samræmi við þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Hvað varðar 3. tölul. tók ÚRAL fram að *til þess að ákvæðið ætti við þyrfti í raun að hafa verið kostur á annarri meðferð sem gert hefði sama gagn.* Aðrar aðferðir voru til en í umsögn sérfræðings kom fram að í ráðleggingum WHO væri mælt með því að reyna fyrst undirbindingu áður en legnám væri framkvæmt, en einnig kom fram að það væri til önnur aðferð til að stöðva blæðingu, svokallaður B-lynch saumur. Þó kom fram í umsögninni að ekki væri hægt að segja til um hvort þessar aðferðir hefðu dugað í tilviki kæranda. Þá lá annað álit sérfræðings fyrir þar sem kom fram að í langflestum tilvikum væri unnt að halda aftur af blæðingum með því að pakka legholið og beita utanaðkomandi þrýstingi uns legvöðvinn hefði endurheimt samdráttarhæfni sína, auk þess sem unnt væri að loka megin æðum til legsins. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að ekki yrði fram hjá því litið að beitt hefði verið þekktri aðferð við að stöðva blæðinguna sem starfsfólk var þjálfað í að beita og síðan segir: „*Ekkert svigrúm var til mats eða til að kalla til sérfræðinga sem höfðu reynslu af þeim aðgerðum sem nefndar eru sem valkostur.*” Þá sagði að engar haldgóðar upplýsingar hefðu komið fram í málinu um að önnur aðferð hefði skilað árangri og að hafa yrði í huga að „*um var að ræða lífshættulegt ástand sjúklings og að grípa þyrfti til aðgerða skjótt til að bjarga lífi hennar.*” ÚRAL tók einnig fram að bótaskylda yrði ekki byggð á því að hugsanlega hefði mátt beita öðrum aðferðum, en að sterk rök eða raunhæfar líkur yrðu að búa að baki. Bótaskylda var ekki viðurkennd á grundvelli 3. tölul.

Þá geta þær aðstæður komið upp að ekki er raunverulegur valmöguleiki á aðferð eða tækni sem þó er til og sem hefur verið tekin til notkunar, jafnvel á þeirri heilbrigðisstofnun sem um ræðir, vegna þess að tæknin var t.d. í notkun þegar sjúklingur þyrfti á henni að halda eða ekki unnt að beita aðferðinni eða tækninni sem um ræddi vegna ómöguleika, sbr. áðurreifaðan úrskurð ÚRAL 27. júní 2012 (25/2012) þar sem skortur á tækjabúnaði leiddi til þess að ekki var unnt að framkvæma tvær opnar hjartaaðgerðir á sama tíma. Kærandi vildi m.a. meina að 3. tölul. ætti við og tók fram að ekki lægi fyrir í málinu að hann hefði ekki átt þess kost að fara í aðra hjarta- og lungnavél eða að ekki hefði verið unnt að kalla til sérfræðinga til að framkvæma aðgerðina. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að ekki væru efni til að raska því mati lækna og hjúkrunarfólks um að ekki hafi verið unnt að kalla til annað teymi sérfræðinga til að

²⁵³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls.141.

²⁵⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁵⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 96.

framkvæma aðgerð án vélarinnar. Í ljósi þessa taldi ÚRAL að ekki hafi verið völ á annarri meðferð eða tækni til að hjálpa kæranda í veikindum hans.

Það hefur ekki þýðingu skv. 3. tölul. hvort sá læknir, eða heilbrigðisstarfsmaður er kom að meðferð sjúklingsins gerði sér almennt grein fyrir því, eða hefði átt að gera sér grein fyrir því, hvort möguleiki var á annarri aðferð eða tækni við meðferð hans.²⁵⁶ Framangreint mat fer af þeim sökum ekki fram með sama hætti og mat á grundvelli sakarreglunnar.

Mat á grundvelli 3. tölul. á því hvort völ hafi verið á annarri aðferð eða tækni við meðferð sjúklingsins miðast skv. framansögðu við raunverulegar aðstæður og við þá valmöguleika sem raunverulega stóðu til boða í ljósi þekkingar og reynslu á þeim tímapunkti.

Ofangreint á einnig almennt við um mat á grundvelli 1. tölul., sbr. kafla 5.1.3., en skv. 1. tölul. skal taka mið af raunverulegum aðstæðum við meðferð sjúklingsins á þeim tíma er meðferðin fór fram, og af því hvort mögulegt var að flytja eða vísa honum á aðra heilbrigðisstofnun þar sem betri aðstaða, búnaður eða meðferðarmöguleikar voru til staðar.²⁵⁷

Munurinn á 1. og 3. tölul. felst hins vegar í næstu tveimur skilyrðum 3. tölul., sbr. kaflana hér að neðan.

5.3.2. Jafngild aðferð eða tækni

Ef 3. tölul. tæki til allra þeirra tilvika þar sem eftir á að hyggja hefði verið unnt að komast hjá tjóni sjúklingsins með því að notast við aðra aðferð eða tækni sem var til staðar þegar meðferðin fór fram má ljóst vera að bótaskylda á grundvelli ákvæðisins yrði mjög víðtæk.²⁵⁸ Þess vegna er sú takmörkun sett í 3. tölul. að önnur aðferð eða tækni þarf út frá læknisfræðilegu sjónarmiði a.m.k. að hafa gert sama gagn við meðferð sjúklingsins og sú aðferð eða tækni sem var í raun valin, en í þessu felst að þær verða að hafa verið taldar jafngildar, þ.e.a.s. jafngóðar. Þegar ofangreint er metið, þ.e.a.s. hvort önnur aðferð eða tækni hafi talist vera jafngild þeirri sem var í raun valin, skal taka mið af læknisfræðilegri þekkingu og reynslu eins og hún var er sjúklingurinn var til meðferðar, en ekki til síðar tilkominnar þekkingar.²⁵⁹ Af þessu má ljóst vera að þegar ofangreint skilyrði 3. tölul. er metið er ekki um eftirfarandi mat á aðstæðum að ræða.²⁶⁰

²⁵⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 142.

²⁵⁷ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 82.

²⁵⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 143.

²⁵⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁶⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 143.

Ákvæðið tekur þannig til þeirra tilvika þegar læknir, eða annar heilbrigðisstafsmaður, stóð frammi fyrir því að geta valið á milli jafngilda meðferðarmöguleika við meðferð sjúklings á þeim tíma er meðferðin fór fram.²⁶¹

Hér er matið einnig óháð því hvort sá læknir, eða heilbrigðisstarfsmaður, er kom að meðferð sjúklingsins hafi almennt út frá þekkingu sinni og reynslu mátt gera sér grein fyrir því að til væri önnur aðferð eða tækni sem var jafngild þeirri sem notuð var.²⁶² Framangreint mat fer því fram með sama hætti og mat skv. 1. tölul.,²⁶³ en í því felst nánar tiltekið að önnur aðferð eða tækni hafi út frá bestu þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði verið talin jafngild þeirri sem notuð var, þ.e.a.s. hefði fyrirfram verið talin álíka góður kostur við meðferðina.

Það sem aðskilur hins vegar 1. og 3. tölul. er að 3. tölul. leiðir ekki til þess að í ljósi bestu þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði hefði átt að velja aðra meðferðarleið umrætt sinn,²⁶⁴ sbr. 1. tölul., en ef um t.d. tvær jafngildar og góðar meðferðir er að ræða þá er í raun hvor þeirra um sig fullnægjandi í ljósi 1. tölul., en það er einmitt í þeim kringumstæðum sem 3. tölul. á við.

Þegar um tvær jafngildar meðferðarleiðir er að ræða er í raun ekki hægt að setja neitt út á valið á hvorri þeirra sem var,²⁶⁵ og er 3. tölul. þar með mjög frábrugðinn sakarreglunni, auk þess sem 1. tölul. gerir ráð fyrir því að bestu meðferðinni í því tiltekna tilviki hafi verið beitt. Af þessu má ljóst vera að 3. tölul. gengur enn lengra í átt að auknum bótarétti til sjúklinga.

Ef önnur aðferð eða tækni var þannig á þeim tíma er meðferðin fór fram talin betri í ljósi læknisfræðilegrar þekkingar og reynslu en sú sem valin var, þ.e.a.s. hefði fyrirfram verið talin betri kostur við meðferðina, þá á 1. tölul. við,²⁶⁶ enda er þá ekki um jafngildar aðferðir eða tækni að ræða og umrætt skilyrði 3. tölul. því ekki uppfyllt. Í þessu sambandi má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 30. ágúst 2006 (187/2006).

Málsatvik eru þau að kærandi sleit hnéskeljarsin og gekkst undir aðgerð þar sem sinin var saumuð saman. Kærandi vildi meina að mistök hafi verið gerð í aðgerðinni. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að mistök hafi ekki átt sér stað í skilningi 1. tölul., en öll sérfræðiálit í málinu gengu í þá átt. Þá taldi ÚRAL að einkenni kæranda frá hné mætti rekja til slyssins og eldri áverka hans á sama hné en ekki til aðgerðarinnar. Bótaskylda var því ekki viðurkennd á grundvelli 1. tölul. Hvað varðar 3. tölul. kemur fram í niðurstöðu ÚRAL að sami rökstuðningur gilti og varðandi 1. tölul., þ.e. að ekkert lægi fyrir um að tjón hafi átt sér stað við meðferð kæranda og var bótaskylda á grundvelli 3. tölul. hafnað á þeim grundvelli. Síðan segir hins vegar: „Beitt var viðurkenndri aðferð við að setja hnéskeljarsin saman og er sú aðgerð talin henta best þegar um þess konar áverka er að ræða.”

²⁶¹ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 399.

²⁶² Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 141.

²⁶³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 143.

²⁶⁴ Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 4106.

²⁶⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 94.

²⁶⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 144.

Í úrskurðinum var bótaskyldu hafnað á þeim grundvelli að kærandi hafði ekki orðið fyrir tjóni í tengslum við meðferð hans en af hinum tilvitnuðu orðum má hins vegar álykta sem svo að 3. tölul. hefði ekki átt við þar sem aðgerðin var talin henta best við áverka kæranda.

Með vísan til framangreinds má því í stuttu máli segja að 1. tölul. eigi við ef önnur betri aðferð eða tækni var til staðar en 3. tölul. ef önnur jafngild aðferð eða tækni var til staðar sem unnt hefði verið að velja.

Í athugasemdum við þetta skilyrði 3. tölul. í frumvarpi því er varð að stl. kemur fram að hafi niðurstaða framangreinds mats verið að sú aðferð eða tækni sem ekki var beitt hefði verið miklu betri en sú sem var beitt þá taki 3. tölul. til tjónsins.²⁶⁷ Ætla má að hér sé verið að vísa til þriðja skilyrðis 3. tölul., þ.e.a.s. til þess að önnur jafngild aðferð eða tækni hefði eftir á að hyggja verið talin betri í því tiltekna tilviki, sbr. næsta kafla.

Þá tekur 3. tölul. heldur ekki til þeirra tilvika þegar talið var á þeim tíma er meðferðin fór fram, og í ljósi bestu læknisfræðilegrar þekkingu og reynslu, að sú aðferð eða tækni sem ekki var beitt hafi verið lakari en sú sem beitt var,²⁶⁸ þ.e.a.s. hefði fyrirfram verið talin lakari kostur við meðferðina. Af þessu leiðir að ákvæðið á ekki við um þau tilvik er lækni afréð með réttu að nota ekki aðra aðferð eða tækni við meðferð sjúklingsins þar sem í ljósi reynslunnar hefði hún gert minna gagn við meðferð hans. Á þetta við jafnvel þó sú aðferð eða tækni hefði eftir á að hyggja verið betri í því tiltekna tilviki.²⁶⁹ Í tilvikum sem þessum á hvorki 1. né 3. tölul. við, en hvað varðar 1. tölul. ber ætíð að velja þá aðferð eða tækni sem var talin best, sbr. umfjöllun um 1. tölul. í kafla 5.1. hér að framan. Í þessu sambandi má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 14. mars 2007 (5/2007).

Málsatvik eru þau að kærandi sleit hælsein og gekkst undir skurðaðgerð þar sem sinin var saumuð ofan í hælbein. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að þegar sin kæranda slitnaði hafi læknar staðið frammi fyrir tveimur kostum, annars vegar að gera aðgerð þó sýkingarhætta hafi verið töluverð, og hins vegar að gipsa fótinn án þess að framkvæma aðgerð. ÚRAL taldi að það hafi verið rétt að gera aðgerðina og sagði: „Annars er hætta á að sinin hefði lengst, spyrnukraftur minnkað og kærandi hefði búið við meiri afleiðingar sinarslitsins en hann gerir nú. Ekkert hefur komið fram sem bendir til þess að 1. - 3. tl. eigi við.”

Við matið er einnig tekið tillit til þess hversu mikil inngríp aðferðin eða tæknin hafði í för með sér fyrir sjúklinginn, en almennt ber fyrst að velja þá aðferð eða tækni sem fól í sér minni inngríp. Ef val stendur t.d. á milli lyfjameðferðar og skurðaðgerðar og ef lyfjameðferðin er til

²⁶⁷ Alpt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁶⁸ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 92.

²⁶⁹ Alpt. 1990-91, A-deild, bls. 4107.

Þess fallin að lækna tiltekinn sjúkling þá er skurðaðgerð ekki jafngildur kostur enda felur hún í sér meiri inngríp.²⁷⁰ Í dæmaskyni má nefna eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 28. maí 2008 (316/2007).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut áverka á ökkla þar sem liðband slitnaði og fékk hann meðferð með teygjuumbúðum og var ráðlagt að nota ökklaspelku. Kærandi taldi m.a. að það hefði mátt koma í veg fyrir tjón hans ef hann hefði farið strax í skurðaðgerð. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að meðferðin hafi verið hefðbundin og að eðlilegt hafi verið að bregðast við liðbandarsliti kæranda með lokaðri meðferð. Þá kemur einnig fram að unnt sé að beita skurðaðgerð við liðbandarsliti en að ÚRAL hafi *talið eðlilegra að beita frekar lokaðri meðferð enda reynist hún almennt jafn vel og skurðaðgerð* þegar um liðbandarsliti er að ræða, auk þess sem hafa yrði í huga að fylgikvillar væru algengir við opnar aðgerðir á ökkla. Með vísan til framangreinds taldi ÚRAL m.a. að ekkert hafi bent til þess að val hafi verið á annarri meðferðaraðferð eða -tækni og var bótaskyldu hafnað.

ÚRAL 10. mars 2010 (249/2009).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut rifu á fremra krossband hnés og á innri liðþófa og var meðhöndluð með teygjusokk og bólgueyðandi lyfjum. Kærandi vildi meina að unnt hefði verið að komast hjá tjóni ef annarri meðferðaraðferð eða -tækni hefði verið beitt. Í niðurstöðu ÚRAL kemur m.a. fram að þess væri almennt freistað að meðhöndla meiðsli eins og kærandi hlaut með konservatívi meðferð áður en gripið væri til skurðaðgerða en tók fram að þegar íþróttafólk eða yngra fólk ætti í hlut væri frekar gripið til skurðaðgerða en að rannsóknir hafi sýnt að *skurðaðgerðir og konservatívar meðferðir skili jafn góðum árangri*. ÚRAL taldi m.a. að 3. tölul. ætti ekki við þar sem ólíklegt hafi verið að einkenni kæranda frá hné hefðu verið minni ef gripið hefði verið til þeirrar meðferðar sem hún gekkst undir fyrr.

Í báðum þessum úrskurðum voru skurðaðgerðir almennt taldar reynast *jafn vel* eða *skila jafn góðum árangri* og lokuð (konservatív) meðferð en bótaskylda þó ekki viðurkennd á grundvelli 3. tölul. Í fyrri úrskurðinum var ákvæðið ekki talið eiga við þar sem það þótti eðlilegra að beita þeirri meðferð sem fól í sér minni inngríp og að því hafi ekki verið val á annarri meðferðaraðferð eða -tækni. Í síðari úrskurðinum virðist bótaskylda á grundvelli 3. tölul. hins vegar falla á því að þriðja skilyrði ákvæðisins hafi ekki verið uppfyllt þar sem ekki hafi verið unnt að komast hjá tjóni kæranda með annarri meðferð.

Við matið ber einnig að líta til þeirrar hættu sem er á fylgikvillum,²⁷¹ en ef mun meiri hættu er t.d. á alvarlegum fylgikvilla við það meðferðarræði sem ekki var valið þá getur það vart talist vera jafngilt því úrræði sem felur í sér minni hættu, sbr. t.d. áðurreifaðan úrskurð *ÚRAL 28. maí 2008 (316/2007)*. Í úrskurðinum kom m.a. fram að hafa yrði í huga að fylgikvillar væru algengir við opnar aðgerðir á ökkla, en 3. tölul. var ekki talinn eiga við þar sem ekkert benti til þess að það hafi verið val á annarri meðferð eða tækni. Einnig má vísa til *UfR. 2007, bls. 447* en þar var tiltölulega ný aðferð er kom til greina ekki talin jafngild lyfja-

²⁷⁰ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 97.

²⁷¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 153.

meðferð sem valin var við meðferð sjúklingsins þar sem hætta á fylgikvilla í kjölfar hennar var mun meiri á þeim tíma er sjúklingur var til meðferðar.

Þar sem hér að framan hefur verið vísað til lyfjameðferða og fylgikvilla þeirra má benda á að þrátt fyrir að aukaverkanir lyfja falli almennt ekki undir stl., sbr. 3. mgr. 3. gr., þá getur 3. tölul. átt við um þess háttar tjón ef unnt hefði verið að komast hjá því með annarri jafngildri meðferð,²⁷² sbr. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 17. desember 2008 (235/2008).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut þráláta sýkingu í kjölfar aðgerðar sem erfiðlega gekk að uppræta og fékk sterk sýklalyf til að vinna bug á henni. Skemmdir urðu hins vegar á jafnvægissskyni kæranda vegna notkunar sýklalyfjanna. ÚRAL vísaði m.a. til 3. mgr. 3. gr. stl. þar sem segir að bætur skv. lögnum greiðist ekki ef rekja má tjón til eiginleika lyfs sem notað var við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð. Í niðurstöðu ÚRAL kemur hins vegar fram að undantekning væri á þessu ef heilsutjón hlytist af lyfi og því hefði mátt afstýra með annarri jafngildri meðferð, nema ef það hefði í för með sér sambærilega hættu á að sjúklingur hlyti tjón af lyfinu, sbr. 3. tölul.

Þá má nefna að náttúruleg fæðing og keisaraskurður hafa ekki verið taldar til jafngildra aðferða við fæðingu. Ef raunin væri önnur fæli það í sér mjög rúma túlkun á ákvæðinu og í því sambandi hefur m.a. verið tekið sem dæmi að þá ætti ákvæðið við um öll þau tilvik þegar barn yrði fyrir tjóni vegna t.d. súrefnisskorts í fæðingu þar sem það hefði ekki gerst ef framkvæmdur hefði verið keisaraskurður.²⁷³

Í framkvæmd hefur ÚRAL t.d. tekið fram að fæðing í gegnum fæðingarveg hljóti alltaf að vera fyrsti kostur og að keisaraskurður sé undantekning sem beri aðeins að grípa til ef brýnt er af heilsufarsástandum móður eða barns, sbr. úrskurðir *ÚRAL 8. desember 2010 (35/2010)* og *9. mars 2011 (276/2010)*. Af þessu má ljóst vera að ekki er um jafngildar aðferðir að ræða í þeim skilningi að lækna hefðu í öllum tilvikum allt eins getað valið keisaraskurð fram yfir náttúrulega fæðingu. Sérstakar kringumstæður þurfa ávallt að vera fyrir hendi sem gefa læknum tilefni til að íhuga þann möguleika frekar.²⁷⁴ Má hér m.a. nefna ofangreindan úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 9. mars 2011 (276/2010).

Málsatvik eru þau að kærandi taldi sig hafa orðið fyrir tjóni m.a. vegna þess að það hafi ekki verið framkvæmdur keisaraskurður við fæðingu barns hennar. Í niðurstöðu ÚRAL kemur m.a. fram að engar ábendingar hafi verið fyrir keisaraskurði í læknisfræðilegum gögnum málsins og þá tekur ÚRAL einnig fram að keisaraskurður hefði ekki komið í veg fyrir tjón kæranda. Í ljósi framangreinds taldi ÚRAL m.a. að ekki hefði verið val um aðra meðferðaraðferð eða -tækni enda hefði keisaraskurður ekki komið í veg fyrir tjón hennar. Bótaskylda kom því ekki til álita skv. 3. tölul.

²⁷² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

²⁷³ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 97.

²⁷⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 97.

Í úrskurðinum virðist þó bótaskyldu aðallega verið hafnað skv. 3. tölul. á þeim grundvelli að keisaraskurður hefði ekki komið í veg fyrir tjón kæranda, sbr. þriðja skilyrði þess. Þess ber þó að geta að ÚRAL hefði með vísan til framangreinds allt eins getað hafnað bótaskyldu á þeim forsendum að keisaraskurður hefði ekki verið jafngild aðferð við fæðingu í tilviki kæranda þar sem ekki hafi verið neitt tilefni til að framkvæma hann.

Ef sérstakar kringumstæður skapast hins vegar í tilteknu tilviki sem gefa nægilega ástæðu til að ætla að keisaraskurður hefði getað verið valinn þá á 3. tölul. við enda er þá um jafngilda afðferð við fæðingu að ræða. Hafi hins vegar þær kringumstæður leitt til þess að það hefði átt að framkvæma keisaraskurð í ljósi þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði vegna þess að sú meðferð hefði verið betri á 1. tölul. við.²⁷⁵

Þegar ný aðferð eða tækni er að ryðja sér til rúms innan læknávisindanna getur mat á því hvort sú aðferð eða tækni teljist jafngild hinni venjubundnu orðið aðeins flóknara. Ef hin nýja aðferð eða tækni var á þeim tímapunkti er meðferð sjúklingsins fór fram ekki orðin það þróuð að hún var viðurkennd innan þess sérfræðisviðs er við á hverju sinni á 3. tölul. ekki við. Þetta á við jafnvel þó síðar komi í ljós að hin nýja aðferð eða tækni var mun betri en sú eldri og að hún hefði að öllum líkindum komið í veg fyrir tjón sjúklingsins.²⁷⁶ Í tilvikum sem þessum á 1. tölul. heldur ekki við. Ef hin nýja aðferð eða tækni var hins vegar orðin það útbreidd á viðkomandi sérfræðisviði þegar meðferð sjúklingsins fór fram og á þeim tímapunkti talin vera betri þannig að það hefði ekki átt að notast við þá venjubundnu á 1. tölul. við.²⁷⁷ Þarna á milli geta verið tilvik þar sem hin nýja aðferð eða tækni var nokkuð þróuð og viðurkennd en þó ekki á því stigi að talið hafi verið að það hefði átt að velja hana fram yfir þá hefðbundnu og getur 3. tölul. þá átt við. Í þessu sambandi má til hliðsjónar vísa til dóms úr *Forsíkrings- og erstatningsretlig domssamling (FED) 1999, bls. 954* þar sem um tilraunamedferð við brjóstakrabbameini var að ræða, en valin var mjög öflug lyfjameðferð í stað hinnar hefðbundnu, en talið var að tilraunamedferðin gæti mögulega drepit allar krabbameinsfrumurnar. Í kjölfar meðferðarinnar varð stefnandi hins vegar blind. Landsréttur taldi að hin hefðbundna lyfjameðferð hefði að öllum líkindum verið *jafn góð* meðferð við krabbameininu á þeim tíma er meðferðin fór fram og að unnt hefði verið að koma í veg fyrir sjóntapið með þeirri meðferð. Bótaskylda var því samþykkt.

Í dóminum var hefðbundin lyfjameðferð þannig talin jafngild hinni öflugu tilraunalyfjameðferð, en við þá niðurstöðu var tekið mið af því að tilraunamedferðin hafði borið árangur

²⁷⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 147.

²⁷⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 98.

²⁷⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 149.

við meðferð á annars konar krabbameinum en að *engar sönnur hafi verið fyrir því að sú meðferð hefði verið betri en hin hefðbundna* hjá sjúklingum með endurtekið brjóstakrabbamein.²⁷⁸

Einnig má nefna áðurreifaðan úrskurð *ÚRAL 26. október 2005 (217/2005)* þar sem nýrri skurðaðferð var beitt við að fjarlægja heilaæxli. Í niðurstöðu *ÚRAL* kemur fram að önnur meðferðarúrræði hefðu komið til greina í tilviki kæranda, þ.e. annars vegar að láta fyrri aðgerðina duga enda hafði kærandi fengið ákveðinn bata og ekki voru brýnar ábendingar fyrir aðgerð og hins vegar að halda æxlinu í skefjum með geislameðferð. *ÚRAL* taldi að kærandi hefði ekki orðið fyrir jafn mikilli sjónskerðingu og raun ber vitni ef hann hefði ekki gengist undir síðari aðgerðina og hefði fengið þá meðferð sem að ofan er lýst. Bótaskylda var því samþykkt á grundvelli 3. tölul.

Í úrskurðinum var bótaskylda hafnað á grundvelli 1. tölul. en viðurkennd á grundvelli 3. tölul. Hins vegar var ekki fjallað beint um það álitæfni hvort hin nýja skurðaðferð hafi, skv. mati áður en henni var beitt, verið talin jafngild þeim meðferðum sem annars komu til greina. Hvað varðar 1. tölul. sagði *ÚRAL* hins vegar að ekkert hafi komið fram um annað en að rétt hafi verið að beita hinni nýju skurðaðferð, og vísaði til álits læknis þar sem kom fram að hún væri mjög athyglisverð og lofaði góðu. Þannig má ætla að hin nýja skurðaðferð hafi, skv. mati áður en henni var beitt, ekki verið talin lakari við meðferð kæranda. Þar sem bótaskylda var samþykkt á grundvelli 3. tölul. má ætla að hún hafi heldur ekki verið talin betri heldur jafngild en bótaskylda var síðan samþykkt á grundvelli þriðja skilyrðis 3. tölul.

Af framangreindri umfjöllun má ljóst vera að annað skilyrði 3. tölul. er uppfyllt í þeim tilvikum þegar önnur aðferð eða tækni telst í ljósi bestu læknisfræðilegrar þekkingar og reynslu á viðkomandi sviði hvorki vera betri né verri en sú aðferð eða tækni sem í raun var valin á þeim tíma er meðferðin fór fram,²⁷⁹ þ.e.a.s. var fyrirfram hvorki talin betri né verri kostur.

Þegar ekki er um einhug að ræða innan viðkomandi sérfræðisviðs um hvaða aðferð eða tækni sé sú besta á það sama við enda er þá ekki hægt að segja til um hvort einhver þeirra sem til greina komu séu betri eða verri.²⁸⁰

Þrátt fyrir að það hafi verið raunverulegur valmöguleiki á að beita annarri jafngildri aðferð eða tækni við meðferð sjúklingsins á þeim tíma er hann var til meðferðar þá er það ekki nóg til bótaskyldu á grundvelli 3. tölul. Sú takmörkun er einnig sett í 3. tölul. að sú aðferð eða

²⁷⁸ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 99.

²⁷⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 150-151.

²⁸⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 151.

tækni sem ekki var valin hafi verið til þess fallin að koma í veg fyrir tjón sjúklingsins, þ.e.a.s. hefði eftir á að hyggja verið talin betri í því tiltekna tilviki,²⁸¹ sbr. næsta kafla.

5.3.3. Unnt hefði verið að komast hjá tjóninu

Til þess að 3. tölul. geti átt við í tilviki kæranda þarf í þriðja lagi það skilyrði að vera uppfyllt að það hefði að öllum líkindum mátt komast hjá tjóni með því að beita annarri jafngildri aðferð eða tækni. Mat á ofangreindu fer fram eftir að sjúklingur var til meðferðar og byggist á þeim upplýsingum sem liggja fyrir þegar bætur eru sóttar á grundvelli laganna.²⁸² Af þessu má ljóst vera að um eftirfarandi mat á aðstæðum er að ræða þar sem unnt er að líta til upplýsinga sem fyrst komu fram eftir að tiltekin meðferð var framkvæmd, m.a. um veikindi sjúklings og heilsufar hans að öðru leyti.²⁸³ Ákvæðið er hér mjög frábrugðið sakarreglunni,²⁸⁴ enda er á grundvelli sakarreglunnar einungis heimilt að taka mið af þeirri vitneskju sem var til staðar á þeim tíma er meðferðin fór fram og skiptir þá engu þótt önnur meðferðarleið hefði eftir á að hyggja skilað betri árangri.²⁸⁵ Það sama á við um 1. tölul., sbr. umfjöllunina í kafla 5.1., og er 3. tölul. þannig mun víðtækari heldur en hann.

Af framangreindu má ljóst vera að sú aðferð eða tækni sem ekki var valin þarf eftir á að hyggja að hafa skilað betri árangri við meðferð sjúklingsins en sú sem valin var, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 27. apríl 2005 (365/2004).

Málsatvik eru þau að kærandi skar sig á fingri og hlaut djúpan skurð og áverka á taug. Á slysideild virtust ekki vera merki um sinaáverka og var sárið þá saumað saman án þess að taugin væri tengd. Í kjölfarið hlaut kærandi einkenni frá fingri. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að tvær aðferðir væru til við áverka sem þessum, annars vegar sú aðferð sem valin var, að loka húðsári með saumaskap, og hins vegar að reyna að sauma saman taugina, en hvor aðferðin um sig væri til þess að bæta eða draga úr þegar orðnu tjóni. Spurningin væri því sú hvort önnur læknaaðferðin hefði dregið meira úr tjóni en hin, þ.e.a.s hvort að sú aðferð að sauma taugina áður en húðsári var lokað hefði skilað betri árangri. Í greinargerð sérfræðings í málinu kom m.a. fram að áverkinn á taugina hafi verið það langt úti á fingrinum að hún var farin að greinast verulega og að greiningar hefðu skorist í sundur sem að hefði verið ósennilegt að finna í upphafssári og sauma saman. ÚRAL taldi að með hliðsjón af staðsetningu og eðli áverkans að síðara tíma mat leiddi ekki til þeirrar niðurstöðu að önnur meðferðaraðferð hefði skilað öðrum og betri árangri. Bótaskyldu var því hafnað skv. 3. tölul.

Hér sem endranær ber við matið að miða við hið almenna viðmið stl. um orsakatengsl, en í því felst að það er nægjanlegt að það hefði að öllum líkindum mátt komast hjá tjóni,²⁸⁶ en í

²⁸¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁸² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁸³ Alþt. 1991-92, A-deild, bls. 4107.

²⁸⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 94.

²⁸⁵ B.V. Tidemand-Peterson: *Lægeansvar*, bls. 123.

²⁸⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 95.

Þessu felst að það þurfa einungis að vera meira en 50% líkur á því að sú aðferð eða tækni sem ekki var valin hefði komið í veg fyrir tjón sjúklingsins, sbr. áðurreifaðan úrskurð *ÚRAL 1. nóvember 2006 (249/2006)*, en þar kom eftirfarandi fram:

„Með vísan til greinargerðar með lögnum ber að skýra þetta ákvæði svo að síðara mat leiði í ljós að meira en 50% líkur séu á því að stöðva hefði mátt blæðinguna með þeim aðferðum sem lýst er.”

ÚRAL taldi að engar haldgóðar upplýsingar hefðu komið fram um að önnur aðferð hefði skilað árangri og taldi að í raun yrði ekkert um það sagt að þær aðferðir er komu til greina hefðu dugað, til að koma í veg fyrir tjón kæranda. ÚRAL taldi því að í tilviki kæranda væru ekki meiri líkindi til þess en minni.

Þegar metið er hvort unnt hefði verið að komast hjá tjóni verður að taka tillit til líklegra afleiðinga þeirrar aðferðar eða tækni sem ekki var notuð við meðferð sjúklingsins,²⁸⁷ en bætur greiðast eingöngu fyrir það umframtjón sem rekja má til þeirrar aðferðar eða tækni sem var valin.²⁸⁸ Þannig ef ætla má að það hefði heldur ekki verið unnt að lækna sjúklinginn alveg með annarri aðferð eða tækni þá telst tjón hans einungis vera sú heilsuskerðing sem rekja má til þeirrar aðferðar eða tækni sem beitt var og var umfram það sem annars hefði orðið með annarri aðferð eða tækni.²⁸⁹

Þá skal við matið taka tillit til þeirrar áhættu sem fylgdi því meðferðarúrræði sem var ekki valið. Í framkvæmd þarf því að bera raunverulegt tjón sjúklingsins, jafnvel þó áhætta á því hafi tölfraðilega séð verið lítil, saman við þá tjónsáhættu sem meðferðarúrræðið sem ekki var valið hafði í för með sér, eða m.ö.o. við ímyndaðan framgang þeirrar meðferðar sem ekki var valin.²⁹⁰

5.3.4. Niðurstaða

Í 3. tölul. 2. gr. stl. er að finna reglu sem er í raun mjög frábrugðin hinni almennu sakarreglu og er ólík í tveimur grundvallar atriðum, en 3. tölul. tekur til þeirra tilvika þar sem í raun var ekki unnt að setja neitt út á þá aðferð eða tækni sem læknir, eða annar heilbrigðisstarfsmaður, valdi, og þá er á grundvelli 3. tölul. heimilt að meta það eftir að meðferð fór fram hvort önnur jafngild aðferð eða tækni hefði í raun verið betri fyrir sjúklinginn. Að þessu leyti er 3. tölul. einnig mjög frábrugðinn 1. tölul.

²⁸⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁸⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 151.

²⁸⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁹⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 152.

Til þess að 3. tölul. geti átt við í tilviki sjúklings þurfa þrjú skilyrði að vera uppfyllt. Í fyrsta lagi þarf önnur aðferð eða tækni að hafa verið til á þeim tíma er meðferðin fór fram og þá þarf að hafa verið raunverulegur valmöguleiki á að beita aðferðinni eða tækninni í því tiltekna tilviki. Að þessu leyti er 3. tölul. sambærilegur sakarreglunni og 1. tölul. og má því ljóst vera að hvorki á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins né á grundvelli stl. er heimilt að taka tillit til aðferða eða tækni sem kom fyrst til eftir að sjúklingur var til meðferðar.

Í öðru lagi þarf önnur aðferð eða tækni að hafa verið talin jafngild á þeim tíma er meðferðin fór fram, þ.e.a.s. hafi fyrirfram verið talin álíka góður kostur við meðferð sjúklingsins, og þá hvorki betri né verri. Mat á jafngildi aðferða eða tækni fer fram með sama hætti og mat á grundvelli 1. tölul. Munurinn á 1. og 3. tölul. er hins vegar sá að 3. tölul. á við í þeim tilvikum þegar til var önnur *jafngóð* aðferð eða tækni við meðferð sjúklingsins, en 1. tölul. á við þegar til var önnur *betri* aðferð eða tækni við meðferð sjúklingsins.

Í þriðja lagi þarf það skilyrði að vera uppfyllt að það hefði að öllum líkindum mátt komast hjá tjóninu ef hinni jafngildu aðferð eða tækni hefði verið beitt, eða a.m.k. minnka það. Þegar þetta er metið er heimilt að taka tillit til upplýsinga sem lágu fyrst fyrir eftir að meðferð fór fram og eftir að tjónið varð. Hér gengur stl. því skrefinu lengra í átt að auknum bótarétti sjúklingum til handa, enda er hvorki heimilt á grundvelli sakarreglunnar né á grundvelli 1. tölul. að meta aðstæður eftir á.

5.4. 4. tölul. 2. gr. laga nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu

Í fjórða og síðasta lagi getur komið til skoðunar hvort 4. tölul. eigi við í tilviki sjúklings, en ákvæðið tekur til tjóns sem að öllum líkindum „*hlýst af meðferð eða rannsókn, þ.m.t. aðgerð, sem ætlað er að greina sjúkdóm og tjónið er af sýkingu eða öðrum fylgikvilla sem er meira en svo að sannjarnt sé að sjúklingur þoli það bótaglaust.*”

Markmið ákvæðisins var að bæta tjón sem félli utan við fyrstu þrjú tölulíðina en sem væri ósannjarnt að sjúklingur þyldi bótaglaust. Hugsunin að baki 4. tölul. er öðruvísi en hinna þriggja tölulíðanna þar sem ákvæðið tekur til tilvika þar sem ekki var mögulegt að komast hjá tjóni, þ.e.a.s. sem var óhjákvæmilegt.²⁹¹ Óhjákvæmilegar afleiðingar rannsóknar eða meðferðar geta oft valdið sjúklingum miklu og/eða óvenjulegu tjóni og geta oft á tíðum valdið þeim vonbrigðum og geta auk heldur leitt til geðrænna veikinda. Ákvæðinu var m.a. ætlað að draga úr slíkum neikvæðum afleiðingum.²⁹²

²⁹¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁹² Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4419.

Ákvæðið tekur líkt og önnur ákvæði laganna aðeins til fylgikvilla sem að öllum líkindum má rekja til rannsóknar eða meðferðar, en ekki til fylgikvilla sem rekja má til grunnsjúkdóms sjúklings, slyss o.þ.h. eða afleiðinga þess grunnástands.²⁹³ Í þessu sambandi ber einnig að árétta það sem áður hefur komið fram að sjúklingar fá tjón sitt ekki bætt á þeim grundvelli einum að lækni meðferð heppnaðist ekki eða bar ekki tilætlaðan árangur.²⁹⁴

Ákvæðið tekur til hvers konar fylgikvilla, þ.á m. til sýkinga líkt og nefnt er sérstaklega í lagaákvæðinu.²⁹⁵ Sýkingar þurfa að uppfylla öll sömu skilyrði ákvæðisins og fylgikvillar og er því í raun óþarft að tiltaka það sérstaklega.²⁹⁶ Sýkingin þarf þannig að hafa verið afleiðing rannsóknar eða meðferðar en ekki grunnsjúkdóms eða -ástands sjúklingsins. Þess má geta að það nægir heldur almennt ekki að sýkingin hafi orðið á meðan á sjúkrahúsdvölinni stóð, t.d. af því að sjúklingur smitaðist af öðrum sjúklingi,²⁹⁷ en undir þeim kringumstæðum fékk sjúklingur sýkinguna ekki í tengslum við tiltekna rannsókn eða lækni meðferð.

Ekki nærri öll tjón sem hljóttast af fylgikvilla rannsóknar eða meðferðar falla þó undir 4. tölul.,²⁹⁸ og bera sjúklingar þannig almennt sjálfir einhverja áhættu þar af.²⁹⁹ Ákvæðið setur ákveðin takmörk við því hvaða fylgikvillar rannsóknar eða meðferðar verða bættir á grundvelli þess, en sjúklingar fá aðeins það tjón bætt sem ósanngjarnt er að þeir beri bótalaust í skilningi þess.³⁰⁰ Til þess að ákvarða nánar í hvaða tilvikum slíkt telst ósanngjarnt skal líta til þeirra viðmiða sem nefnd eru í 2. og 3. málsl. 4. tölul., en þar kemur fram að líta skuli til eftirfarandi atriða:

- a. Til þess hve tjónið er mikið.
- b. Til sjúkdóms og heilsufars sjúklings að öðru leyti.
- c. Til þess hvort algengt sé að tjón verði af viðkomandi meðferð.
- d. Til þess hvort eða að hve miklu leyti mátti gera ráð fyrir að hætta væri á slíku tjóni.

Sanngirnismatið er í raun tvískipt. Annars vegar skal meta lið a. og b. saman og hins vegar lið c. og d. Þannig er ekki nóg að tjónið sem slíkt sé mikið, þ.e.a.s. að fylgikvillinn sem slíkur hafi alvarlegar afleiðingar, heldur þarf að meta það í samhengi við eðli og alvarleika veikinda sjúklingsins og heilsufar hans að öðru leyti.³⁰¹ Ákveðinn samanburður þarf þannig að eiga sér

²⁹³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

²⁹⁴ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 158.

²⁹⁵ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424

²⁹⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 104.

²⁹⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 170.

²⁹⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 157.

²⁹⁹ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 400.

³⁰⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424.

³⁰¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424-4425.

stað,³⁰² þar sem afleiðingar fylgikvillans þurfa að vera alvarlegri en líklegar afleiðingar grunn-sjúkdómsins hefði hann verið ómeðhöndlaður.³⁰³

Hins vegar skal meta hversu algengur umræddur fylgikvilli er,³⁰⁴ en hann þarf almennt að vera tiltölulega sjaldgæfur,³⁰⁵ og einnig hvort eða að hve miklu leyti mátti gera ráð fyrir honum í tilviki sjúklingsins.³⁰⁶ Fylgikvilli þarf þannig að vera tiltölulega óvæntur. Ekki er hægt að meta hvorn þátt um sig algjörlega óháð hinum heldur er um heildarmat að ræða í hverju og einu tilviki þar sem öll þessi viðmið eru vegin og metin.³⁰⁷

Þetta ákvæði 2. gr. stl. er í raun mjög athyglisvert í skaðabótaréttarlegu tilliti. Á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins eiga tjónþolar almennt rétt til bóta fyrir raunverulegt fjártjón sitt, þ.e.a.s. fyrir allt tjónið, sem rekja má til tjónsatviksins.³⁰⁸ Einnig gera skaðabótalög nr. 50/1993 almennt ráð fyrir fullum bótum fyrir fjártjón vegna líkamstjóns, auk þess sem þau gera ráð fyrir hæfilegum miskabótum vegna þess.³⁰⁹

Á grundvelli 4. tölul. er bótaskylda hins vegar m.a. ákvörðuð út frá því hversu miklu tjóni tjónþoli hefur orðið fyrir og þá í samanburði við ástand hans fyrir tjónsatburðinn og líklegra afleiðinga þess ástands í framtíðinni ef engin meðferð hefði verið veitt. Ef tjónið er í ljósi þessa of lítið þá fær tjónþoli það ekki bætt þrátt fyrir að tjónsatburðurinn hafi sannarlega átt sér stað, þ.e.a.s. að sjúklingurinn hafi í raun hlotið fylgikvilla rannsóknar eða meðferðar. Það veltur því á stærð tjónsins hvort sjúklingur eigi rétt til bóta.

Í þessu sambandi má geta þess að markmiðið með sjúklingatryggingu var í upphafi ekki að bæta allt það tjón sem sjúklingar yrðu fyrir í tengslum við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð, sbr. kafli 3.1. hér að framan, og sjúklingar almennt taldir þurfa að bera einhverja áhættu af eftirköstum lækni meðferðar sem gerð væri í þeirra þágu. Ákvæðið endurspeglar þessa hugsun og takmarkast bótaréttur þannig við fylgikvilla, þ.e.a.s. við tjón, sem ósanngjarnt er að sjúklingar beri sjálfir.

Verður nú fjallað nánar um hvern og einn þeirra liða sem líta ber til við sanngirnismatið. Enginn Hæstaréttardómur hefur svo vitað sé fallið um 4. tölul. og einungis einn héraðsdómur. Verður því litið til framkvæmdar ÚRAL á 4. tölul., en marga úrskurði er að finna um ákvæðið og ættu þeir því að gefa ágætis mynd af því hvernig ákvæðinu er beitt í framkvæmd. Eins og áður kom fram er um heildarmat að ræða þar sem framangreind sanngirniviðmið eru vegin

³⁰² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 105.

³⁰³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 161.

³⁰⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³⁰⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 161.

³⁰⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³⁰⁷ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 161.

³⁰⁸ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 138.

³⁰⁹ Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3622.

og metin í hverju og einu tilviki og því getur reynst erfitt að einangra hvert og eitt þeirra. Er það samt gert hér til skilningsauka á því hvernig þau eru almennt metin.

5.4.1. Alvarleiki fylgikvillans, þ.e.a.s. hversu mikið tjónið er

Við sanngirnismatið skal í fyrsta lagi taka mið af alvarleika fylgikvillans, þ.e. hversu mikið tjón hlaust af honum, en það er ekki metið alveg óháð ástandi sjúklingsins, heldur í samhengi við það, þ.e.a.s. við grunnsjúkdóminn sem verið er að meðhöndla, eðli hans og alvarleika, og heilsufar hans að öðru leyti. Þeim mun alvarlegri sem sjúkdómur er, eða veikindi sjúklingsins eru, þeim mun alvarlegri fylgikvilla verður hann að þola bótalaust.³¹⁰

Afleiðingar fylgikvillans geta bæði falist í varanlegum sem og tímabundnum afleiðingum,³¹¹ og er ekki gerð nein krafa um alvarleika fylgikvillans í sjálfu sér,³¹² eða m.ö.o. um einhver neðri mörk hans. Ofangreint má m.a. ráða af athugasemdum í greinargerð við frumvarp það er varð að stl, en þar kemur fram að bótaréttur vegna *minni háttar fylgikvilla* vegna afleiðinga ráðstafana sem gerðar eru í því skyni að koma í veg fyrir sjúkdóma, t.d. bólusetningar, *takmarkist aðeins af 2. mgr. 5. gr. stl.*³¹³ Af þessu má þó einnig ljóst vera að eftir því sem afleiðingar fylgikvillans eru minni þeim mun erfiðara er að uppfylla skilyrðið um það misræmi sem verður að vera til staðar á milli alvarleika fylgikvillans og alvarleika grunnsjúkdómsins, en í athugasemdunum segir einnig að þegar ekki er um alveg meinlausan grunnsjúkdóm að ræða verði sjúklingar að sætta sig við minni háttar fylgikvilla. Með gagnályktun frá þessu væri það þannig helst í tilvikum þar sem um meinlausan sjúkdóm væri að ræða, eða líkt og áður kom fram í tilvikum þar sem engin veikindi voru til staðar, s.s. við fyrirbyggjandi ráðstafanir, sem minni háttar tjón mundi teljast nógu alvarlegt.³¹⁴

Í framkvæmd hafa tímabundnar afleiðingar yfirleitt ekki talist til alvarlegs fylgikvilla. Í dæmaskyni má nefna úrskurði *ÚRAL 5. mars 2003 (193/2002)*, *ÚRAL 19. febrúar 2003 (251/2002)* og *ÚRAL 12. mars 2008 (6/2008)*, en í þeim urðu kærendur fyrir tímabundnum erfiðleikum eða óþægindum vegna sýkinga í kjölfar magahjáveituaðgerðar, svuntuaðgerðar og brjóstaminnkunaraðgerðar. Kærendur voru ekki taldir hafa orðið fyrir miklu tjóni í skilningi 4. tölul. og var tekið sérstaklega fram að ekki hafi verið um varanlegt tjón að ræða. Einnig má nefna úrskurð *ÚRAL 16. maí 2012 (442/2011)* þar sem kærandi hlaut tímabundinn taugaskaða í kjölfar mænudeyfingar, og þar sem tjónið var einungis tímabundið taldi *ÚRAL* sanngjarnt að

³¹⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424-4425.

³¹¹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 105.

³¹² Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 162.

³¹³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³¹⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

hún bæri það bótalaust. Þá má einnig tiltaka úrskurð *ÚRAL 25. apríl 2003 (55/2003)* þar sem kærandi hlaut blæðingu í skurðsár í kjölfar aðgerðar á nafla og þurfti af þeim sökum að gangast undir aðra aðgerð stuttu síðar og mæta á heilsugæslustöð til sáraskiptinga, en sárið greri á u.þ.b. þremur mánuðum. ÚRAL taldi að kærandi hefði ekki orðið fyrir miklu tjóni í skilningi 4. tölul. og var bótaskyldu hafnað.

Tímabundið tjón hefur þó talist til alvarlegs fylgikvilla í skilningi 4. tölul., sbr. t.d. eftirfarandi úrskurð *ÚRAL*.

ÚRAL 25. janúar 2013 (293/2012).

Kærandi gekkst undir gerviliðsaðgerð á mjöðm og fékk sprungu í lærlegginn þegar gerviliðnum var slegið þar niður, en sprungan greri í kjölfarið, gerviliðurinn sat vel og kærandi náði fullum bata. ÚRAL taldi þrátt fyrir þetta að um alvarlegan fylgikvilla væri að ræða sem hafi orðið til þess að batatímabil kæranda lengdist og taldi að kærandi hefði orðið fyrir bótaskyldu tjóni skv. 4. tölul.

Þrátt fyrir að um varanlegt tjón sé að ræða þá getur það talist minni háttar í skilningi 4. tölul., sbr. t.d. eftirfarandi úrskurð *ÚRAL*.

ÚRAL 14. mars 2007 (5/2007).

Kærandi hlaut sýkingu í kjölfar hásinaraðgerðar sem olli varanlegum einkennum í ökkla-lið. Í niðurstöðu *ÚRAL* kemur fram að þó sýking í kjölfar skurðaðgerða hafi í för með sér einhverjar varanlegar afleiðingar *leiði það ekki sjálfkrafa til bótaskyldu* skv. stl., heldur þurfi að skoða hvert mál sérstaklega. Þá segir að ökkli með óþægindi og skerta hreyfingu sé metinn til 5 stiga miska skv. miskatöflu og að *slíkt tjón sé almennt metið minni háttar tjón*. Að virtum öllum atriðum sem koma til skoðunar við mat á bótaskyldu skv. 4. tölul., m.a. heilsufars kæranda fyrir aðgerðina, en hann var í aukinni sýkingarhættu, taldi *ÚRAL* að bótaskylda væri ekki fyrir hendi í tilviki kæranda.

Sama niðurstaða kemur fram í úrskurði *ÚRAL 9. maí 2007 (25/2007)* en þar hlaut kærandi einnig sýkingu í kjölfar hásinaraðgerðar sem olli varanlegum einkennum í hægri fæti og sem var metið til 5 stiga miska. Við mat á bótaskyldu var m.a. litið til fyrra heilsufars kæranda líkt og í málinu hér að ofan, en hann var einnig í aukinni sýkingarhættu vegna þess. Í þessu sambandi má þó benda á eftirfarandi úrskurð *ÚRAL*.

ÚRAL 20. ágúst 2010 (325/2009).

Málsatvik eru þau að kærandi fékk mjög svæsna sýkingu í kjölfar hásinaraðgerðar sem varð þess valdandi að sár greri ekki og drep komst í dýpri vefi með þeim afleiðingum að hásinin varð óstarfhæf og það þurfti að fjarlægja hana. Í niðurstöðu *ÚRAL* kemur fram að þó sýking í kjölfar skurðaðgerða hafi í för með sér einhverjar *varanlegar afleiðingar leiði það ekki sjálfkrafa til bótaskyldu* skv. stl., heldur þurfi að skoða hvert mál sérstaklega. ÚRAL taldi að afleiðingarnar hefðu verið óvenjumiklar fyrir kæranda og mun meiri en hann mátti búast við og að hann hafi verið verr settur eftir aðgerðina en fyrir hana. Bótaskylda var samþykkt á grundvelli 4. tölul.

Munurinn á þessum tveimur tilvikum felst e.t.v. í því að afleiðingar fylgikvillans voru líklega mun alvarlegri í síðastnefnda úrskurðinum þar sem fjarlægja þurfti hásinina, en ekkert kom þó fram um miskastig kæranda. Auk þessa kom ekkert fram um fyrra heilsufar kæranda

sem að öllum líkindum var þá gott, en í hinum tveimur úrskurðunum hafði fyrra heilsufar talsvert vægi við sanngirnismatið. Þá má ætla að þessar afleiðingar hafi verið sjaldgæfari.

Þegar alvarleiki fylgikvillans er metinn þá er ekki einungis tekið mið af læknisfræðilegum afleiðingum hans fyrir sjúklinginn, heldur er einnig litið til þeirra afleiðinga sem hann hefur á atvinnu sjúklingsins, þ.e.a.s. hvort hann hafi hlotið örorku vegna afleiðinga fylgikvillans.³¹⁵

Það sem hér hefur verið sagt verður þó ætíð að skoða í samhengi við aðstæður í hverju og einu tilviki þar sem alvarleiki fylgikvillans sjálfs er einungis einn liður í því heildarmati sem fer fram þegar bótaskylda á grundvelli 4. tölul. er skoðuð, en alvarleiki fylgikvillans er ávallt metinn í samhengi við alvarleika grunnsjúkdómsins og heilsufars sjúklings að öðru leyti,³¹⁶ sbr. næsta kafla.

5.4.2. Grunnsjúkdómur sjúklingsins og heilbrigðisástand að öðru leyti

Við sanngirnismatið skal í annan stað taka mið af þeim sjúkdómi sem verið er að meðhöndla, eðli hans og alvarleika, og heilsufar sjúklingsins að öðru leyti. Þegar alvarleiki sjúkdómsins er metinn er tekið mið af líklegum afleiðingum hans ef hann væri ómeðhöndlaður, eða þeim afleiðingum rannsóknar eða meðferðar sem almennt mátti búast við. Við mat á því hvaða áhættu sjúklingur þurfi að bera ber einnig að líta til þess hvernig málum var háttað að öðru leyti við rannsókn eða meðferð, t.a.m. hvort það hafi þurft að taka meiri áhættu en venjulega tímans vegna.³¹⁷

Almennt þarf sjúklingur að vera talsvert verr settur eftir meðferð en fyrir hana til þess að eiga rétt til bóta á grundvelli 4. tölul., og hefur ÚRAL margoft staðfest það. Misræmið á milli afleiðinga fylgikvillans og þeirra afleiðinga sem grunnsjúkdómurinn hefði líklega haft ómeðhöndlaður þarf þannig að vera talsvert, eða m.ö.o. sjúklingurinn þarf almennt að búa við meiri heilsubrest en hann annars hefði.³¹⁸ Hann þarf því raunverulega að hafa orðið fyrir einhverju umframtjóni. Þess má geta að framangreint er í samræmi við þá hugsun sem býr m.a. að baki sjúklingatryggingu um að sjúklingur þurfi að hafa orðið fyrir einhverju umframtjóni til að eiga rétt til bóta á grundvelli tryggingarinnar, en á grundvelli 4. tölul. þarf það umframtjón að vera talsvert.

Af ofangreindu má ljóst vera að ef sjúklingur er mjög illa settur fyrir meðferð, ef t.d. augljós hættu er á að hann hljóti mikla örorku eða deyi ef sjúkdómurinn er látinn afskiptalaus,

³¹⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstating*, bls. 106.

³¹⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424-4425.

³¹⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4424-4425.

³¹⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 161.

þá þarf hann að sætta sig við verulega áhættu á alvarlegum fylgikvillum,³¹⁹ og minnka þannig augljóslega einnig möguleikar hans til bóta verulega á grundvelli 4. tölul. Ef sjúklingur býr við alvarlegan sjúkdóm á borð við t.d. hjartasjúkdóm, krabbamein o.fl. þá kemur sjaldan fyrir að bótaskylda sé viðurkennd á grundvelli 4. tölul.,³²⁰ sbr. t.d. eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 27. ágúst 2009 (1/2009).

Kærandi, sem var með krabbamein, gekkst undir áhættusama skurðaðgerð með það að markmiði að fjarlægja meinvarpið, en í kjölfarið hlaut hann alvarlega og sjaldgæfa fylgikvilla, m.a. sýkingu. ÚRAL tekur fram að kærandi hafi greinst með mjög alvarlegan og lífshættulegan sjúkdóm og að sjúkdómurinn hafi kallað á mikil inngríp lækna í því skyni að koma í veg fyrir útbreiðslu krabbameinsins. Þá var tekið fram að sjúklingur þyrfti að vera talsvert verr settur eftir meðferðina en fyrir hana til þess að bótaskylda væri fyrir hendi. ÚRAL taldi að þegar litið væri til þess hve alvarlegur grunnsjúkdómurinn var, batahorfur litlar og til þess að tilefni hafi verið til að gera aðgerðina þrátt fyrir að hún hafi verið áhættusöm, að bótaskilyrði 4. tölul. væru ekki fyrir hendi.

ÚRAL 12. desember 2012 (257/2012).

Kærandi gekkst undir áhættusama bráðaaðgerð vegna alvarlegs kransæðasjúkdóms, en í kjölfarið hlaut hún dropfót. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að um vel þekktan fylgikvilla hafi verið að ræða og þegar litið væri til ástands kæranda fyrir aðgerðina þá teldust afleiðingar hennar ekki vera alvarlegur fylgikvilli, en auk þessa var tekið fram að sjúklingur þyrfti að vera talsvert verr settur eftir meðferðina en fyrir hana til að bótaskylda væri fyrir hendi. Síðan segir: „Þegar litið er til þess hve ástand kæranda var alvarlegt og nauðsyn þess að gera lífsbjargandi aðgerð þá er það mat úrskurðarnefndarinnar að skilyrði til greiðslu bóta skv. 4. tl. 2. gr. laga um sjúklingatryggingu séu ekki fyrir hendi.”

ÚRAL 29. júní 2011 (393/2010).

Kærandi gekkst undir keisaraskurð en fékk í kjölfarið miklar blæðingar sem ekki tókst að stöðva. Nauðsynlegt var að fjarlægja legið til að bjarga lífi kæranda. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að það sé sjaldgæft að sjúklingur þurfi að þola jafn alvarlegar afleiðingar og raun ber vitni í kjölfar fæðingar, en að fylgikvillinn sé þó þekktur, sérstaklega þegar um keisaraskurð sé að ræða. Síðan segir hins vegar: „Á móti kemur að kærandi var í lífshættu vegna verulegra blæðinga sem kallaði á mikið inngríp með brotnámi á legi í því skyni að bjarga lífi hennar.” Með vísan til þessa taldi ÚRAL að bótaskylda á grundvelli 4. tölul. væri ekki til staðar í tilviki kæranda.

Þá má einnig benda á dóm *Hérd. Rvk. 21. desember 2007 (E-3007/2007)*, en málsatvik eru þau að stefnandi, sem var með krabbamein í hálsi, gekkst m.a. undir geislameðferð, en hlaut í kjölfarið þrengingu í efsta hluta vélinda og neðsta hluta koks. Vegna þessa þurfti stefnandi að gangast undir víkkunarmedferð á vélinda á um 6-8 vikna fresti. Í forsendum dómsins kemur fram að ágreiningslaust væri að stefnandi byggji við mikið og erfitt heilsutjón en að ekki hafi verið unnt að haga meðferð á annan hátt og komast þannig hjá því en að um hafi verið að ræða lífsnauðsynlega krabbameinsmeðferð. Síðan segir: „Þegar allt framangreint er virt og litið er til alvarleika sjúkdóms stefnanda og batahorfa, án meðferðar þeirrar sem hún fékk,

³¹⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³²⁰ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 105-106.

verður því ekki talið að fylgikvillinn, þótt hann sé sjaldgæfur, sé þess eðlis að hann geti fallið undir bótaskyldu 4. tl. 2. gr. laga nr. 111/2000, um sjúklingatryggingu.”

ÚRAL hefur hins vegar í nokkrum tilvikum samþykkt bótaskyldu á grundvelli 4. tölul. þó svo að um mjög alvarlegan grunnsjúkdóm hafi verið að ræða, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurði.

ÚRAL 26. apríl 2012 (401/2011).

Kærandi, sem var með krabbamein, gekkst undir lyfjameðferð en varð fyrir tjóni er lyfjabrunnar láku í tvígang með þeim afleiðingum að hann hlaut drep og öramyndun. Læknar voru sammála um að óalgengt væri að sjúklingar lentu í framangreindu í tvígang og einn tók fram að hann hafi aldrei orðið vitni að slíku, jafnframt sem að þeir starfsbræður sem hann leitaði til, bæði hérlendis og erlendis, hefðu ekki orðið vitni að slíku. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að atvikið félli undir 4. tölul. í ljósi þess hversu miklu tjóni lekarnir ollu kæranda.

ÚRAL 28. nóvember 2012 (216/2012).

Kærandi, sem var með krabbameinsæxli, gekkst undir skurðaðgerð þar sem það var fjarlæggt, en æxlið var stórt og erfiðlega gekk að fjarlægja það. Í kjölfar aðgerðarinnar komu upp vandamál sem leiddu til þess að fjarlægja þurfti annað nýra hans, en um mjög sjaldgæfan fylgikvilla var að ræða. ÚRAL komast að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að um alvarlegan grunnsjúkdóm hafi verið að ræða að þá hafi kærandi orðið fyrir bótaskyldu tjóni, sbr. 4. tölul., í ljósi þess hve afleiðingar fylgikvillans voru alvarlegar fyrir kæranda, þ.e.a.s. að það hafi þurft að fjarlægja annað nýrað, og taldi að afleiðingarnar væru langt umfram það sem kærandi hafi mátt gera ráð fyrir.

ÚRAL 28. ágúst 2013 (149/2013).

Kærandi gekkst undir kransæðahjáveituaðgerð vegna hjartasjúkdóms en hlaut í kjölfarið lömum á þindartaug. Í kæru til ÚRAL kemur fram að kærandi hafi vissulega verið í lífshættu ef ekkert hafi verið gert, en að hann hafi ekki fundið fyrir sjúkdóminum eða vitað af honum. Þá kemur þar fram að kærandi hafi verið fullvinnufær fyrir aðgerðina en að eftir hana hafi hann verið óvinnufær með öllu og kvaðst einnig almennt kenna til við alla hreyfingu. Í greinargerð SÍ í málinu kemur fram að afleiðingar fylgikvillans teljist ekki alvarlegar í samanburði við grunnástand kæranda, auk þess sem SÍ taldi að óvinnufærni kæranda væri ekki að rekja til fylgikvillans. ÚRAL taldi, þrátt fyrir að grunnsjúkdómur kæranda hafi verið alvarlegur, að afleiðingar fylgikvillans væru umfram það sem kærandi hafi mátt gera ráð fyrir. Það var því niðurstaða ÚRAL að fylgikvillinn væri meiri en svo að sannjarnt væri að kærandi þyldi hann bótalaust og bótaskylda samþykkt.

Erfitt er að sjá af hverju bótaskylda var viðurkennd í framangreindum þremur málum en ekki í þeim fyrrgreindu. Hvað varðar úrskurð *ÚRAL 26. apríl 2012 (401/2011)* má telja að líklega hafi bótaskylda verið viðurkennd vegna þess hversu gríðarlega sjaldgæfur fylgikvillinn var, eða nánast óþekktur, en þegar svo háttar til hefur verið talið að slaka megi á þeim kröfum sem gerðar eru til misræmis skilyrðisins sem hér er til umfjöllunar.³²¹ Þegar úrskurður *ÚRAL 28. nóvember 2012 (216/2012)* er skoðaður og borinn saman við *Hérd. Rvk. 21. desember 2007 (E-3007/2007)*, er erfitt að átti sig á því af hverju niðurstaðan var mismunandi, en um alvarlega fylgikvilla var að ræða í báðum tilvikum, annars vegar þar sem nýra var fjarlæggt og hins vegar þar sem meðferð til víkkunar á vélinda var framkvæmd á 6-8 vikna fresti. Hvað

³²¹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 116.

varðar úrskurð *ÚRAL 28. ágúst 2013 (149/2013)* má álykta sem svo að *ÚRAL* hafi litið til þess að kærandi hafi ekki fundið fyrir lífshættulegu ástandi sínu áður en gripið var til kransæðahjáveituaðgerðarinnar, og að hann hafi verið fullvinnufær fyrir hana, en að hann hafi misst alla starfsgetu eftir hana. Þannig hafi ástand hans í raun verið verra eftir aðgerð en fyrir hana.

Þegar sjúklingur þjáist af sjúkdómi sem er ekki með öllu meinlaus, en sem er þó ekki á því stigi að teljast mjög alvarlegur eða lífshættulegur, verður hann að þola afleiðingar minni háttar fylgikvilla bótafast. ³²² Þegar afleiðingar fylgikvillans hafa hins vegar hvorki í för með sér minni háttar tjón, s.s. tímabundið, né tiltölulega alvarlegt varanlegt tjón, getur matið orðið talsvert erfiðara, ³²³ enda mörkin þá ekki jafn skýr og þau alla jafna eru þegar um mjög alvarlegan sjúkdóm er að ræða eða í þeim tilvikum þegar sjúklingurinn er ekki beint veikur.

Ef sjúklingur er hins vegar með meinlausan sjúkdóm, eða gengst undir fyrirbyggjandi ráðstafanir, s.s. bólusetningar, eða rannsóknir og er þannig ekki veikur, hvorki haldinn neinum sjúkdómi né með nokkurn áverka, þarf eðli málsins samkvæmt ekki mikið til til þess að fylgikvilli teljist alvarlegur. ³²⁴ Í þessum tilvikum ætti sjúklingur almennt rétt til bóta vegna minni háttar fylgikvilla en sá réttur mundi þá einungis takmarkast af 2. mgr. 5. gr. stl. ³²⁵

Í 4. tölul. er sérstaklega tiltekið að hann taki til tjóns sem hlýst af aðgerð sem gerð er til að greina sjúkdóm, en það er gert vegna þess að oft er umtalsverður munur á hættunni af annars vegar þeim sjúkdómi sem grunur leikur á að sjúklingur sé með og hins vegar á hættunni af þeim fylgikvilla sem af rannsókninni getur hlotist. ³²⁶ Þetta er þannig einungis skýrt dæmi um það misræmi sem 4. tölul. leitast við að ná yfir. ³²⁷ Í athugasemdum í frumvarpi því er varð að stl. er í dæmaskyni nefnt tilvik þegar grunur leikur á um að sjúklingur sé með heilaæxli en þá getur verið nauðsynlegt að gera röntgenrannsókn með skuggaefni. Rannsókn af því tagi getur hins vegar valdið verulegum heilaskemmdum en líka útilokað að sjúklingur sé með heilaæxli. Afleiðingar rannsóknarinnar geta þannig orðið verulegar fyrir sjúklinginn án þess að hann eigi rétt til bóta á grundvelli 1.-3. tölul. ³²⁸ Ef sjúklingurinn verður fyrir tjóni af þessum sökum og ef rannsóknin leiðir í ljós að ekkert er að honum þá ætti hann rétt til bóta á grundvelli 4. tölul., en í þessu tilviki er misræmið á milli alvarleika fylgikvillans og grunnsjúkdómsins svo augljóst þar sem hann er í raun ekki veikur. Ef rannsóknin staðfestir hins vegar að sjúklingur er

³²² Alþt. 1999-00, A-deils, bls. 4425.

³²³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 169.

³²⁴ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 162-163.

³²⁵ Alþt. 1999-00, A-deils, bls. 4425.

³²⁶ Alþt. 1999-00, A-deils, bls. 4425.

³²⁷ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 103.

³²⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

haldinn alvarlegum sjúkdómi þá ætti hann almennt ekki rétt til bóta á grundvelli ákvæðisins þar sem misræmið væri þá ekki til staðar.³²⁹ Sem dæmi úr framkvæmd má nefna eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 27. júní 2007 (18/2007).

Málsatvik eru þau að grunur var uppi um að kærandi væri með heilahimnubólgu og var af þeim sökum gerð mænuholsástunga. Rannsóknin var eðlileg en í kjölfarið hlaut kærandi einkenni frá baki og vinstri ganglim. ÚRAL taldi að um bótaskyldu væri að ræða á grundvelli 4. tölul. en rökstuddi þá niðurstöðu ekki frekar.

ÚRAL 23. nóvember 2011 (41/2011).

Kærandi gekkst undir rannsóknaraðgerð þar sem sýni var tekið úr eitli í hálsi vegna gruns um krabbamein. Þess ber að geta að kærandi hafði áður fengið krabbamein í tvígang en þau meinvörp höfðu bæði verið fjarlægð. Síðan vaknaði grunur um það meinvarp sem er til umræðu í úrskurðinum. Sýnataka leiddi í ljós að ekkert krabbamein var til staðar, en í kjölfarið hlaut kærandi taugaskaða á taugar í hálsi. ÚRAL taldi að fylgikvillinn væri ekki nægilega alvarlegur til þess að falla undir 4. tölul. og taldi að ekki hefði verið hægt að komast hjá heilsutjóni hans með því að haga rannsókn á annan hátt. ÚRAL taldi að um væri að ræða þekktan, en afar sjaldgæfan, fylgikvilla við *lífsnauðsynlega* sýnatöku og tók fram að til þess að bótaskylda væri fyrir hendi þyrfti sjúklingur að vera talsvert verr settur eftir meðferð en fyrir hana. Þegar litið væri til þess hversu alvarlegur grunnsjúkdómurinn væri og batahorfa væri fylgikvillinn ekki nægilega alvarlegur til þess að falla undir 4. tl.

Svo virðist sem ÚRAL hafi í síðastnefnda úrskurðinum metið ástand kæranda út frá því ef hann hefði verið með krabbamein, sem hann sannarlega var ekki með í þetta skiptið. Ætla má að það hafi haft eitthvað að segja um þessa niðurstöðu ÚRAL að kærandi hafði áður greinst með krabbamein og verið meðhöndlaður við því og þannig í aukinni hættu á að fá fleiri meinvörp. Þá er sérstaklega tekið fram að um *lífsnauðsynlega* sýnatöku hafi verið að ræða en það ætti ekki að skipta máli ef hún leiðir í ljós að kærandi var ekki með lífshættulegan sjúkdóm, sbr. framangreind umfjöllun þar sem tekið er dæmi um grun um heilaæxli en ætla má að rannsókn til að staðfesta eða hrekja það geti verið alveg jafn lífsnauðsynleg.

Í þessu sambandi ber þó að áréttast að sjúklingur fær tjón vegna afleiðinga rangrar sjúkdómsgreiningar ekki bætt á grundvelli 4. tölul., sbr. 1. mgr. 3. gr. stl. Ef sjúklingur verður hins vegar fyrir tjóni vegna aðgerðarinnar sem var notuð til að greina sjúkdóminn getur 4. tölul. átt við,³³⁰ sbr. framangreinda umfjöllun, en þá er tjónsorsökin ekki röng eða seinkuð sjúkdómsgreining heldur aðgerðin sem slík.³³¹

Við framangreint samanburðarmat á alvarleika fylgikvillans og grunnsjúkdómsins getur í sumum tilvikum verið nauðsynlegt að líta til þeirra afleiðinga sem almennt má búast við af rannsókn eða meðferð,³³² en þetta viðmið er tiltekið sérstaklega í athugasemdum við 4. tölul. í

³²⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 163.

³³⁰ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

³³¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 156.

³³² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 110-111.

frumvarpi því er varð að stl.³³³ Bøje tekur sem dæmi að botnlangabólga getur verið lífshættulegur sjúkdómur sé hann ekki meðhöndlaður en almennt séð er meðferð við sjúkdóminum hættulaus og skilar góðum árangri. Ef einungis væri litið til alvarleika grunnsjúkdómsins í tilvikum sem þessum ætti sjúklingur almennt séð ekki rétt til bóta vegna afleiðinga af fylgikvilla í tengslum við meðferðina, enda misræmið þá mun meira og samanburðarmatið því mun strangara í garð sjúklingsins.³³⁴

Hins vegar hefur verið talið að það megi ekki taka tillit til þess hversu líklegt sé að meðferð sjúklingsins heppnist. Þrátt fyrir að meðferð heppnist sem slík þá geta fylgikvillar hennar verið meiri en svo að sanngjarnt sé að sjúklingur þoli þá bótalaust.³³⁵

Við samanburðarmatið skal einnig taka mið af heilsufari sjúklingsins að öðru leyti, sbr. 4. tölul., en ekki eingöngu líta til þess sjúkdóms eða áverka sem verið er að meðhöndla. Þannig á við matið að taka mið af almennu líkamsástandi sjúklings, bæði líkamlegu og andlegu, en það getur t.d. haft áhrif á það hver framvinda sjúkdómsins eða áverkans, hefði líklega orðið ómeðhöndlaður.³³⁶

Fyrri heilsufar sjúklings hefur haft töluvert vægi við matið í framkvæmd og í dæmaskyni má nefna eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 20. apríl 2005 (45/2005).

Kærandi fékk sýkingu í kjölfar aðgerðar á kviðvegg, en þess ber að geta að hún hafði áður gengist undir tvær slíkar aðgerðir. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að skurðaðgerðum fylgi ávallt sýkingarhætta en að kærandi hafi verið í aukinni hættu þar sem hætta á sýkingu sé meiri í vef sem áður hefur verið gerð aðgerð á þar sem blóðflæði sé þá lélegra. Þá leit ÚRAL til þess að kærandi hafði reykt lengi sem eykur sýkingarhættu. Niðurstaða ÚRAL var sú að bótaskylda væri ekki fyrir hendi en ÚRAL leit til þess að ekki var um varanlegt tjón að ræða, að *talsverðar líkur voru á sýkingu í ljósi fyrri heilsufarssögu* og að kæranda hafi verið kunnugt um þær.

ÚRAL 1. nóvember 2006 (195/2006).

Kærandi gekkst undir bráðaaðgerð vegna gruns um garnastíflu en í aðgerðinni varð áverki á miltanu sem varð þess valdandi að það þurfti að fjarlægja það. Auk þessa hlaut kærandi örkvíðslit. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að vegna *fyrri veikinda* kæranda þá hafi hann verið í verulega aukinni hættu á því að miltað yrði fyrir hjaski og taldi að miltistakan væri fyrst og fremst rakin til *undirliggjandi sjúkdómsástands kæranda*. Þá komst ÚRAL að þeirri niðurstöðu að mikil hætta væri á örkvíðsliti í tilviki kæranda þar sem hann hafði áður gengist undir aðgerðir á kvið sem auka líkur á kviðsliti. ÚRAL taldi að kærandi væri ekki verr settur eftir aðgerðina en fyrir hana og sagði: „*Miðað við fyrri heilsufar kæranda og ástand hans við aðgerðina var hann í aukinni hættu að lenda í þeim afleiðingum sem raun var á.*”

³³³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³³⁴ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 110-111.

³³⁵ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 111.

³³⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 111.

ÚRAL 21. ágúst 2013 (110/2013).

Kærandi hlaut skaða á þvagblöðru í kjölfar bráðakeisaraskurðar. Í niðurstöðu ÚRAL segir m.a.: „Um er að ræða þekktan en sjaldgæfan fylgikvilla keisaraskurðaðgerðar en líkurnar á rofi á þvagblöðru voru meiri vegna mikilla samvaxta eftir fyrri keisaraskurðaðgerðir.” ÚRAL taldi að afleiðingar aðgerðarinnar teldust ekki vera alvarlegur fylgikvilli þegar litið var til ástands kæranda fyrir aðgerðina. Bótaskyldu var því hafnað.

Af framangreindum úrskurðum má ljóst vera að ef aukin hætta er á fylgikvillum í kjölfar meðferðar vegna fyrra heilsufars sjúklingsins þá þarf hann almennt að setta sig við alvarlegri afleiðingar þeirra. Einnig virðist sem lífshættir sjúklings geti skipt máli, t.d. reykingar, sbr. t.d. framangreindan úrskurð ÚRAL 20. apríl 2005 (45/2005), en einnig má nefna úrskurði ÚRAL 19. febrúar 2002 (251/2002) og ÚRAL 27. júlí 2005 (95/2005). Í þeim var tekið sérstaklega fram að kærendur reyktu og að m.a. af þeim sökum væru auknar líkur á sýkingum, en í þeim síðastnefnda segir: „Þá á kærandi að baki langa reykingasögu en afleiðingar reykinga eru að blóðflæði til vefja minnkar og veldur hægum gróanda og auknum líkum á sýkingum.”

Við sanngirnismatið skal einnig taka mið af þeim tíma sem var til umræða við rannsóknina eða meðferðina,³³⁷ en í áðurreifuðum úrskurði ÚRAL 10. október 2007 (226/2007) segir að við mat á sanngirnisviðmiðunum skipti máli hversu brýn aðgerð var. Síðan segir: „Eftir því sem tilefnið er alvarlegra og brýnna, þeim mun strangari kröfur eru gerðar til bótaskilyrða.”

Eins og sjá má af framangreindri umfjöllun er margt sem kemur til skoðunar þegar grunn-sjúkdómur eða ástand kæranda er borið saman við alvarleika fylgikvillans og er þannig aðeins unnt að gefa ákveðin viðmið hvernig það er almennt metið. Um heildarmat á öllum aðstæðum er því að ræða í hverju og einu tilviki.

Þrátt fyrir að talsvert misræmi sé á milli alvarleika fylgikvillans og alvarleika grunnsjúkdómsins, þ.e.a.s. að sjúklingur sé talsvert verr settur eftir meðferð en fyrir hana, nægir það eitt og sér almennt ekki til þess að hann fái bætur á grundvelli 4. tölul. Sjúklingar verða almennt að bera einhverja áhættu af þeirri meðferð sem þeir gangast undir sjálfir, en t.a.m. fylgir öllum skurðaðgerðum einhver áhætta.³³⁸ Ef sjúklingur verður t.d. fyrir tjóni vegna fylgikvilla skurðaðgerðar, og er af þeim sökum verr settur eftir aðgerðina en fyrir, fær hann almennt einungis bætur ef um sjaldgæfan fylgikvilla er að ræða, sbr. næsta kafla. Af þessu má ljóst vera að sjúklingar bera þannig áhættuna af algengari fylgikvillum sjálfir enda mega þeir almennt gera ráð fyrir þeim.

³³⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³³⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 171.

5.4.3. Algengi fylgikvillans

Við sanngirnismatið skal í þriðja lagi taka mið af því hversu algengur fylgikvilli er og skal þá m.a. taka mið af því hver tíðni hans er við sambærilegar aðstæður. Því algengari sem fylgikvilli er eftir eðlilega meðferð þeim mun meira tjón verður sjúklingur að bera sjálfur.³³⁹ Fylgikvilli þarf þannig að vera tiltölulega sjaldgæfur. Hvergi kemur skýrt fram hvort við matið eigi að taka mið af því hversu algengar afleiðingar fylgikvillans eru eða hversu algengur sjálfur fylgikvillinn er en miklu máli getur skipt við hvort er miðað.³⁴⁰ Af úrskurðum ÚRAL má sjá að svo virðist sem tekið sé mið af því hversu algengar afleiðingar fylgikvillans eru, sbr. eftirfarandi úrskurði.

ÚRAL 19. ágúst 2009 (231/2008).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir skurðaðgerð á fæti þar sem stóratá var rétt og ristarbein tekið í sundur til að létta álagi af ristarbeinshausum. Eftir aðgerðina greri ristarbeinið hins vegar ekki saman og kærandi fann til varanlegra verkja. Sí synjaði bótaskyldu skv. 4. tölul. með vísan til þess að um algengan fylgikvilla hafi verið að ræða og vísaði til rannsóknar því til stuðnings þar sem fram kom að ristarbein grói ekki saman eftir aðgerð sem þessa í 15,5% tilvika. ÚRAL tók hins vegar fram að umrædd rannsókn hafi m.a. leitt í ljós að við skoðun á 48 sjúklingum (15,5%) höfðu bein ekki gróið saman en að af þeim höfðu þó 37 sjúklingar engin einkenni af þessum sökum. ÚRAL taldi því að einkenni kæranda nú, þ.e. ógróin ristarbein með verkjum, væru afleiðingar sem þjaki innan við 1-2% af sjúklingum sem gangast undir slíka aðgerð eins og rannsóknin leiddi í ljós. Í ljósi þessa taldi ÚRAL atvikið falla undir 4. tölul.

ÚRAL 26. október 2011 (96/2011).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut beinbrot á upphandlegg og gekkst undir aðgerð vegna þess, en hlaut í kjölfarið lömum á sveifartaug. Sí taldi að slíkur fylgikvilli væri vel þekktur og algengur í kjölfar áverka eins og kærandi hlaut og að hann kæmi fram í allt að 12% tilvika og vísaði til tiltekinnar greinar því til stuðnings. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að í greininni komi fram að um 12% þeirra sem hljóta skaftbrot á upphandlegg hljóti skaða á sveifartaug, en að í henni komi hins vegar einnig fram að tíðni varanlegra taugaskemmda í kjölfar aðgerðar sé 2-3%. ÚRAL taldi skv. framangreindu að um tiltölulega sjaldgæfan fylgikvilla aðgerðar væri að ræða og taldi að hann væri meiri en svo að sanngjarnt væri að kærandi mundi þola hann bótalaust. Kærandi hafði því orðið fyrir bótaskyldu tjóni, sbr. 4. tölul.

ÚRAL 12. apríl 2010 (34/2010).

Málsatvik eru þau að kærandi þjáðist af krónískum höfuðverk sem var talið stafa af ventli sem hann var með vegna vatnshöfuðs. Ákveðið var að reyna að losa kæranda við ventlinn og voru fyrirhugaðar tvær skurðaðgerðir til þess. Það gekk ekki eftir og þurfti kærandi í kjölfarið að gangast undir fjölda aðgerða vegna sýkinga og vandamála með ventlinn. Í sérfræðialiti læknis kom fram að sýking vegna ventlaaðgerða ætti sér stað í 1,5-38% tilfella. ÚRAL taldi, þrátt fyrir að um algengan fylgikvilla hafi verið að ræða, að þær afleiðingar sem hann varð fyrir vegna sjúklingatryggingaratburðarins hafi verið óvenjumiklar og mun meiri en hann mátti búast við er hann gekkst undir fyrstu aðgerðina. Bótaskylda var því samþykkt.

³³⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³⁴⁰ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 104-105.

Í síðastnefnda úrskurðinum var fylgikvillinn sjálfur, þ.e.a.s. sýkingin, talinn vera algengur fylgikvilli en við matið var einblínt á afleiðingar fylgikvillans þrátt fyrir að ekkert hafi komið fram um tíðni þeirra afleiðinga. Ætla má að afleiðingar sýkingarinnar hafi verið sjaldgæfari en tíðni sýkingarinnar sjálfrar enda vísað til þess í úrskurðinum að afleiðingar hennar hafi verið *óvenjumiklar* og mun meiri en hann hafi mátt búast við.

Í stl. og lögskýringargögnum með þeim kemur ekki fram hversu sjaldgæfur fylgikvilli þarf nákvæmlega að vera til þess að teljast nógu sjaldgæfur. Við framkvæmd laganna hjá SÍ hefur almennt verið miðað við að komi fylgikvillinn fyrir oftast en í 1-2% tilvika þá teljist hann ekki nógu sjaldgæfur til að falla undir 4. tölul.,³⁴¹ og er þá gjarnan vísað til framkvæmdar í Danmörku. Af úrskurðum ÚRAL má hins vegar ráða að ekki hafi verið fallist á slíkt fastsett viðmið, en ÚRAL hefur samþykkt bótaskyldu þrátt fyrir að tíðni fylgikvilla sé hærri, sbr. t.d. framangreindan úrskurð ÚRAL 26. október 2011 (96/2011) en þar var tíðni fylgikvillans 2-3%, en hann þó talinn vera sjaldgæfur og bótaskylda samþykkt. Einnig má vísa til eftirfarandi úrskurða.

ÚRAL 22. október 2003 (145/2003).

Kærandi fékk sýkingu í skurðsár í kjölfar kviðslits- og svuntuaðgerðar, en tíðni sýkinga í tilvikum sem þessum er um 2-5%, sem var há að mati ÚRAL, en nefndin komst þrátt fyrir það að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði orðið fyrir bótaskyldu tjóni, sbr. 4. tölul.

ÚRAL 21. ágúst 2013 (112/2013).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir staurliðsaðgerð á ökkla vegna slitgigtar en í kjölfarið hlaut hann CRPS heilkenni. Í greinargerð SÍ í málinu kom fram að tíðni CRPS eftir aðgerð á fæti og ökkla væri 4,4%. ÚRAL taldi þrátt fyrir það að afleiðingar aðgerðarinnar hafi verið þekktur en *sjaldgæfur* fylgikvilli. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði orðið fyrir bótaskyldu tjóni, sbr. 4. tölul.

Af þessu má ljóst vera að fylgikvilli hefur verið talinn sjaldgæfur þrátt fyrir að hann komi oftast fyrir en í 1-2% tilvika, sbr. síðastgreinda úrskurðinn þar sem tíðni fylgikvillans var 4,4% en hann þrátt fyrir það talinn vera sjaldgæfur. Þá má einnig vísa til úrskurða ÚRAL 21. júní 2007 (121/2007) og ÚRAL 28. maí 2008 (26/2008) en þar var tíðni fylgikvilla um 1-3% og taldi ÚRAL það vera sjaldgæfa fylgikvilla, en bótaskylda var þó ekki samþykkt í þeim tilvikum. Af þessu má ljóst vera að í framkvæmd hefur ekki verið farið eftir fyrirfram ákveðnu viðmiði um hversu sjaldgæfir fylgikvillar verði almennt að vera til þess að bótaskylda sé fyrir hendi en það er metið eftir aðstæðum í hverju og einu máli, en mun meiri kröfur eru t.d. gerðar til þess að fylgikvillinn sé sjaldgæfur þegar um alvarlegan sjúkdóm er að ræða en þegar að meinlausari sjúkdóm er að ræða, sbr. hér að neðan.

³⁴¹ Ingibjörg Georgsdóttir og Una Björk Ómarsdóttir: „Lög um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 - fyrstu skref við framkvæmd nýrra laga”, bls. 700.

Af framangreindum úrskurðum má einnig vera ljóst að það hefur ekki úrslitaáhrif á rétt til bóta skv. 4. tölul. að tíðni fylgikvilla hafi farið yfir 1-2% viðmiðið, þrátt fyrir að fylgikvillinn hafi í því tiltekna tilviki talist vera algengur. Í úrskurði *ÚRAL 22. október 2003 (145/2003)* var tíðni fylgikvillans 2-5% og í úrskurði *ÚRAL 12. apríl 2010 (34/2010)* var tíðni hans 1,5-38%, og þeir taldir vera algengir í ljósi þess, en þrátt fyrir það var bótaskylda samþykkt. Í ofangreindum málum vógu aðrir þættir þyngra en það hversu algengir fylgikvillarnir voru, m.a. hversu miklar afleiðingar þeirra voru.

Í mörgum tilvikum er ekki hægt að segja nákvæmlega til um hver tíðni tiltekins fylgikvilla er og engar rannsóknir til um slíkt. Í slíkum tilvikum styðst mat á því hvort fylgikvillinn sé algengur eða ekki á sérþekkingu á því tiltekna sviði.³⁴² Í þessum tilvikum verður matið því mun matskenndara þar sem ekki er unnt að styðjast við neinar tölulegar upplýsingar.³⁴³ Í ljósi þessa er í framkvæmd oft vísað til þess að tiltekinn fylgikvilli sé algengur eða sjaldgæfur án þess að tölulegar upplýsingar liggi þar að baki. Í þessum aðstæðum er, líkt og áður kom fram, stuðst við læknisfræðilegt mat á framangreindu.

Það fer eftir aðstæðum öllum í hverju og einu máli hversu sjaldgæfur fylgikvilli þarf að vera til þess að bótaskylda sé fyrir hendi. Ef um t.d. mjög alvarlegan sjúkdóm er að ræða þá þarf fylgikvillinn að vera þeim mun sjaldgæfari til þess að bótaskylda verði byggð á 4. tölul., sbr. t.d. áðurreifaðan dóm *Hérd. Rvk. 21. desember 2007 (E-3007/2007)*, þar sem stefnandi hlaut þrengingu í efsta hluta vélinda og neðsta hluta koks í kjölfar lyfja- og geislameðferðar vegna krabbameins. Það var álit sérfræðings í málinu að um afar sjaldgæfan fylgikvilla væri að ræða og að áhættan á varanlegum þrengslum á vélinda við þá geislun sem kærandi fékk væri mjög lág, eða einungis um 0,1 - 0,2%. Þá kom fram að gjöf krabbameinslyfja samhliða geislameðferð yki næmi vefjanna, sérstaklega krabbameinsæxla, fyrir geislameðferðinni og að það gæti einnig aukið áhættu á aukaverkunum. Héraðsdómur taldi þrátt fyrir þetta að bótaskylda væri ekki fyrir hendi.

Einnig má vísa til eftirfarandi úrskurðar *ÚRAL*.

ÚRAL 9. febrúar 2005 (362/2004).

Kærandi gekkst undir lyfjameðferð vegna krabbameins, en í einni lyfjagjöfinni fór lyfið út fyrir æð og olli kæranda tjóni. Í málinu kom fram að slík afleiðing lyfjameðferðar væri sjaldgæf og í greinargerð læknis kom fram að í rannsókn hafi komið fram að á tveggja ára tímabili hafi slíkt einungis gerst í 16 af 6000 lyfjagjöfum. Í niðurstöðu *ÚRAL* kemur fram að kærandi hafi greinst með *lífshættulegan sjúkdóm* og hafi nauðsynlega þurft að gangast undir lyfjameðferðina, þrátt fyrir þá áhættu sem henni fylgdi, en um þekktar *en sjaldæfar afleiðingar* lyfjagjafar væri að ræða. *ÚRAL* taldi að tjón kæranda vegna óhapps við lyfja-

³⁴² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 113.

³⁴³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 174.

gjöfina hafi ekki verið meira en svo að kærandi bæri það bótaust og að skilyrði til bóta á grundvelli 4. tölul. væru því ekki fyrir hendi.

Í áðurreifuðum úrskurði *ÚRAL 26. apríl 2012 (401/2011)* var fylgikvilli hins vegar það sjaldgæfur, þ.e.a.s. að lyfjabrunnar láku í tvígang í lyfjameðferð við krabbameini, að einn sérfræðingur tók fram að hann hafi aldrei orðið vitni að slíku, né þeir sérfræðingar sem hann leitaði til bæði héraendis og erlendis. Bótaskylda var samþykkt í ljósi þess hversu miklu tjóni lekarnir ollu kæranda.

Bótaskylda hefur einnig verið viðurkennd þegar um alvarlegan grunnsjúkdóm er að ræða og þá m.a. með vísan til þess að sjúklingur hafi ekki mátt búast við svo miklum afleiðingum af fylgikvillanum, en um þetta vísast til næsta kafla.

Hins vegar ef grunnástand sjúklings er ekki jafn alvarlegt þá eru gerðar mun minni kröfur til þess hversu sjaldgæfur fylgikvilli þarf að vera, sbr. áðurreifaða úrskurði *ÚRAL 26. október 2011 (96/2011)* og *ÚRAL 21. ágúst 2013 (112/2013)*. Í þeim báðum var um að ræða stoðkerfiseinkenni, annars vegar beinbrot á upphandlegg og hins vegar slitgigt í ökkla. Tíðni þeirra fylgikvilla er hlutust í kjölfar aðgerða í þessum málum var annars vegar 2-3% og hins vegar 4,4%, en fylgikvillarnir voru í báðum tilvikum taldir vera sjaldgæfir og bótaskylda samþykkt.

Þrátt fyrir að fylgikvillinn sé almennt séð sjaldgæfur þá nægir það eitt og sér ekki til þess að skilyrðið um sjaldgæfan fylgikvilla sé uppfyllt. Einnig mega aðstæður hjá sjúklingi sjálfum ekki leiða til þess að aukin hættu sé á fylgikvilla í tilviki hans, eða að hann hafi mátt gera ráð fyrir hættu á tjóni,³⁴⁴ sbr. næsta kafla.

5.4.4. *Hvort gera mátti ráð fyrir hættu á tjóni*

Við sanngirnismatið skal í fjórða lagi taka mið af því hvort, eða að hve miklu leyti, gera mátti ráð fyrir að hættu væri á tjóni, þ.e.a.s. hvort gera mátti ráð fyrir því að hættu væri á fylgikvilla í því tiltekna sjúkdómstilfelli sem um ræddi.³⁴⁵

Í þessu felst að þrátt fyrir að fylgikvillinn sé almennt séð sjaldgæfur, sbr. ofangreindan kafla, þá mega aðstæður í því tiltekna sjúkdómstilfelli sem um ræðir ekki vera með þeim hætti að sjúklingur sé í aukinni hættu á að fá fylgikvillann umfram það sem venjulegt er.³⁴⁶ Þetta á t.d. við ef fyrra heilsufar sjúklingsins setur hann í aukna hættu á að fá fylgikvilla,³⁴⁷ sbr. umfjöllunina hér að framan í kafla 5.4.2. þar sem einnig var fjallað um áhrif fyrra heilsufars

³⁴⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³⁴⁵ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³⁴⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 114.

³⁴⁷ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 111.

sjúklings á sanngirnismatið. Vísað er til þeirra úrskurða sem þar voru reifaðir, en einnig má nefna eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 21. apríl 2010 (105/2009).

Kærandi gekkst undir skurðaðgerð vegna krabbameins í vélinda. Aðgerðin var mjög erfið, aðallega í ljósi fyrri aðgerða sem hann hafði gengist undir og hlaut hann í kjölfar aðgerðarinnar alvarlega en vel þekkta fylgikvilla og sýkingar. ÚRAL taldi að bótaskylda væri ekki fyrir hendi, en í niðurstöðu nefndarinnar segir: „*Ef fella á afleiðingar veikinda kæranda undir 4. tölul. er nauðsynlegt að fylgikvillinn sé bæði alvarlegur og sjaldgæfur. Það lá fyrir að kærandi hafði undirgengist ýmsar aðgerðir sem ollu því að tíðni fylgikvilla urðu hærri í hans tilvik.*”

Hins vegar kom önnur niðurstaða fram í úrskurði ÚRAL 16. maí 2012 (257/2011) en þar gekkst kærandi undir gerviliðsaðgerð á mjöðm en í kjölfarið fékk hún sýkingu í mjaðmaliðinn og hlaut af því mikið tjón. Þrátt fyrir að hún hafi verið í aukinni hættu á sýkingu vegna undirliggjandi sjúkdóms taldi ÚRAL að kærandi hafi orðið fyrir miklu meira tjóni vegna hennar en hún hefði mátt reikna með og var bótaskylda samþykkt.

Í framkvæmd hefur bótaskylda verið samþykkt með vísan til þessa viðmiðs þrátt fyrir að um alvarlegan grunnsjúkdóm sé að ræða, en líkt og áður kom fram þá þarf fylgikvilli í þeim tilvikum yfirleitt að vera mjög sjaldgæfur til þess að bótaskylda sé viðurkennd á grundvelli. 4. tölul. Hefur ÚRAL þá vísað til þess að sjúklingur hafi þrátt fyrir alvarleika grunnsjúkdómsins ekki mátt búast við svo miklum afleiðingum, sbr. t.d. áðurreifaða úrskurði ÚRAL 28. nóvember 2012 (216/2012) og ÚRAL 28. ágúst 2013 (149/2013). Þar hlutu kærendur í báðum tilvikunum sjaldgæfan fylgikvilla í kjölfar skurðaðgerðar en í þeim síðarnefnda segir m.a.: „*Nefndin telur að þrátt fyrir að grunnsjúkdómur kæranda hafi verið alvarlegur séu afleiðingar fylgikvillans umfram það sem kærandi hafi mátt gera ráð fyrir.*”

Í framkvæmd hefur bótaskylda einnig verið samþykkt m.a. með vísan til þessa viðmiðs þrátt fyrir að um algengan fylgikvilla hafi verið að ræða, sbr. áðurreifaða úrskurði ÚRAL 22. október 2003 (145/2003) og ÚRAL 12. apríl 2010 (34/2010). Í þeim síðarnefnda var fylgikvillinn sem slíkur talinn vera algengur en bótaskylda var þrátt fyrir það samþykkt og var m.a. vísað til þess að afleiðingar hans hafi verið óvenjumiklar og mun meiri en hann hafi mátt búast við.

Einnig má sjá í úrskurðum ÚRAL að vísað sé til þessa viðmiðs, að því er virðist til þess að styðja enn frekar að um sjaldgæfan eða algengan fylgikvilla hafi verið að ræða, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurði ÚRAL.

ÚRAL 28. nóvember 2012 (156/2012).

Kærandi hlaut mænuvökvaleka í kjölfar ristilaðgerðar. Í niðurstöðu ÚRAL kom fram að um sjaldgæfan fylgikvilla hafi verið að ræða og að kærandi hafi ekki mátt gera ráð fyrir svo verulegum afleiðingum. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að kærandi hafi orðið fyrir bótaskyldu tjóni, sbr. 4. tölul.

ÚRAL 20. mars 2013 (420/2012).

Kærandi gekkst undur gallblöðruaðgerð en í kjölfar barkaþræðingar hlaut kærandi skaða á kjálkalið. Í niðurstöðu ÚRAL kom fram að um *sjaldgæfan fylgikvilla* hafi verið að ræða og þrátt fyrir að aðgerðin hafi verið nauðsynleg þá hafi *afleiðingar fylgikvillans verið umfram það sem kærandi hafi mátt gera ráð fyrir*. ÚRAL komst að þeirri niðurstöðu að um bótaskyld tjón hafi verið að ræða skv. 4. tölul.

ÚRAL 2. júní 2004 (65/2004).

Kærandi gekkst undir skurðaðgerð þar sem ganglion (hlaupabelgur) var fjarlægð úr úlnlið hans. Í kjölfarið hlaut kærandi tauglægan verk. Í niðurstöðu ÚRAL sagði að slíkt væri *algengt* eftir aðgerð eins og þá sem kærandi gekkst undir *og eitthvað sem búast mátti við*, vegna þess inngríps sem skurðaðgerð er. Bótaskylda var ekki samþykkt.

Það hefur ekki sjálfstæða þýðingu við mat á bótaskyldu skv. 4. tölul. hvort læknir hafi tjáð sjúklingi frá hættu á sjaldgæfum fylgikvilla,³⁴⁸ og takmarkast réttur sjúklings til bóta ekki á þeim grundvelli,³⁴⁹ þrátt fyrir að í því tilviki mætti segja að sjúklingur hafi mátt gera ráð fyrir fylgikvillanum. Á sama hátt rýmkar réttur sjúklings til bóta ekki aðeins vegna þess að læknir upplýsti hann ekki um hættu á fylgikvilla og þá jafnvel þó honum hafi borið skylda til þess í ljósi upplýsingaskyldu sinnar,³⁵⁰ en í því tilviki mætti segja að sjúklingur hafi þá ekki mátt gera ráð fyrir fylgikvillanum.

Í framkvæmd hjá ÚRAL hefur verið vísað til þess að sjúklingi hafi verið gerð grein fyrir hættu á sýkingu, og því til stuðnings vísað til skjals sem hann hafi undirritað þar að lútandi, sbr. úrskurði ÚRAL 5. mars 2003 (193/2002) og ÚRAL 19. febrúar 2002 (251/2002). Ekki virðist sem það hafi verið vísað til þessa eftir framangreinda úrskurði, enda á þetta ekki að skipta máli, sbr. framangreinda umfjöllun.

Þess má geta að sjaldgæfur fylgikvilli í skilningi 4. tölul. hefur ekki verið talinn fela það í sér að hann þurfi að hafa verið það fjarlægur að lækni bar ekki skylda til að upplýsa sjúkling um hættu á honum. Oft getur þó verið samhengi þarna á milli en það er ekki skilyrði bóta skv. 4. tölul.³⁵¹

Líkt og áður hefur komið fram er ávallt um heildarmat að ræða á öllum aðstæðum þar sem öll þessi sanngirniviðmið eru vegin og metin. Þess má t.d. geta að ef mjög mikið ósamræmi er á milli alvarleika grunnsjúkdómsins og alvarleika fylgikvillans þá hefur verið talið að slaka megi á þeim kröfum sem gerðar eru til þess hversu sjaldgæfur hann þarf vera. Einnig ef um mjög sjaldgæfan fylgikvilla er að ræða, eða nánast óþekktan, þá má slaka á þeim kröfum sem

³⁴⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4425.

³⁴⁹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 177.

³⁵⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 177.

³⁵¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 174-175.

gerðar eru til þess hversu alvarlegur hann þarf að vera samanborið við alvarleika grunnsjúkdómsins.³⁵²

5.4.5. Niðurstaða

Í 4. tölul. 2. gr. stl. er að finna sanngirnireglu þar sem óhjákvæmilegir fylgikvillar rannsóknar eða meðferðar eru bættir og er ákvæðið þannig mun víðtækara heldur en 1., 2. og 3. tölul. Öll tjón vegna ofangreinds eru þó ekki bætt heldur eingöngu þau sem ósanngjarnt er að sjúklingur beri bótafast. Þegar það er metið skal líta til þeirra viðmiða sem koma fram í ákvæðinu sjálfu og eru þau metin heildstætt í hverju og einu tilviki.

Í fyrsta lagi þurfa afleiðingar fylgikvillans að vera töluvert alvarlegri en líklegar afleiðingar grunnsjúkdómsins hefði hann verið ómeðhöndlaður, og þarf sjúklingur þannig að vera talsvert verr settur eftir meðferðina en fyrir hana. Þeim mun alvarlegri sem grunnsjúkdómurinn er, þeim mun alvarlegri fylgikvillar rannsóknar eða meðferðar þarf sjúklingurinn að þola bótafast. Ef sjúklingur þjáist t.d. af hjartasjúkdómi eða krabbameini er bótaskylda sjaldan viðurkennd á grundvelli 4. tölul., en það er þó ekki fortakslaust. Ef fylgikvilli er t.d. mjög sjaldgæfur, eða nánast óþekktur, má slaka á framangreindum kröfum. Það að bótaskylda fari m.a. eftir stærð tjónsins er í raun mjög athyglisvert í tilliti skaðabótaréttarins en almennt er það svo að tjónþoli á rétt til fullra bóta fyrir raunverulegt tjón sitt.

Í öðru lagi þarf fylgikvillinn að vera tiltölulega sjaldgæfur og óvæntur í því tiltekna tilviki, og bera sjúklingar þannig almennt áhættu af algengari fylgikvillum sjálfir. Þegar framangreint er metið er tekið mið af tíðni fylgikvillans og skal þá miða við afleiðingar hans. Í framkvæmd hefur ekki verið farið eftir fyrirfram ákveðinni tíðni til að ákvarða hvort að fylgikvilli sé sjaldgæfur eða ekki heldur er það metið eftir aðstæðum í hverju og einu máli. Eru þá gerðar meiri kröfur til þess að fylgikvilli sé sjaldgæfur þegar um alvarlegan sjúkdóm er að ræða en þegar um meinlausari sjúkdóm er að ræða. Þá mega aðstæður hjá sjúklingnum sjálfum ekki leiða til þess að aukin hætta er á fylgikvilla, t.d. ef fyrra heilsufar setur hann í aukna hættu.

5.5. Tjón vegna eiginlegra slysa, sbr. 2. mgr. 3. gr. laga nr. 111/2000

Í 2. mgr. 3. gr. stl. er að finna ákvæði um eiginleg slys sem sjúklingar verða fyrir, en þar segir að slasist sjúklingur af öðrum orsökum en þeim sem greindar eru í 2. tölul. 2. gr. skuli því aðeins greiða bætur að sjúklingur hafi verið í rannsókn eða meðferð hjá stofnunum eða öðrum

³⁵² Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 116.

aðila sem lögin taki til og slysið hafi borið að þannig að telja verði að þeir beri bótaábyrgð skv. almennum reglum skaðabótaréttar.

Ákvæðinu var m.a. ætlað að afmarka nánar hvaða tilvik féllu utan við 2. tölul. 2. gr. stl.,³⁵³ en sá tölul. tekur ekki til bilunar eða galla í t.d. innréttingum eða öðrum hlutum sem eru ekki notaðir beint eða í tengslum við rannsókn eða læknismeðferð. Ef slys verður hins vegar vegna slíkra hluta gæti það átt undir 2. mgr. 3. gr.,³⁵⁴ auk þess sem annars konar slys gætu átt undir ákvæðið, t.d. ef sjúklingur dettur og slasar sig, þ.e.a.s. ef skilyrði þess eru annars uppfyllt.³⁵⁵

Á grundvelli 2. mgr. 3. gr. stl. þarf slysið ekki að hafa átt sér stað í beinum tengslum við rannsókn eða meðferð, sbr. orðalag ákvæðisins um „að sjúklingur hafi verið í rannsókn eða meðferð“. Í þessu felst einungis að slysið hafi átt sér stað *á meðan* sjúklingur sem var til rannsóknar eða meðferðar var staddur á heilbrigðisstofnun eða hjá þeim aðila sem lögin taka til.³⁵⁶

Í athugasemdum í frumvarpi því er varð að stl. kemur fram að í ákvæðinu sé með slysi átt við skyndilegan utanaðkomandi atburð sem veldur meiðslum á líkama, og að hugtakið sé hér notað á sama hátt og almennt í slysatryggingum.³⁵⁷ Í þessu sambandi má t.d. nefna 2. másl. 1. mgr. 27. gr. almannatryggingalaga nr. 100/2007 þar sem slyshugtak laganna er skilgreint á sama hátt, en þar kemur þó einnig fram að slysið þurfi að hafa orðið án vilja þess er tryggður var. Þetta er og í samræmi við skilgreiningu hugtaksins í váttryggingarétti.³⁵⁸

Almennt er það svo að orsakir slyss mega ekki vera að rekja til innra ástands í líkama tjónþola, t.d. vegna yfirliðs eða sjúkdóma,³⁵⁹ enda þá ekki um utanaðkomandi orsakir að ræða. Má í þessu sambandi m.a. vísa til *Hrd. 23. febrúar 2012 (412/2011)*, en í málinu kom fram að ekki lægi fyrir að fall stefnanda hafi verið vegna svima, sjúkdóma eða annars innra ástands í líkama hennar og var því fallist á að um skyndilegan utanaðkomandi atburð hafi verið að ræða.

Á grundvelli stl. eiga sjúklingar ekki rétt til bóta vegna afleiðinga grunnsjúkdómsins sem slíks og þar með heldur ekki vegna slysa sem eiga sér stað vegna hans eins og sér.³⁶⁰ Þess ber hins vegar að geta að bótaskylda getur stofnast ef t.d. eftirlit með sjúklingnum var áfátt.³⁶¹ Í þessu sambandi má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

³⁵³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

³⁵⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4423.

³⁵⁵ Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 4109.

³⁵⁶ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 136.

³⁵⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

³⁵⁸ Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir: *Almannatryggingar og félagsleg aðstoð*, bls. 204-205.

³⁵⁹ Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir: *Almannatryggingar og félagsleg aðstoð*, bls. 205.

³⁶⁰ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 135.

³⁶¹ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 132-133.

ÚRAL 8. desember 2010 (123/2010).

Málsatvik eru þau að kærandi lá inni á tiltekinni heilbrigðisstofnun eftir aðgerð sem hún gekkst undir. Daginn eftir aðgerðina fékk hún aðsvif, féll í gólfið og varð fyrir tjóni vegna fallsins. Kærandi taldi að skilyrði 2. gr. og 2. mgr. 3. gr. væru uppfyllt þar sem um ófullnægjandi eftirlit hafi verið að ræða umrætt sinn og að starfsmenn hafi auk þess sýnt af sér saknæma háttsemi og metið aðstæður rangt. ÚRAL taldi að atvikið yrði ekki rakið til ófullnægjandi eftirlits í kjölfar aðgerðarinnar og taldi að það yrði heldur ekki rakið til saknæmrar háttsemi starfsmanna eða til þess að þeir hefðu metið aðstæður rangt. Niðurstaðan byggðist á því að eftirlit með sjúklingum væri alltaf metið út frá þörfum hvers og eins, en í hjúkrunarnótu kom fram að daginn eftir aðgerðina hafi fótavist kæranda gengið vel. ÚRAL taldi því ekki ráðið af gögnum málsins að tilefni hafi verið til að fylgjast betur með kæranda og taldi að starfsmenn hafi ekki sýnt af sér saknæma háttsemi. Bótaskylda var því ekki viðurkennd skv. 2. eða 3. gr. stl.

Í ofangreindum úrskurði byggði kærandi bæði á 2. gr., þ.e.a.s. á 1. tölul., og á 2. mgr. 3. gr., en ófullnægjandi eftirlit með sjúklingi getur fallið undir bæði ákvæðin.³⁶² Ef um ófullnægjandi eftirlit er að ræða sem er ekki í tengslum við tiltekna rannsókn eða meðferð þá gæti 2. mgr. 3. gr. átt við.³⁶³

Þegar um slys er að ræða í skilningi 2. mgr. 3. gr. stl. stofnast bótaskylda eingöngu á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins, en á þá sakarreglan almennt við. Þá getur slysið t.d. hafa borið að með þeim hætti að eftirlit var ófullnægjandi, sbr. ofangreint, eða t.d. að viðhaldi hafi verið illa sinnt,³⁶⁴ eða að aðstæður hafi að öðrum ástæðum ekki verið með fullnægjandi hætti vegna mistaka eða vanrækslu.

Til hliðsjónar má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 4. febrúar 2013 (128/2012).

Málsatvik eru þau að kærandi var innlögð á spítala en í sjúkrahúslegunni hrasaði hún er hún var að koma úr sturtu og hlaut áverka af þeim sökum. Kærandi vildi meina að 2. mgr. 3. gr. stl. ætti m.a. við vegna gáleysis/vanrækslu starfsmanns sem sjúkrahúsið bæri ábyrgð á skv. almennum reglum skaðabótaréttarins, en hún hélt því fram að starfsmaður þess hafi ekki sett mottu aftur á gólfið fyrir framan sturtuna eftir þrif. Sí taldi hins vegar að ekkert hafi komið fram í gögnum málsins sem studdi það að kærandi hafi dottið vegna gáleysis starfsmanns eða að umrætt slys mætti rekja til vanbúnaðar, vanrækslu eða umönnunar af hálfu starfsmanna. Sí taldi í ljósi þessa að um óhappatilvik hafi verið að ræða og að skilyrði 2. mgr. 3. gr. væru ekki uppfyllt. ÚRAL tók hins vegar ekkert á því hvort atvikið félli undir 2. mgr. 3. gr. heldur einungis á því hvort um ranga greiningu á áverkanum hafi verið að ræða í kjölfar atviksins, en kærandi hélt því einnig fram í málinu. Bótaskylda var hafnað í málinu.

Í málinu virðist Sí hafa hafnað bótaskyldu á þeim grundvelli að það skorti sönnun á því að um saknæma háttsemi hafi verið að ræða líkt og kærandi hélt fram í málinu og að orsök fallsins hafi verið vegna þess. Ætla má að 2. mgr. 3. gr. hefði átt við ef gögn málsins hefðu sannað ofangreint.

³⁶² Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 134-135.

³⁶³ Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 4109.

³⁶⁴ Alþt. 1990-91, A-deild, bls. 4109.

Af framangreindu má ljóst vera að með 2. mgr. 3. gr. stl. fer bótakrafa sjúklingsins á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins einungis í annan farveg en annars á við. Þannig njóta sjúklingar ákveðins réttarfarshagræðis þegar kemur að eiginlegum slysum sem þeir ættu annars ekki rétt á.³⁶⁵

5.6. Tjón vegna skaðlegra eiginleika lyfja, sbr. 3. mgr. 3. gr. laga nr. 111/2000

Í 3. mgr. 3. gr. stl. segir að bætur greiðist ekki skv. lögunum ef rekja má tjón til eiginleika lyfs sem notað er við rannsókn eða sjúkdómsmeðferð. Rökin fyrir þessari takmörkun á bótarétti sjúklinga eru fyrst og fremst þau að ef slík tjón yrðu felld undir lögin þá myndi kostnaður við sjúklingatryggingu aukast svo um munar.³⁶⁶

Í þessu sambandi má m.a. vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 17. desember 2008 (235/2008).

Málsatvik eru þau að kærandi hlaut þráláta sýkingu í kjölfar skurðaðgerðar er hann gekkst undir sem erfiðlega gekk að uppræta. Honum voru því gefin sterk sýklalyf. Kærandi taldi sig eiga rétt til bóta vegna skemmda á jafnvægisskyni sem hann hlaut í kjölfar notkunar á þessum sýklalyfjum. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að þekkt sé að ákveðin sýklalyf geti valdið skemmdum, m.a. á heyrn og jafnvægi, en séu engu að síður notuð þegar nauðsyn krefur, og að það hafi verið eðlilegt og forsvaranlegt að gefa kæranda þessi sýklalyf til að ráða niðurlögum sýkingarinnar. Það var niðurstaða ÚRAL að heilsutjón kæranda væri líklega rakið til eiginleika sýklalyfjanna og var bótaskyldu því hafnað með vísan til 3. mgr. 3. gr.

Framangreind takmörkun á bótarétti tekur þó ekki til þeirra tilvika þegar sjúklingur verður fyrir tjóni vegna lyfjatökunnar ef um röng eða ófullnægjandi fyrirmæli var að ræða eða ef um mistök við lyfjagjöfina var að ræða af hálfu lækna eða annarra heilbrigðisstarfsmanna. Undir þeim kringumstæðum ætti sjúklingur alla jafna rétt á bótum á grundvelli 1. tölul. 2. gr. Einnig ætti sjúklingur rétt til bóta ef 3. tölul. ætti við, þ.e.a.s. ef komast hefði mátt hjá tjóninu með því að nota aðra jafngilda meðferð. Þess ber að geta að 3. tölul. hefur aðallega verið talinn eiga við þegar um hættulegar aukaverkanir lyfja er að ræða þrátt fyrir rétta notkun þeirra.³⁶⁷ Sjúklingur á hins vegar ekki rétt til bóta einungis vegna fylgikvilla lyfsins sem slíks, þ.e.a.s. af aukaverkunum þess, og af þeim sökum hefur bótaskyldu verið hafnað á grundvelli 4. tölul.³⁶⁸

Í þessu sambandi má m.a. vísa til eftirfarandi úrskurða ÚRAL:

ÚRAL 10. júlí 2013 (305/2012).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir aðgerð og fékk í kjölfarið heiftarlega sýkingu. Kærandi var meðhöndluð með sýklalyfjum. Í kjölfarið fór hún að finna fyrir svima, ógleði og jafnvægistruflunum og voru þau einkenni rakin til aukaverkunar sýklalyfsins. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að stl. bæti ekki tjón er rekja má til eiginleika lyfja, sbr. 3. mgr.

³⁶⁵ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 135.

³⁶⁶ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

³⁶⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

³⁶⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 187-188.

3. gr. stl., en það kæmi til skoðunar hvort rétt hafi verið staðið að meðferð kæranda þegar henni var gefið lyfið. ÚRAL taldi það góða og gilda meðferð að meðhöndla sýkingu kæranda með því sýklalyfi sem var notað umrætt sinn og tók fram að ekki kæmi annað fram í gögnum málsins en að öll meðferð sem kærandi hafi fengið hafi verið eðlileg. Bótaskylda var af þessum sökum ekki viðurkennd.

ÚRAL 19. febrúar 2003 (232/2002).

Málsatvik eru þau að kærandi gekkst undir lyfjameðferð vegna krabbameins og í kjölfar hennar hlaut hún mikla vefjaertingu í vinstri handlegg, en þekkt var að lyfið gæti valdið vefjaertingu. Sú aukaverkun sem kærandi hlaut var hins vegar sjaldgæf. Kærandi taldi að lyfið hafi ekki verið nægilega úþynnt í fyrstu þrjú skiptin af sex sem það var gefið og að í því hafi falist mistök af hálfu heilbrigðisstarfsmanna (1. tölul.). Þá taldi kærandi að koma hefði mátt í veg fyrir tjón hennar með því að setja lyfið í svokallaðan brunn í stað þess að sprauta því beint í æð (3. tölul.). ÚRAL taldi að engin mistök hafi átt sér stað í tilviki kæranda og að hún hafi fengið meðferð í samræmi við venju í sambærilegum tilvikum og að eðlilegt og forsvaranlegt hafi verið að gefa kæranda umrætt lyf þrátt fyrir þekktar aukaverkanir. Þá tók ÚRAL fram að viðbrögð heilbrigðisstarfsmanna við aukaverkunum lyfsins hjá kæranda hafi verið eðlileg. Í niðurstöðu ÚRAL segir síðan: „*Með tilliti til þess að vefjaerting var þekktur fylgikvilli viðkomandi lyfs var ekki tilefni til að þynna lyfið fyrr en sýnt var hve alvarleg viðbrögð kæranda voru.*” Bótaskilyrði voru því ekki talin vera fyrir hendi skv. 1. eða 3. tölul. 2. gr. stl. ÚRAL fjallaði um 3. mgr. 3. gr. stl. í niðurstöðu sinni og tók svo fram að bótaskylda vegna lyfja kæmi ekki til greina skv. 4. tl.

ÚRAL 17. janúar 2007 (320/2006).

Málsatvik eru þau að kærandi var settur á lyfið Cardarone til undirbúnings rafvendingar vegna gáttatífs. Kærandi taldi að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna lyfjagjafarinnar, þ.e.a.s. lungnabilun, og taldi sig eiga rétt til bóta. ÚRAL taldi eðlilegt að gefa umrætt lyf í tilviki kæranda þrátt fyrir auknar líkur á eituráhrifum þess á lungu. ÚRAL tók fram að ekki hafi verið gefin röng eða ófullnægjandi fyrirmæli um töku lyfsins og að mistök hafi ekki verið gerð við lyfjagjöfina og ætti 1. tölul. þannig ekki við. Hvað varðar 4. tölul. 2. gr. kemur fram í niðurstöðu ÚRAL að skýra verði 4. tölul. með tilliti til 3. mgr. 3. gr. Þá kemur fram að málið varðaði tjón sem rakið yrði til eiginleika framangreinds lyfs. Síðan segir: „*Eins og mál þetta er vaxið kemur bótaábyrgð á grundvelli 4. tl. því ekki til álita.*”

Þess ber að geta að sjúklingar gætu átt rétt til bóta vegna tjóns af völdum lyfja á grundvelli laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð.³⁶⁹ Lögin eiga hins vegar eingöngu við þegar um ágalla á lyfinu sjálfu er að ræða, sbr. 1. gr. laganna, en aukaverkanir af lyfjum falla eðli málsins samkvæmt ekki undir það hugtak nema ef framleiðendur hafa t.d. ekki varað við hugsanlegum aukaverkunum þeirra,³⁷⁰ sbr. neðangreindan dóm Hæstaréttar.

Hrd. 2005, bls. 960 (380/2004).

Málsatvik eru þau að M hlaut aukaverkanir af lyfinu Lamictal og varð vegna þeirra mjög veik. M krafðist bóta á grundvelli laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð á hendur framleiðenda lyfsins hér á landi. Þær aukaverkanir sem M hlaut voru þekktar en voru einungis skráðar í sérlyfjaskrá en ekkert kom fram um þær á fylgiseðli lyfsins. Upplýsingar á fylgiseðlinum voru ekki í samæmi við ákvæði reglugerðar um það efni, þ.e. ekki eins ítarlegar og þær áttu að vera og ekki á íslensku. Hæstiréttur taldi í ljósi þessa að umrætt lyf hafi verið haldið ágalla í skilningi 5. gr. framangreindra laga og voru framleiðendur þess taldir bera óskipta skaðabótaábyrgð á tjóni M.

³⁶⁹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4426.

³⁷⁰ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 404.

Af framansögðu má ljóst vera að það heilsutjón er sjúklingur verður fyrir einungis vegna aukaverkana lyfsins sjálfs og sem fjallað er um á fylgiseðli þess í samræmi við reglur þar að lútandi falla hvorki undir stl. né undir lög um skaðsemisábyrgð og verður hann því að bera það tjón sitt sjálfur.

Þessi takmörkun í stl. er í samræmi við sjúklingatryggingar á hinum Norðurlöndunum en þar hafa hins vegar einnig verið við lýði sérstakar tryggingar, sambærilegar sjúklinga-tryggingu, þar sem líkamstjón fæst bætt vegna skaðlegra eiginleika lyfja, þ.e.a.s. svokallaðar lyfjatjónstryggingar.³⁷¹ Í Danmörku greiðir slík trygging bætur fyrir aukaverkanir lyfs sem er meira en svo að sanngjarnt sé að sjúklingur þoli bóatalaust og er hliðstæð þeirri reglu sem kemur fram í 4. tölul. 2. gr. stl. Bótafyrirkomulagið og ákvörðun bóta er annars í samræmi við sjúklingatryggingu.³⁷²

Í athugasemdum við frumvarp það er varð að stl. var talið að ýmis rök mæltu með því að lyfjatjónstryggingu yrði einnig komið á fót hér á landi líkt og á hinum Norðurlöndunum til þess að tryggja bætur fyrir tjón vegna skaðlegra eiginleika lyfja. Þá kom þar einnig fram að í núverandi lagaumhverfi gætu einhver slík tjón verið óbætt,³⁷³ en líkt og fram kom hér að ofan er sú raunin. Slíkri tryggingu hefur enn sem komið er ekki verið komið á fót hér á landi.

6. Sönnun og sönnunarbyrði: Hvað felst í orðunum „að öllum líkindum“?

Í skaðabótarétti er það almennt tjónþolans að sanna að öll skilyrði skaðabótaábyrgðar séu fyrir hendi, þ.e.a.s. að hann hafi orðið fyrir tjóni, að um bótaskylda háttsemi hafi verið að ræða og að sú háttsemi hafi verið orsök tjónsins.³⁷⁴ Almenna reglan er sú að sönnunarmat dómara er frjálst, sbr. 1. mgr. 44. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð einkamála,³⁷⁵ og þarf tjónþoli þannig að sanna að tiltekin fullyrðing sé rétt með því að gera það svo líklegt að dómari sannfærist um það.³⁷⁶ Það er ekki unnt að segja til um hversu miklar líkur þurfi almennt að vera til staðar til þess að fullyrðing teljist sönnuð,³⁷⁷ en það fer eftir mati dómara á þeim sönnunargögnum sem lögð hafa verið fram í máli hverju.³⁷⁸

³⁷¹ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4420.

³⁷² Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 404.

³⁷³ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4420.

³⁷⁴ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 208.

³⁷⁵ Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar*, bls. 16-17.

³⁷⁶ Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar*, bls. 220.

³⁷⁷ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 122.

³⁷⁸ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 209.

Í málum gegn læknum og heilbrigðisstofnunum er sönnunarstaða tjónþola oft mjög erfið, en oft getur reynst erfitt að afla sönnunargagna og sanna orsakatengsl,³⁷⁹ en orsakatengsl geta oft verið óljós enda búa sjúklingar iðulega við einhvern forskaða áður en til læknismeðferðar kemur.³⁸⁰ Þannig má ætla að það geti verið erfitt að meta hvort t.d. meiðsli eftir slyss eða sjúkdómur sjúklings séu orsök tjónsins eða hvort sönnuð mistök læknisins hafi átt þar hlut að máli og þá hversu mikinn hlut. Í málum sem þessum er mat á framangreindu að miklu leyti háð læknisfræðilegu mati, t.d. mati sérfróðra meðdómenda eða álitu dómkvaddra matsmanna,³⁸¹ og þá sérstaklega þegar kemur að sönnun orsakatengsla. Þrátt fyrir þetta er það þó almennt tjónþolans að sanna að tjón hans megi rekja til bótaskyldrar háttsemi.³⁸²

Í 2. gr. stl. kemur fram að bætur skuli greiða á grundvelli laganna enda megi *að öllum líkindum* rekja tjónið til einhverra af þeim fjórum tölul. sem taldir eru upp í ákvæðinu.

Um sönnunareglu er að ræða þar sem dregið er úr þeim sönnunarkröfum sem almennt eru gerðar til tjónþola um sönnun orsakatengsla í skaðabótarétti,³⁸³ enda er nægilegt að sýna fram á að tjón hans megi *að öllum líkindum* rekja til rannsóknar eða meðferðar o.fl. Þannig að ef atvik málsins bera með sér að það sé líklegra en ekki að tjón sjúklingsins megi rekja til rannsóknar eða meðferðar en til annarra orsaka, t.d. til fylgikvilla grunnsjúkdóms eða þess slyss sem hann lenti í, þá er um bótaskyld tjón að ræða skv. stl.³⁸⁴ Af þessu má ljóst vera að skv. stl. þarf ekki að sýna fram á orsakasambandið með eins skýrum hætti og á jafn háu líkindastigi og almennt á við.³⁸⁵ Líkt og komið hefur fram hér að framan er þó ekki unnt að segja til um hversu miklar líkur þurfi almennt að vera til staðar til þess að fullyrðing teljist sönnuð,³⁸⁶ en það fer eftir frjálsum sönnunarmati dómara, sbr. 1. mgr. 44. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð einkamála. Hins vegar er 2. gr. stl. skýr að því leytinu til að þeir sem taka ákvarðanir um bótaskyldu á grundvelli laganna eiga að draga úr þeim sönnunarkröfum í sjúklingatryggingamálum og þarf sjúklingur því ekki að sýna fram á fulla sönnun í skilningi almennra reglna.³⁸⁷

Þetta er í samræmi við tilgang laganna um að tryggja sjúklingum víðtækari rétt til bóta en á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins og að auðvelda þeim að sækja og ná fram

³⁷⁹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 65.

³⁸⁰ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 389-390.

³⁸¹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 64.

³⁸² Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 81.

³⁸³ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 83-84.

³⁸⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

³⁸⁵ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 394.

³⁸⁶ Arnljótur Björnsson: *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, bls. 122.

³⁸⁷ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 62.

þeim rétti sínum, en ein helsta röksemdin fyrir setningu laganna var m.a. sá mikli sönnunarvandi sem sjúklingar standa oft frammi fyrir á þessu sviði réttarins.³⁸⁸

Líkt og almennt á við í skaðabótarétti er það þó sjúklingurinn sem ber sönnunarbyrðina um að skilyrði stl. séu uppfyllt,³⁸⁹ en stl. gera almennt ekki ráð fyrir öfugri sönnunarbyrði.³⁹⁰ Þessi skilningur kemur skýrt fram í áðurreiðuðum *Hrd. 21. febrúar 2013 (388/2012)* þar sem um ófullnægjandi læknisskoðun var að ræða, en þar segir:

„Með upphafsákvæði 2. gr. laga nr. 111/2000 er slakað á þeim kröfum sem almennt eru gerðar um sönnun orsakatengsla í skaðabótarétti. Samkvæmd athugasemdamum við 2. gr. frumvarpsins sem varð að lögunum dugir í þeim efnum að sýnt sé fram á „að líklegra sé að tjónið stafi af rannókn eða meðferð en öðrum orsökum”. *Sönnunarbyrði um að svo sé hvílir á tjónþola.*”

Í ofangreindum dómi hafði tjónþoli axlað þá sönnunarbyrði með tveimur matsgerðum, en undirmatsmenn töldu að orsakatengsl væru á milli tjónsins og ófullnægjandi læknisskoðunar. Yfirmatsmenn komust að sömu niðurstöðu en með meira afgerandi hætti þar sem þeir töldu að „allar líkur” væru á því að tjónið mætti rekja til ófullnægjandi skoðunar.

Þess ber þó að geta að þrátt fyrir að það sé sjúklingur sem ber sönnunarbyrðina þá er það almennt ekki í hans verkahring að afla gagna vegna málsins þegar bótakröfu er beint að SÍ heldur sér stofnunin um það, sbr. 15. gr. stl.

Almennar reglur um öfuga sönnunarbyrði gætu hins vegar eðli málsins samkvæmt komið til skoðunar hér, en frá hinni almennu meginreglu hefur stundum verið vikið vegna sérstakra atvika, t.d. þegar um ónákvæma sjúkraskrá er að ræða,³⁹¹ eða þegar tjónvaldur hefur eytt sönnunargögnum,³⁹² sbr. *Hrd. 1989, bls. 131*. Þar var sjúkrahús látið bera hallann af því að skráning í sjúkraskrá hafði verið verulega ábótavant og að mikilvægt sönnunargagn hafði farið forgörðum.

Ofangreint á einnig við í sjúklingatryggingamálum, sbr. áðurreiðaðan úrskurð *ÚRAL 26. október 2011 (366/2010)* þar sem kærandi hafnaði röntgenmyndatöku. Í niðurstöðu *ÚRAL* kemur fram að ekkert hafi komið fram í sjúkraskrá hvort lækni hefði upplýst kæranda um nauðsyn myndatökunnar og mögulegar afleiðingar þess að hún væri ekki tekin. Síðan segir: „Í ljósi stöðu þessara aðila, þekkingar og færni læknisins og afleiðinga þess að röntgenmynd var ekki tekin verða SÍ að bera hallann af sönnunarskortu í þessum efnum.” *ÚRAL* viðurkenndi bótaskyldu á grundvelli 1. tölul. þar sem ekki hafði verið sýnt fram á að kæranda hafi verið leiðbeint um nauðsyn þess að gangast undir myndatöku til rétrrar greiningar og meðferðar.

³⁸⁸ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 4418-4419.

³⁸⁹ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 62.

³⁹⁰ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 83.

³⁹¹ Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 65-66.

³⁹² Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 214.

Einnig má vísa til eftirfarandi úrskurðar ÚRAL.

ÚRAL 10. júlí 2013 (82/2013).

Málsatvik eru þau að hjúkrunarfræðingur aðstoðaði kæranda við meðferð með kalíum-permanganat böðun sem húðsjúkdómalæknir hennar hafði ráðlagt vegna exems á fótum. Einkenni kæranda versnuðu hins vegar eftir böðin sem hún taldi að mætti rekja til mistaka við lyfjablöndu, of langs baðtíma og rangrar eftirmeðferðar. Í niðurstöðu ÚRAL kemur m.a. fram að það lægju ekki fyrir nákvæmar upplýsingar um lyfjaböðunina, s.s. styrkleika efnablöndunnar, hversu lengi kærandi var í snertingu við hana og hitastig baðvatnsins, og taldi að ekki yrði skorið úr því sökum þess hve langt var frá meðferð. Í niðurstöðu ÚRAL var vísað til álits húðsjúkdómalæknisins þar sem kom fram að engir fylgikvillar ættu að fylgja kalíum-permanganat böðun við venjulegar aðstæður og við rétta meðhöndlun. Með vísan til framangreinds taldi ÚRAL meiri líkur en minni að tjón kæranda mætti rekja til þess að meðferðinni hafi ekki verið hagað eins vel og unnt hefði verið. Bótaskylda var því viðurkennd skv. 1. tölul. 2. gr. stl.

Á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins hefur einnig verið slakað á sönnunarkröfum tjónþola um orsakatengsl þegar um mál gegn læknum og heilbrigðisstofnunum er að ræða,³⁹³ og í íslenskum rétti hefur verið talið að ef tjónþoli hefur sannað að læknir, eða annar heilbrigðisstarfsmaður, hafi viðhaft saknæma háttsemi og að tjón hans megi *hugsanlega* rekja til þess þá er það starfsmannsins, eða heilbrigðisstofnunarinnar, að sanna að tjónið sé ekki tilkomið vegna þeirra saknæmu háttsemi, m.ö.o. sönnunarbyrðinni er snúið við.³⁹⁴

Þessu til stuðnings hefur oft verið vísað til *Hrd. 1992, bls. 2122*, en málsatvik voru þau að barn hlaut heilaskaða vegna súrefnisskorts í og eftir fæðingu. Hæstiréttur taldi að við fæðingu barnsins hafi ekki verið gætt nægilegra öryggisráðstafana en að orsakasamband milli þess sem úrskreiðis fór og heilaskaðans væri ósannað, en tekið var fram að sönnunarfærsla um slíkt væri mjög torveld. Síðan segir í dóminum: „*Á hinn bóginn verður það ráðið af gögnum þessum, að um orsakasamband hafi getað verið að ræða. Eins og atvikum er háttað leiða sönnunarreglur til þess, að stefndi verður að bera halla af óvissu í þessum efnum.*” Sönnunarbyrðinni var hér snúið við og bótaábyrgð lögð á sjúkrahúsið. Þessu til enn frekari stuðnings má m.a. vísa til *Hrd. 18. október 2007 (619/2006)*, en þar varð barn fyrir mjög miklu varanlegu tjóni eftir fæðingu sem var talið geta stafa af vaxtarseinkun á meðgöngu, fósturköfnun í aðdraganda fæðingarinnar eða blóðsykursfalli sem varð fljótlega eftir fæðinguna. Í forsendum Hæstaréttar segir að gagnáfrýjandi, þ.e.a.s. íslenska ríkið, bæri ábyrgð á því tjóni sem aðaláfrýjandi kynni að hafa orðið fyrir vegna súrefnisskorts í aðdraganda fæðingarinnar og að ljóst væri að hann hafi verið *til þess fallinn* að valda því tjóni sem barnið varð fyrir. Síðan segir í forsendunum: „*Hvílir sönnunarbyrði á gagnáfrýjanda fyrir því að aðaláfrýjandi hefði allt að einu orðið*

³⁹³ Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur*, bls. 354.

³⁹⁴ Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um sönnunarbyrði í málum er varða skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”, bls. 215-216.

fyrir þessari fötlun að einhverju leyti eða öllu ef engin mistök hefðu verið gerð í tengslum við fæðingu hans.” Íslenska ríkið hafði ekki axlað þá sönnunarbyrði og var talið skaðabótaskyldt.

Þar sem 1. tölul. 2. gr. stl. tekur einnig til sakartilfella ætti í ljósi ofangreinds sama regla að gilda um þau tilfelli,³⁹⁵ enda tilgangur laganna að bæta almenna réttarstöðu sjúklinga.³⁹⁶ Ef þessu væri öðruvísi farið gæti réttarstaða sjúklinga á grundvelli stl. orðið verri hvað þetta efni varðar en á grundvelli almennra reglna. Ef um sök væri að ræða ætti því að vera nægjanlegt fyrir sjúkling að sýna fram á að tjónið væri *hugsanlega* að rekja til hinnar saknæmu háttsemi, og ætti sönnunarbyrðin þá að snúast við, en ekki að tjónið væri *að öllum líkindum* að rekja til hennar líkt og 2. gr. stl. gerir annars ráð fyrir. Ætla má að einhver stigsmunur sé þarna á milli hvað varðar líkindastig.

Hins vegar ber að árétta að hin almenna regla um tilslökun á sönnun orsakatengsla á eðli málsins samkvæmt einungis við um sakartilfelli, enda stofnast bótaskylda almennt ekki nema á grundvelli sakar þegar um almennar reglur skaðabótaréttarins er að ræða. Af þeim sökum má ætla að sama regla ætti að eiga við um stl., þ.e.a.s. einungis um sakartilfelli. Önnur tilvik sem falla undir stl., t.d. önnur tilvik en sakartilvik, sbr. 1. tölul., og þau tilvik sem falla undir 2., 3. og 4. tölul. eiga því eðli málsins samkvæmt ekki undir hina almennu reglu sem gengur lengra í tilslökun á sönnunarkröfum en stl. Í ljósi þessa eru sönnunarkröfur stl., að tjón þurfi *að öllum líkindum* að vera rakið til bótaskylds atburðar, minni þegar kemur að öðrum tilvikum en sakartilvikum heldur en sönnunarkröfur almennra reglna þar sem krafist er fullrar sönnunar í skilningi 44. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Þess má geta að í Danmörku gildir sú almenna regla einnig að slakað er á sönnunarkröfum í þessum málaflokki þegar um sakartilfelli er að ræða. Hæstiréttur í Danmörku hefur ekki talið að sú almenna tilslökun, sem gengur lengra en krafa hinna dönsku sjúklingatryggingalaga um sönnun orsakatengsla, eigi við um t.d. samsvarandi reglu og er í 1. tölul. stl. heldur að hún eigi eingöngu við þegar um sök er að ræða, sbr. *UfR. 2007, bls. 1591*.³⁹⁷

Í ljósi ofangreinds gæti það haft þýðingu við mat á bótaskyldu á grundvelli 1. tölul. að greina á milli sakartilfella og annarra tilvika sem falla undir ákvæðið, en það skýtur þó örlítið skökku við þar sem það á almennt ekki að skipta máli þegar bótaskylda er metin á grundvelli ákvæðisins.

Í ljósi framangreinds er erfitt að meta af framkvæmd á stl. hvort almennt séu gerðar minni sönnunarkröfur ef um saknæma háttsemi er að ræða en hin almenna regla stl. gerir annars ráð

³⁹⁵ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 394.

³⁹⁶ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 89.

³⁹⁷ Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning*, bls. 66.

fyrir, enda almennt ekki greint á milli sakartilfella og annarra tilvika sem falla undir 1. tölul. Stundum kemur þó fram að um vanrækslu hafi verið að ræða af hálfu meðferðaraðila, sbr. t.d. eftirfarandi úrskurð ÚRAL.

ÚRAL 3. október 2012 (116/2012).

Kærandi greindist með GBS sýkingu á meðgöngu en þegar að fæðingunni kom taldi sérfræðingur ekki tilefni til að meðhöndla hana vegna sýkingarinnar. Fyrst þegar kærandi var komin með hita og legvatn orðið grænt voru henni gefin sýklalyf og þá einnig ákveðið að gera bráðakeisaraskurð. Í kjölfarið varð kærandi fyrir tjóni sem hún taldi að mætti rekja til þess að henni voru ekki gefin sýklalyf fyrr í fæðingunni. Í greinargerð sérfræðings kom fram að það hefði átt að gefa sýklalyf snemma í fæðingunni en að erfitt væri að fullyrða hvort sýklalyfjagjöf á því stigi hefði minnkað líkur á sýkingu þar sem ekki væri staðfest hvaða sýklategund olli sýkingunni. Hins vegar var tekið fram að GBS væri líklegur sýkill enda ræktaðist hann frá húð barnsins og hafi því verið uppi í leginu og örugglega dreifst í skurðsárið við keisaraskurðinn, auk þess sem vitað væri að GBS gæti valdið sýkingu eftir keisaraskurð. Þá kom fram í öðru sérfræðialiti að það hafi verið *vanræksla af hálfu læknis* að gefa ekki sýklalyf með tilliti til aukinnar hættu á alvarlegri GBS sýkingu hjá barni kæranda og að slík meðferð hefði líklega minnkað verulega hættuna á að kærandi fengi sýkingu eftir keisaraskurðinn. ÚRAL taldi að meðferð kæranda hefði ekki verið hagað eins vel og unnt hefði verið og taldi meiri líkur en minni á því að sýking kæranda hafi verið af völdum GBS. ÚRAL taldi að kærandi hefði orðið fyrir bótaskyldu tjóni skv. 1. tölul. 2. gr.

Af ofangreindum úrskurði er hins vegar ekki unnt að álykta hvort sömu kröfur voru gerðar um sönnun orsakatengsla og almennt á grundvelli laganna, eða minni, þar sem bótaskylda var samþykkt, þó með vísan til þess að *meiri líkur en minni* væru á því að sýkingin hafi verið af völdum GBS.

Sönnunarregla 2. gr. stl. á við um öll þau skilyrði er þurfa að vera uppfyllt til þess að bótaskylda verði viðurkennd á grundvelli ákvæðisins, þ.á m. á grundvelli 1. mgr. 3. gr. stl. um ranga sjúkdómsgreiningu enda er þar vísað til 2. gr. Þannig er í fyrsta lagi nægilegt að tjón sjúklingsins megi *að öllum líkindum* rekja til rannsóknar eða meðferðar en ekki til framgangs eða fylgikvilla grunnástands sjúklingsins, en ef svo er kemur til skoðunar hvort tjóninu hafi *að öllum líkindum* verið valdið með þeim hætti sem 1.-4. tölul. 2. gr. kveður á um. Ef framangreind tvö skilyrði eru uppfyllt þá er einnig nægilegt að sjúklingurinn hafi einungis *að öllum líkindum* orðið fyrir einhverju umframtjóni vegna þess að einhver af 1.-4. tölul. 2. gr. átti við í tilviki hans.³⁹⁸

Á grundvelli ákvæðisins er nægilegt að einungis um meiri líkindi en minni sé að ræða, en í því felst að líkindin þurfa að vera meiri en 50%, og er þá nóg að líkindin séu einungis 51%.³⁹⁹ Þetta hefur margsinis verið staðfest í framkvæmd hjá ÚRAL, sbr. t.d. úrskurði ÚRAL 19.

³⁹⁸ Bo von Eyben: *Patientforsikring*, bls. 84-85.

³⁹⁹ Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, bls. 394.

janúar 2005 (289/2004), ÚRAL 3. október 2012 (116/2012), ÚRAL 10. júlí 2013 (82/2013)

o.fl., en í úrskurðunum kemur eftirfarandi fram:

„Samkvæmt 2. gr. laga um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 skal greiða bætur enda megi að öllum líkindum rekja tjón til nánar tilgreindra tilvika, sem m.a. eru talin röng meðferð. Þetta felur í sér líkindareglu, þannig að séu meiri líkur á því en minni að tjón kæranda verði rakið til t.d. mistaka þá skal að öðrum skilyrðum uppfylltum greiða bætur skv. lög- unum. Líkurnar verða að vera meiri en 50%, sbr. greinargerð með frumvarpi að lög- um.”

Það álitamál hvort um orsakatengsl sé að ræða í hverju og einu tilviki fer eftir aðstæðum í hverju og einu máli, en margt getur komið til skoðunar, s.s. heilsufar sjúklings, eðli áverkans eða grunnsjúkdómsins, hvort um algengar eða sjaldgæfar afleiðingar rannsóknar eða með- ferðar var að ræða o.fl. Þannig er ekki unnt að setja fram almenna reglu um hvað þurfi almennt til, til þess að orsakatengsl teljist vera fyrir hendi, enda er það háð mati hverju sinni. Í ljósi þessa er einungis hægt að reifa nokkra úrskurði í dæmaskyni og til skilningsauka.

ÚRAL 16. janúar 2013 (209/2012).

Kærandi fékk mænudeyfingu við fæðingu og hélt því fram að gerðar hafi verið ítrekaðar tilraunir við deyfingu og að í einni þeirra hafi verið stungið í taugarót. Hún vildi meina að í kjölfar þessa hafi hún hlotið einkenni frá mjóbaki og hægri fæti. Kærandi tók fram að hún hafi ekki haft slík einkenni fyrir fæðinguna en að hún hafi greinst með brjós-klos tæpu ári eftir hana. Í áliti landlæknis í málinu kom fram að taugaskaðar við fæðingu væru mjög sjaldgæfir og að aðeins mjög lítil hluti slíkra tilvika stafaði af deyfingu, en stafaði líklega langoftast af meðgöngu eða fæðingunni sjálfri. Þá kom fram að ekki væri vitað til þess að brjós-klos gæti stafað af mænudeyfingu og að sterk líkindi væru til þess að einkenni kær- anda mætti rekja til brjós-klossins að verulegu eða hugsanlegu öllu leyti. Í greinargerð sér- fræðings kom fram að skv. bestu þekkingu væri ákaflega langsótt að brjós-klos mætti rekja til mænudeyfingar og það áréttað að brjós-klos væri mjög algengur kvilli og að bakverkir væru mjög algeng kvörtun, bæði á meðgöngu og í tengslum við fæðingu almennt. Hann taldi því mun líklegra að kærandi hefði smám saman verið búinn að þróa með sér brjós- los á meðgöngunni sjálfri. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að kærandi hafi kvartað yfir höfuðverk og bakverk á fæðingardeildinni og að næsta kvörtun um bakverk hafi verið um átta mánuðum síðar, en þá greindist hún með brjós-klos. Að öllu þessu virtu taldi ÚRAL að ekki yrði ráðið að einkenni kæranda í baki og hægri fæti væru að rekja til deyfingar- innar og tók fram að skv. 1. mgr. 2. gr. væri það skilyrði fyrir greiðslu bóta að tjón mætti að öllum líkindum rekja til sjúklingatryggingaraburðar. Að mati ÚRAL voru hins vegar meiri líkur en minni að einkenni kæranda yrðu rakin til brjós-klossins.

ÚRAL 9. mars 2009 (118/2008).

Barn kæranda fékk sýkingu í kinn sem var ekki greind rétt af lækni, en um herpessýkingu var að ræða. Stuttu síðar veiktist barnið, en sýkingin hafði borist í heila þess og ollið tjóni. Í veikindunum hafði læknir farið í vitjun til barnsins en sendi það ekki strax á sjúkrahús. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að rétt greining á sýkingu í heila barnsins hafi dregist um 1 sólahring vegna þess að læknir er fór í vitjun til barnsins sendi það ekki þá þegar á sjúkrahús, en fullt tilefni hafi verið til þess á þeim tíma. Í áliti sérfræðings kom m.a. fram að ef barnið hefði verið innlagt á sjúkrahús fyrr en raun varð á þá hefði það væntanlega leitt til meðferðar fyrr sem hefði gefið því aukna möguleika á bestu hugsanlegu útkomu. Hversu miklu betri útkomu var hins vegar vonlaust að fullyrða um. Í áliti annars sérfræðings kom m.a. fram að mögulega hefði mátt hefja meðferð sólahring fyrr og vitnaði til faggreina um mikilvægi þess að hefja meðferð við heilabólgu svo fljótt sem kostur væri. Ekki lægu þó fyrir óyggjandi rannsóknarniðurstöður um tímasetningu slíkrar meðferðar þó færa mætti

fyrir því gild rök að viðeigandi meðferð hefði minnkað skaða barnsins. Í ljósi þessa komst ÚRAL að þeirri niðurstöðu að meiri líkur en minni væru á að tjón barnsins vegna sýkingarinnar hefði orðið minna ef brugðist hefði verið við veikindum þess einum sólahring fyrir en gert var. Bótaskylda var viðurkennd á grundvelli 1. tölul. 2. gr. og var málinu vísað til SÍ til mats á því tjóni sem rekja mátti til þess dráttar sem varð á greiningu sýkingarinnar og meðferðar við henni.

ÚRAL 7. mars 2012 (185/2011).

Kærandi gekkst undir aðgerð og taldi sig hafa orðið fyrir lömum á vinstra raddbandi eftir barkapræðinguna. Í niðurstöðu ÚRAL kemur fram að kærandi hafi leitað til læknis stuttu fyrir aðgerðina vegna raddbreytinga sem tengdust vanstarfsemi á raddbandinu, en þá var það ekki lamað en var lamað eftir aðgerðina. Í greinargerð meðferðaraðila kom fram að *víst* væri að vinstra raddbandi kærandi hafði lamast á tímabilinu frá því hún leitaði læknis stuttu fyrir aðgerðina með enga raddbandalömun til þess tíma er hún greindist með hana stuttu eftir aðgerðina, en að áverki á raddbönd á þeim tíma hafi verið barkapræðing og að það væri *næsta víst* að vandamál kærandi ætti skýringu í þeim áverka. ÚRAL komst hins vegar að öndverðri niðurstöðu og taldi í ljósi þess að kærandi hafði sögu um einkenni frá vinstra raddbandi fyrir aðgerðina að ekki væri unnt *með vissu* að rekja ástand kærandi til hennar. Þá tók ÚRAL fram að skv. 2. gr. stl. væri skilyrði fyrir greiðslu bóta að tjón mætti að öllum líkindum rekja til sjúklingatryggingaratburðar. Að mati ÚRAL voru meiri líkur en minni á að einkenni kærandi mætti rekja til þess vanda með rödd og raddbönd sem var til staðar hjá kærandi fyrir atburðinn.

Í síðastgreinda úrskurðinum má ætla að ÚRAL hafi gengið heldur lengra en lögin gera ráð fyrir og krafist hærri sönnunarstyrks en ella, en bótaskylda var hafnað með vísan til þess að ekki mætti rekja ástand kærandi *með vissu* til barkapræðingarinnar þrátt fyrir að meðferðaraðilar hafi talið það *næsta víst* að tjónið mætti rekja til hennar.

Ef ekkert verður sagt um hver orsök tjónsins eru verður að vega og meta allar þær orsakir sem til greina geta komið. Ef það er jafn líklegt að tjónið sé óháð meðferðinni, eða ef ekki er unnt að segja til um hver sé líklegasta orsök þá er bótaréttur á grundvelli stl. ekki fyrir hendi.⁴⁰⁰ Úr framkvæmd má m.a. vísa til eftirfarandi úrskurða í dæmaskyni.

ÚRAL 18. janúar 2006 (156/2005).

Dóttir kærandi varð fyrir heilaskaða af völdum heilablæðingar í fæðingu og taldi kærandi að tjónið mætti rekja til þrýstingsáverka í fæðingunni þar sem barnið hafi ekki þolað mótþrýsting læknis á meðan samdrættir voru í fullum gangi og að keisaraskurður hafi verið ákveðinn of seint. Í greinargerð sérfræðilæknis kom fram að ofurkapp hafi verið lagt á vaginalfæðingu og að huga hefði átt að keisaraskurði og framkvæma hann fyrir í ferlinu. Hann taldi líklegt að heilablæðingarnar mætti rekja til compression-decompression áverka sem hafði átt sér stað einhverntíman í fæðingarferlinu en að ekki væri hægt að segja til um hvort koma hefði mátt í veg fyrir blæðinguna ef keisaraskurður hefði verið framkvæmdur fyrir í ferlinu. ÚRAL tók undir þetta mat læknisins og tók fram að ákvörðun um keisaraskurð hafi dregist einum til tveimur klst. lengur en æskilegt hefði verið og að á þeim tíma hafi barnið orðið fyrir álagi, en áhöld væru um hvort það hafi valdið blæðingu þess. ÚRAL horfði til þess að heilablæðing væri þekkt hjá nýburum í kjölfar fæðingar án þess að nokkuð óeðlilegt eða óvenjulegt hafi gerst og vísaði til stórrar rannsóknar þar sem kom m.a. í ljós að heilablæðing átti sér stað í 1 af hverjum 860 sogklukkufæðingum, 1 af hverjum 664 tangarfæðingum, 1 af hverjum 907 keisarafæðingum ef hún fór fram eftir að fæðing var komin af stað, 1 af hverjum 2750 keisarafæðingum sem fóru fram áður en

⁴⁰⁰ Alpt. 1999-00, A-deild, bls. 4422.

fæðing fór af stað og 1 af hverjum 1900 fæðingum án aðgerðar. Í niðurstöðu ÚRAL segir að drátturinn sem varð á ákvarðanatöku um keisaraskurðinn hafi vissulega valdið auknu álagi en ÚRAL taldi að *allt eins líklegt* væri að heilablæðingarnar hafi orðið óháð honum. Þá kom fram að þar sem enginn gæti sagt fyrir um hvenær blæðingarnar urðu í fæðingarferlinu yrði heldur ekki fullyrt að meiri líkur en minni væru til þess að heilsutjón barnsins yrði rakið til þeirrar meðferðar sem veitt var í tengslum við fæðinguna en slíkt væri skilyrði bóta skv. 2. gr. Orsakasamband vantaði því til þess að unnt væri að samþykkja bótaskyldu.

ÚRAL 3. mars 2011 (133/2010).

Kærandi gekkst undir gangráðssetningu en eftir hana fór kærandi að finna fyrir verkjum og dofa í hægri handlegg sem hún taldi að mætti rekja til aðgerðarinnar. Kærandi gekkst undir vöðvarit sem sýndi fram á að um vægan partiel plexus áverka væri að ræða og taldi sérfræðingur að hematoma eftir aðgerðina gæti hafa valdið þeim áverka. Kærandi gekkst einnig undir röntgenmyndatöku af hálsliðum sem sýndi miklar slitbreytingar og nabba-myndanir. Þá kom einnig fram í málinu að blóðrannsóknir sýndu fram á B12 skort. Í álitum Landlæknisembættisins komu fram nokkrar mögulegar orsakir fyrir einkennum kæranda, en einkennin gætu verið af völdum þrýstings á taugarætur í háls hrygg sem gætu hafa farið af stað eða versnað samfara hnjaski við aðgerðina eða af völdum mögulegs partiel plexus skaða, auk þess sem einkennin gætu stafað af taugatrufnunum vegna B12 skorts. Þá kom einnig fram að ekki yrði annað séð en að faglega rétt hafi verið staðið að aðgerð og meðferð. ÚRAL taldi með vísan til framangreinds að ekki væri hægt að skera úr því hver líklegasta orsök einkenna kæranda væri en að skv. 2. gr. stl. væri það skilyrði fyrir greiðslu bóta að tjón mætti að öllum líkindum rekja til sjúklingatryggingaratburðar. Ef ekkert yrði sagt um hver væri líklegasta orsök tjóns væri bótaréttur ekki fyrir hendi. ÚRAL taldi að orsakatengsl milli gangráðssetningarinnar og einkenna kæranda væru óljós. Þar sem ekki væri unnt að rekja einkenni kæranda til aðgerðarinnar og ekki að sjá að mistök hafi verið gerð í henni var það niðurstaða ÚRAL að bótaskylda væri ekki fyrir hendi.

Af framangreindum úrskurðum má ljóst vera að það er mjög atviksbundið í hverju og einu tilviki hvort orsakatengsl teljist að öllum líkindum vera fyrir hendi og þarf að meta það eftir aðstæðum hverju sinni. Við matið skal þó ávallt hafa í huga að ekki er krafist fullrar sönnunar í skilningi almennra reglna, en það er nægjanlegt að tjón sjúklingsins hafi að öllum líkindum verið tilkomið vegna þeirra tilvika sem nefnd eru í 1.-4. tölul. 2. gr. stl.

6.1. Niðurstaða

Í 2. gr. stl. er að finna sönnunareglu þar sem dregið er úr almennum sönnunarkröfum tjónþola í skaðabótarétti, en sjúklingi nægir að sýna fram á að tjón hans megi að öllum líkindum rekja til rannsóknar eða meðferðar og að það megi að öllum líkindum rekja til þeirra tilvika sem eru nefnd í 1.-4. tölul. Sjúklingur þarf þannig ekki að sýna fram á fulla sönnun í skilningi 1. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Í orðunum „að öllum líkindum“ felst að það er fullnægjandi að sýna fram á að líkindin séu meiri en minni, þ.e.a.s. meiri en 50%. Þegar þetta er matið er miðað við aðstæður í hverju og einu máli og er það mjög atviksbundið hvort slík sönnun takist eða ekki.

Lögin gera eingöngu ráð fyrir minni sönnunarkröfum en ekki öfugri sönnunarbyrði og er það því sjúklingsins að sanna að öll skilyrði bóta séu fyrir hendi. Þær almennu reglur sem gilda um öfuga sönnunarbyrði gætu hins vegar eðli málsins samkvæmt komið til skoðunar, t.d. ef sjúkraskrá væri ónákvæm eða ef tjónvaldur hafði eytt sönnunargögnum.

Sönnunarbyrði hefur einnig verið snúið við á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins þegar um mál gegn læknum og heilbrigðisstofnunum er að ræða, en ef tjónvaldur hefur þá sannað saknæma háttsemi og að tjón hans megi hugsanlega rekja til hennar þá snýst sönnunarbyrðin við. Þar sem stl. taka einnig til sakartilfella þá ætti sama regla að eiga við um þau tilvik, en ætla má að einhver stigsmunur sé á líkindastigi, og sönnunarkröfur því minni á grundvelli almennra reglna þegar um sök er að ræða. Þetta á ekki við um tilvik sem falla undir 2., 3. og 4. tölul., auk þeirra tilvika sem teljast ekki til sakar á grundvelli 1. tölul.

7. Lokaorð

Lög nr. 111/2000 um sjúklingatryggingu voru sett í kjölfar langrar umræðu um aukinn bótarétt sjúklinga, en slík umræða hófst víða um lönd á 20. öldinni. Hún einkenndist af því hvað ætti að koma í stað hinnar almennu sakarreglu sem annars gildi á þessu sviði réttarins, en sjúklingar voru taldir standa höllum fæti í skaðabótamálum gegn læknum, m.a. vegna mikils sönnunarvanda.

Markmið laganna var að bæta réttarstöðu sjúklinga og auka bótarétt þeirra frá því sem gildi á grundvelli almennra reglna skaðabótaréttarins, þ.e.a.s. að hverfa frá hinni hefðbundnu sakarreglu og auðvelda sjúklingum að sækja og ná fram rétti sínum.

Hinn aukni bótaréttur birtist í 2. gr. stl. þar sem bótagrundvöllur laganna kemur fram, en þar eru nú fjórar reglur sem koma til greina um grundvöll bóta, sbr. 1.-4. tölul., auk þess sem dregið er úr sönnunarkröfum sjúklinga, en þeir þurfa eingöngu að sýna fram á að tjónið megi að öllum líkindum rekja til tjónsatviksins.

Líkt og rakið hefur verið eru bótaákvæði 2. gr. mjög frábrugðin hinni almennu sakarreglu og eru reglurnar mun víðtækari. Í ákvæðinu má í raun sjá ákveðna stigskiptingu þar sem 1. tölul. gengur skemmst og svo koll af kolli þar sem 4. tölul. gengur lengst.

Í 1. tölul. er að finna mjög áþekka reglu og sakarregluna, en skilyrði þessara tveggja reglna eru eins nema að því leytinu að í 1. tölul. er ekki miðað við saknæma háttsemi nokkurs heilbrigðisstarfsmanns. Þannig má segja að með 1. tölul. sé í raun kjarni sakarreglunnar tekinn út. Í staðinn er þá miðað við bestu þekkingu og reynslu á viðkomandi sérfræðisviði, óháð því hvort sá sem að meðferðinni kom hafði forsendur til að bregðast öðruvísi við í ljósi þekkingar

sinnar og reynslu. Bótaábyrgð á grundvelli 1. tölul. er þannig í raun hlutlæg, allavegna í garð þeirra sem hafa ekki þá þekkingu og reynslu sem til þarf.

Með 2. tölul. var lögfest hlutlæg ábyrgð vegna bilunar eða galla í tækjum, áhöldum eða öðrum búnaði sem notaður er við rannsókn eða lækni meðferð. Sjúklingur á rétt til bóta óháð því hver orsök bilunarinnar eða gallans var, og tekur ákvæðið því m.a. yfir sakartilfelli og yfir þau tilvik sem reglur skaðsemisábyrgðar eiga við um. Það hefur mjög sjaldan reynt á 2. tölul. í framkvæmd sem bendir e.t.v. til þess að lækningatæki og annar búnaður bili sjaldan eða sé sjaldan haldinn öðrum galla hér á landi.

Í 3. tölul. er að finna reglu um bótagrundvöllinn sem má segja að sé ákveðið framhald af 1. tölul., en gengið er enn lengra í átt að auknum bótarétti sjúklinga. Með 3. tölul. er þannig vikið enn lengra frá skilyrðum sakarreglunnar, og er í raun um gjörólíka reglu að ræða. Þegar grundvöllur bóta byggist á 3. tölul. stofnast bótaábyrgð þrátt fyrir að ekki sé unnt að setja neitt út á það meðferðarúræði sem var valið. Bótaábyrgð stofnast ef raunverulega stóð til boða að velja aðra jafngóða aðferð eða tækni við meðferð sjúklingsins þegar hún fór fram. Aðalfrávik 3. tölul. mætti segja að felist í því að við mat á því hvort hið jafngilda meðferðarúræði hafi verið betra fyrir tiltekinn sjúkling er heimilt að taka tillit til upplýsinga sem voru ekki til staðar þegar meðferðin fór fram heldur sem komu fyrst til eftir hana, en þegar sakarreglan og 1. tölul. eiga í hlut er óheimilt að líta til slíkra upplýsinga

Frekar lítið hefur reynt á 3. tölul. í framkvæmd og sjaldan byggt á honum beint. Skýringin getur e.t.v. verið sú að það getur reynst erfitt að sýna fram á jafngildi meðferða, en huga þarf að mörgu við matið, m.a. því hversu mikil inngríp felist í annarri aðferð eða tækni, hversu mikil hættu er á fylgikvilla o.s.frv.

Í 4. tölul. er svo að finna sanngirnireglu þar sem sjúklingar fá tjón vegna óhjákvæmilegra fylgikvilla rannsóknar eða meðferðar bætt ef það telst ósanngjarnt að þeir beri það bóta-laust. Þetta er víðtækasta reglan um grundvöll bóta í lögunum og er talsvert oft byggt á henni í framkvæmd. Hún takmarkast þó af þeim sanngirniviðmiðum sem talin eru upp í ákvæðinu.

Tilkynningum til SÍ vegna laganna hefur fjölgað mikið frá því lögin voru sett og eru nú rúmlega 100 á ári hverju. Þá er einnig talsverð framkvæmd til staðar um lögin hjá ÚRAL. Þetta bendir til þess að réttarvitund sjúklinga um rétt sinn á grundvelli laganna hafi aukist. Það sætir þó talsverðri furðu hversu fá málanna hafa ratað til íslenskra dómstóla á þeim 13 árum sem þau hafa verið í gildi, sérstaklega í ljósi þess að bótaskyldu er mjög oft hafnað hjá ÚRAL. Því má velta fyrir sér hvort sjúklingar hreinlega gefist upp, en ferlið getur verið langt og þá getur verið kostnaðarsamt að fara dómstólaleiðina. Því má einnig velta fyrir sér hvort sjúk-

lingar sjá ekki hag sinn í að fara hina kostnaðarsömu leið, en hámarksbætur laganna, sbr. 2. mgr. 5. gr. stl. gætu m.a. haft eitthvað að segja um það.

Þrátt fyrir hinn aukna bótarétt sjúklinga þá takmarkast hann að miklu leyti af 2. mgr. 5. gr. stl., þar sem hámarksbætur skv. lögnum eru 5 milljónir kr., en fjárhæðin breytist í samræmi við vísitölu neysluverðs. Ofangreint þak sem sett er á bótafjárhæð á grundvelli laganna getur varla talist hátt í ljósi þeirra afleiðinga sem líkamstjón getur haft í för með sér fyrir einstakling, t.d. í formi minni atvinnumöguleika og skertrar hæfni til tekjuöflunar til framtíðar.

Þessi takmörkun er til þess fallin að minnka gildi hins aukna bótaréttar sem annars er gert ráð fyrir í lögnum. Ef fjárhæð bóta væri ekki háð slíkum takmörkunum þá yrði staða sjúklinga betri.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Arnþjótur Björnsson: *Skaðabótaréttur. Kennslubók fyrir byrjendur.* Reykjavík 1988.

Arnþjótur Björnsson: „Bótaábyrgð heilbrigðisstétta og sjúkrastofnana”. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 1994, bls. 230-241.

Arnþjótur Björnsson: „Nýmæli í lögum um almannatryggingar: Sjúklingatrygging”. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 1990, bls. 135-147.

Arnþjótur Björnsson: „Rýmkuð sakarregla”. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 1992, bls. 237-247.

Bo von Eyben og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret.* 7. útgáfa. Kaupmannahöfn 2011.

Bo von Eyben: *Patientforsikring.* Kaupmannahöfn 1993.

B.V. Tidemand-Peterson: *Lægeansvar.* 2. útgáfa. Kaupmannahöfn 1978.

Bøje Pommer: *Patientskadeerstatning. Dækningsområde og ansvarsgrundlag.* 1. útgáfa. Kaupmannahöfn 2011.

Guðjón St. Marteinsson: „Skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”. *Útljótur*, 1. tbl. 2008, bls. 5-86.

Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir: *Almannatryggingar og félagsleg aðstoð.* Reykjavík 2007.

Ingibjörg Georgsdóttir og Una Björk Ómarsdóttir: „Lög um sjúklingatryggingu nr. 111/2000 - fyrstu skref við framkvæmd nýrra laga”. *Læknablaðið*, 9. tbl. 2003, bls. 698-705.

Jakobsen Ellinor: *Lægers civilretlige ansvar.* Kaupmannahöfn 1958.

Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um sönnunarbyrði í málum er varða skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana”. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 1995, bls. 213-216.

Markús Sigurbjörnsson: *Einkamálaréttarfar.* 2. útgáfa. Reykjavík 2003.

Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók.* Reykjavík 2008.

Sjúklingatrygging. Ársskýrsla 2010. Sjúkratryggingar Íslands.

Sjúklingatrygging skv. lögum nr. 111/2000. Ársskýrsla 2005-2006. Tryggingastofnun, Reykjavík 2007.

Vefsíða Tryggingastofnunar, <http://www.tr.is>, staðtölur ársins 2004, tafla 3.4 og staðtölur ársins 2008, töflur 3.3 og 3.4

Vibe Ulfbeck. *Erstatningsretlige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar.* Kaupmannahöfn 2004.

Viðar Már Matthíasson: *Skaðabótaréttur.* Reykjavík 2005.

„10% verða fyrir óhappi vegna meðhöndlunar”, <http://www.ruv.is>, 3. september 2013 (skoðað 27. apríl 2013).

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1968, bls. 1051

Hrd. 1970, bls. 434

Hrd. 1970, bls. 544

Hrd. 1971, bls. 1057

Hrd. 1989, bls. 131

Hrd. 1992, bls. 2122

Hrd. 2001, bls. 901 (180/2000)

Hrd. 2001, bls. 4036 (78/2001)

Hrd. 2002, bls. 3035 (68/2002)

Hrd. 2003, bls. 231 (309/2002)

Hrd. 2004, bls. 4545 (178/2004)

Hrd. 2005, bls. 960 (380/2004)

Hrd. 2007 18. október 2007 (619/2006)

Hrd. 11. desember 2008 (242/2008)

Hrd. 23. febrúar 2012 (412/2011)

Hrd. 21. febrúar 2013 (388/2012)

Dómar héraðsdóms:

Hérd. Rvk. 21. desember 2007 (E-3007/2007)

Danskir dómar:

UfR.1960, bls. 576

UfR. 2007, bls. 447

UfR. 2007, bls. 1591

UfR. 2008, bls. 2813

FED 1999, bls. 954

ÚRSKURÐASKRÁ

Úrskurðir Úrskurðarnefndar almannatrygginga:

ÚRAL 19. febrúar 2002 (251/2002)

ÚRAL 5. mars 2003 (193/2002)

ÚRAL 19. febrúar 2003 (232/2002)

ÚRAL 19. febrúar 2003 (251/2002)

ÚRAL 19. febrúar 2003 (240/2002)

ÚRAL 5. mars 2003 (193/2002)

ÚRAL 25. apríl 2003 (55/2003)

ÚRAL 22. október 2003 (145/2003)

ÚRAL 9. mars 2004 (292/2004)

ÚRAL 2. júní 2004 (65/2004)

ÚRAL 25. ágúst 2004 (117/2004)

ÚRAL 19. janúar 2005 (289/2004)

ÚRAL 9. febrúar 2005 (362/2004)

ÚRAL 13. apríl 2005 (54/2005)

ÚRAL 20. apríl 2005 (45/2005)

ÚRAL 27. apríl 2005 (365/2004)

ÚRAL 27. júlí 2005 (95/2005)

ÚRAL 26. október 2005 (217/2005)

ÚRAL 18. janúar 2006 (156/2005)

ÚRAL 30. ágúst 2006 (187/2006)

ÚRAL 1. nóvember 2006 (249/2006)

ÚRAL 1. nóvember 2006 (195/2006)

ÚRAL 17. janúar 2007 (320/2006)

ÚRAL 14. mars 2007 (5/2007)

ÚRAL 9. maí 2007 (25/2007)

ÚRAL 21. júní 2007 (121/2007)

ÚRAL 27. júní 2007 (18/2007)

ÚRAL 10. október 2007 (199/2007)

ÚRAL 10. október 2007 (226/2007)

ÚRAL 30. október 2007 (237/2007)

ÚRAL 21. maí 2008 (310/2007)

ÚRAL 12. mars 2008 (6/2008)

ÚRAL 28. maí 2008 (26/2008)

ÚRAL 28. maí 2008 (316/2007)

ÚRAL 13. ágúst 2008 (93/2008)

ÚRAL 17. desember 2008 (235/2008)

ÚRAL 4. febrúar 2009 (211/2008)

ÚRAL 9. mars 2009 (118/2008)

ÚRAL 19. ágúst 2009 (231/2008)

ÚRAL 27. ágúst 2009 (1/2009)

ÚRAL 10. mars 2010 (249/2009)

ÚRAL 12. apríl 2010 (34/2010)

ÚRAL 21. apríl 2010 (105/2009)

ÚRAL 26. maí 2010 (215/2009)

ÚRAL 20. ágúst 2010 (325/2009)

ÚRAL 8. desember 2010 (35/2010)

ÚRAL 8. desember 2010 (123/2010)

ÚRAL 28. január 2011 (54/2010)
ÚRAL 3. mars 2011 (133/2010)
ÚRAL 9. mars 2011 (276/2010)
ÚRAL 29. júní 2011 (393/2010)
ÚRAL 26. október 2011 (96/2011)
ÚRAL 26. október 2011 (366/2010)
ÚRAL 26. október 2011 (366/2010)
ÚRAL 23. nóvember 2011 (41/2011)
ÚRAL 7. mars 2012 (185/2011)
ÚRAL 26. apríl 2012 (401/2011)
ÚRAL 16. maí 2012 (257/2011)
ÚRAL 16. maí 2012 (442/2011)
ÚRAL 30. maí 2012 (15/2012)
ÚRAL 27. júní 2012 (25/2012)
ÚRAL 3. október 2012 (116/2012)
ÚRAL 28. nóvember 2012 (156/2012)
ÚRAL 28. nóvember 2012 (216/2012)
ÚRAL 12. desember 2012 (257/2012)
ÚRAL 16. január 2013 (209/2012)
ÚRAL 25. január 2013 (293/2012)
ÚRAL 4. febrúar 2013 (128/2012)
ÚRAL 4. febrúar 2013 (183/2012)
ÚRAL 20. mars 2013 (420/2012)
ÚRAL 3. apríl 2013 (419/2012)
ÚRAL 24. apríl 2013 (41/2013)
ÚRAL 10. júlí 2013 (82/2013)
ÚRAL 10. júlí 2013 (305/2012)
ÚRAL 21. ágúst 2013 (110/2013)
ÚRAL 21. ágúst 2013 (112/2013)
ÚRAL 28. ágúst 2013 (102/2013)
ÚRAL 28. ágúst 2013 (149/2013)
ÚRAL 9. október 2013 (29/2013)